

Andreas Lukas

Artenschutz in Planungs- und Zulassungsverfahren

**Schriftenreihe des Fachgebiets
Landschaftsentwicklung / Umwelt- und Planungsrecht
Universität Kassel
Band 7**

Herausgeber: Prof. Dr.-Ing. Dr. iur. Andreas Mengel



kassel
university



press

**Schriftenreihe des Fachgebiets
Landschaftsentwicklung / Umwelt- und Planungsrecht
Universität Kassel
Band 7**

Herausgeber: Prof. Dr.-Ing. Dr. iur. Andreas Mengel

Andreas Lukas

Artenschutz in Planungs- und Zulassungsverfahren

Die vorliegende Arbeit wurde vom Fachbereich Architektur, Stadtplanung und Landschaftsplanung der Universität Kassel als Dissertation zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften (Dr. rer. pol.) angenommen.


Erster Gutachter: Prof. Dr. Dr. Andreas Mengel

Zweiter Gutachter: Prof. Dr. Lothar Fischer

Tag der mündlichen Prüfung: 8. Februar 2022



Diese Veröffentlichung – ausgenommen Zitate und anderweitig gekennzeichnete Teile – ist unter der Creative-Commons-Lizenz Namensnennung - Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International (CC BY-SA 4.0: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.de>) lizenziert.

 <https://orcid.org/0000-0002-3765-5057> (Andreas Lukas)

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-7376-1023-0

DOI: <https://doi.org/doi:10.17170/kobra-202203045836>

© 2022, kassel university press, Kassel

<https://kup.uni-kassel.de>

Druck: Print Management Logistik Service, Kassel
Printed in Germany

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Januar 2022 vom Fachbereich Architektur, Stadtplanung und Landschaftsplanung der Universität Kassel als Dissertation angenommen. Das Projekt begann während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Fachgebiet Landschaftsentwicklung/Umwelt- und Planungsrecht in den Jahren 2016 und 2017; es wurde anschließend nebenberuflich fortgesetzt. Die Disputation fand am 8. Februar 2022 statt.

Allen Personen, die mich bei diesem Projekt begleitet und unterstützt haben, möchte ich meinen herzlichen Dank aussprechen.

Besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Prof. Dr. Dr. Andreas Mengel für die konstruktiven Anstöße und die zielgerichtete Betreuung sowie dem Vorsitzenden Richter am Hessischen Verwaltungsgerichtshof i. R. Prof. Dr. Lothar Fischer für die ebenfalls hilfreichen Anregungen im Zuge der Finalisierung und das Zweitgutachten. Gedankt sei zudem den weiteren Kommissionsmitgliedern Prof. Dr. Ulf Hahne und Prof. Dr. Uwe Altrock sowie der Sekretärin des Fachgebiets Birgit Schön.

Meine Wertschätzung richtet sich zugleich an alle Expert*innen, die sich uneigennützig für ein Interview zur Verfügung gestellt haben, namentlich Sonja Gärtner, Dr. Ernst-Friedrich Kiel, Dr. Jochen Lüttmann, Dr. Marcus Lau, Sebastian Olschewski, Christopher Paton, Helmut Schneider und Dr. Christoph Willigalla. Danken möchte ich auch meinem Studienfreund Dr. Patrick Stemler für die verständige Durchsicht des Manuskripts.

Nicht hoch genug zu würdigen ist der Rückhalt, den ich während des Schreibens durch meine Frau Antje erfahren habe und die auch das erneute Korrekturlesen einer abermalig überarbeiteten Seite geduldig und verlässlich übernommen hat. Ohne die Hilfe und Toleranz meiner Familie wäre dieses Projekt nicht geglückt. Ihr ist das Werk gewidmet.

Das Artenschutzrecht ist eine dynamische, interdisziplinäre Materie, die uns weiter herausfordern wird. Dankbar bin ich Ihnen, liebe Leserin, lieber Leser, für Anregungen und Kritik (gerne per E-Mail an a.lukas@posteo.de).

Nastätten, März 2022

Andreas Lukas

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	VI
Abbildungs- und Tabellenverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	X
1 Einführung	1
1.1 Zielsetzung der Arbeit	3
1.2 Methodik	4
1.3 Gang der Untersuchung	6
2 Die Zugriffsverbote in Planungs- und Zulassungsverfahren	8
2.1 Begriffsbestimmungen: Raumplanung und Artenschutzrecht	8
2.2 Artenschutzrecht in der Fachplanung.....	15
2.2.1 Verfahrensrechtliche Vorgaben für Planfeststellungsverfahren	17
2.2.2 Verfahrensrechtliche Vorgaben für Plangenehmigungsverfahren	20
2.2.3 Aktualität faunistischer Daten und Risikomanagement	21
2.2.3.1 Datenvalidität und Fehlerheilung.....	22
2.2.3.2 Risikomanagement und Monitoring.....	26
2.2.4 Ermittlungstiefe möglicher Alternativen.....	29
2.2.4.1 Artenschutzrechtliche Ausnahmeprüfung	30
2.2.4.2 Fachplanerische Abwägung	39
2.2.5 Sonderfall: planfeststellungsersetzende Bebauungspläne	43
2.3 Artenschutzrecht bei der baurechtlichen Vorhabenzulassung	48
2.3.1 Prüfung des Artenschutzes im Baugenehmigungsverfahren	48
2.3.2 Bauvorhaben im unbeplanten Innenbereich	56
2.3.3 Bauvorhaben im Außenbereich	59
2.3.4 Eingriffsbefugnisse der Naturschutzbehörde.....	62
2.4 Artenschutzrecht bei der Bebauungsplanung	64
2.4.1 Erforderlichkeitskriterium.....	64
2.4.2 Abwägungsgebot	67
2.4.3 Festsetzungen	73
2.4.4 Festlegungen per Vertrag	78
2.4.4.1 Mögliche Vorteile	79
2.4.4.2 Voraussetzungen.....	80
2.4.4.3 Vertragsmuster	83
2.4.5 Einzelfragen zum Artenschutz in der Bebauungsplanung.....	90

2.4.5.1	Bebauungspläne der Innen- und Ortsrandentwicklung.....	90
2.4.5.2	Planen in die Ausnahme- bzw. Befreiungslage.....	92
2.4.5.3	Kostentragung.....	94
2.4.5.4	Bewertungszeitpunkt und Fehlerfolgen.....	95
2.5	Artenschutz in der Flächennutzungs- und Regionalplanung.....	96
2.5.1	Artenschutzrecht auf Ebene des Flächennutzungsplans.....	96
2.5.2	Artenschutzrecht auf Ebene der Regionalplanung.....	97
2.5.3	Artenschutzrecht bei der Steuerung von Windenergieanlagen.....	98
2.6	Artenschutzrecht im Genehmigungsverfahren nach BImSchG.....	103
2.6.1	Mitwirkungspflicht des Antragstellers.....	103
2.6.2	Beteiligung der Naturschutzbehörde.....	104
2.6.3	Besonderheiten bei der artenschutzrechtlichen Ausnahme.....	105
2.6.4	Nachträgliche Betriebsbeschränkungen.....	105
2.7	Die Rolle der Zugriffsverbote in der UVP-Vorprüfung und UVP.....	108
2.7.1	Der besondere Artenschutz in der UVP.....	108
2.7.2	Der besondere Artenschutz in der allgemeinen UVP-Vorprüfung.....	110
2.7.3	Kein Artenschutz in der standortbezogenen UVP-Vorprüfung.....	115
2.7.4	Nachholbarkeit von UVP und Vorprüfung.....	116
3	Die Artenschutzprüfung.....	118
3.1	Rechtliche Bedeutung von naturschutzfachlichen Kriterien.....	118
3.1.1	Rechtsverordnungen.....	118
3.1.2	Verwaltungsvorschriften.....	120
3.1.3	Fachkonventionen.....	125
3.1.4	Fachbeiträge.....	131
3.1.5	Naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative.....	132
3.1.5.1	Beurteilungsspielraum für Behörden und Gemeinden.....	133
3.1.5.2	Grenzen der Einschätzungsprärogative beim Artenschutz.....	136
3.2	Anforderungen an die Bestandserfassung.....	141
3.2.1	Gesetzliche Vorgaben.....	142
3.2.2	Eingrenzung auf wildlebende Vogelarten und Anhang-IV-Arten.....	144
3.2.3	Fledermäuse.....	147
3.2.4	Nagetiere.....	151
3.2.5	Vögel.....	154
3.2.6	Reptilien und Amphibien.....	156
3.2.7	Insekten.....	160
3.2.8	Worst-Case-Annahmen.....	162
3.3	Verletzungs- und Tötungsverbot.....	164
3.3.1	Tatbestand.....	165
3.3.2	Signifikant erhöhtes Tötungsrisiko.....	167

3.3.3	Konkrete Gefahrenschwellenwerte.....	176
3.3.4	Berücksichtigung von kumulativen Effekten?	180
3.4	Fangverbot	184
3.5	Störungsverbot.....	186
3.5.1	Störung.....	186
3.5.2	Zeitliche Begrenzung?	189
3.5.3	Begriff und Abgrenzung der lokalen Population	191
3.5.4	Erheblichkeitskriterium: Individuen- oder Populationsbezug?	195
3.6	Lebensstättenschutz	200
3.6.1	Beschädigung von Fortpflanzungs- oder Ruhestätten.....	200
3.6.2	Ökologische Funktionalität und CEF-Maßnahmen.....	204
3.6.3	Sonderfall: gebäudebewohnende Arten.....	209
3.7	Vermeidungsgebot.....	213
3.8	Artenschutzrechtliche Ausnahme.....	215
3.8.1	Zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses	216
3.8.2	Vereinbarkeit mit Art. 9 Abs. 1 VRL?	219
3.8.3	Alternativenprüfung	224
3.8.4	Erhaltungszustand und FCS-Maßnahmen.....	225
3.9	Planung von Minderungsmaßnahmen.....	228
3.9.1	Fledermäuse	229
3.9.2	Nagetiere	230
3.9.3	Vögel.....	232
3.9.4	Reptilien und Amphibien	234
3.9.5	Insekten	238
3.10	Befreiungen vom Artenschutz.....	241
4	Gesamtfazit und Empfehlungen	245
4.1	Exekutive.....	246
4.2	Legislative.....	252
	Quellenverzeichnis.....	258
	Anhang I: Ergebnisse der Meinungsabfrage der interviewten Experten	286
	Anhang II: Repertorium der aktuellen obergerichtlichen Rechtsprechung zum Artenschutzrecht (2017-2021)	328

Abbildungs- und Tabellenverzeichnis

Abbildungen

Abbildung 1	Anwendungsbereich und Prüfungsstufen des Artenschutzes in der Raumplanung und Vorhabenzulassung	14
Abbildung 2	Zulassungsregime von Bauvorhaben in den drei Kategorien des BauGB	48
Abbildung 3	Rolle des Artenschutzrechts bei der Aufstellung von Bebauungsplänen im Vergleich zur Eingriffsregelung	69
Abbildung 4	Skalierung des Mortalitäts-Gefährdungs-Index (MGI)	173
Abbildung 5	Antrag auf Befreiung nach § 67 BNatSchG für Gebäudebrüter	326

Tabellen

Tabelle 1	Abgrenzung von vorlaufender Planung und nachgelagerter Zulassung unterteilt nach räumlicher Gesamtplanung und räumlicher Fachplanung	11
Tabelle 2	Systematik des Artenschutzrechts anhand des erfassten Artenspektrums	13
Tabelle 3	Bewertung einer Feldhamsterpopulation anhand der kartierten Baue pro ha	152
Tabelle 4	Bewertung der Mortalitätsgefährdung für Brutvögel	174
Tabelle 5	Bewertung der Mortalitätsgefährdung für sonstige Arten	175
Tabelle 6	Gegenüberstellung von „Population“ und „lokale Population“.	194
Tabelle 7	Hauptschlupfzeitpunkt der Libellenarten des Anhangs IV der FFH-Richtlinie	241

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
AAV	Artenschutzrechtliche Ausnahmeverordnung [Bayern]
Abs.	Absatz
AEG	Allgemeines Eisenbahngesetz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
ANL	Bayerische Akademie für Naturschutz und Landschaftspflege
Anm.	Anmerkung
ARL	Akademie für Raumentwicklung in der Leibniz-Gemeinschaft
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BauGB	Baugesetzbuch
BauNVO	Baunutzungsverordnung
BauO LSA	Bauordnung des Landes Sachsen-Anhalt
BauR	Baurecht (Fachzeitschrift)
BaWü	Baden-Württemberg
BayKompV	Verordnung über die Kompensation von Eingriffen in Natur und Landschaft (Bayerische Kompensationsverordnung)
BayStrWG	Bayerisches Straßen- und Wegegesetz
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayWEE	Gemeinsame Bekanntmachung der Bayerischen Staatsministerien über die Hinweise zur Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen (Windenergie-Erlass)
BBergG	Bundesberggesetz
BeckOK	Beck'sche Online-Kommentare
bezgl.	bezüglich
BfG	Bundesanstalt für Gewässerkunde
BfN	Bundesamt für Naturschutz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BImSchG	Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (Bundes-Immissionsschutzgesetz)

BImSchV	Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes
BKompV	Verordnung über die Vermeidung und die Kompensation von Eingriffen in Natur und Landschaft im Zuständigkeitsbereich der Bundesverwaltung (Bundeskompensationsverordnung)
BNatSchG	Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege (Bundesnaturschutzgesetz)
BRD	Bundesrepublik Deutschland
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
Buchst.	Buchstabe
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CEF-Maßnahme	vorgezogene Ausgleichsmaßnahme zur Sicherung der ökologischen Funktionalität einer Lebensstätte (CEF steht für continuous ecological functionality, übersetzt: fortwährende ökologische Funktionalität)
DDA	Dachverband Deutscher Avifaunisten e. V.
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt (Fachzeitschrift)
Ed.	Edition
EL	Ergänzungslieferung
et al.	et alii (übersetzt: und andere)
etc.	et cetera (übersetzt: und die übrigen Dinge)
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EurUP	Zeitschrift für Europäisches Umwelt- und Planungsrecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
e. V.	eingetragener Verein
FCS-Maßnahme	Maßnahme zur Sicherung des Erhaltungszustandes einer Art (FCS steht für favorable conservation status, übersetzt: günstiger Erhaltungszustand)
f. / ff.	folgende / fortfolgende
FFH-RL	Richtlinie 92/43/EWG zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen (Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie)
FFH-VP	FFH-Verträglichkeitsprüfung
FKZ	Forschungskennzeichen

FlurbG	Flurbereinigungsgesetz
Fn.	Fußnote
FStrG	Bundesfernstraßengesetz
FStrAbG	Gesetz über den Ausbau der Bundesfernstraßen (Fernstraßenausbaugesetz)
GA / GAin	Generalanwalt / Generalanwältin am Gerichtshof der Europäischen Union
gem.	gemäß
GfU	Gesellschaft für Umweltrecht e. V.
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
GK-BNatSchG	Gemeinschaftskommentar zum Bundesnaturschutzgesetz
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
grunds.	grundsätzlich
GRZ	Grundflächenzahl
ha	Hektar
Halbs.	Halbsatz
HBO	Hessische Bauordnung
hins.	hinsichtlich
HKompV	[Hessische] Verordnung über die Durchführung von Kompensationsmaßnahmen, das Führen von Ökokonten, deren Handelbarkeit und die Festsetzung von Ersatzzahlungen (Kompensationsverordnung)
HMUKLV	Hessisches Ministerium für Umwelt, Klimaschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz
HMWEVW	Hessisches Ministerium für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Wohnen
Hrsg.	Herausgeber / Herausgeberin
hrsg.	herausgegeben
HStrG	Hessisches Straßengesetz
HVNL	Hessische Vereinigung für Naturschutz und Landschaftspflege
i. d. R.	in der Regel
I + E	Zeitschrift für Immissionsschutzrecht und Emissionshandel
i. e.	id est (übersetzt: das ist)
insb.	insbesondere
IPBES	Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services
i.S.d. / i.S.v.	im Sinne des / im Sinne von
i. Ü.	im Übrigen
i.V.m.	in Verbindung mit
jurisPR-BVerwG	juris Praxis-Report Bundesverwaltungsgericht

JuS	Juristische Schulung (Fachzeitschrift)
km	Kilometer
KG	Kammergericht
KrWG	Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Bewirtschaftung von Abfällen (Kreislaufwirtschaftsgesetz)
LAG VSW	Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten
LANA	Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft Naturschutz, Landschaftspflege und Erholung
LANUV	Landesamt für Natur, Umwelt und Verbraucherschutz Nordrhein-Westfalen
LBauO RLP	Landesbauordnung Rheinland-Pfalz
LBM RLP	Landesbetrieb Mobilität Rheinland-Pfalz
LBV SH	Landesbetrieb Straßenbau und Verkehr Schleswig-Holstein
LfU	Bayerisches Landesamt für Umwelt
LG	Landgericht
LNatSchG RLP	Landesnaturenschutzgesetz Rheinland-Pfalz
LStrG RLP	Landesstraßengesetz Rheinland-Pfalz
LUBW	Landesanstalt für Umwelt, Messungen und Naturschutz Baden-Württemberg
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
LUVPG	Landesgesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung
LUWG	Landesamt für Umwelt Rheinland-Pfalz
m	Meter
MBO	Musterbauordnung
MGI	Mortalitäts-Gefährdungs-Index
mind.	mindestens
MKULNV NRW	Ministerium für Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen
mm	Millimeter
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NABEG	Netzausbaubeschleunigungsgesetz Übertragungsnetz
NABU	Naturschutzbund Deutschland e. V.
NatSchG BaWü	Gesetz des Landes Baden-Württemberg zum Schutz der Natur und zur Pflege der Landschaft (Naturschutzgesetz)
NLWKN	Niedersächsischer Landesbetrieb für Wasserwirtschaft, Küsten- und Naturschutz
Nr.	Nummer
NROG	Niedersächsisches Raumordnungsgesetz
NRW	Nordrhein-Westfalen
NSG	Naturschutzgebiet

NundL	Naturschutz und Landschaftspflege in Brandenburg (Fachzeitschrift)
NuL	Natur und Landschaft (Fachzeitschrift)
NuLP	Naturschutz und Landschaftsplanung (Fachzeitschrift)
NuR	Natur und Recht (Fachzeitschrift)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
ÖBB	Ökologische Baubegleitung
OVG	Oberverwaltungsgericht
PFB	Planfeststellungsbeschluss
PflSchG	Gesetz zum Schutz der Kulturpflanzen (Pflanzenschutzgesetz)
ProfE UGB	Professoren-Entwurf eines Umweltgesetzbuches
RGL	Rechtsgrundlage
RLP	Rheinland-Pfalz
Rn.	Randnummer / Randnummern
ROG	Raumordnungsgesetz
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite / Seiten
SächsStrG	Sächsisches Straßengesetz
s. o.	siehe oben
sog.	sogenannt
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
SUP	Strategische Umweltprüfung
Suppl.	Supplement
TA	Technische Anleitung (normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift)
TAK	tierökologische Abstandskriterien
TK-Blatt	Topografische Karte bzw. Messtischblatt (im Maßstab 1:25.000)
u. a.	unter anderem / und andere
UG	Untersuchungsgebiet
UMK	Umweltministerkonferenz
UmwRG	Gesetz über ergänzende Vorschriften zu Rechtsbehelfen in Umweltangelegenheiten nach der EG-Richtlinie 2003/35/EG (Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz)
UNB	untere Naturschutzbehörde
UPR	Umwelt- und Planungsrecht (Fachzeitschrift)
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
UVP	Umweltverträglichkeitsprüfung
UVPG	Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung

v.	von
Var.	Variante
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VKE	Verkehrskosteneinheit (Bauabschnitt in der Verkehrsplanung)
Vorb.	Vorbemerkung
VRL	Richtlinie 79/409/EWG über die Erhaltung der wild lebenden Vogelarten
VV-Artenschutz	Verwaltungsvorschrift [NRW] zur Anwendung der nationalen Vorschriften zur Umsetzung der Richtlinien 92/43/EWG (FFH-RL) und 2009/147/EG (V-RL) zum Artenschutz bei Planungs- oder Zulassungsverfahren
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WA	Allgemeines Wohngebiet
WaStrG	Bundeswasserstraßengesetz
WEA	Windenergieanlage
WHG	Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz)
z. B.	zum Beispiel
ZfF	Zeitschrift für Feldherpetologie
Ziff.	Ziffer
ZNER	Zeitschrift für Neues Energierecht
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht

1 Einführung

Das Artenschutzrecht hat den Schutz der wildlebenden Tier- und Pflanzenarten zum Gegenstand (§ 37 Abs. 1 Satz 1 BNatSchG). Es wirkt in Planungs- und Zulassungsverfahren über das in § 44 Abs. 1 und 5 BNatSchG geregelte Instrument der Zugriffsverbote, insbesondere die Verbote Exemplare zu töten, Vorkommen zu stören oder Lebensstätten zu beschädigen, einschließlich der sich hierauf beziehenden Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG. Die Bedeutung dieses naturschutzrechtlichen Instruments nimmt rasant zu.¹ Es ist bei jedem Raum in Anspruch nehmenden Vorhaben bzw. Plan in den Blick zu nehmen.²

Die strengen artenschutzrechtlichen Verbote gelten in Planungs- und Zulassungsverfahren für die in Anhang IV der FFH-Richtlinie aufgeführten Arten sowie die wildlebenden Vögel, unabhängig davon, ob es sich um Lebensstätten in formell ausgewiesenen Schutzgebieten handelt. Gleichzeitig zu dieser ubiquitären Geltung verfolgt das Artenschutzrecht einen individuenbezogenen Schutzansatz.³ Bei einer Artenschutzprüfung geht es daher zunächst einmal darum, überhaupt zu ermitteln, welche durch die Zugriffsverbote geschützten Arten in dem zu untersuchenden Raum vorkommen, weshalb diese Suche vom Ansatz her wesentlich breiter und offener angelegt ist als die Bestandsaufnahme im Rahmen der FFH-Verträglichkeitsprüfung⁴ und damit auch fehleranfälliger.⁵

Obwohl das Artenschutzrecht nach seiner Determinierung durch die europäischen Naturschutzrichtlinien anspruchsvolle Schutzpflichten im Zuge der Aufstellung von Plänen und der Zulassung von Projekten enthält, sind seine Regelungen nicht als Genehmigungstatbestände mit einem verfahrensrechtlichen Rahmen ausgestaltet, sondern als ordnungsrechtliche bzw. verhaltensbezogene Zugriffsverbote.⁶ Vorgaben für die Untersuchung durch den Vorhabenträger und Prüfung durch die Behörde – wie sie beispielsweise für die Umweltverträglichkeitsprüfung in § 16 (UVP-Bericht) und § 25 (begründete Bewertung) UVPG normiert werden – enthält das BNatSchG für die Artenschutzprüfung nicht. Das Artenschutzrecht regelt nur die Voraussetzungen

¹ So *Kment*, Artenschutz im Fokus der höchstrichterlichen Rechtsprechung, NuR 2020, S. 361.

² So *Lau*, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 44 Rn. 5.

³ *Schuster*, Beurteilungsspielräume der Verwaltung im Naturschutzrecht, 2020, S. 181 f. Der Individuenbezug wird insb. in der EuGH-Rspr. betont, aktuell EuGH, Urteil vom 04.03.2021 – C-473/19 und C-474/19, curia Rn. 54-57.

⁴ BVerwG, Urteil vom 09.07.2008 – 9 A 14.07, juris Rn. 58. Prägnant auch VG Gera, Beschluss vom 20.02.2020 – 5 E 67/20 Ge, juris Rn. 70: „*Ein den Anforderungen des Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-Richtlinie vergleichbares formalisiertes Prüfungsverfahren kennt der Artenschutz nicht.*“

⁵ VGH Bayern, Urteil vom 19.02.2014 – 8 A 11.40040, juris Rn. 825.

⁶ *Müller-Mitschke*, Aktuelle naturschutzrechtliche Entwicklungen bei Infrastrukturvorhaben, in: Mengel, Naturschutzrecht und Städtebaurecht, 2019, S. 12 (14); *Lau*, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 44 Rn. 5; *Sobotta*, Artenschutz in der Umweltprüfung, NuR 2013, S. 229; *Louis*, Zugriffsverbote im Zulassungs- und Bauleitplanverfahren, NuR 2009, S. 91 (98 f.).

einer Ausnahme von den Verboten, macht aber keine Vorgaben für die Untersuchung, ob mit Zuwiderhandlungen gegen ein Verbot zu rechnen ist.⁷ So heißt es bspw. in den Beschlüssen des Koalitionsausschusses (bestehend aus den Hauptvertretern der Bundesregierung und der sie tragenden Parteien) vom 08.03.2020 in der Anlage „Eckpunkte der Maßnahmen zur Planbeschleunigung“:

„Eine Herausforderung sind die artenschutzrechtlichen Anforderungen, bei deren Erfüllung bei Vorhabenträgern und Behörden zum Teil große Unsicherheiten bestehen. Standardisierungen und Vollzugshinweise würden die Prüfung des Artenschutzes im Rahmen der Zulassungsverfahren daher wesentlich erleichtern.“⁸

Während etwa die Umsetzung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung zumindest teilweise durch die Bundeskompensationsverordnung⁹ sowie einige Landeskompensationsverordnungen gesetzlich konkretisiert wird,¹⁰ besteht beim besonderen Artenschutz bislang auch kein gesetzlich geregelter Standard in Form von Rechtsverordnungen, unter welchen Voraussetzungen die Bestandsaufnahme ausreichend und die Bewertung der Risiken, denen die geschützten Arten bei Realisierung des Vorhabens ausgesetzt sind, zutreffend ist. Die Schwierigkeit des Artenschutzes besteht demnach in der Konkretisierung seiner planerischen bzw. genehmigungsbezogenen Anforderungen, weil die Zugriffsverbote nicht auf Planungen und Anlagengenehmigungen zugeschnitten sind.¹¹ Speziell in Bezug auf das Tötungsverbot hat das Bundesverfassungsgericht darauf verwiesen, dass sich die Bestandserfassung und Tötungswahrscheinlichkeit primär nach naturschutzfachlichen Kriterien richten.¹² So ist hier nach wie vor vieles umstritten.¹³ Mit dem Fehlen von maßstabsbildenden Normierungen geht ein qualitativ unterschiedlicher Vollzug des Artenschutzes einher.¹⁴ Dementsprechend wird der Diskurs zum Artenschutzrecht gegenwärtig von Vorschlägen zu Standardisierungen und Konkretisierungen geprägt.¹⁵

⁷ Pointiert OVG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 12.08.2013 – 1 LA 57/12, juris Rn. 69.

⁸ Beschlüsse des Koalitionsausschusses vom 08.03.2020, S. 9.

⁹ Verordnung über die Vermeidung und die Kompensation von Eingriffen in Natur und Landschaft im Zuständigkeitsbereich der Bundesverwaltung (Bundeskompensationsverordnung – BKompV) vom 24.02.2020.

¹⁰ Vgl. die Bayerische Verordnung über die Kompensation von Eingriffen in Natur und Landschaft (BayKompV) vom 07.08.2013, die Landesverordnung über die Kompensation von Eingriffen in Natur und Landschaft (Landeskompensationsverordnung – LKompV) für Rheinland-Pfalz vom 12.06.2018 sowie die Verordnung über die Durchführung von Kompensationsmaßnahmen, das Führen von Ökokonten, deren Handelbarkeit und die Festsetzung von Ersatzzahlungen (Kompensationsverordnung – HKompV) des Landes Hessen vom 26.10.2018.

¹¹ Philipp, Artenschutz in Genehmigung und Planfeststellung, NVwZ 2008, S. 593.

¹² BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, juris Rn. 32.

¹³ Lau, Erleichterungen im besonderen Artenschutz, NuR 2021, S. 28 (29).

¹⁴ BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, juris Rn. 24: „*einheitliche Rechtsanwendung nicht gewährleistet*“.

¹⁵ Vgl. Wulfert et al., Standardisierungspotenzial im Bereich der arten- und gebietsschutzrechtlichen Prüfung, 2015, S. 82 ff.; UMK, Standardisierter Bewertungsrahmen zur Ermittlung einer

1.1 Zielsetzung der Arbeit

Im Hinblick auf diese Ausgangslage besteht in der Planungspraxis ein Bedürfnis nach Vorschlägen der Forschung für die Umsetzung einer Artenschutzprüfung.¹⁶ Bei zahlreichen Fragestellungen haben sich bislang keine gesicherten „best practices“ herausgebildet.¹⁷ Bei der Entwicklung von Vorschlägen muss die wissenschaftliche Forschung wiederum auf Praktikabilität achten. Das Ziel der vorliegenden Arbeit stellt es daher dar, den rechtlichen Rahmen herauszuarbeiten und diesen sodann mit planerischen und genehmigungsbezogenen Vorschlägen zu offenen Fragen und Problemen weiter auszufüllen.

Es gilt zum einen artengruppenbezogen die rechtlich notwendigen Anforderungen an die Bestandserfassung zu untersuchen. Denn selbst grundlegende Fragen sind in der Planungspraxis noch ungeklärt,¹⁸ beispielsweise, inwiefern Schutzkonzepte für gefährdete Arten auf planerischen Vereinfachungen bei der Bestandserfassung wie Worst-Case-Annahmen beruhen dürfen.¹⁹

Zum anderen gilt es bei der Risikobewertung Kontroversen im Sinne einer gleichsam gesetzeskonformen wie praktikablen Vorgehensweise aufzulösen. Hierbei ist nach wie vor Fundamentales offen, beispielsweise, ob das Störungsverbot gemessen an Art. 12 Abs. 1 FFH-RL streng individuenbezogen²⁰ oder gelockert bezogen auf die lokale Population zu verstehen ist²¹ oder, ob Ausnahmen von den Zugriffsverboten aus Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses in Bezug auf Vogelarten zulässig

signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos im Hinblick auf Brutvogelarten an Windenergieanlagen (WEA) an Land vom 11.12.2020.

¹⁶ Dies verallgemeinernd für die gesamte Naturschutzpraxis *Riecken et al.*, Wissenschaft und Praxis im Naturschutz, NuL 2020, S. 364 (365): „Die Praxis ... führt regelmäßig tradierte Maßnahmen durch, die häufig einer wissenschaftlichen Erfolgskontrolle nicht standhalten. ... Die angewandte Forschung muss sich an die Forschungsbedarfe der Praxis besser anpassen und der Naturschutzpraxis geeignete Instrumente bereitstellen.“

¹⁷ So *Appel/Rietzler*, Artenschutzrecht in der Bundesfachplanung und Planfeststellung, NuR 2017, S. 227 (230).

¹⁸ Prägnant *Lau*, Artenschutz im Immissionsschutzrecht, I+E 2016, S. 50: „Längst sind hier noch nicht alle Fragen beantwortet. Insbesondere die jüngere Rechtsprechung hat jedoch dazu beigetragen, dass hinsichtlich dieser schwierigen Rechtsmaterie inzwischen ein Mindestmaß an Rechtssicherheit besteht.“

¹⁹ Vgl. die Hinweise von *Lüttmann* im Rahmen des Experteninterviews vom 11.08.2017, wonach Worst-Case-Betrachtungen nur selten zu ausgewogenen Entscheidungen führten.

²⁰ Dafür mit Nachweisen zur EuGH-Rspr., wonach kein Unterschied zum Tötungsverbot bestehe, *Gellermann/Schumacher*, Das Verfahren „Skydda Skogen“ und seine artenschutzrechtlichen Folgen, NuR 2021, S. 182 (184).

²¹ In diese Richtung tendiert mit Blick auf den Wortlaut der Norm das BVerwG seit seinem ersten grundlegenden Urteil zum Artenschutzrecht, der Bad Oeynhausen-Entscheidung, vgl. BVerwG, Urteil vom 09.07.2008 – 9 A 14.07, juris Rn. 104.

sind.²² Wegen des im Zuge der BNatSchG-Novelle 2017 eingeführten § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BNatSchG wird gegenwärtig etwa auch die Frage kontrovers diskutiert, bei welchen Gegebenheiten (wie Geländebeschaffenheit, Anzahl der Individuen, Notwendigkeit einer Zwischenhälterung) die Risikobewertung für die Umsiedlung von streng geschützten Eidechsen zu einer artenschutzrechtlichen Ausnahmepflicht kommen muss.²³ Umstritten ist beispielsweise auch, ob kumulative Effekte beim Tötungsverbot zu berücksichtigen sind oder nicht.²⁴

Die Untersuchung soll also neben der Darstellung des rechtlichen Rasters entsprechend seiner facettenreichen Konkretisierungen durch die Rechtsprechung und Literatur sowie der Abhandlung der noch offenen Rechtsfragen ebenso konkrete Handlungsempfehlungen für die Planungspraxis hinsichtlich bestehender Schwierigkeiten sowie am Ende hinsichtlich der Fortentwicklung des Artenschutzrechts beinhalten.

1.2 Methodik

Um den rechtlichen Rahmen überhaupt bestimmen zu können und zu evidenzbasierten Vorschlägen zu gelangen, ist der erste methodische Schritt, instruktive obergerichtliche Rechtsprechung seit der ergänzenden Umsetzung des europäischen Artenschutzrechts nach Maßgabe der FFH- und Vogelschutzrichtlinie in das Bundesnaturschutzgesetz im Dezember 2007²⁵ und die beiden daran anschließenden für den Vollzug des Artenschutzrechts fundamentalen Entscheidungen²⁶ des Bundesverwaltungsgerichts

²² Dafür bspw. OVG NRW, Beschluss vom 12.03.2021 – 7 B 8/21, juris Rn. 40-47; dagegen bspw. VG Gießen, Urteil vom 22.01.2020 – 1 K 6019/18.GI, juris Rn. 102-115. Vgl. auch die Gesamteinschätzung von Lau, Erleichterungen im besonderen Artenschutz, NuR 2021, S. 28 (29): „Insgesamt herrscht aber erhebliche Rechtsunsicherheit.“

²³ Vgl. hierzu Lütkes, Novelle des Bundesnaturschutzgesetzes 2017, NuR 2018, S. 145 (147): „Insoweit wird die weitere Entwicklung in der Rechtsprechung abzuwarten sein. Dabei spielen neben diesen rechtlichen Aspekten auch fachliche Fragen im Zusammenhang mit der Bestimmung des ‚räumlichen Zusammenhangs‘ ebenfalls eine Rolle.“

²⁴ Dafür bspw. LAG VSW, Abstandsempfehlungen für WEA, Berichte zum Vogelschutz 2014, S. 15 (19); dagegen etwa Ruß, Helgoländer Papier, NuR 2016, S. 803 (806).

²⁵ BGBl. I 2007 S. 2873, berichtigt in BGBl. 2008 S. 47. Vgl. zu der grundlegenden Artenschutzrecht-Novelle insb. Lütkes, Artenschutz in Genehmigung und Planfeststellung, NVwZ 2008, S. 598 (600-602) sowie die Gesamteinschätzung von Gellermann, Kleine Novelle des BNatSchG, NuR 2007, S. 783 (784): „Der Schwerpunkt der Novelle liegt in den Änderungen des besonderen Artenschutzrechts begründet, die in verschiedener Hinsicht deutlich über das hinausgehen, was zur Herstellung gemeinschaftsrechtskonformer Rechtszustände erforderlich war.“ Vgl. zur ausschlaggebenden Bedeutung der Rechtsprechung für diese Novelle Meßerschmidt, Bundesnaturschutzrecht, 155. EL 2021, vor §§ 37-55 Rn. 37: „So stellt das ... Gesetz ... ausschließlich eine Reaktion auf das Urteil des EuGH dar, mit dem dieser wesentliche Teile des deutschen Artenschutzrechts ... für unvereinbar mit den Vorgaben der FFH- und Vogelschutz-RL erklärt hat (EuGH, Urt. v. 10.1.2006 – Rs. C-98/03 ...)“.

²⁶ Vgl. Nagel, Die ständige Rechtsprechung zum Artenschutz, Anliegen Natur 2016, S. 114.

2008 (Bad Oeynhausen-Urteil)²⁷ und 2011 (Freiberg-Urteil)²⁸ auszuwerten.²⁹ Beim Artenschutzrecht handelt es sich, wie eingangs erwähnt, nicht um ausdifferenzierte Genehmigungstatbestände mit einem verfahrensrechtlichen Rahmen, sondern primär um einen minimal gehaltenen Regelungskomplex in Form von verhaltensbezogenen Verboten, sodass die richterliche Interpretation bzw. Rechtsfortbildung erheblichen Einfluss auf die planerische Umsetzung der Artenschutzprüfung hat.³⁰ Dies zeigt sich beispielsweise bei betriebsbedingten Gefahren im Straßenbau, wo nach der Rechtsprechung das Tötungsverbot erst dann erfüllt ist, wenn sich hinsichtlich der Kollision von geschützten Tieren mit Fahrzeugen das Risiko von Verlusten „signifikant“ erhöhe, damit das Tötungsverbot nicht zu einem unverhältnismäßigen Planungshindernis werde.³¹ Und in seiner zentralen „Freiberg-Entscheidung“ hatte das Bundesverwaltungsgericht unter anderem darauf hingewiesen, dass sich die Freistellung von den Zugriffsverboten bei Wahrung der ökologischen Funktion im räumlichen Zusammenhang (§ 44 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG) mangels einer Entsprechung in Art. 12 Abs. 1 Buchst. a FFH-RL allein auf den Lebensstättenchutz, nicht aber auf das Tötungsverbot beziehen könne.³² Entsprechend entpuppt sich die abermalige Novelle des Artenschutzrechts von 2017³³ mit der gesetzlichen Festschreibung der Signifikanzschwelle sowie der Streichung des Tötungsverbots aus der Privilegierung bei Beibehaltung der ökologischen Funktionalität als eine Reaktion des Gesetzgebers auf die zwischenzeitlich ergangene Rechtsprechung.³⁴

Die Methodik der Arbeit beruht zum zweiten auf der Auswertung der aktuellen Literatur zum Artenschutzrecht seit seiner grundlegenden Novelle im Dezember 2007. Im Hinblick auf die Interdisziplinarität des Artenschutzrechts muss dabei neben juristischen Kommentierungen und Fachaufsätzen auch die naturschutzfachliche Literatur mit starken Bezügen zu planerischen Fragen betrachtet werden. Wegen seines hohen Abstraktionsgrades und seiner minimalen Regelungsintensität bildet das Artenschutzrecht bloß ein grobes Raster, das bereits von seiner Grundstruktur her auf

²⁷ BVerwG, Urteil vom 09.07.2008 – 9 A 14.07, juris.

²⁸ BVerwG, Urteil vom 14.07.2011 – 9 A 12.10, juris.

²⁹ Das Ergebnis der Auswertung stellt das als Anhang II angefügte Repertorium der aktuellen obergerichtlichen Rechtsprechung zum Artenschutzrecht seit der letzten Novelle des § 44 BNatSchG im Jahr 2017 sowie das Verzeichnis der Rechtsprechung bei den Quellenangaben dar. Vgl. zu diesem empirischen Ansatz *Dillmann et al.*, *Woran scheitern Bebauungspläne?*, BauR 2018, S. 179 (180).

³⁰ Vgl. bspw. *Kment*, *Artenschutz im Fokus der höchstrichterlichen Rechtsprechung*, NuR 2020, S. 361: „*einschlägige Rechtsprechung bedarf einer eingehenden Betrachtung*“; OVG Niedersachsen, Urteil vom 25.10.2018 – 12 LB 118/16, juris Rn. 212: „*Klagevorbringen nicht an dem durch die höchstrichterliche Rechtsprechung geklärten Rahmen des rechtlich Relevanten orientiert*“.

³¹ Grundlegend BVerwG, Urteil vom 09.07.2008 – 9 A 14.07, juris Rn. 90 f.

³² BVerwG, Urteil vom 14.07.2011 – 9 A 12.10, juris Rn. 119.

³³ BGBl. I 2017, S. 3434-3436.

³⁴ Siehe die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/11939, S. 14: „*Die Regelung ... bezüglich der artenschutzrechtlichen Vorschriften setzt höchstrichterliche Rechtsprechung um*“.

planerisch-fachliche Ergänzungen angewiesen ist. Deshalb verweist die Rechtsprechung bei der Kontrolle einer Artenschutzprüfung auch nicht nur auf die Gesetzeslage, sondern ebenso auf die „*wissenschaftlichen Maßstäbe und vorhandenen Erkenntnisse*“³⁵.

Eine dritte methodische Säule bilden, wenn auch in kleinerem Umfang, persönliche Befragungen einschlägiger Expertinnen und Experten. Bei der Auswahl gilt es darauf zu achten, dass sie die Artenschutzpraxis aus den verschiedenen Blickwinkeln einer Genehmigungsbehörde, einer Naturschutzbehörde, eines Planungsbüros bzw. einer Kommune oder einer beratenden Anwaltskanzlei abdecken. Die Expertenbefragung setzt jeweils einen besonderen Themenschwerpunkt und soll dazu dienen, fundierte Meinungen zu noch nicht abschließend geklärten Fragen einzuholen. Die Fachgespräche werden protokolliert³⁶ und im Anschluss daran in die Untersuchung eingearbeitet.

1.3 Gang der Untersuchung

Die Untersuchung besteht im Wesentlichen aus drei Teilen: Weil die Zugriffsverbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG verhaltensbezogene Ordnungsvorschriften darstellen, kommt dem besonderen Artenschutz in den einzelnen Verwaltungsverfahren je nach deren Konkretisierungsgrad eine unterschiedliche Gewichtung zu, die von der strikten Beachtung im Zulassungsverfahren, über die vorausschauende Prüfung in der Bauleitplanung bis hin zu einem möglichen Außerachtlassen bei Regionalplänen reicht. Daran wiederum orientieren sich Umfang und Tiefgang der Artenschutzprüfung. Als erstes gilt es daher, die Rolle des Artenschutzes in den einzelnen Planungs- und Zulassungsverfahren zu klären (Kapitel 2), zumal es sich hierbei stellenweise um noch nicht abschließend geklärte Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung handelt. Beispielsweise geht die Literatur weitgehend davon aus, dass sich die Anforderungen an die Alternativenprüfung bei der Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme (Art. 16 Abs. 1 FFH-RL und § 45 Abs. 7 BNatSchG) an der habitatschutzrechtlichen³⁷ Abweichungsprüfung (Art. 6 Abs. 4 FFH-RL und § 34 Abs. 3 BNatSchG) orientieren;³⁸

³⁵ So OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 26.10.2011 – 2 L 6/09, juris Rn. 65. Grundlegend BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, juris Rn. 19: „*Wenn unterhalb der gesetzlichen Vorgabe keine normativen Konkretisierungen für die fachliche Beurteilung ... gesetzlicher Tatbestandsmerkmale bestehen, müssen sich Behörde und Gericht zur fachlichen Aufklärung dieser Merkmale unmittelbar der Erkenntnisse der Fachwissenschaft und -praxis bedienen.*“

³⁶ Die Liste der Teilnehmer/innen sowie die Ergebnisprotokolle zu den Experteninterviews finden sich im Anhang I.

³⁷ Der Begriff „Habitatschutzrecht“ bezeichnet die rechtlichen Regelungen des Natura-2000-Gebietsschutzes (FFH-Gebiete und Vogelschutzgebiete).

³⁸ Zur Übertragbarkeit der Grundsätze von Art. 6 Abs. 4 FFH-RL auf Art. 16 Abs. 1 FFH-RL grundlegend *Wulfert*, FFH-Abweichungsverfahren und artenschutzrechtliches Ausnahmeverfahren, 2016, S. 43 und 120. Für weitere Nachweise siehe unten Abschnitt 2.2.4.1.

während jedoch das Bundesverwaltungsgericht nach seiner herkömmlichen Rechtsprechung die Prüfung der sogenannten „Nullvariante“ von vornherein aus der Alternativenprüfung ausschließt,³⁹ steht hingegen die EU-Kommission in ihrem neueren Vermerk zu Art. 6 FFH-RL ausdrücklich auf dem Standpunkt, auch der Verzicht auf das Vorhaben solle geprüft werden.⁴⁰

Der zweite Teil der Untersuchung (Kapitel 3) bildet die Darstellung der rechtlich-fachlichen Anforderungen an eine Artenschutzprüfung. Die Anforderungen an eine Artenschutzprüfung als Beitrag der Naturschutzplanung in einem konkreten Genehmigungs- oder Planungsverfahren ergeben sich aus dem Zusammenspiel der rechtlichen Vorgaben, die sich auf die Durchführung einer Artenschutzprüfung auswirken sowie der naturschutzfachlichen Kriterien für die Operationalisierung von Bestandserfassung und Risikobewertung.

Auf der Basis dieser zwei Hauptteile stehen am Ende der Untersuchung (Kapitel 4) Empfehlungen für den Vollzug und für eine praxisorientierte Fortentwicklung des Artenschutzrechts.

³⁹ Bspw. BVerwG, Urteil vom 06.11.2013 – 9 A 14.12, juris Rn. 74; BVerwG, Beschluss vom 03.06.2010 – 4 B 54.09, juris Rn. 9.

⁴⁰ EU-Kommission, Natura 2000-Gebietsmanagement, 2019, S. 57 („*Nulloption*“).

2 Die Zugriffsverbote in Planungs- und Zulassungsverfahren

Ein grundsätzliches Ziel des Naturschutzes ist es, bei den verschiedenen Formen von Eingriffen in Natur und Landschaft die damit verbundenen Beeinträchtigungen der jeweiligen Schutzgüter zu prognostizieren und zu bewerten, sie möglichst zu vermeiden oder zumindest zu mindern und soweit dies nicht möglich ist und die Vorhaben aus Gemeinwohlsicht vorgehen, die entstandenen Beeinträchtigungen zu kompensieren (vgl. den allgemeinen Grundsatz in § 13 BNatSchG).

Ein rechtliches Instrument zur Verwirklichung dieses Ziels ist die Durchführung einer Artenschutzprüfung im Zuge einer raumbedeutsamen Planung, bei deren Realisierung möglicherweise auf streng geschützte Arten nach Anhang IV der FFH-Richtlinie bzw. auf wildlebende Vögel zugegriffen wird (vgl. § 44 Abs. 1 und 5 BNatSchG).

2.1 Begriffsbestimmungen: Raumplanung und Artenschutzrecht

Die Planung ist ein wesentliches Handlungsinstrument des modernen Staates.⁴¹ Mit dem Begriff „Planung“ ist das vorausschauende Setzen von Zielen und gedankliche Vorwegnehmen der zu ihrer Verwirklichung erforderlichen Maßnahmen gemeint.⁴² Die Rechtsordnung kennt verschiedenste Pläne mit unterschiedlicher Rechtsnatur, wie beispielsweise den Haushaltsplan des Bundes als Gesetz (Art. 110 GG), den Raumordnungsplan für Niedersachsen als Rechtsverordnung (§ 4 Abs. 2 Satz 1 NROG), den gemeindlichen Bebauungsplan als Satzung (§ 10 Abs. 1 BauGB) oder den Vertretungsplan einer Behörde als Verwaltungsvorschrift usw.

Nachfolgend geht es rein um die Raumplanung, weil sie die Inanspruchnahme oder den Schutz von Naturgütern, insbesondere von Boden und Wasser, zum Gegenstand hat.⁴³ In einer weiter gefassten Definition kann Raumplanung als das gezielte Einwirken auf die räumliche Entwicklung der Gesellschaft, der Wirtschaft und der Umwelt in einem Gebiet bezeichnet werden.⁴⁴ Eine solche weite Definition lehnt sich an die Leitvorstellung der Raumordnung in § 1 Abs. 2 ROG an, wonach die sozialen und wirtschaftlichen Ansprüche an den Raum mit seinen ökologischen Funktionen in Einklang zu bringen sind.

⁴¹ So *Hendler*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2001, Rn. 418.

⁴² *Klement/Saurer*, Umweltschutz in der Fachplanung, in: *Rehbinder/Schink*, Grundzüge des Umweltrechts, 5. Aufl. 2018, S. 335 (347).

⁴³ Vgl. *Hoppe et al.*, Rechtsschutz bei der Planung, 4. Aufl. 2011, S. 2 („kennzeichnend ist der Bodenbezug“).

⁴⁴ *Danielzyk/Münter*, Raumplanung, in: *ARL*, Handwörterbuch der Stadt- und Raumentwicklung, 2018, S. 1931 (1932).

Bei der Raumplanung wird sowohl in der Rechtswissenschaft als auch in der Planungswissenschaft unterschieden zwischen der Gesamtplanung und der Fachplanung.⁴⁵ Die verschiedenen Ebenen der staatlichen, überörtlichen Raumordnung (Bundesplanung, Landesplanung und Regionalplanung) sowie die nachfolgende kommunale, örtliche Bauleitplanung (Flächennutzungsplanung und Bebauungsplanung) werden gemeinhin wegen ihrer überfachlichen Koordinierungs- und Integrationsfunktion, die sämtliche der räumlich relevanten Belange berücksichtigt, unter dem Begriff der „räumlichen Gesamtplanung“ zusammengefasst.⁴⁶ Ihre integrative Überfachlichkeit grenzt die Gesamtplanung von der raumbedeutsamen Fachplanung ab, die auf der Basis eigener Fachgesetze dazu dient, konkrete sektorale Aufgaben planerisch abzuwägen, bspw. die Verkehrsplanung.⁴⁷

Beispielsweise vollzieht sich die Bundesfernstraßenplanung aufgrund einer Bedarfsplanung (Bedarfsplan für die Bundesfernstraßen, vgl. die Anlage zu § 1 Abs. 1 Satz 2 FStrAbG) ggf. durch eine vorausschauende Linienbestimmung (§ 16 FStrG) als Zwischenschritt⁴⁸ und eine Planfeststellung (§ 17 FStrG) als „grundstücksgenaue“ Zulassungsentscheidung.⁴⁹ Hieran zeigt sich, dass bei der Fachplanung weiter dahingehend differenziert werden kann, ob es sich einerseits um räumliche Fachplanungen handelt, welche die Entwicklung eines bestimmten Raumes durch die Darstellung inhaltlicher Zielvorstellungen zum Gegenstand hat (bspw. Landschaftsplanung) oder es sich um Grundstücksnutzungsregelungen (z. B. Wasserschutzgebiet) oder um eine Zulassungsentscheidungen (z. B. fernstraßenrechtliche Planfeststellung) handelt.⁵⁰ Der rechtlichen Handlungsform nach vollzieht sich die vorhabenbezogene Fachplanung, welche die Einbettung eines dem öffentlichen Interesse entsprechenden Vorhabens im

⁴⁵ Mengel, Naturschutzbelange in der Bauleitplanung, in: ders., Naturschutzrecht und Städtebaurecht, 2019, S. 24 (25); Hoppe et al., Rechtsschutz bei der Planung, 4. Aufl. 2011, S. 2.

⁴⁶ Vgl. Battis, Öffentliches Baurecht und Raumordnungsrecht, 7. Aufl. 2017, Rn. 60; Klement/Saurer, Umweltschutz in der Fachplanung, in: Rehbinder/Schink, Grundzüge des Umweltrechts, 5. Aufl. 2018, S. 335 (349). Kritisch zur Einordnung der Bauleitplanung in die Kategorie der überfachlichen Gesamtplanung wegen der starken Akzentuierung des Baulichen Mengel, Naturschutzbelange in der Bauleitplanung, in: ders., Naturschutzrecht und Städtebaurecht, 2019, S. 24 (26).

⁴⁷ Danielzyk/Münter, Raumplanung, in: ARL, Handwörterbuch der Stadt- und Raumentwicklung, 2018, S. 1931 (1937).

⁴⁸ Sie bestimmt den grundsätzlichen Verlauf der Trasse im nicht parzellenscharfen Maßstab 1:25.000, vgl. dazu Hoppe et al., Rechtsschutz bei der Planung, 4. Aufl. 2011, S. 144.

⁴⁹ Stürer, Bau- und Fachplanungsrecht, 5. Aufl. 2015, Rn. 3663 f.; VGH Hessen, Urteil vom 05.12.2019 – 2 C 1823/15.T, juris Rn. 36 („Konkretisierung der Grundsatzentscheidung des Bedarfsgesetzgebers durch den Planfeststellungsbeschluss“).

⁵⁰ Diese Dreiteilung der Fachplanung beruht auf Peine, Architektur des Planungsrechts, EurUP 2015, S. 293 (304 ff.).

Raum zum Gegenstand hat,⁵¹ auf der Zulassungsebene typischerweise⁵² als Planfeststellungsbeschluss bzw. als Plangenehmigung (§ 74 VwVfG), mit denen die Behörde über die Zulassung eines beantragten Vorhabens entscheidet.⁵³ Der Begriff der Fachplanung schließt nach dem gemeinhin verwendeten Begriffsverständnis nicht nur die höherstufige Planungsebene, sondern auch die zulassende Genehmigungsebene mit ein.⁵⁴ Hintergrund ist, dass in den Planfeststellungs- und Plangenehmigungsverfahren – wie bei der Gesamtplanung und der höherstufigen Fachplanung – das Abwägungsgebot als Wesensmerkmal einer rechtsstaatlichen Planung gilt. Das Bundesverwaltungsgericht spricht neuerdings sogar von der „*allgemeinen fachplanerischen Gesamtabwägung*“.⁵⁵ Damit wird betont: Element jeder Planfeststellung bzw. Plangenehmigung ist das rechtsstaatliche Abwägungsgebot, weil ihm alle Planungsentscheidungen unterliegen, unabhängig davon, ob das Gebot gerechter Abwägung fachplanungsgesetzlich ausdrücklich normiert ist oder nicht.⁵⁶

Wenn im Folgenden der Begriff „Planungsverfahren“ verwendet wird, so meint dies jedoch allein vorausschauende Verfahren, welche Zielvorstellungen für einen bestimmten Raum darstellen, oberhalb der Zulassungsebene. Wenn im Folgenden der Begriff „Zulassungsverfahren“ verwendet wird, so meint dies Verfahren, in denen über die Genehmigung eines Vorhabens entschieden wird. Diese Unterteilung für die vorliegende Untersuchung begründet sich durch das zentrale Wesensmerkmal des Artenschutzrechts, dessen Regelungen, wie einführend genannt, als handlungsbezogene Zugriffsverbote ausgestaltet sind, weshalb sich insbesondere bei vorgelagerten Planungsebenen die Frage ihrer Wirkung stellt.⁵⁷ So wird beispielsweise kontrovers darüber diskutiert, ob auf der Ebene der Regionalplanung grundsätzlich eine spezielle artenschutzrechtliche Prüfung durchgeführt werden muss oder nicht.⁵⁸

„Zulassungsverfahren“ meint damit neben Verfahren, die mit einer gebundenen Genehmigungsentscheidung abschließen, auf die der Antragsteller bei Vorliegen der gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen einen Anspruch hat – insbesondere die

⁵¹ *Klement/Saurer*, Umweltschutz in der Fachplanung, in: Rehlinger/Schink, Grundzüge des Umweltrechts, 5. Aufl. 2018, S. 335 (351).

⁵² Siehe bspw. §§ 8 ff. LuftVG, § 18 AEG, §§ 14 ff. WaStrG, § 35 Abs. 2 und 3 KrWG, § 31 Abs. 1 WHG sowie § 41 Abs. 5 und § 87 FlurbG. Vgl. zu den Anwendungsbereichen *Steinberg et al.*, Fachplanung, 2012, S. 63 ff.

⁵³ *Stüer*, Bau- und Fachplanungsrecht, 5. Aufl. 2015, Rn. 3629.

⁵⁴ Kritisch dazu *Mengel*, Naturschutzbelange in der Bauleitplanung, in: ders., Naturschutzrecht und Städtebaurecht, 2019, S. 24 (25).

⁵⁵ BVerwG, Urteil vom 12.06.2019 – 9 A 2.18, juris Rn. 127.

⁵⁶ *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 22. Aufl. 2021, § 40 Rn. 151; BVerwG, Urteil vom 11.12.1981 – 4 C 69.78, juris Rn. 17.

⁵⁷ *Sobotta*, Artenschutz in der Umweltprüfung, NuR 2013, S. 229; *Louis*, Zugriffsverbote im Zulassungs- und Bauleitplanverfahren, NuR 2009, S. 91 (98 f.); *Lau*, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 44 Rn. 5.

⁵⁸ Siehe dazu die Abschnitte 2.5.2 (Artenschutz auf Ebene der Regionalplanung) und 2.5.3 (Artenschutz bei der Steuerung von Windenergieanlagen).

Genehmigung nach § 6 Abs. 1 BImSchG („Die Genehmigung *ist* zu erteilen, wenn ...“) sowie die Baugenehmigung nach der jeweiligen Landesbauordnung – auch Verfahren, die mit der Feststellung des Plans über ein Vorhaben bzw. Erteilung der Plangenehmigungen⁵⁹ als öffentlich-rechtliche Zulassungsformen von Vorhaben abschließen, obwohl diese als planerische Entscheidungen keine konditionale „Wenn-Dann-Struktur“ aufweisen, sondern dem Abwägungsgebot als zentrales Element jeder Planung unterliegen (vgl. bspw. § 36 Abs. 1 KrWG: „Der Planfeststellungsbeschluss oder die Plangenehmigung *darf* nur erteilt werden, wenn ...“).⁶⁰

Tabelle 1: Abgrenzung von vorlaufender Planung und nachgelagerter Zulassung unterteilt nach räumlicher Gesamtplanung und räumlicher Fachplanung

	Gesamtplanung grunds. überfachliche Prüfung	Fachplanung grunds. sektoralgeprägte Prüfung
Planungsebene Zielvorstellungen für Gebiet darstellen	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Raumordnung ➤ Bauleitplanung 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Bedarfsplanungen (bspw. Straßen, Abfall) ➤ Bewirtschaftungspläne (bspw. Wasser, Wald) ➤ schutzbezogene Pläne (bspw. Landschaftsplanung)
Zulassungsebene projektbezogene Umsetzung	<ul style="list-style-type: none"> ✓ planfeststellungersetzender Bebauungsplan⁶¹ ✓ Vorhaben- und Erschließungsplan mit Durchführungsvertrag⁶² 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Planfeststellung ✓ Plangenehmigung ✓ fachrechtliche Genehmigung bzw. Entscheidung⁶³

⁵⁹ Ramsauer/Wysk, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 22. Aufl. 2011, § 74 Rn. 204 (Plangenehmigung ist echte Planungsentscheidung, für die das Abwägungsgebot uneingeschränkt anwendbar ist).

⁶⁰ Klement/Saurer, Umweltschutz in der Fachplanung, in: Rehlinger/Schink, Grundzüge des Umweltrechts, 5. Aufl. 2018, S. 335 (384 ff.). Siehe zum Abwägungsgebot und der damit einhergehenden Alternativenprüfungspflicht speziell im Rahmen des beispielhaft angeführten § 36 KrWG Klages, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, 60. Ed. 2021, § 36 KrWG Rn. 26 f.

⁶¹ Siehe dazu Abschnitt 2.2.5.

⁶² Ein Durchführungsvertrag ist die Voraussetzung, mit der die Wirksamkeit des vorhabenbezogenen Bebauungsplans steht und fällt (Busse, in: Spannowsky/Uechtritz, BeckOK BauGB, 53. Ed. 2021, § 12 Rn. 3b). Der gesetzlichen Konzeption nach handelt es sich damit um einen Plan auf der Zulassungsebene (Kukk, in: Schröder, BauGB, 9. Aufl. 2019, § 12 Rn. 15 und 24).

⁶³ Die Entscheidung kann auch rein tatsächlicher Natur sein, beispielsweise wenn Waldarbeiter einen Waldbereich gemäß dem gültigen Forstwirtschaftsplan roden.

Das Artenschutzrecht als Gesetzesmaterie lässt sich systematisch ordnen in das Artenschutzrecht im weiteren Sinn, das alle gesetzlichen Regelungen einschließt, die funktional den Artenbestand beeinflussen (z. B. § 13 PflSchG als agrarrechtlicher Artenschutz oder § 39 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 WHG als wasserwirtschaftlicher Artenschutz), sowie das Artenschutzrecht im engeren Sinn, das in Kapitel 5 des Bundesnaturschutzgesetzes (§§ 37 bis 55 BNatSchG) geregelt ist.⁶⁴

Innerhalb des Artenschutzrechts nach dem Bundesnaturschutzgesetz lässt sich inhaltlich differenzieren zwischen einem allgemeinen Artenschutz zugunsten aller wildlebenden Pflanzen und Tiere einerseits (insb. § 39 BNatSchG) sowie andererseits einem besonderen Artenschutz (§§ 44 bis 47 BNatSchG) für spezielle als besonders bzw. streng geschützte Arten.⁶⁵

Der allgemeine Artenschutz spielt in Planungs- und Zulassungsverfahren kaum eine Rolle, weil bei im Übrigen zulässigen Vorhaben bzw. bei erforderlichen Plänen ein vernünftiger Grund für die Beeinträchtigung im Sinne des § 39 Abs. 1 BNatSchG vorliegt.⁶⁶ Bei der Baufeldfreimachung rückt manchmal § 39 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 BNatSchG in den Blickwinkel. Diese Vorschrift verbietet das Schneiden und Beseitigen von Gehölzen, die nicht in Wäldern, Kurzumtriebsplantagen oder Ziergärten stehen, in der Zeit vom 1. März bis zum 30. September. Da dieses Verbot jedoch gemäß § 39 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 BNatSchG im Außenbereich nicht für nach der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung zulässige Eingriffe sowie gemäß § 39 Abs. 5 Satz 2 Nr. 4 BNatSchG grundsätzlich auch nicht innerhalb des Geltungsbereichs von Bebauungsplänen und im unbepflanzten Innenbereich für zulässige Bauvorhaben gilt, entfaltet der allgemeine Artenschutz in Planungs- und Zulassungsverfahren auch über dieses Verbot keine praktische Relevanz.

Das Artenschutzrecht des Bundesnaturschutzgesetzes sieht einen vierfach gestaffelten Schutz vor:⁶⁷ Die Verbote des allgemeinen Artenschutzrechts kommen allen wildlebenden Tier- und Pflanzenarten zugute. Für einen Teil, die besonders geschützten Arten (§ 7 Abs. 2 Nr. 13 BNatSchG), gelten die Zugriffsverbote nach § 44 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 3 und Nr. 4 BNatSchG sowie die Besitz- und Vermarktungsverbote nach § 44 Abs. 2 BNatSchG. Wiederum eine Teilmenge daraus bildet die Gruppe der streng geschützten Arten (§ 7 Abs. 2 Nr. 13 BNatSchG) und der europäischen Vogelarten, für die zusätzlich das Störungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG greift. Wiederum eine Teilmenge hieraus, nämlich die streng geschützten Arten nach Anhang IV der FFH-Richtlinie sowie die wildlebenden Vogelarten, bilden gemäß § 44 Abs. 5 Satz 2

⁶⁴ Vgl. insb. *Meßerschmidt*, Artenschutzrecht und Landwirtschaft, EurUP 2018, S. 336 (336 f.).

⁶⁵ Vgl. zur Systematik des Artenschutzrechts *Schütte/Gerbig*, in: *Schlacke*, GK-BNatSchG, 2. Aufl. 2017, Vorb. zu §§ 37-55 Rn. 21.

⁶⁶ *Meßerschmidt*, Bundesnaturschutzrecht, 155. EL 2021, § 39 Rn. 1.

⁶⁷ A. A. *Fellenberg*, Artenschutzrecht, in: *Kerkmann/Fellenberg*, Naturschutzrecht in der Praxis, 3. Aufl. 2021, § 10 Rn. 28 („dreifach gestaffelten Schutz“); weitere Nachweise bei *Meßerschmidt*, Bundesnaturschutzrecht, 155. EL 2021, § 39 Rn. 1.

und 5 BNatSchG das relevante Artenspektrum bei der Prüfung der Zugriffsverbote in Planungs- und Zulassungsverfahren.⁶⁸

Tabelle 2: Systematik des Artenschutzrechts anhand des erfassten Artenspektrums

1	allgemeiner Artenschutz	alle wildlebenden Tier- und Pflanzenarten
2	besonderer Artenschutz	alle besonders geschützten Arten
3	strenger Artenschutz	alle streng geschützten Arten sowie die wildlebenden Vogelarten
4	strenger Artenschutz in Planungs- und Zulassungsverfahren	die Arten des Anhangs IV der FFH-Richtlinie sowie die wildlebenden Vogelarten

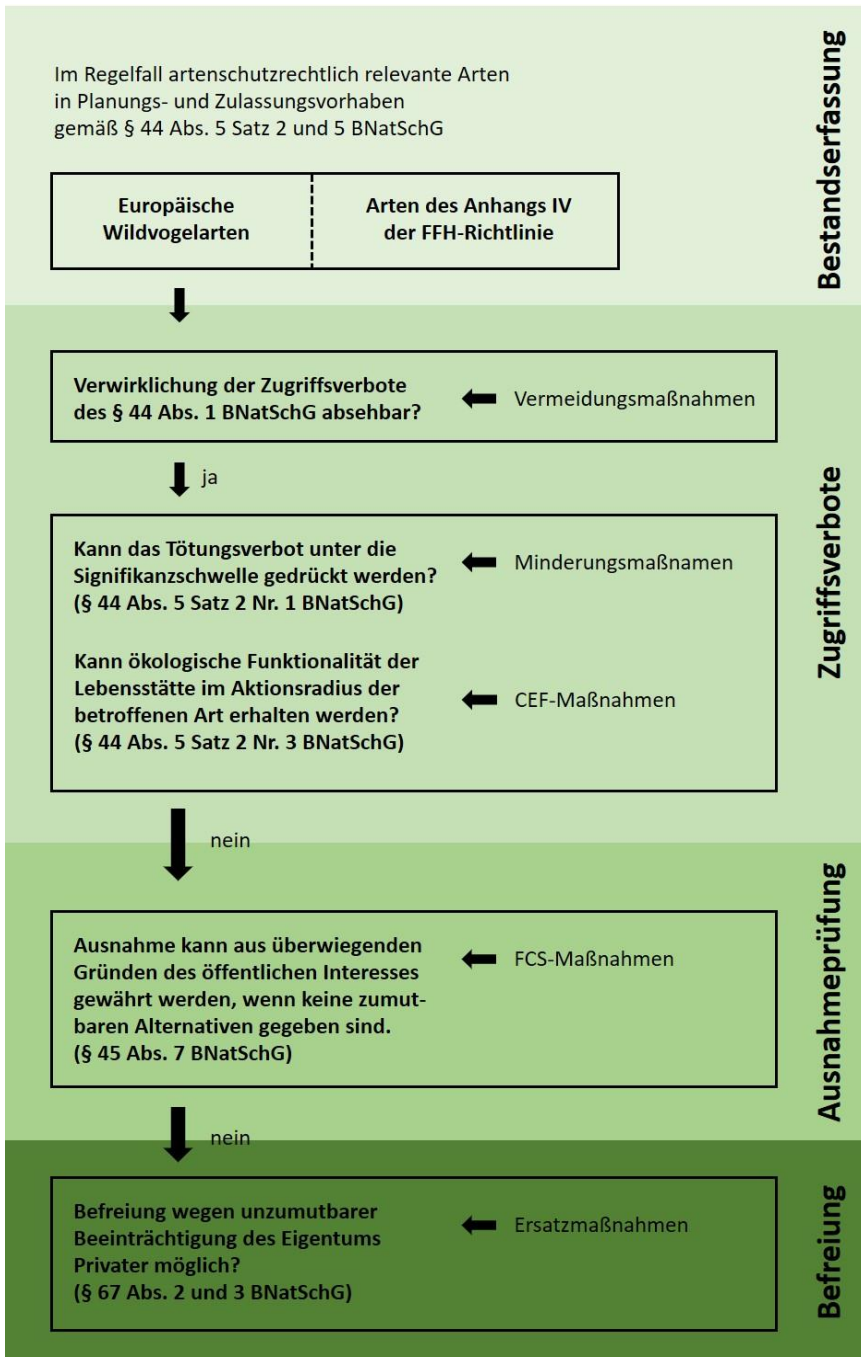
Obwohl die Zugriffsverbote nach § 44 Abs. 1 und 5 BNatSchG sowie die Ausnahmeveraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG in Planungs- und Zulassungsverfahren von den Normen und dem Artenschutzspektrum her damit nur einen Teil des Artenschutzes ausmachen, sind sie sowie die entsprechenden Normen der EU-Naturschutzrichtlinien (insb. Art. 12 und Art. 16 FFH-RL sowie Art. 5 und Art. 9 VRL) im Wesentlichen gemeint, wenn im Folgenden von dem Begriff „Artenschutzrecht“ die Rede ist. Dies rechtfertigt sich daraus, dass es in der vorliegenden Arbeit nicht um Beeinträchtigungen durch Landnutzungsmaßnahmen wie die Landwirtschaft geht, sondern um den Artenschutz im Rahmen von raumbezogenen Planungs- und Zulassungsverfahren. Die Zugriffsverbote nebst Ausnahmeregelung haben aufgrund ihrer schutzgebietsunabhängigen Geltung, ihrer Strenge und ihrer unionsrechtlichen Untersetzung in der Fach- und Gesamtplanung immense Bedeutung erlangt.⁶⁹ Sie bilden aus Sicht der räumlichen Planung und Zulassung von raumbedeutsamen Vorhaben den relevanten Inhaltskern des Artenschutzrechts.⁷⁰

⁶⁸ Trautner, Artenschutz 2020, S. 112. Zu dem in Planungs- und Zulassungsverfahren relevanten Artenspektrum und den damit verbundenen Einzelfragen (wie den Schutz allochtoner Mauereidechsen) siehe unten Abschnitt 3.2.2.

⁶⁹ Prägnant Meßerschmidt, Artenschutzrecht und Landwirtschaft, EurUP 2018, S. 336: „gefürchteter und angefeindeter Störfaktor in Zulassungsverfahren“. Ebenso Kment, Artenschutz im Fokus der höchstrichterlichen Rechtsprechung, NuR 2020, S. 361.

⁷⁰ Vgl. insb. Klement/Saurer, Umweltschutz in der Fachplanung, in: Reh binder/Schink, Grundzüge des Umweltrechts, 5. Aufl. 2018, S. 335 (397 f.).

Abbildung 1: Anwendungsbereich und Prüfungsstufen des Artenschutzes in der Raumplanung und Vorhabenzulassung



2.2 Artenschutzrecht in der Fachplanung

In der Fachplanung kommt den Anforderungen des besonderen Artenschutzrechts wegen der regelmäßig hohen Eingriffsintensität bei einer Projektrealisierung eine überragende Bedeutung zu.⁷¹ Der Planfeststellungsbeschluss und die Plangenehmigung stellen begünstigende Verwaltungsakte mit belastender Drittwirkung dar, mittels derer raumbedeutsame Vorhaben zugelassen werden, die gemäß einem Fachgesetz der Planfeststellung bzw. Plangenehmigung als Zulassungsform bedürfen. Das sind beispielsweise

- der Gewässerausbau (§ 68 Abs. 1 und 2 WHG),
- die Errichtung und der Betrieb von Deponien (§ 35 Abs. 2 und 3 KrWG),
- der Bau von Betriebsanlagen einer Eisenbahn (§ 18 und § 18b AEG),
- der Bau von Bundesfernstraßen (§ 17 und § 17b FStrG),
- der Bau von Landes- und Kreisstraßen (bspw. § 5 Abs. 1 und 3 LStrG RLP),⁷²
- der Wege- und Gewässerplan für die Einziehung, Änderung oder Neuausweisung öffentlicher Wege und Straßen sowie die wasserwirtschaftlichen, bodenverbessernden und landschaftsgestaltenden Anlagen (§ 41 FlurbG).

Das Planfeststellungsverfahren als Prototyp der Fachplanung⁷³ ist vor allem durch eine Öffentlichkeitsbeteiligung geprägt (vgl. § 73 VwVfG).⁷⁴ Die Plangenehmigung beschränkt hingegen die Beteiligung grundsätzlich auf die unmittelbar Betroffenen, weil sie typischerweise zur Anwendung kommt, wenn Rechte anderer nicht oder nicht wesentlich beeinträchtigt werden (vgl. § 74 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 VwVfG). Auf ihre Erteilung sind die Vorschriften über das Planfeststellungsverfahren gemäß § 74 Abs. 6 Satz 2 Halbs. 2 VwVfG nicht anzuwenden, weshalb die verfahrensrechtlichen Fragen nachfolgend getrennt behandelt werden.⁷⁵

Die Plangenehmigung hat die Rechtswirkungen der Planfeststellung (§ 74 Abs. 6 Satz 2 VwVfG).⁷⁶ Sowohl die Planfeststellung als auch die Plangenehmigung entfalten neben der Gestattungswirkung für das Vorhaben auch eine Konzentrationswirkung im Sinne des § 75 Abs. 1 VwVfG, wonach sie alle nach anderen gesetzlichen Vorschriften

⁷¹ So *Fellenberg*, Artenschutzrecht, in: Kerkmann/Fellenberg, Naturschutzrecht in der Praxis, 3. Aufl. 2021, § 10 Rn. 52; vgl. auch *De Witt/Geismann*, Artenschutzrechtliche Verbote in der Fachplanung, 2. Aufl. 2013, S. 5 f.

⁷² Nach den Straßengesetzen können Bebauungspläne die Planfeststellung ersetzen (bspw. § 17b Abs. 2 FStrG und § 5 Abs. 2 LStrG RLP). Zu der unmittelbaren Anwendung des Artenschutzrechts bei planfeststellungsersetzenden Bebauungsplänen siehe unten Abschnitt 2.2.5.

⁷³ So *Hoppe et al.*, Rechtsschutz bei der Planung, 4. Aufl. 2011, S. 2.

⁷⁴ *Stüer*, Bau- und Fachplanungsrecht, 5. Aufl. 2015, Rn. 4677; *Hendler*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2001, Rn. 515.

⁷⁵ Siehe unten Abschnitte 2.2.1 und 2.2.2.

⁷⁶ Aus dem Straßenrecht der Länder für Landes- und Kreisstraßen gleichlautend bspw. § 5 Abs. 3 Satz 2 LStrG RLP.

erforderliche Genehmigungen, Erlaubnisse, Bewilligungen und sonstige Zulassungsakte ersetzen. Dementsprechend gelten in materieller Hinsicht für die Erteilung einer Planfeststellung und Plangenehmigung dieselben Voraussetzungen;⁷⁷ das Artenschutzrecht gehört zum materiellen Prüfmaßstab⁷⁸ (vgl. § 75 Abs. 1 VwVfG) und eine etwaig erforderliche Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG ergeht im Zulassungsbescheid und liegt in der sachlichen Zuständigkeit der genehmigenden Fachplanungsbehörde.⁷⁹

Das Fachplanungsrecht kennt als weitere Form der Zulassung die Freistellung von der Planungspflicht (§ 74 Abs. 7 VwVfG). Diese setzt regelmäßig voraus, dass andere öffentliche Belange neben den mit dem Projekt verfolgten nicht erst beeinträchtigt, sondern schon gar nicht berührt werden (vgl. § 74 Abs. 7 Satz 2 Nr. 1 VwVfG). Keine Berührung anderer öffentlicher Interessen, etwa dem Naturschutz, liegt nach allgemeiner Ansicht zwar dann vor, wenn sie Gegenstand einer anderen hoheitlichen Entscheidung geworden sind.⁸⁰ Aufgrund des ordnungsrechtlichen Charakters der Zugriffsverbote, die erst auf der Ausnahmeebene einen Genehmigungstatbestand kennen, käme dies beim besonderen Artenschutz jedoch nur dann in Betracht, wenn sich die Tatbestandswirkung der bereits vorliegenden Genehmigung ausdrücklich auch auf ein bestimmtes Artenvorkommen und eine diesbezügliche Maßnahme beziehen würde.⁸¹ In artenschutzrechtlich relevanten Kontexten darf aufgrund deren Konzeption als ordnungsrechtliche Verbote anstatt als Genehmigungstatbestände die Freistellung von der Pflicht zur Planfeststellung bzw. Plangenehmigung jenseits der Bagatellschwelle daher keine praktisch relevante Rolle spielen.

In dem Planfeststellungsverfahren und in dem der Plangenehmigung vorausgehenden Verwaltungsverfahren kommt den handlungsbezogenen Zugriffsverboten unmittelbare Geltung zu, d. h. die Zulassungsentscheidung ist an den Verbotstatbeständen des § 44 Abs. 1 und 5 BNatSchG zu messen.⁸² Das Artenschutzrecht normiert

⁷⁷ Geiger, in: Ziekow, Handbuch des Fachplanungsrechts, 2. Aufl. 2014, S. 107.

⁷⁸ Siehe nur VGH Hessen, Urteil vom 05.12.2019 – 2 C 1823/15.T, juris Rn. 31: „Der angefochtene Planfeststellungsbeschluss ... ist rechtswidrig und darf nicht vollzogen werden, weil er gegen zwingende Vorgaben des Artenschutzrechts verstößt ...“.

⁷⁹ LBV SH, Beachtung des Artenschutzrechtes bei der Planfeststellung, 2016, S. 77.

⁸⁰ Vgl. nur Hoppe et al., Rechtsschutz bei der Planung, 4. Aufl. 2011, S. 116; Wysk, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 22. Aufl. 2021, § 74 Rn. 227.

⁸¹ Vgl. beispielhaft zur Tatbestandswirkung der Baugenehmigung auf den besonderen Artenschutz unten Abschnitt 2.3.1.

⁸² Siehe dazu OVG NRW, Urteil vom 29.03.2017 – 11 D 70/09.AK, juris Rn. 398 (Planfeststellung); BfG, Berücksichtigung des Artenschutzes bei Aus- und Neubau von Bundeswasserstraßen, 2020, S. 4 (Fn. 1): „Da beim Ausbau von Bundeswasserstraßen in den meisten Fällen Planfeststellungsverfahren durchgeführt werden, wird in diesem Leitfaden nur dieser Begriff verwendet. Die getroffenen Aussagen gelten jedoch ebenso für andere Genehmigungsverfahren, insbes. Plangenehmigungen, und auch für den Fall des Entfallens der Planfeststellung bzw. Plangenehmigung in Fällen von unwesentlicher Bedeutung, § 74 Abs. 7 VwVfG.“ Instruktiv Wysk, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 22. Aufl. 2021, § 74 Rn. 80-83, mit dem Hinweis, dass Befreiungen vom besonderen Artenschutz nach § 67 Abs. 2 BNatSchG im Planfeststellungsverfahren keine praktische Rolle

mithin ein separates Zulassungsregime, das nicht in den allgemeinen materiellen Anforderungen, insbesondere nicht im Abwägungsgebot, aufgeht. So ist beispielsweise die Alternativenprüfung nach § 45 Abs. 7 BNatSchG nicht Teil der Variantenprüfung der fachplanerischen Abwägung (z. B. nach § 17 Satz 2 FStrG). Daran zeigt sich, dass es sich bei § 44 Abs. 1 und 5 sowie § 45 Abs. 7 BNatSchG um der fachplanerischen Abwägung nicht zugängliche „*zwingende Vorschriften des Artenschutzrechts*“ handelt, d. h. im Zeitpunkt der Zulassungsentscheidung müssen die Zugriffsverbote „*tragfähig verneint*“ werden, soweit keine Ausnahme ergangen ist.⁸³

Diese Formulierungen des Bundesverwaltungsgerichts deuten bereits darauf hin, dass die im Verwaltungs- und ggf. Gerichtsverfahren problematischen Punkte bei der Artenschutzprüfung schwerpunktmäßig die Tatbestandsebene betreffen und die methodischen Standards sowie den Ermittlungsumfang zur Erfassung einer bestimmten Art bzw. Artengruppe zum Gegenstand haben. Für die artenschutzrechtliche Beurteilung einer Planfeststellung bzw. Plangenehmigung kommt es nicht auf den Zeitpunkt der Umsetzung des Vorhabens, sondern bereits auf den Zeitpunkt der Vorhabenzulassung an.⁸⁴ So rücken bei einer planungspraktischen Perspektive jene Fragen in den Fokus, die mit einer Änderung der Sachlage in Zusammenhang stehen, etwa die Frage nach den Steuerungsoptionen der Ökologischen Baubegleitung (ÖBB) und der Behörden beim Einwandern von Exemplaren geschützter Arten im Nachgang der Genehmigungserteilung.

2.2.1 Verfahrensrechtliche Vorgaben für Planfeststellungsverfahren

Bedarf wegen neuer Erkenntnisse der artenschutzrechtliche Fachbeitrag bereits im Verwaltungsverfahren im Nachgang der Offenlage und Öffentlichkeitsbeteiligung einer Überarbeitung, so stellt sich die Frage nach der Notwendigkeit einer erneuten Offenlage bzw. Beteiligung und Anhörung von Einwendern. Dabei gilt es, neben § 73 Abs. 8 VwVfG die modifizierenden Vorschriften des UVP-Rechts für eine Öffentlichkeitsbeteiligung zu bedenken, denn für die meisten Vorhaben mit Planfeststellungsvorbehalt ergibt sich aus §§ 6 ff. UVPG eine Umweltverträglichkeitsprüfungspflicht.⁸⁵

Nach der gefestigten Rechtsprechung der mit Fachplanungen befassten Senate des Bundesverwaltungsgerichts erfordern Planänderungen zwischen der Auslegung der Planunterlagen und dem Erlass des Planfeststellungsbeschlusses nicht stets die Wiederholung eines vorausgegangenen Anhörungsverfahrens im Sinne des § 73

spielten, weil alle relevanten Konstellationen durch die Ausnahmenvorschrift des § 45 Abs. 7 BNatSchG erfasst würden.

⁸³ Zitate entnommen aus BVerwG, Urteil vom 09.11.2017 – 3 A 4.15, juris Rn. 41.

⁸⁴ BVerwG, Urteil vom 12.08.2009 – 9 A 64.07, juris Rn. 50; BVerwG, Urteil vom 09.11.2017 – 3 A 4.15, juris Rn. 105.

⁸⁵ Wysk, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 22. Aufl. 2021, § 73 Rn. 11.

VwVfG.⁸⁶ Eine wesentliche Änderung, die das Gesamtkonzept der Planung und die Identität des Vorhabens berührt und somit zu einem Vorhaben führt, das nach Gegenstand, Art, Größe und Betriebsweise im Wesentlichen andersartig ist, erfordert jedoch unabhängig von § 22 UVPG und § 73 Abs. 8 VwVfG ein vollständiges Anhörungsverfahren mit erneuter Auslegung.⁸⁷ Die „Änderung der Identität des Vorhabens“⁸⁸ kann der Artenschutz, etwa der Mehrbedarf an Flächen für CEF-Maßnahmen, bei einem planfeststellungsbedürftigen Vorhaben tendenziell nicht bewirken. Dabei geht es vielmehr um das Vorhaben an sich, etwa die Vergrößerung von Deponieflächen⁸⁹ oder um eine neue Anbindung von Fernstraßentrassen an das Verkehrsnetz.⁹⁰

Aus artenschutzrechtlicher Sicht ist eine erneute Öffentlichkeitsbeteiligung nach § 22 UVPG grundsätzlich nur dann durchzuführen, wenn aus Änderungen der Unterlagen gegenüber den offengelegten Unterlagen bzw. Angaben im offengelegten UVP-Bericht (§ 16 Abs. 2 UVPG) ersichtlich ist, dass zusätzliche oder andere erhebliche Umweltauswirkungen zu besorgen sind.⁹¹ Noch nicht abschließend geklärt ist dabei die Frage, ob es in artenschutzrechtlicher Hinsicht dafür zu einer Änderung der bisherigen Bewertung kommen muss, also die Fachgutachten im Änderungsverfahren nach der Offenlage davon ausgehen müssen, dass ein bislang vermiedenes Zugriffsverbot in Bezug auf Exemplare einer Art doch verwirklicht wird.⁹² In diese Richtung kann man das Bundesverwaltungsgericht verstehen, das unlängst die Pflicht einer erneuten Offenlage in einem Planfeststellungsverfahren mit dem Hinweis verneint hatte, Änderungen der artenschutzrechtlichen Bewertung habe es durch die Änderung der Unterlagen nicht gegeben:

„Eine erneute Öffentlichkeitsbeteiligung ist nach § 9 Abs. 1 Satz 4 UVPG [a. F.] grundsätzlich nur dann durchzuführen, wenn aus Änderungen der nach § 6 UVPG [a. F.] erforderlichen Unterlagen ersichtlich ist, dass im Vergleich zu den ausgelegten Planunterlagen zusätzliche oder andere erhebliche Umweltauswirkungen zu besorgen sind (BVerwG, Urteil vom 29. Juni 2017 – 3 A 1.16 – juris Rn. 38 m.w.N.). Das war hier nicht der Fall. Der Abgleich des Landschaftspflegerischen Begleitplans mit aktuelleren Roten Listen und der Arteninformation des Bayerischen Landesamts für Umwelt (LfU) auf dem TK-Blatt 6531 Fürth – Stand 2013 – führte nicht zu Änderungen der artenschutzrechtlichen Bewertung.“⁹³

⁸⁶ BVerwG, Urteil vom 27.10.2000 – 4 A 18.99, juris Rn. 23; BVerwG, Urteil vom 10.11.2016 – 9 A 18.15, juris Rn. 25; BVerwG, Urteil vom 09.11.2017 – 3 A 4.15, juris Rn. 28.

⁸⁷ BVerwG, Urteil vom 27.10.2000 – 4 A 18.99, juris Rn.23; BVerwG, Urteil vom 12.08.2009 – 9 A 64.07, juris Rn. 29.

⁸⁸ BVerwG, Urteil vom 12.08.2009 – 9 A 64.07, juris Rn. 29.

⁸⁹ BVerwG, Urteil vom 27.03.1992 – 7 C 18.91, juris Rn. 13.

⁹⁰ BVerwG, Urteil vom 12.08.2009 – 9 A 64.07, juris Rn. 29.

⁹¹ Vgl. BVerwG, Urteil vom 29.06.2017 – 3 A 1.16, juris Rn. 38; BVerwG, Urteil vom 09.11.2017 – 3 A 4.15, juris Rn. 28 (jeweils noch zur alten Fassung des UVPG ohne UVP-Bericht).

⁹² Ein ähnliches Problem stellt sich bei der allgemeinen UVP-Vorprüfung, siehe dazu unten Abschnitt 2.7.2.

⁹³ BVerwG, Urteil vom 09.11.2017 – 3 A 4.15, juris Rn. 28 f.

Das Bundesverwaltungsgericht hat aber ebenso darauf hingewiesen, dass bei der Bewertung der Umweltauswirkungen gemäß § 25 Abs. 1 Satz 1 UVPG auf eine wirksame Umweltvorsorge abzustellen ist, weshalb als rechtlicher Maßstab für die Bewertung der ermittelten Umweltauswirkungen gelte, dass man Umweltauswirkungen schon dann als erheblich (§ 22 Abs. 2 Satz 1 UVPG) zu qualifizieren habe, wenn sie „*mehr als geringfügig und damit abwägungserheblich sind*.“⁹⁴ Auf die durch § 44 Abs. 1 und 5 BNatSchG normierten Verbotsschwellen (signifikant erhöhtes Tötungsrisiko, erhebliche Störung, Beschädigung einer Lebensstätte ohne Funktionserhalt im räumlichen Umfeld) kann es wegen des Vorsorgegrundsatzes als Bewertungsmaßstab in § 25 UVPG, der zentralen Vorschrift des UVPG für die Umweltverträglichkeitsprüfung,⁹⁵ nicht ankommen. Allerdings müssen bei der Frage einer Pflicht zur erneuten Offenlage in Bezug auf Änderungen gemäß § 22 Abs. 2 Satz 2 UVPG vom Vorhabenträger vorgesehene Vorkehrungen betrachtet werden, weshalb geringe Risikoerhöhungen letztlich nicht zu einer erneuten Offenlagepflicht führen werden. Abwägungserheblichkeit meint bei Gesamtbetrachtung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, dass die zusätzlichen oder anderen Auswirkungen auf den Umweltbelang (hier: Schutzgut Tiere, Pflanzen und biologische Vielfalt, § 2 Abs. 1 Nr. 2 UVPG) auf das Ergebnis der Entscheidung Einfluss haben können.⁹⁶ So wird man eine Abwägungserheblichkeit und damit eine zusätzliche bzw. andere erhebliche Umweltauswirkung im Sinne des § 22 UVPG annehmen müssen, wenn zum Ausschluss eines der Verbotstatbestände des § 44 Abs. 1 und 5 BNatSchG weitere Auflagen zum Artenschutz im Planfeststellungsbeschluss von der Planfeststellungsbehörde als potentiell notwendig erachtet werden.

Bei Änderungen von Planungsunterlagen, die lediglich den Aufgabenbereich einer Behörde oder die Belange einzelner Dritter erstmalig oder stärker als bisher berühren, genügt es gemäß § 73 Abs. 8 Satz 1 VwVfG, wenn die Änderungen den Betroffenen mit der Gelegenheit zur Stellungnahme mitgeteilt werden.⁹⁷ Davon ist im Kontext des Artenschutzes bereits auszugehen, wenn die neuen Arteninformationen – z. B. aufgrund einer ergänzenden Bestandserfassung – nicht zu Änderungen der artenschutzrechtlichen Bewertung und zu einer erneuten Offenlagepflicht nach § 22 UVPG führen, also wenn beispielsweise das Tötungsrisiko für die (zusätzlichen) Exemplare aufgrund (zusätzlicher) Minderungsmaßnahmen des Vorhabenträgers weiterhin unter der Signifikanzschwelle bleibt. Denn Sinn und Zweck der Mitwirkung der anerkannten Naturschutzvereinigungen ist deren „Sachverständnispertizipation“⁹⁸ an der behördlichen Entscheidung, weswegen darauf zu achten ist, dass sich beteiligende anerkannte Naturschutzvereinigungen zu allen relevanten Bewertungsfragen äußern können, wie

⁹⁴ BVerwG, Urteil vom 17.12.2013 – 4 A 1.13, juris Rn. 38.

⁹⁵ So *Peters/Balla/Hesselbarth*, UVPG, 4. Aufl. 2019, § 25 Rn. 1.

⁹⁶ BVerwG, Urteil vom 25.06.2014 – 9 A 1.13, juris Rn. 22.

⁹⁷ BVerwG, Urteil vom 09.11.2017 – 3 A 4.15, juris Rn. 29.

⁹⁸ BVerwG, Urteil vom 01.04.2015 – 4 C 6.14, juris Rn. 25.

der 3. Senat des Bundesverwaltungsgerichts in seiner Entscheidung zum S-Bahn-Verschwenk bei Fürth in Bezug auf den Bund Naturschutz Bayern ausführte:

„Auch der Kläger hätte gemäß § 73 Abs. 8 Satz 1 VwVfG angehört werden müssen. Die Beigeladene hat den Plan nach der vorläufigen Sicherung des Überschwemmungsgebietes Bucher Landgraben um Hochwasserretentionsräume auf den Flächen A3 (S) und A6 (S) ergänzt. Die Fläche A3 (S) war zuvor ausschließlich als Ausgleichsfläche für den Verlust von Fortpflanzungs- und Ruhestätten der Zauneidechse vorgesehen. Diese Planänderung berührte den Aufgabenbereich des Klägers stärker als bisher. Die Beurteilung, ob und inwieweit eine Fläche, die im Rahmen der Hochwasserrückhaltung überflutet wird, als Fortpflanzungs- und Ruhestätte von Zauneidechsen geeignet bleibt, erfordert naturschutzfachlichen Sachverstand. Zu dieser Frage hatte der Kläger seinen Sachverstand im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung nicht einbringen können. Ohne eine ergänzende Anhörung wird der Zweck seiner Beteiligung nicht erreicht. Die Mitwirkung der Naturschutzvereinigungen ist eine die Behörde bei ihrer Entscheidung unterstützende „Sachverständigspartizipation“, die Vollzugsdefiziten im Bereich des Naturschutzes und der Landschaftspflege entgegenwirken soll (BVerwG, Urteil vom 1. April 2015 – 4 C 6.14 – BVerwGE 152, 10 Rn. 25).“⁹⁹

Für die Pflicht zu einer erneuten Anhörung der anerkannten Umweltverbände nach § 73 Abs. 8 Satz 1 VwVfG kommt es mithin nicht auf eine Ergebnisänderung bei der artenbezogenen Bewertung der Zugriffsverbote an.

2.2.2 Verfahrensrechtliche Vorgaben für Plangenehmigungsverfahren

In dem der Plangenehmigung vorausgehenden Verwaltungsverfahren finden gemäß § 74 Abs. 6 Satz 2 Halbs. 2 VwVfG die Vorschriften über das Planfeststellungsverfahren keine Anwendung. Anwendbar sind gemäß § 74 Abs. 6 Satz 2 Halbs. 3 VwVfG nur § 74 Abs. 4 Satz 1 VwVfG und § 74 Abs. 5 VwVfG, wonach die Genehmigung dem Vorhabenträger, den Einwendern und den anerkannten Umweltverbänden, die eine Einwendung verfasst haben, zuzustellen ist, wobei die Zustellung ab 50 Einwendern durch öffentliche Bekanntmachung ersetzt werden kann.

Ansonsten gelten – sofern die einzelnen Fachgesetze keine abweichende Regelung enthalten – die allgemeinen Vorschriften für das formlose Verwaltungsverfahren nach §§ 9 VwVfG ff.: Für die Notwendigkeit einer Beteiligung Dritter am Verwaltungsverfahren gilt § 13 VwVfG, für die Akteneinsicht § 29 VwVfG, für die Anhörung Betroffener § 28 VwVfG.¹⁰⁰ Eine Mitwirkungspflicht von Naturschutzverbänden, die nicht nur als Umweltvereinigung, sondern auch als Naturschutzvereinigung anerkannt sind, ergibt sich kaum aus § 63 BNatSchG¹⁰¹, sondern aus über § 63 Abs. 2 Nr. 7 BNatSchG hinausgehende landesrechtlichen Vorschriften, die eine Beteiligung auch bei einem

⁹⁹ BVerwG, Urteil vom 09.11.2017 – 3 A 4.15, juris Rn. 30 f.

¹⁰⁰ Wysk, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 22. Aufl. 2021, § 74 Rn. 218.

¹⁰¹ Vgl. dazu Steinberg et al., Fachplanung, 2012, S. 189.

Plangenehmigungsverfahren ohne Öffentlichkeitsbeteiligung vorsehen, wie beispielsweise § 49 Abs. 1 Nr. 5 NatSchG BaWü.¹⁰² Um das nach § 74 Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 VwVfG vorgeschriebene Benehmen mit den vom Vorhaben in ihrem Zuständigkeitsbereich berührten Naturschutzbehörden als Träger öffentlicher Belange herzustellen, bedarf es deren direkter Beteiligung im Plangenehmigungsverfahren.¹⁰³

Eine Öffentlichkeitsbeteiligung nach § 73 VwVfG findet hingegen nicht statt; darin liegt vor allem der Beschleunigungseffekt von Plangenehmigungsverfahren gegenüber einer Planfeststellung.¹⁰⁴ Die in § 74 Abs. 6 Satz 1 Nr. 3 VwVfG enthaltene Regel, wonach eine Plangenehmigung nur dann möglich ist, wenn das Vorhaben nicht UVP-pflichtig ist und damit keiner aufgedrängten Öffentlichkeitsbeteiligung unterliegt (vgl. z. B. § 68 Abs. 2 Satz 1 WHG, § 5 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 LStrG RLP, § 65 Abs. 2 Satz 1 UVPG), wurde durch die Planungsbeschleunigungsgesetzgebung zwischenzeitlich durchbrochen (siehe § 17b Abs. 1 Nr. 1 FStrG für Bundesfernstraßen, § 18b Satz 1 AEG für den Schienenwegebau sowie § 14b Abs. 2 WaStrG für Bundeswasserstraßen). Damit soll den Vorhabenträgern UVP-pflichtiger Vorhaben in einfach gelagerten Fällen schneller Baurecht verschafft werden.¹⁰⁵

2.2.3 Aktualität faunistischer Daten und Risikomanagement

Materiell stellt sich bei der Planung von Infrastrukturvorhaben aufgrund der flächigen Bodeninanspruchnahme sowie der langen Planungszeiträume wiederkehrend die Frage, wie valide faunistische Erhebungen im Genehmigungszeitpunkt sein müssen bzw. welche Punkte einem Risikomanagement überlassen bleiben dürfen.¹⁰⁶

Für die artenschutzrechtliche Beurteilung einer Planfeststellung bzw. Plangenehmigung kommt es trotz des ordnungsrechtlichen Charakters der Zugriffsverbote nicht auf den Zeitpunkt der Umsetzung des Vorhabens, sondern auf den Zeitpunkt der Bekanntgabe der Zulassungsentscheidung an.¹⁰⁷ Daraus ergeben sich zwei Leitlinien für die Bewertung der Artenschutzprüfung:

¹⁰² Eine über § 63 Abs. 2 Nr. 7 BNatSchG hinausgehende Pflicht zur Beteiligung von anerkannten Naturschutzvereinigungen in Plangenehmigungsverfahren ohne Öffentlichkeitsbeteiligung kann sich im Einzelfall darüber hinaus mittelbar aus normierten Beteiligungen an naturschutzrechtlichen Verfahren ergeben, etwa aus einer Beteiligungspflicht im Vorfeld einer habitatschutzrechtlichen Ausnahme für ein Vorhaben (z. B. § 30 Abs. 1 Nr. 2 LNatSchG RLP).

¹⁰³ Steinberg et al., Fachplanung, 2012, S. 189.

¹⁰⁴ Wysk, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 22. Aufl. 2021, § 74 Rn. 214.

¹⁰⁵ BT-Drs. 19/4459 vom 24.09.2018 (Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren im Verkehrsbereich), S. 31, 40 und 49. Kritisch dazu Wysk, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 22. Aufl. 2021, § 74 Rn. 207: „Plangenehmigungsverfahren ist für die Durchführung der UVP an sich kein geeignetes Trägerverfahren“.

¹⁰⁶ Aktuell bspw. VGH Hessen, Urteil vom 05.12.2019 – 2 C 1823/15.T, juris Rn. 80 ff. (Datenvalidität, bejaht) und Rn. 104 ff. (Anwendungsbereich des Risikomanagements, verneint).

¹⁰⁷ BVerwG, Urteil vom 12.08.2009 – 9 A 64.07, juris Rn. 50; BVerwG, Urteil vom 27.06.2019 – 7 C 22.17, juris Rn. 14.

Einerseits muss sich die Methodik und Durchführung der Artenschutzprüfung an den wissenschaftlichen Maßstäben messen lassen, die im Zeitpunkt der Zulassungsentscheidung vorliegen. Die faunistischen Gutachter der Vorhabenträger können sich deswegen beispielsweise nicht darauf berufen, dass Vorgaben der Fachverwaltung im Zeitpunkt der Bestandserfassung im Gelände noch nicht vorlagen, sondern erst nachträglich im Vorfeld der Zulassungsentscheidung erschienen sind.¹⁰⁸

Andererseits sind in der Regel nach Erlass der Genehmigung durchgeführte Erhebungen von Einwendern nicht geeignet, eine dem Plan zugrundeliegende frühere, nach Methodik und Umfang ordnungsgemäße artenschutzrechtliche Bestandsaufnahme in Frage zu stellen.¹⁰⁹ Das ist auch sachgerecht, denn der Exemplarbezug der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände bringt es mit sich, dass sich die tatsächliche Lage kurzfristig ändern kann.¹¹⁰ Obwohl daher Anhang-IV-Arten und wildlebende Vögel, die erst nach der Genehmigungserteilung im Gefahrenbereich eines Vorhabens einwandern, die Rechtmäßigkeit der Genehmigung grundsätzlich nicht tangieren, genießen sie wegen des ordnungsrechtlichen Charakters der handlungsbezogenen Zugriffsverbote dennoch den Schutz nach § 44 Abs. 1 und 5 BNatSchG und können so für die Umsetzung des Projekts bzw. den weiteren Anlagenbetrieb eine hohe Hürde darstellen.

Die Genehmigung spaltet die artenschutzrechtliche Beurteilung somit in zwei Betrachtungsphasen. Bezogen auf die materielle Rechtmäßigkeit der Genehmigung geht es insbesondere um die Frage, ob die erhobenen Daten valide genug sind, um eine Verbotsvermeidung zu begründen bzw. wegen § 75 Abs. 1a VwVfG darum, inwieweit eine Fehlerheilung möglich ist. Bezogen auf die rechtmäßige Umsetzung des Projektes steht die Reichweite des Monitorings und Risikomanagements im Fokus.

2.2.3.1 Datenvalidität und Fehlerheilung

Konkrete Anforderungen an die Validität faunistischer Erhebungen im Genehmigungszeitpunkt ergeben sich aus der ergangenen Rechtsprechung zur Gesamt- und Fachplanung. Aus ihr lässt sich die Tendenz ableiten, dass es aufgrund des Exemplarbezugs der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände selbst in einem solchen Einzelfall, in dem sich die naturräumlichen Umstände nicht wesentlich ändern, behördlicherseits naturschutzfachlich vertretbar sei, zumindest nach dem Ablauf von fünf Jahren eine Bestandserfassung als veraltet anzusehen: Der Bayerische Verfassungsgerichtshof hält

¹⁰⁸ VGH Hessen, Urteil vom 05.12.2019 – 2 C 1823/15.T, juris Rn. 50. In diesem Fall (Ortsumgehung Rosenberg) erfolgte die Bestandserfassung im Wesentlichen im Jahr 2006 und das Artenschutzgutachten wurde 2008 vorgelegt. Bei Bekanntgabe des Planfeststellungsbeschlusses 2015 war zwischenzeitlich, 2013, der einschlägige Leitfaden der Fachverwaltung (Hessen Mobil) zu Erfassungsmethoden und -zeiträumen bei faunistischen Untersuchungen zu straßenrechtlichen Eingriffsvorhaben in Hessen erschienen.

¹⁰⁹ BVerwG, Urteil vom 21.11.2013 – 7 C 40.11, juris Rn. 22; OVG NRW, Urteil vom 29.03.2017 – 11 D 70/09.AK, juris Rn. 495.

¹¹⁰ VGH Hessen, Urteil vom 05.12.2019 – 2 C 1823/15.T, juris Rn. 45.

in einer Entscheidung zur Bauleitplanung eine Realermittlung nach Ablauf von ca. drei Jahren für nicht mehr aussagekräftig.¹¹¹ Der Hessische Verwaltungsgerichtshof hat es hingegen bei einer fernstraßenrechtlichen Planfeststellung nicht beanstandet, dass eine Aktualisierung der Daten erst nach fünf Jahren erfolgt war.¹¹² Auf die Faustformel von fünf Jahren rekurrierte der 9. Senat des Bundesverwaltungsgerichts bereits mehrfach und prüfte aus diesem Anlass, ob eine Kontrolle der älteren Kartierdaten stattgefunden hatte.¹¹³

Ein ähnlicher Befund ergibt sich aus dem *Methodenhandbuch zur Artenschutzprüfung in NRW*, das nach seinem Erscheinen 2017 aufgrund der hohen Beteiligung von Artenschutzexperten¹¹⁴ auch von der Rechtsprechung rezipiert worden ist.¹¹⁵ Dort heißt es aus naturschutzfachlicher Perspektive zu den generellen Anforderungen an die Aktualität der Kartierdaten: „Die Untersuchungsergebnisse sollten ... nicht älter als fünf Jahre sein.“¹¹⁶ Dies entspricht auch den *Richtlinien für die landschaftspflegerische Begleitplanung im Straßenbau* des Bundesverkehrsministeriums, wonach erhobene Daten zur Fauna nach Ablauf von fünf Jahren seit der Bestandserfassung als veraltet angesehen werden können – mit dem Zusatz „unter Umständen auch schon früher“.¹¹⁷

Nach dem Ablauf von fünf Jahren sollte der Vorhabenträger daher eine Aktualisierungsprüfung durchführen. Dies meint im ersten Schritt eine Plausibilitätskontrolle der vor fünf Jahren im Gelände erhobenen Verbreitungsangaben vor dem Hintergrund der Habitatentwicklung im Bezugsraum, auf deren Grundlage im Einzelfall eine Entscheidung über die Notwendigkeit einer erneuten Kartierung getroffen werden muss.¹¹⁸ Die Plausibilitätskontrolle dient der Überprüfung der Ergebnisse aus der ursprünglichen Kartierung und der Angemessenheit der daraus abgeleiteten Konflikte und Maßnahmen. Naturschutzfachliche Grundlage hierfür ist eine Überprüfung der Lebensraumstrukturen im Gelände analog zur Potenzial-Analyse.¹¹⁹ In der Regel ist die fachkundige Beurteilung aufgrund einer einmaligen örtlichen Begehung und anhand

¹¹¹ BayVerfGH, Entscheidung vom 03.12.2013 – Vf. 8-VII-13, juris Rn. 36.

¹¹² VGH Hessen, Urteil vom 05.12.2019 – 2 C 1823/15.T, juris Rn. 80.

¹¹³ BVerwG, Urteil vom 09.11.2017 – 3 A 4.15, juris Rn. 44; BVerwG, Urteil vom 11.07.2019 – 9 A 13.18, juris Rn. 138.

¹¹⁴ Vgl. die Liste der beteiligten Experten online im Internet:

https://artenschutz.naturschutzinformationen.nrw.de/artenschutz/web/babel/media/mhbasp_anhang1_lliste%20der%20experten.pdf (zuletzt abgerufen am 15.02.2022).

¹¹⁵ OVG NRW, Beschluss vom 06.08.2019 – 8 B 409/18, juris Rn. 57; VG Arnsberg, Urteil vom 10.10.2019 – 8 K 710/17, juris Rn. 120 (Raumnutzungsanalyse Rotmilan); VGH Hessen, Urteil vom 05.12.2019 – 2 C 1823/15.T, juris Rn. 82.

¹¹⁶ Lüttmann et al., *Methodenhandbuch Artenschutzprüfung NRW*, 2017, S. 24; vgl. dazu auch den Hinweis von Kiel im Rahmen des Experteninterviews vom 16.08.2017.

¹¹⁷ Bundesministerium für Verkehr, *Richtlinien für die landschaftspflegerische Begleitplanung im Straßenbau*, 2011 (eingeführt durch Allgemeines Rundschreiben Straßenbau Nr. 13/2011 vom 18.10.2011, Kapitel 4.4.2), S. 24.

¹¹⁸ VGH Hessen, Urteil vom 05.12.2019 – 2 C 1823/15.T, juris Rn. 80.

¹¹⁹ Lüttmann et al., *Methodenhandbuch Artenschutzprüfung NRW*, 2017, S. 24.

von aktuellen Karten oder Luftbildern der betreffenden Flächen notwendig.¹²⁰ Ziel der Untersuchung ist es, unter Berücksichtigung der Erkenntnisse aus der vorhergehenden Kartierung die vor Ort vorhandenen Lebensraumstrukturen auf eine zu erwartende Nutzung durch die relevanten Tierarten zu prüfen. Festgestellte Änderungen sind hinsichtlich ihrer möglichen Auswirkungen auf das Artenspektrum oder die räumliche Verteilung gutachterlich zu bewerten.¹²¹ Werden aufgrund der Überprüfung der Lebensraumstrukturen keine gravierenden Änderungen festgestellt und sind auch ansonsten keine relevanten neuen Sachverhalte bekannt, ist in der Regel keine erneute Bestandserfassung vorzunehmen.¹²² Ansonsten wird eine erneute Kartierung meist erforderlich sein, zumindest soweit es darum gehen soll, die Genehmigungsbehörde in die Lage zu versetzen, darzulegen, dass in Bezug auf bestimmte Artengruppen (bspw. Fledermäuse, Greifvögel, Amphibien) der Eintritt des exemplarbezogenen Tötungsverbots (§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG) sowie des lebensstättebezogenen Beschädigungsverbots (§ 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG) vermieden werden kann.

Verstoßen eine Plangenehmigung bzw. ein Planfeststellungsbeschluss gegen die Vorgaben des Artenschutzrechts und werden sie vor Gericht angefochten, so gerät die Planerhaltung nach § 75 Abs. 1a VwVfG in den Fokus der behördlichen und gutachterlichen Tätigkeit. Denn Fachplanungen werden meist von den Gerichten nicht aufgehoben, sondern bei Verstößen gegen das Artenschutzrecht (manchmal in der Fassung der in der mündlichen Verhandlung durch Protokollerklärung noch behördlich verfügten Planergänzung) für rechtswidrig und nicht vollziehbar erklärt,¹²³ da gerichtlicherseits zumindest bei den „punktuellen“, nicht gebietsbezogenen Zugriffsverboten in aller Regel die konkrete Möglichkeit gesehen wird, dass der Fehler per Planergänzung oder durch ein ergänzendes Verfahren (§ 75 Abs. 1a Satz 2 VwVfG) geheilt werden kann.

Fehler bei der Artenschutzprüfung infizieren die fachplanerische Abwägung, wie das Bundesverwaltungsgericht etwa in seiner „Freiberg-Entscheidung“ klargestellt hat:

Der Planfeststellungsbeschluss weist entscheidungserhebliche artenschutzrechtliche Mängel auf, die sich auf die Prüfung des Tötungsverbots für verschiedene Fledermausarten und die Zauneidechse sowie des Zerstörungsverbots für Fortpflanzungs- und Ruhestätten von Fledermausarten beziehen. Diese Mängel infizieren zugleich die behördliche Beurteilung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung und die fachplanerische Abwägung. Rechtsfolge der Verstöße ist nicht die Aufhebung, sondern nur die Feststellung der Rechtswidrigkeit und Nichtvollziehbarkeit des Planfeststellungsbeschlusses.“¹²⁴

¹²⁰ Lüttmann et al., Methodenhandbuch Artenschutzprüfung NRW, S. 24.

¹²¹ Lüttmann et al., a.a.O., S. 24.

¹²² VGH Hessen, Urteil vom 05.12.2019 – 2 C 1823/15.T, juris Rn. 82.

¹²³ Vgl. bspw. den Tenor von BVerwG, Urteil vom 27.11.2018 – 9 A 8.17, juris; OVG Niedersachsen, Urteil vom 27.08.2019 – 7 KS 24/17, juris; VGH Hessen, Urteil vom 05.12.2019 – 2 C 1823/15.T, juris.

¹²⁴ BVerwG, Urteil vom 14.07.2011 – 9 A 12.10, juris Rn. 96.

Im Anwendungsbereich des besonderen Artenschutzes ist daher zur Fehlerbehebung eine neue Abwägung und somit ein ergänzendes Verfahren erforderlich.¹²⁵ Über den Wortlaut des § 75 Abs. 1a VwVfG hinaus sind auch Verstöße gegen zwingendes Recht – wie das Artenschutzrecht – im ergänzenden Verfahren heilbar.¹²⁶ Die Erstreckung auf derartige Fehler rechtfertigt sich aus der Entscheidungskompetenz der genehmigenden Fachplanungsbehörde, die sie, wie §§ 48 und 49 VwVfG zeigen, zur Heilung sämtlicher Fehler eines erlassenen Verwaltungsaktes auch noch nach dessen Unanfechtbarkeit befähigt.¹²⁷ Deshalb schließt sich im Nachgang einer für den Vorhabenträger ungünstigen gerichtlichen Entscheidung häufig ein (teilweise fachrechtlich gesteuertes, vgl. bspw. § 17d FStrG) ergänzendes Verfahren an, das aus rechtsstaatlichen Gründen ergebnisoffen zu erfolgen hat, weil eine neue Abwägung vorzunehmen ist, und deren Ergebnis (beispielsweise ein Planergänzungsbeschluss mit weitergehenden Artenschutzauflagen, der mit dem Ausgangsbescheid zu einer einheitlichen Entscheidung verschmilzt¹²⁸) abermals angefochten werden kann.¹²⁹

Im Kontext des Artenschutzes gilt es dabei zu beachten, dass sich der Zeitpunkt für die Rechtmäßigkeitsbewertung ändert, wenn die Behörde ihre neue Entscheidung auf veränderte tatsächliche Verhältnisse stützt, etwa eine Plausibilitätskontrolle für mehrere Artengruppen (Amphibien, Reptilien, Fledermäuse, Libellen usw.) durchführt; dann ist der Zeitpunkt der Aktualisierung maßgeblich.¹³⁰ Beschränkt sich das ergänzende Verfahren hingegen darauf, einen punktuellen Fehler der früheren Entscheidung zu heilen, bspw. Ermittlungsdefizite in Bezug auf eine geschützte Art zu beseitigen, bleibt der Zeitpunkt des ersten Planfeststellungsbeschlusses maßgeblich.¹³¹ Entscheidend für die Frage des Zeitpunktes zur Bewertung der Rechtmäßigkeit ist die Zielrichtung des ergänzenden Verfahrens. In seinem Urteil zum wasserrechtlichen Planfeststellungsbeschluss „Alte Süderelbe“ gibt der 7. Senat des Bundesverwaltungsgerichts ein anschauliches Beispiel:

¹²⁵ Eine reine Planergänzung kommt hingegen nur in Betracht, wenn eine fehlerbeseitigende Anordnung unmittelbar auf der Grundlage des vorliegenden Abwägungsmaterials möglich wäre.
¹²⁶ Vgl. *Külpmann*, Das ergänzende Verfahren, in: GfU, Dokumentation zur 43. Fachtagung, 2020, S. 39 (40: „In der Praxis ist die Aufhebung von Planfeststellungsbeschlüssen daher selten.“); BVerwG, Urteil vom 01.04.2004 – 4 C 2.03, juris Rn. 28 (Übertragung vom Bauplanungsrecht auf das Fachplanungsrecht). Soweit es um die Verletzung materieller Rechtsvorschriften geht, gleichen sich somit die Planerhaltung nach § 75 Abs. 1a VwVfG und die Heilungsmöglichkeit nach § 7 Abs. 5 UmwRG, die bei Rechtsbehelfen gegen umweltrelevante Genehmigungen zur Anwendung kommt, aber gem. § 7 Abs. 5 Satz 2 UmwRG nicht auf Planfeststellung und Plangenehmigung anwendbar ist.

¹²⁷ *Wysk*, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 22. Aufl. 2021, § 75 Rn. 30.

¹²⁸ BVerwG, Urteil vom 27.06.2019 – 7 C 22.17, juris Rn. 14.

¹²⁹ Vgl. BVerwG, Urteil vom 24.05.2018 – 4 C 4.17, juris Rn. 37 (m.w.N.) und 40.

¹³⁰ *Külpmann*, Das ergänzende Verfahren, in: GfU, Dokumentation zur 43. Fachtagung, 2020, S. 39 (49).

¹³¹ BVerwG, Urteil vom 27.06.2019 – 7 C 22.17, juris Rn. 14.

„Der Planergänzungsbeschluss stellt ... die (vermeintlichen) artenschutzrechtlichen Ermittlungsdefizite in Bezug auf den Eisvogel in den Mittelpunkt seiner Erwägungen. Insoweit sollte nur ein punktueller Fehler geheilt werden. Dessen ungeachtet hat die Planfeststellungsbehörde auf der Grundlage des neu und im Verfahren erstmals erstellten artenschutzrechtlichen Fachbeitrags die Sach- und Rechtslage zwar mit dem Schwerpunkt auf dem Eisvogel, aber auch unter Bezugnahme auf den Fachbeitrag – ‚vorsorglich‘ – in Bezug auf weitere potenziell betroffene Arten geprüft (Ziff. 2.3.1). Die insoweit als Ergebnis einer umfassenderen Relevanzprüfung (Ziff. 2.3.1.1) vorgenommene Betrachtung weiterer Wasservogelarten und Röhrichtbrüter nimmt auf die von den Vorhabenträgern auch im Interesse dieser Arten beantragte Bauzeitenregelung Bezug (Ziff. 2.3.1.2.2). Auch darauf beschränkt sich die sachliche Würdigung im Planergänzungsbeschluss nicht. So weist der Planergänzungsbeschluss die im Verfahren der Planergänzung erhobene Einwendung, die Artengruppen des Anhangs IV der FFH-RL seien unzureichend betrachtet worden, unter Hinweis auf die nach den Äußerungen der zuständigen Behörde gegebene ‚Aufwertung der Lebensraumstrukturen für den Moorfrosch und gegebenenfalls für weitere artenschutzrechtlich relevanter Amphibienarten‘ (S. 22) zurück. Hiermit macht sich der Ergänzungsbeschluss diese Neubewertung des Vorhabens in artenschutzrechtlicher Hinsicht zu eigen. ... Der maßgebliche Zeitpunkt für die gerichtliche Überprüfung hat sich folglich verschoben.“¹³²

Wird bei der Auslegung des Planfeststellungsbeschlusses deutlich, dass in der Aktualisierung eine Neubewertung des Vorhabens in artenschutzrechtlicher Hinsicht vorgenommen wird, dann ist insoweit der Zeitpunkt der Aktualisierung maßgeblich, etwa für die Frage, welche einschlägigen Verwaltungsvorschriften von der Behörde bei der Bestandserfassung und Risikobewertung anzuwenden waren oder welcher Fachstandard sich zu einer Frage herausgebildet hat. Zudem hat sich die Genehmigungsbehörde bei einer Neubewertung im ergänzenden Verfahren mit den Einwendungen zum Artenschutzrecht insgesamt auseinanderzusetzen und kann nicht auf die Rechtskraftwirkung des gerichtlichen Urteils, welche die Artenschutzprüfung in Bezug auf bestimmte Artengruppen nicht beanstandet habe, verweisen.

2.2.3.2 Risikomanagement und Monitoring

Verbleiben Unsicherheiten über die Wirksamkeit von Vermeidungs- und Ausgleichsmaßnahmen, obwohl fachplanerische Genehmigungen grundsätzlich eine abschließende und umfassende Konfliktbewältigung vorzunehmen haben,¹³³ kommt die Anordnung von Beobachtungsmaßnahmen (sog. Monitoring) in Betracht. Um ein wirksames Risikomanagement zu gewährleisten, müssen begleitend Korrektur- und Vorsorgemaßnahmen für den Fall angeordnet werden, dass die Beobachtung nachträglich einen Fehlschlag der positiven Prognose für eine Schutzmaßnahme anzeigt.¹³⁴ Lange Zeit haben sich die Herstellungs- und Funktionskontrollen darauf konzentriert, die Erfüllung der planfestgestellten Auflagen zu überprüfen.¹³⁵ Seit der sogenannten

¹³² BVerwG, Urteil vom 27.06.2019 – 7 C 22.17, juris Rn. 17.

¹³³ BVerwG, Urteil vom 23.01.1981 – 4 C 68.78, juris Rn. 22.

¹³⁴ BVerwG, Urteil vom 17.01.2007 – 9 A 20.05, juris Rn. 55 f.

¹³⁵ Garniel/Lau, Risikomanagement und Monitoring, ZUR 2016, S. 393 (395).

„Westumfahrung-Halle-Entscheidung“ des Bundesverwaltungsgerichts zum Natura-2000-Gebietsschutz liegt der Fokus nicht mehr nur auf der Konformität mit den festgesetzten Auflagen, sondern auch auf dem Nachweis der tatsächlichen Wirksamkeit.¹³⁶

Das Offenhalten von Regelungen zwecks Eröffnung von Nachsteuerungsmöglichkeiten aufgrund Erkenntnisfortschritts erlaubt § 74 Abs. 3 VwVfG nur ausnahmsweise. Nach ständiger Rechtsprechung kann die jeder Prognose anhaftende Unsicherheit nicht durch einen Auflagenvorbehalt im Sinne dieser Vorschrift aufgefangen werden.¹³⁷ Zudem sind Monitoring und Risikomanagement keine Instrumente, um behördliche Ermittlungsdefizite und Bewertungsmängel zu kompensieren.¹³⁸ Insbesondere darf über das Instrument des Risikomanagements der jeweilige behördliche Zulassungsmaßstab ausgehöhlt werden; wie oben genannt, gelten die Zugriffsverbote nach § 44 Abs. 1 und 5 BNatSchG bei der Plangenehmigung und Planfeststellung unmittelbar. Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass im Artenschutzrecht, soweit es um Vermeidungsmaßnahmen geht, die Bewegungsspielräume wegen des überwiegend individuenbezogenen Schutzansatzes¹³⁹ tendenziell sogar noch enger sind als im Gebietsschutzrecht. So ist bei CEF-Maßnahmen (§ 44 Abs. 5 Satz 3 BNatSchG) zu beachten, dass das von ihnen in den Blick genommene Schädigungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG individuenbezogen ausgestaltet ist. Deshalb müssen diese Maßnahmen grundsätzlich im räumlichen Zusammenhang erfolgen, außer es wird der gesamte betroffene lokale Bestand umgesiedelt. Dabei hebt der Begriff des räumlichen Zusammenhangs auf die artspezifischen Vernetzungsdistanzen ab; etwaige Ersatzlebensräume haben sich innerhalb des Aktionsradius der betroffenen Individuen zu befinden.¹⁴⁰ Auch müssen diese Maßnahmen ohne zeitlichen Bruch bereitgestellt werden, also wirksam sein, bevor der die Tatbestandsverwirklichung auslösende Eingriff erfolgt.¹⁴¹ Wegen der notwendigen zeitlich vorlaufenden Wirksamkeit sind Nachsteuerungsmöglichkeiten stark eingeschränkt.¹⁴² Wird die Funktion der in Rede stehenden Fortpflanzungs- und Ruhestätten nicht zeitlich bruchlos gewahrt, so vermag ein Nachsteuern nichts mehr an der eingetretenen Tatbestandsverwirklichung zu ändern. Dann aber verbietet sich auch die Anordnung eines Risikomanagements, außer es wird zugleich vorsorglich eine Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG ausgesprochen und die ursprünglichen CEF-Maßnahmen fungieren dann als FCS-Maßnahmen.¹⁴³ Obwohl auch diese Maßnahmen bis zu einem definierten Zeitpunkt

¹³⁶ BVerwG, Urteil vom 17.01.2007 – 9 A 20.05, juris Rn. 55 f.

¹³⁷ BVerwG, Urteil vom 22.11.2000 – 11 C 2.00, juris Rn. 29: „Das allgemeine Prognoserisiko, dass es anders kommen kann als prognostiziert, ist kein Fall der Unmöglichkeit einer abschließenden Entscheidung.“

¹³⁸ BVerwG, Urteil vom 14.07.2011 – 9 A 12.10, juris, Rn. 105.

¹³⁹ BVerwG, Urteil vom 03.05.2013 – 9 A 16.12, juris Rn. 75.

¹⁴⁰ BVerwG, Urteil vom 06.11.2013 – 9 A 14.12, juris Rn. 122.

¹⁴¹ BVerwG, Urteil vom 03.05.2013 – 9 A 16.12, juris Rn. 75.

¹⁴² Garniel/Lau, Risikomanagement und Monitoring, ZUR 2016, S. 393 (397).

¹⁴³ Vgl. dazu die Empfehlung von Lüttmann im Rahmen des Experteninterviews vom 11.08.2017.

wirksam sein müssen, werden bislang flexiblere Fristen bis zur vollen Funktionsfähigkeit eingeräumt. Dementsprechend bestehen bessere Aussichten, im Rahmen eines Monitorings auswertbare Erkenntnisse zur nachträglichen Optimierung von Maßnahmen zu gewinnen.¹⁴⁴

Ob ein qualitativer Besiedlungsnachweis angebracht ist, hängt vor allem von der Mobilität der Zielarten und von ihrer Häufigkeit im Maßnahmenumfeld ab. Haben sich fünf Jahre nach der Anlage eines Laichgewässers immer noch keine der im Umfeld vorkommenden Amphibienarten dort eingefunden, so liegt der Verdacht nahe, dass am Gewässer etwas fehlt. Wurde fünf Jahre nach der Fertigstellung einer Grünbrücke noch kein Wolf oder kein Luchs dort nachgewiesen, reicht dieser Befund nicht aus, um einen Nachbesserungsbedarf abzuleiten. Zwischen diesen beiden Beispielen erstreckt sich ein weites Feld, in dem die Entscheidung über die Eignung des Artnachweises als Wirksamkeitsbeleg im Einzelfall zu treffen ist.¹⁴⁵

Dies alles bringt das Bundesverwaltungsgericht artenspezifisch in Bezug auf die Haselmaus in seiner sog. „Bad Segeberg-Entscheidung“ anschaulich auf den Punkt:

„Die ökologische Funktion der Fortpflanzungs- und Ruhestätten bleibt aber für einen überwiegenden Teil der Maßnahme nicht im räumlichen Zusammenhang i.S.d. § 44 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG erhalten. Die vorgesehenen Umsiedlungsflächen befinden sich nur zu einem geringen Teil in Vorhabennähe, im Übrigen liegen sie im Bereich der 15 km entfernten Kompensationsflächen am Zarpener Oser, da eingriffsnähere Maßnahmeorte für den Vorhabenträger nicht verfügbar waren. Der Planfeststellungsbeschluss (S. 566) geht zu Recht davon aus, dass bei dieser Entfernung kein Zusammenhang mehr zwischen der lokalen Population des Eingriffgebiets und der Population des Umsiedlungsgebiets besteht. Die Planfeststellungsbehörde will die Maßnahme dennoch ... als CEF-Maßnahme anerkennen, weil die Umsiedlungsmaßnahmen und die geplanten Ausgleichsmaßnahmen ‚in Kombination‘ dazu führten, dass die ökologische Funktion der Fortpflanzungs- und Ruhestätten der Haselmaus im räumlichen Zusammenhang erhalten bleibt (Planfeststellungsbeschluss S. 32 ff. und S. 566). Das vermag nicht zu überzeugen. Die geplanten Ausgleichsmaßnahmen – Herstellung neuer Knickanlagen – können den Verlust der Fortpflanzungs- und Ruhestätten nicht kompensieren; denn auch bei der Vernetzung kleiner Teilhabitate darf die Entfernung zwischen der zentralen Population und kleineren Teilpopulationen nicht mehr als 500 m betragen (Endbericht Rahmenbedingungen, Artensteckbrief zur Haselmaus A 103). Konsequenterweise hätte der Beklagte daher – wie von den Klägern gefordert – die Erteilung einer Ausnahme erwägen müssen. Die schon jetzt im Planfeststellungsbeschluss umfassend vorgesehene Funktionskontrolle ... bedarf der Ergänzung. Angesichts der mit der geplanten Umsiedlung verbundenen Unsicherheiten genügt es nicht, die Funktionalität der Ersatz-Lebensstätten zu prüfen. Vielmehr erscheint es geboten, die Ersatzlebensräume in einem festgelegten Turnus nach der Umsiedlung auf Besatz durch die Haselmaus zu kontrollieren. In diesem Zuge sollten auch die Nisthilfen instandgehalten und gesäubert werden (vgl. Endbericht Rahmenbedingungen, Artensteckbrief zur Haselmaus A 104). Einer aufwändigen Fang-Wiederfangmethode mit markierten Haselmäusen, wie sie der Gutachter Dr. M. in seiner Stellungnahme ... als Gegenargument für eine Populationsüberwachung anführt ... bedarf es hingegen nicht.“¹⁴⁶

¹⁴⁴ Garniel/Lau, Risikomanagement und Monitoring, S. 393 (397).

¹⁴⁵ Garniel/Lau, a.a.O., ZUR 2016, S. 393 (397).

¹⁴⁶ BVerwG, Urteil vom 06.11.2013 – 9 A 14.12, juris Rn.121-123.

Einen nur geringen Anwendungsbereich bietet ein Risikomanagement auch bei Vermeidungsmaßnahmen in Bezug auf das Verletzungs- und Tötungsverbot (§ 44 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG). Denn erweisen sich diese Maßnahmen zu einem Zeitpunkt als unwirksam, zu dem das Vorhaben schon umgesetzt, also beispielsweise die Straße bereits in Betrieb genommen worden ist, so liegt eine vorhabenbedingte signifikante Risikoerhöhung vor und das erste zu Tode kommende Tier verwirklicht den Verbotstatbestand. In all diesen Fällen kann ein Risikomanagement nicht vor der Verbotswidrigkeit schützen.¹⁴⁷

Vermeidungsmaßnahmen dienen dem Vorbeugen von Beeinträchtigungen und müssen spätestens beim Eintritt des Eingriffs wirksam sein. Zeichnet sich im Zuge des Monitorings eine Fehlentwicklung ab, dann sind die Handlungsspielräume für ein rechtzeitiges Gegensteuern oder Nachbessern meistens zu knapp. Das Instrument des Risikomanagements ist in erster Linie für FCS-Maßnahmen praktikabel.

2.2.4 Ermittlungstiefe möglicher Alternativen

Wie oben bei den Begriffsbestimmungen zur Raumplanung genannt, gilt in einem Planfeststellungs- bzw. Plangenehmigungsverfahren das Abwägungsgebot als Wesensmerkmal einer rechtsstaatlichen Planung. Das Abwägungsgebot in der Fachplanung verlangt nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts insbesondere eine Alternativenprüfung, um darzulegen, dass diejenige Lösung für ein Vorhaben gefunden worden ist, welche die betroffenen öffentlichen und privaten Belange insgesamt am meisten schont.¹⁴⁸ Stets stellt sich daher im Planfeststellungs- und Plangenehmigungsverfahren die Frage, welche Artenschutzbelange bei dem Alternativenvergleich für eine fehlerfreie fachplanerische Gesamtabwägung eingestellt werden müssen.¹⁴⁹

Der Genehmigungsbehörde wird für den Alternativenvergleich in § 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG keine abwägende Überwindungsmöglichkeit eingeräumt.¹⁵⁰ Die Alternativenprüfung bei der Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme bewirkt daher – im Gegensatz zur fachplanerischen Gesamtabwägung – ein striktes Vermeidungsgebot beim Bestehen von Alternativen in räumlicher oder auch zeitlicher Hinsicht.¹⁵¹ Da Planfeststellungen und Plangenehmigungen meist raumbedeutsame Vorhaben zum Gegenstand haben, stellen sich in diesen Verfahren speziell die Fragen „horizontal“

¹⁴⁷ Garniel/Lau, Risikomanagement und Monitoring, ZUR 2016, S. 393 (397).

¹⁴⁸ Vgl. dazu bspw. BVerwG, Urteil vom 09.04.2003 – 9 A 37.02, juris Rn. 22 sowie instruktiv Ramsauer/Wysk, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 22. Aufl. 2021, § 74 Rn. 120-123f.

¹⁴⁹ Vgl. Hoppe et al., Rechtsschutz bei der Planung, 4. Aufl. 2011, S. 350 („*Naturschutz als zentrales Beispiel für rechtliche Grenzen der planerischen Gestaltungsfreiheit*“).

¹⁵⁰ Fellenberg, Artenschutzrecht, in: Kerkmann/Fellenberg, Naturschutzrecht in der Praxis, 3. Aufl. 2021, § 10 Rn. 159.

¹⁵¹ Appel/Rietzler, Artenschutzrecht in der Bundesfachplanung und Planfeststellungsverfahren, NuR 2017, S. 227 (230 f.); Wulfert, FFH-Abweichungsverfahren und artenschutzrechtliches Ausnahmeverfahren, 2016, S. 122; vgl. beispielhaft VGH Bayern, Urteil vom 19.02.2014 – 8 A 11.40040, juris Rn. 854 i.V.m. 740 und 826.

nach dem Spektrum (Nullvariante, Suchkorridor usw.) und „vertikal“ nach der erforderlichen Ermittlungstiefe für eine tragfähige Alternativenprüfung im artenschutzrechtlichen Fachbeitrag, wenn eine Ausnahme (ggf. vorsorglich für mehr Rechtssicherheit und Handlungsspielraum in der Umsetzungsphase) beantragt werden soll.

Der Frage nach der notwendigen Ermittlungstiefe des artenschutzrechtlichen Alternativenvergleichs bei einer Ausnahmeerteilung (§ 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG) wird zuerst nachgegangen, denn laut dem Bundesverwaltungsgericht infiziert eine fehlerhafte Artenschutzprüfung die nachgelagerte fachplanerische Abwägung, weil es sich nicht ausschließen ließe, dass die genehmigende Fachplanungsbehörde auf der Basis einer ordnungsgemäßen Artenschutzprüfung zumindest andere Vermeidungs- oder Ausgleichsmaßnahmen angeordnet hätte.¹⁵² Umgekehrt gilt hingegen: Da die artenschutzrechtliche Alternativenprüfung kein Teil der fachplanerischen Abwägung ist, können die Grundsätze der fachplanerischen Alternativenprüfung nicht einfach übertragen werden.¹⁵³

2.2.4.1 Artenschutzrechtliche Ausnahmeprüfung

Größere Vorhaben, die typischerweise mittels einer Planfeststellung oder Plange-
nehmigung zugelassen werden, bedürfen häufig einer Ausnahme nach § 45 Abs. 7
BNatSchG, weil sich die Verwirklichung der durch § 44 Abs. 1 und 5 BNatSchG
normierten Zugriffsverbote nicht vollständig vermeiden bzw. tragfähig verneinen lässt.
Gemäß § 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG darf eine artenschutzrechtliche Ausnahme nur dann
zugelassen werden, wenn zumutbare Alternativen nicht gegeben sind. Da die Erteilung
einer artenschutzrechtlichen Ausnahme zumindest für planfeststellungsbedürftige
Vorhaben gängig geworden ist, spricht die Planungspraxis mittlerweile – insbesondere
in Abgrenzung zu der habitatschutzrechtlichen Alternativenprüfung sowie der
fachplanerischen Variantenprüfung – von der sogenannten „artenschutzrechtlichen
Alternativenprüfung“.¹⁵⁴

Der artenschutzrechtliche Alternativenvergleich ist bei Großprojekten der Kernge-
sichtspunkt der Ausnahmeprüfung.¹⁵⁵ Sie soll im Ergebnis diejenige Variante ermitteln,

¹⁵² BVerwG, Urteil vom 06.11.2013 – 9 A 14.12, juris Rn. 150.

¹⁵³ Appel/Rietzler, Artenschutzrecht in der Bundesfachplanung und Planfeststellungsverfahren, NuR 2017, S. 227 (232).

¹⁵⁴ So bspw. BfG, Berücksichtigung des Artenschutzes bei Aus- und Neubau von Bundeswasserstraßen, 2020, S. 36; VGH Hessen, Urteil vom 05.12.2019 – 2 C 1823/15.T, juris Rn. 115 („artenschutzrechtliche Alternativenuntersuchung“).

¹⁵⁵ Die Durchführung eines Projekts nach Art. 6 Abs. 4 FFH-RL ist insbesondere von der Voraussetzung abhängig, dass das Fehlen von Alternativlösungen nachgewiesen wird, EuGH, Urteil vom 26.10.2006 – C-239/04, curia Rn. 36. Zur Übertragbarkeit der Grundsätze von Art. 6 Abs. 4 FFH-RL (gebietsschutzrechtliche Abweichung) auf Art. 16 Abs. 1 FFH-RL (artenschutzrechtliche Ausnahme) grundlegend Wulfert, FFH-Abweichungsverfahren und artenschutzrechtliches Ausnahmeverfahren, 2016, S. 43 und 120, die die „zwei gleichwertig nebeneinander stehende[n] und sich ergänzende[n] Systeme“ instruktiv darstellt, weswegen

die bei Wahrung der funktionellen Kernziele des Vorhabens als zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses die Belange der Anhang-IV-Arten sowie der wildlebenden Vogelarten als Anwendungsbereich des besonderen Artenschutzes in Zulassungsverfahren¹⁵⁶ am meisten schont, sodass durch zumutbare¹⁵⁷ Standort-, Ausgleichs- und Ausführungsmaßnahmen der günstige Erhaltungszustand der Populationen durch das Vorhaben nicht behindert wird. Diese Inhaltsbestimmung der artenschutzrechtlichen Alternativenprüfung, die sie mit den anderen beiden Tatbestandsmerkmalen des § 45 Abs. 7 BNatSchG verknüpft (zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses, günstiger Erhaltungszustand der Populationen), ergibt sich aus den für die Auslegung von Art. 16 Abs. 1 FFH-RL grundlegenden Schlussanträgen der Generalanwältin am Europäischen Gerichtshof *Kokott*¹⁵⁸ im Verfahren „Finnischer Wolf I“ vom 30.11.2006. Darin führt sie aus:

„Ob Alternativen bestehen, hängt nämlich von den Zielen der jeweiligen Maßnahme ab. Folglich ist zunächst das Ziel der Maßnahme zu bestimmen. Es kann die Maßnahme nur rechtfertigen, wenn es mindestens einem der Ausnahmegründe zugeordnet werden kann, d. h. wenn die Maßnahme geeignet ist, einen der dort genannten Zwecke zu erreichen. Selbst wenn eine solche Zuordnung möglich ist, darf die Maßnahme nicht durchgeführt werden, wenn ihr Ziel mit weniger einschneidenden Mitteln erreicht werden kann, also durch eine anderweitige zufrieden stellende Lösung im Sinne von Artikel 16 Absatz 1 der Richtlinie“¹⁵⁹

Eine weitere Konkretisierung erfährt die Alternativenprüfung im Rahmen der artenschutzrechtlichen Ausnahmeprüfung bei planfeststellungs- bzw. plangenehmigungsbedürftigen Vorhaben vor allem dadurch, dass die Grundsätze der habitatschutzrechtlichen Beurteilung übernommen werden können, aufgrund der ähnlichen Struktur von artenschutz- und habitatschutzrechtlicher Alternativenprüfung,¹⁶⁰

Aussagen zur gebietsschutzrechtlichen Abweichung nach § 34 Abs. 3 bis 5 BNatSchG „auf die Regelungen zur Ausnahme übertragen werden können und umgekehrt“.

¹⁵⁶ Zu dem gegenüber der Begriffsbestimmung in § 7 Abs. 1 Nr. 13 BNatSchG eingegrenzten Artenspektrum des besonderen Artenschutzes in Planungs- und Zulassungsverfahren gemäß § 44 Abs. 5 Satz 2 und 5 BNatSchG siehe unten Abschnitt 3.2.2.

¹⁵⁷ Das Tatbestandsmerkmal der Zumutbarkeit wird zwar nicht explizit in Art. 16 Abs. 1 FFH-RL erwähnt, das Verhältnismäßigkeitsprinzip gehört jedoch zu den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts, so Schlussanträge GAin *Kokott* vom 30.11.2006 – C-342/05, curia Rn. 24. Vgl. dazu auch Art. 52 Abs. 1 GRCh.

¹⁵⁸ Die Generalanwältin unterstützen in völliger Unparteilichkeit und Unabhängigkeit den EuGH, indem sie fallbezogene Rechtsgutachten ("Schlussanträge") erstellen. Ein Generalanwalt ist kein Staatsanwalt, sondern eher mit einem Einzelrichter vergleichbar, der seinen Vorschlag für eine Gerichtsentscheidung unabhängig und neutral entwickelt.

¹⁵⁹ Schlussanträge GAin *Kokott* vom 30.11.2006 – C-342/05, curia Rn. 25 f. Vgl. dazu auch *Wulfert*, FFH-Abweichungsverfahren und artenschutzrechtliches Ausnahmeverfahren, 2016, S. 121 (m.w.N.): „Die europäische Rechtsprechung geht somit davon aus, dass die Auswahl der Alternativen unter Berücksichtigung der Vorgaben der FFH-Richtlinie sowie in Bezug zum konkreten Projekt bzw. Plan vorzunehmen ist. Dem folgt auch das BVerwG ...“.

¹⁶⁰ So *Appel/Rietzler*, Artenschutzrecht in der Bundesfachplanung und Planfeststellungsverfahren, NuR 2017, S. 227 (230); VGH Hessen, Urteil vom 21.08.2009 – 11 C 318/08.T, juris Rn. 692.

worauf auch das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung zum Planfeststellungsbeschluss für den Neubau der Autobahn zwischen Gießen und Kassel durch den Vogelsberg (Neubau A 49 zwischen Stadtallendorf und Gemünden/Felda) hinweist:

„Für die artenschutzrechtliche Alternativenprüfung gelten im Ansatz vergleichbare Grundsätze wie für diejenige im Rahmen der gebietsschutzrechtlichen Beurteilung. Ein Vorhabenträger braucht sich auf eine Alternativlösung nicht verweisen zu lassen, wenn sich die artenschutzrechtlichen Schutzvorschriften am Alternativstandort als ebenso wirksame Zulassungssperre erweisen wie an dem von ihm gewählten Standort. Außerdem darf eine Alternativlösung auch verworfen werden, wenn sie sich aus naturschutzexternen Gründen als unverhältnismäßiges Mittel erweist.“¹⁶¹

Da sowohl Art. 6 Abs. 4 FFH-RL für die habitatschutzrechtliche Abweichung als auch Art. 16 Abs. 1 FFH-RL für die artenschutzrechtliche Ausnahme verlangen, dass eine Alternativlösung bzw. anderweitige zufriedenstellende Lösung nicht vorhanden ist, ist die Rechtsprechung des Gerichtshof der Europäischen Union zur Auslegung von Art. 6 FFH-RL, wonach sämtliche Alternativen zu prüfen sind,¹⁶² auf die artenschutzrechtliche Ausnahme übertragbar.¹⁶³ Nach der Rechtsprechung zur habitatschutzrechtlichen Abweichung sind auch solche Alternativen zu prüfen, bei denen Abstriche beim Zielerfüllungsgrad gemacht werden müssen; die Grenze zieht das Bundesverwaltungsgericht wie folgt:

„Auch bei einem standortgebundenen Vorhaben, wie dem Ausbau eines vorhandenen Flughafens, ist zu prüfen, ob sich an anderer Stelle eine Alternativlösung anbietet oder gar aufdrängt. Als Alternative sind allerdings nur solche Änderungen anzusehen, die nicht die Identität des Vorhabens berühren. Von einer Alternative kann dann nicht mehr die Rede sein, wenn sie auf ein anderes Projekt hinausläuft, weil die vom Vorhabenträger in zulässiger Weise verfolgten Ziele nicht mehr verwirklicht werden könnten. Zumutbar ist es nur, Abstriche vom Zielerfüllungsgrad in Kauf zu nehmen.“¹⁶⁴

In Planfeststellungs- und Plangenehmigungsverfahren sind damit – selbst bei räumlichen Zwangspunkten (Standorterweiterung, Lückenschluss)¹⁶⁵ – im Rahmen einer artenschutzrechtlichen Ausnahmeprüfung alle Varianten zu betrachten, für die a priori Anhaltspunkte bestehen, dass die funktionellen Kernziele des Vorhabens auch

Vgl. dazu auch die Schlussanträge der GAin Kokott vom 30.11.2006 – C-342/05, curia Rn. 23: *„Artikel 16 Absatz 1 der Habitatrichtlinie ähnelt Artikel 6 Absatz 4 der gleichen Richtlinie und Artikel 9 der Vogelschutzrichtlinie nicht nur hinsichtlich der Beweislast, sondern auch in seinem Inhalt.“*

¹⁶¹ BVerwG, Urteil vom 23.04.2014 – 9 A 25.12, juris Rn. 120.

¹⁶² EuGH, Urteil vom 26.10.2006 – C-239/04, curia Rn. 36-39.

¹⁶³ Wulfert, FFH-Abweichungsverfahren und artenschutzrechtliches Ausnahmeverfahren, 2016, S. 120 f.; Schütte/Gerbig, in: Schlacke, GK-BNatSchG, 2. Aufl. 2017, § 45 Rn. 38. Prägnant Hoppe et al., Rechtsschutz bei der Planung, 4. Aufl. 2011, S. 396: *„Die Anforderungen sind die gleichen wie beim europäischen Gebietsschutz.“*

¹⁶⁴ BVerwG, Urteil vom 09.07.2009 – 4 C 12.07, juris Rn. 33.

¹⁶⁵ Zu Zwangspunkten in der Alternativenprüfung aufgrund von vorherig planfestgestellten VKE siehe zusammenfassend BVerwG, Urteil vom 23.04.2014 – 9 A 25.12 juris Rn. 82.

erreicht werden könnten und dabei den Belangen der Anhang-IV-Arten sowie der wildlebenden Vogelarten besser entsprochen würde. Während der Verzicht auf das Vorhaben, die sog. „Nullvariante“, aus artenschutzrechtlicher Sicht¹⁶⁶ damit nach der Rechtsprechung des 4. und 9. Senats des Bundesverwaltungsgerichts¹⁶⁷ von vornherein als Alternative ausscheidet,¹⁶⁸ stellt sich neuerdings beim Punkt „zumutbare Alternative mit Abstrichen“ die Frage nach der artenschutzrechtlichen Prüfpflicht der sog. „Nullplus-Variante“. Dies meint in der Regel den Ausbau des Vorhandenen anstatt eines Neubaus an anderer Stelle, also dem Wesen nach eine Konzeptalternative (in Abgrenzung zu einer vollständigen Nullvariante einerseits und einer bloßen Trassenalternative andererseits).¹⁶⁹ Beispiele für die sog. „Nullplus-Variante“ stellen bei den besonders praxisrelevanten Straßenbauprojekten unter anderem dar:

- Ausbau einer vorhandenen Bundesstraße anstatt eines Autobahneubaus,¹⁷⁰
- Tunnel anstatt einer oberirdischen Trasse,¹⁷¹
- Mitbenutzung der auszubauenden Standstreifen zu Stoßzeiten anstatt eines sechsspurigen Ausbaus,¹⁷²
- Bau von einzelnen Ortsumgehungen¹⁷³ anstatt eines Autobahneubaus.

Hintergrund für diese Problemlage ist, dass der 2018/19 erschienene Vermerk der EU-Kommission zu Art. 6 FFH-RL explizit eine Prüfung der Nullvariante als Alternative verlangt, wenn die Erheblichkeitsschwelle überschritten wird und damit in eine Ausnahmelage hineingeplant werden muss:

„In Anbetracht der Notwendigkeit, eine unerwünschte Beschädigung des Natura-2000-Netztes zu vermeiden, sollte eine gründliche Überprüfung und/oder Rücknahme eines Plan- oder Projektvorschlags erwogen werden, wenn festgestellt wird, dass der Plan bzw. das Projekt das

¹⁶⁶ Fachplanerisch wird regelmäßig die Nullvariante betrachtet und im Rahmen der planerischen Gestaltungsfreiheit frühzeitig im Zulassungsverfahren rechtsfehlerfrei verworfen, vgl. beispielhaft VGH Hessen, Urteil vom 05.12.2019 – 2 C 1823/15.T, juris Rn. 168.

¹⁶⁷ BVerwG, Urteil vom 06.11.2013 – 9 A 14.12, juris Rn. 74; BVerwG, Urteil vom 17.01.2007 – 9 A 20.05, juris Rn. 143; BVerwG, Urteil vom 09.07.2009 – 4 C 12.07, juris Rn. 33; BVerwG, Beschluss vom 03.06.2010 – 4 B 54.09, juris Rn. 9.

¹⁶⁸ *Fellenberg*, Artenschutzrecht, in: Kerkmann/Fellenberg, Naturschutzrecht in der Praxis, 3. Aufl. 2021, §10 Rn. 163.

¹⁶⁹ Beispielhaft OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 23.08.2017 – 2 K 66/16, juris Rn. 126 (auf Ortsumgehung von Wedringen verzichten und stattdessen die B 71 in ihrem bisherigen Trassenverlauf durch die Ortslage anpassen).

¹⁷⁰ BVerwG, Urteil vom 08.01.2014 – 9 A 4.13, juris Rn. 73.

¹⁷¹ Z. B. VGH Hessen, Urteil vom 05.12.2019 – 2 C 1823/15.T, juris Rn. 14 (Ortsumgehung von Lampertheim-Rosengarten im Zuge des Neubaus der B 47).

¹⁷² Diese sog. „4 plus 2-Lösung“ wird bspw. im Zuge des Ausbaus der A 643 durch das NSG „Mainzer Sand“ diskutiert.

¹⁷³ Bei der Diskussion um den Neubau der A 49 durch den Vogelsberg wurde die sog. „Ortsumgehungslösung“ sogar von Gutachtern im Auftrag der hessischen Landesregierung (vergeblich) eingebracht.

fragliche Gebiet beeinträchtigen wird. Daher müssen die zuständigen Behörden die Notwendigkeit des Plans oder Projekts nachweisen. Dabei ist in diesem Stadium auch die Nulloption in Betracht zu ziehen.“¹⁷⁴

Die strikte Leitlinie in der Rechtsprechung, wonach auch die „Nullplus-Variante“ keine Alternative im Sinne der Habitatrichtlinie sei, weil der Ausbau des Vorhandenen ein anderes Vorhaben darstelle als den Neubau,¹⁷⁵ steht damit momentan kritisch auf dem Prüfstand. Letztlich bedarf die Auslegungsfrage, ob die Begriffe „absence of alternative solutions“ (Art. 6 Abs. 4 FFH-RL) und „no satisfactory alternative“ (Art. 16 Abs. 1 FFH-RL) eine Projektidentität voraussetzen oder nicht, früher oder später einer Klärung durch den gemäß Art. 267 AEUV zur verbindlichen Richtlinienauslegung berufenen Gerichtshof der Europäischen Union, zumal die Generalanwältin *Kokott* in Schlussanträgen bereits einmal darauf hingewiesen hatte, dass alle Alternativen, die nicht aus Vernunftgründen von vornherein fernliegen, zu prüfen sind.¹⁷⁶

Demgegenüber besteht bei einer Verknüpfung der Alternativeneigenschaft mit der Projektidentität, anstatt allein auf die wesentliche Zielsetzung des Vorhabens, die Gefahr, dass jedes Vorhaben durch eine möglichst enge Zielsetzung alternativlos gestellt wird und so die Alternativenprüfung ins Leere läuft.¹⁷⁷ Darauf deutet die Auswertung von Fallbeispielen bei *Wulfert*¹⁷⁸ hin, die zu dem Ergebnis gelangt:

„Diese differenzierte Darstellung der Vorhabenziele führt in der Konsequenz häufig dazu, dass sehr viele Alternativen frühzeitig ausgeschlossen werden, weil sie das Vorhabenziel nicht erreichen (bspw. werden von 97 Alternativstandorten 71 wegen fehlender Zielerreichung ausgeschlossen;¹⁷⁹ von 33 Alternativen sollen 27 das Planungsziel verfehlen.“¹⁸⁰

Dabei gilt es auch zu bedenken, dass für die Auswahl einer Vorzugsalternative entscheidend ist, ob zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses die Verwirklichung dieser Alternative verlangen oder ihnen auch durch eine andere Alternative genügt werden kann.¹⁸¹ Aufgrund dieser funktionellen Perspektive der Habitatrichtlinie vermag die Rechtsprechung keine starre Grenze zu ziehen bei der Frage, inwieweit Abstriche von einem Planungsziel hinzunehmen sind. Dies hänge laut der Rechtsprechung vom Einzelfall ab, nämlich von dem Gewicht des Planungsziels und

¹⁷⁴ EU-Kommission, Natura 2000-Gebietsmanagement, 2019, S. 57.

¹⁷⁵ So bspw. OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 23.08.2017 – 2 K 66/16, juris Rn. 196; BVerwG, Urteil vom 23.04.2014 – 9 A 25.12, juris Rn. 80 und Urteil vom 08.01.2014 – 9 A 4.13, juris Rn. 73.

¹⁷⁶ Schlussanträge GAin *Kokott* vom 27.10.2005 – C-209/04, curia Rn. 72.

¹⁷⁷ OVG Niedersachsen, Urteil vom 25.10.2018 – 12 LB 118/16, juris Rn. 233.

¹⁷⁸ *Wulfert*, FFH-Abweichungsverfahren und artenschutzrechtliches Ausnahmeverfahren, 2016, S. 134.

¹⁷⁹ Mit Verweis auf den Vorbescheid der Bezirksregierung Arnsberg vom 20.11.2013 auf Antrag der Firma Trianel Kohlekraftwerk Lünen GmbH & Co. KG.

¹⁸⁰ Mit Verweis auf den Planfeststellungsbeschluss der Regierung von Oberbayern vom 05.07.2011 für die Erweiterung des Flughafen Münchens (3. Start- und Landebahn).

¹⁸¹ Schlussanträge GAin *Kokott* vom 27.10.2005 – C-209/04, curia Rn. 72.

dem Grad seiner Erreichbarkeit im jeweiligen Fall.¹⁸² Wenn es bei der Alternativenauswahl damit funktional auf die Verwirklichung der Projektziele ankommt, ist nicht nachzuvollziehen, aus welcher unionsrechtlichen Begründung heraus bei der die Auswahl tragenden Prüfung nur projektidentische Alternativen betrachtet werden sollen. Warum soll beispielsweise ein die Vorkommen von Wildvögeln und Anhang-IV-Arten schonenderer Straßentunnel von vornherein weniger wirksam die verkehrliche Bündelung und Funktionalität erreichen als eine oberirdische Trasse?¹⁸³ Nach Auffassung der EU-Kommission und der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist die Ablehnung der Prüfung einer Alternative von vornherein allein aus Kostengründen unzulässig:

„Im Hinblick auf die wirtschaftlichen Kosten der bei der Prüfung von Alternativlösungen durchzuführenden Schritte ist festzustellen, dass bei der Wahl von Alternativlösungen nicht allein auf die wirtschaftlichen Kosten solcher Maßnahmen abgestellt werden kann (Rechtssache C-399/14, Rn. 77). Wer ein Projekt beantragt, kann sich also nicht darauf berufen, dass aus Kostengründen keine Alternativlösungen geprüft wurden.“¹⁸⁴

Es wäre aufgrund der Tendenz in der Praxis, wo ausufernde Kernzieldefinitionen keine Seltenheit mehr sind, aus Sicht der Rechtsklarheit begrüßenswert, wenn die nationale Verwaltungsgerichtsbarkeit die Frage, ob eine Alternative im Sinne des Art. 16 Abs. 1 FFH-RL Projektidentität voraussetzt oder nicht, dem Gerichtshof der Europäischen Union im Wege eines Vorlageverfahrens nach Art. 267 AEUV übergeben würde, zumal das Bundesverwaltungsgericht selbst einmal darauf hingewiesen hat, dass eine zu enge Zieldefinition die Alternativenprüfung ins Leere laufen ließe.¹⁸⁵ Bis zu einer verbindlichen Richtlinienauslegung durch den Europäischen Gerichtshof sollte, bevor die Entscheidung für eine Vorzugsvariante gefällt wird, vorsorglich nicht nur eingeschätzt werden, inwiefern sich bei Trassenvarianten im Hinblick auf Vermeidungs- und CEF-Maßnahmen sowie im Hinblick auf die Möglichkeiten zur Durchführung von Maßnahmen zur Sicherung des Erhaltungszustandes Unterschiede ergeben,¹⁸⁶ sondern sollten auch nicht vorhabenidentische Lösungen („Nullplus-Variante“, Konzeptalternativen), welche von vornherein keine funktionelle Schwäche hinsichtlich der Kernziele des Projekts erkennen lassen, geprüft werden.

¹⁸² BVerwG, Beschluss vom 03.06.2010 – 4 B 54.09, juris Rn. 9; BVerwG, Urteil vom 09.07.2009 – 4 C 12/07, juris Rn. 33 jeweils mit Bezug auf BVerwG, Beschluss vom 01.04.2009 – 4 B 62.08, juris Rn. 62.

¹⁸³ Vgl. die Auflistung der im Planfeststellungsverfahren geprüften Varianten bei VGH Hessen, Urteil vom 05.12.2019 – 2 C 1823/15.T, juris Rn. 11-17.

¹⁸⁴ EU-Kommission, Natura 2000-Gebietsmanagement, 2019, S. 57.

¹⁸⁵ BVerwG, Urteil vom 17.05.2002 – 4 A 28.01, juris Rn. 26: „Wäre das Tatbestandsmerkmal der Alternativlösung schon dann nicht erfüllt, wenn sich das Ziel(-Bündel) nicht in genau der gleichen Weise wie vom Vorhabenträger geplant erreichen ließe, so liefe insoweit Art. 6 Abs. 4 FFH-RL weitgehend leer.“

¹⁸⁶ LBV SH, Beachtung des Artenschutzrechtes bei der Planfeststellung, 2016, S. 16.

Nicht abschließend geklärt und in den einzelnen Verfahren häufig sehr umstritten ist nicht nur die Alternativenauswahl, sondern auch die Frage, wie tief Alternativen zu prüfen sind. Ein einheitlicher Maßstab zum Vergleich verschiedener Beeinträchtigungsarten und -tiefen hat sich in der Praxis noch nicht etabliert.¹⁸⁷

Der rechtliche Ausgangspunkt ist zwar klar: Die zu betrachtenden Alternativen müssen nur in dem Umfang untersucht werden, der erforderlich ist, um zu beurteilen, ob es sich um eine zumutbare Alternative im Sinne des § 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG handelt.¹⁸⁸ Ob aber die Anforderungen ansonsten auch hier die gleichen wie beim europäischen Gebietsschutz sind, dazu hat sich das Bundesverwaltungsgericht bislang nicht geäußert.¹⁸⁹

Geht man mit der herrschenden Meinung in der Literatur davon aus, dass das Bundesverwaltungsgericht aufgrund der strukturellen Vergleichbarkeit der habitatschutzrechtlichen und der artenschutzrechtlichen Alternativenprüfung auch bei der artenschutzrechtlichen Ausnahmeerteilung seine sog. „Grobanalyse-Rechtsprechung“ als planerische Maxime unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten ausgeben wird,¹⁹⁰ wäre hinsichtlich der Prüftiefe für die Erarbeitung von Alternativen ein gestuftes Vorgehen als zulässig anzusehen, sodass auf der grobmaschigeren Planungsebene sowie in einem frühen Verfahrensstadium Varianten auf der Grundlage von Grobanalysen ausgeschlossen werden können.¹⁹¹ Regelmäßig stehen aber gerade im Artenschutzrecht – im Unterschied zu einer gebietsschutzrechtlichen Betrachtung, die zumindest auf im Vorfeld der Unterschutzstellung erhobene Fachdaten zurückgreifen kann¹⁹² – auch wesentliche naturschutzfachliche Punkte erst im Zeitpunkt der Zulassung fest, zumal das Artenschutzrecht keinen räumlichen Ausgangspunkt hat, sondern sich eher punktuell auf die einzelnen Individuen (§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG) sowie die konkreten Lebensstätten (§ 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG) bezieht. So ist bei

¹⁸⁷ Fellenberg, Artenschutzrecht, in: Kerkmann/Fellenberg, Naturschutzrecht in der Praxis, 3. Aufl. 2021, § 10 Rn. 163.

¹⁸⁸ BVerwG, Urteil vom 09.07.2008 – 9 A 14.07, juris Rn. 121.

¹⁸⁹ Appel/Rietzler, Artenschutzrecht in der Bundesfachplanung und Planfeststellung, NuR 2017, S. 227 (231).

¹⁹⁰ Zu dieser Frage speziell und instruktiv Appel/Rietzler, Artenschutzrecht in der Bundesfachplanung und Planfeststellung, NuR 2017, S. 227 (231). Allgemein für gleiche Anforderungen wie beim europäischen Gebietsschutz sind bspw. Wulfert, FFH-Abweichungsverfahren und artenschutzrechtliches Ausnahmeverfahren, 2016, S. 120; Hoppe et al., Rechtsschutz bei der Planung, 4. Aufl. 2011, S. 396.

¹⁹¹ Prägnant BVerwG, Urteil vom 06.11.2013 – 9 A 14.12, juris Rn. 75 (Grobanalyse, wenn sowohl die Vorzugsvariante als auch eine Planungsalternative FFH-Gebiete berühren; d. h. es ist nur zu untersuchen, ob Lebensraumtypen des Anhangs I oder Tierarten des Anhangs II der FFH-Richtlinie beeinträchtigt werden und ob die beeinträchtigten Lebensraumtypen prioritär oder nicht prioritär sind). Grundlegend BVerwG, Urteil vom 12.03.2008 – 9 A 3.06, juris Rn. 171.

¹⁹² Vgl. Schlussanträge GAin Kokott vom 09.06.2005 – C-6/04, curia Rn. 33 (zu Art. 6 Abs. 3 FFH-RL): „Eine solche abstrakte Vorprüfung potenzieller Risiken kann sich jedoch nur hinsichtlich des Gebiets auf konkrete Tatsachen stützen, nicht aber hinsichtlich der Projekte.“

„hochgezonten“ Planungsebenen die artenschutzrechtliche Prüftiefe und Prüftintensität nicht nur einzelfallbezogen, sondern auch im Allgemeinen umstritten.¹⁹³

Speziell im Kontext „Artenschutz und Fachplanung“ stellt sich damit bei der Alternativenprüfung die Frage, ob eine Variante, die bereits auf der vorgelagerten Planungsstufe (Raumordnungsverfahren, Linienbestimmung, Bundesfachplanung usw.) auf Grundlage unschärferer Betrachtungen ausgeschlossen wurde, im Zulassungsverfahren noch einmal nachzubetrachten ist. Die gleiche Problemlage besteht bei der Frage, ob die Genehmigungsbehörde Alternativen artenschutzrechtlich nachbetrachten muss, wenn eine Variante vom Vorhabenträger aufgrund einer Grobanalyse bereits frühzeitig aus dem Zulassungsverfahren ausgeschlossen wurde, sodass sie nicht weiter in seine detaillierte Variantenbetrachtungen einbezogen wurde. Hierzu hat sich der zur verbindlichen Auslegung von Art. 6 und Art. 16 FFH-RL berufene Europäische Gerichtshof bislang nicht geäußert.¹⁹⁴ Die für die nationale Umsetzung von Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-RL (Verträglichkeitsprüfung, Abweichungsprüfung) grundlegenden Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott* aus dem Jahr 2005 im Vertragsverletzungsverfahren zwischen der EU-Kommission und Großbritannien kritisieren abstrakte Prüfungen, die sich noch nicht auf konkrete Tatsachen zur Vorhabenumsetzung stützen können.¹⁹⁵ Sie benennen zudem die Gefahr, dass aufgrund einer hochstufigen Planung die Verträglichkeitsprüfung auf der nachgelagerten Zulassungsebene nicht mehr ergebnisoffen durchgeführt würde.¹⁹⁶ Bei dem Zusammenspiel zwischen den einzelnen Planungsstufen sehen sie „insbesondere die Alternativenprüfung“ als relevant an.¹⁹⁷ Die Generalanwältin betont:

„Auf nachfolgenden Verfahrensstufen ist diese Prüfung mit zunehmender Konkretisierung zu aktualisieren.“¹⁹⁸

¹⁹³ Bei der Bundesfachplanung plädiert bspw. *Schlacke* aufgrund der verbindlichen Wirkungen für einen Maßstab, der sich an die Planfeststellung anlehnt, siehe *Schlacke*, Bundesfachplanung für Höchstspannungsleitungen, NVwZ 2015, S. 626 (631 f.). A. A. („weder praktisch vernünftig noch in tatsächlicher Hinsicht umsetzbar“) *Appel/Rietzler*, Artenschutzrecht in der Bundesfachplanung und Planfeststellung, NuR 2017, S. 227 (235).

¹⁹⁴ Das Vorabentscheidungsersuchen des High Court (Irland) vom 28.07.2017 im Verfahren C-461/17 betraf Fragen zur FFH-Richtlinie sowie zur UVP-Richtlinie. Zu letzterer stellte der High Court folgende Vorlagefrage: „Ist eine vom Projektträger bei der Umweltverträglichkeitsprüfung in Betracht gezogene und erörterte und/oder von einigen der beteiligten Interessengruppen befürwortete und/oder von der zuständigen Behörde in Betracht gezogene Alternative selbst dann als eine „der wichtigsten anderweitigen Lösungsmöglichkeiten“ im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Buchst. d der Richtlinie 2011/92 in geänderter Fassung anzusehen, wenn der Projektträger sie in einem frühen Stadium verworfen hat?“ Der EuGH, Urteil vom 07.11.2018 – C-461/17, curia Rn. 69, hat dazu entschieden, dass die Gründe für eine Vorzugswahl zumindest im Hinblick auf die Umweltauswirkungen erläutert werden müssen, auch dann, wenn eine solche anderweitige Lösungsmöglichkeit in einem frühen Stadium verworfen wurde.

¹⁹⁵ Schlussanträge GAin *Kokott* vom 09.06.2005 – C-6/04, curia Rn. 33.

¹⁹⁶ Schlussanträge GAin *Kokott* vom 09.06.2005 – C-6/04, curia Rn. 44.

¹⁹⁷ Schlussanträge GAin *Kokott* vom 09.06.2005 – C-6/04, curia Rn. 45.

¹⁹⁸ Schlussanträge GAin *Kokott* vom 09.06.2005 – C-6/04, curia Rn. 49.

Aus der Fokussierung der Alternativenprüfung sowie den Vorgaben der Ergebnisoffenheit und Konkretisierungsbedürftigkeit der FFH-Verträglichkeitsprüfung auf der nachgelagerten Zulassungsebene ergibt sich, dass eine Nachbetrachtung auch solcher Alternativen erfolgen muss, die bei einer vorangegangenen unschärferen Betrachtung ausgeschlossen wurden.

Diese Vorgaben gelten für den gebietsunabhängigen Artenschutz umso mehr, als es sich um recht abstrakte Vorabprüfungen handelt, die sich nicht auf „konkrete Tatsachen stützen“¹⁹⁹ können, solange in dem Verfahren, sei es aufgrund der hochgezogenen Planung bzw. des frühen Verfahrensstadiums, noch keine Bestandserfassung vorliegt. Wird beispielsweise von dem Vorhabenträger aufgrund von Nacherhebungen, von einer Naturschutzbehörde aufgrund von Daten aus anderen Projekten oder einem anerkannten Umweltverband aufgrund von eigenen Erfassungen mit substantziellen Argumenten eine im Verfahren früh – etwa aufgrund der Projektbeschreibung des Vorhabenträgers – ausgeschlossene Variante als artenschutzfachlich vorzugswürdig erachtet, so müssen die Auswirkungen der Varianten auf die Anhang-IV-Arten und wildlebenden Vogelarten konkret untersucht, Vermeidungsmöglichkeiten geprüft und die jeweilige Wirkung der Varianten und der Vorzugsvariante miteinander verglichen werden. Die Generalanwältin betont an anderer Stelle, dass es allein der Genehmigungsbehörde obliege, die Abwesenheit von Alternativen festzustellen:

„Dies ergibt sich in erster Linie daraus, dass die Feststellung der Abwesenheit von Alternativen nicht dem Antragsteller zukommt, sondern der Genehmigungsbehörde. Diese kann bei Abwägung aller Vor- und Nachteile der Varianten des beantragten Plans oder Projekts zu einem anderen Ergebnis kommen als der Antragsteller.“²⁰⁰

So hat die Genehmigungsbehörde das Recht und die Pflicht zur anlassbezogenen Nachbetrachtung der Alternativen bei Herstellung der finalen Entscheidungsreife.²⁰¹ Dementsprechend hält es die Generalanwältin für nicht sachgerecht, eine größere Detaildichte vorgelagerter Pläne zu verlangen; in gestuften Verfahren könne die Prüfung nicht auf einen Punkt im Verfahren konzentriert werden.²⁰² Auf jeder Verfahrensstufe und in jedem Verfahrensstadium muss die Beeinträchtigung der

¹⁹⁹ Schlussanträge GAin *Kokott* vom 09.06.2005 – C-6/04, curia Rn. 33.

²⁰⁰ Schlussanträge GAin *Kokott* vom 25.06.2009 – C-241/08, curia Rn. 98.

²⁰¹ Möglicherweise wird sich das BVerwG im Verfahren zu der A 14-Elbquerung bei Wittenberge (Az. 9 A 1.18) zu dieser Frage äußern, weil es sich um einen Kerngesichtspunkt der Klagebegründung des klagenden Umweltverbandes handelt. Siehe dazu die Aufzählung der materiellen Rügen in diesem Verfahren, in: BVerwG, Jahresbericht 2018, S. 59, online im Internet: https://www.bverwg.de/medien/pdf/jahresbericht_2018.pdf (abgerufen am 30.06.2020).

²⁰² Schlussanträge GAin *Kokott* vom 09.06.2005 – C-6/04, curia Rn. 49. Vgl. dazu auch *Appel/Rietzler*, Artenschutzrecht in der Bundesfachplanung und Planfeststellung, NuR 2017, S. 227 (235: ebenengerechte Ermittlungstiefe).

einzelnen Varianten so weit beurteilt werden, wie dies aufgrund der Plangenaugigkeit möglich ist.²⁰³

Die Pflicht zur anlassbezogenen Nachbetrachtung der Alternativen durch die Genehmigungsbehörde macht damit die für die Planungspraxis im Artenschutz essentielle Abschichtung der Alternativen²⁰⁴ von der vorgelagerten Planungsebene bzw. in einem frühen Verfahrensstadium auf das zeitliche Vorfeld der Entscheidungsreife erst möglich. Je länger ein Verfahren planerisch und naturschutzfachlich fortgeführt wird (Screening, Bestandserfassung, Maßnahmenplanung, Ausnahmeprüfung, Alternativenprüfung, Öffentlichkeitsbeteiligung, Nacherhebungen) und je konkreter die Planungsstufe bzw. Planungsphase ist, desto besser lässt sich eine vergleichende Betrachtung der Betroffenheit von Exemplaren und Lebensstätten vornehmen. Geht man mit der herrschenden Meinung in der Literatur davon aus, dass die zum Habitatschutzrecht entwickelte „Grobanalyse-Rechtsprechung“ aus Verhältnismäßigkeitsgründen auch bei der Prüftiefe der artenschutzrechtlichen Alternativenprüfung anzuwenden ist, dann ergibt sich aufgrund der regelmäßigen Unmöglichkeit einer zugriffsverbotsbezogenen Beurteilung in Planungsverfahren²⁰⁵ bzw. in frühen Stadien des Zulassungsverfahrens für die Planungspraxis beim gebietsunabhängigen, individuenbezogenen Artenschutz umso mehr die sich ebenfalls aus dem Habitatschutzrecht ergebende Nachbetrachtungspflicht von Alternativen.²⁰⁶ Die Pflicht zur Nachbetrachtung macht die planerische Option der Abschichtung auf nachgelagerte Verfahrensstadien rechtlich erst möglich.

2.2.4.2 Fachplanerische Abwägung

Die Auswahl unter verschiedenen, ernstlich in Betracht kommenden Ausführungsvarianten eines Vorhabens ist ungeachtet rechtlich zwingender Vorgaben wie dem Artenschutzrecht auch eine fachplanerische Abwägungsentscheidung.²⁰⁷ Die Genehmigungsbehörde ist, ebenso wie es dem Vorhabenträger bei der Planerarbeitung obliegt, auch bei der Wahl zwischen Varianten zu einer optimierenden, konkurrierende Belange möglichst schonenden Verwirklichung des Planungsziels verpflichtet.²⁰⁸ Sie muss alle ernsthaft in Betracht kommenden Alternativen berücksichtigen und mit der ihnen zukommenden Bedeutung in die vergleichende Prüfung der von den möglichen

²⁰³ Schlussanträge GAin *Kokott* vom 09.06.2005, C-6/04, curia Rn. 49; ebenso OVG Niedersachsen, Urteil vom 17.10.2013 – 12 KN 277/11, juris Rn. 53 und 55.

²⁰⁴ Vgl. dazu für hochstufige Pläne *Appel/Rietzler*, a.a.O., S. 227 (232); vgl. dazu für Zulassungsverfahren *Lau*, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 45 Rn. 34.

²⁰⁵ So für die Bauleitplanung in ausdrücklicher Abgrenzung zu fachplanerischen Zulassungsverfahren VGH Bayern, Urteil vom 18.01.2017 – 15 N 14.2033, juris Rn. 32. So für die Bundesfachplanung nach NABEG *Appel/Rietzler*, a.a.O. S. 227 (235).

²⁰⁶ Dies übersehend etwa *Appel/Rietzler*, a.a.O., S. 227 (232 und 236 f.).

²⁰⁷ BVerwG, Urteil vom 09.11.2017 – 3 A 4.15, juris Rn. 98; OVG Sachsen, Urteil vom 27.11.2018 – 4 C 22/17, juris Rn. 27.

²⁰⁸ BVerwG, a.a.O., juris Rn. 98; OVG Sachsen, a.a.O., juris Rn. 27.

Alternativen berührten öffentlichen und privaten Belange (bspw. Regionalplanung, Bauleitplanung, Verkehrsverhältnisse, Belastungen durch Lärm- und Schadstoffimmissionen, Auswirkungen auf Natur und Landschaft, Beeinträchtigung der Belange der Land- und Forstwirtschaft, Flächenbedarf, Wirtschaftlichkeit usw.) einstellen.²⁰⁹ Die Fachplanungsbehörde braucht den Sachverhalt dabei nur so weit zu klären, wie dies für eine sachgerechte Entscheidung und eine zweckmäßige Gestaltung des Verfahrens erforderlich ist; Alternativen, die ihr aufgrund einer Grobanalyse als weniger geeignet erscheinen, darf sie schon in einem frühen Verfahrensstadium ausscheiden.²¹⁰ Die dann noch ernsthaft in Betracht kommenden Trassenalternativen müssen im weiteren Planungsverfahren detaillierter untersucht und verglichen werden.²¹¹ Die Grenzen der planerischen Gestaltungsfreiheit wegen eines Abwägungsfehlers sind nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts erst dann überschritten, wenn der Genehmigungsbehörde bei der Auswahl infolge einer fehlerhaften Ermittlung, Bewertung oder Gewichtung einzelner Belange ein rechtserheblicher Fehler unterlaufen ist oder wenn sich unter Berücksichtigung aller abwägungserheblichen Belange eine andere Variante als die ausgewählte Vorzugsvariante eindeutig als die bessere, weil öffentliche und private Belange insgesamt schonendere, hätte aufdrängen müssen.²¹²

Damit ist der Spielraum der Genehmigungsbehörde bei der fachplanerischen Variantenprüfung im Rahmen der Gesamtabwägung deutlich größer als bei der artenschutzrechtlichen Alternativenprüfung im Rahmen einer Ausnahmeerteilung. Zudem hat das Bundesverwaltungsgericht klargestellt, dass artenschutzrechtliche Mängel auf die fachplanerische Abwägung „durchschlagen“, d. h. diese fehlerhaft machen.²¹³ Damit stellt sich die Frage, ob es überhaupt einen spezifischen Anwendungsbereich der fachplanerischen Abwägung für den besonderen Artenschutz gibt, wenn eine artenschutzrechtliche Ausnahme für die Vorhabenzulassung erforderlich ist. Treten in der Praxis Artenschutzbelange auf, die bei der Ausnahmeprüfung (§ 45 Abs. 7 BNatSchG) nicht berücksichtigt werden müssen, die jedoch in die aus dem Rechtsstaatsprinzip resultierende fachplanerische Alternativenprüfung einzustellen sind? Oder geht die artenschutzrechtliche Alternativenprüfung in Gänze über die fachplanerische Abwägung hinaus?

²⁰⁹ VGH Hessen, Urteil vom 05.12.2019 – 2 C 1823/15.T, juris Rn. 167 f.

²¹⁰ VGH Hessen, a.a.O., juris Rn. 167.

²¹¹ VGH Hessen, a.a.O., juris Rn. 167.

²¹² BVerwG, Urteil vom 29.06.2017 – 3 A 1.16, juris Rn. 129; BVerwG, Urteil vom 15.12.2016 – 4 A 4.15, juris Rn. 32; BVerwG, Urteil vom 28.04.2016 – 9 A 9.15, juris Rn. 169; BVerwG, Urteil vom 03.03.2011 – 9 A 8.10, juris Rn. 65 ff.

²¹³ BVerwG, Urteil vom 14.07.2011 – 9 A 12.10, juris Rn. 96.

Gleicht man die drei faunistischen Zugriffsverbote mit der Hauptursache für den globalen Biodiversitätsverlust ab,²¹⁴ so fällt auf, dass die mittelbare Lebensraumzerstörungswirkung und Lebensraumzerschneidungswirkung von Infrastrukturmaßnahmen nicht abgedeckt sind. Das Störungsverbot (§ 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG) erstreckt sich nicht auf negative Veränderungen der Landschaft, sondern nur auf Einwirkungen auf das natürliche Verhalten von Exemplaren besonders geschützter Arten,²¹⁵ wie der 9. Senat des Bundesverwaltungsgerichts anlässlich seiner Entscheidung zum Planfeststellungsbeschluss für den Neubau der A 44 Kassel-Herleshausen (Teilabschnitt Hessisch Lichtenau-Ost bis Hasselbach) betont hat:

„Da das planfestgestellte Fledermausschutzkonzept populationsrelevante Trennwirkungen verhindert, scheidet unter diesem Gesichtspunkt zumindest ein Verstoß gegen das Störungsverbot ... aus. Ob die Inanspruchnahme von Jagdhabitaten oder deren stickstoffbedingte Verkräutung als Störung ... zu begreifen wären, erscheint zweifelhaft; bei der schlichten Beseitigung von Flächen, die bislang als Nahrungsgrundlage genutzt worden sind, und bei vegetationsverändernden Immissionen fehlt es nämlich an einer zwanghaften Einwirkung auf das natürliche Verhalten der Tiere, das nach dem Wortsinn als Störung zu werten ist.“²¹⁶

Der juristische Begriff der „Fortpflanzungs- und Ruhestätte“ im Sinne des § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG ist bereits seinem Wortlaut nach („Stätte“) räumlich tendenziell eher eng abzugrenzen. Das Tötungsverbot (§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG) begegnet betriebsbedingten Verletzungsgefahren etwa in Form von Überquerungshilfen, nicht jedoch dem Erlöschen von Vorkommen aufgrund von Lebensraumzerstörung und der Isolierung von Vorkommen aufgrund erschwerter Migration.

Die Betrachtung der Zerschneidungswirkung als Gegenstand der fachplanerischen Abwägung hat der 3. Senat des Bundesverwaltungsgerichts in seiner Entscheidung zum S-Bahn-Verschwenk bei Fürth angeführt und wegen deren fehlender Ermittlung die Rechtswidrigkeit und Nichtvollziehbarkeit des eisenbahnrechtlichen Planfeststellungsbeschlusses angenommen. Insbesondere hat der Senat dabei die Eigenständigkeit der Betrachtung der Zerschneidungswirkung herausgestellt, nämlich dass die Zerschneidungswirkung nicht mit einem niedrigeren Kompensationsbedarf im Wege einer Gesamtabwägung saldiert werden darf, wenn die Variante mit hoher Zerschneidungswirkung durch ökologisch weniger sensible Bereiche verläuft als die Alternative:

„Die Zerschneidungswirkung der beiden Trassenvarianten hat die Beklagte nicht in dem für die Abwägung erforderlichen Umfang ermittelt. Die Zerschneidungswirkung der Verschwenktrasse

²¹⁴ Das Artensterben liegt primär in der Änderung der Landnutzung begründet (Landwirtschaft, Urbanisierung, Erweiterung der Infrastruktur). Hinzukommen der Klimawandel, direkte Umweltverschmutzungen (bspw. Plastikmüll im Meer) sowie das allgemeine Bevölkerungs- und Wirtschaftswachstum; Quelle: IPBES, Report on Biodiversity and Ecosystem – Summary for policymakers, 2019, S. 5.

²¹⁵ Gellermann, Artenschutz und Straßenplanung, NuR 2009, S. 85 (87).

²¹⁶ BVerwG, Urteil vom 14.04.2010 – 9 A 5.08, juris Rn. 118.

ist einer ihrer gewichtigsten Nachteile. Der Planfeststellungsbeschluss führt hierzu lediglich aus, dass die Bündelungstrasse einzig bei diesem Kriterium besser als die Verschwenktrasse abschneide (PFB S. 91). In der Gesamtabwägung stellt er darauf ab, dass die ökologischen Aspekte in der Zusammenschau von Kompensationsbedarf und Zerschneidungswirkung nicht zu einer Präferenz einer der beiden Trassen führe. In dieser Einschätzung sieht er sich durch die Stellungnahme der Höheren Naturschutzbehörde vom 20. April 2012 bestätigt (PFB S. 91 f., 100). Eine solche „Saldierung“ der Zerschneidungswirkung mit dem Kompensationsbedarf ist hier schon deshalb nicht tragfähig, weil die Ermittlung des Kompensationsbedarfs – wie dargelegt – an Fehlern leidet. Unabhängig hiervon genügt die Stellungnahme der Höheren Naturschutzbehörde (Blatt 283 ff. der Verwaltungsvorgänge) nicht, um das Ergebnis der Gesamtbetrachtung zu stützen. Die Höhere Naturschutzbehörde hat auf der Grundlage von Unterlagen der Beigeladenen aus dem Erörterungstermin vom Juli 2011 die Darstellung der Beigeladenen bestätigt, dass der Eingriff in höherwertige Biotopstrukturen bei der Bündelungstrasse rund doppelt so hoch sei wie bei der Verschwenktrasse. Sie hat jedoch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass eine spezielle Betrachtung hinsichtlich der ökologischen Zerschneidungswirkung beider Trassenvarianten hierbei nicht berücksichtigt sei. Eine eingehende Betrachtung der beiden Trassen hinsichtlich ihrer Zerschneidungseffekte, die in die bisherige Betrachtung noch nicht eingeflossen sei, lasse annehmen, dass die gesamtökologischen Beeinträchtigungen der beiden Verkehrswege annähernd gleich zu bewerten seien. Diese Annahme der Höheren Naturschutzbehörde ist weder darauf gerichtet noch geeignet, das Ergebnis einer speziellen Betrachtung der beiden Trassenvarianten im Hinblick auf ihre Zerschneidungswirkung vorwegzunehmen; sie relativiert lediglich die Einschätzung der Beigeladenen, dass die Verschwenktrasse naturschutzfachlich vorzugswürdig sei. Die Höhere Naturschutzbehörde hat ausdrücklich darauf hingewiesen, dass für sie auch die Bündelungstrasse bei einem entsprechenden Ausgleichskonzept für die Eingriffe in die höherwertigen Biotope eine mögliche Alternative sei. Ein Vergleich der beiden Trassenvarianten im Hinblick auf die gesamtökologischen Beeinträchtigungen hätte mithin vorausgesetzt, dass die Zerschneidungswirkung der beiden Trassenvarianten ermittelt, beschrieben und bewertet wird.“²¹⁷

Für eine Betrachtung von mittelbaren Einwirkungen auf die wildlebenden Vogelarten und Anhang-IV-Arten spricht unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit insbesondere, dass der Gerichtshof der Europäischen Union – abweichend von der oben zitierten Auffassung des 9. Senats – den Begriff der Störung derart weit versteht, dass er auch mittelbare Beeinträchtigungen hierunter subsumiert, ohne den Begriff „Störung“ jedoch zu definieren:

„Was die übermäßige Wasserentnahme in dem betreffenden Gebiet angeht, ... Es hat sich gezeigt, dass eine solche Maßnahme im vorliegenden Fall eine erhebliche negative Auswirkung auf den Lebensraum der zyprischen Ringelnatter und auf die Erhaltung dieser Art insbesondere in Dürrejahren haben kann. ... Die übermäßige Wasserentnahme stellt unter ... der Tatsache, dass das Vorkommen der zyprischen Ringelnatter im Gebiet des Paralimni-Sees bekannt war, jedenfalls eine absichtliche Störung im Sinne von Art. 12 Abs. 1 der Habitat-Richtlinie dar.“²¹⁸

Dies sprengt nicht die Grenze der Verhältnismäßigkeit. Es geht bei dieser Betrachtung um bekannte Vorkommen, weil ansonsten der Tatbestand der „Absichtlichkeit“, den Art. 12 Abs. 1 FFH-RL für das Tötungsverbot sowie das Störungsverbot gleichermaßen

²¹⁷ BVerwG, Urteil vom 09.11.2017 – 3 A 4.15, juris Rn. 30 f.

²¹⁸ EuGH, Urteil vom 15.03.2012 – C-340/10, curia Rn. 50 und 64.

fordert, nicht erfüllt wäre. Soweit die nationalen Zugriffsverbote nicht betroffen sind, was insbesondere bei der Inanspruchnahme oder Verschlechterung von Nahrungshabitaten der Fall ist, wäre es im Rahmen der fachplanerischen Abwägung möglich, den Fokus auf die stark gefährdeten Arten – etwa den Feldhamster – zu legen und flankierende Schutzmaßnahmen umzusetzen.²¹⁹

2.2.5 Sonderfall: planfeststellungsersetzende Bebauungspläne

Neben der Planfeststellung und Plangenehmigung ist als Zulassungsform einer Fachplanung, die in Natur und Landschaft eingreift, der planfeststellungsersetzende Bebauungsplan von praktischer Relevanz. Insbesondere können auch Gemeinden mit Hilfe eines die Planfeststellung ersetzenden Bebauungsplans eine Fachplanung für Verkehrsanlagen betreiben.²²⁰ Nach den Straßengesetzen der Länder können Bebauungspläne die Planfeststellung ersetzen, siehe bspw. Art. 38 Abs. 1 BayStrWG, § 33 Abs. 5 HStrG, § 39 Abs. 7 SächsStrG und § 5 Abs. 2 LStrG RLP.²²¹ So können neue Trassen von Landes- und Kreisstraßen, etwa zur Ortsumgehung, bei denen die Gemeinde Trägerin der Straßenbaulast ist,²²² wahlweise auch per gemeindlichem Bebauungsplan zugelassen werden.²²³ Die Ersetzungsregelung ermöglicht damit eine Fachplanung durch Bebauungsplan, bei der ein Vorhaben durch Festsetzungen nach § 9 Abs. 1 BauGB zugelassen wird.²²⁴

Während, wie oben genannt,²²⁵ bei der Plangenehmigung und Planfeststellung die artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote unmittelbar anzuwenden sind und mithin der Bescheid an den Zugriffsverboten zu messen ist, entfalten § 44 Abs. 1 und 5 BNatSchG bei der Aufstellung von Bebauungsplänen lediglich eine mittelbare Wirkung: Die Gemeinde muss insbesondere im Rahmen der Planerforderlichkeit (§ 1 Abs. 3 BauGB) abschätzen, dass das Artenschutzrecht – ggf. im Wege der Ausnahme – keine unüberwindliche Hürde bei der späteren Verwirklichung der Festsetzungen darstellt,²²⁶ wofür es laut der gefestigten Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte

²¹⁹ Vgl. dazu beispielhaft Köhler *et al.*, Maßnahmen zum Schutz des Feldhamsters, NuL 2014, S. 344 (346): „Der Anbau von Luzerne wird in Feldhamster-Schutzprogrammen verschiedener Bundesländer gefördert, um dem Feldhamster über das ganze Jahr gute Deckung und Futter zu bieten.“

²²⁰ Beckmann, Verkehrsanlagen durch Bebauungsplan, UPR 2017, S. 41.

²²¹ Siehe für die Bundesfernstraßenplanung § 17b Abs. 2 FStrG.

²²² Hoppe *et al.*, Rechtsschutz bei der Planung, 4. Aufl. 2011, S. 121 und 123.

²²³ Vgl. beispielhaft BVerwG, Urteil vom 18.03.2004 – 4 CN 4.03, juris.

²²⁴ Hoppe *et al.*, Rechtsschutz bei der Planung, 4. Aufl. 2011, S. 119. Gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 11 BauGB können im Bebauungsplan Verkehrsflächen festgesetzt werden. Zu den für den Artenschutz primär relevanten Festsetzungsoptionen nach § 9 Abs. 1 Nr. 15, 20 und 25 BauGB siehe unten Abschnitt 2.4.3.

²²⁵ Siehe oben Abschnitt 2.2 (mit Nachweisen zur Rechtsprechung und Literatur).

²²⁶ Siehe dazu unten Abschnitt 2.4.1.

– im ausdrücklichen Gegensatz zur Fachplanung – einer umfassenden Artenschutzprüfung nicht bedürfe.²²⁷ Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob dem Artenschutzrecht in planfeststellungsersetzenden Bebauungsplanverfahren eine unmittelbare oder mittelbare Rolle zukommt.²²⁸

Für eine unmittelbare Wirkung der artenschutzrechtlichen Verbote bei einem planfeststellungsersetzenden Bebauungsplan spricht sich jüngst das Oberverwaltungsgericht Hamburg aus, weil es sich beim planfeststellungsersetzenden Bebauungsplan um eine Fachplanung auf der Zulassungsebene handele:

„Im Rahmen der vorliegenden Bauleitplanung ist allerdings zu beachten, dass die artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote nur mittelbar über § 1 Abs. 3 BauGB zur Anwendung kommen. Ein Angebotsbebauungsplan lässt – anders als etwa eine straßenrechtliche Planfeststellung oder ggf. ein planfeststellungsersetzender Bebauungsplan – in der Regel noch nicht die Handlungen zu, die die artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände erfüllen können. Dies geschieht regelmäßig erst im bauaufsichtlichen Genehmigungsverfahren, in dem die Verbotstatbestände eingreifen und der Zulassung konkreter Vorhaben entgegenstehen können. Folglich bedarf es bei der Aufstellung eines Bauleitplans im Ausgangspunkt nicht zwangsläufig dasselbe Maß an Aufklärung wie in der Fachplanung.“²²⁹

Ähnlich sieht es auch der Bayerische Verfassungsgerichtshof in seiner „Chiemseeufer-Entscheidung“:

„Die angeführte Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshof ... betrifft einen die Planfeststellung ersetzenden (Straßen)Bebauungsplan. Sie lässt sich nicht ohne Weiteres auf den Regelfall der Bauleitplanung übertragen, weil im entschiedenen Fall keine weitere öffentlich-rechtliche Gestattung nachfolgte. Hier durfte die Gemeinde Übersee bei der speziellen artenschutzrechtlichen Prüfung dagegen davon ausgehen, dass über die Frage, ob und welche Schutzmaßnahmen erforderlich sind, nicht bereits auf der Ebene der Bauleitplanung, sondern erst im Zusammenhang mit der Zulassung der durch den Bebauungsplan ermöglichten baulichen Nutzungen zu befinden ist.“²³⁰

Für eine unmittelbare Wirkung der Zugriffsverbote spricht insbesondere auch noch, dass die beiden anderen relevanten naturschutzrechtlichen Prüfungen, die FFH-Verträglichkeitsprüfung sowie die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung, auf der Zulassungsebene der planfeststellungsersetzenden Bebauungspläne unmittelbar gelten. Für den europäischen Gebietsschutz folgt die Anwendung bereits aus der allgemeinen Regelung des § 1 Abs. 4 BauGB, der bestimmt, dass § 34 BNatSchG anzuwenden ist, soweit ein Natura-2000-Gebiet in seinen für die Erhaltungsziele oder den Schutzzweck maßgeblichen Bestandteilen durch eine Bauleitplanaufstellung mittelbar

²²⁷ OVG Hamburg, Urteil vom 11.04.2019 – 2 E 8/17.N, juris Rn. 66; VGH Bayern, Urteil vom 18.01.2017 – 15 N 14.2033, juris Rn. 32; OVG NRW, Urteil vom 21.04.2015 – 10 D 21/12.NE, juris Rn. 169.

²²⁸ Zu den besonderen Problemlagen bei einer Fachplanung durch Bebauungsplan vgl. Hoppe et al., Rechtsschutz bei der Planung, 4. Aufl. 2011, S. 123-125.

²²⁹ OVG Hamburg, Urteil vom 11.04.2019 – 2 E 8/17.N, juris Rn. 66.

²³⁰ Bayerischer VerfGH, Entscheidung vom 03.12.2013 – Vf. 8-VII-13, juris Rn. 40.

erheblich beeinträchtigt werden kann. Für die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung folgt dies aus § 18 Abs. 2 Satz 2 BNatSchG, der speziell für planfeststellungsersetzende Bebauungspläne eine Ausnahme von der Anwendung der baurechtlichen Eingriffsregelung für Bauleitpläne vorsieht. Aus der Anwendung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung für planfeststellungsersetzende Bebauungspläne folgt, dass wie in Planfeststellungsverfahren eine strikte Verpflichtung besteht, Ausgleichs- oder Ersatzmaßnahmen festzusetzen.²³¹

Der Grund für die Nichtanwendung der baurechtlichen Eingriffsregelung bzw. für die Anwendungspflicht der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung bei Bebauungsplänen, die eine Planfeststellung ersetzen, liegt darin, dass sich nicht den naturschutzrechtlichen Verpflichtungen entzogen werden können soll, indem das Vorhaben von einer Planfeststellung auf eine gemeindliche Bebauungsplanung ausweicht.²³² Diese Zwecksetzung spricht sehr dafür, dass ein planfeststellungsersetzender Bebauungsplan eine abschließende artenschutzrechtliche Bewertung enthalten muss, weil in der alternativen Planfeststellung die Zugriffsverbote unmittelbar anwendbar wären.

Die beiden oben zitierten Gerichtsentscheidungen und die Zwecksetzung von § 18 Abs. 2 Satz 2 BNatSchG machen deutlich, dass eine unmittelbare Anwendbarkeit der artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote bei planfeststellungsersetzenden Bebauungsplänen als Ergebnis der Analyse erwartet werden müsste.²³³

Dagegen sprechen jedoch fundamentale systematische Argumente, die nur durch eine Initiative der Legislative ausgeräumt werden könnten. Denn eine unmittelbare Anwendbarkeit des Artenschutzes würde voraussetzen, dass für den planfeststellungsersetzenden Bebauungsplan eine ggf. erforderliche Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG erteilt werden könnte. Eine bebauungsplanbezogene Ausnahme ist jedoch wegen des ordnungsrechtlichen Charakters der handlungsbezogenen Zugriffsverbote gar nicht möglich.²³⁴ Der nach § 44 Abs. 1 und 5 BNatSchG i.V.m § 45 Abs. 7 BNatSchG genehmigungsfähige Tatbestand ist nicht die Straßenplanung, sondern die Ausführung bestimmter Straßenbaumaßnahmen. Eine artenschutzrechtliche Ausnahme ist nur für die Einzelmaßnahme und nicht für einen Bebauungsplan, der selbst noch keinen Zugriff bedeutet, möglich, da die Verbote des § 44 Abs. 1 und 5 BNatSchG als verhaltensbezogenes Ordnungsrecht den tatsächlichen Zugriff untersagen und damit einhergehend kein Planungsverbot konstituieren.²³⁵ Auch ein planfeststellungsersetzender

²³¹ Gellermann, in: Schrödter, BauGB, 9. Aufl. 2019, § 1a Rn. 124.

²³² Gellermann, a.a.O., § 1a Rn. 124.

²³³ Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 96. EL 2021, BNatSchG § 44 Rn. 61: „Während planfeststellungsersetzende Bebauungspläne, die an die Stelle eines an sich erforderlichen Planfeststellungsbeschlusses treten und die Funktion eines Zulassungsaktes übernehmen, nur aufgestellt werden dürfen, wenn sie den Anforderungen der §§ 44 ff. BNatSchG vollen Umfangs genügen...“.

²³⁴ Siehe dazu vertiefend und mit weiteren Nachweisen unten Abschnitt 2.4.5.2.

²³⁵ Fischer, Biotop- und Artenschutz in der Bauleitplanung, NuR 2007, S. 307 (314).

Bebauungsplan verliert trotz seiner sektoralen Fokussierung auf ein Vorhaben und seine Zulassungsperspektive nicht seine Qualität als Instrument der Gesamtplanung.²³⁶ Anschaulich zeigt sich das daran, dass dieses Instrument für den Fall empfohlen wird, dass das Vorhaben einen erheblichen Regelungsbedarf im Umfeld auslöst, da durch den Bauungsplan auch das Umfeld umfassend beplant werden kann.²³⁷

Zu den Folgen der Wahl für eine gemeindliche Bauungsplanung anstatt einer fachbehördlichen Planfeststellung weist etwa *Beckmann* darauf hin, dass sich die rechtlichen Anforderungen an die Planaufstellung grundsätzlich nach dem Bauplanungsrecht richten, obwohl es sich um eine Form der Fachplanung handelt. Ein Bauungsplan, der eine Planfeststellung ersetzt, müsse, um rechtmäßig zu sein, den Anforderungen genügen, die an einen gemeindlichen Bauungsplan zu stellen sind.²³⁸

Eine Ausnahme vom Artenschutz kann daher nicht bereits für den Bauungsplan, sondern erst für die auf Exemplare bzw. Lebensstätten zugreifende Maßnahme erteilt werden.²³⁹ Wird gleichwohl von Seiten der Naturschutzbehörde für einen Bauungsplan eine Ausnahme von den Zugriffsverboten des § 44 Abs. 1 BNatSchG an die Gemeinde erteilt, so geht diese schlicht ins Leere.²⁴⁰ Da das handlungsbezogene Artenschutzrecht bei Bauungsplänen von seinem rechtlichen Wesen her nur eine mittelbare Wirkung entfalten kann, bedürfte die Anwendbarkeit für Bauungspläne einer gesetzlichen Regelung. Die Möglichkeit einer Ausnahme auf Bauungsplanebene kennt z. B. der ebenfalls handlungsbezogene gesetzliche Biotopschutz, wo § 30 Abs. 4 BNatSchG es ausdrücklich ermöglicht, dass auf Antrag der Gemeinde für zukünftige Handlungen von der Naturschutzbehörde vorab eine Ausnahme erteilt werden kann, die aufgrund der Aufstellung bzw. Änderung von Bauungsplänen erwartet wird. Ist die Ausnahme im Vorfeld des Satzungsbeschlusses zugelassen worden, dann bedarf es gemäß § 30 Abs. 4 Satz 2 BNatSchG für die Durchführung der Maßnahme binnen sieben Jahren nach Inkrafttreten des Bauungsplans keiner weiteren Ausnahmeerteilung vom Biotopschutz. Durch die Regelung des § 30 Abs. 4 BNatSchG kommt dem Bauungsplan, für den im Vorfeld eine Ausnahme erteilt worden ist, bezogen auf den gesetzlichen Biotopschutz von der Wirkungsweise her betrachtet eine Konzentrationswirkung zu; *Gellermann* umschreibt die Wirkung mit einer „auf Ausnahmen und Befreiung nach den §§ 30 Abs. 3, 67 Abs. 1 BNatSchG ‚beschränkte[n] Konzentrationswirkung‘ des Bauungsplans“²⁴¹.

²³⁶ Vgl. zu den beiden Instrumenten der Gesamtplanung auf der Zulassungsebene (planfeststellungsersetzenden Bauungsplan, Vorhaben- und Erschließungsplan mit Durchführungsvertrag) oben Tabelle 1.

²³⁷ *Steinberg et al.*, Fachplanung, 2012, S. 371; *Hoppe et al.*, Rechtsschutz bei der Planung, 4. Aufl. 2011, S. 121.

²³⁸ *Beckmann*, Verkehrsanlagen durch Bauungsplan, UPR 2017, S. 41.

²³⁹ *Blessing/Scharmer*, Artenschutz im Bauungsplanverfahren, 2. Aufl. 2013, S. 11.

²⁴⁰ *Fischer*, Biotop- und Artenschutz in der Bauleitplanung, NuR 2007, S. 307 (314).

²⁴¹ *Gellermann*, in: Schrödter, BauGB, 9. Aufl. 2019, § 1a Rn. 273.

Einen konkreten Anhaltspunkt für die „Haltbarkeit“ einer im Vorfeld erteilten artenschutzrechtlichen Genehmigung für Baumaßnahmen bietet die Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, der in seiner „Chiemseeufer-Entscheidung“ folgenden Hinweis dazu gibt:

„Die reale Ermittlung der im Gebiet vorhandenen Arten ist vertretbar, wenn der Zeitpunkt der Realisierung der nach dem Bebauungsplan zulässigen Vorhaben zuverlässig bekannt ist, in nächster Zukunft bevorsteht und das Verfahren der Bauleitplanung durch die aktuelle Erfassung nicht behindert wird. Andernfalls ist eine Realermittlung im Planaufstellungsverfahren sinnlos, da sie nach Ablauf von ca. drei Jahren nicht mehr aussagekräftig ist.“²⁴²

Da anders als bei einem Angebotsbepauungsplan bei einem planfeststellungsersetzenden Bebauungsplan die Vorhabenumsetzung stets absehbar ist und es aufgrund des Zulassungscharakters erforderlich ist, eine Bestandserfassung durchzuführen, spricht nichts gegen eine vorzeitige Ausnahme auf Ebene, für die das Gesetz für den Beginn der Durchführung der Maßnahme eine Zeitspanne von drei Jahren nach Inkrafttreten des Bebauungsplans gewähren und zur Sicherheit eine absolute Obergrenze für den Maßnahmenbeginn bei fünf Jahren ab Erteilung der Ausnahme festsetzen könnte. Da die Ausnahme ohnehin von einem Verstoß gegen artenschutzrechtliche Verbote ausgeht und damit die Bestandserfassung nicht brandaktuell sein muss und es eine allgemeine Tendenz gibt, die Haltbarkeitsgrenze von Bestandserfassungen grundsätzlich bei fünf Jahren zu ziehen,²⁴³ wären die Grenzen einer hinreichend aktuellen Datenlage über die Konfliktsituation gewahrt. Gäbe es im Artenschutzrecht eine an § 18 Abs. 2 Satz 2 und § 30 Abs. 4 BNatSchG angelegte Regelung,²⁴⁴ dann würde – wie es die oben zitierte Rechtsprechung fordert – „keine weitere öffentlich-rechtliche Gestattung“ für den besonderen Artenschutz nach Inkrafttreten des Bebauungsplans erforderlich werden. Nach der gegenwärtigen Gesetzeslage ist das jedoch nicht der Fall.

Während also beim planfeststellungsersetzenden Bebauungsplan nicht die städtebauliche, sondern die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung anzuwenden ist und der Natura-2000-Gebietsschutz unmittelbar greift, behalten hingegen die artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote ihre bloß mittelbare Wirkung auf der Ebene von Bebauungsplänen – auch bei solchen, die eine Planfeststellung ersetzen, solange keine gesetzgeberische Initiative erfolgt, die planfeststellungsersetzenden Bebauungsplänen eine beschränkte, auf § 45 Abs. 7 und § 67 Abs. 2 BNatSchG bezogene Konzentrationswirkung ermöglicht.

²⁴² BayVerfGH, Entscheidung vom 03.12.2013 – Vf. 8-VII-13, juris Rn. 36.

²⁴³ VGH Hessen, Urteil vom 05.12.2019 – 2 C 1823/15.T, juris Rn. 80. Auf die gesetzlichen Anforderungen an die Bestandserfassung wird unten in Abschnitt 3.2.1 näher eingegangen.

²⁴⁴ Ein konkreter Formulierungsvorschlag findet sich unten in Abschnitt 4.2 bei den Empfehlungen für die Legislative.

2.3 Artenschutzrecht bei der baurechtlichen Vorhabenzulassung

Das Prüfprogramm im Vorfeld einer Baugenehmigungserteilung variiert. Am Ausgangspunkt einer naturschutzrechtlichen Prüfung im Rahmen einer baurechtlichen Zulassung steht stets, sich den im jeweiligen Genehmigungsverfahren betroffenen Planungsraum im bauplanungsrechtlichen Sinne zu vergegenwärtigen. Denn danach richtet sich auch die Anwendbarkeit der naturschutzrechtlichen Vorschriften (vgl. § 18 Abs. 2 BNatSchG auf den § 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG Bezug nimmt).

Jede Fläche kann einem der drei bauplanungsrechtlichen Räume zugeordnet werden. Entweder liegt die Fläche im Bereich eines Bebauungsplans (§ 30 BauGB) oder im unbeplanten Innenbereich (§ 34 BauGB) oder im Außenbereich (§ 35 BauGB). Diese Systematik bildet das Fundament für die nachfolgenden vier Abschnitte.

Abbildung 2: Zulassungsregime von Bauvorhaben in den drei Kategorien des BauGB

Bebauungsplan	unbeplanter Innenbereich	Außenbereich
		
§ 30 BauGB	§ 34 BauGB	§ 35 BauGB
<p>Vorhaben ist bauplanungsrechtlich zulässig, wenn es den Festsetzungen entspricht und die Erschließung gesichert ist. Soweit keine Festsetzungen bestehen, kommt es meist darauf an, ob sich das Vorhaben in die nähere Umgebung einfügt.</p>	<p>Vorhaben ist bauplanungsrechtlich zulässig, wenn es sich nach Art und Maß der baulichen Nutzung, der Bauweise und der Grundstücksfläche, die überbaut werden soll, in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt und die Erschließung gesichert ist.</p>	<p>Vorhaben ist bauplanungsrechtlich zulässig, wenn es zu den im Außenbereich privilegierten Vorhaben zählt (Gartenbau, Windenergie usw.), öffentliche Belange (z.B. Naturschutz) nicht entgegenstehen und die ausreichende Erschließung gesichert ist.</p>

2.3.1 Prüfung des Artenschutzes im Baugenehmigungsverfahren

Der gängigste Fall einer verwaltungsverfahrenbezogenen Anwendung des Artenschutzes dürfte die baurechtliche Zulassung von Vorhaben sein; gleichwohl fordert diese Fallgestaltung zu grundsätzlichen Vollzugsfragen heraus, weil der Anwendungsbereich von genehmigungsfreien Vorhaben und Baugenehmigungsverfahren ohne

Naturschutzprüfung aufgrund von „schlanken“ Verfahrensvorgaben in den Landesbauordnungen zugenommen hat.²⁴⁵ Dies spiegelt sich wieder in dem Umstand, dass das vereinfachte Baugenehmigungsverfahren mit seinem verringerten, tendenziell auf das Bauplanungsrecht fokussierten Prüfprogramm inzwischen das Regelverfahren für den Erhalt einer Baugenehmigung darstellt.²⁴⁶ Hinzu kommt, dass selbst für das umfassendere Baugenehmigungsverfahren die materiell-rechtliche Prüfkompetenz schwerpunktmäßig auf das Baurecht beschränkt wird.²⁴⁷ Nach den Landesbauordnungen gehört der besondere Artenschutz in der Regel nicht zum Prüfprogramm einer Baugenehmigungserteilung.²⁴⁸

Kommt die Baubehörde zu dem Schluss, dass die artenschutzrechtlichen Verbote unüberwindbar einem beantragten Vorhaben entgegenstehen, so muss sie die Baugenehmigung versagen, wenn laut der Vorgabe der Landesbauordnung sämtliche öffentlich-rechtliche Vorschriften im Genehmigungsverfahren zu prüfen sind. Beispielsweise bestimmt § 70 Abs. 1 Satz 1 LBauO RLP für genehmigungsbedürftige Vorhaben, selbst wenn sie dem vereinfachten Genehmigungsverfahren unterliegen (§ 66 Abs. 4 LBauO RLP), dass die Baugenehmigung nur dann zu erteilen ist, wenn dem Vorhaben neben baurechtlichen auch keine sonstigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen. Die Baugenehmigung setzt dann den Schlusspunkt des Baugenehmigungsverfahrens, in dem die beteiligten Fachbehörden die Konformität des Vorhabens mit den fachrechtlichen Vorgaben geprüft, also z. B. die Naturschutzbehörde das Artenschutzrecht, und ihr Prüfergebnis der Bauaufsichtsbehörde mitgeteilt haben (vgl. § 65 Abs. 1 Satz 1 und 2 sowie Abs. 5 Satz 1 LBauO RLP).

Demgegenüber beschränkt etwa § 74 Abs. 1 HBO die Prüfpflicht der Baubehörde im Wesentlichen rein auf die baurechtlichen Vorschriften (vgl. § 65 Abs. 1 und § 66 Satz 1 HBO). Bei einem unüberwindlichen Verstoß gegen die artenschutzrechtlichen Vorschriften (keine Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG oder Befreiung nach § 67 Abs. 2 BNatSchG möglich) darf die Bauaufsichtsbehörde die Baugenehmigung gemäß dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) wegen mangelndem Sachbescheidungsinteresse aber selbst dann versagen, wenn sich die baubehördliche

²⁴⁵ Vgl. den Hinweis von Kiel im Rahmen des Experteninterviews vom 16.08.2017: „Mit der Überprüfung der etwa 200.000 Verfahren, mit denen die Bauverwaltung in NRW pro Jahr konfrontiert ist, wären die Unteren Naturschutzbehörden schlicht überfordert, zumal die Anzahl an genehmigungs-freien Vorhaben und Baugenehmigungsverfahren ohne Naturschutzprüfung nach dem Bauordnungs-recht tendenziell zunimmt.“

²⁴⁶ Battis, Öffentliches Baurecht und Raumordnungsrecht, 7. Aufl. 2017, Rn. 541.

²⁴⁷ Die Bundesländer folgen dabei einem Regelungsmuster, das sich in der Musterbauordnung (MBO) von 2002 findet. In § 64 MBO wird vorgeschlagen, den Prüfauftrag an die Bauaufsichtsbehörden explizit auf das Bauplanungsrecht der §§ 29-38 BauGB, das Bauordnungsrecht und solche öffentlich-rechtlichen Vorschriften zu beschränken, über die nicht in einem separaten Gestattungsverfahren entschieden wird (sog. „aufgedrängtes Fachrecht“ wie bspw. gemäß § 17 Abs. 1 BNatSchG die Eingriffsregelung).

²⁴⁸ Lau, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 44 Rn. 6.

Prüfkompetenz nach der Landesbauordnung und Art des Genehmigungsverfahrens nicht auf das Artenschutzrecht, sondern nur auf andere fachrechtliche Vorschriften bzw. Vorgaben des Baurechts bezieht. Die Rechtsfigur des Sachbescheidungsinteresses ermöglicht es der Baubehörde, einen Bauantrag trotz Vorliegens aller Anspruchsvoraussetzungen abzulehnen, wenn der Antragsteller die Genehmigung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht nutzen kann.²⁴⁹ Dementsprechend stellt § 74 Abs. 1 HBO klar, dass die Bauaufsichtsbehörde den Bauantrag ablehnen kann (also darf, aber nicht muss), wenn das Bauvorhaben gegen sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften verstößt.

Entsprechend dem Sprichwort „nur was man kennt, kann man schützen“ bereitet es den Naturschutzbehörden gleichwohl Probleme, dass es die Regelungstendenz in den Bauordnungen der Bundesländer gibt, den inhaltlichen Prüfungsumfang vor Erteilung einer Baugenehmigung zu reduzieren.²⁵⁰ Problematisch ist dies beispielsweise, wenn der gültige Angebotsbebauungsplan²⁵¹ bereits mehrere Jahre alt ist, sodass die im Zuge des Aufstellungsverfahrens vorgenommene Umweltprüfung nicht mehr als Grundlage genügt. Der risikobehaftete Bereich beginnt bei einer drei Jahre alten Bestandserfassung; spätestens nach fünf Jahren sind die Daten aus dem Planaufstellungsverfahren nicht mehr valide und bedürfen im Zulassungsverfahren zumindest einer Plausibilitätskontrolle.²⁵² Das gegenüber der Fachplanung schnellere „Verfallsdatum“ artenschutzrechtlicher Bestandserfassungen ergibt sich insbesondere aus der Leitentscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs zu den unterschiedlichen Rollen des Artenschutzes auf der Bauleitplanungs- und der Zulassungsebene, worin die zeitliche Grenze bei drei Jahren gezogen und – übereinstimmend mit dem handlungsbezogenen Charakter der Zugriffsverbote – die Bedeutung einer Bestandserfassung auf der Zulassungsebene hervorgehoben wird:

„Die reale Ermittlung der im Gebiet vorhandenen Arten ist vertretbar, wenn der Zeitpunkt der Realisierung der nach dem Bebauungsplan zulässigen Vorhaben zuverlässig bekannt ist, in nächster Zukunft bevorsteht und das Verfahren der Bauleitplanung durch die aktuelle Erfassung nicht behindert wird. Andernfalls ist eine Realermittlung im Planaufstellungsverfahren sinnlos, da sie nach Ablauf von ca. drei Jahren nicht mehr aussagekräftig ist. Die Realermittlung gehört – sofern erforderlich – grundsätzlich in das bauaufsichtliche Zulassungsverfahren oder – bei bauordnungsrechtlich freigestellten Vorhaben – in ein gesondertes Verfahren vor den Naturschutzbehörden.“²⁵³

²⁴⁹ Vgl. aus der aktuellen Rechtsprechung z. B. VG Augsburg, Urteil vom 01.03.2018 – Au 5 K 17.354, juris 63; VG Düsseldorf, Urteil vom 22.11.2017 – 28 K 4985/17, juris Rn. 77; VG Würzburg, Urteil vom 28.09.2017 – W 5 K 16.855, juris Rn. 36.

²⁵⁰ Vgl. dazu die Hinweise von Gärtner im Rahmen des Experteninterviews vom 16.08.2017.

²⁵¹ Angebotsbebauungsplan meint den „klassischen“ Fall eines Bebauungsplans, der Vorgaben dazu enthält, welche Grundstücksnutzungen im Geltungsbereich des Bebauungsplanes zulässig sind. Dieses Planungsinstrument ist insbesondere vom vorhabenbezogenen Bebauungsplan abzugrenzen.

²⁵² Siehe oben Abschnitt 2.2.3.1 (Datenvalidität).

²⁵³ BayVerfGH, Entscheidung vom 03.12.2013 – Vf. 8-VII-13, juris Rn. 36.

Auch das baden-württembergische Wirtschaftsministerium weist in seinem Leitfaden „Artenschutz in der Bauleitplanung und bei Bauvorhaben“ (2019) auf die mögliche Notwendigkeit einer Plausibilitätskontrolle bei einem mehrere Jahre alten Bebauungsplan hin und benennt beispielhaft brachgefallene Flächen als Anwendungsbereich.²⁵⁴ Ein reales Beispiel hierfür ist der in Deutschland weit verbreitete und streng geschützte Nachtkerzenschwärmer (Anhang IV der FFH-Richtlinie), der aufgrund der bevorzugten Wirtspflanzen seiner Raupen – Arten der Gattung Weidenröschen – bereits nach kurzer Brachephase auftritt.²⁵⁵ Allerdings wird in dem genannten BaWü-Leitfaden die Nachermittlungspflicht zwar veranlasst durch ein Vorhaben, aber bei artenschutzbezogenen schwerwiegenden Änderungen vom Umfang her planbezogen gesehen:

„Vor der Realisierung konkreter Bauvorhaben in B-Plangebieten, und der Durchführung etwa von Erschließungsmaßnahmen seitens der Gemeinde, kann daher zunächst eine Plausibilitätsprüfung angezeigt sein ..., ob sich artenschutzrechtlich relevante Veränderungen ergeben haben. Liegen hierfür Anhaltspunkte vor, ist als erforderlicher Prüfauftrag im Rahmen des einzelnen Bauvorhabens ... ggf. eine erneute, auf diese Änderungen und ihre Bewertung fokussierte Bestandsprüfung von Arten erforderlich. Bei schwierigeren Sachverhalten kann es erforderlich sein, hierzu übergreifend die gesamte verbliebene, noch nicht umgesetzte B-Planfläche und ggf. deren Umfeld in den Blick zu nehmen und hierfür das Vorgehen vorab mit der zuständigen Naturschutzbehörde abzustimmen.“²⁵⁶

Dieser Ansatz überzeugt zwar rechtlich nicht, weil das Baurecht in § 214 Abs. 3 Satz 1 BauGB den Satzungsbeschluss als maßgeblichen Prüfzeitpunkt für abwägungserhebliche städtebauliche Gründe, wozu auch Tiere und Pflanzen gemäß § 1 Abs. 6 Nr. 7 Buchst. a BauGB zählen, vorgibt und die handlungsbezogenen Zugriffsverbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG erst bei der Vorhabenrealisierung unmittelbar greifen. Müssen Artenschutzmaßnahmen auf dem Baugrundstück vor Baubeginn durchgeführt worden sein, empfiehlt es sich diese als aufschiebende Bedingung des Baubeginns in die Baugenehmigung aufzunehmen, sofern kein Bebauungsplan vorliegt, der die vorherige

²⁵⁴ Ministerium für Wirtschaft Baden-Württemberg, Artenschutz in der Bauleitplanung und bei Bauvorhaben, 2019, S. 68: „So kann der Fall vorliegen, dass während der Aufstellung und im Zeitpunkt des Satzungsbeschlusses für einen B-Plan dessen größter Flächenanteil aus intensivem Grünland und Ackerparzellen ohne konfliktrichtige Artenvorkommen bestand. In Erwartung der Nutzungsänderung fielen Flächen brach und es haben sich über mehrere Jahre Staudenfluren und Einzelgebüsche entwickelt, in denen sich Reviere gefährdeter und artenschutzrechtlich relevanter Vogelarten sowie bestimmter Schmetterlingsarten etabliert haben.“

²⁵⁵ Hermann/Trautner, Nachtkerzenschwärmer in der Planungspraxis, NuLP 2011, S. 293 (295): „Bereits kurze Brachephasen reichen zur Etablierung der insbesondere als Wirtspflanzen relevanten Weidenröschen aus. Als Beispiel hierfür sei ein ausschließlich ackerbaulich genutztes Planungsgebiet in den Oberen Gäuen (Baden-Württemberg) angeführt. Hier siedelte sich in kleinflächigen Bestandslücken eines ungespritzten Sonnenblumenfeldes spontan ein Bestand des Vierkantigen Weidenröschens (*Epilobium tetragonum*) an, in dem ein Raupenfund des Nachtkerzenschwärmers erbracht werden konnte.“

²⁵⁶ Ministerium für Wirtschaft Baden-Württemberg, Artenschutz in der Bauleitplanung und bei Bauvorhaben, 2019, S. 68.

Durchführung von Festsetzungen zum Artenschutz per aufschiebend bedingtem Baurecht absichert (vgl. § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BauGB).

Hieran zeigt sich aber das naturschutzfachliche Bedürfnis nach einer Steuerung für diese Gemengelage. Vor dem Hintergrund, dass Vorhaben im Geltungsbereich eines Bebauungsplans häufig keiner Baugenehmigung mehr bedürfen, sondern im Freistellungsverfahren eine Bauanzeige ausreicht sowie, dass sich der Prüfumfang eines Baugenehmigungsverfahrens häufig auf das Baurecht fokussiert, bietet es sich an, innerhalb der Stadt- und Kreisverwaltungen zwischen Bauaufsichts- und Naturschutzbehörde jene Fälle im Wege einer Verwaltungsvorschrift zu definieren, bei denen – stets vorbehaltlich der einzelfallbezogenen Gefahrenbegründung – in der Regel eine der Baufeldfreimachung vorgezogene Artenschutzprüfung unter fachlicher Federführung der Naturschutzbehörde stattfinden soll, um einen Verstoß gegen die Zugriffsverbote nach § 44 Abs. 1 und 5 BNatSchG bei der Bauvorhabenrealisierung ausschließen zu können.

Da Artenschutzbelange über den fachlichen Input von Naturschutzbehörden in Baugenehmigungsverfahren eingebracht werden, was ggf. zu einer Ergänzung der dem Bauantrag beigefügten Bauunterlagen um einen Fachbeitrag Naturschutz führt, stellt sich zudem die Frage, wann eine gesetzliche Pflicht der Baubehörde zur Beteiligung der Naturschutzbehörde besteht. Denn ein Bauantrag kann bereits aus formellen Gründen abgelehnt werden, wenn ein für die Prüfung der Vereinbarkeit mit öffentlich-rechtlichen Vorschriften erforderliches Fachgutachten fehlt.²⁵⁷

Gemäß § 18 Abs. 3 Satz 1 BNatSchG ist die Naturschutzbehörde anzuhören, wenn erstens über ein nach § 35 Abs. 1 BauGB privilegiertes oder nach § 35 Abs. 4 BauGB begünstigtes Bauvorhaben im Außenbereich sowie zweitens bei Vorhaben im unbeplanten Innenbereich (§ 34 BauGB) entschieden wird.²⁵⁸ Bei sonstigen Vorhaben im Außenbereich sowie bei Bauvorhaben im Geltungsbereich von Bebauungsplänen muss die Baubehörde kein Benehmen mit der Naturschutzbehörde herstellen (§ 18 Abs. 3 Satz 3 BNatSchG).²⁵⁹ Allerdings kann sich eine weitergehende Beteiligungspflicht der Naturschutzbehörde an einem Baugenehmigungsverfahren aus einer Regelung im Landesnaturschutzrecht²⁶⁰ oder einer behördenverbindlichen Verwaltungsvorschrift

²⁵⁷ OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 26.08.2020 – 8 A 11789/19, juris Rn. 42.

²⁵⁸ *Kerkmann/Koch*, in: Schlacke, GK-BNatSchG, 2. Aufl. 2017, § 18 Rn. 22, mit dem Hinweis, dass wegen der unmittelbaren Geltung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung im unbeplanten Außenbereich gemäß § 18 Abs. 2 Satz 2 BNatSchG bei einer Vorhabenzulassung nach § 35 BauGB ein Einvernehmenerfordernis mit der Naturschutzbehörde angebracht wäre.

²⁵⁹ Kritisch hierzu *Kerkmann/Koch*, in: Schlacke, GK-BNatSchG, 2. Aufl. 2017, § 18 Rn. 24: „Hier wäre ein Benehmen mit der Naturschutzbehörde sinnvoll.“

²⁶⁰ Unabhängig von der Baugenehmigungspflicht schreibt bspw. § 24 Abs. 3 LNatSchG RLP eine Untersuchungspflicht zugunsten von gebäudebewohnenden Arten im Vorfeld einer Bau-, Sanierungs- oder Abrissmaßnahme vor; das Ergebnis ist der unteren Naturschutzbehörde rechtzeitig vor Beginn der Maßnahme mitzuteilen.

ergeben.²⁶¹ Zudem ist die Baubehörde im Rahmen ihrer Amtsermittlung berechtigt (vgl. § 24 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 und Abs. 2 VwVfG), Naturschutzbehörden auch bei plan-akzessorischen Vorhaben anzuhören.

Eine Beteiligung der Naturschutzbehörde bei der Vorhabenzulassung ist bei Konfliktpotential geboten, denn der Umstand, dass ein Bebauungsplan aufgestellt worden ist, schützt den Bauherrn eines im Geltungsbereich des Bebauungsplans zulässigen Vorhabens nicht davor, dass die Genehmigung bzw. die Realisierung seines Vorhabens doch noch am Entgegenstehen artenschutzrechtlicher Hindernisse scheitern kann.²⁶² Zudem kann die Erteilung einer etwaig erforderlichen artenschutzrechtlichen Ausnahme (§ 45 Abs. 7 BNatSchG) oder Befreiung (§ 67 Abs. 2 BNatSchG) nicht in die Baugenehmigung integriert werden, sondern eine erforderliche artenschutzrechtliche Zulassung muss separat erfolgen; da der Baugenehmigung keine Konzentrationswirkung zukommt, bleibt deren Erteilung ein eigenständiges Verfahren in der sachlichen Zuständigkeit der jeweils nach dem Landesnaturschutzrecht für die Ausnahmeprüfung zuständigen Naturschutzbehörde.²⁶³

²⁶¹ Siehe beispielhaft den Hinweis von Kiel im Rahmen des Experteninterviews vom 16.08.2017: „Daher benennt die Handlungsempfehlung ‚Artenschutz in der Bauleitplanung und bei der baurechtlichen Zulassung von Vorhaben‘ des Bau- und Umweltministeriums NRW von 2011 in Abschnitt 4 jene Fälle, bei denen die Naturschutzverwaltung von der Bauverwaltung beteiligt wird.“

²⁶² OVG NRW, Urteil vom 30.01.2009 – 7 D 11/08.NE, juris, Rn. 136.

²⁶³ OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 01.08.2018 – 2 L 89/16, juris Rn. 6: „Der Senat hat bereits entschieden, dass die Befreiung von naturschutzrechtlichen Ge- und Verboten nicht Gegenstand des Baugenehmigungsverfahrens ist (vgl. Ur. d. Senats v. 16.09.1999 – A 2 S 88/98 –, juris RdNr. 11). ... Nach § 71 Abs. 1 Satz 1 BauO LSA ist die Baugenehmigung zu erteilen, wenn dem Bauvorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen, die im bauaufsichtlichen Genehmigungsverfahren zu prüfen sind. ... Nach § 63 Satz 1 Nr. 3 BauO LSA prüft die Bauaufsichtsbehörde im Regelfall auch die Einhaltung der anderen öffentlich-rechtlichen Anforderungen. Die Baugenehmigung hat jedoch keine Konzentrationswirkung. Sie ersetzt grundsätzlich nicht für dasselbe Vorhaben erforderliche andere öffentlich-rechtliche Gestattungen. Diese treten nur dann zurück, wenn es das jeweilige Fachrecht ausdrücklich regelt. Daher ist es möglich, dass für ein Bauvorhaben nicht nur eine Baugenehmigung erforderlich ist, sondern – daneben und zusätzlich – auch andere öffentlich-rechtliche Gestattungen ... Der Grundsatz, dass im Rahmen des Baugenehmigungsverfahrens das zur Prüfung gestellte Vorhaben daraufhin zu untersuchen ist, ob es mit allem öffentlichen Recht übereinstimmt, kann daher eine Einschränkung dadurch erfahren, dass bestimmte Aspekte des Vorhabens in fachgesetzlichen Sonderverfahren zu prüfen sind. Soweit die Überprüfung der baulichen Anlage in einem solchen besonderen Verwaltungsverfahren reicht, fehlt der Bauaufsichtsbehörde kraft gesetzgeberischer Entscheidung die rechtliche Kompetenz, ihre dem Anspruch nach umfassende öffentlich-rechtliche Prüfung auch auf diese Fragen zu erstrecken.“ Vgl. zur Behördenzuständigkeit innerhalb der Naturschutzverwaltung beispielhaft für Baden-Württemberg: Ministerium für Wirtschaft Baden-Württemberg, Artenschutz in der Bauleitplanung und bei Bauvorhaben, 2019, S. 56: „Zuständige Behörde für Ausnahme- bzw. Befreiungsentscheidungen ist grundsätzlich die untere Naturschutzbehörde; sie trifft auch die Entscheidung im Fall ausschließlich betroffener, besonders geschützter Arten (hier i. d. R. Vogelarten). Bei Betroffenheit streng geschützter Arten oder sowohl besonders wie streng geschützter ist die höhere Naturschutzbehörde (Regierungspräsidium) zuständig.“

Wegen der Tendenz, den materiell-rechtlichen Prüfungsumfang vor Erteilung einer Baugenehmigung zu reduzieren, taucht in der Praxis auch zunehmend die Frage nach dem Verhältnis einer Baugenehmigung zu den artenschutzrechtlichen Verboten bzw. zur Notwendigkeit eines separaten naturschutzbehördlichen Zulassungsverfahrens auf.²⁶⁴

Hat der Bescheid das Bauvorhaben aus artenschutzrechtlicher Sicht freigegeben, so kann wegen der Tatbestandswirkung der Genehmigung kein Widerspruch zwischen Bauvorhaben und Artenschutzregime bestehen, solange der Verwaltungsakt nicht durch die Verwaltung oder die Gerichte wieder aufgehoben worden ist.²⁶⁵ Wie jeder wirksame²⁶⁶ und formell bestandskräftige²⁶⁷ Bescheid entfaltet auch eine Baugenehmigung über ihre Tatbestandswirkung eine Bindungswirkung. Ein rechtswirksamer Verwaltungsakt ist wegen Art. 20 Abs. 3 GG grundsätzlich von allen Staatsorganen zu beachten und in ihren Entscheidungen ohne Überprüfung als gegeben zugrunde zu legen, wie der 4. Senat des Bundesverwaltungsgerichts zur Bindungswirkung einer Genehmigung infolge ihrer Tatbestandswirkung im Kontext des Naturschutzrechts dargelegt hat:

„Die Genehmigung ist bestandskräftig geworden. Die Bestandskraft wirkt zwar nur im Verwaltungsrechtsverhältnis zwischen der Antragsgegnerin und der Genehmigungsbehörde (Obere Naturschutzbehörde). Darüber hinaus greift jedoch die Tatbestandswirkung der Genehmigung. Ungeachtet seiner Unabhängigkeit ist ein Gericht an Akte der Exekutive gebunden, soweit diese eine rechtliche Regelung enthalten und nicht selbst Gegenstand seiner gerichtlichen Überprüfung sind. Das folgt aus Art. 20 Abs. 3 GG und § 43 VwVfG. Ein (rechtswirksamer) Verwaltungsakt ist daher grundsätzlich von allen Staatsorganen zu beachten und ihren Entscheidungen als gegeben zugrunde zu legen. Im Streitfall hat die Obere Naturschutzbehörde die rechtlichen Voraussetzungen einer Ausnahmegenehmigung für die geplante Straße geprüft und bejaht. Sie hat das Bauvorhaben aus landschaftsschutzrechtlicher Sicht freigegeben. Ein inhaltlicher Widerspruch zwischen Bebauungsplan und Landschaftsschutzverordnung besteht danach nicht.“²⁶⁸

²⁶⁴ Vgl. bspw. aktuell VG München, Beschluss vom 08.06.2020 – M 1 SN 20.1828, juris Rn. 45: „Es führt nicht zur Rechtswidrigkeit des Bescheids, dass in dem gestellten Tekturantrag kein ausdrücklicher Antrag auf Befreiung nach § 67 BNatSchG formuliert wurde. Es genügt, dass durch den gestellten Antrag erkennbar war, dass der Antragsteller alle für das Vorhaben erforderlichen Genehmigungen erhalten wollte (vgl. Teßmer in BeckOK Umweltrecht, § 67 BNatSchG, Rn. 16).“

²⁶⁵ Zur Tatbestandswirkung einer bestandskräftigen Genehmigung in Bezug auf die handlungsbezogenen Zugriffsverbote Lau, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 44 Rn. 58.

²⁶⁶ Die Genehmigung wäre nur dann nach § 43 Abs. 3 VwVfG unwirksam, wenn sie aus besonders schwerwiegenden und offensichtlichen Gründen im Sinne von § 44 Abs. 1 oder 2 VwVfG nichtig wäre. Ansonsten ist es für die Wirksamkeit und Verbindlichkeit unerheblich, ob ein Verwaltungsakt rechtmäßig oder rechtswidrig ist.

²⁶⁷ Formelle Bestandskraft bedeutet, dass ein Verwaltungsakt wegen Ablauf der Rechtsbehelfsfrist nicht mehr angefochten werden kann.

²⁶⁸ BVerwG, Urteil vom 30.01.2003 – 4 CN 14.01, juris Rn. 14. Vgl. zur Bindungswirkung eines Bescheids im Kontext des Naturschutzes auch VGH Hessen, Urteil vom 29.06.2016 – 4 C 1440/14.N, juris Rn. 136 (Ausnahmegenehmigung vom Biotopschutz zur Rodung einer Streuobstwiese); BVerwG, Urteil vom 27.06.2013 – 4 C 1.12, juris Rn. 7 (Bauvorbescheid);

Ein bestandskräftiger Verwaltungsakt ist daher während seiner Wirkungskdauer durch alle Staatsorgane, selbst durch die Gerichte, hinzunehmen.²⁶⁹ Maßgeblich für die Reichweite der Bindungswirkung einer Baugenehmigung sind deren Feststellungen, was wiederum vom materiell-rechtlichen Prüfungsprogramm abhängt, dem der Bauantrag im Baugenehmigungsverfahren unterzogen wurde.²⁷⁰ Dies stellt das Oberverwaltungsgericht Niedersachsen in einem aktuellen Beschluss heraus:

„Die Baugenehmigung trifft im Umfang des von der Bauaufsichtsbehörde im Genehmigungsverfahren zu prüfenden Rechts eine verbindliche Feststellung, dass das genehmigte Vorhaben mit dem geltenden öffentlichen Recht vereinbar ist ... Umgekehrt geht von einer einmal erteilten Baugenehmigung die Feststellungswirkung aus, dass das genehmigte Vorhaben sämtliche im Baugenehmigungsverfahren zu prüfenden öffentlich-rechtlichen Anforderungen erfüllt, d.h. auch keine anderen Genehmigungen, Zustimmungen, Bewilligungen oder Erlaubnisse mehr erforderlich sind. Die Berechtigung einer anderen Fachbehörde, die Ausführung des genehmigten Vorhabens wegen eines (drohenden) Verstoßes gegen das von ihr durchzusetzende Fachrecht zu untersagen, ist angesichts der Feststellungswirkung der Baugenehmigung gesperrt.“²⁷¹

Gewährt die Baugenehmigung ausdrücklich einen Zugriff, beispielsweise, dass es laut den Unterlagen zum Bauantrag und der Begründung in der Genehmigung bei der energetischen Sanierung eines Hauses zur Zerstörung von Lebensstätten von Gebäudebrütern kommt und dass laut Nebenbestimmung im Tenor hierfür Ausgleich nach Fertigstellung der Sanierung geschaffen werden muss, liegt kein Verstoß (hier: gegen § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG) vor, unabhängig von der Frage, ob der Ausgleich nach § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 BNatSchG nicht hätte vor der Zerstörung erfolgen müssen.²⁷² Denn für diese Freigabewirkung entsprechend des Umfangs des Prüfprogramms der Genehmigung kommt es nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung allein auf die Wirksamkeit des Bescheides, nicht auf dessen Rechtmäßigkeit an:

„Ein (rechtswirksamer) Verwaltungsakt ist daher grundsätzlich von allen Staatsorganen zu beachten und ihren Entscheidungen als gegeben zugrunde zu legen (st. Rspr., vgl. BVerwG 30. Januar 2003 – 4 CN 14.01 ...). Die Tatbestandswirkung entfällt nur, wenn der Verwaltungsakt nichtig ist ...“²⁷³

BVerwG, Beschluss vom 09.02.2004 – 4 BN 28.03, juris Rn. 9 (Befreiung von einer Schutzgebietsverordnung).

²⁶⁹ VG Trier, Urteil vom 25.08.2015 – 1 K 661/15.TR, juris Rn. 54.

²⁷⁰ Vgl. dazu OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 18.11.1991 – 8 B 11955/91, juris, 1. Leitsatz: *„Die im vereinfachten Genehmigungsverfahren erteilte Baugenehmigung stellt die Vereinbarkeit des Bauvorhabens nur mit den in § 65 Abs. 2 LBauO RLP genannten öffentlich-rechtlichen Vorschriften fest; auch der verfügende Teil der Baugenehmigung (Baufreigabe) ist insoweit beschränkt.“*

²⁷¹ OVG Niedersachsen, Beschluss vom 30.09.2020 – 4 ME 104/20, juris Rn. 17.

²⁷² Siehe zu dieser Frage unten den speziellen Abschnitt 3.6.3 zum Gebäudebrüterschutz.

²⁷³ BAG, Urteil vom 08.05.2018 – 9 AZR 531/17, juris Rn. 33.

Trifft die Baugenehmigung keine Feststellungen zum Artenschutz, weil im Zuge des Genehmigungsverfahrens keine artenschutzrechtliche Prüfung stattfand, so darf entsprechend dem oben Dargestellten bei Baumaßnahmen nicht gegen die Zugriffsverbote verstoßen werden, weil sich die Bindungswirkung der Baugenehmigung nicht auf den Artenschutz erstreckt und die handlungsbezogenen Zugriffsverbote auch in die Phase nach Genehmigungserteilung hinein fortwirken. Gleiches gilt bei genehmigungsfreien Vorhaben, bei denen die verhaltensbezogenen Zugriffsverbote ebenfalls mangels einer Genehmigung mit Feststellungen zum Artenschutz voll greifen.²⁷⁴

Wenn die Baugenehmigung ein Artenschutzproblem nicht regelt, weil es erst nach der Genehmigungserteilung aufgetreten ist (Beispiel: Flussregenpfeifer nistet sich auf dem geschotterten Baufeld ein). Dann darf ebenfalls insoweit nicht gegen die verhaltensbezogenen Verbote des § 44 Abs. 1 und 5 BNatSchG verstoßen werden.²⁷⁵ Denn mangels Darstellung in den Bauvorlagen erstreckt sich die Feststellungs- und Bindungswirkung der Baugenehmigung nicht auf erst nachträglich erforderlich werdende Zugriffe.²⁷⁶

Die Naturschutzbehörde ist dann auf der Grundlage von § 3 Abs. 2 BNatSchG ermächtigt, die notwendigen Maßnahmen zur Vermeidung der Verwirklichung der Tatbestände des § 44 Abs. 1 und 5 BNatSchG anzuordnen, erforderlichenfalls den (vorübergehenden) Baustopp.²⁷⁷

Die Reduzierung der Prüfpflichten im Baugenehmigungsverfahren soll die Baubehörden entlasten und das Verfahren beschleunigen – tut dies allerdings zulasten der Planungs- und Investitionssicherheit des Bauherrn.²⁷⁸

2.3.2 Bauvorhaben im unbeplanten Innenbereich

Soll ein Bauvorhaben (§ 29 Abs. 1 BauGB) im Innenbereich verwirklicht werden, darf nicht gegen die verhaltensbezogenen Verbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG verstoßen werden. Dies ergibt sich unmittelbar aus § 29 Abs. 2 BauGB, wonach die sonstigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften bei der Frage der Zulässigkeit des Vorhabens unberührt bleiben. Mittelbar ergibt sich die Anwendung speziell der Zugriffsverbote aus § 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG, der hinsichtlich des Anwendungsbereichs für die

²⁷⁴ OVG NRW, Urteil vom 30.01.2009 – 7 D 11/08.NE, juris Rn. 114.

²⁷⁵ *Fischer-Hüftle*, Artenschutz in der Bauleitplanung, in: Jarass, Artenschutzrecht und Planung, 2016, S. 51 (72).

²⁷⁶ Als antragsbedürftiger Verwaltungsakt ergibt sich der feststellende Umfang der Baugenehmigung primär aus dem Bauantrag. Dementsprechend ist bspw. gemäß § 74 Abs. 3 Satz 2 HBO der Baugenehmigung als Bestandteil eine Ausfertigung der mit einem Genehmigungsvermerk versehenen Bauvorlagen beizufügen.

²⁷⁷ Vgl. VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 24.11.1997 – 5 S 3409/95, juris Rn. 27, wonach der naturschutzrechtliche Rechtskreis eigenständig sei, sodass eine baurechtliche Entscheidung keine Sperrwirkung für Anordnungen der Naturschutzbehörde aufgrund des Naturschutzrechts entfaltet.

²⁷⁸ *Battis*, Öffentliches Baurecht und Raumordnungsrecht, 7. Aufl. 2017, Rn. 554.

Privilegierungen bei der Umsetzung des Artenschutzrechts auf § 18 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG verweist, der wiederum unter anderem auf den unbeplanten Innenbereich (§ 34 BauGB) rekurriert.

Umstritten ist jedoch, ob bei Bauvorhaben im Innenbereich die Privilegierungen des § 44 Abs. 5 BNatSchG – insbesondere das Signifikanzkriterium beim Tötungsverbot und die Ausgleichbarkeit von Lebensstätten im Aktionsradius einer Art – auch dann anzuwenden sind, wenn sich die Zulässigkeit der baulichen Nutzung des Grundstücks mangels Bebauungsplan nach § 34 BauGB richtet.²⁷⁹

Würde man § 44 Abs. 5 BNatSchG nicht auf Vorhaben im unbeplanten Innenbereich anwenden, hätte dies beispielsweise zur Konsequenz, dass bezüglich des Vogelschlags an Neubauten im unbeplanten Innenbereich das Signifikanzkriterium des § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG nicht greifen würde und daher etwa die Genehmigungen von Gebäuden mit Glasfassaden grundsätzlich einer artenschutzrechtlichen Ausnahme bedürften. Eine weitere Folge wäre, dass bei Verwirklichung eines Bauvorhabens im unbeplanten Innenbereich ein Verstoß gegen das Verbot, Fortpflanzungs- und Ruhestätten besonders geschützter Arten zu beschädigen, nicht mit dem Hinweis auf Ausweichquartiere oder mit Hilfe von CEF-Maßnahmen im Sinne des § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 BNatSchG umgangen werden könnte, sondern bei Unvermeidbarkeit des Zugriffs gleichfalls eine Ausnahmeerteilung notwendig würde. Die Kontroverse ist damit von sehr hoher praktischer Relevanz.

Rechtlich geht es dabei um eine Auslegung des § 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG anhand von Sinn und Zweck der Norm, konkret um eine teleologische Reduktion des pauschalen Verweises in § 44 Abs. 5 Abs. 1 Satz 1 BNatSchG auf § 18 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG dahingehend, dass sich dieser Verweis nur auf die Gebiete mit Bebauungsplänen (§ 30 BauGB) bzw. während der Planaufstellung (§ 33 BauGB) erstreckt und nicht auf den in § 18 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG ebenfalls aufgeführten unbeplanten Innenbereich (§ 34 BauGB).

Für eine solche teleologische Reduktion spricht sachlich, dass die Eingriffsregelung zumindest auf Bauvorhaben²⁸⁰ im Innenbereich gemäß § 18 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG nicht anwendbar ist. Sinn der Privilegierung des § 44 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG stellt es

²⁷⁹ Gegen eine Privilegierung bei Vorhaben im unbeplanten Innenbereich *Gellermann*, in: Schrödter, BauGB, 9. Aufl. 2019, § 1a, Rn. 221; *Philipp*, Artenschutz in Genehmigung und Planfeststellung, NVwZ 2008, S. 593 (594): „*Rechtspolitisch überzeugt eine solche Freifahrt durch das Artenschutzrecht – jedenfalls für Innenbereichsvorhaben – nicht.*“

²⁸⁰ Wegen der expliziten Bezugnahme auf „Vorhaben“ in § 18 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG ist umstritten, ob die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung jenseits von Vorhaben im Sinne des § 29 BauGB im unbeplanten Innenbereich anwendbar bleibt, etwa bei der Fällung eines maroden Baums aus Gründen der Verkehrssicherung. Instrukтив mit Darstellung der Rechtsentwicklung und für eine Anwendbarkeit der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung *Louis*, Schutz von Einzelbäumen im Innenbereich durch die Eingriffsregelung, DVBl 2017, S. 823 (825). Ebenso in Auseinandersetzung mit der Gegenmeinung *Kerkmann/Koch*, in: Schlacke, GK-BNatSchG, 2. Aufl. 2017, § 18 Rn. 20.

aber dar, dass naturschutzbezogen eine vermeidende (vgl. § 15 Abs. 1 BNatSchG bzw. § 1a Abs. 3 BauGB) behördliche Prüfung stattfindet,²⁸¹ was zwar über die städtebauliche Eingriffsregelung für Bebauungspläne zutrifft (§ 1a BauGB) und über die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung für Außenbereichsvorhaben (§ 18 Abs. 2 Satz 2 BNatSchG), nicht jedoch wegen § 18 Abs. 2 BNatSchG bei der Realisierung von Bauvorhaben im unbeplanten Innenbereich.

Gegen eine solche teleologische Reduktion spricht zwar mittlerweile methodisch, dass der Gesetzgeber bei der Neufassung des § 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG im Zuge der Novellierung der Privilegierungstatbestände den pauschalen Verweis auf § 18 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG beibehalten hat. Der Gesetzgeber scheint davon auszugehen, dass auch bei der Zulassung eines Vorhabens nach § 34 BauGB ein behördliches umweltbezogenes Prüfungsverfahren durchlaufen wird, welches grundsätzlich die Möglichkeit bietet, naturschutzbezogene Konflikte zu bewältigen und daher bei der Zulassung von Vorhaben das Artenschutzregime in seiner durch § 44 Abs. 5 BNatSchG erleichterten Form ausreichen würde, wie aus der Gesetzesbegründung zur Neufassung des § 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG hervorgeht. Dort heißt es:

„Die Privilegierung von artenschutzrechtlichen Zugriffs-, Besitz- und Vermarktungsverboten soll für unvermeidbare Beeinträchtigungen und Vorhaben gelten, die im Rahmen der Eingriffsregelung sowie gemäß § 18 Absatz 2 Satz 1 im Rahmen des Baugesetzbuches ein behördliches umweltbezogenes Prüfungsverfahren durchlaufen haben, das grundsätzlich die Möglichkeit bietet, naturschutzbezogene Konflikte zu bewältigen.“²⁸²

Allerdings trifft die Voraussetzung einer naturschutzbezogenen Prüfung wegen der zunehmenden Genehmigungsfreistellung für Vorhaben (vgl. die Anlage zu § 63 HBO) bzw. des auf das Bauplanungsrecht reduzierten Prüfumfanges in einem vereinfachten Genehmigungsverfahren (vgl. § 65 Abs. 1 Satz 1 HBO) auf viele Fälle nicht zu.

Wegen der vom Gesetzgeber gewollten Zwecksetzung der Privilegierung als Erleichterung bei einer vorausgegangenen konfliktvermeidenden umweltbezogenen Prüfung müsste man konsequenterweise den Verweis in § 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG auf § 18 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG nach Sinn und Zweck des § 44 Abs. 5 BNatSchG reduzierend dahingehend auslegen, dass die in § 44 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG enthaltenen Privilegierungen nicht auf solche Bauvorhaben im unbeplanten Innenbereich anwendbar sind, für die aufgrund einer Genehmigungsfreistellung bzw. aufgrund eines auf das Baurecht beschränkten Zulassungsverfahrens in der jeweiligen Landesbauordnung kein naturschutzbezogenes behördliches Prüfverfahren stattfindet.

²⁸¹ BVerwG, Urteil vom 14.07.2011 – 9 A 12.10, juris Rn. 118: „Ausdruck des gesetzgeberischen Willens, Maßnahmen zu privilegieren, für die vor Realisierung eine Prüfung und Bewältigung ihres naturschutzbezogenen Konfliktpotentials nach Maßgabe der Eingriffsregelung erwartet werden kann“.

²⁸² BT-Drs. 18/11939 vom 12.04.2017, S. 17.

Ein solches ließe sich jedoch auf der Vollzugsebene sicherstellen und es ließe sich damit Rechtssicherheit schaffen, indem innerhalb der Stadt- und Kreisverwaltungen zwischen Bauaufsichts- und Naturschutzbehörde Fälle definiert würden, bei denen in der Regel – stets vorbehaltlich der einzelfallbezogenen Gefahrenbegründung – eine der Baumaßnahme vorgezogene Artenschutzbetrachtung des Vorhabenträgers unter Federführung der Naturschutzbehörde²⁸³ stattfinden soll, um einen Verstoß gegen die Zugriffsverbote nach § 44 Abs. 1 und 5 BNatSchG ausschließen zu können.

Das Prüfverfahren kann mit einer auf § 3 Abs. 2 BNatSchG gestützten naturschutzbehördlichen Genehmigung oder auf § 45 Abs. 7 BNatSchG gestützten Ausnahme oder einer auf § 67 Abs. 2 BNatSchG gestützten Befreiung der Naturschutzbehörde – etwa das Gebäude abzureißen bei bauordnungsrechtlicher Genehmigungsfreistellung des Abbruchs (vgl. Abschnitt IV der Anlage zu § 63 HBO) – abgeschlossen werden, sodass auch der Vorhabenträger einen Nutzen hat, nämlich mehr Rechtssicherheit im Konflikt mit dem Artenschutz über die Tatbestandswirkung der Genehmigung.²⁸⁴ Bei Vorhaben, die im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren zuzulassen sind, bietet sich zudem eine vorgezogene naturschutzrechtliche Genehmigung von Vorbereitungsmaßnahmen (wie Gehölzbeseitigungen oder Aufschüttungen) an, wenn mit der Baugenehmigungserteilung im Frühjahr/Sommer und damit nach dem artenschutzrechtlich relevanten 1. März (vgl. § 39 Abs. 5 BNatSchG) zu rechnen ist.²⁸⁵ Bei einer separaten naturschutzrechtlichen Zulassung und Realisierung der Vorbereitungsmaßnahmen vor dem 1. März kann nämlich mit einem für den Vorhabenträger deutlich geringeren Prüfaufwand in seinem Sinne positiv entschieden werden.

2.3.3 Bauvorhaben im Außenbereich

Besteht kein Bebauungsplan und ist über die Genehmigung für ein Bauvorhaben im Außenbereich zu entscheiden, richtet sich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeitsprüfung nach § 35 BauGB. Diese Norm intendiert vornehmlich den Schutz der Außenbereichsfunktion für die naturgegebene Bodennutzung (Land- und Forstwirtschaft, vgl. die Privilegierung durch § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB) sowie als Erholungslandschaft, was das grundsätzliche Ziel einschließt, das Eindringen wesensfremder Nutzung (insb. wesensfremder Bebauung) zu verhindern.²⁸⁶

²⁸³ Vgl. BayVerfGH, Entscheidung vom 03.12.2013 – Vf. 8-VII-13, juris Rn. 36 (Artenschutzprüfung gehört bei bauordnungsrechtlich freigestellten Vorhaben in ein gesondertes Verfahren vor den Naturschutzbehörden).

²⁸⁴ Zur inhaltlichen Reichweite der Bindungswirkung einer Genehmigung siehe oben Abschnitt 2.3.1.

²⁸⁵ So bspw. die Vollzugspraxis der UNB des Landkreises Alzey-Worms (Mitteilung von *Barbara Schmid* vom 09.04.2020).

²⁸⁶ BVerwG, Urteil vom 16.06.1994 – 4 C 20.93, juris Rn. 21 und 30 (dort mit weiteren Nachweisen zur Rechtsprechung des BVerwG); siehe auch VG Mainz, Urteil vom 11.11.2015 – 3 K 16/15.MZ, juris Rn. 27 (speziell bzgl. Belange des Naturschutzes nach § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB).

§ 35 BauGB unterscheidet zwei Arten von Vorhaben: Während § 35 Abs. 1 BauGB die Vorhaben benennt, die als privilegierte Vorhaben vorrangig dem Außenbereich zugewiesen sind (bspw. Gartenbaubetrieb, Windenergieanlage), regelt § 35 Abs. 2 BauGB die Zulassung der „sonstigen Vorhaben“. Die sonst übliche Unterscheidung zwischen dem bloßen Beeinträchtigen (§ 35 Abs. 2 BauGB) und dem Entgegenstehen (§ 35 Abs. 1 BauGB) öffentlicher Belange ist im Hinblick auf die ordnungsrechtlichen Verbote des § 44 Abs. 1 und 5 BNatSchG unerheblich. Der dem Tatbestandsmerkmal des Entgegenstehens immanenten Abwägung sind die strikten Vorgaben des Artenschutzrechts nicht zugänglich.²⁸⁷ Bei einem Verstoß gegen § 44 Abs. 1 und 5 BNatSchG handelt es sich zugleich um eine Beeinträchtigung sowie um ein Entgegenstehen des Naturschutzes. Unabhängig davon, ob es sich um ein privilegiertes Vorhaben handelt oder nicht, muss bei der Prüfung der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit eines Außenbereichsvorhabens die Behörde eine Verwirklichung der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände bei der Vorhabenrealisierung absehbar ausschließen können, weil zu den öffentlichen Belangen, die einer baulichen Anlage im Außenbereich entgegenstehen können, gemäß § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB der Naturschutz zählt. Zum Verhältnis von Bauplanungsrecht und Artenschutzrecht hat das Bundesverwaltungsgericht deren Gleichklang herausgestellt:

„Das Naturschutzrecht konkretisiert die öffentlichen Belange i.S.d. § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB. Ist über die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit eines Vorhabens nach § 35 Abs. 1 BauGB zu entscheiden, hat die zuständige Behörde daher auch die naturschutzrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens zu prüfen ... Können artenschutzrechtliche Verbote naturschutzrechtlich nicht überwunden werden, stehen sie einem gemäß § 35 Abs. 1 BauGB privilegierten Vorhaben als öffentliche Belange i.S.d. § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB zwingend entgegen. Das Vorhaben ist dann bauplanungsrechtlich unzulässig.“²⁸⁸

Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit eines Vorhabens im Außenbereich kann nicht abschließend bejaht werden, ohne dass der Artenschutz geprüft worden ist. Das Naturschutzrecht konkretisiert den öffentlichen Belang des Naturschutzes im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB. Weil das Artenschutzrecht über § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB zum Prüfgegenstand im Zulassungsverfahren gehört, kann bei Außenbereichsvorhaben die Genehmigungs- und Naturschutzbehörde vom Antragsteller die Vorlage einer Artenschutzprüfung verlangen, denn rechtsgrundsätzlich hat derjenige, der etwas ihm Günstiges erreichen will, alle Umstände im Verwaltungsverfahren vorzutragen, die für die Entscheidung relevant sind (vgl. § 26 Abs. 2 VwVfG).²⁸⁹

Können die artenschutzrechtlichen Verbote nicht zumindest im Wege einer Ausnahme überwunden werden, stehen sie einem Bauvorhaben im Außenbereich entgegen. Es bleibt dann nur noch die in Zulassungsverfahren selten einschlägige

²⁸⁷ Vgl. OVG Thüringen, Urteil vom 14.10.2009 – 1 KO 372/06, juris Rn. 32.

²⁸⁸ BVerwG, Urteil vom 27.06.2013 – 4 C 1.12, juris Rn. 6.

²⁸⁹ Lau, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 44 Rn. 6 f.

Option einer naturschutzrechtlichen Befreiung wegen unzumutbarer Belastung nach § 67 Abs. 2 BNatSchG.²⁹⁰

Als weitere praxisrelevante Konsequenz aus der inhaltlichen Gleichstellung des öffentlichen Belangs des Naturschutzes mit den Voraussetzungen des Naturschutzrechts ergibt sich, dass das Versagen des gemeindlichen Einvernehmens (§ 36 BauGB) zu einem privilegierten Außenbereichsvorhaben auf einen Verstoß gegen das Artenschutzrecht gestützt werden kann, weil dies gleichsam einen bauplanungsrechtlichen Verstoß gegen § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB bedeutet. Eine Gemeinde darf nämlich bei der Entscheidung über ihre Einvernehmenserteilung sämtliche Voraussetzungen des § 35 BauGB zum Schutz ihrer Planungshoheit (Art. 28 Abs. 2 GG) in vollem Umfang nachprüfen und kann dies vor Gericht auch vollumfänglich kontrollieren lassen.²⁹¹

Das oben zitierte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts wirft jedoch die Frage nach der artenschutzrechtlichen Bindungswirkung von Bauvorbescheiden bzw. von fachrechtlichen Vorbescheiden (bspw. auf der Grundlage von § 9 Abs. 1 BImSchG) über die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit eines Außenbereichsvorhabens auf. Die Entscheidung relativiert nämlich die frühere Leitlinie der Rechtsprechung, wonach die bauplanungsrechtlichen und die naturschutzrechtlichen Zulassungsvoraussetzungen für Außenbereichsvorhaben jeweils einen eigenständigen Charakter hätten,²⁹² weshalb ein Vorbescheid über die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit keine Bindungswirkung für den Artenschutz entfalte.²⁹³ Es stellt sich mithin die Frage nach der Bindungswirkung eines Vorbescheides über die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit für den Gesichtspunkt des Artenschutzes.

Da der Antragsteller nach Sinn und Zweck eines Vorbescheides das Recht hat, einzelne für die Genehmigung relevante Fragen der Prüfung zu unterziehen und umgekehrt aus der Prüfung auszuklammern,²⁹⁴ muss er im Ergebnis bei einem Vorbescheid den Artenschutz aus der Prüfung der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit herausnehmen können, trotz der Kongruenz von § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB mit den Vorgaben des Naturschutzrechts. Das Bundesverwaltungsgericht hat das Problem der Bindungswirkung methodisch dadurch gelöst, dass es eine Auslegung des streitgegenständlichen Vorbescheids vorgenommen hat.²⁹⁵ Es hat unter anderem darauf verwiesen, dass der Bauvorbescheid die Einschränkung erhalte, dass er „für die im Antrag formulierten Fragestellungen“ erteilt werde. Der Antrag auf Erteilung eines Vorbescheides habe jedoch keinerlei Fragen des Naturschutzes enthalten. Deshalb sei

²⁹⁰ Zum eng begrenzten Anwendungsbereich einer Befreiung von den Zugriffsverboten siehe unten Abschnitt 3.10.

²⁹¹ BVerwG, Urteil vom 01.07.2010 – 4 C 4.08, juris Rn. 32. Speziell zum Kontext von Artenschutzrecht und WEA siehe VGH Hessen, Beschluss vom 14.05.2019 – 9 B 2016/18, juris Rn. 10.

²⁹² So noch BVerwG, Urteil vom 13.12.2001 – 4 C 3.01, juris Rn. 15 ff.

²⁹³ OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 19.01.2012 – 2 L 124/09, juris Rn. 42.

²⁹⁴ OVG NRW, Urteil vom 20.11.2012 – 8 A 430/10, juris Rn. 39.

²⁹⁵ BVerwG, Urteil vom 27.06.2013 – 4 C 1.12, juris Rn. 9.

mit dem positiven Bauvorbescheid nicht über die Vereinbarkeit des Vorhabens mit dem Naturschutzrecht entschieden worden.

Ein Vorbescheid ist jedoch zu unbestimmt und verstößt deswegen gegen § 37 Abs. 1 VwVfG wenn mit ihm keine umfassende Entscheidung darüber getroffen wurde, ob das Vorhaben planungsrechtlich zulässig ist und in ihm die nur teilweise Feststellung der planungsrechtlichen Zulässigkeit des Vorhabens ihrer Ausdehnung nach nicht als Gegenstand des Vorbescheids genau bezeichnet ist, insbesondere sich ihm nicht eindeutig entnehmen lässt, in welchem Umfang die Feststellung eines mangelnden Entgegenstehens von Belangen des Naturschutzes (§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB) mit dem Anordnungssatz getroffen wurde.²⁹⁶

Für die behördliche Praxis gilt es also darauf zu achten, dass im Antrag und sodann im Vorbescheid über die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit eines Außenbereichsvorhabens ausdrücklich der Natur- und Artenschutz ausgenommen wird, sodass der Vorbescheid sicher keine Bindungswirkung für das Genehmigungsverfahren im Hinblick auf den Artenschutz entfaltet und der Bescheid auch nicht mit dem Bestimmtheitsgebot in Konflikt gerät.²⁹⁷ Im nachfolgenden Genehmigungsverfahren ist dann über die Vereinbarkeit des Vorhabens mit dem Naturschutzrecht zu entscheiden.²⁹⁸ Aus Gründen der Klarheit erfolgt wegen § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB der Ausschluss des Naturschutzrechts sinnvollerweise²⁹⁹ bereits im Tenor des (Bau-)Vorbescheids für ein Außenbereichsvorhaben.

2.3.4 Eingriffsbefugnisse der Naturschutzbehörde

Soweit keine artenschutzrechtliche Ausnahme (§ 45 Abs. 7 BNatSchG) zu erteilen ist, greift als Ermächtigungsgrundlage für naturschutzbehördliche Anordnungen wegen des Verstoßes gegen die artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote bei der Realisierung eines Bauvorhabens die Generalklausel des § 3 Abs. 2 Halbs. 2 BNatSchG ein. Danach treffen die für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörden nach pflichtgemäßem Ermessen die im Einzelfall erforderlichen Maßnahmen, um die Einhaltung der Vorschriften des Bundesnaturschutzgesetzes sicherzustellen. Denn spezielle Regelungsbefugnisse der Naturschutzbehörden enthalten die Absätze 1 und 5 von § 44 BNatSchG nicht. Insbesondere stellt § 44 Abs. 5 Satz 3 BNatSchG keine Regelungsbefugnis dar.³⁰⁰ Dafür spricht bereits die 2017 erfolgte Wortlautänderung

²⁹⁶ OVG Niedersachsen, Urteil vom 25.10.2018 – 12 LB 118/16, juris Rn. 160-162.

²⁹⁷ Siehe zur expliziten Ausnahme des Artenschutzes aus der Prüfung des Naturschutzrechts und des § 35 BauGB bei Erteilung eines Vorbescheids VG Minden, Urteil vom 22.10.2014 – 11 K 2069/13, juris Rn. 27.

²⁹⁸ BVerwG, Urteil vom 27.06.2013 – 4 C 1.12, juris, Rn. 10.

²⁹⁹ Wegen der Auslegung von Tenor und Begründung eines Bescheids zur Bestimmung seines objektiven Gehalts reicht jedoch ein ausdrücklicher Hinweis in der Begründung aus.

³⁰⁰ A. A. *Schröter*, Regelungsbefugnisse, in: Kerkmann/Fellenberg, Naturschutzrecht in der Praxis, 3. Aufl. 2021, § 12 Rn. 5.

von „festzusetzen“ in „festzulegen“. § 44 Abs. 5 Satz 3 BNatSchG soll die Option von CEF-Maßnahmen bei einer Vorhabenzulassung klarstellen, weil das Instrument der CEF-Maßnahmen weder in der FFH-Richtlinie, noch in der Vogelschutz-Richtlinie geregelt werden, sondern ihren Ursprung in dem Artenschutz-Leitfaden der EU-Kommission von 2007 haben.³⁰¹ Wortlaut und Zweck sprechen daher dagegen, § 44 Abs. 5 Satz 3 BNatSchG als Ermächtigungsnorm anzusehen, um vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen in einem naturschutzbehördlichen Bescheid anzuordnen.

Verstöße gegen die artenschutzrechtlichen Verbote fallen damit in den Anwendungsbereich der Generalklausel.³⁰² Will die zuständige Naturschutzbehörde eine Maßnahme wegen der Zugriffsverbote unterbinden, gilt es aber zu bedenken, dass die Darlegungslast für die absehbare Verwirklichung artenschutzrechtlicher Verbotsstatbestände wegen deren ordnungsrechtlichen Charakter bei der intervenierenden Behörde liegt.³⁰³ Lässt sich eine konkrete Gefahr nicht darlegen,³⁰⁴ sondern besteht erst einmal ein bloßer Gefahrenverdacht, so kann die Naturschutzbehörde zwar Gefahrerforschungseingriffe gestützt auf § 3 Abs. 2 BNatSchG anordnen, muss aber die Gefahrerforschungsmaßnahmen auf eigene Kosten durchführen.³⁰⁵ Für eine naturschutzbehördliche Untersagungsanordnung gegen Baumaßnahmen gestützt auf § 3 Abs. 2 BNatSchG besteht jedoch dann von vornherein kein Raum, wenn das Artenschutzrecht zum Prüfprogramm der Baugenehmigung gezählt hat. Denn die Berechtigung einer Fachbehörde, die Ausführung des genehmigten Vorhabens wegen eines (drohenden) Verstoßes gegen das von ihr durchzusetzende Fachrecht zu untersagen, ist angesichts der Feststellungswirkung der Baugenehmigung gesperrt.³⁰⁶

³⁰¹ Vgl. BVerwG, Beschluss vom 15.07.2020 – 9 B 5.20, juris Rn. 21: „Nach dem Gesetzeswortlaut des § 44 Abs. 5 Satz 3 in Verbindung mit Satz 2 BNatSchG erfassen vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen in Anhang IV Buchst. a der Richtlinie 92/43/EWG aufgeführte Tierarten, europäische Vogelarten ... Zwar werden CEF-Maßnahmen weder im Wortlaut der Vogelschutzrichtlinie noch der FFH-Richtlinie genannt. Die Europarechtskonformität ergibt sich aber aus dem Sinn und Zweck der Maßnahmen, die darauf abzielen, die kontinuierliche ökologische Funktionalität der jeweiligen Fortpflanzungs- und Ruhestätten zu sichern (vgl. Leitfaden der EU-Kommission zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG, endgültige Fassung Februar 2007, S. 53 ff. unter II. 3.4.d).“

³⁰² VG Augsburg, Urteil vom 17.12.2015 – Au 2 K 15.1343, juris Rn. 25; OVG Niedersachsen, Beschluss vom 26.10.2015 – 4 ME 229/15, juris Rn. 5.

³⁰³ Louis, Zugriffsverbote im Zulassungs- und Bauleitplanverfahren, NuR 2009, S. 91 (98 f.); Lau, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 44 Rn. 7; siehe auch EuGH, Urteil vom 18.05.2006 – C-221/04, juris Rn. 71: „Das Tatbestandsmerkmal der Absichtlichkeit in Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie kann nur verwirklicht sein, wenn nachgewiesen ist, dass der Handelnde den Fang oder die Tötung eines Exemplars einer geschützten Tierart gewollt oder zumindest in Kauf genommen hat.“

³⁰⁴ Zum Ausreichen einer konkreten Gefahr hins. § 44 BNatSchG Teßmer, Bewältigung ungenehmigter Einwirkungen, in: Mengel, Naturschutzrecht und Städtebaurecht, 2019, S. 93 (96).

³⁰⁵ Barner-Gaedicke, Gefahrerforschungseingriff, NuR 2018, S. 663 (664 f., 667 mit Nachweisen zur Rechtsprechung).

³⁰⁶ OVG Niedersachsen, Beschluss vom 30.09.2020 – 4 ME 104/20, juris Rn. 17. Eine andere Tendenz ergab sich bislang aus VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 24.11.1997 – 5 S 3409/95,

2.4 Artenschutzrecht bei der Bebauungsplanung

Der Bebauungsplan als abschließende Ebene der räumlichen Gesamtplanung legt die Grundstücksnutzung für einen Teil des Gemeindegebiets verbindlich fest. Als kommunaler Bauleitplan soll er gemäß § 1 Abs. 5 Satz 1 BauGB eine nachhaltige städtebauliche Entwicklung gewährleisten, welche die sozialen, wirtschaftlichen und umweltschützenden Anforderungen an den Planungsraum auch in Verantwortung gegenüber künftigen Generationen möglichst in Einklang bringt. Dabei ist der Gemeinde mit der verfassungsrechtlich durch Art. 28 Abs. 2 GG geschützten Planungshoheit die Kompetenz zugewiesen, jenseits von Bindungen an staatliche Planungsvorgaben auch aufgrund eigener Gestaltungsfreiheit über die bauliche und sonstige Nutzung der Grundstücke im Gemeindegebiet zu entscheiden.³⁰⁷

Zu den staatlichen Planungsvorgaben, welche die Gemeinde bei der Aufstellung oder Änderung eines Bebauungsplans berücksichtigen muss, zählen gemäß § 1 Abs. 6 Nr. 7 BauGB die naturschutzrechtlichen Anforderungen. Das Baugesetzbuch regelt zwar dann explizit, wie die Eingriffsregelung und der Natura-2000-Gebietsschutz in der Bauleitplanung zu behandeln sind (§ 1a Abs. 3 und 4 BauGB), es bestimmt aber nicht, wie die nicht als Prüfverfahren ausgestalteten ordnungsrechtlichen Verbote des § 44 Abs. 1 und 5 BNatSchG zu handhaben sind.³⁰⁸ § 1a BauGB wirft damit die Frage nach der Rolle der artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote für das Aufstellungsverfahren bzw. die Wirksamkeit von Bebauungsplänen auf.

2.4.1 Erforderlichkeitskriterium

Gegen die ordnungsrechtlichen Zugriffsverbote des § 44 Abs. 1 und 5 BNatSchG kann nur durch tatsächliche Handlungen verstoßen werden, weshalb das Aufstellen oder Ändern eines Bebauungsplans einen Verbotstatbestand noch nicht zu erfüllen vermag, sondern erst dessen Vollzug.³⁰⁹ Dennoch müssen die artenschutzrechtlichen Verbote bereits bei der Aufstellung oder Änderung eines Bebauungsplans beachtet werden, damit der Plan vollzugsfähig ist. Wegen rechtlichen Hindernissen vollzugsunfähige Bebauungspläne sind für unwirksam zu erkennen, weil ihnen die städtebauliche

juris Rn. 27, wonach der naturschutzrechtliche Rechtskreis eigenständig sei, sodass eine baurechtliche Entscheidung keine Sperrwirkung für Anordnungen der Naturschutzbehörde aufgrund des Naturschutzrechts hätte.

³⁰⁷ Grundlegend zur gemeindlichen Gestaltungsfreiheit sowie der Bindung an staatliche Planungsleitsätze BVerwG, Urteil vom 12.12.1969 – IV C 105.66, juris Rn. 20 ff.

³⁰⁸ Gellermann, in: Schrödter, BauGB 9. Aufl. 2019, § 1a Rn. 179 („Themenfeld des Artenschutzes in der ... zentralen Vorschrift des § 1a BauGB keines Wortes gewürdigt ... normative Enthaltensamkeit“).

³⁰⁹ BVerwG, Beschluss vom 25.08.1997 – 4 NB 12.97, juris Rn. 12; OVG NRW, Urteil vom 30.01.2009 – 7 D 11/08.NE, juris Rn. 120; Reidt, Habitat- und Artenschutz in der Bauleitplanung, NVwZ 2010, S. 8 (10); Gellermann, in: Schrödter, BauGB 9. Aufl. 2019, § 1a Rn. 180.

Erforderlichkeit (§ 1 Abs. 3 BauGB) fehlt.³¹⁰ Ist bereits im Zeitpunkt seiner Aufstellung erkennbar, dass ein (Änderungs-)Bebauungsplan bzw. einzelne seiner Festsetzungen wegen bestehender artenschutzrechtlicher Hürden nicht verwirklicht werden können, verfehlt der Bebauungsplan seinen städtebaulichen Entwicklungs- und Ordnungsauftrag und ist mangels Erforderlichkeit im Sinne des § 1 Abs. 3 BauGB nichtig.³¹¹ Das Erforderlichkeitskriterium gilt auch bei Plänen, für die ausnahmsweise kein Umweltbericht erforderlich ist (§ 13 Abs. 3, § 13a Abs. 2 Nr. 1 und § 13b BauGB). Das Erfordernis der Vollzugsfähigkeit des Bebauungsplans sichert damit die Beachtung der artenschutzrechtlichen Handlungsverbote bereits im Stadium der Planaufstellung ab.³¹² Anders als bei Zulassungsverfahren nach dem Fachplanungsrecht muss auf der Ebene der Bauleitplanung allerdings nicht zwingend eine unter allen Gesichtspunkten umfassende Artenschutzprüfung vorgenommen werden.³¹³ Die handlungsbezogenen bzw. ordnungsrechtlichen Zugriffsverbote gelten auch nach Inkrafttreten des Bebauungsplans und sind daher bei einer nachfolgenden Vorhabenzulassung bzw. -realisierung im Geltungsbereich eines Bebauungsplans zu beachten. Die artenschutzrechtlichen Verbote können mithin bei der Aufstellung eines Bebauungsplans nicht abschließend abgearbeitet werden. Die Gemeinde trifft aber wegen des Kriteriums der Erforderlichkeit nach § 1 Abs. 3 BauGB eine Pflicht, im Verfahren der Planaufstellung vorausschauend zu ermitteln und zu bewerten, ob die Realisierung der Bauvorhaben bzw. der vorgesehenen Festsetzungen im neuen bzw. geänderten Bebauungsplan auf unüberwindliche artenschutzrechtliche Hindernisse treffen würde.³¹⁴ Die Gemeinde muss im Zuge der Planaufstellung bzw. -änderung auf der Grundlage einer ausreichenden Sachverhaltsermittlung in eigener Zuständigkeit (vgl. § 2 Abs. 1 Satz 1 BauGB)³¹⁵ nicht nur prognostizieren, ob aufgrund der Planung mit einer Zuwiderhandlung gegen ein Verbot nach § 44 Abs. 1 und 5 BNatSchG zu rechnen ist, sondern auch ermitteln, ob Vermeidungsmaßnahmen durchgeführt werden können, welche die Verwirklichung eines Verbotseintritts verhindern oder ob dies nicht möglich ist, aber ein Vorhaben auf der nachgelagerten Zulassungsebene im Wege der Ausnahme zugelassen werden kann,

³¹⁰ Speziell zum Artenschutzrecht bspw. VGH Hessen, Urteil vom 21.02.2008 – 4 N 869/07, juris Rn. 33; OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 13.02.2008 – 8 C 10368/07, juris Rn. 29; *Gellermann*, in: Schrödter, BauGB 9. Aufl. 2019, § 1a Rn. 181.

³¹¹ Grundlegend: BVerwG, Beschluss vom 25.08.1997 – 4 NB 12.97, juris Rn. 13 f.; aktuell: OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 16.01.2020 – 8 C 11089/19, juris Rn. 47.

³¹² BVerwG, Beschluss vom 25.08.1997 – 4 NB 12.97, juris Rn. 14; OVG Hamburg, Urteil vom 11.04.2019 – 2 E 8/17.N, juris Rn. 48.

³¹³ VGH Bayern, Urteil vom 18.01.2017 – 15 N 14.2033, juris Rn. 32; OVG Hamburg, Urteil vom 11.04.2019 – 2 E 8/17.N, juris Rn. 66.

³¹⁴ BVerwG, Beschluss vom 25.08.1997 – 4 NB 12.97, juris Rn. 14; OVG NRW, Urteil vom 30.01.2009 – 7 D 11/08.NE, juris Rn. 140; OVG Hamburg, Urteil vom 11.04.2019 – 2 E 8/17.N, juris Rn. 48.

³¹⁵ Ministerium für Wirtschaft Baden-Württemberg, Artenschutz in der Bauleitplanung und bei Bauvorhaben, 2019, S. 20.

damit nicht gegen das Kriterium der Planerforderlichkeit (§ 1 Abs. 3 BauGB) verstoßen wird.

Eine Verlagerung der Artenschutzmaßnahmen von der Bebauungsebene auf die Ebene der Vorhabenzulassung setzt dementsprechend bei der Planaufstellung die Prognose voraus, dass bei Vorhabenrealisierung die erforderlichen Minderungsmaßnahmen realisierbar sind.³¹⁶ Insbesondere dem Störungsverbot (§ 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG) kann meist auch auf der Vorhabenebene wirkungsvoll begegnet werden, etwa durch ein Verbot der Durchführung von Bauarbeiten während der Hauptbrutzeit vorkommender Vogelarten als Nebenbestimmung zur Baugenehmigung.³¹⁷ Die Gemeinde braucht weder abschließend sämtliche Artenschutzmaßnahmen, insbesondere CEF-Maßnahmen im Bebauungsplan festzulegen, noch alles der Vorhabenebene überlassen. Dem im Abwägungsgebot des § 1 Abs. 7 BauGB wurzelnde Gebot der Konfliktbewältigung trägt es aber Rechnung, wenn die Gemeinde in der Bebauungsplanung unterstützende Maßnahmen für die spätere Bewältigung artenschutzrechtlicher Konflikte vorsieht.

Je länger der Zeitraum zwischen Beschlussfassung und Realisierung des Bebauungsplans voraussichtlich ist, desto eher besteht das Risiko, dass sich die artenschutzrelevanten Umstände ändern. Will die Gemeinde bezüglich der artenschutzrechtlichen Verbote die Planerforderlichkeit (§ 1 Abs. 3 BauGB) absichern, beispielsweise wenn unklar ist, ob bislang bewirtschaftete Äcker länger brachfallen, weil bei Aufstellung eines Angebotsbebauungsplans im Zeitpunkt der landwirtschaftlichen Nutzungsaufgabe mit einem Baubeginn in den nächsten Jahren nicht sicher zu rechnen ist,³¹⁸ empfiehlt es sich, in die Begründung zum Bebauungsplan einen Hinweis aufzunehmen, wonach im Rahmen der Prüfung der Bauunterlagen unter Beteiligung der Naturschutzbehörde zumindest eine Plausibilitätsprüfung durchzuführen ist, ob von geplanten Maßnahmen Vögel oder Anhang-IV-Arten – etwa der bereits nach kurzer Brachezeit auftretende Nachtkerzenschwärmer³¹⁹ – zugriffsrelevant beeinträchtigt werden.³²⁰

Zudem kann als Maßnahme zum Schutz der Natur gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 20 BauGB festgesetzt werden, dass – ggf. beschränkt auf naturschutzfachlich sensiblere Teile des Plangebiets (Brachflächen, Gehölzbewuchs, Obstwiese etc.) – mit Maßnahmen zur Bauvorbereitung wie Beseitigung von Vegetation oder Aufschüttungen erst einen Monat nach der Baubeginnsanzeige an die Kreis- bzw. Stadtverwaltung als untere Bauaufsichts- und Naturschutzbehörde begonnen werden darf. Damit wäre die

³¹⁶ *Fischer-Hüftle*, Artenschutz in der Bauleitplanung, in: Jarass, Artenschutzrecht und Planung, 2016, S. 51, (61).

³¹⁷ *Blessing/Schramer*, Artenschutz im Bebauungsplanverfahren, 2. Aufl. 2013, Rn. 307.

³¹⁸ Vgl. dazu Ministerium für Wirtschaft Baden-Württemberg, Artenschutz in der Bauleitplanung und bei Bauvorhaben, 2019, S. 68.

³¹⁹ Vgl. zu dieser verbreiteten Art die Abschnitte 2.3.1, 3.2.7 und 3.9.5.

³²⁰ Vgl. Ministerium für Wirtschaft Baden-Württemberg, Artenschutz in der Bauleitplanung und bei Bauvorhaben, 2019, S. 68.

Beteiligung der Naturschutzbehörde im Vorfeld von Maßnahmen sichergestellt und sie hat zeitlich Gelegenheit ggf. erforderliche Artenschutzmaßnahmen anzuordnen. Das bewirkt, dass die Voraussetzung für eine Abschichtung auf die Zulassungsebene, bei Vorhabenrealisierung seien die erforderlichen Minderungsmaßnahmen realisierbar, gewährleistet ist. Durch die in den Bauordnungen vorgesehene Pflicht zur Anzeige des Baubeginns wird diesem Kriterium hingegen nicht entsprochen. Denn zum Baubeginn (vgl. § 75 HBO) gehören nicht bloß vorbereitende Arbeiten wie oberflächliche Geländeingriffe oder Beseitigung von nicht geschützter Vegetation.³²¹

2.4.2 Abwägungsgebot

Unabhängig von der im Einzelfall möglichen fehlenden Erforderlichkeit gemäß § 1 Abs. 3 BauGB bei der Einschlägigkeit artenschutzrechtlicher Verbotstatbestände rechnen die Auswirkungen einer Bauleitplanung in Bezug auf § 44 BNatSchG gemäß § 1 Abs. 6 Nr. 7 Buchst. a BauGB auch zu den abwägungserheblichen Umweltbelangen.

Der Umweltbericht zum Planentwurf (vgl. § 2a und Anlage 1 zum BauGB) bündelt die Umweltbelange in Vorbereitung der Abwägung. In Verfahren zur Aufstellung oder Änderung von Bauleitplänen muss gemäß § 2 Abs. 4 BauGB grundsätzlich eine Umweltprüfung erfolgen. In der Umweltprüfung werden die voraussichtlich erheblichen Umweltauswirkungen ermittelt und im Umweltbericht beschrieben und bewertet. Durch das Instrument der Umweltprüfung soll erreicht werden, dass sich die Städte bzw. Gemeinden sorgfältig mit allen inhaltlichen Vorgaben zum Umweltschutz für die Bauleitplanung auseinandersetzen, damit ihnen in dieser Hinsicht fundierte Grundlagen für die Abwägung der planbetroffenen Belange zur Verfügung stehen. Zu prüfen sind insbesondere die Auswirkungen auf die Tiere und Pflanzen, Flächen und Böden, Gewässer und Abwasser, Luft und Klima, Gesundheit und Lärm. Die artenschutzrechtliche Prüfungsollte dem allgemeinen Umweltbericht beigelegt werden.³²² Die Zusammenfassung des Artenschutzgutachtens im Umweltbericht und die Übernahme der Artenschutzprüfung in die Anlage des Umweltberichts verdeutlichen, dass zum einen die artenschutzrechtlichen Verbote nach § 44 Abs. 1 und 5 BNatSchG zwingendes Recht darstellen und nicht „weggewogen“ werden können und dass zum anderen Beeinträchtigungen von Tieren und der biologischen Vielfalt (§ 1 Abs. 6 Nr. 7 Buchst. a

³²¹ BVerwG, Urteil vom 09.02.2017 – 4 C 4.16, juris Rn. 8, wonach im Regelfall der Aushub der Baugrube (Abschieben von Mutterboden in einer Tiefe zwischen 0,2 und 0,3 m als „erster Spatenstich“) den Baubeginn darstelle. Lediglich vorbereitende Arbeiten, wie bspw. die Absteckung der Grundfläche, die Einrichtung der Baustelle oder oberflächliche Geländeingriffe, stellten hingegen noch keinen Baubeginn dar, so VGH Bayern, Beschluss vom 12.01.2000 – 2 ZB 97.1021, juris Rn. 9. Prägnant dazu auch *Gellermann*, in: Schrödter, BauGB 9. Aufl. 2019, § 1a Rn. 273: „Von einem Beginn einer Baumaßnahme ist nach den Grundsätzen des Bauordnungsrechts auszugehen, wenn der ‚erste Spatenstich‘ gemacht wurde.“

³²² Ministerium für Wirtschaft Baden-Württemberg, Artenschutz in der Bauleitplanung und bei Bauvorhaben, 2019, S. 20.

BauGB) in der gesamtplanerischen Abwägung (§ 1 Abs. 7 BauGB) berücksichtigt werden müssen, wie aktuell das Oberverwaltungsgericht Hamburg noch einmal klargestellt hat:

„Selbst wenn zugunsten der Antragsgegnerin unterstellt wird, dass eine artenschutzrechtliche Prüfung durchgeführt worden ist und dem Bebauungsplan infolgedessen nicht die städtebauliche Erforderlichkeit i.S.v. § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB fehlt, wären die Normenkontrollanträge dennoch begründet, weil der Bebauungsplan dann unter einem gemäß §§ 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 215 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB beachtlichen Mangel im Abwägungsvorgang litte. Denn die Antragstellerinnen rügen insoweit zu Recht, dass der von der Antragsgegnerin angestellte Ermittlungsaufwand für eine solche artenschutzrechtliche Prüfung unzureichend gewesen wäre.“³²³

Bei der Aufstellung eines Bebauungsplans muss die Gemeinde gemäß § 1 Abs. 7 BauGB die von der Planung berührten öffentlichen und privaten Belange gerecht gegeneinander abwägen. Als konkrete Anforderung ergibt sich daraus für die Gemeinde insbesondere, dass sie durch die Abwägung zu einer Kompromiss-Entscheidung gelangen muss, welche zur objektiven Bedeutung der einzelnen Belange nicht außer Verhältnis steht.³²⁴

In der Abwägung kann dem Artenschutz als Umweltbelang nach § 1 Abs. 6 Nr. 7 Buchst. a BauGB bereits unterhalb der durch die Zugriffsverbote nach § 44 Abs. 1 und 5 BNatSchG normierten Schwellen zumindest teilweise der Vorrang vor einer anderweitigen Grundstücksnutzung eingeräumt werden, da dem Belang wegen dem in Art. 20a GG verankerten Staatsziel des Schutzes und der Entwicklung der natürlichen Lebensgrundlagen in der planerischen Abwägung ein erhebliches Gewicht zukommt.³²⁵ Beispielsweise hat das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz in einem Fall die Festsetzung einer privaten Grünfläche (§ 9 Abs. 1 Nr. 15 BauGB) als angemessen erachtet, obwohl es sich bei dem betroffenen Areal allein um ein Nahrungsgebiet ohne Brutstätte des Grünspechts handelte³²⁶ – mithin der Anwendungsbereich von § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG nicht eröffnet war. Die Erforderlichkeitsprüfung (§ 1 Abs. 3 BauGB) anhand der Zugriffsverbote ersetzt also nicht die ebenfalls notwendige

³²³ OVG Hamburg, Urteil vom 11.04.2019 – 2 E 8/17.N, juris Rn. 60.

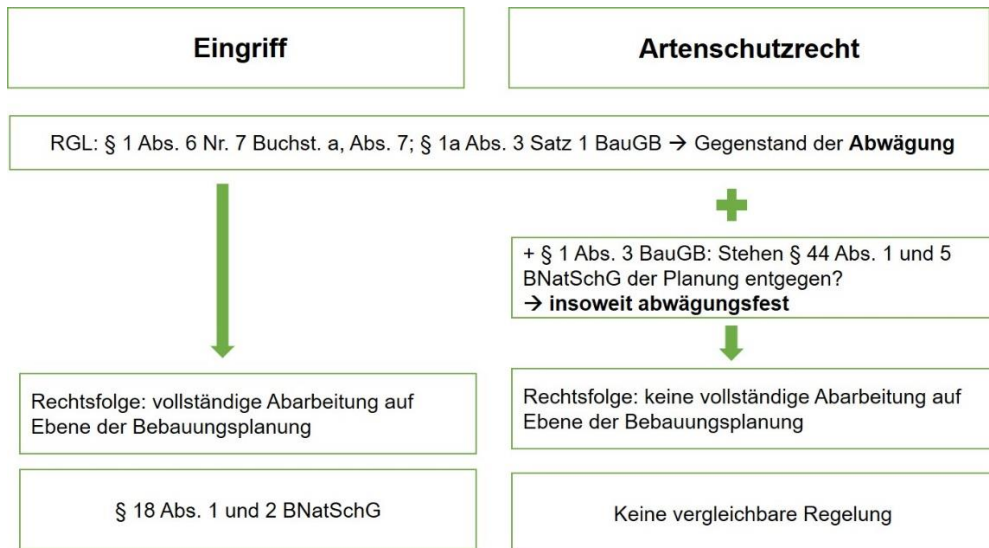
³²⁴ Auf diesen Kern des Gebots gerechter Abwägung zusammenfassend bspw. VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 04.04.2012 – 8 S 1300/09, juris Rn. 22: *„Die Abwägung ist fehlerhaft, wenn der Ausgleich zwischen den von der Planung berührten Belangen in einer Weise vorgenommen wird, die zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht. Innerhalb des so gezogenen Rahmens ist dem Abwägungsgebot jedoch genügt, wenn sich die Gemeinde im Widerspruch verschiedener Belange für die Bevorzugung des einen und damit notwendigerweise für die Zurückstellung des anderen Belangs entscheidet (ständige Rechtsprechung; grundlegend: BVerwG, Urteil vom 14.02.1975 - IV C 21.74 - BVerwGE 48, 56). Die Grenzen des Gestaltungsspielraums werden erst überschritten, wenn einer der beteiligten Belange in unvertretbarer Weise zu kurz kommt (BVerwG, Urteil vom 12.12.1969 - IV C 105.66 - BVerwGE 34, 301).“*

³²⁵ Siehe speziell zum Artenschutz in der Abwägung eines Bebauungsplanentwurfs VGH Hessen, Urteil vom 29.06.2016 – 4 C 1440/14.N, juris Rn. 163-165.

³²⁶ OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 12.07.2012 – 1 C 11236/11, juris Rn. 39.

Abwägung (§ 1 Abs. 7 BauGB) der Belange des Artenschutzes (§ 1 Abs. 6 Nr. 7 Buchst. a BauGB).³²⁷

Abbildung 3: Rolle des Artenschutzrechts bei der Aufstellung von Bebauungsplänen im Vergleich zur Eingriffsregelung



In der Abwägung kommt dem Belang des Naturschutzes objektiv ein hohes Gewicht zu, wie sich nicht nur aus Art. 20a GG, sondern auch aus der Planungsleitlinie der Garantie einer nachhaltigen städtebaulichen Entwicklung (§ 1 Abs. 5 Satz 1 BauGB) ergibt.³²⁸ Das Gewicht des Artenschutzes kann sich durch einen bestehenden Gebietschutz mit Zwecksetzung Artenschutz und Biotopvernetzung noch erhöhen, beispielsweise wenn das Bebauungsplangebiet teilweise in einem Landschaftsschutzgebiet liegt, zu dessen Schutzzweck entsprechend § 26 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG nach der Schutzgebietsverordnung auch der Schutz von Lebensräumen für Tier- und Pflanzenarten sowie von biotopvernetzenden Funktionen innerhalb des Schutzgebiets und zu angrenzenden Naturräumen zählt.³²⁹

Das objektiv hohe Gewicht des Naturschutzes entsprechend Art. 20a GG und § 1 Abs. 5 Satz 1 BauGB führt aber zu keinem automatischen Vorrang des Artenschutzes in sensiblen Räumen. Beispielsweise hat der Hessische Verwaltungsgerichtshof eine Abwägungsentscheidung für eine Teilbebauung und zulasten des Artenschutzes in

³²⁷ *Blessing/Schrämmer*, Artenschutz im Bebauungsplanverfahren, 2. Aufl. 2013, Rn. 10.

³²⁸ VGH Hessen, Urteil vom 29.06.2016 – 4 C 1440/14.N, juris Rn. 164.

³²⁹ OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 30.04.2015 – OVG 2 A 8.13, juris Rn. 31.

einem Plangebiet mit hoher Biodiversität³³⁰ rechtlich nicht beanstandet, weil der Abwägungsentscheidung ein umfangreicher Abwägungsvorgang vorausging, bei der die Gemeinde mit den Hinweisen auf den Wohnraumbedarf im Ballungsgebiet Rhein-Main, auf die Verschlechterung des Habitats auch bei Nichtbebauung wegen der Sukzession, auf die Zweiteilung des Plangebiets zum Schutz von Nasswiesen zur Eingriffsminimierung sowie auf die Überkompensation der Verluste im Ergebnis zu einer teilweisen Zurückstellung der Artenschutzbelange als Kompromiss gelangt war.³³¹ Das Beispiel verdeutlicht, dass die Gemeinde über eine erhebliche planerische Gestaltungsfreiheit im Rahmen der Abwägung verfügt (vgl. § 2 Abs. 1 Satz 1 BauGB), inwiefern sie mit der Bebauungsplanung Ziele des Artenschutzes jenseits der fachrechtlichen Vorgaben verfolgt. Das Abwägungsergebnis ist ohnehin gerichtlich erst dann zu beanstanden, wenn eine fehlerfreie Nachholung der Abwägung schlechterdings nicht zu demselben Ergebnis führen könnte, weil anderenfalls der Ausgleich zwischen den von der Planung berührten öffentlichen Belangen in einer Weise vorgenommen würde, der zur objektiven Gewichtigkeit der Schutzgüter Tiere und biologische Vielfalt (§ 1 Abs. 6 Nr. 7 Buchst. a BauGB) außer Verhältnis steht.³³²

Der Fall einer unangemessenen Abwägungsentscheidung zulasten des Artenschutzes kommt z. B. in Betracht, wenn bei einem in Aufstellung befindlichen Bebauungsplan die zuständige Behörde ankündigt, keine artenschutzrechtliche Ausnahme im Zuge der späteren Vorhabenrealisierung zu erteilen. Das im Abwägungsgebot (§ 1 Abs. 7 BauGB) wurzelnde Gebot der Konfliktbewältigung verlangt, dass ein Bebauungsplan nicht solche Konflikte offenlassen und auf die Ebene des Planvollzugs verlagern darf, bei denen bereits im Planungsstadium absehbar ist, dass sie sich in einem nachfolgenden Verfahren nicht sachgerecht lösen lassen werden.³³³ Ob eine Konfliktbewältigung durch späteres Verwaltungshandeln wenigstens wahrscheinlich ist, hat die Gemeinde, da es um den Eintritt zukünftiger Ereignisse geht, prognostisch zu beurteilen.³³⁴ Würde der Bebauungsplan trotz der angekündigten Verweigerung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme vom Gemeinderat beschlossen, so liefe dies wegen fehlender Konfliktbewältigung damit grundsätzlich auf einen Abwägungsfehler hinaus.

Einen deutlich praxisrelevanteren Fehler bei der Abwägung zulasten des Artenschutzes stellt das falsche Ermitteln oder Bewerten der tatsächlichen Betroffenheit von Arten als Bestandteil des Abwägungsmaterials dar (§ 2 Abs. 3 BauGB), was nach § 214

³³⁰ Im Plangebiet „Heckenborn“ am östlichen Rand des Stadtteils Sprendlingen (Stadt Dreieich) kamen ca. 16 Insektenarten, ca. 40 Vogelarten, darunter der Gartenrotschwanz, der Grünspecht, der Stieglitz, die Nachtigall und als Nahrungsgast der Buntspecht sowie ein bis zwei Fledermausarten (Zwergfledermaus und vielleicht auch der Große Abendsegler) vor.

³³¹ VGH Hessen, Urteil vom 29.06.2016 – 4 C 1440/14.N, juris Rn. 165.

³³² OVG Hamburg, Urteil vom 08.06.2016 – 2 E 6/15.N, juris Rn. 75 (speziell zum Artenschutz unter Rn. 87 ff.).

³³³ BVerwG, Urteil vom 12.09.2013 – 4 C 8.12, juris Rn. 17.

³³⁴ VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 24.02.2016 – 3 S 1256/15, juris Rn. 100.

Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB zur Unwirksamkeit des Bebauungsplans führen kann.³³⁵ Gemäß § 2 Abs. 3 BauGB zählt zum Abwägungsgebot – von der Ergebnis- auf die Verfahrensebene vorverlagert – das Gebot der ordnungsmäßigen Ermittlung und Bewertung.³³⁶ Der Ermittlungsmangel in Bezug auf artenschutzrechtliche Belange betrifft den gesamten Bebauungsplan und führt daher zur Gesamtunwirksamkeit des Bebauungsplans.³³⁷

Gemäß der selbstständigen Regelung des § 2 Abs. 3 BauGB zum Abwägungsvorgang³³⁸ sind bei der Aufstellung von Bauleitplänen die Belange, welche für die Abwägung von Bedeutung sind (Abwägungsmaterial), zu ermitteln und zu bewerten. Die Vorschrift verlangt, dass allen abwägungserheblichen Belangen – hier die Auswirkungen auf Tiere und die biologische Vielfalt gemäß § 1 Abs. 6 Nr. 7 Buchst. a BauGB – mit der erforderlichen Ermittlungstiefe nachgegangen wird und sodann die so ermittelten Belange zutreffend gewichtet werden. Der Gemeinderat muss daher Ermittlungen zu den Auswirkungen der Planung veranlassen, wenn nicht auf der Hand liegt, dass die Umsetzung der Planung keine beeinträchtigenden Auswirkungen auf vorkommende Tiere haben kann.³³⁹ Die städtebaulichen Naturschutzbelange gehören nach § 1 Abs. 6 Nr. 7a BauGB unabhängig davon, ob die artenschutzrechtlichen Verbotsstatbestände des § 44 BNatSchG ausgelöst würden, zum notwendigen Abwägungsmaterial.³⁴⁰ Zu ermitteln sind daher nicht nur die Auswirkungen auf die gemäß § 44 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG besonders planungsrelevanten Arten des Anhangs IV der FFH-Richtlinie sowie die europäischen Vogelarten. Auch die nur national geschützten Arten (Anlage 1 Spalten 2 und 3 der Bundesartenschutzverordnung), die nach der Roten Liste gefährdeten Arten sowie die sonstigen im Plangebiet vorkommenden Arten sind beim Abwägungsvorgang zu betrachten. Ergänzt wird die Vorschrift des § 1 Abs. 6 Nr. 7 Buchst. a BauGB durch die Regelung des § 1a Abs. 3 Satz 1 BauGB, wonach in der Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB und somit bereits auf der Ebene des Bebauungsplans die mögliche Vermeidung und der Ausgleich von voraussichtlich erheblichen Beeinträchtigungen der Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushaltes in seinen in § 1 Abs. 6 Nr. 7 Buchst. a BauGB bezeichneten Bestandteilen zu berücksichtigen sind.³⁴¹

³³⁵ Unwirksame Bebauungspläne wegen Mängeln beim Abwägungsmaterial speziell bezüglich des Artenschutzes sind bspw. Gegenstand folgender Entscheidungen: VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 06.05.2011 – 5 S 1670/09, juris; OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 30.04.2015 – OVG 2 A 8.13, juris; VGH Bayern, Urteil 18.01.2017 – 15 N 14.2033, juris.

³³⁶ VGH Bayen, Urteil vom 17.07.2020 – 15 N 19.1377, juris Rn. 31 (mit Nachweisen zur Rspr.).

³³⁷ VGH Bayen, a.a.O., juris 56.

³³⁸ OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 30.04.2015 – OVG 2 A 8.13, juris Rn. 27 f., mit dem Hinweis: „Soweit die Ermittlung und Bewertung der Belange, die für die Abwägung von Bedeutung sind, in § 2 Abs. 3 BauGB nunmehr auch als verfahrensbezogene Pflicht ausgestaltet worden ist, ergeben sich hieraus keine inhaltlichen Änderungen gegenüber den in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Abwägungsgebot entwickelten Anforderungen.“

³³⁹ VGH Bayern, Urteil vom 18.01.2017 – 15 N 14.2033, juris Rn. 41.

³⁴⁰ VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 06.05.2011 – 5 S 1670/09, juris Rn. 59.

³⁴¹ OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 30.04.2015 – OVG 2 A 8.13, juris Rn. 32.

Auch unterhalb der Verbotsschwellen des § 44 BNatSchG (signifikant erhöhtes Tötungsrisiko, erhebliche Störung, keine Wahrung der Funktionalität der Lebensstätte im räumlichen Zusammenhang) liegende mögliche Beeinträchtigungen auf Tiere sind demzufolge für die Abwägung zu ermitteln und zu bewerten.³⁴² Abwägungserheblich und damit aufklärungsbedürftig sind mögliche Auswirkungen auf Tiere, die nicht bloß bagatellhaft und daher vernachlässigbar sind.³⁴³

Maßstab für die zur Unwirksamkeit des Bebauungsplans führende Beachtlichkeit von Ermittlungs- und Bewertungsmängeln bezüglich des Abwägungsmaterials bilden die Kriterien des § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB, der auf § 2 Abs. 3 BauGB verweist.³⁴⁴ Ein beachtlicher Verfahrensfehler bezüglich des Abwägungsmaterials liegt nach dieser Vorschrift vor, wenn von der Planung berührte Belange, die der Gemeinde bekannt waren oder hätten bekannt sein müssen, in wesentlichen Punkten nicht zutreffend ermittelt oder bewertet worden sind und wenn der Mangel offensichtlich und auf das Ergebnis des Verfahrens von Einfluss gewesen ist.

Wesentlich ist ein Punkt stets, wenn er in der konkreten Planungssituation abwägungserheblich war,³⁴⁵ was nach dem eben Dargestellten für nicht bloß bagatellhafte mögliche Auswirkungen auf geschützte Arten zutrifft. Ein Mangel ist offensichtlich, wenn er unmittelbar aus den Bebauungsplanakten, insbesondere aus der Begründung, dem Umweltbericht oder der Abwägungsvorlage der Gemeindeverwaltung an den Gemeinderat, hervorgeht.³⁴⁶

Der Fehler war von Einfluss auf das Abwägungsergebnis, wenn die konkrete Möglichkeit besteht, dass die Planung ohne den Fehler anders ausgefallen wäre.³⁴⁷ Das ist im Kontext des Artenschutzes bereits dann anzunehmen, wenn das Ergebnis einer Bestandsaufnahme als offen angesehen werden muss, sodass jedenfalls die Möglichkeit

³⁴² Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, a.a.O., juris Rn. 40: „[Es fehlt] an einer hinreichenden Erfassung des Bestandes besonders geschützter Amphibienarten im Plangebiet und im Einwirkungsbereich des durch den Bebauungsplan zugelassenen Vorhabens, um auf dieser Grundlage ... beurteilen zu können, ob das durch den Bebauungsplan zugelassene Vorhaben nachteilige Auswirkungen (ggf. bis hin zur Verletzung artenschutzrechtlicher Verbote) erwarten lässt und ob deshalb eine Änderung der Planung veranlasst ist.“

³⁴³ VGH Bayern, Urteil vom 18.01.2017 – 15 N 14.2033, juris Rn. 41.

³⁴⁴ Ermittlungs- und Bewertungsmängel beim Abwägungsmaterial müssen zudem gemäß § 215 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB schriftlich binnen eines Jahres nach Bekanntmachung des Bebauungsplans gegenüber der Gemeinde unter Darlegung des den Verfahrensfehler begründenden Sachverhalts gerügt werden, damit sie nicht unbeachtlich werden.

³⁴⁵ Grundlegend BVerwG, Urteil vom 09.04.2008 – 4 CN 1.07, juris Rn. 19: „Wesentlich im Sinne des § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB sind Mängel bei der Sammlung und Aufbereitung des Abwägungsmaterials nicht erst ..., wenn es sich um "gravierende Fehleinschätzungen in für die Planung wesentlichen Fragen" handelt. Von der Planung berührte, durch die Gemeinde nicht zutreffend ermittelte oder bewertete Belange betreffen bereits dann "wesentliche Punkte", wenn diese Punkte in der konkreten Planungssituation abwägungsbeachtlich waren.“

³⁴⁶ VGH Bayern, Urteil vom 18.01.2017 – 15 N 14.2033, juris Rn. 41; VGH Bayern, Urteil vom 17.07.2020 – 15 N 19.1377, juris Rn. 48.

³⁴⁷ OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 30.04.2015 – OVG 2 A 8.13, juris Rn. 48.

besteht, dass ergänzende Ausgleichsregelungen angeordnet worden wären.³⁴⁸ Auf das schnelle „Durchschlagen“ einer mangelhaften Bestandserfassung auf das Abwägungsergebnis weist aktuell der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hin:

„Der Mangel im Planungsvorgang ist schließlich auf das Ergebnis des Verfahrens von Einfluss gewesen. Hiervon ist schon dann auszugehen, wenn nach den Umständen des Einzelfalls die konkrete Möglichkeit besteht, dass ohne ihn die Planung anders ausgefallen wäre. Vorliegend kann nicht festgestellt werden, dass der Gemeinderat in jedem Falle den Satzungsbeschluss mit demselben Inhalt erlassen hätte. Es steht die – mangels entsprechender Ermittlungen bislang nicht auf Basis einer methodengerechten Erhebung beantwortete – Frage im Raum, wie die Vogelschlaggefahr aufgrund der geplanten Windkraftanlagen zu beurteilen ist. Damit fehlt es an einer hinreichenden empirischen Basis, die den Schluss zuließe, dass der Gemeinderat denselben Bebauungsplan auch bei Kenntnis einer ordnungsgemäß aufgearbeiteten Datenlage beschlossen hätte.“³⁴⁹

2.4.3 Festsetzungen

Nach § 8 Abs. 1 Satz 1 BauGB enthält ein Bebauungsplan für seinen Geltungsbereich die rechtsverbindlichen Festsetzungen für die städtebauliche Ordnung. Mittels Festsetzungen eines Bebauungsplans plant die Gemeinde in verbindlicher Weise, wie Grundstücke im Plangebiet genutzt werden sollen. Festsetzungen, die in einem von der Gemeinde als Satzung beschlossenen Bebauungsplan (§ 10 Abs. 1 BauGB) enthalten sind, stellen eine ortsrechtlich verbindliche Regelung dar, der die im Plangebiet befindlichen Grundstücke unterworfen sind. Die Gemeinde kann den Erfordernissen des Artenschutzes durch Festlegung von Grundstücksnutzungen und Schutzmaßnahmen schon auf der Planungsebene derart Rechnung tragen, dass bei der Verwirklichung der zulässigen Vorhaben voraussichtlich nicht mit einer Zuwiderhandlung zu rechnen ist.

Welche Grundstücksnutzungen in einem Bebauungsplan von der Gemeinde festgesetzt werden dürfen, listet der in § 9 Abs. 1 BauGB enthaltene Katalog an möglichen Festsetzungen auf. Eine wesentliche Festsetzung ist gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1 BauGB die Art der baulichen Nutzung, die durch Ausweisung von Baugebieten festgesetzt wird (§ 1 Abs. 3 Satz 1 BauNVO), bspw. ein allgemeines Wohngebiet oder ein Gewerbegebiet (vgl. dazu die Baugebietstypen nach der BauNVO). § 9 BauGB regelt zusammen mit der Baunutzungsverordnung abschließend, welche Festsetzungen in einem Bebauungsplan getroffen werden dürfen.³⁵⁰ Artenschutzrechtlich gebotene Maßnahmen, die keine Entsprechung im Festsetzungskatalog des § 9 Abs. 1 Nr. 1 bis 26 BauGB haben, können daher nur als bloße Hinweise im Bebauungsplan aufgeführt werden, wie gängigerweise etwa eine Umweltbaubegleitung oder ein Monitoring.

³⁴⁸ OVG Berlin-Brandenburg, a.a.O., juris Rn. 48.

³⁴⁹ VGH Bayern, Urteil vom 17.07.2020 – 15 N 19.1377, juris Rn. 48.

³⁵⁰ Schrödter/Möller, in: Schrödter, BauGB, 9. Aufl. 2019, § 9 Rn. 12.

Eine spezielle Festsetzungsermächtigung für den Artenschutz enthält § 9 Abs. 1 BauGB nicht. Die wesentliche Grundlage dafür, in Bebauungspläne ökologische Festsetzungen aufzunehmen, bilden die Nummern 15 (Grünflächen), 20 (Flächen und Maßnahmen für den Naturschutz) und 25 (Bepflanzungsvorgaben) des § 9 Abs. 1 BauGB.³⁵¹ Sie gilt es daher im Hinblick auf artenschutzrechtliche Potentiale näher zu betrachten.

Grünflächen sind die wichtigsten nichtbaulichen Festsetzungen in Bebauungsplänen.³⁵² Nach § 9 Abs. 1 Nr. 15 BauGB darf die Gemeinde in einem Bebauungsplan öffentliche und private Grünflächen festsetzen. Für den Charakter von Grundstücken als öffentliche Grünflächen ist maßgeblich, ob die Fläche tatsächlich als der Allgemeinheit zugängliche Grünfläche gestaltet wird oder nicht. Es kommt hingegen nicht darauf an, ob die Fläche rechtlich im Eigentum der Gemeinde steht oder im Eigentum einer Privatperson. So befindet sich beispielsweise eine Kleingartenanlage meist auf gemeindeeigenen Grundstücken, ist aber dennoch als private Grünflächen festzusetzen, weil sie nicht für die Allgemeinheit zugänglich sein soll, sondern nur für die Pächter der Parzellen. Parkanlagen sind in der Regel der Allgemeinheit zugänglich, d. h. sie sind öffentliche Grünflächen. Die Festsetzung einer Grünfläche verlangt darüber hinaus stets die Festsetzung einer bestimmten Zweckbestimmung. In Betracht kommt die Nutzung der Grünfläche als Parkanlage, Spielplatz, Friedhof, Hausgarten usw. Hauptmerkmal einer Grünfläche ist eine im Wesentlichen mit Pflanzen (mit Bäumen, Sträuchern, Rasen und sonstigen Bepflanzungen) versehene Fläche, die einem bestimmten, städtebaulich zu begründenden Zweck dient. Z. B. sind Parkanlagen begrünte Flächen, die lediglich nach gartenbaulichen, ökologischen oder landschaftsästhetischen Gesichtspunkten gestaltet sind.³⁵³

Für den Artenschutz ist bedeutsam, dass es sich bei den in Nr. 15 bezeichneten speziellen Zweckbestimmungen um eine beispielhafte, keine abschließende Aufzählung (vgl. den Wortlaut „wie ...“) handelt. Es können auch andere als die dort bezeichneten speziellen Zwecke festgesetzt werden; bspw. eine Streuobstwiese und damit das Biotop mit der höchsten Biodiversität in der Kulturlandschaft.³⁵⁴ Relevant für den Artenschutz ist zudem, dass die Festsetzung von Grünflächen nach Nr. 15 gemeinsam mit anderen Festsetzungen nach § 9 Abs. 1 BauGB getroffen werden kann.³⁵⁵ Kombinierte Festsetzungen nach Nr. 15 einerseits und solche nach Nr. 20 andererseits müssen miteinander abgestimmt sein; sie dürfen sich nicht gegenseitig ausschließen oder miteinander unvereinbar sein. Miteinander unvereinbar wäre z. B. die Festsetzung einer privaten Grünfläche „Gärten“ nach Nr. 15 mit einer überlagernden Naturschutzfestsetzung nach Nr. 20 „dauerhafte Erhaltung und Entwicklung des

³⁵¹ Schrödter/Möller, in: Schrödter, BauGB, 9. Aufl. 2019, § 9 Rn. 121.

³⁵² Zemke, Bebauungsplan in der Praxis, 2018, S. 136.

³⁵³ OVG NRW, Urteil vom 23.10.2001 – 10a D 192/98.NE, juris.

³⁵⁴ Instrukтив zu Streuobstwiesen VGH Hessen, Urteil vom 14.08.2018 – 4 A 589/17, juris.

³⁵⁵ BVerwG, Beschluss vom 02.04.2008 – 4 BN 6.08, juris.

waldartigen altholzreichen Charakters“, weil damit die Nutzung als Garten für die Privateigentümer ausgeschlossen wird.³⁵⁶

Bepflanzungsvorgaben für Grünflächen erfolgen in Bebauungsplänen in der Regel durch eine ergänzende Festsetzung nach § 9 Abs. 1 Nr. 25 BauGB.³⁵⁷ § 9 Abs. 1 Nr. 25 BauGB ermöglicht insbesondere Festsetzungen über das Anpflanzen von Bäumen, Sträuchern und sonstige Bepflanzungen (Nr. 25 Buchst. a) sowie die Erhaltung bereits vorhandener Pflanzen (Nr. 25 Buchst. b). Zweck der Nr. 25 ist es, in Bebauungsplänen gezielt Festsetzungen über die Begrünung der bebauten und nicht bebauten Bereiche treffen zu können. Die städtebaulich veranlassten Gründe können unterschiedlich sein. In Betracht kommen stadtgestalterische Überlegungen, Abschirmungen unterschiedlicher Baugebiete, die Berücksichtigung von Belangen des Naturschutzes usw. Mit Rücksicht auf andere Festsetzungsmöglichkeiten, deren vorgesehene Nutzungen unmittelbar eine bestimmte Begrünung ganz oder teilweise beinhaltet, hat die Festsetzung nach Nr. 25 im Wesentlichen eine ergänzende Funktion. So können Pflanzfestsetzungen grundsätzlich für alle nach § 9 Abs. 1 BauGB möglichen Festsetzungen ergänzend vorgesehen werden. Ausdrücklich ausgeschlossen sind Bepflanzungsvorgaben für nach § 9 Abs. 1 Nr. 18 BauGB festgesetzte Flächen für die Landwirtschaft und den Wald.³⁵⁸

Das Anpflanzen von Bäumen, Sträuchern und sonstigen Bepflanzungen wie Gräser und Stauden („Anpflanzungsfestsetzungen“, Buchst. a) bedeutet, dass durch Festsetzung deren Neuanpflanzung vorgesehen wird. Die Erstpflanzungsfestsetzung umfasst auch die Nachpflanzungspflicht, wenn die erste Anpflanzung erfolglos bleibt.³⁵⁹ Die Festsetzung bestimmter Arten der Pflanzen ist möglich, wenn dies städtebaulich rechtfertigbar ist, etwa wegen dem Erscheinungsbild.³⁶⁰ Rechtlich unproblematisch, weil hinreichend bestimmt und städtebaulich rechtfertigbar, ist es, das Anpflanzen „*einheimischer standortgerechter Gehölze*“ verbindlich festzusetzen.³⁶¹ Alternativ bzw. ergänzend kann auch eine Pflanzliste als unverbindlicher Hinweis in die textlichen Festsetzungen zum Bebauungsplan aufgenommen werden.

Die Bindungen für Bepflanzungen und für die Erhaltung von Bäumen, Sträuchern und sonstigen Bepflanzungen („Erhaltungsfestsetzungen“, Buchst. b) beziehen sich hingegen auf bereits vorhandene Pflanzen. Dadurch ist insbesondere die Bestandsicherung für vorhandene Bäume möglich.

³⁵⁶ OVG Saarland, Urteil vom 26.02.2013 – 2 C 424.11, juris.

³⁵⁷ Vgl. bspw. VGH Bayern Urteil vom 14.07.2006 – 1 N 04.582, juris Rn. 21: „Die Festsetzung einer privaten Grünfläche findet ihre Rechtsgrundlage in § 9 Abs. 1 Nr. 15 BauGB, die Festsetzungen zur Bepflanzung in § 9 Abs. 1 Nr. 25 BauGB.“

³⁵⁸ Vgl. dazu BVerwG, Urteil vom 25.06.2014 – 4 CN 4.13, juris.

³⁵⁹ BVerwG Urteil vom 08.10.2014 – 4 C 30.13, juris.

³⁶⁰ BVerwG, Beschluss vom 24.04.1991 – 4 NB 24.90, juris.

³⁶¹ Schrödter/Möller, in: Schrödter, BauGB, 9. Aufl. 2019, § 9 Rn. 215.

§ 9 Abs. 1 Nr. 25 BauGB ermöglicht seinem Wortlaut nach nur die Neuanlage oder Erhaltung vorhandenen Grüns, nicht jedoch Pflegemaßnahmen im Sinne einer landespflegerischen Entwicklung von Biotopflächen. Pflegemaßnahmen können deshalb nicht nach Nr. 25 festgesetzt werden, wohl aber als kombinierte Festsetzung nach Nr. 20.³⁶² Jedoch kann gemäß § 178 BauGB nur die Verpflichtung aus einer Festsetzung nach § 9 Abs. 1 Nr. 25 BauGB gegenüber dem Grundstückseigentümer per Pflanzgebot (Verwaltungsakt) durchgesetzt werden.³⁶³

Zu den Grundstücksnutzungen, die in einem Bebauungsplan von der Gemeinde festgesetzt werden dürfen, zählt gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 20 BauGB auch der Naturschutz. Von den Grünflächen (§ 9 Abs. 1 Nr. 15 BauGB) unterscheiden sich die Flächen für den Naturschutz dadurch, dass sie nicht gezielt der menschlichen Erholung dienen, sondern speziell dem Schutz und der Entwicklung von Biotopen bzw. Habitaten von Tieren und Pflanzen. Von den Bepflanzungsvorgaben nach § 9 Abs. 1 Nr. 25 BauGB unterscheiden sich die Naturschutzmaßnahmen dadurch, dass eine Festsetzung nach § 9 Abs. 1 Nr. 20 BauGB der Gemeinde auch das Vorgeben von Pflegemaßnahmen zur Biotopentwicklung ermöglicht, z. B. die Schafbeweidung einer Heidefläche, die als Ausgleichsmaßnahme für Eingriffe dienen soll.³⁶⁴

Nach § 9 Abs. 1 Nr. 20 BauGB kann die Gemeinde Flächen oder Maßnahmen zum Schutz, zur Pflege und zur Entwicklung von Boden, Natur und Landschaft im Bebauungsplan festsetzen. Die Norm lässt sowohl die Bestimmung von Flächen für den Artenschutz als auch von realen Artenschutzmaßnahmen zu, zumal die Belange der Tiere nach § 1 Abs. 6 Nr. 7 Buchst. a BauGB ausdrücklich zu den städtebaulichen Gründen zählen.³⁶⁵ Beide Festsetzungsmöglichkeiten (Flächen oder Maßnahmen) werden als sog. „unselbstständige“ Festsetzungen im Bebauungsplan ausgewiesen.³⁶⁶ Das heißt, sie können andere Festsetzungen überlagern und zusammen mit diesen festgesetzt werden, z. B. die Festsetzung einer Grünfläche nach § 9 Abs. 1 Nr. 15 BauGB.³⁶⁷ Typische festgesetzte Artenschutzmaßnahmen auf bestimmten Flächen sind etwa die Entwicklung eines naturnahen Gehölzbestandes als Winterquartier für Amphibien und als Brutrevier für Vögel, das Anbringen von Nisthilfen, die Entwicklung eines Feuchtbiotops, ergänzend auch Pflegemaßnahmen.³⁶⁸

Bei Flächen und Maßnahmen für den Schutz, die Pflege und die Entwicklung von Natur und Landschaft nach § 9 Abs. 1 Nr. 20 BauGB geht es meistens um die Festsetzung des Ausgleichs für Eingriffe, die mit der Umsetzung von den im Bebauungsplan

³⁶² *Mitschang/Reidt*, in: Batts/Krautzberger/Löhr, BauGB, 14. Aufl. 2019, § 9 Rn. 155.

³⁶³ OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 14.01.2000 – 1 C 12946/08, juris Rn. 29.

³⁶⁴ OVG NRW, Urteil vom 30.06.1999 – 7a D144/97.NE, NuR 2000, S. 173 (177 f.).

³⁶⁵ *Fischer-Hüftle*, Artenschutz in der Bauleitplanung, in: Jarass, Artenschutzrecht und Planung, S. 51 (56).

³⁶⁶ *Blessing/Schramer*, Artenschutz im Bebauungsplanverfahren, 2. Aufl. 2013, Rn. 284.

³⁶⁷ OVG Saarland, Urteil vom 26.02.2013 – 2 C 424/11, juris, Rn. 44.

³⁶⁸ Vgl. die Festsetzungsbeispiele bei *Schwier*, Handbuch der Bebauungsplanfestsetzungen, 2002, S. 1057-1069.

geplanten Vorhaben einhergehen.³⁶⁹ Denn § 1a Abs. 3 BauGB bestimmt, dass die Vermeidung und der Ausgleich für absehbare Eingriffe in Natur und Landschaft nicht erst auf der Zulassungsebene, sondern bereits in der Abwägung des Bebauungsplans berücksichtigt werden müssen und dass der Ausgleich für die späteren Eingriffe bereits im Bebauungsplan festzusetzen ist.

In der Praxis wird oft die Frage nach der Dauerhaftigkeit der Pflege von Ausgleichsmaßnahmen aufgeworfen.³⁷⁰ Diesbezüglich kommt prinzipiell eine auf § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 BauGB gestützte zeitliche Befristung einer Landschaftspflege als Grundstücksnutzung in Betracht, die im Bebauungsplan als Maßnahmen zur Entwicklung und Pflege von Natur und Landschaft auf der Grundlage von § 9 Abs. 1 Nr. 20 BauGB festgesetzt werden soll. Für unbefristete Bebauungspläne gilt jedoch, dass die Festsetzung von Pflegemaßnahmen so zu erfolgen hat, dass der Ausgleich dauerhaft funktioniert. Kehrseite der zeitlich unbegrenzten Geltungsdauer des Bebauungsplanes ist, dass auch der Ausgleich für die Eingriffe in Natur und Landschaft nicht zeitlich befristet sein darf, weil die zu erwartenden Eingriffe von zeitlich unbegrenzter Dauer sind. Prägnant führt das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht dazu aus:

„Selbst wenn die Betriebszeit der jetzt in Aussicht genommenen Windkraftanlagen auf 30 Jahre begrenzt ist, können natürlich nach 30 Jahren neue Windkraftanlagen errichtet werden, so dass die zu erwartenden Eingriffe in Natur und Landschaft fortauern. Daher müssen die Maßnahmen zum Ausgleich der zu erwartenden Eingriffe in Natur und Landschaft dauerhaft gesichert sein.“³⁷¹

Artenschutzfestsetzungen in Bebauungsplänen haben realiter ein großes Manko: Sie werden häufig nicht vollständig und dauerhaft umgesetzt.³⁷² In der Praxis liegt das Augenmerk daher nicht nur auf der Festsetzung, sondern gleichsam auf der Durchsetzung. Zuständig zur Durchsetzung von in Bebauungsplänen festgesetzten Naturschutzmaßnahmen sind nicht die Naturschutzbehörden, sondern die Bauaufsichtsbehörden.

Betrifft die Naturschutzfestsetzung Grundstücke Privater, bedarf es einer Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs (Schutz des Eigentums Privater durch Art. 14 GG), was konkret eine Darlegung bedeutet, warum die Stützung einer gefährdeten Art an jener Stelle naturschutzfachlich notwendig ist und öffentliche Flächen nicht zur Verfügung stehen bzw. ungeeignet sind. Meistens ist eine Naturschutzfestsetzung auf Privatgrundstücken nicht zielführend. Denn einen privaten Grundstückseigentümer

³⁶⁹ Zemke, Bebauungsplan in der Praxis, 2018, S. 174.

³⁷⁰ Siehe Fellenberg, Ewige Bindung?, NuR 2016, S. 749 (insb. 751).

³⁷¹ OVG Niedersachsen, Urteil vom 14.09.2000 – 1 K 5414/98, juris Rn. 30.

³⁷² Vgl. bspw. die Analyse im Landkreis Passau von Ecker/Pröbstl-Haider, Erfolgskontrolle von Ausgleichsflächen im Rahmen der Bauleitplanung, NuLP 2016, S. 161 (165): „Die Gesamtauswertung aller geprüften und bewerteten Ausgleichsflächen ergab ein kritisches Ergebnis, da 44% der Ausgleichsflächen nicht umgesetzt worden waren und nur 24% als gut oder sehr gut eingestuft werden konnten.“

trifft nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts keine Pflicht zur Verwirklichung der im Bebauungsplan auf der Grundlage von § 9 Abs. 1 Nr. 20 BauGB festgesetzten Nutzungen.³⁷³ Eine solche Festsetzung bedeutet in ihrer rechtlichen Wirkung lediglich, dass keine hiervon abweichenden Handlungen vorgenommen werden dürfen; sollen Handlungspflichten des Eigentümers oder Vorhabenträgers begründet werden, ist eine Festsetzung nach § 9 Abs. 1 Nr. 25 BauGB oder ein städtebaulicher Vertrag erforderlich.

Wenn eine Baugenehmigung ergeht, dann können die nach § 9 Abs. 1 Nr. 20 BauGB im Bebauungsplan festgesetzten Artenschutzmaßnahmen als Nebenbestimmung in die Baugenehmigung aufgenommen werden.³⁷⁴ Erfüllt die in der Baugenehmigung festgesetzte Maßnahme nicht mehr die Funktionalität als Ausgleich für den Eingriff, dann kann die Bauaufsichtsbehörde die Nebenbestimmung zur Baugenehmigung gegenüber dem Vorhabenträger im Wege der Verwaltungsvollstreckung (z. B. Ersatzvornahme auf seine Kosten) durchsetzen, wie sich aus § 135a Abs. 1 BauGB ergibt.³⁷⁵

2.4.4 Festlegungen per Vertrag

Ein Ausgleich kann aber auch gänzlich ohne bauplanungsrechtliche Festsetzungen bewirkt werden. Dies kann ausweislich von § 1a Abs. 3 Satz 4 BauGB entweder durch vertragliche Vereinbarungen nach § 11 BauGB oder sonstige geeignete Maßnahmen zum Ausgleich auf von der Gemeinde bereitgestellten Flächen geschehen. Insbesondere wenn die Umsetzung von Artenschutzmaßnahmen außerhalb des Geltungsbereichs des Bebauungsplans erfolgen soll³⁷⁶ oder wenn die Gemeinde nicht an den begrenzten Festsetzungskatalog des § 9 BauGB gebunden sein will, können gemäß § 1a Abs. 3 Satz 4 BauGB auch vertragliche Vereinbarungen nach § 11 BauGB getroffen werden. Es ist gemäß § 44 Abs. 5 Satz 3 BNatSchG („vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen festgelegt“) möglich, bereits auf der Ebene vertragliche Vereinbarungen vorzusehen, die es

³⁷³ BVerwG, Beschluss vom 01.08.2007 – 4 BN 32.07, juris Rn. 7: „Die Frage, ob die Festsetzung einer Fläche zum Schutz, zur Pflege und zur Entwicklung von Boden, Natur und Landschaft (§ 9 Abs. 1 Nr. 20 BauGB) auch solche sonstigen Nutzungen ausschließt, die nicht von § 29 Abs. 1 BauGB erfasst sind, bedarf ... nicht der Klärung in einem Revisionsverfahren. ... Der Senat hat ... bereits klargestellt, dass eine Pflicht der privaten Grundstückseigentümer zur Verwirklichung der im Plan festgesetzten Nutzung nicht besteht (Urteil vom 2. März 1973 - BVerwG 4 C 40.71 - BVerwGE 42, 30 34). Daraus ergibt sich, dass unter Umständen auch auf längere Dauer andere als die festgesetzten Nutzungsarten hingenommen werden müssen (Urteil vom 2. März 1973 a.a.O. S. 36, 38)“.

³⁷⁴ Schrödter/Gellermann, in: Schrödter, BauGB, 9. Aufl. 2019, § 135a Rn. 5.

³⁷⁵ Schrödter/Gellermann, a.a.O., § 135a Rn. 6.

³⁷⁶ Stapelfeldt, Naturschutz als Gegenstand städtebaulicher Verträge, in: Mengel, Naturschutzrecht und Städtebaurecht, 2019, S. 59 (61): „Der Vorhabenträger kann sich – über die Möglichkeit des nach § 135a Abs. 2 Satz 1 BauGB hinaus – gerade auch dazu verpflichten, Ausgleichsmaßnahmen auch außerhalb des Planbereichs und ggf. auch außerhalb des Gemeindegebiets vorzunehmen, sofern die Anforderungen des § 1a Abs. 3 S. 3 und 4 BauGB gewahrt bleiben.“

ermöglichen sollen, dass die Zugriffsverbote bei den Vorhabenrealisierungen im Zuge des Planvollzugs nicht erfüllt werden.³⁷⁷

2.4.4.1 Mögliche Vorteile

Für den Fall, dass dem Minimierungsgebot nicht entsprochen werden kann, sodass die bei der Aufstellung des Bebauungsplans zu berücksichtigenden Naturschutzbelange im Rahmen der Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB von einem Integritätsinteresse in ein Kompensationsinteresse umschlagen (und eben nicht in ein bloßes „Wegwägen“), enthält das Baurecht in § 1a Abs. 3 Satz 2 bis 4 BauGB besondere konkretisierende Regelungen, die der Gemeinde eine Flexibilität ermöglichen sollen, um einem festgestellten Ausgleichsbedarf entsprechen zu können.³⁷⁸ Unter anderem können städtebauliche Verträge über die Durchführung des Ausgleichs abgeschlossen werden (§ 1a Abs. 3 Satz 4 i.V.m. § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BauGB).

Ein Vorteil liegt darin, dass eine dem Bebauungsplan gleichwertige Steuerungswirkung in Bezug auf den Artenschutz bereits im Vorfeld der Planreife geschaffen werden kann. Gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BauGB können bereits vorbereitende Maßnahmen zum Gegenstand eines städtebaulichen Vertrages gemacht werden. Wenn beispielsweise einerseits von Seiten der Bau- und Naturschutzbehörden eine verbindliche Rahmensetzung in Bezug auf den Artenschutz gewünscht wird, andererseits der Vorhabenträger – etwa wegen Altlastensanierungsprüfungen – bereits vor Planreife auf der Fläche Beräumungsmaßnahmen durchführen muss, dann kann mittels eines verwaltungsrechtlichen Vertrags die Durchführung konkretisiert werden, etwa die Formulierung von dinglichen Sicherungsrechten und Sicherheitsleistungen zugunsten der Gemeinde und dies mit der erarbeiteten Artenschutzplanung (Artenschutzfachbeitrag, ggf. Ausnahmeantrag mit Monitoringkonzept, Ausgleichsmaßnahmen-Steckbriefe etc.) verklammert werden.

Wegen der hohen Sicherungsanforderungen im Vertrag wird die Gemeinde beim Vollzug des Artenschutzrechts bessergestellt als bei einer reinen Festsetzung des Artenschutzes per Bebauungsplan: Die erforderlichen planexternen Maßnahmen können nur als Hinweise in den Textteil des Bebauungsplans aufgenommen werden. Die verwaltungsvertraglich vereinbarten Artenschutzmaßnahmen sind hingegen vollstreckbar durch die notwendige Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung.

Zudem ermöglicht der Vertrag eine Nachsteuerung. Beispielsweise lassen sich Zauneidechsenvorkommen quantitativ vorher so gut wie nie exakt abschätzen.³⁷⁹ Für den Fall der Fehleinschätzung ermöglicht ein Vertrag nachträgliche Anpassungen, etwa das

³⁷⁷ Reidt, in: Bracher/Reidt/Schiller, Bauplanungsrecht, 9. Aufl. 2021, Rn. 11.302.

³⁷⁸ So BVerwG, Beschluss vom 26.11.2020 – 4 BN 19.20, juris Rn. 6.

³⁷⁹ Blanke, Zauneidechse, 2010, S. 123: „Angaben zu Größe und Dichte von Zauneidechsen-Beständen sind mit vielen Unabwägbarkeiten behaftet ... Eine Ermittlung oder Berechnung wahrer Bestandsgrößen scheint selbst in intensiven Studien unmöglich.“

Einbeziehen weiterer Ausgleichsflächen, was durch eine Vertragsstrafe abgesichert werden kann. Zur Sicherung der Durchführung und Funktionalität der Artenschutzmaßnahmen kann die Gemeinde eine ausreichende Sicherheitsleistung von der Vorhabenträgerin – etwa durch Übergabe einer (un-)befristeten selbstschuldnerischen Bürgschaft – einfordern.

2.4.4.2 Voraussetzungen

Aus § 54 Satz 1 VwVfG ergibt sich die grundsätzliche Zulässigkeit der Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrags. Laut § 54 Satz 1 VwVfG kann ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts auch durch Vertrag begründet werden, soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen.

Im Zuge der Novelle des Artenschutzrechts 2017 hat der Gesetzgeber klargestellt, dass fachgutachterlich ermittelte Maßnahmen zur Vermeidung der artenschutzrechtlichen Verbote per städtebaulichem Vertrag abgesichert werden können, indem er den Wortlaut des § 44 Abs. 5 Satz 3 BNatSchG von „festgesetzt“ in „festgelegt“ abgeändert hat. Hintergrund war, dass der Bayerische Verwaltungsgerichtshof die Anwendbarkeit des § 1a Abs. 3 Satz 4 BauGB auf artenschutzrechtliche Vermeidungsmaßnahmen verneint und dies mit dem alten Wortlaut des § 44 Abs. 5 Satz 3 BNatSchG begründet hatte, wonach vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen „festgesetzt werden“.³⁸⁰ Nach dieser Auffassung könnten zwar auf der städtebaulichen Eingriffsregelung beruhende Vermeidungs- und Kompensationsmaßnahmen vertraglich vereinbart werden, nicht jedoch artenschutzrechtliche Vermeidungs- und CEF-Maßnahmen. Die Ansicht des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs verkannte jedoch, dass sich der in § 44 Abs. 5 Satz 3 BNatSchG gewählte Begriff der „Festsetzung“ nicht als *terminus technicus* auf Festsetzungen in Bebauungsplänen, sondern wegen der Verhaltensorientierung der ordnungsrechtlichen Verbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG primär auf Festsetzungen in Zulassungsentscheidungen bezieht.³⁸¹ Entsprechend war die Auffassung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs auf Kritik in der Literatur gestoßen³⁸² und auch der Bayerische Verfassungsgerichtshof hatte diese Auffassung in Frage gestellt.³⁸³

Kann man mithin von der Regelbarkeit artenschutzrechtlicher Vermeidungs- und CEF-Maßnahmen per städtebaulicher Verträge sicher ausgehen, so stellt sich im Anschluss daran die Frage, welche Vorgaben vertragliche Regelungen erfüllen müssen, weil das Baugesetz diesen Punkt in den einschlägigen Vorschriften (§§ 1a, 11 und 12 BauGB) offenlässt. In Ausfüllung dieser Gesetzeslücke hat die Rechtsprechung als

³⁸⁰ VGH Bayern, Urteil vom 30.03.2010 – 8 N 09.1861, juris Rn. 62 und 70 (zu einem planfeststellungsersetzenden Bebauungsplan für eine Straße).

³⁸¹ *Reidt*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 14. Aufl. 2019, § 11 Rn. 47.

³⁸² Vgl. die Nachweise bei *Patzelt*, Absicherung von Vermeidungs- und Ausgleichsmaßnahmen über städtebauliche Verträge, ZUR 2014, S. 600 (603, Fn. 23) und *Fischer-Hüftle*, Artenschutz in der Bauleitplanung, in: Jarass, Artenschutzrecht und Planung, S. 51 (64, Fn. 42).

³⁸³ BayVerfGH, Entscheidung vom 03.12.2013 – Vf. 8-VII-13, juris Rn. 40.

Leitlinie ausgegeben, dass die vertraglichen Vereinbarungen zwischen Gemeinde und Investor die Durchführung und den Erfolg der Schutzmaßnahmen wie eine Festsetzung gewährleisten müssen.³⁸⁴ Wie lässt sich dieser abstrakte rechtliche Maßstab praxisnah konkretisieren?

Eine fehlerfreie Berücksichtigung des Naturschutzes im Rahmen der Abwägung nach § 1a Abs. 3 i.V.m. § 1 Abs. 7 BauGB setzt voraus, dass sich der Gemeinderat im Zeitpunkt des Satzungsbeschlusses Gewissheit darüber verschafft hat, dass die rechtlichen Voraussetzungen für die gewählte Form der Absicherung der Durchführung vorgesehener Vermeidungs- und Ausgleichsmaßnahmen tatsächlich vorliegen.³⁸⁵ Unabhängig von der Frage, ob ein bindendes Angebot des Investors ausreicht, besteht daher Einigkeit darüber, dass der städtebauliche Vertrag im Zeitpunkt des Satzungsbeschlusses vorliegen soll, damit dessen Ergebnis im Rahmen der abschließenden Abwägung als sicher antizipiert werden kann und ferner keine Zweifel an der Erforderlichkeit des Bebauungsplans wegen Artenschutzkonflikten aufkommen.³⁸⁶

Zudem muss der Investor oder die Gemeinde eine dauerhafte Verfügungsbefugnis über die Flächen für Vermeidungs- und Ausgleichsmaßnahmen haben, entweder als Eigentümer oder durch eine sonstige dingliche Berechtigung (z. B. Reallast, § 1105 BGB).³⁸⁷ Eine rein schuldrechtliche Vereinbarung (bspw. Pachtvertrag) reicht nicht aus.³⁸⁸ Laut der Rechtsprechung müssen vorgesehene Maßnahmenflächen von dem Vorhabenträger nicht als Eigentum erworben werden. Die Rechtsprechung lässt Dienstbarkeiten ausreichen.³⁸⁹ Das meint die Eintragung ins Grundbuch einer Grunddienstbarkeit (§§ 1018-1029 BGB) oder gängigerweise einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (§§ 1090-1092 BGB), die auf das Dulden einer näher zu beschreibenden Nutzung des Grundstücks gerichtet ist, beispielsweise als Nasswiese für Wiesenbrüter. Schuldrechtliches Kausalgeschäft für die dingliche Sicherung ist dann ein Pachtvertrag.

³⁸⁴ BVerwG, Urteil vom 09.05.1997 – 4 N 1.96, juris Rn. 28; OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 20.01.2003 – 8 C 11016/02, juris Rn. 42; OVG NRW, Urteil vom 05.12.2017 – D 97/15.NE, juris Rn. 36. Instruktiv zu den Sicherungsanforderungen *Stapelfeldt*, Naturschutz als Gegenstand städtebaulicher Verträge, in: Mengel, Naturschutzrecht und Städtebaurecht, 2019, S. 59 (66-69).

³⁸⁵ Vgl. OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 06.11.2013 – 8 C 10607/13, juris Rn. 46.

³⁸⁶ Instruktiv; *Patzelt*, a.a.O., ZUR 2014, S. 600, (602: „*Vertragsabschluss vor Satzung dringend zu empfehlen*“); OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 14.01.2000 – 1 C 12946/08, juris Rn. 29, wonach im Zeitpunkt des Satzungsbeschlusses mit Sicherheit vom Zustandekommen entsprechender vertraglicher Regelungen mit den betroffenen privaten Grundstückseigentümern ausgegangen werden können muss.

³⁸⁷ OVG NRW, Urteil vom 05.12.2017 – D 97/15.NE, juris Rn. 32: „*unbefristetes Verfügungsrecht*“.

³⁸⁸ *Schumacher*, Zur dinglichen Absicherung, NuR 2018, S. 104.

³⁸⁹ OVG NRW, Urteil vom 05.12.2017 – D 97/15.NE, juris Rn. 36; OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 20.01.2003 – 8 C 11016/02, juris Rn. 42: „*Handelt es sich um Maßnahmen, die nicht die Grundstücksnutzung insgesamt, sondern nur in bestimmten Beziehungen beeinträchtigen, reicht es aus, wenn das Recht hierzu durch eine Grunddienstbarkeit oder eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit dauerhaft gesichert ist.*“

Praktisch zu bedenken gilt es wegen der regelmäßig langen Dauer von Landpachtverträgen dabei insbesondere den Umstand, dass bei einer sog. „Doppelverpachtung“ an den Investor bei fehlender wirksamer Beendigung des Pachtvertrags mit dem Landwirt im Zeitpunkt des Satzungsbeschlusses die Durchsetzung der Vermeidungs- und Ausgleichsmaßnahmen nicht durch eine zugunsten des Investors eingetragene beschränkte persönliche Dienstbarkeit abgesichert werden kann, da der Investor bei einer Verpachtung vor der Belastung des Grundstücks mit der Dienstbarkeit die schuldrechtlich/vertraglich abgesicherte landwirtschaftliche Nutzung auch im Rahmen seines dinglichen Abwehrenspruchs aus §§ 1090 Abs. 2, 1027, 1004 BGB nach § 1004 Abs. 2 BGB zu dulden hat.³⁹⁰ Über die Miteintragung der Gemeinde (neben dem Investor) in das Grundbuch wird bei einem unbefristeten Bebauungsplan die notwendige Dauerhaftigkeit der dinglichen Sicherung bewirkt. Für mehrere Berechtigte können selbstständige inhaltsgleiche und auch ranggleiche beschränkt persönliche Dienstbarkeiten bestellt werden.³⁹¹

Mit der notwendigen Dauerhaftigkeit der dinglichen Sicherung ist es vereinbar, die Wirksamkeit der Dienstbarkeit an die Aufhebung des Bebauungsplans zu koppeln.³⁹² Denn nach der oben genannten Leitlinie der Rechtsprechung muss eine vertragliche Regelung die gleiche, aber keine stärkere Sicherheit bieten als eine Festsetzung. Unzulässig wäre es hingegen, die Wirksamkeit der Dienstbarkeit an die Betriebsbeendigung zu koppeln. Endet die Geltungsdauer des Bebauungsplans nicht mit dem Betrieb des Investors, bewältigt die Planung nämlich nicht den naturschutzrechtlichen Ausgleich im Falle einer plankonformen Anschlussnutzung.³⁹³

Insbesondere aber muss der städtebauliche Vertrag Regelungen enthalten, die es der Gemeinde ermöglichen, den effektiven Vollzug der Ausgleichssicherung durchzusetzen, sei es durch Sicherheitsleistung oder durch Vertragsstrafe nebst jeweils der Einräumung des Rechts der Gemeinde zur Selbstvornahme,³⁹⁴ wobei solche Eintrittsrechte der Gemeinde durch beschränkte persönliche Dienstbarkeiten zugunsten der Gemeinde abzusichern sind.³⁹⁵

³⁹⁰ OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 20.01.2003 – 8 C 11016/02, juris Rn. 51.

³⁹¹ BGH, Beschluss vom 21.12.1966 – V ZB 24/66, juris Rn. 7.

³⁹² Patzelt, Absicherung von Vermeidungs- und Ausgleichsmaßnahmen, ZUR 2014, S. 600 (603).

³⁹³ OVG Rheinland-Pfalz, a.a.O., juris Rn. 54.

³⁹⁴ OVG Rheinland-Pfalz, a.a.O., juris Rn. 42 und 44.

³⁹⁵ OVG Niedersachsen, Urteil vom 14.09.2000 – 1 K 5414/98, juris Rn. 30 („unbefristete dingliche Sicherung zugunsten der Gemeinde“); OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 20.01.2003 – 8 C 11016/02, juris Rn. 44: „[Der Vertrag] gewährleistet einen ausreichenden Einfluss der [Gemeinde] auf einen effektiven Vertragsvollzug. So hat sich der Investor in § 4 des Vertrages nicht nur zu einer Sicherheitsleistung für die Vertragserfüllung verpflichtet, sondern der Antragsgegnerin auch für den Fall des Verzuges das Recht der Ersatzvornahme unter Inanspruchnahme der Sicherheitsleistung eingeräumt. Zugleich hat er die Durchsetzbarkeit dieser Rechte der Antragsgegnerin gegenüber den Eigentümern der Ausgleichsflächen durch entsprechende Ausgestaltung der zu seinen Gunsten eingetragenen beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten gesichert.“

2.4.4.3 Vertragsmuster

Da die Festlegung von artenschutzrechtlichen Vermeidungs- und CEF-Maßnahmen per verwaltungsrechtlichem Vertrag erst seit der BNatSchG-Novelle 2017 möglich ist, folgt ein selbst entworfenes Vertragsmuster, um die Sicherungsanforderungen, insbesondere die dingliche Sicherung über Dienstbarkeiten nebst Pachtvertrag als Kausalgeschäft, besser nachvollziehbar machen zu können.

Öffentlich-rechtlicher Vertrag

zur Festlegung und Durchführung artenschutzrechtlicher Maßnahmen zur Minderung und zum Ausgleich negativer Auswirkungen von Vorhaben und Maßnahmen auf die Arten ... im Zusammenhang mit dem Bebauungsplan ...

zwischen [Gemeinde]

und [Investor]

§ 1

Vertragsgegenstand

Dieser Vertrag hat Festlegungen sowie Durchführungsbestimmungen bezüglich artenschutzrechtlicher Maßnahmen zur Minderung und zum Ausgleich negativer Auswirkungen auf Exemplare und Lebensstätten der ... [betroffene Arten] durch Vorhaben und Maßnahmen im Zusammenhang mit dem Bebauungsplan ... in ... zum Gegenstand.

§ 2

Minderungs-, Ausgleichs- und Monitoringmaßnahmen

(1) Beschreibung Vermeidungs- und CEF-Maßnahmen (unter Bezugnahme auf Artenschutzfachbeitrag als Vertragsanlage).

(2) Beschreibung FCS-Maßnahmen (unter Bezugnahme auf Artenschutzfachbeitrag als Vertragsanlage).

(3) Beschreibung Monitoringmaßnahmen (unter Bezugnahme auf Artenschutzfachbeitrag als Vertragsanlage).

§ 3

Durchführungsbestimmungen

(1) Bezüglich Ausgleichsflächen, welche der Vorhabenträger zu Eigentum erwirbt, verpflichtet sich die Vorhabenträgerin eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit zugunsten der Gemeinde in das Grundbuch eintragen zu lassen. Diese soll jeweils folgenden Wortlaut haben:

Die Eigentümer verpflichtet sich gegenüber der [Gemeinde] die Durchführung von Artenschutz-Maßnahmen auf dem Grundstück zugunsten der [Arten], deren dauerhafte Unterhaltung und das Betreten hierfür auch durch Dritte zu dulden. Die Lage des Grundstücks und der Ausübungsbereich ergeben sich aus dem beigefügten Auszug der Liegenschaftskarte.

(2) Bezüglich Ausgleichsflächen, welche die Vorhabenträgerin pachtet, veranlasst die Vorhabenträgerin zur dinglichen Absicherung der Artenschutz-Zwecksetzung ranggleiche beschränkt persönliche Dienstbarkeiten zu ihren Gunsten und zugunsten der Gemeinde in das Grundbuch eintragen zu lassen. Diese sollen jeweils folgenden Wortlaut haben:

Der Eigentümer verpflichtet sich gegenüber dem [Vorhabenträger] die Durchführung von Artenschutz-Maßnahmen auf dem Grundstück zugunsten der [Arten], deren dauerhafte Unterhaltung und das Betreten hierfür auch durch Dritte zu dulden. Die Lage des Grundstücks und der Ausübungsbereich ergeben sich aus dem beigefügten Auszug aus der Liegenschaftskarte.

Der Eigentümer verpflichtet sich gegenüber der [Gemeinde] die Durchführung von Artenschutz-Maßnahmen auf dem Grundstück zugunsten der [Arten], deren dauerhafte Unterhaltung und das Betreten hierfür auch durch Dritte zu dulden. Die Lage des Grundstücks und der Ausübungsbereich ergeben sich aus dem beigefügten Auszug aus der Liegenschaftskarte.

Die Bewilligung der Eintragung der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit ist der Naturschutzbehörde vorzulegen.

§ 4 Sicherheitsleistung

(1) Zur Sicherung der Durchführung und Funktionalität der Artenschutz-Maßnahmen wird eine Sicherheitsleistung in Höhe von ... € brutto (in Worten: ... brutto) von der Vorhabenträger durch Übergabe einer auf ... Jahre befristeten selbstschuldnerischen Bürgschaft hinterlegt.

(2) Die Höhe der Sicherheitsleistung ergibt sich wie folgt:

- Vermeidungs- und CEF-Maßnahmen: ... €
- FCS-Maßnahmen: ... €
- Monitoring (inkl. ggf. Nachsteuerung): ... €

(3) Der Vorhabenträger hat die in Absatz 1 genannte Sicherheit innerhalb von vier Wochen nach Vertragsunterzeichnung zu leisten. Die Gemeinde ist zur Rückerstattung der Sicherheitsleistung verpflichtet, sobald ... [einzelfallbezogene Konkretisierung].

(4) Der Vorhabenträger unterwirft sich gegenüber der Gemeinde in Bezug auf die rechtzeitige Herstellung und Funktionalität der Artenschutz-Maßnahmen der sofortigen Verwaltungsvollstreckung (Ersatzvornahme unter Inanspruchnahme der Sicherheitsleistung).

§ 5 Kostenübernahme

Der Vorhabenträger verpflichtet sich, die in § 2 und in den Anlagen beschriebenen Naturschutzmaßnahmen auf eigene Kosten durchzuführen oder durch sachkundige Dritte durchführen zu lassen.

§ 6 Keine bauleitplanerischen Vorwegbindungen

Aus dieser Vereinbarung kann kein Anspruch auf Durchführung eines städtebaulichen Verfahrens, auf Aufstellung oder Nichtaufstellung eines Bebauungsplanes oder vorhabenbezogenen Bebauungsplanes oder auf bestimmte Festsetzungen in einem Bebauungsplan oder vorhabenbezogenen Bebauungsplan hergeleitet werden.

§ 7

Vertragsänderungen

(1) Vertragsänderungen oder Ergänzungen bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit der Schriftform. Nebenabreden bestehen nicht.

(2) Sollte eine Änderung bei den Ausgleichsflächen im Verlauf der Maßnahmedurchführung notwendig werden, so verpflichten sich die Parteien zu partnerschaftlicher Kooperation, um eine ergänzende Vereinbarung hierüber zu schließen und die artenschutzrechtlichen Vorschriften einzuhalten. Der Vorhabenträger verpflichtet sich, für die Bereitstellung der anderweitigen Ausgleichsflächen zu sorgen. Die Vertragsparteien sind sich darin einig, dass die notwendige Sicherung der Durchführung und Funktionalität zusätzlicher CEF- und FCS-Maßnahmen über die Vereinbarung von Vertragsstrafen geregelt werden soll.

§ 8

Bestandteile des Vertrages

Folgende Planungsunterlagen sind Bestandteile des Vertrages:

- Anlage 1: Räumlicher Geltungsbereich des Bebauungsplans ... gemäß Aufstellungsbeschluss vom ...,
- Anlage 2: Artenschutzfachbeitrag vom ...,
- Anlage 3: Antrag auf Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG vom ...,
- Anlage 4 ...

Pachtvertrag

zur Nutzung von Flächen für artenschutzrechtliche Ausgleichsmaßnahmen im Zusammenhang mit dem Bebauungsplan ... der Gemeinde ...

zwischen [Verpächter]
- nachfolgend Verpächter genannt -

und der [Vorhabenträger]
- nachfolgend Pächter genannt -

§ 1 Pachtgegenstand

(1) Der Verpächter verpachtet dem Pächter Flächen auf dem in seinem Eigentum stehenden Grundstücken im Bereich [Name Flur].

(2) Pachtgegenstand sind Flächen, die sich in der Gemarkung ... auf den Flurstücken ... befinden, so wie sie nach Lage und Größe in Anlage 2 als Bestandteil dieses Vertrages beschrieben sind. Die exakte Lage innerhalb der Flurstücke sowie die Abgrenzung ergeben sich aus den beiden Luftbildaufnahmen, welche als Anlage 3 ebenfalls Bestandteil dieses Vertrages sind.

§ 2 Pachtdauer

Der Pachtvertrag wird für die Dauer von 25 Jahren geschlossen.

§ 3 Pachtzins sowie Lasten und Abgaben

(1) Die Pacht beträgt ...

(2) Die auf den in § 1 genannten Grundstücken ruhenden Abgaben und Lasten trägt der Verpächter allein.

§ 4 Pachtzweck

(1) Die Pacht dient der rechtlichen Sicherung der in § 1 und in den Anlagen genannten Grundstücke als Ausgleichsfläche durch ranggleiche beschränkt persönliche Dienstbarkeiten zugunsten des [Vorhabenträgers] sowie der [Gemeinde] zur Erfüllung von öffentlich-rechtlichen Pflichten bezüglich des Artenschutzes bei der Durchführung von Maßnahmen im Zusammenhang mit dem Bebauungsplan Der Verpächter sichert zu, beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten mit dem in Anlage 1 umschriebenen Inhalt zuzustimmen und deren Eintragung in das Grundbuch zu beantragen.

(2) Der Pächter ist berechtigt, die in § 1 und in den Anlagen genannten Grundstücke für Zwecke des Artenschutzes zu nutzen. Insbesondere ist der Pächter berechtigt, folgende Maßnahmen zur Herrichtung und Unterhaltung von Habitaten vorzunehmen bzw. durch Dritte vornehmen zu lassen: ...

§ 5 Gewährleistung

Der Verpächter sichert zu, dass keine Nutzungen auf umliegenden Flächen vorgenommen werden, welche den Pachtzweck beeinträchtigen.

Anlage 1 zum Pachtvertrag: Inhaltsbeschreibung der beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten

Dienstbarkeitsbewilligung und Eintragungsantrag

[Name Verpächter] als Eigentümer des Grundstücks

Grundbuch des Amtsgerichts: ...

Blatt: ...

Gemarkung: ...

Flur: ...

Flurstück: ...

bewilligt und beantragt

hierdurch an erster, notfalls nächstoffener Rangstelle an diesem Grundstück die Eintragung von zwei ranggleichen beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten zugunsten

dem [Vorhabenträger]
der [Gemeinde]
(Dienstbarkeitsberechtigte)

folgenden Inhalts:

[Name Verpächter] als Eigentümern verpflichtet sich gegenüber dem [Vorhabenträger] die Durchführung von Artenschutz-Maßnahmen auf dem Grundstück zugunsten der [Arten], deren dauerhafte Unterhaltung und das Betreten hierfür auch durch Dritte zu dulden.

[Name Verpächter] als Eigentümern verpflichtet sich gegenüber der [Gemeinde] die Durchführung von Artenschutz-Maßnahmen auf dem Grundstück zugunsten der [Arten], deren dauerhafte Unterhaltung und das Betreten hierfür auch durch Dritte zu dulden.

Die Lage des Grundstücks und der Ausübungsbereich ergeben sich aus dem beigefügten Auszug der Liegenschaftskarte.

Die im Lageplan als Ausübungsbereich gekennzeichnete Fläche hat folgende Maße:

Breite: ca. ... m

Länge: ca. ... m

Fläche: ca. ... m²

Die Dienstbarkeitsberechtigten treffen keine Pflichten, insbesondere keine Unterhaltungs- und Verkehrssicherungspflichten.

Anlage 2 zum Pachtvertrag: Beschreibung und Benennung der Einzelflächen			
Flächenbezeichnung	Gemarkung	Flurstück	Größe
„...“	...	Flur ... Nr. ha

Anlage 3 zum Pachtvertrag: Lage der Flächen im Bereich [Flur]
[Luftbildkarte mit Umrandung der Artenschutz-Flächen]

2.4.5 Einzelfragen zum Artenschutz in der Bebauungsplanung

Neben der bereits oben bei den ökologischen Festsetzungen behandelten Frage nach der notwendigen bzw. zulässigen Dauer von Ausgleichsmaßnahmen³⁹⁶ treten gemäß der eigenen Erfahrung aus Beratungsgesprächen und Rückfragen zu Tagungsvorträgen auch die nachfolgenden Gesichtspunkte bei Gemeindevertreter/innen immer wieder auf.

2.4.5.1 Bebauungspläne der Innen- und Ortsrandentwicklung

§ 13a BauGB lässt in Bezug auf Bebauungspläne für Maßnahmen der Innenentwicklung wie die Wiedernutzbarmachung von Flächen oder die Nachverdichtung³⁹⁷ ein beschleunigtes Verfahren zu, bei dem die Umweltprüfung entfällt und bei dem bis zu einer Grundfläche³⁹⁸ von weniger als 20.000 m² keine Verpflichtung besteht, Eingriffe auf der Grundlage der städtebaulichen Eingriffsregelung zu kompensieren. Wegen der unionsrechtlichen Pflicht zur Umweltüberprüfung von Plänen der Bodennutzung gemäß Art. 3 Abs. 2 Buchst. a der SUP-Richtlinie muss dabei stets davon ausgegangen werden

³⁹⁶ Siehe Abschnitt 2.4.3.

³⁹⁷ Der Begriff der Innenentwicklung – in Abgrenzung zur Außenentwicklung – ist nicht legal definiert. § 13a BauGB greift nicht die herkömmliche Abgrenzung von Innen- und Außenbereich auf, sondern die Innenentwicklung wird vom Gesetzgeber als städtebaufachlicher Terminus vorausgesetzt, BVerwG, Urteil vom 25.06.2020 – 4 CN 5.18, juris Rn. 25.

³⁹⁸ Grundflächen werden in § 19 Abs. 2 BauNVO als der Teil einer Grundstücksfläche definiert, der von baulichen Anlagen überdeckt werden darf.

können, dass die Planung von vornherein keine abwägungsrelevanten Umweltauswirkungen nach sich ziehen wird.³⁹⁹ Im Zweifel sollte man sich für das Normalverfahren entscheiden, denn die falsche Verfahrenswahl (beschleunigtes Aufstellungsverfahren ohne Umweltprüfung statt Normalverfahren mit Umweltprüfung) stellt wegen der damit einhergehenden Folgefehler nach § 214 Abs. 1 Nr. 3 BauGB einen grundsätzlich beachtlichen Verfahrensfehler dar.⁴⁰⁰

Entsprechendes gilt für § 13b BauGB, der auf § 13a BauGB verweist, wonach für die Schaffung von Wohnraum auch Außenbereichsgrundstücke, die sich an im Zusammenhang bebaute Ortsteile anschließen, bei einer geringeren Grundfläche als 10.000 m² in das beschleunigte Verfahren ohne Umweltprüfung und Eingriffsausgleich einbezogen werden.

Beispielsweise ist damit bei der Ausweisung eines allgemeinen Wohngebiets (WA) mit einer Grundflächenzahl (GRZ) von 0,4 gemäß § 13b BauGB das beschleunigte Verfahren ohne Umweltprüfung und Eingriffsausgleich im Außenbereich auf einer Planfläche von bis zu 25.000 m² anwendbar, was die Betroffenheit des Naturschutzes durch Bebauungspläne der Innen- und Ortsrandentwicklung deutlich werden lässt.

Für das Artenschutzrecht ist problematisch, dass über die Verweiskette von § 13b BauGB auf § 13a Abs. 2 Nr. 1 BauGB, der wiederum auf § 13 Abs. 3 BauGB rekurriert, von der Durchführung einer Umweltprüfung bei solchen Bebauungsplänen der Innen- und Ortsrandentwicklung abzusehen ist. § 13 Abs. 3 BauGB befreit zwar von dem Verfahren einer Umweltprüfung, da aber materiell-rechtlich das Erforderlichkeitsgebot des § 1 Abs. 3 BauGB gilt, muss auch bei im beschleunigten Verfahren aufgestellten Bebauungsplänen der Vollzug im Hinblick auf die artenschutzrechtlichen Verbote sichergestellt sein. Bei einem Bebauungsplan der Ortsrandentwicklung zwecks Wohnraumschaffung und bei einem Bebauungsplan der Innenentwicklung, etwa bei der Nutzung einer öffentlichen Grünfläche mit altem Baumbestand, bedarf es daher einer Relevanzprüfung, ob von den Verboten des § 44 Abs. 1 BNatSchG geschützte Arten vorkommen und von den geplanten Vorhaben betroffen sein könnten.

³⁹⁹ EuGH, Urteil vom 18.04.2013 – Rs. C-463/11, curia Rn. 39: „*Es ist zwar denkbar, dass eine besondere Art von Plan, die die qualitative Voraussetzung des § 13a Abs. 1 BauGB erfüllt, a priori voraussichtlich keine erheblichen Umweltauswirkungen hat, da diese Voraussetzung zu gewährleisten vermag, dass ein solcher Plan den einschlägigen Kriterien des Anhangs II der [SUP-]Richtlinie, auf die in ihrem Art. 3 Abs. 5 Satz 2 verwiesen wird, entspricht; ...*“.

⁴⁰⁰ VGH Hessen, Urteil vom 12.05.2021 – 4 C 3100/19.N (Bebauungsplan „Altstadtgärten“ der Stadt Idstein); BVerwG, Urteil vom 04.11.2015 – 4 CN 9.14, juris Rn. 29 f. Siehe dazu auch *Külpmann*, Räumliche Grenzen des Bebauungsplans der Innenentwicklung, jurisPR-BVerwG 5/2016 Anm. 2: „*Die interne Unbeachtlichkeitsklausel nutzt der Gemeinde indes nichts, wenn zwar der Fehler bei der Durchführung der Beteiligung nach § 214 Abs. 1 Nr. 2 BauGB unbeachtlich wird, die Fehler nach § 214 Abs. 1 Nr. 3 BauGB – namentlich der Verzicht auf die Umweltprüfung – dem Bebauungsplan aber das Genick brechen. Dieser Widerspruch hat das BVerwG in der Vergangenheit bewogen, die Unbeachtlichkeitsklausel des § 214 Abs. 1 Nr. 2 BauGB auf § 214 Abs. 1 Nr. 3 BauGB mindestens grundsätzlich analog anzuwenden... Den Weg einer analogen Anwendung hat das BVerwG – jedenfalls für § 13a BauGB – aufgegeben.*“

Ebenso greift die Pflicht des § 2 Abs. 3 BauGB, die Auswirkungen auf Tiere gemäß § 1 Abs. 6 Nr. 7a BauGB in der Abwägung (§ 1 Abs. 7 BauGB) zu berücksichtigen.⁴⁰¹ In einer aktuellen Entscheidung führt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof dazu aus:

„Belange i.S. von § 1 Abs. 6 Nr. 7 Buchst. a BauGB hat die planende Gemeinde auch im Verfahren nach § 13a BauGB gemäß § 2 Abs. 3 und § 1 Abs. 7, Abs. 8 BauGB zu ermitteln, zu bewerten und in die Abwägung einzustellen. Die Ermittlungs- und Bewertungspflicht gem. § 2 Abs. 3 BauGB in Bezug auf naturschutzfachlich bzw. naturschutzrechtlich relevante Auswirkungen des Planungsvorhabens entfällt insbesondere nicht aufgrund von § 13a Abs. 2 Nr. 4 BauGB, der in den Fällen des § 13a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BauGB bestimmt, dass Eingriffe, die aufgrund der Aufstellung des Bebauungsplans zu erwarten sind, als i.S.d. § 1a Abs. 3 Satz 6 BauGB ... vor der planerischen Entscheidung erfolgt oder zulässig gelten. Diese Regelung befreit die Gemeinde nur von der Kompensationspflicht nach § 1a Abs. 3 BauGB. Im Übrigen bleibt es jedoch bei der – uneingeschränkten – Beachtung der Belange des Naturschutzes (§ 1 Abs. 6 Nr. 7 Buchst. a BauGB) im Rahmen der planerischen Abwägung ... auch etwa in Bezug auf das Minimierungsgebot (Schrödter in Schrödter, BauGB, 8. Aufl. 2015, § 13a Rn. 49, 50). Diese Anforderungen an die Abwägung sowie (im Vorfeld) an die Ermittlung gelten auch unabhängig davon, ob eine förmliche Umweltprüfung (§ 2 Abs. 4 BauGB) vorgenommen werden muss oder ob diese im vereinfachten oder beschleunigten Verfahren nach § 13 bzw. § 13a BauGB entfällt ... Die Antragsgegnerin hatte mithin bei Aufstellung des Bauleitplans im Verfahren nach § 13a BauGB die voraussichtlichen Auswirkungen auf die Belange des Naturschutzes hinreichend zu prüfen und die Ergebnisse dieser Prüfung in ihre Abwägungsentscheidung einzubeziehen.“⁴⁰²

Ein Ermittlungs- und Bewertungsmangel gemäß § 2 Abs. 3 BauGB führt mangels einer entsprechenden Regelung in den Planerhaltungsvorschriften auch bei im beschleunigten Verfahren aufgestellten Bebauungsplänen gemäß den Kriterien des § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB⁴⁰³ zu (Teil-)Unwirksamkeit des Plans.⁴⁰⁴ So bedürfen auch die von der Umweltprüfungspflicht freigestellten Bebauungspläne der Innen- und Ortsrandentwicklung zumindest einer Relevanzprüfung in Bezug auf den Artenschutz.

2.4.5.2 Planen in die Ausnahme- bzw. Befreiungslage

Die Unvereinbarkeit einer Bebauungsplanung mit dem Artenschutzrecht führt nicht zu einer Vollzugsunfähigkeit des Bebauungsplans, wenn eine Ausnahme- oder Befreiungslage besteht.⁴⁰⁵ Die Gemeinde kann in der Praxis die Vollzugsfähigkeit des Bebauungsplans bei entgegenstehenden Zugriffsverboten insbesondere dadurch herstellen, dass sie in eine Ausnahme anhand der Tatbestände in § 45 Abs. 7 BNatSchG hineinplant und ferner durch das Hineinplanen in eine Befreiungslage anhand der Tatbestände des § 67 Abs. 2 BNatSchG.

⁴⁰¹ VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 06.05.2011 – 5 S 1670/09, juris Rn. 55 f.

⁴⁰² VGH Bayern, Urteil vom 18.01.2017 – 15 N 14.2033, juris Rn. 40.

⁴⁰³ Siehe zu diesen Kriterien und der Rügepflicht den Abschnitt 2.4.2.

⁴⁰⁴ Vgl. beispielhaft VGH Bayern, Urteil vom 18.01.2017 – 15 N 14.2033, juris Rn. 42-48 und 55.

⁴⁰⁵ Bayerischer VerfGH, Entscheidung vom 03.12.2013 – Vf. 8-VII-13, juris Rn. 38; OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 14.02.2013 – 2 K 122/11, juris Rn. 76.

Eine artenschutzrechtliche Ausnahme bzw. Befreiung ist nur für die Einzelmaßnahme und nicht für Bauleitpläne selbst möglich, da die Verbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG als verhaltensbezogenes Ordnungsrecht den tatsächlichen Zugriff untersagen und damit einhergehend kein Planungsverbot konstituieren.⁴⁰⁶ Eine Ausnahme bzw. Befreiung vom Artenschutz kann daher nicht bereits auf Ebene an die Gemeinde, sondern erst auf Ebene der öffentlich-rechtlichen Gestattungen für das Vorhaben an den Vorhabenträger erteilt werden,⁴⁰⁷ wie auch der Umkehrschluss aus § 30 Abs. 4 BNatSchG ergibt.⁴⁰⁸ Wird gleichwohl von Seiten der Naturschutzbehörde für den Bebauungsplan eine Ausnahme oder Befreiung von den Zugriffsverboten des § 44 Abs. 1 BNatSchG an die Gemeinde erteilt, so geht diese schlicht ins Leere⁴⁰⁹ und kann damit auch keine Tatbestandswirkung entfalten.⁴¹⁰

Zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen die Gemeinde in rechtmäßiger Weise in eine Ausnahmelage hineinplanen kann, gilt es insbesondere zu beachten: Vorrang hat stets die Planung von Vermeidungs- und CEF-Maßnahmen, weil die Erteilung einer Ausnahme gemäß § 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG das Nichtvorliegen zumutbarer Alternativen voraussetzt.⁴¹¹ Kann das Bestehen zumutbarer Alternativen auf Ebene der Bebauungsplanung nicht ausgeschlossen werden, ist ein Hineinplanen in die Ausnahmelage daher nicht zulässig und die Gemeinde muss das Bebauungsplanverfahren aufgeben. Außerdem müssen für die artenschutzrechtliche Ausnahme erforderliche Ausgleichsmaßnahmen bereits auf der Ebene per Festsetzung oder Vertrag festgelegt werden.⁴¹²

Nicht erforderlich ist es für die Funktionsfähigkeit des Bebauungsplans, dass die Gemeinde eine positive Prognose über die Ermessensausübung der Naturschutzbehörde hinsichtlich der Erteilung der Ausnahme oder Befreiung anstellt,⁴¹³ da nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts eine objektive Ausnahme- bzw. Befreiungslage ausreicht, um eine Planungsbefugnis zu begründen.⁴¹⁴

⁴⁰⁶ Instruktiv: BVerwG, Beschluss vom 25.08.1997 – 4 NB 12.97, juris Rn. 12 f.; aktuell: OVG Hamburg, Urteil vom 11.04.2019 – 2 E 8/17.N, juris Rn. 48.

⁴⁰⁷ Bayerischer VerfGH, Entscheidung vom 13.05.2015 – Vf. 16-VII-14, NuR 2015, S. 851 (853) (m.w.N.).

⁴⁰⁸ Vgl. zu § 30 Abs. 4 BNatSchG und der sich daraus ergebenden „beschränkten Konzentrationswirkung“ des Bebauungsplans oben Abschnitt 2.2.5.

⁴⁰⁹ VGH Bayern, Urteil vom 14.01.2003 – 1 N 01.2072, juris Rn. 35 f.; Fischer, Biotop- und Artenschutz in der Bauleitplanung, NuR 2007, S. 307 (314).

⁴¹⁰ Gellermann/Schreiber, Schutz wildlebender Tiere und Pflanzen in staatlichen Planungs- und Zulassungsverfahren, 2007, S. 113 f.

⁴¹¹ Fischer-Hüftle, Artenschutz in der Bauleitplanung, in: Jarass, Artenschutzrecht und Planung, 2016, S. 51 (56).

⁴¹² Schiller, in: Bracher/Reidt/Schiller, Bauplanungsrecht, 9. Aufl. 2021, Rn. 7.27.

⁴¹³ Fischer, Biotop- und Artenschutz in der Bauleitplanung, NuR 2007, S. 307 (314).

⁴¹⁴ BVerwG, Urteil vom 17.12.2002 – 4 C 15.01, juris Rn. 20: „Sind die Voraussetzungen, an die er [Gesetzgeber] den Ausnahmeverbehalt knüpft, objektiv erfüllt, so kann von einem unüberwindbaren rechtlichen Hindernis im Sinne der zu § 1 Abs. 3 BauGB ergangenen Senatsrechtsprechung keine Rede sein“.

Etwas anderes gilt aber dann, wenn die nach den Bestimmungen des jeweiligen Landesrechts zuständige Naturschutzbehörde (vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG) bereits im Verfahren der Planaufstellung im Zuge der Behördenbeteiligung (§ 4 Abs. 2 BauGB) signalisiert, dass sie keine Ausnahme bzw. Befreiung erteilen wird. Denn in seiner neueren Rechtsprechung zur Zulässigkeit eines Planens in die Befreiungslage hat das Bundesverwaltungsgericht zusätzlich darauf abgestellt, dass einer Überwindung der Verbote naturschutzrechtlich insgesamt nichts entgegensteht, was auf Rechtsfolgen-seite eine offene Ermessensausübung zugunsten der Erteilung einer Ausnahme/Befreiung miteinschließt bzw. dem eine angekündigte negative Ermessensausübung entgegensteht:

„Wirksam ist der Bebauungsplan hingegen, wenn für die geplante bauliche Nutzung die Erteilung einer Ausnahme oder Befreiung von diesen Bestimmungen rechtlich möglich ist, weil objektiv eine Ausnahme- oder Befreiungslage gegeben ist und einer Überwindung der naturschutzrechtlichen Verbotsregelung auch sonst nichts entgegensteht.“⁴¹⁵

Insofern ist die gängige Formulierung des Hineinplanes in die „objektive“ Ausnahme-/Befreiungslage aus der praktischen Perspektive heraus etwas missverständlich.

Bei Unvermeidbarkeit eines Verstoßes gegen § 44 Abs. 1 BNatSchG ist die Abfrage einer absehbaren Ausnahmeerteilung der Naturschutzbehörde im Zuge der Behördenbeteiligung bei der Planaufstellung aus Gründen der Planungssicherheit aus der praktischen Perspektive heraus betrachtet stets notwendig, damit der Plan seinen gestalterischen Auftrag erfüllen kann.⁴¹⁶

Gibt die Naturschutzbehörde zu erkennen, dass sie eine Ausnahme bei der Vorhabenzulassung mangels Vorliegen der materiellen Tatbestandsvoraussetzungen des § 45 Abs. 7 BNatSchG oder wegen einer beabsichtigten negativen Ermessensausübung nicht erteilen wird, macht es wegen deren Zuständigkeit auf Ebene der Vorhabenzulassung aus rechtspraktischen Erwägungen heraus kaum einen Sinn, sich als Gemeinde darüber hinwegzusetzen, sondern die Gemeinde ist meist gut beraten, primär eine Konsenslösung anzustreben.⁴¹⁷

2.4.5.3 Kostentragung

Ausgleichsmaßnahmen sind vom Vorhabenträger auf eigene Kosten durchzuführen (§ 135a Abs. 1 BauGB). Im Hinblick auf das Artenschutzrecht ist zu beachten, dass von § 135a Abs. 1 BauGB nur auf Flächen und Maßnahmen bezieht, die – z. B. gem. § 9 Abs. 1 Nr. 20 BauGB – im Bebauungsplan festgesetzt worden sind.⁴¹⁸ Wenn planexterne Artenschutzmaßnahmen vorgesehen und als Hinweis in den Bebauungsplan aufgenommen worden sind, dann bietet sich zur Absicherung ein städtebaulicher Vertrag mit

⁴¹⁵ BVerwG, Beschluss vom 09.02.2004 – 4 BN 28.03, juris Rn. 6.

⁴¹⁶ Vgl. Schiller, in: Bracher/Reidt/Schiller, Bauplanungsrecht, 9. Aufl. 2021, Rn. 7.72.

⁴¹⁷ Blessing/Schramer, Artenschutz im Bebauungsplanverfahren, 2. Aufl. 2013, Rn. 364 f.

⁴¹⁸ Schrödter/Gellermann, in: Schrödter, BauGB, 9. Aufl. 2019, § 135a Rn. 4.

dem Vorhabenträger an, um ebenfalls eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung des Vorhabenträgers zu schaffen.

Soweit Maßnahmen an anderer Stelle (§ 9 Abs. 1a BauGB) im Geltungsbereich desselben oder eines anderen Bebauungsplans festgesetzt sind und eine Zuordnung von Eingriffs- und Ausgleichsflächen nach § 9 Abs. 1a BauGB stattfindet, soll die Gemeinde gemäß § 135a Abs. 2 BauGB die Maßnahmen anstelle und auf Kosten des Vorhabenträgers durchführen.

Gemäß § 135c BauGB kann die Gemeinde – angelehnt an das kommunale Erschließungsbeitragsrecht – die Kostenerstattung von Sammelausgleichsmaßnahmen inklusive der Voraussetzungen für Vorausleistungen ab baulicher oder gewerblicher Grundstücksnutzung durch den Erlass einer separaten Satzung⁴¹⁹ regeln, wobei aus Gründen der Kostengerechtigkeit regelmäßig eine einheitliche Satzung für das gesamte Gemeindegebiet und nicht jeweils unterschiedliche Satzungen für die einzelnen Planungsgebiete beschlossen werden.⁴²⁰

2.4.5.4 Bewertungszeitpunkt und Fehlerfolgen

Entsprechend § 214 Abs. 3 BauGB ist maßgeblicher Zeitpunkt für die Bewertung der Frage, ob der Bebauungsplan wegen artenschutzrechtlicher Verbote unwirksam ist, der Zeitpunkt der Beschlussfassung über den Bebauungsplan.⁴²¹ Taucht nach dem Satzungsbeschluss (§ 10 Abs. 1 BauGB) aber vor der Bekanntmachung des Bebauungsplans (§ 10 Abs. 3 Satz 1 BauGB) ein artenschutzrechtliches Hindernis auf, etwa weil man das Vorkommen einer geschützten Art entdeckt hat, welches der Umsetzung des Bebauungsplans entgegensteht, darf der Bebauungsplan nicht durch die Gemeinde nach § 10 Abs. 3 Satz 4 BauGB per Bekanntmachung in Kraft gesetzt werden.⁴²² Stellt sich erst nach Bekanntmachung und damit dem Inkrafttreten des Bebauungsplans heraus, dass bei einer Umsetzung des Plans unüberwindbare artenschutzrechtliche Hindernisse vorliegen, vermag dies die Gültigkeit des in Kraft gesetzten Plans nicht infrage zu stellen.⁴²³ Im Einzelfall ist es aber denkbar, dass ein Bebauungsplan ganz oder teilweise wegen Funktionslosigkeit unwirksam werden kann, wenn die Verhältnisse, auf die er sich bezieht, in der tatsächlichen Entwicklung wegen nachträglicher Artenvorkommen einen Zustand erreicht haben, der eine Verwirklichung auf unabsehbare Zeit offenkundig ausschließt.⁴²⁴

⁴¹⁹ Dabei orientieren sich die Gemeinden meist an der Mustersatzung zur Abrechnung von Ausgleichsmaßnahmen der Bundesvereinigung kommunaler Spitzenverbände von 1993.

⁴²⁰ *Schrödter/Gellermann*, in: *Schrödter, BauGB*, 9. Aufl. 2019, § 135c Rn. 2.

⁴²¹ OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 15.05.2007 – 8 C 10751/06, juris Rn. 48 ff.; OVG NRW, Urteil vom 30.01.2009 – 7 D 11/08.NE, juris Rn. 142.

⁴²² OVG NRW, Urteil vom 30.01.2009 – 7 D 11/08.NE, juris Rn. 138.

⁴²³ OVG NRW, Urteil vom 17.04.2009 – 7 D 110/07, juris Rn. 165.

⁴²⁴ Vgl. OVG NRW, Urteil vom 30.01.2009 – 7 D 11/08, juris Rn. 143.

Die Baubehörde kann die erforderlichen Anordnungen treffen, wenn im Bebauungsplan festgesetzte Artenschutzmaßnahmen von der Gemeinde oder vom Vorhabenträger nicht umgesetzt werden. Daneben kann die Naturschutzbehörde gestützt auf § 3 Abs. 2 BNatSchG die erforderlichen Anordnungen treffen, um einen Verstoß gegen die Zugriffsverbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG zu unterbinden. Denn der naturschutzrechtliche Rechtskreis ist eigenständig, sodass eine baurechtliche Entscheidung keine Sperrwirkung hat.⁴²⁵ Außerdem kann die Gemeinde zur Absicherung gemäß § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BauGB ein aufschiebend bedingtes Baurecht per Bebauungsplan von der Durchführung der Festsetzungen zum Artenschutz abhängig machen.

2.5 Artenschutz in der Flächennutzungs- und Regionalplanung

Die verhaltensbezogenen Zugriffsverbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG konstituieren kein Überplanungsverbot von Habitaten.⁴²⁶ Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage nach der Rolle des Artenschutzrechts in der Flächennutzungs- und Regionalplanung als den höhergezogenen Planungsebenen der räumlichen Gesamtplanung.

2.5.1 Artenschutzrecht auf Ebene des Flächennutzungsplans

Ein Flächennutzungsplan stellt als vorbereitender Bauleitplan gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 BauGB in den Grundzügen die beabsichtigten Grundstücksnutzungen für das gesamte Gemeindegebiet dar. Wie Bebauungspläne verstoßen auch Flächennutzungspläne gegen das Gebot der Erforderlichkeit (§ 1 Abs. 3 BauGB) und sind unwirksam, wenn deren Darstellungen artenschutzrechtliche Hindernisse entgegenstehen, die nicht absehbar zumindest im Wege der Ausnahme oder Befreiung überwunden werden können. Widersprechen Darstellungen des Flächennutzungsplans (§ 5 Abs. 2 BauGB) dem Artenschutzregime, so kann aus ihnen nämlich kein wirksamer Bebauungsplan im Sinne des § 8 Abs. 2 Satz 1 BauGB entwickelt werden, sodass sie ihren aus § 1 Abs. 3 BauGB resultierenden Ordnungsauftrag für die städtebauliche Entwicklung (vgl. § 214 Abs. 2 Nr. 2 BauGB) nicht wahrnehmen.⁴²⁷

Aus dem Erforderlichkeitskriterium, das für alle Ebenen der Bauleitplanung gilt, ergibt sich daher auch für die Flächennutzungsplanung die Pflicht der Gemeinde, vorausschauend mögliche Artenschutzkonflikte zu bewerten, weshalb bei Flächennutzungsplänen ebenfalls eine artenschutzrechtliche Prüfung in Form einer Konfliktpotentialbewertung durchgeführt werden muss. Soweit Darstellungen des Flächennutzungsplans möglicherweise in Konflikt mit § 44 BNatSchG geraten, bedarf es zur

⁴²⁵ VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 24.11.1997 – 5 S 3409/95, juris Rn. 27.

⁴²⁶ VGH Hessen, Urteil vom 21.02.2008 – 4 N 869/07, juris Rn. 38.

⁴²⁷ Lau, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 67 Rn. 16.

Bewertbarkeit in der Regel einer Bestandserfassung vor Ort,⁴²⁸ sofern im Vorfeld der Fortschreibung des Flächennutzungsplans kein Landschaftsplan erarbeitet worden ist (vgl. § 2 Abs. 4 Satz 6 BauGB).

Um den Artenschutz im Zuge der Flächennutzungsplanung rechtssicher zu bewältigen bzw. um potentielle Konflikte mit dem Artenschutz auf den nachfolgenden Ebenen zu vermeiden, bietet sich stets der Weg über die Landschaftsplanung an, zumal die Aussagen des Landschaftsplans über die Darstellung von Flächen zum Schutz, zur Pflege und zur Entwicklung von Natur und Landschaft (§ 5 Abs. 2 Nr. 10 BauGB) in den Flächennutzungsplan übernommen werden können, ohne dass an der städtebaulichen Gebotenheit solcher Darstellungen rein aus Gründen des Artenschutzes ein Zweifel bestehen kann, denn die Übernahme flächenbezogener Aussagen der Landschaftsplanung in den Flächennutzungsplan ist stets städtebaulich geboten (vgl. für den Artenschutz § 9 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 Buchst. b BNatSchG: *„Lebensstätten der Tiere und Pflanzen wild lebender Arten“*).⁴²⁹

Auf der Ebene der Flächennutzungsplanung gilt es daher die Artenschutzbelange im Sinne einer überschlägigen Vorabschätzung zu berücksichtigen, soweit sie auf dieser Ebene bereits ersichtlich sind. Maxime dabei ist, solche Darstellungen im Flächennutzungsplan zu vermeiden, die in nachgeordneten Verfahren aus Artenschutzgründen nicht umgesetzt werden können.

2.5.2 Artenschutzrecht auf Ebene der Regionalplanung

Obwohl es Aufgabe der Raumplanung als Gesamtplanung darstellt, konkurrierende Raumnutzungen zu koordinieren, muss auf der Ebene der Regionalplanung hingegen grundsätzlich keine spezielle artenschutzrechtliche Prüfung durchgeführt werden.⁴³⁰ Eine summarische Zusammenstellung der Artenschutzbelange in Form der Abfrage vorhandener Erkenntnisse bei den Naturschutzbehörden reicht für die Erforderlichkeitsprüfung⁴³¹ und Abwägung (§ 7 Abs. 2 Satz 1 ROG) regelmäßig aus.⁴³²

⁴²⁸ Missverständlich OVG NRW, Urteil vom 21.04.2015 – 10 D 21/12.NE, juris Rn. 170 ff. (insb. 175), wonach eine Bewertung anhand *„vorhandener Erkenntnisse“* ausreiche; die vorhandenen Erkenntnisse basierten jedoch im konkreten Fall auf mehrfach überprüften Kartierungen.

⁴²⁹ Schrödter/Otto, in: Schrödter, BauGB, 9. Aufl. 2019, § 5 Rn. 67 (m.w.N. zu Kommentierungen des BauGB).

⁴³⁰ VGH Hessen, Urteil vom 10.05.2012 – 4 C 841/11.N, juris Rn. 44: *„Es stellt entgegen der Auffassung der Antragstellerin auch keinen unzulässigen Konflikttransfer dar, dass für die konkrete örtliche avifaunistische und fledermauskundliche Untersuchung und artenschutzrechtliche Bewertung der für Windenergieanlagen vorgesehenen Flächen auf das vorhabenbezogene Genehmigungsverfahren verwiesen wird, denn diese Untersuchung und Bewertung gehört nicht mehr auf die Ebene der Regionalplanung.“*

⁴³¹ Zur fehlenden Erforderlichkeit von überörtlichen Plänen, deren Verwirklichung auf unabsehbare Zeit rechtliche oder tatsächliche Hindernisse entgegenstehen, BVerwG, Beschluss vom 16.03.2006 – 4 BN 38.05, juris Rn. 9: *„Denn dann verfehlt sie ihren gestaltenden Auftrag.“*

⁴³² OVG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 03.04.2013 – 4 K 24/11, juris Rn. 101; vgl. auch OVG NRW, Urteil vom 21.04.2015 – 10 D 21/12.NE, juris Rn. 175.

Festlegungen auf Ebene der Raumordnung eröffnen schon maßstabsbedingt⁴³³ einen Spielraum, sodass eine dauerhafte Kollision der vorgegebenen Nutzung mit den verhaltensbezogenen artenschutzrechtlichen Verboten – und damit eine fehlende Erforderlichkeit des Raumordnungsplans – ausgeschlossen ist, zumal bei der Erforderlichkeitsprüfung stets auch mögliche Vermeidungsmaßnahmen sowie eine Ausnahmelage auf der Ebene der Vorhabenzulassung zu berücksichtigen sind.⁴³⁴

Eine summarische Zusammenstellung der Artenschutzbelange ohne Bestandserhebungen reicht aber im Falle einer Vorrangplanung mit Eignungsgebietscharakter gemäß § 8 Abs. 7 Satz 1 Nr. 3 ROG für raumgreifende Vorhaben nicht aus, weil hier die Raumordnung über § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB unmittelbar auf die Zulassungsebene im Sinne einer „Letztentscheidung“ durchschlägt. Ein typisches Beispiel hierfür sind regionalplanerische Festlegungen von Abgrabungsbereichen als Vorranggebiete bei einem gleichzeitigen Ausschluss von Abgrabungen im gesamten übrigen Plangebiet.⁴³⁵ Die Einzelheiten einer Standortauswahl sind nicht nur anhand des groben Rasters der Planerforderlichkeit, sondern nach den Maßstäben des Abwägungsgebots zu überprüfen.⁴³⁶

Parallel zur Bauleitplanung ist der Planungsträger daher verpflichtet, auf der Basis einer ausreichenden Sachverhaltsermittlung eine spezielle artenschutzrechtliche Prüfung durchzuführen, zur Beantwortung der Frage, ob bzw. inwieweit Vermeidungsmaßnahmen oder zumindest Minderungsmaßnahmen durchgeführt werden können und welche möglichen Standortalternativen als Voraussetzung für eine Ausnahmezulassung bestehen, sodass die Frage einer rechtmäßigen Verlagerung des Artenschutzes auf die Zulassungsebene durch das Hineinplanen in die objektive Ausnahmelage bewertet werden kann.

Bei einer Determinierung der Zulassungsebene durch die Regionalplanung entfalten die artenschutzrechtlichen Verbote demnach die gleiche rechtliche Wirkung in Form einer vorausschauenden Prüfpflicht und planerischen Bewältigung wie bei der Bauleitplanung.

2.5.3 Artenschutzrecht bei der Steuerung von Windenergieanlagen

§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ermöglicht es, in den Flächennutzungs- und Raumordnungsplänen Bereiche darzustellen, die für die Nutzung der Windenergie zur Verfügung gestellt werden und damit zugleich Windenergieanlagen für das übrige Plangebiet grundsätzlich auszuschließen. Um Konflikte mit dem Artenschutz in nachgelagerten

⁴³³ Auf der Ebene der Regionalplanung beträgt der Maßstab noch 1:100.000 bzw. in NRW 1:50.000. Demgegenüber weisen Flächennutzungspläne einen Maßstab von 1:10.000 und Bebauungspläne einen Bestimmtheitsgrad von 1: 500 bzw. 1:1.000 auf.

⁴³⁴ *Krüseman*, Artenschutz in der Raumordnung, in: Jarass, Artenschutzrecht und Planung, 2016, S. 76 (78).

⁴³⁵ *Krüseman*, a.a.O., S. 76 (79).

⁴³⁶ BVerwG, Beschluss vom 16.03.2006 – 4 BN 38.05, juris Rn. 9 (Flächen für die Windenergie).

Genehmigungsverfahren zu vermeiden, kann bei der Planung von Konzentrationszonen für die Windenergie sowohl auf Ebene der Flächennutzungsplanung (Sondergebiet für die Windenergie)⁴³⁷ als auch der Regionalplanung (Vorranggebiet als Ziel der Raumordnung)⁴³⁸ der Artenschutz als sog. Tabukriterium umgesetzt werden, etwa durch den Ausschluss von Lebensräumen windkraftsensibler Arten. Eine solche Konzentrationszonenplanung mit Ausschlusswirkung, welche die nachgelagerte Zulassungsebene weitreichend determiniert, spielt in der Praxis vor allem bei der Änderung von Flächennutzungsplänen, um der Windenergie im Gemeindegebiet substantiell Raum zu verschaffen, für den Schutz windkraftsensibler Arten eine entscheidende Rolle.

Die Tabuzonen lassen sich in „harte“ und „weiche“ untergliedern. Der Begriff der harten Tabuzonen betrifft die Planerforderlichkeit und dient der Kennzeichnung von Teilen des Planungsraums, die für eine Windenergienutzung, aus welchen Gründen auch immer, nicht in Betracht kommen, mithin für eine Windenergienutzung „schlechthin“ ungeeignet sind.⁴³⁹ Mit dem Begriff „weiche Tabuzonen“ werden hingegen Bereiche des Plangebiets erfasst, in denen nach dem Willen des Plangebers aus unterschiedlichen Gründen die Errichtung von Windenergieanlagen von vornherein ausgeschlossen werden soll, obwohl keine zwingenden rechtlichen oder tatsächlichen Ausschlussgründe bestehen.⁴⁴⁰

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts vollzieht sich die Ausarbeitung des Planungskonzepts abschnittsweise: Verkürzt gesagt, sind in einem ersten Arbeitsschritt diejenigen Bereiche als „Tabuzonen“ zu ermitteln, die für die Nutzung der Windenergie nicht zur Verfügung stehen. Die Potenzialflächen, die nach Abzug der harten und weichen Tabuzonen übrigbleiben, sind in einem zweiten Arbeitsschritt zu den auf ihnen konkurrierenden Nutzungen in Beziehung zu setzen, d. h. die öffentlichen Belange, die gegen die Ausweisung eines Landschaftsraums als

⁴³⁷ Darstellung nach § 5 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. b BauGB.

⁴³⁸ Zur Gebietstypik bei der Festlegung von Zielen der Raumordnung für die Windenergie und den sog. „weißen Bereichen“ im Regionalplan, die weder zu den Vorranggebieten noch zu den Ausschlussgebieten für die Windenergie gehören, instruktiv *Gatz*, Windenergieanlagen, 3. Aufl. 2019, Rn. 162-170.

⁴³⁹ Welche Naturschutz-Instrumente wie bspw. Naturschutzgebiete, Natura 2000 oder gesetzlich geschützte Biotope als harte Tabukriterien anzusehen sind, wird selbst von der Rechtsprechung uneinheitlich beantwortet, vgl. dazu den Überblick bei *Gatz*, Windenergieanlagen, 3. Aufl. 2019, Rn. 77-83.

⁴⁴⁰ BVerwG, Urteil vom 20.05.2010 – 4 C 7.09, juris Rn. 25: *„Die Tatsache, dass sensible Landschaftsräume aus fachlicher Sicht für Windenergieanlagen nicht zwingend gesperrt werden müssen, bedeutet nicht, dass die Gemeinde sie nicht für die Nutzung der Windenergie sperren darf. Sich im Konfliktfall zwischen der Windenergienutzung und dem Vogelschutz für den Vogelschutz zu entscheiden, hält sich im Rahmen des Spielraums, den das Abwägungsgebot der Gemeinde einräumt. Ob das Artenschutzrecht ... der Nutzung der Flächen für die Windenergie zwingend entgegensteht, kann an dieser Stelle offen bleiben.“*

Konzentrationszone sprechen, sind mit dem Anliegen abzuwägen, der Windenergienutzung an geeigneten Standorten eine Chance zu geben, die ihrer Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB gerecht wird. Lebensräume windkraftsensibler Arten können auch auf dieser zweiten Ebene, also nicht als Tabuzonen, sondern als Pufferzonen im Rahmen der Abwägung ausgeschlossen werden. Als Abwägungsergebnis muss der Windenergie trotz aller Abzüge noch substantiell Raum verschafft werden. Ein objektiver Maßstab hierfür ergibt sich aus dem Verhältnis der Konzentrationszonen zu der Größe der Potenzialfläche nach Abzug der harten Tabukriterien; das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz hat insofern einen Anteil von 1,8 % als der Windenergie in substantieller Weise Raum verschaffend angesehen.⁴⁴¹ Stellt sich nach der Abwägung im Rahmen der Abschlusskontrolle jedoch heraus, dass der Windenergienutzung nicht substantiell Raum verschafft worden ist, hat sich der Planungsträger drittens den weichen Tabuzonen und den Gewichtungen in der Abwägung abermals zuzuwenden und sie einer erneuten Bewertung zugunsten einer substantiellen Raumverschaffung für die Windenergie zu unterziehen.⁴⁴²

Der Plangeber muss sich zur Vermeidung eines Fehlers im Abwägungsvorgang den Unterschied zwischen harten und weichen Tabuzonen bewusstmachen und ihn dokumentieren.⁴⁴³ Das ist dem Umstand geschuldet, dass die beiden Arten der Tabuzonen nicht demselben rechtlichen Regime unterliegen. Bei den harten Tabuzonen handelt es sich um Flächen, auf denen die Windenergienutzung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen ausgeschlossen ist. Sie sind einer Abwägung zwischen den Belangen der Windenergienutzung und widerstreitenden Belangen entzogen. Demgegenüber sind weiche Tabuzonen zu den Flächen zu rechnen, die einer Berücksichtigung im Rahmen der Abwägung zugänglich sind. Zwar dürfen sie anhand einheitlicher Kriterien ermittelt und vorab ausgeschieden werden, bevor diejenigen Belange abgewogen werden, die im Einzelfall für und gegen die Nutzung einer Fläche für die Windenergie sprechen. Das ändert aber nichts daran, dass sie der Ebene der Abwägung zuzuordnen sind, was sich daran zeigt, dass der Plangeber die weichen Tabuzonen einer erneuten Betrachtung und Bewertung unterziehen muss, wenn er als Ergebnis seiner Untersuchung erkennt, dass er für die Windenergienutzung nicht substantiell Raum schafft. Außerdem muss die Gemeinde ihre Entscheidung für weiche Tabuzonen rechtfertigen. Dazu muss der Plangeber aufzeigen, wie er die eigenen Ausschlussgründe bewertet, d. h. kenntlich machen, dass er – anders als bei harten Tabukriterien – einen Bewertungsspielraum hat, und die Gründe für seine Wertung offenlegen.⁴⁴⁴

⁴⁴¹ OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 06.02.2018 – 8 C 11527/17, juris Rn. 93-95.

⁴⁴² Vgl. zum Abwägungsvorgang insbesondere BVerwG, Urteil vom 13.12.2012 – 4 CN 1.11, juris Rn. 10 ff. sowie *Gatz*, Windenergieanlagen, 3. Aufl. 2019, Rn. 86-122.

⁴⁴³ BVerwG, Urteil vom 13.12.2012 – 4 CN 1.11, juris Rn. 13.

⁴⁴⁴ *Gatz*, Windenergieanlagen, 3. Aufl. 2019, Rn. 96.

Mittlerweile ist anerkannt, dass Aktivitätszentren der von § 44 Abs. 1 und 5 BNatSchG sämtlich geschützten Vögel und Fledermäuse im Rahmen der gesamtplanerischen Steuerung von Windenergieanlagen nicht als „harte“ Tabuzonen zu betrachten sind, weil Ausnahmen im Hinblick auf § 45 Abs. 7 BNatSchG nicht von vornherein ausgeschlossen sind und die Errichtung bzw. der Betrieb von Windenergieanlagen damit nicht schlechthin rechtlich unmöglich ist.⁴⁴⁵

Lebensräume windkraftsensibler Arten können aber auf der zweiten Ebene als „weiche“ Tabuzonen von der Flächenkulisse für eine potentielle Windenergienutzung ausgenommen werden, sofern nach dem planerischen Willen der Gemeinde die Errichtung oder der Betrieb von Windenergieanlagen dort aus Konfliktgesichtspunkten von vornherein ausgeschlossen werden soll. Dabei darf der Träger einer Planung auch größere Schutzabstände als die Abstandsvorgaben im Windenergieerlass des Bundeslandes bzw. die Empfehlungen des „Helgoländer Papiers“ um Lebensstätten festlegen, solange im Plangebiet der Nutzung der Windenergie noch substantiell Raum verschafft wird.⁴⁴⁶

Beim Ausschluss von Flächen zugunsten des Artenschutzes wird aktuell das Potential von Dichtezentren diskutiert. Beispielsweise werden von der Landesplanung in Schleswig-Holstein die Dichtezentren des Seeadlers als weiche Tabukriterien für die Ausweisung von Vorranggebieten mit Ausschlusswirkung auf Ebene der Regionalplanung als Raumordnungsgrundsatz vorgegeben.⁴⁴⁷ Dichtezentren sind Gebiete, in denen windenergiesensible Arten eine hohe Siedlungsdichte im Sinne einer Quellpopulation aufweisen.⁴⁴⁸ Mit Ausnahme von Hessen, wo auch Dichtezentren für Fledermäuse ausgewiesen werden sollen,⁴⁴⁹ liegen naturschutzfachliche Herleitungen von Dichtezentren im Wesentlichen für windkraftsensible Vogelarten vor.⁴⁵⁰

⁴⁴⁵ So jeweils mit weiteren Nachweisen: *Hendler/Kerkmann*, Harte und weiche Tabuzonen, DVBl 2014, S. 1369 (1371); *Gatz*, Windenergieanlagen, 3. Aufl. 2019, Rn. 83.

⁴⁴⁶ OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 26.10.2011 – 2 L 6/09, juris Rn. 47.

⁴⁴⁷ Gemäß Grundsatz Nr. 3 der Teilfortschreibung des Landesentwicklungsplans zum Thema Windenergie an Land (am 30.10.2020 in Kraft getreten): „Zur räumlichen Steuerung der Errichtung von Windkraftanlagen sollen in den Regionalplänen Vorranggebiete mit der Wirkung von Eignungsgebieten ... festgelegt werden. ... Die Flächenauswahl soll nach den nachfolgend genannten harten und weichen Tabukriterien sowie den Abwägungskriterien erfolgen ... Weiche Tabukriterien ... Dichtezentrum für Seeadlervorkommen“.

⁴⁴⁸ Zur Definition *Wulfert/Schöne-Warnefeld*, Dichtezentrenkonzepte, 2021, S. 2 f.

⁴⁴⁹ Die Räume mit sehr hohem Konfliktpotenzial für Fledermausarten umfassen in Hessen die Wochenstuben und Winterquartiere langstreckenwandernder Arten, vgl. dazu Nr. 7.3 und Nr. 11 der gemeinsamen Verwaltungsvorschrift „Naturschutz/Windenergie“ (2020) des hessischen Umwelt- und Wirtschaftsministeriums, online im Internet:

<https://www.rv.hessenrecht.hessen.de/bshe/document/VVHE-VVHE000017550>

(zuletzt abgerufen am 15.02.2022).

⁴⁵⁰ Zum Artenspektrum *Wulfert/Schöne-Warnefeld*, a.a.O., S. 4.

Mit der Verwendung des Dichtezentrenansatzes im Rahmen von Konzentrationszonenplanungen stellt sich die Frage nach der erforderlichen Untersuchungs- und Abwägungstiefe in Bezug auf Flächen, die zugunsten des Artenschutzes dem Ausschlussbereich zugeordnet werden sollen.⁴⁵¹ Ausgangspunkt der Überlegungen ist, dass im Rahmen von Konzentrationszonenplanungen für die Bestimmung der notwendigen Abwägungs- und Untersuchungstiefe zwischen den Konzentrationszonen (Windenergie) und den Ausschlussgebieten (Artenschutz) zu unterscheiden ist. Nur für erstere gelten die besonderen Anforderungen des Substanzgebotes, wonach der Planungsträger „möglichst gut geeignete Flächen auszuweisen [hat], um dadurch die nachfolgenden Anlagengenehmigungsverfahren von Konflikten zu entlasten“, sodass sich in den Konzentrationszonen Windenergieanlagenplanungen regelmäßig und nicht nur im Einzelfall durchsetzen werden.⁴⁵² Um die Herausnahme der Flächen aus der weiteren Planung zu rechtfertigen, sind Flächenuntersuchung und Abwägung allein insoweit vorzunehmen, als die Gewichtung des Artenschutzbelangs möglich und damit die Tabuisierung der Fläche begründbar ist.⁴⁵³ Im Ergebnis muss mithin das Vorliegen eines Dichteentrums entsprechend der jeweiligen naturschutzfachlichen Definition der Landesverwaltung belegt werden.⁴⁵⁴

Die in den Ländern etablierten Konzepte zur Ermittlung eines Dichteentrums weisen zwar große Unterschiede auf.⁴⁵⁵ Soweit es aber nicht um die Frage nach einer artenschutzrechtlichen Ausnahme auf der Zulassungsebene, sondern um die konzeptionelle Begründung von Tabuzonen für den Artenschutz auf der Ebene der Regional- und Flächennutzungsplanung geht, ist es rechtlich unproblematisch, dass keine einheitlichen Standards, sondern insbesondere relative Schwellenwerte und unterschiedliche Suchradien bezogen auf die spezielle Situation im Bundesland verwendet werden,⁴⁵⁶ weil bei den „weichen Tabukriterien“ nach dem Willen des Plangebers die Errichtung von Windenergieanlagen ausgeschlossen werden soll, obwohl keine zwingenden Ausschlussgründe bestehen, was ein einheitliches Kriterium (nur) für das jeweilige Plangebiet voraussetzt.

⁴⁵¹ *Wegner*, Rechtliche Einordnung von Dichtezentren, ZUR 2021, S. 469 (472).

⁴⁵² OVG Niedersachsen, Urteil vom 23.06.2016 – 12 KN 64/14, juris Rn. 85 f.

⁴⁵³ Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 23.05.2019 – OVG 2 A 4/19, juris Rn. 123, dort in Bezug auf Flächen im Geltungsbereich des *Sachlichen Teilregionalplans „Windenergienutzung“* (2015) der Regionalen Planungsgemeinschaft Lausitz-Spreewald, die aufgrund der in Brandenburg verwendeten „tierökologischen Abstandskriterien (TAK)“ aus der Planung ausgeschieden werden.

⁴⁵⁴ *Wegner*, Rechtliche Einordnung von Dichtezentren, ZUR 2021, S. 469 (472).

⁴⁵⁵ *Wulfert/Schöne-Warnefeld*, Dichtezentrenkonzepte, 2021, S. 11 ff.

⁴⁵⁶ Vgl. die Gegenüberstellung der unterschiedlichen Schwellenwerte für Baden-Württemberg und Sachsen-Anhalt bei *Nagel et al.*, Rotmilan – Ermittlung von Dichtezentren, NuLP 2019, S. 14 (16-18).

2.6 Artenschutzrecht im Genehmigungsverfahren nach BImSchG

Wegen seines Handlungsbezugs, zugleich aber vorsorgenden Schutzansatzes begleitet das Artenschutzrecht den Anlagenbetreiber vom Genehmigungsverfahren bis in den alltäglichen Betrieb.⁴⁵⁷ Jene Anlagen, die wegen ihrer potentiell schädlichen Umwelteinwirkungen einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung bedürfen, werden in der Anlage zur 4. BImSchV aufgeführt, wie z. B. Müllverbrennungsanlagen oder Windenergieanlagen. Im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren sind gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG nicht nur die Einhaltung der Anforderungen des Immissionsschutzes (wie Lärmgrenzwerte) zu überprüfen, sondern unter anderem auch zu ermitteln, ob der Errichtung oder dem Betrieb der Anlage die artenschutzrechtlichen Verbote des § 44 Abs. 1 und 5 BNatSchG entgegenstehen.

2.6.1 Mitwirkungspflicht des Antragstellers

Gemäß dem Amtsermittlungsgrundsatz des § 24 VwVfG hat die Genehmigungsbehörde die Pflicht, im immissionsschutzrechtlichen Zulassungsverfahren den Sachverhalt von Amts wegen aufzuklären. Gemäß § 10 Abs. 1 BImSchG und § 4 Abs. 1 der 9. BImSchV ist es dabei Aufgabe des Vorhabenträgers, gegenüber der Genehmigungsbehörde darzulegen, dass es nicht zu Verstößen gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften kommen wird (sog. „Mitwirkungspflicht des Antragstellers“). Im Rahmen der Amtsermittlungspflicht steht die Auswahl der Beweismittel gemäß § 26 Abs. 1 VwVfG im Ermessen der Behörde, das durch Verwaltungsvorschriften ausgefüllt werden kann,⁴⁵⁸ weshalb die Genehmigungsbehörde bei der Planung von genehmigungspflichtigen Anlagen präzise Anforderungen an Art und Umfang der von dem Antragsteller einzureichenden Artenschutzgutachten entsprechend der einschlägigen Verwaltungsvorschriften und Fachleitfäden zur Prüfung der Genehmigungsfähigkeit stellen kann. Dies ergibt sich auch aus § 10 Abs. 1 Satz 2 und 3 BImSchG und speziell für den Natur- und Artenschutz aus § 4 Abs. 1 Satz 1 der 9. BImSchV, der lautet:

„Soweit die Zulässigkeit oder die Ausführung des Vorhabens nach Vorschriften über Naturschutz und Landschaftspflege zu prüfen ist, sind die hierfür erforderlichen Unterlagen beizufügen; die Anforderungen an den Inhalt dieser Unterlagen bestimmen sich nach den naturschutzrechtlichen Vorschriften. Die Unterlagen nach Satz 1 müssen insbesondere Angaben über Maßnahmen zur Vermeidung, Verminderung, zum Ausgleich oder zum Ersatz erheblicher Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft enthalten.“

Die Zulassungsbehörde hat in Bezug auf den Umfang der von dem Antragsteller beizubringenden Unterlagen und die Detailliertheit der darin enthaltenen Angaben

⁴⁵⁷ Lau, Artenschutz im Immissionsschutzrecht, I+E 2016, S. 50.

⁴⁵⁸ Jarass, BImSchG, 13. Aufl. 2020, § 10 Rn. 52.

einen Beurteilungsspielraum, der sich aus der Zielrichtung der Norm erklärt, der Genehmigungsbehörde die notwendigen Entscheidungsgrundlagen zu verschaffen.⁴⁵⁹

Gemäß § 10 Abs. 1 Satz 3 BImSchG und § 7 Abs. 1 Satz 3 der 9. BImSchV kann die Genehmigungsbehörde bei Defiziten in den Artenschutzgutachten Nachbesserung verlangen;⁴⁶⁰ auch die Ergänzung eines Gutachtens kann verlangt werden, wenn es wegen einer Veränderung der Verhältnisse nicht mehr hinreichend aussagekräftig ist.⁴⁶¹

2.6.2 Beteiligung der Naturschutzbehörde

Der gemäß § 11 der 9. BImSchV einzuholenden Stellungnahme der Naturschutzbehörde zur Vereinbarkeit der Anlage mit dem Natur- und Artenschutzrecht kommt entscheidende Bedeutung zu, weil die Fachbehörde im Zuge der Behördenbeteiligung im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren selbstständig im Rahmen ihres sachlichen und örtlichen Zuständigkeitsbereichs zu prüfen hat, ob das Vorhaben die gesetzlichen Genehmigungsvoraussetzungen erfüllt.⁴⁶² Im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren muss daher der Antragsteller gegenüber den beteiligten Behörden nachprüfbar darlegen, dass es bei Errichtung oder Betrieb der Anlage nicht zu einer Verwirklichung der artenschutzrechtlichen Verbote kommen wird.⁴⁶³

Vermeidungsmaßnahmen können als Bedingung oder Auflage gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 BImSchG auferlegt werden, wonach die Genehmigung unter Bedingungen erteilt und mit Auflagen verbunden werden kann, soweit dies erforderlich ist, um die Erfüllung der in § 6 BImSchG genannten Genehmigungsvoraussetzungen sicherzustellen.⁴⁶⁴

Ist ein Risikomanagement (Monitoring) Teil des Schutzkonzepts, sollte aus Behördensicht die Genehmigung mit dem Vorbehalt nachträglicher Auflagen verbunden werden, damit wirksame Reaktionsmöglichkeiten bestehen, wofür wegen § 12 Abs. 2a Satz 1 BImSchG vor Genehmigungserteilung, ggf. unter Hinweis auf die sonst drohende Ablehnung des Genehmigungsantrags, das Einverständnis des Antragstellers einzuholen ist.⁴⁶⁵

⁴⁵⁹ Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 96. EL 2021, § 4 der 9. BImSchV Rn. 3.

⁴⁶⁰ OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 20.04.2016 – 2 L 64/14, juris Rn. 76-78.

⁴⁶¹ OVG Sachsen-Anhalt, a.a.O., juris Rn. 80-82.

⁴⁶² Dietlein, a.a.O., § 11 der 9. BImSchV Rn. 8.

⁴⁶³ Lau, Artenschutz im Immissionsschutzrecht, I+E 2016, S. 50 (56); OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 20.04.2016 – 2 L 64/14, juris Rn. 82: „Dem entsprechend kann die Behörde von demjenigen, der eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung zum Betrieb von Windenergieanlagen beantragt, grundsätzlich verlangen, dass er ein faunistisches Gutachten vorlegt, welches aufzeigt, ob und in welchem Umfang am Vorhabenstandort und in dessen näherer Umgebung Fledermausvorkommen und Fledermausaktivitäten zu verzeichnen sind, um ihr eine Einschätzung darüber zu ermöglichen, inwieweit das Vorhaben mit dem artenschutzrechtlichen Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG vereinbar ist“.

⁴⁶⁴ Lau, a.a.O., S. 50 (57).

⁴⁶⁵ Lau, a.a.O., S. 50 (57); Fellenberg, Nachträgliche Anpassung, 2016, S. 6.

2.6.3 Besonderheiten bei der artenschutzrechtlichen Ausnahme

Wegen der Konzentrationswirkung der Genehmigung nach § 13 BImSchG gilt es ebenfalls als Spezialität des besonderen Artenschutzes im Immissionsschutzrecht zu beachten, dass eine ggf. notwendige artenschutzrechtliche Ausnahme, welche durch die Naturschutzbehörde im Rahmen der Behördenbeteiligung (§ 11 der 9. BImSchV) vorbereitet worden ist, formal durch die Immissionsschutzbehörde erteilt wird, denn die Konzentrationswirkung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung umfasst auch artenschutzrechtliche Ausnahmen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG.⁴⁶⁶

Die artenschutzrechtliche Ausnahme für eine Windenergieanlage setzt die Prüfung von Standortalternativen voraus, die sich nicht nur auf das Gebiet der Standortgemeinde bzw. das Gebiet des Flächennutzungsplans, sondern auf das Gebiet der Regionalplanung erstreckt. Zwar darf die Alternative nicht auf ein anderes Projekt hinauslaufen. Eine regionale Perspektive ist jedoch wegen der Steuerung von Windenergiestandorten durch Regionalpläne gerechtfertigt und verhindert, dass jedes Vorhaben allein durch eine möglichst enge Zielsetzung des Vorhabenträgers alternativlos gestellt wird und so die Alternativenprüfung ins Leere läuft.⁴⁶⁷

2.6.4 Nachträgliche Betriebsbeschränkungen

Trotz der Legalisierungswirkung der Genehmigung muss ein Anlagenbetreiber wegen der Dynamik der im Immissionsschutz- und Naturschutzrecht geregelten Lebenssachverhalte mit der nachträglichen Einschränkung bzw. Anpassung seiner Genehmigung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit rechnen.⁴⁶⁸ Umstritten und in der Rechtsprechung bislang nicht abschließend geklärt ist die Reichweite der naturschutzrechtlichen Generalklausel (§ 3 Abs. 2 BNatSchG) im Nachgang der Erteilung einer Genehmigung nach § 13 BImSchG,⁴⁶⁹ eine Frage, die sich wegen seiner ubiquitären Geltung und Handlungsbezogenheit insbesondere bezogen auf das Artenschutzrecht stellt. Da er handlungsbezogene Verbote enthält, wirkt § 44 BNatSchG auch über den Zeitpunkt des Genehmigungserlasses und den Zeitpunkt der Bestandskraft nach Ablauf der Anfechtbarkeit hinaus.⁴⁷⁰

Im Nachgang der Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung kommen naturschutzbehördliche Anordnungen bei Konflikten mit Vogelarten und Anhang-IV-Arten auf der Grundlage von § 3 Abs. 2 BNatSchG grundsätzlich in Betracht,

⁴⁶⁶ OVG NRW, Beschluss vom 12.03.2021 – 7 B 8/21, juris Rn. 33.

⁴⁶⁷ OVG Niedersachsen, Urteil vom 25.10.2018 – 12 LB 118/16, juris Rn. 233.

⁴⁶⁸ VG Augsburg, Urteil vom 17.12.2015 – Au 2 K 15.1343, juris Rn. 35.

⁴⁶⁹ *Teßmer*, Bewältigung ungenehmigter Einwirkungen, in: Mengel, Naturschutzrecht und Städtebaurecht, 2019, S. 93 (97).

⁴⁷⁰ *Lau*, Artenschutz im Immissionsschutzrecht, I+E 2016, S. 50 (59).

da die Konzentrationswirkung des § 13 BImSchG mit Abschluss des Genehmigungsverfahrens endet.⁴⁷¹

Zwar handelt es sich bei dem Betrieb einer genehmigten Anlage um ein rechtmäßiges Verhalten. Dies stellt aber nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union kein Kriterium dafür dar, ob eine Handlung gegen die handlungsbezogenen Zugriffsverbote verstößt, weil die Ausnahmen von den Verboten speziell in Art. 16 der FFH-Richtlinie aufgeführt werden.⁴⁷² Bei der gebotenen unionsrechtskonformen Auslegung des Artenschutzrechts kann sich wegen dem in Art. 4 Abs. 3 EUV verankerte Grundsatz der praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts („*effet utile*“) im Einzelfall daher sogar eine Verpflichtung zum Einschreiten aus den Vorgaben der FFH-Richtlinie ergeben.⁴⁷³ Insbesondere der Tötungstatbestand (§ 44 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG) ist nach der Rechtsprechung bereits dann erfüllt, wenn sich die Tötung als unausweichliche Konsequenz eines im Übrigen rechtmäßigen Verwaltungshandelns erweist.⁴⁷⁴ So hat beispielsweise das Verwaltungsgericht Minden die temporäre Stilllegung von Windenergieanlagen wegen eines Schwarzstorchvorkommens als rechtmäßig erachtet.⁴⁷⁵

Das „Wie“ der naturschutzbehördlichen Reaktionsmöglichkeiten nach Genehmigungserteilung ist aber dadurch beschränkt, dass bei einer nachträglichen Anordnung, die zu einer unverhältnismäßig starken Belastung des Vorhabenträgers führen würde, einzig die Option bleibt, dass die Zulassungsbehörde die Genehmigung widerruft (§ 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwVfG), was jedoch im Regelfall Regressforderungen nach sich zieht (§ 49 Abs. 6 VwVfG) und damit tendenziell sehr restriktiv in Erwägung gezogen werden dürfte. Vor diesem Hintergrund gilt es die Reichweite einer nachträglichen naturschutzrechtlichen Anordnung zu klären.

Zur Abgrenzung des Aufgabenbereichs der Naturschutzbehörde (Überwachung der Einhaltung des Artenschutzrecht) und der Immissionsschutzbehörde (Anlagenüberwachung) hat das Verwaltungsgericht Augsburg darauf hingewiesen, dass die Naturschutzbehörde beim Auftritt neuer Arten im Nachgang der Genehmigung keine

⁴⁷¹ OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 20.04.2016 – 2 L 112/14, juris Rn. 54; OVG Niedersachsen, Urteil vom 13.03.2019 – 12 LB 125/18, juris Rn. 38 f.: „*Der Umstand, dass die Anlage im Jahr 2012 - nach zuvor erfolgter sachverständiger Untersuchung einer möglichen Gefährdung von Fledermäusen - immissionsschutzrechtlich ohne Abschaltanordnung genehmigt worden war, stand einem Tätigwerden des Beklagten auf der Grundlage von § 3 Abs. 2 BNatSchG nicht generell entgegen. Grundsätzlich gilt, ... dass sich die Konzentrationswirkung der Genehmigung einer Windenergieanlage nach § 13 BImSchG allein auf die Genehmigung bezieht. Nach Erteilung dieser Genehmigung fällt die Zuständigkeit zum Vollzug der öffentlich-rechtlichen Vorschriften außerhalb des Immissionsschutzrechts wieder an die zum Vollzug dieser Vorschriften zuständigen Behörden, die daher für spätere Anordnungen nach den entsprechenden Vorschriften zuständig sind ...*“. So bereits OVG Niedersachsen, Beschluss vom 25.07.2011 – 4 ME 175/11, juris Rn. 4.

⁴⁷² EuGH, Urteil vom 20.10.2005 – C-6/04, curia Rn. 113.

⁴⁷³ OVG Niedersachsen, Urteil vom 13.03.2019 – 12 LB 125/18, juris Rn. 54.

⁴⁷⁴ OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 16.05.2013 – 2 L 80/11, juris Rn. 21.

⁴⁷⁵ VG Minden, Beschluss vom 08.08.2016 – 1 L 1155/16, juris Rn. 14 ff.

Raumnutzungsanalyse gestützt auf § 3 Abs. 2 BNatSchG einfordern kann, weil dies einer Anlagenüberwachung gleichkäme.⁴⁷⁶

Auch ein nachträglich angeordnetes Gondelmonitoring kann nicht auf die naturschutzrechtliche Generalklausel gestützt werden, weil es eine Maßnahme zur Sachverhaltserforschung in Form der Eigenüberwachung eines immissionsschutzrechtlich genehmigten Anlagenbetriebs auf Kosten des Betreibers darstellt, für die nach Abschluss des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens wegen der Legalisierungswirkung der Genehmigung kein Raum bleibt.⁴⁷⁷ Während der Anlagenbetreiber als Antragsteller im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren gemäß § 4 Abs. 2 der 9. BImSchV verpflichtet ist, die für die Prüfung der Zulässigkeit des Vorhabens nach naturschutzrechtlichen Vorschriften erforderlichen Unterlagen vorzulegen, gilt nach Abschluss des Genehmigungsverfahrens für den Erlass einer auf § 3 Abs. 2 BNatSchG zu stützenden Verfügung allein der Amtsermittlungsgrundsatz gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 VwVfG.⁴⁷⁸ Es gilt also zu berücksichtigen, dass zwar die artenschutzrechtlichen Verbote auch nach der Genehmigungserteilung ihre Wirkung entfalten, jedoch die im Genehmigungsverfahren geltenden Beibringungs- und Mitwirkungspflichten des Vorhabenträgers nach Abschluss des Genehmigungsverfahrens nicht mehr fortbestehen. Es ist damit Sache der Naturschutzbehörde, die für sie günstigen Tatsachen, d. h. die Tatbestandsvoraussetzungen der Vorschrift, welche sie als Ermächtigungsgrundlage heranzieht (hier: § 3 Abs. 2 BNatSchG), darzulegen.⁴⁷⁹

Bei beabsichtigten nachträglichen naturschutzrechtlichen Betriebseinschränkungen für Windenergieanlagen muss die Behörde das Interesse an einem Bestandsschutz der Genehmigung im Rahmen der auf § 3 Abs. 2 BNatSchG gestützten Anordnung auf der Ebene der Verhältnismäßigkeit unter Würdigung der jeweiligen Besonderheiten des Einzelfalls sowie der Art und des Gewichts der nachträglich eingetretenen Gründe berücksichtigen. Dabei muss die Behörde die Legalisierungswirkung der Genehmigung – trotz der im Immissionsschutzrecht bestehenden dynamischen Betreiberpflichten – beachten⁴⁸⁰ und die Belange unter Berücksichtigung des Einzelfalls mit Art und Gewicht der nachträglich eingetretenen Gründe abwägen, die einer uneingeschränkten Genehmigung im jetzigen Zeitpunkt entgegenstehen könnten.⁴⁸¹ Dies muss schon deshalb gelten, weil die Normen des Immissionsschutzrechts – insb. § 17 BImSchG als Ermächtigungsgrundlage für nachträgliche Anordnungen der Zulassungsbehörde – diesbezüglich ebenfalls inhaltliche Einschränkungen enthalten, welche der naturschutzrechtlichen Generalklausel wegen ihres breiten Anwendungsfeldes gerade

⁴⁷⁶ VG Augsburg, Urteil vom 17.12.2015 – Au 2 K 15.1343, juris Rn. 35-37.

⁴⁷⁷ OVG Niedersachsen, Urteil vom 13.03.2019 – 12 LB 125/18, juris Rn. 77.

⁴⁷⁸ OVG Niedersachsen, a.a.O., juris Rn. 79.

⁴⁷⁹ Lau, Artenschutz im Immissionsschutzrecht, I+E 2016, S. 50 (60).

⁴⁸⁰ Kautz, Artenschutz vs. Bestandsschutz, UPR 2018, S. 474 (481).

⁴⁸¹ VG Oldenburg, Urteil vom 06.12.2017 – 5 A 2869/17, juris Rn. 58.

fehlen.⁴⁸² Je eher die Abwägung zu dem Ergebnis kommt, dass in den Kernbestand der Genehmigung eingegriffen wird und je umfangreicher die Wirtschaftlichkeit der Anlage betroffen ist, desto weniger kommt auch ein Rückgriff auf § 3 Abs. 2 BNatSchG in Betracht; vielmehr bedarf es dann eines (Teil-)Widerrufs der Genehmigung durch die Immissionsschutzbehörde.

Eine naturschutzrechtliche Abschaltung gestützt auf § 3 Abs. 2 BNatSchG ist demgemäß zwar möglich. Allerdings muss das signifikant erhöhte Tötungsrisiko dafür belegt sein und sich die Exemplare der geschützten Art erst im Nachgang der Genehmigungserteilung im Anlagenumfeld angesiedelt haben. Will die Naturschutzbehörde die bestehende Gefahr erforschen, muss sie dies grundsätzlich im Rahmen der Amtsermittlung auf eigene Kosten tun und kann dem Betreiber nachträglich kein Gondelmonitoring auferlegen.

Aus Behördensicht dürfte es daher praktikabler sein, den Konflikt möglichst durch eine nachträgliche artenschutzrechtliche Ausnahmeerteilung aufzulösen, in deren Zuge populationsstützende FCS-Maßnahmen außerhalb des Wirkungsbereichs des Vorhabens zugunsten der betroffenen Art(en) angeordnet werden.⁴⁸³

2.7 Die Rolle der Zugriffsverbote in der UVP-Vorprüfung und UVP

Zu den Schutzgütern, hinsichtlich derer die Auswirkungen eines Projekts im Rahmen einer Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) bzw. einer vorgelagerten UVP-Vorprüfung zu ermitteln, zu beschreiben und zu bewerten sind, zählt gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 UVPG („Tiere, Pflanzen und die biologische Vielfalt“) unter anderem der Artenschutz.

2.7.1 Der besondere Artenschutz in der UVP

Gemäß § 4 UVPG ist die Umweltverträglichkeitsprüfung ein unselbstständiger Teil des jeweiligen Zulassungsverfahrens. Sie dient dazu, vor der Genehmigung von Vorhaben deren Auswirkungen auf die Umwelt in einem geregelten Verfahren unter Beteiligung der Fachbehörden und der Öffentlichkeit möglichst frühzeitig und umfassend zu ermitteln, zu beschreiben und zu bewerten und bei der Entscheidung angemessen zu berücksichtigen. Für die in Spalte 1 der Anlage 1 zum UVPG mit einem „X“ gekennzeichneten Vorhaben besteht aufgrund ihrer Art, Größe oder Leistung eine generelle Pflicht zur Durchführung einer UVP.⁴⁸⁴

⁴⁸² Vgl. hierzu *Fellenberg*, Nachträgliche Anpassung, 2016, S. 16, der aus diesem Grund allenfalls periphere Einschränkungen bestandskräftiger immissionsschutzrechtlicher Zulassungen für möglich hält.

⁴⁸³ *Lau*, Einwandern besonders geschützter Arten, NuR 2018, 840 (843-845).

⁴⁸⁴ Eine obligatorische UVP-Pflicht kann sich insb. auch aus den UVP-Gesetzen der Länder ergeben. Bspw. muss gemäß § 3 Abs. 1 und Nr. 5.5.1 der Anlage 1 zum UVPG RLP eine UVP für den Bau eines Einkaufszentrums, eines großflächigen Einzelhandelsbetriebes oder eines sonstigen großflächigen Handelsbetriebes im Sinne des § 11 Abs. 3 Satz 1 BauNVO durchgeführt werden, soweit für das Vorhaben kein Bebauungsplan aufgestellt, geändert oder ergänzt worden

Hinsichtlich der Auswirkungen auf besonders geschützte Arten hat die UVP die Entscheidung im jeweiligen Zulassungsverfahren gemäß § 25 Abs. 1 und § 3 Satz 1 UVPG im Sinne einer wirksamen Umweltvorsorge nach Maßgabe der geltenden Gesetze vorzubereiten. Gegenstand der UVP ist wegen des Kriteriums der wirksamen Umweltvorsorge auch, inwieweit eine Senkung der Beeinträchtigung für die besonders geschützten Arten erreicht werden kann. Zur Untergrenze der zu betrachtenden nachteiligen Umweltauswirkungen im Rahmen einer UVP und UVP-Vorprüfung hat das Bundesverwaltungsgericht darauf hingewiesen, dass die UVP die Umweltbelange so herausarbeiten solle, dass sie in den Abwägungsprozess aller Belange in gebündelter Form eingehen.⁴⁸⁵ Die UVP sei ein formalisierter Zwischenschritt mit dem Ziel einer zunächst auf die Umweltbelange beschränkten Bewertung der Auswirkungen des Vorhabens und diene dazu, die Umweltbelange in den Abwägungsprozess einzuführen.⁴⁸⁶ Der Maßstab für die Erheblichkeit sei dem materiellen Zulassungsrecht zu entnehmen,⁴⁸⁷ wozu bezogen auf das Schutzgut „Tiere“ auch die artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote des § 44 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BNatSchG gehören.

Wegen des danach bestehenden Gleichklangs der Erheblichkeitsschwelle mit dem Zulassungsrecht stellt sich die Frage, welche eigenständige Bedeutung die UVP gegenüber den Zugriffsverboten zukommt bzw. welchen Mehrwert sie gegenüber dem artenschutzrechtlichen Fachbeitrag für besonders geschützte Arten hat.

Trotz des Gleichklangs der Erheblichkeitsschwelle mit dem Zulassungsrecht kommt der UVP gegenüber dem artenschutzrechtlichen Fachbeitrag bezüglich des besonderen Artenschutzes eine eigenständige Bedeutung generell dadurch zu, dass die UVP über die obligatorische Öffentlichkeitsbeteiligung (§ 18 UVPG) eine kritische Prüfung der Artenschutzgutachten ermöglicht und somit dazu beiträgt, Schwachstellen zu identifizieren und zu verbessern. Ebenso kann die Behördenbeteiligung und die zusammenfassende Darstellung der Umweltauswirkungen (§ 24 UVPG) dazu führen, dass begleitende Schutzmaßnahmen von Seiten der Verwaltung durchgeführt werden, beispielsweise der Forstverwaltung bei der Errichtung von Windenergieanlagen im Wald.

Im Kontext mit dem besonderen Artenschutzrecht wird voraussichtlich die Implementierung der UVP-Pflicht bei einer Kumulation mit bestehenden Vorhaben im Zuge der UVPG-Novelle 2017 (vgl. insb. § 11 UVPG) eine eigenständige Bedeutung der UVP gegenüber der Artenschutzprüfung erlangen. Gemäß Nr. 10 der Anlage 4 zum UVPG soll die Beschreibung der Auswirkungen auf besonders geschützte Arten im

ist und die zulässige Geschossfläche mindestens 5.000 m² beträgt. Ferner erfolgt etwa auch nach §§ 57a-57c BBergG für die in der UVP-VO-Bergbau festgelegten Vorhaben eine UVP.

⁴⁸⁵ BVerwG, Urteil vom 25.06.2014 – 9 A 1.13, juris Rn. 21; BVerwG, Urteil vom 17.12.2013 – 4 A 1.13, juris Rn. 37.

⁴⁸⁶ BVerwG, Urteil vom 17.12.2013 – 4 A 1.13, juris Rn. 37; BVerwG, Urteil vom 25.01.1996 – 4 C 5.95, juris Rn. 26.

⁴⁸⁷ BVerwG, Urteil vom 25.06.2014 – 9 A 1.13, juris Rn. 21; BVerwG, Urteil vom 17.12.2013 – 4 A 1.13, juris, Rn. 37; BVerwG, Urteil vom 20.08.2008 – 4 C 11.07, juris Rn. 34.

UVP-Bericht (§ 16 UVGP) in einem gesonderten Abschnitt erfolgen. Bei der UVP und bei der UVP-Vorprüfung sind dabei bestehende und geplante Anlagen gemäß § 11 Abs. 2 und 3 UVPG kumulierend zu betrachten. Damit besteht ein Prüfunterschied zum Artenschutzrecht, wo Art. 6 Abs. 3 Satz 1 FFH-RL nur für den europäischen Gebietschutz die Berücksichtigung kumulativer Effekte („in Zusammenwirkung mit anderen Plänen und Projekten“) bestimmt. Da Art. 12 FFH-RL eine solche Bestimmung nicht enthält, ist die Kumulation bei der artenschutzrechtlichen Prüfung nach § 44 Abs. 1 und 5 BNatSchG – im Gegensatz zur FFH-Verträglichkeitsprüfung nach § 34 Abs. 1 Satz 1 BNatSchG – kein Kriterium bzw. die Frage der Berücksichtigung kumulativer Effekte beim Tötungsverbot⁴⁸⁸ kann offenbleiben.

2.7.2 Der besondere Artenschutz in der allgemeinen UVP-Vorprüfung

Bei der Frage nach der Wirkung der artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote auf die UVP-Vorprüfung handelt es sich um eine noch nicht abschließend geklärte Rechtsfrage von erheblicher praktischer Relevanz.⁴⁸⁹ Fraglich ist, inwiefern die mögliche Betroffenheit des besonderen Artenschutzes zu einer UVP-Pflicht führt.

Eine UVP-Vorprüfung dient der Feststellung der UVP-Pflicht der 224 in Spalte 2 der Anlage 1 zum UVPG aufgeführten Vorhaben. In Spalte 2 der Anlage 1 zum UVPG wird unterschieden zwischen mittleren „A-Projekten“, für die eine allgemeine Vorprüfung des Einzelfalls durchzuführen ist und kleineren „S-Projekten“, bei denen es zur Feststellung der UVP-Pflicht einer standortbezogenen Vorprüfung des Einzelfalls bedarf. Bezogen auf den besonderen Artenschutz ist beispielsweise von praktischer Bedeutung, dass Windfarmen nach Nr. 1.6.2 der Anlage 1 zum UVPG einer allgemeinen UVP-Vorprüfung unterliegen, wenn der Windpark aus 6 bis 19 Windenergieanlagen besteht und nach Nr. 1.6.3 der Anlage 1 zum UVPG einer standortbezogenen UVP-Vorprüfung, wenn der Windpark aus 3 bis 5 Windenergieanlagen besteht. Eine Windfarm im Sinne der Nr. 1.6 der Anlage 1 zum UVPG ist dadurch gekennzeichnet,

⁴⁸⁸ Siehe dazu unten Abschnitt 3.3.4.

⁴⁸⁹ Balla, UVP-Vorprüfung, NuR 2017, S. 239 (239 f.): „Die praktische Bedeutung der Frage der UVP-Pflicht von Vorhaben für die Rechtmäßigkeit bzw. Anfechtbarkeit von Zulassungsverfahren hat in den letzten Jahren durch die progressive Rechtsprechung des EuGH noch einmal deutlich zugenommen. In der Folge hat die Anzahl an Gerichtsverfahren, die sich mit der Rechtmäßigkeit von UVP-Vorprüfungen befassen mussten, deutlich zugenommen“. Hintergrund ist, dass der EuGH in der sog. „Altrip-Entscheidung“ betont hat, dass die UVP-Richtlinie (vgl. Art. 11 sowie Erwägungsgründe 18 und 21) unter anderem zur Festlegung von Verfahrensgarantien diene, die insbesondere eine bessere Information und eine Beteiligung der Öffentlichkeit im Rahmen der UVP ermöglichen sollen. Die betroffene Öffentlichkeit müsse daher zur Stützung eines Rechtsbehelfs, mit dem die Rechtmäßigkeit von Entscheidungen (vgl. Art. 9 UVP-Richtlinie) angefochten wird, grundsätzlich jeden Verfahrensfehler geltend machen können. Siehe EuGH, Urteil vom 07.11.2013 – C-72/12, curia Rn. 48. In der Folge kann nach § 4 Abs. 1 Satz 2 UmwRG bei einer durchgeführten UVP-Vorprüfung, die nicht dem Maßstab des § 5 Abs. 3 Satz 2 UVPG genügt, grundsätzlich die Aufhebung einer Entscheidung über die Zulässigkeit eines Vorhabens verlangt werden.

dass sie aus mindestens drei Windenergieanlagen besteht die – unabhängig von den einzelnen Betreibern – einander räumlich so zugeordnet sind, dass sich ihre Einwirkungsbereiche überschneiden oder wenigstens berühren.⁴⁹⁰ Mangels gesetzlicher Vorgaben handelt es sich beim Kriterium des räumlichen Zusammenhangs bei der Verklammerung von einzelnen Anlagen zu einer Windfarm um eine Einzelfallbetrachtung, weshalb bei der Zugrundelegung von typisierenden Bewertungsvorgaben, insbesondere das Abstellen auf eine Entfernung von weniger als des Zehnfachen des Rotordurchmessers zwischen den einzelnen Windenergieanlagen, eine maßvoll relativierende Beurteilung anhand der konkreten Schutzgüter des UVP-Rechts angebracht ist.⁴⁹¹ Die Frage, ob sich die Einwirkungsbereiche von einzelnen Windenergieanlagen in Bezug auf das Schutzgut „Tiere“ berühren, und mithin eine Windfarm im Sinne der Nr. 1.6 der Anlage 1 zum UVPG bilden, ist gesetzessystematisch nicht zu verwechseln mit der UVP-Vorprüfung nach § 7 UVPG. Der Prüfmaßstab muss bei der vorgelagerten Frage nach einem überhaupt vorprüfungspflichtigen Vorhaben von der Logik her weiter reichen als der Prüfmaßstab der nachgelagerten UVP-Vorprüfung, weshalb nicht erst die konkrete Möglichkeit, sondern bereits eine abstrakte Möglichkeit nachteiliger Umweltauswirkungen ausreicht.⁴⁹² Für die Entscheidung, in welchem räumlichen Umkreis um eine Windenergieanlage abstrakt mit artspezifischen Nachteilen zu rechnen sein kann, bieten entsprechende natur- und artenschutzfachliche Erkenntnisse sachgerechte Anhalte.⁴⁹³ Im Hinblick auf die teils sehr großräumigen Prüfradien des Helgoländer Papiers hat die Rechtsprechung aber auch klargestellt, dass von einem räumlichen Zusammenhang für eine Windfarm nicht mehr ausgegangen werden kann, wenn der Abstand zwischen zwei Anlagen nicht lediglich geringfügig, sondern erheblich über dem typisierenden Abstandsmerkmal des 10-fachen Rotordurchmessers liegt,⁴⁹⁴ mit dem man die Überschneidung von optischen und akustischen Einwirkungen auf Tiere in der Regel ausschließen kann.

Sofern in der Anlage 1 zum UVPG für ein mittleres „A-Vorhaben“ – wie für eine Windfarm mit 6 Anlagen – eine allgemeine Vorprüfung des Einzelfalls vorgesehen ist, muss gemäß § 7 Abs. 1 UVPG eine UVP durchgeführt werden, wenn das Vorhaben nach Einschätzung der Genehmigungsbehörde auf der Basis einer überschlägigen Prüfung unter Berücksichtigung sämtlicher der in der Anlage 3 zum UVPG aufgeführten Kriterien erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen haben kann. Der Artenschutz als Gegenstand der allgemeinen UVP-Vorprüfung, der anhand der Checkliste der Anlage 3 zu bewerten ist, ergibt sich aus der Nennung des Schutzguts „Tiere“ in § 2 Abs. 1 Nr. 2

⁴⁹⁰ Grundlegend BVerwG, Urteil vom 30.06.2004 – 4 C 9.03, juris Rn. 33.

⁴⁹¹ OVG NRW, Urteil vom 18.05.2017 – 8 A 870/15, juris Rn. 58.

⁴⁹² OVG NRW, Urteil vom 18.05.2017 – 8 A 870/15, juris Rn. 58; VG Minden, Beschluss vom 09.05.2016 – 11 L 59/16; OVG NRW, Beschluss vom 23.07.2014 – 8 B 356/14, juris Rn. 72.

⁴⁹³ OVG NRW, Urteil vom 18.05.2017 – 8 A 870/15, juris Rn. 59; VG Minden, a.a.O.; OVG NRW, Beschluss vom 23.07.2014 – 8 B 356/14, juris Rn. 73.

⁴⁹⁴ OVG NRW, Urteil vom 18.05.2017 – 8 A 870/15, juris Rn. 66.

UVPG.⁴⁹⁵ Eine allgemeine Vorprüfung des Einzelfalls hat sich demnach auf die Frage zu erstrecken, ob und inwieweit das Vorhaben den artenschutzrechtlichen Zugriffsverboten entspricht.⁴⁹⁶ Eine UVP-Vorprüfung kann dabei zulässigerweise auf die Artenschutzprüfung zurückgreifen (vgl. § 7 Abs. 5 Satz 2 UVPG).⁴⁹⁷ Trotz der verfahrenlenkenden Funktion der UVP-Vorprüfung, welche die UVP unter Missachtung der für diese obligatorischen Öffentlichkeitsbeteiligung nicht vorwegnehmen darf, darf sich die UVP-Vorprüfung aber auch nicht in einer oberflächlichen Abschätzung spekulativen Charakters erschöpfen, sondern muss gemäß § 5 Abs. 1 sowie § 7 Abs. 4 und Anlage 2 zum UVPG auf der Grundlage geeigneter Angaben des Vorhabenträgers sowie eigener Informationen zum Vorhaben erfolgen.⁴⁹⁸ Bezüglich der Frage, welche Unterlagen und Informationen als Grundlage für die überschlägige Prüfung benötigt werden, hat die Behörde einen Einschätzungsspielraum,⁴⁹⁹ wofür der Wortlaut des § 7 Abs. 1 Satz 3 UVPG („nach Einschätzung der zuständigen Behörde“) spricht und worauf die gemäß § 5 Abs. 3 UVPG bloß eingeschränkte gerichtliche Kontrolle der behördlichen Feststellung über die UVP-Pflicht hindeutet.

Gemäß dem Wortlaut des § 7 Abs. 1 Satz 3 UVPG („erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen haben kann“) und ihrer verfahrenlenkenden Funktion geht es bei der allgemeinen UVP-Vorprüfung um die Einschätzung der Behörde, ob ein Besorgnispotential besteht, nicht aber darum zu ermitteln, ob erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen tatsächlich eintreten werden.⁵⁰⁰ Bereits die konkrete Möglichkeit des Eintretens eines Verbotstatbestandes des § 44 Abs. 1 BNatSchG ist daher regelmäßig als erhebliche Umweltauswirkung im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 3 UVPG und Nr. 2.2 der Anlage 3 zum UVPG zu werten. Beispielsweise hat das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz ein die UVP-Pflicht begründendes Besorgnispotential bei der Planung von Windenergieanlagen in einem Verdichtungsraum des Vogelzuges angenommen:

„Nach dem Inhalt der vorliegenden fachlichen Stellungnahmen liegt der Windpark in einem Raum, in dem mit Vogelzug gerechnet werden muss. Davon geht auch der Antragsgegner aus, nimmt aber an, dass der Hauptvogelzugkorridor weiter nördlich verlaufe und hält aufgrund des sehr niedrigen Vogelzugaufkommens am Standort die Barrierewirkung des Gesamtwindparks

⁴⁹⁵ OVG NRW, Urteil vom 25.02.2015 – 8 A 959/10, juris Rn. 141.

⁴⁹⁶ VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 06.07.2016 – 3 S 942/16, juris Rn. 41.

⁴⁹⁷ OVG NRW, Beschluss vom 12.04.2017 – 8 B 1245/16, juris Rn. 17.

⁴⁹⁸ Vgl. VGH Baden-Württemberg, a.a.O., juris Rn. 35; VG Koblenz, Beschluss vom 25.04.2017 – 4 L 243/17.KO.

⁴⁹⁹ BVerwG, Urteil vom 20.12.2011 – 9 A 31.10, juris Rn. 25; BVerwG, Urteil vom 25.06.2014 – 9 A 1.13, juris Rn. 18.

⁵⁰⁰ Siehe insb. die Gesetzesbegründung BT-Drs. 14/4599 vom 14.11.2000, S. 124: „Entsprechend ihrer verfahrenseinleitenden Funktion mit einer auf eine überschlägige Vorausschau begrenzten Prüfungstiefe soll die Vorprüfung nur auf die Einschätzung gerichtet sein, ob nach Auffassung der zuständigen Behörde ein Besorgnispotential für erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen besteht.“ Pointiert Balla, UVP-Vorprüfung, NuR 2017, S. 239 (242): „Die hinreichende Wahrscheinlichkeit des Eintritts der Umweltauswirkungen, die oftmals den Standard im materiellen Fachrecht darstellt, ist hier nicht gefordert.“

*für nicht erheblich. Mit dieser Begründung bejaht aber die Behörde der Sache nach ein Besorgnispotential, was nur die Folgerung gerechtfertigt hätte, dass eine UVP durchgeführt werden muss.*⁵⁰¹

Eine noch nicht abschließend geklärte Frage ist, wie es sich bezüglich der artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote auswirkt, dass nach § 7 Abs. 1 Satz 3 UVPG bei der allgemeinen UVP-Vorprüfung einerseits Umweltbelange im Hinblick auf eine wirksame Umweltvorsorge nach § 25 UVPG zu bewerten sind, andererseits aber § 25 UVPG hierbei eine Berücksichtigung nach Maßgabe der geltenden Gesetze vorgibt. Müssen Beeinträchtigungen auch unterhalb der Schwellen des signifikant erhöhten Tötungsrisikos (§ 44 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG), der erheblichen Störung (§ 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG) bzw. der Beschädigung einer Lebensstätte ohne Funktionserhalt im räumlichen Umfeld (§ 44 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 5 Satz 1 Nr. 3 BNatSchG) berücksichtigt werden?

Wegen des Verweises auf § 25 UVPG gelte laut Bundesverwaltungsgericht als rechtlicher Maßstab für die Bewertung der ermittelten Umweltauswirkungen, dass man Umweltauswirkungen schon dann als erheblich im Sinne des § 7 Abs. 1 Satz 3 zu qualifizieren habe, wenn sie *„mehr als geringfügig und damit abwägungserheblich sind.“*⁵⁰² Dies kann dazu führen, dass auch relativ geringfügige Belange die Pflicht zur Durchführung einer UVP auslösen.⁵⁰³ Allerdings stünde es im Widerspruch zur Konzeption des Gesetzgebers, wenn bei nahezu jedem der allgemeinen Vorprüfung des Einzelfalles nach § 7 Abs. 1 UVPG unterliegenden Fachplanungsvorhaben und bei nahezu jeder Änderung oder Erweiterung eines Vorhabens nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 UVPG die Pflicht zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung allein deswegen bestünde, weil praktisch nie auszuschließen ist, dass ein derartiges Vorhaben abwägungserhebliche Umweltauswirkungen hat.⁵⁰⁴ Bei einem solchen Verständnis des Begriffs der nachteiligen Umweltauswirkungen würde das Instrument der Vorprüfung die ihm zugedachte verfahrenslenkende Funktion weitestgehend verlieren. So bedarf

⁵⁰¹ OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 02.04.2014 – 1 B 10249/14, juris Rn. 19. Auch die Notwendigkeit eines artenschutzrechtlichen Ausnahmeverfahrens löst bei einem Vorhaben, das der allgemeinen Vorprüfungspflicht unterliegt, eine UVP-Pflicht aus, vgl. *Balla*, UVP-Vorprüfung, NuR 2017, S. 239 (244 f.).

⁵⁰² BVerwG, Urteil vom 17.12.2013 – 4 A 1.13, juris, Rn. 38.

⁵⁰³ BVerwG, Urteil vom 25.06.2014 – 9 A 1.13, juris Rn. 21 mit beispielhaftem Verweis auf BVerwG, Urteil vom 13.12.2007 – 4 C 9.06. Bei der letzteren Entscheidung ging es um die Umnutzung des NATO-Militärflugplatzes Memmingen in einen regionalen Verkehrsflughafen. Die Auffassung des VGH Bayern, dass die betriebsbedingten Umweltauswirkungen der zivilen Nutzung eines ehemaligen Militärflugplatzes eine UVP-Pflicht nur dann begründen können, wenn sie über die nachteiligen Umweltauswirkungen, die durch den militärischen Flugbetrieb verursacht wurden, hinausgehen, sei mit Bundesrecht nicht vereinbar. Denn § 8 Abs. 5 LuftVG gestatte nicht, bei der Bewertung der Erheblichkeit der betriebsbedingten Umweltauswirkungen diejenigen des zivilen Flugbetriebs mit denen des früheren militärischen Flugbetriebs zu saldieren (BVerwG, a.a.O., juris Rn. 31-35).

⁵⁰⁴ BVerwG, Urteil vom 25.06.2014 – 9 A 1.13, juris Rn. 22.

es im Rahmen der allgemeinen UVP-Vorprüfung einer Gewichtung der abwägungserheblichen Belange unter Berücksichtigung der in der Anlage 3 zum UVPG aufgeführten vorhaben- und standortbezogenen Kriterien.⁵⁰⁵ Abwägungserheblichkeit meint also bei Gesamtbetrachtung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, dass die Auswirkungen auf den Umweltbelang bei Bewertung anhand der in Anlage 3 zum UVPG aufgeführten vorhaben- und standortbezogenen Kriterien auf das Ergebnis der Entscheidung Einfluss haben können. Dabei ist gemäß § 7 Abs. 5 Satz 1 UVPG zu berücksichtigen, inwieweit Umweltauswirkungen durch die vom Träger des Vorhabens vorgesehenen Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen offensichtlich ausgeschlossen werden. Im Hinblick auf das Kriterium „Reichtum und Qualität von Natur und Landschaft des Gebiets“ nach Nr. 2.2 der Anlage 3 zum UVPG wird man demgemäß tendenziell bei gefährdeten Vogel- und Anhang-IV-Arten eine UVP-Pflicht annehmen müssen, wenn im Zeitpunkt der allgemeinen UVP-Vorprüfung zum Ausschluss eines der Verbotstatbestände des § 44 Abs. 1 BNatSchG Auflagen zum Artenschutz in der späteren Zulassungsentscheidung als potentiell notwendig erachtet werden, sofern es sich nicht um etablierte Vermeidungsmaßnahmen handelt, die der Vorhabenträger bereits selbst vorgesehen hat.⁵⁰⁶ Noch offen ist, ob CEF-Maßnahmen (§ 44 Abs. 5 Satz 3 BNatSchG) als solche Vermeidungsmaßnahmen bei der UVP-Vorprüfung im Sinne des § 7 Abs. 5 Satz 1 UVPG anzuerkennen sind. Obwohl CEF-Maßnahmen im Gegensatz zu Vermeidungsmaßnahmen (etwa die Anlage einer Ablenkfläche im Umfeld einer Windenergieanlage) nicht am Vorhaben ansetzen, sondern am Schutzgut „Tier“, indem sie vor dem Eingriff Lebensstätten betroffener Arten neu schaffen bzw. optimieren, sollten sie wegen des sich aus der Anlage 3 zum UVPG ergebenden schutzgutsbezogenen Ansatzes der UVP-Vorprüfung konfliktmindernd berücksichtigbar sein.⁵⁰⁷ Die Grenze bilden dann insbesondere aus Sicht der Behörde mit Mängeln behaftete Artenschutzgutachten oder fachlich umstrittene CEF-Maßnahmen bzw. solche CEF-Maßnahmen, für deren Darstellung der Funktionsfähigkeit im Einzelfall umfangreiche Vor-Ort-Erhebungen notwendig sind; verbleiben in Bezug auf ein Maßnahmenpaket gestützt auf das Artenschutzgutachten im Rahmen einer UVP-Vorprüfung als überschlägige Vorausschau ungeklärte Risiken, müssen diese im Rahmen einer UVP aufgeklärt werden.⁵⁰⁸ So hat beispielsweise das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-

⁵⁰⁵ Balla, UVP-Vorprüfung, NuR 2017, S. 239 (243).

⁵⁰⁶ Vgl. OVG NRW, Urteil vom 25.02.2015 – 8 A 959/10, juris Rn. 172 f., wonach solche Vermeidungsmaßnahmen, die bereits vom Vorhabenträger vorgesehen sind und die nachteiligen Umweltauswirkungen auf der Grundlage der im Vorprüfungsstadium zur Verfügung stehenden Unterlagen offensichtlich ausschließen, eine UVP entbehrlich machen können. Dem zustimmend Balla, a.a.O., S. 239 (243 f.): „Das Sendhorst-Urteil des OVG Münster ist ... plausibel, da gemäß § 3c nur solche Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen in der UVP-Vorprüfung berücksichtigt werden können, die vom Träger des Vorhabens vorgesehen sind.“

⁵⁰⁷ Im Ergebnis ebenso Balla, a.a.O., S. 239 (245).

⁵⁰⁸ Vgl. OVG NRW, Urteil vom 25.02.2015 – 8 A 959/10, juris Rn. 175-183; Balla, UVP-Vorprüfung, NuR 2017, S. 239 (245).

Westfalen die Fehlerhaftigkeit einer UVP-Vorprüfung für einen Windpark angenommen, weil unter anderem die Fledermäuse nur vom Boden aus erfasst worden sind und eine Höhenerfassung erst mit dem Gondelmonitoring bei Anlagenbetrieb ohne Abschaltzeiten im ersten Jahr stattfinden sollte.⁵⁰⁹

2.7.3 Kein Artenschutz in der standortbezogenen UVP-Vorprüfung

Für ein in der Anlage 1 zum UVPG mit einem „S“ gekennzeichnetes Vorhaben ist demgegenüber eine standortbezogene UVP-Vorprüfung des Einzelfalls zur Feststellung der UVP-Pflicht durchzuführen. Gemäß § 7 Abs. 2 Satz 3 und 5 UVPG reduziert sich die zweistufige standortbezogene UVP-Vorprüfung auf die Fragen, ob bei den Vorhaben besondere örtliche Gegebenheiten gemäß den in Nr. 2.3 der Anlage 3 zum UVPG aufgeführten Schutzkriterien vorliegen und daran anschließend, ob unter Berücksichtigung der in Anlage 3 zum UVPG aufgeführten Bewertungskriterien das Vorhaben erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen haben kann, die die besondere Empfindlichkeit oder die Schutzziele des Gebietes betreffen. Der Unterschied zwischen der allgemeinen und der standortbezogenen UVP-Vorprüfung liegt demnach in der Breite der Bewertungskriterien. Gemein ist beiden Vorprüfungsvarianten, dass sie einerseits die UVP unter Missachtung der Öffentlichkeitsbeteiligung nicht vorwegnehmen dürfen, indem trotz verfahrenlenkender Funktion und überschlägigem Prüfcharakter (§ 7 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2 UVPG) zur Feststellung des Besorgnispotentials bereits im Rahmen der UVP-Vorprüfung durchermittelt wird, ob erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen eintreten werden. Andererseits darf sich aber auch die standortbezogene UVP-Vorprüfung trotz ihrer reduzierten Bewertungskriterien nicht in einer oberflächlichen Abschätzung spekulativen Charakters erschöpfen, da gemäß § 5 Abs. 1 sowie § 7 Abs. 4 UVPG und Anlage 2 zum UVPG geeignete Angaben und eigene Informationen zum Vorhaben die Grundlage für die Bewertung bilden. Wie bei der allgemeinen UVP-Vorprüfung gilt es auch bei der standortbezogenen gemäß § 7 Abs. 5 Satz 1 UVPG vom Vorhabenträger vorgesehene Vermeidungsmaßnahmen zu berücksichtigen, wenn dadurch Umweltauswirkungen offensichtlich ausgeschlossen werden können.⁵¹⁰

Weil die standortbezogene UVP-Vorprüfung gemäß § 7 Abs. 2 Satz 3 und 5 UVPG inhaltlich auf die Schutzkriterien der Nr. 2.3 der Anlage 3 zum UVPG und auf die Empfindlichkeit und Schutzziele des Gebiets reduziert ist, war es umstritten, ob das Vorkommen von Vögeln und Anhang-IV-Arten, welche durch den besonderen Artenschutz erfasst werden (vgl. § 44 Abs. 1 Nr. 1-3 und Abs. 5 Satz 1 BNatSchG), bei der Sachverhaltsermittlung zu berücksichtigen sind. Insbesondere das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen vertrat die Ansicht, dass in die standortbezogene

⁵⁰⁹ OVG NRW, Urteil vom 18.05.2017 – 8 A 870/15, juris Rn. 114-117.

⁵¹⁰ Zu der auch für die standortbezogenen UVP-Vorprüfung relevanten Frage, ob CEF-Maßnahmen als Vermeidungsmaßnahmen im Sinne des § 7 Abs. 5 Satz 1 UVPG anzuerkennen sind, siehe oben den Abschnitt zur allgemeinen UVP-Vorprüfung.

UVP-Vorprüfung auch die Artenschutzbelange des § 44 Abs. 1 BNatSchG einzubeziehen sind.⁵¹¹ Sie würden unter die Schutzkriterien nach Nr. 2.3 der Anlage 3 zum UVPG fallen. Demgegenüber betonte etwa der Hessische Verwaltungsgerichtshof, dass bei der standortbezogenen UVP-Vorprüfung letztlich nur darauf abzustellen sei, ob durch das Vorhaben die in der Nr. 2.3 der Anlage 3 zum UVPG aufgeführten Gebiete erheblich tangiert werden können.⁵¹² Anlässlich einer Klage des NABU Nordrhein-Westfalen gegen die immissionsschutzrechtliche Genehmigung für insgesamt fünf Windenergieanlagen in Preußisch Oldendorf hat der 7. Senat des Bundesverwaltungsgerichts die Streitfrage dahingehend entschieden, dass artenschutzrechtliche Belange im Sinne des § 44 Abs. 1 BNatSchG bei der standortbezogenen UVP-Vorprüfung nur dann zu berücksichtigen sind, wenn sie förmlich als Schutzzweck eines (Schutz-)Gebietes nach Nr. 2.3 der Anlage 3 zum UVPG bestimmt wurden.⁵¹³ Die Ansicht des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen, in die standortbezogene UVP-Vorprüfung seien auch die am Vorhabenstandort befindlichen Habitate der durch artenschutzrechtliche Zugriffsverbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG geschützten wildlebenden Tiere einzubeziehen, verfehle den in Nummer 2.3 der Anlage 3 UVPG (bzw. Nr. 2.3 der Anlage 2 UVPG a. F.) zum Ausdruck gebrachten Schutzgebietsbezug und damit die vom Gesetzgeber gewollte Differenzierung zwischen dem besonderen Artenschutz und dem Gebietschutz, der an die durch eine entsprechende Ausweisung rechtlich anerkannte besondere Schutzbedürftigkeit und die darin niedergelegten Schutzziele anknüpft. Anderes könne zwar gelten, wenn – ohne formell unter Schutz gestellt zu sein – ein vergleichbar sensibler Lebensraum von besonders oder streng geschützten Arten betroffen ist, der einem unter Schutz gestellten Gebiet in seiner ökologischen Sensibilität gleichzusetzen ist. Das könne aber nur auf enge Ausnahmefälle beschränkt sein, etwa bei einer bewusst sachwidrig unterlassenen oder sich förmlich aufdrängenden Unterschützstellung. Ansonsten drohe der gesetzgeberisch gewollte Unterschied zwischen der allgemeinen und der standortbezogenen Vorprüfung zu verwischen.

2.7.4 Nachholbarkeit von UVP und Vorprüfung

Was schließlich die Frage nach der Nachholbarkeit einer aus Gründen des Artenschutzes fehlerhaften UVP-Vorprüfung und damit ggf. rechtswidrig unterbliebenen UVP anbelangt, bildet § 4 UmwRG, der Fehlerfolgen bei der Anwendung von Verfahrensvorschriften regelt, den rechtlichen Ausgangspunkt. § 4 Abs. 1 Satz 1 UmwRG

⁵¹¹ OVG NRW, Urteil vom 18.05.2017 – 8 A 870/15, juris Rn. 78. Siehe auch OVG NRW, Beschluss vom 12.04.2017 – 8 B 1245/16, juris Rn. 6 und 13 ff., wo das Gericht wegen eines möglichen Verstoßes gegen artenschutzrechtliche Zugriffsverbote die Fehlerhaftigkeit einer standortbezogenen UVP-Vorprüfung feststellt.

⁵¹² VGH Hessen, Beschluss vom 24.08.2016 – 9 B 974/16, juris Rn. 11. Im Ergebnis ebenso VGH Bayern, Beschluss vom 10.12.2015 – 22 CS 15.2247, juris Rn. 43.

⁵¹³ BVerwG, Urteil vom 26.09.2019 – 7 C 5.18, juris Rn. 27-38.

sieht insbesondere die Möglichkeit vor, dass eine fehlerhafte UVP-Vorprüfung und eine deswegen unterbliebene, aber erforderliche UVP nachgeholt werden kann. Ebenso gilt nach § 4 Abs. 1 Satz 1 UmwRG, dass die Aufhebung von Genehmigungsentscheidungen bzw. die Feststellung der Rechtswidrigkeit und Nichtvollziehbarkeit von Planfeststellungsbeschlüssen bei Vorhaben nach § 1 Abs. 1 Satz 1 UmwRG verlangt werden kann, wenn eine doch erforderliche UVP nicht nachgeholt worden ist.⁵¹⁴ Gemäß der Heilungsmöglichkeit von Verfahrensfehlern im Gerichtsverfahren nach § 45 Abs. 2 VwVfG, der nach § 4 Abs. 1b Satz 2 Nr. 1 UmwRG unberührt bleibt, ist es der Verwaltung gewährt, eine fehlerhafte UVP-Vorprüfung noch bis zum Abschluss der letzten Tatsacheneinstanz⁵¹⁵ in einem Gerichtsverfahren nachzuholen.⁵¹⁶ Wird eine UVP-Vorprüfung vollständig wiederholt, ist maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage grundsätzlich derjenige der aktuellen Vorprüfung.⁵¹⁷

⁵¹⁴ Vgl. BVerwG, Urteil vom 17.12.2013 – 4 A 1.13, juris Rn. 41.

⁵¹⁵ Letzte Tatsacheneinstanz ist in der Regel das OVG. Das BVerwG ist als Revisionsgericht meist eine reine Rechtsinstanz. Nur ausnahmsweise sind dem BVerwG erstinstanzliche Zuständigkeiten übertragen, insbesondere bei Planfeststellungs- und Plangenehmigungsverfahren für Vorhaben, die in dem Allgemeinen Eisenbahngesetz, dem Bundesfernstraßengesetz, dem Bundeswasserstraßengesetz, dem Energieleitungsausbaugesetz oder dem Bundesbedarfsplangesetz bezeichnet sind (vgl. § 50 Abs. 1 Nr. 6 VwGO). In diesen Fällen ist das BVerwG zugleich erste und letzte Tatsachen- und Rechtsinstanz.

⁵¹⁶ BVerwG, Urteil vom 20.08.2008 – 4 C 11.07, juris Rn. 24 (UVP-Vorprüfung für Putenmaststall). Ergänzend hat der VGH Hessen darauf hingewiesen, dass der Entwurf einer UVP-Vorprüfung im Laufe des Zulassungsverfahrens noch ergänzt werden könne, weil es dem gewöhnlichen Verfahrensverlauf entspreche, dass im Rahmen der Fachbehördenbeteiligung Nachbesserungsbedarf entstände (Beschluss vom 24.08.2016 – 9 B 974/16, juris Rn. 23). Kritisch hierzu *Balla*, UVP-Vorprüfung, NuR 2017, S. 239 (241): „Hierbei ist allerdings zu berücksichtigen, dass die UVP-Vorprüfung auf eine überschlägige Prüfung begrenzt bleiben muss und sich im Zuge des Verfahrens nicht schleichend zu einer Prüfung mit der Prüftiefe der eigentlichen UVP entwickeln darf.“

⁵¹⁷ OVG NRW, Beschluss vom 15.07.2020 – 8 B 1600/19, juris Rn. 22 f.

3 Die Artenschutzprüfung

Die planerischen Anforderungen an eine Artenschutzprüfung sind interdisziplinär. Sie setzen sich zusammen aus den rechtlichen Vorgaben als Ausgangspunkt sowie den naturschutzfachlichen Kriterien für die Operationalisierung. Das Artenschutzrecht macht seinem „Wesen“ nach aus, dass sich die Beantwortung von Rechtsfragen nach naturschutzfachlichen Kriterien richtet, soweit es an normativen Konkretisierungen des minimal gehaltenen Regelungskomplexes (§ 45 Abs. 1 und 5 sowie § 45 Abs. 7 BNatSchG) fehlt.

Teilweise enthält das Artenschutzrecht unmittelbare Verweise auf naturschutzfachliche Kriterien. Beispielsweise rekurriert § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG hinsichtlich des rechtlichen Gebots, dass eine signifikante Erhöhung des vorhabenbedingten Tötungs- und Verletzungsrisikos primär zu vermeiden ist, auf die Anwendung der „fachlich anerkannten“ Schutzmaßnahmen. Einen offensichtlichen Verweis auf naturschutzfachliche Kriterien enthält auch der Lebensstättenschutz mit den Termini „Fortpflanzungs- und Ruhestätte“ (§ 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG) sowie „ökologische Funktion“ (§ 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 BNatSchG).

Naturschutzfachliche Kriterien bilden die – mit den Worten des ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts gesprochen – „durch ökologische Wissenschaft und Praxis allgemein anerkannten Maßstäbe und Methoden“⁵¹⁸.

Damit stellt sich am Ausgangspunkt der Darstellung zu den planerischen Anforderungen an eine Artenschutzprüfung die Frage, inwieweit naturschutzfachliche Kriterien verbindlich anzuwenden sind und inwieweit sich in den letzten fast fünfzehn Jahren seit der Übernahme des europäischen Artenschutzrechts in das Bundesnaturschutzgesetz im Dezember 2007 solche allgemein anerkannten Maßstäbe und Methoden herausgebildet haben.

3.1 Rechtliche Bedeutung von naturschutzfachlichen Kriterien

Die Verbindlichkeit naturschutzfachlicher Kriterien für die Artenschutzprüfung richtet sich nach der Typologie der Quellen, also danach, ob sie in einem allgemeinverbindlichen Gesetz, in einer verwaltungsinternen Vorschrift, in einer allgemein anerkannten Fachkonvention oder in einem von Experten verfassten Fachbeitrag aufgeführt werden.

3.1.1 Rechtsverordnungen

Eine Zulassungsbehörde kann sich von Rechts wegen nicht auf einen fachlichen Beurteilungsspielraum berufen, soweit ihr eine bestimmte Bestandserfassungsmethode (etwa die Revierkartierung von Feldlerchen) oder Risikobewertung (etwa ein

⁵¹⁸ BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, juris Rn. 15.

Mindestabstand von Anlagen zu Lebensstätten) per Rechtsverordnung vorgegeben wird. Rechtsverordnungen sind Detailregelungen der Exekutive mit unmittelbarer rechtlicher Außenwirkung und Gesetzen im materiellen Sinn zuzuordnen.⁵¹⁹ Rechtsverordnungen entfalten die gleiche Bindungswirkung wie formelle Gesetze; sie sind für Verwaltung, Bürger bzw. juristische Personen und Gerichte verbindlich.⁵²⁰

Gemäß Art. 80 Abs. 1 GG bedarf der Erlass einer Rechtsverordnung einer ausdrücklichen Ermächtigung in einem vom Parlament erlassenen Gesetz. Beispielsweise enthält § 45 Abs. 7 Satz 4 BNatSchG die Ermächtigung, dass die Landesregierungen per Rechtsverordnung allgemeine Ausnahmen zulassen können, was jedoch im Bereich der Planungs- und Zulassungsvorhaben keine Rolle spielt, sondern primär den Umgang mit „Problemarten“ wie Biber, Kormoran und Wolf betrifft.⁵²¹

Für die vorliegende Untersuchung von Relevanz ist die Ermächtigungsgrundlage in § 54 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG für eine sog. „Verantwortungsarten-Verordnung“. Durch § 54 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG wird das Bundesumweltministerium vom Parlament ermächtigt, mit Zustimmung des Bundesrates und im Einvernehmen mit den sog. „Nutzerressorts“ (vgl. § 54 Abs. 9 Satz 1 BNatSchG) weitere, nicht in § 7 Abs. 2 Nr. 13 BNatSchG genannte Arten, die in ihrem Bestand gefährdet sind und für welche die Bundesrepublik Deutschland in hohem Maße verantwortlich ist, unter besonderen Schutz zu stellen. Diese Verantwortungsarten wären in der Artenschutzprüfung gemäß § 44 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG den Anhang-IV-Arten gleichgestellt und damit hoch planungsrelevant.

Für die Risikobewertung einer Artenschutzprüfung (etwa in Bezug auf den Schwarzstorch und die Errichtung einer Windenergieanlage) wäre zudem eine „Horstschutz-Verordnung“ auf der Grundlage von § 54 Abs. 7 Satz 1 BNatSchG maßgebend, wonach das Bundesumweltministerium ermächtigt wird, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates Vorschriften zum Schutz von Horststandorten von Vogelarten zu erlassen, die in ihrem Bestand gefährdet und in besonderem Maße störungsempfindlich sind und insbesondere während bestimmter Zeiträume und innerhalb bestimmter Abstände Handlungen zu verbieten, welche die Fortpflanzung oder Aufzucht beeinträchtigen können. Das Erfordernis eines Einvernehmens mit der Nutzerseite besteht hierbei vor allem bei Tierarten, die dem Jagd- oder Fischereirecht unterliegen (vgl. § 54 Abs. 9 Satz 4 BNatSchG).

Eine „Verantwortungsarten-Verordnung“ ist bislang nicht zustande gekommen. Abstrakt-generelle Regelungen zum Nestschutz finden sich mittlerweile in Landesgesetzen (vgl. bspw. § 24 LNatSchG RLP).

⁵¹⁹ Hender, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2001, Rn. 375 und 377.

⁵²⁰ Erbguth/Guckelberger, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2018, S. 462 f.

⁵²¹ Vgl. beispielhaft die bayerische Verordnung über die Zulassung von Ausnahmen von den Schutzvorschriften für besonders geschützte Tier- und Pflanzenarten (Artenschutzrechtliche Ausnahmeverordnung – AAV) vom 03.06.2008.

Eine Ergänzung der rechtlichen Anforderungen an die Artenschutzprüfung durch Rechtsverordnungen ist nach dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts von Oktober 2018, wonach der Gesetzgeber „auf längere Sicht für eine zumindest untergesetzliche Maßstabsbildung“ zu sorgen habe,⁵²² weiter in den Hintergrund getreten und Verwaltungsvorschriften rücken ersichtlich als Instrument der Konkretisierung der rechtlichen Anforderungen an eine Artenschutzprüfung in den Fokus.

3.1.2 Verwaltungsvorschriften

Verwaltungsvorschriften sind nach der herkömmlichen Konzeption verwaltungsinterne abstrakt-generelle Regelungen, welche von einer höheren Behörde an nachgeordnete Behörden gerichtet werden, etwa um Fragen der Normauslegung oder der Ermessensbetätigung zu steuern.⁵²³ Die Nomenklatur von Verwaltungsvorschriften ist variabel; häufig werden sie als „Richtlinie“, „Erlass“ oder „Rundschreiben“ betitelt.⁵²⁴ Von den ebenfalls durch die Exekutive zu erlassenden abstrakt-generellen Rechtsverordnungen unterscheiden sich Verwaltungsvorschriften dadurch, dass sie nicht unmittelbar auf eine Wirkung nach außen auf die Zivilgesellschaft und die Gerichte zielen, sondern verwaltungsintern bleiben.⁵²⁵ Verwaltungsvorschriften werden gleichwohl als rechtliche Regelungen qualifiziert, weil sie zumindest ihre Adressaten innerhalb der Verwaltung binden und verpflichten.⁵²⁶

Eine zentrale Kodifikation der Voraussetzungen und Wirkungen von Verwaltungsvorschriften gibt es nicht. Rechtsprechung und Literatur haben verschiedene Typen von Verwaltungsvorschriften ausdifferenziert und für diese jeweils gesonderte Rechtmäßigkeitsanforderungen und Bindungswirkungen definiert.⁵²⁷

Zunächst einmal kommen sog. „norminterpretierende Verwaltungsvorschriften“ als Instrument zur Verrechtlichung von naturschutzfachlichen Kriterien für die Artenschutzprüfung in Betracht. Norminterpretierende Verwaltungsvorschriften betreffen die Auslegung und Anwendung von Rechtsnormen, vornehmlich der in ihnen enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe.⁵²⁸ Für unbestimmte Rechtsbegriffe des Artenschutzrechts wie „lokale Population“ (§ 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG) bzw.

⁵²² BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, juris 2. Leitsatz.

⁵²³ Hender, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2001, Rn. 394.

⁵²⁴ Voßkuhle/Kaufhold, Verwaltungsvorschriften, JuS 2016, S. 314; Erbguth/Guckelberger, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2018, S. 475.

⁵²⁵ Hender, a.a.O., Rn. 396; Erbguth/Guckelberger, a.a.O., S. 477. Speziell zum Artenschutz VGH Hessen, Beschluss vom 14.01.2021 – 9 B 223/20, juris Rn. 19: „Bei der [Verwaltungsvorschrift „Naturschutz/Windenergie“] VwV 2020 handelt es sich ... lediglich um eine norminterpretierende Verwaltungsvorschrift, die gegenüber Gerichten keine Bindungswirkung entfaltet.“

⁵²⁶ Voßkuhle/Kaufhold, a.a.O., S. 314.

⁵²⁷ Voßkuhle/Kaufhold, a.a.O., S. 314.

⁵²⁸ Erbguth/Guckelberger, a.a.O., S. 476.

„Fortpflanzungs- oder Ruhestätte“ (§ 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG) kann über norminterpretierende Verwaltungsvorschriften die Qualität der Gesetzesanwendung verbessert und Einheitlichkeit angestrebt werden.

Da die Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen nach § 45 Abs. 7 Satz 1 bis 3 BNatSchG nach dem Wortlaut des § 45 Abs. 7 Satz 1 BNatSchG („können“) auf der Rechtsfolgenseite explizit im Ermessen der Naturschutzbehörde steht, kommen zudem auch sog. „ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften“ im Bereich des besonderen Artenschutzes in Betracht.⁵²⁹ Solche Ermessensrichtlinien schreiben nachgeordneten Verwaltungsstellen vor, anhand welcher (hier: naturschutzfachlicher) Kriterien im Einzelfall das Ermessen auszuüben ist, das ein Gesetz der Verwaltung einräumt.⁵³⁰

Drittens könnte möglicherweise eine Verrechtlichung naturschutzfachlicher Kriterien der Artenschutzprüfung durch eine sog. „normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift“ erfolgen. Unter diese Kategorie fiel eine „TA Artenschutz“. Das Instrument der normkonkretisierenden Verwaltungsvorschrift ist vom Bundesverwaltungsgericht für die einheitliche Auslegung und Anwendung von offenen naturwissenschaftlich-technischen Begriffen etabliert worden.⁵³¹ Ihre Besonderheit liegt darin, dass ihnen unmittelbare rechtliche Außenwirkung zugebilligt wird und sie daher für die Gerichte verbindlich sind.⁵³² Solche normkonkretisierende Regelungen fehlen im Artenschutzrecht völlig.⁵³³

Die Befugnis zum Erlass von Verwaltungsvorschriften ergibt sich grundsätzlich aus der Leitungs- und Weisungskompetenz der übergeordneten Verwaltungsstelle.⁵³⁴ Dennoch besteht bezogen auf die Durchführung der Artenschutzprüfung gegenwärtig noch keine Verwaltungsvorschrift der Bundesregierung. Grund dafür dürfte die seit 2011 bestehende Regelung des § 54 Abs. 11 BNatSchG sein, wonach die Bundesregierung für den Erlass allgemeiner Verwaltungsvorschriften die Zustimmung des Bundesrats benötigt. Namentlich werden im Gesetz zwar allein Stufen der FFH-Verträglichkeitsprüfung genannt. Jedoch ist die Vorschrift nach ihrem Wortlaut („insbesondere“) explizit nicht abschließend und die ebenfalls den europäischen Naturschutzrichtlinien entspringende Artenschutzprüfung wäre jener der FFH-Verträglichkeitsprüfung am naheliegendste unbenannte Fall, wofür systematisch auch die Stellung des § 54 BNatSchG in Kapitel 5 (Artenschutz) spricht.

Bei Verwaltungsvorschriften zur Operationalisierung der Artenschutzprüfung handelt es sich daher gegenwärtig um Verwaltungsvorschriften von Landesministerien

⁵²⁹ Vgl. dazu *Schwarzenberg/Ruß*, Windenergieerlasse der Länder, ZUR 2016, S.278 (282).

⁵³⁰ *Voßkuhle/Kaufhold*, Verwaltungsvorschriften, JuS 2016, S. 314 (315).

⁵³¹ Zu den Voraussetzungen instruktiv *Voßkuhle/Kaufhold*, a.a.O., S. 314 (316).

⁵³² Zur Rechtsentwicklung *Hendler*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2001, Rn. 400-405.

⁵³³ *Bick/Wulfert*, Artenschutz in der Vorhabenzulassung, NVwZ 2017, S. 346 (353).

⁵³⁴ *Hendler*, a.a.O., Rn. 395; *Voßkuhle/Kaufhold*, a.a.O., S. 314.

an die ihnen nachgeordneten Landesbehörden. Dabei kann einstufig⁵³⁵ oder zweistufig vorgegangen werden, letzteres in dem Sinn, dass zunächst eine naturschutzfachliche Grundlage von den Fachbehörden bzw. Fachinstitutionen erarbeitet wird, deren Anwendung dann per Einführungserlass von den einschlägigen Ministerien als gemeinsame Verwaltungsvorschrift an die nachfolgenden Behörden für verbindlich erklärt wird. Beispielsweise handelt es sich bei dem Rundschreiben Windenergie der für Wirtschaft, Umwelt, Bauen und Infrastruktur zuständigen Ministerien von Rheinland-Pfalz⁵³⁶ – wie bei den meisten Windenergieerlassen der Bundesländer⁵³⁷ – um eine Verwaltungsvorschrift an die ihnen nachgeordneten Behörden, in der unter anderem nähere Bestimmungen zum Naturschutz getroffen worden sind (Gliederungsabschnitt F des Rundschreibens). Was die artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote (§ 44 Abs. 1 und 5 BNatSchG) anbelangt, so stellt das Rundschreiben kaum eigenständige Kriterien auf, sondern bestimmt (in dem kurzen Gliederungsabschnitt F 5):

„Bei der naturschutzfachlichen Einschätzung sind insbesondere die Empfehlungen des Gutachtens der Staatlichen Vogelschutzwarte und des LUWG zu beachten (siehe Anlage).“

Der Verweis in dem Rundschreiben Windenergie auf das Gutachten der Naturschutzfachverwaltung⁵³⁸ hat zur Folge, dass letzteres seinerseits den Rechtscharakter von Verwaltungsvorschriften annimmt und die Bindungswirkung des Rundschreibens für die Vollzugsbehörden teilt. Demgegenüber konnte in dem Ministerialerlass von 2013 ein neuer Fachbeitrag des Landesumweltamtes von 2018 („Leitfaden zur visuellen Rotmilan-Raumnutzungsanalyse“) nicht bei den Verweisen berücksichtigt werden. Dieser Fachbeitrag ist damit nicht vollzugsbehördenverbindlich. (Nur) dann, wenn ein Artenschutzleitfaden der Naturschutzverwaltung laut Erlass anzuwenden ist, teilt der Fachbeitrag die Rechtsnatur dieser Verwaltungsvorschrift.⁵³⁹

⁵³⁵ Ein Beispiel für eine „einstufige“ Verwaltungsvorschrift, welche die naturschutzfachlichen Kriterien selbst darstellt und gleichzeitig die Vollzugsverbindlichkeit bewirkt, ist die nordrhein-westfälische VV-Artenschutz: Verwaltungsvorschrift zur Anwendung der nationalen Vorschriften zur Umsetzung der Richtlinien 92/43/EWG (FFH-RL) und 2009/147/EG (V-RL) zum Artenschutz bei Planungs- oder Zulassungsverfahren – Runderlass des Ministeriums für Umwelt und Naturschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz NRW vom 06.06.2016.

⁵³⁶ Hinweise für die Beurteilung der Zulässigkeit der Errichtung von Windenergieanlagen in Rheinland-Pfalz (Rundschreiben Windenergie) – Gemeinsames Rundschreiben des Ministeriums für Wirtschaft, Klimaschutz, Energie und Landesplanung, des Ministeriums der Finanzen, des Ministeriums für Umwelt, Landwirtschaft, Ernährung, Weinbau und Forsten und des Ministeriums des Innern, für Sport und Infrastruktur Rheinland-Pfalz vom 28.05.2013.

⁵³⁷ Saurer, Rechtswirkungen der Windenergieerlasse, NVwZ 2016, S. 201 (205).

⁵³⁸ Naturschutzfachlicher Rahmen zum Ausbau der Windenergienutzung in Rheinland-Pfalz, Artenschutz (Vögel, Fledermäuse) und Natura 2000-Gebiete, erstellt von der Staatlichen Vogelschutzwarte für Hessen, Rheinland-Pfalz und das Saarland sowie dem Landesamt für Umwelt, Wasserwirtschaft und Gewerbeaufsicht Rheinland-Pfalz vom 13.09.2012.

⁵³⁹ VGH Bayern, Urteil vom 17.07.2020 – 15 N 19.1377, juris Rn. 35 zur Verbindlichkeit der „Arbeitshilfe Vogelschutz und Windenergienutzung“ des LfU, weil ihr dieser Stellenwert durch den bayerischen Windenergie-Erlass zugesprochen wird.

Für den Grad der Verbindlichkeit der naturschutzfachlichen Kriterien, welche in Verwaltungsvorschriften dargestellt werden bzw. auf die in Verwaltungsvorschriften verwiesen ist, ist der konkrete Inhalt der Verwaltungsvorschrift entscheidend.⁵⁴⁰

Zur Bestandserfassungsmethode von Vögeln bei der Zulassung von Windenergieanlagen hatte beispielsweise der Bayerische Windkrafteerlass von 2011⁵⁴¹ (in Anlage 6) vorgegeben: „*Es sollen Fixpunkte ausgewählt werden, die eine gute Übersicht auf den Anlagenstandort und seine Umgebung erlauben...*“. Verwaltungsrechtliche Soll-Vorschriften sind rechtlich ebenso verbindlich wie Muss-Vorschriften, erlauben jedoch Abweichungen in atypischen Fällen.⁵⁴² Dementsprechend hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof zugunsten eines Windkraftbetreibers, dessen Genehmigungsantrag abgelehnt worden war, darauf abgestellt, ob es sich bei der abweichend gewählten Methode der Behörde um eine gleichwertige Erfassungsmethode handelt:

*„Das alleinige Abstellen auf die Lage des strittigen Baugrundstücks in einem Offenlandkorridor, der in einer bevorzugten Vogelzugrichtung verläuft, entspricht nicht den Standards der Anlage 6 des Bayerischen Windkrafteerlasses. Von letzteren ist im konkreten Fall abgewichen worden, ohne dass dies fachliche Gründe gehabt hätte oder dass ein gleichwertiges Erfassungs- und Bewertungssystem gewählt worden wäre. ... Anlage 6 des Bayerischen Windkrafteerlasses empfiehlt insbesondere die Auswahl von mindestens zwei Fixpunkten zur gleichzeitigen Beobachtung und eine Beobachtungsdauer von etwa drei Stunden täglich bei im Mittel drei Beobachtungstagen je Monat. Die Untersuchung soll den Zeitraum Mitte März bis Ende August umfassen; ... Der Beklagte muss daher im vorliegenden Fall seine artenschutzfachlichen Einschätzungen auf eine Erfassungsmethode nach Anlage 6 des Bayerischen Windkrafteerlasses oder eine gleichwertige Methode stützen und auf dieser Grundlage erneut über den Genehmigungsantrag entscheiden.“*⁵⁴³

Mit dieser Entscheidung ist auch die noch nicht abschließend geklärte Rechtsfrage angesprochen, inwieweit sich Bürger oder Vorhabenträger auf Regelungsgehalte von Verwaltungsvorschriften ohne unmittelbare Außenwirkung im Bereich des Artenschutzes berufen können, was zu deren Verbindlichkeit beitragen würde.⁵⁴⁴

Im Ausgangspunkt gilt, dass Regelungen in Verwaltungsvorschriften zum Natur- und Artenschutz keine nachbarschützende Wirkung haben.⁵⁴⁵

⁵⁴⁰ *Erbguth/Guckelberger*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2018, S. 477: „Die Reichweite der Innenwirkung richtet sich vornehmlich nach dem Inhalt der jeweiligen Verwaltungsvorschrift.“

⁵⁴¹ Hinweise zur Planung und Genehmigung von Windkraftanlagen (WKA) – Gemeinsame Bekanntmachung der Bayerischen Staatsministerien des Innern, für Wissenschaft, Forschung und Kunst, der Finanzen, für Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie, für Umwelt und Gesundheit sowie für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten vom 20.12.2011.

⁵⁴² BVerwG, Urteil vom 17.03.1992 – 1 C 31.89, juris Rn. 13.

⁵⁴³ VGH Bayern, Urteil vom 18.06.2014 – 22 B 13.1358, juris Rn. 52 f.

⁵⁴⁴ Vgl. dazu die Entscheidungsbesprechung bei *Saurer*, Rechtswirkungen der Windenergieerlasse, NVwZ 2016, S. 201 (204 f.).

⁵⁴⁵ Vgl. OVG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 22.09.2014 – 1 MB 32/14, juris Rn. 11, wonach ein Windenergieerlass keine nachbarschützende Wirkung habe.

Allerdings kann sich über den Gleichheitsgrundsatz eine mittelbare rechtliche Wirkung für den Einzelnen ergeben. Denn dadurch, dass Verwaltungsvorschriften behördenverbindlich sind, kann sich durch deren Befolgung in tatsächlicher Hinsicht eine einheitliche Verwaltungspraxis herausbilden, wovon ein Abweichen im Einzelfall ohne sachlichen Grund einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG bedeutet.⁵⁴⁶ Der Bürger bzw. Vorhabenträger kann sich zwar nicht auf die Verwaltungsvorschrift als solche berufen; aber der Gleichheitssatz gewährt ihm einen Anspruch, dass sein Anliegen (bspw. (keine) Ausnahmeerteilung bei einem Vorkommen des Rotmilans im Nahbereich eines Windenergiestandortes) entsprechend der durch die Verwaltungsvorschrift zum Tötungsverbot veranlassten tatsächlichen Verwaltungspraxis behandelt wird. Eine solche die Verwaltung bindende Praxis resultiert aus ermessenslenkenden Verwaltungsvorschriften,⁵⁴⁷ welche im Bereich des Artenschutzes insbesondere Kriterien zu einer Ausnahmeerteilung bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen nach § 45 Abs. 7 Satz 1 bis 3 BNatSchG betreffen, wie z. B. die „Hinweise zur artenschutzrechtlichen Ausnahme Baden-Württemberg“⁵⁴⁸, welche unter anderem die „Abwägungskriterien“ (Seite 9 f.) in Bezug nehmen und sodann (Seite 16) zum behördlichen Ermessen ausführen:

„Liegen die Ausnahmevoraussetzungen vor, so ist die Ausnahme im Regelfall zu erteilen, denn wichtige Entscheidungskriterien sind bereits in die Ausnahmevoraussetzungen selbst aufgenommen.“

Ein Anspruch aus Art. 3 Abs. 1 GG des Bürgers bzw. Vorhabenträgers aufgrund geübter Verwaltungspraxis durch ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften besteht unabhängig davon, ob das Gericht die Verwaltungsvorschrift nur als Auslegungshilfe für die gesetzlichen Tatbestände heranzieht⁵⁴⁹ oder – mit der zitierten Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs⁵⁵⁰ – die Verwaltungsvorschrift Windenergieerlasses als „antizipiertes Sachverständigengutachten von hoher Qualität“ ansieht, weshalb aus dem Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG folge, dass der Windenergieerlass „nicht ohne fachliche Begründung außer Betracht gelassen werden dürfe“.

Ebenso ist für den Grad der Verbindlichkeit relevant, wie die naturschutzfachlichen Kriterien in der Verwaltungsvorschrift klassifiziert werden, etwa ob sie dort als „Empfehlungen“ oder als „Vorgaben“ bezeichnet sind. Wenn sie lediglich als „Empfehlungen“

⁵⁴⁶ Henderl, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2001, Rn. 397.

⁵⁴⁷ Voßkuhle/Kaufhold, Verwaltungsvorschriften, JuS 2016, S. 314 (315); Erbguth/Guckelberger, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2018, S. 478.

⁵⁴⁸ Hinweise zu artenschutzrechtlichen Ausnahmen vom Tötungsverbot bei windenergieempfindlichen Vogelarten bei der Bauleitplanung und Genehmigung von Windenergieanlagen des Ministeriums für ländlichen Raum und Verbraucherschutz Baden-Württemberg vom 01.07.2015.

⁵⁴⁹ Siehe die Nachweise bei Schwarzenberg/Ruß, Windenergieerlasse der Länder, ZUR 2016, S. 278 (280 unter Fn. 20).

⁵⁵⁰ VGH Bayern, Urteil vom 18.06.2014 – 22 B 13.1358, juris Rn. 45.

deklariert werden, was beispielsweise beim Windenergie-Erlass in Rheinland-Pfalz der Fall ist (s.o.), dann sind sie von vorneherein nicht als strikte Vorgaben für die Vollzugsbehörden zu verstehen. Eine nachgeordnete Behörde darf von solchen Verwaltungsvorschriften, die lediglich Empfehlungscharakter tragen, in begründeten Fällen abweichen.⁵⁵¹ Soweit durch die Empfehlungen auf Fachbeiträge der Naturschutzverwaltung von Verwaltungsvorschriften Bezug genommen wird, ist aber die Abweichung im Einzelfall dann auch speziell artenschutzfachlich zu begründen, was eine inhaltliche Auseinandersetzung mit dem als Empfehlung deklarierten Fachbeitrag voraussetzt.

Andersherum ist jedoch das unreflektierte Festhalten an überkommenen, aber in der Verwaltungsvorschrift genannten Einschätzungen aus rechtlicher Sicht nicht zu beanstanden; so hat das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz die behördliche Einstufung des Wespenbussards als nicht windkraftsensibel bei der Überprüfung der Genehmigung nicht beanstandet, obwohl sich seit dem Erlass 2012 zwischenzeitlich eine andere herrschende Fachmeinung (LUBW, Helgoländer Papier u. a.⁵⁵²) zu dieser Frage herausgebildet hat.⁵⁵³

So lässt sich als Zwischenfazit festhalten: Abweichungen von naturschutzfachlichen Kriterien für die Artenschutzprüfung in norminterpretierenden bzw. ermessenslenkenden Verwaltungsvorschriften unterliegen (nur) insoweit keinen rechtlichen Bedenken, wie sie auf einer fundierten artenschutzfachlichen Einzelfallbegründung beruhen.

3.1.3 Fachkonventionen

Neben Verwaltungsvorschriften, welche Beurteilungsspielräume rechtlich begrenzen, sind auch Fachkonventionen für die Genehmigungspraxis von entscheidender Bedeutung, da sich hieran bemisst, inwieweit der Zulassungsbehörde bzw. der bauleitplanerisch tätigen Gemeinde⁵⁵⁴ faktisch⁵⁵⁵ naturschutzfachliche Beurteilungsspielräume zustehen, die durch Fachkonventionen bestenfalls überflüssig werden.⁵⁵⁶

⁵⁵¹ Vgl. zur Abschwächung durch Empfehlungscharakter BVerwG, Urteil vom 07.04.2016 – C 1.15, juris Rn. 18.

⁵⁵² Siehe *Langemach/Dürr*, Einflüsse der Windenergienutzung auf Vögel, Stand: Mai 2021, S. 23; LAG VSW, Fachliche Empfehlungen für avifaunistische Erfassung und Bewertung bei Windenergieanlagen-Genehmigungsverfahren – Brutvögel, 2021, S. 12, wo eine Dauer von 3 Jahren für den Schutz intakter, aber aktuell nicht genutzter Wespenbussard-Horste empfohlen wird.

⁵⁵³ OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 08.05.2019 – 8 B 1048319, juris Rn. 13-17.

⁵⁵⁴ Im Artenschutzrecht steht der naturschutzfachliche Beurteilungsspielraum im Rahmen von fachrechtlichen Zulassungsverfahren der Genehmigungsbehörde zu bzw. im Rahmen von Bauleitplänen der Gemeinde und nicht der im Verfahren (z. B. bei der Bauleitplanung nach § 4 Abs. 1 und 2 BauGB) zu beteiligenden Naturschutzbehörde. Dies folgt aus dem ordnungsrechtlichen Charakter der Zugriffsverbote. Siehe dazu die Begründung und Rechtsprechungsnachweise unten in Abschnitt 3.1.5.1.

⁵⁵⁵ BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, juris Rn. 21 f.

⁵⁵⁶ *Bick/Wulfert*, Artenschutz in der Vorhabenzulassung, NVwZ 2017, S. 346 (354); *Storost*, Fachkonventionen für die arten- und gebietsschutzrechtliche Prüfung, UPR 2015, S. 47 (49).

Fachkonventionen schaffen praktikable Standards auf einem hohen fachlichen Niveau und fördern so die Qualität der Planungs- und Genehmigungsunterlagen; umgekehrt ermöglichen sie eine Qualitätskontrolle der im Verfahren erarbeiteten Artenschutzgutachten.⁵⁵⁷

Die Voraussetzungen, welche ein Fachbeitrag erfüllen muss, um als Fachkonvention anerkannt zu werden, sind nach wie vor ungeklärt; so ist bei diversen Fachbeiträgen – etwa dem sog. „Helgoländer Papier“⁵⁵⁸ – umstritten, ob sie eine Fachkonvention darstellen⁵⁵⁹ oder nicht⁵⁶⁰.

Nach Ansicht von *Bick/Wulfert* sollte eine Fachkonvention drei Voraussetzungen erfüllen:

- Entwicklung im Rahmen von Forschungsvorhaben einer neutralen, staatlichen Stelle (wie BfN oder UBA) oder von Expertengruppen (bspw. der Landesarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten, LAG VSW),
- Abstimmung, zumindest Beteiligung, im Forschungsbegleitkreis mit den jeweiligen verfügbaren Experten sowie
- Etablierung durch breite Anerkennung in Wissenschaft und/oder Praxis, ggf. auch durch die Rechtsprechung.⁵⁶¹

Nähert man sich diesem Vorschlag zunächst einmal rein aus der praktischen Perspektive heraus an, so fällt auf, dass der in der Planungspraxis als Fachkonvention etablierte⁵⁶² Fachbeitrag von Südbeck et al. (2005)⁵⁶³, welcher auch noch in der aktuellen Rechtsprechung als Maßstab einer Vertretbarkeitskontrolle herangezogen wird,⁵⁶⁴ nicht unter diese Definition einer Fachkonvention fällt. Denn die „Methodenstandards zur Erfassung der Brutvögel Deutschlands“ sind ein Gemeinschaftswerk der ornithologischen Fachverbände in Deutschland (Mitgliedsverbände des Dachverbandes Deutscher Avifaunisten, DDA) und damit vieler ehrenamtlicher Artenspezialisten, der Vogelschutzwarten der Länder und des Bundesamtes für Naturschutz.⁵⁶⁵ Wegen der Federführung des DDA würde es am ersten der drei genannten Kriterien

⁵⁵⁷ Vgl. *Steenhoff*, Die naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative, UPR 2017, S. 467 (471 f.), mit diversen Beispielen zum Natura-2000-Gebietsschutz.

⁵⁵⁸ LAG VSW, Abstandsempfehlungen für WEA, Berichte zum Vogelschutz 2014, S. 15-42.

⁵⁵⁹ Dafür bspw. *Bick/Wulfert*, Artenschutz in der Vorhabenzulassung, NVwZ 2017, S. 346 (353).

⁵⁶⁰ Dagegen bspw. *Ruß*, Helgoländer Papier – ein weiterer Fachbeitrag, NuR 2016, S. 803 (808); *Brandt*, Das Helgoländer Papier aus rechtlicher Sicht, ZNER 2015, S. 336.

⁵⁶¹ *Bick/Wulfert*, a.a.O., S. 346 (353).

⁵⁶² *Lüttmann*, Hinweis im Rahmen des Experteninterviews vom 11.08.2017; *Lau*, Hinweis im Rahmen des Experteninterviews vom 15.08.2017.

⁵⁶³ *Südbeck et al.*, Methodenstandards zur Erfassung der Brutvögel, 2005.

⁵⁶⁴ Bspw. OVG Niedersachsen, Urteil vom 25.10.2018 – 12 LB 118/16, juris Rn. 223 (Uhu) und Rn. 239 (Wespenbussard).

⁵⁶⁵ *Südbeck et al.*, a.a.O., S. 20 f.

fehlen.⁵⁶⁶ Auch die in der Praxis verbreiteten beiden Fachbeiträge zum Kontext „Windenergieanlagen und Tötungsrisiko“ sind zwar nicht im Hinblick auf ihre fachliche Expertise, gleichwohl in Bezug auf ihre Eigenschaft als Fachkonvention umstritten. Neben dem bereits genannten Streit um die Einordnung der *Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten* („Helgoländer Papier“) der LAG VSW (2014/15) werden auch gegen den Abschaltalgorithmus für Fledermäuse nach RENEBAT I-III (2011-2018)⁵⁶⁷ Bedenken geäußert, zumindest soweit auf dieser Grundlage ein Durchschnittswert von zwei Tieren pro Jahr und Anlage festgelegt wird.⁵⁶⁸

Realiter dürfte ein Konventionsvorschlag nie den Status eines allgemeinen Konsenses erreichen, sondern wird immer der inhaltlichen Kritik ausgesetzt sein. Ob und in welchem Umfang Fachkonventionen bestehen, hängt letztlich allein von dem Begriffsverständnis ab.⁵⁶⁹ Bemerkenswerterweise finden sich – soweit aus der Datenbank Juris ersichtlich – gegenwärtig keine verwaltungsgerichtlichen Urteile, die im Kontext des Artenschutzes explizit von einer „Fachkonvention“ sprechen.⁵⁷⁰ Vor diesem Hintergrund sollte der Gesetzgeber den Begriff einer Fachkonvention selbst festlegen. Dafür sprechen insbesondere die Hinweise zum Wesentlichkeitsgrundsatz in dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zur naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative, wonach der Gesetzgeber nicht ohne weitere Maßgaben privatem Fachwissen ungesteuert weitreichenden Einfluss auf staatliche Entscheidungen eröffnen darf; der Gesetzgeber muss, sofern die fachlichen Zusammenhänge weiter ungeklärt sind, für eine zumindest untergesetzliche Maßstabsbildung beispielsweise durch Einsetzung fachkundiger Gremien zur Festlegung einheitlicher Maßstäbe und

⁵⁶⁶ Vgl. die Aufzählung der Fachkonventionen bei *Bick/Wulfert*, Artenschutz in der Vorhabenzulassung, NVwZ 2017, S. 346 (353), wo dieser Fachbeitrag nicht genannt wird.

⁵⁶⁷ *Brinkmann et al.*, RENEBAT I, 2011; *Behr et al.*, RENEBAT II, 2015; *Behr et al.*, RENEBAT III, 2018.

⁵⁶⁸ *Lindemann et al.*, Abschaltalgorithmen für Fledermäuse an Windenergieanlagen, NuLP 2018, S. 418 (421). Zur unionsrechtlichen Determinierung der Signifikanzschwelle von einer Fledermaus pro Jahr pro WEA siehe unten Abschnitt 3.3.3.

⁵⁶⁹ *Bick/Wulfert*, a.a.O., S. 346 (353): „Ob und in welchem Umfang sich die Zahl der Fachkonventionen erhöht hat, hängt von dem Begriffsverständnis ab.“

⁵⁷⁰ Eine Recherche bei Juris mit der Textsuche „Fachkonvention“ sowie der Normangabe „BNatSchG“ ergibt - Stand 30.06.2021 - 56 Treffer zur Rechtsprechung. In diesen Entscheidungen wird der Begriff „Fachkonvention“ im Nachgang des BVerwG-Urteils zur Elbvertiefung teils allein im Kontext des wasserrechtlichen Verschlechterungsverbots genannt (Hinweis auf das Fehlen von Fachkonventionen, vgl. bspw. OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 08.11.2017 - 1 A 11653/16, juris Rn. 55). Ansonsten wird der Begriff „Fachkonvention“ meist im Zusammenhang mit der FFH-Verträglichkeitsprüfung verwendet (häufig Hinweis auf *Lambrecht & Trautner* 2007, vgl. bspw. OVG NRW, Urteil vom 11.03.2021 - 21 A 49/17, juris Rn. 408 ff.; BVerwG, Urteil vom 09.02.2017 - 7 A 2.15, juris Rn. 253). So resümiert etwa der VGH Hessen, Urteil vom 05.12.2019 - 2 C 1823/15.T, juris Rn. 45: „Bestandserfassung ... Es fehlt hierfür auch an einer auf einem breiten wissenschaftlichen Konsens beruhenden Fachkonvention, die den aktuell besten wissenschaftlichen Erkenntnisstand widerspiegelt.“

Methoden sorgen oder wenigstens genauere Regeln für die behördliche Entscheidung zwischen mehreren vertretbaren Auffassungen vorgeben.⁵⁷¹

Während mit der „*Einsetzung fachkundiger Gremien zur Festlegung einheitlicher Maßstäbe und Methoden*“ insbesondere Fachkonventionen angesprochen sind, zielen „*genauere Regeln für die behördliche Entscheidung zwischen mehreren vertretbaren Auffassungen*“ auf die gesetzliche Einräumung einer verwaltungsbehördlichen Einschätzungsprärogative, um sich auf der Grundlage von Fachbeiträgen einer naturschutzfachlich vertretbaren Position anschließen zu dürfen. (Eine der Verwaltung eingeräumte Einschätzungsprärogative hat das Bundesverfassungsgericht mangels einer bestehenden gesetzlichen Ermächtigung ausdrücklich verneint.⁵⁷²) Aus der vom Bundesverfassungsgericht verwendeten Formulierung „wenigstens“ wird ersichtlich, dass es Fachkonventionen zu präferieren scheint, zumal es in seinem Beschluss die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung betont.⁵⁷³

Eine Vorlage zur Einsetzung fachkundiger Gremien zur Festlegung einheitlicher Maßstäbe und Methoden im Sinne von Fachkonventionen enthält das Bundesnaturschutzrecht aktuell nicht (vgl. insb. § 54 BNatSchG). Vorgaben für eine Regelsetzung unterhalb der Ebene der Rechtsetzung (Rechtsverordnung, Verwaltungsvorschrift) enthielt hingegen der sogenannte „Professoren-Entwurf“ des allgemeinen Teils zum Umweltgesetzbuch (ProfE UGB-AT).⁵⁷⁴ § 161 ProfE UGB-AT erkannte technischen Regeln von privaten oder öffentlich-rechtlichen Institutionen bei Erfüllung bestimmter Anforderungen an ihren Inhalt und ihr Zustandekommen die Wirkung einer Vermutung dahingehend zu, dass das Regelwerk in seiner Aussage richtig ist, was im Einzelfall bei gesteigerter Darlegungslast widerlegt werden kann.⁵⁷⁵ Eine solche Regelkonzeption kommt somit in ihrem Verbindlichkeitsgrad einer Verwaltungsvorschrift sehr nahe.⁵⁷⁶ § 161 ProfE UGB-AT lautete wie folgt:

⁵⁷¹ BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, juris Rn. 24.

⁵⁷² BVerfG, a.a.O., juris Rn. 23 und 36. Zur normativen Ermächtigungslehre, die den Gesetzgeber in die Pflicht nimmt, der Verwaltung Letztentscheidungsrechte im materiellen Recht zuzuweisen, *Schuster*, Beurteilungsspielräume der Verwaltung im Naturschutzrecht, 2020, S. 37 ff. (41): „*Im Ergebnis genügt es also nicht, dass sich eine etwaige Ermächtigung aus der Natur der Sache oder aus besonderen Sachgründen ergeben könnte. Auch reicht die bloße Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe oder die Notwendigkeit einer Prognose nicht aus.*“

⁵⁷³ BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, juris Rn. 24.

⁵⁷⁴ *Kloepfer et al.*, Umweltgesetzbuch – Allgemeiner Teil, 1990.

⁵⁷⁵ *Kloepfer et al.*, a.a.O., S. 482.

⁵⁷⁶ *Kloepfer et al.*, a.a.O., S. 482 f.: „*Regelwerke [werden] faktisch wie Verwaltungsvorschriften der Rechtsanwendung zugrunde gelegt.*“

§ 161 Vermutungswirkung von technischen Regelwerken

- (1) Es wird vermutet, daß technische Regelwerke anerkannte Regeln der Technik, den Stand der Technik und den Stand von Wissenschaft und Technik zutreffend wiedergeben, wenn sie
1. diesem Gesetz entsprechen,
 2. von sachverständigen Stellen, die den Anforderungen an eine ausgewogene Zusammensetzung genügen, erlassen worden sind,
 3. hinreichend begründet sind,
 4. in einem fachöffentlichen Verfahren beschlossen worden sind,
 5. veröffentlicht sind.
- (2) Das Nähere kann durch Rechtsverordnung geregelt werden.

Mit den fünf genannten Voraussetzungen soll im Sinne einer „kontrollierten Rezeption“ von privaten Regeln durch Behörden die hinreichende staatliche Überprüfung und Einflussnahme auf Inhalt und Zustandekommen des Regelwerks sichergestellt werden, ohne dem Staat eine vollinhaltliche Kontrolle aufzugeben, welche die Entlastungsfunktion von privaten Regeln wieder aufheben würde. Dem Kriterium der ausgewogenen Zusammensetzung der sachverständigen Stelle kommt die Funktion einer verfahrensmäßigen Gewähr für Objektivität und Neutralität zu.⁵⁷⁷

Um die Kriterien für die naturschutzfachliche Beurteilung in ihrem Verbindlichkeitsgrad Verwaltungsvorschriften anzugleichen, könnte angelehnt an § 161 ProfE UGB-AT eine Vorschrift in Kapitel 5 des Bundesnaturschutzgesetzes aufgenommen werden, die eine Vermutungsregelung für Fachkonventionen aufstellt.

Bei der Formulierung sollte die Formulierung des Bundesverfassungsgerichts zur Umschreibung der Grenze einer vollen gerichtlichen Überprüfung von behördlichen Entscheidungsergebnissen („*allgemein anerkannte Maßstäbe und Methoden für die fachliche Beurteilung*“⁵⁷⁸) verwendet werden. Wegen dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts gelte es im Kontext des besonderen Artenschutzes neben den Vorgaben des Bundesnaturschutzgesetzes auch die Naturschutzrichtlinien beim Übereinstimmungserfordernis der naturschutzfachlichen Regeln in Bezug zu nehmen. Da das Artenschutzrecht meist nicht durch bundeseigene Verwaltung vollzogen wird, wäre in die Verordnungsermächtigung der Bundesrat einzubeziehen.

So könnte eine solche Vermutungsregelung beispielsweise wie folgt formuliert werden:

⁵⁷⁷ Kloepfer et al., Umweltgesetzbuch – Allgemeiner Teil, 1990, S. 482.

⁵⁷⁸ BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, juris Rn. 20 und 25.

§ X BNatSchG: Vermutungswirkung von Fachkonventionen

- (1) Es wird vermutet, dass naturschutzfachliche Beiträge in Wissenschaft und Praxis allgemein anerkannte Maßstäbe und Methoden für die fachliche Beurteilung wiedergeben, wenn sie
1. diesem Gesetz entsprechen und Rechtsakte der europäischen Gemeinschaft nicht entgegenstehen,
 2. von sachverständigen Stellen, die den Anforderungen an eine ausgewogene Zusammensetzung genügen, erlassen worden sind,
 3. hinreichend begründet sind,
 4. in einem fachöffentlichen Verfahren beschlossen worden sind,
 5. veröffentlicht sind.
- (2) Das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates das Nähere zu regeln.

Den Maßstab, an dem sich eine solche delegierende Gesetzesvorschrift messen lassen muss, bilden das verfassungsrechtliche Demokratie- und das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 und 3 GG). Privatem Fachwissen darf nicht ungesteuert weitreichender Einfluss auf behördliche Entscheidungen eröffnet werden.⁵⁷⁹ Zudem muss eine ausreichende rechtsstaatliche Kontrolle über die Vereinbarkeit der fachlichen Regeln mit den gesetzlichen Wertungen sowie die Objektivität und Neutralität der Normierung gewährleistet sein.⁵⁸⁰

Eine solche Vermutungsregelung würde nicht nur Fachkonventionen hinsichtlich des Verbindlichkeitsgrades an Verwaltungsvorschriften angleichen, sondern auch für die Etablierung von Fachkonventionen sorgen. Denn ob die Voraussetzungen nach Absatz 1 vorliegen, ist im Einzelfall überprüfbar bzw. zu überprüfen.⁵⁸¹ D. h. über eine gerichtliche Kontrolle kann es zu einer bestätigenden Etablierung eines Fachbeitrags als Fachkonvention kommen, wenn die Gerichte die Voraussetzungen für die Vermutungswirkung als erfüllt ansehen.

Hierin liegt ein Vorteil der „Vermutungsregel-Konzeption“ gegenüber einer „TA Artenschutz“ auf der Grundlage von § 54 Abs. 11 BNatSchG. Die Etablierung von Fachkonventionen bedürfte nicht zwingend eines politischen Prozesses (insbesondere nicht einer konkretisierenden Verordnung unter Beteiligung des Bundesrates nach

⁵⁷⁹ BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, juris Rn. 24.

⁵⁸⁰ Kloepfer et al., Umweltgesetzbuch – Allgemeiner Teil, 1990, S. 471 m.w.N.

⁵⁸¹ Kloepfer et al., a.a.O., S. 482.

Absatz 2). Die Etablierung würde durch die gerichtliche Bestätigung, dass in Bezug auf einen Streitgegenständlichen Fachbeitrag die Voraussetzungen des Absatzes 1 (ggf. i.V.m. der konkretisierenden Verordnung) vorliegen, erfolgen.

Demgegenüber ist die Ermächtigungsgrundlage des § 54 Abs. 11 BNatSchG für die „TA Artenschutz“ dem § 48 BImSchG nachgebildet, worauf auch normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften (insbesondere TA Luft und TA Lärm) gestützt werden, welche politische Elemente bei der Grenzwertfestlegung enthalten⁵⁸². Jedoch besteht im Gegensatz zu normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften auf der Grundlage von § 48 BImSchG bei der „TA Artenschutz“ wegen der unionsrechtlichen Determinierung des Artenschutzrechts kaum politischer Spielraum, sondern es kann nur um staatlich gesteuerte fachliche Konventionsbildung gehen.⁵⁸³ Eine solche staatlich gesteuerte fachliche Konventionsbildung sollen die Voraussetzungen nach Absatz 1 sicherstellen.

3.1.4 Fachbeiträge

Wie bereits genannt,⁵⁸⁴ finden sich – soweit aus der Datenbank Juris ersichtlich – gegenwärtig keine verwaltungsgerichtlichen Urteile, die im Kontext des Artenschutzrechts explizit von einer „Fachkonvention“ sprechen. Soweit Fachbeiträge (etwa Leitfäden von Fachbehörden) nicht per Einführungserlass den Status einer Verwaltungsvorschrift verliehen bekommen haben,⁵⁸⁵ handelt es sich daher um rechtlich unverbindliche Orientierungshilfen, die eine rein faktische Wirkung über die besondere Sachkunde ihrer Urheber entfalten.⁵⁸⁶

Nehmen Verwaltungsgerichte auf Fachbeiträge im Rahmen ihrer Amtsermittlung (§ 86 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 VwGO) Bezug,⁵⁸⁷ dann nicht aufgrund einer demokratischen Legitimation der Fachbeiträge und einer damit einhergehenden Außenwirkung, sondern weil Verwaltungsrichter sie gemäß § 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO aufgrund ihrer eigenen Überzeugung anwenden dürfen.⁵⁸⁸

⁵⁸² *Erbguth/Guckelberger*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2018, S. 479.

⁵⁸³ *Lau*, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 54 Rn. 19.

⁵⁸⁴ Siehe oben Abschnitt 3.1.3.

⁵⁸⁵ Der Verweis in dem Rundschreiben Windenergie auf das Gutachten der Naturschutzfachverwaltung hat zur Folge, dass letzteres seinerseits den Rechtscharakter von Verwaltungsvorschriften annimmt und die Bindungswirkung des Rundschreibens für die Vollzugsbehörden teilt.

⁵⁸⁶ Vgl. beispielhaft zu den „Hinweisen zur Bewertung und Vermeidung von Vogelarten bei der Bauleitplanung und für Genehmigung von Windenergieanlagen“ (LUBW 2015): VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 06.07.2016 – 3 S 942/16, juris Rn. 46; *Steenhoff*, Die naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative, UPR 2017, S. 467 (471).

⁵⁸⁷ Vgl. zur Begrenzung gerichtlicher Einschätzungsplausibilität bei fehlender gesetzlicher Einschätzungsprärogative *Bamberger*, in: Wysk, VwGO, 3. Aufl. 2020, § 114 Rn. 14a.

⁵⁸⁸ Vgl. bspw. OVG NRW, Urteil vom 29.03.2017 – 11 D 70/09.AK, juris Rn. 528 (Ortsumgehung Datteln): „Insgesamt steht es zur Überzeugung des Senats (§ 108 Abs. 1 VwGO) fest, dass die Bestandsaufnahme aller Arten sowohl in ihrem methodischen Vorgehen als auch in ihrer Ermittlungstiefe ausreichte, um die Behörde in die Lage zu versetzen, die Voraussetzungen der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände sachgerecht zu überprüfen.“

3.1.5 Naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative

Handelt es sich somit bei den meisten naturschutzfachlichen Kriterien zur Artenschutzprüfung um rechtlich unverbindliche Fachbeiträge,⁵⁸⁹ schließt sich die Frage an, worauf sich die sachlich zuständige Behörde im konkreten Einzelfall stützen darf, einerseits wenn die Behörde aufgrund eigener Expertise Zweifel an der Richtigkeit der Artenschutzprüfung hat, andererseits wenn sie trotz im Verwaltungsverfahren vorgetragener Einwände gegen Methodik, Grundannahmen oder Schlussfolgerungen von Fachgutachten im Auftrag der Vorhabenträger von der Qualität der Artenschutzprüfung überzeugt ist. In diesem Zusammenhang ist der Begriff der „Einschätzungsprärogative“ in den letzten Jahren geradezu populär geworden.⁵⁹⁰

Ist von einer Einschätzungsprärogative die Rede, so meint dies in der Regel eine Rechtsfigur, wonach der Verwaltung auf Tatbestandsebene gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbare Beurteilungsspielräume zustehen, sodass insoweit die Letztentscheidungsmacht bei der Administrative und nicht bei der Judikative liegt.⁵⁹¹

In ständiger Rechtsprechung gestatten die Gerichte bei der Prüfung der artenschutzrechtlichen Verbote pauschal – sowohl hinsichtlich der Bestandserfassung als auch der daran anschließenden Betroffenheitsbeurteilung – eine verwaltungsbehördliche Einschätzungsprärogative.⁵⁹² Dieses Verdikt ist seit einem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts von Oktober 2018 zur Reichweite des Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG) teilweise überholt. Denn der erste Senat hat darauf hingewiesen, dass es sich um eine Einzelbeurteilung handelt:

„Stößt das Verwaltungsgericht bei der Kontrolle naturschutzrechtlicher Entscheidungen an die objektiven Grenzen der Erkenntnisse der ökologischen Wissenschaft und Praxis, folgt das eingeschränkte Kontrollmaß nicht etwa aus einer der Verwaltung eigens eingeräumten Einschätzungsprärogative, sondern schlicht aus dem Umstand, dass es insoweit am Maßstab zur sicheren Unterscheidung von richtig und falsch fehlt. Es handelt sich damit nicht um eine gewillkürte Verschiebung der Entscheidungszuständigkeit vom Gericht auf die Behörde, sondern um eine nach Dauer und Umfang vom jeweiligen ökologischen Erkenntnisstand abhängige faktische Grenze verwaltungsgerichtlicher Kontrolle. ...

⁵⁸⁹ Prägnant Schuster, Beurteilungsspielräume der Verwaltung im Naturschutzrecht, 2020, S. 172: „Im Grunde sind herrschende naturschutzfachliche Auffassungen maßgeblich“.

⁵⁹⁰ Vgl. Kahl/Burs, Beurteilungsspielräume der Verwaltung im Naturschutzrecht, DVBl 2016, S. 1222: „Artenschutzrecht ... hier haben sich in der Rechtsprechung weit reichende Beurteilungsspielräume der Verwaltung etabliert“.

⁵⁹¹ Jacob/Lau, Beurteilungsspielraum und Einschätzungsprärogative, NVwZ 2015, S. 241 (241 f.).

⁵⁹² Grundlegend BVerwG, Urteil vom 09.07.2008 – 9 A 14.07, juris Rn. 65 (Einschätzungsprärogative der Planfeststellungsbehörde bei Artenschutzprüfung in Planfeststellungsverfahren); weiterführend BVerwG, Urteil vom 27.06.2013 – 4 C 1.12, juris Rn 14 (Einschätzungsprärogative ist in allen Genehmigungsverfahren anzunehmen); zur Ausdehnung auf die artenschutzrechtliche Ausnahmeprüfung vgl. OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 03.01.2017 – 2 M 118/16, juris Rn. 32; zur naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative bei der Prüfung der vorhabenbedingten Auswirkungen auf Tiere im Rahmen der UVP siehe OVG Niedersachsen, Beschluss vom 16.11.2016 – 12 ME 132/16, juris Rn. 79. Darauf hinweisend, dass es sich um ständige Rechtsprechung handelt, BVerwG, Urteil vom 10.11.2016 – 9 A 18/15, juris Rn. 73.

Ob und hinsichtlich welcher Aspekte der im Rahmen von § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG zu treffenden Feststellungen die gerichtliche Kontrolle beschränkt ist, kann sich danach im Laufe der Zeit verändern. Zwar sprechen die Gerichte hier selbst von der behördlichen Einschätzungsprerogative, so dass nahe liegt, dass die gerichtliche Kontrolle tatsächlich eingeschränkt war.“⁵⁹³

Insofern stellt sich die Frage nach Reichweite und Grenzen der Einschätzungsprerogative im Bereich des Artenschutzrechts von Neuem.⁵⁹⁴

3.1.5.1 Beurteilungsspielraum für Behörden und Gemeinden

Ein Beurteilungsspielraum zugunsten der Verwaltung – mit der Folge der eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle der Tatbestandsvoraussetzungen einer Norm – bedarf wegen der aus der Garantie effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG) folgenden grundsätzlichen Pflicht der Gerichte, angefochtene Verwaltungsakte in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht vollständig nachzuprüfen, einer gesetzlichen Ermächtigung (sog. normative Ermächtigungslehre).⁵⁹⁵ Maßgeblich für die Feststellung eines Beurteilungsspielraums ist demnach die Auslegung des Gesetzes.⁵⁹⁶ Weder Absatz 1 noch Absatz 5 des § 44 BNatSchG bieten jedoch in ihrer aktuellen Fassung einen konkreten Anknüpfungspunkt für die Annahme einer Beurteilungsspielraum-Ermächtigung.

Allerdings wird die naturschutzfachliche Einschätzungsprerogative im Anwendungsbereich des besonderen Artenschutzes von den Gerichten damit begründet, dass die Behörden bei der artenschutzrechtlichen Prüfung auf ökologische Bewertungen angewiesen wären, für die verbreitet fachwissenschaftliche Standards fehlten.⁵⁹⁷ Stößt das Verwaltungsgericht bei der Kontrolle naturschutzrechtlicher Entscheidungen an die objektiven Grenzen der Erkenntnisse der ökologischen Wissenschaft und Praxis, folgt das eingeschränkte Kontrollmaß nicht aus einer der Verwaltung eigens eingeräumten Einschätzungsprerogative, sondern schlicht aus dem Umstand, dass es insoweit am Maßstab zur sicheren Unterscheidung von richtig und falsch fehlt. Es handelt sich damit um eine nach Dauer und Umfang vom jeweiligen ökologischen

⁵⁹³ BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, juris Rn. 23 und 35 f.

⁵⁹⁴ Prägnant *Schuster*, Beurteilungsspielräume der Verwaltung im Naturschutzrecht, 2020, S. 178: „Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass auch das Vorliegen von Leitfäden und Empfehlungen nicht das Erfordernis einer Einschätzungsprerogative entfallen lässt. Diese Hilfen stellen kein zwingendes Recht und daher keine verbindliche Festschreibung der ökologischen Fachwissenschaft dar.“

⁵⁹⁵ *Jacob/Lau*, Beurteilungsspielraum und Einschätzungsprerogative, NVwZ 2015, S. 241 (242 f.); *Kahl/Burs*, Beurteilungsspielräume der Verwaltung im Naturschutzrecht, DVBl 2016, S. 1157 (1158).

⁵⁹⁶ *Kahl/Burs*, a.a.O., S. 1157 (1158).

⁵⁹⁷ So bspw. OVG Niedersachsen, Beschluss vom 22.07.2016 – 7 MS 19/16, juris Rn. 12; BVerwG, Urteil vom 21.11.2013 – 7 C 40/11, juris Rn. 14; BVerwG, Urteil vom 06.11.2012 – 9 A 17/11, juris Rn. 100; BVerwG, Urteil vom 18.03.2009 – 9 A 39/07, juris Rn. 45.

Erkenntnisstand abhängige faktische Grenze verwaltungsgerichtlicher Kontrolle. Dafür bedarf es nicht eigens der gesetzlichen Ermächtigung, wie sie für die Einräumung administrativer Letztentscheidungsrechte bei der Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe erforderlich ist. Diese Sichtweise hat das Bundesverfassungsgericht bestätigt.⁵⁹⁸

Folglich besteht faktisch ein Beurteilungsspielraum der Behörde bei ihrer naturschutzfachlichen Beurteilung, soweit für einzelne Aspekte der fachlichen Beurteilung Erkenntnisdefizite objektiv bestehen. Da allgemein anerkannte Maßstäbe und Methoden für die fachliche Beurteilung (Fachkonventionen) gegenwärtig kaum bestehen (s. o.), ist der Anwendungsbereich des Beurteilungsspielraums noch weit. Liegen der behördlichen Beurteilung artenschutzrechtlicher Fragen solche im Auftrag des Vorhabenträgers von Fachgutachtern erstellte Ausarbeitungen zugrunde, die Aufschluss über die angewendeten Methoden und die damit erzielten Ergebnisse gewähren, so kann sich die Genehmigungsbehörde den Ausführungen des Vorhabenträgers unter Berufung auf ihre naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative meist noch anschließen.⁵⁹⁹

Der naturschutzfachliche Beurteilungsspielraum steht bei der Prüfung der artenschutzrechtlichen Verbote im Rahmen von fachrechtlichen Zulassungsverfahren der Genehmigungsbehörde zu⁶⁰⁰ bzw. im Rahmen von Bauleitplänen der Gemeinde⁶⁰¹ und damit nicht der im Verfahren (z. B. nach § 4 BauGB) zu beteiligenden Naturschutzbehörde.⁶⁰² Dies ist eine – etwas groteske – Konsequenz, die ihren Ursprung in der Ausgestaltung der artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG als verhaltensbezogenes Ordnungsrecht hat.⁶⁰³ Bezüglich der Funktion zur Sanktionierung von widersprechenden Handlungen könnte ein Beurteilungsspielraum der Verwaltung in Konflikt mit Art. 103 Abs. 2 GG geraten, der als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips bei straf- und bußgeldbewehrten Verboten⁶⁰⁴ ein besonderes Bestimmtheiterfordernis normiert.⁶⁰⁵ Die naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative kann sich deswegen allein auf die Funktion des § 44 Abs. 1 BNatSchG als nach

⁵⁹⁸ BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, juris Rn. 23.

⁵⁹⁹ OVG Niedersachsen, Urteil vom 25.10.2018 – 12 LB 118/16, juris Rn. 211.

⁶⁰⁰ BVerwG, Urteil vom 10.11.2016 – 9 A 18/15, juris Rn. 73 („Planfeststellungsbehörde“); OVG Niedersachsen, Urteil vom 10.01.2017 – 4 LC 198/15, juris Rn. 144 („Genehmigungsbehörde“); OVG NRW, Beschluss vom 09.06.2017 – 8 B 1264/16, juris Rn. 47 („Zulassungsbehörden“).

⁶⁰¹ VGH Bayern, Urteil vom 18.01.2017 – 15 N 14.2033, juris Rn. 32; OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 14.10.2014 – 8 C 10233/14, juris Rn. 58.

⁶⁰² Siehe dazu insbesondere die Kritik von *Gellermann*, Zugriffsverbote und Einschätzungsprärogative, NuR 2014, S. 597 (597).

⁶⁰³ Vgl. zu diesem Punkt instruktiv *Kahl/Burs*, Beurteilungsspielräume der Verwaltung im Naturschutzrecht, DVBl 2016, 1222 (1223).

⁶⁰⁴ Die Verbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG sind gemäß § 69 Abs. 2 BNatSchG bußgeldbewehrt und nach Maßgabe von § 71 BNatSchG strafbewehrt.

⁶⁰⁵ A. A. *Gellermann*, a.a.O., S. 597 (598 f.), wonach den artenschutzrechtlichen Verbotsnormen trotz der Verknüpfung mit §§ 69 und 71 BNatSchG keine Sanktionsfunktion zukomme. Dagegen spricht jedoch § 71a Abs. 5 BNatSchG, aus dem wegen des fehlenden Verweises auf § 71a Abs. 1

dem jeweils einschlägigen Planungsrecht (z. B. § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG oder § 1 Abs. 3 BauGB) im Verfahren zu prüfende Voraussetzung beziehen.⁶⁰⁶ Die Rechtsgrundlage der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative bei Anwendung des Artenschutzes in einem Planungs- oder Genehmigungsverfahren stellt dementsprechend nicht allein das Naturschutzrecht dar, sondern § 44 Abs. 1 BNatSchG stets in Verbindung mit den Zulassungsregelungen des Planungsrechts.⁶⁰⁷ Zwar wenden Naturschutzbehörden (im Rahmen ihrer Beteiligung als Fachbehörde) und Planungs- bzw. Genehmigungsbehörden (im Rahmen der Prüfung der Voraussetzungen für den Plan bzw. für die Genehmigung) gleichermaßen das Artenschutzrecht an, rechtsanwendende Behörde mit Einschätzungsspielraum ist jedoch allein die für die Prüfung der Plan- bzw. Genehmigungsvoraussetzungen zuständige Verwaltungsstelle.

Freilich wird die Zulassungsbehörde ihre artenschutzbezogenen Beurteilungen in Genehmigungsverfahren bzw. die Gemeinde in Bauleitplanverfahren regelmäßig auf fachbehördliche und fachgutachterliche Stellungnahmen stützen.⁶⁰⁸ Da den Fachbehörden bzw. den Fachgutachtern die Einschätzungsprärogative nicht zusteht, hat die Zulassungsbehörde die ihre Anschließung tragenden Erwägungen im Wesentlichen schriftlich zu dokumentieren.⁶⁰⁹ Weil für den Beschluss eines Bebauungsplans nicht die Gemeindeverwaltung sondern der Gemeinderat zuständig ist, bedarf es als Pendant zur schriftlichen Dokumentation der Genehmigungsbehörde über das Anschließen an die gutachterliche Expertise des protokollierten Beschlusses des Gemeinderates, dass sich die Gemeinde den gutachterlichen Einschätzungen zu offenen Fachfragen des Artenschutzes im Rahmen der ihr zustehenden naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative anschließt. Da die artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote nicht nur im Rahmen der Abwägung (§ 1 Abs. 7 BauGB), sondern auch für die Planerforderlichkeit (§ 1 Abs. 3 BauGB) relevant sind und die Planbegründung mit Umweltbericht (§ 9 Abs. 8 i.V.m. § 2a BauGB) meist von externen Büros verfasst werden (vgl. § 4b BauGB), sollte dieser Ratsbeschluss möglichst separat vor der nachvollziehenden Abwägung der betroffenen Belange durch den Gemeinderat und dem Bebauungsplanbeschluss getroffen werden.

Nr. 3 BNatSchG hervorgeht, dass bereits die Verletzung eines Individuums eines Vogels bzw. einer Anhang-IV-Art ggf. nicht nur als Ordnungswidrigkeit, sondern sogar als Straftat anzusehen ist.

⁶⁰⁶ BVerwG, Urteil vom 06.11.2013 – 9 A 14/12, juris Rn. 17; *Jacob/Lau*, Beurteilungsspielraum und Einschätzungsprärogative, NVwZ 2015, S. 241 (245).

⁶⁰⁷ BVerwG, Urteil vom 06.11.2013 – 9 A 14/12, juris Rn. 17.

⁶⁰⁸ Vgl. bspw. OVG Niedersachsen, Urteil vom 10.01.2017 – 4 LC 198/15, juris Rn. 144 („*naturschutzfachliche Einschätzung der sachverständig beratenden Zulassungsbehörde*“); VGH Bayern, Beschluss vom 22.02.2017 – 8 ZB 15.2159, juris Rn. 25 („*naturschutzfachliche Einschätzung der sachverständig beratenen Planfeststellungsbehörde*“) sowie OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 14.10.2014 – 8 C 10233/14, juris Rn. 64 („*Antragsgegnerin [i. e. Ortsgemeinde Göllheim] unter Hinzuziehung naturschutzfachlichen Sachverständigen im Rahmen ihrer naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative*“).

⁶⁰⁹ OVG Niedersachsen, Urteil vom 25.10.2018 – 12 LB 118/16, juris Rn. 211.

3.1.5.2 Grenzen der Einschätzungsprärogative beim Artenschutz

Die Bindung der Rechtsprechung an Wertungen der Verwaltung, was rechtens ist, steht nicht nur in einem Spannungsverhältnis zur Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG, sondern auch zur Gesetzesbindung der Gerichte nach Art. 20 Abs. 3 und Art. 97 Abs. 1 GG, woraus folgt, dass Verwaltungshandeln grundsätzlich der vollen gerichtlichen Nachprüfung auf Rechtmäßigkeit unterliegt.⁶¹⁰ Vor diesem Hintergrund ist es eine praxisrelevante Kernfrage des Artenschutzrechts, inwieweit sich die Behörde im konkreten Einzelfall bei Kontroversen hinsichtlich der Anforderungen an die Bestandserfassung bzw. der Beurteilung der artenschutzrechtlichen Betroffenheit darauf berufen kann, dass sie eine fachlich vertretbare Position eingenommen hat. Wo liegen speziell beim Artenschutz die Grenzen der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative von Behörden, nachdem das Bundesverfassungsgericht im Oktober 2018 explizit das Bestehen einer verwaltungsbehördlichen Letztentscheidungskompetenz in Bezug auf unbestimmte Kriterien des Artenschutzrechts verneint⁶¹¹ hat?

Fachkonventionen

Eine offensichtliche Begrenzung der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative beim Artenschutz ergibt sich aus dem Umkehrschluss zu ihrem Sachgrund. Wenn die sachliche Rechtfertigung in dem Fehlen von fachlichen Standards liegt,⁶¹² dann bezieht sich die behördliche Einschätzungsprärogative nicht generell auf das Artenschutzrecht, sondern besteht nur bei solchen Fragen, zu deren Beantwortung noch keine allgemeinen anerkannten fachlichen Standards bestehen.⁶¹³ Das Bundesverwaltungsgericht führt zur Rechtfertigung der Beurteilungsermächtigung zusammenfassend aus:

„Die Zulassungsbehörde hat bei der Prüfung der Verbotstatbestände eine vorausschauende Risikoermittlung und -bewertung zu leisten. Dabei werden ihr ... Einschätzungen und Beurteilungen auch zu Fragen abverlangt, die in der Fachwissenschaft ungeklärt oder umstritten sind. Nur für diese spezifische Verwaltungsaufgabe ist die Beurteilungsermächtigung eingeräumt, die dementsprechend nicht in § 44 Abs. 1 BNatSchG als solchem, sondern in § 44 Abs. 1 BNatSchG in Verbindung mit den Zulassungsregelungen des Planfeststellungs- und Genehmigungsrecht ihre Grundlage hat.“⁶¹⁴

⁶¹⁰ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 31.05.2011 – 1 BvR 857/07, juris Rn. 70-72.

⁶¹¹ BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, juris Rn. 34.

⁶¹² Vgl. auch OVG Niedersachsen, Beschluss vom 22.07.2016 – 7 MS 19/16, juris Rn. 12; BVerwG, Urteil vom 21.11.2013 – 7 C 40.11, juris Rn. 14; BVerwG, Urteil vom 06.11.2012 – 9 A 17.11, juris Rn. 100; BVerwG, Urteil vom 18.03.2009 – 9 A 39.07, juris Rn. 45.

⁶¹³ BVerwG, Urteil vom 21.11.2013 – 7 C 40.11, juris Rn. 19; BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, juris Rn. 23.

⁶¹⁴ BVerwG, Urteil vom 06.11.2013 – 9 A 14.12, juris Rn. 17.

Da die naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative beim Artenschutz (im Unterschied zur Bewertung von Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen bei der Eingriffsregelung⁶¹⁵) ihren Grund in der Verweisung der rechtsanwendenden Behörde auf teils ungeklärte und umstrittene Fachfragen hat, fällt der behördliche Beurteilungsspielraum weg, sobald die ökologische Wissenschaft gesicherte Erkenntnisse vermittelt.⁶¹⁶ Fachliche Standardsetzungen durch Fachkonventionen führen daher zu einer Einschränkung der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative und machen bestenfalls behördliche Beurteilungsspielräume überflüssig.⁶¹⁷ Die naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative beschränkt sich damit auf jene konkrete Fragen, bei denen trotz fortschreitender wissenschaftlicher Erkenntnisse weiterhin ein gegensätzlicher Meinungsstand fortbesteht und es an eindeutigen ökologischen Erkenntnissen fehlt.⁶¹⁸

Im Sinne einer Fachkonvention geklärt ist durch die naturschutzfachliche Wissenschaft die Bestandserfassung von Brutvögeln im Zuge von Planungs- und Zulassungsverfahren. Die etablierten Methodenstandards von *Südbeck et al.* zur Erfassung der Brutvögel Deutschlands (2005) sind im Methodenhandbuch zur Artenschutzprüfung in NRW von 2017 stellenweise aufgrund des zwischenzeitlich erreichten Standes der Fachwissenschaft fortgeschrieben worden⁶¹⁹ und deren Empfehlungen daher als Fachkonvention anzusehen.⁶²⁰ Beispielsweise hat das Oberverwaltungsgericht Niedersachsen 2018 in einem sowohl instruktiven als auch grundlegenden Urteil die Bestandserfassung der Avifauna an ihrer Kompatibilität mit *Südbeck et al.* (2005) gemessen⁶²¹ und u. a. die Bestandserfassung des Uhus als nicht rechtsens beanstandet, weil sie unplausibel von der Fachkonvention abweiche: Nach *Südbeck et al.* (2005) erfolge die Erfassung des Uhus durch Kartierung singender bzw. rufender Tiere sowie Lokalisierung bettelnder Jungtiere und die Kontrolle potentieller Nistplätze am Tage; für die Kartierung durch Vogelgesang würden zwei Termine zwischen Mitte Februar bis Mitte März vorschlagen, weil die Frühjahrsbalz verstärkt von Februar bis März stattfindet.⁶²² Eine Eulenerfassung im April und damit außerhalb

⁶¹⁵ Der behördliche Beurteilungsspielraum bei der Bewertung von Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen im Rahmen von § 15 Abs. 2 BNatSchG wird mit dem planungsähnlichen abwägenden Charakter der Entscheidung begründet. Vgl. dazu insbesondere *Kahl/Burs*, Beurteilungsspielräume der Verwaltung im Naturschutzrecht, DVBl 2016, 1222 (1224).

⁶¹⁶ *Jacob/Lau*, Beurteilungsspielraum und Einschätzungsprärogative, NVwZ 2015, S. 241 (248: „auflösend bedingt“); *Gellermann*, Zugriffsverbote und Einschätzungsprärogative, NuR 2014, S. 597 (599).

⁶¹⁷ *Bick/Wulfert*, Artenschutz in der Vorhabenzulassung, NVwZ 2017, S. 346 (354); *Storost*, Fachkonventionen für die arten- und gebietsschutzrechtliche Prüfung, UPR 2015, S. 47 (49).

⁶¹⁸ *Jacob/Lau*, a.a.O., NVwZ 2015, S. 241 (244).

⁶¹⁹ *Lüttmann et al.*, Methodenhandbuch Artenschutzprüfung NRW, 2017, S. 18.

⁶²⁰ Hinweis von *Lüttmann* im Rahmen des Experteninterviews vom 11.08.2017; Hinweis von *Lau* im Rahmen des Experteninterviews vom 15.08.2017; a. A. offensichtlich *Bick/Wulfert*, Artenschutz in der Vorhabenzulassung, NVwZ 2017, S. 346 (353).

⁶²¹ OVG Niedersachsen, Urteil vom 25.10.2018 – 12 LB 118/16, juris Rn. 216 ff.

⁶²² *Südbeck et al.*, Methodenstandards zur Erfassung der Brutvögel, 2005, S. 416 f.

der Hauptbalz des Uhus ohne zureichende Begründung, warum eine Abweichung von diesem Fachstandard gebilligt werde, bedeutete eine Überschreitung des Beurteilungsspielraums der Behörde, sodass es an einer rechtmäßigen Bestandserfassung des Uhus fehle.⁶²³

Wie oben dargestellt,⁶²⁴ fehlt es jedoch an einem allgemeingültigen Begriffsverständnis der „Fachkonvention“ und zumindest im Bereich des besonderen Artenschutzes zeigt sich die Rechtsprechung bislang an einer entsprechenden „Titulierung“ von Fachbeiträgen äußerst restriktiv.

Verwaltungsvorschriften

Gegenwärtig scheint weniger die fachliche Akzeptanz, mehr die rechtliche Verbindlichkeit vor diesem Hintergrund entscheidend, zumindest bilden Grenzen der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative gegenwärtig vor allem Verwaltungsvorschriften. Beispielsweise handelt es sich bei den Windkrafterlassen der Länder in der Regel um eine Verwaltungsvorschrift;⁶²⁵ d. h. die Vorgaben im Windkrafterlass müssen von den nachfolgenden Naturschutz- und Immissionsschutzbehörden bei der Windenergieplanung angewendet werden.⁶²⁶ Beispielsweise hat das Verwaltungsgericht Potsdam die Verwirklichung der Verbote des § 44 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BNatSchG durch Windenergieanlagen zulasten des Ziegenmelkers nicht ausgeschlossen, weil die Bestandserfassung die methodischen Anforderungen nicht erfüllt habe infolge einer Abweichung ohne sachliche Begründung vom Brandenburgischen Windkrafterlass.⁶²⁷ Der Windkrafterlass sehe für die Erfassung der Brutvögel vor, dass der Untersuchungsraum bei Vorhaben mit mehreren Anlagen den jeweiligen Schutzbereich laut den „Tierökologischen Abstandskriterien für die Errichtung von Windenergieanlagen in Brandenburg“ im Umkreis der Gesamtanlagenfläche, jeweils von den äußeren Einzelanlagenstandorten gemessen, umfasse. Eine am jeweiligen Schutzbereich der betroffenen Arten orientierende Festlegung des Untersuchungsraums könne dem Artenschutzgutachten jedoch nicht entnommen werden. Angesichts dessen sei offen, ob das methodische Vorgehen des Windparkbetreibers geeignet war, den Antragsgegner in die Lage zu versetzen, das Vorhaben artenschutzfachlich zutreffend zu beurteilen.

⁶²³ OVG Niedersachsen, Urteil vom 25.10.2018 – 12 LB 118/16, juris Rn. 223.

⁶²⁴ Siehe oben Abschnitt 3.1.3 Fachkonventionen.

⁶²⁵ VGH Hessen, Beschluss vom 14.01.2021 – 9 B 2223/20, juris Rn. 19 („norminterpretierende Verwaltungsvorschrift“).

⁶²⁶ Siehe oben Abschnitt 3.1.2 Verwaltungsvorschriften.

⁶²⁷ VG Potsdam, Beschluss vom 07.07.2017 – 4 L 148/17, juris Rn. 15-20.

Hinreichend tiefgehend aufgeklärter Sachverhalt auf dem aktuellen Stand der ökologischen Wissenschaft auch bei fehlenden Verwaltungsvorschriften bzw. Fachkonventionen notwendig

Die wohl wichtigste Grenze der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative im Anwendungsbereich des Artenschutzrechts resultiert daraus, dass der Sachverhalt, auch wenn der Behörde ein fachlicher Beurteilungsspielraum wegen offener Fragen zusteht, grundsätzlich der vollständigen gerichtlichen Kontrolle unterliegt, weil die Verwaltungsgerichte in den Tatsacheninstanzen⁶²⁸ gemäß dem Amtsermittlungsgrundsatz (§ 86 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 VwGO) eine Sachaufklärungspflicht hinsichtlich der entscheidungserheblichen Tatsachen haben.⁶²⁹

Beim Ermitteln von Artenvorkommen im Gelände handelt es sich um eine Tatsachenfeststellung;⁶³⁰ bspw. spricht das Oberverwaltungsgericht Hamburg prägnant von dem Erfordernis einer „*beweiskräftigen tatsächlichen artenschutzfachlichen Grundlage*“.⁶³¹ Die Rechtskonformität der behördlichen Einschätzungen hängt damit davon ab, dass der entscheidungserhebliche Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt worden ist. Gerichtlich überprüfbar bleibt deswegen auch bei Anerkennung einer naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative in jedem Fall zumindest, ob im Gesamtergebnis die artenschutzfachlichen Untersuchungen sowohl in ihrem methodischen Vorgehen als auch in ihrer Ermittlungstiefe ausreichen, um die Behörde in die Lage zu versetzen, die Voraussetzungen der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände sachgerecht zu überprüfen, wie sowohl das Bundesverwaltungsgericht⁶³² als auch das Bundesverfassungsgericht⁶³³ betont haben.⁶³⁴

⁶²⁸ Tatsacheninstanzen sind in der Regel das VG und OVG. Das BVerwG entscheidet grundsätzlich auf Revisionen hin über die richtige Anwendung von Bundesrecht und ist insofern eine reine Rechtsinstanz. Nur ausnahmsweise sind dem BVerwG erstinstanzliche Zuständigkeiten übertragen, insbesondere bei einigen Planfeststellungs- und Plangenehmigungen für Infratstrukturvorhaben (vgl. § 50 Abs. 1 Nr. 6 VwGO). In diesen Fällen ist das BVerwG zugleich erste und letzte Tatsachen- und Rechtsinstanz.

⁶²⁹ Grundlegend BVerfG, Beschluss vom 10.12.2009 – 1 BvR 3151/07, juris Rn. 58; *Bamberger*, in: Wysk, VwGO, 3. Aufl. 2020, § 86 Rn. 1a. Speziell im Kontext des Artenschutzrechts *Gellermann*, Zugriffsverbote und Einschätzungsprärogative, NuR 2014, S. 579 (602); *Brandt*, Tötungsrisiko und Einschätzungsprärogative, NuR 2013, S. 482 (484).

⁶³⁰ *Jacob/Lau*, Beurteilungsspielraum und Einschätzungsprärogative, NVwZ 2015, S. 241 (247): „Dennoch ist den Kritikern dieser Rechtsprechung darin zuzustimmen, dass die Gerichte schon nach § 86 Abs. 1 VwGO gehalten sind, den Sachverhalt – notfalls mit Hilfe gerichtlich bestellter Sachverständiger – möglichst vollständig aufzuklären und die in diesem Zusammenhang angesprochenen natur- bzw. gewässerschutzrechtlichen Fragen letztlich Sachverhaltsfragen sind.“

⁶³¹ OVG Hamburg, Urteil vom 11.04.2019 – 2 E 8/17.N, juris Rn. 49.

⁶³² BVerwG, Urteil vom 21.11.2013 – 7 C 40.11, juris Rn. 20.

⁶³³ BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, juris Rn. 30 („nicht hinreichend tiefgehend aufgeklärten Sachverhalt“).

⁶³⁴ Prägnant *Külpmann*, Das ergänzende Verfahren, in: GfU, Dokumentation zur 43. Fachtagung, 2020, S. 39 (43): „Amtsermittlung ... So kann eine – möglicherweise umfangreiche – Amtsermittlung

Die Behörde muss im Genehmigungsverfahren stets den aktuellen Stand der ökologischen Wissenschaft ggf. durch Einholung fachgutachtlicher Stellungnahmen ermitteln und berücksichtigen.⁶³⁵ Zeitlicher Maßstab für die Frage der Vertretbarkeit ist wegen der sachlichen Rechtfertigung der Einschätzungsprärogative mit fehlenden fachlichen Standards der aktuelle fachwissenschaftliche Erkenntnisstand.⁶³⁶ Die Verwaltung kann sich daher nicht auf die Vertretbarkeit zurückziehen, wenn sie es im Planungs- bzw. Zulassungsverfahren versäumt, den aktuellen Stand der ökologischen Wissenschaft zu den konkreten Naturschutzfachfragen zu ermitteln und bei ihren Wertungen zu berücksichtigen.⁶³⁷

Liegen der behördlichen Beurteilung artenschutzrechtlicher Fragen solche im Auftrag des Vorhabenträgers von Fachgutachtern erstellte Ausarbeitungen zugrunde, die Aufschluss über die angewendeten Methoden und die damit erzielten Ergebnisse gewähren, so kann sich die Genehmigungsbehörde den Ausführungen des Vorhabenträgers unter Berufung auf ihre naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative anschließen. Die diese Anschließung tragenden Erwägungen hat sie aber im Wesentlichen schriftlich zu dokumentieren, um sie überprüfbar zu machen.⁶³⁸

Normative Konkretisierungen durch Schwellenwerte obliegen den Gerichten

Enthält eine Feststellung auch Elemente wertender, nicht der naturschutzfachlichen Einschätzung unterliegender Betrachtung, die sich daher nicht beweisen lassen, handelt es sich um eine Frage der normativen Konkretisierung. Diese obliegt grundsätzlich den Verwaltungsgerichten, nicht den Behörden, wie das Bundesverfassungsgericht betont hat.⁶³⁹ Denn für eine Letztentscheidungskompetenz der Administrative bedürfte es eines hinreichend deutlichen gesetzlichen Anknüpfungspunkts. In Bezug auf das Kriterium der Signifikanz ist ein solcher in § 44 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG nicht vorhanden.⁶⁴⁰ Zwar verweist § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG auf „*fachlich anerkannte Schutzmaßnahmen*“. Jedoch bezieht sich der Verweis nicht auf das

zum Artenschutz notwendig sein, obwohl für das Gericht bereits feststeht, dass es den Planfeststellungsbeschluss nicht aufheben, aber aus immissionsschutzrechtlichen Gründen seine Rechtswidrigkeit und Nichtvollziehbarkeit feststellen wird.“

⁶³⁵ OVG Niedersachsen, Urteil vom 25.10.2018 – 12 LB 118/16, juris Rn. 211.

⁶³⁶ BVerwG, Urteil vom 13.05.2009 – 9 A 73.07, juris Rn. 87; VG Potsdam, Beschluss vom 07.07.2017 – 4 L 148/17, juris Rn. 15.

⁶³⁷ BVerwG, Urteil vom 21.11.2013 – 7 C 40/11, juris Rn. 19: „*Die Behörde muss also im Genehmigungsverfahren stets den aktuellen Stand der ökologischen Wissenschaft - gegebenenfalls durch Einholung fachgutachtlicher Stellungnahmen - ermitteln und berücksichtigen. Ob sie diesem Erfordernis genügt, unterliegt in einem sich anschließenden gerichtlichen Verfahren der Überprüfung.*“ Siehe dazu auch *Jacob/Lau*, Beurteilungsspielraum und Einschätzungsprärogative, NVwZ 2015, S. 241 (244).

⁶³⁸ OVG Niedersachsen, Urteil vom 25.10.2018 – 12 LB 118/16, juris Rn. 211.

⁶³⁹ BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, juris Rn. 34.

⁶⁴⁰ Vgl. BVerfG, a.a.O., juris Rn. 34.

Signifikanzkriterium, sondern das ergänzende (vgl. den Wortlaut „und“) Vermeidungsgebot. Eine typische Feststellung wertender Betrachtung im Kontext des Signifikanzkriteriums ist beispielsweise die Annahme, die Grenze könne in Bezug auf Windenergieanlagen bei durchschnittlich zwei Fledermäusen pro Jahr und Anlage gezogen werden.⁶⁴¹ Dies ist eine normative Wertung, keine reine Tatsachenfrage. Das Bundesverfassungsgericht führt dazu aus:

„Sofern hingegen, wie das Oberverwaltungsgericht hier annimmt, die Feststellung, ob im konkreten Fall ein Tötungs- oder Verletzungsrisiko signifikant erhöht ist, auch Elemente wertender, nicht der naturschutzfachlichen Einschätzung unterliegender Betrachtung enthält, die sich daher nicht beweisen lassen (OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 19. Januar 2012 – 2 L 124/09 -, juris, Rn. 46), wäre dies eine Frage der weiteren, auf bestimmte Risikoerhöhungen bezogenen normativen Konkretisierung des unbestimmten Kriteriums der Signifikanz der Risikoerhöhung. Diese obliegt grundsätzlich den Verwaltungsgerichten (vgl. Kahl/Burs, DVBl 2016, S. 1222 <1224>; grundlegend BVerfGE 129, 1 <21> m.w.N.). Insoweit bedürfen der Verwaltung überlassene Beurteilungsspielräume eines hinreichend deutlichen gesetzlichen Anknüpfungspunkts (vgl. BVerfGE 129, 1 <21 f.> m.w.N.). Die Verfassungsbeschwerden geben keinen Anlass, darüber zu entscheiden.“⁶⁴²

Die Frage einer bestimmten Risikoerhöhung bzw. eines Schwellenwertes unterliegt damit der vollen gerichtlichen Kontrolle. Bei einem Punkt wertender Betrachtung jenseits von Tatsachenfragen im Verwaltungsprozess eine verwaltungsbehördliche Einschätzungsprärogative anzunehmen, wäre damit verfassungswidrig (Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG).

3.2 Anforderungen an die Bestandserfassung

Wie in dem vorangegangenen Abschnitt dargestellt, hängt die Rechtskonformität der behördlichen Einschätzung davon ab, dass der entscheidungserhebliche Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt worden ist. Gerichtlich überprüfbar bleibt deswegen auch bei Anerkennung einer naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative, ob die artenschutzfachlichen Untersuchungen sowohl in ihrem methodischen Vorgehen als auch in ihrer Ermittlungstiefe ausreichen, um die Behörde in die Lage zu versetzen, die Voraussetzungen der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände sachgerecht zu überprüfen.

Die Ermittlungstiefe stellt dabei keine rechtliche, sondern eine naturschutzfachliche Bewertungsfrage dar.⁶⁴³ Denn es geht nicht um die Auslegung der Verbotstatbestände, die ausschließlich vom Gericht vorzunehmen ist, sondern um die naturschutzfachliche

⁶⁴¹ Vgl. Lindemann et al., Abschaltalgorithmen für Fledermäuse an Windenergieanlagen, NuLP 2018, S. 418 (421).

⁶⁴² BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, juris Rn. 34.

⁶⁴³ BVerwG, Beschluss vom 28.11.2013 – 9 B 14.13, juris Rn. 19.

Frage, mit welcher Methodik und Prüfungstiefe die vom Gericht ausgelegten unbestimmten Rechtsbegriffe – etwa der signifikanten Erhöhung der Tötungsgefahr – bei bestimmten Artengruppen anzuwenden sind.⁶⁴⁴

Die Frage der Bestandserfassung einer Artengruppe hängt nicht von der Auslegung des Rechts, sondern vom Diskussionsstand der Ökologie und deren Erkenntnissen ab.⁶⁴⁵ Ihre Schwierigkeit liegt vor allem darin, dass die Frage, welche Untersuchungstiefe eine artenschutzrechtliche Bestandsaufnahme im Tatsächlichen haben muss, nur im Einzelfall beantwortet werden kann, weil sie maßgeblich von den naturräumlichen Gegebenheiten im konkreten Fall abhängt.⁶⁴⁶ Diese Leitlinie gilt nach wie vor, wie der Hessische Verwaltungsgerichtshof in einem aktuellen Urteil betont:

„Die Methode der Bestandserfassung ist bislang nicht durch eine untergesetzliche Maßstabbildung vorgegeben. Es fehlt hierfür auch an einer auf einem breiten wissenschaftlichen Konsens beruhenden Fachkonvention, die den aktuell besten wissenschaftlichen Erkenntnisstand widerspiegelt. Die ökologische Bestandsaufnahme wird somit weiterhin maßgeblich von den naturräumlichen Gegebenheiten des Einzelfalls sowie der Art und Ausgestaltung des Vorhabens bestimmt...“⁶⁴⁷

3.2.1 Gesetzliche Vorgaben

Dementsprechend sind die allgemeinverbindlichen und artengruppenübergreifenden gesetzlichen Anforderungen an eine Artenschutzprüfung gering. Sie resultieren aus Spezifika der Verbotstatbestände sowie strukturellen Erwägungen.

Wegen des grundsätzlich individuenbezogenen Schutzansatzes der Zugriffsverbote nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 BNatSchG sind für deren Prüfung durch die Behörde Daten erforderlich, aus denen sich in Bezug auf das Plangebiet die Häufigkeit und Verteilung der geschützten Arten sowie deren Lebensstätten entnehmen lassen.⁶⁴⁸ Das heißt, bei Planungs- und Zulassungsverfahren ist eine Bestandsaufnahme der im Einwirkungsbereich des Vorhabens vorhandenen Vögel und Anhang-IV-Arten samt ihren Lebensstätten erforderlich (vgl. § 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG), soweit sie für die vom Vorhaben ausgehenden Wirkungen empfindlich sind.

Der Wirkungsbereich des Vorhabens wird aus den für das Vorhaben einschlägigen Arbeitshilfen entnommen und sich von der Genehmigungsbehörde dann anhand einer am konkreten Projekt orientierten Darlegung im Rahmen der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative zu eigen gemacht. Beispielsweise liegen nach der „Arbeitshilfe Vögel und Straßenverkehr“ die artspezifischen Effektdistanzen um die Straßentrasse in einem Korridor von 100 m bis maximal 500 m.⁶⁴⁹

⁶⁴⁴ So BVerwG, Beschluss vom 15.07.2020 – 9 B 5.20, juris Rn. 16 und 19.

⁶⁴⁵ Vgl. BVerwG, Urteil vom 23.04.2014 – 9 A 25.12, juris Rn. 48 zur FFH-Verträglichkeitsprüfung.

⁶⁴⁶ OVG NRW, Urteil vom 29.03.2017 – 11 D 70/09.AK, juris Rn. 538.

⁶⁴⁷ VGH Hessen, Urteil vom 05.12.2019 – 2 C 1823/15.T, juris Rn. 45.

⁶⁴⁸ BVerwG, Urteil vom 09.07.2008 – 9 A 14.07, juris Rn. 54.

⁶⁴⁹ Garniel/Mierwald, Vögel und Straßenverkehr, 2010, S. 6.

Weil sowohl das Störungsverbot (§ 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG) als auch die Ausnahmevoraussetzungen (§ 45 Abs. 7 BNatSchG) auf den Erhaltungszustand Bezug nehmen, muss sich über den Erhaltungszustand der im Plan- oder Vorhabengebiet vorkommenden Vogel- und Anhang-IV-Arten versichert werden, insbesondere bei gefährdeten und empfindlichen Arten, was auch Daten im Populationskontext erfordert.⁶⁵⁰

Das Bundesverwaltungsgericht betont, dass es ganz allgemein zum fachlichen Standard gehöre, für jede Begehung Datum, Beginn und Ende sowie die Witterungsbedingungen zu dokumentieren.⁶⁵¹ Die Dokumentation indiziert, dass die Daten methodengerecht gewonnen wurden.⁶⁵² Diese Vorgabe basiert darauf, dass es sich um eine zweischrittige Prüfung handelt, die der Artenschutzgutachter sowie später das überprüfende Gericht bei Bewertungsfragen typischerweise vorzunehmen haben. Es muss zunächst festgestellt werden, ob es eine anerkannte Fachmeinung zur Methode der Bestandserfassung gibt. Gibt es einen solchen Standard (wie etwa die Methodenstandards zur Erfassung der Brutvögel von *Südbeck et al.* 2005)⁶⁵³, dann geht es im zweiten Schritt um dessen Befolgung bzw. die Gründe für eine Abweichung. Gibt es keine einschlägige Verwaltungsvorschrift bzw. keine Fachkonvention, dann ist gutachterlich eine fachbehördliche Abstimmung in Bezug auf die Bestandserfassung obligatorisch und bei der gerichtlichen Überprüfung gilt nur der Plausibilitätsmaßstab.⁶⁵⁴

Die Dokumentationspflicht der Begehungen darf nicht mit den bei der Begehung gewonnenen Kartierdaten verwechselt werden. Die Auswertung der Rohdaten obliegt allein dem Fachgutachter, der sie in seinem Gutachten in aufgearbeiteter Form vorlegt.⁶⁵⁵

Konkrete Anforderungen an die Validität der faunistischen Erhebungen im Genehmigungszeitpunkt ergeben sich aus der ergangenen Rechtsprechung zur Gesamt- und Fachplanung.⁶⁵⁶ Der Bayerische Verfassungsgerichtshof hält in einer Entscheidung zur Bauleitplanung eine Realermittlung nach Ablauf von ca. drei Jahren für nicht mehr aussagekräftig.⁶⁵⁷ Der Hessische Verwaltungsgerichtshof hat es hingegen bei einer fernstraßenrechtlichen Planfeststellung nicht beanstandet, dass eine Aktualisierung der Daten erst nach fünf Jahren erfolgt war.⁶⁵⁸ Auf die Faustformel von fünf Jahren rekurrierte der 9. Senat des Bundesverwaltungsgerichts bereits mehrfach und prüfte

⁶⁵⁰ *Lüttmann*, Artenschutz und Straßenplanung, NuLP 2007, S. 236 (238).

⁶⁵¹ BVerwG, Urteil vom 09.11.2017 – 3 A 4.15, juris Rn. 46.

⁶⁵² OVG Niedersachsen, Urteil vom 25.10.2018 – 12 LB 118/16, juris Rn. 218.

⁶⁵³ Siehe oben Abschnitt 3.1.5.2.

⁶⁵⁴ Vgl. BVerwG, Beschluss vom 15.07.2020 – 9 B 5.20, juris Rn. 20.

⁶⁵⁵ Vgl. BVerwG, a.a.O., juris Rn. 20.

⁶⁵⁶ Vgl. auch die Rechtsprechungsnachweise bei *Trautner/Mayer*, Veralten faunistische Daten?, NuR 2021, S. 315 (317 f.).

⁶⁵⁷ BayVerfGH, Entscheidung vom 03.12.2013 – Vf. 8-VII-13, juris Rn. 36 („nach Ablauf von ca. drei Jahren nicht mehr aussagekräftig“).

⁶⁵⁸ VGH Hessen, Urteil vom 05.12.2019 – 2 C 1823/15.T, juris Rn. 80.

aus diesem Anlass, ob eine Kontrolle der älteren Kartierdaten stattgefunden hatte.⁶⁵⁹ Daraus lässt sich ableiten, dass es aufgrund des Exemplarbezugs der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände selbst in einem solchen Einzelfall, in dem sich die naturräumlichen Umstände nicht wesentlich ändern, behördlicherseits naturschutzfachlich zumindest vertretbar ist, zumindest nach dem Ablauf von fünf Jahren eine Bestandserfassung als veraltet anzusehen.⁶⁶⁰

Schließlich gilt noch als einer der wenigen generellen Grundsätze, dass Ermittlungsdefizite – etwa aufgrund enger Zeitvorgaben – nicht über ein mehrjähriges Monitoring kompensiert werden können.⁶⁶¹ Beobachtungsmaßnahmen bei bzw. im Nachgang der Projektumsetzung können nur dazu dienen, aufgrund einer fachgerecht vorgenommenen Bestandserfassung und Konfliktbewertung Unsicherheiten Rechnung zu tragen, die sich aus nicht behebbaren naturschutzfachlichen Erkenntnislücken ergeben, sofern es wirksame Reaktionsmöglichkeiten gibt.⁶⁶² Das Monitoring dient also zur Erfolgsprüfung der Schutzmaßnahmen und zur Nachsteuerung bei Durchführung des Vorhabens, nicht aber dazu, Erkenntnisse über die Genehmigungsfähigkeit zu gewinnen.⁶⁶³

3.2.2 Eingrenzung auf wildlebende Vogelarten und Anhang-IV-Arten

§ 44 Abs. 5 Satz 5 BNatSchG bestimmt, dass in Bezug auf besonders geschützte Arten, die nicht zu den in Europa heimischen Vögeln (Art. 1 VRL) oder zu den in Anhang IV der FFH-Richtlinie gelisteten Arten zählen,⁶⁶⁴ bei Handlungen zur Durchführung eines Eingriffs oder Vorhabens kein Verstoß gegen die Zugriffsverbote (§ 44 Abs. 1 und 5 BNatSchG) vorliegt.

Durch diese Regelung sollen unvermeidbare Beeinträchtigungen und Vorhaben privilegiert werden, die im Rahmen der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung oder im Rahmen der Vorgaben des Baugesetzbuchs ein umweltbezogenes Prüfverfahren durchlaufen haben, das grundsätzlich die Möglichkeit bietet, naturschutzbezogene Konflikte zu bewältigen.⁶⁶⁵

⁶⁵⁹ BVerwG, Urteil vom 09.11.2017 – 3 A 4.15, juris Rn. 44; BVerwG, Urteil vom 11.07.2019 – 9 A 13.18, juris Rn. 138.

⁶⁶⁰ Siehe oben Abschnitt 2.2.3.1. Kritisch zu einer Faustformel von 5 Jahren *Trautner/Mayer*, Veralten faunistische Daten?, NuR 2021, S. 315 (319).

⁶⁶¹ BVerwG, Urteil vom 14.07.2011 – 9 A 12.10, juris Rn. 105.

⁶⁶² Vgl. zum Risikomanagement und Monitoring oben Abschnitt 2.2.3.2.

⁶⁶³ Vgl. OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 13.03.2014 – 2 L 215/11, juris Rn. 39.

⁶⁶⁴ § 44 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG verweist zwar auch noch auf eine Rechtsverordnung nach § 54 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG. Eine solche Rechtsverordnung, welche gefährdete Verantwortungsarten der BRD unter den besonderen Artenschutz stellen kann, existiert jedoch derzeit nicht. Im Hinblick auf die weitreichende Definition besonders geschützter Arten nach § 7 Abs. 2 Nr. 13 BNatSchG, weshalb deren Spektrum in Deutschland rund 2.600 Tier- und Pflanzenarten umfasst, ist eine solche Verordnung auch absehbar nicht zu erwarten, da die Ermächtigungsgrundlage des § 54 Abs. 1 BNatSchG voraussetzt, dass es sich bei den gefährdeten Verantwortungsarten nicht um bereits besonders geschützte Arten handelt.

⁶⁶⁵ Vgl. BT-Drs. 18/11939 vom 12.04.2017, S. 17.

Voraussetzung für diese Privilegierung ist gemäß § 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG, dass

- das Vorhaben entweder in einem Bebauungsplangebiet (§ 30 bzw. § 33 BauGB) bzw. im unbeplanten Innenbereich (§ 34 BauGB) liegt (vgl. § 18 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG),⁶⁶⁶ oder
- es sich um einen nach § 15 Abs. 1 BNatSchG unvermeidbaren und nach § 17 Abs. 1 oder 3 BNatSchG zugelassenen Eingriff in Natur und Landschaft handelt, was insbesondere auf Vorhaben im Außenbereich (§ 35 BauGB) zielt (vgl. § 18 Abs. 2 Satz 2 BNatSchG).

Da über die Verweise auf § 18 Abs. 2 Satz 1 und § 17 Abs. 1 und 3 BNatSchG mit Bebauungsplangebiet, dem unbeplanten Innenbereich sowie dem Außenbereich sämtliche planungsrelevanten Räume von § 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG abgedeckt werden, gelten die Zugriffsverbote in Planungs- und Zulassungsverfahren letztlich nur zugunsten von wildlebenden Vogelarten und streng geschützten Arten des Anhangs IV der FFH-Richtlinie.⁶⁶⁷

Eine Schranke für die Anwendung der Privilegierung des Absatzes 5 besteht allein für Außenbereichsvorhaben dadurch, dass § 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG eingangs auf das Vermeidungsgebot der Eingriffsregelung verweist. Verstößt die Zulassungsentcheidung eines Außenbereichsvorhabens gegen § 15 Abs. 1 BNatSchG,⁶⁶⁸ greift die Begrenzung des Tötungs- und Verletzungsverbots nach § 44 Abs. 5 Satz 2 und 5 BNatSchG auf Vögel und streng geschützte Arten des Anhangs IV der FFH-RL nicht ein, ebenso wie die weiteren Privilegierungen des § 44 Abs. 5 BNatSchG.⁶⁶⁹

Zu den noch offenen Fragen gehört, ob allochthone Vorkommen einer Anhang-IV-Art gemessen an § 44 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG („in Anhang IV Buchstabe a der Richtlinie 92/43/EWG aufgeführte Tierarten“) unter den Schutz der Zugriffsverbote fallen.⁶⁷⁰

⁶⁶⁶ Zur Problematik, ob die Privilegierungen des § 44 Abs. 5 BNatSchG auch für Vorhaben im unbeplanten Innenbereich (§ 34 BauGB) gelten oder ob es insofern einer teleologischen Reduktion des § 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG hinsichtlich seines Verweises auf § 18 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG bedarf, siehe oben Abschnitt 2.3.2.

⁶⁶⁷ Instrukтив *Blessing/Schramer*, Artenschutz im Bebauungsplanverfahren, 2. Aufl. 2013, Rn. 135 f. und 149 f. Vgl. dazu auch die Richtlinien des Bundesverkehrsministeriums über die Planfeststellung nach dem Bundesfernstraßengesetz von Juni 2015 (PlafE 15): „Berücksichtigung des Artenschutzes: (1) Es ist zu prüfen, ob durch das Vorhaben im Hinblick auf die europäisch geschützten Arten (Arten nach Anhang IV FFH-Richtlinie und europäische Vogelarten gem. Art. 1 der Vogelschutzrichtlinie) Verbotstatbestände des § 44 Abs. 1 BNatSchG unter Berücksichtigung der Maßgabe nach § 44 Abs. 5 BNatSchG verwirklicht werden.“

⁶⁶⁸ Vgl. dazu Abschnitt 3.7.

⁶⁶⁹ Vgl. dazu BVerwG, Urteil vom 09.11.2017 – 3 A 4.15, juris Rn. 50: „Ob § 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG in der Neufassung durch das Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes vom 15. September 2017 (BGBl. I S. 3434) weiterhin voraussetzt, dass das Vorhaben mit der Eingriffsregelung vereinbar ist (zur bisherigen Rechtslage BVerwG, Urteil vom 14. Juli 2011 - 9 A 12.10 ...), kann offen bleiben. Aus der Gesetzesbegründung ergeben sich keine Anhaltspunkte, dass insoweit eine Änderung beabsichtigt war (vgl. BT-Drs. 18/11939 S. 17).“

⁶⁷⁰ Aktuell *Blanke/Schulte*, Gebietsfremde Mauereidechsen in Deutschland, NuLP 2022, S. 14 ff.

Ein typisches wie umstrittenes Beispiel hierfür sind norddeutsche Vorkommen bzw. eingeschleppte Unterarten der Mauereidechse, die im Mittelmeerraum verbreitet ist und deren natürliches Areal in Südwest-Deutschland endet.⁶⁷¹ Der Artensteckbrief des Bayerischen Landesamtes für Umwelt (LfU) beschreibt die Problemlage instruktiv wie folgt:

„Verbreitung und Bestandssituation

Die Mauereidechse kommt ausschließlich in Europa und dort vornehmlich im Mittelmeerraum vor. Das Areal reicht vom Schwarzen Meer (Rumänien und Nordwestanatolien) bis nach Mittelspanien und von Kalabrien (Süditalien) bis zur französischen Kanalküste. Die Nordgrenze verläuft wellenförmig von der Normandie über den südlichen Teil von Belgien und den Niederlanden bis nach Südwestdeutschland, umfasst die Schweiz, Österreich und den nördlichen Balkan.

Die individuenreichsten autochthonen Vorkommen in Deutschland liegen in den Bundesländern Rheinland-Pfalz, Saarland und im westlichen Baden-Württemberg, und zwar in den klimabegünstigten Tallagen der Flüsse Saar, Mosel, Ahr, Nahe, Rhein und Lahn sowie in der Rheinebene und entlang des Neckars. ... In Bayern existieren derzeit nur zwei autochthone Populationen im Inntal zwischen Kiefersfelden und Oberaudorf, alle übrigen bisher bekannten Vorkommen werden als allochthon eingestuft.

In Deutschland kommen – aufgrund verschiedener Einwanderungswege aus Südwesten und Süden – drei autochthone Unterarten vor: P. m. brongniarti (Nordeifel), P. m. merremia (südliches Rheingebiet incl. Hessen), P. m. maculiventris (Bayern). Weitere Unterarten sind aus Südeuropa eingeschleppt. Bei der Unterart P. m. maculiventris wird noch zwischen einer West- und einer Ost-Clade unterschieden. Ihre Fähigkeit, in der Nachbarschaft des Menschen zu leben, lässt die Mauereidechse mancherorts als Kulturfolger erscheinen. Allerdings gehen die meisten deutschen Einzelvorkommen (aktuell knapp 100) auf Aussetzungen oder Einschleppen der Tiere zurück, insbesondere an Bahndämmen, in der Nähe von Gärtnereien (Baumärkten) oder Speditionen.“⁶⁷²

Das LfU Bayern sowie Blanke/Lorenz für Niedersachsen sprechen sich dafür aus, dass die nichtheimischen Unterarten der Mauereidechse nicht unter den Schutz der FFH-Richtlinie fallen, die Verbote nach § 44 Abs. 1 und 5 BNatSchG nicht gelten und es auch keiner Ausgleichsmaßnahmen bedarf.⁶⁷³ Aus der juristischen Perspektive heraus ist diese naturschutzfachlich nachvollziehbare Ansicht jedoch schlicht unhaltbar, weil die Auslegung des § 44 BNatSchG zu einem eindeutigen Ergebnis gelangt: § 44 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG verweist direkt auf Anhang IV der FFH-Richtlinie. Dort werden Vorkommen, die nicht vom Schutz erfasst sein sollen, ausdrücklich angegeben. So sind

⁶⁷¹ Blanke/Lorenz, Mauereidechsen in Niedersachsen, Informationsdienst Naturschutz Niedersachsen 2019, S. 229. Siehe dazu auch die Verbreitungskarte autochthoner und allochthoner Vorkommen der Art bei Blanke/Schulte, Gebietsfremde Mauereidechsen in Deutschland, NuLP 2022, S. 14 (15).

⁶⁷² LfU Bayern, Artensteckbrief Mauereidechse, online im Internet: www.lfu.bayern.de/natur/sap/arteninformationen/steckbrief/zeige?stbname=Podarcis+muralis (zuletzt abgerufen am 15.02.2022).

⁶⁷³ LfU Bayern, a.a.O.; Blanke/Lorenz, Mauereidechsen in Niedersachsen, Informationsdienst Naturschutz Niedersachsen 2019, S. 229 (231 f.).

beispielsweise beim Wolf u. a. die „spanischen Populationen nördlich des Duero“ ausgeschlossen. *Podarcis muralis* wird in Anhang IV aber ohne Einschränkung genannt.

Da bei einem Nachweis von allochthonen Individuen die Durchführung von Schutzmaßnahmen wie Umsiedlungen aus naturschutzfachlicher Sicht geradezu grotesk sind,⁶⁷⁴ sollte der Gesetzgeber Abhilfe schaffen. Bei der Richtlinienumsetzung ist ihm ein dahingehender Spielraum gewährt, weil Art. 12 Abs. 1 FFH-RL ein Schutzsystem für die Tierarten des Anhang IV „in deren natürlichen Verbreitungsgebieten“ vorgibt. Dieses Kriterium des Art. 12 Abs. 1 FFH-RL wurde vom nationalen Gesetzgeber in § 44 Abs. 5 BNatSchG bislang nicht aufgegriffen. Mit dem direkten und uneingeschränkten Verweis auf Anhang IV der FFH-Richtlinie in § 44 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG schießt die deutsche Regelung über das unionsrechtlich Erforderliche hinaus. Es empfiehlt sich daher, § 44 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG wie folgt zu ergänzen:

Sind in Anhang IV Buchstabe a der Richtlinie 92/43/EWG aufgeführte Tierarten innerhalb ihres natürlichen Verbreitungsgebiets, europäische Vogelarten oder solche Arten betroffen, die in einer Rechtsverordnung nach § 54 Absatz 1 Nummer 2 aufgeführt sind, liegt ein Verstoß gegen

Für die Bestandserfassung würde daraus in genereller Weise folgen, dass bei einem Verdacht auf allochthone Individuen (bspw. Mauereidechsen in Bayern, NRW, Niedersachsen oder an Güterbahnhöfen), zunächst einmal – ähnlich wie bei der Wildkatzen-Erfassung mit der „Lockstock-Methode“ – genetische Analysen (hier: Fang und Mundschleimhautabstrich mittels steriler Wattestäbchen) durchzuführen sind.

3.2.3 Fledermäuse

Da Anhang IV der FFH-Richtlinie alle Arten der Fledermäuse erfasst, bilden die Fledermäuse neben den Vögeln die wohl planungspraktisch bedeutsamste Artengruppe. Das liegt auch daran, dass Fledermäuse ebenfalls flächendeckend verteilt sind; sie haben sich eine Vielzahl ökologischer Nischen erobert.⁶⁷⁵ Entscheidend hierfür war, dass Fledermäuse, einmalig unter den Landtieren, die Ultraschall-Echoorientierung als System der Orientierung entwickelt haben, was sie unabhängig vom Sehen und damit vom Tageslicht gemacht hat und ihnen die Beutesuche bei Nacht ermöglicht.⁶⁷⁶

Fledermäuse können aufgrund ihrer nächtlichen Lebensweise zuverlässig nur mit Hilfe technischer Hilfsmittel untersucht werden. Als Standard für die Kartierung im Freiland hat sich die akustische Erfassung der Ultraschall-Ortungslaute etabliert,

⁶⁷⁴ Prägnant *Laufer*, Praxisorientierte Umsetzung des strengen Artenschutzes am Beispiel von Zaun- und Mauereidechsen, 2014, S. 130: „Beim Nachweis von allochthonen Individuen sind Umsiedlungen aus fachlicher Sicht generell abzulehnen. Rechtlich ist die Situation nicht geklärt.“

⁶⁷⁵ Vgl. dazu *Dietz et al.*, Handbuch der Fledermäuse, 2. Aufl. 2016, S. 12 (global), S. 22 (Europa), S. 23 (Diversitätsgradient).

⁶⁷⁶ Vgl. *Dietz et al.*, a.a.O., S. 10.

welche die Tiere im Flug regelmäßig (2 bis 20 Mal pro Sekunde) aussenden.⁶⁷⁷ Ortungsrufe, aber auch Sozialrufe einer Fledermaus können grundsätzlich einer Art bzw. einer Gruppe (bspw. Mkm⁶⁷⁸) zugeordnet werden.⁶⁷⁹

Nicht-akustische Erfassungsmethoden, Netzfänge und Quartiertelemetrie, zählen hingegen nicht zum Umfang der Standardmethode zur Erfassung der Fledermausbestände,⁶⁸⁰ sondern werden eingesetzt, um etwa auf die Populationsstruktur oder Quartierkomplexe näher einzugehen.⁶⁸¹

Die konkreten Vorgaben an die Bestandserfassung, insbesondere die Anzahl der notwendigen Begehungstermine für Detektor-Erfassungen sowie die Zeitfenster für stationäre Erfassungssysteme (sog. „Horchboxen“) ergeben sich aus den jeweils für das Vorhaben einschlägigen Verwaltungsvorschriften und Fachleitfäden der Landesverwaltung.⁶⁸² Die sensibelste Zeit ist die Phase der Jungenaufzucht, die schwerpunktmäßig bei jeder Fledermauskartierung abgebildet werden sollte;⁶⁸³ sie umfasst die Monate Mai/Juni bis Juli/August.⁶⁸⁴

Die Ausbringung von Horchboxen über mehrere Nächte bis hin über die ganze Aktivitätsphase im Jahresverlauf ist vor allem an potentiell geeigneten Leitstrukturen und sonst besonders kritischen Stellen vorgesehen.⁶⁸⁵ Der stationäre Aufbau von Horchboxen dient so zur Erfassung des Artenspektrums und der Aktivitätsdichte.⁶⁸⁶ Dank dieser gezielten Stichproben über einen längeren Zeitraum können wesentlich aussagekräftigere Daten zur Nutzungsintensität und -qualität einer bestimmten lokalen Stelle gewonnen werden. Aus der Aktivitätsverteilung im Tages- und Jahresverlauf lassen sich etwa Aussagen zur Bedeutung der Probestellen als Nahrungshabitat ableiten und hohe Aktivitäten zu den Ein- und Ausflugszeiten lassen auf die Nähe von Quartieren schließen.⁶⁸⁷ Mit der Rufauswertung von stationären Erfassungen kann also

⁶⁷⁷ *Runkel et al.*, Praxis der akustischen Fledermauserfassung, 2018, S. XIII und S. 1.

⁶⁷⁸ Mkm = kleine/mittlere Myotis-Arten = Wasserfledermaus, Bartfledermaus und Bechsteinfledermaus. Vgl. dazu den Hinweis von *Angetter*, Fledermausfang im Rahmen der Eingriffsplanung, NuLP 2016, S. 73 (75): „Durchschnittlich konnten mit Hilfe der akustischen Erfassung nur 20 % aller ausgewerteten Myotis-Rufe in einem Untersuchungsgebiet eindeutig auf Artniveau bestimmt werden.“

⁶⁷⁹ Bei der Bestimmung wird bspw. auf die von der Analysesoftware „batident“ verwendete Artengruppierung zurückgegriffen, siehe den sog. „Diskriminierungs-Baum“, online im Internet: <https://ecoobs.de/produkte/software/batident/> (zuletzt abgerufen am 30.06.2021).

⁶⁸⁰ So ausdrücklich VGH Hessen, Urteil vom 05.12.2019 – 2 C 1823/15.T, juris Rn. 74 (vgl. zu dieser Entscheidung auch die Zusammenfassung im Rechtsprechungsrepertorium in Anhang II).

⁶⁸¹ *Runkel et al.*, a.a.O., 2018, S. 8 f.

⁶⁸² Vgl. VGH Hessen, a.a.O., juris Rn. 56: „In dem die Vorhabenträgerin bindenden Leitfaden werden für die Detektorerfassung zur Bestimmung von Flugrouten ...“ (zum Kartiermethodenleitfaden von Hessen Mobil, 2. Fassung, 2017).

⁶⁸³ VGH Hessen, a.a.O., juris Rn. 57.

⁶⁸⁴ LBM RLP, Fledermaus-Handbuch, 2011, S. 44.

⁶⁸⁵ *Runkel et al.*, a.a.O., S. 38 („potentiell bedeutsame Standorte“).

⁶⁸⁶ *Albrecht et al.*, Leistungsbeschreibungen für faunistische Untersuchungen, 2013, S. 80.

⁶⁸⁷ VGH Hessen, a.a.O., juris Rn. 62.

die Bedeutung von Strukturelementen und damit der Bedarf von Schutzmaßnahmen beurteilt werden.

Für die Bewertung, ob sich das Tötungsrisiko für Fledermäuse durch das Vorhaben signifikant erhöht, ist von hoher praktischer Relevanz, dass der Einsatz stationärer Erfassungsgeräte eine ausreichende Datengrundlage für die Einschätzung erbringt, ob es sich um ein bedeutendes Jagdgebiet handelt oder nicht. Denn an Stellen, an denen nur vereinzelte oder sporadische Flugaktivitäten von Fledermäusen zu verzeichnen sind, sind keine Kollisionsverluste über das allgemeine Lebensrisiko hinaus zu erwarten.⁶⁸⁸

Im Hinblick auf das Tötungsverbot ist zudem das Phänomen der migrierenden Fledermausarten beachtlich. Ab Mitte August beginnt die Auflösung der Wochenstubenverbände und die Tiere verteilen sich zunehmend, um zum Teil weit entfernte Paarungs- und Winterquartiere aufzusuchen. Gegenwärtig wird davon ausgegangen, dass es keine definierbaren Zugkorridore, sondern einen flächendeckenden Breitfrontenzug über Deutschland gibt.⁶⁸⁹ Der Fledermauszug über Deutschland ist jedoch ein noch recht unerforschtes Feld.⁶⁹⁰ Belegt sind gegenwärtig Migrationen über sehr weite Entfernungen vom Großen Abendsegler bis 1.546 km, vom Kleinabendsegler bis 1.567 km, von der Zweifarbfledermaus bis 1.780 km und der Flughautfledermaus bis 1.905 km.⁶⁹¹ Die artbezogene Erfassung der Wanderbewegungen im Rahmen des Paarungsgeschehens und des Fledermauszugs mittels Detektoren und stationärer Systeme ist stets dann planungsrelevant, wenn stärker genutzte Flugrouten für großräumige Transferflüge in die Balz- und Winterquartiere im Eingriffsbereich zu erwarten sind.⁶⁹²

Das Bundesverwaltungsgericht plädiert in seiner „Bad Segeberg-Entscheidung“ für einen Methodenmix aus Habitatanalyse und Erfassungen im Gelände mittels Detektoren, Horchboxen, Netzfängen usw.⁶⁹³ Netzfänge und Quartiertelemetrie können im Einzelfall als zusätzliche Sonderuntersuchungen angebracht sein, etwa wenn die zu

⁶⁸⁸ VGH Hessen, Beschluss vom 05.12.2019 – 2 C 1823/15.T, juris Rn. 71 (auch zum Störungsverbot und Lebensstättenschutz).

⁶⁸⁹ Meschede et al., Wanderrouten der Fledermäuse, 2017, S. 83: „Der nächtliche Verlauf der Aktivitäten zeigt, dass es einzelne Zugnächte gibt, bei denen gleichzeitig in allen UG erhöhte Aktivitäten auftreten. Es muss folglich für das untersuchte ca. 100 km breite Gebiet (Thüringisch-Fränkisches Mittelgebirge und nordwestliches Vorland) sowohl für Flughautfledermaus als auch für Großen Abendsegler von einem Breitfrontenzug ausgegangen werden.“

⁶⁹⁰ Vgl. dazu auch den Hinweis von Olschewski & Paton im Rahmen des Experteninterviews vom 29.08.2017: Je nach Region stellt sich der Fledermauszug zum Teil deutlich anders als im bundesweit gemittelten Wert des RENEBAF-Forschungsvorhabens dar, sodass die Zugaktivität an einem Standort unter Umständen nicht adäquat in der Algorithmus-Berechnung nach ProBat abgebildet werden kann.“

⁶⁹¹ Online im Internet (mit Fundnachweisen): <https://www.fledermauszug-deutschland.de/> (zuletzt abgerufen am 28.06.2021).

⁶⁹² VGH Hessen, a.a.O., juris Rn. 59 f.

⁶⁹³ BVerwG, Urteil vom 06.11.2013 – 9 A 14.12, juris Rn. 47 und 108 f.

erwartenden Arten durch den Einsatz von stationären Erfassungssystemen und Geländebegehungen unter Einsatz von Detektoren schlecht zu identifizieren (z. B. Netzfänge zur sicheren Bestimmung von Arten der Gattung *Myotis*) oder wenn besondere Habitatfunktionen zu erfassen sind. Der Einsatz von Telemetrie im Anschluss an durchgeführte Netzfänge kann angezeigt sein, um sonst nicht auffindbare Wochenstuben im Untersuchungsraum zu lokalisieren oder das Raumnutzungsmuster einer Kolonie – etwa der Bechsteinfledermaus – näher zu analysieren.⁶⁹⁴

Vorhaben im Wald bedürfen grundsätzlich einer vorherigen Fledermausbestands-erfassung im Gelände. Es sprengt laut der „Bad Segeberg-Entscheidung“ die Vertretbarkeitsgrenze der Einschätzungsprärogative, ein Schutzkonzept für Fledermäuse in Waldbereichen zu entwickeln, dem die Erfassung von Flugrouten, Nahrungshabitaten und Quartieren mittels einer Potentialanalyse und anschließender Worst-Case-Annahmen zugrundeliegt, denn bei dieser Methode besteht stets die Gefahr der Über- oder Unterschätzung der vorgefundenen Strukturen.⁶⁹⁵

Insbesondere bei Windkraftprojekten an Waldstandorten muss in der Regel eine Bestandserfassung der Fledermausfauna stattfinden, um die artenschutzrechtliche Realisierbarkeit und den Umfang von Vermeidungsmaßnahmen erkennen zu können.⁶⁹⁶ Es entspricht dem aktuellen Stand der naturschutzfachlichen Forschung, dass an Waldstandorten Untersuchungen in der Höhe bessere Prognosen der zukünftigen Aktivität im Wirkungsbereich der Windenergieanlagen erlauben als eine reine Erfassung vom Boden aus.⁶⁹⁷ Dabei geht es um eine automatische akustische Dauererfassung mittels Detektoren an Windmessmasten oder an in den Baumkronen befestigten Stangen. Dazu geben *Olschewski & Paton* im Rahmen des Experteninterviews vom 29.08.2017 folgende instruktive Hinweise:

„Betrachtet man nur das betriebsbedingte Tötungsrisiko, so wäre keine Untersuchung in der Höhe vor Errichtung der Anlage notwendig. Über die wirksame und geeignete Vermeidungsmaßnahme „Abschaltung“ lässt sich dieser Aspekt gut steuern. Die Frage richtet sich aber nach den zu implementierenden Parametern. Wo diese konkret liegen, hat direkten Einfluss auf den Ertrag und damit auf die Rentabilität des gesamten Projektes. Voruntersuchungen in der Höhe liefern einen Erwartungshorizont der Fledermausaktivität und dienen daher der Abschätzung des Umfangs möglicher Betriebseinschränkungen und damit der Abschätzung der Wirtschaftlichkeit des Anlagenbetriebs. ...

Ist es nicht möglich die Fledermausaktivität an Windmessmasten zu erfassen, können Waldkanten, Waldlichtungen (> 0,5 ha) und Geländekanten eine bessere Ausgangssituation zur Erfassung der Höhenaktivität darstellen. Hierdurch kann der Betreiber das Risiko für die Wirtschaftlichkeit mindernde Schutzauflagen in der Phase nach Genehmigungserteilung besser erkennen und kritische Standorte meiden. ...

⁶⁹⁴ VGH Hessen, Beschluss vom 05.12.2019 – 2 C 1823/15.T, juris Rn. 74 mit Verweis auf LBV SH, Fledermäuse und Straßenbau, 2011, S. 11 und 20-24.

⁶⁹⁵ BVerwG, Urteil vom 06.11.2013 – 9 A 14.12, juris, Rn. 51 und 109.

⁶⁹⁶ *Hurst et al.*, Erfassungsstandards bei Fledermäusen, NuL 2015, S. 157 (160).

⁶⁹⁷ *Hurst et al.*, Windkraft im Wald, in: Voigt, Evidanzbasierter Fledermausschutz, 2020, S. 29 (37 m.w.N. zur fledermauskundlichen Fachliteratur).

Automatische Erfassungen an einem Windmessmast können zudem Anhaltspunkte für Fledermauszug-Phänomene und das Artenspektrum geben und können zur Abschätzung des Umfangs von Abschaltzeiten beitragen.“

Zur Erfassung von Langohren, Fransenfledermaus und anderen Myotis-Arten sind Netzfänge unerlässlich, da diese Arten selbst im Nahbereich von Batcordern nicht aufgenommen werden bzw. eine Auswertung der Rufe auf Artniveau nicht möglich ist.⁶⁹⁸

Ohne Netzfänge und eine anschließende Quartiertelemetrie können Fledermausquartiere innerhalb von Wäldern nicht zuverlässig nachgewiesen werden. Nur bei einem geringen Quartierpotential höchstens für Einzeltiere, etwa im jungen Nadelwald, kann auf die Quartierermittlung verzichtet werden.⁶⁹⁹

Entscheidend ist damit letztlich ein auf den Einzelfall zugeschnittener Methodenmix aus Habitatanalyse und Erfassungen im Gelände mittels Detektoren, Horchboxen, Netzfängen und Telemetrie auf der Basis der im jeweiligen Bundesland einschlägigen Verwaltungsvorschriften und Fachleitfäden.⁷⁰⁰

3.2.4 Nagetiere

Von den Arten aus der Klasse der Säugetiere, die in Anhang IV der FFH-Richtlinie aufgeführt werden, spielen auch die Nagetiere eine gewichtige Rolle in der Planungspraxis, wobei der Feldhamster⁷⁰¹ und die Haselmaus⁷⁰² im Fokus des schutzgebietsunabhängigen Artenschutzes stehen. Eine Ursache für die Fokussierung dürfte darin liegen, dass diese beiden Arten nicht in Anhang II aufgeführt werden, sodass ihre Lebensstätten grundsätzlich nicht (auch) vom Habitatschutz und den noch strengeren Vorgaben an eine FFH-Verträglichkeitsprüfung erfasst werden.

Beim Feldhamster kommt hinzu, dass der Erhaltungszustand dieser Charakterart für strukturreiche Ackerlandschaften in der nationalen Roten Liste mit der Kategorie 1 (vom Aussterben bedroht) angegeben wird.⁷⁰³ Als stärkste Beeinträchtigungen werden neben Formen intensiver Landwirtschaft noch die Zerstörung der Habitate durch Gewerbeflächen sowie die Zerschneidung der Habitate durch Straßen angeführt.⁷⁰⁴

⁶⁹⁸ *Angetter*, Fledermausfang im Rahmen der Eingriffsplanung, NuLP 2016, S. 73 (75).

⁶⁹⁹ *Hurst et al.*, Erfassungsstandards bei Fledermäusen, NuL 2015, S. 157 (161).

⁷⁰⁰ BVerwG, Urteil vom 06.11.2013 – 9 A 14.12, juris Rn. 47.

⁷⁰¹ Vgl. insb. das Schwerpunktheft 8/2014 der NuL zum „Feldhamsterschutz in Deutschland“.

⁷⁰² Vgl. bspw. den Bericht von *Thomas* zur HVNL-Werkstatt „Haselmaus-Betroffenheit und Berücksichtigung in der Planung und auf Vorhabenebene“ vom 26.06.2018, online im Internet: <https://www.hvnl.de/veranstaltungen/haselmaus-betroffenheit-und-beruecksichtigung-in-der-planung-und-auf-vorhabenebene> (zuletzt abgerufen am 15.02.2022).

⁷⁰³ *Meinig et al.*, Rote Liste Säugetiere, 2020, S. 24: „Die Situation des Feldhamsters hat sich seit der letzten Roten Liste (*Meinig et al.* 2009) nochmals drastisch verschlechtert. In allen Vorkommensgebieten sind fortgesetzte Bestands- und Arealrückgänge zu verzeichnen.“

⁷⁰⁴ BfN-Internethandbuch zu den Arten von Anhang IV der FFH-Richtlinie, online im Internet:

Feldhamsternachweise werden in der Regel über die Kartierung von Feldhamsterbauen erbracht.⁷⁰⁵ Im Durchschnitt nutzt ein Tier 2 bis 5 Baue im Verlauf des Sommers. Die Hauptzeitfenster für die Suche nach Hamsterbauen liegen im Mai (vor dem Aufwuchs der Ackerpflanzen) und August (nach der Mahd, vor dem Stoppelumbruch).⁷⁰⁶ Je nach Bodenbedeckung bzw. Einsehbarkeit beträgt der Abstand zwischen den Streifen, entlang derer die (Acker-)Flächen abgelaufen werden, 5 bis 7 m.⁷⁰⁷ Auch die Abschätzung der Populationsgröße erfolgt meist über diese Kartiermethode,⁷⁰⁸ wobei die Anzahl der vorhandenen Baue pro Hektar nach dem folgenden Schema für das FFH-Monitoring bewertet wird:

Tabelle 3: Bewertung der Feldhamsterpopulation anhand der kartierten Baue pro ha⁷⁰⁹

Feldhamster – <i>Cricetus cricetus</i>			
Kriterien/Wertstufe	A	B	C
Zustand der Population	Hervorragend	Gut	Mittel bis schlecht
Anzahl Sommerbaue/ha (Anzahl Baue angeben)	≥ 10 Sommerbaue	≥ 2 bis < 10 Sommerbaue	< 2 Sommerbaue
Alternativ: Anzahl der Frühjahrsbaue/ha (Anzahl Baue angeben)	≥ 3 Frühjahrsbaue	≥ 1 bis < 3 Frühjahrsbaue	< 1 Frühjahrsbaue

Die Haselmaus weist eine enge Habitatbindung an Gehölze auf; sie lebt bevorzugt in Laub- und Laub-Nadel-Mischwäldern.⁷¹⁰ Außerhalb geschlossener Waldgebiete werden in Parklandschaften Gebüsche, Feldgehölze und Hecken sowie gelegentlich in

<https://ffh-anhang4.bfn.de/arten-anhang-iv-ffh-richtlinie/saeugetiere-sonstige/feldhamster-cricetus-cricetus/lokale-population-gefaehrung.html> (zuletzt abgerufen am 30.06.2021).

⁷⁰⁵ Mammen et al., Berücksichtigung des Feldhamsters bei Eingriffsvorhaben, NuL 2014, S. 350 (353).

⁷⁰⁶ Vgl. die etwas divergierenden Zeitfensterangaben bei Lüttmann et al., Methodenhandbuch Artenschutzprüfung NRW, 2017, Anhang 5b (Erfassungstermine Säugetiere) gegenüber Mammen et al., a.a.O., S. 350 (353).

⁷⁰⁷ Vgl. Mammen et al., a.a.O., S. 350 (353): „Auf Stoppelfeldern kann man in der Regel 2,5 -3,5 m ausreichend genau einsehen, so dass jeder Kartierer dann einen Streifen von 5-7 m Gesamtbreite vollständig einsehen kann.“

⁷⁰⁸ A. A. LANUV, das für die Artenschutzprüfung als Methode zur Berechnung der Populationsgröße den Lebendfang mittels Ganzmetallfallen direkt vor erfassten Bauöffnungen über mind. 4 Nächte nacheinander und 2 Durchgänge zwischen Mai und September vorgibt, online im Internet: <https://artenschutz.naturschutzinformationen.nrw.de/artenschutz/de/arten/gruppe/saeugetiere/kartiermethoden/152014> (zuletzt abgerufen am 30.06.2021).

⁷⁰⁹ Quelle: BfN, Bewertungsschemata FFH-Monitoring, 2. Überarbeitung, 2017.

⁷¹⁰ Juskaitis/Büchner, Die Haselmaus, 2010, S. 60.

Siedlungsnähe auch Obstgärten und Parks besiedelt,⁷¹¹ sodass die Art in Deutschland recht verbreitet ist.⁷¹² Abgesehen von trockenen Kieferforsten auf Sand sowie in regelmäßig überschwemmten Auwäldern muss mit der Haselmaus in allen von Gehölzen dominierten Biotopen gerechnet werden.⁷¹³

Für die Erfassung der Haselmaus stehen insbesondere zwei ähnliche Nachweismethoden zur Verfügung, mit denen sich im Mix die Präsenz bzw. Absenz der Art belegen lässt: Standard ist das Anbringen von Nistkästen an Bäumen und sog. „Nesttubes“ an Gebüsch in ca. 1,5 bis 2 m Höhe in einem Abstand von ca. 20 m, die von der Art sehr gerne angenommen werden.⁷¹⁴ Hinsichtlich der benötigten Anzahl an Kästen gibt das LANUV folgende konkrete Empfehlung:

- *„Holz-, oder Holzbetonkästen mit stammseitigem Eingang, Einstieglich kleiner 30 mm Durchmesser zur Konkurrenzvermeidung zu Siebenschläfer. 6 – 10 Kästen / ha Waldgebiet, jedoch mindestens 20 Kästen pro untersuchtem Waldgebiet (jeweils abhängig von Größe und Habitatstruktur).*
- *12 – 20 Tubes / ha Waldgebiet, jedoch mindestens 20.*
- *10 Hafthaarröhren pro 1 ha Fläche in geeignetem Habitat für mindestens 10 - 14 Tage.“⁷¹⁵*

Die Herausforderung einer Haselmauserfassung ist vor diesem Hintergrund meist nicht die praktische Umsetzung der Methode, sondern der Zeitfaktor, wie *Lüttmann* im Rahmen des Experteninterviews vom 11.08.2017 betont hat:

„Der Bestand im Vorhabengebiet lässt sich gut erfassen. Allerdings benötigt die Bestandserfassung mit einer Vegetationsperiode etwas Zeit. Um den Bestand zu erfassen und abzufangen, verwendet man zwei Methoden. Nest-Tubes werden gut angenommen und ermöglichen eine solide Kenntnis des lokalen Vorkommens. Im Herbst werden die dickwandigeren Haselmaus-Kästen gerne und schnell von Haselmäusen besiedelt. Insgesamt ist die kombinierte Erfassung recht vollständig und ermöglicht es, dass auch Tiere, die sonst Freinester errichten, umgesetzt werden können.“

Für die belastbare Erfassung von Haselmäusen ist in aller Regel wenigstens eine vollständige Kartiersaison von März bis November notwendig,⁷¹⁶ ein Mindestzeitfenster, das je nach Zeitdruck im Projektplan den Vorhabenträger vor Probleme stellen kann.

⁷¹¹ Siehe insbesondere die Habitatbeschreibung im Artportrait des LANUV, online im Internet: <https://artenschutz.naturschutzinformationen.nrw.de/artenschutz/de/arten/gruppe/saeugetiere/kurzbeschreibung/6549> (zuletzt abgerufen am 30.06.2021).

⁷¹² *Büchner et al.*, Berücksichtigung der Haselmaus beim Bau von WEA, NuL 2017, S. 365 („aktuelle Nachweise der Haselmaus aus allen Flächenländern mit Ausnahme von Brandenburg“).

⁷¹³ So *Büchner et al.*, a.a.O., S. 365 (367).

⁷¹⁴ Einen tabellarischen Überblick über sämtliche Erfassungsmethoden bieten *Büchner et al.*, a.a.O., S. 365 (371).

⁷¹⁵ Die Kartiermethoden-Empfehlungen bezügl. der Haselmaus finden sich online im Internet: <https://artenschutz.naturschutzinformationen.nrw.de/artenschutz/de/arten/gruppe/saeugetiere/kartiermethoden/6549> (zuletzt abgerufen am 30.06.2021).

⁷¹⁶ *Büchner et al.*, a.a.O., S. 365 (369).

3.2.5 Vögel

Zur Bestandserfassung von Brutvögeln wird seit über 15 Jahren ein Methodenstandard angewandt: *Südbeck et al.*, Methodenstandards zur Erfassung der Brutvögel Deutschlands, 2005.⁷¹⁷ Bei einer diesem Standard entsprechenden Datenlage darf nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts von einer adäquaten tatsächlichen Grundlage für die behördliche Einschätzung ausgegangen werden; Abweichungen müssen fachlich begründet werden.⁷¹⁸

So ist beispielsweise der Uhu ein Tier, dessen Zuordnung zu einem Revierbereich wegen seiner großen Aktionsräume laut *Südeck et al.* eine hohe Beobachtungskapazität erfordert; die Erfassung erfolgt durch Kartierung singender bzw. rufender Tiere sowie Lokalisierung bettelnder Jungtiere und die Kontrolle potentieller Nistplätze am Tage. Der Methodenstandard gibt hierzu insgesamt drei Termine vor, wobei die Erfassung über den Gesang erstmals bereits Mitte bis Ende Februar zu erfolgen habe.⁷¹⁹ Die Frühjahrsbalz findet nämlich verstärkt im Februar und März statt. Eine Eulenerfassung im April und damit außerhalb der Hauptbalz des Uhus ohne zureichende Begründung, warum eine Abweichung von diesem Fachstandard gebilligt werde, bedeutet eine Überschreitung des Beurteilungsspielraums der Behörde, sodass es an einer rechtmäßigen Bestandserfassung des Uhus fehlt.⁷²⁰

Auch der Wespenbussard ist nach *Südbeck et al.* eine „*schwer zu erfassende heimliche Art*“⁷²¹. Deswegen ist eine Nestsuche im Winter in dem potentiellen Brutrevier erforderlich.⁷²² Eine Suche nach Horsten erst im April erfolgt hingegen zu spät. Da nach dem Laubfall im Herbst die Nester der Brutsaison noch am welken Laub zu erkennen sind (welches Laub an den für den Nestbau verwendeten Zweigen), verspricht eine Horstsuche im Vorfrühling selbst bei noch laubfreiem Zustand weniger Erfolg, da welches Laub der letzten Brutsaison mehr Zeit hatte abzufallen.⁷²³

Eine Fortschreibung der Erfassungsmethoden, die mit den „Südbeck-Redakteuren“ abgestimmt wurde, erfolgte im Zuge der Erarbeitung des *Methodenhandbuchs zur Artenschutzprüfung Nordrhein-Westfalen* (2017).⁷²⁴ Eine Bestandserfassung der Brutvögel lege artis kann daher, soweit die für das jeweilige Projekt einschlägigen

⁷¹⁷ Vgl. zur Bedeutung dieses Werkes auch oben Abschnitt 3.1.3.

⁷¹⁸ Aktuell bspw. BVerwG, Urteil vom 03.11.2020 – 9 A 12.19, juris Rn. 525 f.: „Die Vorhabenträger haben damit das Vorliegen eines sachlichen Grunds für eine Abweichung von den Empfehlungen von Südbeck et al. plausibel dargelegt. ... Mit insgesamt sieben Begehungen - fünf tagsüber und zwei nachts - lag der Umfang der Kartierungen innerhalb der von Südbeck et al. (a.a.O. S. 46 f.) empfohlenen Spanne von sechs bis zehn Terminen.“

⁷¹⁹ *Südbeck et al.*, Methodenstandards zur Erfassung der Brutvögel, 2005, S. 417.

⁷²⁰ OVG Niedersachsen, Urteil vom 25.10.2018 – 12 LB 118/16, juris Rn. 223.

⁷²¹ *Südbeck et al.*, a.a.O., S. 239.

⁷²² *Südbeck et al.*, a.a.O., S. 239.

⁷²³ OVG Niedersachsen, Urteil vom 25.10.2018 – 12 LB 118/16, juris Rn. 239.

⁷²⁴ Hinweis von *Lüttmann* im Rahmen des Experteninterviews vom 11.08.2017.

Verwaltungsvorschriften Spielraum lassen, ergänzend anhand der Empfehlungen des LANUV zu den planungsrelevanten Vogelarten vorgenommen werden.⁷²⁵

Das Bundesverwaltungsgericht hat in seiner Entscheidung (über die Nichtzulassung der Revision) im Verfahren zur Ortsumgehung Datteln anlässlich entsprechender Grundsatzrügen der Klägerseite betont, dass es sich bei der Unterscheidung zwischen generell planungsrelevanten und sonstigen Vogelarten – wie in Nordrhein-Westfalen – um eine naturschutzfachliche Bewertungsfrage handelt.⁷²⁶ Dabei geht es nicht um die Auslegung der Verbotstatbestände, die ausschließlich vom Gericht vorzunehmen ist, sondern um die naturschutzfachliche Frage, mit welcher Methodik und Prüfungstiefe die vom Gericht ausgelegten unbestimmten Rechtsbegriffe – etwa der signifikanten Erhöhung der Tötungsgefahr – bei bestimmten Vogelarten anzuwenden sind. Dies zeige sich auch daran, so das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung (über die Nichtzulassung der Revision) im Verfahren zur zweiten Rheinbrücke bei Wörth, dass die Unterscheidung nach „Allerweltsvogelarten“, die gruppenbezogen geprüft werden, und solchen, die einer Art-für-Art-Prüfung zu unterziehen sind, auf naturschutzfachliche Kriterien wie die Seltenheit und die Anpassungsfähigkeit einer Art abstellt. Dabei betont das Bundesverwaltungsgericht auch, dass die vorgenommene Unterscheidung die „häufigen Vogelarten“ nicht etwa von jeder Prüfung befreit, sondern naturschutzfachlich begründet nur eine geringere Prüfungstiefe vorsieht.⁷²⁷ Man kann solchen Arten nicht generell die Planungsrelevanz absprechen; denn es könnte sein, dass ein nennenswerter Bestand durch den Plan oder das Vorhaben betroffen wird, ohne dass im räumlichen Zusammenhang ausreichend geeignete Ausweichlebensräume vorhanden sind.⁷²⁸

Zur Erfassung von Zugvögeln bei einem möglichen Kollisionsrisiko (Freileitung, Windpark) insbesondere während der Hauptzugphase der häufigen Arten im Oktober hat sich hingegen noch keine Fachkonvention herausgebildet.⁷²⁹ So handelt es sich um eine Einzelfallentscheidung der zuständigen Behörde, ob und mit welcher Methodik der aktive Vogelzug an einem geplanten Standort untersucht wird. Bei konkreten Anhaltspunkten (Geomorphologie) für einen Verdichtungsraum des aktiven Zugeschehens kann im Einzelfall eine genauere Prüfung notwendig werden; Näherungswerte für einen Verdichtungsraum nennen *Grunwald et al.* 2007.⁷³⁰ Dieser Quelle zufolge liegt der herbstliche Tagzug von Vögeln gemessen an 210 Standorten in Südwestdeutschland bei

⁷²⁵ Die Empfehlungen des LANUV zur Artengruppe der Vögel finden sich online im Internet: <https://artenschutz.naturschutzinformationen.nrw.de/artenschutz/de/arten/gruppe/voegel/li ste> (zuletzt abgerufen am 30.06.2021).

⁷²⁶ BVerwG, Beschluss vom 08.03.2018 – 9 B 25.17, juris Rn. 27.

⁷²⁷ BVerwG, Beschluss vom 15.07.2020 – 9 B 5.20, juris Rn. 16-19.

⁷²⁸ OVG NRW, Urteil vom 20.01.2012 – 2 D 141/09.NE, juris Rn. 92.

⁷²⁹ Hinweis von *Olschewski & Paton* im Rahmen des Experteninterviews vom 29.08.2017.

⁷³⁰ Hinweis von *Olschewski & Paton* im Rahmen des Experteninterviews vom 29.08.2017.

ca. 600 Durchzüglern pro Stunde,⁷³¹ sodass sich annäherungsweise ab ca. 1.000 Individuen pro Stunde von einem überdurchschnittlichen Zuggeschehen und bei einem Auftreten von 3.000 Individuen pro Stunde von einem erfassungswürdigen Verdichtungsraum sprechen lässt. Erforderlich für eine valide Einschätzung des Zuggeschehens sind laut dem Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz mindestens sechs gute Zähltage ohne durchgehenden Nebel und Regen, die sich auf den Gesamtzeitraum von Mitte September bis Mitte November verteilen müssen.⁷³² Um den Nachtzug zu erfassen, bedürfte es einer Beobachtung mittels Radar.⁷³³

3.2.6 Reptilien und Amphibien

Von den Arten der Herpetofauna Deutschlands, die in Anhang IV der FFH-Richtlinie aufgeführt werden, stehen aufgrund ihrer Verbreitung und ihrem Auftreten in von menschlichen Aktivitäten betroffenen Strukturen (Straßensäume, Bauerwartungsland) die Zaun- und Mauereidechse im Fokus.⁷³⁴ Demgegenüber treten manche Arten derart selten in Erscheinung, dass ihr Vorkommen übersehen werden kann, was etwa die Knoblauchkröte betrifft, die in ihrer mit zwei bis drei Wochen ohnehin kurzen Aktivphase leise von unterhalb der Wasseroberfläche aus ruft.⁷³⁵

Die Kartierung von Zauneidechsen erfolgt durch langsames Begehen der Untersuchungsfläche und Zählung gesichteter Individuen, schwerpunktmäßig entlang linearer Strukturen und Stellen, die sich zur Thermoregulation eignen (Steine, Totholz, Gleisschotter etc.). Notwendig sind ca. 5 Begehungen an regenfreien Tagen im Zeitraum Mitte April bis Mitte September, wobei eine hohe Beobachtungswahrscheinlichkeit während der Fortpflanzungszeit in den Monaten Mai und Juni gegeben ist.⁷³⁶

⁷³¹ *Grunwald et al.*, Der herbstliche Tagzug von Vögeln in Südwestdeutschland, Vogelwarte 45 (2007), S. 324 f.: „Die durchschnittliche Zugfrequenz an den Standorten betrug 608 Vögel pro Zählstunde, wobei sich diesbezüglich allerdings eine große Variationsbreite ergab. Während an einigen Zählstandorten lediglich wenige hundert Individuen/h festgestellt wurden, konnten mehrfach Spitzenwerte über 1.500 Vögel/h ermittelt werden. Bei 13% der Zählstandorte lag die Zugfrequenz im Durchschnitt über 1.000 Vögel/h. Während der Hauptzugphase der häufigen Arten, etwa in der zweiten und dritten Oktoberdekade, konnten regelmäßig über 2.000 Vögel/h und an einigen Standorten auch mehr als 3.000 Vögel/h nachgewiesen werden.“

⁷³² OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 29.01.2015 – 1 C 10414/14, juris, Rn. 17 f.

⁷³³ Hinweis von *Olschewski & Paton* im Rahmen des Experteninterviews vom 29.08.2017.

⁷³⁴ Vgl. *Peschel et al.*, Die Zauneidechse und der gesetzliche Artenschutz, NuL 2013, S. 241.

⁷³⁵ Vgl. den Methodensteckbrief des LANUV: „Die sehr leisen Paarungsrufe unter Wasser sind bereits wenige Meter vom rufenden Tier entfernt am Ufer nicht mehr zu hören.“ Online im Internet: <https://artenschutz.naturschutzinformationen.nrw.de/artenschutz/de/arten/gruppe/amph rept/kartiermethoden/102328> (zuletzt abgerufen am 30.06.2021).

⁷³⁶ Vgl. den Methodensteckbrief des LANUV, online im Internet unter der folgenden URL: <https://artenschutz.naturschutzinformationen.nrw.de/artenschutz/de/arten/gruppe/amph rept/kartiermethoden/102321> (zuletzt abgerufen am 30.06.2021).

Schwieriger als die Zählung der Tiere ist, wie bereits oben bei den Vorteilen eines artenschutzrechtlichen Vertrags genannt,⁷³⁷ die Abschätzung der Populationsgröße auf Grundlage der erfassten Individuen unter Berücksichtigung der Strukturen des Untersuchungsraumes, denn während der Begehung wird in der Regel nur ein geringer Teil des Tierbestandes erfasst.⁷³⁸ So wird beispielsweise im Protokoll zur HVNL-Werkstatt „Reptilien in der Praxis“ vom 27.06.2012 (unveröffentlicht) empfohlen:

„Aufgrund von Erfahrungen hat sich ein Faktor $\times 10$ als realistisch erwiesen. Also wurden 10 adulte Tiere gesichtet, müssen diese mindestens mit 10 multipliziert werden, um eine realistische Anzahl der vorkommenden Individuen zu erhalten.“

Schulte & Veith weisen aufgrund der Erfahrung eigener Fang-Wiederfang-Untersuchungen⁷³⁹ zu einem Untersuchungsgebiet von *Blanke*, auf dem dank 137 Begehungen und der Feststellung der individuellen Zeichnungsmuster der Zauneidechsen 241 adulte und subadulte Tiere bekannt waren, sich aber bei einer Begehung durchschnittlich nur 15 Individuen zeigten, darauf hin, dass bereits *„diese durchschnittliche Nachweisquote von 6 % der bekannten Individuen ungewöhnlich hoch ist“*.⁷⁴⁰ Der Faktor 10 unterstellt Nachweiserfolge, die selbst über denen liegen, die bei zeitintensiven Studien in vertrauten Lebensräumen erzielt werden.⁷⁴¹ Für unübersichtliche Zauneidechsenhabitate ist daher ein Korrekturfaktor von mindestens 16 angemessen und eine Angabe der realen Populationsgröße nur mittels der Fang-Wiederfang-Methode und fotografischer Individualerkennung möglich.⁷⁴²

Die Mauereidechse gilt als leicht zu erfassende Art. *Lege artis* ist das Zählen der (sub-)adulten Tiere beim langsamen Abgehen und Absuchen artspezifisch geeigneter Habitate bei 4 Begehungen von April bis Mitte September, wobei die beste Zeit die ersten, sonnig-warmen Tage im April sind.⁷⁴³ Für die Angabe des realen Bestandes wird in der Fachliteratur recht einheitlich ein Korrekturfaktor von mindestens 4⁷⁴⁴ bzw. 6⁷⁴⁵ empfohlen.

⁷³⁷ Siehe oben Abschnitt 2.4.4.1.

⁷³⁸ *Blanke*, Zauneidechse, 2010, S. 123: *„Angaben zu Größe und Dichte von Zauneidechsen-Beständen sind mit vielen Unabwägbarkeiten behaftet ... Eine Ermittlung oder Berechnung wahrer Bestandsgrößen scheint selbst in intensiven Studien unmöglich.“*

⁷³⁹ *Schulte/Veith*, Kann man Reptilien-Populationen erfolgreich umsiedeln?, ZfF 2014, S. 219 (222).

⁷⁴⁰ *Schulte/Veith*, a.a.O., S. 219 (223).

⁷⁴¹ *Blanke/Völkl*: Zauneidechsen – 500 m und andere Legenden, ZfF 2015, S. 115 (120 f.).

⁷⁴² *Laufer*, LUBW-Leitfaden Zaun- und Mauereidechsen, 2014, S. 119, der sich ebenfalls mit dem Beispiel von *Blanke* auseinandersetzt.

⁷⁴³ Vgl. den Methodensteckbrief des LANUV, online im Internet:

https://artenschutz.naturschutzinformationen.nrw.de/artenschutz/de/arten/gruppe/amph_rept/kartiermethoden/102319 (zuletzt abgerufen am 30.06.2021).

⁷⁴⁴ *Laufer*, a.a.O., S. 118 f.

⁷⁴⁵ *Schulte/Veith*, a.a.O., S. 219 (222).

Demgegenüber gilt der Nachweis der ebenfalls verbreiteten, aber heimlich lebenden Schlingnatter als sehr schwierig,⁷⁴⁶ was sich in der hohen Anzahl an 10 notwendigen Erfassungsterminen⁷⁴⁷ niederschlägt. Der Nachweis der Art erfolgt insbesondere über das Absuchen von vorher ausgebrachten künstlichen Versteckplätzen.⁷⁴⁸ Pro Hektar werden dafür 6 bis 10 handelsübliche Schaltafeln, Förderbandmatten, Formbleche oder Dachpappen spätestens im März ausgebracht und von Mitte April bis Mitte September an regenfreien Tagen kontrolliert.⁷⁴⁹

Auf dieser Grundlage sowie den ergänzenden Sichtbeobachtungen und Funden von Häutungsresten ist jedoch eine Angabe der Populationsgröße nicht möglich,⁷⁵⁰ weswegen *Hachtel et al.* in ihrem Handbuch zu den Methoden der Feldherpetologie folgende Empfehlung für die Datenauswertung geben:

„Aufgrund der äußerst geringen Fundzahlen erscheint aus wissenschaftlicher Sicht ... eine Erfassung der Populationsgröße im Rahmen von Standarduntersuchungen mit dem heutigen Wissenstand fast unmöglich und mit einem vertretbaren Aufwand nicht leistbar... Hierzu sind intensive Spezialuntersuchungen erforderlich ..., wobei selbst dann Populationsgrößen relevant unterschätzt sein können. Ausgehend von einem rein qualitativen Nachweis (Präsenz/Absenz der Art) sollte sich eine Bewertung des Erhaltungszustandes daher stärker auf die Zahl der Fundorte und auf Habitatqualität und -größe stützen, ...“⁷⁵¹

Kann die reale Populationsgröße somit grundsätzlich nicht abgeschätzt werden, so kommt es bei einem Artnachweis der Schlingnatter aus der rechtlichen Perspektive heraus betrachtet letztlich darauf an, dass im Projektplan ausreichend Zeit für das Abfangen und Umsetzen in ein Ersatzhabitat vorgesehen wird.⁷⁵²

⁷⁴⁶ *Hachtel et al.*, Erfassung von Reptilien, in: *Hachtel et al.*, Methoden der Feldherpetologie, 2009, S. 85 (116).

⁷⁴⁷ Vgl. den Methodensteckbrief des LANUV, online im Internet:

https://artenschutz.naturschutzinformationen.nrw.de/artenschutz/de/arten/gruppe/amph_rept/kartiermethoden/102339 (zuletzt abgerufen am 30.06.2021).

⁷⁴⁸ *Hachtel et al.*, a.a.O., S. 85 (116) „Die bisherigen Erfahrungen machen klar deutlich, dass der Einsatz von KV für die Schlingnatter – außer in extrem strukturreichen Gebieten mit einer Vielzahl von natürlichen Verstecken wie Blockhalden – unverzichtbar ist. Besonders in grasigen Lebensräumen wie Heiden, Magerrasen, Mooren, aber auch an Bahndämmen lässt sich die Art mithilfe von KV wesentlich besser auffinden als ohne.“

⁷⁴⁹ LANUV, a.a.O. Laut *Hachtel et al.*, a.a.O., S. 85 (117 f.) steigt mit der Anzahl der ausgelegten künstlichen Verstecke die Anzahl an Schlingnatterfunden linear an. Die dortige Empfehlung lautet: „Als grobe Richtwerte werden daher mind. 20 KV pro Gebiet sowie 10 KV/ha empfohlen.“

⁷⁵⁰ LANUV, a.a.O.

⁷⁵¹ *Hachtel et al.*, a.a.O., S. 85 (118).

⁷⁵² Vgl. VG Frankfurt (Oder), Beschluss vom 10.12.2020 – 5 L 602/20 (Tesla), juris Rn. 21: „Der Argumentation der Antragsteller, dass die Individuen im genutzten Zeitfenster nicht vollständig umzusiedeln gewesen seien und es zu einem Verbleib einer relevanten Anzahl von Tieren gekommen sei, kann nicht gefolgt werden. Vorliegend erfolgte in einem Zeitraum von mehr als zwei Monaten zwischen Ende Juli 2020 und Anfang Oktober 2020 Fang und Umsetzung von insgesamt 17 Zauneidechsen und 14 Schlingnattern. Das gewählte Zeitfenster zur Umsetzung der Maßnahmen ist dabei nicht zu bemängeln. ... Aus den im Fangprotokoll ... verzeichneten Witterungsbedingungen geht hervor, dass das Wetter durchgehend warm und trocken war bei einer durchschnittlichen

Amphibien werden an ihrem Fortpflanzungsgewässer erfasst. Die Laichwanderung bietet oft die erste Möglichkeit der Bestandsaufnahme im Jahr.⁷⁵³ Abgesehen von Sichtbeobachtungen und dem Verhören rufender Männchen sind vor allem Fangzaunanlagen geeignet, an- und abwandernde Tiere festzustellen und ermöglichen eine Quantifizierung der Laichpopulation.⁷⁵⁴ Zum Standard gehört auch das Erfassen von Laichschnüren bzw. Laichballen, das Keschern als aktive Fangmethode sowie Reusenfänge als passive Fangmethode.⁷⁵⁵ Wie bei den Fledermäusen geht es um einen auf den Einzelfall abgestimmten Methodenmix aus Sichtbeobachtungen, Verhören sowie aktiven und passiven Fangmethoden.

Die in Deutschland laut den Karten räumlich am weitesten verbreitete Amphibienart des Anhangs IV der FFH-Richtlinie ist der Kammmolch. Sie wird vornehmlich über passive Fangmethoden (zunächst Fangzaun, anschließend Reusenfang) nachgewiesen.⁷⁵⁶ Die Art ist jedoch nicht einfach zu kartieren, weil sich die Tiere im Gewässer vornehmlich in Bodennähe aufhalten, was bei größeren Weihern einen hohen Einsatz an Reusen erfordern kann.⁷⁵⁷ Kescherfang erfolgt laut LANUV nur, wenn Reusenfang nicht möglich ist.⁷⁵⁸ Insofern irritiert eine aktuellere Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs, der den Ausschluss eines Kammmolchvorkommens aufgrund von Stichproben-Kescherfängen als naturschutzfachlich vertretbar angesehen hatte:

„Entgegen dem Klägervortrag ist auch das durchgeführte Verfahren zur Erfassung der Molche nachvollziehbar. Der Beklagte hat hierzu unter Verweis auf die Ausführungen im artenschutzfachlichen Gutachten vorgetragen, dass diese durch zweimaliges Absuchen der untersuchten Gewässer mittels Kescher und zweimalige Kontrolle nachts durch Ableuchten der Uferzonen erfolgte. Im artenschutzfachlichen Gutachten ... sind die Stichproben-Kescherfänge zwar im Zusammenhang mit der Erfassung der Art Grünfrosch genannt. Es ist jedoch nachvollziehbar, dass bei den insoweit durchgeführten Proben auch ein etwaiges Molchvorkommen festgestellt worden wäre. Dies war jedoch nicht der Fall (vgl. artenschutzfachliches Gutachten S. 21). ... Entgegen der Darstellung des Klägers setzt die gemeinsame Kartieranleitung der bayerischen Landesanstalt für Wald- und Forstwirtschaft –

Temperatur zwischen 18°C und 22°C. Diese decken sich mit den laut fachlicher Einschätzung für die Schlingnatter günstigen Umgebungstemperaturen von 17°C bis 22°C (vgl. Schulte et al., Witterungsbedingte Antreffwahrscheinlichkeit der Schlingnatter, 2013).“

⁷⁵³ Schlüpmann/Kupfer, Methoden der Amphibienerfassung, in: Hachtel et al., Methoden der Feldherpetologie, 2009, S. 7 (15).

⁷⁵⁴ Schlüpmann/Kupfer, a.a.O., S. 7 (15).

⁷⁵⁵ Schlüpmann/Kupfer, a.a.O., S. 7 (17). Eine Übersicht der Erfassungstermine für die in Artenschutzprüfungen gängigeren Amphibienarten des Anhangs IV und die anzuwendenden Kartiermethoden bietet Anhang 5c des Methodenhandbuchs zur Artenschutzprüfung in NRW: https://artenschutz.naturschutzinformationen.nrw.de/artenschutz/web/babel/media/mhbasp_anhang5c_amph%20rept%20erfassungszeitraeume.pdf (zuletzt abgerufen am 30.06.2021).

⁷⁵⁶ Vgl. den Methodensteckbrief des LANUV, online im Internet:

https://artenschutz.naturschutzinformationen.nrw.de/artenschutz/de/arten/gruppe/amph_rept/kartiermethoden/102343 (zuletzt abgerufen am 30.06.2021).

⁷⁵⁷ Hinweis von Ilse Englmaier im Rahmen der Fachtagung „Spezielle artenschutzrechtliche Prüfung – Amphibien und Reptilien“ der ANL am 26./27.11.2014 in Augsburg.

⁷⁵⁸ LANUV, a.a.O.

LWF – und des bayerischen Landesamts für Umwelt – LFU („Erfassung & Bewertung von Arten der FFH-RL in Bayern – Kammolch“, Stand März 2008) nicht voraus, dass zunächst ein Reusenfang zu erfolgen hat, bevor ein Molchvorkommen ausgeschlossen werden kann. Die Kartieranleitung (vgl. dort S. 1) unterscheidet vielmehr zwischen klaren und schlecht einsehbaren Gewässern und sieht den Reusenfang nur im letzteren Fall vor, während bei klaren Gewässern das nächtliche Ableuchten des Gewässergrundes mit lichtstarken Lampen und das Keschern als erforderlich, aber auch ausreichend bewertet wird.“⁷⁵⁹

Diese Argumentation überzeugt deshalb nicht, weil Reusen in erster Linie bei Kammolchen im Rahmen des FFH-Monitorings zum Einsatz gekommen sind, obligatorischerweise gerade dann, wenn die manuelle Nachsuche nach Kammolchen erfolglos geblieben ist.⁷⁶⁰

Auch der Laubfrosch gehört zu den in allen Flächenländern auftretenden Anhang-IV-Arten. Im Gegensatz zum Kammolch wird sie methodisch aber „aktiv“ durch Verhören der rufenden Männchen (im Mai), Sichtbeobachtungen und Keschern erfasst.⁷⁶¹ Das Bundesverwaltungsgericht hat eine im Genehmigungszeitpunkt (2011) fünf Jahre alte Laubfroschkartierung (2006) in einem seiner Urteile zur A 20 nicht beanstandet, bei der im sensiblen Bereich eine aktualisierende Bestandserfassung vor Ort durchgeführt (5 Begehungen) und ansonsten eine Plausibilitätsprüfung vorgenommen wurde.⁷⁶²

3.2.7 Insekten

Aus der Ordnung der Schmetterlinge gehört der Nachtkerzenschwärmer zu denjenigen streng geschützten Arten des Anhangs IV der FFH-Richtlinie, bei denen regelmäßig eine Betroffenheit im Rahmen zahlreicher Eingriffsvorhaben in der „Normallandschaft“ zu erwarten ist.⁷⁶³ Hinzukommt, dass die meisten Raupenwirtspflanzen Störstellenpioniere wechselfeuchter bis wechsellöcheriger Rohbodenstandorte sind,⁷⁶⁴ sodass das Habitatspektrum dieser Art eine Vielzahl anthropogen geprägter bis überformter Biotope einschließt und selbst Kleinstrukturen innerhalb hochintensiv genutzter

⁷⁵⁹ VGH Bayern, Urteil vom 17.05.2018 – 8 A 17.40016, juris Rn. 99.

⁷⁶⁰ Siehe *Kronshage et al.*, Einsatz von Wasserfallen bei Amphibienerfassungen, Abhandlungen aus dem Westfälischen Museum für Naturkunde 77 (2014), S. 293 (294): „Insbesondere beim Monitoring der FFH-Art Kammolch (*Triturus cristatus*, Anhang II und IV der europäischen Fauna-Flora-Habitatrichtlinie)... werden zunehmend Wasserfallen eingesetzt.“ Ähnlich bereits das Gutachten von *Steiner et al.*, Die Verbreitung des Kammolches *Triturus cristatus* in Hessen, 2006, S. 7: „In der Regel, in jedem Fall aber bei erfolgloser manueller Nachsuche ... wurden Molchreusen eingesetzt.“

⁷⁶¹ Vgl. den Methodensteckbrief des LANUV, online im Internet:

https://artenschutz.naturschutzinformationen.nrw.de/artenschutz/de/arten/gruppe/amph_rept/kartiermethoden/102330 (zuletzt abgerufen am 30.06.2021).

⁷⁶² BVerwG, Urteil vom 27.11.2018 – 9 A 8.17, juris Rn. 135.

⁷⁶³ *Hermann/Trautner*, Nachtkerzenschwärmer in der Planungspraxis, NuLP 2011, S. 293 (298 f.).

⁷⁶⁴ *Trautner*, Artenschutz, 2020, S. 234.

Kulturlandschaften Vorkommen beherbergen können.⁷⁶⁵ Die Raupen sind in der Ernährung an bestimmte Pflanzenarten der Familie Onagraceae (Nachtkerzengewächse) gebunden, wobei das Gros der Funde von Arten der Gattung *Epilobium* (Weidenröschen) stammt.⁷⁶⁶ Die weite Verbreitung der Art in Verbindung mit Vorkommen geeigneter Wirtspflanzen im konkreten Fall ist als Anfangsverdacht auf ein Vorkommen in artenschutzrechtlicher Sicht zu werten, das erfasst und beurteilt werden muss.⁷⁶⁷ Bei der Raupensuche als Standard-Erfassungsmethode werden zunächst alle Flächen mit Beständen von Weidenröschen- oder Nachtkerzenarten kartiert.⁷⁶⁸ Sodann erfolgt im Regelfall bei eins bis zwei Begehungen zwischen der letzten Juni- und der zweiten Juli-Dekade die Absuche von 100 bis 200 geeigneten Raupenwirtspflanzen tagsüber nach Fraßspuren, Kotballen und insbesondere Raupen.⁷⁶⁹ Liegt ein Raupennachweis bereits nach der ersten Geländebegehung vor, sollen vor dem Hintergrund der Unauffindbarkeit vieler Raupen sowie der jährlichen Bestandsdynamik auch umgebende Wirtspflanzenbestände ohne Raupen-Nachweis als Fortpflanzungs- und Ruhestätten abgegrenzt werden.⁷⁷⁰

Bei den Libellen, die nach eigener Erfahrung sehr selten in Artenschutzprüfungen betrachtet werden und bislang nicht von der Rechtsprechung behandelt wurden, wie die Abfrage der acht Libellenarten des Anhangs IV der FFH-Richtlinie in den juristischen Datenbanken ergab, liegt die größte Schwierigkeit darin, überhaupt zu erkennen, dass es sich um einen Libellenlebensraum handelt. Denn für die Bestandserhebung bedarf es einer Spezialerfassung an Gewässern, die sich mit Details auseinandersetzt. Dabei sind die Libellen des Anhangs IV der FFH-Richtlinie bei allen Projekten zu berücksichtigen, bei denen aquatische Lebensräume (Bäche, Gräben, Flüsse, Stillgewässer) beeinträchtigt werden können. Dies können insbesondere Maßnahmen des Gewässerausbaus und der Gewässerunterhaltung⁷⁷¹ sein. Auch Querungen von Habitatstrukturen z. B. durch Brückenbauwerke können für weniger flugfähige Arten problematisch sein.⁷⁷²

⁷⁶⁵ Hermann/Trautner, Nachtkerzenschwärmer in der Planungspraxis, NuLP 2011, S. 293 (295 und 297).

⁷⁶⁶ Hermann/Trautner, a.a.O., S. 293 (295).

⁷⁶⁷ Hermann/Trautner, a.a.O., S. 293 (299).

⁷⁶⁸ Hermann/Trautner, a.a.O., S. 293 (298).

⁷⁶⁹ Hermann/Trautner, a.a.O., S. 293 (298); LANUV, Methodensteckbrief Nachtkerzenschwärmer: <https://artenschutz.naturschutzinformationen.nrw.de/artenschutz/de/arten/gruppe/schmetterlinge/kartiermethoden/108137> (zuletzt abgerufen am 27.05.2021).

⁷⁷⁰ LANUV, a.a.O.

⁷⁷¹ Die Gewässerunterhaltung (§ 39 WHG) ist zwar – im Gegensatz zum Gewässerausbau – aus wasserschutzrechtlicher Sicht nicht genehmigungsbedürftig. Ggf. bedarf sie aber einer naturschutzrechtlichen Genehmigung (Eingriffsgenehmigung, artenschutzrechtliche Ausnahme). Bei einem Verstoß hiergegen, kann eine behördliche Anordnung zwar nicht auf der Grundlage von § 100 WHG (Wasserbehörde), jedoch gestützt auf § 3 Abs. 2 BNatSchG (Naturschutzbehörde) erlassen werden.

⁷⁷² Hinweis von *Willigalla* im Rahmen des Experteninterviews vom 23.08.2019.

Soll das gesamte Artenspektrum der Libellen für die Eingriffs- und Artenschutzprüfung erfasst werden, sind mindestens sechs Begehungen im Zeitraum Mai bis September durchzuführen.⁷⁷³ Für die valide Prüfung in Bezug auf die Anhang-IV-Arten hat das Bundesverwaltungsgericht fünf Begehungen von Mai bis September als ausreichend bewertet.⁷⁷⁴ Für einen positiven/negativen Artnachweis müssen artbezogen drei Begehungen zur jeweiligen Hauptflugzeit der Art durchgeführt werden.⁷⁷⁵ Die Erfassung der Libellen muss bei geeigneter Witterung (windstill, Lufttemperatur >15°C) zwischen 10:00 und 17:00 Uhr durchgeführt werden. Die Erfassung am Gewässer sollte mittels eines Fernglases (besonders für die Großlibellen), Käscherfang (besonders für die Kleinlibellen) sowie einer Nachsuche nach Exuvien erfolgen.⁷⁷⁶ Der Fund von Exuvien (Larvenhäute) in der Vegetation am Gewässerrand ist als Fortpflanzungsnachweis am Gewässer zu werten.⁷⁷⁷

3.2.8 Worst-Case-Annahmen

Im Grundsatz gilt laut der ständigen Rechtsprechung, dass eine Artenschutzprüfung auf Bestandserfassungen vor Ort basieren muss.⁷⁷⁸ Dementsprechend sieht etwa das Oberverwaltungsgericht Hamburg gutachterliche Potenzialanalysen, die allein mit Prognosewahrscheinlichkeiten und Schätzungen arbeiten, nur bei häufig auftretenden, nicht gefährdeten Arten oder Arten mit gutem Ausweichvermögen oder wenig spezieller Habitatbindung als zulässig an.⁷⁷⁹

Bei dieser Betrachtungsweise werden in einem nicht ausräumbaren Zweifelsfall negative Auswirkungen des Vorhabens wie ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko oder eine erhebliche Störung vorsorglich unterstellt. Worst-Case-Annahmen sind nach der Rechtsprechung auch bei der Bestandsaufnahme grundsätzlich zulässig,⁷⁸⁰ also die Annahme, dass aufgrund einer Potentialanalyse das Vorkommen einer Art unterstellt wird, obwohl die Art bei der Bestandserfassung nicht kartiert wurde bzw. gar keine

⁷⁷³ Hinweis von *Willigalla* im Rahmen des Experteninterviews vom 23.08.2019. Artspezifische Kartierzeiträume für die Libellenarten des Anhangs IV der FFH-Richtlinie finden sich bei *Albrecht et al.*, Leistungsbeschreibungen für faunistische Untersuchungen, Schlussbericht 2013, S. 276.

⁷⁷⁴ BVerwG, Urteil vom 09.11.2017 – 3 A 4.15, juris Rn. 66.

⁷⁷⁵ Hinweis von *Willigalla* im Rahmen des Experteninterviews vom 23.08.2019.

⁷⁷⁶ *Albrecht et al.*, Leistungsbeschreibungen für faunistische Untersuchungen, Schlussbericht 2013, S. 276.

⁷⁷⁷ Hinweis von *Willigalla* im Rahmen des Experteninterviews vom 23.08.2019.

⁷⁷⁸ Aktuell u. a.: OVG Schleswig-Holstein, Urteil vom 06.05.2021 – 1 KN 21/16, juris Rn. 53; OVG NRW, Urteil vom 05.02.2021 – 11 D 13/18.AK, juris Rn. 172; OVG Hamburg, Beschluss vom 01.04.2020 – 2 Es 1/20.N, juris Rn. 84.

⁷⁷⁹ OVG Hamburg, Urteil vom 11.04.2019 – 2 E 8/17.N, juris Rn. 69.

⁷⁸⁰ BVerwG, Urteil vom 06.11.2013 – 9 A 14.12, juris Rn. 51; VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 18.04.2018 – 5 S 2105/15, juris Rn. 143.

Erfassung vor Ort stattgefunden hat, weil sie unverhältnismäßig wäre, etwa bei raumgreifenden Variantenprüfungen.⁷⁸¹

Hypothetische Worst-Case-Betrachtungen führen jedoch nicht zu ausgewogenen Planungsentscheidungen.⁷⁸² Sie können aber dann sinnvoll sein, wenn es um extrem seltene Arten geht und durch die Kartierung potentieller Habitate abgesichert werden, wie das von *Schneider* im Rahmen des Experteninterviews vom 12.09.2017 genannte Beispiel zeigt:

„Grundsätzlich muss man auch bei der Planung von (Fern-)Straßen versuchen, ohne worst-case-Annahmen auszukommen. Nur wenn der Kartieraufwand unverhältnismäßig hoch wäre, um das Vorhandensein bzw. Fehlen einer Art in einem für diese potentiell geeigneten Lebensraum nachzuweisen, wird auf die Methode der Worst-Case-Betrachtung zurückgegriffen. Beispielsweise lässt sich das Haselhuhn nur sehr schwer nachweisen. Hier macht es aus planungspraktischer Sicht Sinn, vorsichtshalber von einem Vorkommen in der Planfeststellung auszugehen, damit Reaktionsmöglichkeiten festgeschrieben sind, falls das Haselhuhn etwa im Zuge der Bauarbeiten entdeckt wird. Der LBM versucht stets, solche Worst-Case-Betrachtungen durch Grundlagenkartierungen abzusichern.“

Allerdings gilt es rechtlich zu beachten, dass eine Worst-Case-Betrachtung nach der Rechtsprechung keinen Fehler in der Ermittlungstiefe kompensieren kann, denn die Bestandserfassung würde sonst zur Spekulation⁷⁸³ So bedürfen beispielsweise Vorhaben im Wald grundsätzlich einer vorherigen Fledermausbestandserfassung im Gelände: Es sprengt laut der sog. „Bad Segeberg-Entscheidung“ des Bundesverwaltungsgerichts die Vertretbarkeitsgrenze der Einschätzungsprärogative, ein Schutzkonzept für Fledermäuse in Waldbereichen zu entwickeln, dem die Erfassung von Flugrouten, Nahrungshabitaten und Quartieren mittels einer Potentialanalyse und anschließender Worst-Case-Annahmen zugrundeliegt, denn bei dieser Methode besteht stets die Gefahr der Über- oder Unterschätzung der vorgefundenen Strukturen.⁷⁸⁴

Im Übrigen gilt es, die sich durch eine Worst-Case-Annahme stets ergebenden negativen Konsequenzen für das Vorhaben durch Schutzmaßnahmen zu bewältigen. Denn an den getroffenen Worst-Case-Annahmen muss sich ein Schutzkonzept im Rahmen seiner gerichtlichen Überprüfung festhalten und messen lassen.⁷⁸⁵

⁷⁸¹ Vgl. dazu die Einschätzungen von *Lau* im Rahmen des Experteninterviews vom 15.08.2017.

⁷⁸² So die Einschätzung von *Lüttmann* im Rahmen des Experteninterviews vom 11.08.2017.

⁷⁸³ BVerwG, Urteil vom 17.01.2007 – 9 A 20.05, juris, Rn. 64.

⁷⁸⁴ BVerwG, Urteil vom 06.11.2013 – 9 A 14.12, juris, Rn. 51 und 109.

⁷⁸⁵ OVG Niedersachsen, Urteil vom 25.10.2018 – 12 LB 118/16, juris Rn. 227.

3.3 Verletzungs- und Tötungsverbot

Das in § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG verankerte artenschutzrechtliche Verletzungs- und Tötungsverbot ist eine zentrale Norm des Naturschutzrechts mit erheblicher praktischer Relevanz.⁷⁸⁶ Die in § 44 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 5 BNatSchG enthaltenen Vorgaben zur Anwendung des Verletzungs- und Tötungsverbots in Planungs- und Genehmigungsverfahren lassen sich in folgenden Obersatz zusammenfassen:

Es ist verboten, Individuen der Arten des Anhangs IV der FFH-RL und der in Europa heimischen Vogelarten bei Eingriffen in Natur und Landschaft bzw. Bauvorhaben zu verletzen oder zu töten, wenn die zu erwartende Beeinträchtigung das Tötungs- und Verletzungsrisiko für Individuen signifikant erhöht oder vermeidbar ist.

Die einzelnen Vorgaben des § 44 Abs. 1 und 5 BNatSchG, aus denen sich dieser Obersatz ergibt, bilden insgesamt eine etwas unübersichtliche Regelung.⁷⁸⁷ Das liegt daran, dass in § 44 BNatSchG neben den Zugriffsverboten auch die Besitz- und Vermarktungsverbote geregelt werden und der Privilegierungstatbestand des § 44 Abs. 5 BNatSchG eingangs mehrere Verweise auf andere Vorschriften enthält (§§ 15, 17, 18 und 54 BNatSchG), die teilweise ihrerseits Verweise enthalten (insb. § 18 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG auf § 30, 33 und 34 BauGB). Außerdem ist § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG mit einer doppelten Negation ausgestaltet, wonach ein Verstoß gegen das Tötungs- und Verletzungsverbot nicht vorliegt, wenn das Risiko nicht signifikant erhöht ist und diese Beeinträchtigung unvermeidbar ist. Hinzu kommt, dass § 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG auf das Vermeidungsgebot der Eingriffsregelung Bezug nimmt, während § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG das Vermeidungsgebot des Art. 9 VRL und Art. 16 FFH-RL im Blick hat.

Speziell in Bezug auf das Tötungsverbot hat das Bundesverfassungsgericht darauf verwiesen, dass sich die Bestandserfassung und Tötungswahrscheinlichkeit primär nach naturschutzfachlichen Kriterien richten.⁷⁸⁸ Im Folgenden werden die Einzelheiten des Tötungs- und Verletzungsverbots gemäß § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG sowie die für Planungs- und Zulassungsverfahren relevanten Konkretisierungen durch § 44 Abs. 5 BNatSchG dargestellt und dabei auf aktuelle Fragen zum Signifikanz-Kriterium eingegangen, etwa auf die Berücksichtigung von pauschalen Bagatellschwellen oder von Summationseffekte aufgrund bestehender Vorhaben oder paralleler Planungen.

⁷⁸⁶ So Huggins, Das artenschutzrechtliche Tötungsverbot, NuR 2021, S. 73.

⁷⁸⁷ Vgl. Blessing/Schrämmer, Artenschutz im Bebauungsplanverfahren, 2. Aufl. 2013, Rn. 137 („Gesetzgeber hat hier eine komplizierte Dogmatik gewählt“); Durner, Naturschutzrechtliche Anforderungen, in: Ziekow, Handbuch Fachplanungsrecht, 2014, S. 228 („Der komplizierte § 44 V BNatSchG“).

⁷⁸⁸ BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, juris Rn. 32.

3.3.1 Tatbestand

§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG verbietet es unter anderem, wildlebende Tiere der besonders geschützten Arten zu verletzen oder zu töten.

Nach § 7 Abs. 2 Satz 1 Nr. 13 BNatSchG umfasst die Gruppe der besonders geschützten Arten erstens Anhang A und B der EG-Artenschutzverordnung, zweitens Spalte 2 der Anlage 1 der Bundesartenschutzverordnung, drittens Arten des Anhangs IV der FFH-RL sowie viertens alle in den Mitgliedsstaaten der EU heimischen Vogelarten (vgl. Art. 1 Abs. 1 VRL). Unter anderem sind damit alle Reptilien, Amphibien, Libellen, Wildbienen, Wildvögel sowie Fledermäuse besonders geschützt.⁷⁸⁹ Auch alle Großlaufkäfer und fast alle Bockkäfer und Prachtkäfer gehören zu dieser Gruppe.⁷⁹⁰ Entsprechend der unionsrechtlichen Vorgabe des Art. 12 Abs. 3 FFH-RL erstreckt sich das Tötungs- und Verletzungsverbot laut Gesetz (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b und § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG) auch auf das Beschädigen oder Zerstören von Entwicklungsformen dieser besonders geschützter Arten, beispielsweise Amphibienlaich, Vogeleier, Schmetterlingsraupen.

Es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass das Verletzungs- und Tötungsverbot individuenbezogen zur prüfen und einer populationsbiologischen Relativierung unzugänglich ist.⁷⁹¹ Fraglich ist, ob der Tatbestand des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG eine Eingrenzung ähnlich einer objektiven Zurechenbarkeit dadurch erfährt, dass das Verletzungs- und Tötungsverbot nur durch einen direkten Zugriff verwirklicht werden kann.⁷⁹² Bloße Veränderungen des Lebensraums, insbesondere der Wegfall von Nahrungshabitaten durch Veränderungen der landwirtschaftlichen Bodennutzung, würden dann nicht das Verletzungs- und Tötungsverbot verwirklichen.⁷⁹³ Die systematische Auslegung des nationalen Artenschutzrechts führt jedoch zu einem anderen Ergebnis: Die Freistellungen der Land- und Forstwirtschaft in § 44 Abs. 4 BNatSchG und die Privilegierung von Planungen nach § 44 Abs. 5 BNatSchG wären weitgehend überflüssig, wenn § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG nur zielgerichtete Tötungen erfassen würde.⁷⁹⁴ Die Gesetzesbegründung erläutert diese Privilegierungs-Funktion

⁷⁸⁹ Das Spektrum der besonders geschützten Arten umfasst in Deutschland rund 2.600 Tier- und Pflanzenarten. Siehe dazu im Einzelnen die Artenliste bei *Gellermann/Schreiber*, Schutz wildlebender Tiere und Pflanzen in staatlichen Planungs- und Zulassungsverfahren, 2007, S. 276 ff.

⁷⁹⁰ MKULNV (Hrsg.), Geschützte Arten in NRW, 2015, S. 11. Eine Artenliste der besonders geschützten Käfer findet sich bei *Gellermann/Schreiber*, Schutz wildlebender Tiere und Pflanzen in staatlichen Planungs- und Zulassungsverfahren, 2007, S. 400-433.

⁷⁹¹ Z. B. BVerwG, Urteil vom 18.03.2009 – 9 A 39.07, juris Rn. 58; VGH Bayern, Urteil vom 20.11.2012 – 22 A 10.40041, juris Rn. 68; VGH Hessen, Beschluss vom 17.12.2013 – 9 A 1540/12.Z, juris Rn. 9. Vgl. auch *Bick/Wulfert*, Artenschutz in der Vorhabenzulassung, NVwZ 2017, S. 346 (347).

⁷⁹² Für eine solche Begrenzung sprechen sich aus: *Lau*, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 44 Rn. 26; *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 96. EL 2021, § 44 Rn. 7.

⁷⁹³ So OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 14.10.2014 – 8 C 10233/14, juris Rn. 66.

⁷⁹⁴ *Tholen*, Artenschutzregime der FFH-RL, 2014, S. 79 f.

von § 44 Abs. 4 und 5 BNatSchG, wonach deren Spielräume im Bereich der Land- und Forstwirtschaft eine auf den Erhaltungszustand der lokalen Population und nicht rein individuenbezogene Bewirtschaftung sowie bei der Zulassung von Vorhaben und bei Planungen eine auf die Aufrechterhaltung der ökologischen Funktionalität von Fortpflanzungs- und Ruhestätten gerichtete Prüfung erlauben sollen.⁷⁹⁵ Auch knüpft der Wortlaut des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG an den Erfolg der Handlung an (Verletzung, Tötung) und nicht an die Art des Vorgehens, weshalb die Auslegung am Wortlaut ebenfalls gegen eine Eingrenzung auf direkte Zugriffe spricht. Verboten sind somit sämtliche Handlungen, die das Verletzen oder Töten eines Tieres bzw. das Beschädigen oder Zerstören einer Entwicklungsform einer besonders geschützten Art zur Folge haben.

Ob die verbotene Handlung vorsätzlich oder fahrlässig geschieht, ist mangels eines subjektiven Tatbestandsmerkmals in § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG unerheblich.⁷⁹⁶ Hintergrund ist, dass die europäischen Naturschutzrichtlinien nicht nur das absichtliche Töten (Art. 12 Abs. 1 Buchst. a FFH-RL und Art. 5 Buchst. a VRL) verbieten, wobei nach der Auslegung des Absichtsbegriffs durch den Gerichtshof der Europäischen Union sowohl derjenige absichtlich handelt, wer ein geschütztes Tier töten will, als auch, wer die Tötung eines Exemplars einer geschützten Tierart bloß in Kauf nimmt bzw. wem bekannt ist, dass er möglicherweise Exemplare einer geschützten Tierart in Gefahr bringt.⁷⁹⁷ Die Mitgliedsstaaten sind nach Art. 12 Abs. 4 FFH-RL zudem verpflichtet sind, sicherzustellen, dass das unvorsätzliche Töten keine erheblichen negativen Auswirkungen auf die Tierarten des Anhangs IV der FFH-RL hat.⁷⁹⁸

Ferner hat die Generalanwältin *Kokott* herausgearbeitet, dass das im europäischen Recht bestehende Erfordernis des absichtlichen Handelns beim Tötungsverbot als Verbotsvorschrift in der Situation der Anwendung durch eine Behörde in Zulassungsverfahren nicht anwendbar sei; vielmehr gehe es bei der Prüfung eines Verstoßes gegen Art. 12 Abs. 1 Buchst. a FFH-RL durch eine Genehmigungsbehörde darum, ob die Behörde davon hätte ausgehen müssen, das Vorhaben verletze den Verbotstatbestand.⁷⁹⁹ Dadurch, dass der deutsche Verbotstatbestand von vornherein

⁷⁹⁵ BT-Drs. 16/5100 vom 25.04.2007, S. 11.

⁷⁹⁶ *Blessing/Schramer*, Artenschutz im Bebauungsplanverfahren, 2. Aufl. 2013, Rn. 307; *Schütte/Gerbig*, in: Schlacke, GK-BNatSchG, 2017, § 39 Rn. 12.

⁷⁹⁷ EuGH, Urteil vom 18.05.2006 – C-221/04, curia Rn. 71 und 73.

⁷⁹⁸ Vgl. zur Verpflichtung nach Art. 12 Abs. 4 FFH-RL: EuGH, Urteil vom 20.10.2005 – C-6/04, curia Rn. 86-89 und EuGH, Urteil vom 20.05.2010 – C-308/08, curia Rn. 54-60.

⁷⁹⁹ GAin *Kokott*, Schlussanträge vom 15.12.2005 – C-221/04, curia Rn. 65 f.: „Bei dieser präventiven Anwendung von Artikel 12 Absatz 1 der Habitatrichtlinie kann es nicht darauf ankommen, ob die jeweils handelnden Individuen die geschützten Tiere absichtlich beeinträchtigen. Entscheidend ist vielmehr, ob die zuständigen Stellen davon ausgehen müssen, dass das genehmigte Verhalten die nach Artikel 12 Absatz 1 der Habitatrichtlinie zu untersagenden Schäden verursachen wird. ... Diese Verpflichtung der zuständigen Stellen setzt keinen Vorsatz im strafrechtlichen Sinne voraus. Das subjektive Element des Vorsatzes ist auf eine Behörde nicht anwendbar. Vielmehr müssen diese Stellen die besten verfügbaren wissenschaftlichen Erkenntnisse verwenden“.

keinen Vorsatz verlangt, stellt sich dieses Problem im nationalen Recht nicht.⁸⁰⁰ Der Tötungstatbestand ist daher bereits dann erfüllt, wenn sich die Tötung als unausweichliche Konsequenz eines im Übrigen rechtmäßigen Verwaltungshandelns erweist.⁸⁰¹

Die deutsche Fassung des Zugriffsverbots ist damit insgesamt weit ausgefallen,⁸⁰² insbesondere durch den Rekurs auf sämtliche, auch nur nach nationalem Recht besonders geschützten Arten sowie das Fehlen von Eingrenzungen unmittelbar in Absatz 1 von § 44 BNatSchG.

3.3.2 Signifikant erhöhtes Tötungsrisiko

Nach § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG liegt ein Verstoß gegen das Tötungs- und Verletzungsverbot nicht vor, wenn die Beeinträchtigung durch den Eingriff oder das Vorhaben das Tötungs- und Verletzungsrisiko für Exemplare der betroffenen Vogelarten oder Anhang-IV-Arten auch unter Berücksichtigung von Vermeidungsmaßnahmen nicht signifikant erhöht und diese Beeinträchtigung unvermeidbar ist.

Den Hintergrund für diese Regelung bildet der Umstand, dass die Verbote des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG individuenbezogen⁸⁰³ sind, wie bereits der Wortlaut („Tiere“) nahelegt.⁸⁰⁴ Damit das individuenbezogene Tötungsverbot nicht zu einem unverhältnismäßigen Planungshindernis wird, hatte es die Rechtsprechung bekanntlich im Wege der Gesetzesauslegung dahingehend begrenzt, dass ein Verstoß gegen § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG erst dann vorliegt, wenn sich beim Bau und Betrieb von Anlagen

⁸⁰⁰ Tholen, Artenschutzregime der FFH-RL, 2014, S. 85. Die europäischen Vorgaben bilden lediglich einen Mindestschutzstandard, über den mitgliedstaatliche Schutzvorschriften – wie § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG durch den Verzicht auf ein subjektives Tatbestandsmerkmal – gemäß Art. 193 Satz 1 AEUV auch hinausgehen können.

⁸⁰¹ Ständige Rechtsprechung, siehe etwa BVerwG, Urteil vom 09.07.2008 – 9 A 14.07, juris Rn. 91; OVG Sachsen, Urteil vom 15.12.2011 – 5 A 195/09, juris Rn. 555 f.; OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 16.05.2013 – 2 L 80/11, juris Rn. 21; OVG Niedersachsen, Urteil vom 10.01.2017 – 4 LC 198/15, juris Rn. 144.

⁸⁰² Vgl. die Einschätzung bei Tholen, Artenschutzregime der FFH-RL, 2014, S. 74 („das deutsche Problem des uferlosen Tatbestandes“).

⁸⁰³ Die gängige Umschreibung von Individuenbezug einerseits und Signifikanz-Kriterium andererseits lautet in aktuellen Entscheidungen: „Der Verbotstatbestand ist dabei zwar individuenbezogen; es reicht aber nicht, dass einzelne Exemplare überhaupt zu Schaden kommen können.“ So bspw. OVG Niedersachsen, Beschluss vom 19.12.2016 – 12 ME 85/16, juris Rn. 30; OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 09.11.2016 – 2 L 112/14, juris Rn. 51; VG Aachen, Beschluss vom 02.09.2016 – 6 L 38/16, juris Rn. 153; VG Frankfurt (Oder), Urteil vom 01.07.2016 – 5 K 16/14, juris Rn. 70.

⁸⁰⁴ Lau, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 44 Rn. 23. Im Unterschied zum Störungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG ist die Populationsrelevanz bzw. Populationswirksamkeit beim Tötungs- und Verletzungsverbot kein gesetzliches Tatbestandsmerkmal, vgl. BVerwG, Urteil vom 09.07.2008 – 9 A 14.07, juris Rn. 91.

wie Straßen oder Windrädern das Risiko kollisionsbedingter Verluste von einzelnen Exemplaren trotz Minderungsmaßnahmen in signifikanter Weise erhöht.⁸⁰⁵

Weil der Individuenbezug des Tötungsverbots durch die FFH-Richtlinie vorgegeben ist (vgl. den Wortlaut von Art. 12 Abs. 1 Buchst. a FFH-RL „Tötung von ... Exemplaren dieser Arten“), stellt sich die grundsätzliche Frage nach der Vereinbarkeit des Signifikanz-Ansatzes mit den unionsrechtlichen Vorgaben an den besonderen Artenschutz. Diesbezüglich wird darauf hingewiesen, dass die vom Bundesverwaltungsgericht entwickelte Interpretation unionsrechtskonform sei, denn es könne nicht von einer durch Art. 12 Abs. 1 Buchst. a FFH-RL und Art. 5 Buchst. a VRL verbotenen absichtlichen Tötung – im Sinne einer billigenden Inkaufnahme der Tötung entsprechend der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union⁸⁰⁶ – gesprochen werden, wenn sich das Tötungsrisiko nicht signifikant erhöhe.⁸⁰⁷ Bei unbeabsichtigten Tötungen greife Art. 12 Abs. 4 FFH-RL, der die Mitgliedsstaaten nur dazu verpflichte, ein System zur fortlaufenden Überwachung des unbeabsichtigten Tötens der Tierarten des Anhangs IV der FFH-RL einzuführen und sicherzustellen, dass das unbeabsichtigte Töten keine signifikanten negativen Auswirkungen auf die betreffenden Arten hat, wofür es ebenfalls ausreiche, auf eine signifikante Risikoerhöhung abzustellen.⁸⁰⁸ Zwar ist demgemäß das Signifikanz-Kriterium sowohl in Art. 12 FFH-RL verankerbar, der nach seinem Absatz 4 für jede Anhang-IV-Art hinsichtlich der unbeabsichtigten Tötungen keinen individuellen, sondern einen systematischen Schutz fordert, als auch mit Art. 5 VRL vereinbar, der allein auf die absichtliche Tötung rekurriert, zumal die Vogelschutzrichtlinie ähnlich Art. 12 Abs. 4 FFH-RL intendiert, eine ausreichende Vielfalt für alle unter Art. 1 VRL fallenden Vogelarten zu erreichen bzw. beizubehalten, wie sich aus Art. 3 Abs. 1 VRL ergibt. Allerdings stellt sich mittlerweile die Anschlussfrage, ob die in der Praxis und Rechtsprechung erkennbare Tendenz von der Schwelle eines deutlich erhöhten Tötungsrisikos für Einzelexemplare hin zu einer mengenbezogenen Bagatellschwelle noch unionsrechtskonform ist. Beispielsweise betont das Oberverwaltungsgericht Sachsen-Anhalt in einer Entscheidung den Individuenbezug des signifikant erhöhten Tötungsrisikos, legt dann aber für die Frage der Kollision von Fledermäusen an Windenergieanlagen eine nicht auf das Kollisionsrisiko von Individuen bestimmter Arten bezogene, pauschale Bagatellschwelle von zwei Individuen pro Jahr und Anlage zugrunde:

⁸⁰⁵ Grundlegende Entscheidungen: BVerwG, Urteil vom 09.07.2008 – 9 A 14.07, juris Rn. 90 f. und BVerwG Urteil vom 08.01.2014 – 9 A 4.13, juris Rn. 99.

⁸⁰⁶ Zur weiten Auslegung des Absichtsbegriffs durch den EuGH siehe oben Abschnitt 3.3.1.

⁸⁰⁷ OVG Thüringen, Urteil vom 14.10.2009 – 1 KO 372/06, juris Rn. 36; Bick/Wulfert, Artenschutz in der Vorhabenzulassung, NVwZ 2017, S. 346 (347 f.). Prägnant Fischer-Hüftle, Artenschutz in der Bauleitplanung, in: Jarass, Artenschutzrecht und Planung, 2016, S. 51, 53 (Fn. 7): „Eine Ähnlichkeit mit dem vom EuGH angelegten Maßstab ‚in Gefahr bringen‘ besteht insofern, als man nur etwas ‚in Kauf nehmen‘ kann, das mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit eintreten wird“.

⁸⁰⁸ OVG Sachsen, Urteil vom 15.12.2011 – 5 A 195/09, juris Rn. 556.

„Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ... ist der artenschutzrechtliche Tötungs- und Verletzungstatbestand dann nicht erfüllt, wenn das Vorhaben nach naturschutzfachlicher Einschätzung kein signifikant erhöhtes Risiko kollisionsbedingter Verluste von Einzelexemplaren verursacht, mithin 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. ... Von einem Verstoß gegen das Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG kann ... nicht schon dann ausgegangen werden, wenn hinreichende Anhaltspunkte für die Annahme bestehen, dass im Zeitraum eines Jahres an einer Windkraftanlage ein oder zwei Fledermäuse zu Tode kommen.“⁸⁰⁹

Abgesehen davon, dass bislang keine Fachkonvention darüber besteht, welche zusätzlichen Sterberaten von Fledermauspopulationen ausgeglichen werden können,⁸¹⁰ können andere als subjektive Eingrenzungsmaßstäbe nicht garantieren, dass nur unabsichtliche Handlungen im Sinne des europäischen Rechts (Art. 5 Buchst. a VRL und Art. 12 Abs. 1 FFH-RL) ausgeschlossen werden.⁸¹¹ Zwar dürfte die Annahme von Bagatellschwellen dem gesetzgeberischen Willen entsprechen, wonach das Kriterium der Sozialadäquanz als tatbestandseingrenzendes Merkmal angewendet werden soll.⁸¹² Allerdings hat der für die verbindliche Richtlinienauslegung zuständige Gerichtshof der Europäischen Union im Zuge eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen Deutschland ausdrücklich festgestellt, dass staatlich legitimierte Handeln nicht mit dem Nichtvorliegen von Absicht im Sinne von Art. 5 VRL gleichzusetzen sei:

„[Es] kann dem Vorbringen der Bundesrepublik Deutschland nicht gefolgt werden, eine ordnungsgemäße Bodennutzung sei begrifflich mit Handlungen gleichzusetzen, die nicht in der Absicht vorgenommen würden, gegen Vogelschutzbestimmungen zu verstoßen.“⁸¹³

Es besteht ein Widerspruch zwischen einer allgemeinen Einschränkung, wie einer mengenbezogenen Bagatellschwelle aus Gründen der Sozialadäquanz, zum europarechtlich vorgegebenen Einschränkungsmaßstab der Absichtlichkeit.⁸¹⁴ Der Tatbestand des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG lässt daher für eine Bagatellschwelle keinen

⁸⁰⁹ OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 13.03.2014 – 2 L 212/11, juris Rn. 28 und 31.

⁸¹⁰ Die Festlegung eines Schwellenwertes für die zu tolerierende Tötung von Fledermäusen ist für die Anwendung der gängigsten Abschaltmethode (RENEBAT I) zwingend erforderlich, vgl. *Brinkmann et al.*, Methoden zur Untersuchung und Reduktion des Kollisionsrisikos von Fledermäusen an WEA, 2011, S. 366. Dort werden jedoch weder Schwellenwerte definiert, noch werden entsprechende Vorschläge hierzu gemacht, sondern die Autoren modellieren die Auswirkung von vorab beliebig festgelegten Schwellenwerten von 1, 2, 3, 5 oder 10 toten Fledermäusen pro Anlage. Die Zahl 2 dient ihnen hierbei lediglich zur beispielhaften Darstellung einzelner Ergebnisse unter dem Hinweis, dass *„die Erniedrigung der Schwelle von 2 auf 1 tote Fledermäuse die zu erwartende Ertragseinbuße mehr als verdoppelte“*. Es wird seitens der Autoren also nicht ein Schwellenwert von 2 Individuen pro Jahr und Anlage als naturschutzfachlich akzeptabel festgelegt.

⁸¹¹ *Tholen*, Artenschutzregime der FFH-RL, 2014, S. 75.

⁸¹² BT-Drs. 16/5100 vom 25.04.2007, S. 11.

⁸¹³ EuGH, Urteil vom 17.09.1987 – C-412/85, curia Rn. 16.

⁸¹⁴ Vgl. *Tholen*, Artenschutzregime der FFH-RL, 2014, S. 75.

Raum.⁸¹⁵ Wegen des Individuenbezugs des Signifikanz-Kriteriums, welcher in der Gesetzesbegründung im Zuge seiner gesetzlichen Einführung durch die Novelle 2017 ausdrücklich genannt wird,⁸¹⁶ kommt das Zugriffsverbot – unionsrechtskonform – stets zum Tragen, wenn sich das Risiko der Tötung einzelner geschützter Exemplare spürbar erhöht, während die Aktivierung der Verbotsfolge nicht auch noch zusätzlich davon abhängt, dass sich dieses Risiko bei einer Mehrzahl von Individuen aktualisiert.⁸¹⁷ Nicht die Anzahl der gefährdeten Tiere, sondern die häufige und intensive Frequentierung des Vorhabenstandorts durch Einzelexemplare ist für die Beurteilung der Signifikanz ein Kriterium.⁸¹⁸

Es wäre systematisch korrekt, das dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entspringende Tatbestandsmerkmal des signifikant erhöhten Tötungsrisikos beim Verbotsstatbestand zu regeln und nicht als Privilegierungstatbestand für Planungen auszugestalten.⁸¹⁹ So heißt es in der Stellungnahme vom Deutschen Anwaltsverein zur BNatSchG-Novelle 2017:

„Die Neuregelung ist geeignet, der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts die Grundlage zu entziehen und Rechtsunsicherheit zu schaffen, da die Neuregelung davon ausgeht, dass der Verbotstatbestand des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG nicht durch das Kriterium der Signifikanz eingeschränkt ist.“⁸²⁰

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gilt auch im Europrecht (Art. 5 Abs. 4 EUV), weshalb keine unionsrechtlichen Bedenken gegen eine solche allgemeine, aber individuenbezogene Einschränkung bestehen.⁸²¹

Umstände, die für die Beurteilung eine Rolle spielen, ob das Tötungsrisiko für Individuen gegenüber dem allgemeinen Lebensrisiko der Art im Naturraum signifikant erhöht ist, sind laut gefestigter Rechtsprechung neben einer häufigen Frequentierung des Planungsraums insbesondere auch artspezifische Verhaltensweisen (z. B. Tötung bei Planierarbeiten von im Boden winterschlafhaltenden Haselmäusen).⁸²² Ferner können nach aktueller Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts Kriterien im

⁸¹⁵ Gellermann, Zugriffsverbote und Einschätzungsprärogative, NuR 2014, S. 597 (601 f.).

⁸¹⁶ BT-Drs. 18/11939 vom 12.04.2017, S.17: „Vielmehr setzt ein Verstoß voraus, dass durch das Vorhaben das Tötungsrisiko für Individuen der betroffenen Arten signifikant erhöht wird“.

⁸¹⁷ Gellermann, a.a.O., S. 597 (602).

⁸¹⁸ Um den Individuenbezug des Signifikanzkriteriums auch gesetzlich-systematisch klarzustellen und um zu verdeutlichen, dass das Signifikanzkriterium seinen Ursprung im Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hat, der auch unionsrechtliche Geltung besitzt (Art. 5 Abs. 4 EUV), sollte es in Absatz 1 statt in Absatz 5 von § 44 BNatSchG festgeschrieben werden. Vgl. dazu die Empfehlungen in Kapitel 4.

⁸¹⁹ Müggenborg/Dolde, Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins, NuR 2017, S. 143 (144).

⁸²⁰ Müggenborg/Dolde, a.a.O., S. 143 (144).

⁸²¹ Bick/Wulfert, Artenschutz in der Vorhabenzulassung, NVwZ 2017, S. 346 (348).

⁸²² BVerwG, Urteil vom 14.07.2011 – 9 A 12.10, juris Rn. 99; VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 06.07.2016 – 3 S 942/16, juris Rn. 42; OVG NRW, Urteil vom 29.03.2017 – 11 D 70/09.AK, juris Rn. 552; BVerwG, Urteil vom 06.04.2017 – 4 A 16.16, juris, Rn. 75.

Zusammenhang mit der Biologie der Art zu berücksichtigen sein,⁸²³ womit tendenziell die vorhabenbedingte Erhöhung des Risikos als geringer angesehen werden kann in Bezug auf drohende Individuenverluste von Arten, die insbesondere durch hohe Reproduktionsraten, geringe Pflege der Nachkommen und kurze Lebensdauer gekennzeichnet sind (sog. „r-Strategen“, wie Amphibien); umgekehrt wird damit die vorhabenbedingte Erhöhung des Verletzungs- und Tötungsrisiko bei sog. „K-Strategen“ (wie etwa Wolf und Luchs) mit tendenziell niedriger Reproduktionsrate, intensiver Nachkommenpflege und langer Lebensdauer anzunehmen sein.⁸²⁴ In Bezug auf den gemäß § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG ebenfalls zu berücksichtigenden Maßstab der Wirksamkeit von vorgesehenen Vermeidungsmaßnahmen hat das Bundesverwaltungsgericht die Anforderungen im Lichte des Signifikanzbegriffs in seiner Entscheidung zur schleswig-holsteinischen Seite des zur A 20 gehörenden Elbtunnels etwas präzisiert, indem es klargestellt hat, dass eine Reduzierung des betriebsbedingten Kollisionsrisikos auf null durch Schutzmaßnahmen rechtlich nicht gefordert sei.⁸²⁵ Zur Begründung führt der 9. Senat aus:

„Dies folgt aus der Überlegung, dass es sich bei den Lebensräumen der gefährdeten Tierarten nicht um ‚unberührte Natur‘ handelt, sondern um von Menschenhand gestaltete Naturräume, die aufgrund ihrer Nutzung durch den Menschen ein spezifisches Grundrisiko bergen, das nicht nur mit dem Bau neuer Verkehrswege, sondern z. B. auch mit dem Bau von Windkraftanlagen, Windparks und Hochspannungsleitungen verbunden ist. Es ist daher bei der Frage, ob sich für das einzelne Individuum das Risiko signifikant erhöht, Opfer einer Kollision durch einen neuen Verkehrsweg zu werden, nicht außer Acht zu lassen, dass Verkehrswege zur Ausstattung des natürlichen Lebensraums der Tiere gehören und daher besondere Umstände hinzutreten müssen, damit von einer signifikanten Gefährdung durch einen neu hinzukommenden Verkehrsweg gesprochen werden kann.“

Zwar hat die Rechtsprechung damit einige Parameter zur Bestimmung der nunmehr gesetzlich festgeschriebenen Signifikanz benannt bzw. zu benennen versucht. Bei der Frage, ob das Verletzungs- und Tötungsrisikos für Exemplare der Vogelarten und Anhang-IV-Arten im konkreten Einzelfall signifikant erhöht ist, handelt es sich jedoch im Wesentlichen um eine wertende naturschutzfachliche Bestimmung.⁸²⁶ Für diese fachliche Beurteilung ist der Genehmigungsbehörde eine Einschätzungsprärogative

⁸²³ BVerwG, Urteil vom 10.11.2016 – 9 A 18.15, juris Rn. 84; BVerwG, Urteil vom 06.04.2017 – 4 A 16.16, juris, Rn. 75.

⁸²⁴ Vgl. Bick/Wulfert, Artenschutz in der Vorhabenzulassung, NVwZ 2017, S. 346 (348).

⁸²⁵ BVerwG, Urteil vom 28.04.2016 – 9 A 9.15, juris 141. An dieser Stelle distanziert sich der 9. Senat ausdrücklich von OVG Niedersachsen, Urteil vom 22.04.2016 - 7 KS 27/15, juris Rn. 339. Diese Rechtsprechung hat zwischenzeitlich der 7. Senat in seiner Entscheidung zur Elbvertiefung bestätigt, siehe BVerwG, Urteil vom 09.02.2017 – 7 A 2.15, juris Rn. 466.

⁸²⁶ BVerwG, Urteil vom 10.11.2016 – 9 A 18.15, juris Rn. 84 („wertenden Bestimmung der Signifikanz des Tötungsrisikos“, „fachliche Beurteilung“). Ebenso BVerwG, Urteil vom 06.04.2017 – 4 A 16.16, juris, Rn. 75.

eingräumt,⁸²⁷ soweit sie nicht durch Verwaltungsvorschriften gebunden ist. Empfehlungen der Fachwissenschaft kommt damit eine erhebliche praktische Bedeutung bei der Ausfüllung des soeben geschilderten rechtlichen Rahmens zu. Naturschutzfachlich vertretbare Einschätzungen zum Tötungsverbot lassen sich nach aktuellem Stand insbesondere auf der Basis folgender beider Leitfäden gewinnen:⁸²⁸

Auch unter Beachtung der Auffassung von Teilen der Rechtsprechung, das „Helgoländer Papier“⁸²⁹ stelle keinen allgemein anerkannten Stand der Wissenschaft dar und es könne hiervon abgewichen werden, ohne dass dadurch der Verbotstatbestand indiziert sei,⁸³⁰ so führt doch die Einhaltung dieser Empfehlungen der Vogelschutzwarten in Form von vogellebensraumspezifischen Empfehlungen und vor allem brutvogelartenspezifischen Abständen bei der Planung von Windenergieanlagen dazu, dass keine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos für Exemplare besteht.⁸³¹

Von artengruppen- und vorhabenübergreifender Bedeutung ist der bereits in vierter Fassung vorliegende Leitfaden „Übergeordnete Kriterien zur Bewertung der Mortalität wildlebender Tiere im Rahmen von Projekten und Eingriffen“ (*Bernotat & Dierschke* 2021). Der Leitfaden entwickelt methodisch einen Mortalitäts-Gefährdungs-Index (MGI), der „maßgeblich für die planerischen Bewertungsfragen zur Bewertung anthropogener Mortalität ist“⁸³², indem die naturschutzfachliche Bedeutung einer Art mit der populationsbiologischen Empfindlichkeit einer Art über eine Matrix miteinander verschnitten werden.⁸³³

Die populationsbiologische Sensitivität wird in neun Stufen skaliert (von 1 „extrem hoch“ bis 9 „extrem gering“) und gibt an, wie entscheidend der Verlust eines Individuums für eine Population ist, wobei die Mortalitätsrate von adulten Tieren sowie die Reproduktionsrate die beiden wichtigsten Faktoren darstellen.⁸³⁴ Wie bereits genannt spricht man populationsbiologisch bei tendenziell langlebigen Arten mit niedriger Reproduktionsrate von „K-Strategen“, bei tendenziell kurzlebigen Arten mit hoher Reproduktionsrate von „r-Strategen“.⁸³⁵ Während beispielsweise beim Zilzalp ohnehin 69 % aller Altvögel pro Jahr sterben, liegt im Gegensatz dazu die jährliche

⁸²⁷ BVerwG, Beschluss vom 23.01.2015 – 7 VR 6.14, juris Rn. 30 (zur eisenbahnrechtlichen Planfeststellung); BVerwG, Urteil vom 10.11.2016 – 9 A 18.15, juris Rn. 84 (zur straßenrechtlichen Planfeststellung); BVerwG, Urteil vom 06.04.2017 – 4 A 16.16, juris, Rn. 75 (zu einem Planfeststellungsbeschluss für Höchstspannungsleitung).

⁸²⁸ Vgl. zu den Leitfäden, die das BVerwG standardmäßig für die Bewertung der Zugriffsverbote zu Rate zieht, *Bick*, Rechtsprechung des BVerwG zum Artenschutzrecht, NuR 2016, S. 73 (76).

⁸²⁹ LAG VSW, Abstandsempfehlungen für WEA, Berichte zum Vogelschutz 2014, S. 15-42.

⁸³⁰ OVG Niedersachsen, Beschluss vom 16.11.2016 – 12 ME 132/16, juris Rn. 74 f.

⁸³¹ *Bick/Wulfert*, Artenschutz in der Vorhabenzulassung, NVwZ 2016, S. 346 (349).

⁸³² *Bernotat/Dierschke*, Kriterien zur Bewertung der Mortalität, 4. Fassung 2021, S. 69.

⁸³³ *Bernotat/Dierschke*, a.a.O., S. 39 f.

⁸³⁴ *Bernotat/Dierschke*, a.a.O., S. 41 ff.

⁸³⁵ *Bernotat/Dierschke*, a.a.O., S. 88.

Mortalität von adulten Eissturmvögeln bei nur 3 % – einhergehend mit einer geringen Reproduktionsrate.⁸³⁶

Die naturschutzfachliche Bedeutung von Arten wird aufgrund einer grundsätzlichen Unterteilung in 5 Stufen (von 1 „sehr hoch“ bis 5 „sehr niedrig“) insbesondere durch die drei folgenden normativen Parameter bestimmt: die Gefährdung (Einstufung in der aktuellen nationalen Roten Liste), die Seltenheit (Häufigkeitsklasse laut nationaler Roter Liste) und der Erhaltungszustand in Deutschland (atlantische, kontinentale und alpine Region).⁸³⁷

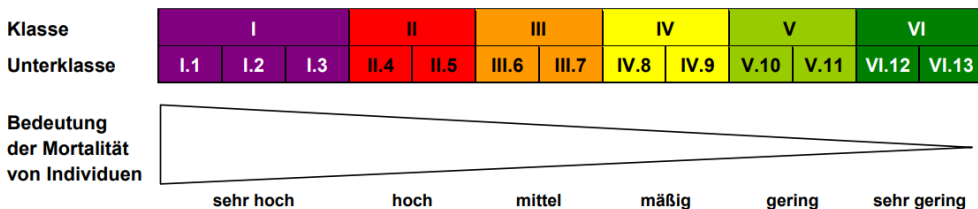
Durch die gleichberechtigte Aggregation von populationsbiologischer Empfindlichkeit und naturschutzfachlicher Wertigkeit per Matrix entsteht eine maximal 13-stufige Gesamtskalierung, welche auf 6 Grundstufen der Mortalitätsgefährdung (von I „sehr hoch“ bis VI „sehr gering“) verallgemeinert wird.⁸³⁸

Abbildung 4: Skalierung des Mortalitäts-Gefährdungs-Index (MGI)⁸³⁹

Tab. 3-20: Aggregation von Populationsökologischem Sensitivitäts-Index und Naturschutzfachlichem Wert-Index zum Mortalitäts-Gefährdungs-Index (MGI) für die Bedeutung anthropogener Mortalität.

Populationsbiologischer Sensitivitäts-Index (9-stufig)	Naturschutzfachlicher Wert-Index (5-stufig)				
	1 sehr hoch	2 hoch	3 mittel	4 gering	5 sehr gering
1 (extrem hoch)	I.1	I.2	I.3	II.4	II.5
2 (sehr hoch)	I.2	I.3	II.4	II.5	III.6
3 (hoch)	I.3	II.4	II.5	III.6	III.7
4 (relativ hoch)	II.4	II.5	III.6	III.7	IV.8
5 (mittel)	II.5	III.6	III.7	IV.8	IV.9
6 (relativ gering)	III.6	III.7	IV.8	IV.9	V.10
7 (gering)	III.7	IV.8	IV.9	V.10	V.11
8 (sehr gering)	IV.8	IV.9	V.10	V.11	VI.12
9 (extrem gering)	IV.9	V.10	V.11	VI.12	VI.13

Tab. 3-21: Klassen der Mortalitätsgefährdung nach MGI.



⁸³⁶ Bernotat/Dierschke, Kriterien zur Bewertung der Mortalität, 4. Fassung 2021, S. 42.

⁸³⁷ Bernotat/Dierschke, a.a.O., S. 56 ff.

⁸³⁸ Bernotat/Dierschke, a.a.O., S. 69.

⁸³⁹ Quelle: Bernotat/Dierschke, a.a.O., S. 69.

Tabelle 4: Bewertung der Mortalitätsgefährdung für Brutvögel⁸⁴⁰

Klasse	Arten
I.1	Schreiadler, Steinadler, (Gänsegeier, Bartgeier)
I.2	Eissturmvogel, Kornweihe, Triel, Goldregenpfeifer, Großer Brachvogel, Uferschnepfe, Alpenstrandläufer, Zwergmöwe, Zwergseeschwalbe, Lachseeschwalbe, Raubseeschwalbe, Brandseeschwalbe
I.3	Bergente, Auerhuhn, Ohrentaucher, Basstöpel, Nachtreiher, Schelladler, Wiesenweihe, Großtrappe, Sandregenpfeifer, Seeregenpfeifer, Bekassine, Flussuferläufer, Kampfläufer, Steinwälzer, Tordalk, Trottellumme, Dreizehenmöwe, Flusseeeschwalbe, Küstenseeschwalbe, Sumpfohreule, Weißrückenspecht, Rotkopfwürger
II.4	Pfeifente, Spießente, Knäkente, Moorente, Birkhuhn, Schwarzhalstaucher, Löffler, Zwergdommel, Silberreiher, Purpurreiher, Fischadler, Wespenbussard, Seeadler, Zwergsumpfhuhn, Kiebitz, Rotschenkel, Bruchwasserläufer, Mantelmöwe, Weißbart-Seeschwalbe, Weißflügel-Seeschwalbe, Trauerseeschwalbe, Habichtskauz, Ziegenmelker, Raubwürger, Haubenlerche, Seggenrohrsänger, Steinrötel, Steinschmätzer, Brachpieper, Zippammer, Ortolan
II.5	Singschwan, Krickente, Löffelente, Tafelente, Gänsesäger, Steinhuhn, Haselhuhn, Alpenschneehuhn, Rothalstaucher, Rohrdommel, Schwarzstorch, Weißstorch, Rohrweihe, Baumfalke, Kranich, Wachtelkönig, Tüpfelsumpfhuhn, Kleines Sumpfhuhn, Austernfischer, Steizenläufer, Säbelschnäbler, Schwarzkopfmöwe, Silbermöwe, Mittelmeermöwe, Steppenmöwe, Turteltaube, Steinkauz, Zwergohreule, Alpensegler, Wiedehopf, Wendehals, Alpendohle, Beutelmeise, Sperbergrasmücke, Mauerläufer, Braunkehlchen, Schneesperling, Wiesenpieper, Karmingimpel, Zitronenzeisig
III.6	Weißwangengans, Brandgans, Eiderente, Mittelsäger, Rebhuhn, Kormoran, Graureiher, Habicht, Rotmilan, Schwarzmilan, Mäusebussard, Wanderfalke, Wasserralle, Flussregenpfeifer, Lachmöwe, Sturmmöwe, Heringsmöwe, Kuckuck, Uhu, Mauersegler, Grauspecht, Dreizehenspecht, Tannenhäher, Saatkrähe, Kolkkrabe, Heidelerche, Felsenschwalbe, Grünlaubsänger, Trauerschnäpper, Halsbandschnäpper, Sprosser, Bergpieper, Zaunammer
III.7	Höckerschwan, Graugans, Schnatterente, Kolbenente, Reiherente, Schellente, Wachtel, Zwergtaucher, Haubentaucher, Sperber, Turmfalke, Teichhuhn, Blässhuhn, Waldschnepfe, Waldwasserläufer, Schleiereule, Raufußkauz, Waldohreule, Waldkauz, Bienenfresser, Schwarzspecht, Kleinspecht, Pirol, Dohle, Nebelkrähe, Weidenmeise, Feldlerche, Rauchschwalbe, Berglaubsänger, Feldschwirl, Orpheusspötter, Star, Ringdrossel, Zwergschnäpper, Alpenbraunelle, Baumpieper, Girlitz, Bluthänfling, Grauammer
IV.8	Stockente, Hohltaube, Ringeltaube, Sperlingskauz, Eisvogel, Grünspecht, Mittelspecht, Neuntöter, Elster, Eichelhäher, Rabenkrähe, Uferschwalbe, Mehlschwalbe, Bartmeise, Waldlaubsänger, Schlagschwirl, Rohrschwirl, Schilfrohrsänger, Sumpfrohrsänger, Drosselrohrsänger, Gelbspötter, Gartengrasmücke, Wasseramsel, Misteldrossel, Wacholderdrossel, Grauschnäpper, Schwarzkehlchen, Blaukehlchen, Feldspehrling, Gebirgsstelze, Schafstelze, Kernbeißer, Fichtenkreuzschnabel, Stieglitz, Erlenzeisig, Alpenbirkenzeisig, Goldammer, Rohrammer
IV.9	Türkentaube, Buntspecht, Blaumeise, Kohlmeise, Haubenmeise, Tannenmeise, Sumpfmeise, Schwanzmeise, Fitis, Teichrohrsänger, Mönchgrasmücke, Klappergrasmücke, Dorngrasmücke, Kleiber, Waldbaumläufer, Amsel, Singdrossel, Rotkehlchen, Nachtigall, Hausrotschwanz, Gartenrotschwanz, Heckenbraunelle, Haussperling, Bachstelze, Buchfink, Gimpel, Grünfink
V.10	Zilpzalp, Wintergoldhähnchen, Sommergoldhähnchen, Gartenbaumläufer, Zaunkönig
V.11	–
VI.12	–
VI.13	–

⁸⁴⁰ Quelle: *Bernotat/Dierschke*, Kriterien zur Bewertung der Mortalität, 4. Fassung 2021, S. 75.

Tabelle 5: Bewertung der Mortalitätsgefährdung für die sonstigen Artengruppen⁸⁴¹

Klasse	Arten
I.1	Zwergwal, (Schwertwal)
I.2	Braunbär, Große Hufeisennase, Kleine Hufeisennase, Langflügelfledermaus, Nymphenfledermaus, (Grottenolm)
I.3	Schweinswal, Baltische Kegelrobbe, Luchs, Teichfledermaus, Bechsteinfledermaus, Graues Langohr, Sumpfschildkröte, Aspispiper, Flussperlmuschel
II.4	Atlantische Kegelrobbe, Seehund, Steinbock, Mopsfledermaus, Wimperfledermaus, Breitflügelfledermaus, Äskulapnatter, Würfelnatter, Östliche Smaragdeidechse, Baltischer Stör, Buckelmaräne, Buntflossengruppe, Huchen, Europäischer Stör, Rhein-Schnäpel, Hausen, Sterlet, Sternhausen, Waxdick, Gemeine Flussmuschel, Dohlenkrebs
II.5	Wolf, Fischotter, Wildkatze, Feldhamster, Große Bartfledermaus, Alpenfledermaus, Nordfledermaus, Alpensalamander, Rotbauchunke, Gelbbauchunke, Kreuzotter, Westliche Smaragdeidechse, Aal, Ammersee-Kilch, Ammersee-Tiefensaiibling, Bodensee-Tiefensaiibling, Bodensee-Kilch, Blaufelchen, Chiemsee-Renke, Gangfisch, Lachs, Luzin-Tiefenmaräne, Maifisch, Schaalsee-Maräne, Schrätzer, Steingressling, Ziege, Zingel, Edelkrebs, Steinkrebs, Medizinischer Egel, Schwarzer Apollofalter, Große Höckerschrecke, Pseudoskorpion
III.6	Rothirsch, Gämse, Baumschläfer, Waldbirkenmaus, Zweifarbfledermaus, Kleine Bartfledermaus, Großes Mausohr, Braunes Langohr, Fransenfledermaus, Großer Abendsegler, Kleinabendsegler, Feuersalamander, Wechselkröte, Moorfrosch, Geburtshelferkröte, Schlingnatter, Ringelnatter, Äsche, Baltische Groppe, Baltischer Goldsteinbeißer, Flussneunauge, Frauennerling, Meerneunauge, Perlfisch, Sandfelchen, Schnäpel, Stechlin-Maräne, Streber, Strömer, Wald-Wiesenvögelchen, Moor-Wiesenvögelchen, Apollofalter, Eschen-Schneckenfalter, Blauschillernder Feuerfalter, Heckenwollfalter, Haarstrangwurzeleule, Sibirische Winterlibelle, Gekielte Smaragdlibelle, Heldbock, Gestreifter Bergwald-Bohrkäfer, Veilchenblauer Wurzelhalsschnellkäfer, Grubenlaufkäfer, Hochmoor-Großlaufkäfer, Gebänderte Kahnschnecke, Blanke Windelschnecke, Heideschrecke, Östliche Grille, Rotflügelige Ödlandschrecke, Gefleckte Schnarrschrecke
III.7	Dachs, Biber, Baumrarder, Schneehase, Feldhase, Iltis, Mückenfledermaus, Wasserfledermaus, Weißrandfledermaus, Rauhauffledermaus, Kammmolch, Kreuzkröte, Laubfrosch, Knoblauchkröte, Bachneunauge, Donau- Bachneunauge, Finte, Karasche, Karpfen (Rheinkarpfen), Kleine Maräne, Königssee-Saiibling, Nase, Quappe, Schlammpeitzger, Seesaiibling, Seelaube, Stromgründling, Zähre, Zobel, Zope, Gelbringfalter, Heller Wiesenknopf-Ameisenbläuling, Skabiosen-Schneckenfalter, Quendel-Ameisenbläuling, Helm-Azurjungfer, Östliche Moosjungfer, Grüne Mosaikjungfer, Eremit, Breitrand, Vierzählige Windelschnecke, Steppen-Sattelschrecke, Blauflügelige Sandschrecke
IV.8	Haselmaus, Westigel, Reh, Zwergfledermaus, Westliche Blindschleiche, Mauereidechse, Zauneidechse, Waldeidechse, Bergmolch, Fadenmolch, Springfrosch, Kleiner Wasserfrosch, Aland, Barbe, Donau-Kaulbarsch, Donau-Steinbeißer, Donau-Stromgründling, Elritze, Forelle, Güster, Moderlieschen, Rapfen, Rotfeder, Schleie, Schneider, Steinbeißer, Stint, Wels, Zander, Asiatische Keiljungfer, Dunkler Wiesenknopf-Ameisenbläuling, Vogel-Azurjungfer, Zierliche Moosjungfer, Große Moosjungfer, Hirschkäfer, Alpenbock, Schmalbindiger Breitflügel-Tauchkäfer, Zierliche Tellerschnecke, Rotflügelige Schnarrschrecke, Laubholz-Säbelschrecke
IV.9	Fuchs, Wildschwein, Wildkaninchen, Teichmolch, Seefrosch, Brassen, Bitterling, Flussbarsch, Giebel, Groppe, Gründling, Hecht, Kaulbarsch, Östlicher-Stichling, Rhein-Groppe, Stachelgroppe, Westlicher-Stichling, Zwergstichling, Großer Schillerfalter, Nachtkerzenschwärmer, Großer Feuerfalter, Grüne Keiljungfer, Westliche Keiljungfer, Scharlachkäfer, Schmale Windelschnecke, Bauchige Windelschnecke, Weinbergschnecke
V.10	Feldspitzmaus, Erdkröte, Grasfrosch, Teichfrosch, Bachschmerle, Döbel, Hasel, Rotauge, Ukelei, Trauermantel, Blauflügelige Ödlandschrecke
V.11	Zwergspitzmaus, Waldspitzmaus, Spanische Flagge, Baum-Weißling, Kleiner Kohlweißling, Großer Kohlweißling, Frühe Adonislibelle, Gebänderte Prachtlibelle, Große Pechlibelle, Gelbrand, Gemeine Dornschrecke, Nachtigall-Grashüpfer, Gemeiner Grashüpfer
VI.12	Feldmaus, Waldmaus, Erdmaus, Rötelmaus, Tagpfauenauge
VI.13	Große Stubenfliege

⁸⁴¹ Quelle: *Bernotat/Dierschke*, Kriterien zur Bewertung der Mortalität, 4. Fassung 2021, S. 77.

Der Leitfaden gibt den MGI sodann für diverse Arten der Gruppe der Brutvögel (s. o. Tabelle 4), der Gastvögel sowie der sonstigen Artengruppen der Säugetiere, der Reptilien und Amphibien sowie einiger Wirbelloser (s. o. Tabelle 5) an.⁸⁴² Zusätzlich werden artengruppen- und vorhabenspezifische Bewertungen bereitgestellt,⁸⁴³ etwa eine „Arbeitshilfe zur Bewertung der Kollisionsgefährdung von Fledermäusen an Windenergieanlagen“, worin jedoch fragwürdige bzw. überholte Einschätzungen vorgenommen werden – etwa eine bloß mittlere Mortalitätsgefährdung der Rauhautfledermaus.⁸⁴⁴ Diese naturschutzfachliche Bewertung scheint empirisch durch das Rauhautfledermaus-Monitoring in norddeutschen Windparks von *Bach et al.* 2020 widerlegt, wonach durchschnittlich ein Schlagopfer pro 27 Aktivitätsereignisse im Aufnahmebereich der Anlagenmikrofone auftritt.⁸⁴⁵ Dass die Rauhautfledermaus einer hohen Mortalitätsgefährdung durch den Betrieb von Windenergieanlagen ausgesetzt ist, ist ein Fakt, den man nicht durch naturschutzfachliche Bewertungen herunterspielen kann, sondern dem man mit entsprechend strikten Minderungsmaßnahmen begegnen muss. Eine Empfehlung hinsichtlich der für die Planungspraxis entscheidenden Frage nach einem konkreten Gefahrenschwellenwert (Fledermausschlagopfer pro Jahr pro WEA) gibt diese Arbeitshilfe nicht, sondern verweist „auf einen behördlich festgelegten Wert“, der sich beim Anlagenbetrieb bekanntlich mithilfe der ProBat-Software einstellen lasse.⁸⁴⁶

3.3.3 Konkrete Gefahrenschwellenwerte

Konkrete Gefahrenschwellenwerte, auf die sich die Praxis dank bestätigender Rechtsprechung stützen kann, bestehen kaum. Für Fledermäuse wird beispielsweise bei der Planung von Fernstraßen (Kollision mit Kraftfahrzeugen)⁸⁴⁷ und bei der Planung von Höchstspannungsleitungen (Kollision mit Spannungsfreileitung)⁸⁴⁸ ein betriebsbedingtes signifikant erhöhtes Tötungsrisiko regelmäßig nur dann angenommen, wenn regelmäßig genutzte Hauptflugrouten zwischen Jagdgebiet und Quartier oder bevorzugte Jagdhabitate geschnitten werden.

⁸⁴² *Bernotat/Dierschke*, Kriterien zur Bewertung der Mortalität, 4. Fassung 2021, S. 75 ff.

⁸⁴³ Online im Internet auf der Plattform „Naturschutz und Erneuerbare Energien“ des BfN: <https://www.natur-und-erneuerbare.de/aktuelles/details/uebergeordneten-kriterien-zur-bewertung-der-mortalitaet-wildlebender-tiere-im-rahmen-von-projekten-und-eingriffen/> (zuletzt abgerufen am 15.02.2022).

⁸⁴⁴ *Bernotat/Dierschke*, Arbeitshilfe zur Bewertung der Kollisionsgefährdung von Fledermäusen an Windenergieanlagen, 2021, S. 12.

⁸⁴⁵ *Bach et al.*, Akustisches Monitoring von Rauhautfledermaus an Windenergieanlagen, in: Voigt, Evidenzbasierter Fledermausschutz in Windkraftvorhaben, 2020, S. 101 (114).

⁸⁴⁶ *Bernotat/Dierschke*, a.a.O., S. 14.

⁸⁴⁷ BVerwG, Urteil vom 03.11.2020 – 9 A 12/19, juris Rn. 563; BVerwG, Urteil vom 28.04.2016 – 9 A 9.15, juris Rn. 141.

⁸⁴⁸ BVerwG, Urteil vom 06.04.2017 – 4 A 16.16, juris, Rn. 77.

Um einen weiteren von der Rechtsprechung abgesicherten Gefahrenschwellenwert handelt es sich bei dem Ausschlussbereich für Windenergieanlagen, der in Anlehnung an das sog. „Helgoländer Papier“ 1.500 m um Horste des Rotmilans beträgt, weil dies die sogenannte „home range“ bildet, in der die meisten Flüge (60 %) stattfinden und insbesondere für Altvögel während der Brutzeit ein hohes Schlagrisiko besteht.⁸⁴⁹ Beträgt der Abstand zwischen einer Windenergieanlage und einem Rotmilanhorst weniger als 1.500 m, so ist laut der Rechtsprechung die naturschutzfachliche Vermutung gerechtfertigt, dass der Betrieb der Windenergieanlage ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko für Einzelexemplare verursachen würde, soweit eine orts- und vorhabenspezifische Raumnutzungsanalyse nicht das Gegenteil belegt, worauf der Hessische Verwaltungsgerichtshof in einer aktuellen Entscheidung unter Bezugnahme auf die anderweitige obergerichtliche Rechtsprechung hinweist:

„Der Abstandsempfehlung von 1.500 m zwischen einem Rotmilanhorst und dem Standort einer WEA ist vorliegend zu folgen. Der Senat sieht keinen Anlass, von dem im Helgoländer Papier 2015 empfohlenen und auch von anderen Obergerichten zugrunde gelegten Mindestabstand von 1.500 m hinsichtlich des Rotmilans (vgl. Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 6. Oktober 2020 – 1 A 11357/19 –, juris Rn. 69, 84; OVG Lüneburg, Urteil vom 25. Oktober 2018 – 12 LB 118/16 –, juris Rn. 226, Urteil vom 10. Januar 2017 – 4 LC 198/15 –, juris Rn. 145; Oberverwaltungsgericht des Saarlandes, Beschluss vom 5. September 2017 – 2 A 316/16 –, juris Rn. 23; Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 30. März 2017 – 8 A 2915/15 –, juris Rn. 19; Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 27. Mai 2016 – 22 BV 15.1959 –, juris Rn. 32; a. A. aufgrund eigener landesweiter fachlicher Erkenntnisse: Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Beschluss vom 6. August 2020 – 10 S 2941/19 –, juris Rn. 21) abzuweichen. ... Der Senat hält unter Zugrundelegung eines Mindestabstands von 1.500 m hinsichtlich des Rotmilans ... fest, wonach die bei einer Unterschreitung der empfohlenen Mindestabstände erforderliche vertiefende Untersuchung etwa in Form einer den fachlichen Standards genügenden Habitatpotentialanalyse oder, falls diese hier nicht aussagekräftig sein sollte, einer Raumnutzungsanalyse (vgl. „Methodenvorschlag des Bundes zur Prüfung und Bewertung eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos von Vögeln an WEA“ des BfN) hier nicht durchgeführt worden ist.“⁸⁵⁰

Diese Entscheidung von Januar 2021 verdient vor dem Hintergrund besondere Beachtung, dass die Umweltministerkonferenz (UMK) zuvor in ihrem am 11.12.2020 beschlossenen „Standardisierten Bewertungsrahmen zur Ermittlung einer signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos im Hinblick auf Brutvogelarten an Windenergieanlagen (WEA) an Land“ bezüglich des Rotmilans aufweichend von „1.000 – 1.500 m“ gesprochen hatte.⁸⁵¹

⁸⁴⁹ LAG VSW, Abstandsempfehlungen für WEA, Berichte zum Vogelschutz 2014, S. 15 (26 f.); Langemach/Dürr, Einflüsse der Windenergienutzung auf Vögel, Stand: Mai 2021, S. 51 (80,5 %), online im Internet:

<https://lfu.brandenburg.de/sixcms/media.php/9/Dokumentation-Voegel-Windkraft.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.06.2021).

⁸⁵⁰ VGH Hessen, Beschluss vom 14.01.2021 – 9 B 2223/20, juris Rn. 15 f.

⁸⁵¹ Vgl. dazu Schreiber, Bemessung des signifikant erhöhten Tötungsrisikos durch WEA, NuLP 2021, S. 30 (32 f.).

Zu der Frage, ab welchem allgemeinen Vogelzugaufkommen von einem signifikant erhöhten Tötungsrisiko auszugehen ist, hatte in ganz konkreter Weise das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz in einer Entscheidung von 2009 Stellung bezogen. Jedenfalls bei einem Wert von 641 Individuen pro Stunde müsse nach Überzeugung des Senates von einem bedeutenden Zugvogelkorridor ausgegangen werden.⁸⁵² Eine Studie zum Vogelzug legt jedoch nahe, dass dieser Wert wohl deutlich zu niedrig angesetzt worden ist und 650 Individuen pro Stunde noch innerhalb der Bandbreite eines durchschnittlichen Vogelzugs im Südwesten Deutschlands liegen.⁸⁵³ Da bereits die Frage naturschutzfachlich umstritten ist, ob man bei dem allgemeinen Vogelzug überhaupt von einem signifikant erhöhten Tötungsrisiko ausgehen kann,⁸⁵⁴ dürfte für den Südwesten Deutschlands die Signifikanzschwelle eher bei ca. 3.000 Zugvögeln pro Stunde anzusetzen sein, weil Werte über 3.000 die Spitzenwerte darstellen, sodass von einem Verdichtungsraum ausgegangen werden muss.

Konkrete Schwellenwerte für das Kollisionsrisiko von Fledermäusen mit Windenergieanlagen und Abschaltparameter finden sich teilweise in den Verwaltungsvorschriften der Bundesländer. Die hessische Verwaltungsvorschrift „Naturschutz/Windenergie“ (2020) sieht als Schwellenwert für ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko weniger als 2 tote Fledermäuse pro Jahr und Anlage als noch vertretbar an.⁸⁵⁵ Demgegenüber empfiehlt die Arbeitshilfe in Thüringen (2015) eine Signifikanzschwelle von unter einem Individuum pro Anlage und Jahr.⁸⁵⁶ Weil der Individuenbezug des Tötungsverbots für Anhang-IV-Arten wie Fledermäuse durch die FFH-Richtlinie vorgegeben ist (vgl. den Wortlaut von Art. 12 Abs. 1 Buchst. a FFH-RL „Tötung von ... Exemplaren dieser Arten“), stellt sich die gegenwärtig höchst praxisrelevante Frage: Besteht ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko bereits bei einer Fledermaus oder erst bei zwei Fledermäusen pro Windenergieanlage und Jahr?

Für die nachgeordneten Landesbehörden sind die Vorgaben in den Verwaltungsvorschriften der Landesregierung, wie in Hessen, verbindlich und es kann nur im Wege der begründeten Einzelfallbeurteilung davon abgewichen werden. Da, wie bereits oben genannt,⁸⁵⁷ bislang keine Fachkonvention darüber besteht, welche zusätzlichen

⁸⁵² OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 28.10.2009 – 1 A 10200/09, juris Rn. 47 und 65.

⁸⁵³ Grunwald et al., Der herbstliche Tagzug von Vögeln in Südwestdeutschland, Vogelwarte 45 (2007), S. 324 f. Siehe dazu auch oben Abschnitt 3.2.5.

⁸⁵⁴ Hinweis von Olschewski & Paton im Rahmen des Experteninterviews vom 29.08.2017.

⁸⁵⁵ HMUKLV/HMWEVW, VwV „Naturschutz/Windenergie“, 2020, S. 85: „Der Abschaltalgorithmus ist so auszurichten, dass im Regelfall die Zahl der verunglückten Fledermäuse bei unter zwei Individuen pro Anlage und Jahr liegt.“

⁸⁵⁶ Dietz et al., Arbeitshilfe zur Berücksichtigung des Fledermausschutzes bei der Genehmigung von WEA in Thüringen, 2015, S. 44: „ist ... eine Signifikanzschwelle von unter einem getöteten Tier pro Anlage und Jahr einzuhalten“.

⁸⁵⁷ Siehe Abschnitt 3.3.2.

Sterberaten von Fledermauspopulationen ausgeglichen werden können,⁸⁵⁸ spricht bereits der Vorsorgegrundsatz, soweit behördliche Spielräume bestehen, für die „Einser-Schwelle“, die zudem dem unionsrechtlichen Befund entspricht.

Zur Rechtfertigung des Signifikanzkriteriums wird darauf hingewiesen, dass die vom Bundesverwaltungsgericht entwickelte Interpretation unionsrechtskonform sei, denn es könne nicht von einer durch Art. 12 Abs. 1 Buchst. a FFH-RL und Art. 5 Buchst. a VRL verbotenen absichtlichen Tötung – im Sinne einer billigenden Inkaufnahme der Tötung entsprechend der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union⁸⁵⁹ gesprochen werden, wenn sich das Tötungsrisiko nicht signifikant erhöhe.⁸⁶⁰ Bei unbeabsichtigten Tötungen greife Art. 12 Abs. 4 FFH-RL, der die Mitgliedsstaaten nur dazu verpflichte, ein System zur fortlaufenden Überwachung des unbeabsichtigten Tötens der Tierarten des Anhangs IV der FFH-RL einzuführen und sicherzustellen, dass das unbeabsichtigte Töten keine signifikanten negativen Auswirkungen auf die betreffenden Arten hat, wofür es ebenfalls ausreiche, auf eine signifikante Risikoerhöhung abzustellen.⁸⁶¹ Zwar ist demgemäß das Signifikanz-Kriterium in Art. 12 FFH-RL verankerbar, der nach seinem Absatz 4 für jede Anhang-IV-Art und damit für Fledermäuse hinsichtlich der unbeabsichtigten Tötungen keinen individuellen, sondern einen systematischen Schutz fordert.

Allerdings besteht ein Widerspruch zwischen einer allgemeinen Einschränkung, wie einer mengenbezogenen Bagatellschwelle (zwei Fledermäuse pro WEA und Jahr) aus Gründen der Sozialadäquanz, zum unionsrechtlich vorgegebenen Einschränkungsmaßstab der Absichtlichkeit.⁸⁶² Wenn für zwei Tiere das Tötungsrisiko bei nahezu 100 % liegt, dann wird man eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos regelmäßig anzunehmen haben und Tötungsabsicht annehmen müssen, da nach der Auslegung des Absichtsbegriffs durch den Gerichtshof der Europäischen Union sowohl derjenige absichtlich handelt, der ein geschütztes Tier töten will, als auch, wer die Tötung eines Exemplars einer geschützten Tierart in Kauf nimmt.⁸⁶³ Bei einem nahezu 100%igen Tötungsrisiko für zwei Individuen ist die billigende Inkaufnahme offensichtlich gegeben. Der Tatbestand des § 44 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG lässt daher für eine mengenhafte Bagatellschwelle keinen Raum.⁸⁶⁴

Wegen des Individuenbezugs des Signifikanz-Kriteriums, kommt das Verbot – unionsrechtskonform – stets zum Tragen, wenn sich das Risiko der Tötung einzelner geschützter Exemplare spürbar erhöht, während die Aktivierung der Verbotsfolge nicht

⁸⁵⁸ Lindemann *et al.*, Abschaltalgorithmen für Fledermäuse an Windenergieanlagen, NuL 2018, S. 418, (421).

⁸⁵⁹ EuGH, Urteil vom 18.05.2006 – C-221/04, curia Rn. 71 und 73.

⁸⁶⁰ OVG Thüringen, Urteil vom 14.10.2009 – 1 KO 372/06, juris Rn. 36.

⁸⁶¹ OVG Sachsen, Urteil vom 15.12.2011 – 5 A 195/09, juris Rn. 556.

⁸⁶² Vgl. Tholen, Artenschutzregime der FFH-RL, 2014, S. 75.

⁸⁶³ EuGH, Urteil vom 18.05.2006 – C-221/04, juris Rn. 71 und 73.

⁸⁶⁴ Gellermann, Zugriffsverbote und Einschätzungsprärogative, NuR 2014, S. 597 (601 f.).

auch noch zusätzlich davon abhängt, dass sich dieses Risiko bei einer Mehrzahl von Individuen aktualisiert.⁸⁶⁵ Nicht die Anzahl der gefährdeten Tiere, sondern die häufige Frequentierung des Vorhabenstandorts durch Einzelexemplare ist für die Beurteilung der Signifikanz ein Kriterium

3.3.4 Berücksichtigung von kumulativen Effekten?

Im Gegensatz zum Habitatschutz, bei dem gemäß Art. 6 Abs. 3 Satz 1 FFH-RL sowie nach § 34 Abs. 1 Satz 1 BNatSchG („im Zusammenwirken mit anderen Plänen und Projekten“) Summationswirkungen in die Erheblichkeitsprüfung einzubeziehen sind,⁸⁶⁶ enthält das Artenschutzrecht keine ausdrückliche Regelung zur Berücksichtigung kumulativer Effekte. Weil in der Umweltplanung das Zusammenwirken mehrerer Einflüsse auf ein zu betrachtendes Schutzgut eine gewichtige Rolle spielt,⁸⁶⁷ stellt sich die Frage, ob kumulative Effekte bei der Bewertung des Tötungsrisikos miteinzubeziehen sind.⁸⁶⁸

Unter kumulativen Effekten wird nachfolgend das Zusammenwirken der Einflüsse mehrerer menschlich bedingter Todesursachen im Gesamtlebensraum der Arten verstanden (z. B. die Konzentration mehrerer Windenergieanlagen im Lebensraum von schlagopfergefährdeten Vögeln oder eine Vorbelastung durch Kollisionsrisiken mit bestehenden Freileitungen und frequentierten Straßen).⁸⁶⁹ Die Berücksichtigung kumulativer Effekte bei der Bewertung, ob das Tötungsrisiko durch das Vorhaben signifikant erhöht wird, stellt eine derzeit noch offene Rechtsfrage des Artenschutzrechts dar.⁸⁷⁰

Speziell im anlagenbezogenen Artenschutzrecht stellt sich das Summationsproblem.⁸⁷¹ Bei der Bauleitplanung ist demgegenüber im Rahmen der Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB das Tötungsrisiko beim Planvollzug nicht für das Einzelvorhaben, sondern für das Plangebiet insgesamt und damit für alle vorgesehenen Vorhaben zu bewerten.⁸⁷²

⁸⁶⁵ Gellermann, Zugriffsverbote und Einschätzungsprärogative, NuR 2014, S. 597 (602).

⁸⁶⁶ Hildebrandt et al., Berücksichtigung kumulativer Wirkungen, NuL 2017, S. 209 (212).

⁸⁶⁷ Zu additiven Wirkungen auch speziell in Bezug auf den Artenschutz Hildebrandt et al., a.a.O., S. 209 (210 f.).

⁸⁶⁸ Bspw. wird die Kumulation bei Bernotat/Dierschke, Übergeordnete Kriterien zur Bewertung der Mortalität, 2021, S. 101 ausführlicher gewürdigt, jedoch im Kontext von § 34 BNatSchG und Art. 6 FFH-RL und nicht in Bezug auf § 44 BNatSchG bzw. Art. 12 FFH-RL.

⁸⁶⁹ Zum allgemeinen Begriffsverständnis siehe Hildebrandt et al., a.a.O., S. 209 (210).

⁸⁷⁰ Lau, Hinweis im Rahmen des Experteninterviews vom 15.08.2017. Ablehnend wohl Schreiber, Überlegungen zum Tötungsverbot, NuR 2017, S. 5 (10): „Weil für die Beurteilung des Tötungsverbots keine kumulative Betrachtung vorgesehen und angesichts des Individuenbezugs auch nicht erforderlich ist, eskalieren die auf Tatbestandsebene großzügig eingeräumten Bagatellisierungen in Form von Bestandsrückgängen, wie die Beispiele Mäusebussard, Rotmilan und wohl auch Schreiadler (*Aquila pomarina*) belegen.“

⁸⁷¹ Meßerschmidt, Bundesnaturschutzrecht, 155. EL 2021, § 44 Rn. 136d.

⁸⁷² Beier, Artenschutzrecht in der Bauleitplanung, UPR 2017, S. 207 (210): „möglicherweise erst gesamthaft auftretende signifikante Tötungen planerisch zu bewältigen“.

In Bezug auf die Vorhabenzulassung spricht der 9. Senat des Bundesverwaltungsgerichts das Problem jüngst in seinem Urteil zum Planfeststellungsbeschluss für den niedersächsischen Teil des Elbtunnels der A 20 an:

„Das anhand einer wertenden Betrachtung auszufüllende Kriterium der Signifikanz trägt dem Umstand Rechnung, dass für Tiere bereits vorhabenunabhängig ein allgemeines Tötungsrisiko besteht, welches sich nicht nur aus dem allgemeinen Naturgeschehen ergibt, sondern auch dann sozialadäquat (BT-Drs. 16/5100 S. 11) sein kann und deshalb hinzunehmen ist, wenn es zwar vom Menschen verursacht ist, aber nur einzelne Individuen betrifft ... Denn tierisches Leben existiert nicht in einer unberührten, sondern in einer vom Menschen gestalteten Landschaft. Nur innerhalb dieses Rahmens greift der Schutz des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG. Dessen Voraussetzungen sind daher nicht erfüllt, solange das Risiko einer Tötung dasjenige nicht übersteigt, das mit einem Verkehrsweg als gewöhnlichem Bestandteil des Naturraums immer verbunden ist ... Anhand dieses allgemeinen, nicht jedoch anhand eines im Umfeld des konkreten Vorhabens bereits anderweitig gesteigerten Tötungsrisikos bemisst sich die Signifikanz der Erhöhung. Entgegen der klägerischen Kritik führt das Kriterium daher nicht dazu, dass gerade in einem Umfeld, in dem bereits aufgrund anderweitiger Vorbelastungen ein erhöhtes Tötungsrisiko besteht, eine umso größere Gefährdung zulässig ist.“⁸⁷³

Wohin das Bundesverwaltungsgericht tendiert, bleibt unklar.⁸⁷⁴ Einerseits betont es, dass Vorbelastungen im Umfeld eines Vorhabens nicht zu einer Anhebung der Signifikanzschwelle führen, was für die Berücksichtigung kumulativer Effekte spricht. Das geplante Vorhaben kann mithin das durch Vorbelastungen angefüllte „Fass zum Überlaufen bringen“. Andererseits betont es, dass tierisches Leben in einer vom Menschen gestalteten Landschaft existiere und stellt darauf ab, dass es sich bei einem Verkehrsweg um einen gewöhnlichen Bestandteil des Naturraums handele, weshalb diese Vorbelastung zum allgemeinen Lebensrisiko zu zählen sei. Würde man diese Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts, die es anlässlich einer konkreten Klägerkritik geäußert hat, verallgemeinern, hätte man bei der Berücksichtigung kumulativer Effekte bei der Bewertung der Signifikanz darauf abzustellen, ob es sich bei den Vorbelastungen (vorhandene Straßen, Windparks, Wasserkraftwerke, Bergbaubetriebe usw.) um einen „gewöhnlichen Bestandteil des Naturraums“ handelt oder nicht. Eine solche Abgrenzung erscheint jedoch recht beliebig.

Meßerschmidt spricht sich für eine Berücksichtigung kumulativer Effekte aus. Eine isolierte Betrachtungsweise werde speziell bei der Windenergie dem Artenschutz nicht gerecht:

„So wird eine isolierte Betrachtung einer Windenergieanlage vielleicht noch kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko ergeben, während bei der Berücksichtigung des dichten Flächenbesatzes mit Windparks, der den Vogelzug zu einem Slalomlauf werden lässt, an einer negativen Bewertung der zusätzlichen Anlage kein Weg vorbeiführen dürfte. Die i. R. der FFH-Verträglichkeitsprüfung entwickelten Regeln über kumulative Effekte ... müssen ihre Entsprechung im Artenschutzrecht und speziell bei Windenergieanlagen finden ...“⁸⁷⁵

⁸⁷³ BVerwG, Urteil vom 10.11.2016 – 9 A 18.15, juris Rn. 83 f.

⁸⁷⁴ Hinweis von *Lau* im Rahmen des Experteninterviews vom 15.08.2017.

⁸⁷⁵ *Meßerschmidt*, Bundesnaturschutzrecht, 155. EL 2021, § 44 Rn. 136d.

Auch das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz scheint von einer Berücksichtigungsfähigkeit kumulativer Effekte auszugehen, wenn es anlässlich des Eilantrages eines anerkannten Umweltverbandes gegen die Genehmigung von vier Windenergieanlagen ausführte:

„Soweit eine fehlende Berücksichtigung ‚kumulativer Effekte‘ gerügt wird, fehlt es an einer Darlegung, dass und inwiefern sich solche Effekte gerade durch das Hinzutreten der 4 streitgegenständlichen Windenergieanlagen in ergebnisrelevanter Weise auswirken könnten.“⁸⁷⁶

Eine Berücksichtigung kumulativer Effekte bei der Bewertung des Tötungsrisikos legt bereits der originale englische Wortlaut von Art. 12 Abs. 4 FFH-RL („*significant negative impact*“) nahe. Zwar mag der Wortlaut „signifikant“ wegen seiner Nähe zur Statistik eine schematische Zahlen-/Mengenschwelle nahelegen.⁸⁷⁷ Allerdings handelt es sich bei der Übersetzung von „significant“ mit „signifikant“ um eine Übersetzungsfaulheit.⁸⁷⁸ Das Adjektiv „significant“ hat jenseits der Statistik die primäre Bedeutung „erheblich“. Der Begriff der „erheblichen negativen Auswirkung“ („*significant negative impact*“) verweist auf eine fachliche wertende Betrachtung. Dem entspricht die im vorangegangenen Abschnitt dargestellte gesetzliche Systematik, wonach § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG das Signifikanz-Kriterium einführt, dessen Ausfüllung jedoch nicht weiter rechtlich konkretisiert wird, sondern einer naturschutzfachlichen Bewertung mit behördlichem Einschätzungsspielraum überlassen wird.⁸⁷⁹ Wie ebenfalls genannt, kann nach aktuellem Stand der naturschutzfachlichen Wissenschaft eine fachlich vertretbare Bewertung der Signifikanzschwelle anhand des vom Bundesamt für Naturschutz herausgegebenen Leitfadens „Übergeordnete Kriterien zur Bewertung der Mortalität wildlebender Tiere im Rahmen von Projekten und Eingriffen“ (Bernotat & Dierschke 2021) vorgenommen werden.⁸⁸⁰ Die anthropogene Mortalität wird nach dieser Bewertungsmethode gleichberechtigt anhand der naturschutzfachlichen Bedeutung einer Art sowie der populationsbiologischen Empfindlichkeit einer Art ermittelt.⁸⁸¹ Der populationsbiologische Sensitivitäts-Index gibt an, wie entscheidend der Verlust eines Individuums für eine Population ist, wobei neben der

⁸⁷⁶ OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 25.07.2017 – 8 B 10987/17, juris Rn. 32.

⁸⁷⁷ In der Statistik bemisst die Signifikanz, wie groß die Wahrscheinlichkeit dafür ist, dass eine Beobachtung nicht zufällig entstanden ist und daher von Relevanz ist. Beispiel: Bei einer Umfrage wird festgestellt, dass 55 % der Frauen zu Partei A tendieren, während von 53 % der Männer Partei B bevorzugt wird. Gibt es tatsächlich einen Unterschied bei der politischen Überzeugung von Männern und Frauen oder sind nur zufällig bei den Frauen viele Anhängerinnen von Partei A und bei den Männern von Partei B befragt worden?

⁸⁷⁸ Lau, Hinweis im Rahmen des Experteninterviews vom 15.08.2017.

⁸⁷⁹ BVerwG, Urteil vom 10.11.2016 – 9 A 18.15, juris Rn. 84; BVerwG, Urteil vom 06.04.2017 – 4 A 16.16, juris, Rn. 75.

⁸⁸⁰ So die Einschätzung von Bick/Wulfert, Artenschutz in der Vorhabenzulassung, NVwZ 2016, S. 346 (349). Ebenso der Hinweis von Lau im Rahmen des Experteninterviews vom 15.08.2017.

⁸⁸¹ Bernotat/Dierschke, Übergeordnete Kriterien zur Bewertung der Mortalität, 2021, S. 69.

Mortalitätsrate von adulten Tieren auch die Reproduktionsrate als wichtiger Faktor angesehen wird.⁸⁸² Die Reproduktionsrate wird durch Sekundäreffekte mitbestimmt.⁸⁸³ Beispielsweise hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof im Zuge der Abweisung einer Verpflichtungsklage auf Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für drei Windenergieanlagen solche Sekundäreffekte bezüglich des Rotmilans beschrieben:

„Aufgrund der Mehrzahl von Rotmilan-Horsten in der näheren Umgebung der Vorhabenstandorte ist von einer hohen Verlustquote auszugehen, da bei Tötung des am neu lokalisierten Horst-Standort brütenden Paares weitere Rotmilane auf diesen Standort nachrücken würden und damit gleichermaßen gefährdet wären. Derartige kumulierende Effekte können sich auch nach den Feststellungen der LAG VSW (vgl. Abstandsempfehlungen vom April 2015, dort Nr. 4) mittelfristig großräumig und damit auf der Ebene von Populationen auswirken ... Zudem haben junge Brutvögel einen geringeren Bruterfolg als ältere, weshalb Neuverpaarungen nach dem Verlust von erfahrenen Altvögeln mit reduziertem Bruterfolg einhergehen. Der Verlust eines Partners kann über mehrere Jahre den Bruterfolg eines Reviers absenken (vgl. Abstandsempfehlungen vom April 2015, dort Nr. 5 zum Rotmilan). Es liegt im Rahmen der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative, wenn die höhere Naturschutzbehörde bei der Bewertung der Gefahr des Nachrückens weiterer Brutpaare Horststandorte in einem Radius von 5 km mit berücksichtigt.“⁸⁸⁴

Wie im vorangegangenen Abschnitt beschrieben, kann laut der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts die Populationsbiologie einer Art nicht nur auf der Stufe der Ausnahmeprüfung, sondern bereits auf der Ebene der Verbotsprüfung bei der Bewertung, ob sich das Tötungsrisiko durch das Vorhaben signifikant erhöht, berücksichtigt werden.⁸⁸⁵ Hiergegen bestehen keine unionsrechtlichen Bedenken. Zur Auslegung des Art. 12 FFH-RL gibt die EU-Kommission in ihrem Leitfaden den Hinweis, dass dessen strenge Schutzaufgaben unter Berücksichtigung des in Art. 2 FFH-RL beschriebenen Gesamtziels der Richtlinie, zu dessen Verwirklichung sie beitragen, auszulegen sei.⁸⁸⁶ Die individuenbezogene Betrachtung, die dem Tötungsverbot zugrunde liegt, dient vor dem Hintergrund der Zielsetzung der FFH-Richtlinie, einen günstigen Erhaltungszustand der Art zu bewahren bzw. wiederherzustellen, nicht dem Erhalt des Individuums, sondern dem Erhalt der Art auf einem hohen Niveau.⁸⁸⁷ Der individuenbezogene Maßstab rechtfertigt sich demnach gerade dadurch, dass sich

⁸⁸² Vgl. *Bernotat/Dierschke*, Übergeordnete Kriterien zur Bewertung der Mortalität, 2021, S. 41.

⁸⁸³ Vgl. LAG VSW, Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen, Berichte zum Vogelschutz 2014, S. 15 (19 f.).

⁸⁸⁴ VGH Bayern, Urteil vom 27.05.2016 – 22 BV 15.1959, juris Rn. 48.

⁸⁸⁵ BVerwG, Urteil vom 10.11.2016 – 9 A 18.15, juris Rn. 84; BVerwG, Urteil vom 06.04.2017 – 4 A 16.16, juris, Rn. 75.

⁸⁸⁶ EU-Kommission, Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse, 2021, S. 15.

⁸⁸⁷ *Bick/Wulfert*, Artenschutz in der Vorhabenzulassung, NVwZ 2017, S: 346 (349).

Individuenverluste nicht auf Ebene der Populationen einer Art, auf deren günstigen Erhaltungszustand die Richtlinie abzielt, durch Summationseffekte auswirken.⁸⁸⁸

Dadurch, dass das Signifikanzkriterium durch den Mortalität-Gefährdungs-Index handhabbar operationalisiert wird, bestehen schließlich gegen die Berücksichtigung kumulativer Effekte grundsätzlich auch keine Verhältnismäßigkeitsbedenken.⁸⁸⁹

Im Ergebnis lässt sich also festhalten:⁸⁹⁰ Aus dem Aufweichen des strengen Individuenbezugs durch das Signifikanzkriterium gestützt auf das Richtlinienziel der Wahrung eines guten Erhaltungszustandes öffnet man das Tötungsverbot für kumulative Betrachtungen. Die Berücksichtigung kumulativer Effekte wird insbesondere von der grundlegenden Systematik des Artenschutzrechts getragen, das wegen seines hohen Abstraktionsgrades bloß ein grobes Raster bildet und damit bereits von seiner Grundstruktur her auf fachliche Ergänzungen angewiesen ist. Nach dem aktuellen Stand der naturschutzfachlichen Wissenschaft kann eine fachlich vertretbare Bewertung der Signifikanzschwelle anhand der Methode von *Bernotat & Dierschke 2021* vorgenommen werden, welche einen Mortalität-Gefährdungs-Index gleichberechtigt anhand der naturschutzfachlichen Bedeutung einer Art sowie der populationsbiologischen Empfindlichkeit einer Art ermittelt. Für die populationsbiologische Sensitivität ist die Reproduktionsrate wichtig und damit sind wiederum Sekundäreffekte zu berücksichtigen.

3.4 Fangverbot

§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG verbietet nicht nur das Verletzen und Töten, sondern bereits das Nachstellen und Fangen besonders geschützter Arten. Gemäß § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BNatSchG liegt ein Verstoß gegen das Verbot des Nachstellens und Fangens nach Absatz 1 Nummer 1 jedoch nicht vor, wenn die Tiere oder ihre Entwicklungsformen im Rahmen einer erforderlichen Maßnahme, die auf den Schutz der Tiere vor Tötung oder die Erhaltung der ökologischen Funktion der Fortpflanzungs- oder Ruhestätten im räumlichen Zusammenhang (CEF-Maßnahme) gerichtet ist, beeinträchtigt werden und diese Beeinträchtigungen unvermeidbar sind.

⁸⁸⁸ So *Bick/Wulfert*, Artenschutz in der Vorhabenzulassung, NVwZ 2017, S: 346 (349). Vgl. auch *Bernotat/Dierschke*, Kriterien zur Bewertung der Mortalität, 2016, S. 17: „Bei konkreten planerischen Bewertungsentscheidungen geht es allerdings nicht darum, ob sich ein Vorhaben auf den Gesamtbestand einer Art in Deutschland populationsbiologisch auswirkt. Mit solch einem Ansatz würden alle Rechtsnormen ins Leere laufen, da es kaum einzelne Vorhaben gibt, die für sich allein zu solch gravierenden Auswirkungen führen könnten. Dabei würden zudem die täglich parallel stattfindenden schleichenden und kumulativen Veränderungen als Folge zahlreicher Projekte nicht adäquat berücksichtigt werden. Es ist vielmehr grundsätzlich planungsrelevant, zu wissen, bei welchen Arten eine durch das Vorhaben bedingte Mortalität naturschutzfachlich besonders bedeutsam ist und bei welchen eher nicht.“

⁸⁸⁹ *Lau*, Hinweis im Rahmen des Experteninterviews vom 15.08.2017.

⁸⁹⁰ Vgl. hierzu auch die Empfehlungen für die Artenschutzprüfung in Kapitel 4.

Zwar fallen Umsiedlungsmaßnahmen unter das Fangverbot,⁸⁹¹ es findet jedoch keine Privilegierung des Tötungstatbestandes, sondern nur des Fangtatbestandes von § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG nach dem Wortlaut von § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BNatSchG statt. Für Umsiedlungen bleibt daher trotz ihrer Privilegierung durch § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BNatSchG im Hinblick auf die Notwendigkeit einer artenschutzrechtlichen Ausnahme maßgeblich, ob das (baubedingte) Tötungsrisiko signifikant erhöht ist oder nicht.

Während dieser Gesichtspunkt im Hinblick auf den Wortlaut von § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BNatSchG unkritisch sein dürfte, stellt sich die Frage, inwieweit Hälterungsmaßnahmen von der Privilegierung erfasst werden. Schließlich schützt ein Freilandterrarium die Individuen vor Verletzung und Tötung, wenn auch zum „Preis“ der Gefangenschaft. Eine zeitliche Beschränkung enthält § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BNatSchG, der zwar von einer „erforderlichen, aber nicht von einer „vorübergehenden“ oder „temporären“ Maßnahme spricht, nicht. Gleichwohl hält es etwa *Kratsch* für erforderlich, dass die Tiere „*spätestens zu Beginn der nächstfolgenden Fortpflanzungsperiode wieder in die Natur entlassen werden*“.⁸⁹²

Die Gesetzesbegründung rechtfertigt die Privilegierung unter Berufung auf die EU-Kommission nicht nur mit dem Schutz der Tiere, sondern auch mit der zeitlichen Beschränkung der beeinträchtigenden Wirkung.⁸⁹³ Im Wege der teleologischen Reduktion und unionsrechtskonformen Auslegung (Absichtlichkeitsbegriff des Art. 12 Abs. 1 Buchst. a FFH-RL⁸⁹⁴) wird man § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BNatSchG daher in wohl unstrittiger Weise einschränkend dahingehend auszulegen haben, dass es sich um eine temporäre Maßnahme handelt.

Die Dauer der Maßnahme kann aber im Ergebnis nur von deutlich kürzerer Dauer sein, als es *Kratsch* vorschlägt, will man nahezu allen Individuen habhaft werden und eine Ausnahme vermeiden. Denn bei der Zwischenhälterung von umzusiedelnden Eidechsen ist die Sterblichkeitsrate anfangs hoch; der Bestand muss sich erst stabilisieren.⁸⁹⁵ Maßnahmen, bei denen das Fangen und Umsetzen nicht noch am gleichen Tag geschieht, sollten daher regelmäßig – allein schon zum „Schutz“ der die Maßnahme umsetzenden Fachleute – den Umweg über die Ausnahme antreten, weil durch § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BNatSchG keine Privilegierung des Tötungstatbestandes erfolgt.

Bei einer mehrjährigen Zwischenhälterungsmaßnahme sollte sich die Ausnahme vorsorglich auch auf das Fangverbot beziehen.

⁸⁹¹ *Lau*, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 44 Rn. 25.

⁸⁹² *Kratsch*, in: Schumacher/Fischer-Hüftle, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 44 Rn. 62.

⁸⁹³ BR-Drs. 168/17 vom 17.02.2017, S. 15.

⁸⁹⁴ Siehe dazu oben Abschnitt 3.3.1.

⁸⁹⁵ Siehe *Schonert*, Fang, Zwischenhälterung und Wiederaussetzung von Zauneidechsen, ZfF 2009, S. 403 (411): „*Nach mindestens zweijähriger Zwischenhälterung konnte eine mindestens gleiche Anzahl von Tieren ausgesetzt werden, die vorher abgefangen worden war.*“

3.5 Störungsverbot

§ 44 Abs. 1 Nr. 2 Halbs. 1 BNatSchG verbietet es, wildlebende Tiere der streng geschützten Arten sowie der europäischen Vogelarten während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Mauser-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten erheblich zu stören.

Der Störungstatbestand birgt verschiedene Auslegungsprobleme.⁸⁹⁶ Dabei geht es etwa um den Gesichtspunkt, ob auch mittelbare bzw. indirekte Störungen von Individuen (bspw. die Beeinträchtigung von deren Nahrungshabitaten) tatbestandsmäßig sind. Die Erheblichkeit der Störung setzt nach der Legaldefinition in § 44 Abs. 1 Nr. 2 Halbs. 2 BNatSchG die Verschlechterung des Erhaltungszustands der lokalen Population voraus. Im Gegensatz zum Tötungs- und Fangverbot (§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG) sowie zum Lebensstättenschutz (§ 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG) enthält das Störungsverbot damit bereits unmittelbar in der Verbotsnorm eine Eingrenzung. So ist insb. die unionsrechtskonforme Umsetzung des Störungsverbots umstritten,⁸⁹⁷ etwa ob vor dem Hintergrund der aktuellen EuGH-Rechtsprechung zu Art. 12 Abs. 1 FFH-RL das Störungsverbot wie das Tötungsverbot individuenbezogen ausgestaltet werden muss.⁸⁹⁸

3.5.1 Störung

Unter den Störungstatbestand fällt zumindest jede unmittelbare Einwirkung auf ein Tier, die eine Verhaltensänderung bewirkt, unabhängig davon, wodurch die vergrämende Wirkung verursacht wird.⁸⁹⁹ Ursachen können Schall, Licht, Wärme oder sonstige Beunruhigungen sein.⁹⁰⁰ Wenn beispielsweise baustellenbedingte Transporte mit Lärm, Erschütterungen und Staubentwicklungen verbunden sind und dadurch Scheuchwirkungen auf Vögel resultieren, liegt eine unmittelbare Einwirkung auf das Tier und damit eine Störung vor. Regelmäßig störungsausschließende Mindestabstände zu Störquellen lassen sich insbesondere dem Anhang 4 des NRW-Leitfadens „Wirksamkeit von Artenschutzmaßnahmen“ entnehmen.⁹⁰¹

⁸⁹⁶ Tholen, Artenschutzregime der FFH-RL, 2014, S. 97.

⁸⁹⁷ Für eine unzureichende Umsetzung von Art. 12 Abs. 1 Buchst. b FFH-RL: Tholen, a.a.O., S. 97; Gellermann/Schumacher, Das Verfahren „Skydda Skogen“ und seine artenschutzrechtlichen Folgen, NuR 2021, S. 182 (184).

⁸⁹⁸ Vgl. dazu unten Abschnitt 3.5.4.

⁸⁹⁹ Seit OVG NRW, Beschluss vom 06.11.2012 – 8 B 441/12, juris Rn. 18 ff.; ebenso u. a. VG Meiningen, Beschluss vom 01.06.2018 – 2 E 835/18 Me, juris Rn. 28 („jedwede Form der Vergrämung“); Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 96. EL 2021, § 44 BNatSchG Rn. 10 („welche Art von Handlung ... ist nicht von Belang“).

⁹⁰⁰ So VG Hannover, Urteil vom 15.09.2020 – 12 A 6994/17, juris Rn. 120 und VG Lüneburg, Beschluss vom 09.03.2021 – 2 B 76/20, juris Rn. 71, jeweils unter Rückgriff auf Nr. 4.4.2 des Leitfadens „Umsetzung des Artenschutzes bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen in Niedersachsen“, Anlage 2 zum Windenergieerlass vom 24.02.2016.

⁹⁰¹ Lüttmann et al., Wirksamkeit von Artenschutzmaßnahmen, 2013, S. 89-91.

Wegen der Unerheblichkeit, durch welche unmittelbar einwirkende Maßnahme die Verhaltensänderung des Tieres bewirkt wird, ist selbst ein Meideverhalten infolge optischer Einwirkungen (sogenannte Kulissenwirkung) tatbestandsmäßig.⁹⁰² So hat die Rechtsprechung einen Verstoß gegen § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG angenommen, als Windenergieanlagen in der Nähe eines Vogelzug-Rastplatzes des Mornellregenpfeifers genehmigt worden sind bzw. die im Artenschutzfachbeitrag vorgesehenen Ausweichflächen innerhalb eines Radius von 1 km um die Windenergieanlagen lagen, weil diese Art vertikale Strukturen meidet.⁹⁰³

(Artenschutz-)Motive für die Störung der Tiere spielen keine Rolle. Das Zugriffsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG enthält kein subjektives Tatbestandsmerkmal. Objektiv kommt es auf die scheuchende Wirkung der Handlung an und subjektiv wegen Art. 12 Abs. 1 Buchst. b der FFH-RL allenfalls auf eine billigende Inkaufnahme der vergrämenden Wirkung.⁹⁰⁴ Deswegen fällt auch das Vergrämen von Zauneidechsen aus dem Baufeld in nahegelegene Ersatzhabitats im Rahmen einer CEF-Maßnahme unter den Störungstatbestand, obwohl die Vergrämung dem Schutz der Tiere dient.⁹⁰⁵

Klärungsbedarf besteht in Bezug auf die Frage, ob auch die Veränderung oder Zerschneidung des Lebensraums von Tieren als (mittelbare) Störungshandlung im Sinne des § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG angesehen werden kann, wenn die Handlungen in Abwesenheit der Tiere vorgenommen werden. Diese Frage wirft beispielsweise das Oberverwaltungsgericht Mecklenburg-Vorpommern in einem Beschluss von 2017 auf, der sich mit der Umwandlung von Dauergrünland auseinandersetzt:

„Es erscheint zweifelhaft, ob die Beseitigung von Nahrungsgrundlagen geschützter Arten, wie sie hier mit Blick auf Schreiadler und Weißstorch in Rede steht, als Störung im Sinne der Vorschrift angesehen werden kann. Denn dabei fehlt es an einer unmittelbaren Einwirkung auf das Tier selbst, die eine Reaktion im Verhalten hervorruft (vgl. BVerwG, Urt. v. 14.04.2010 – 9 A 5/08 –, juris Rn. 118).“⁹⁰⁶

Gleichfalls wurde vom Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz der Wechsel der landwirtschaftlichen Bodennutzung hin zum Maisanbau mit nachteiligen Auswirkungen auf Nahrungshabitats nicht als Störung angesehen mit der Begründung, durch den Maisanbau würden keine Angst-, Flucht- oder Schreckreaktionen von Feldhamstern oder Feldlerchen ausgelöst, die allein den Tatbestand der „Störung“ erfüllen würden.⁹⁰⁷

⁹⁰² Lau, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 44 Rn. 29.

⁹⁰³ OVG NRW, Beschluss vom 06.08.2019 – 8 B 409/18, juris Rn. 37 ff.

⁹⁰⁴ Zur homogenen Auslegung des Absichtsbegriffs in Bezug auf die Verbote des Art. 12 Abs. 1 FFH-RL im Sinne einer billigenden Inkaufnahme siehe EuGH, Urteil vom 04.03.2021 – C-473/19 und C-474/19, curia Rn. 51.

⁹⁰⁵ BVerwG, Urteil vom 27.11.2018 – 9 A 8.17, juris Rn. 125. Es stellt sich dann die Anschlussfrage nach der Erheblichkeit der Störung im Sinne von § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG, vgl. dazu die Abschnitte 3.5.3 und 3.5.4.

⁹⁰⁶ OVG Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 31.03.2017 – 1 M 493/16, juris Rn. 15.

⁹⁰⁷ OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 14.10.2014 – 8 C 10233/14, juris Rn. 67.

Nicht nur einige Gerichtsentscheidungen, sondern auch Stimmen in der Fachliteratur⁹⁰⁸ sprechen sich dagegen aus, über die Beeinträchtigung von Habitaten indirekt vermittelte Wirkungen auf Tiere unter den Störungstatbestand zu fassen. Indes führt eine restriktive Auslegung des nationalen Störungstatbestandes zu einem Umsetzungsdefizit der beiden Naturschutzrichtlinien in Form einer mangelhaften behördlichen Anwendung, wenn nach den europäischen Vorgaben eine weite Auslegung vorzunehmen ist.⁹⁰⁹ Um ein Umsetzungsdefizit in Gestalt eines Vollzugsdefizits zu vermeiden, bedarf es dann einer unionsrechtskonformen Auslegung des Gesetzes. Wegen der aus Art. 4 Abs. 3 EUV resultierenden Umsetzungsverpflichtung muss bei Richtlinien nach Ablauf der Umsetzungsfrist das nationale Recht so weit wie nach dem Wortlaut der deutschen Vorschrift möglich im Einklang mit dem Unionsrecht angewendet werden. Der gemäß Art. 267 AEUV zur verbindlichen Auslegung des Unionsrechts berufene Gerichtshof der Europäischen Union versteht den Begriff der Störung derart weit, dass auch solche nur mittelbaren Beeinträchtigungen wie Habitatveränderungen hierunterfallen.⁹¹⁰ Die Weite des Störungsbegriffs zeigt sich insbesondere an dem EuGH-Urteil zur zyprischen Ringelnatter, wo der Gerichtshof der Europäischen Union folgende Wertung getroffen hat:⁹¹¹ Wenn bekannt ist, dass in einem bestimmten Gebiet die zyprische Ringelnatter vorkommt, und dort so viel Wasser entnommen wird, dass dies eine erhebliche negative Auswirkung auf den Lebensraum und auf die Erhaltung dieser Art insbesondere in Dürre Jahren haben kann, ist das eine absichtliche Störung i. S. v. Art. 12 Abs. 1 FFH-RL. Das Bundesverwaltungsgericht hat sich 2016 in seinem Urteil zur Elbquerung der A 20 der Auffassung des Gerichtshofs der Europäischen Union mittelbar angeschlossen, wenn zu Jagdhabitaten der Fledermäuse ausgeführt wird:

„Soweit im Erläuterungsbericht zum landschaftspflegerischen Begleitplan sowie in der faunistischen Untersuchung ... der Verlust bzw. die Beeinträchtigung von Jagdhabitaten, welche – entgegen der dortigen Annahme – nicht § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG, sondern § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG unterfallen, als ‚erheblich‘ bezeichnet werden, hat die Gutachterin der Beklagten ... in der mündlichen Verhandlung nachvollziehbar erläutert, dass sich diese Bewertung auf die eingriffs-, nicht auf die artenschutzrechtliche Prüfung bezog.“⁹¹²

So genügt für eine Störung jedwede unmittelbare oder mittelbare Einwirkung auf die geschützten Tiere, die bei diesen eine Verhaltensänderung bewirkt.⁹¹³

⁹⁰⁸ Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 96. EL. 2021, § 44 BNatSchG Rn. 10; Schütte/Gerbig, in: Schlacke, GK-BNatSchG, 2. Aufl. 2017, § 44 Rn. 22 f.

⁹⁰⁹ Tholen, Artenschutzregime der FFH-RL, 2014, S. 98.

⁹¹⁰ Kritisch dazu Lau, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 44 Rn. 29.

⁹¹¹ EuGH, Urteil vom 15.03.2012 – C-340/10, curia Rn. 64: *„Die übermäßige Wasserentnahme stellt unter Berücksichtigung ... der Tatsache, dass das Vorkommen der zyprischen Ringelnatter im Gebiet des Paralimni-Sees bekannt war, jedenfalls eine absichtliche Störung im Sinne von Art. 12 Abs. 1 der Habitat-Richtlinie dar.“*

⁹¹² BVerwG, Urteil vom 10.11.2016 – 9 A 18.15, juris Rn. 88.

⁹¹³ Lau, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 44 Rn. 29.

3.5.2 Zeitliche Begrenzung?

§ 44 Abs. 1 Nr. 2 Halbs. 1 BNatSchG verbietet eine Störung während Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Mauser-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten. Ebenso wie die unionsrechtlichen Störungsverbote des Art. 5 Buchst. d VRL („*Brut- und Aufzuchtzeit*“) und des Art. 12 Abs. 1 Buchst. b FFH-RL („*Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten*“) knüpft das Verbot nicht an bestimmte Lebensstätten,⁹¹⁴ sondern an Phasen besonderer Empfindlichkeit an.

Da das nationale Recht die „Fortpflanzungszeiten“ als störungssensibel erfasst, wird bei den wildlebenden Vogelarten nicht nur die von Art. 5 Buchst. d VRL vorgegebene Brut- und Aufzuchtzeit und mithin die Nestwahl bzw. der Nestbau, die Bebrütung sowie die Jungenaufzucht erfasst, sondern bereits die Phasen der Balz und der Paarung.⁹¹⁵ Insofern stellt § 44 Abs. 1 Nr. 2 Halbs. 1 BNatSchG eine strengere nationale Schutzmaßnahme im Sinne von Art. 14 VRL dar. So genießt beispielsweise der verbreitete und auch im Siedlungsraum beheimatete Waldkauz durchgängigen Störungsschutz, weil sich bei dieser Art Balz und Paarbildung im Herbst und Winter vollziehen.⁹¹⁶

Überwinterungszeiten sind Phasen, in denen die Tiere inaktiv sind und in einem Schlaf-, Starre- oder Ruhezustand verweilen.⁹¹⁷ Problematisch wird dieser Terminus bei Tieren, die sich bereits im Sommer in jene Bereiche zurückziehen, in denen sie überwintern werden. Beispielsweise ziehen sich die Männchen der winterruhenden Zauneidechse bereits Ende Juli bzw. Anfang August in den Boden in ihre Winterquartiere zurück.⁹¹⁸ Freilich kann man bei Bauarbeiten am Boden im Juli/August nicht mehr von einer Störung während der „Überwinterungszeit“ sprechen, weil die Wortlautgrenze des Verbots überschritten ist. Daran zeigt sich anhand einer verbreiteten Art, dass die im Rahmen der nationalen Umsetzung eigentlich aus Gründen der Bestimmtheit und damit Rechtssicherheit angestrebte abschließende Regelung des Störungstatbestandes⁹¹⁹ das Gegenteil bewirken kann, weil die artenbezogenen Unterschiede der störungssensiblen Phasen schlicht zu groß sind, um sie in eine einschränkende und zugleich abschließende Regelung zwingen zu können.

⁹¹⁴ Zu der nur bestimmte Lebensstätten einbeziehenden früheren Regelung des § 42 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 BNatSchG a. F. vgl. BVerwG, Urteil vom 09.07.2009 – 4 C 12.07, juris Rn. 40.

⁹¹⁵ Fellenberg, Artenschutzrecht, in: Kerkmann/Fellenberg, Naturschutzrecht in der Praxis, 3. Aufl. 2021, § 10 Rn. 100; offengelassen bei BVerwG, Urteil vom 27.11.2018 – 9 A 8.17, juris Rn. 127 (Uhu).

⁹¹⁶ Zur Balzzeit und Paarbildung des Waldkauzes *Südbeck et al.*, Methodenstandards zur Erfassung der Brutvögel, 2005, S. 422 f.

⁹¹⁷ Meßerschmidt, Bundesnaturschutzrecht, 155. EL 2021, § 44 Rn. 48.

⁹¹⁸ Prägnant Blanke, Zauneidechse, 2010, S. 81: „In Deutschland beginnt die ‚Überwinterung‘ normalerweise im Hochsommer.“

⁹¹⁹ Heugel, in: Lütkes/Ewer, BNatSchG, 2. Aufl. 2018, § 44 Rn. 11.

Gemäß den unionsrechtlichen Vorgaben sind die störungssensiblen Phasen hingegen nicht abschließend zu verstehen (vgl. Art. 12 Abs. 1 Buchst. b FFH-RL und Art. 5 Buchst. d VRL: „*insbesondere während*“). Vor diesem Hintergrund ist umstritten, ob das Störungsverbot über den Wortlaut von § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG auch durch einen Eingriff in ein Habitat außerhalb der genannten Zeiten erfüllt werden kann.⁹²⁰

Da der nationale Störungstatbestand in Ergänzung zu den Naturschutzrichtlinien die Mauerzeiten der Vögel umfasst und die Art. 12 Abs. 1 Buchst. b FFH-RL entnommenen Wanderungszeiten national auch für die Zugvögel greifen, stellt sich das Problem nur bei den Arten des Anhangs IV der FFH-Richtlinie. Hier ist es aber praktisch sehr erheblich, wegen einer Unausgewogenheit im Bundesnaturschutzgesetz: Gemäß § 71 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 69 Abs. 2 Nr. 2 BNatSchG handelt derjenige nicht nur ordnungswidrig, sondern macht sich sogar strafbar, wer ein Tier einer streng geschützten Art durch eine vorsätzliche Handlung stört. Der Wortlaut von § 69 Abs. 2 Nr. 2 BNatSchG („*ein wild lebendes Tier erheblich stört*“) macht das Individuum, nicht die (lokale) Population zum Referenzmaßstab für die Erheblichkeit der Störung. So ist es für die Planungspraxis von Bedeutung, ob der Störungstatbestand bspw. bei Baumaßnahmen im August zulasten der bereits im Boden befindlichen männlichen Zauneidechsen erfüllt wird oder nicht.

Teilweise wird dafür plädiert, im Wege unionsrechtskonformer Gesetzesauslegung die Formulierung „*insbesondere*“ auch in § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG hineinzulesen und es so als generelles Verbot zu verstehen.⁹²¹ Dies würde aber gegen den ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers verstoßen, der eine abschließende Regelung gewollt hat.⁹²² § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG kann daher nicht unionsrechtskonform ausgelegt werden.⁹²³

Im Falle einer Kollision zwischen unionsrechtlichen und deutschen Rechtsvorschriften werden letztere zwar nicht ungültig, dürfen aber nicht angewendet werden (Anwendungsvorrang des Unionsrechts).⁹²⁴ Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts bezieht sich auch auf Bestimmungen in Richtlinien, für die die Umsetzungsfrist verstrichen ist und die hinreichend für den Vollzug bestimmt sind.

An der hinreichenden Bestimmtheit von Art. 12 Abs. 1 Buchst. b FFH-RL kann kein ernsthafter Zweifel bestehen. Über Anhang IV Buchst. a der FFH-RL ist der Anwendungsbereich der Norm klar definiert und über den Wortlaut („*insbesondere während*“) wird klargestellt, dass ein ganzjähriger Schutz gemeint ist, bei dem es im Übrigen bereits auf die einzelnen Exemplare und nicht erst auf die Populationen

⁹²⁰ Dafür bspw. *de Witt/Geismann*, Artenschutzrechtliche Verbote in der Fachplanung, 2. Aufl. 2013, S. 22; dagegen bspw. *Fellenberg*, in: Kerkmann/Fellenberg, Praxishandbuch Naturschutzrecht, 3. Aufl. 2021, § 10 Rn. 101.

⁹²¹ So bspw. *Lau*, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 44 Rn. 33 (m.w.N.).

⁹²² *Heugel*, a.a.O., § 44 Rn. 11.

⁹²³ *Tholen*, Artenschutzregime der FFH-RL, 2014, S. 97.

⁹²⁴ Grundlegend BVerfG, Urteil vom 30.06.2009 – 2 BvE 2/08, juris Rn. 335.

ankommt, so wie es auch in der verbindlichen Richtlinienauslegung durch den Gerichtshof der Europäischen Union zum Ausdruck kommt:

*„Ferner ist in Bezug auf Art. 12 Abs. 1 Buchst. b der Habitatrichtlinie, der das Verbot jeder absichtlichen Störung von Arten, insbesondere während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten, enthält, festzustellen, dass diese Bestimmung, soweit mit ihr der Schwerpunkt auf die gesteigerte Bedeutung dieses Verbots während der Zeiten gelegt werden soll, in denen die Exemplare insbesondere im Hinblick auf ihre Fortpflanzungsfähigkeit oder ihren Fortpflanzungserfolg besonders verletzlich sind, so dass eine Missachtung des Verbots in besonderer Weise geeignet ist, sich auf den Erhaltungszustand der betroffenen Art negativ auszuwirken, es indessen schon ihrem Wortlaut nach nicht ausschließt, dass Maßnahmen, die kein solches Risiko bergen, im Einzelfall davon erfasst sein können. Daraus folgt, dass die Durchführung der in Art. 12 Abs. 1 Buchst. a bis c der Habitatrichtlinie vorgesehenen Schutzregelung nicht davon abhängt, dass eine bestimmte Maßnahme mit dem Risiko verbunden ist, dass sie sich negativ auf den Erhaltungszustand der betroffenen Tierart auswirkt.“*⁹²⁵

Wenn also im Einzelfall das nationale Störungsverbot mit Art. 12 Abs. 1 FFH-RL kollidiert, weil die störende Handlung nicht in die in § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG aufgeführten Bereiche fällt, so ist Art. 12 Abs. 1 FFH-RL unmittelbar anzuwenden (mit dem Folgeproblem, dass für Arten des Anhangs IV wegen des vom Gerichtshof der Europäischen Union betonten Individuenbezugs des Art. 12 Abs. 1 FFH-RL nicht auf die lokale Population als Erheblichkeitskriterium abgestellt werden darf⁹²⁶).

3.5.3 Begriff und Abgrenzung der lokalen Population

Eine erhebliche Störung liegt gemäß § 44 Abs. 1 Nr. 2 Halbs. 2 BNatSchG nur dann vor, wenn sich durch die störende Handlung der Erhaltungszustand der lokalen Population einer Art verschlechtert. Mit der lokalen Population als Referenzmaßstab für die Erheblichkeit ist das nationale Störungsverbot damit letztlich populationsbezogen ausgestaltet,⁹²⁷ obwohl der Wortlaut von § 44 Abs. 1 Nr. 2 Halbs. 1 BNatSchG („Tiere“) eindeutig individuenbezogen ist.⁹²⁸

Definieren (dieser Abschnitt 3.5.3) und kritisch hinterfragen (folgender Abschnitt 3.5.4) muss man den das nationale Störungsverbot tragenden Begriff „lokale Population“ allein schon deshalb, weil er im Bundesnaturschutzgesetz nicht definiert wird,⁹²⁹ obwohl die europäischen Naturschutzrichtlinien diesen Terminus nicht kennen. Zudem ergeben sich praktische Anwendungsprobleme etwa bei Säugetierarten mit zerstreuter Verbreitung oder bei Brutvogelarten mit einer flächigen Verbreitung,

⁹²⁵ EuGH, Urteil vom 04.03.2021 – C-473/19 und C-474/19, curia Rn. 55-57.

⁹²⁶ Vgl. dazu Abschnitt 3.5.4.

⁹²⁷ Lau, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 44 Rn. 30.

⁹²⁸ VG Meiningen, Beschluss vom 01.06.2018 – 2 E 835/18 Me, juris Rn. 28.

⁹²⁹ Das BNatSchG verwendet den Begriff auch in § 44 Abs. 4 BNatSchG, definiert ihn aber nicht in § 7 Abs. 2 BNatSchG.

bei denen sich eine nachvollziehbar isolierte Lokalpopulation vielfach kaum bestimmen lässt.⁹³⁰

Der Begriff der Population ist in § 7 Abs. 2 Nr. 6 BNatSchG als „eine biologisch oder geografisch abgegrenzte Zahl von Individuen“ definiert. Aus der Gegenüberstellung zu dem in § 44 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 BNatSchG verwendeten Begriff der lokalen Population wird deutlich, dass es primär auf eine fachlich-funktionale Abgrenzung ankommt („Population“), die aber räumlich tendenziell eng („lokal“) vorzunehmen ist. Nach der von der Rechtsprechung übernommenen Definition aus der Gesetzesbegründung der Bundesregierung umfasst eine lokale Population diejenigen (Teil-)Habitate und Aktivitätsbereiche der Individuen einer Art, die in einem für die Lebens(raum)ansprüche der Art ausreichenden räumlich-funktionalen Zusammenhang stehen.⁹³¹

Da der Gesetzgeber mit der lokalen Population bewusst einen nichtökologischen Begriff verwendet hat, besteht der maßgebliche funktionale Zusammenhang nicht erst bei einer Fortpflanzungsgemeinschaft, sondern bereits bei einer Überdauerungsgemeinschaft. Bei dem normativen Begriff der lokalen Population geht es um eine Gruppe von Individuen einer Art, die während einer bestimmten Phase des jährlichen Zyklus in einem anhand ihrer jeweiligen Habitatansprüche abgrenzbaren Raum vorkommt.⁹³²

Wenn wie etwa bei der Wildkatze eine Abgrenzung von lokalen Populationen aufgrund der sehr großen Streifgebiete nicht möglich ist,⁹³³ oder bei (Vogel-)Arten mit flächiger Verbreitung empfiehlt es sich, vorsorglich die Störungswirkungen auf die konkret bekannten Vorkommen der streng geschützten Arten und der europäischen Vogelarten zu untersuchen und diese Wirkungen zu dokumentieren.⁹³⁴ Der Nachweis einer fehlenden Verschlechterung des Erhaltungszustandes der lokalen Population ist ohne Weiteres erbracht, wenn bereits nach dieser exemplarbezogenen Prüfung relevante Störungen ausgeschlossen werden können. Wie sich die lokale Population einer Art mit großen Aktionsräumen oder einer flächigen Verbreitung sinnvoll abgrenzen lässt, ist dann von untergeordneter Bedeutung. Ebenso empfiehlt es sich bei seltenen Arten einzelne Paare bzw. Fortpflanzungsstätten (z. B. Schwarzstorch,

⁹³⁰ Fellenberg, Artenschutzrecht, in: Kerkmann/Fellenberg, Naturschutzrecht in der Praxis, 3. Aufl. 2021, § 10 Rn. 110.

⁹³¹ BT-Drs. 16/5100 vom 27.04.2007, S. 11; BVerwG, Urteil vom 09.06.2010 – 9 A 20.08, juris Rn. 48; OVG NRW, Beschluss vom 06.11.2012 – 8 B 441/12, juris Rn. 27; OVG Sachsen, Beschluss vom 02.03.2016 – 4 A 177/15, juris Rn. 19.

⁹³² Vgl. dazu die unterschiedlichen Variationen der Begriffsdefinition bei Trautner, Artenschutz, 2020, S. 67; MKULNV, Geschützte Arten in NRW, 2015, S. 23; Lau, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 44 Rn. 32 (unter Rückgriff auf die LANA-Hinweise).

⁹³³ Siehe den Steckbrief zur Wildkatze im BfN-Internethandbuch zu den Arten der FFH-Richtlinie Anhang IV, 2012: „Eine exakte Abgrenzung von lokalen Populationen ist aufgrund der Mobilität und der sehr großen Streifgebiete nicht möglich.“

⁹³⁴ Fellenberg, Artenschutzrecht, in: Kerkmann/Fellenberg, Naturschutzrecht in der Praxis, 3. Aufl. 2021, § 10 Rn. 112.

Schreiadler) vorsorglich als „lokale Population“ zu betrachten.⁹³⁵ So führt etwa das VG Neustadt im Rahmen einer Verpflichtungsklage auf Genehmigungserlass zum seltenen Wiedehopf aus, dass bereits einzelne Exemplare die lokale Population bilden:

„Soweit sie [die Klägerin] einwendet, es liege aufgrund der nur wenigen Einzelexemplare bereits keine lokale Population des Wiedehopfs vor, teilt die Kammer diese Auffassung nicht. Auch eine geringe Zahl von Individuen einer besonders gefährdeten und geschützten Vogelart stellen nach dem Sinn und Zweck des § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG eine lokale Population dar.“⁹³⁶

Dem liegt die Annahme zugrunde, dass sich bei einer relevanten Störung eines Brutplatzes bzw. essentiellen Nahrungshabitats die Auswirkungen auf eine lokale Population nicht ausschließen lassen, auch wenn sich die lokale Population nicht genau eingrenzen lässt.

Einen planungspraktischen Zugang bietet für die Arten des Anhangs IV der FFH-Richtlinie das Internethandbuch des Bundesamtes für Naturschutz, wo in den artenbezogenen Steckbriefen in aller Regel auch eine Abgrenzung der lokalen Population vorgenommen wird.⁹³⁷ Ergänzend und in Bezug auf planungsrelevante Brutvögel bieten die Steckbriefe in dem NRW-Leitfaden „Wirksamkeit von Artenschutzmaßnahmen“⁹³⁸ verlässliche Hinweise zur Abgrenzung der lokalen Population einer Art.

Eine Verschlechterung des Erhaltungszustands einer lokalen Population liegt in jeder nicht nur vorübergehenden Verringerung der Größe oder des Fortpflanzungserfolgs dieser Individuengruppe.⁹³⁹ Ausgangspunkt der Betrachtung ist der jeweilige Ist-Zustand, egal ob dieser gut oder schlecht ist.⁹⁴⁰ Dabei reicht es – entgegen den LANA-Hinweisen⁹⁴¹ – nach der Rechtsprechung aus, dass eine solche Beeinträchtigung wahrscheinlich ist.⁹⁴² Diese Prüfung möglicher Auswirkungen auf den Erhaltungszustand der lokalen Population macht aber nur in seltenen Fällen populationsbiologische Untersuchungen erforderlich.⁹⁴³ Meistens kann verbalargumentativ dargelegt werden, warum keine Auswirkung auf Ebene der lokalen Population zu erwarten ist. Eine erhebliche Störung kann in aller Regel bei häufigen und weit verbreiteten Arten

⁹³⁵ Fellenberg, Artenschutzrecht, in: Kerkmann/Fellenberg, Naturschutzrecht in der Praxis, 3. Aufl. 2021, § 10 Rn. 111.

⁹³⁶ VG Neustadt (Weinstraße), Urteil vom 28.10.2020 – 5 K 395/17.NW, juris Rn. 119.

⁹³⁷ BfN-Internethandbuch zu den Arten der FFH-Richtlinie Anhang IV, 2012, online im Internet: <https://ffh-anhang4.bfn.de/> (zuletzt abgerufen am 15.02.2022). Darauf verweist auch Trautner, Artenschutz, 2020, S. 68 f.

⁹³⁸ Lüttmann et al., Wirksamkeit von Artenschutzmaßnahmen, 2013, Maßnahmensteckbriefe.

⁹³⁹ VG Neustadt (Weinstraße), Urteil vom 28.10.2020 – 5 K 395/17.NW, juris Rn. 116.

⁹⁴⁰ OVG Niedersachsen, Urteil vom 31.07.2018 – 7 KS 17/16, juris Rn. 290; Lau, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 44 Rn. 30.

⁹⁴¹ LANA, Hinweise zu zentralen unbestimmten Rechtsbegriffen im BNatSchG, 2010, S. 6 („signifikant und nachhaltig verringert“).

⁹⁴² OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 11.08.2009 – 11 S 58.08, juris Rn. 9; VG Neustadt (Weinstraße), Urteil vom 28.10.2020 – 5 K 395/17.NW, juris Rn. 116.

⁹⁴³ Fellenberg, a.a.O., § 10 Rn. 113.

unproblematisch ausgeschlossen werden, wenn es nur zu kleinräumigen Störungen einzelner Individuen kommt.⁹⁴⁴ Kann die lokale Population bestimmte nachteilige Wirkungen im Wege der Eigenkompensation oder durch entsprechende konfliktvermeidende oder -mindernde Maßnahmen in absehbarer Zeit auffangen, liegt ebenfalls keine erhebliche Störung vor.⁹⁴⁵ Im Ergebnis ist eine Störung der lokalen Population einer seltenen Art eher als erheblich einzustufen als eine solche bei verbreiteten Arten mit individuenstarken Populationen.⁹⁴⁶

Tabelle 6: Gegenüberstellung von „Population“ und „lokale Population“

Population	lokale Population
ökologischer Begriff	normativer Begriff
abgrenzbare Fortpflanzungsgemeinschaft	abgrenzbare Überdauerungsgemeinschaft
legaldefiniert (§ 7 Abs. 2 Nr. 6 BNatSchG)	keine Legaldefinition, keine Verwendung in FFH-RL und VRL
Beispiel: Population des Wiedehopfs am Haardtrand (Flächengröße ca. 15.000 ha)	Beispiel: lokale Population des Wiedehopfs bei Neustadt-Mußbach ⁹⁴⁷ (Flächengröße ca. 100 ha)

⁹⁴⁴ Prägnant OVG Niedersachsen, Urteil vom 22.04.2016 – 7 KS 27/15, juris Rn. 371 (zur Ortsumgehung Celle): „Im Übrigen handelt es sich im Wesentlichen um Ausführungen zur Betroffenheit weit verbreiteter Vogelarten mit hohen Dichten (sog. ubiquitäre Vogelarten). Bei diesen weit verbreiteten und in hoher Dichte vorkommenden Arten ist nicht zu befürchten, dass sich der Erhaltungszustand der lokalen Population verschlechtert ... Denn ihre lokalen Populationen haben naturgemäß Ausdehnungen, die es ihnen ermöglichen, Störungen einzelner Brutreviere zu verkraften, ohne dass die Population als Ganzes destabilisiert wird ...“.

⁹⁴⁵ BVerwG, Urteil vom 09.07.2008 – 9 A 14.07, juris Rn. 105; VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 23.09.2013 – 3 S 284/11, juris Rn. 354 f.; OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 06.11.2019 – 8 C 10240/18, juris, Rn. 252.

⁹⁴⁶ Meßerschmidt, Bundesnaturschutzrecht, 155. EL 2021, § 44 Rn. 55. Speziell zum Vogelschutz GAin Kokott, Schlussanträge vom 10.09.2020 – C-473/19 und C-474/19, curia Rn. 98: „Gleichwohl sind auch Störungen während dieser Zeiträume nur verboten, wenn sie erheblich sind. Das ist zumindest dann anzunehmen, wenn die Störung seltene Vögel unmittelbar bei der Brut oder der Aufzucht beeinträchtigt.“

⁹⁴⁷ VG Neustadt (Weinstraße), Urteil vom 28.10.2020 – 5 K 395/17.NW, juris Rn. 119.

3.5.4 Erheblichkeitskriterium: Individuen- oder Populationsbezug?

Der Wortlaut von § 44 Abs. 1 Nr. 2 Halbs. 1 BNatSchG („Tiere“) ist individuenbezogen.⁹⁴⁸ Mit der lokalen Population als Referenzmaßstab für die Erheblichkeit gemäß § 44 Abs. 1 Nr. 2 Halbs. 2 BNatSchG ist das nationale Störungsverbot aber populationsbezogen ausgestaltet.⁹⁴⁹ Die grundlegende Frage, ob die lokale Population als Referenzmaßstab mit Art. 12 Abs. 1 FFH-RL und Art. 5 VRL vereinbar ist,⁹⁵⁰ ist wieder aufgeworfen, nachdem einerseits Generalanwältin *Kokott* 2020 in ihrer Auslegung von Art. 5 VRL und Art. 12 FFH-RL erläutert hat, dass unionsrechtlich bei einem Populationsbezug die entsprechende biogeografische Region der EU entscheidend sei,⁹⁵¹ aber andererseits der Gerichtshof der Europäischen Union in dem daraufhin ergangenen Urteil 2021 klargestellt hat, dass die Durchführung der in Art. 12 Abs. 1 Buchst. a bis c der FFH-RL vorgesehenen Schutzregelung nicht davon abhängt, dass eine bestimmte Maßnahme mit dem Risiko verbunden ist, dass sie sich negativ auf den Erhaltungszustand der betroffenen Tierart auswirkt.⁹⁵²

Die in § 44 Abs. 1 Nr. 2 Halbs. 2 BNatSchG vorgenommene Begrenzung des Störungstatbestandes auf nachteilige Auswirkungen von einem gewissen Ausmaß im Zuge der Novelle des Artenschutzrechts 2007 wurde von der anschließenden Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts mit dem Argument für unionsrechtskonform erachtet, der populationsbezogene Ansatz sei in Art. 12 Abs. 1 Buchst. b FFH-RL (Störungsverbot zugunsten von Anhang-IV-Arten) angelegt, da die Vorschrift auf eine Störung „dieser Arten“ und nicht von „Exemplaren dieser Arten“ abstelle.⁹⁵³

Diese Argumentation lässt sich nicht mehr aufrechterhalten,⁹⁵⁴ nachdem der gemäß Art. 267 AEUV zur verbindlichen Richtlinienauslegung berufene Gerichtshof der Europäischen Union den Individuenbezug der Verbote des Art. 12 Abs. 1 Buchst. a - c FFH-RL betont hat, wobei sich der Individuenbezug des Störungsverbot nicht aus dem unmittelbaren Wortlaut von Art. 12 Abs. 1 Buchst. b FFH-RL, sondern aus seiner Zwecksetzung und nicht abschließenden Formulierung ergebe:

⁹⁴⁸ VG Meiningen, Beschluss vom 01.06.2018 – 2 E 835/18 Me, juris Rn 28.

⁹⁴⁹ *Lau*, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 44 Rn. 30.

⁹⁵⁰ Verneinend bspw. *Philipp*, Artenschutz in Genehmigung und Planfeststellung, NVwZ 2008, S. 593 (596).

⁹⁵¹ Schlussanträge *GAin Kokott* vom 10.09.2020 – C-473/19 und C-474/19, curia Rn. 112.

⁹⁵² EuGH, Urteil vom 04.03.2021 – C-473/19 und C-474/19, curia Rn. 57.

⁹⁵³ BVerwG, Urteil vom 09.07.2008 – 9 A 14.07, juris Rn. 104; BVerwG, Urteil vom 12.03.2008 – 9 A 3.06, juris Rn. 237; BVerwG, Urteil vom 09.07.2009 – 4 C 12.07, juris Rn. 41.

⁹⁵⁴ A.A. *Lau*, Du sollst nicht stören!, NuR 2021, S. 462 (463), der im Störungsverbot des Art. 12 Abs. 1 FFH-RL einen Auffangtatbestand sieht, was sich jedoch weder aus der EuGH-Rechtsprechung (vgl. Rn. 56 des nachfolgenden Zitats) noch aus der Systematik der Norm – das Störungsverbot steht in Buchstabe b, nicht am Ende der Verbotstatbestände in Buchstabe d – ergibt. Der EuGH legt vielmehr die Buchstaben a bis c des Art. 12 Abs. 1 der FFH-Richtlinie einheitlich aus (vgl. Rn. 57 des Zitats).

„54 Was die Maßgeblichkeit des Erhaltungszustands einer Tierart im Rahmen von Art. 12 Abs. 1 Buchst. a und c der Habitatrichtlinie betrifft, ist darauf hinzuweisen, dass sich die Notwendigkeit einer **Prüfung der Situation auf der Ebene der Individuen** der betroffenen Art schon aus dem Wortlaut dieser Bestimmung ergibt, die die Mitgliedstaaten verpflichtet, bestimmte Handlungen, die „Exemplare“ oder „Eier“ von Tierarten beeinträchtigen, zu verbieten.

55 Festzustellen ist, dass sich die Definition des Begriffs „Erhaltungszustand einer Art“ in Art. 1 Buchst. i dieser Richtlinie ausdrücklich auf „die Größe der Populationen [einer Art]“ bezieht und nicht auf die besondere Situation eines Individuums oder eines Exemplars dieser Art, so dass dieser Erhaltungszustand insbesondere im Hinblick auf Populationen der betroffenen Arten bestimmt oder beurteilt wird.

56 Ferner ist in Bezug auf Art. 12 Abs. 1 Buchst. b der Habitatrichtlinie, der das Verbot jeder absichtlichen **Störung von Arten, insbesondere** während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten, enthält, festzustellen, dass diese Bestimmung, soweit mit ihr der Schwerpunkt auf die gesteigerte Bedeutung dieses Verbots während der Zeiten gelegt werden soll, in denen die **Exemplare** insbesondere im Hinblick auf ihre Fortpflanzungsfähigkeit oder ihren Fortpflanzungserfolg besonders verletzlich sind, so dass eine Missachtung des Verbots in besonderer Weise geeignet ist, sich auf den Erhaltungszustand der betroffenen Art negativ auszuwirken, **es indessen schon ihrem Wortlaut nach nicht ausschließt, dass Maßnahmen, die kein solches Risiko bergen, im Einzelfall davon erfasst sein können.**

57 Daraus folgt, dass die Durchführung der in **Art. 12 Abs. 1 Buchst. a bis c** der Habitatrichtlinie vorgesehenen Schutzregelung **nicht** davon abhängt, dass eine bestimmte Maßnahme mit dem Risiko verbunden ist, dass sie sich negativ auf den **Erhaltungszustand der betroffenen Tierart** auswirkt.“⁹⁵⁵

Die auf die Formulierung „Arten“ (Art. 12 Abs. 1 Buchst. b FFH-RL) abstellende Argumentation für einen Populationsbezug des Störungsverbots war ohnehin nicht zwingend, weil die FFH-Richtlinie auch beim Verbot von Fang und Tötung – etwa in Art. 15 FFH-RL – von „Tierarten“ spricht und es zumindest insoweit auf der Hand liegt, dass damit Einzelexemplare gemeint sind.⁹⁵⁶ Auch wenn § 44 Abs. 1 Nr. 2 Halbs. 2 BNatSchG nicht auf die in Art. 1 Buchst. i FFH-RL angesprochenen Populationen einer Art, sondern auf die kleinere Einheit der lokalen Population abstellt, verbindet sich damit eine Begrenzung des Störungsverbots, die den Schutz der Individuen von einer zusätzlichen Bedingung abhängig macht, obwohl die Schutzregelung laut dem Gerichtshof der Europäischen Union nicht davon abhängt, wie sich Maßnahmen auf den Erhaltungszustand der betroffenen Tierart auswirken.

Die Frage nach dem Erhaltungszustand der von dem Vorhaben betroffenen Population stellt sich erst auf der Ebene der Ausnahmeprüfung: Im Rahmen von Art. 16 Abs. 1 FFH-RL ist der Erhaltungszustand der Art innerhalb der jeweiligen biogeographischen Region des betreffenden Mitgliedsstaates maßgeblich,⁹⁵⁷ also in Deutschland der Erhaltungszustand der Populationen der Art in der atlantischen, kontinentalen oder

⁹⁵⁵ EuGH, Urteil vom 04.03.2021 – C-473/19 und C-474/19, curia Rn. 54-57.

⁹⁵⁶ Gellermann/Schumacher, Das Verfahren „Skydda Skogen“ und seine artenschutzrechtlichen Folgen, NuR 2021, S. 182 (184).

⁹⁵⁷ Lau, Du sollst nicht stören!, NuR 2021, S. 462 (463).

alpinen Region. Nach der EuGH-Rechtsprechung zu Art. 16 Abs. 1 FFH-RL ist wegen des einzelfallbezogenen und punktuellen Anwendungsbereichs der Ausnahme die Bewertung der Auswirkung einer Ausnahme bezogen auf das Gebiet einer lokalen Population erforderlich, um ihre Auswirkung auf den Erhaltungszustand der in Rede stehenden Population in einem größeren Rahmen zu bestimmen.⁹⁵⁸ Bleibt ein günstiger Erhaltungszustand der lokalen Population trotz Erteilung einer Ausnahme gewahrt, ist auch nach der nationalen Rechtsprechung der Schluss gerechtfertigt, dass darunter auch die in Art. 1 Buchst. i und Art. 16 Abs. 1 FFH-RL angesprochene Gesamtheit der Populationen der Art innerhalb nicht leiden wird.⁹⁵⁹ Eine tatbestandliche Begrenzung des Störungsverbots würde zu einer Umgehung der Anforderungen an eine Ausnahme führen, worin der Gerichtshof der Europäischen Union einen Verstoß gegen die praktische Wirksamkeit (effet utile) des Art. 16 FFH-RL in einer den Grundsätzen der Vorsorge und der Vorbeugung zuwiderlaufenden Weise erkennt:

„Würde die Anwendbarkeit der Verbote nach Art. 12 Abs. 1 Buchst. a bis c der Habitatrichtlinie vom Risiko einer negativen Auswirkung der in Rede stehenden Maßnahme auf den Erhaltungszustand der betroffenen Art abhängig gemacht, so könnte dies zu einer Umgehung der nach Art. 16 dieser Richtlinie vorgesehenen Prüfung führen und würde somit bewirken, diesem Artikel, den Ausnahmevorschriften und den sich daraus ergebenden restriktiven Voraussetzungen ihre praktische Wirksamkeit zu nehmen. Eine solche Auslegung kann nicht als mit den ... Grundsätzen der Vorsorge und Vorbeugung sowie dem erhöhten Schutzniveau nach Art. 12 Abs. 1 Buchst. a bis c dieser Richtlinie für Exemplare von Tierarten und Eier vereinbar angesehen werden.“⁹⁶⁰

Eine Störung im Sinne von Art. 12 Abs. 1 Buchst. b FFH-RL liegt daher bereits dann vor, wenn durch die Störung Exemplare der in Anhang IV aufgeführten Tierarten vergrämt werden können. Im Ergebnis bedarf es einer Änderung des § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG in Bezug auf die Tierarten des Anhangs IV.⁹⁶¹

Für die Frage, ob die lokale Population als Referenzmaßstab mit Art. 5 VRL vereinbar ist, gibt das EuGH-Urteil allerdings nichts her. Die drängende Frage, wie Art. 5 VRL (Verbote) und Art. 9 VRL (Ausnahmen) auszulegen sind, damit sie dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nach Art. 5 Abs. 4 EUV genügen, hat der EuGH offengelassen.⁹⁶² Denn

⁹⁵⁸ EuGH, Urteil vom 10.10.2019 – C-674/17, curia Rn. 41 und 59; vgl. dazu auch die Schlussanträge des GA Saugmandsgaard vom 08.05.2019 – C-674/17, curia Rn. 83 (unter Rückgriff auf den Leitfaden der EU-Kommission).

⁹⁵⁹ BVerwG, Urteil vom 09.11.2017 – 3 A 4.15, juris Rn. 70: *„Die Annahme, dass sich der Erhaltungszustand der Populationen der Grünen Keiljungfer nicht verschlechtert, ist naturschutzfachlich vertretbar. Insoweit genügt, dass die Gesamtheit der Populationen in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet, das über das Plangebiet hinausreicht, als lebensfähiges Element erhalten bleibt ... Dass die Beklagte diese Voraussetzung im Anschluss an den artenschutzrechtlichen Fachbeitrag ... bejaht hat, weil bereits der Erhaltungszustand der lokalen Population günstig bleibt, ist rechtlich nicht zu beanstanden.“*

⁹⁶⁰ EuGH, Urteil vom 04.03.2021 – C-473/19 und C-474/19, curia Rn. 60.

⁹⁶¹ Schumacher/Schumacher, EuGH bestätigt strenges Schutzregime, NuLP 4/2021, S. 38 (39).

⁹⁶² So Lau, Du sollst nicht stören!, NuR 2021, S. 462 (464).

der Gerichtshof beschränkt sich bei der Auslegung der Verbote des Tötens und Störens ausdrücklich auf die FFH-Richtlinie, weil die schwedische Artenschutzverordnung nicht zwischen Vogelarten und Anhang-IV-Arten unterschieden hat.⁹⁶³

Der in § 44 Abs. 1 Nr. 2 Halbs. 2 BNatSchG zum Ausdruck kommende populationsbezogene Ansatz ist in den Verbotstatbeständen der Vogelschutzrichtlinie angelegt, denn Art. 5 Buchst. d VRL misst nur solchen Störungen Bedeutung bei, die sich erheblich auf die Zielsetzung der Richtlinie auswirken.⁹⁶⁴ Die Vogelschutzrichtlinie hat nach ihrem Art. 1 den Schutz aller europäischen Vogelarten zum Ziel. Zu diesem Zweck müssen die Mitgliedstaaten gemäß Art. 2 VRL die Bestände dieser Arten auf einem Stand halten oder auf einen Stand bringen, der insbesondere den ökologischen, wissenschaftlichen und kulturellen Erfordernissen entspricht, wobei den wirtschaftlichen und freizeitbedingten Erfordernissen Rechnung getragen wird. Zum Störungsverbot in Bezug auf die Vogelschutzrichtlinie, wozu das EuGH-Urteil schweigt, hat die Generalanwältin in ihren Schlussanträgen dargelegt, dass insbesondere die Bejagbarkeit großer Bestände gemäß dem 10. Erwägungsgrund der Vogelschutzrichtlinie aufzeige, dass es auf die Populationen der Vogelarten ankomme:

„97 Obwohl die Mitgliedstaaten insofern vorbehaltlich spezifischer Regelungen über einen Abwägungsspielraum verfügen, zeigen die Erwägungsgründe 3, 5, 7 und 8 und vor allem der zehnte Erwägungsgrund der Richtlinie, dass die Mitgliedstaaten die Populationen aller wildlebenden Vogelarten in der Union auf einem „ausreichenden Niveau“ erhalten sollen.

98 Der Erhaltungszustand ist jedoch nur ein Merkmal, das bei der Beurteilung einer Störung maßgeblich ist. Schon die Formulierung von Art. 5 Buchst. d der Vogelschutzrichtlinie zeigt, dass in jedem Fall Störungen während Brut- und Aufzuchtzeit vermieden werden sollen. Diese Präzisierung ist sinnvoll, denn die Brut und die Aufzucht sind von zentraler Bedeutung für den Erhaltungszustand. Gleichwohl sind auch Störungen während dieser Zeiträume nur verboten, wenn sie erheblich sind. Das ist zumindest dann anzunehmen, wenn die Störung seltene Vögel unmittelbar bei der Brut oder der Aufzucht beeinträchtigt. Dementsprechend hat der Gerichtshof bereits entschieden, dass Abholzungen, die einen wichtigen Lebensraum für seltene Vogelarten beeinträchtigen, eine verbotene Störung darstellen können.

99 Da somit bereits das Verbot als solches die Auswirkungen auf den Erhaltungszustand der jeweiligen Art einbezieht, bedarf es insoweit keiner Nuancierung des Begriffs der Absicht gegenüber der Habitatrichtlinie.

100 Somit müssen nach Art. 5 Buchst. d der Vogelschutzrichtlinie Störungen untersagt werden, falls sie sich erheblich auf das Ziel auswirken, die Populationen der Vogelarten auf einem ausreichenden Niveau zu erhalten oder sie auf dieses Niveau zu bringen, und insbesondere, wenn sie seltene Vögel bei der Brut oder der Aufzucht beeinträchtigen.“⁹⁶⁵

⁹⁶³ EuGH, Urteil vom 04.03.2021 – C-473/19 und C-474/19, curia Rn. 46-48.

⁹⁶⁴ Vgl. Lau, Du sollst nicht stören!, NuR 2021, S. 462: „weniger strenge Maßstab der artenschutzrechtlichen Bestimmungen der Vogelschutzrichtlinie“.

⁹⁶⁵ Schlussanträge GAin Kokott vom 10.09.2020 – C-473/19 und C-474/19, curia Rn. 97-100.

Um die Auswirkung einer Störung auf den Erhaltungszustand einer Population in einem solch größeren Rahmen bestimmen zu können, sei, so *Kokott*, die Bewertung bezogen auf das Gebiet einer lokalen Population, erforderlich.⁹⁶⁶ Damit ist gemeint, dass der Ausschluss einer Störung auf lokaler Ebene einen Ausschluss auf höherer Ebene begründet. So unterscheidet die Generalanwältin beim Vogelschutz ausdrücklich zwischen lokaler Population und nationaler Ebene, wobei es beim Populationsbezug nicht auf die lokale Population, sondern auf die entsprechende biogeografische Region ankomme:

„Soweit es bei der Anwendung der Verbote nach Art. 5 der Vogelschutzrichtlinie ... auf den Erhaltungszustand der Populationen der betreffenden Art ankommt, ist dieser somit bezogen auf das Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats oder, wenn sich die Grenzen dieses Mitgliedstaats mit mehreren biogeografischen Regionen überschneiden oder das natürliche Verbreitungsgebiet der Art dies erfordert, bezogen auf die betreffende biogeografische Region und soweit möglich grenzüberschreitend zu bewerten.“⁹⁶⁷

Eine erhebliche Störung im Sinne von Art. 5 Buchst. d VRL liegt daher erst dann vor, wenn sich durch die Störung der Erhaltungszustand der Populationen einer europäischen Vogelart verschlechtern kann.⁹⁶⁸

So ist es unionsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Bundesnaturschutzgesetz Störungen in Bezug auf einzelne Individuen der Vogelarten nur dann eine Verbotsrelevanz zukommen lässt, wenn sich diese Störung auf der Ebene der lokalen Population auswirkt. Eine verschärfende Novelle in Hinblick auf die Anhang-IV-Arten könnte aber vor diesem Hintergrund mit einer Erleichterung bezüglich der europäischen Vogelarten einhergehen. Der EuGH-Entscheidung in Bezug auf die Anhang-IV-Arten und den Schlussanträgen der Generalanwältin in Bezug auf die Vogelarten würde beispielsweise die folgende Formulierung entsprechen:

Eine erhebliche Störung liegt vor, wenn sich durch die Störung der Erhaltungszustand der Populationen einer europäischen Vogelart verschlechtern kann oder wenn durch die Störung Exemplare der in Anhang IV Buchst. a der Richtlinie 92/43/EWG aufgeführten Tierarten vergrämt werden können.

⁹⁶⁶ Schlussanträge GAin *Kokott* vom 10.09.2020 – C-473/19 und C-474/19, curia Rn. 111. Siehe dazu auch *Lau*, Erleichterungen im besonderen Artenschutz, NuR 2021, S. 28 (30 und 32).

⁹⁶⁷ Schlussanträge GAin *Kokott*, a.a.O., curia Rn. 112.

⁹⁶⁸ Vgl. *Fellenberg*, Die ausgefallene Revolution im Artenschutzrecht, NVwZ 2021, S. 943 (945). „Der Tatbestand des § 44 I Nr. 2 BNatSchG wählt mit dem Erhaltungszustand der jeweiligen lokalen Population hingegen eine deutlich niedrigere Bezugsebene.“

3.6 Lebensstättenschutz

§ 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG verbietet es, Fortpflanzungs- oder Ruhestätten der besonders geschützten Arten aus der Natur zu entnehmen, zu beschädigen oder zu zerstören. Ein Verstoß liegt bei Eingriffsvorhaben dann nicht vor, wenn die ökologische Funktion der betroffenen Lebensstätten der Vögel oder Anhang-IV-Arten (§ 44 Abs. 5 Satz 2 und 5 BNatSchG) im räumlichen Zusammenhang weiterhin erfüllt wird (44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 BNatSchG), wofür vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen, sog. CEF-Maßnahmen, festgelegt werden können (§ 44 Abs. 5 Satz 3 BNatSchG).

Die Verbotsprüfung ist also zweistufig ausgestaltet. Zunächst ist zu klären, ob Fortpflanzungs- oder Ruhestätten beschädigt werden. Falls ja, ist in einem zweiten Schritt zu klären, welche Auswirkungen sich hieraus für die Fortpflanzungs- oder Ruhestätten nutzenden Tiere ergeben, wenn die Lebensstätten in ihrem räumlichen Zusammenhang betrachtet werden.⁹⁶⁹

3.6.1 Beschädigung von Fortpflanzungs- oder Ruhestätten

Unter dem Begriff der „Lebensstätte“ versteht das Bundesnaturschutzgesetz laut der Legaldefinition in § 7 Abs. 2 Nr. 5 BNatSchG den regelmäßigen Aufenthaltsort der wildlebenden Individuen einer Art. Diesen Terminus greift das Zugriffsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG jedoch nicht auf, sondern spricht in Anlehnung an Art. 12 Abs. 1 Buchst. d FFH-RL spezifischer von „Fortpflanzungsstätten“ bzw. „Ruhestätten“. Verglichen mit § 7 Abs. 2 Nr. 5 BNatSchG spricht der Wortlaut von § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG für eine tendenziell enge Auslegung bzw. es wird anhand des Vergleichs deutlich, dass nicht jede Lebensstätte einer geschützten Art vom Schutzbereich des § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG erfasst wird.

Eine tendenziell enge Auslegung ist die Direktive, die der 9. Senat des Bundesverwaltungsgerichts in seinen fernstraßenrechtlichen Entscheidungen für die Auslegung des Begriffs „Fortpflanzungs- oder Ruhestätte“ ausgegeben hat. Bei der Wortlautauslegung stützt er sich darauf, dass § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG auch verbietet, Fortpflanzungs- oder Ruhestätten aus der Natur zu entnehmen; es liege mithin nahe, dass es sich um einen Gegenstand handeln muss, der entnommen werden kann, wie einzelne Nester oder Höhlenbäume.⁹⁷⁰ Einer solchen „formellen“ Auffassung ist jedoch jüngst der Gerichtshof der Europäischen Union entgegengetreten, der eine Auslegung des in Art. 12 Abs. 1 Buchst. d FFH-RL enthaltenen Begriffs „Fortpflanzungsstätte“ dahingehend, dass er nur die Baue des Feldhamsters umfasse, verneint hat.⁹⁷¹ Dies

⁹⁶⁹ *Fellenberg*, Artenschutzrecht, in: Kerkmann/Fellenberg, Naturschutzrecht in der Praxis, 3. Aufl. 2021, § 10 Rn. 133.

⁹⁷⁰ BVerwG, Urteil vom 18.03.2009 – 9 A 39.07, juris Rn. 66; BVerwG, Urteil vom 13.05.2009 – 9 A 73.07 –, juris Rn. 90; BVerwG, Urteil vom 28.03.2013 – 9 A 22.11, juris Rn. 118; BVerwG, Urteil vom 06.11.2013 – 9 A 14.12, juris Rn. 114.

⁹⁷¹ EuGH, Urteil vom 28.10.2021 – C-357/20, curia (vgl. die Zusammenfassung im Repertorium).

könne nämlich dazu führen, dass Flächen, die für die Fortpflanzung und die Geburt der Jungtiere der geschützten Tierart erforderlich sind, vom Lebenstätten-Schutz ausgenommen werden, da sie sich im Umfeld dieser Baue befinden können. Bei einer formellen Auslegung, welche nur die Baue erfasse, wäre nicht gewährleistet, dass wichtige Teile des Lebensraums dieser Tierart so erhalten werden, dass diese die für die Fortpflanzung erforderlichen Bedingungen vorfinden kann.⁹⁷² Damit ist die Frage nach der räumlichen Abgrenzung des Begriffs „Fortpflanzungs- und/oder Ruhestätte“ (§ 44 Abs. 1 Nr. 3 und § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 BNatSchG) im Lichte der EU-Naturschutzrichtlinien aufgeworfen.

Da die FFH-Richtlinie keine Legaldefinition des Begriffspaars bietet, muss sich die Auslegung an der ökologischen Funktionalität ausrichten,⁹⁷³ wobei dies nicht mit dem Aktionsradius der Art verwechselt werden darf, der erst auf der zweiten Stufe der Prüfung bei § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 BNatSchG zu betrachten ist. Die funktionale Betrachtung kommt in der Feldhamster-Entscheidung des EuGH klar zum Ausdruck:

„der Begriff ‚Fortpflanzungsstätte‘ [ist] dahin zu verstehen ist, dass er alle Gebiete umfasst, die erforderlich sind, damit sich die betreffende Tierart erfolgreich fortpflanzen kann, einschließlich des Umfelds der Fortpflanzungsstätte.“⁹⁷⁴

Als Fortpflanzungsstätte sind demgemäß alle Orte im Gesamtlebensraum eines Tieres geschützt, die im Verlauf des Fortpflanzungsgeschehens benötigt werden. Als Fortpflanzungsstätten gelten z. B. Balzplätze, Paarungsgebiete, Neststandorte, Brutplätze oder -kolonien sowie Wochenstubenquartiere.⁹⁷⁵ Bei Schmetterlingen sind der Platz der Eiablage- und Raupenentwicklung sowie der Platz der Verpuppung und des Schlupfes für die Fortpflanzung wesentlich;⁹⁷⁶ was zu einer großräumigeren Abgrenzung führen kann, wenn von einem Teil der Raupen zwischen Eiablage- und Verpuppungsplatz arttypischerweise Wanderdistanzen zwecks Risikostreuung zurückgelegt werden – wie etwa von über 100 m von Raupen des Nachtkerzenschwärmers.⁹⁷⁷ Damit der Lebenstättenschutz kein unverhältnismäßiges Planungshindernis wird, stellt sich die Frage nach der räumlichen Abgrenzung bei Arten, die einen weiten Aktionsradius

⁹⁷² EuGH, Urteil vom 28.10.2021 – C-357/20, curia Rn. 25.

⁹⁷³ EU-Kommission, Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse, 2021, S. 38: „Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe d sollte deshalb so verstanden werden, dass er darauf abzielt, die kontinuierliche ökologische Funktionalität dieser Stätten zu schützen, sodass sie fortlaufend alles bieten, was für den Fortpflanzungserfolg und die ungestörte Rast der Tiere erforderlich ist.“

⁹⁷⁴ EuGH, Urteil vom 28.10.2021 – C-357/20, curia Rn. 27.

⁹⁷⁵ EuGH, a.a.O., curia Rn. 26. So auch die Rspr. in NRW unter Rückgriff auf die VV-Artenschutz: OVG NRW, Urteil vom 05.02.2021 – 11 D 13/18.AK, juris Rn. 221; VG Minden, Urteil vom 19.02.2020 – 11 K 1015/19, juris Rn. 161; OVG NRW, Urteil vom 29.03.2017 – 11 D 70/09.AK, juris Rn. 856.

⁹⁷⁶ OVG Sachsen, Urteil vom 15.12.2011 – 5 A 195/09, juris Rn. 617 („auch Eiablage-, Verpuppungs- und Schlupfplätze“).

⁹⁷⁷ Trautner/Hermann, Nachtkerzenschwärmer und Artenschutzrecht, NuLP 2011, S. 343 (345).

haben. Einen Ansatzpunkt, den die FFH-Richtlinie selbst dazu bietet, findet sich bei den Vorgaben zur Gebietsauswahl in Art. 4 Abs. 1 FFH-RL. Danach sollen bei Tierarten, die große Lebensräume beanspruchen, die Orten im natürlichen Verbreitungsgebiet dieser Arten in die FFH-Gebietskulisse einbezogen werden, welche die für ihr Leben und ihre Fortpflanzung ausschlaggebenden physischen und biologischen Elemente aufweisen. Ein entsprechender Hinweis findet sich im neuen Leitfaden der EU-Kommission zum Artenschutzrecht:

„Hier wäre es möglicherweise ratsam, die Definition von Fortpflanzungs- und Ruhestätten auf ein klar abgrenzbares Gebiet zu beschränken, z. B. auf die Quartiere von Fledermäusen, die Winterruhehöhlen von Bären, Baue von Fischottern oder andere Flächen, die eindeutig als wichtig für die Fortpflanzung oder das Ruhen identifiziert werden können.“⁹⁷⁸

Vor dem Hintergrund von Art. 5 Abs. 4 EUV und zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen innerhalb der FFH-Richtlinie ließe sich die Formel aufstellen: *Je größer die Lebensraumansprüche einer Art sind, desto eher ist es gerechtfertigt, eine formelle Abgrenzung der Fortpflanzungs- und Ruhestätten vorzunehmen.* Oder umgekehrt im Hinblick auf die zitierte Feldhamster-Entscheidung des EuGH: *Je kleinräumiger die Lebensraumansprüche einer Art sind, desto eher bedarf es einer funktionellen Abgrenzung der Fortpflanzungs- und Ruhestätten.*

Da es auf die ökologische Funktionalität ankommt, sind nicht nur natürliche, sondern auch künstlich geschaffene Fortpflanzungs- und Ruhestätten (wie Mehlschwalbenkunnester, Haselmaustubes, Fledermauskästen usw.) geschützt.

Entsprechend der funktionalen Abgrenzung umfassen die Ruhestätten alle Orte, die ein Tier regelmäßig zum Ruhen oder Schlafen aufsucht oder an die es sich zu Zeiten längerer Inaktivität zurückzieht. Als Ruhestätten gelten z. B. Schlaf-, Mauser- und Rastplätze, Sonnenplätze, Schlafbaue oder -nester, Verstecke und Schutzbauten sowie Winterquartiere.⁹⁷⁹

Nahrungs- und Jagdbereiche sowie Flugrouten und Wanderkorridore unterliegen als solche hingegen nicht dem Beschädigungsverbot von Fortpflanzungs- und Ruhestätten. In der Fachliteratur wird darauf hingewiesen, dass ihre Beschädigung im Einzelfall aber dann tatbestandsmäßig sein kann, wenn dadurch die Funktion der Fortpflanzungs- oder Ruhestätte vollständig entfällt;⁹⁸⁰ es wird insoweit der Terminus *„essentielle Habitatbestandteile“*⁹⁸¹ verwendet. Jedoch findet sich auch in den diesen Gedanken

⁹⁷⁸ EU-Kommission, Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse, 2021, S. 42.

⁹⁷⁹ So die oben zitierte Rspr. in NRW unter Rückgriff auf die VV-Artenschutz.

⁹⁸⁰ *Fellenberg*, Artenschutzrecht, in: Kerkmann/Fellenberg, Naturschutzrecht in der Praxis, § 10 Rn. 125; *Heugel*, in: Lütkes/Ewer, BNatSchG, 2. Aufl. 2018, § 44 Rn. 17 (m.w.N.).

⁹⁸¹ *Wulfert et al.*, Standardisierungspotenzial im Bereich der arten- und gebietsschutzrechtlichen Prüfung, 2015, S. 106.

aufgreifenden Gerichtsentscheidungen kein Hinweis darauf, dass ein solcher Fall bereits einmal festgestellt worden wäre.⁹⁸²

Die zeitliche Abgrenzung einer Fortpflanzungs- oder Ruhestätte ist geklärt. § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG betrifft in zeitlicher Hinsicht primär die Phase aktueller Nutzung der Lebensstätte.⁹⁸³ Potentielle Lebensstätten fallen – in Einklang mit § 39 Abs. 6 BNatSchG, der ebenfalls nur tatsächlich als Fledermaus-Winterquartier genutzte Räume erfasst – nicht unter den Schutz des § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG.⁹⁸⁴ Unter Berücksichtigung des verfolgten Zwecks der Regelung, die Funktion der Lebensstätte für die geschützte Art zu sichern, ist dieser Schutz zeitlich auch auf Abwesenheitszeiten auszudehnen, sofern nach den Lebensgewohnheiten der Art eine regelmäßig wiederkehrende Nutzung zu erwarten ist.⁹⁸⁵ Beispiele hierfür wären etwa der fischfreie Teich, der im Frühjahr und Sommer als Laichplatz von Amphibien fungiert, die löchrige Hauswand, die dem langstreckenziehenden Mauersegler von Mai bis Juli als Niststätte dient oder das althehrwürdige Kirchturmgebälk, das über den Sommer eine Wochenstubenkolonie des Großen Mausohrs beherbergt.

Umstritten ist, ob das Verbot des Beschädigens zwingend einen physischen Eingriff bzw. eine Substanzveränderung voraussetzt.⁹⁸⁶ Die FFH-Richtlinie bietet keine Legaldefinition des Begriffs „Beschädigen“. Die obergerichtliche Rechtsprechung lässt mittelbare Einflüsse, wie etwa Lärm, der zur Aufgabe des Brutplatzes führt, nicht ausreichen, sondern ordnet sie allein dem Tatbestand des § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG (Störungsverbot) zu.⁹⁸⁷ Die EU-Kommission steht hingegen auf dem Standpunkt, dass etwa auch Lichtverschmutzungen zu einer Beschädigung von Fortpflanzungs- und Ruhestätten führen können.⁹⁸⁸ Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Frage, die letztlich die Richtlinienauslegung betrifft und damit an den Gerichtshof der Europäischen Union zu richten wäre, offengelassen.⁹⁸⁹

Da Art. 12 Abs. 1 Buchst. d FFH-RL entsprechend seinem Wortlaut („jede Beschädigung“) weit auszulegen ist und die Norm eine kontinuierliche Funktionalität bestehender Fortpflanzungs- und Ruhestätten intendiert,⁹⁹⁰ kommt es auf die Wirkung,

⁹⁸² Vgl. OVG Sachsen, Urteil vom 15.12.2011 – 5 A 195/09, juris Rn. 617; VG Minden, Urteil vom 19.02.2020 – 11 K 1015/19, juris Rn. 161.

⁹⁸³ BVerwG, Urteil vom 09.11.2017 – 3 A 4.15, juris Rn. 50.

⁹⁸⁴ VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 29.11.2016 – 5 S 2137/16, juris Rn. 14.

⁹⁸⁵ BVerwG, Urteil vom 06.11.2013 – 9 A 14/12, juris Rn. 114.

⁹⁸⁶ *Fellenberg*, Artenschutzrecht, in: Kerkmann/Fellenberg, Naturschutzrecht in der Praxis, 3. Aufl. 2021, § 10 Rn. 132.

⁹⁸⁷ OVG Hamburg, Urteil vom 18.06.2020 – 1 Bf 484/19, juris Rn. 64 („körperliche Einwirkung auf die Ruhe- oder Fortpflanzungsstätte“); OVG Niedersachsen, Urteil vom 01.12.2015 – 4 LC 156/14, juris Rn. 63; OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 14.10.2014 – 8 C 10233/14, juris Rn. 68.

⁹⁸⁸ EU-Kommission, Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse, 2021, S. 44.

⁹⁸⁹ BVerwG, Urteil vom 12.08.2009 – 9 A 64.07, juris Rn. 72.

⁹⁹⁰ EU-Kommission, Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse, 2021, S. 38.

nicht die Art des Eingriffs an, wie aus Schlussanträgen der Generalanwältin *Kokott* hervorgeht:

*„Der Schutz von Fortpflanzungs- und Ruhestätten muss gewährleisten, dass sie ihren Beitrag zur Bewahrung oder Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustandes der betreffenden Art leisten können. Die Kommission bezeichnet dies als die Sicherung ihrer fortdauernden ökologischen Funktionalität. ... Als Beschädigung oder Vernichtung sind daher Verhaltensweisen zu verstehen, die diese Funktionalität beeinträchtigen oder beseitigen.“*⁹⁹¹

Dieser abermals funktionalen, Betrachtungsweise hat sich der EuGH angeschlossen, indem er auch eine schleichende Verschlechterung der ökologischen Funktionalität als tatbestandsmäßig ansieht; der Begriff der „Beschädigung“ erfasse bereits nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch einen bloß graduellen, schrittweisen Rückgang der Funktionalität.⁹⁹² Der EuGH spricht ganz allgemein von „*menschlichen Aktivitäten*“⁹⁹³, die das Verbot des Art. 12 Abs. 1 Buchst. d FFH-RL auslösen können. Tatbestandsmäßig sei daher eine „*Handlung, die zu einer Verschlechterung der Fortpflanzungs- oder Ruhestätte führt*“⁹⁹⁴. In unionsrechtskonformer Auslegung von § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG werden von dem Verbot der Beschädigung von Fortpflanzungs- oder Ruhestätten daher sämtliche die Stätte defunktionalisierende Maßnahmen erfasst.⁹⁹⁵

3.6.2 Ökologische Funktionalität und CEF-Maßnahmen

An einem Verstoß gegen § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG fehlt es gemäß § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 BNatSchG, wenn die ökologische Funktion der von dem Eingriff oder Vorhaben betroffenen Fortpflanzungs- und Ruhestätten im räumlichen Zusammenhang weiterhin erfüllt wird, wofür gemäß § 44 Abs. 5 Satz 3 BNatSchG vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen (sog. CEF-Maßnahmen) festgelegt werden können.

Die ökologische Funktion wird weiterhin erfüllt, wenn die erforderlichen Habitatstrukturen in gleicher Qualität und Größe erhalten bleiben bzw. nachgewiesen werden.⁹⁹⁶ Mit dem Begriff „im räumlichen Zusammenhang“ sind Flächen gemeint, die in einer funktionalen Beziehung zur betroffenen Lebensstätte stehen und entsprechend dem artenspezifischen Aktionsradius erreichbar sind.⁹⁹⁷ Bei CEF-Maßnahmen handelt

⁹⁹¹ Schlussanträge GAIN *Kokott* vom 20.01.2011 – C-383/09, curia Rn. 34 und 49.

⁹⁹² EuGH, Urteil vom 28.10.2021 – C-357/20, curia Rn. 47 f.

⁹⁹³ EuGH, a.a.O., curia Rn. 52.

⁹⁹⁴ EuGH, a.a.O., curia Rn. 51.

⁹⁹⁵ Vgl. *Wulfert et al.*, Standardisierungspotenzial im Bereich der arten- und gebietsschutzrechtlichen Prüfung, 2015, S. 104 („*Es empfiehlt sich daher ein eher weites Verständnis...*“).

⁹⁹⁶ *Runge et al.*, Wirksamkeit von Maßnahmen des Artenschutzes, 2010, S. 15 f.

⁹⁹⁷ *Wulfert et al.*, a.a.O., S. 110 unter Bezugnahme auf die LANA-Hinweise von 2010 zu den unbestimmten Rechtsbegriffen.

es sich um aktiv lebensstättenschaffende Maßnahmen,⁹⁹⁸ wie z. B. das Fräsen einer Baumhöhle.

Das praktisch bedeutsame Instrument der CEF-Maßnahmen basiert nicht auf Vorschriften in den europäischen Naturschutzrichtlinien, sondern ist als Vollzugshilfe von der EU-Kommission im ersten Leitfaden zum Artenschutzrecht 2007 entwickelt worden,⁹⁹⁹ vor allem für Tiere mit kleinem Aktionsradius, wie der neue Leitfaden von 2021 klarstellt.¹⁰⁰⁰ Das von Art. 12 Abs. 1 FFH-RL geforderte strenge Schutzsystem steht der Beschädigung von Fortpflanzungs- oder Ruhestätten dann nicht entgegen, wenn rechtzeitig Maßnahmen getroffen werden, die ihre Funktion erhalten. Nach der Definition der „funktionserhaltenden Maßnahmen“ in dem Leitfaden der EU-Kommission müssen CEF-Maßnahmen sicherstellen, dass es zu keinem Zeitpunkt zu einer Reduzierung oder einem Verlust der ökologischen Funktionalität dieser Stätten kommt. Wird dies gewährleistet und werden die entsprechenden Vorgänge von den Behörden kontrolliert und überwacht, ist eine Ausnahme nach Art. 16 Abs. 1 FFH-RL nicht erforderlich.¹⁰⁰¹

CEF-Maßnahmen rechtfertigen sich demnach durch ihre insgesamt positive Auswirkung auf die betroffene Art, müssen dafür aber sicherstellen, dass Funktion und Qualität des Gebiets nicht beeinträchtigt werden und sie müssen überwacht werden.

Um den vollen Funktionserhalt gewährleisten zu können und damit die Verwirklichung des Zugriffsverbots zu verhindern, müssen CEF-Maßnahmen im Zeitpunkt des Eingriffs wirksam sein.¹⁰⁰² Die Vermeidung eines sog. „time-lag“ stellt eine der wesentlichen Schwierigkeiten bei ihrer Ausgestaltung dar, zumal Prognoseunsicherheiten bestehen.¹⁰⁰³ Das gilt selbst für solche Maßnahmen, deren Eignung grundsätzlich als „sehr hoch“ eingeschätzt wird, weil ihre Entwicklungszeit maximal fünf Jahre dauert.¹⁰⁰⁴ Drei, vier oder fünf Jahre Vorlaufzeit dürften bei einem privaten Vorhaben, etwa einer energetischen Gebäudesanierung, jedoch eher die Ausnahme als die Regel darstellen. So stellt sich die Frage nach der ausreichenden Ausgestaltung einer CEF-Maßnahme, um Unsicherheiten¹⁰⁰⁵ und Wirksamkeitsverzögerungen, etwa bei der

⁹⁹⁸ VG Aachen, Beschluss vom 12.03.2021 – 6 L 417/20, juris Rn. 202 („*CEF-Maßnahmen ... zielen als ‚aktiv biotopschaffende Maßnahmen‘ darauf, die ökologische Funktionsfähigkeit von Lebensstätten geschützter Arten zu wahren...‘*“).

⁹⁹⁹ EU-Kommission, Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse, 2007, S. 53-55.

¹⁰⁰⁰ EU-Kommission, Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse, 2021, S. 47.

¹⁰⁰¹ EU-Kommission, a.a.O., S. 46.

¹⁰⁰² Runge et al., Wirksamkeit von Maßnahmen des Artenschutzes, 2010, S. 41.

¹⁰⁰³ Fellenberg, Artenschutzrecht, in: Kerkmann/Fellenberg, Naturschutzrecht, § 10 Rn. 139.

¹⁰⁰⁴ Zur Eignungseinschätzung siehe Runge et al., Wirksamkeit von Maßnahmen des Artenschutzes, 2010, S. 42; Lüttmann et al., Wirksamkeit und Monitoring von Artenschutzmaßnahmen, NuLP 2019, S. 78 (79).

¹⁰⁰⁵ Zu der bspw. schwierigen Abschätzung einer Zauneidechsenpopulation siehe oben Abschnitt 3.2.6.

Annahme von Fledermauskästen, durch einen „Überschuss“ an Maßnahmen bzw. Maßnahmenfläche zu begegnen sowie die Dauer ihrer Erhaltung.

Grundsätzlich gilt, dass eine CEF-Maßnahme mindestens in demselben Umfang erfolgen muss, in dem Lebensstätten vorhabenbedingt beschädigt werden.¹⁰⁰⁶ *Schneider* macht diesbezüglich darauf aufmerksam, dass man den Eingriff nicht mit der überbauten Fläche gleichsetzen dürfe, sondern auch den lärmgestörten Korridor einzubeziehen habe.¹⁰⁰⁷ Diese naturschutzfachliche Position setzt freilich voraus, dass man auch unkörperliche Einwirkungen als Beschädigung im Sinne von § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG ansieht.¹⁰⁰⁸

Bei der Vorgabe der Flächenäquivalenz handelt es sich ohnehin mehr um einen Ausgangspunkt als um einen Grundsatz im eigentlichen Sinne, denn die Grundlage für die Dimensionierung der CEF-Maßnahmen bildet eine einzelfallspezifische Maßnahmenplanung.¹⁰⁰⁹ *Lüttmann* plädiert ausgehend von einem 1:1-Verhältnis für eine Einzelfallbetrachtung, die entsprechend § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 BNatSchG („im räumlichen Zusammenhang“) die Vernetzung (reduzierend) bzw. die Isolation (vergrößernd) betrachtet:

„In den Artensteckbriefen des Artenschutzmaßnahmen-Leitfadens von NRW ist der Wirksamkeitsgrad einer Maßnahme gekoppelt an die Mindestflächengröße für ein neues Habitat. Die Minimalanforderungen an eine Fläche können im konkreten Fall höher sein, wenn die Maßnahmenfläche mangels Verbindungselementen zu anderen Habitaten isoliert ist. Gerade in einem solchen Fall kann ein Ausgleich in demselben Umfang, wie Lebensstätten vorhabenbedingt verloren gehen, nicht ausreichend sein. Umgekehrt ist beispielsweise bei CEF-Maßnahmen für die Feldlerche die Ackerrandlänge ein maßgebliches Kriterium, weshalb man durch das Anlegen kleiner Äcker und vieler Wege mit Wegrändern im Einzelfall unterhalb eines 1:1-Ausgleichs bleiben kann.“¹⁰¹⁰

In dem angesprochenen Artenschutzmaßnahmen-Leitfaden von NRW¹⁰¹¹ werden für 102 Arten vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen in 98 Maßnahmentypen bzw. 319 Einzelmaßnahmen beschrieben und in Bezug auf ihre Prognosesicherheit bewertet.¹⁰¹² Ein Standardisierungspotential, das darüberhinaus geht, besteht nicht.¹⁰¹³

¹⁰⁰⁶ *Meßerschmidt*, Bundesnaturschutzrecht, 153. EL 2021, § 44 Rn. 145.

¹⁰⁰⁷ Hinweis von *Schneider* im Rahmen des Experteninterviews vom 12.09.2017.

¹⁰⁰⁸ Siehe zu dieser umstrittenen Frage oben Abschnitt 3.6.2.

¹⁰⁰⁹ *Runge et al.*, Wirksamkeit von Maßnahmen des Artenschutzes, 2010, S. 39 („detaillierte einzelfallspezifische Eingriffs-/Ausgleichsbilanz“).

¹⁰¹⁰ Hinweis von *Lüttmann* im Rahmen des Experteninterviews vom 11.08.2017.

¹⁰¹¹ *Lüttmann et al.*, Leitfaden „Wirksamkeit von Artenschutzmaßnahmen“, 2013. Die vorgezogenen Ausgleichsmaßnahmen können artengruppenbezogen und sodann artenspezifisch im LANUV-Portal „Geschützte Arten in Nordrhein-Westfalen“ abgerufen werden, online im Internet: <https://artenschutz.naturschutzinformationen.nrw.de/artenschutz/de/massn/gruppe> (zuletzt abgerufen am 15.02.2022).

¹⁰¹² *Lüttmann et al.*, Wirksamkeit und Monitoring von Artenschutzmaßnahmen, NuLP 2019, S. 78 (79).

¹⁰¹³ So *Wulfert et al.*, Standardisierungspotenzial im Bereich der arten- und gebietsschutzrechtlichen Prüfung, 2015, S. 116

CEF-Maßnahmen müssen gemäß ihrer Definition als verbotseintrittsvermeidende Maßnahmen ihre Funktion solange erfüllen, wie die vorhabenbedingte Beeinträchtigung wirksam ist. Ob daraus die Pflicht zur dauerhaften Sicherung und ggf. sogar Betreuung von Maßnahmen resultieren kann, ist umstritten. Dabei geht es um die Frage einer dauerhaften rechtlichen Sicherung der Maßnahme einerseits und einem dauerhaften tatsächlichen Erhalt der Maßnahme andererseits.¹⁰¹⁴ Während in dem Artenschutzmaßnahmen-Leitfaden von NRW auf eine solche mögliche Verpflichtung hingewiesen wird,¹⁰¹⁵ ist das OVG Niedersachsen der Auffassung, § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 und Satz 3 BNatSchG enthalte „keine strikte Forderung, die funktionserhaltende Maßnahme dauerhaft und ‚bis in alle Ewigkeit‘ zu sichern“¹⁰¹⁶.

CEF-Maßnahmen bedürfen einer auf die Dauer der vorhabenbedingten Wirkungen angelegten rechtlichen Absicherung der Flächenverfügbarkeit und -nutzbarkeit für den Artenschutz, sodass die rechtliche Sicherung bei einer Inanspruchnahme durch Bebauung auf der Grundlage eines unbefristeten Bebauungsplans¹⁰¹⁷ bzw. bei einer straßenrechtlichen Fachplanung¹⁰¹⁸ ebenfalls unbefristet sein muss, etwa durch das Eigentum des Vorhabenträgers oder der öffentlichen Hand an den Maßnahmenflächen und Sicherung der Grundstücksnutzung für den Artenschutz durch Eintragung einer Dienstbarkeit in das Grundbuch.

Was den tatsächlichen Erhalt der CEF-Maßnahme angeht, so gibt *Schneider* im Rahmen des Experteninterviews aus planungspraktischer Perspektive die Vorgehensweise des Landesbetriebs Mobilität Rheinland-Pfalz wieder und weist darauf hin, dass der tatsächliche Erhalt die eigentliche Herausforderung darstelle:

CEF- und FCS-Maßnahmen müssen ihre Funktion solange erfüllen, wie die vorhabenbedingte Beeinträchtigung wirksam ist. Unmögliches kann aber nie verlangt werden. Möglich ist eine unbefristete Grunddienstbarkeit für die Naturschutz-Nutzung des jeweiligen Grundstücks im Grundbuch eintragen zu lassen. Bei der Planung von dauerhaften Maßnahmen legt der LBM in Absprache mit dem Umweltministerium von Rheinland-Pfalz einen Zeithorizont von 99 Jahren zugrunde. Außerdem ist der LBM stets bestrebt, Artenschutzmaßnahmen primär auf Flächen im Eigentum der Bundes- oder Landesstraßenverwaltung umzusetzen. Grundsätzlich muss man den Blick auf die Maßnahmenbetreuung nach der Planung schärfen, wie interne Überprüfungen zeigen.“¹⁰¹⁹

¹⁰¹⁴ Kratsch, in: Schumacher/Fischer-Hüftle, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 44 Rn. 68.

¹⁰¹⁵ Lüttmann et al., Leitfaden „Wirksamkeit von Artenschutzmaßnahmen“, 2013, S. 36: „Dies kann eine langfristige, unter Umständen dauerhafte Sicherung und Betreuung von Maßnahmen / Flächen durch den Vorhabenträger über geeignete Instrumente (z. B. Ankauf, Grundbucheintragungen, vertragliche Vereinbarungen) erforderlich machen.“

¹⁰¹⁶ OVG Niedersachsen, Urteil vom 31.07.2018 – 7 KS 17/16, juris Rn. 317.

¹⁰¹⁷ VGH Hessen, Urteil vom 25.06.2009 – 4 C 1347/08.N, juris Rn. 55: „Wenn Maßnahmen zum Ausgleich von Eingriffen in Natur und Landschaft durch Bebauungspläne nicht lediglich zeitlich befristet gesichert werden dürfen ..., kann für artenschutzrechtliche Ausgleichsmaßnahmen nichts anderes gelten.“

¹⁰¹⁸ Kratsch, in: Schumacher/Fischer-Hüftle, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 44 Rn. 68.

¹⁰¹⁹ Hinweis von *Schneider* im Rahmen des Experteninterviews vom 12.09.2017.

Aus der rechtlichen Perspektive heraus betrachtet, gibt *Lau* jedoch zu bedenken, dass bei CEF-Maßnahmen Verhältnismäßigkeitserwägungen keine Rolle spielen dürften:

„Bei CEF-Maßnahmen, also auf der Ebene des Zugriffsverbots und nicht der Ausnahme, dürften Verhältnismäßigkeitserwägungen keine Rolle spielen. Dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit trägt im Artenschutzrecht die nachgelagerte Ebene der Ausnahme im Einzelfall Rechnung. Auf der Tatbestandsebene kommt es darauf an, den status quo zu halten ... Insbesondere wenn ein qualitativer Ersatz für einen quantitativen Flächenverlust geschaffen wird (Ausgleichsfläche kleiner aber mit besserer Qualität als Eingriffsfläche), kommt man regelmäßig um eine dauerhafte Pflege artenschutzrechtlich nicht umhin.“¹⁰²⁰

Der Ausgangspunkt ist unstrittig. Es geht darum, den status quo zu erhalten.¹⁰²¹ Daraus leitet das Oberverwaltungsgericht Niedersachsen ab:

„Geht es damit allein um die Bewahrung der vorgefundenen Situation, muss die funktionserhaltende Maßnahme die Qualität des (Ersatz-)Habitats nicht länger gewährleisten, als sie bei natürlichem Verlauf gegeben wäre. Die Gestaltung einer CEF-Maßnahme kann sich danach im Einzelfall auch an der zeitlichen Limitierung der Habitataeignung im Eingriffsbereich orientieren.“¹⁰²²

Dabei übersieht das Oberverwaltungsgericht jedoch den handlungsbezogenen Charakter der Zugriffsverbote. Wegen ihres ordnungsrechtlichen Wesens bedürfen verbotsausschließende Maßnahmen einer Wirkungsdauer, die der Dauer der vorhabenbedingten Wirkungen entspricht. Gerade wenn ein qualitativer Ersatz für einen quantitativen Flächenverlust geschaffen wird, geht es nicht mehr allein um die Bewahrung der vorgefundenen Situation, sondern um eine aktiv neu geschaffene Situation. Bei Entwicklungsmaßnahmen im Grünland hängt die Funktionsfähigkeit der Maßnahme in der Regel von einer regelmäßigen Pflege ab.¹⁰²³ Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit kann einem privaten Vorhabenträger jedoch nicht zugemutet werden, eine Artenschutzmaßnahme dauerhaft zu unterhalten. Der Referenzmaßstab ist jedoch kein tatsächlicher, wie das Oberverwaltungsgericht meint („zeitlichen Limitierung der Habitataeignung“), sondern ein rein rechtlicher (Beschränkung der Unionsmaßnahmen durch Art. 5 Abs. 4 EUV und Schutz des Eigentums Privater durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG), der in Anlehnung an die Kompensationsverordnungen der Länder bei 30 Jahren gezogen werden kann.¹⁰²⁴ Die entsprechende Befristung der Pflegeverträge (nicht der dinglichen Sicherung) bei Maßnahmen, die einer dauerhaften

¹⁰²⁰ Hinweis von *Lau* im Rahmen des Experteninterviews vom 15.08.2017.

¹⁰²¹ OVG Niedersachsen, Urteil vom 31.07.2018 – 7 KS 17/16, juris Rn. 317: „Die Konzeption der vorgezogenen Ausgleichsmaßnahme hat sich danach an dem Erhalt des status quo der Eingriffsfläche auszurichten.“

¹⁰²² OVG Niedersachsen, Urteil vom 31.07.2018 – 7 KS 17/16, juris Rn. 317.

¹⁰²³ *Lüttmann et al.*, Wirksamkeit und Monitoring von Artenschutzmaßnahmen, NuLP 2019, S. 78 (82).

¹⁰²⁴ Vgl. § 2 Abs. 9 HKompV (mindestens 30 Jahre) und § 10 Abs. 1 BayKompV (in der Regel nicht länger als 25 Jahre).

Unterhaltung bedürfen, um die Funktionalität aufrechtzuerhalten, ist gemessen an dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, nicht zu beanstanden und bewirkt keine Disfunktionalisierung. Denn nach dem Auslaufen der Pflegemaßnahme aus Verhältnismäßigkeitsgründen wechselt die Unterhaltungslast vom Verursacherprinzip in das Gemeinlastprinzip und somit in die staatliche Verantwortung und Bewirtschaftungsaufgabe nach § 38 Abs. 2 BNatSchG, der ausdrücklich auf die Lebensstätten der unionsrechtlich geschützten Arten Bezug nimmt.¹⁰²⁵

3.6.3 Sonderfall: gebäudebewohnende Arten

Aufgrund von Umbaumaßnahmen, energetischen Fassadensanierungen oder auch schlicht, weil sich mancher Hausbesitzer am Kot der Vögel stört, zählt der Schutz von Brutplätzen in und an Gebäuden zu den regelmäßigen Fällen, mit denen sich Naturschutzbehörden konfrontiert sehen. Es hat sich noch keine einheitliche Vollzugspraxis für ein rechtssicheres Abarbeiten des Artenschutzes beim unvermeidlichen Zugriff auf Nester von Gebäudebrütern herausgebildet.

Eine erste Besonderheit beim Lebensstättenschutz von Gebäudebrütern stellt es dar, dass es rechtlich keine Rolle spielt, wenn in Bundesländern sog. „planungsrelevante Arten“ naturschutzfachlich bestimmt worden sind, wonach für einzelne Allerweltsarten eine artenschutzrechtliche Prüfung entbehrlich ist – wie etwa in Nordrhein-Westfalen bezüglich des Haussperlings und des Hausrotschwanzes. Zweck dieser rein naturschutzfachlichen Leitlinie für Zulassungsverfahren stellt es dar, Vorhabenträger und Planer vor einem unverhältnismäßigen Aufwand bei der Bestandserfassung und -bewertung zu bewahren. Beim Gebäudebrüterschutz ist hingegen sowohl der Erfassungsraum als auch das Artenspektrum (Mauersegler, Rauch- und Mehlschwalbe, Hausrotschwanz, Haussperling, Feldsperling, Dohle, Turmfalke, Wanderfalke sowie Schleiereule) von vornherein sehr eng abgegrenzt. Daher bedarf der pauschale Schutz sämtlicher europäischer Wildvogelarten und ihrer Lebensstätten durch die Zugriffsverbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG keiner Einschränkung aus Gründen der Verhältnismäßigkeit. Sollen also beispielsweise bei einer Gebäudesanierung Nischen in der Hauswand, die der Haussperling als Brutstätte nutzt, verfüllt werden, so bedarf es rechtlich einer Prüfung, ob gegen die Zugriffsverbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG in Bezug auf den Spatz verstoßen würde und welche Maßnahmen zur Vermeidung bzw. zum Ausgleich ergriffen werden müssten.

Weil der Begriff „Fortpflanzungs- oder Ruhestätte“ funktional ausgelegt wird, gilt es eingangs zweitens hervorzuheben, dass der Lebensstättenschutz nicht nur natürliche Nester, sondern auch genutzte Nisthilfen, z. B. künstliche Mehlschwalbennester aus Holzbeton, erfasst.¹⁰²⁶ Auch Reste von Schwalbennestern fallen unter den Lebensstättenschutz, weil Reste von Schwalbennestern den Ansatzpunkt („Grundstein“) für

¹⁰²⁵ Vgl. dazu den Hinweis von *Lau* im Rahmen des Experteninterviews vom 15.08.2017.

¹⁰²⁶ Siehe oben Abschnitt 3.6.1.

den Wiederaufbau des Nestes bzw. die Anknüpfungsstelle für eine Wiederbesiedlung bilden.¹⁰²⁷

Wie bereits oben dargestellt worden ist, sind Fortpflanzungsstätten brutplatztreuer Arten auch während der winterlichen Abwesenheit geschützt.¹⁰²⁸ Es gilt demzufolge drittens beim Gebäudebrütterschutz auch auf die Brutplatztreue der einzelnen Arten zu achten. Mauersegler haben eine enge Bindung an ihre Nistplätze;¹⁰²⁹ ihre Brutplätze unterliegen daher einem ganzjährigen Schutz. Gleiches gilt für Mehlschwalben, denn bestehende Kolonien werden oft über viele Jahre besiedelt, wobei Altnester bevorzugt werden.¹⁰³⁰ Auch Brutplätze der Rauchschnalben genießen während der Überwinterung Schutz, weil Altnester aus den Vorjahren nach Ausbessern wieder angenommen werden.¹⁰³¹ Ebenso gilt der Haussperling als Art mit hoher Orts- und Nistplatztreue,¹⁰³² weshalb mit der Wiederbesiedlung von Brutplätzen zumindest durch Artgenossen gerechnet werden muss.

Eine weitere Spezialfrage zum Gebäudebrütterschutz stellt die räumliche Abgrenzung von Lebensstätten der Schwalbenarten dar. Schwalben sind zum Nestbau auf Lehmputzen und Schlammstellen angewiesen. Es stellt sich daher die Frage, ob solche essentiellen Strukturen im Umfeld des Nistplatzes vom Begriff der Fortpflanzungsstätte bei einer weiten Auslegung umfasst sind. Weil, wie oben dargestellt, der schleichende Verfall vom Lebensstättenchutz erfasst wird,¹⁰³³ wie sich aus dem Tatbestand des Beschädigers (Art. 12 Abs. 1 Buchst. d FFH-RL) ergibt, gelangen gleichwohl die unterschiedlichen (formelle vs. funktionelle) Auffassungen zur räumlichen Abgrenzung von Fortpflanzungs- und Ruhestätten zu demselben Ergebnis: Wer räumlich nur die Nester und nicht die umliegenden Lehmputzen und Schlammstellen zur Fortpflanzungsstätte zählen will, der muss das Beschottern bzw. Asphaltieren der Lehmputzen und Schlammstellen als tatbestandsmäßige Beschädigungshandlung mit der Wirkung eines schleichenden Verfalls des Brutplatzes werten.¹⁰³⁴

¹⁰²⁷ Im Ergebnis ebenso VG Ansbach, Urteil vom 17.06.2010 – AN 5 K 10.00442, juris Rn. 19.

¹⁰²⁸ Siehe oben Abschnitt 3.6.1. Aus der Rechtsprechung prägnant bspw. BVerwG, Urteil vom 21.06.2006 – 9 A 28/05, juris Rn. 33: „Unter Brutstätten sind nicht nur von Vögeln gerade besetzte, sondern auch regelmäßig benutzte Brutplätze zu verstehen, selbst wenn sie während der winterlichen Abwesenheit von Zugvögeln unbenutzt sind“.

¹⁰²⁹ Richarz, Vögel in der Stadt, 2015, S. 16.

¹⁰³⁰ MKULNV, Geschützte Arten in NRW, 2015, S. 198.

¹⁰³¹ MKULNV, a.a.O., S. 197.

¹⁰³² LG Berlin, Urteil vom 09.07.2013 – 55 S 372/11, juris Rn. 12.

¹⁰³³ EuGH, Urteil vom 28.10.2021 – C-357/20, curia Rn. 47 f. Siehe oben Abschnitt 3.6.1.

¹⁰³⁴ Lau, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 44 Rn. 36: „Soweit aus naturschutzfachlicher Sicht auch das weitere Umfeld der eigentlichen Fortpflanzungs- oder Ruhestätte in den Blick zu nehmen ist, weil es elementar für den Bruterfolg oder die Rast ist, führt dies nicht zu einer Korrektur des rechtlichen Begriffs der Fortpflanzungs- und Ruhestätte. Vielmehr spielt dies erst bei der Frage eine Rolle, wodurch Fortpflanzungs- und Ruhestätten tatbestandsmäßig beeinträchtigt werden können.“

Ein Verstoß gegen den Lebensstättenschutz liegt nach der Rechtsprechung auch vor, wenn Brutplätze unbrauchbar gemacht werden, indem das Einflugloch in das Gebäude durch Netze oder Werbetafeln versperrt und damit dem Naturhaushalt entzogen wird.¹⁰³⁵ Da § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG die Beschädigung gleichsam wie eine Zerstörung verbietet, besteht für das Entfernen von Einzelnestern bei Kolonien von Mehlschwalben bzw. für das Unbrauchbarmachen von einzelnen Niststätten einer Mauerseglerkolonie keine Bagatellschwelle.

Noch nicht abschließend geklärt ist die Frage, ob bei Gebäudebrütern durch Maßnahmen der Verbotstatbestand des § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG in der Regel vermieden werden kann oder ob grundsätzlich eine artenschutzrechtliche Ausnahme bzw. Befreiung eingeholt werden sollte.¹⁰³⁶

Vermeidungsmaßnahmen sollen bereits den Eintritt des Zugriffsverbotes verhindern. Da jedes einzelne benutzte Quartier vor Beschädigung und Entnahme geschützt ist und die Quartiere bei einer energetischen Sanierung oder einem Ausbau meist nicht in der alten Form erhalten werden können,¹⁰³⁷ besteht beim Gebäudebrüterschutz kaum die Möglichkeit echter Vermeidungsmaßnahmen. Nach § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 BNatSchG liegt aber auch dann kein Verstoß gegen § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG vor, wenn dank funktionserhaltender Maßnahmen die ökologische Funktionalität der betroffenen Brutplätze im räumlichen Zusammenhang weiterhin erfüllt werden kann. Idealerweise hängt man Nisthilfen für Mauersegler und Schwalben direkt unter den Dachüberstand, dann besteht die beste Aussicht auf Besiedlung.¹⁰³⁸ Die für Mauersegler besten Lösungen sind Einbauten in Simskästen und Traufkästen unter der Dachrinne, indem diese Hohlräume gekammert und durch Einflugöffnungen zugänglich gemacht werden.¹⁰³⁹

Als rechtsunsicher erweist sich dieser Weg beim Gebäudebrüterschutz jedoch aus zwei Gründen: Erstens müssen CEF-Maßnahmen im Zeitpunkt der Durchführung des Zugriffs oder des Vorhabens (Umbau / energetische Sanierung) bereits wirksam sein.¹⁰⁴⁰ Dies ergibt sich eindeutig aus dem Wortlaut des § 44 Abs. 5 Satz 3 BNatSchG, der von „vorgezogenen Ausgleichsmaßnahmen“ spricht. Wenn man also während der winterlichen Abwesenheit der Schwalben bzw. Mauersegler erst die baulichen Maßnahmen vornimmt und im Anschluss daran für Ersatzquartiere sorgt, dann genügt dies nicht den Anforderungen nach § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 und Satz 3 BNatSchG. Um

¹⁰³⁵ Vgl. KG Berlin, Beschluss vom 04.05.2000 – 2 Ss 344/99 u. a., juris Rn. 17, bezüglich des Versperrens von Dohlennestern durch Werbeplakate; VG Berlin, Urteil vom 31.10.2001 – 1 A 274/96, NuR 2002, S. 311 ff., zum Verhängen von Mehlschwalbennestern mit Netzen.

¹⁰³⁶ Hinweis von *Gärtner* im Rahmen des Experteninterviews vom 30.03.2017.

¹⁰³⁷ *Weber*, Artenschutz an Gebäuden, Anliegen Natur 2013, S. 65, 67.

¹⁰³⁸ *Weber*, a.a.O., S. 65 (67).

¹⁰³⁹ *Richarz*, Vögel in der Stadt, 2015 S. 16 und 19.

¹⁰⁴⁰ *Heugel*, in: Lütkes/Ewer, BNatSchG, 2. Aufl. 2018, § 44 Rn. 50 mit Verweis auf die Gesetzesbegründung (BT-Drs. 16/5100 vom 25.04.2007, S. 23); *Louis*, Zugriffsverbote im Zulassungs- und Bauleitverfahren, NuR 2009, S. 91 (96 f.); OVG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 12.08.2013 – 1 LA 57/12, juris Rn. 72.

eine artenschutzrechtliche Ausnahme oder Befreiung kommt man aus der rechtlichen Perspektive in diesem Fall nicht herum, mag es naturschutzfachlich auch ausreichen, dass die Ersatznistplätze zeitlich erst nach Beendigung des Zugriffs, aber vor der Wiederkehr der Zugvögel in ihrer Funktion zur Verfügung stehen. Ferner ist der Weg über die Freistellungsklausel des § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 und Satz 3 BNatSchG auch dann unsicher, wenn vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen bei Zugriff auf Nistplätze von Mauerseglern und Schwalben im Umfeld umgesetzt werden sollen. Denn naturschutzfachlich gelten sie als ineffektiver als Ausgleichsmaßnahmen an gleicher Stelle; für möglichst hohe Chancen bei der Besiedlung stellt es stets die beste Lösung dar, Ersatzquartiere an Ort und Stelle zu schaffen.¹⁰⁴¹

Letztlich ist damit der Weg über den Freistellungstatbestand und das vorgezogene Bereitstellen alternativer Brutmöglichkeiten in der Umgebung allein bei Umbaumaßnahmen und Betroffenheit des Haussperlings sinnvoll,¹⁰⁴² weil Spatzen neue Brutmöglichkeiten sehr schnell entdecken.¹⁰⁴³ Verbleiben begründete Zweifel, dass durch Vermeidungsmaßnahmen oder vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen der Tatbestand des § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG nicht verhindert werden kann, so ist dem Vorhabenträger zu raten, vorsorglich eine Ausnahme oder Befreiung zu beantragen.¹⁰⁴⁴ Ein Beispiel für einen Antrag auf Befreiung nach § 67 Abs. 2 BNatSchG findet sich im Experteninterview mit *Willigalla* in Anhang II.

Eine taugliche Rechtsgrundlage für Anordnungen der Naturschutzbehörde zum Schutz von Brutplätzen an Gebäuden ist § 3 Abs. 2 BNatSchG. Nach dieser Norm überwachen die Naturschutzbehörden die Einhaltung der Vorschriften des BNatSchG und damit auch der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände. Sie treffen nach pflichtgemäßem Ermessen die im Einzelfall erforderlichen Maßnahmen, um deren Einhaltung sicherzustellen. Die Zuständigkeit für die präventive Überwachung beinhaltet nicht nur das Verhüten von Verstößen, wie etwa durch eine Ordnungsverfügung keine weiteren Schwalbennester zu entfernen. Sie umfasst auch Verstöße gegen das BNatSchG festzustellen und diese Störungen zu beseitigen¹⁰⁴⁵ – also bspw. die Anordnung, Schwalben-Kunstnester als Ersatz anzubringen, um den Verstoß gegen § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG zu beseitigen. Auch wenn die artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände bereits verwirklicht sind, bietet § 3 Abs. 2 BNatSchG eine Ermächtigung zur Anordnung von Wiederherstellungs- und Kompensationsmaßnahmen,¹⁰⁴⁶ denn der Verstoß (Tot eines Tieres, Zerstörung einer Lebensstätte) dauert an.¹⁰⁴⁷

¹⁰⁴¹ *Weber*, Artenschutz an Gebäuden, Anliegen Natur 2013, S. 65 (67).

¹⁰⁴² Siehe das Interview mit *Willigalla* vom 23.08.2019, der stets den Weg über die Befreiung geht.

¹⁰⁴³ *Weber*, a.a.O., S. 65 (67).

¹⁰⁴⁴ *So de Witt/Geismann*, Artenschutzrechtliche Verbote in der Fachplanung, 2. Aufl. 2013, S. 22.

¹⁰⁴⁵ *Hendrischke*, in: Schlacke, GK-BNatSchG, 2. Aufl. 2017, § 3 Rn. 26.

¹⁰⁴⁶ VG Ansbach, Urteil vom 17.06.2010 – AN 5 K 10.00442, juris Rn. 17.

¹⁰⁴⁷ VG Düsseldorf, Urteil vom 20.03.2009 – 25 K 64/09, juris Rn. 26.

Liegt ein Verstoß vor, so gilt es folgende weitere Voraussetzungen für eine Ordnungsverfügung speziell bei Gebäudebrütern zu beachten: Gemäß § 3 Abs. 2 BNatSchG ist dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung zu tragen; zulässig sind nur die erforderlichen Maßnahmen. Die Rechtsprechung hat 30 Kunstnester für 67 entfernte Mehlschwalbennester als verhältnismäßig angesehen.¹⁰⁴⁸ Zudem verlangt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz immer die Prüfung, ob nicht nachträglich eine Ausnahme oder Befreiung unter Festsetzung von Ausgleichsmaßnahmen erteilt werden kann, um so auf mildere Weise einen rechtmäßigen Zustand herzustellen. Nach § 3 Abs. 2 BNatSchG steht das Einschreiten ferner im pflichtgemäßen Ermessen der Naturschutzbehörde. Gemäß § 39 Abs. 1 Satz 3 VwVfG muss die Behörde in dem Anordnungsbescheid ihre Ermessenserwägungen angeben. Dabei ist laut des Verwaltungsgerichts Ansbach darzulegen, warum es nicht ausreicht, dass sich die Schwalben selber helfen und ihre Nester neu erstellen.¹⁰⁴⁹ Als taugliches Argument hat es sich z. B. erwiesen, auf die Abschreckung von Nachahmern der Schwalbennestentfernung an anderen Häusern im Bescheid mit abzustellen.¹⁰⁵⁰

Bei Nichtbefolgung der Nachbesserungsanforderungen kann die Naturschutzbehörde eine Ersatzvornahme nach dem jeweiligen Landesverwaltungsvollstreckungsgesetz androhen und danach auf Kosten des Störers vollstrecken. Wenn nach dem jeweiligen Verwaltungsvollstreckungsgesetz neben der Ersatzvornahme ein Zwangsgeld bei vertretbaren Handlungen angeordnet werden darf, so kann mittels dessen Androhung und Verhängung das Anbringen von Ausgleichsnestern durch den Pflichtigen selbst durchgesetzt werden, was die in der Praxis handhabbarere Vollstreckungsvariante bedeuten dürfte.

3.7 Vermeidungsgebot

Voraussetzung dafür, dass die Erleichterungen des § 44 Abs. 5 Satz 2 bis 5 BNatSchG (Einengung des Artenspektrums, Signifikanzkriterium, CEF-Maßnahmen usw.) überhaupt zur Anwendung kommen, ist gemäß § 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG, dass es um ein Vorhaben im beplanten oder unbeplanten Innenbereich (§ 18 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG) geht oder, bei einem Außenbereichsvorhaben, dass es sich bei dem Zugriff um eine nach § 15 Abs. 1 BNatSchG unvermeidbare Beeinträchtigung handelt.

Die Gewährung der Privilegierungen rechtfertigt sich dadurch, dass über § 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG sichergestellt sei, dass naturschutzbezogen eine vermeidende behördliche Prüfung bereits nach der Eingriffsregelung stattgefunden habe.¹⁰⁵¹

¹⁰⁴⁸ VG Düsseldorf, Urteil vom 20.03.2009 – 25 K 64/09, juris Rn. 31.

¹⁰⁴⁹ VG Ansbach, Urteil vom 17.06.2010 – AN 5 K 10.00442, juris Rn. 24.

¹⁰⁵⁰ VG Düsseldorf, Beschluss vom 20.03.2009 – 25 L 8/09, juris Rn. 5.

¹⁰⁵¹ BVerwG, Urteil vom 14.07.2011 – 9 A 12.10, juris Rn. 118: „Ausdruck des gesetzgeberischen Willens, Maßnahmen zu privilegieren, für die vor Realisierung eine Prüfung und Bewältigung ihres naturschutzbezogenen Konfliktpotentials nach Maßgabe der Eingriffsregelung erwartet werden kann“.

Da eine Prüfung des Vorhabens am Vermeidungsgebot der Eingriffsregelung für plangegegenständliche Vorhaben über die städtebauliche Eingriffsregelung (§ 1a Abs. 3 BauGB) und über die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung für Außenbereichsvorhaben (§ 18 Abs. 2 Satz 2 BNatSchG) zutrifft, nicht jedoch bei der Realisierung von Bauvorhaben im unbeplanten Innenbereich, ist es – wie oben dargestellt¹⁰⁵² – umstritten, ob bei Bauvorhaben im Innenbereich die Privilegierungen des § 44 Abs. 5 Satz 2 bis 5 BNatSchG auch dann anzuwenden sind, wenn sich die Zulässigkeit nach § 34 BauGB richtet oder ob insoweit § 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG teleologisch reduziert werden muss.

§ 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG verzahnt das Artenschutzrecht mit der Eingriffsregelung. Die Privilegierungen gelten zunächst für nach § 15 Abs. 1 BNatSchG unvermeidbare Beeinträchtigungen durch Eingriffe in die Natur und Landschaft, die nach § 17 Abs. 1 oder 3 BNatSchG zugelassen oder von einer Behörde durchgeführt werden. Verstößt also die Zulassungsentscheidung eines Außenbereichsvorhabens gegen das Vermeidungsgebot des § 15 Abs. 1 BNatSchG, greifen die Privilegierungen des § 44 Abs. 5 BNatSchG nicht ein.¹⁰⁵³

Das im Rahmen der Eingriffsregelung zu beachtende Vermeidungsgebot des § 15 Abs. 1 Satz 1 BNatSchG legt dem Vorhabenträger die strikte, im Wege der Abwägung nicht zu überwindende und gerichtlich voll überprüfbare Verpflichtung auf, vermeidbare Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft zu unterlassen.¹⁰⁵⁴ Das Vorhaben muss vom Verursacher so umweltschonend wie möglich umgesetzt werden.¹⁰⁵⁵ Beeinträchtigungen sind gemäß § 15 Abs. 1 Satz 2 BNatSchG dann vermeidbar, wenn und soweit zumutbare Alternativen bestehen, den mit dem Eingriff verfolgten Zweck am gleichen Ort ohne oder mit geringeren Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft zu erreichen. Die Vermeidungspflicht meint damit keine Prüfung von Standortalternativen, sondern allein von Ausführungsvarianten.¹⁰⁵⁶

§ 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG setzt unvermeidbare Beeinträchtigungen voraus, die nach § 17 Abs. 1 oder 3 BNatSchG zugelassen oder von einer Behörde durchgeführt werden. Die Beschränkung auf „zugelassene“ Vorhaben ergibt Anwendungsschwierigkeiten, wenn Projekte zulassungsfrei sind, für die jedoch die Durchführung vorgezogener Ausgleichsmaßnahmen sinnvoll wäre. Wird bspw. der Dachstuhl einer im

¹⁰⁵² Siehe Abschnitt 2.3.2.

¹⁰⁵³ Vgl. dazu BVerwG, Urteil vom 09.11.2017 – 3 A 4.15, juris Rn. 50: „Ob § 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG in der Neufassung durch das Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes vom 15. September 2017 (BGBl. I S. 3434) weiterhin voraussetzt, dass das Vorhaben mit der Eingriffsregelung vereinbar ist (zur bisherigen Rechtslage BVerwG, Urteil vom 14. Juli 2011 - 9 A 12.10 ...), kann offen bleiben. Aus der Gesetzesbegründung ergeben sich keine Anhaltspunkte, dass insoweit eine Änderung beabsichtigt war (vgl. BT-Drs. 18/11939 S. 17).“

¹⁰⁵⁴ Mengel et al., Methodik der Eingriffsregelung, 2018, S. 145.

¹⁰⁵⁵ Mengel et al., a.a.O., S. 145 unter Rückgriff auf die Gesetzesbegründung.

¹⁰⁵⁶ Mengel et al., a.a.O., S. 146, mit dem Hinweis, dass geringfügige Standortalternativen umfasst seien, wenn dadurch ein Eingriff in wertvolle Flächen vermieden werden könne.

Außenbereich gelegenen Scheune erneuert, in der Rauchschnalben oder Fledermäuse leben, liegt weder der Eingriffstatbestand des § 14 Abs. 1 BNatSchG vor (keine Veränderung der Gestalt oder Nutzung des Grundstücks), noch handelt es sich um ein Vorhaben im Sinne des § 29 BauGB. Gleichwohl bedürfte es nach § 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG eines behördlichen Zulassungsverfahrens, um CEF-Maßnahmen nach § 44 Abs. 5 Satz 3 BNatSchG durchführen zu dürfen und damit anstatt einer Ausnahme eine Verbotshvermeidung anzustreben. Eine praktikable Lösung könnte darin liegen, eine behördliche Zulassung der CEF-Maßnahmen bei der unteren Naturschutzbehörde gestützt auf § 3 Abs. 2 BNatSchG¹⁰⁵⁷ zu beantragen.¹⁰⁵⁸

3.8 Artenschutzrechtliche Ausnahme

Gemäß § 45 Abs. 7 BNatSchG kann im Einzelfall eine Ausnahme erteilt werden, wenn die Verwirklichung eines Verbots oder mehrerer Verbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG bejaht wird.

Da es sich beim Tatbestandsmerkmal des Überwiegens von zwingenden öffentlichen Interessen (vgl. § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG) um eine Abwägung im Einzelfall handelt, lässt sich das Erteilen einer artenschutzrechtlichen Ausnahme nicht von vornherein für bestimmte Vorhabentypen ausschließen. Das Eigentümliche und nach wie vor als ungewohnt Empfundene an den unionsrechtlich geprägten Restriktionen im Habitat- und Artenschutzrecht ist, dass sie vorneweg sehr strenge Verbote normieren, gleichsam aber auch „nach hinten raus“ die Tür für Ausnahmen grundsätzlich öffnen. Die grundsätzliche Möglichkeit einer Ausnahmeerteilung, wenn ein Verbotstatbestand bejaht wird, darf jedoch nicht verwechselt werden mit der grundsätzlichen Zulässigkeit einer Ausnahme. Denn § 45 Abs. 7 BNatSchG übernimmt das strenge Artenschutzregime der europäischen Naturschutzrichtlinien (siehe die Ausnahmetatbestände in Art. 16 Abs. 1 FFH-RL und Art. 9 Abs. 1 VRL), sodass das hieraus resultierende Vermeidungsgebot greift.¹⁰⁵⁹ Hinzukommt das von Seiten des EuGH betonte Gebot der engen Auslegung der Ausnahmeregelungen in Art. 16 FFH-RL.¹⁰⁶⁰ Es gilt also im Grundsatz „Vermeidung vor Ausnahme“.¹⁰⁶¹

Ausnahmen von den Zugriffsverboten dürfen gemäß § 45 Abs. 7 Satz 1 und 2 BNatSchG in Einzelfällen gewährt werden, wenn zwingende Gründe des öffentlichen Interesses überwiegen, keine zumutbare Alternative für das geplante Vorhaben zu

¹⁰⁵⁷ Siehe zu dieser naturschutzbehördlichen Ermächtigungsgrundlage speziell bei der Betroffenheit gebäudebewohnender Arten oben Abschnitt 3.6.3 und im Allgemeinen oben Abschnitt 2.3.4.

¹⁰⁵⁸ Hinweis von *Fischer-Hüfle* im Rahmen der ANL-Fachtagung zum Naturschutz- und Bauplanungsrecht am 24.01.2018 in Regensburg.

¹⁰⁵⁹ Zum Vermeidungsgebot aus Art. 16 Abs. 1 FFH-RL und Art. 9 Abs. 1 VRL oben Abschnitt 3.8.2.

¹⁰⁶⁰ EuGH, Urteil vom 14.06.2007 – C-342/05, curia Rn. 25; vgl. dazu auch VG Augsburg, Beschluss vom 13.02.2013 – Au 2 S 13.143, juris Rn. 30.

¹⁰⁶¹ *Lau*, Hinweis im Rahmen des Experteninterviews vom 15.08.2017.

finden ist und sich der Erhaltungszustand der Populationen der betroffenen Art innerhalb ihres natürlichen Verbreitungsgebiets nicht verschlechtert.

§ 45 Abs. 7 BNatSchG stellt das Erteilen einer Ausnahme in das Ermessen der für Naturschutz zuständigen Behörde. Die Betätigung dieses Ermessens dürfte im Sinne einer Ausnahme-gewährung vorgezeichnet sein, wenn die strengen tatbestandlichen Voraussetzungen nach § 45 Abs. 7 Satz 1 und 2 BNatSchG erfüllt sind (sog. intendiertes Ermessen).¹⁰⁶² Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union sind die Ausnahmetatbestände restriktiv umzusetzen.¹⁰⁶³ Da bei einem intendierten Ermessen die wichtigen Entscheidungsvoraussetzungen bereits in die Ausnahme-voraussetzungen selbst aufgenommen sind,¹⁰⁶⁴ werden diese nachfolgend einzeln betrachtet.

3.8.1 Zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses

Für Planungs- und Zulassungsverfahren ist die Auffangregelung des § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG von herausgehobener praktischer Relevanz.¹⁰⁶⁵ Nach dieser Vorschrift darf im Einzelfall eine artenschutzrechtliche Ausnahme aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art zugelassen werden. Dieser Ausnahmegrund übernimmt wörtlich Art. 16 Abs. 1 Buchst. c FFH-RL, soweit die Gemeinwohlgründe nicht bereits in § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 BNatSchG (Gesundheit und öffentliche Sicherheit) genannt werden.

Über die – auch im Hinblick auf den Koalitionsvertrag von Ende 2021 – derzeit viel diskutierte Frage, ob Windenergieanlagen nicht nur unter den Auffangtatbestand des in § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG fallen, sondern auch vom Tatbestand der öffentlichen Sicherheit nach § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 Var. 2 BNatSchG erfasst werden, ist es aus der praktischen Perspektive heraus betrachtet, äußerst müßig zu diskutieren. Auch wenn der Gesetzgeber absehbar, etwa im Erneuerbare-Energien-Gesetz, eine gesetzliche Regelung schaffen wird, wonach die Errichtung von Windenergieanlagen der öffentlichen Sicherheit dient, ändert dies nichts daran, dass eine solche nationale Regelung durch den EuGH im Wege der Vorabentscheidungsverfahrens (Art. 267 AEUV) zur verbindlichen Auslegung von Art. 16 Abs. 1 Buchst. c FFH-RL überprüft werden wird und der Verfahrensausgang offen ist. Nach der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union unterfallen dem Begriff der öffentlichen

¹⁰⁶² OVG NRW, Beschluss vom 12.03.2021 – 7 B 8/21, juris Rn. 48 f.; VG Freiburg, Urteil vom 17.02.2009 – 3 K 805/08, juris Rn. 47.

¹⁰⁶³ EuGH, Urteil vom 07.03.1996 – C-118/94, curia Rn. 21 („nur eine konkrete und gezielte Anwendung“).

¹⁰⁶⁴ OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 06.11.2019 – 8 C 10240/18, juris Rn. 280: „Da die Ausnahme-voraussetzungen bereits dezidiert tatbestandlich geregelt sind, ist bei deren Vorliegen regelmäßig die Ausnahme zu gewähren.“

¹⁰⁶⁵ Vgl. Fellenberg, Artenschutzrecht, in: Kerkmann/Fellenberg, Naturschutzrecht in der Praxis, 3. Aufl. 2021, § 10 Rn. 150 („praktisch bedeutsamsten“).

Sicherheit lediglich die Existenzsicherung des Staates, die Bekämpfung von Gewaltanwendung im Inneren oder von außen sowie die Abwehr tatsächlicher und hinreichend schwerer Gefahren für grundlegende gesellschaftliche Interessen,¹⁰⁶⁶ etwa die „Sicherstellung der Energieversorgung im Krisenfall“¹⁰⁶⁷. So lässt sich bezweifeln, ob der notwendigen Energiewende mit der geplanten Regelung, die ipso iure für noch mehr Rechtsunsicherheit sorgen wird, einen Gefallen getan wird. Diesen Umstand hat Wagner jüngst sehr treffend beschrieben:

„Die aufgrund der Endlichkeit der fossilen Energiereserven perspektivisch unausweichliche Frage einer nachhaltigen Energieversorgung dürfte demgegenüber ebenso wie die potentiellen Gefahren, die ein ungebremseter Klimawandel aufgrund ökologischer, ökonomischer und politischer Umwälzungen und Verwerfungen auf lange Sicht auch für die öffentliche Sicherheit in Deutschland und der Europäischen Union verursachen kann, in zu weiter zeitlicher Ferne liegen und über zu viele – in sich wiederum komplexe und derzeit rein hypothetische – kausale Zwischenglieder vermittelt sein, als dass sie bereits jetzt einen juristisch hinreichend belastbaren Anknüpfungspunkt für die Annahme einer tatsächlichen Gefährdung der öffentlichen Sicherheit begründen könnten. Dass die politische Entscheidung zugunsten Klimaschutz und Energiewende auch aus diesen Gründen nachvollziehbar und sogar unabweisbar ist, macht nur transparent, dass als unmittelbarer Ausnahmegrund letztlich nur das Interesse des Klimaschutzes und nicht das der öffentlichen Sicherheit in Frage kommt. Denn die genannten Erwägungen werden über den Klimaschutzbelang hinreichend plausibel und prognostisch tragfähig repräsentiert und finden allein in ihm ihre rechtlich-normative Verankerung. Würde man über den Klimaschutzbelang hinaus auch die durch ihn repräsentierten, kausal und zeitlich in weiter Ferne liegenden Interessen bereits als tatsächliche Gefährdung der öffentlichen Sicherheit berücksichtigen, würde der Ausnahmetatbestand des § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 Var. 2 BNatSchG ausufern und seine tatbestandlichen Konturen verlieren, was mit den Vorgaben des Unionsrechts so nicht vereinbar sein dürfte. Jedenfalls wäre diese Auslegung angesichts der skizzierten EuGH-Rechtsprechung (hochgradig) zweifelhaft und wäre daher vor einer Anwendung des § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 Var. 2 BNatSchG zwingend eine Vorabentscheidung des EuGH gemäß Art. 267 Abs. 1, Abs. 3 AEUV herbeizuführen.“¹⁰⁶⁸

Öffentliche Interessen im Sinne des in § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG können alle öffentlichen Interessen gleich welcher Art sein, ausgenommen sind lediglich rein private Belange.¹⁰⁶⁹ Inhaltlich werden alle Belange erfasst, die – zumindest auch – dem Wohl der Allgemeinheit dienen, wie z. B. Infrastrukturprojekte wie Fernstraßenbau und Bau von Bahnverbindungen.¹⁰⁷⁰

¹⁰⁶⁶ Bspw. EuGH, Urteil vom 14.03.2000 – C-54/99, curia Rn. 17: „So können die öffentliche Ordnung und Sicherheit nur geltend gemacht werden, wenn eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt ... Diese Gründe dürfen überdies nicht von ihrer eigentlichen Funktion losgelöst und in Wirklichkeit für wirtschaftliche Zwecke geltend gemacht werden.“

¹⁰⁶⁷ EuGH, Urteil vom 04.06.2002 – C-503/99, curia Rn. 46.

¹⁰⁶⁸ Wagner, Zur Rolle artenschutzrechtlicher Ausnahmen im Rahmen der raumordnerischen Konzentrationszonenplanung für die Windenergie, NuR 2021, S. 803 (808).

¹⁰⁶⁹ OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 03.01.2017 – 2 M 118/16, juris Rn. 21.

¹⁰⁷⁰ VG Neustadt (Weinstr.), Beschluss vom 09.02.2017 – 3 L 121/17.NW, juris Rn. 67.

Mit der Qualifizierung der öffentlichen Belange als „zwingende Gründe“ wird einerseits verdeutlicht, dass nur öffentliche Interessen von Gewicht zur ausnahmsweisen Rechtfertigung eines Zugriffs in Betracht kommen.¹⁰⁷¹ Andererseits muss es sich nicht um unausweichliche Sachzwänge handeln; gemeint ist ein durch Vernunft und Verantwortungsbewusstsein geleitetes staatliches Handeln.¹⁰⁷² Es ist insbesondere erforderlich, dass die für das Projekt streitenden öffentlichen Interessen einen hinreichenden Ortsbezug haben, sodass ihre Verwirklichung auf bestimmte Standortmerkmale angewiesen ist.¹⁰⁷³

Überwiegend sind diejenigen öffentlichen Interessen, die in der auf den Einzelfall bezogenen bipolaren Abwägung den mit dem besonderen Artenschutzrecht verfolgten Belangen vorgehen.¹⁰⁷⁴ Eine anschauliche Wertung hat der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg in seinem Urteil zu Stuttgart 21 vorgenommen:

„Insbesondere den verkehrlichen Interessen der Allgemeinheit ist letztlich ein höheres Gewicht einzuräumen als den betroffenen Belangen des Artenschutzes. Im Planfeststellungsbeschluss, ... ist unter Bezugnahme auf ... die ... vorgelegten Verkehrsprognosen überzeugend dargelegt, dass dem öffentlichen Interesse an der Realisierung des Vorhabens ein hoher Stellenwert zukommt. ... Aus dem prognostizierten Verkehrsaufkommen ... ergibt sich ... der entsprechende Verkehrsbedarf. ... Demgegenüber sind die tatbestandlichen Handlungen im Sinne des § 44 Abs. 1 BNatSchG nur von begrenztem Gewicht. Die Anzahl betroffener Zauneidechsen wird auf 15 Individuen geschätzt. Im Falle des Rebhuhns wird mit einem Verlust von 15 ha Habitat und damit einer gleichzeitigen Betroffenheit von drei Brutpaaren gerechnet. Bezogen auf die Art Kleiner Wasserfrosch ist ein Laichhabitat von 1.000 m² ... zu schaffen. Das Gewicht der Habitatverluste wird dadurch relativiert, dass Ersatzlebensräume in großem Umfang geschaffen werden. Die hinter den Maßnahmen zur Sicherung des Erhaltungszustandes ... stehenden Schutzkonzepte sind schlüssig. Es ist plausibel, dass die Maßnahmen ihre Wirkungen nicht verfehlen.“¹⁰⁷⁵

An diesem Beispiel wird deutlich, dass eine Gewichtung auf beiden Seiten vorzunehmen ist und dass die Gewichtung beim Artenschutz Art für Art zu erfolgen hat. Bei der Betroffenheit des Artenschutzes dürfen FCS-Maßnahmen mindernd berücksichtigt werden.¹⁰⁷⁶ Bei der Gewichtung der öffentlichen Interessen bilden Bedarfs- und Potentialprognosen einen entscheidenden Gesichtspunkt.

¹⁰⁷¹ OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 03.01.2017 – 2 M 118/16, juris Rn. 22.

¹⁰⁷² BVerwG, Urteil vom 27.01.2000 – 4 C 2.99, juris Rn. 39.

¹⁰⁷³ Lau, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 44 Rn. 25; OVG Sachsen-Anhalt, a.a.O., juris Rn. 22. Siehe auch OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 08.07.2009 – 8 C 10399/08, juris Rn. 207 (zum inhaltsgleichen § 34 Abs. 3 Nr. 1 BNatSchG).

¹⁰⁷⁴ VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 20.11.2018 – 5 S 2138/16, juris Rn. 197; BVerwG, Urteil vom 09.07.2009 – 4 C 12.07, juris Rn. 15 (zu § 34 Abs. 3 Nr. 1 BNatSchG).

¹⁰⁷⁵ VGH Baden-Württemberg, a.a.O., juris Rn. 198.

¹⁰⁷⁶ Demgegenüber wird es im Habitatschutzrecht kritisch gesehen, Kohärenzsicherungsmaßnahmen bei der Gewichtung des Überwiegens zu berücksichtigen, vgl. dazu Wulfert, FFH-Abweichungsverfahren und artenschutzrechtliches Ausnahmeverfahren, 2016, S. 56-58. Während jedoch beim Gebietsschutz Kohärenzsicherungsmaßnahmen zwingend ergriffen werden müssen (§ 34 Abs. 5 BNatSchG), sind FCS-Maßnahmen unabhängig von dem in den

Während Infrastrukturinteressen tendenziell ein hohes Gewicht eingeräumt wird, weil sie auf gesetzliche Bedarfsplanungen zurückgehen,¹⁰⁷⁷ ist der Befund bei der Schaffung von Wohnraum ein anderer. Aktuell hat das Hamburgische Oberverwaltungsgericht den Ausnahmegrund des überwiegenden öffentlichen Interesses verneint und einen Bebauungsplan für unwirksam erklärt, obwohl dieser das Ziel verfolgte, das Angebot an neuen Wohnbauflächen vorwiegend für Familien mit Kindern zu erhöhen:

„Das mit dem angegriffenen Bebauungsplan verfolgte Ziel, das Angebot an neuen Wohnbauflächen vorwiegend für Familien mit Kindern zu erhöhen, hat erkennbar nicht das Gewicht, um Eingriffe in die Lebensstätten geschützter Arten rechtfertigen zu können, wie dies z. B. bei der Realisierung bedeutsamer Infrastrukturprojekte oder bei der Ansiedlung von Großbetrieben der Fall sein kann.“¹⁰⁷⁸

Dieses Beispiel verdeutlicht, dass es bei der Gewichtung nicht um allgemeine politische Direktiven geht, wie die Schaffung von Wohnraum, sondern stets um das konkrete Vorhaben, beispielsweise um die Frage, wie hoch der Anteil an Sozialmietwohnungen in dem zu betrachtenden Plangebiet sein wird. Während der Wohnraumbedarf im Rahmen der Abwägung nach § 1 Abs. 7 BNatSchG den Artenschutz überwiegen kann und die Gemeinde über eine planerische Gestaltungsfreiheit im Rahmen der Abwägung verfügt,¹⁰⁷⁹ unterstreicht die Doppelqualifizierung in § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG (öffentliche Belange, zwingende Gründe) den grundsätzlichen Vorrang des Artenschutzes in der Abwägung bei der Frage des Überwiegens.¹⁰⁸⁰

3.8.2 Vereinbarkeit mit Art. 9 Abs. 1 VRL?

Der in der Praxis bedeutsamste Ausnahmegrund des zwingenden öffentlichen Interesses (§ 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG) ist im Ausnahmekatalog des Art. 9 Abs. 1 VRL nicht enthalten, sondern wie oben genannt Art. 16 Abs. 1 Buchst. c der FFH-Richtlinie entnommen. Da nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union der Ausnahmekatalog des Art. 9 Abs. 1 VRL abschließend ist,¹⁰⁸¹ ist sogar innerhalb der Rechtsprechung umstritten, ob eine artenschutzrechtliche Ausnahme zulasten von

Bestand eingreifenden Vorhaben, worauf Köck *et al.*, Ausnahmemöglichkeiten bei der landseitigen Windenergie, ZUR 2021, S. 259 (263) hinweisen.

¹⁰⁷⁷ Meßerschmidt, Bundesnaturschutzrecht, 155. EL 2021, § 45 Rn. 70b.

¹⁰⁷⁸ OVG Hamburg, Urteil vom 11.04.2019 – 2 E 8/17.N, juris Rn. 59.

¹⁰⁷⁹ Siehe die Besprechung von VGH Hessen, Urteil vom 29.06.2016 – 4 C 1440/14.N, juris, oben in Abschnitt 2.4.2.

¹⁰⁸⁰ Meßerschmidt, a.a.O., § 45 Rn. 73.

¹⁰⁸¹ EuGH, Urteil vom 26.01.2012 – C-192/11, NuR 2013, S. 718 (720, Rn. 39: „abschließenden Ausnahmetatbeständen des Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie“).

wildlebenden Vögeln auf diesen Ausnahmegrund gestützt werden darf.¹⁰⁸² Diese unklare Rechtslage stellt die Praxis vor erhebliche Anwendungsprobleme.¹⁰⁸³

Das Bundesverwaltungsgericht hat die Frage der Vereinbarkeit von § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG mit Art. 9 Abs. 1 VRL in seinem Nichtannahmebeschluss über die Revision zur dritten Start- und Landebahn des Münchner Flughafens offenlassen können, weil in diesem Fall auch der Ausnahmegrund der öffentlichen Sicherheit (§ 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 BNatSchG) gegriffen hat, der in Art. 9 Abs. 1 Buchst. a VRL aufgeführt wird.¹⁰⁸⁴

Das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen spricht sich für einen ungeschriebenen Ausnahmegrund der zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses in Art. 9 Abs. 1 VRL aus:

„Insoweit spricht Einiges für ein ungeschriebenes weiteres Tatbestandsmerkmal für eine Ausnahme von den Vorgaben der Vogelschutzrichtlinie im Sinne einer Gleichstellung der Ausnahmemöglichkeiten des Art. 16 der Habitatrichtlinie und des Art. 9 der Vogelschutzrichtlinie.“¹⁰⁸⁵

Dieser naheliegenden Lösung, Art. 9 Abs. 1 VRL um einen ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund entsprechend Art. 16 Abs. 1 Buchst. c der FFH-Richtlinie zu erweitern, hat der Gerichtshof der Europäischen Union wegen seiner Richtlinienauslegung, wonach Art. 9 Abs. 1 VRL als Ausnahmevorschrift eng auszulegen sei,¹⁰⁸⁶ in dem Vertragsverletzungsverfahren gegen die Republik Polen (Urteil vom 26.01.2012 in der Rechtssache C-192/11) jedoch eine ausdrückliche Absage erteilt.¹⁰⁸⁷ Dort lautet die entscheidende Passage:

„Die Kommission vertritt den Standpunkt, dass die streitigen Ausnahmen nicht den Anforderungen des in der Richtlinie vorgesehenen Schutzes gerecht werden. Die Aufzählung der Tatbestände, auf deren Grundlage Ausnahmen von Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie erteilt werden können, sei nämlich abschließend. Des Weiteren müsse jeder dieser Tatbestände restriktiv ausgelegt werden. ... Würdigung durch den Gerichtshof: Es ist festzustellen, dass die Gründe für die Erteilung der ... Ausnahmen, darunter Gründe des überwiegenden öffentlichen oder wirtschaftlichen Interesses, nicht in den abschließenden Ausnahmetatbeständen des Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie erwähnt sind.“¹⁰⁸⁸

¹⁰⁸² Dafür OVG NRW, Beschluss vom 12.03.2021 – 7 B 8/21, juris Rn. 40-47; dagegen VG Gießen, Urteil vom 22.01.2020 – 1 K 6019/18.GI, juris Rn. 102-115.

¹⁰⁸³ So *Fellenberg*, Artenschutzrecht, in: Kerkmann/Fellenberg, Naturschutzrecht in der Praxis, 3. Aufl. 2021, § 10 Rn. 152.

¹⁰⁸⁴ BVerwG, Beschluss vom 22.06.2015 – 4 B 59.14, juris Rn. 26 f. Die Vereinbarkeit von § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG mit Art. 9 Abs. 1 VRL lässt bspw. auch OVG Niedersachsen, Urteil vom 25.10.2018 – 12 LB 118/16, juris Rn. 232 offen.

¹⁰⁸⁵ OVG NRW, Beschluss vom 12.03.2021 – 7 B 8/21, juris Rn. 43.

¹⁰⁸⁶ EuGH, Urteil vom 08.06.2006 – C- 60/05, curia Rn. 34.

¹⁰⁸⁷ So *Fellenberg*, Artenschutzrecht, in: Kerkmann/Fellenberg, Naturschutzrecht in der Praxis, 3. Aufl. 2021, § 10 Rn. 152.

¹⁰⁸⁸ EuGH, Urteil vom 26.01.2012 – C-192/11, NuR 2013, S. 718 (720, Rn. 37 und 39).

Eine erweiternde Auslegung muss daher an dem Gesichtspunkt ansetzen, dass die Europäische Union nicht nur Recht erzeugt (wie die Vogelschutzrichtlinie), sondern (wie die BRD auf dem Grundgesetz) auch auf Recht gründet, das ihre Organe und Vorschriften bindet. Die EU beruht seit dem Ende 2009 in Kraft getretenen Vertrag von Lissabon im Wesentlichen auf zwei völkerrechtlichen Verträgen zwischen den Mitgliedsstaaten, dem Vertrag über die Europäische Union (EUV) sowie dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV). Diese völkerrechtlichen Verträge werden als Primärrecht bezeichnet, weil sie Organen der EU Zuständigkeiten zur Schaffung von supranationalen Rechtsakten verschaffen.¹⁰⁸⁹ Der EUV und der AEUV sind kraft des jeweiligen Zustimmungsgesetzes des Bundes¹⁰⁹⁰ auf der Grundlage von Art. 23 Abs. 1 GG, wonach der Bund zur Verwirklichung eines vereinten Europas durch Gesetz Hoheitsrechte auf die EU übertragen kann, Teil des Bundesrechts und damit Teil der in Deutschland geltenden Rechtsordnung im Sinne von Art. 20 Abs. 3 GG (sog. unmittelbare Geltung des Primärrechts). Das Primärrecht unterwirft die Ordnung der Europäischen Union gemäß Art. 5 Abs. 4 EUV dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wonach die Maßnahmen der Union inhaltlich wie formal nicht über das zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß hinausgehen dürfen.¹⁰⁹¹ Als allgemeiner Rechtsgrundsatz ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der von der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh) anerkannt wird, auch eine Grundfreiheit.¹⁰⁹² Aufgrund des sehr weiten Anwendungsbereichs auf sämtliche in Europa heimischen Vogelarten (Art. 1 VRL) resultiert aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in seiner Eigenschaft als Grundfreiheit das „rechtsstaatliche“ Gebot der Widerspruchsfreiheit der Normierungen der Vogelschutzrichtlinie in Bezug auf die Betroffenen (hier: Vorhabenträger). Gleiches folgt aus Art. 7 AEUV, der sich unmittelbar an die Union richtet und wonach die Union auf die Kohärenz zwischen ihrer Politik und ihren Maßnahmen achtet. Diese sog. „Kohärenzgebot“ wird als Gebot zur Übereinstimmung und Stimmigkeit von Maßnahmen zur Erreichung eines konkreten Ziels (hier die Ziele des Art. 2 VRL) verstanden,¹⁰⁹³ wofür bereits seine Stellung als erste Norm im Abschnitt der allgemeinen Bestimmungen des AEUV spricht. Ohne eine Ausnahmemöglichkeit aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer und wirtschaftlicher Art ergeben sich jedoch Wertungswidersprüche bei einer Binnenbetrachtung der Vogelschutzrichtlinie. Denn der Gerichtshof der Europäischen

¹⁰⁸⁹ Zum Primärrecht zählt auch noch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh), weil sie gemäß Art. 6 Abs. 1 EUV den Verträgen gleichrangig ist.

¹⁰⁹⁰ Vgl. insb. das Zustimmungsgesetz vom 08.10.2008 zum Vertrag von Lissabon (BGBl. 2008 II, S. 1038) und dazu BVerfG, Urteil vom 30.06.2009 – 2 BvE 2/08 u. a., juris Rn. 222 ff.

¹⁰⁹¹ Vgl. zu diesem Ansatz *Müller-Mitschke*, Artenschutzrechtliche Ausnahmen vom Tötungsverbot, NuR 2015, S. 741 (744 f.), die eine erweiternde Auslegung bei der Genehmigung von Windenergieanlagen mit der Berücksichtigungspflicht von wirtschaftlichen Erfordernissen (Art. 2 VRL) i.V.m. dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Art. 5 Abs. 4 EUV) begründet.

¹⁰⁹² Schlussanträge GA *Bot* vom 04.04.2017 – C-612/15, curia Rn. 87.

¹⁰⁹³ *Schuster*, Das Kohärenzprinzip in der Europäischen Union, 2017, S. 55.

Union ermöglicht aus dem Rechtfertigungsgrund des Art. 9 Abs. 1 Buchst. c der VRL, der den selektiven Fang oder jede andere vernünftige Nutzung bestimmter Vogelarten in geringen Mengen ermöglicht, die als reine Freizeitbeschäftigung ausgeübte Jagd auf wildlebende Vögel.¹⁰⁹⁴ Hintergrund ist, dass Erwägungsgrund Nr. 10 der VRL auf die „großen Bestände“ bzw. die „Vermehrungsfähigkeit“ bezüglich „einiger Arten“ hinweist, weswegen diese Vogelarten in der gesamten EU bejagt werden dürften. Die verbindliche Zielvorgabe findet sich in Art. 2 VRL, wonach die europäischen Vogelarten auf einem Stand zu halten bzw. auf einen Stand zu bringen sind, der den ökologischen, wissenschaftlichen und kulturellen Erfordernissen entspricht, wobei auch wirtschaftlichen und freizeitbedingten Erfordernissen Rechnung zu tragen ist. Es stünde in einem unerträglichen Widerspruch, wenn die Vogelschutzrichtlinie bei Generalistenarten im Sinne des Erwägungsgrundes Nr. 10 einerseits das Töten durch reine Freizeitbeschäftigungen ermöglicht, aber andererseits die ebenfalls von Art. 2 VRL genannten wirtschaftliche Erfordernisse und damit im öffentlichen Interesse stehende Vorhaben eine generelle Ausnahmeverweigerung entgegenstellen will.¹⁰⁹⁵ Wie Erwägungsgrund Nr. 10 der VRL zeigt, kann weder die Zielverbindlichkeit der Richtlinie noch der in Art. 4 Abs. 3 EUV verankerte Grundsatz der praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts („*effet utile*“) dahingehend verstanden werden, dass zumindest in Bezug auf Generalistenarten der Avifauna eine Ausnahme aus wirtschaftlichen oder sozialen Gründen generell nicht möglich sein soll.

Der Einwand, die Beibehaltung der Ausnahmevorschrift auch im Rahmen der 2009 erfolgten amtlichen Kodifizierung der Vogelschutzrichtlinie zeige, dass eine Harmonisierung des Schutzniveaus mit der FFH-Richtlinie nicht gewollt gewesen sei,¹⁰⁹⁶ überzeugt vor diesem Hintergrund nicht, weil es (auch) um Wertungswidersprüche innerhalb der Vogelschutzrichtlinie geht. Im Übrigen ist die Zielvorgabe der Vogelschutzrichtlinie geringer als die der FFH-Richtlinie,¹⁰⁹⁷ was sich auf der Ausnahmeebene dadurch zeigt, dass § 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG mit seinem Verweis auf Art. 16 Abs. 1 FFH-RL eine erschwerende Voraussetzung speziell für die Anhang-IV-Arten enthält.

¹⁰⁹⁴ EuGH, Urteil vom 16.10.2003 – C-182/02, curia Rn. 11: „*Nach alledem kann die als Freizeitbeschäftigung ausgeübte Jagd auf wild lebende Vögel während der in Artikel 7 Absatz 4 der Richtlinie genannten Zeiten ebenso wie der Fang und die Veräußerung von wild lebenden Vögeln auch außerhalb der Jagdzeiten im Hinblick auf ihre Haltung zur Benutzung als lebende Lockvögel oder zu Liebhaberzwecken auf Messen und Märkten eine durch Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie gestattete vernünftige Nutzung sein ...*“.

¹⁰⁹⁵ So *Fellenberg*, Artenschutzrecht, in: Kerkmann/Fellenberg, Naturschutzrecht in der Praxis, 3. Aufl. 2021, § 10 Rn. 152. Vgl. auch VG Neustadt (Weinstr.), Beschluss vom 09.02.2017 – 3 L 121/17.NW, juris Rn. 65 ff.

¹⁰⁹⁶ VG Gießen, Urteil vom 22.01.2020 – 1 K 6019/18.GI, juris Rn. 109.

¹⁰⁹⁷ *Köck et al.*, Ausnahmemöglichkeiten bei der landseitigen Windenergie, ZUR 2021, S. 259 (262), weisen darauf hin, dass diese Zielvorgabe der VRL wohl weniger ambitioniert sei als die Zielvorgabe der FFH-Richtlinie, die einen günstigen Erhaltungszustand anvisiert.

Ob der Gerichtshof der Europäischen Union, der gemäß Art. 267 AEUV im Rahmen von Vorabentscheidungsverfahren über die Auslegung der Verträge und Richtlinien entscheidet, Einzelfallausnahmen jenseits von Art. 9 Abs. 1 VRL aus Gründen der Verhältnismäßigkeit (Art. 5 Abs. 4 EUV) für möglich erachtet, muss die Praxis solange abwarten, bis ihm ein Verwaltungsgericht einen Fall vorlegt und um Klärung bittet, ob eine für die Entscheidung des Falls relevante nationale Rechtsvorschrift (hier: § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG) mit dem Unionsrecht (hier: Art. 9 Abs. 1 VRL) vereinbar ist oder nicht.¹⁰⁹⁸

Solange empfiehlt es sich in der Praxis bei der Avifauna – ggf. auch aufwändiger – zu prüfen, wie sich eine Verbotsverwirklichung durch Maßnahmen vermeiden lässt. Sollte eine Verbotsvermeidung nicht möglich sein, sollte die Möglichkeit einer Befreiung unter Festsetzung von Ausgleichsmaßnahmen nach § 67 Abs. 2 und 3 BNatSchG überprüft werden, wie dies etwa bei den Gebäudebrütern in Rheinland-Pfalz Verwaltungspraxis¹⁰⁹⁹ und im Hinblick auf Wohnnutzung auch rechtfertigbar ist.¹¹⁰⁰

Bei wirtschaftlichen Vorhaben gilt es hingegen zu prüfen, ob das in Art. 9 Abs. 1 Buchst. a VRL und § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 BNatSchG gleichermaßen genannte Merkmal der „öffentlichen Sicherheit“ den im Einzelfall einschlägigen Belang des öffentlichen Interesses (wie etwa Rohstoffversorgungssicherung, Energiesicherheit) aufnehmen kann oder nicht. Art. 2 VRL gibt zum Grad der Bestandserhaltung vor, dass „den wirtschaftlichen und freizeitbedingten Erfordernissen Rechnung getragen wird“. Letzteres hat seinen Niederschlag im Ausnahmegrund des Art. 9 Abs. 1 Buchst. c VRL gefunden. Die gemäß Art. 2 VRL zu berücksichtigenden wirtschaftlichen Interessen werden hingegen in Art. 9 Abs. 1 VRL nicht genannt. Will man diesen evidenten Wertungswiderspruch innerhalb der Vogelschutzrichtlinie vermeiden, so ist das Merkmal der „öffentlichen Sicherheit“ nicht lediglich auf Maßnahmen zu beziehen, die für die Existenzsicherung des Staates (innere und äußere Sicherheit) wesentlich sind,¹¹⁰¹ sondern in einem weiten Sinne,¹¹⁰² wofür sich das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz jüngst in seinem Urteil zur zweiten Rheinbrücke bei Wörth ausgesprochen hat:

„Der Begriff der „öffentlichen Sicherheit“ ist unionsrechtlich auch in Art. 9 Abs. 1 Buchstabe a der Vogelschutzrichtlinie enthalten und bedarf einer weiteren Auslegung. Deshalb sind Verkehrsinfrastrukturprojekte, die öffentliche Zwecke erfüllen, einer Ausnahme zugänglich (so

¹⁰⁹⁸ Gelegenheit böte bspw. das beim VGH Hessen unter dem Aktenzeichen 9 A 485/20 anhängige Verfahren der Naturschutzinitiative e. V. gegen das Land Hessen. Gegenstand bildet eine artenschutzrechtliche Ausnahme zulasten von Vögeln für WEA.

¹⁰⁹⁹ Hinweis von *Willigalla* im Rahmen des Experteninterviews vom 23.08.2019; vgl. das im Protokoll abgebildete Antragsformular.

¹¹⁰⁰ Vgl. zu diesem (engen) Anwendungsbereich der Befreiungsvorschrift unten Abschnitt 3.10.

¹¹⁰¹ So *Gellermann*, Windkraftnutzung im Lichte der Vogelschutzrichtlinie, NuR 2020, S. 178 (180).

¹¹⁰² So *Fellenberg*, Artenschutzrecht, in: Kerkmann/Fellenberg, Naturschutzrecht in der Praxis, 3. Aufl. 2021, § 10 Rn. 156.

auch OVG NRW, Urteil vom 29. März 2017 – 11 D 70/09.AK –, juris, Rn. 949 und BayVGh, Urteil vom 19. Februar 2014 – 8 A 11.440 u. a. –, juris, Rn. 849 ff. sowie OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 23. August 2017 – 2 K 66/16 –, juris, Rn. 192, jeweils m.w.N.).¹¹⁰³

Sicherheitsaspekte im Sinne des Art. 9 Abs. 1 Buchst. a VRL bilden damit auch Aspekte der Versorgungssicherheit (Rohstoffe, Lebensmittel etc.), denn hierbei handelt es sich um eine unverzichtbare Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit des Gemeinwesens. Gleiches gilt für öffentliche Verkehrsinfrastrukturprojekte, die vorhandene Trassen und Bauwerke instand halten oder deren vordringlicher Bedarf auf nationaler Ebene festgestellt worden ist.

Ein Sicherheitsbelang ist zweifelsohne auch die Sicherstellung der Energieversorgung der Bevölkerung. Berücksichtigung muss dies etwa beim Energieleitungsbau finden.¹¹⁰⁴ Die Windenergienutzung, wo es an Land auf Vorhabenebene stets um einzelne Windparks geht, ist aus der Perspektive der nationalen Sicherheit heraus betrachtet hingegen immer verzichtbar.¹¹⁰⁵ Bei der Windenergie an Land wird es daher entscheidend darauf ankommen, ob der Gerichtshof der Europäischen Union aus Gründen der Verhältnismäßigkeit weitere Einzelfallausnahmen von Art. 9 Abs. 1 VRL zulassen wird oder nicht. Es erscheint aber auch möglich, dass der Klimaschutz politisch weiter so an Gewicht gewinnt, dass – sollte der Gerichtshof der Europäischen Union Einzelfallausnahmen aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses ablehnen – die anderen Organe der EU eine Änderung der Vogelschutzrichtlinie im Sinne einer Angleichung an Art. 16 Abs. 1 FFH-RL auf den Weg bringen werden.

3.8.3 Alternativenprüfung

Nach § 45 Abs. 7 Satz 2 darf es zweitens keine zumutbaren Alternativen geben, wobei – im Gegensatz zur Eingriffsregelung – neben technischen Alternativen auch Standortalternativen zu prüfen sind.¹¹⁰⁶ Der artenschutzrechtliche Alternativenvergleich ist bei Großprojekten der Kerngesichtspunkt der Ausnahmeprüfung, weswegen die Alternativenprüfung in ihren wesentlichen Zügen bereits oben dargestellt worden ist.¹¹⁰⁷

Der Alternativenvergleich für einen Windpark setzt die Prüfung von Standortalternativen voraus, die sich nicht nur auf das Gebiet der Standortgemeinde bzw. das Gebiet des Flächennutzungsplans, sondern auf das Gebiet der Regionalplanung erstreckt. Zwar darf die Alternative nicht auf ein anderes Projekt hinauslaufen. Eine

¹¹⁰³ OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 06.11.2019 – 8 C 10240/18, juris Rn. 280.

¹¹⁰⁴ *Fellenberg*, Artenschutzrecht, in: Kerkmann/Fellenberg, Naturschutzrecht in der Praxis, 3. Aufl. 2021, § 10 Rn. 157.

¹¹⁰⁵ A. A. *Bick/Wulfert*, Artenschutzrechtliche Ausnahme für Vogelarten, NuR 2020, S. 250 (251).

¹¹⁰⁶ Zusammenfassend BVerwG, Urteil vom 28.03.2013 – 9 A 22/11, juris Rn. 105.

¹¹⁰⁷ Siehe oben Abschnitt 2.2.4.1.

regionale Perspektive ist jedoch wegen der Steuerung von Windenergiestandorten durch Regionalpläne gerechtfertigt und verhindert, dass jedes Vorhaben allein durch eine möglichst enge Zielsetzung des Vorhabenträgers alternativlos gestellt wird und so die Alternativenprüfung ins Leere läuft. Umgekehrt scheint es nicht angemessen, eine Alternativlosigkeit des Vorhabens erst dann anzunehmen, wenn sich im gesamten Bundesgebiet oder im Bundesland kein anderer Standort fände.¹¹⁰⁸ Für diesen räumlichen Referenzmaßstab spricht auch, dass die Gewichtung des Windparks im Rahmen der bei § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG vorzunehmenden Abwägung dadurch deutlich steigt, dass für das Vorhaben an entsprechender Stelle im Regionalplan ein Vorranggebiet ausgewiesen worden ist, wobei es sich nochmals gewichtserhöhend auswirkt, wenn ein Vorranggebiet mit der Wirkung eines Eignungsgebiets¹¹⁰⁹ festgelegt wurde, womit die Nutzung an anderer Stelle grundsätzlich ausgeschlossen wird, sodass sich der Ortsbezug verengt.¹¹¹⁰

Im Rahmen der Bauleitplanung ist der Suchraum für Alternativen hingegen grundsätzlich auf das Gemeindegebiet beschränkt, weil der Gemeinde darüberhinaus – von dem Abschluss eines städtebaulichen Vertrages oder der Bildung eines Planungsverbandes abgesehen – keine Planungsmöglichkeiten offen stehen.¹¹¹¹

3.8.4 Erhaltungszustand und FCS-Maßnahmen

Eine artenschutzrechtliche Ausnahme darf nach § 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG nur erteilt werden, wenn sich der Erhaltungszustand der Populationen der betroffenen Arten innerhalb ihres natürlichen Verbreitungsgebiets nicht verschlechtert, soweit Art. 16 FFH-RL keine weitergehenden Anforderungen stellt.

Weil Art. 16 Abs. 1 FFH-RL vom Verweilen in einem günstigen Erhaltungszustand spricht, heißt das konkret, dass es nicht ausreicht, wenn sich durch die Ausgleichsmaßnahmen der bestehende ungünstige Erhaltungszustand der Populationen einer Anhang-IV-Art lediglich nicht weiter verschlechtert. Zusätzlich darf bei Arten des Anhangs IV der FFH-Richtlinie, die sich in einem ungünstigen Erhaltungszustand befinden, die Wiederherstellung des günstigen Erhaltungszustandes nicht behindert werden. Planer müssen bei einem ungünstigen Erhaltungszustand also mit erhöhtem Darstellungsaufwand den Beleg der Neutralität des Eingriffs liefern.

Maßgeblich ist auf der Ausnahmenebene nicht die lokale Population, sondern das natürliche Verbreitungsgebiet,¹¹¹² wie sich aus der von § 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG gewählten Pluralformulierung („Populationen einer Art“) ergibt. Hierunter ist das

¹¹⁰⁸ OVG Niedersachsen, Urteil vom 25.10.2018 – 12 LB 118/16, juris Rn. 233.

¹¹⁰⁹ Vgl. zur gesamträumlichen Steuerung der Windenergie oben Abschnitt 2.5.3.

¹¹¹⁰ *Lau*, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 44 Rn. 27.

¹¹¹¹ VerfGH Rheinland-Pfalz, Urteil vom 11.07.2005 – VGH N 25/04, juris Rn. 58 (zu dem insoweit inhaltsgleichen Habitatschutzrecht).

¹¹¹² OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 06.11.2019 – 8 C 10240/18, juris Rn. 283; OVG Niedersachsen, Beschluss vom 22.02.2019 – 4 ME 48/19, juris Rn. 9.

gesamte Gebiet zu verstehen, das von der betreffenden Art genutzt wird. Üblicherweise wird dabei innerhalb der Bundesländer auf die biogeografischen Regionen abgestellt, da diese auch Grundlage für die Bewertung und Flächenauswahl der FFH-Gebiete sind und besondere Eigenschaften hinsichtlich der dort vorkommenden Arten und Lebensräume aufweisen.¹¹¹³ So wird beispielsweise in Nordrhein-Westfalen der „Erhaltungszustand in NRW“ für die Arten des Anhangs IV und die planungsrelevanten Vogelarten vom LANUV jeweils bezogen auf die atlantische und die kontinentale Region nach dem Ampelschema betrachtet,¹¹¹⁴ in Bayern vom LfU jeweils bezogen auf die kontinentale und die alpine Region.¹¹¹⁵

Entscheidend ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, ob die Gesamtheit der Populationen der Art in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet, das über das Plangebiet hinausreicht, als lebensfähiges Element erhalten bleibt.¹¹¹⁶ In die Beurteilung, ob eine Verschlechterung des Erhaltungszustandes im natürlichen Verbreitungsgebiet auszuschließen ist, fließen die Auswirkungen auf die örtliche Population mit ein, denn bleibt bereits der Erhaltungszustand hier günstig, so werden sich negative Auswirkungen auf den Erhaltungszustand der Art auf überörtlicher Ebene des natürlichen Verbreitungsgebiets ausschließen lassen.¹¹¹⁷

Wenn die Auswirkungen auf die betroffene Population für den Erhaltungszustand im natürlichen Verbreitungsgebiet ins Gewicht fallen, richtet das Artenschutzrecht eine absolute und grundsätzlich nicht überwindbare Hürde auf (Verschlechterungsverbot).¹¹¹⁸ Die Ausnahme darf einen ungünstigen Erhaltungszustand nicht verschlechtern und die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands nicht behindern („neutrales Vorhaben“).¹¹¹⁹ Beispielsweise werden bei dem vom Aussterben bedrohten Feldhamster jegliche nicht auszugleichende Beeinträchtigungen einer noch vorhandenen Population ins Gewicht fallen.¹¹²⁰

¹¹¹³ *Fellenberg*, Artenschutzrecht, in: Kerkmann/Fellenberg, Naturschutzrecht in der Praxis, 3. Aufl. 2021, § 10 Rn. 172; kritisch zu dieser Bezugsebene *Bick/Wulfert*, Artenschutz in der Vorhabenzulassung, NVwZ 2017, S. 346 (352), wobei diese Kontroverse kaum von Relevanz ist, da in der Praxis bereits aus Gründen der Rechtssicherheit populationsstützende FCS-Maßnahmen ergriffen werden, sodass es meist auf die richtige übergeordnete räumliche Bezugsebene nicht ankommt.

¹¹¹⁴ Artenliste mit Ampelbewertung des Erhaltungszustandes, online im Internet: https://artenschutz.naturschutzinformationen.nrw.de/artenschutz/web/babel/media/ampelbewertung_planungsrelevante_arten.pdf (zuletzt abgerufen am 30.06.2021).

¹¹¹⁵ Siehe bspw. die Ampelbewertung des LfU für die Gruppe der Säugetiere, online im Internet: <https://www.lfu.bayern.de/natur/sap/arteninformationen/artengruppe/zeige?grname=S%26auml%3Bugetiere> (zuletzt abgerufen am 30.06.2021).

¹¹¹⁶ BVerwG, Urteil vom 28.03.2013 – 9 A 22.11, juris Rn. 135.

¹¹¹⁷ BVerwG, Urteil vom 12.03.2008 – 9 A 3.06, juris Rn. 249.

¹¹¹⁸ *Fellenberg*, a.a.O., § 10 Rn. 174.

¹¹¹⁹ *Fellenberg*, a.a.O., § 10 Rn. 181.

¹¹²⁰ OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 03.01.2017 – 2 M 118/16, juris Rn. 41 ff.

Grundsätzlich ungünstig sind auch die Erhaltungszustände der in Anhang IV aufgeführten Amphibienarten.¹¹²¹

Beim Rotmilan kommt eine artenschutzrechtliche Ausnahme vom Tötungsverbot in Dichtezentren nicht in Betracht, da Verluste in den Dichtezentren als populationsrelevant anzusehen sind.¹¹²² Die in den Dichtezentren lebenden Bestände des Rotmilans müssen dauerhaft ihre Funktion als Quellpopulationen bewahren können. Die Möglichkeit der Abwanderung von Individuen aus dem demographischen Überschuss der Quellpopulationen ist notwendig, um Verluste in anderen Regionen auszugleichen und somit eine Verschlechterung des Erhaltungszustands der Population zu verhindern. Die Bestimmung der Dichtezentren des Rotmilans erfolgt gemäß den fachlichen Vorgaben der jeweiligen Landesnaturschutzverwaltung.¹¹²³

Wird hingegen etwa ein suboptimales Habitat der verbreiteten Zauneidechse vorhabenbedingt beeinträchtigt, kann tendenziell argumentiert werden, dass sich im Naturraum wesentlich geeignetere Lebensräume (z. B. große Trockenrasenkomplexe) befinden und das betroffene Vorkommen daher lediglich von untergeordneter Bedeutung ist.¹¹²⁴ Bei weit verbreiteten Arten kann tendenziell die Prognose getroffen werden, dass Störungen lokaler Vorkommen sich auf der Ebene des natürlichen Verbreitungsgebiets nicht destabilisierend auswirken werden.¹¹²⁵

Kann eine solche Prognose, dass sich keine vorhabenbedingte Verschlechterung des Erhaltungszustandes ergeben wird, fachgutachterlich nicht getroffen werden, so können Maßnahmen zur Beibehaltung des Erhaltungszustandes geplant und durch Nebenbestimmungen in der Zulassungsentscheidung festgesetzt werden.¹¹²⁶ Die sog. „FCS-Maßnahmen“ bzw. populationsstützende Maßnahmen sollen eine Verschlechterung des Erhaltungszustandes vermeiden. Sie sind für die Planungspraxis von entscheidender Bedeutung, weil sie an dem betroffenen Vorkommen ansetzen und daher dem Vorhabenträger und seinen Fachgutachtern eine Auseinandersetzung über den richtigen Bezugsraum bei Betrachtung der Populationen der Art ersparen,¹¹²⁷ wofür auch Feststellungen jenseits des Plangebiets und seiner näheren Umgebung zu treffen wären. FCS-Maßnahmen werden vorsorglich in der Umgebung der Zugriffe ergriffen, sodass man mit Gewissheit sagen kann, dass eine Verschlechterung des

¹¹²¹ Vgl. bspw. die Bewertung der Erhaltungszustände für Bayern, online im Internet: <https://www.lfu.bayern.de/natur/sap/arteninformationen/artengruppe/zeige?grname=Lurche> (zuletzt abgerufen am 30.06.2021).

¹¹²² Müller-Mitschke, Artenschutzrechtliche Ausnahmen vom Tötungsverbot, NuR 2015, S. 741 (748).

¹¹²³ Vgl. die Gegenüberstellung der unterschiedlichen Schwellenwerte für Baden-Württemberg und Sachsen-Anhalt bei Nagel et al., Rotmilan – Ermittlung von Dichtezentren, NuLP 2019, S. 14 (16-18).

¹¹²⁴ Fellenberg, Artenschutzrecht, in: Kerkmann/Fellenberg, Naturschutzrecht in der Praxis, 3. Aufl. 2021, § 10 Rn. 175.

¹¹²⁵ OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 09.10.2019 – 8 C 10240/18, juris Rn. 283.

¹¹²⁶ Fellenberg, a.a.O., § 10 Rn. 176.

¹¹²⁷ Bick/Wulfert, Artenschutz in der Vorhabenzulassung, NVwZ 2017, S. 346 (353).

Erhaltungszustandes ausgeschlossen werden kann.¹¹²⁸ Sie sind in der Praxis auch deswegen so belangvoll, weil sie bei der Frage des Überwiegens im Zuge der Abwägung nach § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG bei der Gewichtung der Betroffenheit des Artenschutzes mindernd berücksichtigt werden dürfen.¹¹²⁹

3.9 Planung von Minderungsmaßnahmen

Leitfäden und Handlungsempfehlungen zur Artenschutzprüfung sind zahlreich vorhanden. So wurden im Rahmen des Forschungsvorhabens „Standardisierungspotenzial im Bereich der arten- und gebietsschutzrechtlichen Prüfung“ ca. 145 einschlägige Dokumente ausgewertet.¹¹³⁰ Die Praxishilfen, die ein Gutachter im Einzelfall zu Rate zieht, dürften sich primär nach dem Vorhabentyp, der betroffenen Artengruppe und dem Bundesland richten. Aufgrund der Vielzahl an beteiligten Experten¹¹³¹ und dem zugrundegelegten Konsensprinzip handelt es sich beim Methodenhandbuch zur Artenschutzprüfung in Nordrhein-Westfalen um eine zuverlässige Referenz, auf die sich ergänzend zurückgreifen lässt.

Im Internetportal „Geschützte Arten in Nordrhein-Westfalen“ des LANUV (<https://artenschutz.naturschutzinformationen.nrw.de/artenschutz/de/start>) sind unter der Rubrik „Artenschutzmaßnahmen“ für alle im NRW-Leitfaden „Wirksamkeit von Artenschutzmaßnahmen“ bearbeiteten Arten, die entsprechenden Informationen zusammengestellt. Über „Status und Habitat“ gelangt man zur artspezifischen Definition der Fortpflanzungs- und Ruhestätten und der Lokalpopulation sowie zu einer Beschreibung der Habitatanforderungen der Art. Unter „Maßnahmen“ werden für jede Art die jeweiligen Maßnahmentypen ausführlich beschrieben und hinsichtlich ihrer Eignung als vorgezogene Ausgleichsmaßnahme bewertet. Detaillfragen des Einzelfalls lassen sich so häufig klären. Demgegenüber geht es nachfolgend um übergreifende und aktuelle Gesichtspunkte.

¹¹²⁸ *Bick/Wulfert*, Artenschutz in der Vorhabenzulassung, NVwZ 2017, S. 346 (353).

¹¹²⁹ Siehe oben Abschnitt 3.8.1.

¹¹³⁰ *Wulfert et al.*, Standardisierungspotenzial im Bereich der arten- und gebietsschutzrechtlichen Prüfung, 2015.

¹¹³¹ Die lange Liste der beteiligten Experten für das Methodenhandbuch zur Artenschutzprüfung in NRW findet sich online im Internet:

https://artenschutz.naturschutzinformationen.nrw.de/artenschutz/web/babel/media/mhbasp_anhang1_lliste%20der%20experten.pdf (zuletzt abgerufen am 30.06.2021).

3.9.1 Fledermäuse

Das Anbringen von künstlichen Quartieren gehört zu denjenigen Maßnahmen, die am häufigsten zum Ersatz von Quartierverlusten bei Fledermäusen ergriffen werden.¹¹³² Innerhalb des Fledermausschutzes ist jedoch umstritten, inwieweit Fledermauskästen als CEF-Maßnahme geeignet sind.¹¹³³ Das Bundesverwaltungsgericht hat selbst bei einer umfangreichen Maßnahme, die als Ausgleich vorsah, für jede besiedelte Wochenstube bzw. für jedes genutzte Winterquartier im Baufeld fünf artspezifische Ersatzquartiere aufzuhängen, die Frage offengelassen.¹¹³⁴ Das Bundesverwaltungsgericht geht dabei zwar davon aus, dass Fledermauskästen von den Tieren grundsätzlich angenommen werden. In Gebieten ohne ein bereits bestehendes Kastensystem könne jedoch vor dem Hintergrund der Ergebnisse der Studie von *Zahn & Hammer* (2017) nicht generell, sondern nur im Einzelfall beurteilt werden, ob neue Kästen den Verlust von Wochenstubenquartieren in Bäumen auch auf längere Sicht mit hinreichender Erfolgswahrscheinlichkeit ersetzen können oder nicht. So empfiehlt es sich in Gebieten ohne ein bereits bestehendes Kastensystem nicht allein mit künstlichen Ersatzquartieren zu planen, sondern auch das Fräsen von Baumhöhlen zu erwägen.

In Bezug auf eine Minderung der Tötungsrisiken bei der Straßenüberquerung geht das Bundesverwaltungsgericht von einer Wirksamkeit von Kollisionsschutzzäunen für Fledermäuse aus.¹¹³⁵ Das Konzept eines „Hop-over“ (Überleitungen im Kronenbereich von Bäumen) als Querungshilfe sei mangels bisheriger Erprobung bei einer vierspurigen Straße hingegen nach Ansicht des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs nicht als Überflughilfe mit hohem Wirkungsgrad anzusehen.¹¹³⁶ Von einer Wirksamkeit könne lediglich für bis zu zweispurige Straßen ausgegangen werden.¹¹³⁷

Um betriebsbedingte Fledermaustötungen an Windenergieanlagen zu reduzieren, sind sog. „fledermausfreundliche Abschaltalgorithmen“ inzwischen die häufigste Minimierungsmaßnahme.¹¹³⁸ Diese müssen zunächst pauschal festgelegt werden (anhand der Parameter von Jahreszeit, Windgeschwindigkeit und Temperatur). Denn ein Gondelmonitoring an sich stellt keine Vermeidungsmaßnahme dar, sondern kann im Genehmigungsbescheid lediglich als Voraussetzung für die etwaige künftige Verringerung der Vermeidungsmaßnahme „Abschaltzeiten“ vorgesehen werden.¹¹³⁹ Unter Bezugnahme auf diese Rechtsprechung des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts sollten in Zukunft aufgrund des flächendeckend vorhandenen Kollisionsrisikos

¹¹³² BVerwG, Urteil vom 06.04.2017 - 4 A 16.16, juris Rn. 84.

¹¹³³ Kritisch bewertet aufgrund eigener Überprüfungen von *Zahn/Hammer*, Wirksamkeit von Fledermauskästen als vorgezogene Ausgleichsmaßnahme, *Anliegen Natur* 2017, S. 27.

¹¹³⁴ BVerwG, Urteil vom 09.11.2017 - 3 A 4.15, juris Rn. 60.

¹¹³⁵ BVerwG, Urteil vom 27.11.2018 - 9 A 8.17, juris Rn. 108.

¹¹³⁶ VGH Hessen, Urteil vom 05.12.2019 - 2 C 1823/15.T, juris Rn. 92 ff.

¹¹³⁷ VGH Hessen, a.a.O., juris Rn. 95.

¹¹³⁸ *Lindemann et al.*, Abschaltalgorithmen für Fledermäuse an WEA, *NuLP* 2018, S. 418.

¹¹³⁹ OVG Niedersachsen, Urteil vom 25.10.2018 - 12 LB 118/16, juris Rn. 206.

sichergestellt werden, dass keine Anlagen mehr ohne Abschaltungen ab dem ersten Betriebsjahr genehmigt werden.¹¹⁴⁰

Wie oben dargelegt,¹¹⁴¹ sollte die dem Algorithmus zugrundeliegende Signifikanzschwelle, an dem die Berechnungen mit ProBat ausgerichtet werden, aus Rechtsgründen bei maximal einem Tier pro Jahr und Windenergieanlage festgelegt werden, soweit Verwaltungsvorschriften des Bundeslandes keine anderweitige Vorgabe für den Behördenvollzug machen. Auch aus Sicht des Artenschutzes ist es notwendig, einen deutlich geringeren Schwellenwert als bisher möglichst deutschlandweit sowohl für Wald- als auch für Offenlandstandorte anzustreben.¹¹⁴² Die kumulativen Effekte, die der zunehmende Ausbau der Windenergie an Land für die wandernden Arten unter den Fledermäusen bedeutet, sind enorm. Aufnahmen an 20 Windenergieanlagen verbunden mit einem Totfundmonitoring aus den Jahren 2016 bis 2018 aus dem nordwestdeutschen Küstenraum von *Bach et al.* zeigen auf, dass durchschnittlich bereits der 27. Kontakt einer Rauhaufledermaus mit einer Windenergieanlage das Ende des Exemplars bedeutet:

„Rauhaufledermäuse fallen als Schlagopfer an WEA schon bei relativ geringer akustischer Aktivität auf Nabenhöhe an. So wurde in küstennahen Windparks durchschnittlich bei 57 akustischen Aktivitätsereignissen eine tote Rauhaufledermaus gefunden (Kap. 4). Unter Berücksichtigung der Abtragsrate, der Sucheffizienz und der absuchbaren Fläche (Berechnung nach Brinkmann et al. 2006 bzw. Korner-Nievergelt et al. 2011) würde ein Schlagopfer pro 27 Aktivitätsereignisse auftreten.“¹¹⁴³

Da die akustische Aktivität der Rauhaufledermaus in Gondelhöhe mit der Schlagopferzahl unter der jeweiligen Windenergieanlage mitunter nicht korreliert, sollte ein zweites Turmmikrofon auf Höhe des unteren Streifpunkts der Rotorspitzen zusätzlich zu dem Mikrofon an der Gondel angebracht werden, womit auch die Gesamtaktivität deutlich besser erfasst und das Artenspektrum erweiternd abgebildet wird.¹¹⁴⁴

3.9.2 Nagetiere

Offene Landschaften außerhalb des Siedlungsbereiches unterliegen nicht nur einem hohen landwirtschaftlichen Produktions- und Nutzungsinteresse, sondern sie sind auch stark betroffen von raumwirksamen Planungs- und Bauprojekten wie der Wohn- und Gewerbebebauung im Siedlungsrandbereich oder der Verkehrswegeplanung. Aufgrund der engen Habitatbindung des Feldhamsters an die „Normallandschaft“ treten seit der

¹¹⁴⁰ *Hurst et al.*, Windkraft im Wald und Fledermausschutz, in: Voigt, Evidenzbasierter Fledermausschutz in Windkraftvorhaben, 2020, S. 29 (40).

¹¹⁴¹ Siehe Abschnitt 3.3.3.

¹¹⁴² *Hurst et al.*, a.a.O., S. 29 (40).

¹¹⁴³ *Bach et al.*, Akustisches Monitoring von Rauhaufledermaus an Windenergieanlagen, in: Voigt, Evidenzbasierter Fledermausschutz in Windkraftvorhaben, 2020, S. 101 (114).

¹¹⁴⁴ *Bach et al.*, a.a.O., S. 102 (108).

Aufnahme der Art in Anhang IV der FFH-Richtlinie Konflikte zwischen Artenschutz und Raumplanung auf.¹¹⁴⁵

Es empfiehlt sich, bereits auf der Ebene der Bauleitplanung bezüglich der Bauflächen die Möglichkeit eines Feldhamstervorkommens zu klären und nicht auf das Baugenehmigungsverfahren bzw. die Planumsetzung zu verlagern und ein tatsächliches Vorkommen erst begleitend zu den Erschließungsarbeiten zu überprüfen. Denn sollte der Feldhamster vorkommen, wäre laut einer aktuellen Entscheidung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs ein Baustopp vorzunehmen, bis die Umsiedlung der Tiere auf geeignete Flächen erfolgt ist.¹¹⁴⁶ Der Erfolg von Feldhamsterumsiedlungen ist kaum belegt und eine Umsiedlung bedarf daher stets einer artenschutzrechtlichen Ausnahme,¹¹⁴⁷ zumal der artspezifische Aktivitätsradius bei maximal 500 m liegt, sodass Maßnahmenflächen schnell außerhalb des räumlichen Zusammenhangs liegen.¹¹⁴⁸ Jedoch ist das Erteilen einer Ausnahme wegen dem Verweis von § 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG auf Art. 16 Abs. 1 FFH-RL bei dem bestehenden sehr schlechten Erhaltungszustand grundsätzlich nicht möglich¹¹⁴⁹ bzw. es bestehen sehr hohe Hürden.¹¹⁵⁰ Dieses Risiko lässt sich nur vermeiden, indem die Planung von Baugebieten auf der „grünen Wiese“ mit einer Potentialabschätzung in Bezug auf den Feldhamster einhergeht und erforderlichenfalls eine Bestandserfassung durchgeführt wird.¹¹⁵¹

Eine Bewältigung ohne Ausnahmeerteilung ist dann möglich, wenn durch eine Nebenbestimmung zur Baugenehmigung, derzufolge eine Ausgleichsfläche herzustellen und durch einen feldhamstergerechten Bewirtschaftungsvertrag dauerhaft zu erhalten ist, das Vorhaben vom Verbot des § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG gemäß § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 und Satz 3 BNatSchG dadurch freigestellt wird, dass im unmittelbaren räumlichen Bereich des Feldhamstervorkommens eine hamstergerechte Ausgleichsfläche für dessen Fortpflanzungs- und Ruhestätten geschaffen worden ist.¹¹⁵² Bei der Dimensionierung der Ausgleichsfläche ist von einem Verhältnis von mindestens 1:1 zwischen beschädigten Habitaten und CEF-Maßnahme auszugehen.¹¹⁵³

Die Haselmaus stellt hingegen im Normalfall kein großes Planungsproblem dar; ihre Habitate sind etwa durch das Anpflanzen Früchte tragender Gehölze einfach und schnell herzustellen.¹¹⁵⁴ Für eine Vermeidung des Tötungsverbot es kommt es daher vor

¹¹⁴⁵ So *Mammen/Mammen*, Möglichkeiten und Grenzen der Umsiedlung von Feldhamstern, Methoden feldökologischer Säugetierforschung 2 (2003), S. 461.

¹¹⁴⁶ VGH Hessen, Beschluss vom 17.03.2021 – 3 B 2000/20, juris Rn. 36.

¹¹⁴⁷ *Mammen et al.*, Berücksichtigung des Feldhamsters im Rahmen von Eingriffsvorhaben, NuL 2014, S. 350 (353).

¹¹⁴⁸ VG Hannover, Urteil vom 21.06.2019 – 4 A 12841/17, juris Rn. 51 f.

¹¹⁴⁹ Siehe oben Abschnitt 3.8.4.

¹¹⁵⁰ OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 03.01.2017 – 2 M 118/16, juris Rn. 41 ff.

¹¹⁵¹ Zur Methodik der Feldhamsterkartierung siehe oben Abschnitt 3.2.4.

¹¹⁵² VG Hannover, Urteil vom 21.06.2019 – 4 A 12841/17, juris Rn. 43.

¹¹⁵³ *Mammen et al.*, a.a.O., S. 350 (353).

¹¹⁵⁴ Hinweis von *Lüttmann* im Rahmen des Experteninterviews vom 11.08.2017.

allem darauf an, dass ausreichend Zeit zur Bestandserfassung über mindestens eine Vegetationsperiode bleibt.¹¹⁵⁵ Die Anzahl der erforderlichen Kästen für die schnelle Herstellung der ökologischen Funktion weicht jedoch von der Anzahl an Kästen für die Bestandserfassung und Umsiedlung ab: Pro Individuum müssen 5 Kästen im räumlichen Verbund angeboten werden.¹¹⁵⁶

3.9.3 Vögel

Eine generelle Schwierigkeit bezüglich der Avifauna in der Artenschutzprüfung liegt in dem breiten Spektrum an erfassten Arten. Weil Art. 1 VRL auf „die Erhaltung sämtlicher wildlebenden Vogelarten“, die in der Europäischen Union heimisch sind, rekurriert, betont das Bundesverwaltungsgericht, dass eine Unterscheidung anhand von Kriterien wie Häufigkeit oder Stöempfindlichkeit in Bezug auf die Generalistenarten den Vorhabenträger nicht etwa von jeder Prüfung befreit, sondern naturschutzfachlich begründet nur eine geringere Prüfungstiefe vorsehen kann.¹¹⁵⁷

Ohnehin ist bei einer behördlichen Vorauswahl planungsrelevanter Vogelarten eine kritische Kontrolle anhand des geplanten Projekts erforderlich, da beispielsweise der Mauersegler nicht in der NRW-Liste enthalten ist,¹¹⁵⁸ was freilich nicht vom Schutz dieser höchst brutplatztreuen Art bei der energetischen Gebäudesanierung dispensiert.

Das auch ungefährdete, verbreitete Vogelarten einer Vorhabenzulassung entgegenstehen können, zeigt ein Fall aus dem Jahr 2018, in dem das Obergerverwaltungsgericht Mecklenburg-Vorpommern die immissionsschutzrechtliche Genehmigung für eine Repoweringmaßnahme als rechtswidrig erachtet hat, weil sich eine Graureiherkolonie in 700 m Entfernung befinde und damit die *Tierökologischen Abstandskriterien für die Errichtung von Windenergieanlagen in Brandenburg* (TAK) unterschritten worden wären, die einen Schutzabstand von 1.000 m empfehlen.¹¹⁵⁹

Ein anerkannter Fachbeitrag, der den Status einer Fachkonvention erreicht hat,¹¹⁶⁰ ist die „Arbeitshilfe Vögel und Straßenverkehr“ (Garniel & Mierwald 2010). Für die Bewertung des Straßenverkehrslärms auf Vögel ordnet die Arbeitshilfe die Vogelarten nach Lärmempfindlichkeit in fünf absteigende Gruppen ein und legt Effekt- und Fluchtdistanzen zwischen Lärmquelle und Lebensstätte fest und benennt empfindlich

¹¹⁵⁵ Zur Methodik der Haselmauskartierung siehe oben Abschnitt 3.2.4.

¹¹⁵⁶ Vgl. den artspezifischen Maßnahmensteckbrief des LANUV, online im Internet: <https://artenschutz.naturschutzinformationen.nrw.de/artenschutz/de/arten/gruppe/saeugetiere/massn/6549> (zuletzt abgerufen am 30.06.2021).

¹¹⁵⁷ BVerwG, Beschluss vom 15.07.2020 – 9 B 5.20, juris Rn. 16-19.

¹¹⁵⁸ Vgl. die Liste der planungsrelevanten Vogelarten für NRW, online im Internet: <https://artenschutz.naturschutzinformationen.nrw.de/artenschutz/de/arten/gruppe/voegel/liste> (zuletzt abgerufen am 30.06.2021).

¹¹⁵⁹ OVG Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 08.05.2018 – 3 M 22/16, juris Rn. 108 ff.

¹¹⁶⁰ So die gleichlautende Einschätzung von Bick/Wulfert, Artenschutz in der Vorhabenzulassung, NVwZ 2017, S. 346 (353), von Lau im Rahmen des Experteninterviews vom 15.08.2017 sowie von Schneider im Rahmen des Experteninterviews vom 12.09.2017.

auf Lärm reagierende Arten, für die neben der Effekt- oder Fluchtdistanz auch der kritische Schallpegel betrachtet werden muss. Die Rechtsprechung überprüft Artenschutzfachbeiträge auf Nachvollziehbarkeit regelmäßig anhand dieser Arbeitshilfe, das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz sprach jüngst sogar von „Standardwerk“¹¹⁶¹. So, wie man sich bei der Bestandserfassung eng an *Südbeck et al.* 2005 orientieren sollte,¹¹⁶² empfiehlt sich daher eine enge Anlehnung hieran bei der Straßenverkehrslärbewertung und Planung von Maßnahmen zur Konfliktvermeidung.

Eine noch verbreitete, aber in der Bestandsentwicklung kontinuierlich sinkende Art ist die Feldlerche,¹¹⁶³ eine Charakterart der offenen Feldflur, die typischerweise reich strukturiertes Ackerland und extensiv genutzte Grünlandflächen besiedelt. Aufgrund ihrer noch vorhandenen Verbreitung werden bei der Realisierung einer geplanten Bebauung auf der „grünen Wiese“, etwa in einem neu auszuweisenden Gewerbegebiet, Lebensstätten der gefährdeten Feldlerche in Äckern oder Grünländern regelmäßig zerstört.¹¹⁶⁴ Bei CEF-Maßnahmen für die Feldlerche ist die Ackerrandlänge ein maßgebliches Kriterium, weshalb man durch das Anlegen kleiner Äcker und vieler Wege mit blühenden Wegrändern im Einzelfall unterhalb eines 1:1-Ausgleichs bleiben kann.¹¹⁶⁵ Neben der Schaffung von Blühstreifen werden auch Feldlerchenfenster zur artübergreifenden Entwicklung eines Lebensraums für Brutvögel des Offenlandes (etwa auch für Wachtel, Rebhuhn, Wiesenpieper, Wiesenschafstelze usw.) geplant. Für die Anlage von Feldlerchenfenstern wird die Getreideaussaat an den jeweiligen Stellen im Acker kurz unterbrochen. Die Fenster haben einen Mindestabstand von 50 m zu Baumreihen, Gebäuden, Gärten und Straßen sowie 25 m zu Fahrgassen einzuhalten.¹¹⁶⁶ Die Einschätzung, dass Feldlerchenfenster und Blühstreifen als FCS-Maßnahmen grundsätzlich geeignet sind, den Erhaltungszustand der Feldlerche zu stützen, ist naturschutzfachlich vertretbar.¹¹⁶⁷

Aus der Gruppe der baumhöhlenbewohnenden Vogelarten spielen die Spechte in der Planungspraxis eine gewichtige Rolle. Fachlich rechtfertigt sich das dadurch, dass Spechte zu den biotopschaffenden Arten zählen, von denen andere baumhöhlenbewohnende Arten profitieren. Zu den gefährdeten und rückläufigen Arten gehört der Grauspecht, der in Nordrhein-Westfalen seine nördliche Verbreitungsgrenze erreicht.

¹¹⁶¹ OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 06.11.2019 – 8 C 10240/18, juris Rn. 173.

¹¹⁶² Siehe oben Abschnitt 3.2.5.

¹¹⁶³ Siehe die Bestandsentwicklung der Feldlerche seit 1990 im Rahmen des DDA-Monitorings, online im Internet:

https://www.dda-web.de/includes/ais_win_charts_trend.php?speciesid=9760&trendid=84 (zuletzt abgerufen am 30.06.2021).

¹¹⁶⁴ Vgl. dazu das Praxisbeispiel bei *Trautner*, Artenschutz, 2020, S. 194 ff.

¹¹⁶⁵ Hinweis von *Lüttmann* im Rahmen des Experteninterviews vom 11.08.2017.

¹¹⁶⁶ Zu den Feldlerchenfenstern instruktiv OVG Niedersachsen, Urteil vom 27.08.2019 – 7 KS 24/17, juris Rn. 353; OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 23.08.2017 – 2 K 66/16, juris Rn. 211 ff.

¹¹⁶⁷ OVG Sachsen-Anhalt, a.a.O., juris Rn. 209.

Er ist auf die Mittelgebirgsregionen beschränkt, wo er flächenweit aber spärlich vorkommt.¹¹⁶⁸ Seine Hauptgefährdung, der Verlust oder die Entwertung von lichten Laub- und Mischwaldbeständen,¹¹⁶⁹ ist bei der Planung von Windenergieanlagen im Wald im Hinblick auf § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG zu berücksichtigen.¹¹⁷⁰ Die zweite Gefährdungsursache, die Zerschneidung und Verkleinerung der Lebensräume durch Straßenbau und Siedlungen,¹¹⁷¹ hat unmittelbar mit der Raumplanung zu tun. Der Grauspecht weist die Besonderheit eines sehr großen Aktionsraumes auch zur Brutzeit (ca. 100 ha) auf, sodass eine Optimierung von Lebensstätten in Gänze in der Regel nicht möglich ist. Er steht damit stellvertretend für diverse andere Arten als Beispiel für den Umgang mit einer unsteten Art in einem Artenschutzfachbeitrag. Zudem bestehen über die konkreten Rückgangsursachen des Grauspechts Unklarheiten. Hinzukommen die Prognoseunsicherheiten der Maßnahmen, denn wissenschaftlich dokumentierte Nachkontrollen liegen nicht vor und sind nur begrenzt und mit hohem Aufwand (Telemetry) durchführbar.¹¹⁷² Dieses Beispiel soll verdeutlichen, dass es bei allem Bemühen um einen Individuenbezug im Artenschutzrecht selbst seltenere, rückläufige Arten gibt, die sich sinnvollerweise nur durch FCS-Maßnahmen behandeln lassen (hier: stehendes Totholz in der Umgebung) und bei denen von vornherein der Weg über die Ausnahme zu gehen ist.

3.9.4 Reptilien und Amphibien

Die Feldherpetologie als Gefährdungsanalyse, Maßnahmenvorschlag und Wirkungsüberprüfung der Artenschutzmaßnahmen für die im Plangebiet vorgefundenen Amphibien- und Reptilienarten hat ein vielfältiges Erscheinungsbild: Die Bandbreite reicht von der Umsiedlung einiger Eidechsenexemplare bei der Baufeldfreimachung für ein kleines Bauvorhaben bis hin zu komplexen Maßnahmenplanungen für Pionierarten aus der Gruppe der Amphibien bei großen Planfeststellungsvorhaben. Unter den Amphibien- und Reptilienarten des Anhangs IV der FFH-Richtlinie finden sich zum einen sehr seltene Arten wie beispielsweise die Würfelnatter, aber zum anderen ebenso verbreitete r-Strategen, die sich, wie zum Beispiel die Zauneidechse, mit ihrer Lebensstrategie auf den Verlust von Individuen eingestellt haben und so durch hohe Reproduktionsraten, geringe Pflege der Nachkommen und eine kurze Lebensdauer

¹¹⁶⁸ Vgl. das Artportrait des LANUV, online im Internet:

<https://artenschutz.naturschutzinformationen.nrw.de/artenschutz/de/arten/gruppe/voegel/kurzbeschreibung/103157> (zuletzt abgerufen am 30.06.2021).

¹¹⁶⁹ Vgl. die Darstellung der Gefährdungen und Erhaltungsziele des LANUV, online im Internet:

<https://artenschutz.naturschutzinformationen.nrw.de/artenschutz/de/arten/gruppe/voegel/schutzziele/103157> (zuletzt abgerufen am 30.06.2021).

¹¹⁷⁰ VGH Hessen, Beschluss vom 14.01.2021 – 9 B 2223/20, juris Rn. 26.

¹¹⁷¹ LANUV, a.a.O.

¹¹⁷² Vgl. dazu die Maßnahmenbeschreibungen des LANUV, online im Internet:

<https://artenschutz.naturschutzinformationen.nrw.de/artenschutz/de/arten/gruppe/voegel/massn/103157> (zuletzt abgerufen am 30.06.2021).

gekennzeichnet sind.¹¹⁷³ R-Strategen lassen das grundsätzlich individuenbezogene Tötungsverbot aus ökologischer Sicht in manchen Fällen geradezu lächerlich erscheinen, zumal sich bei der Mauereidechse noch das zusätzliche Problem des rechtlichen Schutzes allochthoner Vorkommen stellt.¹¹⁷⁴ Hinzukommt, dass sich unter den Amphibienarten diverse Pionierarten befinden, weswegen sich langfristig ausgelegte Ausgleichsmaßnahmen pointiert etwa als „Kreuzkröten-Zoo“ kritisieren lassen.¹¹⁷⁵ Andererseits darf nicht die Gefährdung der Herpetofauna, insbesondere der grundsätzlich negative Bestandstrend bei den Amphibien in der modernen Kulturlandschaft, die dem Klimawandel unterliegt, übersehen werden, sodass selbst einst weit verbreitete Arten, wie der Laubfrosch, mittlerweile selten geworden sind.

Diejenige Anhang-IV-Art auf dem Gebiet der Feldherpetologie, mit der sich die Rechtsprechung bislang am häufigsten auseinandergesetzt hat, ist die Zauneidechse,¹¹⁷⁶ was an deren Verbreitungsgebiet und Häufigkeit liegen dürfte. Aus rechtlicher Sicht liegt das Kernproblem darin, dass selbst die fachgerechte Umsiedlung von Reptilien in rechtzeitig hergerichtete Ersatzlebensstätten zu temporären Bestandseinbrüchen führen,¹¹⁷⁷ weswegen als Mindestzahl für eine Umsiedlung die Anzahl von 20 Weibchen und 20 Männchen als notwendig erachtet wird.¹¹⁷⁸ Bestandsverluste können sich bei dieser zu den r-Strategen zählenden Art schnell wieder ausgleichen. So bleibt zwar ein günstiger Erhaltungszustand bestehen und eine erhebliche Beeinträchtigung ist demgemäß zu verneinen.¹¹⁷⁹ Allerdings liegt dann gemessen an dem Tötungsverbot, auf das die Umsiedlungsprivilegierung des § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BNatSchG im Gegensatz zum Fangverbot nicht verweist, ein Verstoß vor, weswegen der Eingriff durch die Umsiedlung einer Ausnahme bedarf.¹¹⁸⁰

Selbst wenn die Bewertung des Habitats bei Betrachtung der Flächengröße und der dort vorhandenen Versteckmöglichkeiten naturschutzfachlich zu der Einschätzung kommen sollte, man könne allen Individuen annähernd vollständig habhaft werden,

¹¹⁷³ Bick/Wulfert, Artenschutz in der Vorhabenzulassung, NVwZ 2017, S. 346 (354).

¹¹⁷⁴ Siehe dazu oben Abschnitt 3.2.2.

¹¹⁷⁵ Hinweis von Lau im Rahmen des Experteninterviews vom 15.08.2017. Darauf wird weiter unten in diesem Abschnitt eingegangen.

¹¹⁷⁶ Zum Schlagwort „Zauneidechse“ finden sich in der Datenbank Juris mittlerweile bereits 176 Rechtsprechungsnachweise. Zum Vergleich: Beim Schlagwort „Mauereidechse“ ergibt die Abfrage hingegen nur 17 Treffer (Stand: 25.04.2021).

¹¹⁷⁷ Schulte/Veith, Kann man Reptilien-Populationen erfolgreich umsiedeln?, ZfF 2014, S. 219 (231): „Da es bei Umsiedlungen immer zu einem Einbruch der Population in dem Jahr der Umsiedlung und dem darauffolgenden Jahr kommt (Schulte, eigene Daten), muss die Populationsgrößenentwicklung insbesondere danach einige Jahre lang überprüft werden.“

¹¹⁷⁸ HVNL, Reptilien in der Praxis, Protokoll vom 27.06.2012 (unveröffentlicht).

¹¹⁷⁹ So VG Frankfurt (Oder), Beschluss vom 10.12.2020 – 5 L 602/20, juris 22, allerdings mit dem missverständlichen Verweis auf BVerwG, Beschluss vom 20.02.2015 – 7 B 13.14, juris Rn. 33, wo es jedoch nicht um eine artenschutzrechtliche Bewertung, sondern eine habitatschutzrechtliche FFH-Prüfung ging.

¹¹⁸⁰ Siehe oben Abschnitte 3.3.2 und 3.4.

sodass das Tötungsrisiko nach der Rechtsprechung nicht signifikant erhöht wäre,¹¹⁸¹ so empfiehlt es sich wegen der Unabwägbarkeiten während und nach dem Umsetzen eine „vorsorglich erteilte artenschutzrechtliche Ausnahme“¹¹⁸² bezogen auf das Tötungsverbot für das Abfangen und Umsiedeln zu erwirken, um schwierige Problemlagen für den Bauträger und die ÖBB zu vermeiden.¹¹⁸³ Bei der fachgutachterlich zu beantwortenden Frage, ob „ein nicht ganz geringer Teil der Zauneidechsen auf dem vorgesehenen Baufeld“ verbleibt, hat man zugrundezulegen, dass bereits ein Vorkommen von 20 Erwachsenen und Halbwüchsigen als mittelgroß und von 50 als groß gilt, weswegen bereits die Inkaufnahme der Tötung „*einzelner Tiere im Zuge der ... Baufeldfreimachung*“ das Signifikanzkriterium erfüllt.¹¹⁸⁴

Eine praktikable Alternative bei raumgreifenden Bodenarbeiten ist, im Artenschutzfachbeitrag, der zum Gegenstand der Genehmigung gemacht wird, Tabuzonen für Reptilien festzulegen.¹¹⁸⁵ Soweit dies nicht möglich ist, ist die strukturelle Vergrämung der Tiere wegen des höheren Erfolgspotentials und der geringeren Stressbelastung und Verletzungsgefahr dem Abfangen und Umsiedeln vorzuziehen.¹¹⁸⁶ Allerdings kann eine Ausgleichsfläche nur dann greifen, wenn sie für nahezu alle Tiere des betroffenen Vorkommens erreichbar ist. Wegen der extremen Ortstreue der Art, für die der durch Fotoidentifikation belegte Streckenrekord eines Männchens in Deutschland bei 333 m liegt,¹¹⁸⁷ ist die in den einschlägigen Planungsleitfäden häufiger anzutreffende Schwelle für die Erreichbarkeit von 500 m¹¹⁸⁸ deutlich zu hoch gegriffen.¹¹⁸⁹ Vor dem Hintergrund, dass Zauneidechsen natürlicherweise mehrheitlich nicht mehr als 10 bis 20 m wandern,¹¹⁹⁰ kann eine reine Vergrämung auf eine Ausgleichsfläche jedenfalls jenseits von 100 m nicht mehr als CEF-Maßnahme innerhalb des Aktionsradiuses angesehen

¹¹⁸¹ BVerwG, Urteil vom 14.07.2011 – 9 A 12.10, juris Rn. 127.

¹¹⁸² OVG NRW, Urteil vom 05.02.2021 – 11 D 13/18.AK, juris Rn. 253.

¹¹⁸³ Hinweis von Lüttmann im Rahmen des Experteninterviews vom 11.08.2017.

¹¹⁸⁴ Zitate aus BVerwG, Urteil vom 14.07.2011 – 9 A 12.10, juris Rn. 127. Angabe der Einschätzung der Populationsgröße nach Glandt, *Praxisleitfaden Amphibien- und Reptilienschutz*, 2018, S. 239 sowie Blanke, *Zauneidechse*, 2010, S. 124: „1979 wies Glandt darauf hin, dass schon kleine Populationen von 10-20 Zauneidechsen als schützenswert einzustufen sind. Gut 30 Jahre nach dieser Aussage müssen in vielen Gebieten derartige (Rest-)Bestandsgrößen als mittelgroß oder groß gelten (z. B. eig. Beob., Micheel 2008).“

¹¹⁸⁵ OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 20.02.2020 – OVG 11 S 8/20, juris Rn. 30 (Rodungsarbeiten für das Tesla-Gelände Grünheide).

¹¹⁸⁶ Peschel et al., *Zauneidechse und der gesetzliche Artenschutz*, NuLP 2013, S. 241 (243 f.).

¹¹⁸⁷ Blanke/Völkl, *Zauneidechsen – 500 m und andere Legenden*, ZfF 2015, S. 115 (118).

¹¹⁸⁸ Vgl. insb. Laufer, *LUBW-Leitfaden Zaun- und Mauereidechsen*, 2014, S. 117: „Der räumliche Zusammenhang orientiert sich am Aktionsradius betroffenen Art, der bei der Mauer- und Zauneidechse mit 500m angenommen wird. Besteht zwischen dem Eingriffsort und den Flächen für die vorgezogene Ausgleichsmaßnahme ein Verbindungskorridor, kann die Entfernung ausnahmsweise auch bis zu 1.000 m betragen.“

¹¹⁸⁹ Blanke/Völkl, *Zauneidechsen – 500 m und andere Legenden*, ZfF 2015, S. 115 (119).

¹¹⁹⁰ Scheeweiß et al., *Zauneidechse im Vorhabengebiet*, NundL 2015, S. 4 (7 m.w.N.).

werden,¹¹⁹¹ sondern ist als mindernde FCS-Maßnahme zu werten und bedarf für die Umsetzung einer Ausnahme zumindest in Bezug auf das Tötungsverbot und den Lebensstättenchutz.

Die Rechtsprechung verweist darauf, dass zu den durch sie anerkannten Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen das Fangen und Umsiedeln in besonders zu sichernde Maßnahmegebiete zähle.¹¹⁹² Zu den konkreten Anforderungen an (Ersatz-)Habitate der Zauneidechse finden sich in der reichlichen Rechtsprechung zu dieser Art jedoch so gut wie keine Hinweise. Nur zu den Anforderungen an den bei einer Umsiedlung obligatorischen „*Herpetofauna-Zaun*“¹¹⁹³, um eine Abwanderung der eingesetzten Reptilien aus dem aufgewerteten Ersatzhabitat zu verhindern, findet sich der höchstrichterliche Hinweis, dass jedenfalls das Aufstellen eines 1 m hohen mobilen Absperrzauns einen ausreichenden Schutz biete, der mindestens 70 cm über Geländeoberkante hoch und mindestens 30 cm in den Boden eingegraben sei, aus glattem Material bestehe und einen Überkletterschutz nach außen aufweise.¹¹⁹⁴

Das Schutzmaßnahmenkonzept richtet sich damit selbst bei der häufig gerichtlich behandelten Zauneidechse letztlich nach den einschlägigen Fachleitfäden. Dies gilt „erst recht“ für die beiden anderen aufgrund ihrer Verbreitung besonders planungsrelevanten Reptilienarten des Anhangs IV der FFH-Richtlinie: die Schlingnatter¹¹⁹⁵ und die Mauereidechse¹¹⁹⁶. Ziel einer Artenschutzmaßnahme für diese Reptilienarten sollten ganz generell aufgelockerte, strukturreiche Habitate sein. Die „best practice“ für die Maßnahmenplanung für Zauneidechsen, Mauereidechse und Schlingnatter ergibt sich nach eigener Erfahrung in einschlägigen Planungsverfahren aus den beiden folgenden Darstellungen:

- *Blanke*: Pflege und Entwicklung von Reptilienhabitaten, Empfehlungen für Niedersachsen, 2019.
- LANUV, Informationen zu geschützten Arten in NRW, online im Internet: artenschutz.naturschutzinformationen.nrw.de/artenschutz/de/arten/gruppe/amph_rept/liste (zuletzt abgerufen am 15.02.2022).

Noch gravierender als bei den Reptilien lautet der Gesamttrend bei den Amphibien nach dem nationalen FFH-Bericht 2019 „sich verschlechternd“. Zu den Arten, deren Erhaltungszustand im Ampelschema mit rot (ungünstig bis schlecht) angegeben wird,

¹¹⁹¹ *Scheeweiß et al.*, Zauneidechse im Vorhabengebiet, S. 4 (11 f.): „*CEF-Maßnahmen bei Zauneidechsen nur sehr begrenzt möglich ... auf Grund der kleinen Aktionsräume ... maximal 50 m.*“

¹¹⁹² VG Frankfurt (Oder), Beschluss vom 10.12.2020 – 5 L 602/20, juris Rn. 15.

¹¹⁹³ OVG NRW, Beschluss vom 10.11.2020 – 8 B 1409/20.AK, juris Rn. 31.

¹¹⁹⁴ BVerwG, Urteil vom 06.11.2013 – 9 A 14.12, juris Rn. 139.

¹¹⁹⁵ Vgl. *Glandt*, Praxisleitfaden Amphibien- und Reptilienschutz, 2018, S. 256 („*weit verbreitet*“).

¹¹⁹⁶ Vgl. *Glandt*, a.a.O., S. 247: „*Verbreitung: ... Allochthone Tiere sind an vielen Stellen zu erwarten. Lebensräume: ... Auch innerhalb von Städten z. B. Saarbrücken und Halle/Saale.*“).

zählt die Geburtshelferkröte, deren Eigenart die ausgeprägte Nachkommenpflege ist, indem sich das Männchen nach der Paarung die Laichschnur um seine Hüften wickelt und diese bis zum Absetzen der Larven in ein geeignetes Gewässer am Ende der Embryonalperiode mit sich herumträgt. Das fischfreie Laichgewässer als Absetzplatz für die reifen Quappen muss möglichst nahe in weniger als 100 m Entfernung zu einem ebenfalls anzulegenden Landlebensraum (sonnenexponierte, lückige Schotterflur) liegen.¹¹⁹⁷ Zur Vermeidung von Zugriffen auf die dämmerungs- und nachtaktive Geburtshelferkröte und ihrer Habitate während einer Baufeldfreimachung hat die Rechtsprechung ein Maßnahmenpaket akzeptiert, wonach Arbeiten nur während der Tagesstunden vorgenommen werden durften, Amphibienschutzzäune verlegt und sodann auf der Grundlage einer Rufkartierung die Individuen der Kleinpopulation in artgerechte Habitate umgesetzt wurden.¹¹⁹⁸ Hingegen muss bei Maßnahmen des Gewässerausbaus bzw. der Gewässerunterhaltung regelmäßig der Weg über die artenschutzrechtliche Ausnahme gegangen werden, da die Larven der Geburtshelferkröte im Gewässer überwintern, sodass es keine Phase gibt, in der die Ausbau- bzw. Unterhaltungsmaßnahme ohne Tötungsrisiko durchgeführt werden könnte.

Problematisch für die Praxis ist bei den Amphibien aktuell, ob Lebensstätten von Pionierarten bei einer dauerhaften Beeinträchtigung einer dauerhaften Sicherung und Pflege bedürfen. So würde die Kreuzkröte im Zuge der natürlichen Sukzession voraussichtlich auch ohne das geplante Vorhaben auf längere Sicht ihre Lebensstätte verlieren. Ob dies dazu führt, dass eine dauerhafte rechtliche Sicherung der funktionserhaltenden Maßnahmen nicht gefordert werden kann, lässt die Rechtsprechung ausdrücklich offen.¹¹⁹⁹ Solange an diesem Punkt keine Rechtssicherheit besteht, wird man für größtmögliche Planungssicherheit auch bei Pionierarten für eine dauerhafte Sicherung notwendiger CEF-Maßnahmen sorgen oder eine artenschutzrechtliche Ausnahme einholen müssen.¹²⁰⁰

3.9.5 Insekten

Vorkommen von Arten des Anhangs IV der FFH-RL aus den Insekten-Ordnungen der Käfer, Schmetterlinge und Libellen werden von Projektleitern erfahrungsgemäß als unangenehm empfunden. Das liegt an dem verhältnismäßig großen Aufwand für Vermeidungs- und Ausgleichsmaßnahmen zugunsten der kleinen Tiere, der aus deren tendenziell hoher Spezialisierung an Habitatstrukturen resultiert.

¹¹⁹⁷ Vgl. dazu insb. die Beschreibung der Maßnahmen im NRW-Leitfaden, online im Internet: https://artenschutz.naturschutzinformationen.nrw.de/artenschutz/de/arten/gruppe/amph_rept/massn/102323 (zuletzt abgerufen am 15.02.2022).

¹¹⁹⁸ VG Aachen, Urteil vom 13.12.2017 – 6 K 2371/15, juris Rn. 191.

¹¹⁹⁹ OVG Niedersachsen, Beschluss vom 22.07.2016 – 7 MS 19/16, juris Rn. 17.

¹²⁰⁰ Hinweis von *Lau* im Rahmen des Experteninterviews vom 15.08.2017.

Zu den verbreiteteren Schmetterlingsarten des Anhangs IV der FFH-Richtlinie zählen die drei Ameisenbläuling-Arten, der Große Feuerfalter und der Nachtkerzenschwärmer. Wie oben bei den Anforderungen an die Bestandserfassung angeführt, gehört der Nachtkerzenschwärmer zu denjenigen streng geschützten Arten, bei denen regelmäßig eine Betroffenheit im Rahmen zahlreicher Eingriffsvorhaben in der „Normallandschaft“ zu erwarten ist.¹²⁰¹ Diese Art rückt auch dadurch für die Planungspraxis in den Fokus, dass im nationalen FFH-Bericht 2019 für den Nachtkerzenschwärmer keine Bewertung des Erhaltungszustandes angegeben werden konnte,¹²⁰² sodass eine wesentliche Grundlage für das Planen in eine Ausnahme fehlt.

Zwar lässt sich diese Art mit Pflegemaßnahmen im mehrjährigen Rhythmus stabil in einem Planungsraum halten, die Vermeidung des Tötungsverbots in Bezug auf die Raupen und Puppen während der Bauphase ist jedoch anspruchsvoll. Ist die Art nachgewiesen bzw. wird wegen dem Vorkommen von Wirtspflanzen und der weiten Verbreitung der Art im Rahmen einer Worst-Case-Annahme von einem Vorkommen ausgegangen,¹²⁰³ so ist zumindest während dem Kernzeitraum der Eiablage und des Raupenstadiums (in der Regel zwischen Anfang Juni bis Ende Juli) ein deutlich erhöhtes Mortalitätsrisiko durch Maßnahmen zu konstatieren, weil die Tiere in diesem Stadium – im Gegensatz zu den späteren Faltern – immobil sind und nicht ausweichen können.¹²⁰⁴ Der Eintritt des Verbotstatbestandes nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 und § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG (Tötungsverbot) lässt sich nur dadurch vermeiden, dass in den kartierten Vorkommensbereichen der Nahrungspflanzen (insb. Weidenröschen- und Nachtkerzen-Arten) auf Baumaßnahmen in dieser Zeit verzichtet wird, denn ein Absammeln und Umsetzen der Raupen ist „vor dem Hintergrund der Unauffindbarkeit vieler Raupen“¹²⁰⁵ nicht erfolgsversprechend. Findet der Fachgutachter bzw. die ÖBB Raupen im Bereich der Nahrungspflanzen, so muss man zur Vermeidung des Tötungstatbestandes, der sich nach dem Wortlaut von § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG auch auf die Entwicklungsformen bezieht, eine Pufferzone für den Herbst und Winter einbeziehen, da die Raupen zur Verpuppung und Überwinterung in einer oberflächennahen

¹²⁰¹ Siehe oben Abschnitt 3.2.7.

¹²⁰² Vgl. den Bericht des BfN für die kontinentale und atlantische Region, online im Internet: <https://www.bfn.de/themen/natura-2000/berichte-monitoring/nationaler-ffh-bericht/ergebnisuebersicht.html> (zuletzt abgerufen am 27.05.2021).

¹²⁰³ Vgl. dazu das Fallbeispiel (Erweiterung der Messe Friedrichshafen) bei *Trautner/Hermann*, Nachtkerzenschwärmer und Artenschutzrecht, NuLP 2011, S. 343 (347).

¹²⁰⁴ *Trautner/Hermann*, a.a.O., S. 343 (344), definieren den „sensiblen Zeitraum dieser Stadien“ sogar von „April-August“.

¹²⁰⁵ LANUV, Methodensteckbrief Nachtkerzen-Schwärmer, online im Internet: <https://artenschutz.naturschutzinformationen.nrw.de/artenschutz/de/arten/gruppe/schmetterlinge/kartiermethoden/108137> (zuletzt abgerufen am 27.05.2021).

Erdhölung teilweise abwandern und dabei Entfernungen von über 100m zurücklegen können.¹²⁰⁶

Als binnen eines Jahres wirksame CEF-Maßnahme bzw. Initialmaßnahme hat sich in der Praxis bewährt, auf gehölzfreien und gut besonnten wechselfeuchten Rohbodenstandorten durch Samenanflug Weidenröschen-Arten anzusiedeln, ggf. unterstützt durch Rhizompflanzungen des vergleichsweise konkurrenzstarken und langlebigen Zottige Weidenröschens.¹²⁰⁷ Da die Raupen an Pionierpflanzenarten gebunden sind, bedarf es jedoch einer dauerhaften Pflege der Maßnahmenflächen, die regelmäßig (alle drei bis fünf Jahre) durch Neuanlage von Rohbodenflächen eine Verjüngung der Staudenfluren bewirkt und dabei auch sämtliche Sukzessionsgehölze zu beseitigen.¹²⁰⁸ Die Wirkung der CEF-Maßnahme während der Dauer des Vorhabens ist von der fachgerechten Pflege abhängig,¹²⁰⁹ die sich von den sonst üblichen landespflegerischen Maßnahmen (wie Gehölzpflanzungen) abgrenzt¹²¹⁰ und deswegen in den Zulassungsbescheid aufgenommen oder in dem Bebauungsplan auf der Grundlage von § 9 Abs. 1 Nr. 20 BauGB festgesetzt bzw. bei einer planexternen Maßnahme mittels eines städtebaulichen Vertrages abgesichert werden sollte.

Bei Libellen betrifft das größte Tötungsrisiko die Phase des Schlupfes. Anders als Käfer oder Schmetterlinge, durchlaufen Libellen während ihrer Entwicklung zum erwachsenen Tier kein Puppenstadium. Die Imagines der Libellen schlüpfen somit direkt aus ihrem Larvenstadium. In dieser Zeit sollten möglichst keine Baumaßnahmen durchgeführt werden.¹²¹¹ Die Tiere schlüpfen an Land im Umkreis von bis zu 50 m um die Gewässer, je nach geeigneten Strukturen.

¹²⁰⁶ Trautner/Hermann, a.a.O., S. 343 (345): „Es wäre jedenfalls wenig Sinn darin zu erkennen, z. B. den Zeitraum der Ei- und Raupenentwicklung innerhalb der Fortpflanzungsstätte von Bauarbeiten auszunehmen, wenn im Herbst und Winter dieselbe Fläche sowie alle im Umfeld gelegenen potenziellen Ruhestätten der Puppe(n) ohnehin so beeinträchtigt werden, dass die Puppen nicht überleben bzw. nicht mehr zum Schlupf gelangen können.“

¹²⁰⁷ Vgl. dazu das Fallbeispiel bei Trautner, Artenschutz, 2020, S. 233-237 (Nordwestumfahrung Biberach).

¹²⁰⁸ Vgl. dazu die Fallbeispiele bei Trautner/Hermann, Nachtkerzenschwärmer und Artenschutzrecht, NuLP 2011, S. 343 (347) und Trautner, Artenschutz, 2020, S. 233-237.

¹²⁰⁹ Trautner/Hermann, a.a.O., S. 343 (349): „unsachgemäße Folgepflege ..., die dazu führte, dass die Fläche in jenem Jahr keine Habitatfunktion aufweisen konnte“).

¹²¹⁰ Trautner, Artenschutz, 2020, S. 234, mit dem Hinweis, dass (abzuräumende) Mahd ab Oktober dem Zottigen Weidenröschen nicht schade, weil die Reservestoffe zu diesem Zeitpunkt komplett im Wurzelsystem der Pflanze eingelagert wären.

¹²¹¹ Hinweis von Willigalla im Rahmen des Experteninterviews vom 23.08.2019.

Tabelle 7: Hauptschlupfzeitpunkt der Libellenarten des Anhangs IV der FFH-Richtlinie¹²¹²

Libellenart	Hauptschlupfzeitpunkt	Larvengewässer
Große Moosjungfer	Mai	Stillgewässer
Zierliche Moosjungfer	Anfang Mai bis Mitte Juni	Kleinseen und Altarme mit dichtem Wasserpflanzenbewuchs
Grüne Flussjungfer	Mai bis Juli	Fließgewässer
Östliche Moosjungfer	Mitte Mai bis Mitte Juli	Stillgewässer
Grüne Mosaikjungfer	Mitte Juni bis Ende Juli	stehende bis langsam durchströmte Gewässer mit Krebschierenbeständen
Asiatische Keiljungfer	Juni und Juli	Fließgewässer

3.10 Befreiungen vom Artenschutz

Nach § 67 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG kann von den Verboten des § 44 BNatSchG auf Antrag Befreiung gewährt werden, wenn die Durchführung der Vorschriften im Einzelfall zu einer unzumutbaren Belastung führen würde. Diese Befreiungsvorschrift liefert das verfassungsrechtlich wegen dem Schutz des Eigentums Privater gebotene Korrektiv vor unzumutbaren Belastungen.¹²¹³ In der Praxis kommt die Vorschrift restriktiv zur Anwendung, weshalb es relativ wenige Judikate gibt, welche die Tatbestandsvoraussetzung einer unzumutbaren Belastung meistens verneint haben.¹²¹⁴ Der Anwendungsbereich und die Vereinbarkeit mit den EU-Naturschutzrichtlinien, die Einschränkungen

¹²¹² Angabe nach *Brockhaus et al.*: Atlas der Libellen Deutschlands, 2015, passim sowie BfN, Internethandbuch Arten Anhang IV FFH-Richtlinie, online im Internet: <https://ffh-anhang4.bfn.de/> (zuletzt abgerufen am 15.02.2022)

¹²¹³ *Tefßmer*, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, 60. Ed. 2021, § 67 BNatSchG Rn. 14.
¹²¹⁴ Bspw. OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 26.10.2011 – 2 L 6/09, juris Rn. 91; VG Stade, Urteil vom 15.04.2014 – 1 A 1490/10, juris Rn. 55 ff; VG Halle, Urteil vom 23.11.2010 – 4 A 34/10, juris Rn. 75.

der Verbotsgeltung aus öffentlichen, aber nicht aus privatnützigen Gründen kennen, sind nach wie vor ungeklärt.¹²¹⁵

In der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung konnte die Frage, ob eine Befreiungserteilung nach § 67 Abs. 2 BNatSchG mit den Ge- und Verbotsnormen aus dem europäischen Artenschutzrecht zu vereinbaren ist, bislang offengelassen werden, da es in den betreffenden Fällen jeweils bereits an der Feststellbarkeit einer unzumutbaren Belastung fehlte.¹²¹⁶ *Gellermann* spricht sich mit Rücksicht darauf, dass die zu Verbotabweichungen berechtigenden Vorschriften der Art. 9 VRL und Art. 16 FFH-RL den Rechtfertigungsgrund der „unzumutbaren Belastung“ nicht kennen, dafür aus, den Anwendungsbereich des § 67 Abs. 2 BNatSchG richtlinienkonform dahin zu reduzieren, dass sich der Rückgriff auf eine Befreiung in Fällen einer Betroffenheit europäischer Vögel oder Arten des Anhangs IV FFH-RL verbiete.¹²¹⁷ Das überzeugt nicht, weil sich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bereits aus dem Primärrecht ergibt (Art. 5 Abs. 4 EUV). Dieser Gesichtspunkt zeigt aber auf, dass öffentliche Interessen, einschließlich wirtschaftlicher Interessen, eine Befreiung nicht rechtfertigen können, sondern allein eine Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG. Dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kann jedoch im Rahmen der Anwendung des § 45 Abs. 7 BNatSchG nicht immer Rechnung getragen werden. Einem unzumutbar belasteten Privateigentümer kann bspw. nicht auch noch auferlegt werden, bei der Betroffenheit von Anhang-IV-Arten und einem ungünstigen Erhaltungszustand der Art in der jeweiligen biogeographischen Region des Mitgliedsstaates (Art. 16 Abs. 1 FFH-RL) FCS-Maßnahmen planen und umsetzen zu lassen.

Der Anwendungsbereich von § 67 Abs. 2 BNatSchG in Bezug auf die nicht nur national, sondern auch durch Anhang IV der FFH-RL und Art. 1 der VRL geschützten Arten ist aber extrem eng. Die Option einer Befreiung vom zwingenden europäischen Arten- und Gebietsschutz rechtfertigt sich nur dadurch, dass der Gesetzgeber eine unzumutbare Belastung des Eigentümers real vermeiden will, um der Bestandsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG Rechnung zu tragen.¹²¹⁸

Da Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG das Eigentum Privater schützt, scheidet eine Befreiung zugunsten öffentlich-rechtlicher Vorhabenträger von vornherein aus. Wegen der Eigentumsbezogenheit des § 67 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG kommt als privater Adressat einer Befreiung nur der (Grund-)Eigentümer bzw. dinglich Berechtigte in Betracht, nicht jedoch ein Pächter bzw. Investor.¹²¹⁹ Soll also zugunsten eines Investors eine

¹²¹⁵ Vgl. dazu insb. *Teßmer*, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, 60. Ed. 2021, § 67 BNatSchG Rn. 14 f. und *Lau*, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 2. Aufl. 2016, § 67 Rn.11 („kann letztlich nur der EuGH beantworten“).

¹²¹⁶ Offenlassend bspw. OVG Sachsen, Urteil vom 10.10.2012 – 1 A 389/12, juris Rn. 36; VG Cottbus, Urteil vom 07.03.2013 – 4 K 6/10, juris Rn. 86.

¹²¹⁷ *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 96. EL 2021, BNatSchG § 67 Rn. 18.

¹²¹⁸ *Sauthoff*, in: Schlacke, GK-BNatSchG, 2. Aufl. 2016, § 67 Rn. 20.

¹²¹⁹ Dazu instruktiv *Sauthoff*, a.a.O., § 67 Rn. 20.

Befreiung von den artenschutzrechtlichen Zugriffsverboten erteilt werden, dann muss er über dingliche Berechtigungen – wie beschränkt persönliche Dienstbarkeiten oder Grunddienstbarkeiten¹²²⁰ – an sämtlichen Vorhabengrundstücken verfügen, die zum Gegenstand der Befreiungsprüfung gemacht werden sollen. Die reine Pacht von Flächen reicht hingegen nicht aus.

Aus dem Umstand, dass die Vorschrift an die Unzumutbarkeit „im Einzelfall“ anknüpft folgt, dass sich die Situation durch eine Besonderheit auszeichnen muss, die von dem Normgeber so nicht bedacht werden konnte.¹²²¹ Die Anwendbarkeit von § 67 Abs. 2 BNatSchG neben der Bestimmung des § 45 Abs. 7 BNatSchG rechtfertigt sich daraus, dass Ausnahmen einen bestimmten vom Gesetzgeber vorhergesehenen Sachverhalt zum Gegenstand haben, während die Befreiung unvorhergesehene Situationen betrifft.¹²²² Deshalb kann es beispielsweise nicht als unzumutbare Belastung angesehen werden, wenn ein Windenergieanlagenbetreiber an einem bestimmten Ort sein Vorhaben wegen des Vorkommens geschützter Arten nicht verwirklichen kann.¹²²³

Bei einer unzumutbaren Belastung im Sinne des § 67 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG geht es vor dem Hintergrund von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG (ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmungen) sowie Art 14. Abs. 2 GG (Sozialbindung des Eigentums) um eine nicht mehr in den Bereich der Sozialbindung des Eigentums fallende Belastung, die sich durch eine monetäre Entschädigung allein nicht ausgleichen lässt.¹²²⁴ Eine unzumutbare Belastung hat die Rechtsprechung beispielsweise angenommen bei einem hohen Grundwasserstand an einem Wohnhaus in Folge des durch Biberdämme verursachten Wasseraufstaus, was das vom Eigentümer und seiner Familie genutzte Haus erheblich in der Substanz geschädigt hat.¹²²⁵

Fraglich in Bezug auf die materiellen Voraussetzungen einer Befreiung ist schließlich noch, ob eine Vereinbarkeit mit den Belangen von Naturschutz und Landschaftspflege gegeben sein bzw. von Seiten der befreienden Naturschutzbehörde geprüft werden muss. Während § 67 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG dieses Kriterium ergänzend zum Vorliegen einer unzumutbaren Belastung fordert, wird es in § 67 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG nicht erwähnt. Der reine Wortlaut spricht somit dagegen. Die systematische Auslegung führt

¹²²⁰ Grunddienstbarkeit und beschränkt persönliche Dienstbarkeiten haben den gleichen Inhalt (vgl. § 1018 BGB), insbesondere erstens die Berechtigung zur Benutzung des Grundstücks eines anderen Eigentümers in einzelnen Beziehungen durch den Berechtigten der Dienstbarkeit sowie zweitens die Einschränkung des Eigentümers dahingehend, bestimmte Handlungen auf seinem Grundstück nicht vornehmen zu dürfen. Der Unterschied zwischen einer Grunddienstbarkeit (§ 1018 BGB) und einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit (§ 1090 BGB) liegt in der Person des Berechtigten. Berechtigter aus einer Grunddienstbarkeit ist der jeweilige Eigentümer eines anderen Grundstückes. Die beschränkt persönliche Dienstbarkeit wird dagegen für eine bestimmte Person bestellt, unabhängig davon, ob sie Grundstückseigentümerin ist oder nicht.

¹²²¹ VG Stade, Urteil vom 15.04.2014 – 1 A 1490/10, juris Rn. 55.

¹²²² VG Neustadt (Weinstraße), Beschluss vom 09.02.2017 – 3 L 121/17.NW, juris Rn. 70.

¹²²³ OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 26.10.2011 – 2 L 6/09, juris Rn. 91.

¹²²⁴ *Meßerschmidt*, Bundesnaturschutzrecht, 153. EL 2021, § 67 Rn. 76.

¹²²⁵ VG Frankfurt (Oder), Beschluss vom 07.11.2010 – 5 L 208/10, juris Rn. 57 ff.

jedoch zu einem anderen Ergebnis. § 67 Abs. 3 Satz 1 BNatSchG stellt – anders als noch § 62 BNatSchG 2002 – klar, dass eine Befreiung nach Absatz 1 oder 2 mit Nebenbestimmungen versehen werden kann. Über § 67 Abs. 3 Satz 2 BNatSchG findet die Vorschrift des § 15 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG Anwendung, wonach der Verursacher einer unvermeidbaren Beeinträchtigung von Natur und Landschaft verpflichtet ist, diese durch Maßnahmen des Naturschutzes und der Landschaftspflege auszugleichen oder sie zu ersetzen. Auf das Vorliegen des Eingriffstatbestandes (§ 14 BNatSchG) kommt es gemäß § 67 Abs. 3 Satz 2 BNatSchG für das Erfordernis von Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen bei einer Befreiungserteilung ausdrücklich nicht an. Das ergibt nur einen Sinn, wenn die Vereinbarkeit mit den Belangen von Naturschutz und Landschaftspflege auch Prüfgegenstand bei einer Befreiung vom besonderen Artenschutz nach § 67 Abs. 2 BNatSchG ist und über Nebenbestimmungen abgesichert werden kann. Es sind wegen deren Rückführung auf Art. 14 GG auch keine Anhaltspunkte dafür gegeben, dass sich die Zumutbarkeitsbegriffe in den Absätzen 1 und 2 von § 67 BNatSchG inhaltlich unterscheiden würden. In § 67 Abs. 2 BNatSchG sollte daher das Kriterium einer Vereinbarkeit mit den Naturschutzbelangen aufgenommen werden. Bis zu einer Klarstellung durch den Gesetzgeber sollte die Naturschutzbehörde sicherheitshalber in einem Befreiungsbescheid dieses Kriterium als ungeschriebene Voraussetzung der Unzumutbarkeit prüfen und darlegen.

4 Gesamtfazit und Empfehlungen

Die vorangegangene Untersuchung hat anhand konkreter Beispiele gezeigt, dass der ordnungsrechtliche Charakter des besonderen Artenschutzes in der Praxis nach wie vor selbst Fragen von grundsätzlicher Bedeutung aufwirft. Zum einen geht es dabei um die Integration der handlungsbezogenen Verbote in förmliche Planungs- und Zulassungsverfahren. Das betrifft bereits die Frage, welche Bindungswirkungen eine Baugenehmigung oder ein Bauvorbescheid überhaupt für den handlungsbezogenen Artenschutz haben kann¹²²⁶ und reicht bis zu der Frage, ob die sog. „Nullplus-Variante“ in die artenschutzrechtliche Alternativenprüfung bei der Zulassung von Infrastrukturvorhaben aufgenommen werden muss, worüber letztlich der gemäß Art. 267 AEUV zur verbindlichen Auslegung der europäischen Naturschutzrichtlinien berufene Gerichtshof der Europäischen Union zu entscheiden hat, weil streitentscheidend die Auslegungsfrage ist, ob Art. 16 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 4 FFH-RL Projektidentität voraussetzt oder nicht.¹²²⁷ Zum anderen stellt die Konkretisierung des minimalen Regelungskomplexes des § 44 Abs. 1 und 5 BNatSchG Praktiker vor Herausforderungen. Dabei geht es etwa um die Frage, ob kumulative Effekte beim Verletzungs- und Tötungsverbot zu berücksichtigen sind, wofür insbesondere der Wortlaut von Art. 12 Abs. 4 FFH-RL („significant negative impact“ bzw. „erhebliche negative Auswirkung“) spricht. Die Übersetzung von „significant“ mit „signifikant“ ist eine leicht sinnentstellende Übersetzungsfaulheit.¹²²⁸ Beide „Baustellen“ lassen sich anhand der erarbeiteten Empfehlungen zu den noch offenen Punkten ablesen.

Zudem muss man die Sinnhaftigkeit bereits gefundener (Zwischen-)Ergebnisse teilweise hinterfragen. Ist es etwa legitim und sinnvoll, dass bspw. das Obergerverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz einer Ortsgemeinde, die keine eigene Verwaltung besitzt, eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative bei der Aufstellung von Bebauungsplänen zubilligt?¹²²⁹ Das führt die Kerngedanken einer Letztentscheidungsbefugnis zugunsten der Verwaltung regelrecht ad absurdum, wenn Berufsrichter einem rein ehrenamtlichen Gemeindevorstand mehr Prüfkompetenzen beim Artenschutzrecht einräumen als sich selbst. Ist es legitim und sinnvoll beim Störungsverbot an dem exemplarübergreifenden Kriterium „lokale Population“ festzuhalten, obwohl der Gerichtshof der Europäischen Union den Individuenbezug der Verbote des Art. 12 Abs. 1 Buchst a-c FFH-RL betont? Bei Beachtung der nun vorliegenden Auslegung der unionsrechtlichen Vorgaben durch den Gerichtshof der Europäischen Union dürfte an einer Änderung des § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG im Hinblick auf die Arten des Anhang IV der FFH-Richtlinie kein Weg vorbeiführen.¹²³⁰

¹²²⁶ Vgl. dazu Abschnitte 2.3.1 und 2.3.3.

¹²²⁷ Vgl. dazu Abschnitt 2.2.4.1.

¹²²⁸ Vgl. dazu Abschnitt 3.3.4.

¹²²⁹ Vgl. dazu Abschnitt 3.1.6.1.

¹²³⁰ Vgl. dazu Abschnitt 3.5.4 und die nachfolgenden Empfehlungen.

Das in Planungs- und Zulassungsverfahren höchst praxisrelevante „Arten-Schutz-Recht“ als Querschnittsmaterie der naturwissenschaftlichen Biologie, des planerisch-fachlichen Naturschutzes sowie der Rechtswissenschaft bedarf einer auch wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit den Kernthemen, solange bis die praxisrelevanten Wesensgehalte herausgearbeitet sind. Die juristische Hermeneutik muss beim besonderen Artenschutz meist auf die Einzelfallbeurteilung verweisen und kratzt gerade bei der artbezogenen Beurteilung nur an der Oberfläche. So lässt sich das Verbot, Individuen zu verletzen oder zu töten, nicht einfach mit einem hermeneutischen Signifikanzkriterium (Tötungsrisiko durch geplantes Vorhaben signifikant erhöht) beantworten; praxisgerecht sind allein ökologisch valide Schwellenwerte, wie beispielsweise maximal eine Fledermauskollision pro Jahr pro Windenergieanlage.¹²³¹ Die Erkenntnisse müssen dann in verbindlicher Weise in das Recht umgesetzt werden, insbesondere in Form einer sowohl fach- als auch genehmigungsbehördenverbindlichen Verwaltungsvorschrift,¹²³² um die behördliche Einschätzungsprärogative bei fehlenden Standards immer weiter zurückzudrängen. Denn die Regelungslücke ist zu groß, um die Schließung allein der Judikative zu überlassen, wie das Bundesverfassungsgericht klargestellt hat.¹²³³ Zudem schützen rechtliche Standards Gutachter vor zu engen zeitlichen und finanziellen Vorgaben der Auftraggeber. Sie sind ein notwendiges Korrektiv dafür, dass Artenschutzgutachter meist von den Vorhabenträgern selbst beauftragt werden und daher in einem ihre Objektivität trübenden Abhängigkeitsverhältnis stehen, was nachvollziehbarerweise bei Planbetroffenen und Naturschutzverbänden ein Misstrauen in die Artenschutzbeiträge hervorruft. Das Schaffen rechtlicher Standards auf der Basis eines Konsensprinzips stellt das Desideratum des Artenschutzes dar.

4.1 Exekutive

Wie in der Einleitung genannt, soll die Untersuchung neben der Darstellung des rechtlichen Rasters entsprechend seiner facettenreichen Konkretisierungen durch die Rechtsprechung und Literatur am Ende einige Handlungsempfehlungen hinsichtlich möglicher Fortentwicklungen des Artenschutzes beinhalten. Die nachfolgenden Empfehlungen beruhen auf den Ergebnissen, die in den Kapiteln 2 und 3 dargestellt sind. Die bei der Erarbeitung der Ergebnisse verwendeten Quellen werden in diesem Kapitel nicht wiederholend angegeben. Angesprochen ist zunächst der rein administrative Bereich, wie beispielsweise die Ausgestaltung von Verwaltungsvorschriften oder von Verwaltungsverfahren.

¹²³¹ Vgl. dazu Abschnitt 3.3.3.

¹²³² Vgl. dazu Abschnitt 3.1.2.

¹²³³ Vgl. dazu Abschnitt 3.1.5.2.

Aufgrund des Vermerks der EU-Kommission zu Art. 6 FFH-RL (2019) sollte die sog. „Nullplus-Variante“ in die artenschutzrechtliche Alternativenprüfung bei der Zulassung von Infrastrukturvorhaben aufgenommen werden, bis der EuGH geklärt hat, ob der Alternativen-Begriff in Art. 6 Abs. 4 und Art. 16 Abs. 1 FFH-RL eine Projektidentität voraussetzt oder nicht.

In Planfeststellungs- und Plangenehmigungsverfahren sind im Rahmen einer artenschutzrechtlichen Ausnahmeprüfung alle Varianten zu betrachten, für die a priori Anhaltspunkte bestehen, dass die funktionellen Kernziele des Vorhabens auch erreicht werden könnten und dabei den Belangen der Anhang-IV-Arten sowie der wildlebenden Vogelarten besser entsprochen würde. Während der Verzicht auf das Vorhaben, die sog. „Nullvariante“, nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts von vornherein als Alternative ausscheidet, stellt sich neuerdings beim Punkt „zumutbare Alternative mit Abstrichen“ die Frage nach der artenschutzrechtlichen Prüfpflicht der sog. „Nullplus-Variante“. Dies meint in der Regel den Ausbau des Vorhandenen anstatt eines Neubaus an anderer Stelle. Hintergrund für die Problemlage ist, dass der 2018/19 erschienene Vermerk der EU-Kommission zu Art. 6 FFH-RL explizit eine Prüfung der Nullvariante als Alternative verlangt, wenn die Erheblichkeitsschwelle überschritten wird und damit in eine Ausnahmelage hineingeplant werden muss.

Für die Auswahl einer Vorzugsalternative ist entscheidend, ob zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses die Verwirklichung dieser Alternative verlangen oder ihnen auch durch eine andere Alternative genügt werden kann. Aufgrund dieser funktionellen Perspektive der Habitatrichtlinie vermag die Rechtsprechung keine starre Grenze zu ziehen bei der Frage, inwieweit Abstriche von einem Planungsziel hinzunehmen sind. Dies hänge laut der Rechtsprechung vom Einzelfall ab, nämlich von dem Gewicht des Planungsziels und dem Grad seiner Erreichbarkeit im jeweiligen Fall. Wenn es bei der Alternativenauswahl damit funktional auf die Verwirklichung der Projektziele ankommt, ist nicht nachzuvollziehen, aus welcher unionsrechtlichen Begründung heraus bei der die Auswahl tragenden Prüfung nur projektidentische Alternativen betrachtet werden sollen. Bei einer Verknüpfung der Alternativeneigenschaft mit der Projektidentität anstatt mit der Kernfunktionalität besteht die Gefahr, dass jedes Vorhaben durch eine detailreiche, enge Zielsetzung alternativlos gestellt wird und so die Alternativenprüfung ins Leere läuft.

Letztlich bedarf die Auslegungsfrage, ob der Begriff „no satisfactory alternative“ (Art. 16 Abs. 1 FFH-RL) eine Projektidentität voraussetzt oder funktional zu verstehen ist, daher einer Klärung durch den gemäß Art. 267 AEUV zur verbindlichen Richtlinienauslegung berufenen Gerichtshof der Europäischen Union, zumal die Generalanwältin *Kokott* in Schlussanträgen bereits einmal darauf hingewiesen hatte, dass alle Alternativen, die nicht aus Vernunftgründen von vornherein fernliegen, zu prüfen sind. Bis zum Vorliegen einer verbindlichen Richtlinienauslegung sollten daher, bevor die

Entscheidung für eine Vorzugsvariante gefällt wird, zumindest vorsorglich auch nicht vorhabenidentische Lösungen („Nullplus-Variante“, Konzeptalternativen), welche von vornherein keine funktionelle Schwäche hinsichtlich der Kernziele des Projekts erkennen lassen, geprüft werden.¹²³⁴

Frühzeitig ausgeschlossene Alternativen sollten im Vorfeld der Entscheidungsreife anlassbezogen nachbetrachtet werden, um die Abschichtung rechtlich rechtfertigen zu können.

In den einzelnen Fachplanungsverfahren häufig sehr umstritten ist die Frage, wie tief Alternativen zu prüfen sind. Ein einheitlicher Maßstab zum Vergleich verschiedener Beeinträchtigungsarten und -tiefen auf Anhang-IV-Arten und wildlebenden Vogelarten hat sich in der Praxis noch nicht etabliert. Geht man mit der herrschenden Meinung in der Literatur davon aus, dass das Bundesverwaltungsgericht aufgrund der strukturellen Vergleichbarkeit der habitatschutzrechtlichen und der artenschutzrechtlichen Alternativenprüfung auch bei der artenschutzrechtlichen Ausnahmeerteilung seine sog. „Grobanalyse-Rechtsprechung“ als planerische Maxime ausgehen wird, wäre hinsichtlich der Prüftiefe für die Erarbeitung von Alternativen ein gestuftes Vorgehen als zulässig anzusehen, sodass auf der grobmaschigeren Planungsebene sowie in einem frühen Verfahrensstadium Varianten auf der Grundlage von Grobanalysen ausgeschlossen werden können. Im Artenschutzrecht stehen jedoch auch wesentliche naturschutzfachliche Punkte erst im Zeitpunkt der Zulassung fest, weil sich das Artenschutzrecht eher punktuell auf die einzelnen Individuen sowie die konkreten Lebensstätten bezieht. Speziell im Kontext „Artenschutz und Fachplanung“ stellt sich damit bei der Alternativenprüfung die Frage, ob eine Variante, die bereits auf der vorgelagerten Planungsstufe bzw. in einem frühen Verfahrensstadium auf Grundlage unschärferer Betrachtungen ausgeschlossen wurde, im Zuge der Herstellung der Entscheidungsreife im Zulassungsverfahren noch einmal nachzubetrachten ist.

Hierzu hat sich der zur verbindlichen Auslegung von Art. 6 und Art. 16 FFH-RL berufene Gerichtshof der Europäischen Union bislang nicht geäußert. Die für die nationale Umsetzung von Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-RL grundlegenden Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott* aus dem Jahr 2005 im Vertragsverletzungsverfahren zwischen der EU-Kommission und Großbritannien kritisieren abstrakte Prüfungen, die sich noch nicht auf konkrete Tatsachen zur Vorhabenumsetzung stützen können und benennen die Gefahr, dass aufgrund einer hochstufigen Planung die Verträglichkeitsprüfung auf der nachgelagerten Zulassungsebene nicht mehr ergebnisoffen durchgeführt würde. Bei dem Zusammenspiel zwischen den einzelnen Planungsstufen sieht die Generalanwältin insbesondere die Alternativenprüfung als relevant an und betont, dass auf nachfolgenden Verfahrensstufen die Prüfung mit zunehmender Konkretisierung zu

¹²³⁴ Siehe zur vertiefenden Begründung sowie zu den Quellen die Darstellung in Abschnitt 2.2.4.1.

aktualisieren sei. Aus den Kriterien der Ergebnisoffenheit und Konkretisierungsbedürftigkeit auf der nachgelagerten Zulassungsebene ergibt sich, dass eine Nachbetrachtung auch solcher Alternativen erfolgen muss, die bei unschärferer Betrachtung ausgeschlossen wurden. Wird beispielsweise von dem Vorhabenträger aufgrund von Nacherhebungen, von einer Naturschutzbehörde aufgrund von Daten aus anderen Projekten oder einem anerkannten Umweltverband aufgrund von eigenen Erfassungen mit substantiellen Argumenten eine im Verfahren früh ausgeschlossene Variante als artenschutzfachlich vorzugswürdig erachtet, so müssen die Auswirkungen der Varianten auf die Anhang-IV-Arten und wildlebenden Vogelarten konkret untersucht, Vermeidungsmöglichkeiten geprüft und die jeweilige Wirkung der Varianten und der Vorzugsvariante miteinander verglichen werden. Die Pflicht zur anlassbezogenen Nachbetrachtung der Alternativen durch die Genehmigungsbehörde macht die für die Planungspraxis im Artenschutz essentielle Abschichtung der Alternativen von der vorgelagerten Planungsebene bzw. in einem frühen Verfahrensstadium auf das zeitliche Vorfeld der Entscheidungsreife erst möglich.¹²³⁵

Ein naturschutzbehördliches Prüfverfahren bei der Zulassung von Vorhaben im unbeplanten Innenbereich sollte durch eine verwaltungsinterne Festlegung auf Stadt- bzw. Landkreisebene sichergestellt werden.

Es ist, wie dargelegt, umstritten, ob bei Bauvorhaben im Innenbereich die Privilegierungen des § 44 Abs. 5 BNatSchG auch dann anzuwenden sind, wenn sich die Zulässigkeit der baulichen Nutzung des Grundstücks mangels Bebauungsplan nach § 34 BauGB richtet.¹²³⁶ Da die vom Gesetzgeber gewollte Voraussetzung für eine artenschutzrechtliche Privilegierung von Bauvorhaben, nämlich die Durchführung einer naturschutzbezogenen Prüfung, etwa wegen eines auf das Bauplanungsrecht reduzierten Prüfumfanges im vereinfachten Genehmigungsverfahren auf viele Fälle nicht zutrifft, sondern die Landesbauordnungen zu vereinfachten Verfahren tendieren,¹²³⁷ müsste man konsequenterweise den Verweis in § 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG auf § 18 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG nach Sinn und Zweck des § 44 Abs. 5 BNatSchG reduzierend dahingehend auslegen, dass die in § 44 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG enthaltenen Privilegierungen nicht auf solche Bauvorhaben im unbeplanten Innenbereich anwendbar sind, für die aufgrund einer Genehmigungsfreistellung bzw. aufgrund eines auf das Baurecht beschränkten Zulassungsverfahrens in der jeweiligen Landesbauordnung kein naturschutzbezogenes behördliches Prüfverfahren stattfindet.

¹²³⁵ Vgl. dazu Abschnitt 2.2.4.1.

¹²³⁶ Vgl. dazu Abschnitt 2.3.2.

¹²³⁷ Vgl. dazu Abschnitt 2.3.1.

Ein solches Prüfverfahren ließe sich jedoch auf der Vollzugsebene sicherstellen und so ließe sich Rechtssicherheit schaffen, indem innerhalb der Stadt- und Kreisverwaltungen zwischen Bauaufsichts- und Naturschutzbehörde Fälle definiert würden, bei denen – stets vorbehaltlich der einzelfallbezogenen Gefahrenbegründung – in der Regel eine der Baumaßnahme vorgezogene Artenschutzbetrachtung des Vorhabenträgers unter Federführung der Naturschutzbehörde stattfinden soll, um einen Verstoß gegen die Zugriffsverbote nach § 44 Abs. 1 und 5 BNatSchG ausschließen zu können. Das Prüfverfahren kann mit einer auf § 3 Abs. 2 BNatSchG gestützten naturschutzbehördlichen Genehmigung oder einer auf § 45 Abs. 7 gestützten Ausnahme oder einer auf § 67 Abs. 2 gestützten Befreiung der Naturschutzbehörde insbesondere bei bauordnungsrechtlicher Genehmigungsfreistellung abgeschlossen werden, sodass auch der Vorhabenträger einen Nutzen hat, nämlich mehr Rechtssicherheit im Konflikt mit dem Artenschutz über die Tatbestandswirkung der Genehmigung.¹²³⁸

Ein naturschutzbehördliches Prüfverfahren bei der Zulassung von Vorhaben im Geltungsbereich eines Angebotsbebauungsplans sollte ab fünf Jahren nach Planbeschluss durch einen Hinweis in der Planurkunde sichergestellt und durch eine Festsetzung nach § 9 Abs. 1 Nr. 20 BauGB abgesichert werden.

Je länger der Zeitraum zwischen Beschlussfassung und Realisierung des Bebauungsplans voraussichtlich ist, desto eher besteht das Risiko, dass sich die artenschutzrelevanten Umstände ändern. Der Bayerische Verfassungsgerichtshof hält, wie ausgeführt,¹²³⁹ eine Realermittlung nach Ablauf von ca. drei Jahren für nicht mehr aussagekräftig. Will die Gemeinde bezüglich der artenschutzrechtlichen Verbote die Planerforderlichkeit (§ 1 Abs. 3 BauGB) absichern, empfiehlt es sich, in die Begründung zum Bebauungsplan einen Hinweis aufzunehmen, wonach im Rahmen der Prüfung der Bauunterlagen unter Beteiligung der Naturschutzbehörde zumindest eine Plausibilitätsprüfung durchzuführen ist, ob von geplanten Maßnahmen wildlebende Vogelarten oder Anhang-IV-Arten zugriffsrelevant beeinträchtigt werden.

Zudem kann als Maßnahme zum Schutz der Natur gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 20 BauGB textlich festgesetzt werden, dass – ggf. beschränkt auf naturschutzfachlich sensiblere Teile des Plangebiets (Brachflächen, Gehölzbewuchs, Obstwiese etc.) – mit Maßnahmen zur Bauvorbereitung wie Beseitigung von Vegetation oder Aufschüttungen erst einen Monat nach der Baubeginnsanzeige an die Kreisverwaltung begonnen werden darf. Damit ist die Beteiligung der Naturschutzbehörde im Vorfeld von Maßnahmen sichergestellt und sie hat zeitlich Gelegenheit ggf. erforderliche Artenschutzmaßnahmen anzuordnen.

¹²³⁸ Zur Tatbestandswirkung einer Genehmigung siehe ebenfalls Abschnitt 2.3.1.

¹²³⁹ Siehe die Abschnitte 2.2.3.1 und 3.2.1.

Das bewirkt, dass die Voraussetzung für eine (teilweise) Abschichtung des Artenschutzes von der Plan- auf die Zulassungsebene gewährleistet ist, was voraussetzt, dass bei der Vorhabenrealisierung die erforderlichen Minderungsmaßnahmen realisierbar sind. Durch die in den Bauordnungen vorgesehene Pflicht zur Anzeige des Baubeginns wird diesem Kriterium hingegen nicht entsprochen. Denn zum Baubeginn (vgl. § 75 HBO) gehören nicht vorbereitende Arbeiten wie etwa oberflächliche Geländeingriffe oder die Beseitigung von nicht geschützter Vegetation.¹²⁴⁰

Die Vollzugsfähigkeit des Artenschutzes in der Bebauungsplanung kann durch festsetzungsergänzende städtebauliche Verträge gestärkt werden.

Mittels eines verwaltungsrechtlichen Vertrags kann die Durchführung von Artenschutzmaßnahmen über die Festsetzungsoptionen des § 9 Abs. 1 BauGB hinaus geregelt werden. Beispielsweise können erforderliche planexterne Maßnahmen nur als Hinweise in den Textteil des Bebauungsplans aufgenommen werden. Die verwaltungsvertraglich vereinbarten Artenschutzmaßnahmen sind hingegen vollstreckbar. Durch einen städtebaulichen Vertrag kann zudem bei Bedarf eine dem Bebauungsplan gleichwertige Steuerungswirkung in Bezug auf den Artenschutz im Vorfeld der Planreife geschaffen werden, wenn der Vorhabenträger an der vorzeitigen Baufeldfreimachung ein dringendes Interesse hat, etwa wegen möglicher, ungeklärter Altlasten.¹²⁴¹

Bei der Vertragsgestaltung sind die strikten Sicherungsanforderungen, welche die Rechtsprechung an solche vertraglichen Regelungen stellt, umzusetzen. Insbesondere muss laut der Rechtsprechung der tatsächliche Erfolg der Artenschutzmaßnahmen wie bei einer Festsetzung im Bebauungsplan gewährleistet sein.¹²⁴²

Zur Sicherung der Durchführung und Funktionalität der Artenschutzmaßnahmen wird die Gemeinde eine ausreichende Sicherheitsleistung von dem Vorhabenträger – etwa durch Übergabe einer (un-)befristeten selbstschuldnerischen Bürgschaft – berechtigterweise einfordern.¹²⁴³

LANA-Vollzugshinweise wären zu einer Vereinheitlichung des behördlichen Handelns beim Schutz der gebäudebewohnenden Arten sinnvoll.

Wie die Experteninterviews aufgezeigt haben,¹²⁴⁴ besteht eine große Bandbreite beim Vollzug des Artenschutzes in Bezug auf gebäudebewohnende Arten. Die Bandbreite reicht von der Einschätzung, CEF-Maßnahmen wären ausreichend, bis zu der

¹²⁴⁰ Vgl. dazu die Darstellung zum Erforderlichkeitsgebot in Abschnitt 2.4.1.

¹²⁴¹ Zu den Vorteilen einer vertraglichen Regelung siehe Abschnitt 2.4.4.1.

¹²⁴² Zu den Voraussetzungen einer vertraglichen Regelung siehe Abschnitt 2.4.4.2.

¹²⁴³ Vgl. dazu das Vertragsmuster in Abschnitt 2.4.4.3.

¹²⁴⁴ Vgl. die Protokolle der Interviews mit *Sonja Gärtner* (UNB Mainz), mit *Sebastian Olschewski* und *Christopher Paton* (LUBW) sowie mit dem Naturschutzgutachter *Christoph Willigalla*.

Forderung, regelmäßig sei eine Befreiung erforderlich. Abhilfe könnten LANA-Vollzugs-hinweise zur Vereinheitlichung des Vorgehens der unteren Naturschutzbehörden und zur Reduzierung der bestehenden Rechtsunsicherheiten schaffen.

Rechtsunsicherheiten bestehen insbesondere in Bezug auf die Anforderungen für die Anerkennung einer CEF-Maßnahme. Auf der artenspezifischen Ebene betrifft das insbesondere die Mehlschwalbe und den Mauersegler und damit verbundene Vorgaben an den zeitlichen Vorlauf. Zudem ließe sich so im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz in grundsätzlicher Hinsicht der fachlich erforderliche 1:2 Ausgleich durchsetzen.¹²⁴⁵

4.2 Legislative

Die Ausgestaltung des besonderen Artenschutzes als ordnungsrechtliche Zugriffsverbote ohne formalisiertes Prüfungsverfahren wird seiner gewichtigen Rolle in Planungs- und Zulassungsverfahren nicht vollständig gerecht. Eine praxisorientierte Fortentwicklung des Artenschutzrechts schließt eine partielle Überarbeitung der gesetzlichen Regelungen mit ein.

Es sollte eine Regelung zur Rolle der Zugriffsverbote in der Bauleitplanung in § 1a BauGB aufgenommen werden.

Das Baugesetzbuch regelt zwar explizit, wie die Eingriffsregelung und der Natura-2000-Gebietsschutz in der Bauleitplanung zu behandeln sind (§ 1a Abs. 3 und 4 BauGB), es bestimmt aber nicht, wie die nicht als Prüfverfahren ausgestalteten ordnungsrechtlichen Verbote des § 44 Abs. 1 und 5 BNatSchG zu handhaben sind. Prägnant verweist etwa *Gellermann* auf das Kuriosum, dass das „*Themenfeld des Artenschutzes in der ... zentralen Vorschrift des § 1a BauGB keines Wortes gewürdigt*“ werde.¹²⁴⁶

In der Planungspraxis wird häufig übergangen, dass die Zugriffsverbote nicht nur zwingendes Recht darstellen, das im Rahmen der Planerforderlichkeit (§ 1 Abs. 3 BauGB) zu prüfen ist, sondern dass die Betroffenheit der Exemplare von Anhang-IV-Arten und Vögeln gemäß § 1 Abs. 6 Nr. 7 Buchst. a BauGB auch zu den städtebaulichen Belangen zählt, die für eine fehlerfreie Abwägung ermittelt werden muss, wie § 2 Abs. 3 BauGB vorgibt.¹²⁴⁷ Gemäß § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB ist dies für die Wirksamkeit des Plans von Belang.

Vor diesem Hintergrund empfiehlt sich eine Regelung in einem eigenen Absatz von § 1a BauGB zu der zweidimensionalen Rolle des besonderen Artenschutzes in der Bauleitplanung.

¹²⁴⁵ Vgl. dazu Abschnitt 3.6.3.

¹²⁴⁶ *Gellermann*, in: Schrödter, BauGB 9. Aufl. 2019, § 1a Rn. 179.

¹²⁴⁷ Vgl. dazu Abschnitt 2.4.2.

Angelehnt an § 18 Abs. 2 Satz 2 BNatSchG und § 30 Abs. 4 BNatSchG sollte die unmittelbare Anwendung des Artenschutzrechts bei Bebauungsplänen, die eine Planfeststellung ersetzen, gesetzlich normiert werden.

Neben der Planfeststellung und Plangenehmigung ist als Zulassungsform einer Fachplanung, die in Natur und Landschaft eingreift, der planfeststellungsersetzende Bebauungsplan von praktischer Relevanz. Insbesondere nach den Straßengesetzen der Länder können Bebauungspläne die Planfeststellung ersetzen. Während bei der Planfeststellung die artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote unmittelbar anzuwenden sind, entfalten § 44 Abs. 1 und 5 BNatSchG bei der Aufstellung von Bebauungsplänen lediglich eine mittelbare Wirkung. Vor diesem Hintergrund wird oben die Frage behandelt, ob dem Artenschutzrecht in planfeststellungsersetzenden Bebauungsplanverfahren eine unmittelbare oder mittelbare Rolle zukommt.¹²⁴⁸

Die Rechtsprechung tendiert zu einer unmittelbaren Wirkung.¹²⁴⁹ Gegen dieses eigentlich sachgerechte Ergebnis sprechen jedoch fundamentale systematische Argumente, die nur durch eine Initiative der Legislative ausgeräumt werden könnten. Denn eine unmittelbare Anwendbarkeit des Artenschutzrechts würde voraussetzen, dass für den planfeststellungsersetzenden Bebauungsplan eine ggf. erforderliche Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG erteilt werden könnte. Eine bebauungsplanbezogene Ausnahme ist jedoch wegen des ordnungsrechtlichen Charakters der handlungsbezogenen Zugriffsverbote nicht möglich. Der nach § 44 Abs. 1 und 5 BNatSchG i.V.m § 45 Abs. 7 BNatSchG genehmigungsfähige Tatbestand ist nicht die Straßenplanung, sondern die Ausführung bestimmter Straßenbaumaßnahmen. Wird gleichwohl von Seiten der Naturschutzbehörde für einen Bebauungsplan eine Ausnahme von den Zugriffsverboten des § 44 Abs. 1 BNatSchG an die Gemeinde erteilt, so geht diese schlicht ins Leere. Die Möglichkeit einer Ausnahme auf Bebauungsplanebene kennt aber z. B. der ebenfalls handlungsbezogene gesetzliche Biotopschutz, wo § 30 Abs. 4 BNatSchG es ausdrücklich ermöglicht, dass auf Antrag der Gemeinde für zukünftige Handlungen von der Naturschutzbehörde vorab eine Ausnahme erteilt werden kann, die aufgrund der Aufstellung bzw. Änderung von Bebauungsplänen erwartet wird. Einen konkreten Anhaltspunkt für die „Haltbarkeit“ einer im Vorfeld erteilten artenschutzrechtlichen Genehmigung für Baumaßnahmen bietet die Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, der in seiner „Chiemseeufer-Entscheidung“ der Realermittlung hinsichtlich der Zugriffsverbote eine Haltbarkeit „von ca. drei Jahren“ attestiert. Für eine vorzeitige Ausnahme auf Planebene könnte das Gesetz für den Beginn der Durchführung der Maßnahme eine Zeitspanne von drei Jahren nach Inkrafttreten des Bebauungsplans gewähren und zur Sicherheit eine absolute Obergrenze für den Maßnahmenbeginn ab fünf Jahren nach Erteilung der

¹²⁴⁸ Siehe Abschnitt 2.2.5.

¹²⁴⁹ Zur unmittelbaren Wirkung der Zugriffsverbote in der Planfeststellung siehe Abschnitt 2.2.

Ausnahme festsetzen, weil die Ausnahme ohnehin von einem Verstoß gegen artenschutzrechtliche Verbote ausgeht und damit die Bestandserfassung nicht brandaktuell sein muss. Beispielsweise könnte in § 45 BNatSchG folgender Absatz aufgenommen werden, um planfeststellungsersetzenden Bebauungsplänen eine beschränkte, auf die artenschutzrechtliche Ausnahme bezogene Konzentrationswirkung zu ermöglichen.

Sind aufgrund der Aufstellung, Änderung oder Ergänzung eines planfeststellungsersetzenden Bebauungsplans Handlungen zu erwarten, die einer Ausnahme nach Absatz 7 bedürfen, kann auf Antrag der Gemeinde über eine im Einzelfall erforderliche Ausnahme von den Verböten des § 44 vor der Aufstellung des planfeststellungsersetzenden Bebauungsplans entschieden werden. Ist die Ausnahme zugelassen, bedarf es für die Durchführung der Maßnahme keiner weiteren Ausnahme, wenn mit der Durchführung innerhalb von drei Jahren nach dem Inkrafttreten des planfeststellungsersetzenden Bebauungsplans, spätestens jedoch fünf Jahre nach der Gewährung der Ausnahme, begonnen wird.

Zusätzlich zu § 4 BauGB sollte eine Benehmensregelung zugunsten der Naturschutzbehörden in § 18 BNatSchG eingeführt werden.

Für die wegen § 1 Abs. 3 BauGB notwendige Feststellung der Gemeinde im Aufstellungsverfahren, dass artenschutzrechtliche Verböte dem Bauleitplan nicht entgegenstehen, sollte eine explizite Benehmensregelung zusätzlich zu § 4 BauGB zugunsten der Naturschutzbehörde eingeführt werden (in Anlehnung an § 1a Abs. 4 BauGB i.V.m. § 34 Abs. 1 BNatSchG). Denn die Zuständigkeit für die Beurteilung, ob eine Freistellung von den Zugriffsverböten nach § 44 Abs. 5 BNatSchG gegeben ist, liegt im Rahmen des Bebauungsplanverfahrens ausschließlich bei der planenden Gemeinde. Die Erteilung einer Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG liegt jedoch bei der Naturschutzbehörde. Eine Benehmensregelung verhindert ein Planen in die objektive Ausnahmelage ohne vorherige Rücksprache mit der Naturschutzbehörde.¹²⁵⁰

Die artenschutzrechtlichen Zugriffsverböte sollten – getrennt von den Besitz- und Vermarktungsgeböten – in einem eigenen Paragrafen geregelt werden.

Der Regelungskomplex von § 44 Abs. 1 und 5 sowie § 45 Abs. 7 BNatSchG ist unübersichtlich und verstreut. *Blessing/Schramer* kritisieren, was häufig auf Tagungen angesprochen wird: „Der Gesetzgeber hat hier eine komplizierte Dogmatik gewählt.“¹²⁵¹

¹²⁵⁰ Zum Planen in die Ausnahmelage siehe Abschnitt 2.4.5.2.

¹²⁵¹ *Blessing/Schramer*, Artenschutz im Bebauungsplanverfahren, 2. Aufl. 2013, Rn. 137.

Für eine bessere Übersichtlichkeit sollten die artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote – getrennt von den Besitz- und Vermarktungsgeboten – in einem eigenen Paragraphen geregelt werden. Hinsichtlich der Systematik bietet sich eine Anlehnung an § 200 und § 201 ProfE UGB an.

Es wäre zudem systematisch korrekt, das dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entspringende Tatbestandsmerkmal des signifikant erhöhten Tötungsrisikos beim Verbotstatbestand zu regeln und nicht als Privilegierungstatbestand für Planungen auszugestalten.¹²⁵²

In § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG sollte ein Individuenbezug als Referenzmaßstab für eine erhebliche Störung von Anhang-IV-Arten normiert werden.

Zu den noch offenen Fragen des Artenschutzrechts gehört, ob das Störungsverbot individuen- oder populationsbezogen zu verstehen ist.¹²⁵³

In seinem Urteil vom 04.03.2021 in den Rechtssachen C-473/19 und C-474/19 (Härryda) hat der Gerichtshof der Europäischen Union klargestellt, dass die Verbote des Art. 12 Abs. 1 Buchst. a bis c FFH-RL eine Prüfung bereits auf der Ebene der Individuen erfordern. Würde die Anwendbarkeit dieser Verbote vom Risiko einer negativen Auswirkung der in Rede stehenden Maßnahme auf den Erhaltungszustand der betroffenen Art abhängig gemacht, so könnte dies zu einer Umgehung der nach Art. 16 FFH-RL vorgesehenen Ausnahmeprüfung führen und würde somit bewirken, den sich daraus ergebenden restriktiven Voraussetzungen ihre praktische Wirksamkeit zu nehmen. Der Begriff „Arten“ in Art. 12 Abs. 1 Buchst. b FFH-RL (Störungsverbot) bietet daher in Bezug auf die Arten des Anhangs IV der FFH-RL keinen Raum mehr für ein exemplarübergreifendes Relevanzkriterium „lokale Population“. Es muss aufgrund der unionsrechtlichen Vorgaben ein Individuenbezug als Referenzmaßstab für eine erhebliche Störung von Anhang-IV-Arten normiert werden, wobei anknüpfend an das EuGH-Urteil auf die Verletzlichkeit als Tatbestand rekuriert werden kann.

Demgegenüber misst Art. 5 Buchst. d VRL nur solchen Störungen Bedeutung bei, die sich erheblich auf die Zielsetzung der Richtlinie auswirken. Die Vogelschutzrichtlinie hat nach ihrem Art. 1 den Schutz aller europäischen Vogelarten zum Ziel. Zu diesem Zweck müssen die Mitgliedstaaten gemäß Art. 2 VRL die Bestände dieser Arten auf einem Stand halten oder auf einen Stand bringen, der insbesondere den ökologischen, wissenschaftlichen und kulturellen Erfordernissen entspricht, wobei den wirtschaftlichen und freizeitbedingten Erfordernissen Rechnung getragen wird. Zum Störungsverbot in Bezug auf die Vogelschutzrichtlinie, wozu das EuGH-Urteil schweigt, hat die Generalanwältin in ihren Schlussanträgen dargelegt, dass insbesondere die

¹²⁵² Vgl. dazu Abschnitt 3.3.2.

¹²⁵³ Vgl. dazu Abschnitt 3.5.4.

Bejagbarkeit großer Bestände gemäß dem 10. Erwägungsgrund der Vogelschutzrichtlinie aufzeige, dass es auf die Populationen der Vogelarten ankomme.¹²⁵⁴ Bei einem Populationsbezug kommt es unionsrechtlich nicht auf die lokale Population, sondern auf die entsprechende biogeografische Region der EU an.¹²⁵⁵ Eine erhebliche Störung im Sinne von Art. 5 Buchst. d VRL liegt daher erst dann vor, wenn sich durch die Störung der Erhaltungszustand der Populationen einer europäischen Vogelart verschlechtern kann. Es ist somit unionsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn das BNatSchG hinsichtlich der Avifauna Störungen einzelner Individuen nur dann eine Verbotrelevanz zukommen lässt, wenn sich diese Störung auf der Ebene der lokalen Population auswirkt.¹²⁵⁶

Man könnte vor diesem Hintergrund das Erheblichkeitskriterium in § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG in Bezug auf die Anhang-IV-Arten enger und hinsichtlich der Vogelarten weiter fassen:

Eine erhebliche Störung liegt vor, wenn sich durch die Störung der Erhaltungszustand der Populationen einer europäischen Vogelart verschlechtern kann oder wenn durch die Störung Exemplare der in Anhang IV Buchst. a der Richtlinie 92/43/EWG aufgeführten Tierarten vergrämt werden können.

§ 44 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG sollte hinsichtlich der Anhang-IV-Arten um das Kriterium des natürlichen Verbreitungsgebietes ergänzt werden.

Zu den noch offenen Fragen des Artenschutzrechts gehört, ob allochthone Vorkommen einer Anhang-IV-Art gemessen an § 44 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG („in Anhang IV Buchstabe a der Richtlinie 92/43/EWG aufgeführte Tierarten“) unter den Schutz der Zugriffsverbote fallen. Ein typisches wie umstrittenes Beispiel hierfür sind eingeschleppte Mauereidechsen. Das LfU Bayern sowie *Blanke/Lorenz* für Niedersachsen sprechen sich dafür aus, dass die nichtheimischen Unterarten der Mauereidechse nicht unter den Schutz der FFH-Richtlinie fallen und die Verbote nach § 44 Abs. 1 und 5 BNatSchG nicht gelten sollen.¹²⁵⁷

¹²⁵⁴ Schlussanträge GAin *Kokott* vom 10.09.2020 – C-473/19 und C-474/19, curia Rn. 97-100.

¹²⁵⁵ Schlussanträge GAin *Kokott* vom 10.09.2020 – C-473/19 und C-474/19, curia Rn. 112: „Soweit es bei der Anwendung der Verbote nach Art. 5 der Vogelschutzrichtlinie und Art. 12 Abs. 1 der Habitatrichtlinie auf den Erhaltungszustand der Populationen der betreffenden Art ankommt, ist dieser somit bezogen auf das Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats oder, wenn sich die Grenzen dieses Mitgliedstaats mit mehreren biogeografischen Regionen überschneiden oder das natürliche Verbreitungsgebiet der Art dies erfordert, bezogen auf die betreffende biogeografische Region und soweit möglich grenzüberschreitend zu bewerten.“

¹²⁵⁶ Vgl. dazu Abschnitt 3.5.4.

¹²⁵⁷ Vgl. dazu Abschnitt 3.2.2.

Aus der juristischen Perspektive heraus ist diese naturschutzfachlich nachvollziehbare Ansicht unhaltbar, weil die Auslegung des § 44 BNatSchG zu einem eindeutigen Ergebnis gelangt: § 44 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG verweist direkt auf Anhang IV der FFH-Richtlinie. Dort werden Vorkommen, die nicht vom Schutz erfasst sein sollen, ausdrücklich angegeben. *Podarcis muralis* wird in Anhang IV aber ohne Einschränkung genannt. Da bei einem Nachweis von allochthonen Individuen die Durchführung von Schutzmaßnahmen wie Umsiedlungen aus naturschutzfachlicher Sicht geradezu grotesk sind,¹²⁵⁸ sollte der Gesetzgeber Abhilfe schaffen. Bei der Richtlinienumsetzung ist ihm ein dahingehender Spielraum gewährt, weil Art. 12 Abs. 1 FFH-RL ein Schutzsystem für die Tierarten des Anhang IV „in deren natürlichen Verbreitungsgebieten“ vorgibt. Dieses Kriterium des Art. 12 Abs. 1 FFH-RL wurde vom nationalen Gesetzgeber in § 44 Abs. 5 BNatSchG bislang nicht aufgegriffen. Es empfiehlt sich daher, § 44 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG eingangs wie folgt zu ergänzen:

Sind in Anhang IV Buchstabe a der Richtlinie 92/43/EWG aufgeführte Tierarten innerhalb ihres natürlichen Verbreitungsgebiets, europäische Vogelarten oder solche Arten betroffen, die in einer Rechtsverordnung nach § 54 Absatz 1 Nummer 2 aufgeführt sind, liegt ein Verstoß gegen

Im Hinblick auf die Unterschiede in Art. 16 der FFH-RL und Art. 12 VRL sollten zwei separate Ausnahmetatbestände eingeführt werden, einer für die Anhang-IV-Arten und einer für die europäischen Vogelarten.

Der Gesetzgeber sollte den Tatbestand des Art. 9 Abs. 1 Buchst. c VRL in § 45 Abs. 7 Satz 1 BNatSchG übernehmen, weil mangels einer Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union zur Vereinbarkeit von § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG mit Art. 9 Abs. 1 VRL offen ist, ob dieser Ausnahmegrund zulasten von Vögeln angewendet werden kann. Gegen die unmittelbare Anwendung von Art. 9 Abs. Buchst. c VRL spricht insbesondere, dass mangels einer Umsetzung dieser Norm durch § 45 Abs. 7 Satz 1 BNatSchG von einer strengeren Schutzmaßnahme eines Mitgliedsstaats im Sinne von Art. 14 VRL auszugehen ist.¹²⁵⁹

¹²⁵⁸ *Lauffer*, Praxisorientierte Umsetzung des strengen Artenschutzes am Beispiel von Zaun- und Mauereidechsen, 2014, S. 130: „Beim Nachweis von allochthonen Individuen sind Umsiedlungen aus fachlicher Sicht generell abzulehnen. Rechtlich ist die Situation nicht geklärt.“

¹²⁵⁹ Vgl. hierzu Abschnitt 3.8.2.

Quellenverzeichnis

Literatur

- ALBRECHT, KLAUS / HÖR, TANJA / HENNIG, FRANK / TÖPFER-HOFMANN, GABY / GRÜNFELDER, CHRISTOPH: Leistungsbeschreibungen für faunistische Untersuchungen im Zusammenhang mit landschaftsplanerischen Fachbeiträgen und Artenschutzbeitrag. FuE-Vorhaben 02.332/2011/LRB im Auftrag des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, Schlussbericht 2013.
- ALBRECHT, RÜDIGER / DREWS, ARNE / DIERKES, CAROLIN / GEISLER, JANINE / MIERWALD, ULRICH: Beachtung des Artenschutzrechtes bei der Planfeststellung, hrsg. vom Landesbetrieb Straßenbau und Verkehr Schleswig-Holstein, Kiel 2016.
- ANGETTER, LEA-SU: Fledermausfang im Rahmen der Eingriffsplanung von Windkraftanlagen in Wäldern. Empfehlungen für eine Standardisierung der Methoden, in: NuLP 2016, S. 73-79.
- APPEL, MARKUS / RIETZLER, ANDREAS: Artenschutzrecht in der Bundesfachplanung und den anschließenden Planfeststellungsverfahren, in: NuR 2017, S. 227-239.
- BACH, LOTHAR / BACH, PETRA / KESEL, RAIMUND: Akustisches Monitoring von Rohhautfledermaus an Windenergieanlagen: Ist ein zweites Ultraschallmikrofon am Turm notwendig? In: Evidenzbasierter Fledermausschutz in Windkraftvorhaben, hrsg. von Christian Voigt, Berlin 2020, S. 101-119.
- BALLA, STEFAN: Die UVP-Vorprüfung – im Einzelfall schwierig. Grundlagen und aktuelle Entwicklungen, in: NuR 2017, S. 239-248.
- BARNER-GAEDICKE, ELISABETH: Der Gefahrerforschungseingriff im Naturschutzrecht, in: NuR 2018, S. 663-668.
- BATTIS, ULRICH: Öffentliches Baurecht und Raumordnungsrecht, 7. Auflage, Stuttgart 2017.
- BATTIS, ULRICH / KRAUTZBERGER, MICHAEL / LÖHR, ROLF-PETER U. A. (HRSG.): Baugesetzbuch. Kommentar, 15. Auflage, München 2022.
- BECKMANN, MARTIN: Die Ersetzung der Planfeststellung für Verkehrsanlagen durch Bebauungsplan, in: UPR 2017, S. 41-45.
- BEHR, OLIVER / BRINKMANN, ROBERT / KORNER-NIEVERGELT, FRÄNZI / NAGY, MARTINA / NIERMANN, IVO / REICH, MICHAEL / SIMON, RALPH (HRSG.): Reduktion des Kollisionsrisikos von Fledermäusen an Onshore-Windenergieanlagen – RENEBAT II (Umwelt und Raum, Band 7), Göttingen 2015.

- BEHR, OLIVER / BRINKMANN, ROBERT / HOCHRADEL, KLAUS / MAGES, JÜRGEN / KORNER-NIEVERGELT, FRÄNZI / REINHARD, HEIDJE / SIMON, RALPH / STILLER, FLORIAN / WEBER, NATALIE / NAGY, MARTINA (HRSG.): Bestimmung des Kollisionsrisikos von Fledermäusen an Onshore-Windenergieanlagen in der Planungspraxis (RENEBAT III), Erlangen u. a. 2018.
- BEIER, ARNO: Artenschutz in der Bauleitplanung, in: UPR 2017, S. 207-210.
- BERNOTAT, DIRK / DIERSCHKE, VOLKER: Übergeordnete Kriterien zur Bewertung der Mortalität wildlebender Tiere im Rahmen von Projekten und Eingriffen, 4. Fassung (Stand: 31.08.2021), online im Internet: <https://www.natur-und-erneuerbare.de/aktuelles/details/uebergeordneten-kriterien-zur-bewertung-der-mortalitaet-wildlebender-tiere-im-rahmen-von-projekten-und-eingriffen/> (zuletzt abgerufen am 15.02.2022).
- BICK, ULRIKE: Die Rechtsprechung des BVerwG zum Artenschutzrecht – Stand und Perspektiven, in: NuR 2016, S. 73-78.
- BICK, ULRIKE / WULFERT, KARIN: Artenschutzrechtliche Ausnahme für Vogelarten. Anmerkung zu VG Gießen, Urt. v. 22. 1. 2020 – 1 K 6019/18, in: NuR 2020, S. 250-252.
- BICK, ULRIKE / WULFERT, KARIN: Der Artenschutz in der Vorhabenzulassung aus rechtlicher und naturschutzfachlicher Sicht, in: NVwZ 2017, S. 346-355.
- BLANKE, INA: Die Zauneidechse zwischen Licht und Schatten (Beihefte der Zeitschrift für Feldherpetologie, Band 7), Bielefeld 2010.
- BLANKE, INA: Pflege und Entwicklung von Reptilienhabitaten – Empfehlungen für Niedersachsen (Informationsdienst Naturschutz Niedersachsen, Band 1/2019), hrsg. von NLWKN, Hannover 2019.
- BLANKE, INA / LORENZ, SABRINA: Mauereidechsen in Niedersachsen – streng geschützte oder invasive Art? (Informationsdienst Naturschutz Niedersachsen, Band 4/2019), hrsg. von NLWKN, Hannover 2019, S. 229-234.
- BLANKE, INA / SCHULTE, ULRICH: Gebietsfremde Mauereidechsen in Deutschland. Ausbreitung, rechtlicher Rahmen und Empfehlungen zum Umgang, in: NuLP 2022, S. 14-21.
- BLANKE, INA / VÖLKL, WOLFGANG: Zauneidechsen – 500 m und andere Legenden, in: ZfF 2015, S. 115-124.
- BLESSING, MATTHIAS / SCHRAMER, ECKART: Der Artenschutz im Bebauungsplanverfahren, 2. Auflage, Stuttgart 2013.

- BRACHER, CHRISTIAN-DIETRICH / REIDT, OLAF / SCHILLER, GERNOT: Bauplanungsrecht, 9. Auflage, Köln 2021.
- BRANDT, EDMUND: Das Helgoländer Papier aus rechtlicher Sicht, in: ZNER 2015, S. 336-338.
- BRANDT, EDMUND: Tötungsrisiko und Einschätzungsprärogative, in: NuR 2013, S. 482-484.
- BRINKMANN, ROBERT / BEHR, OLIVER / NIERMANN, IVO / REICH, MICHAEL (HRSG.): Entwicklung von Methoden zur Untersuchung und Reduktion des Kollisionsrisikos von Fledermäusen an Onshore-Windenergieanlagen – RENEBAT I (Umwelt und Raum, Band 4), Göttingen 2011.
- BRINKMANN, ROBERT / BIEDERMANN, MARTIN / BONTADINA, FABIO / DIETZ, MARKUS / HINTEMANN / GABRIELE / KARST, INKEN / SCHMIDT, CHRISTIANE / SCHORCHT, WIGBERT: Planung und Gestaltung von Querungshilfen für Fledermäuse. Eine Arbeitshilfe für Straßenbauvorhaben im Freistaat Sachsen, hrsg. vom Sächsischen Staatsministerium für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr, Dresden 2013.
- BROCKHAUS, THOMAS ET AL.: Atlas der Libellen Deutschlands (Libellula Supplement 14, hrsg. von der Gesellschaft deutschsprachiger Odonatologen), Bremen 2015.
- BÜCHNER, SVEN / LANG, JOHANNES / DIETZ, MARKUS / SCHULZ, BJÖRN / EHLERS, SINA / TEMPELFELD, SASKIA: Berücksichtigung der Haselmaus (*Muscardinus avellanarius*) beim Bau von Windenergieanlagen, in: NuL 2017, S. 365-374.
- BUNDESANSTALT FÜR GEWÄSSERKUNDE: Leitfaden zur Berücksichtigung des Artenschutzes bei Aus- und Neubau von Bundeswasserstraßen; hrsg. vom Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, Bonn 2020.
- BUNDESAMT FÜR NATURSCHUTZ / BUND-LÄNDER-ARBEITSKREIS FFH-MONITORING UND BERICHTSPFLICHT (HRSG.): Bewertungsschemata für die Bewertung des Erhaltungsgrades von Arten und Lebensraumtypen als Grundlage für ein bundesweites FFH-Monitoring – Teil I: Arten nach Anhang II und IV der FFH-Richtlinie (BfN-Skripte 480), 2. Überarbeitung, Bonn 2017.
- BUNDESAMT FÜR NATURSCHUTZ (HRSG.): Internethandbuch zu den Arten der FFH-Richtlinie Anhang IV, 2013, online im Internet: <https://ffh-anhang4.bfn.de/> (zuletzt abgerufen am 15.02.2022).
- BUNDESMINISTERIUM FÜR VERKEHR, BAU UND STADTENTWICKLUNG (HRSG.): Richtlinien für die landschaftspflegerische Begleitplanung im Straßenbau, Berlin 2011.

- DANIELZYK, RAINER / MÜNTER, ANGELIKA: Raumplanung, in: Handwörterbuch der Stadt- und Raumentwicklung, hrsg. von der Akademie für Raumforschung und Landesplanung, Hannover 2018, S. 1931-1942.
- DE WITT, SIEGFRIED / GEISMANN, MARIA: Artenschutzrechtliche Verbote in der Fachplanung, 2. Auflage, Berlin 2013.
- DIETZ, CHRISTIAN / NILL, DIETMAR / HELVERSEN, OTTO VON: Handbuch der Fledermäuse – Europa und Nordwestafrika, 2. Aufl. Stuttgart 2016.
- DIETZ, MARKUS / KRANNICH, ELENA / WEITEL, MONA: Arbeitshilfe zur Berücksichtigung des Fledermausschutzes bei der Genehmigung von Windenergieanlagen (WEA) in Thüringen, hrsg. von der Thüringer Landesanstalt für Umwelt und Geologie im Auftrag des Thüringer Ministeriums für Umwelt, Energie und Naturschutz, Gonterskirchen 2015, online im Internet:
https://tlubn.thueringen.de/fileadmin/000_TLUBN/Naturschutz/Dokumente/1_zo_01_artenschutz/artenschutz_windenergie/arbeitshilfe_fledermause_und_windkraft_thueringen_20160121_.pdf (zuletzt abgerufen am 15.02.2022).
- DILLMANN, OLIVER / MOHRENSTEIN, ANDRÉ / VIELBERG, ARNE / ZEMKE, REINHOLD: Woran scheitern Bebauungspläne? Ergebnis einer bundesweiten Analyse von abstrakten Normenkontrollverfahren, in: BauR 2018, S. 179-188.
- ECKER, SUSANNE / PRÖBSTL-HAIDER, ULRIKE: Erfolgskontrolle von Ausgleichsflächen im Rahmen der Bauleitplanung in Bayern. Analyse am Beispiel des Landkreises Passau in Niederbayern, in: NuLP 2016, S. 161-167.
- ERBGUTH, WILFRIED / GUCKELBERGER, ANNETTE: Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht und Staatshaftungsrecht, 9. Auflage, Baden-Baden 2018.
- EU-KOMMISSION: Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG, Brüssel 2007.
- EU-KOMMISSION: Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG, Brüssel 2021, online im Internet:
<https://op.europa.eu/de/publication-detail/-/publication/a17dbc76-2b51-11ec-bd8e-01aa75ed71a1/language-de> (zuletzt abgerufen am 15.02.2022).
- EU-KOMMISSION: Natura 2000 – Gebietsmanagement – Die Vorgaben des Artikels 6 der Habitat-Richtlinie 92/43/EWG, Brüssel 2019, online im Internet:
https://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/docs/art6/D_E_art_6_guide_jun_2019.pdf (zuletzt abgerufen am 15.02.2022).

- FELLENBERG, FRANK: Artenschutzrecht, in: Naturschutzrecht in der Praxis, hrsg. von Jochen Kerkmann und Frank Fellenberg, 3. Auflage, Berlin 2021.
- FELLENBERG, FRANK: Die ausgefallene Revolution im Artenschutzrecht – das EuGH-Urteil in der Rechtssache Skydda Skogen, in: NVwZ 2021, S. 943-946.
- FELLENBERG, FRANK: Ewige Bindung? Zur Dauer der Unterhaltungspflichten bei artenschutzrechtlichen Ausgleichsmaßnahmen, in: NuR 2016, S. 749-756.
- FELLENBERG, FRANK: Nachträgliche Anpassung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungen aufgrund artenschutzrechtlicher Belange, hrsg. von der Fachagentur Windenergie an Land, Berlin 2016.
- FISCHER, LOTHAR: Biotop- und Artenschutz in der Bauleitplanung, in: NuR 2007, S. 307-315.
- FISCHER-HÜFTLE, PETER: Artenschutz in der Bauleitplanung am Beispiel Vogelschutz und Windenergie, in: Artenschutzrecht und Planung, hrsg. von Hans Jarass (Beiträge zum Raumplanungsrecht, Bd. 252), Berlin 2016, S. 51-72.
- FRENZ, WALTER / MÜGGENBORG, HANS-JÜRGEN (HRSG.): Bundesnaturschutzgesetz. Kommentar, 3. Auflage, Berlin 2021.
- GARNIEL, ANNICK / LAU, MARCUS: Risikomanagement und Monitoring in Zulassungsverfahren, in: ZUR 2016, S. 393-400.
- GARNIEL, ANNICK / MIERWALD, ULRICH: Arbeitshilfe Vögel und Straßenverkehr, hrsg. vom Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, Bonn 2010.
- GATZ, STEPHAN: Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 3. Auflage, Bonn 2019.
- GELLERMANN, MARTIN: Die „Kleine Novelle“ des Bundesnaturschutzgesetzes, in: NuR 2007, S. 783-789.
- GELLERMANN, MARTIN / SCHREIBER, MATTHIAS: Schutz wildlebender Tiere und Pflanzen in staatlichen Planungs- und Zulassungsverfahren. Leitfaden für die Praxis, Berlin u. a. 2007.
- GELLERMANN, MARTIN / SCHUMACHER, JOCHEN: Schützt den Wald! – Das Verfahren „Skydda Skogen“ und seine artenschutzrechtlichen Folgen, in: NuR 2021, S. 182-185.
- GELLERMANN, MARTIN: Windkraftnutzung im Lichte der Vogelschutzrichtlinie 2009/147/EG. Anmerkungen zum Urteil des VG Gießen vom 22. 1. 2020 – 1 K 6019/18.GI, in: NuR 2020, S. 178-181.

- GELLMANN, MARTIN: Zugriffsverbote des Artenschutzrechts und behördliche Einschätzungsprärogative, in: NuR 2014, S. 597-605.
- GIESBERTS, LUDGER / REINHARDT, MICHAEL: Beck'scher Online-Kommentar Umweltrecht (Stand: 60. Edition), München 2021.
- GLANDT, DIETER: Praxisleitfaden Amphibien- und Reptilienschutz, Berlin 2018.
- GRUNWALD, THOMAS / KORN, MATTHIAS / STÜBING, STEFAN: Der herbstliche Tagzug von Vögeln in Südwestdeutschland, in: Vogelwarte 2007, S. 324-325.
- HACHTEL, MONIKA / SCHMIDT, PETER / BROCKSIEPER, ULRICH / RODER, CHRISTIAN: Erfassung von Reptilien – eine Übersicht über den Einsatz künstlicher Verstecke (KV) und die Kombination mit anderen Methoden, in: Methoden der Feldherpetologie, hrsg. von Monika Hachtel et al. (Supplement 15 der Zeitschrift für Feldherpetologie), Bielefeld 2009, S. 85-134.
- HESSEN MOBIL (HRSG.): Kartiermethodenleitfaden. Fauna und Flora bei straßenrechtlichen Eingriffsvorhaben in Hessen, 2. Fassung, Wiesbaden 2017.
- HENDLER, REINHARD: Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Stuttgart u. a. 2001.
- HENDLER, REINHARD / KERKMANN, JOCHEN: Harte und weiche Tabuzonen: Zur Misere der planerischen Steuerung der Windenergienutzung, in: DVBl 2014, S. 1369-1376.
- HERMANN, GABRIEL / TRAUTNER, JÜRGEN: Der Nachtkerzenschwärmer in der Planungspraxis. Habitate, Phänologie und Erfassungsmethoden einer „unsteten“ Art des Anhangs IV der FFH-Richtlinie, in: NuLP 2011, S. 293-300.
- HILDEBRANDT, SILVIO / SCHULER, JOHANNES / STEINHÄUßER, REIMUND / KRÄMER, CHRISTINE: Berücksichtigung kumulativer Wirkungen in der Umweltplanung, NuL 2017, S. 209-213.
- HOPPE, WERNER / SCHARLMANN, HANS / BUCHNER, REIMAR / DEUTSCH, MARKUS: Rechtsschutz bei der Planung von Verkehrsanlagen und anderen Infrastrukturvorhaben. Grundlagen der Planfeststellung, 4. Auflage, Berlin 2011.
- HUGGINS, BENEDIKT: Das artenschutzrechtliche Tötungsverbot als abgestuftes Schutzregime – Das Zusammenspiel von Signifikanz, Erkenntnisschwierigkeiten und Vermeidungsmaßnahmen sowie weiterer Differenzierungen als Abstufungen einer Verbotsnorm, in: NuR 2021, S. 73-82.

- HURST, JOHANNA / BALZER, SANDRA / BIEDERMANN, MARTIN / DIETZ, CHRISTIAN / DIETZ, MARKUS / HÖHNE, ELENA / KARST, INKEN / PETERMANN, RUTH / SCHORCHT, WIGBERT / STECK, CLAUDE / BRINKMANN, ROBERT: Erfassungsstandards für Fledermäuse bei Windkraftprojekten in Wäldern, in: NuL 2015, S. 157-169.
- HURST, JOHANNA / BIEDERMANN, MARTIN / DIETZ, CHRISTIAN / DIETZ, MARKUS / REERS, HENDRIK / KARST, INKEN / PETERMANN, RUTH / SCHORCHT, WIGBERT / BRINKMANN, ROBERT: Windkraft im Wald und Fledermausschutz – Überblick über den Kenntnisstand und geeignete Erfassungsmethoden und Maßnahmen, in: Evidenzbasierter Fledermausschutz in Windkraftvorhaben, hrsg. von Christian Voigt, Berlin 2020, S. 29-54.
- HESSISCHE VEREINIGUNG FÜR NATURSCHUTZ UND LANDSCHAFTSPFLEGE (HRSG.): Reptilien in der Praxis. Kartierung, Umsiedlung und Monitoring von Zaun- und Mauereidechse. Werkstatt-Protokoll vom 27.06.2012 [unveröffentlicht].
- INTERGOVERNMENTAL SCIENCE-POLICY PLATFORM ON BIODIVERSITY AND ECOSYSTEM SERVICES (IPBES): Summary for policymakers of the global assessment report on biodiversity and ecosystem services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services, Paris 2019.
- JACOB, THOMAS / LAU, MARCUS: Beurteilungsspielraum und Einschätzungsprärogative. Zulässigkeit und Grenzen administrativer Letztentscheidungsmacht am Beispiel des Naturschutz- und Wasserrechts, in: NVwZ 2015, S. 241-248.
- JARASS, HANS DIETER: Bundesimmissionsschutzgesetz. Kommentar unter Berücksichtigung der Bundes-Immissionsschutzverordnungen, der TA-Luft sowie der TA-Lärm, 13. Auflage, München 2020.
- JUSKAITIS, RIMVYDAS / BÜCHNER, SVEN: Die Haselmaus (Die Neue Brehm-Bücherei, Band 670), Hohenwarsleben 2010.
- KAHL, WOLFGANG / BURS, MATTHIAS: Beurteilungsspielräume der Verwaltung im Naturschutzrecht, in: DVBl 2016, S. 1157-1165 und S. 1222-1228.
- KAUTZ, STEFFEN: Artenschutz vs. Bestandsschutz? Zum Umgang mit nachträglich eingewanderten oder nachträglich entdeckten Arten bei der Planfeststellung und der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung, in: UPR 2018, S. 474-481.
- KLEMENT, JAN HENDRIK / SAURER, JOHANNES: Umweltschutz in der Fachplanung, in: Grundzüge des Umweltrechts, hrsg. von Eckard Rehbinder und Alexander Schink, 5. Auflage, Berlin 2018, S. 335-409.
- KLOEPFER, MICHAEL / REHBINDER, ECKARD / SCHMIDT-ABMANN, EBERHARD / KUNIG, PHILIP: Umweltgesetzbuch – Allgemeiner Teil (UBA-Berichte 7/90), Berlin 1990.

- KMENT, MARTIN: Artenschutz im Fokus der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Eine Analyse der Jahre 2014 bis 2019, in: NuR 2020, S. 541-547.
- KÖCK, WOLFGANG / RHEINSMITT, CHRISTOPH / VERHEYEN, RODA: Die artenschutzrechtlichen Ausnahmemöglichkeiten bei der landseitigen Windenergie – ein Regelungsvorschlag, in: ZUR 2021, S. 259-269.
- KÖHLER, UTE / GESEKE, CHRISTIAN / MAMMEN, KERSTIN / MARTENS, STEFANI / REINERS, TOBIAS ERIK / SCHREIBER, RALF / WEINHOLD, ULRICH: Maßnahmen zum Schutz des Feldhamsters (*Cricetus cricetus*) in Deutschland, in: NuL 2014, S. 344-349.
- KOPP, FERDINAND / RAMSAUER, ULRICH ET AL.: *Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar*, 22. Auflage, München 2021.
- KRONSHAGE, ANDREAS / SCHLÜPMANN, MARTIN / BECKMANN, CHRISTIAN / WEDDELIN, KLAUS / GEIGER, ARNO / HAACKS, MANFRED / BÖLL, SUSANNE: Empfehlungen zum Einsatz von Wasserfällen bei Amphibienerfassungen, in: *Abhandlungen aus dem Westfälischen Museum für Naturkunde*, Band 77 (2014), S. 293-358.
- KRÜSEMANN, ELLEN: Artenschutz in der Raumordnung, in: *Artenschutzrecht in der Planung*, hrsg. von Hans Jarass (Beiträge zum Raumplanungsrecht, Bd. 252), Berlin 2016, S. 76-87.
- KÜLPMANN, CHRISTOPH: Das ergänzende Verfahren im Zulassungsrecht, in: *Gesellschaft für Umweltrecht (Hrsg.): Dokumentation zur 43. wissenschaftlichen Fachtagung*, Berlin 2020, S. 39-57.
- KÜLPMANN, CHRISTOPH: Räumliche Grenzen des Bebauungsplans der Innenentwicklung, in: *jurisPR-BVerwG* 5/2016.
- LÄNDERARBEITSGEMEINSCHAFT DER VOGELSCHUTZWARTEN (LAG VSW): Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten, in: *Berichte zum Vogelschutz* 2014, S. 15-42.
- LÄNDERARBEITSGEMEINSCHAFT DER VOGELSCHUTZWARTEN (LAG VSW): Fachliche Empfehlungen für avifaunistische Erfassung und Bewertung bei Windenergieanlagen-Genehmigungsverfahren – Brutvögel (BfN-Skripten 602), Bonn 2021.
- LANDESBETRIEB MOBILITÄT RHEINLAND-PFALZ (HRSG.): *Fledermaushandbuch. Entwicklung methodischer Standards zur Erfassung von Fledermäusen bei Straßenbauvorhaben in Rheinland-Pfalz*, Koblenz 2011.
- LANDESBETRIEB STRAßENBAU UND VERKEHR SCHLESWIG-HOLSTEIN (HRSG.): *Beachtung des Artenschutzrechtes bei der Planfeststellung*, 2. Fassung, Kiel 2016.

- LANDESBETRIEB STRAßENBAU UND VERKEHR SCHLESWIG-HOLSTEIN (HRSG.): Fledermäuse und Straßenbau – Arbeitshilfe zur Beachtung der artenschutzrechtlichen Belange bei Straßenbauvorhaben in Schleswig-Holstein, Kiel 2011.
- LANDMANN, ROBERT VON / ROHMER, GUSTAV (BEGR.): Umweltrecht. Kommentar (Loseblatt, Stand: 96. Ergänzungslieferung), München 2021.
- LANGGEMACH, TORSTEN / DÜRR, TOBIAS: Informationen über Einflüsse der Windenergienutzung auf Vögel, hrsg. vom Landesamt für Umwelt Brandenburg – Staatliche Vogelschutzwarte (Stand: Mai 2021), online im Internet: <https://lfu.brandenburg.de/sixcms/media.php/9/Dokumentation-Voegel-Windkraft.pdf> (zuletzt abgerufen am 15.02.2022).
- LAU, MARCUS: Aktuelle Fragen des besonderen Artenschutzes im Immissionsschutzrecht, in: I+E 2016, S. 50-60.
- LAU, MARCUS: Arten- und Gebietsschutz in der Bundesfachplanung, in: NVwZ 2017, S. 830-836.
- LAU, MARCUS: Du sollst nicht stören! – Zum Urteil des EuGH vom 4.3.2021 – C-437/19, C-474/19, in: NuR 2021, S. 462-465.
- LAU, MARCUS: Einwandern besonders geschützter Arten in den Gefahrenbereich von Vorhaben nach Genehmigungserteilung, in: NuR 2018, S. 840-845 (Teil 1), S. 653-658 (Teil 2) und S. 729-735 (Teil 3).
- LAU, MARCUS: Erleichterungen im besonderen Artenschutz – die Schlussanträge der Generalanwältin Kokott vom 10.9.2020 im Fall Härryda, in: NuR 2021, S. 28-36.
- LAU, MARCUS: Neues aus Luxemburg zum Artenschutzrecht, in: NuR 2013, S. 685-690.
- LAUFER, HUBERT: Praxisorientierte Umsetzung des strengen Artenschutzes am Beispiel von Zaun- und Mauereidechsen (Naturschutz und Landschaftspflege Baden-Württemberg, Band 77 hrsg. von der LUBW), Karlsruhe 2014.
- LINDEMANN, COSIMA / RUNKEL, VOLKER / KIEFER, ANDREAS / LUKAS, ANDREAS / VEITH, MICHAEL: Abschaltalgorithmen für Fledermäuse an Windenergieanlagen. Eine naturschutzfachliche Bewertung, in: NuLP 2018, S. 418-425.
- LOUIS, HANS WALTER: Der Schutz von Einzelbäumen im Innenbereich durch die Eingriffsregelung, in: DVBl 2017, S. 823-827.
- LOUIS, HANS WALTER: Die Zugriffsverbote des § 42 Abs 1 BNatSchG im Zulassungs- und Bauleitplanverfahren – unter Berücksichtigung der Entscheidung des BVerwG zur Ortsumgebung Bad Oeynhausen, in: NuR 2009, S. 91-100.

- LÜTKES, STEFAN: Artenschutz in Genehmigung und Planfeststellung, in: NVwZ 2008, S. 598-602.
- LÜTKES, STEFAN / EWER, WOLFGANG (HRSG.): Bundesnaturschutzgesetz – Kommentar, 2. Auflage, München 2018.
- LÜTKES, STEFAN: Die Novelle des Bundesnaturschutzgesetzes 2017, in: NuR 2018, S. 145-150.
- LÜTTMANN, JOCHEN: Artenschutz und Straßenplanung, in: NuLP 2007, S. 236-242.
- LÜTTMANN, JOCHEN / FUHRMANN, MALTE / HELLENBROICH, TOBIAS / KERTH, GERALD / SIEMERS, BJÖRN: Fledermäuse und Verkehr. Quantifizierung und Bewältigung verkehrsbedingter Trennwirkungen auf Arten des Anhangs der FFH-Richtlinie, hier Fledermauspopulationen: Forschungsvorhaben des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (FE-Nr. 02.0256/2004/LR), Bonn und Trier 2010.
- LÜTTMANN, JOCHEN / BETTENDORF, JÖRG / HEUSER, ROLAND / JAHNS-LÜTTMANN, UTE / KLUßMANN, MORITZ / VAUT, LYDIA / WITTENBERG, RÜDIGER / KIEL, ERNST-FRIEDRICH: Leitfaden „Wirksamkeit von Artenschutzmaßnahmen“ für die Berücksichtigung artenschutzrechtlich erforderlicher Maßnahmen in Nordrhein-Westfalen. Forschungsprojekt des MKULNV Nordrhein-Westfalen. Schlussbericht, Düsseldorf und Trier 2013.
- LÜTTMANN, JOCHEN / BETTENDORF, JÖRG / HEUSER, ROLAND / JAHNS-LÜTTMANN, UTE / KLUßMANN, MORITZ / SUDMANN, STEFAN / HERZOG, WOLFGANG / KIEL, ERNST-FRIEDRICH: Leitfaden „Methodenhandbuch zur Artenschutzprüfung in Nordrhein-Westfalen – Bestandserfassung und Monitoring. Forschungsprojekt des MKULNV Nordrhein-Westfalen. Schlussbericht, Düsseldorf und Trier 2017.
- LÜTTMANN, JOCHEN / KIEL, ERNST-FRIEDRICH / JAHNS-LÜTTMANN, UTE / KLUßMANN, MORITZ: Wirksamkeit und Monitoring von Artenschutzmaßnahmen. Operationalisierung im Bundesland Nordrhein-Westfalen, in: NuLP 2019, S. 78-88.
- MAMMEN, KERSTIN / MAMMEN, UBBO: Möglichkeiten und Grenzen der Umsiedlung von Feldhamstern (*Cricetus cricetus*), in: Methoden feldökologischer Säugetierforschung 2 (2003), S. 461-470.
- MAMMEN, UBBO / KAYSER, ANJA / MAMMEN, KERSTIN / RADDATZ, DANIEL / WEINHOLD, ULRICH: Die Berücksichtigung des Feldhamsters (*Cricetus cricetus*) im Rahmen von Eingriffsvorhaben, in: NuL 2014, S. 350-355.
- MEINIG, HOLGER / BOYE, PETER / DÄHNE, MICHAEL / HUTTERER, RAINER / LANG, JOHANNES: Rote Liste und Gesamtartenliste der Säugetiere (Mammalia) Deutschlands (Naturschutz und Biologische Vielfalt Band 170), Bonn 2020.

- MENDEL, ANDREAS: Naturschutzbelange in der Bauleitplanung, in: Naturschutzrecht und Städtebaurecht – Bundesfachtagung Naturschutzrecht 2017 (Schriftenreihe des Fachgebiets Landschaftsentwicklung / Umwelt- und Planungsrecht Universität Kassel, Band 4), hrsg. von Andreas Mengel, Kassel 2019, S. 24-47.
- MENDEL, ANDREAS / MÜLLER-PFANNENSTIEL, KLAUS / SCHWARZER, MARKUS / WULFERT, KATRIN / STROTHMANN, TORSTEN / VON HAAREN, CHRISTINA / GALLER, CAROLIN / WICKERT, JOHANNA / PIECK, SONJA / BORKENHAGEN, JÖRG: Methodik der Eingriffsregelung im bundesweiten Vergleich. Ergebnisse des gleichnamigen F+E-Vorhabens (Naturschutz und Biologische Vielfalt, Band 165), Bonn 2018.
- MESCHDE, ANGELIKA / SCHORCHT, WIGBERT / KARST, INKEN / BIEDERMANN, MARTIN / FUCHS, DANIEL / BONTADINA, FABIO: Wanderrouten der Fledermäuse. Abschlussbericht zum F+E-Vorhaben „Identifizierung von Fledermauswanderrouten und -korridoren“ – FKZ 3512860200 (BfN-Skripten 453), Bonn 2017.
- MEßERSCHMIDT, KLAUS: Artenschutzrecht und Landwirtschaft im Zeitalter der Biodiversitätskrise, in: EurUP 2018, S. 336-343.
- MEßERSCHMIDT, KLAUS: Bundesnaturschutzrecht. Kommentar (Loseblatt, Stand: 155. Ergänzungslieferung), München 2021.
- MINISTERIUM FÜR KLIMASCHUTZ, UMWELT, LANDWIRTSCHAFT, NATUR- UND VERBRAUCHERSCHUTZ DES LANDES NORDRHEIN-WESTFALEN (HRSG.): Geschützte Arten in Nordrhein-Westfalen. Vorkommen, Erhaltungszustand, Gefährdungen, Maßnahmen, Düsseldorf 2015.
- MINISTERIUM FÜR WIRTSCHAFT, ARBEIT UND WOHNUNGSBAU BADEN-WÜRTTEMBERG (HRSG.): Artenschutz in der Bauleitplanung und bei Bauvorhaben – Handlungsleitfaden für die am Planen und Bauen Beteiligten, Stuttgart 2019.
- MÜGGENBORG, HANS-JÜRGEN / DOLDE, KLAUS: Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes, in: NuR 2017, S. 143-144.
- MÜLLER-MITSCHKE, SONJA: Aktuelle naturschutzrechtliche Entwicklungen bei Infrastrukturvorhaben – Bestandskräftige Zulassungsentscheidungen im Widerspruch zum Naturschutzrecht, in: Naturschutzrecht und Städtebaurecht – Bundesfachtagung Naturschutzrecht 2017 (Schriftenreihe des Fachgebiets Landschaftsentwicklung / Umwelt- und Planungsrecht Universität Kassel, Band 4), hrsg. von Andreas Mengel, Kassel 2019, S. 12-23.
- MÜLLER-MITSCHKE, SONJA: Artenschutzrechtliche Ausnahmen vom Tötungsverbot für windenergieempfindliche Vogelarten bei Windenergieanlagen, in: NuR 2015, S. 741-749.

- NAGEL, HEINER / NICOLAI, BERND / MAMMEN, UBBO / FISCHER, STEFAN / KOLBE, MARTIN: Verantwortungsart Rotmilan. Ermittlung von Dichtezentren des Greifvogels in Sachsen-Anhalt, in: NuLP 2019, S. 14-19.
- NAGEL, PAUL-BASTIAN: Die ständige Rechtsprechung zum besonderen Artenschutz in Stichpunkten, in: Anliegen Natur 2016, S. 114–117.
- PATZELT, WOLFGANG: Die Absicherung von Vermeidungs- und Ausgleichsmaßnahmen im Bebauungsplanverfahren über städtebauliche Verträge, in: ZUR 2014, S. 600-604.
- PEINE, FRANZ-JOSEPH: „Architektur“ des Planungsrechts, in: EurUP 2015, S. 293-313.
- PESCHEL, ROLF / HAACKS, MANFRED / GRUB, HOLGER / KLEMMANN, CHRISTINE: Die Zauneidechse (*Lacerta agilis*) und der gesetzliche Artenschutz, in: NuLP 2013, S. 241-247.
- PHILIPP, RENATE: Artenschutz in Genehmigung und Planfeststellung, in: NVwZ 2008, S. 593-598.
- REIDT, OLAF: Europäischer Habitat- und Artenschutz in der Bauleitplanung, in: NVwZ 2010, S. 8-13.
- RICHARZ, KLAUS: Vögel in der Stadt, Darmstadt 2015.
- RIECKEN, UWE / AMMER, CHRISTIAN / BAUR, BRUNO / BONN, ALETTA / DIEKÖTTER, TIM / HOTES, STEFAN / KRÜB, ANDREAS / KLIMEK, SEBASTIAN / LEYER, ILONA / WERK, KLAUS / ZIEGENHAGEN, BIRGIT / FARWIG, NINA: Notwendigkeit eines Brückenschlags zwischen Wissenschaft und Praxis im Naturschutz – Chancen und Herausforderungen, NuL 2020, S. 364-371.
- RUNGE, HOLGER / SIMON, MATTHIAS / WIDDIG, THOMAS / LOUIS, HANS WALTER: Rahmenbedingungen für die Wirksamkeit von Maßnahmen des Artenschutzes bei Infrastrukturvorhaben. FuE-Vorhaben im Rahmen des Umweltforschungsplanes des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit im Auftrag des Bundesamtes für Naturschutz – FKZ 350782080. Endbericht, Hannover/Marburg 2010, online im Internet: https://www.bfn.de/sites/default/files/BfN/planung/eingriffsregelung/Dokument_e/fue_artenschutz_infrastruktur_2010.pdf (zuletzt abgerufen am 15.02.2022).
- RUNKEL, VOLKER / GERDING, GUIDO / MARCKMANN, ULRICH: Handbuch Praxis der akustischen Fledermauserfassung, Hamburg 2018.
- RUß, SYLVIA: Anwendbarkeit der artenschutzrechtlichen Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG auf Vorhaben der Windenergie – eine Quadratur des Kreises? In: NuR 2016, S. 591-597.

- RUß, SYLVIA: Das Neue Helgoländer Papier – ein weiterer Fachbeitrag, in: NuR 2016, S. 803-809.
- SAURER, JOHANNES: Rechtswirkungen der Windenergieerlasse der deutschen Bundesländer, in: NVwZ 2016, S. 201-205.
- SCHLACKE SABINE: Bundesfachplanung für Höchstspannungsleitungen. Der Schutz von Natur und Landschaft in der SUP und der fachplanerischen Abwägung, in: NVwZ 2015, S. 626-633.
- SCHLACKE, SABINE (HRSG.): GK-BNatSchG. Gemeinschaftskommentar zum Bundesnaturschutzgesetz, 2. Auflage, Köln 2017.
- SCHLÜPMANN, MARTIN / KUPFER, ALEXANDER: Methoden der Amphibienerfassung – eine Übersicht, in: Methoden der Feldherpetologie, hrsg. von Monika Hachtel et al. (Supplement 15 der Zeitschrift für Feldherpetologie), Bielefeld 2009, S. 7-84.
- SCHNEWEIß, NORBERT / BLANKE, INA / KLUGE, EKKEHARD / HASTEDT, ULRIKE / BAIER, REINHARD: Zauneidechsen im Vorhabengebiet – was ist bei Eingriffen und Vorhaben zu tun?, in: NundL 2014, S. 4-22.
- SCHONERT, BEATE: Fang, Zwischenhälterung und Wiederaussetzung von Zauneidechsen (*Lacerta agilis*) im Rahmen von Verkehrsprojekten – drei Beispiele aus Berlin, in: ZfF 2009, S. 403-416.
- SCHREIBER, MATTHIAS: Bemessung des signifikant erhöhten Tötungsrisikos durch Windenergieanlagen. Anmerkungen zum Standardisierten Bewertungsrahmen der Umweltministerkonferenz vom 11.12.2020, in: NuLP 4/2021, S. 30-37.
- SCHREIBER, MATTHIAS: Populationsbiologische und naturschutzfachliche Überlegungen zum gesetzlichen Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG, in: NuR 2017, S. 5-12.
- SCHRÖDTER, WOLFGANG (HRSG.): Baugesetzbuch, 9. Auflage, Baden-Baden 2019.
- SCHRÖTER, JESSICA: Behördliche Regelungsbefugnisse, in: Naturschutzrecht in der Praxis, hrsg. von Jochen Kerkmann und Frank Fellenberg, 3. Auflage, Berlin 2021.
- SCHULTE, ULRICH / VEITH, MICHAEL: Kann man Reptilien-Populationen erfolgreich umsiedeln? Eine populationsbiologische Betrachtung, in: ZfF 2014, S. 219-235.
- SCHUMACHER, JOCHEN / FISCHER-HÜFTLE, PETER (HRSG.): Bundesnaturschutzgesetz. Kommentar, 3. Auflage, Stuttgart 2021.

- SCHUMACHER, JOCHEN / SCHUMACHER, ANKE: EuGH bestätigt strenges Schutzregime für europäisch geschützte Arten, in: NuLP 4/2021, S. 38-39.
- SCHUMACHER, JOCHEN: Zur dinglichen Absicherung der im Rahmen der Bauleitplanung vorgesehenen Kompensationsleistungen und artenschutzrechtlichen Ausführungen, in: NuR 2018, S. 104-105.
- SCHUSTER, MARIELLE: Beurteilungsspielräume der Verwaltung im Naturschutzrecht. Zugleich ein Beitrag zum Umgang von Gerichten und Behörden mit externem Sachverstand (Schriften zum Umweltrecht, Band 192), Berlin 2020.
- SCHUSTER, ULRIKE: Das Kohärenzprinzip der Europäischen Union, Baden-Baden, 2017.
- SCHWARZENBERG, LARS / RUß, SYLVIA: Die Windenergieerlasse der Länder – Überblick und neue Entwicklungen, in: ZUR 2016, S. 278-286.
- SCHWIER, VOLKER: Handbuch der Bebauungsplanfestsetzungen, München 2002.
- SOBOTTA, CHRISTOPH: Artenschutz in der Umweltprüfung, in: NuR 2013, S. 229-236.
- SOBOTTA, CHRISTOPH: Artenschutz in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, in: Der spezielle Artenschutz in der Planungspraxis, hrsg. von der Bayerische Akademie für Naturschutz und Landschaftspflege (Laufener Spezialbeiträge 1/09), Laufen 2009, S. 7-19.
- SPANNOWSKY, WILLY / UECHTRITZ, MICHAEL (HRSG.): BeckOK BauGB (Stand: 53. Edition), München 2021.
- STAPELFELD, ALFRED: Naturschutz als Gegenstand von städtebaulichen Verträgen und vorhabenbezogenen Bebauungsplänen, in: Naturschutzrecht und Städtebaurecht – Bundesfachtagung Naturschutzrecht 2017 (Schriftenreihe des Fachgebiets Landschaftsentwicklung / Umwelt- und Planungsrecht Universität Kassel, Band 4), hrsg. von Andreas Mengel, Kassel 2019, S. 59-92.
- STEENHOFF, HOLGER: Die naturschutzrechtliche Einschätzungsprärogative oder die Grenzen der naturschutzfachlichen Erkenntnis, in: UPR 2017, S. 467-473.
- STEINBERG, RUDOLF / WICKEL, MARTIN / MÜLLER HENRIK: Fachplanung, Baden-Baden 2012.
- STEINER, HELMUT / ZITZMANN, ANNETTE / CLOOS, TORSTEN: Die Verbreitung des Kammolches Triturus cristatus in Hessen, FFH-Artgutachten hrsg. von Hessen-Forst, Gießen 2006, online im Internet:
https://www.hlnug.de/fileadmin/dokumente/naturschutz/artenschutz/steckbriefe/Amphibien/Gutachten/artgutachten_2006_kammolch_triturus_cristatus.pdf
(zuletzt abgerufen am 15.02.2022).

- STOROST, ULRICH: Erforderlichkeit von Fachkonventionen für die arten- und gebietschutzrechtliche Prüfung aus verwaltungsrichterlicher Sicht, in: UPR 2015, S. 47-49.
- STÜER, BERNHARD: Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts. Planung – Genehmigung – Rechtsschutz, 5. Auflage, München 2015.
- STÜER, EVA-MARIA / STÜER, BERNHARD: Bauen im Außenbereich. Planungs- und Naturschutzrecht in der Praxis, München 2017.
- SÜDBECK, PETER / ANDRETTZKE, HARTMUT / FISCHER, STEFAN / GEDEON, KAI / SCHIKORE, TASSO / SCHRÖDER, KARSTEN / SUDFELDT, CHRISTOPH (HRSG.): Methodenstandards zur Erfassung der Brutvögel Deutschlands, Radolfzell 2005.
- TEßMER, DIRK: Bewältigung ungenehmigter Einwirkungen auf habitat- und artenschutzrechtliche Schutzgüter im Zuge der Vorhabenrealisierung und des Vorhabenbetriebs, in: Naturschutzrecht und Städtebaurecht – Bundesfachtagung Naturschutzrecht 2017 (Schriftenreihe des Fachgebiets Landschaftsentwicklung / Umwelt- und Planungsrecht Universität Kassel, Band 4), hrsg. von Andreas Mengel, Kassel 2019, S. 93-101.
- THOLEN, HANNA: Das Artenschutzregime der Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie im deutschen Recht. Umsetzung der europäischen Vorgaben in Gesetzgebung, Auslegung und Vollzug (Schriften zum Umweltrecht, Band 181), Berlin 2014.
- TRAUTNER, JÜRGEN: Artenschutz – Rechtliche Verpflichtungen, fachliche Konzepte, Umsetzung in der Praxis, Stuttgart 2020.
- TRAUTNER, JÜRGEN / HERMANN, GABRIEL: Der Nachtkerzenschwärmer und das Artenschutzrecht. Vermeidung relevanter Beeinträchtigungen und Bewältigung von Verbotstatbeständen, in: NuLP 2011, S. 343-349.
- TRAUTNER, JÜRGEN / ZOBEL, MARION / THEOBALD, JENNIFER / MAYER, JOHANNES: Artenschutz im Siedlungsbereich: Im Spannungsfeld zwischen rechtlich-fachlichen Anforderungen und der Praxis, in: Anliegen Natur 2015, S. 39-48.
- TRAUTNER, JÜRGEN / MAYER, JOHANNES: Veralten faunistische Daten und Bewertungen nach 5 Jahren – und sind sie bis dahin aktuell genug? Ein Rückblick und Update, in: NuR 2021, S. 315-320.
- VOßKUHLE, ANDREAS / KAUFHOLD, ANN-KATRIN: Grundwissen Öffentliches Recht: Verwaltungsvorschriften, in: JuS 2016, S. 314-316.
- WAGNER, STEPHAN: Zur Rolle artenschutzrechtlicher Ausnahmen im Rahmen der raumordnerischen Konzentrationszonenplanung für die Windenergie: Ausnahmevoraussetzungen nach § 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG, in: NuR 2021, S. 803-811.

WEBER, SYLVIA: Artenschutz an Gebäuden – Möglichkeiten und Erfahrungen im Gebäudebrüterschutz, in: Anliegen Natur 2013, S. 65-70.

WEGNER, NILS: Rechtliche Einordnung von Dichtezentren auf Planungsebene, in: ZUR 2021, S. 469-475.

WILDERMUTH, HANSRUEDI / MARTENS, ANDREAS: Die Libellen Europas – Alle Arten von den Azoren bis zum Ural im Porträt, Wiebelsheim 2019.

WULFERT, KATRIN: FFH-Abweichungsverfahren und artenschutzrechtliches Ausnahmeverfahren Untersuchung rechtlicher, naturschutzfachlicher und planungspraktischer Anforderungen (Schriftenreihe des Fachgebiets Landschaftsentwicklung / Umwelt- und Planungsrecht Universität Kassel, Band 2), Kassel 2016.

WULFERT, KATRIN / LAU, MARCUS / WIDDIG, THOMAS / MÜLLER-PFANNENSTIEL, KLAUS / MENGEL ANDREAS: Standardisierungspotenzial im Bereich der arten- und gebietsschutzrechtlichen Prüfung. FuE-Vorhaben im Rahmen des Umweltforschungsplans des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit im Auftrag des Bundesamtes für Naturschutz – FKZ 3512822100, Herne u. a. 2015.

WULFERT, KATRIN / SCHÖNE-WARNEFELD, JOB: Dichtezentrenkonzepte – Fachliche Herleitung sowie Umsetzung in den Ländern, Gutachten hrsg. vom Kompetenzzentrum Naturschutz und Energiewende, Berlin 2021.

WYSK, PETER (HRSG.): Verwaltungsgerichtsgerichtsordnung, 3. Auflage, München 2020.

ZAHN, ANDREAS / HAMMER, MATTHIAS: Zur Wirksamkeit von Fledermauskästen als vorgezogene Ausgleichsmaßnahme, in: Anliegen Natur 2017, S. 27-35.

ZEMKE, REINHOLD: Der Bebauungsplan in der Praxis. Grundlagen, Abwägungs- und Festsetzungstechnik, Kommunikation und Verfahren, Kalkulation nach HOAI, Stuttgart 2018.

ZIEKOW, JAN (HRSG.): Handbuch des Fachplanungsrechts, 2. Auflage, München 2014.

Experteninterviews

GÄRTNER, SONJA: Mündliche Auskünfte im Rahmen des Experteninterviews vom 30.03.2017.

KIEL, ERNST-FRIEDRICH: Mündliche Auskünfte im Rahmen des Experteninterviews vom 16.08.2017.

LAU, MARCUS: Mündliche Auskünfte im Rahmen des Experteninterviews vom 15.08.2017.

LÜTTMANN, JOCHEN: Mündliche Auskünfte im Rahmen des Experteninterviews vom 11.08.2017.

OLSCHEWSKI, SEBASTIAN / PATON, CHRISTOPHER: Mündliche Auskünfte im Rahmen des Experteninterviews vom 29.08.2017.

SCHNEIDER, HELMUT: Mündliche Auskünfte im Rahmen des Experteninterviews vom 12.09.2017.

WILLIGALLA, CHRISTOPH: Mündliche Auskünfte im Rahmen des Experteninterviews vom 23.08.2019.

Rechtsprechung

Gerichtshof der Europäischen Union

EuGH, Urteil vom 17.09.1987 – C-412/85, curia.

EuGH, Urteil vom 07.03.1996 – C-118/94, curia.

EuGH, Urteil vom 14.03.2000 – C-54/99, curia.

EuGH, Urteil vom 30.01.2002 – C-103/00, curia (Caretta).

EuGH, Urteil vom 04.06.2002 – C-503/99, curia.

EuGH, Urteil vom 20.10.2005 – C-6/04, curia (Gibraltar).

EuGH, Urteil vom 18.05.2006 – C-221/04, curia.

EuGH, Urteil vom 08.06.2006 – C- 60/05, curia (WWF Italia).

EuGH, Urteil vom 26.10.2006 – C-239/04, curia (Castro Verde).

EuGH, Urteil vom 14.06.2007 – C-342/05, curia.

EuGH, Urteil vom 20.05.2010 – C-308/08, curia.

EuGH, Urteil vom 26.01.2012 – C-192/11, NuR 2013, S. 718-722 (Polen).

EuGH, Urteil vom 15.03.2012 – C-340/10, curia (zyprische Ringelnatter).

EuGH, Urteil vom 18.04.2013 – C-463/11, curia.

EuGH, Urteil vom 07.11.2013 – C-72/12, curia (Altrip).

EuGH, Urteil vom 07.11.2018 – C-461/17, curia (Holohan u. a.).

EuGH, Urteil vom 10.10.2019 – C-674/17, curia (finnischer Wolf II).

EuGH, Urteil vom 04.03.2021 – C-473/19 und C-474/19, curia (Härryda).

EuGH, Urteil vom 28.10.2021 – C-357/20, curia (Feldhamster).

Schlussanträge GAin Kokott vom 09.06.2005 – C-6/04, curia (Großbritannien).

Schlussanträge GAin Kokott vom 27.10.2005 – C-209/04, curia (Österreich).

Schlussanträge GAin Kokott vom 30.11.2006 – C-342/05, curia (finnischer Wolf I).

Schlussanträge GAin Kokott vom 25.06.2009 – C-241/08, curia (Frankreich).

Schlussanträge GAin Kokott vom 20.01.2011 – C-383/09, curia.

Schlussanträge GA Bot vom 04.04.2017 – C-612/15, curia.

Schlussanträge GA Saugmandsgaard vom 08.05.2019 – C-674/17, curia (finn. Wolf II).

Schlussanträge GAin Kokott vom 10.09.2020 – C-473/19 u. C-474/19, curia (Härryda).

Verfassungsgerichtsbarkeit

BVerfG, Urteil vom 30.06.2009 – 2 BvE 2/08 u. a., juris (Vertrag von Lissabon).

BVerfG, Urteil vom 10.12.2009 – 1 BvR 3151/07, juris.

BVerfG, Beschluss vom 31.05.2011 – 1 BvR 857/07, juris.

BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, juris.

VerfGH Rheinland-Pfalz, Urteil vom 11.07.2005 – VGH N 25/04, juris.

BayVerfGH, Entscheidung vom 03.12.2013 – Vf. 8-VII-13, juris.

BayVerfGH, Entscheidung vom 13.05.2015 – Vf. 16-VII-14, juris.

Bundesverwaltungsgericht

BVerwG, Urteil vom 12.12.1969 – IV C 105.66, juris.

BVerwG, Urteil vom 23.01.1981 – 4 C 68.78, juris.

BVerwG, Urteil vom 11.12.1981 – 4 C 69.78, juris.

BVerwG, Beschluss vom 24.04.1991 – 4 NB 24.90, juris.

BVerwG, Urteil vom 17.03.1992 – 1 C 31.89, juris.

BVerwG, Urteil vom 27.03.1992 – 7 C 18.91, juris.

BVerwG, Urteil vom 16.06.1994 – 4 C 20.93, juris.

BVerwG, Urteil vom 25.01.1996 – 4 C 5.95, juris.

BVerwG, Urteil vom 09.05.1997 – 4 N 1.96, juris.

BVerwG, Beschluss vom 25.08.1997 – 4 NB 12.97, juris.

- BVerwG, Urteil vom 27.01.2000 – 4 C 2.99, juris.
- BVerwG, Urteil vom 27.10.2000 – 4 A 18.99, juris.
- BVerwG, Urteil vom 22.11.2000 – 11 C 2.00, juris.
- BVerwG, Urteil vom 13.12.2001 – 4 C 3.01, juris.
- BVerwG, Urteil vom 17.05.2002 – 4 A 28.01, juris.
- BVerwG, Urteil vom 17.12.2002 – 4 C 15.01, juris.
- BVerwG, Urteil vom 30.01.2003 – 4 CN 14.01, juris.
- BVerwG, Urteil vom 09.04.2003 – 9 A 37.02, juris.
- BVerwG, Beschluss vom 09.02.2004 – 4 BN 28.03, juris.
- BVerwG, Urteil vom 01.04.2004 – 4 C 2.03, juris (Hochmoselübergang).
- BVerwG, Urteil vom 30.06.2004 – 4 C 9.03, juris.
- BVerwG, Beschluss vom 16.03.2006 – 4 BN 38.05, juris.
- BVerwG, Urteil vom 21.06.2006 – 9 A 28.05, juris.
- BVerwG, Urteil vom 17.01.2007 – 9 A 20.05, juris (Westumfahrung Halle).
- BVerwG, Beschluss vom 01.08.2007 – 4 BN 32.07, juris.
- BVerwG, Urteil vom 13.12.2007 – 4 C 9.06, juris.
- BVerwG, Urteil vom 12.03.2008 – 9 A 3.06, juris.
- BVerwG, Beschluss vom 02.04.2008 – 4 BN 6.08, juris.
- BVerwG, Urteil vom 09.04.2008 – 4 CN 1.07, juris.
- BVerwG, Urteil vom 09.07.2008 – 9 A 14.07, juris (Nordumfahrung Bad Oeynhausen).
- BVerwG, Urteil vom 20.08.2008 – 4 C 11.07, juris.
- BVerwG, Urteil vom 18.03.2009 – 9 A 39.07, juris.
- BVerwG, Beschluss vom 01.04.2009 – 4 B 62.08, juris.
- BVerwG, Urteil vom 13.05.2009 – 9 A 73.07, juris.
- BVerwG, Urteil vom 09.07.2009 – 4 C 12.07, juris.
- BVerwG, Urteil vom 12.08.2009 – 9 A 64.07, juris (A 33 Bielefeld – Steinhagen).
- BVerwG, Urteil vom 14.04.2010 – 9 A 5.08, juris.

- BVerwG, Urteil vom 20.05.2010 – 4 C 7.09, juris.
- BVerwG, Beschluss vom 03.06.2010 – 4 BN 54.09, juris.
- BVerwG, Urteil vom 09.06.2010 – 9 A 20.08, juris.
- BVerwG, Urteil vom 01.07.2010 – 4 C 4.08, juris.
- BVerwG, Urteil vom 03.03.2011 – 9 A 8.10, juris.
- BVerwG, Urteil vom 14.07.2011 – 9 A 12.10, juris (Ortsumgehung Freiberg).
- BVerwG, Urteil vom 20.12.2011 – 9 A 31.10, juris.
- BVerwG, Urteil vom 06.11.2012 – 9 A 17/11, juris.
- BVerwG, Urteil vom 13.12.2012 – 4 CN 1.11, juris.
- BVerwG, Urteil vom 28.03.2013 – 9 A 22.11, juris.
- BVerwG, Urteil vom 03.05.2013 – 9 A 16.12, juris.
- BVerwG, Urteil vom 27.06.2013 – 4 C 1.12, juris.
- BVerwG, Urteil vom 12.09.2013 – 4 C 8.12, juris.
- BVerwG, Urteil vom 06.11.2013 – 9 A 14.12, juris (A 20 bei Bad Segeberg).
- BVerwG, Urteil vom 21.11.2013 – 7 C 40.11, juris.
- BVerwG, Beschluss vom 28.11.2013 – 9 B 14.13, juris.
- BVerwG, Urteil vom 17.12.2013 – 4 A 1.13, juris.
- BVerwG, Beschluss vom 19.12.2013 – 4 BN 23.13, juris.
- BVerwG, Urteil vom 08.01.2014 – 9 A 4.13, juris (A 14 Colbitz – Dolle).
- BVerwG, Urteil vom 23.04.2014 – 9 A 25.12, juris (A 49, VKE 40).
- BVerwG, Urteil vom 25.06.2014 – 4 CN 4.13, juris.
- BVerwG, Urteil vom 25.06.2014 – 9 A 1.13, juris.
- BVerwG, Urteil vom 08.10.2014 – 4 C 30.13, juris.
- BVerwG, Beschluss vom 23.01.2015 – 7 VR 6.14, juris.
- BVerwG, Urteil vom 01.04.2015 – 4 C 6.14, juris.
- BVerwG, Urteil vom 04.11.2015 – 4 CN 9.14, juris.
- BVerwG, Urteil vom 07.04.2016 – 4 C 1.15, juris.

- BVerwG, Urteil vom 28.04.2016 – 9 A 9.15, juris.
- BVerwG, Urteil vom 10.11.2016 – 9 A 18.15, juris (Elbquerung A 20).
- BVerwG, Urteil vom 15.12.2016 – 4 A 4.15, juris.
- BVerwG, Urteil vom 09.02.2017 – 4 C 4.16, juris.
- BVerwG, Urteil vom 09.02.2017 – 7 A 2.15, juris (Elbvertiefung).
- BVerwG, Urteil vom 06.04.2017 – 4 A 16.16, juris.
- BVerwG, Urteil vom 29.06.2017 – 3 A 1.16, juris.
- BVerwG, Urteil vom 09.11.2017 – 3 A 4.15, juris.
- BVerwG, Beschluss vom 08.03.2018 – 9 B 25.17, juris (Ortsumgehung Datteln).
- BVerwG, Urteil vom 24.05.2018 – 4 C 4.17, juris.
- BVerwG, Urteil vom 27.11.2018 – 9 A 8.17, juris (A 20 durch Schleswig-Holstein).
- BVerwG, Urteil vom 27.06.2019 – 7 C 22.17, juris (Alte Süderelbe).
- BVerwG, Urteil vom 11.07.2019 – 9 A 13.18, juris (A 39 bei Wolfsburg).
- BVerwG, Urteil vom 26.09.2019 – 7 C 5.18, juris (WEA Preußisch Oldendorf).
- BVerwG, Urteil vom 25.06.2020 – 4 CN 5.18, juris.
- BVerwG, Beschluss vom 15.07.2020 – 9 B 5.20, juris.
- BVerwG, Urteil vom 03.11.2020 – 9 A 12.19, juris (Fehmarnbeltquerung).
- BVerwG, Beschluss vom 26.11.2020 – 4 BN 19.20, juris.

Verwaltungsgerichtsbarkeit Baden-Württemberg

- VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 24.11.1997 – 5 S 3409/95, juris.
- VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 06.05.2011 – 5 S 1670/09, juris.
- VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 04.04.2012 – 8 S 1300/09, juris.
- VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 23.09.2013 – 3 S 284/11, juris.
- VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 24.02.2016 – 3 S 1256/15, juris.
- VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 06.07.2016 – 3 S 942/16, juris.
- VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 29.11.2016 – 5 S 2137/16, juris.
- VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 18.04.2018 – 5 S 2105/15, juris.

VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 20.11.2018 – 5 S 2138/16, juris.

VG Freiburg, Urteil vom 17.02.2009 – 3 K 805/08, juris.

Bayerische Verwaltungsgerichtsbarkeit

VGH Bayern, Beschluss vom 12.01.2000 – 2 ZB 97.1021, juris.

VGH Bayern Urteil vom 14.07.2006 – 1 N 04.582, juris.

VGH Bayern, Urteil vom 30.03.2010 – 8 N 09.1861, juris.

VGH Bayern, Urteil vom 20.11.2012 – 22 A 10.40041, juris.

VGH Bayern, Urteil vom 19.02.2014 – 8 A 11.40040, juris (Flughafen München).

VGH Bayern, Urteil vom 18.06.2014 – 22 B 13.1358, juris.

VGH Bayern, Beschluss vom 10.12.2015 – 22 CS 15.2247, juris.

VGH Bayern, Urteil vom 27.05.2016 – 22 BV 15.1959, juris.

VGH Bayern, Urteil vom 18.01.2017 – 15 N 14.2033, juris.

VGH Bayern, Beschluss vom 22.02.2017 – 8 ZB 15.2159, juris.

VGH Bayern, Urteil vom 17.05.2018 – 8 A 17.40016, juris.

VGH Bayern, Beschluss vom 22.10.2019 – 20 CS 19.1618, juris.

VGH Bayern, Urteil vom 17.07.2020 – 15 N 19.1377, juris.

VG Ansbach, Urteil vom 17.06.2010 – AN 5 K 10.00442, juris.

VG Augsburg, Beschluss vom 13.02.2013 – Au 2 S 13.143, juris.

VG Augsburg, Urteil vom 17.12.2015 – Au 2 K 15.1343, juris.

VG Augsburg, Urteil vom 01.03.2018 – Au 5 K 17.354, juris.

VG München, Beschluss vom 08.06.2020 – M 1 SN 20.1828, juris.

VG Würzburg, Urteil vom 28.09.2017 – W 5 K 16.855, juris.

Verwaltungsgerichtsbarkeit Berlin und Brandenburg

OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 11.08.2009 – 11 S 58.08, juris.

OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 30.04.2015 – OVG 2 A 8.13, juris.

OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 20.02.2020 – OVG 11 S 8/20, juris (Tesla).

VG Berlin, Urteil vom 31.10.2001 – 1 A 274/96, NuR 2002, S. 311 ff.

VG Cottbus, Urteil vom 07.03.2013 – 4 K 6/10, juris.

VG Frankfurt (Oder), Beschluss vom 07.11.2010 – 5 L 208/10, juris.

VG Frankfurt (Oder), Urteil vom 01.07.2016 – 5 K 16/14, juris.

VG Potsdam, Beschluss vom 07.07.2017 – 4 L 148/17, juris.

VG Frankfurt (Oder), Beschluss vom 10.12.2020 – 5 L 602/20, juris (Tesla).

Hamburgische Verwaltungsgerichtsbarkeit

OVG Hamburg, Urteil vom 08.06.2016 – 2 E 6/15.N, juris.

OVG Hamburg, Urteil vom 11.04.2019 – 2 E 8/17.N, juris.

OVG Hamburg, Beschluss vom 01.04.2020 – 2 Es 1/20.N, juris.

OVG Hamburg, Urteil vom 18.06.2020 – 1 Bf 484/19, juris.

Hessische Verwaltungsgerichtsbarkeit

VGH Hessen, Urteil vom 21.02.2008 – 4 N 869/07, juris.

VGH Hessen, Urteil vom 25.06.2009 – 4 C 1347/08.N, juris.

VGH Hessen, Urteil vom 21.08.2009 – 11 C 318/08.T, juris.

VGH Hessen, Urteil vom 10.05.2012 – 4 C 841/11.N, juris.

VGH Hessen, Beschluss vom 17.12.2013 – 9 A 1540/12.Z, juris.

VGH Hessen, Urteil vom 29.06.2016 – 4 C 1440/14.N, juris.

VGH Hessen, Beschluss vom 24.08.2016 – 9 B 974/16, juris.

VGH Hessen, Urteil vom 14.08.2018 – 4 A 589/17, juris.

VGH Hessen, Beschluss vom 14.05.2019 – 9 B 2016/18, juris.

VGH Hessen, Beschluss vom 05.12.2019 – 2 C 1823/15.T, juris.

VGH Hessen, Beschluss vom 14.01.2021 – 9 B 2223/20, juris.

VGH Hessen, Beschluss vom 17.03.2021 – 3 B 2000/20, juris.

VGH Hessen, Urteil vom 12.05.2021 – 4 C 3100/19.N (noch unveröffentlicht).

VG Gießen, Urteil vom 22.01.2020 – 1 K 6019/18.GI, juris.

Verwaltungsgerichtsbarkeit Mecklenburg-Vorpommern

OVG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 03.04.2013 – 4 K 24/11, juris.

OVG Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 31.03.2017 – 1 M 493/16, juris.

OVG Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 08.05.2018 – 3 M 22/16, juris.

Niedersächsische Verwaltungsgerichtsbarkeit

OVG Niedersachsen, Urteil vom 14.09.2000 – 1 K 5414/98, juris.

OVG Niedersachsen, Beschluss vom 25.07.2011 – 4 ME 175/11, juris.

OVG Niedersachsen, Urteil vom 17.10.2013 – 12 KN 277/11, juris.

OVG Niedersachsen, Beschluss vom 26.10.2015 – 4 ME 229/15, juris.

OVG Niedersachsen, Urteil vom 01.12.2015 – 4 LC 156/14, juris.

OVG Niedersachsen, Urteil vom 22.04.2016 – 7 KS 27/15, juris.

OVG Niedersachsen, Urteil vom 23.06.2016 – 12 KN 64/14, juris.

OVG Niedersachsen, Beschluss vom 22.07.2016 – 7 MS 19/16, juris.

OVG Niedersachsen, Beschluss vom 16.11.2016 – 12 ME 132/16, juris.

OVG Niedersachsen, Beschluss vom 19.12.2016 – 12 ME 85/16, juris.

OVG Niedersachsen, Urteil vom 10.01.2017 – 4 LC 198/15, juris.

OVG Niedersachsen, Urteil vom 31.07.2018 – 7 KS 17/16, juris.

OVG Niedersachsen, Urteil vom 25.10.2018 – 12 LB 118/16, juris (WEA Belm).

OVG Niedersachsen, Beschluss vom 22.02.2019 – 4 ME 48/19, juris.

OVG Niedersachsen, Urteil vom 13.03.2019 – 12 LB 125/18, juris.

OVG Niedersachsen, Urteil vom 27.08.2019 – 7 KS 24/17, juris.

OVG Niedersachsen, Beschluss vom 30.09.2020 – 4 ME 104/20, juris.

VG Stade, Urteil vom 15.04.2014 – 1 A 1490/10, juris.

VG Oldenburg, Urteil vom 06.12.2017 – 5 A 2869/17, juris.

VG Hannover, Urteil vom 21.06.2019 – 4 A 12841/17, juris.

VG Hannover, Urteil vom 15.09.2020 – 12 A 6994/17, juris.

VG Lüneburg, Beschluss vom 09.03.2021 – 2 B 76/20, juris.

Verwaltungsgerichtsbarkeit Nordrhein-Westfalen

- OVG NRW, Urteil vom 30.06.1999 – 7a D144/97.NE, NuR 2000, S. 173.
- OVG NRW, Urteil vom 23.10.2001 – 10a D 192/98.NE, juris.
- OVG NRW, Urteil vom 30.01.2009 – 7 D 11/08.NE, juris.
- OVG NRW, Urteil vom 17.04.2009 – 7 D 110/07, juris.
- OVG NRW, Urteil vom 20.01.2012 – 2 D 141/09.NE, juris.
- OVG NRW, Beschluss vom 06.11.2012 – 8 B 441/12, juris.
- OVG NRW, Urteil vom 20.11.2012 – 8 A 430/10, juris.
- OVG NRW, Beschluss vom 23.07.2014 – 8 B 356/14, juris.
- OVG NRW, Urteil vom 25.02.2015 – 8 A 959/10, juris.
- OVG NRW, Urteil vom 21.04.2015 – 10 D 21/12.NE, juris.
- OVG NRW, Urteil vom 29.03.2017 – 11 D 70/09.AK, juris (Ortsumgehung Datteln).
- OVG NRW, Beschluss vom 12.04.2017 – 8 B 1245/16, juris.
- OVG NRW, Urteil vom 18.05.2017 – 8 A 870/15, juris.
- OVG NRW, Beschluss vom 09.06.2017 – 8 B 1264/16, juris.
- OVG NRW, Urteil vom 05.12.2017 – D 97/15.NE, juris.
- OVG NRW, Beschluss vom 06.08.2019 – 8 B 409/18, juris.
- OVG NRW, Beschluss vom 10.11.2020 – 8 B 1409/20.AK, juris.
- OVG NRW, Urteil vom 06.04.2020 – 10 D 31/18.NE, juris.
- OVG NRW, Beschluss vom 15.07.2020 – 8 B 1600/19, juris.
- OVG NRW, Urteil vom 05.02.2021 – 11 D 13/18.AK, juris.
- OVG NRW, Urteil vom 11.03.2021 – 21 A 49/17, juris (Butendiek).
- OVG NRW, Beschluss vom 12.03.2021 – 7 B 8/21, juris (Dahlem IV).
- VG Düsseldorf, Beschluss vom 20.03.2009 – 25 L 8/09, juris.
- VG Düsseldorf, Urteil vom 20.03.2009 – 25 K 64/09, juris.
- VG Minden, Urteil vom 22.10.2014 – 11 K 2069/13, juris.
- VG Minden, Beschluss vom 09.05.2016 – 11 L 59/16 (unveröffentlicht).

VG Aachen, Beschluss vom 02.09.2016 – 6 L 38/16, juris.

VG Düsseldorf, Urteil vom 22.11.2017 – 28 K 4985/17, juris.

VG Aachen, Urteil vom 13.12.2017 – 6 K 2371/15, juris.

VG Arnsberg, Urteil vom 10.10.2019 – 8 K 710/17, juris.

VG Minden, Urteil vom 19.02.2020 – 11 K 1015/19, juris.

VG Aachen, Beschluss vom 12.03.2021 – 6 L 417/20, juris.

Verwaltungsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz

OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 18.11.1991 – 8 B 11955/91, juris.

OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 14.01.2000 – 1 C 12946/08, juris.

OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 20.01.2003 – 8 C 11016/02, juris.

OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 15.05.2007 – 8 C 10751/05, juris.

OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 13.02.2008 – 8 C 10368/07, juris.

OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 08.07.2009 – 8 C 10399/08, juris.

OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 28.10.2009 – 1 A 10200/09, juris.

OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 12.07.2012 – 1 C 11236/11, juris.

OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 06.11.2013 – 8 C 10607/13, juris.

OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 02.04.2014 – 1 B 10249/14, juris.

OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 14.10.2014 – 8 C 10233/14, juris.

OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 25.07.2017 – 8 B 10987/17, juris.

OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 18.11.2017 – 1 A 11653/16, juris.

OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 06.02.2018 – 8 C 11527/17, juris.

OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 08.05.2019 – 8 B 10483/19, juris.

OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 09.10.2019 – 8 C 10240/18, juris.

OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 06.11.2019 – 8 C 10240/18, juris.

OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 16.01.2020 – 8 C 11089/19, juris.

OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 26.08.2020 – 8 A 11789/19, juris.

VG Mainz, Urteil vom 11.11.2015 – 3 K 16/15.MZ, juris.

VG Neustadt (Weinstraße), Beschluss vom 09.02.2017 – 3 L 121/17.NW, juris.

VG Koblenz, Beschluss vom 25.04.2017 – 4 L 243/17.KO (unveröffentlicht).

VG Neustadt (Weinstraße), Urteil vom 28.10.2020 – 5 K 395/17.NW, juris.

VG Trier, Urteil vom 25.08.2015 – 1 K 661/15.TR, juris.

Saarländische Verwaltungsgerichtsbarkeit

OVG Saarland, Urteil vom 26.02.2013 – 2 C 424.11, juris.

Sächsische Verwaltungsgerichtsbarkeit

OVG Sachsen, Urteil vom 15.12.2011 – 5 A 195/09, juris.

OVG Sachsen, Urteil vom 10.10.2012 – 1 A 389/12, juris.

OVG Sachsen, Beschluss vom 02.03.2016 – 4 A 177/15, juris.

OVG Sachsen, Urteil vom 27.11.2018 – 4 C 22/17, juris.

Verwaltungsgerichtsbarkeit Sachsen-Anhalt

OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 26.10.2011 – 2 L 6/09, juris.

OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 19.01.2012 – 2 L 124/09, juris.

OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 14.02.2013 – 2 K 122/11, juris.

OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 16.05.2013 – 2 L 80/11, juris.

OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 13.03.2014 – 2 L 215/11, juris.

OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 20.04.2016 – 2 L 64/14, juris.

OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 09.11.2016 – 2 L 112/14, juris.

OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 03.01.2017 – 2 M 118/16, juris.

OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 23.08.2017 – 2 K 66/16, juris.

OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 01.08.2018 – 2 L 89/16, juris.

VG Halle, Urteil vom 23.11.2010 – 4 A 34/10, juris.

Verwaltungsgerichtsbarkeit Schleswig-Holstein

OVG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 12.08.2013 – 1 LA 57/12, juris.

OVG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 22.09.2014 – 1 MB 32/14, juris.

OVG Schleswig-Holstein, Urteil vom 06.05.2021 – 1 KN 21/16, juris.

Thüringische Verwaltungsgerichtsbarkeit

OVG Thüringen, Urteil vom 14.10.2009 – 1 KO 372/06, juris.

VG Meiningen, Beschluss vom 01.06.2018 – 2 E 835/18 Me, juris.

VG Gera, Beschluss vom 20.02. 2020 – 5 E 67/20 Ge, juris.

Arbeitsgerichtsbarkeit

BAG, Urteil vom 08.05.2018 – 9 AZR 531/17, juris.

Ordentliche Gerichtsbarkeit

BGH, Beschluss vom 21.12.1966 – V ZB 24/66, juris.

KG Berlin, Beschluss vom 04.05.2000 – 2 Ss 344/99 u. a., juris.

LG Berlin, Urteil vom 09.07.2013 – 55 S 372/11, juris.

Anhang I: Ergebnisse der Meinungsabfrage der interviewten Experten

Teilnehmer/innen an den Experteninterviews

Person	Institution	Termin
Sonja Gärtner	Grün- und Umweltamt der Stadt Mainz Geschwister-Scholl-Str. 4 55131 Mainz	30.03.2017
Dr. Jochen Lüttmann	FÖA Landschaftsplanung GmbH Auf der Redoute 12 54296 Trier	11.08.2017
Dr. Marcus Lau	Rechtsanwälte Füßer & Kollegen Martin-Luther-Ring 12 04109 Leipzig	15.08.2017
Dr. Ernst-Friedrich Kiel	Ministerium für Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz Nordrhein-Westfalen Schwannstraße 3 40476 Düsseldorf	16.08.2017
Sebastian Olschewski Christopher Paton	Landesanstalt für Umwelt, Messungen und Naturschutz Baden-Württemberg (LUBW) Griesbachstraße 1-3 76231 Karlsruhe	29.08.2017
Helmut Schneider	Landesbetrieb Mobilität Rheinland-Pfalz Fachgruppe Landespflege/Umwelt Friedrich-Ebert-Ring 14-20 56068 Koblenz	12.09.2017
Dr. Christoph Willigalla	WÖG Willigalla Ökologische Gutachten Am Großen Sand 22 55124 Mainz	23.08.2019

Ergebnisprotokoll des Interviews mit Frau Sonja Gärtner

Themenschwerpunkt: Schutz von Gebäudebrütern und Vogelschlag an Gebäuden

Interviewtermin: 30.03.2017 in Mainz

Welchen Weg beschreitet die UNB Mainz bei Abrissen oder Sanierungen von Gebäuden, wenn Gebäudebrüter betroffen sind?

Wegen der gesetzlich vorgeschriebenen energetischen Gebäudesanierungen ist dieses Thema aktuell für uns als UNB von hoher praktischer Relevanz. Da die Voraussetzung eines überwiegenden zwingenden öffentlichen Interesses für eine artenschutzrechtliche Ausnahme bislang noch nicht ausreichend durch die Rechtsprechung konkretisiert worden ist, präferieren wir als UNB Mainz grundsätzlich den Weg über eine Befreiung nach § 67 Abs. 2 BNatSchG mit Erstellung eines entsprechenden Bescheids.

Dass für die Beseitigung von Fortpflanzungsstätten im Sinne des § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG durch Privatpersonen in der Regel eine Befreiung erforderlich ist, entspricht auch der Rechtsauffassung der in Rheinland-Pfalz hierfür zuständigen oberen Naturschutzbehörde, welche die Ansicht vertritt, dass eine Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG nur bei Vorhabenträgern, die im öffentlichen Interesse handeln, möglich ist und dass § 44 Abs. 5 BNatSchG (CEF-Maßnahme) im Innenbereich nur dann anzuwenden ist, wenn zugleich ein Eingriff im Sinne der §§ 14 ff. BNatSchG vorliegt.¹²⁶⁰

Aufgrund der hohen Fallzahl wurde die Festsetzung von Kunstnestern zur Entlastung der Verwaltung auch probenhalber pragmatisch per mündlicher Absprache und E-Mail ausprobiert. Dies war jedoch zu häufig nicht zielführend. Beispielsweise wurden Baugerüste mangels Absprache der Bauherren und Handwerker untereinander ohne Anbringen der Kunstnester abgebaut oder Nistkästen aus sonstigen Gründen nicht oder nicht korrekt montiert. Eine formelle Abwicklung von Beginn an mittels eines Bescheids erscheint also sinnvoll, um die gesetzlichen Forderungen spätestens bei Missachtung ausreichend geltend machen zu können (OWiG, VwVfG). Seither werden Bauträger wieder auf die Pflicht

¹²⁶⁰ Siehe den beim Experteninterview mit *Willigalla* abgedruckten Antrag auf Erteilung einer Befreiung an eine obere Naturschutzbehörde in Rheinland-Pfalz wegen der Betroffenheit von Niststätten bei einer Dachsanierung.

hingewiesen, sich von der oberen Naturschutzbehörde eine Ausnahme bzw. Befreiung erteilen zu lassen. Im Ausnahme- bzw. Befreiungsbescheid werden dann die Kompensationsmaßnahmen für die Gebäudebrüter festgesetzt. Bei baugenehmigungspflichtigen Vorhaben erfolgt die Festsetzung in der Baugenehmigung, bei nicht baugenehmigungspflichtigen Vorhaben nur über den artenschutzrechtlichen Bescheid.

Die UNB Mainz unterstützt Bauherren und Architekten, indem sie mittels eines Anschreibens und Infofaltblatts auf die Bestimmungen des § 44 Abs. 1 BNatSchG hinweist, Bezugsquellen für Nistkästen sowie praxiserprobte Gutachter benennt und ferner eine Mustersammlung von Nistkästen bereithält, welche der Veranschaulichung dient.

Da es zu den Hauptproblemen gehört, dass die Behörden gar nichts von Bautätigkeiten an Gebäuden und der damit verbundenen Entfernung von Nestern erfahren (Vorhaben zum Teil nicht anzeigepflichtig nach LBauO und Vorgaben des BNatSchG zu unbekannt), wäre es aus Sicht der UNB Mainz besonders wichtig, auf Bundes- oder Landesebene eine klarere, einheitliche Vollzugsstrategie bei der Betroffenheit von Gebäudebrütern zu entwickeln (z. B. durch Anzeigepflichten für Vorhaben, Vorlage eines Artenschutznachweises ähnlich dem Brandschutznachweis etc.).

Empfiehlt die UNB Mainz, beim Anbringen von Mehlschwalben-Kunstnestern auch Kotbretter anzubringen und wenn ja, in welchem Abstand?

Nein, das erfolgt aktuell nicht mehr. Es gab Fälle, in denen zu nah an den Nestern Kotbretter angebracht wurden, welche dann Greifvögel genutzt haben, um beim Gelege „zuzugreifen“ oder welche die Schwalben vermutlich beim Einflug hinderten. Auch wurde der Hinweis auf Kotbretter auf andere Vogelarten übertragen und diese unter Mauerseglerkästen montiert, was die Mauersegler nun vermutlich bei dem nach unten gerichteten Ausfliegen aus ihren Nistplätzen hindert. Die Berücksichtigung von Kotbrettern bei der Festsetzung von Ausgleichsmaßnahmen für Gebäudebrüter hat sich nach den Erfahrungen der UNB Mainz in der Praxis nicht bewährt.

In welchem Mengenverhältnis stehen Gebäudespalten und Nisthilfen in der Vollzugspraxis der UNB Mainz? Welcher Aufwand ist noch verhältnismäßig?

Grundsätzlich empfehlen wir einen 1:1-Ausgleich. Es gibt jedoch ebenfalls die Auffassung, eine größere Anzahl an Ersatzniststätten zu fordern (z. B. 1:2), da die Präferenzen der Arten besonders bei nicht lageidentischem Einbau nicht sicher vorhergesehen werden können und so eine Auswahl an Ersatzquartieren erforderlich sein könnte, um die Annahmewahrscheinlichkeit zu erhöhen bzw. eine Annahme zu gewährleisten.

Die Frage, wo die Grenze der Verhältnismäßigkeit verläuft, ist aus Sicht der UNB Mainz noch nicht hinreichend durch die Rechtsprechung anhand von Fallbeispielen geklärt worden. Die Frage der Verhältnismäßigkeit betrifft nicht nur die Anzahl der Nistkästen, sondern auch den Aufwand der Anbringung bzw. den Aufwand für Korrekturen, wenn die Kunstnester nicht angenommen werden. In wenigen Einzelfällen gehen wir hier von einer Unverhältnismäßigkeit aus. Beispielsweise wurden in großer Höhe zwei Kotbretter zu nah am Nest oder einige wenige Mauerseglerkästen falschherum (wie Meisen-Nistkästen) montiert. Zur Korrektur erschien die erneute Forderung eines Hubsteigers und Handwerkers als unverhältnismäßig kostenintensiv.

Zur Vermeidung von Vogelschlag an Gebäuden wird aktuell die Funktionalität von UV-absorbierendem Glas diskutiert. Akzeptiert die UNB Mainz dessen Einsatz als Vermeidungsmaßnahme beim Bau von Glasfassaden?

Nein, weil die Wirkung zu umstritten ist und führende Institutionen, wie die Vogelwarte Radolfzell, von einer mangelhaften Wirkung ausgehen. Ebenso haben sich die gängigen Greifvogel-Silhouetten als nicht wirksam erwiesen; die Vögel fliegen (auch nach eigener Erfahrung) neben den Silhouetten gegen das Glas.

Welche Vermeidungsmaßnahmen empfiehlt die UNB Baurägern?

Neben dem Verzicht auf großflächige Glasflächen kommen z. B. folgende Minderungsmaßnahmen in Betracht: Verzicht auf Über-Eck-Verglasung, möglichst weitgehende Reduktion des Außenreflektionsgrades, „sichtbare“ Scheiben wie z. B. Glasbausteine, Gitterfenster, mattierte oder strukturierte Glasflächen, Siebdrucke, aufgebrachte Folien usw. Als Stand der Technik gilt der Leitfaden „Vogelfreundliches Bauen mit Glas und Licht“ (*Schmid et al., 2012*) in der jeweils gültigen Fassung.

Ergebnisprotokoll des Interviews mit Herrn Dr. Jochen Lüttmann

Themenschwerpunkte: Artenschutzprüfung und Artenschutzleitfäden

Interviewtermin: 11.08.2017 in Trier

Muss sich bei einer Anwendung des § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 BNatSchG die Bestandserfassung auch auf die Ausweichlebensstätten beziehen?

Ja, die Bestandserfassung muss sich aus fachlicher Sicht auch auf die im räumlichen Zusammenhang befindlichen Lebensstätten erstrecken, wenn betroffene Individuen dorthin ausweichen sollen. Wenn beispielsweise ein vom Mittelspecht genutzter Baum entfernt werden soll, bedarf es einer Potentialanalyse, ob Mittelspecht-Strukturen im räumlichen Umfeld vorhanden sind. Der Mittelspecht hat andere Lebensraumansprüche als etwa der Kleinspecht. Ist das räumliche Umfeld nach der Potentialabschätzung für betroffene Spechte geeignet, sollte eine Spechtkartierung durchgeführt werden, um die Besetzung zu erfassen und eine Verdrängung zu vermeiden.

Sollte man beim CEF-Maßnahmenumfang grundsätzlich von einem 1:1-Verhältnis ausgehen?

Ja, allerdings ist der Maßnahmenumfang stets eine Frage des Einzelfalls. In den Artensteckbriefen des Artenschutzmaßnahmen-Leitfadens von NRW ist der Wirksamkeitsgrad einer Maßnahme gekoppelt an die Mindestflächengröße für ein neues Habitat. Die Minimalanforderungen an eine Fläche können im konkreten Fall höher sein, wenn die Maßnahmenfläche mangels Verbindungselementen zu anderen Habitaten isoliert ist. Gerade in einem solchen Fall kann ein Ausgleich in demselben Umfang, wie Lebensstätten vorhabenbedingt verloren gehen, nicht ausreichend sein. Umgekehrt ist beispielsweise bei CEF-Maßnahmen für die Feldlerche die Ackerrandlänge ein maßgebliches Kriterium, weshalb man durch das Anlegen kleiner Äcker und vieler Wege mit Wegrändern im Einzelfall unterhalb eines 1:1-Ausgleichs bleiben kann.

Als Bezugsraum für die Wahrung des räumlich-funktionalen Zusammenhangs einer CEF-Maßnahme scheint im Artenschutzmaßnahmen-Leitfaden NRW (S. 35) nicht auf den Aktionsradius einer Art, sondern auf die Abgrenzung der lokalen Population abgestellt zu werden. Wie kam es zu dieser Empfehlung?

Grunds. ist der Aktionsradius einer Art bei der Frage des räumlich-funktionalen Zusammenhangs in den Blick zu nehmen.

Beim Kriterium der lokalen Population handelt es sich um ein Landesspezifikum, das man anhand der vorgenommenen Abgrenzungen zu bewerten hat. Um es an einem konkreten Beispiel zu illustrieren: Die Abgrenzung der lokalen Feldlerchen-Population erfolgt in Schleswig-Holstein landesweit.¹²⁶¹ Bei einer solch weiträumigen Abgrenzung bildet die lokale Population kein taugliches Kriterium für die Wahrung des räumlich-funktionalen Zusammenhangs einer CEF-Maßnahme. Bei einer kleinräumigen Abgrenzung kann der Rekurs auf die lokale Population naturschutzfachlich jedoch vertretbar sein.

CEF- und FCS-Maßnahmen müssen ihre Funktion solange erfüllen, wie die vorhabenbedingte Beeinträchtigung wirksam ist, was eine dauerhafte Sicherung und Betreuung von Maßnahmen erforderlich machen kann (siehe Leitfaden Artenschutzmaßnahmen NRW, S. 36). Kommt eine dauerhafte Betreuung in der Praxis vor oder bedarf es nicht aus Gründen der Verhältnismäßigkeit und Praktikabilität einer zeitlichen Obergrenze (etwa von maximal 30 Jahren)?

Man muss zwei Fälle auseinanderhalten, nämlich, ob Artenschutzmaßnahmen dauerhaft angeordnet bzw. vereinbart werden oder ob Artenschutzmaßnahmen tatsächlich dauerhaft aktiv (z. B. durch Pflegeeingriffe) wirksam gehalten werden müssen. Aus der Perspektive des Artenschutzrechts heraus muss jedenfalls sichergestellt sein, dass CEF- und FCS-Maßnahmen ihre Funktion solange erfüllen, wie die vorhabenbedingte Beeinträchtigung wirksam ist. Solange müssen auch die durch die Beeinträchtigung entzogenen Habitate ersatzweise bereitgestellt werden.

¹²⁶¹ Landesbetrieb Straßenbau und Verkehr Schleswig-Holstein, Beachtung des Artenschutzrechtes bei der Planfeststellung, 2016, S. 38, wonach für Arten mit einer weitgehend flächigen Verbreitung eine Abgrenzung der lokalen Population pragmatisch anhand von naturräumlichen Einheiten oder hilfsweise auch administrativen Einheiten zu erfolgen habe.

In der Praxis kommt es beispielsweise beim Straßenbau vor, dass das Land Maßnahmenflächen erwirbt und die Fläche nach Herstellung der Artenschutzmaßnahmen anschließend an einen Bewirtschafter überträgt, wobei die Eintragung einer Grunddienstbarkeit die artenschutzgerechte Bewirtschaftung je nach Zielsetzung entweder dauerhaft oder befristet rechtlich sicherstellt.

„Umsiedlungsmaßnahmen sind regelmäßig mit erheblichen Unsicherheiten behaftet“ (Leitfaden Artenschutzmaßnahmen NRW, S. 33). Sollte man also bei Umsiedlungen eine artenschutzrechtliche Ausnahme beantragen?

Vorhabenträgern ist in aller Regel zu raten, bei geplanten Umsiedlungen eine Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG zu beantragen, um schwierige Problemlagen für den Bauträger und die ökologische Baubegleitung bei der Vorhabenrealisierung zu vermeiden. Zwar gibt es sehr versierte artenspezifische Fachleute für Umsiedlungsmaßnahmen, allerdings kommen diese bei häufigen Arten (etwa der Zauneidechse) meist nicht zum Einsatz, sondern inhaltlich breiter aufgestellte Planungsbüros. Gerade dann kann es vorkommen, dass einige Individuen übersehen oder verletzt werden. Hier bietet eine Ausnahme dem Vorhabenträger größtmögliche Sicherheit.

Wie sind Worst-Case-Betrachtungen aus Sicht eines renommierten Planungsbüros zu bewerten?

Im Regelfall dürften Worst-Case-Betrachtungen nicht zu ausgewogenen Entscheidungen führen. Zudem müsste eine Planung auf der Grundlage des ungünstigsten Falls häufig in die Ausnahmeprüfung führen.

Wie ließe sich die Qualität von oftmals unzureichenden (vgl. *Gebhard et al.* 2016) Fledermausgutachten verbessern? Vielleicht durch Zertifizierung von Gutachtern?

Mangels einer geeigneten Zertifizierungsbehörde kann dem rechtspolitischen Vorschlag, ein Fledermausgutachter-Zertifikat einzuführen, nicht beigeplichtet werden. Effektiver scheint es, Checklisten für Kreisverwaltungen zu erstellen, mit deren Hilfe sie die Qualität eines Fledermausgutachtens besser einschätzen können. Die Artenschutz-Leitfäden können so durch gestärkte Behörden ausgestaltet und ergänzt werden – und müssen es auch.

Ganz grundsätzlich ist es bei der Bestandserfassung von Fledermäusen wichtig, auf die vertikale und horizontale Methodengliederung zu achten. Im vertikalen Sinne steht z. B. die Frage nach den vorkommenden Fledermausarten im Untersuchungsgebiet vor der Erfassung der Flugrouten. Im horizontalen Sinne gilt es jeweils die in den Artensteckbriefen des Methodenhandbuchs beschriebenen Erfassungsmethoden je nach zu erfassender Funktion (Flugroute, Wochenstube, Jagdhabitat etc.) auszuwählen.

Handelt es sich bei den Methodenstandards zur Erfassung der Brutvögel Deutschlands (*Sübeck et al.* 2005) um eine Fachkonvention?

Ja. Die aufgrund des zwischenzeitlich erreichten Standes der Wissenschaft gebotenen Fortschreibungen im Methodenhandbuch zur Artenschutzprüfung NRW (2017) sind mit den „Sübeck-Redakteuren“ abgestimmt worden. Demgegenüber sind etwa die Leistungsbeschreibungen für faunistische Untersuchungen von *Albrecht et al.* (2013) als Leitfaden für die Vergabepaxis artenschutzfachlich unspezifischer und das Redaktionsteam war nicht nur mit Fachleuten, sondern auch mit „Haushältern“ besetzt.

Aktuell wird unter anderem der Umgang mit der Haselmaus in Planungs- und Zulassungsverfahren kontrovers diskutiert (vgl. etwa *Büchner et al.* 2017). Wie gehen Sie mit der Haselmaus in der Planungspraxis um?

Im Normalfall stellt die Haselmaus kein großes Planungsproblem dar, denn ihre Habitate sind einfach und schnell herzustellen. Auch der Bestand im Vorhabengebiet lässt sich gut erfassen. Allerdings benötigt die Bestandserfassung mit einer Vegetationsperiode etwas Zeit. Um den Bestand zu erfassen und abzufangen, verwendet man zwei Methoden. Nest-Tubes werden gut angenommen und ermöglichen eine solide Kenntnis des lokalen Vorkommens. Im Herbst werden die dickwandigeren Haselmaus-Kästen gerne und schnell von Haselmäusen besiedelt. Insgesamt ist die kombinierte Erfassung recht vollständig und ermöglicht es, dass auch Tiere, die sonst Freinester errichten, umgesetzt werden können.

Ergebnisprotokoll des Interviews mit Herrn Dr. Marcus Lau

Themenschwerpunkte: Aktuelle Fragen des Artenschutzrechts

Interviewtermin: 15.08.2017 in Leipzig

Sind kumulative Effekte bei der Artenschutzprüfung zu berücksichtigen, insb. bei der Bewertung, ob das Tötungsrisiko signifikant erhöht ist?

Hierbei handelt es sich um eine noch nicht abschließend geklärte Rechtsfrage des Artenschutzrechts; die Ausführungen des BVerwG im Urteil zum Planfeststellungsbeschluss für den niedersächsischen Teil des Elbtunnels der A 20 (BVerwG, Urteil vom 10.11.2016 – 9 A 18.15, juris Rn. 83 f.) lassen Interpretationsspielräume offen.

Die Berücksichtigung des Zusammenwirkens mit anderen Vorhaben oder Tätigkeiten bei der Bewertung von Umweltauswirkungen lässt sich als ein allgemeiner Grundsatz des Umweltrechts auffassen (vgl. bspw. Nr. 4 Buchst. a und c der Anlage 4 zum UVPG).

Die Berücksichtigung kumulativer Effekte speziell bei der Prüfung, ob das Tötungsrisiko signifikant erhöht ist, legt bereits der Wortlaut von Art. 12 Abs. 4 FFH-RL („significant negative impact“) nahe. Der Begriff der „erheblichen negativen Auswirkung“ verweist auf eine wertende Betrachtung von Zurechnungszusammenhängen jenseits schematischer Zahlen-/Mengenschwellen. Bei der Übersetzung von „significant“ mit „signifikant“ handelt es sich um eine „Übersetzungsfaulheit“ in der deutschen Fassung der FFH-Richtlinie, welche die Semantik nicht treffend wiedergibt und mit dem Attribut „signifikant“ unglücklicherweise eine statistische statt eine objektiv zurechenbare Wertung nahelegt.

Die Berücksichtigung kumulativer Effekte wird auch von der Systematik des Artenschutzrechts getragen, das wegen des hohen Abstraktionsgrades von § 44 Abs. 1 und 5 BNatSchG bereits von seiner Grundstruktur her auf fachliche Ergänzungen angewiesen ist. Für die Bewertung der Signifikanzschwelle hat die Fachwissenschaft mit den „Übergeordneten Kriterien zur Bewertung der Mortalität wildlebender Tiere im Rahmen von Projekten und Eingriffen“ eine bereits in der dritten Fassung vorliegende Expertise vorgelegt, wonach maßgebliches Kriterium ist, bei welchen Arten eine durch ein Vorhaben bedingte Mortalität naturschutzfachlich besonders bedeutsam ist und bei welchen eher nicht, was die Mitberücksichtigung von

kumulativen Effekten voraussetzt (vgl. *Bernotat/Dierschke*, 2016, S. 17). Abgebildet wird dies im vorgenannten naturschutzfachlichen Ansatz über den naturschutzfachlichen Wertindex und dem dabei überwiegend maßgeblichen Kriterium der Gefährdung der Art, wobei die Gefährdung gerade ausdrückt, wie vielen/welchen Gefahren die Individuen der betreffenden Art auch sonst noch ausgesetzt sind.

Das Signifikanzkriterium wird für bestimmte Artengruppen und Planungsverfahren anhand eines naturschutzfachlichen Wertindex handhabbar operationalisiert, weshalb gegen die Berücksichtigung von Summationseffekten rechtlich auch keine Verhältnismäßigkeitserwägungen sprechen.

Vorzugswürdig erscheint mir daher jene Rechtsprechung, welche die situative Eingebundenheit eines Vorhabens und damit das Zusammenwirken von Umweltauswirkungen bei der vorhabenbezogenen Prüfung des Tötungsverbots mitberücksichtigt (vgl. etwa VGH Bayern, Urteil vom 27.05.2016 – 22 BV 15.1959, juris Rn. 48).

Umsiedlungsmaßnahmen sind in der Praxis oft mit Unsicherheiten behaftet. Sollte man bei Umsiedlungen also eine artenschutzrechtliche Ausnahme beantragen?

Gegen eine Empfehlung, dass bei Umsiedlungen regelmäßig artenschutzrechtliche Ausnahmen sicherheitshalber mitbeantragt werden sollten, spricht aus der juristischen Perspektive heraus die Systematik der FFH-Richtlinie. Im Gegensatz zur Wasserrahmen-Richtlinie, wo die Ausnahme systematisch als Bewirtschaftungsinstrument angesehen werden kann, zielt sie im Artenschutzrecht auf Einzelfälle, wie die Voraussetzungen einer fallbezogenen Interessenabwägung und Variantenabwägung zeigen. Die artenschutzrechtliche Ausnahme stellt ein probates Mittel dar, um nicht ausräumbare Unsicherheiten aufzufangen, sie ist jedoch ihrerseits mit Unsicherheiten verbunden. So erfolgt die Variantenabwägung in der Praxis meist auch auf der Basis von Worst-Case-Betrachtungen, welche jedoch im Hinblick auf die quantitative Betroffenheit geschützter Arten teilweise nur schwammige Annahmen liefern. Vom Grundsatz her sollte man stets versuchen, die Notwendigkeit einer Ausnahme durch Minimierungs- und CEF-Maßnahmen zu vermeiden, zumal bei kleineren Vorhaben, etwa bei den meisten Wasserkraftwerken, die Ausnahmegründe nicht vorliegen dürften.

Was das Fangverbot betrifft, so schafft die neue Privilegierung des Fangens zum Umsiedeln (§ 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BNatSchG) mehr Rechtssicherheit; anders als beim Tötungsverbot (vgl. die „Freiberg-Entscheidung“ des BVerwG) sprechen gegen eine Privilegierung von Umsiedlungen hinsichtlich des Fangverbots keine unionsrechtlichen Bedenken. Dies betrifft indes nur das Fangverbot selbst. Kommt es beim Fangen zu Verletzungen/Tötungen von Tieren, gilt das Tötungs- und Verletzungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG – bis auf die Modifizierung durch den von der Rechtsprechung entwickelten und nun in § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG auch gesetzlich niedergelegten Signifikanzansatz – uneingeschränkt.

Bezüglich der Tötung und Verletzung insbesondere von Amphibien und Reptilien beim Umsiedeln ist der Tatbestand des signifikant erhöhten Risikos zwar durch die Rechtsprechung (vgl. die „Colbitz-Entscheidung“ des BVerwG), aber noch nicht durch die Fachwissenschaft konkretisiert worden, insbesondere *Bernotat/Dierschke 2016* bieten hierzu keine weitergehende Operationalisierung.

Da die sachliche Rechtfertigung der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative im Artenschutzrecht ihren Grund in der Verweisung der rechtsanwendenden Behörde auf ungeklärte Fachfragen hat, fällt der behördliche Beurteilungsspielraum weg, sobald die ökologische Wissenschaft gesicherte Erkenntnisse vermittelt. In welchen Bereichen kann ein weitgehender Wegfall angenommen werden?

Insb. bei der Bestandserfassung von Brutvögeln. Die etablierten Methodenstandards (*Südbeck et al. 2005*) sind im Methodenhandbuch zur Artenschutzprüfung in NRW aufgrund des zwischenzeitlich erreichten Standes der Fachwissenschaft fortgeschrieben worden (vgl. MKULNV 2017, S. 18) und deren Empfehlungen als Fachkonvention anzusehen. Auch bezüglich der Lärmauswirkungen von Straßen auf Vögel liegen mit der „Arbeitshilfe Vögel und Straßenverkehr“ (*Garniel/Mierwald 2010*) allg. anerkannte Standards vor. Drittens wird die „Arbeitshilfe Fledermäuse und Straßenverkehr“ (*Lüttmann et al.*), welche 2018 im Auftrag des Bundesverkehrsministeriums erscheinen soll, weitgehend Standards setzen. Mit dieser Standardsetzung fällt die naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative der zuständigen Behörde grundsätzlich weg und es kommt wieder zum rechtsstaatlichen „Normalzustand“ der vollständigen gerichtlichen Überprüfbarkeit. Ausnahmen können sich jedoch auch weiterhin in besonders gelagerten Ausnahmefällen ergeben, auf die naturschutzfachliche Standardisierungen naturgemäß keine Antwort geben können, sondern eine Einzelfalllösung vonnöten ist.

Welche Folgeprobleme wirft die naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative rechtspolitisch betrachtet auf?

Die naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative wirft vor allem zwei Folgeprobleme auf:

Erstens die Uneinheitlichkeit des Vollzugs der artenschutzrechtlichen Vorschriften. Um diesen Missstand zu beheben, bedarf es insbesondere weiterer Verwaltungsvorschriften wie den Windenergie-Erlassen der Bundesländer.

Probleme bestehen zweitens für gebundene Zulassungsverfahren mit Genehmigungsanspruch, bspw. in Bezug auf die Darlegungslast der Genehmigungsbehörde, wenn sie weitere Artenschutzgutachten einfordern will (hierzu *Lau*, Aktuelle Fragen des besonderen Artenschutzes im Immissionsschutzrecht, I+E 2016, S. 50, 56 f.).

Unumkehrbare Entscheidungen in einem bergrechtlichen Rahmenbetriebsplan bedürfen laut „Garzweiler-Urteil“ des BVerfG einer umfassenden Abwägung. Besteht mithin eine Prüfpflicht der artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote im Zuge eines Planfeststellungsverfahrens nach § 52 Abs. 2a BbergG?

Ähnlich wie bei der Bauleitplanung sind bei der bergrechtlichen Betriebsplanung Abschichtungen möglich. Dadurch verlagert sich freilich das artenschutzrechtliche Risiko auf die Ebene des Hauptbetriebsplans. Eine Verlagerung auf die Ebene der Hauptbetriebsplanung macht vor allem wegen der langen Planungszeiträume Sinn, in denen quantitative und qualitative Änderungen beim Bestand an geschützten Arten eintreten können. Bergbaulandschaften sind sehr dynamisch („in Bewegung“). Auch aus Gründen des Rechtsschutzinteresses ist eine Abschichtung nicht problematisch, denn der Rahmenbetriebsplan gewährt kein rechtliches Können (im Gegensatz etwa zum Angebotsbebauungsplan). Rechtsschutz erhält der Planbetroffene über die Anfechtung des Hauptbetriebsplans. Von der regelmäßigen Anfechtbarkeit des Hauptbetriebsplans ist mittlerweile auszugehen (vgl. § 1 Abs. Satz 1 Nr. 1 Buchst. b UmwRG in Verbindung mit der UVP-VO Bergbau; siehe auch EuGH, Urteil vom 08.11.2016 – C-243/15).

Gegenwärtig wird über Vorab-Ausnahmen für „Artenschutz auf Zeit“ diskutiert, insb. damit Firmengelände dem Artenschutz temporär zur Verfügung gestellt werden. Ein Verweis auf eine Gesamtartenliste bei Erteilung einer Ausnahme scheint jedoch fragwürdig, weil die Bewertung des Erhaltungszustandes und die Abwägung nach § 45 Abs. 7 BNatSchG artbezogen sind. Wie sehen Sie das?

„Artenschutz auf Zeit“ ist ein begrüßenswerter Ansatz, etwa wenn man bedenkt, wie hoch die Biodiversität von Straßenbegleitgrün sein kann. Auch Flächen des Bergbaus oder Hafenareale können beispielsweise naturschutzfachlich sehr bedeutsam sein. Hier ist aber in der Praxis vielfach die Tendenz zu beobachten, dass die Flächen zur Vermeidung späterer Probleme so unterhalten/bewirtschaftet werden, dass sich möglichst keine besonders geschützten Arten hier ansiedeln, was sich für die Biodiversität insgesamt als nachteilig erweist. Das Konzept „Artenschutz auf Zeit“ oder „Natur auf Zeit“ kann Abhilfe schaffen. Der Weg über eine vorsorglich vorab erteilte Ausnahme ist jedoch aus rechtlicher Sicht problematisch, weil § 45 Abs. 7 BNatSchG auf den konkreten Einzelfall zugeschnitten ist. In planerischer Hinsicht dürfte es zudem schwierig sein, per Potentialanalyse das sich entwickelnde Artenspektrum vorab darzustellen. Eine (gesetzgeberische) Lösung müsste von der Systematik her auf der Tatbestandsebene der Zugriffsverbote ansetzen und dort mögliche Spielräume nutzen, etwa beim Tötungsverbot die Absichtlichkeit berücksichtigen und abweichend vom bisherigen Verständnis des EuGH modifizieren.

CEF- und FCS-Maßnahmen müssen ihre Funktion solange erfüllen, wie die vorhabenbedingte Beeinträchtigung wirksam ist, was eine dauerhafte Sicherung und Betreuung von Maßnahmen erforderlich machen kann. Bedarf es aus Gründen der Verhältnismäßigkeit einer zeitlichen Obergrenze (etwa von 30 Jahren)?

Bei CEF-Maßnahmen, also auf der Ebene des Zugriffsverbots und nicht der Ausnahme, dürften Verhältnismäßigkeitserwägungen keine Rolle spielen. Dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit trägt im Artenschutzrecht die nachgelagerte Ebene der Ausnahme im Einzelfall Rechnung. Auf der Tatbestandsebene kommt es darauf an, den status quo zu halten (vgl. OVG Niedersachsen, Beschluss vom 22.07.2016 – 7 MS 19/16, juris, wonach bei der Betroffenheit von Lebensstätten der Pionierart Kreuzkröte fraglich ist, ob eine dauerhafte rechtliche Sicherung der

funktionserhaltenden Maßnahmen gefordert werden kann, weil die Habitategnung der Eingriffsfläche im Zuge natürlicher Sukzession auch ohne das Vorhaben verlorengehen würde).

Bei FCS-Maßnahmen kann sich eine Dauerverantwortung für die Bewirtschaftungspflicht daraus ergeben, dass es zu keiner Verschlechterung des Erhaltungszustands durch das Vorhaben kommen darf; nach Art. 2 Abs. 2 bezweckt die FFH-Richtlinie ja nicht den Erhalt des status quo, sondern die Beibehaltung bzw. Herstellung eines günstigen Erhaltungszustandes. Insbesondere wenn ein qualitativer Ersatz für einen quantitativen Flächenverlust geschaffen wird (Ausgleichsfläche kleiner aber mit besserer Qualität als Eingriffsfläche), kommt man regelmäßig um eine dauerhafte Pflege artenschutzrechtlich nicht umhin. Eine zeitliche Begrenzung von FCS-Maßnahmen aus Verhältnismäßigkeitsgründen ist nach aktueller Rechtslage unionsrechtlich denkbar, wenn nach naturschutzfachlicher Erkenntnis ab einer bestimmten Zeitdauer der Einfluss des Vorhabens auf den Erhaltungszustand von externen Einflüssen überlagert wird. Gleiches gilt, wenn die Sicherung des Erhaltungszustands nach Auslaufen der Maßnahme aus Verhältnismäßigkeitsgründen vom Verursacherprinzip in das Gemeinlastprinzip wechselt und somit in die staatliche Verantwortung und Bewirtschaftungsaufgabe nach § 38 Abs. 2 BNatSchG fällt.

Ergebnisprotokoll des Interviews mit Herrn Dr. Ernst-Friedrich Kiel

Themenschwerpunkte: Artenschutzleitfäden NRW und Artenschutzprüfung

Interviewtermin: 16.08.2017 in Düsseldorf

Kann man aufgrund der Fortschreibung von *Südbeck et al.* 2005 durch das Methodenhandbuch zur Artenschutzprüfung NRW (*Lüttmann et al.* 2017) von einer Eingrenzung der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative bei der Bestandserfassung von Brutvögeln ausgehen?

Das Methodenhandbuch von 2017 stellt laut Einführungserlass für die nachgeordneten Behörden des Umweltministeriums NRW eine fachliche Empfehlung dar. Es besteht jedoch keine rechtliche Verpflichtung zur Anwendung des Methodenhandbuchs. Die Straßenbauverwaltung in NRW wendet bislang tendenziell eher den Leitfaden von *Albrecht et al.* 2013 an.

Das Methodenhandbuch von 2017 gibt aber den besten Stand des naturschutzfachlichen Wissens bezüglich der Bestandserfassung wieder und beschreibt damit zumindest für NRW ein methodisch angemessenes Vorgehen im Sinne der Einschätzungsprärogative.

Laut Methodenhandbuch zur Artenschutzprüfung NRW (S. 34) sollten Untersuchungen nicht älter als 5 Jahre sein und dürfen nicht älter als 7 Jahre sein, wenn sie Datenerhebungen entbehrlich machen sollen. Worin liegt die Begründung für die absolute Altersgrenze von 7 Jahren?

Diese Empfehlung basiert auf der bereits 2011 eingeführten gemeinsamen Handlungsempfehlung „Artenschutz in der Bauleitplanung und bei der baurechtlichen Zulassung von Vorhaben“ des Bau- und Umweltministeriums NRW. Die Empfehlung kann sich auf entsprechende Rechtsprechung stützen (z. B. VGH Hessen, Beschluss vom 02.01.2009 – 11 B 368/08.T, juris Rn. 398).

CEF- und FCS-Maßnahmen müssen ihre Funktion solange erfüllen, wie die vorhabenbedingte Beeinträchtigungen wirksam sind, was eine dauerhafte Sicherung und Betreuung von Maßnahmen erforderlich machen kann (siehe Leitfaden Artenschutzmaßnahmen NRW, S. 36). Kommt eine dauerhafte Betreuung in der Praxis vor oder bedarf es nicht aus Gründen der Verhältnismäßigkeit und Praktikabilität einer zeitlichen Obergrenze (etwa von maximal 30 Jahren)?

Bei einer dauerhaft wirksamen Beeinträchtigung muss wegen der gesetzlichen Vorgabe einer fortwährenden ökologischen Funktionalität eine dauerhafte Sicherung und Betreuung der Ausgleichsflächen gewährleistet werden. Es lässt sich feststellen, dass den Empfehlungen des Artenschutzmaßnahmen-Leitfadens von 2013 auch außerhalb von NRW in der Praxis eine relevante Bedeutung beigemessen worden ist. So hat bspw. das OVG Niedersachsen in dem Eilverfahren gegen den Planfeststellungsbeschluss zur Errichtung und zum Betrieb der „Mineralstoffdeponie Haschenbrok“ erstens den Vortrag des klagenden Naturschutzvereins als substantiiert betrachtet, weil er seine Argumentation bezüglich einer zu geringen Dimensionierung von CEF-Maßnahmen für die Kreuzkröte auf die Empfehlungen des Artenschutzmaßnahmen-Leitfadens von NRW gestützt hat und zweitens wegen einer möglicherweise fehlenden dauerhaften Sicherung Zweifel an der ausreichenden Wirksamkeit der funktionserhaltenden Maßnahme geäußert (OVG Niedersachsen, Beschluss vom 22.07.2016 – 7 MS 19/16, juris Rn. 15-17).

Problematisch für die Praxis ist allerdings aktuell, ob Lebensstätten von Pionierarten bei einer dauerhaften Beeinträchtigung einer dauerhaften Sicherung und Pflege bedürfen. Im genannten Deponie-Fall würde die Kreuzkröte im Zuge der natürlichen Sukzession voraussichtlich auch ohne das Vorhaben auf längere Sicht seine Lebensstätte verlieren. Ob dies dazu führt, dass eine dauerhafte rechtliche Sicherung der funktionserhaltenden Maßnahmen nicht gefordert werden kann, lässt das Gericht ausdrücklich offen (OVG Niedersachsen, Beschluss vom 22.07.2016 – 7 MS 19/16, juris Rn. 17). Solange an diesem Punkt keine Rechtssicherheit besteht, wird man aus der Sicht einer obersten Naturschutzbehörde wohl auch bei Pionierarten bei einer dauerhaften Beeinträchtigung von Fortpflanzungs- und Ruhestätten eine dauerhafte Sicherung notwendiger CEF-Maßnahmen empfehlen, um auf der rechtlich sicheren Seite zu sein – auch wenn dies letztlich auf einen von permanenter Pflege und Betreuung abhängigen „Kreuzkröten-Zoo“ hinausliefe.

„Umsiedlungsmaßnahmen sind regelmäßig mit erheblichen Unsicherheiten behaftet“ (Leitfaden Artenschutzmaßnahmen NRW, S. 33). Sollte man bei Umsiedlungen also eine artenschutzrechtliche Ausnahme beantragen?

Eine Tendenz bei dieser Frage zu benennen, ist schwierig, weil durch die Novelle des BNatSchG 2017 das Einfangen zum Umsiedeln vom Fangverbot ausgenommen worden ist (§ 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BNatSchG) und hinsichtlich des Tötungsverbots das BVerwG in seiner Colbitz-Entscheidung dargelegt hat, dass auf eine Ausnahme verzichtet werden kann bzw. baubedingt kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko für Einzelexemplare gegeben ist, wenn allenfalls noch ein ganz geringer Teil der Zauneidechsen im Baufeld verbleibt (BVerwG, Urteil vom 08.01.2014 – 9 A 4.13, juris Rn. 98 f.). Aufgrund dieser Planungs erleichterungen muss man stets die Situation im Einzelfall bewerten. Der Verzicht auf eine Ausnahme scheint speziell bei der Umsiedlung von Amphibien tendenziell möglich.

Grundsätzlich überlegenswert ist, ob sich die Freistellung des § 44 Abs. 6 BNatSchG im Kontext „Fangen und Umsetzen“ vielleicht nutzbar machen lässt.

Bei der Artenschutzprüfung sollen laut den NRW-Leitfäden in der Regel nicht sämtliche wildlebenden Vogelarten Gegenstand der artenbezogenen Prüfung sein, sondern nur solche, die als planungsrelevant eingestuft werden (vgl. insb. Leitfaden Artenschutzmaßnahmen NRW, S. 13 u. 48). Wie lässt sich das normativ begründen? Und ergeben sich dadurch nicht Probleme für die UNB in Baugenehmigungsverfahren, etwa dadurch, dass der Mauersegler (im Gegensatz zur Mehl- und Rauchschwalbe) aktuell nicht als planungsrelevant eingestuft wird?

Die Zugriffsverbote sind nicht als Genehmigungstatbestände ausgestaltet, sondern als weit gefasstes Ordnungsrecht. Will man Planungen primär auf der Tatbestandsebene abarbeiten, auch um dem Vermeidungsgebot gerecht zu werden, und nicht erst auf der Ausnahmeebene, so bedarf es eines naturschutzfachlichen Konzeptes, um die Zugriffsverbote für Planungsverfahren operationalisierbar zu machen.

Die Ausfüllung des rechtlichen Rahmens durch den naturschutzfachlichen Ansatz der planungsrelevanten Arten hat das OVG NRW jüngst in seiner Entscheidung zur Ortsumgehung Datteln ausdrücklich bestätigt (Urteil vom 29.03.2017, 11 D 70/09.AK). Von Seiten des klagenden Umweltverbandes wurde versucht, die Bestandserfassung mithilfe eines Gutachters in Frage zu stellen. Gefordert wurde eine intensive Betrachtung auch der Allerwelts-Vogelarten (z. B. Revierkartierung aller nicht-planungsrelevanter Arten, Anwendung des Tötungsverbotes bis hin zur Notwendigkeit von Maßnahmen oder einer Ausnahme). Alldem ist das Gericht nicht gefolgt. Im Urteil findet sich insbesondere folgender Hinweis:

„Nach der VV-Artenschutz 2010 (S. 19) sind planungsrelevante Arten eine naturschutzfachlich begründete Auswahl derjenigen geschützten Arten, die bei einer Artenschutzprüfung im Sinne einer Art-für-Art-Betrachtung einzeln zu bearbeiten sind. Bei den nicht planungsrelevanten Arten kann im Regelfall davon ausgegangen werden, dass nicht gegen die Verbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG verstoßen wird. Zu den nicht planungsrelevanten Arten zählen entweder unstete Vorkommen, wie in Nordrhein-Westfalen ausgestorbene Arten, Irrgäste sowie sporadische Zuwanderer oder Allerweltsarten mit einem landesweit günstigen Erhaltungszustand und einer großen Anpassungsfähigkeit. Die nicht planungsrelevanten Arten sind nach der VV-Artenschutz 2010 im Rahmen des Planungs- oder Zulassungsverfahrens aber durchaus zu berücksichtigen. Das Nichtvorliegen der Verbotstatbestände ist für diese Arten in geeigneter Weise zu dokumentieren; im Ausnahmefall sind die Verbotstatbestände auch bei diesen Arten zu prüfen, etwa bei Arten, die gemäß der Roten Liste im entsprechenden Naturraum bedroht sind, oder bei bedeutenden lokalen Populationen mit nennenswerten Beständen im Bereich des Plans bzw. Vorhabens.“

Was die zweite Frage betrifft, so wurde der Mauersegler deshalb nicht als planungsrelevant eingestuft, weil es sich – im Gegensatz etwa zur Mehlschwalbe – nicht um einen Koloniebrüter handelt und er – im Gegensatz etwa zum Feldsperling – aktuell nicht in der Roten Liste mindestens in der Kategorie 3 geführt wird. Mit der Überprüfung der etwa 200.000 Verfahren, mit denen die Bauverwaltung in NRW pro Jahr konfrontiert ist, wären die Unteren Naturschutzbehörden schlicht überfordert, zumal die Anzahl an genehmigungsfreien Vorhaben bzw. Baugenehmigungsverfahren ohne Naturschutzprüfung nach dem Bauordnungsrecht tendenziell zunimmt. Daher benennt die Handlungsempfehlung „Artenschutz in der Bauleitplanung und bei der baurechtlichen Zulassung von Vorhaben“ des Bau- und Umweltministeriums NRW von 2011 in Abschnitt 4 jene Fälle, bei denen die Naturschutzverwaltung von der Bauverwaltung beteiligt wird. Danach wird beispielsweise die UNB bei Außenbereichsvorhaben (§ 35 BauGB) stets beteiligt. Liegt aber beispielsweise ein qualifizierter Bebauungsplan (§ 30 BauGB) vor, der nicht älter als 7 Jahre ist und dessen Umweltbericht eine Artenschutzprüfung beinhaltet, kann auf eine Beteiligung der UNB verzichtet werden.

Gegenwärtig wird über das Risikomanagement intensiv diskutiert, etwa wann ein Monitoring angeordnet werden sollte, wann eine fachrechtliche Genehmigung um eine naturschutzrechtliche Nebenbestimmung nach § 3 Abs. 2 BNatSchG ergänzt werden kann oder in welchen Fällen gar eine Genehmigung zurückgenommen werden muss. Welche Hinweise gibt das Umweltministerium NRW den Planungsträgern und Naturschutzbehörden für das Risikomanagement?

Um zu verhindern, dass unwirksame Artenschutzmaßnahmen im Ergebnis die Realisierung eines Vorhabens behindern, enthält das Methodenhandbuch in Kapitel 3 Standards für das Risikomanagement.

Ein Monitoring dient in diesem Kontext dazu, die Wirksamkeit einer Vermeidungs- bzw. CEF-Maßnahme zu belegen.

Die Anordnung eines Monitorings wird in jenen Fällen notwendig sein, in denen es keine wissenschaftlichen Belege für die Wirksamkeit von Schutzmaßnahmen gibt. Dies gilt etwa für CEF-Maßnahmen bei einer Betroffenheit der extrem seltenen Nordfledermaus oder des vom Aussterben bedrohten Haselhuhns. (Gegenbeispiel: Dass der Steinkauz an geeigneten Standorten Brutröhren als Fortpflanzungsstätte nutzt, bedarf keines wiederholt zu erbringenden Beleges durch ein Monitoring, weil es sich um eine allgemein anerkannte Maßnahme des Naturschutzes mit einer hohen Prognosesicherheit handelt.)

Ein sog. „Gondel-Monitoring“ stellt gar kein Monitoring im o.g. Sinne dar, welches die Wirksamkeit der Vermeidungsmaßnahme (Abschaltung) belegt, weil erst im Nachgang der Genehmigung von Windenergieanlagen die Fledermausaktivität erfasst wird. Insofern stellt sich damit auch erst nach Genehmigungserteilung die Notwendigkeit einer Abschaltung für bestimmte Zeiträume mit Flugaktivitäten von Fledermäusen zur Vermeidung des Tötungsverbots heraus, was auch für die Frage des wirtschaftlichen Betriebs der Anlage von Bedeutung ist.

Das Thema Monitoring ist nach eigener Erfahrung in der Praxis oftmals fehleranfällig, was am bisherigen Mangel an methodischen Vorgaben liegen dürfte. Hier sollen die im Methodenhandbuch entwickelten Standards den Vorhabenträgern und Behörden eine Hilfestellung bieten. Von einem Monitoring, welches das Nichteintreten der Zugriffsverbote belegen soll, raten wir als oberste Naturschutzbehörde dann ab, wenn sich der Vorhabenträger nicht über alle Konsequenzen des

Monitorings im Klaren ist, bzw. wenn er nicht bereit ist diese zu akzeptieren (unter Umständen aufwändige Bestandserfassungen, Notwendigkeit eines „Plan B“ wenn das ursprüngliche Schutzkonzept nicht greift, im ungünstigsten Fall Nicht-Realisierung des Vorhabens).

Speziell zum nachträglichen Auftreten geschützter Arten im Nachgang einer Vorhabengenehmigung hat das Umweltministerium NRW 2017 ein externes Rechtsgutachten von *Lau* erstellen lassen, welches im Downloadbereich des FIS „Geschützte Arten in NRW“ veröffentlicht worden ist.¹²⁶²

¹²⁶² Online im Internet:

https://artenschutz.naturschutzinformationen.nrw.de/artenschutz/web/babel/media/20170725_rechtsgutachten_lau_final_nachtraegliche-ansiedlung-geschuetzte-arten.pdf
(zuletzt abgerufen am 15.02.20022)

Ergebnisprotokoll des Interviews mit Herrn Sebastian Olschewski und Herrn Christopher Paton

Themenschwerpunkte: Artenschutzleitfäden sowie Fledermaus- und Vogelschutz

Interviewtermin: 29.08.2017 in Karlsruhe

Bei welchen Konstellationen (z. B. möglicher Fledermauszugkorridor, Jagdrevier, Vorkommen bestimmter Arten) erscheint aus naturschutzfachlicher Sicht eine Bestandserfassung von Fledermäusen in der Höhe vor Erteilung einer Windpark-Genehmigung notwendig bzw. ist es nicht ausreichend, allein ein Gondelmonitoring nach Genehmigungserteilung durchzuführen (zu LUBW 2014, S. 10-30)?

Betrachtet man nur das betriebsbedingte Tötungsrisiko, so wäre keine Untersuchung in der Höhe vor Errichtung der Anlage notwendig. Über die wirksame und geeignete Vermeidungsmaßnahme „Abschaltung“ lässt sich dieser Aspekt gut steuern. Die Frage richtet sich aber nach den zu implementierenden Parametern. Wo diese konkret liegen, hat direkten Einfluss auf den Ertrag und damit auf die Rentabilität des gesamten Projektes. Voruntersuchungen in der Höhe liefern einen Erwartungshorizont der Fledermausaktivität und dienen daher der Abschätzung des Umfangs möglicher Betriebseinschränkungen und damit der Abschätzung der Wirtschaftlichkeit des Anlagenbetriebs.

Qualität und Quantität der gesamten Fledermausaktivität müssen vor einer Genehmigungserteilung ermittelt werden. Die Zugaktivität hat einen großen Einfluss auf die Aktivitätsverteilung im Jahresverlauf und kann vom Aktivitätsverlauf der übrigen Zeit stark abweichen. Je nach Region stellt sich der Fledermauszug zum Teil deutlich anders als im bundesweit gemittelten Wert des RENEBAF-Forschungsvorhabens dar, sodass die Zugaktivität an einem Standort unter Umständen nicht adäquat in der Algorithmus-Berechnung nach ProBat abgebildet werden kann. Eine geringe Stichprobe einzelner Tage als Datengrundlage reicht zur Bewertung des Tötungsrisikos nicht aus, weil das Hauptzuggeschehen an nur wenigen Tagen in stark erhöhter Aktivität stattfindet und diese nicht vorhersagbar sind. Wie Vögel ziehen auch Fledermäuse in breiter Front und es kann stellenweise aufgrund der Geländemorphologie zu horizontalen und/oder vertikalen Verdichtungen des Zuggeschehens kommen.

Ist es nicht möglich die Fledermausaktivität an Windmessmasten zu erfassen, können Waldkanten, Waldlichtungen (> 0,5 ha) und Geländekanten eine bessere Ausgangssituation zur Erfassung der Höhenaktivität darstellen. Hierdurch kann der Betreiber das Risiko für die Wirtschaftlichkeit mindernde Schutzauflagen in der Phase nach Genehmigungserteilung besser erkennen und kritische Standorte meiden. Sinnvoll für Voruntersuchungen der Fledermausaktivität im Untersuchungsraum ist das Ablaufen von Transekten. Hierdurch können bei vorhandener fledermauskundlicher Expertise zusätzliche Informationen gewonnen werden, da aktiv auf beobachtete Besonderheiten reagiert werden kann (z. B. Flugstraße, Quartierverdacht, Jagdverhalten). Solche Informationen würden sonst von der Standortauswahl der Dauererfassung mittels standorttreuer digitaler Echtzeitgeräte abhängen. Dauererfassungsgeräte auf Bodenniveau haben dagegen andere Vorteile wie Kontinuität, Objektivität und Datenumfang. Wichtig ist jedoch der konkrete Standort, welcher je nach artökologischen Ansprüchen ausgewählt werden muss. Es hängt immer von der genauen Fragestellung des Einzelfalls ab, welche Methode eingesetzt werden sollte, oder ob eine Kombination die besten Aussagen ermöglicht. Dauererfassungen liefern jedoch tendenziell validere Daten, solange Einstellungen der Software und Hardware beschrieben werden und keine Pseudogenauigkeit durch eine unkritische Übernahme der automatischen Rufauswertung kreiert wird. Unsicherheiten und Grenzen der Akustik sollten in einer wissenschaftlichen Arbeit immer objektiv benannt werden. Bei der akustischen Erfassung am Boden werden eher Daten gewonnen, die über die artenschutzrechtlichen Konflikte bzgl. des Eingriffs Informationen liefern. Hier ist eine Aussage über die Aktivitätsverläufe und ggf. Raumnutzung der einzelnen Arten wünschenswert.

Bei der Bewertung des Kollisionsrisikos bedarf es grundsätzlich ebenso einer artenspezifischen bzw. rufgruppenbezogenen Auswertung, wohingegen zur Berechnung der Abschaltalgorithmen nach ProBat bislang keine Unterscheidung erfolgt (Chiroptera spec.). Wichtig hierbei ist, dass unbestimmbare Rufe nicht aus der zu analysierenden Grundgesamtheit ausgeschlossen werden. Dies kann z. B. bei der automatischen Filterung und dem Vorliegen von anlagenbedingten Störgeräuschen vorkommen. Die rufgruppenspezifische Aufteilung sollte nicht nur zwischen Pipistrelloiden und Nyctaloiden unterscheiden, sondern zudem nach Möglichkeit die Art Rauhaufledermaus (*Pipistrellus nathusii*) von den restlichen Pipistrelloiden abgrenzen, da sie deutlich andere Aktivitätsverläufe hinsichtlich Jahreszeit und Witterung aufzeigt. Dies soll nun in einer neueren Version des ProBat-Tools berücksichtigt werden.

Automatische Erfassungen an einem Windmessmast können zudem Anhaltspunkte für Fledermauszug-Phänomene und das Artenspektrum geben und können zur Abschätzung des Umfangs von Abschaltzeiten beitragen. Zeigt sich z. B. an einem Offenlandstandort in ausgeräumter Agrarlandschaft nur eine sehr geringe Fledermausaktivität in der Voruntersuchung in der Höhe, so kann bereits im ersten Betriebsjahr von den pauschalen Abschaltzeiten Abstand genommen werden, was den Ertrag erhöht.

An Waldstandorten hat sich gezeigt, dass die Aktivität an einem Windmessmast um mehrere Faktoren kleiner sein kann, als dies an der errichteten Windenergieanlage später der Fall war. Durch die Errichtung von Windenergieanlagen im Wald erfolgt eine gänzlich neue Gestaltung des Umfeldes als es beim Windmessmast bestand. Es werden am Boden große Schneisen und Freiflächen erschaffen welche die Raumnutzung der verschiedenen Fledermausarten beeinflussen. Durch die Schneisen im Wald ändern sich ebenso Strömungsverhältnisse der Luft am Boden und durch ein verändertes Temperatur- und Feuchtigkeitsregime somit auch die Insektenzusammensetzung und -verteilung. Längerfristige Effekte der Lebensraumveränderung auf die Raumnutzung von Fledermäusen werden momentan in einem F+E-Vorhaben im Auftrag des BfN untersucht. Die Strukturveränderungen in der Höhe können andere Strömungsverhältnisse (Turbulenzen) im Umfeld der Anlage bewirken und damit eine Veränderung der Insektenverteilung im Luftraum bedingen. Darüber hinaus wird diskutiert, dass die Wärmefahne oder der Anstrich (UV-Reflektionskapazität) einer Windenergieanlage zur Anziehung von Insekten und somit zu einer indirekten Anlockung von Fledermäusen führen.

Welche Anforderungen sind aus naturschutzfachlicher Sicht an eine valide Bestandserfassung von Zugvögeln zu stellen (zu LUBW 2013: S. 19)?

Im Gegensatz zur Beeinträchtigung von Rastvögeln liegen der LUBW aktuell keine fachlichen Erkenntnisse darüber vor, dass der allgemeine Vogelzug aus naturschutzfachlicher Sicht durch Windenergieanlagen in einer relevanten Weise beeinträchtigt wird. Laut der PROGRESS-Studie spielt im Norddeutschen Tiefland der großräumige Vogelzug für das Kollisionsrisiko kaum eine Rolle und damit unterstützen die Ergebnisse der Studie die bisherigen Einschätzungen, dass für den auf breiter Front stattfindenden Massenzug grundsätzlich keine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos durch den Betrieb von Windenergieanlagen anzunehmen ist.

Es ist eine Einzelfallentscheidung der zuständigen Behörde, ob und mit welcher Methodik der aktive Vogelzug an einem geplanten Windenergiestandort untersucht wird.

Bei konkreten Anhaltspunkten (Geomorphologie) für einen Verdichtungsraum des aktiven Zuggeschehens kann im Einzelfall eine genauere Prüfung notwendig werden (vgl. auch die LUBW-Hinweise für den Untersuchungsumfang zur Erfassung von Vogelarten bei Bauleitplanung und Genehmigung für Windenergieanlagen von 2013). Näherungswerte für einen Verdichtungsraum nennen *Grunwald, Korn & Stübing 2007*. Beispielsweise handelt es sich beim Eriskircher Ried um einen fachlich anerkannten Zugvogelkorridor in der Bodensee-Region, weshalb am geplanten Windparkstandort Kirnberg der Zug von mit der Thermik segelnden Großvögeln (Rotmilan, Mäusebussard) erfasst und mit Referenzstandorten verglichen wird. Um den Nachtzug zu erfassen, bedürfte es einer Beobachtung mittels Radar.

Lassen sich die Empfehlungen bei *Südbeck et al. 2005* zur Bestandserfassung von Brutvögeln, gemäß der Fortschreibung durch das Methodenhandbuch NRW, als Fachkonvention auffassen (Einschätzung aus Sicht eines anderen Bundeslandes)? Sollten diese Empfehlungen neben den behördenverbindlichen LUBW-Hinweisen berücksichtigt werden?

Bei *Südbeck et al. 2005* handelt es sich um eine Fachkonvention, die punktuell durch das Methodenhandbuch NRW von 2017 angepasst worden ist. Die behördenverbindlichen LUBW-Hinweise für den Untersuchungsumfang zur Erfassung von Vogelarten bei Bauleitplanung und Genehmigung für Windenergieanlagen (2013) stellen einen Mindeststandard dar. Aufgrund des fortschreitenden wissenschaftlichen Standes ist es daher einerseits möglich, dass im Rahmen der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative von den behördenverbindlichen LUBW-Empfehlungen in begründeten Einzelfällen abgewichen wird. So sehen bspw. die LUBW-Hinweise von 2013 beim Schwarzstorch für eine Raumnutzungsanalyse 3 Stunden pro Erfassungstag vor. Nach aktuellem naturschutzfachlichem Kenntnisstand bedarf es jedoch mit 6 bis 10 Stunden deutlich mehr Beobachtungszeit pro Erfassungstag für eine Analyse der Raumnutzung des Schwarzstorches. Die LUBW-Hinweise ermöglichen auf Ebene der Bauleitplanung zum anderen eine „wertgleiche Erfassung“, weshalb auch Methoden anderer Leitfäden angewendet werden können, wobei hierfür eine Abstimmung mit der Naturschutzverwaltung wichtig ist.

Müssen aus naturschutzfachlicher Sicht bei der Bewertung, ob das Tötungsrisiko signifikant erhöht ist, kumulative Effekte durch bestehende Vorbelastungen oder weitere geplante Vorhaben berücksichtigt werden?

Zunächst einmal gilt es aus fachlicher Sicht zu betonen: Das „signifikant erhöhte Tötungsrisiko“ ist kein naturwissenschaftlicher Maßstab. Bislang ist dies ein juristisches Konstrukt, dass in der Praxis (zumindest in Bezug auf Fledermäuse) nicht „mit Leben gefüllt werden kann“, da Grundlagendaten fehlen und eine Ermittlung dieser im einzelnen Verfahren nicht verhältnismäßig ist. Daher werden gesellschaftspolitische Absprachen anheimgestellt, die keinen Bezug zur Biologie der Fledermäuse haben, um ein gewisses Maß an Praktikabilität im Genehmigungsvollzug zu ermöglichen.

Will man die Populationsbiologie betrachten, so muss man alle Effekte berücksichtigen, die sich auf die Mortalität (bzw. Fertilität) auswirken – seien es anthropogene (Sekundäreffekte) oder natürliche.

Laut BfN ist der Maßstab einer lokalen Population auf Ebene einer Kolonie bzw. Wochenstubengesellschaft anzusiedeln. Selbst ohne die substantielle Zerstörung der unmittelbaren Fortpflanzungs- oder Ruhestätten kann deren Beschädigung vorliegen, wenn die essentiellen Jagdhabitats sehr kleinräumig agierender Arten in einer Weise von einem Vorhaben betroffen sind, dass hierdurch die Funktion der dazugehörigen Fortpflanzungs- und Ruhestätten vollständig entfällt (LANA 2010). Ebenso kann es ohne physische Zerstörung einer Fortpflanzungs- und Ruhestätte dazu kommen, dass sich mikroklimatische Parameter durch die Baufeldräumung derart verändern, dass hierdurch die Funktion der Fortpflanzungs- und Ruhestätte beeinträchtigt wird oder gar entfällt. Obwohl das individuenbezogene Tötungsverbot (§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG) durch das gesellschaftspolitisch festgelegte „Signifikanzniveau“ per definitionem nicht berührt wird, kann es daher dennoch zu einer erheblichen Beeinträchtigung einer lokalen Population kommen. Es ist gut möglich, dass, in Abhängigkeit der Zuwachsrate einer lokalen Population, die zusätzliche WEA-Mortalität in Verbindung mit der natürlichen Mortalität die natürliche Fertilität (den Zuwachs) übersteigt und der Erhaltungszustand der lokalen Population erheblich beeinträchtigt wird.

Die Berücksichtigung kumulativer Effekte scheint daher sowohl für das Tötungsverbot, das Störungsverbot (lokale Population) als auch für das Zerstörungsverbot auf ökologischer Ebene von Relevanz zu sein.

Darüber hinaus sind diese Effekte bei einer Ausnahmeprüfung (keine Verschlechterung des Erhaltungszustandes der Populationen einer Art) relevant.

Ein Konflikt mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zur Ermittlung von Summationswirkungen durch Vorbelastungen könnte insbesondere bei migrierenden Arten – wie der Flughautfledermaus und den Abendseglern – anzunehmen sein.

Ist eine Mengenschwelle von zwei Fledermäusen pro Jahr und WEA aus naturschutzfachlicher Sicht akzeptabel? Wie sieht die Praxis in Baden-Württemberg bezüglich der Abschaltung von Windenergieanlagen zum Schutz von Fledermäusen aus?

Für jedermann offensichtlich ist, dass die pauschale Mengenschwelle von „unter 2“ keine Rückkopplung zur Populationsbiologie besitzt, da der Wert in Bezug zur Einzelanlage beschrieben ist und nicht in Bezug zur lokalen Population. Es handelt sich daher um eine normative/politische Festlegung. Dies ist unter anderem der rechtsdogmatischen Entwicklung geschuldet, die ein unbestimmtes Signifikanzniveau des individuellen Tötungsrisikos entwickelt hat.

Das heißt aber nicht zwangsläufig, dass die pauschale Mengenschwelle grundsätzlich problematisch wäre für den Erhaltungszustand der jeweiligen Populationen einer Art. Zudem sind beispielsweise Populationen von kleinräumig agierenden Arten wie der Nymphen- und der Bechsteinfledermaus sowie dem braunen Langohr primär durch Lebensraumzerstörung betroffen und nicht durch Rotorenschlag. Es kann sein, dass eine sehr große, hoch fertile lokale Population eine zusätzliche Mortalität von 1,9 Individuen/Jahr verträgt. Entscheidend ist jedoch hierbei die Frage nach der Gesamtbelastung, die auf die Frage einer vorliegenden kumulativen Belastung zurückwirft. So würde selbst eine anderweitig unbelastete Zwergfledermauspopulation von 200 Individuen einen jährlichen 10%igen zusätzlichen Verlust, an 10 WEA in ihrem Aktionsraum, nicht dauerhaft überstehen.

In Baden-Württemberg liegt die Grenze des „signifikant erhöhten Tötungsrisikos“ bei <2 Individuen pro Windenergieanlage pro Jahr. Die Abschaltalgorithmen-Berechnung nach ProBat wird gefordert. Unklar ist bislang wie mit Datensätzen umgegangen werden soll, die nicht den Anforderungen der ProBat-Auswertung entsprechen.

Die pauschalen Abschaltungen nachts von März bis einschließlich Oktober während des ersten Betriebsjahres erfassen ca. 90 % der Fledermausaktivität im Erfassungsbereich der Ultraschallgeräte nach RENEBAAT (Brinkmann et al. 2011), d. h. an alten kleinen Anlagen.

Die Standardparameter für die Abschaltung liegen entsprechend RENEBAAT (Brinkmann et al. 2011) in der Regel bei einer Temperatur von mindestens 10 Grad und einer Windgeschwindigkeit von weniger als 6 Meter pro Sekunde. Problematisch an einem zusätzlichen Parameter „Regen“ ist aus naturschutzfachlicher Sicht, dass eine Relation von Regen und Fledermausaktivität im Sinne der Abschaltalgorithmen-Berechnung nach RENEBAAT nicht vorgenommen werden kann, da dieser bislang nicht genügend quantifiziert und mit den bestehenden Algorithmen in Beziehung gesetzt werden kann. Zum anderen lässt die Abschaltmethode nach RENEBAAT Aktivitätsverdichtungen, wie Zug- oder Schwärmereignisse, die zeitlich von denen in RENEBAAT gemessenen abweichen, unberücksichtigt. undefiniert ist überdies, ab wann genau das ProBat-Tool nicht mehr angewendet werden kann (z. B. Ausmaß der Abweichung der Aktivitätsverteilung gegenüber den Windgeschwindigkeitsklassen). Hier gilt bislang die Formulierung „erhebliche Abweichung“, welche nicht objektiviert ist und selten überprüft wird.

Wie hat sich seit Juli 2015 das Zusammenspiel zwischen den LUBW-Hinweisen und dem „Helgoländer Papier“ eingependelt?

Die behördenverbindlichen LUBW-Hinweise zur Bewertung und Vermeidung von Beeinträchtigungen von Vogelarten bei Bauleitplanung und Genehmigung für Windenergieanlagen (2015) sind als länderspezifische Konkretisierung des „Helgoländer Papiers“ gedacht, welches zu Beginn das Erfordernis einer fachlichen Anpassung an Landesspezifika ausdrücklich nennt. Insbesondere bleibt es bei einer Empfehlung von 1 km als Mindestabstand von Windenergieanlagen zu genutzten Horsten des Rotmilans. Eine Erhöhung des Mindestabstands auf 1.500 m, wie es die Vogelschutzwarten in der zweiten Auflage des „Helgoländer Papiers“ vorschlugen, wurde für Baden-Württemberg nicht übernommen, weil hier die naturräumlichen Gegebenheiten von einer reich strukturierten (häufiger Wechsel von Wald, Wiesen und Ackernutzung) und geomorphologisch abwechslungsreichen Landschaft mit einem hohen Anteil an Mittelgebirgslagen geprägt werden, was dem Rotmilan

zumeist im näheren Umfeld seines Horstes ausreichende Nahrungshabitate bietet (siehe dazu auch Landtag von Baden-Württemberg, Drucksache 15/6786). Dementsprechend gibt es auch verschärfende Abweichungen vom „Helgoländer Papier“, etwa beim Baumfalken.

Welchen Weg beschreitet eine UNB in Baden-Württemberg im Regelfall bei (energetischen) Sanierungen von Gebäuden, wenn Gebäudebrüter betroffen sind? Gibt es Empfehlungen des LUBW zum Vorgehen (neben LUBW 1989)?

Praktische Hilfestellung für Naturschutzbehörden in Baden-Württemberg geben die Leitfäden, welche im Rahmen des Projekts „Artenschutz am Haus“ des Landkreises Tübingen erstellt worden sind (www.artenschutz-am-haus.de). In der Praxis wird das Anbringen von Ersatzbrutstätten wohl tendenziell als CEF-Maßnahme gewertet. Handelt es sich beim Standort der Ersatznisthilfen um ein Gebäude, an dem bislang keine Mauersegler bzw. Mehlschwalben gebrütet haben, so wird in der Regel ein Monitoring als Auflage aufgegeben.

Ergebnisprotokoll des Interviews mit Herrn Helmut Schneider

Themenschwerpunkt: Artenschutzprüfung bei Straßenplanungen

Interviewtermin: 12.09.2017 in Koblenz

Welche Artenschutzleitfäden werden als fachlich anerkannt angesehen und kommen in der Planungspraxis des LBM zur Anwendung?

Naturschutzfachliche Grundlage hinsichtlich der Avifauna bildet beim LBM die Arbeitshilfe „Vögel und Straßenverkehr“ (*Garniel/Mierwald 2010*), welche für die Bewertung von Straßenverkehrslärm auf Vögel als Fachkonvention anzusehen ist.

Für die Festlegung der Kartierzeiträume und Anzahl der Begehungen wird auf die Leistungsbeschreibungen für faunistische Untersuchungen (*Albrecht et al. 2013*) in Kombination mit dem vom LBM selbst entwickelten „Leistungsbild Fauna“ zurückgegriffen, wobei im Rahmen der Einzelfallbetrachtung Abweichungen stets möglich sind. Den Leitfaden des Landesbetriebs Schleswig-Holstein (Beachtung des Artenschutzrechtes bei der Planfeststellung, aktualisierte Fassung 2016) benutzt der LBM in der Planungspraxis derzeit nicht.

Auf welchen fachlichen Grundlagen basieren die Bestandserfassungsmethoden im neuen LBM-Leitfaden?

Anlass war der NRW-Leitfaden zur Wirksamkeit von Artenschutzmaßnahmen (*Lüttmann et al. 2013*). Inhaltlich bestehen keine gravierenden Abweichungen zum NRW-Leitfaden und zu dem vom BfN herausgegebenen Leitfaden „Rahmenbedingungen für die Wirksamkeit von Maßnahmen des Artenschutzes bei Infrastrukturvorhaben“ (*Runge et al. 2010*), weil bei beiden Leitfäden die Naturschutzverwaltung Urheber war. Beim Artenspektrum und den Hinweisen zu einzelnen Arten sind freilich ein paar Länderspezifika eingearbeitet worden, bspw. bei den Lerchen.

Empfehlungen zur Bestandserfassung: Sofern inhaltliche Abweichungen zwischen *Südbeck et al. 2005* und *Albrecht et al. 2013* bestehen, welche Empfehlung wird grundsätzlich aus naturschutzfachlicher Sicht bevorzugt?

Bei Abweichungen von *Albrecht et al. 2013* genießen die Empfehlungen von *Südbeck et al. 2005*, auf dem Stand der stellenweisen Fortschreibung durch den Methodenleitfaden NRW (*Lüttmann et al. 2017*), grundsätzlich den Vorzug.

Lassen sich aus der Erfahrung heraus typische Fälle für Worst-Case-Annahmen in der Planungspraxis des LBM benennen?

Grundsätzlich muss man auch bei der Planung von (Fern-)Straßen versuchen, ohne Worst-Case-Annahmen auszukommen. Nur wenn der Kartieraufwand unverhältnismäßig hoch wäre, um das Vorhandensein bzw. Fehlen einer Art in einem für diese potentiell geeigneten Lebensraum nachzuweisen, wird auf die Methode der Worst-Case-Betrachtung zurückgegriffen. Beispielsweise lässt sich das Haselhuhn nur sehr schwer nachweisen. Hier macht es aus planungspraktischer Sicht Sinn, vorsichtshalber von einem Vorkommen in der Planfeststellung auszugehen, damit Reaktionsmöglichkeiten festgeschrieben sind, falls das Haselhuhn etwa im Zuge der Bauarbeiten entdeckt wird. Der LBM versucht stets, solche Worst-Case-Betrachtungen durch Grundlagenkartierungen abzusichern.

Meist wird aus fachlicher Sicht empfohlen, dass Bestandserfassungen nicht älter als fünf Jahre sein sollten. Gerade Fernstraßenplanungen erfolgen allerdings innerhalb großer Planungszeiträume. Wie alt dürfen valide Kartierdaten sein?

Im LBM-Leitfaden wird es zur Kontroverse des Alters von Bestandserfassungsdaten keine Empfehlungen geben. Grundsätzlich kann man aus naturschutzfachlicher Sicht die Empfehlung aussprechen, dass nach fünf Jahren eine Nachkartierung der Biotoptypen vorgenommen werden sollte, damit per Potentialabschätzung Änderungen der Fauna ausgeschlossen bzw. berücksichtigt werden können. Zieht sich die Planfeststellung von Fernstraßenabschnitten in die Länge, kann es notwendig werden, Artengruppen neu zu kartieren, was bspw. bei der Planung der A 1 der Fall gewesen ist

Kommt eine dauerhafte Betreuung von CEF- und FCS-Maßnahmen in der Praxis des LBM vor oder bedarf es nicht aus Gründen der Verhältnismäßigkeit oder Praktikabilität einer zeitlichen Obergrenze (etwa von maximal 30 oder 100 Jahren)? Wie werden Grundstücke für die Naturschutz-Nutzung langfristig gesichert?

CEF- und FCS-Maßnahmen müssen ihre Funktion solange erfüllen, wie die vorhabenbedingte Beeinträchtigung wirksam ist. Unmögliches kann aber nie verlangt werden. Möglich ist eine unbefristete Grunddienstbarkeit für die Naturschutz-Nutzung des jeweiligen Grundstücks im Grundbuch eintragen zu lassen. Bei der Planung von dauerhaften Maßnahmen legt der LBM in Absprache mit dem Umweltministerium von Rheinland-Pfalz einen Zeithorizont von 99 Jahren zugrunde. Außerdem ist der LBM stets bestrebt, Artenschutzmaßnahmen primär auf Flächen im Eigentum der Bundes- oder Landesstraßenverwaltung umzusetzen. Grundsätzlich muss man den Blick auf die Maßnahmenbetreuung nach der Planung schärfen, wie interne Überprüfungen zeigen.

Was soll laut dem LBM-Leitfaden Bezugsraum für die Wahrung des räumlich-funktionalen Zusammenhangs einer CEF-Maßnahme sein?

Derzeit ist dieser Punkt noch offen. Die Tendenz geht zu einer möglichst gut handhabbaren Empfehlung, ggf. weg vom Aktionsradius der betroffenen Individuen hin zur Abgrenzung der lokalen Population.

Sollte man bei der Planung des Umfangs von CEF-Maßnahmen grundsätzlich von einem 1:1-Verhältnis ausgehen? Wird es dazu eine Empfehlung im LBM-Leitfaden geben?

Grundsätzlich: Ja. Es gilt zu betonen, dass die Größe der Eingriffsfläche, die dem 1:1-Ausgleich zugrunde liegt, nicht nur mit der versiegelten Straßentrasse gleichgesetzt werden darf. Man muss zunächst den gesamten Umfang der – etwa auch durch Lärm – gestörten Flächen ermitteln. Eine gute und sinnvolle Naturschutzplanung muss

zum Ziel haben, den Verlust an Lebensraum funktional wiederherzustellen. So kann es bspw. beim Schwarzspecht ausreichend sein, Lebensraumverluste infolge der neuen Straße durch randliche Ergänzungen am anderen Ende seines Habitats zu ergänzen. Problematisch ist ein 1:1-Ansatz tendenziell bei der Neuschaffung von Lebensräumen.

Werden in der Planungspraxis des LBM bestehende Tötungsrisiken, etwa die Vorbelastung eines Raums durch bereits bestehende Verkehrswege, miteinbezogen bei der Bewertung, ob sich das Tötungsrisiko über die Signifikanzschwelle hinaus durch das Neuvorhaben erhöht?

Kumulative Wirkungen werden zumindest derzeit nicht berücksichtigt. Zum einen entspricht dies dem einschlägigen Leitfaden des LBM (Mustertexte Fachbeitrag Artenschutz Rheinland-Pfalz 2009). Zum anderen zeigt sich eine Vorbelastung im Bestand, sodass Risiken im Hinblick auf empfindliche Arten häufig erst gar nicht in den Blick geraten. Beispielsweise kommt die Wildkatze im Umfeld stark befahrener Straßen in der Regel nicht vor.

Wendet der LBM bei der Einschätzung des Tötungsrisikos die „Übergeordneten Kriterien zur Bewertung der Mortalität wildlebender Tiere im Rahmen von Projekten und Eingriffen“ (*Bernotat/Dierschke 2016*) an?

Derzeit nicht. Die Frage, ob sich das Tötungsrisiko durch das Straßenvorhaben signifikant erhöht, prüft der LBM stets einzelfallbezogen. Über die grundsätzliche Eignung dieser Planungshilfe hat sich innerhalb des LBM noch kein Meinungsstand gebildet.

Risikomanagement: Werden standardmäßig Vorsichtsmaßnahmen ergriffen?

Nein, derzeit wird allein der FFH-Gebietsschutz standardmäßig abgesichert, was von Auflagenvorbehalten im Planfeststellungsbeschluss bis hin zu einer vorsorglichen Flächensicherung reichen kann. Beim Fehlschlag einer CEF-Maßnahme würden die fachplanungsrechtlichen Instrumente greifen, wie die Planergänzung. Ein solcher Fall scheint in der Naturschutz-Abteilung des LBM jedoch noch nicht vorgekommen zu sein. Beim unerwarteten Auftreten von Arten, die im Rahmen der Artenschutzprüfung nicht betrachtet worden sind, würde man Vermeidungsmaßnahmen einleiten, um einen Konflikt mit den Zugriffsverboten in ihrer ordnungsrechtlichen Funktion zu vermeiden. Beispielsweise hatte sich in einem Loch, das für einen Brückenpfeiler ausgehoben worden war, die Gelbbauchunke angesiedelt. Dank einer Umsetzung konnte ein Konflikt mit dem Artenschutz vermieden werden.

Sollte man bei Umsiedlungen eine artenschutzrechtliche Ausnahme beantragen?

Der LBM wählt wegen der Planungsrisiken tendenziell den Weg über eine artenschutzrechtliche Ausnahme.

Ergebnisprotokoll des Interviews mit Herrn Dr. Christoph Willigalla

Themenschwerpunkte: Libellen in Planungsverfahren und Schutz von Gebäudebrütern

Interviewtermin: 23.08.2019 in Mainz

Bei welchen Projekten gilt es grundsätzlich ein besonderes Augenmerk auf die Artengruppe der Libellen zu legen?

Libellen sind bei allen Projekten zu berücksichtigen, bei denen aquatische Lebensräume (Bäche, Gräben, Flüsse, Stillgewässer) beeinträchtigt werden können.

Dies können bspw. Hochwasserrückhaltebecken sein. Auch Querungen von Habitatstrukturen (bspw. durch Brückenbauwerke) können für weniger flugfähige Arten problematisch sein.

Welche Empfehlungen können Sie für eine Prüfung der Artengruppe der Libellen geben?

Soll das gesamte Artenspektrum erfasst werden, sind mindestens sechs Begehungen im Zeitraum Mai bis September durchzuführen. Für einen positiven/negativen Artnachweis müssen artbezogen drei Begehungen zur jeweiligen Hauptflugzeit der Art durchgeführt werden.

Die Erfassung der Libellen muss bei geeigneter Witterung (windstill, Lufttemperatur >15°C) zwischen 10:00 und 17:00 Uhr durchgeführt werden.

Die Erfassung am Gewässer sollte mittels eines Fernglases (besonders für die Großlibellen), Käscherfang (besonders für die Kleinlibellen) sowie einer Nachsuche nach Exuvien erfolgen. Bei Exuvien handelt es sich um die beim Schlupf abgestreiften Larvenhäute der Tiere.

Der Fund von Exuvien ist als Fortpflanzungsnachweis am Gewässer zu werten. Diese finden sich am Gewässerrand in der Vegetation. Sie halten sich dort bis zu mehreren Wochen.

Hinweise auf eine Fortpflanzung am Gewässer bieten die Beobachtung von Paarungs- und Tandemflügen (Männchen und Weibchen aneinandergehängt) sowie die Beobachtung von Eiablagen entweder direkt im Gewässer oder in Vegetationsstrukturen.

Die Häufigkeit der Tiere am Gewässer kann durch Zählen der Individuen auf einem definierten Gewässerabschnitt, bspw. 50 m Uferlänge, erfolgen. Die ermittelten Werte sollten in Klassen eingeteilt werden, bspw. 1 = 1-3 Tiere, 2 = 4-10 Tiere, 3 = 11-30 Tiere, 4 = 31-100 Tiere, 5 = über 100 Tiere.

Das Absammeln der Exuvien sollte ebenfalls auf definierten Gewässerabschnitten erfolgen

Gibt es einen Leitfaden, den Sie für die Bestandserfassung von Libellen empfehlenswert finden?

Hinweise zur Bestandserfassung der einzelnen Libellen-Arten und zur Bewertung des Erhaltungszustandes der Libellen finden sich bei:

- BfN und BLAK FFH-Monitoring und Berichtspflicht (Hrsg.): Bewertungsschemata für die Bewertung des Erhaltungsgrades von Arten und Lebensraumtypen als Grundlage für ein bundesweites FFH-Monitoring. 2. Überarbeitung 2017, S. 97 ff.
- *Albrecht et al.*: Leistungsbeschreibungen für faunistische Untersuchungen, 2013. Hier wird die aktuell anzuwendende Standardmethode (Sichtbeobachtung, Käscher-fang und Exuviensuche) übersichtlich und detailliert beschrieben.

Zwei Standardwerke für Praktiker/innen mit weiteren Angaben zur Ökologie der einzelnen Arten sind:

- *Brockhaus et al.*: Atlas der Libellen Deutschlands, 2015.
- *Wildermuth/Martens*: Die Libellen Europas, 2019.

Wie lässt sich die lokale Population abgrenzen?

Das geht in der Regel gut, indem man das/die Stillgewässer und die darum befindlichen insektenreichen Wiesen abgrenzt. Zu berücksichtigen ist hierbei die räumliche Beziehung der besiedelten Stillgewässer einer Art. Liegen diese in nur geringer Entfernung zueinander (< 1km) und sind ohne Barrieren (Straßen, Gebäude, aber auch Nadel-Wälder o.ä.), können mehrere Gewässer zu einer lokalen Population zusammen-gefasst werden.

Bei Fließgewässern kann man naturschutzfachlich sinnvoll jenen Bereich als lokale Population abgrenzen, in dem man die Besiedlung anhand von Exuvien nachgewiesen hat.

Schaut man sich die Rote Liste der Libellen von RLP (2018) an, die Sie mitverfasst haben, so fällt auf, dass die Anhang-IV-Arten vom Bestandstrend her in der Regel stark zunehmen, während nicht streng geschützte Arten abnehmen. Liegt das an der besseren Datenlage für die FFH-Arten oder greift hier der Artenschutz?

Weder noch. Fließgewässerlibellen haben stark zugenommen wegen der besserwerdenden Gewässergüte. Während in den 70er und 80er Jahren ein deutlicher Rückgang der heutigen Anhang-IV-Arten zu verzeichnen war, erholen sich jetzt die Bestände langsam. Außerdem fand 2012 ein starker Einflug von der Anhang IV-Art *Leucorrhina pectoralis* (Große Moosjungfer) statt.

Damit der Erholungstrend bei den Anhang-IV-Arten anhält, ist es wichtig, dass vorhabenbezogen stets auch neuer Lebensraum geschaffen wird. Darin liegt aus ökologischer Sicht die hauptsächliche Bedeutung einer Libellen-Artenschutzprüfung. Erkennen von Lebensräumen und aus Anlass des Vorhabens einen Ausgleich schaffen.

Welches Zugriffsverbot steht neben dem Lebensstättenschutz bei Libellen Ihrer Erfahrung nach noch im Fokus?

Das größte Tötungsrisiko betrifft bei Libellen die Phase des Schlupfes. Anders als Käfer oder Schmetterlinge, durchlaufen Libellen während ihrer Entwicklung zum erwachsenen Tier (Imago) kein Puppenstadium. Die Imagines der Libellen schlüpfen somit direkt aus ihrem Larvenstadium. In dieser Zeit sollte man möglichst keine Baumaßnahmen durchführen.

Der Hauptschlüpfzeitpunkt ist von Art zu Art verschieben und kann von wenigen Tagen bis Wochen bei Frühjahrsarten bis zu mehreren Wochen bei Hochsommerarten dauern.

Die Tiere schlüpfen an Land im Umkreis von bis zu 50 m um die Gewässer, je nach geeigneten Strukturen.

Gegenüber Störungen sind Libellen relativ unempfindlich. Allerdings gibt es meines Wissens bisher kaum Untersuchungen darüber, inwieweit Photovoltaik-Anlagen von Libellen als Gewässerfläche wahrgenommen werden und ggf. als ökologische Fallen wirken.

Die Bestände der Großen Moosjungfer unterliegen hohen Schwankungen. Gleichzeitig besiedelt die Art meist Gewässer geringer Größe, diese beträgt oft nur einige dutzend m² oder weniger. Aus planerischer Sicht erschwerend hinzu kommt das „Dispersionsverhalten“. Welche Empfehlungen können Sie für die Artenschutzprüfung speziell dieser Art geben, die ja konzeptionell primär am Individuenschutz, weniger am Populationsschutz, ausgerichtet ist?

Die von der Großen Moosjungfer besiedelten Gewässer lassen sich folgendermaßen charakterisieren: es handelt sich um stehende Gewässer von geringer Größe, meist organisch geprägt. Sie führen dauerhaft Wasser, sind aber fischfrei. Sie weisen eine ausgeprägte Schwimmblattzone, bspw. mit Schwimmendem Laichkraut, Seerosen o.ä. auf und sind von Bäumen umstanden oder liegen im Wald.

Für den Artenschutz relevant sind besonders die Fortpflanzungsgewässer. Hier ist die Art auf ein großes Netz an geeigneten Habitaten angewiesen, da sich in den einzelnen Gewässern nur wenige Individuen entwickeln. Jedes einzelne Fortpflanzungsgewässer ist daher zu erhalten

Welche Weiterentwicklung des Artenschutzes würden Sie aus odonatologischer Sicht anregen?

Im Anhang IV fehlen die Arten der normalen Stillgewässer, etwa die Große Königslibelle. Hier könnte eine Verordnung nationaler Verantwortungsarten, welche bei der Artenschutzprüfung zu berücksichtigen wäre, das ökologisch nicht so recht zu rechtfertigende rechtliche Defizit in Ergänzung zu Anhang IV der FFH-Richtlinie ausgleichen.

Nicht über den Anhang IV abgedeckt sind zudem die seltenen Moorarten. Diese finden jedoch im Habitatschutzrecht als Charakterarten der Moorlebensraumtypen nach Anhang I der FFH-RL Beachtung. Deshalb ist der Handlungsbedarf hier aus meiner Sicht nicht so groß wie bei den Stillgewässerarten.

Kommen wir noch zum Gebäudebrüter-Schutz. Hier ist der Gesetzesvollzug recht uneinheitlich. Wie gehen Sie in der Praxis in der Regel vor?

In Rheinland-Pfalz, wo ich als Gebäudebrüter-Gutachter weitgehend aktiv bin, verlangt die obere Naturschutzbehörde bei der SGD Nord eine Befreiung nach § 67 Abs. 2 BNatSchG und stellt hierzu ein Antragsformular zur Verfügung (siehe das nachfolgende, anonymisierte Beispiel).

Abbildung 5: Antrag auf Befreiung nach § 67 BNatSchG für Gebäudebrüter

[REDACTED]
56070 Koblenz

Struktur- und Genehmigungsdirektion Nord
Obere Naturschutzbehörde
[REDACTED]
Postfach 20 03 61
56003 Koblenz

Koblenz, [REDACTED]

Antrag auf Erteilung einer Befreiung nach § 67 BNatSchG von den Schutzvorschriften des § 44 (1) BNatSchG zur Entfernung von drei Niststätten des Mauerseglers

Sehr [REDACTED]

hiermit beantrage ich eine Befreiung von den Schutzvorschriften des § 44 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 BNatSchG zur Entfernung von drei Niststätten des Mauerseglers

Betroffenes Objekt:
[REDACTED]

Begründung/Erforderlichkeit:
Das Dach muss aus Brandschutzgründen ertüchtigt werden [REDACTED]

Folgende Ausgleichs- und Vermeidungsmaßnahmen werden umgesetzt:
Im Juni 2018 wurden die Gebäude von einem Ökologen mit ausgewiesenen faunistischen Kenntnissen untersucht.
Die Bauzeit wird an die Brutzeiten der Vogelarten angepasst und findet nur außerhalb der Brutzeit im Zeitraum vom 15.08. bis 28.02. statt.
Die vorhandenen Nischen können vermutlich nicht erhalten werden, daher werden im Rahmen der Sanierungsarbeiten sechs Mauerseglerkästen an dem Gebäude montiert.

Mit freundlichen Grüßen

.....
(Unterschrift Bauherr)

Anlagen
Artenschutzrechtliches Gutachten vom [REDACTED]

Als Gutachter setze ich hingegen verbotsvermeidende CEF-Maßnahmen um. Zunächst werden an einem zu sanierenden oder abzureißenden Gebäude die vorhandenen Fortpflanzungs- und Ruhestätten artgenau ermittelt. Im Verhältnis von (Eingriff) 1 : 2 (Ausgleich) wird die Anzahl der zu installierenden Ersatznistkästen oder Fledermausquartieren ermittelt. Diese sollen möglichst vor Beginn der Sanierungs- oder Abrissarbeiten an Gebäuden in der direkten Umgebung installiert werden. Mit Beginn der nächsten Brutzeiten der einzelnen Gebäudebrüter (nach Südbeck et al. 2005) stehen am sanierten Haus selbst oder im räumlichen Umfeld Ersatzquartiere bereit. Meine persönliche Erfahrung ist, dass künstliche Nisthilfen von Mauerseglern, Haussperlingen und Hausrotschwänzen gut angenommen werden; weniger gut ist die Annahmquote bei Mehlschwalben. Dies wird jedoch rechtssicher durch einen Mehrausgleich im Verhältnis von (Eingriff) 1 : 2 (Ausgleich) ausgeglichen. Da das Verhältnis von 1 : 2 Rechtssicherheit schafft, stehen die meisten Immobilieneigentümer meiner Erfahrung nach den Ausgleichsmaßnahmen wohlwollend gegenüber.

Ist ein Monitoring sinnvoll?

Die Wirksamkeit der Maßnahmen kann nicht garantiert werden. Daher empfiehlt sich ein Monitoring. Es hat den Anschein, dass Ersatzkästen erst mit einiger zeitlicher Verzögerung, also nicht im ersten Jahr nach der Montage, angenommen werden. Daher sollte sich ein Monitoring über mehrere Jahre erstrecken.

Wo sehen Sie Defizite bei der gesetzlichen Ausgestaltung?

Durch den Vorhabenbezug der Artenschutzprüfung (§ 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG) kann das populationsstützende Anlegen von Lehmputzen im Umfeld von Schwalbennester-Maßnahmen meist nicht verbindlich vorgegeben und damit umgesetzt werden. Es würde den Vollzug verbessern, wenn es eine Vorschrift gäbe, die einen Antrag an die UNB vorgibt, die dann prüft, ob sie aufgrund der betroffenen Arten und der Anzahl der Nistplätze eine Ausnahme oder Befreiung von der ONB für erforderlich hält oder ob die Sanierungsmaßnahme ohne artenschutzrechtliche Genehmigung aufgrund von verbotsvermeidenden Maßnahmen umgesetzt werden kann.

Anhang II: Repertorium der aktuellen obergerichtlichen Rechtsprechung zum Artenschutzrecht (2017-2021)

Wie in der Einleitung dargestellt, ist einer der methodischen Schritte dieser Untersuchung, instruktive obergerichtliche Rechtsprechung seit der Umsetzung des europäischen Artenschutzrechts in das Bundesnaturschutzgesetz im Dezember 2007 und die daran anschließenden für den Vollzug des Artenschutzrechts fundamentalen Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts 2008 (Bad Oeynhausen-Urteil)¹²⁶³ und 2011 (Freiberg-Urteil)¹²⁶⁴ auszuwerten, weil das Gesetz mit § 44 Abs. 1 und 5 BNatSchG sowie § 45 Abs. 7 BNatSchG nur einen groben Rahmen vorgibt.

Durch Einzelfallentscheidungen gewinnt das Artenschutzrecht immer mehr an Kontur, insbesondere wenn sich zu einer Thematik obergerichtliche Rechtsprechung verfestigt hat.¹²⁶⁵

Den Grundstein der Rechtsprechung zu den artenschutzrechtlichen Verboten bildet das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union von 2002 zur unechten Karettschildkröte (*Caretta caretta*),¹²⁶⁶ die sog. „Caretta-Entscheidung“.¹²⁶⁷ Im Anschluss daran kam es zur Novelle des Artenschutzrechts von Dezember 2007, worauf wiederum 2008 mit der Bad Oeynhausen-Entscheidung das erste fundamentale Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zur Planungsrelevanz der Zugriffsverbote vorgelegt worden ist.¹²⁶⁸

Das chronologisch geordnete Repertorium fasst die obergerichtlichen Entscheidungen der letzten fünf Jahre von 2017 bis einschließlich 2021 zusammen, soweit sie speziell für das Artenschutzrecht instruktiv sind, etwa aufgrund von Hinweisen zur Prüfung bestimmter Arten oder streitiger Themen. Die Schwerpunktsetzung auf die aktuelle Rechtsprechung rechtfertigt sich dadurch, dass das Artenschutzrecht letztmalig 2017 novelliert worden ist¹²⁶⁹ und sich das Erreichte der stetigen Weiterentwicklung des Rechtsgebiets der Rechtsprechung der letzten fünf Jahre entnehmen lässt.¹²⁷⁰ Ferner erging die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Artenschutzrecht, die einen wichtigen Ausgangspunkt für den Diskurs darstellt,¹²⁷¹ in 2018.

¹²⁶³ BVerwG, Urteil vom 09.07.2008 – 9 A 14.07, juris.

¹²⁶⁴ BVerwG, Urteil vom 14.07.2011– 9 A 12.10, juris.

¹²⁶⁵ Vgl. *Bick*, Die Rechtsprechung des BVerwG zum Artenschutzrecht, NuR 2016, S. 73.

¹²⁶⁶ So *Sobotta*, Artenschutz in der EuGH-Rechtsprechung, Laufener Spezialbeiträge 1/09, S. 7.

¹²⁶⁷ EuGH, Urteil vom 30.01.2002 – C-103/00, juris.

¹²⁶⁸ *Nagel*, Die ständige Rechtsprechung zum Artenschutz, Anliegen Natur 2016, S. 114 (114 f.).

¹²⁶⁹ BGBl. I 2017, S. 3434-3436.

¹²⁷⁰ Vgl. *Kment*, Artenschutz im Fokus der höchstrichterlichen Rechtsprechung, NuR 2020, S. 361.

¹²⁷¹ Siehe insb. Abschnitt 3.1.5.

Angelehnt an die Gliederung der vorliegenden Untersuchung ist die jeweilige zusammengefasste Passage aus der Gerichtsentscheidung einem der folgenden vier Themenbereiche zugeordnet:

1. Rolle des Artenschutzrechts in Planungs- und Zulassungsverfahren,
2. Anforderungen an die Bestandserfassung,
3. Risikobewertung oder
4. Ausnahmeprüfung.

Der schlagwortartige Gesichtspunkt, auf den sich eine Zusammenfassung bezieht (bspw. „Feldlerche“ oder „Raumnutzungsanalyse“), ist fett hervorgehoben, um bei Bedarf instruktive obergerichtliche Rechtsprechung zu einem speziellen Thema oder einer bestimmten Art leichter herausfiltern zu können. Um die jeweils auf eine Quintessenz zusammengefasste Passage in der Gerichtsentscheidung leicht im Original aufzufinden und so die Zusammenfassung bei Bedarf im Original nachlesen und überprüfen zu können, sind am Ende jeder Passage die konkreten Randnummern (nach der Zitierung in der Datenbank „juris“ bzw. für die EuGH-Rechtsprechung in „curia“) angeführt.

Nr. 1

BVerwG, Urteil vom 09.11.2017 – 3 A 4.15, juris

Planfeststellungsbeschluss für neue S-Bahn-Trasse in Fürth Nord ist rechtswidrig und nicht vollziehbar

Bestandserfassung

Die Bestandserfassung der **Brutvögel**, die der Beurteilung der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände zugrunde liegt, entsprach nicht in jeder Hinsicht den allgemein anerkannten fachlichen Standards. Insoweit ist die Beurteilung nicht von der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative der Beklagten gedeckt. Für die Brutvogelkartierung fanden zwischen **Anfang April bis Mitte Juli** 2007 insgesamt fünf Begehungen statt, davon eine Nachtbegehung. Die hierbei gewonnenen Erkenntnisse waren nicht schon deshalb unverwertbar, weil die Daten bei Erlass des Planfeststellungsbeschlusses älter als fünf Jahre waren. Vorhabenträger und Planfeststellungsbehörde müssen allerdings prüfen, ob ältere Erkenntnisse im Zeitpunkt der Planfeststellung noch belastbar und aussagekräftig sind. Ob und in welchem Umfang neu kartiert werden muss, hängt von den Ergebnissen dieser Überprüfung ab (BVerwG, Urteil vom 29.06.2017 - 3 A 1.16 - juris Rn. 124 m.w.N.). Wie die Sachbeistände bestätigt haben, können **fünf Kartierungsdurchgänge für Vögel der offenen Feldflur noch ausreichend** sein; wenn aber - wie hier - auch im Hinblick auf ihren Schutzstatus besonders planungsrelevante **Vögel der Wälder** und anderer Lebensräume erfasst werden sollen, ist eine größere Zahl von Begehungen in einem **längeren Erfassungszeitraum erforderlich** (vgl. z. B. *Albrecht u. a.*, Leistungsbeschreibungen für faunistische Untersuchungen, März 2015, S. 44). Nicht gefährdete, sondern allgemein verbreitete Vogelarten müssen allerdings nicht in dieser Tiefe untersucht werden (Rn. 43-45).

Zum fachlichen Standard gehört zudem, für jede Begehung Datum, Beginn und Ende sowie die Witterungsbedingungen zu dokumentieren. Darin waren sich die Sachbeistände ebenfalls einig. Das ist hier nicht geschehen. Inwieweit die Ergebnisse der Bestandsaufnahme gleichwohl verwertbar sind, hängt davon ab, ob sich für die jeweiligen Untersuchungsergebnisse trotz des **Dokumentationsmangels** die Überzeugung gewinnen lässt, dass die Daten in der Sache methodengerecht gewonnen wurden. Das lässt sich nicht generell, sondern nur artspezifisch beurteilen (Rn. 46).

Die Beurteilung der Zugriffsverbote im Hinblick auf **Amphibien** beruht auf einer tragfähigen Bestandserfassung. Bei **drei Begehungen von April bis Juli 2007** und einer Nachkontrolle im März/April 2008 wurden streng geschützte Amphibien auf den Untersuchungsflächen nicht nachgewiesen. Aufgrund der Nachweise in der Arteninformation des LfU, TK Blatt 6531 - Stand 2013 -, wurde für die Untersuchungsfläche A10 an der ehemaligen Kläranlage Gründlach ein Vorkommen der Anhang-IV-Arten Gelbbauchunke, Kreuzkröte, Laubfrosch, Knoblauchkröte, Springfrosch und Kammmolch unterstellt. Dass nicht auch ein Vorkommen des Kleinen Wasserfroschs unterstellt wurde, ist unschädlich; da für den Kleinen Wasserfrosch hinsichtlich möglicher Beeinträchtigungen nicht wesentlich anderes gilt als für die Gelbbauchunke. Die Annahme, dass eine Verwirklichung des Tötungsverbots (§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG) durch die Maßnahmen AV4 "Bauzeitbeschränkung Amphibien" und AV5 "Installation von temporären Amphibienschutzzäunen (optionale Maßnahme)", die bei Bedarf ein Einwandern von Amphibien in das Baufeld verhindern sollen, wirksam vermieden wird, ist nicht zu beanstanden. Für eine weitergehende Erfassung etwaiger **Wanderwege** der Amphibien und die Anordnung weiterer Schutzzäune bestand hier kein Anlass. Die Klägerseite hat nicht aufgezeigt, für welche Laichgewässer außerhalb des Baufeldes die Erreichbarkeit vorhabenbedingt erschwert werden sollte. Der Möglichkeit, dass Amphibien in ihren **Winterquartieren** durch die Baufeldfreimachung getötet werden könnten, musste nicht weiter nachgegangen werden. Konkrete Anhaltspunkte für derartige Quartiere im Baufeld, die den hohen Untersuchungsaufwand (vgl. *Albrecht*, Leistungsbeschreibungen für faunistische Untersuchungen S. 87) hätten rechtfertigen können, waren nicht ersichtlich (Rn. 64 f.).

Der **Libellen**-Bestand wurde ausreichend untersucht. Bei **fünf Begehungen von Mai bis September 2007** wurde auf den Untersuchungsflächen L11 an der Gründlach und L17 im Bereich der Querung des Bucher Landgrabens durch die Verschwenktrasse die Anhang IV-Art Grüne Keiljungfer festgestellt. Beide Untersuchungsflächen wurden als "hochbedeutsame Lebensräume für Libellen" eingestuft (Rn. 66).

Risikobewertung

Das **Tötungsverbot** wird bei der **Baufeldfreimachung** durch die Vermeidungsmaßnahme AV1 "Bauzeitbeschränkung Brutvögel" wirksam vermieden. Hiernach muss die Freimachung des Baufeldes grundsätzlich zwischen Anfang September und 1. März vor Beginn der Brutzeit beginnen. Die Regelung schließt nicht aus, einzelne Maßnahmen bereits im Frühjahr oder Sommer zu beginnen. Dies kommt aber nur in Betracht, wenn die vorgesehene Begehung durch **ökologische Baubegleitung** tatsächlich sicherstellen kann, dass sich keine Tiere im Bereich der Zuwegungen und des Baufeldes befinden. Bei Bodenbrütern im Offenland - wie dem Kiebitz - kann das der Fall sein. Die Nistplätze von **Gehölz- oder Baumhöhlenbrütern** können aber so versteckt sein, dass sie voraussichtlich nicht vollständig erfasst werden können. Dann dürfen Maßnahmen außerhalb der vorgesehenen Bauzeiten nicht zugelassen werden (Rn. 54).

§ 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG: Der Begriff "**Fortpflanzungsstätte**" ist eng auszulegen. Er schließt jeden einem Zugriff zugänglichen, als Ort der Fortpflanzung dienenden Gegenstand und damit auch einzelne Nester ein. In zeitlicher Hinsicht betrifft § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG primär die Phase aktueller Nutzung der Lebensstätte; der Schutz ist auszudehnen auf Abwesenheitszeiten, sofern nach den Lebensgewohnheiten der Art mit einer regelmäßig wiederkehrenden Nutzung zu rechnen ist (BVerwG, Urteil vom 6. November 2013 - 9 A 14.12 - BVerwGE 148, 373 Rn. 114 m.w.N.). Selbst wenn die Vogelart - wie der Kiebitz - die Neststandorte jährlich wechselt, ist eine Fortpflanzungsstätte jedenfalls dann betroffen, wenn ein ganzes **Brutrevier** beseitigt wird, in dem sich regelmäßig benutzte Brutplätze befinden. Das ist hier der Fall. Da innerhalb der Untersuchungsbereiche nicht kartiert wurde, welche Flächen als Brutplätze genutzt wurden, muss davon ausgegangen werden, dass die von der BAB A 73 und der Eisenbahntrasse eingeschlossene Fläche im Zeitpunkt der Planfeststellung als Brutrevier der Kiebitze genutzt wurde und diese Eignung durch das Vorhaben vollständig verliert (Rn. 50).

§ 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 BNatSchG: Von den für den **Kiebitz** festgesetzten Maßnahmen kommen die linienförmigen, nur den jeweiligen Gewässerrandstreifen mit seinem Aufwuchs umfassenden Maßnahmen A5 (S) "Ökologische Gestaltung des Bucher Landgrabens" und A17 (S) "Renaturierung Schwalbenzahlgraben" als Brutplatz für den Kiebitz von vornherein nicht in Betracht. Für den Störungstatbestand (§ 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG) gilt nichts anderes. Die festgesetzten Ausgleichsmaßnahmen

sollen verhindern, dass sich durch ein baubedingtes Verlassen von Brutplätzen der Erhaltungszustand der lokalen Population verschlechtert. Auch insoweit kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Maßnahmeflächen hierfür ausreichen, obwohl sie für den Kiebitz teilweise nicht geeignet sind. Dieser Mangel ist entscheidungserheblich. Dass für den Kiebitz eine Ausnahme von den Verboten des § 44 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BNatSchG hätte erteilt werden können, steht nicht fest. Abgesehen von weiteren Voraussetzungen darf eine Ausnahme gemäß § 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG nur erteilt werden, wenn zumutbare Alternativen nicht gegeben sind. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass zur Sicherung der ökologischen Funktion der Untersuchungsfläche als Brutrevier für den Kiebitz weitere Ausgleichsflächen zur Verfügung gestellt werden könnten. Rn. 50-52).

Fledermäuse: Der PFB hat eine signifikante Erhöhung des **Kollisionsrisikos** mit Zügen im Bereich der Gründlachniederung nicht mit tragfähigen Argumenten ausgeschlossen. Die Untersuchungen im Jahr 2007 haben ergeben, dass die Fledermäuse die vorhandenen zusammenhängenden Gehölzstrukturen und Gewässerstrukturen entlang der Niederung der Gründlach als **Hauptflugkorridor** nutzen; hier fänden Überquerungen der bestehenden Bahntrasse statt, weil die Fledermäuse **zwischen den Wohnquartieren** östlich der Bahntrasse **und den Jagdhabitaten** westlich der Bahntrasse hin- und herflögen. Eine signifikante Erhöhung des Kollisionsrisikos durch eine Erhöhung der Geschwindigkeit und der Zahl der Züge könne laut PFB ausgeschlossen werden, da die Strecke im Bereich des Hauptflugkorridors durch 3 m hohe Schallschutzwände abgeschirmt sei. Kollisionsschutzwände werden als Querungshilfen für Fledermäuse - wie in der Rechtsprechung des BVerwG bereits dargelegt (BVerwG, Urteil vom 14.07.2011 - 9 A 12.10) - sehr skeptisch bewertet. Auch die mündliche Verhandlung hat ergeben, dass insoweit insbesondere mit Blick auf Verwirbelungen eine artspezifische Prüfung erforderlich sein kann. Es konnte auch nicht festgestellt werden, dass an den neuen Bahngleisen eine signifikante Erhöhung des Kollisionsrisikos im Vergleich zu den bereits bestehenden Kollisionsrisiken an der Bestandstrasse und der BAB A 73 selbst ohne Querungshilfen nicht zu erwarten ist. Welche Flugbeziehungen in diesem Bereich bestehen, ließ sich nicht abschließend klären (Rn. 58).

Fledermausbaumhöhlen bei der **Baufeldfreimachung:** Ob die Vermeidungsmaßnahme AV3 in der durch die Protokollerklärung geänderten Fassung geeignet ist, eine Tötung von Individuen (§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG) im Zuge der Baufeldfreimachung nicht nur weitergehend zu vermeiden, sondern vollständig zu verhindern, lässt sich ohne eine weitere Erläuterung der Maßnahme nicht

abschließend beurteilen. Die Maßnahme sieht vor, besetzte Baumhöhlen durch Reusen zu verschließen, die nur ein Ausfliegen, aber keine Rückkehr ermöglichen. Der Erläuterung bedarf u. a., wie der Besatz und das Ausfliegen festgestellt werden sollen (Rn. 59).

Fledermauskästen als CEF-Maßnahme (offengelassen): Ob ein Verstoß gegen das Zerstörungsverbot gemäß § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG vorliegt, muss ebenfalls in einem ergänzenden Verfahren neu geprüft werden. Die Maßnahme E1 (S) ordnete in ihrer ursprünglichen Fassung als Ausgleich für den Verlust von Fledermausquartieren, die durch die Baumaßnahme verloren gehen können, das Anbringen von zehn artgerechten Fledermauskästen unterschiedlichen Bautyps an. In der Fassung der Protokollerklärung sieht die Maßnahme vor, **für jede besiedelte Wochenstube bzw. für jedes genutzte Winterquartier im Baufeld fünf artspezifische Ersatzquartiere** in der Maßnahmenfläche E1 (S) aufzuhängen. Dadurch soll gemäß § 44 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG gewährleistet werden, dass das Zerstörungsverbot trotz des Verlustes von Bäumen mit besiedelten Wochenstuben oder genutzten Winterquartieren nicht eingreift. Dass Fledermauskästen von den Tieren grundsätzlich angenommen werden, ist in der Fachliteratur anerkannt. Das Anbringen von künstlichen Quartieren gehört zu den Maßnahmen, die am häufigsten zum Ersatz von Quartierverlusten bei Fledermäusen ergriffen werden; es wird auch in Arbeitshilfen empfohlen (BVerwG, Urteile vom 10.11.2016 - 9 A 18.15 - NVwZ 2017, S. 1294 Rn. 91 und vom 06.04.2017 - 4 A 16.16 - NVwZ-RR 2017, S. 768 Rn. 84). Die Klägerseite hat die Eignung von Fledermauskästen bestritten und in der mündlichen Verhandlung eine Studie aus dem Jahr 2017 benannt. Sie kommt zu dem Ergebnis, dass in Gebieten ohne ein bereits bestehendes Kastensystem neue Kästen den Verlust von Wochenstubenquartieren in Bäumen auch auf längere Sicht nicht mit hinreichender Erfolgswahrscheinlichkeit ersetzen können (*Zahn/Hammer, Anliegen Natur* 2017, S. 27). Ob und inwieweit die Studie, soweit es um den Verlust von Wochenstuben geht, geeignet ist, die bisherigen Erkenntnisse in Frage zu stellen, und inwieweit es im Bereich des Baufeldes überhaupt Anhaltspunkte für das Vorhandensein von Wochenstuben gibt, ist zunächst naturschutzfachlich zu bewerten (Rn. 60).

Eine signifikante Erhöhung des Kollisionsrisikos für die **Grüne Keiljungfer** im Bereich des Bucher Landgrabens hat die Beklagte naturschutzfachlich vertretbar verneint. Der Sachbeistand der Beigeladenen hat in der mündlichen Verhandlung nachvollziehbar erläutert, dass die Grüne Keiljungfer die insoweit mit einer lichten Weite von 7 m und einer lichten Höhe von mindestens 1,85 m ausreichend dimensionierte Eisenbahnbrücke unterqueren und die sich unmittelbar anschlie-

ßenden Feldwege, für die Durchlässe mit einer lichten Höhe von nur 1 m vorgesehen sind, überqueren werde. Kleinere Libellenarten, die sich stärker als die Grüne Keiljungfer am Gewässer orientierten, seien hierzu allerdings nicht in der Lage. Wenn ein ergänzendes Verfahren durchgeführt wird, wird deshalb auch zu prüfen sein, ob eine Beeinträchtigung nur national geschützter Libellenarten gemäß § 15 Abs. 1 BNatSchG durch eine Aufweitung der Durchlässe unter den Feldwegen in zumutbarer Weise vermieden werden kann. Dass die Vermeidungsmaßnahme AV6 "Erfassung und ggf. Umsiedlung von Larven der Grünen Keiljungfer" die Tötung von Individuen während der Bauphase nicht vollständig ausschließen kann, räumt der PFB ein. Für den Fall, dass Larven festgestellt werden, sieht die Maßnahme vor, die Larven abzukäschern und in einen geeigneten Gewässerabschnitt außerhalb des Eingriffsbereichs zu verbringen (Rn. 67 f.).

Ausnahmeprüfung

Vom Verbot, Larven der Grünen Keiljungfer zu töten, kann gemäß § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5, Satz 2 BNatSchG eine Ausnahme zugelassen werden. Dass die Beklagte die Ausnahme weder im verfügenden noch im begründenden Teil des Planfeststellungsbeschlusses ausdrücklich erteilt hat, ist unschädlich. **Es reicht aus, dass eine Ausnahmelage objektiv gegeben ist.** Das ist hier der Fall. Das Vorhaben kann zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses für sich in Anspruch nehmen. Sachzwänge, denen niemand ausweichen kann, sind hierfür nicht erforderlich; ein durch Vernunft und Verantwortungsbewusstsein geleitetes staatliches Handeln reicht aus. Das Vorhaben ist durch das öffentliche Interesse an einem bedarfsgerechten S-Bahn-Angebot zwischen Fürth Hbf und Forchheim gerechtfertigt. Dieses Interesse überwiegt das öffentliche Interesse, einen nicht auszuschließenden Verlust von Larven der Grünen Keiljungfer zu vermeiden. Der nicht auszuschließende Schaden bleibt begrenzt. Gefährdet sind die Larven ausschließlich während der Bauphase. Die Gefahren können durch das Abkäschern und das Verbringen der Larven in einen geeigneten Gewässerabschnitt reduziert werden. Der günstige Erhaltungszustand der lokalen Population bleibt jedenfalls aufgrund der vorgesehenen Ausgleichsmaßnahmen gewahrt. Eine zumutbare Alternative ist nicht gegeben (Rn. 70).

Nr. 2

BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, juris

Verfassungsbeschwerden von zwei Windkraftbetreibern, denen Genehmigungen unter Berufung auf die naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative verwehrt wurden

Risikobewertung**Naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative:**

Die Frage nach der Existenz anerkannter fachwissenschaftlicher Maßstäbe und Methoden ist eine von der jeweiligen Fachwissenschaft zu beantwortende Tatsachenfrage, die dem Sachverständigenbeweis zugänglich ist. Stößt das Verwaltungsgericht bei der Kontrolle naturschutzrechtlicher Entscheidungen an die objektiven Grenzen der Erkenntnisse der ökologischen Wissenschaft und Praxis, folgt das eingeschränkte Kontrollmaß nicht etwa aus einer der Verwaltung eigens eingeräumten Einschätzungsprärogative, sondern schlicht aus dem Umstand, dass es insoweit am Maßstab zur sicheren Unterscheidung von richtig und falsch fehlt. Es handelt sich damit um eine nach Dauer und Umfang vom jeweiligen ökologischen Erkenntnisstand abhängige faktische Grenze verwaltungsgerichtlicher Kontrolle. Dafür bedarf es nicht eigens der gesetzlichen Ermächtigung, wie sie für die Einräumung administrativer Letztentscheidungsrechte bei der Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe erforderlich ist (Rn. 13 und 23).

Aus der Garantie effektiven Rechtsschutzes folgt grundsätzlich die Pflicht der Gerichte, angefochtene Verwaltungsakte in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht vollständig nachzuprüfen. Wenn unterhalb der gesetzlichen Vorgabe keine normativen Konkretisierungen für die fachliche Beurteilung gesetzlicher Tatbestandsmerkmale bestehen, müssen sich Behörde und Gericht zur fachlichen Aufklärung dieser Merkmale unmittelbar der Erkenntnisse der Fachwissenschaft und -praxis bedienen. Existiert keine allgemein anerkannte fachliche Meinung, kann und muss das Gericht nur kontrollieren, ob die von der Behörde verwendeten fachlichen Maßstäbe und Methoden vertretbar sind und die Behörde insofern im Ergebnis zu einer plausiblen Einschätzung der fachlichen Tatbestandsmerkmale einer Norm gelangt ist. Es bleibt aber auch dann noch verwaltungsgerichtlicher Kontrolle unterworfen, ob der Behörde bei der Ermittlung und der Anwendung der von ihr aus dem Spektrum des Vertretbaren gewählten fachlichen Methode Verfahrensfehler

unterlaufen, ob sie anzuwendendes Recht verkennt, von einem im Übrigen unrichtigen oder nicht hinreichend tiefgehend aufgeklärten Sachverhalt ausgeht, allgemeingültige Bewertungsmaßstäbe verletzt oder sich von sachfremden Erwägungen leiten lässt. Sofern hingegen die Feststellung, ob im konkreten Fall ein Tötungs- oder Verletzungsrisiko signifikant erhöht ist, auch Elemente wertender, nicht der naturschutzfachlichen Einschätzung unterliegender Betrachtung enthält, die sich daher nicht beweisen lassen, wäre dies eine Frage der weiteren, auf bestimmte Risikoerhöhungen bezogenen normativen Konkretisierung des unbestimmten Kriteriums der Signifikanz der Risikoerhöhung. Diese obliegt grundsätzlich den Verwaltungsgerichten. Insoweit bedürfen der Verwaltung überlassene Beurteilungsspielräume eines hinreichend deutlichen gesetzlichen Anknüpfungspunkts (Rn. 19, 28, 30 und 34).

Der Gesetzgeber mag kurzfristig darauf vertrauen können, dass sich fachliche Wissenslücken durch Erkenntnisfortschritte in Fachkreisen und Wissenschaft schließen. Mit Blick auf die materiellen Grundrechte und dem aus Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Wesentlichkeitsgrundsatz dürfte der Gesetzgeber dem jedoch nicht längerfristig tatenlos zusehen, weil er sich so seiner inhaltlichen Entscheidungsverantwortung entzieht, privatem Fachwissen ungesteuert weitreichenden Einfluss auf staatliche Entscheidungen eröffnet und eine einheitliche Rechtsanwendung nicht gewährleistet ist. Der Gesetzgeber muss dann, sofern die fachlichen Zusammenhänge weiter ungeklärt sind, für eine zumindest untergesetzliche Maßstabbildung bspw. durch Einsetzung fachkundiger Gremien zur Festlegung einheitlicher Maßstäbe und Methoden sorgen oder wenigstens genauere Regeln für die behördliche Entscheidung zwischen mehreren vertretbaren Auffassungen vorgeben (Rn. 24).

Nr. 3

OVG Niedersachsen, Urteil vom 25.10.2018 – 12 LB 118/16, juris

WEA Belm

Rolle des Artenschutzrechts in Planungs- und Zulassungsverfahren

Ein **Vorbescheid** (§ 9 BImSchG) ist zu unbestimmt und verstößt gegen § 37 Abs. 1 VwVfG wenn mit ihm keine umfassende Entscheidung darüber getroffen wurde, ob das Vorhaben planungsrechtlich zulässig ist und in ihm die nur teilweise Feststellung der planungsrechtlichen Zulässigkeit des Vorhabens ihrer Ausdehnung nach nicht als Gegenstand des Vorbescheids genau bezeichnet ist, insbesondere sich ihm nicht eindeutig entnehmen lässt, in welchem Umfang die Feststellung eines mangelnden Entgegenstehen von Belangen des Naturschutzes (§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB) mit dem Anordnungssatz getroffen wurde und in welchem Umfang sie lediglich in die vorläufige Gesamtbeurteilung eingegangen ist (Rn. 160-162).

Bestandserfassung

Dokumentationspflicht von Begehungen im Artenschutz-Gutachten bzw. im landespflegerischen Begleitplan: Es gehört zum fachlichen Standard, für jede Begehung Datum, Beginn und Ende jeder Begehung sowie die Witterungsbedingungen zu dokumentieren. Zwar obliegt dem Fachgutachter die Auswertung der Rohdaten, der sie dann in seinem Gutachten in aufgearbeiteter Form vorlegt. Eine Angabe über Datum und Witterung und ggf. den Zeitpunkt des Abbruchs einer Begehung indiziert aber, dass insoweit methodengerecht gearbeitet worden ist (Rn. 218).

Da sich **Große Mausohren** vorzugsweise entlang linienhafter Strukturen (bspw. Bäche) bewegen, ist von vornherein kein Anlass gegeben, Flugstraßen des Großen Mausohres dort zu suchen bzw. per Daueraufzeichnung zwischen 1. April und 15. Oktober dort auszuschließen, wo linienhafte Strukturen fehlen. Es ist nicht erforderlich, entlang aller linienhafter Strukturen im Untersuchungsgebiet Transsekte zu legen, bspw. weil ein Transsekt bereits entlang einer Parallelstruktur verläuft oder durch eine dort aufgestellte Horchbox abgedeckt worden ist (Rn. 195 und 214).

Ein allgemeiner Grundsatz, dass eine ausreichende Bestandserfassung der Brutvögel nur durch eine flächendeckende **Revierkartierung** erfolgen kann, existiert nicht. Denn keine der bei Südbeck et al. genannten drei Standard-Erfassungsmethoden (Revierkartierung, Punkt-Stopp-Zählung oder Linienkartierung) wird als Ideal- oder Allzweckmethode qualifiziert. Die aufwendige Methode der Revierkartierung umfasst die gesamte Lebensgemeinschaft eines Gebiets und zielt darauf ab, die vollständigsten und genauesten Daten über die avifaunistische Ausstattung eines Landschaftsraums zu liefern (Rn. 218).

(Nur) für Gebiete, in denen **spät brütende Vogelarten** (bspw. Neuntöter, Schlagschwirl, Sumpfrohrsänger, Gelbspötter, Pirol) eine Bedeutung haben, sind späte Kontrollen bis Anfang Juli wichtig (Rn. 218).

Auf den tatsächlich ausbleibenden Bruterfolg einer Art (hier: Rohrweihe) können sich der Vorhabenträger und die Genehmigungsbehörde nicht zur Begründung des Absehens von Untersuchungen vor der behördlichen Entscheidung berufen, wenn ihrem Schutzkonzept **Worst-Case-Annahmen** zugrunde liegen, wonach die Brut im Umfeld des Vorhabens angenommen wird. An den getroffenen Worst-Case-Annahmen muss sich ein Schutzkonzept im Rahmen seiner gerichtlichen Überprüfung festhalten und messen lassen (Rn. 227).

Das Absehen von einer laut Fachkonvention gebotenen **Raumnutzungsanalyse** (Nahrungshabitate, Flugwege) für geschützte Vogelarten lässt sich nicht dadurch rechtfertigen, dass mit der geplanten Änderung der Bewirtschaftung der eine Anlage umgebenden Flächen eine Änderung des Raumnutzungsverhaltens einhergehen wird. Denn solche Änderungen tatsächlicher Umstände können immer eintreten und lassen sich nicht zureichend im Voraus bewältigen. Das fordert auch das Artenschutzrecht nicht. Sie müssen vielmehr ggf. zum Anlass nachträglicher Anordnungen genommen werden (Rn. 226).

Nach *Südbeck et al.* ist der **Uhu** ein Tier, dessen Zuordnung zu einem Revierbereich eine hohe Beobachtungskapazität erfordert. Die Erfassung erfolgt durch Kartierung singender bzw. rufender Tiere sowie Lokalisierung bettelnder Jungtiere und die Kontrolle potentieller Nistplätze am Tage. Südbeck et al. schlagen hierzu insgesamt drei Termine vor: 1. Mitte bis Ende Februar (Gesang), 2. Anfang bis Mitte März (Gesang) und 3. Mitte April bis Ende Juni (Kontrolle potentieller Nistplätze, Bettelrufe von Jungen). Die Frühjahrsbalz findet nämlich verstärkt von Februar bis März (April) statt. Eine Eulenerfassung im April und damit außerhalb der Hauptbalz

des Uhus ohne zureichende Begründung, warum eine Abweichung von diesem Fachstandard gebilligt werde, bedeutet eine Überschreitung des Beurteilungsspielraums der Behörde, sodass es an einer rechtmäßigen Bestandserfassung des Uhus fehlt (Rn. 223).

Der **Wespenbussard** ist nach Südbeck et al. eine schwer zu erfassende heimlich/verborgen lebende Art. Deswegen ist eine Nestersuche im Winter im potentiellen Brutrevier erforderlich. Eine Suche nach Horsten erst im April erfolgt zu spät. Da nach dem Laubfall im Herbst die Nester der Brutsaison noch am welken Laub zu erkennen sind (welkes Laub an den für den Nestbau verwendeten Zweigen), verspricht eine Horstsuche im Vorfrühling selbst bei noch laubfreiem Zustand weniger Erfolg, da welkes Laub der letzten Brutsaison mehr Zeit hatte abzufallen (Rn. 239).

Risikobewertung

Ein **Gondel-Monitoring** stellt keine Vermeidungsmaßnahme dar, sondern kann im Genehmigungsbescheid lediglich als Voraussetzung für die etwaige künftige Verringerung der Vermeidungsmaßnahmen „Abschaltzeiten“ vorgesehen werden (Rn. 206).

Liegen der behördlichen Beurteilung artenschutzrechtlicher Fragen solche im Auftrag des Vorhabenträgers von Fachgutachtern erstellte Ausarbeitungen zugrunde, die Aufschluss über die angewendeten Methoden und die damit erzielten Ergebnisse gewähren, so kann sich die Genehmigungsbehörde den Ausführungen des Vorhabenträgers unter Berufung auf ihre **naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative** anschließen. Die diese Anschließung tragenden Erwägungen hat sie im Wesentlichen schriftlich zu dokumentieren. Gerichtlich überprüfbar ist stets, ob im Gesamtergebnis die artenschutzrechtlichen Untersuchungen nicht nur in ihrem methodischen Vorgehen, sondern auch in ihrer Ermittlungstiefe ausreichen, um die Behörden in die Lage zu versetzen, die Voraussetzungen der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände sachgerecht zu prüfen. Die Behörde muss im Genehmigungsverfahren stets den aktuellen Stand der ökologischen Wissenschaft ggf. durch Einholung fachgutachtlicher Stellungnahmen ermitteln und berücksichtigen. Die gerichtliche Überprüfungsverpflichtung bedeutet allerdings nicht, dass die

Verwaltungsgerichte bezogen auf eine streitig gestellte naturschutzfachliche Frage den aktuellen Stand der ökologischen Wissenschaft mit Hilfe gerichtlicher Sachverständiger zu klären haben. Soweit die klagende Naturschutzvereinigung jedoch behördlich herangezogene Fachgutachten mit substantiierten Argumenten dahingehend kritisiert, ein weitgehend anerkannter Methodenstandard sei nicht gewahrt worden, so obliegt es der Genehmigungsbehörde, im gerichtlichen Verfahren darzustellen, was sie dazu bestimmt hat, das Vorgehen des Vorhabenträgers für fachgerecht zu halten. Erst bei einer substantiierten klägerischen Kritik und Erwidern der Genehmigungsbehörde kann sich die Notwendigkeit ergeben, einen gerichtlichen Sachverständigenbeweis zu einzelnen Streitfragen zu erheben (Rn. 211-212).

Das Herrichten von Extensivgrünland sowie das Anlegen von Blühstreifen und Lerchenfenstern eignet sich nicht als Vermeidungsmaßnahme zur Senkung eines Tötungsrisikos (Kollision mit WEA-Rotoren beim sog. „Singflug“) der **Feldlerche**, sondern dient der Stabilisierung der Population (Rn. 230).

Es genügt für eine **CEF-Maßnahme**, dass die Behörde davon ausgehen darf, dass die betroffene Art „mit hoher Wahrscheinlichkeit“ die Ausgleichsfläche (hier: Kiebitz eine trockene Grünfläche) annimmt. Der Zeitpunkt der – ggf. späteren – dinglichen Sicherung der Maßnahmenfläche besagt nichts über den Zeitpunkt ihrer tatsächlichen Durchführung (Rn. 242).

Ausnahmeprüfung

Die zugunsten des Betriebs einer Windenergieanlage **vorsorglich erteilte artenschutzrechtliche Ausnahme** vom Tötungsverbot ist erst dann hinreichend bestimmt, wenn sich ihr entnehmen lässt, für welche Fallkonstellation sie „hilfsweise“ erteilt wird und in welcher Größenordnung sie Tötungen zulässt. Durch eine vorsorgliche Ausnahmegenehmigung kann der Betrieb der Anlage nicht gegen alle ergänzenden Anforderungen „abgeschirmt“ werden, die ansonsten beim Fehlen wirksamer Vermeidungsmaßnahmen oder einer nicht vorhergesehenen Bestandentwicklung in Betracht zu ziehen wäre (Rn. 231).

Artenschutzrechtliche **Ausnahme zulasten von Vögeln aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses**: Ob der Ausnahmetatbestand des § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG mit Art. 9 Abs. 1 VRL vereinbar ist, wird offengelassen (Rn. 232).

Alternativenprüfung: Die artenschutzrechtliche Ausnahme für eine Windenergieanlage setzt die Prüfung von Standortalternativen voraus, die sich nicht nur auf das Gebiet der Standortgemeinde bzw. das Gebiet des Flächennutzungsplans, sondern auf das Gebiet der Regionalplanung erstreckt. Zwar darf die Alternative nicht auf ein anderes Projekt hinauslaufen. Eine regionale Perspektive ist jedoch wegen der Steuerung von Windenergiestandorten durch Regionalpläne gerechtfertigt und verhindert, dass jedes Vorhaben allein durch eine möglichst enge Zielsetzung des Vorhabenträgers alternativlos gestellt wird und so die Alternativenprüfung ins Leere läuft. Umgekehrt scheint es nicht angemessen, eine Alternativlosigkeit des Vorhabens erst dann anzunehmen, wenn sich im gesamten Bundesgebiet oder im Bundesland kein anderer Standort fände (Rn. 233).

Nr. 4

BVerwG, Urteil vom 27.11.2018 – 9 A 8.17, juris

Verbandsklage gegen den Neubau der A 20 Nord-West-Umfahrung Hamburg im Abschnitt 4 westlich Wittenborn bis zur Kreuzung mit der A 7 (PFB Teil A) sowie für den Bau des Autobahnkreuzes A 20/A 7 (PFB Teil B)

Rolle des Artenschutzrechts in Planungs- und Zulassungsverfahren

Signifikanzkriterium (zusammenfassende Beschreibung): Das anhand einer wertenden Betrachtung auszufüllende Kriterium der Signifikanz trägt dem Umstand Rechnung, dass für Tiere bereits vorhabenunabhängig ein allgemeines Tötungsrisiko besteht, welches sich nicht nur aus dem allgemeinen Naturgeschehen ergibt, sondern auch dann sozialadäquat sein kann und deshalb hinzunehmen ist, wenn es zwar vom Menschen verursacht ist, aber nur einzelne Individuen betrifft. Dies folgt aus der Überlegung, dass es sich bei den Lebensräumen der gefährdeten Tierarten nicht um unberührte Natur handelt, sondern um von Menschenhand gestaltete Naturräume, die aufgrund ihrer Nutzung durch den Menschen ein spezifisches Grundrisiko bergen, das nicht nur mit dem Bau neuer Verkehrswege, sondern zum Beispiel auch mit dem Bau von Windkraftanlagen oder Hochspannungsleitungen verbunden ist. Daher kann nicht außer Acht gelassen werden, dass Verkehrswege zur Ausstattung des natürlichen Lebensraums der Tiere gehören und deshalb besondere Umstände hinzutreten müssen, damit von einer signifikanten Gefährdung durch einen neu hinzukommenden Verkehrsweg gesprochen werden kann. Umstände, die für die Beurteilung der Signifikanz eine Rolle spielen, sind insbesondere artspezifische Verhaltensweisen, häufige Frequentierung des durchschnittlichen Raums und die Wirksamkeit vorgesehener Schutzmaßnahmen, darüber hinaus gegebenenfalls auch weitere Kriterien im Zusammenhang mit der Biologie der Art. Der Signifikanzansatz gilt nicht nur für das betriebsbedingte Risiko von Kollisionen mit der Trasse, sondern auch für bau- und anlagebezogene Risiken. Der Gesetzgeber hat den Signifikanzansatz neuerdings durch das Gesetz zur Änderung des BNatSchG vom 15.09.2017 in die Neufassung des § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG aufgenommen. Danach liegt ein Verstoß gegen das Tötungs- und Verletzungsverbot nicht vor, wenn die Beeinträchtigung durch den Eingriff oder das Vorhaben auch unter Berücksichtigung von Vermeidungsmaßnahmen das Tötungs- und Verletzungsrisiko für Exemplare der betroffenen Arten nicht signifikant erhöht und diese Beeinträchtigung unvermeidbar ist. In vergleichbarer Weise geht der für Vögel im Hinblick auf das Zugriffsverbot aus

§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG in der Fachwissenschaft entwickelte **Mortalitäts-Gefährdungs-Index** vor, um so zu begründen, bei welchen sehr häufigen, ubiquitären und populationsbiologisch "robusten" Arten im Rahmen von Planungs- bzw. Genehmigungsentscheidungen gegebenenfalls keine differenzierteren Ermittlungen eines projektbedingten Tötungsrisikos zumindest hinsichtlich einzelner Individuen notwendig sind (vgl. *Bernotat/Dierschke*, Übergeordnete Kriterien zur Bewertung der Mortalität wildlebender Tiere im Rahmen von Projekten und Eingriffen, 3. Fassung, Stand 20.09.2016, S. 7). Es entspricht dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers (BT-Drs. 18/11939 S. 17), dass solche Konzepte praxisbezogen weiterentwickelt werden (Rn. 97-100).

Signifikanzkriterium (Vereinbarkeit mit Unionsrecht): Der 9. Senat hat nach wie vor keine Zweifel daran, dass die Anwendung des Signifikanzkriteriums bei artenschutzrechtlichen Prüfungen im Rahmen des § 44 BNatSchG mit Art. 12 Abs. 1 Buchst. a FFH-RL und Art. 5 Abs. 1 Buchst. a VRL vereinbar ist. Ohne eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos kann nicht davon gesprochen werden, dass eine Tötung von Tieren im Sinne der unionsrechtlichen Bestimmungen bewusst in Kauf genommen wird. Das Signifikanzkriterium beruht letztlich auf dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der auch im Unionsrecht und in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs anerkannt ist (vgl. etwa EuGH, Urteil vom 15.11.2005 – C-320/03, Rn. 91). In diesem Sinne heißt es im nicht rechtsverbindlichen Leitfaden der Europäischen Kommission zum Strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichen Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG (endgültige Fassung, Februar 2007, Ziff. 53), die FFH-Richtlinie ermögliche es den Mitgliedstaaten, zu ihrer Umsetzung verhältnismäßige und angemessene Maßnahmen zu treffen; dieses Konzept liege allen Bestimmungen der Richtlinie zugrunde, einschließlich der Art. 12 und 16 FFH-RL. Der Signifikanzansatz dient so als angemessene Maßnahme zur Vermeidung unverhältnismäßiger Folgen für die Vorhabenzulassung bei der Anwendung des artenschutzrechtlichen Tötungsverbots in Art. 5 Abs. 1 Buchst. a VRL und Art. 12 Abs. 1 Buchst. a FFH-RL. Ansonsten wären Infrastrukturprojekte nur noch unter Anwendung von Ausnahmeregelungen gemäß Art. 9 VRL bzw. Art. 16 FFH-RL durchzuführen und die unionsrechtlich vorgesehene Ausnahme würde zur Regel (Rn. 101).

Bestandserfassung

Eine Untersuchung der **Migration von Fledermäusen im Frühjahr und Herbst** ist nicht nur innerhalb des grundsätzlich anwendbaren Radius' von 2 km zu Winterquartieren erforderlich, wenn es sich um ein herausragendes Winterquartier handelt. Trotz der Entfernung von 7 km zwischen Fledermausquartier und Straßentrasse hätte die Erfassung der Fledermäuse und ihrer Flugstraßen zu den Migrationszeiten im Frühjahr und Herbst im vorliegenden Fall erfolgen müssen. Denn die herangezogene fachliche Ableitung eines 2 km Radius um die Höhlen nach Ziffer 3.3.3 der Arbeitshilfe Schleswig-Holstein soll nach Aussage der Arbeitshilfe für alle Winterquartiere gelten, die von mehr als 30 Tieren genutzt werden. Mit Blick auf diese Vorgabe ragen die „Segeberger Kalkberghöhlen“ mit 30.000 überwinterten Individuen aus anderen „großen und bedeutenden Winterquartieren“ weit heraus. Dies spricht entscheidend dagegen, auch im vorliegenden Fall den 2 km-Radius oder einen nur wenig erweiterten Umkreis als eine Grenze anzusehen, außerhalb derer eine nähere Untersuchung von vornherein nicht mehr erforderlich ist. Das ändert nichts an der Aussage des BVerwG im Urteil vom 10.10.2016 - 9 A 18.15 - zur grundsätzlichen Eignung der Arbeitshilfe Schleswig-Holstein für die artenschutzrechtliche Beurteilung bei Straßenbauvorhaben im sonstigen Landesgebiet. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass bedeutende Bewegungen von Fledermäusen im Trassenbereich insbesondere in den Migrationszeiten bei Zu- und Abflügen zum und vom Winterquartier nicht erfasst worden sind, hat die artenschutzrechtliche Beurteilung des Kollisionsrisikos keine tragfähige Grundlage (Rn. 93 und 105).

Die **Schleiereule** wurde zu Unrecht lediglich in einem Untersuchungskorridor von 500 m erfasst. Der Planfeststellungsbeschluss geht davon aus, dass die Schleiereule vorhabenbedingt im untersuchten Korridor zwei Brutplätze verliert, die durch Anbringung von insgesamt sechs Nisthilfen an geeigneten Gebäuden ersetzt werden. Die zugrunde liegende Annahme, die Nahrungshabitate der Schleiereule lägen in der Regel lediglich im Umkreis bis zu 500 m zum Brutplatz und deshalb sei mit keinem signifikant erhöhten Kollisionsrisiko bei weiter von der Autobahntrasse entfernten Brutplätzen zu rechnen, lässt sich aber nicht fachlich ableiten. Nach den Aussagen im Fachinformationssystem FFH-VP-Info des BfN "Raumbedarf und Aktionsräume von Arten - Teil 2: Vogelarten der Vogelschutzrichtlinie" (Stand Dezember 2016, S. 95) beträgt die Jagdfläche pro Paar mehr als 1 km² und lediglich bei sehr gutem Beuteangebot bleibt sie darunter. Der Beklagte hätte daher den bereits im Verwaltungsverfahren substantiiert vorgetragenen Hinweisen auf deutlich mehr

Brutplätze der Schleiereule im Umfeld der Trasse nachgehen müssen. Die Kläger hatten hierzu eine Liste des Gebietsbetreuers des Landesverbandes Eulenschutz in Schleswig-Holstein e.V. für das Gebiet Schmalfelder Au mit 13 Brutnachweisen für die Schleiereule im Abstand zwischen 500 und 3.300 m von der Trasse vorgelegt. Hiervon ausgehend bedarf es einer erneuten Bewertung des Tötungsrisikos der Schleiereule (Rn. 114-118).

Der Planfeststellungsbeschluss nimmt an, dass durch das Vorhaben lediglich ein etwa 200 bis 400 m von der Trasse entfernter Brutplatz des **Uhus** betroffen ist. Zur Kritik der Kläger am angeblich zu engen Untersuchungsraum hat der Beklagte überzeugend erwidert, die im Schriftsatz der Kläger benannten weiteren Brutplätze des Uhu befänden sich in einem Trassenabstand von mindestens 1.000 m. Der im sog. „Helgoländer Papier“ von der Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten empfohlene Abstand von 1.000 m für den Uhu ist eingehalten. Auch wenn das Kollisionsrisiko bei Windenergieanlagen nicht deckungsgleich mit dem des Straßenverkehrs sein mag, wird damit zumindest ein Anhaltspunkt für einen artspezifischen Abstand von einem Gefahrenherd gegeben (Rn. 122).

Risikobewertung

Die pauschale Kritik an der Wirksamkeit der **Kollisionsschutzzäune für Fledermäuse** vermag die Bewertung, sie seien geeignet, eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos zu vermeiden, nicht zu erschüttern. Der Senat hat vergleichbare Überflughilfen, Leiteinrichtungen und Kollisionsschutzwände in mehreren Entscheidungen als grundsätzlich geeignete Vorkehrungen angesehen, um im Verbund mit weiteren Maßnahmen eine signifikante Erhöhung des kollisionsbedingten Individuenverlusts zu vermeiden (Rn. 108).

Den Tatbestand des Störungsverbots kann auch eine zur Vermeidung des Tötungsrisikos angeordnete Maßnahme wie die Vergrämung erfüllen. Die Motivation einer **Vergrämungsmaßnahme** spielt keine Rolle für ihre rechtliche Beurteilung. Der Senat lässt offen, ob das Vergrämen durch Erzeugen lauter Geräusche während der Balzzeit, aber vor der Brutzeit, um einen Vogel (hier: Uhu) zum Verlassen seines beabsichtigten Brutplatzes zu nötigen, tatbestandlich eine Störung darstellt. Die geschützte Fortpflanzungszeit könnte betroffen sein, wenn dieser Begriff dahin

verstanden wird, dass er den Zeitraum vom Beginn des Werbeverhaltens bis zum Abschluss des Brutgeschäfts bis zum Ende der Trächtigkeit umfasst. In der Vergrämung liegt auch kein Verstoß gegen das Verbot der Zerstörung von Fortpflanzungsstätten (§ 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG). Etwa 800 m nördlich des bisherigen Neststandortes werden zwei Nistplattformen angebracht, sodass (hier: für den Uhu) die ökologische Funktion im räumlichen Zusammenhang im Sinne von § 44 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG sichergestellt ist. Der Kritik der Kläger an der Eignung der Ersatzbrutplätze hat der Beklagte überzeugend entgegengehalten, diese lägen außerhalb der projektspezifischen Wirkzonen und in der Nähe bevorzugter Nahrungshabitate, die ohne trassenquerende Flüge vom Ersatzbrutplatz aus zu erreichen seien (Rn. 125 f. und 130).

Bei selten vorkommenden Arten (hier: Uhu) kann auch bereits ein einzelnes Brutpaar die **lokale Population** darstellen (Rn. 127).

Einen Verstoß gegen das Störungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG für Vögel durch den Verkehrslärm und andere vom Verkehr ausgehende Störungen hat der Beklagte fehlerfrei ausgeschlossen. Die Kritik der Kläger, die angewendeten Vorschläge zu Effektdistanzen für Brutvögel an Straßen aus der **Arbeitshilfe "Vögel und Straßenverkehr"** (Ausgabe 2010) seien insgesamt spekulativ, greift nicht durch. Es wird von der Arbeitshilfe nicht in Abrede gestellt, dass die Vorschläge nicht statistisch überprüft werden konnten und im strikt naturwissenschaftlichen Sinne nicht abgesichert sind. Viele planungsrelevante Vogelarten sind jedoch so selten, dass Zusammenhänge zwischen der Verteilung der Vögel und dem Straßenverkehr nicht erkennbar werden; selbst unter Einbeziehung der gesamten Bestände seltener Vogelarten in Deutschland ließe sich keine statistisch seriös zu bearbeitende Datenbasis zusammenstellen (Arbeitshilfe, Vorbemerkungen S. VIII). Deshalb beruht der gewählte Ansatz auf der Kombination einer Prognose der artspezifischen Störanfälligkeit der Vogelarten gegen Verkehrslärm und einer Auswertung des Verteilungsmusters dieser Arten an Straßen mit unterschiedlichen Verkehrsbelastungen. Eine solche Vorgehensweise ist nicht zu beanstanden; insbesondere ist bei Kenntnislücken der Analogieschluss eine gängige und unbedenkliche Methode, mit der bei Einhaltung wissenschaftlicher Standards Kenntnislücken überbrückt werden können (Rn. 132 f.).

Nr. 5

OVG Hamburg, Urteil vom 11.04.2019 – 2 E 8/17.N, juris

Bebauungsplan „Wohldorf-Ohlstedt 13“ (unwirksam); Abwägung mit naturschutzrechtlichen Belangen (hier: Artenschutz); Anforderungen an die Ermittlung des Arteninventars bei der Aufstellung eines Bebauungsplans

Rolle des Artenschutzes in Planungs- und Zulassungsverfahren

Ein Bebauungsplan verstößt gegen das in § 1 Abs. 3 BauGB enthaltene **Gebot der Erforderlichkeit** der Planung, wenn er aus Rechtsgründen der Vollzugsfähigkeit entbehrt und deshalb die mit seinem Erlass gesetzte Aufgabe der verbindlichen Bauleitplanung nicht zu erfüllen vermag. Ein derartiges rechtliches Hindernis kann auch in den Zugriffsverboten liegen, die der nachfolgenden Realisierung der mit dem Bebauungsplan getroffenen Festsetzungen entgegenstehen können. Gemäß § 214 Abs. 3 Satz 1 BauGB ist **maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt** der Zeitpunkt der Beschlussfassung über den Bebauungsplan (Rn. 46 f.).

Das Erfordernis der Vollzugsfähigkeit des Plans sichert die Beachtung artenschutzrechtlicher Zugriffsverbote bereits im Verfahren der Planaufstellung. Dem Plangeber obliegt es deshalb, im Verfahren der Planaufstellung vorausschauend zu ermitteln und zu beurteilen, ob die vorgesehenen Festsetzungen auf überwindbare artenschutzrechtliche Hindernisse treffen würden, und von Festsetzungen, denen ein dauerhaft rechtliches Hindernis in Gestalt artenschutzrechtlicher Verbote entgegensteht, Abstand zu nehmen. Nicht die Genehmigung als solche, wohl aber das Vorliegen einer Ausnahme- bzw. Befreiungslage ist Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit des Plans. Liegt eine Ausnahme- bzw. Befreiungslage vor, ist es dem Plangeber aus Gründen des Artenschutzes nicht verwehrt, in diese "hineinzuplanen" (Rn. 48).

Nach diesem Maßstab verstößt der Bebauungsplan gegen das in § 1 Abs. 3 BauGB enthaltene Gebot der Erforderlichkeit der Planung, weil er aus Rechtsgründen vollzugsunfähig ist. Denn die von der Stadt Hamburg im Planaufstellungsverfahren aufgestellte Prognose, dass eine Verletzung artenschutzrechtlicher Verbote im Zuge der Realisierung des Plans nicht zu erwarten ist, entbehrt sowohl einer rechtlichen wie auch **beweiskräftigen tatsächlichen artenschutzfachlichen Grundlage**. Nach den der Planung zugrunde liegenden gutachterlichen Feststellungen wurden im Plangebiet und zahlreiche in ihrem Bestand gefährdete streng oder besonders

geschützte Arten nachgewiesen. Dennoch hat die Stadt Hamburg entgegen ihrer Behauptung im Planaufstellungsverfahren keine Prüfung der artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote des durchgeführt (Rn. 49).

Auch eine **Ausnahmelage** aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer und wirtschaftlicher Art liegt nicht vor. Das mit dem angegriffenen Bebauungsplan verfolgte Ziel, das Angebot an neuen **Wohnbauflächen** vorwiegend für Familien mit Kindern zu erhöhen, hat erkennbar nicht das Gewicht, um Eingriffe in die Lebensstätten geschützter Arten rechtfertigen zu können, wie dies z. B. bei der Realisierung bedeutsamer Infrastrukturprojekte oder bei der Ansiedlung von Großbetrieben der Fall sein kann. Außerdem ließe sich das Planungsziel auch an einem nach dem Schutzkonzept der FFH-Richtlinie und der Vogelschutzrichtlinie günstigeren Standort verwirklichen (Rn. 58).

Selbst wenn zugunsten der Antragsgegnerin unterstellt wird, dass eine artenschutzrechtliche Prüfung durchgeführt worden ist und dem Bebauungsplan infolgedessen nicht die städtebauliche Erforderlichkeit i.S.v. § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB fehlt, wären die Normenkontrollanträge dennoch begründet, weil der Bebauungsplan dann unter einem gemäß §§ 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 215 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB beachtlichen Mangel im **Abwägungsvorgang** litte. Denn die Antragstellerinnen rügen insoweit zu Recht, dass der von der Antragsgegnerin angestellte **Ermittlungsaufwand** für eine solche artenschutzrechtliche Prüfung unzureichend gewesen wäre. Im Rahmen der vorliegenden Bauleitplanung ist zwar zu beachten, dass die artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote nur mittelbar über § 1 Abs. 3 BauGB zur Anwendung kommen. Ein Angebotsbebauungsplan lässt – anders als etwa eine straßenrechtliche Planfeststellung oder ggf. ein planfeststellungsersetzender Bebauungsplan – in der Regel noch nicht die Handlungen zu, die die artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände erfüllen können. Dies geschieht regelmäßig erst im bauaufsichtlichen Genehmigungsverfahren, in dem die Verbotstatbestände eingreifen und der Zulassung konkreter Vorhaben entgegenstehen können. Folglich bedarf es bei der Aufstellung eines Bauleitplans im Ausgangspunkt nicht zwangsläufig dasselbe Maß an Aufklärung wie in der Fachplanung. Die Bestandserfassung kann sich eher auf die voraussichtlich dauerhaft der Verwirklichung des Bauleitplans entgegenstehenden artenschutzrechtlichen Hindernisse beschränken und ihre Untersuchungstiefe hiernach ausrichten. Gewissheit, wie im europäischen Gebietsschutzrecht, ist hinsichtlich des Ausbleibens der Verwirklichung der Zugriffsverbote nicht erforderlich. Vermitteln vorhandene Unterlagen bereits ein hinreichend genaues und aktuelles Bild über das Arteninventar des Planungsraums und ist daraus

ersichtlich, dass allenfalls ungefährdete und weit verbreitete Tierarten betroffen sein werden, so kann es in der Bauleitplanung damit sein Bewenden haben. Auf Erkundungen vor Ort durch Begehung des Untersuchungsraums kann z. B. verzichtet werden, wenn im Wesentlichen nur intensiv genutzte Ackerflächen überplant werden, an die lediglich in Randbereichen neben der Bahn bzw. der vorhandenen Wohnbebauung einzelne Gärten angrenzen und die im Übrigen nur von einem schmalen Gehölzstreifen durchzogen werden (Rn. 60, 66).

Gemessen daran ist es rechtlich zu beanstanden, dass sich die Stadt Hamburg bei der gemäß § 2 Abs. 3 BauGB gebotenen **Ermittlung des Arteninventars und der Fortpflanzungs- und Ruhestätten** allein darauf beschränkt hat, bereits vorhandene (lückenhafte) Erkenntnisse auszuwerten, aber keine eigene Begehung und tatsächliche Untersuchung des Plangebiets und seiner Umgebung veranlasst hat. In dem für die Prüfung des Artenschutzes maßgeblichen landschaftsplanerischen Gutachten heißt es, dass zur Bewertung des Tierartenbestandes keine eigenen Erhebungen durchgeführt worden seien, sondern nur auf vorhandene Unterlagen zurückgegriffen worden sei. Darüber hinaus seien für einzelne Artengruppen, sofern keine ausreichenden Unterlagen vorgelegen hätten, **Potenzialabschätzungen** durchgeführt worden. Diese herangezogenen Voruntersuchungen und Unterlagen sind ungenügend, um der Antragsgegnerin ein hinreichend genaues und aussagekräftiges Bild über das Arteninventar im Plangebiet zu vermitteln. Denn in dem Gebiet sind nicht nur ungefährdete und weit verbreitete Tierarten nachgewiesen worden, sondern nach Maßgabe der Roten Liste (RL HH) sechs stark gefährdete und elf gefährdete streng bzw. besonders geschützte Arten. Die gutachterlich angesprochenen, aber unbegründet gebliebenen Potenzialabschätzungen, die mit Prognosewahrscheinlichkeiten und Schätzungen arbeiten, sind regelmäßig nur bei häufig auftretenden, nicht gefährdeten Arten oder Arten mit gutem Ausweichvermögen und/oder wenig spezieller Habitatbindung zulässig. Dieser Ermittlungsmangel, der eine Verletzung des § 2 Abs. 3 BauGB darstellt, wäre gemäß § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB für die Wirksamkeit des Plangesetzes beachtlich. Nach dieser Vorschrift ist eine Verletzung von Verfahrensvorschriften des Baugesetzbuches für die Rechtswirksamkeit der Satzungen nur beachtlich, wenn entgegen § 2 Abs. 3 BauGB die von der Planung berührten Belange, die der Gemeinde bekannt waren, in wesentlichen Punkten nicht zutreffend ermittelt worden sind und wenn der Mangel offensichtlich und auf das Ergebnis des Verfahrens von Einfluss gewesen ist. Ist ein Punkt bzw. Belang im Hinblick auf die konkrete Planungssituation abwägungsbeachtlich, dann ist er auch wesentlich. Mängel im Abwägungsvorgang sind offensichtlich, wenn sie derart zur "äußeren" Seite des Abwägungs-

vorgangs gehören, dass sie auf objektiv erfassbaren Sachumständen beruhen. Sie sind auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen, wenn nach den Umständen des jeweiligen Falles die konkrete Möglichkeit besteht, dass ohne den Mangel die Planung anders ausgefallen wäre. Es kommt einerseits nicht auf den positiven Nachweis eines Einflusses auf das Abwägungsergebnis an, auf der anderen Seite genügt aber auch nicht die abstrakte Möglichkeit, dass ohne den Mangel anders geplant worden wäre. Gemessen daran ist von der Beachtlichkeit des Ermittlungsmangels auszugehen: Die Belange des Artenschutzes waren der Stadt Hamburg nicht nur bekannt, sondern für die Abwägung auch wesentlich, weil mit der Festsetzung neuer Wohnbauflächen ein erheblicher Eingriff in Natur und Landschaft erfolgte. Das Ermittlungsdefizit ist offensichtlich, weil es sich unmittelbar aus dem Inhalt der Planaufstellungsakten ergibt. Schließlich ist der Mangel für das Ergebnis des Verfahrens von Einfluss, weil eine ordnungsgemäße artenschutzrechtliche Prüfung der Zugriffsverbote zur Folge hätte haben können, dass eine Festsetzung von neuen Wohnbaugebieten nicht, mit kleinerer Fläche oder unter Festsetzung (weiterer) vorgezogener Ausgleichsmaßnahmen erfolgt wäre. Schließlich hätte der Ermittlungsmangel auch die vollständige Unwirksamkeit des Bebauungsplans zur Folge. Mängel, die einzelnen Festsetzungen eines Bebauungsplans anhaften, führen nicht zu dessen vollständiger Unwirksamkeit, wenn die übrigen Regelungen, Maßnahmen oder Festsetzungen für sich betrachtet noch eine sinnvolle städtebauliche Ordnung im Sinne des § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB bewirken können und wenn die Gemeinde nach ihrem im Planungsverfahren zum Ausdruck gekommenen Willen im Zweifel auch eine Satzung dieses eingeschränkten Inhalts beschlossen hätte (zu diesem Maßstab für eine Teilunwirksamkeit: BVerwG, Beschl. v. 17.09.2013, BRS 81 Nr. 76, juris Rn. 4 f.; v. 24.04.2013, BRS 81 Nr. 77, juris Rn. 3). Auch wenn nur allein dieser Ermittlungsmangel vorliegt, ist nach dem vorstehenden Maßstab von einer vollständigen Unwirksamkeit des Bebauungsplans auszugehen, weil die von der Antragsgegnerin unzureichend ermittelten Belange des Artenschutzes geeignet sind, die im Bebauungsplan getroffene Festsetzung von Wohnbauflächen erheblich zu verringern. Damit wäre zugleich das zentrale Planungsziel, neue Wohnbauflächen zu schaffen, betroffen (Rn. 67-76).

Nr. 6

OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 08.05.2019 – 8 B 10483/19, juris

Nachvollziehbarkeit einer allgemeinen UVP-Vorprüfung hinsichtlich des Kollisionsrisikos für Rotmilan und Wespenbussard durch WEA

Risikobewertung

Die durchgeführte allgemeine UVP-Vorprüfung erscheint im Ergebnis nachvollziehbar hinsichtlich der Frage zu erwartender erheblicher nachteiliger Umweltauswirkungen zum Nachteil der beiden streng geschützten europäischen Vogelarten Rotmilan und Wespenbussard, weil die Genehmigungsbehörde die Gefahr einer Kollision von Individuen beider Arten mit den WEA mit der Folge eines artenschutzrechtlich relevanten signifikant erhöhten Tötungsrisikos ohne Ermittlungs- und Bewertungsdefizite verneint hat:

Was den **Rotmilan** angeht, stützt sich das Ergebnis der Vorprüfung auf das von dem Vorhabenträger eingeholte „Ornithologische Fachgutachten“ von April 2015 sowie auf die auf dessen Grundlage durchgeführten Raumnutzungsanalysen von 2014 und 2016. Diese sachverständigen Untersuchungen sind in Methodik und Bewertungskriterien maßgeblich an dem „Naturschutzfachlichen Rahmen zum Ausbau der Windenergienutzung in Rheinland-Pfalz“ vom 13.09.2012 ausgerichtet, wonach im Umkreis um einen Rotmilanhorst grundsätzlich ein Mindestabstand von 1.000 m einzuhalten ist, während es bei einem Abstand zwischen 1.000 und 1.500 m zu Rotmilanbrutvorkommen einer speziellen Funktionsraumanalyse sowie wirksamer Vermeidungs- und Minimierungsmaßnahmen bedarf (s. dortige S. 83). Hieran orientiert haben die beauftragten Gutachter eine **Funktionsraumanalyse** im Jahre 2014 durchgeführt und im Jahre 2016 wiederholt, nachdem sich der Standort der geplanten WEA in einem Abstand von ca. 1.120 m zu dem ermittelten Brutplatz eines Rotmilanpaares befindet. Von den Antragstellern werden hinsichtlich der Datengrundlage und der Durchführung der Raumnutzungsanalysen als solche keine Einwände erhoben. Sie kritisieren vielmehr nur die Anwendung des „Naturschutzfachlichen Rahmens“ mit seinen konkreten Mindestabstandsempfehlungen als überholt und halten demgegenüber die teilweise strengeren Mindestabstandsempfehlungen der Landesarbeitsgemeinschaften der Vogelschutzwarten i.d.F. vom 15.04.2015 (sog. „**Helgoländer Papier**“) für allein maßgeblich. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Denn es wird weder von den Antragstellern hinreichend

dargelegt noch ist es sonst ersichtlich, dass allein die Mindestabstandsempfehlungen des „Helgoländer Papiers“ derzeit noch dem aktuellen Stand der Wissenschaft entsprechen bzw. sich insoweit bereits eine allgemeine Meinung in der Fachwissenschaft herausgebildet hat (vgl. dazu z. B. BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13 u. a., NJW 2019, 141 und juris, Rn. 18 ff.). Ist dies indessen derzeit nicht der Fall, so kommt der Behörde auch hinsichtlich der Einschätzung der Kollisionsgefahr für Rotmilane durch den Betrieb von WEA weiterhin eine **naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative** zu, in deren Rahmen es weiterhin nicht zu beanstanden ist, wenn sie die maßgeblichen – gerade in Auseinandersetzung mit dem „Helgoländer Papier“ für die grünlandreichen Mittelgebirgslagen von Rheinland-Pfalz getroffenen – Einschätzungen im „Naturschutzfachlichen Rahmen“ als aktuellen Stand der Wissenschaft ansieht und ihren Untersuchungen zugrunde legt (Rn. 11-12).

In Bezug auf den **Wespenbussard** ist allerdings offenkundig, dass in dem der Vorprüfung zugrunde gelegten „Ornithologischen Fachgutachten“ diese Art generell nicht als „windkraftsensible Brutvogelart in Rheinland-Pfalz“ eingestuft und daher nicht näher betrachtet wird. Die Einstufung des Wespenbussards als „nicht windkraftsensible Art“ entspricht indessen dem „Naturschutzfachlichen Rahmen“ (was aus der Nichtaufführung der Art in der dortigen Tabelle 5, S. 15 folgt). Zwar ist den Antragstellern zuzugeben, dass diese Einstufung der Art inzwischen fachlich umstritten ist (anders etwa das „Helgoländer Papier“ und wohl auch die „Hinweise zur Bewertung und Vermeidung von Beeinträchtigungen von Vogelarten bei Bauleitplanung und Genehmigung von Windenergieanlagen“ der LUBW, dortige S. 87 f.). Indessen zeigt sich an diesem Meinungsspektrum, dass sich hinsichtlich der Frage der Windkraftsensibilität der Art „Wespenbussard“ bisher kein gesicherter Stand der Wissenschaft herausgebildet und sich damit die Einstufung der Art als windkraftsensibel bisher nicht als allgemeine Meinung in der Fachwissenschaft durchgesetzt hat. Besteht mithin mangels einer einheitlichen fachlichen Bewertung dieser Frage für die Behörde insoweit weiterhin eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative, so ist das Festhalten an der Einschätzung des „Naturschutzfachlichen Rahmens“ weiterhin nicht zu beanstanden mit der Folge, dass es vorliegend keiner näheren Betrachtung dieser Art bedurfte. Soweit die Antragsteller noch auf die abweichende Auffassung in dem Beschluss des Verwaltungsgerichts Koblenz vom 19.09.2018 – 4 L 796/18.KO – verwiesen haben, ist diese Entscheidung vereinzelt geblieben; der 1. Senat des OVG Rheinland-Pfalz ist ihr mit Beschluss vom 14.01.2019 – 1 B 11314/18 – ausdrücklich nicht gefolgt; dem schließt sich der erkennende 8. Senat an. Nur ergänzend sei daher darauf hingewiesen, dass die

Antragsteller ihr Vorbringen, wonach es nach einer Auskunft der Ornithologischen Arbeitsgemeinschaft Westpfalz im Jahre 2015 ein Brutvorkommen des Wespenbussards im Abstand von nur ca. 220 m zum Standort einer der Windenergieanlagen gegeben habe, bisher in keiner Weise näher belegt haben. Sie haben insbesondere auch nicht dargelegt, dass sich ein etwaiges Brutvorkommen im Jahre 2015 auch im maßgeblichen Zeitpunkt der Genehmigung bzw. des Widerspruchsbescheides dort noch befunden hat, was aber wegen des arttypischen häufigeren Wechsels der Brutplätze geboten gewesen wäre (Rn. 13-17).

Nr. 7

BVerwG, Urteil vom 26.09.2019 – 7 C 5.18, juris

WEA in Preußisch Oldendorf

Rolle des Artenschutzrechts in Planungs- und Zulassungsverfahren

Artenschutzrechtliche Belange im Sinne des § 44 Abs. 1 BNatSchG sind in der Regel bei der **standortbezogenen UVP-Vorprüfung** nur dann zu berücksichtigen, wenn sie förmlich als Schutzzweck eines (Schutz-)Gebietes nach Nr. 2.3 der Anlage 3 zum UVPG bestimmt wurden (Rn. 27 bis 38):

§ 7 Abs. 2 Satz 3 UVPG verweist für das Prüfprogramm der standortbezogenen UVP-Vorprüfung ausdrücklich auf die Nummer 2.3 der Anlage 3 zum UVPG. Danach ist unter "Schutzkriterien" die Belastbarkeit der Schutzgüter unter besonderer Berücksichtigung der in den Nummern 2.3.1 bis 2.3.11 aufgezählten Gebiete und von Art und Umfang des ihnen jeweils zugewiesenen Schutzes zu verstehen.

Der Ansicht des OVG NRW (Urteil vom 18.05.2017 – 8 A 870/15), in die standortbezogene Vorprüfung seien auch die am Vorhabenstandort befindlichen Habitate der durch artenschutzrechtliche Zugriffsverbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG geschützten wild lebenden Tiere einzubeziehen (hier betroffen u. a. Rohrweihe), verfehlt den in Nummer 2.3 der Anlage 3 UVPG (bzw. Nr. 2.3 der Anlage 2 UVPG a.F.) zum Ausdruck gebrachten Schutzgebietsbezug und damit die vom Gesetzgeber gewollte Differenzierung zwischen dem besonderen Artenschutz und dem Gebietsschutz, der an die durch eine entsprechende Ausweisung rechtlich anerkannte besondere Schutzbedürftigkeit und die darin niedergelegten Schutzziele anknüpft. Das OVG NRW blendet den grundlegenden Unterschied zwischen dem besonderen Artenschutz einerseits und dem Gebietsschutz andererseits, wie er nicht zuletzt in Art. 3 bis 11 und Art. 12 bis 16 FFH-Richtlinie seinen Ausdruck findet, aus. Der besondere Artenschutz ist individuenbezogen und schützt jedes einzelne Exemplar einer besonders oder streng geschützten Art und dessen Habitat. Allein das Vorkommen eines oder mehrerer Habitate einer von den Verbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG erfassten Art rechtfertigt jedoch nicht die Festlegung eines (besonderen) Schutzgebietes. Dazu müssen - soweit es um den Schutz durch die FFH-Richtlinie geht - vielmehr die Kriterien für die Gebietsauswahl in Anlage III der Richtlinie erfüllt sein. Vergleichbares gilt für die übrigen in Nr. 2.3 aufgezählten Gebiete. Dass das

Prüfprogramm der standortbezogenen Vorprüfung nicht auch auf Anhaltspunkte für das Vorhandensein von Habitaten der durch die artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote geschützten wild lebenden Arten auszuweiten ist, findet seine Bestätigung weiter darin, dass in Nummer 2.3 der Anlage 3 UVPG der Prüfungsumfang nicht nur auf die in den Nummern 2.3.1 bis 2.3.9 näher bezeichneten Gebiete beschränkt wird, sondern zudem auf erhebliche nachteilige Auswirkungen gerade auf die Schutzgüter, derentwegen die Ausweisung erfolgte. Der Umstand, dass ein Gebiet einem rechtlich anerkannten Schutzstatus unterliegt, führt nicht - quasi automatisch - zur UVP-Pflicht, sondern erforderlich ist eine Gefährdung der spezifischen ökologischen Schutzfunktion des Schutzgebietes (so ausdrücklich Begr. RegE, BR-Drs. 674/00 vom 10.11.2000, S. 116).

Anderes kann allenfalls dann gelten, wenn ein - ohne formell unter Schutz gestellt zu sein - vergleichbar sensibler Lebensraum von besonders oder streng geschützten Arten betroffen ist, der einem unter Schutz gestellten Gebiet in seiner ökologischen Sensibilität gleichzusetzen ist. Das kann aber nur auf enge Ausnahmefälle beschränkt sein, etwa bei einer bewusst sachwidrig unterlassenen oder sich förmlich aufdrängenden Unterschützstellung; ansonsten droht der gesetzgeberisch gewollte Unterschied zwischen der allgemeinen und der standortbezogenen Vorprüfung zu verwischen.

Auch Unionsrecht erzwingt kein anderes Verständnis der gesetzlichen Regelungen. Art. 4 Abs. 2 der UVP-Richtlinie 2011/92/EU erlaubt den Mitgliedstaaten bei Projekten des Anhangs II zu bestimmen, ob das Projekt einer Umweltverträglichkeitsprüfung zu unterziehen ist. Geschieht dies - wie hier - durch eine Einzelfalluntersuchung, sind dabei die relevanten Auswahlkriterien des Anhangs III zu berücksichtigen (Art. 4 Abs. 3 UVP-Richtlinie). Dort sind Projektmerkmale und Projektstandorte sowie die Merkmale der potenziellen Auswirkungen aufgeführt. Der Anhang III ist in dieser Form bereits mit der UVP-Änderungsrichtlinie 97/11/EG eingeführt worden. In deren zehnter Begründungserwägung heißt es im Hinblick auf von den Mitgliedstaaten gemäß der FFH- und Vogelschutzrichtlinie ausgewiesene besondere Schutzgebiete, dass Projekte in diesen Gebieten nicht notwendigerweise automatisch entsprechend der Richtlinie geprüft werden müssten, also einer Umweltverträglichkeitsprüfung zu unterziehen sind. Vor diesem Hintergrund erscheint es ausgeschlossen, dass der Gesetzgeber mit seiner Unterscheidung zwischen der allgemeinen und der standortbezogenen Vorprüfung sowie der entsprechenden unterschiedlichen Anwendung der Kriterien des Anhangs 2 zum UVPG den ihm von der Richtlinie zugestandenen Umsetzungsspielraum über-

schritten hat. Auch der EuGH-Rechtsprechung ist nicht zu entnehmen, dass die besonders oder streng geschützten Arten zwingend bei der Vorprüfung einzustellen sind. Der EuGH hat insoweit festgestellt, dass eine Festlegung von Schwellenwerten allein nicht zur Umsetzung von Art. 4 Abs. 2 UVP-Richtlinie genügt, um der Verpflichtung gerecht zu werden, diejenigen Projekte zu ermitteln, bei denen mit erheblichen Auswirkungen auf die Umwelt zu rechnen ist. Es müssten vielmehr neben der Größe auch die Art und der Standort des Projekts berücksichtigt werden. Die ordnungsgemäße Umsetzung der Richtlinie hänge dabei nicht von den Merkmalen eines einzelnen Projekts ab, sondern von einer Gesamtbeurteilung der Merkmale der in einem Gebiet in Betracht kommenden Projekte (EuGH, Urteil vom 21.09.1999 - C-392/96 - Rn. 65, 74). Diese Vorgaben lassen nicht erkennen, dass die deutsche Regelung in dem hier zugrunde gelegten Verständnis gegen Unionsrecht verstößt. Vielmehr werden der Vorhabenart und dem Vorhabenstandort durch den Anhang 3 zum UVP-Gesetz eine gesteigerte Bedeutung bei der Bestimmung der UVP-Pflichtigkeit eingeräumt.

Nr. 8

VGH Hessen, Urteil vom 05.12.2019 – 2 C 1823/15.T, juris

Planfeststellung für den Neubau der vierspurigen Ortsumgehung von Lampertheim-Rosengarten (B 47)

Rolle des Artenschutzrechts in Planungs- und Zulassungsverfahren

Der angefochtene Planfeststellungsbeschluss ist rechtswidrig und darf nicht vollzogen werden, weil er gegen **zwingende Vorgaben des Artenschutzrechts** verstößt und die klagenden Landwirte, deren Flächen für Ausgleichsmaßnahmen zugunsten des Natur- und Artenschutzes in Anspruch genommen werden sollen, hierdurch in ihren Rechten verletzt werden (Rn. 7, 31 und 42).

Bestandserfassung

Zu Methodik und Umfang der **Bestandserfassung von Fledermäusen bei der Planung von Fernstraßen** (Rn. 44-85):

Nach dem sich aus dem Kartierleitfaden von Hessen Mobil 2013¹²⁷² und seinen zugrundeliegenden Quellen ergebenden Stand der Wissenschaft lässt sich die **Standardmethode zur lückenlosen Bestandserfassung von Fledermäusen** (Artenspektrum und Raumnutzungsmuster) im Wesentlichen in drei zeitlich gestaffelte Untersuchungsblöcke gliedern: In einer ersten Phase ist vorrangig anhand der Auswertung von bereits zur Verfügung stehenden Daten etwa aus Datenbanken, vorhandenen Kartierungen und bereits abgeschlossenen Untersuchungen eine Habitatanalyse durchzuführen. Hieran schließen sich in einer zweiten Phase die sommerlichen Erfassungen im Zuge von Geländebegehungen mit Detektoren und durch stationäre Erfassungssysteme (Horchboxen) an. In der nachgelagerten dritten Phase erfolgt schließlich die Erfassung der als Quartier geeigneten Strukturen in den Gehölzen und Bauwerken (Rn. 50-52).

¹²⁷² Aktuelle Version: Hessen Mobil, Kartiermethodenleitfaden, 2. Fassung, 2017.

Die an die Habitatanalyse anschließenden **sommerlichen Geländeuntersuchungen** zur Erfassung der Flugrouten und der Jagdgebiete zur Ermittlung des Kollisionsrisikos beruhen auf Geländebegehungen des Gutachters an **sechs Terminen** (5. und 12. Mai, 25. und 26. Juni, 25. Juli und 2. August 2006), die jeweils sechs bis sieben Stunden dauerten und in der Regel in der frühen Abenddämmerung begannen. Jeder während einer Begehung wahrgenommene Fledermausruf wurde in einer Arbeitskarte verortet. Hierzu wurde der Fledermausdetektor Pettersson D 240x verwendet, der wahlweise im Mischer- und im Zeitdehnungsverfahren genutzt wurde. Einzelne Rufe wurden bei zehnfacher Zeitdehnung der tatsächlichen Ruflänge aufgezeichnet und einer PC-Lautanalyse mit Hilfe des Programms „Batsound“ von Petterson unterzogen. Eine Rufaufnahme und Analyse erfolgte insbesondere bei der Gattung *Myotis* (Mausohren). Bei der Feldbestimmung wurden darüber hinaus die Bestimmungskriterien Hauptfrequenz, Klang, Dauer und Pulsrate der Rufe, Größe und Flugverhalten der beobachteten Art sowie das Habitat und der Erscheinungszeitpunkt herangezogen. In dem die Vorhabenträgerin bindenden Leitfaden werden für die Detektorerfassung zur Bestimmung von Flugrouten zwei Begehungen in der Zeit von Mai bis August und zur Erfassung von Jagdgebieten vier bis sechs Begehungen im Zeitraum April bis September vorgegeben (Hessen Mobil, Kartiermethodenleitfaden, 1. Fassung 2013, S. 17 f.). Konkreter sind die Vorgaben in der von diesem Leitfaden in Bezug genommenen Arbeitshilfe aus Schleswig-Holstein, die für die sommerlichen Geländeuntersuchungen standardmäßig je nach Landschaftstyp vier bis sechs detektorgestützte, flächendeckende Begehungen im Zeitraum von Mai bis September vorgibt und dabei für den Landschaftstyp strukturarmes Offenland vier Begehungen ausreichen lässt.¹²⁷³ *Albrecht et al.* schließen sich dieser nach dem Landschaftstyp differenzierten Betrachtung im Wesentlichen an und empfehlen, bei Planungsräumen mit geringer Struktur- ausstattung und wenigen oder keinen bekannten Artvorkommen den Untersuchungsaufwand auf vier bis sechs Begehungen zu begrenzen.¹²⁷⁴ Dies entspricht auch dem aktuellen Kartiermethodenleitfaden der Vorhabenträgerin.¹²⁷⁵ Danach ist die von den Gutachtern unternommene Anzahl von Begehungen in quantitativer Hinsicht nicht zu beanstanden (Rn. 53 und 56).

Es begegnet auch keinen durchgreifenden Bedenken, dass die Gutachter ihre Geländebegehungen nicht über den 2. August 2006 hinaus bis Ende Oktober unternommen haben. Die Wahl des Kartierzeitpunktes erlaubt Aussagen zu den

¹²⁷³ LBV SH, Fledermäuse und Straßenbau, 2011, S. 14 f.

¹²⁷⁴ *Albrecht et al.*, Leistungsbeschreibungen für faunistische Untersuchungen, 2013, S. 78.

¹²⁷⁵ Hessen Mobil, Kartiermethodenleitfaden, 2. Fassung, 2017, S. 27.

unterschiedlichen Aktivitätsphasen der Fledermäuse. Die sensibelste Zeit ist die **Phase der Jungenaufzucht**, die schwerpunktmäßig bei jeder Kartierung abgebildet werden sollte. Sie umfasst die Monate Mai/Juni bis Juli/August.¹²⁷⁶ Detektorbegehungen ab etwa Mitte August berücksichtigen die **Phase des Paarungs- und Balzgeschehens**. In dieser Zeit beginnt die Auflösung der Wochenstubenverbände und die Tiere verteilen sich zunehmend, um die Gegend zu erkunden und Paarungs- und Schwarmquartiere aufzusuchen. Zu diesem Zeitpunkt sind auch viele flugunerfahrene Jungtiere unterwegs. Die artbezogene Erfassung der Wanderbewegungen im Rahmen des Paarungsgeschehens mittels Detektoren und stationärer Systeme ist aber nur dann planungsrelevant, wenn artbezogen stärker genutzte Flugrouten für großräumige Transferflüge in die Balz- und Winterquartiere im Eingriffsbereich einer Trasse zu erwarten sind. Zur Abschätzung potentieller Flugrouten ist es erforderlich, die weitere Umgebung auf bedeutende Schwarm- und Paarungsquartiere zu untersuchen. Nur für den Fall, dass aktuell besetzte oder potentiell geeignete Fortpflanzungsstätten im Wirkungsbereich der Trasse ausgemacht werden, müssen offensichtliche Leitstrukturen wie Gehölze oder morphologische Geländekanten, die von der Straße zerschnitten werden, auf eine mögliche Betroffenheit des Paarungsgeschehens einer Art näher überprüft werden (Rn. 57-59).

In den einschlägigen Arbeitshilfen und Leitfäden wird der **Einsatz von Horchboxen** zur Erfassung von Flugrouten und von Jagdgebieten als Ergänzung zur Detektorbegehung betrachtet; Geländebegehungen mit Detektor seien demgegenüber das wichtigste Mittel, um die ökologische Bestandsaufnahme hinsichtlich der Fledermäuse vorzunehmen.¹²⁷⁷ Die Ausbringung von Horchboxen ist vor allem an potentiell geeigneten Leitstrukturen und sonst besonders kritischen Stellen vorgesehen. Der stationäre Aufbau solcher Geräte dient zur Erfassung des Artenspektrums und der Aktivitätsdichte an einem bestimmten Aufnahmepunkt. Ihr Einsatz über mehrere Nächte (und ggf. Wochen) führt zu einem deutlich breiteren Erfassungszeitraum als dies mit gleichem Aufwand mittels Detektorbegehungen möglich wäre. So können wesentlich aussagekräftigere Daten zur Nutzungsintensität und -qualität einer bestimmten lokalen Stelle gewonnen werden. Aus der Aktivitätsverteilung im Tages- und Jahresverlauf lassen sich etwa Aussagen zur Bedeutung der Probestellen als Austauschbeziehung oder Nahrungshabitat ableiten. Hohe Aktivitäten zu den Ein- und Ausflugszeiten lassen auf die Nähe von Quartieren schließen. Mit derartigen Erkenntnissen kann die Bedeutung von Strukturelementen und damit der Bedarf von Schutzmaßnahmen, etwa von Fledermausbrücken oder

¹²⁷⁶ LBM RLP, Fledermaus-Handbuch, 2011, S. 44.

¹²⁷⁷ LBV SH, Fledermäuse und Straßenbau, 2011, S. 68.

von Irritationsschutz, beurteilt werden.¹²⁷⁸ Vor diesem Hintergrund war hier ein flächendeckender Einsatz von Horchboxen aufgrund des prägenden Charakters des Untersuchungsraums als strukturarmes Offenland nicht angezeigt. Allerdings wäre aufgrund der von den Gutachtern im Zuge der Detektorbegehungen gewonnenen Erkenntnisse über die besondere Bedeutung der Gehölzstrukturen an der ehemaligen Bahntrasse für die dort festgestellten Fledermausarten nach den vorstehend wiedergegebenen Kriterien in diesem Bereich der ergänzende Einsatz von stationären Erfassungsgeräten wissenschaftlich geboten gewesen, um die Bedeutung der Flugroute für die in diesem Bereich festgestellten Arten valide zu bestimmen. Dies gilt auch für die erforderliche Bestimmung der Qualität dieses Landschaftselements als Jagdgebiet für die dort festgestellten Arten, denn eine schematische Trennung zwischen den Funktionen einer Leitstruktur als „Flugroute“ oder als „Jagdgebiet“ ist nicht möglich, weil Fledermäuse bei entsprechendem Nahrungsangebot auch entlang der Flugrouten jagen. Um aussagekräftige Parameter zur Bedeutung dieser Flugroute zu bekommen, wäre auch die Dokumentation der Anzahl der von einem stationären Erfassungssystem aufgenommenen Fledermauskontakte und Rufsequenzen innerhalb eines konkreten Zeitintervalls unerlässlich gewesen.¹²⁷⁹ Dies gilt entsprechend für die Ermittlung ausreichender Datengrundlagen zur Bewertung eines Jagdgebietes als bedeutend.¹²⁸⁰ Denn an Stellen, an denen nur vereinzelte oder sporadische Flugaktivitäten von Fledermäusen zu verzeichnen sind, sind weder Kollisionsverluste über das allgemeine Lebensrisiko hinaus noch Störungen zu erwarten, die sich auf den Zustand einer lokalen Population erheblich auswirken oder zum vollständigen Funktionsverlust von Fortpflanzungs- und Ruhestätten führen können. Für die aus der Bestandsaufnahme zu ziehenden Schlussfolgerungen im Hinblick auf notwendige Vermeidungsmaßnahmen ist deshalb die Bestimmung der Bedeutung der einzelnen betroffenen Flugroute oder des betroffenen Jagdgebietes entscheidungserheblich (Rn. 61-72).

Netzfänge und Quartiertelemetrie zählen nicht zum Umfang der Standardmethode zur Erfassung der Fledermausbestände. Sie können im Einzelfall als zusätzliche Sonderuntersuchungen angebracht sein, etwa wenn die zu erwartenden Arten durch den Einsatz von stationären Erfassungssystemen und Geländebegehungen unter Einsatz von Detektoren schlecht zu identifizieren (z. B. Netzfänge zur sicheren Bestimmung von Arten der Gattung *Myotis*) oder wenn besondere Habitatfunktionen (z. B. die An- und Abwanderung von und zu bedeutenden Winter-

¹²⁷⁸ Albrecht et al., Leistungsbeschreibungen für faunistische Untersuchungen, 2013, S. 80 ff.

¹²⁷⁹ LBV SH, Fledermäuse und Straßenbau, 2011, S. 17 und 30.

¹²⁸⁰ LBV SH, a.a.O., S. 36 f.

quartieren) zu erfassen sind. Der Einsatz von Telemetrie im Anschluss an durchgeführte Netzfänge kann im Einzelfall angezeigt sein, um sonst nicht auffindbare Wochenstuben im Untersuchungsraum zu lokalisieren oder das Raumnutzungsmuster einer Kolonie näher zu analysieren (Rn. 74).¹²⁸¹

Soweit die Kläger weiterhin rügen, die Planfeststellungsbehörde habe zum Zeitpunkt ihrer Beschlussfassung im August 2015 über keine **aktuellen Daten** zur Fauna verfügt, dringen sie damit hinsichtlich der Bestandserhebung zu den Fledermausarten nicht durch. Die Planfeststellungsbehörde ist davon ausgegangen, dass erhobene Daten zur Fauna nach Ablauf von **fünf Jahren seit der Bestandserfassung** als „veraltet“ angesehen werden könnten, nach entsprechenden Veränderungen unter Umständen auch schon früher. Sie hat sich deshalb dafür entschieden, eine Plausibilitätskontrolle der 2006 im Gelände erhobenen Verbreitungsangaben vor dem Hintergrund der Habitatentwicklung im Bezugsraum und einer Aktualisierung der Daten durch Geländeerfassung zu beauftragen. Hierauf wurde das Gutachten „Aktualisierung der Bestandserhebung im Mai und Juni 2014“ vorgelegt, welches die Planfeststellungsbehörde zur weiteren Grundlage für ihre Entscheidung gemacht hat. Das methodische Herangehen in dem Gutachten zur Aktualisierung der Bestandserhebung und die von ihnen gezogenen Schlussfolgerungen entsprechen aktuellen fachwissenschaftlichen Standards (vgl. *Lüttmann et al.*, Methodenhandbuch Artenschutzprüfung NRW, 2017). Danach ist in Fällen, in denen zwischen der faunistischen Bestandsaufnahme und dem maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt im Planfeststellungsverfahren längere Zeiträume liegen, mindestens eine Plausibilitätskontrolle durchzuführen, auf deren Grundlage im Einzelfall eine Entscheidung über die Notwendigkeit einer erneuten Kartierung getroffen werden muss. Die Plausibilitätskontrolle dient der Überprüfung der Ergebnisse aus der ursprünglichen Kartierung und der Angemessenheit der daraus abgeleiteten Konflikte und Maßnahmen. Grundlage hierfür ist eine Überprüfung der Lebensraumstrukturen im Gelände analog zur Potenzial-Analyse. In der Regel ist die fachkundige Beurteilung aufgrund einer einmaligen örtlichen Begehung und anhand von aktuellen Karten oder Luftbildern der betreffenden Flächen notwendig. Ziel der Untersuchung ist es, unter Berücksichtigung der Erkenntnisse aus der vorhergehenden Kartierung die vor Ort vorhandenen Lebensraumstrukturen auf eine zu erwartende Nutzung durch die relevanten Tierarten zu prüfen. Festgestellte Änderungen sind hins. ihrer möglichen Auswirkungen auf das Artenspektrum oder die räumliche Verteilung gutachterlich zu bewerten. Diese Bewertung kann im Einzelfall die Erforderlichkeit einer erneuten aktuellen Kartierung ergeben. Werden aber aufgrund der Überprü-

¹²⁸¹ LBV SH, Fledermäuse und Straßenbau, 2011, S. 11 und 20-24.

fung der Lebensraumstrukturen keine gravierenden Änderungen festgestellt und sind auch ansonsten keine relevanten neuen Sachverhalte bekannt, ist in der Regel keine erneute Bestandserfassung vorzunehmen (Rn. 80-83).¹²⁸²

Risikobewertung

Bei Straßenplanungen ist von einem **signifikant erhöhten Tötungsrisiko für Fledermäuse beim Betrieb** auszugehen, wenn regelmäßig genutzte Hauptflugrouten zwischen Jagdgebiet und Quartier vorliegen oder bevorzugte Jagdhabitats geschnitten werden. Das ist hier gegeben, denn die Trasse zerschneidet eine vorhandene Leitstruktur und damit eine bedeutende Flugroute. Auf eine Querungshilfe als fachlich anerkannte Schutzmaßnahme im Sinne des § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG durfte die Planfeststellungsbehörde insb. wegen der Strukturbindung der festgestellten Fledermausarten nicht verzichten. Bei der Zwergfledermaus, der Flughautfledermaus und der Breitflügelfledermaus wird vertreten, es handele sich um bedingt strukturgebunden fliegende Arten¹²⁸³ (Rn. 64, 86 und 89 f.).

Das Konzept eines „**Hop-over**“ als **Querungshilfe** ist mangels bisheriger Erprobung bei einer vierspurigen Straße nicht als Überflughilfe mit hohem Wirkungsgrad anzusehen. In der sächsischen Arbeitshilfe wird dargelegt, dass Überleitungen im Kronenbereich von Bäumen („Hop-over“) in Verbindung mit seitlichen Abschirmungen (Wände, Sperrzäune) insb. bei einbahnigen Straßenbauvorhaben denkbar seien.¹²⁸⁴ Von einer Wirksamkeit für lediglich zweispurige Straßen gehen auch *Lüttmann et al.* 2017 aus¹²⁸⁵ (Rn. 92-96).

Bedenken an der Wirksamkeit des vorgesehenen Konzepts eines „Hop-over“ ergeben sich auch aus Ausführungen in der einschlägigen wissenschaftlichen Literatur zu Erfahrungen mit **Kollisionsschutzwänden**, die von der Grundkonzeption her ähnlich sind. Nach den Ausführungen in der sächsischen Arbeitshilfe ist die Wirkung

¹²⁸² *Lüttmann et al.*, Methodenhandbuch Artenschutzprüfung NRW, 2017, S. 24.

¹²⁸³ *Brinkmann et al.*, Querungshilfen für Fledermäuse – Arbeitshilfe Sachsen, 2013, S. 27.

¹²⁸⁴ *Brinkmann et al.*, a.a.O., S. 72.

¹²⁸⁵ *Lüttmann et al.*, Poster „Monitoring von ‚Hop-overs‘ als Querungshilfen für Fledermäuse an 2-spurigen Straßen“, online im Internet:

www.fgsv.de/fileadmin/Veranstaltungen/2017/201709_Landschaftstagung/Poster/06_%20Hop-Over_Fledermaeuse.pdf (zuletzt abgerufen am 15.02.2022).

von Kollisionsschutzwänden oder -zäunen bislang nicht ausreichend untersucht worden. Die Experten der Arbeitsgemeinschaft Querungshilfen 2008 seien zu der Einschätzung gelangt, dass Schutzwände nur für wenige Arten bedingt geeignet erschienen und deren Wirksamkeit auch von der speziellen Geländesituation abhängig sei. Auch eine zusätzliche Konstruktion einer Schutzwand auf dem Mittelstreifen würde die Wirksamkeit für diese Arten nur geringfügig erhöhen; für eine derartige Konstruktion stehe der Nachweis eines Erfolgs noch aus.¹²⁸⁶ Für die vorliegend relevanten Fledermausarten (Zwergfledermaus, Rauhautfledermaus und Breitflügelfledermaus) ergab die durchgeführte Expertenbefragung, dass ein zusätzlich auf dem Mittelstreifen errichteter Schutzzaun von 4,50 Metern Höhe nur bedingt geeignet sei, zur sicheren Querung einer vierstreifigen Trasse beizutragen, da nur rund die Hälfte der Tiere diese Querungshilfe annähmen.¹²⁸⁷ Die in der sächsischen Arbeitshilfe aufgezeigten Bedenken werden durch die Untersuchungen in dem FE-Gutachten von *Lüttmann et al.* zur Wirksamkeit von Wänden und Zäunen als Leit- und Sperreinrichtungen für Fledermäuse bestärkt.¹²⁸⁸ Danach haben Beobachtungen von *Lüttmann et al.* zum Verhaltensmuster unter anderem der hier relevanten Fledermausarten auf drei Probeflächen mit unterschiedlichen Leit- und Sperreinrichtungen (Lärmschutzwand, Maschendrahtzaun, Metallgitterwand) mit einer Höhe zwischen 3 und 4 Metern ergeben, dass sich zwar durch derartige Barrieren auch der Anteil der niedrig oder bodennah fliegenden Individuen wie etwa die Zwergfledermaus von über 50 % auf unter 20 % verringern lässt. Gleichwohl flog ein relativ großer Anteil der Art nach dem Überqueren einer derartigen Sperreinrichtung noch im potentiellen Kollisionsbereich einer Trasse innerhalb einer Höhe von zwei bis unter fünf Metern. Im Verkehrsraum verblieben zwischen 20 und 30 % der Arten (Rn. 99).¹²⁸⁹

Aus der Entscheidung des BVerwG zur Nord-West-Umfahrung Hamburg im Zuge der A 20 ergibt sich nach Auffassung des Senats kein anderer Befund. Tragend für die Annahme der Wirksamkeit des dortigen Schutzkonzepts war für das BVerwG, dass die Kollisionsschutzwände nur ein Element desselben darstellten, das wesentlich durch eine in einer Hauptflugroute angelegte großzügige **Unterführung** geprägt sei, wobei vom Boden und von der Wasseroberfläche aus gesehen die Kollisionsschutzwand erst in mehr als 8 m Höhe ende, sodass auch für am Wasser und im Nahbereich der Unterführung jagende Fledermäuse ein besonders geschützter Bereich

¹²⁸⁶ *Brinkmann et al.*, Querungshilfen für Fledermäuse – Arbeitshilfe Sachsen, 2013, S. 72 und 78.

¹²⁸⁷ *Brinkmann et al.*, a.a.O., S. 83 f.

¹²⁸⁸ *Lüttmann et al.*, Fledermäuse und Verkehr, 2010.

¹²⁸⁹ *Lüttmann et al.*, a.a.O., S. 251 und 256 f.

geschaffen werde, der das Kollisionsrisiko zu vermindern helfe.¹²⁹⁰ Damit ist die vorliegend zu beurteilende Schutzkonzeption des Beklagten nicht zu vergleichen. Er setzt auch in Ansehung des vierstreifigen Regelquerschnitts der planfestgestellten Trasse allein auf den sicheren Überflug von Fledermäusen im Wege eines „Hop-over“. Neben der Schutzpflanzung an den Trassenrändern, die einen Lückenschluss im Kronenbereich der Bäume nicht erreichen wird, soll dabei der begrünten Rankhilfe auf dem Mittelstreifen eine essentielle Bedeutung für das Gelingen des „Hop-over“ zukommen. Aufgrund der Dammlage der planfestgestellten Trasse in dem hier relevanten Bereich von Baukilometer 2+085 bis 2+200 in einer Höhe von zirka 1,50 bis 1,80 m wären insbesondere Durchlässe zur Bewältigung des Konflikts in die landschaftspflegerischen Überlegungen vorrangig einzubeziehen gewesen.¹²⁹¹ Dass derartige Unterführungsbauwerke zu einer merklich intensiveren Inanspruchnahme von landwirtschaftlichen Flächen führen würden, hat der Beklagte nicht substantiiert dargetan und ist auch nicht ersichtlich. Der sachverständige Beistand des Beklagten hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat lediglich ausgeführt, man habe auf wirksamere Vermeidungsmaßnahmen wie eine Fledermausbrücke oder eine Grünbrücke verzichtet, um einer höheren Flächeninanspruchnahme zu entgehen. Dabei hat er für diese Maßnahmen offengelassen, in welcher Größenordnung zusätzlich landwirtschaftliche Flächen benötigt worden wären. Gleiches gilt mit Blick auf die Betroffenheiten des Gemeinwohls hinsichtlich der Frage, ob ein Unterführungsbauwerk mit deutlich höheren Kosten verbunden gewesen wäre (Rn. 102 und 107).

Ausnahmeprüfung

Hinsichtlich des für die Zwergfledermaus, die Rauhautfledermaus und die Breitflügelfledermaus verbleibenden, weiterhin signifikant erhöhten Tötungsrisikos kann sich der Beklagte nicht mit Erfolg auf die in dem angefochtenen Planfeststellungsbeschluss enthaltene artenschutzrechtliche Ausnahme berufen (Rn. 111 ff.).

Eine Ausnahme vom Tötungsverbot darf nach § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 und Satz 2 BNatSchG nur erteilt werden, wenn zumutbare Alternativen nicht gegeben sind.

¹²⁹⁰ Verweis auf BVerwG, Urteil vom 28.04.2016, 9 A 9.15, juris Rn. 146.

¹²⁹¹ *Brinkmann et al.*, Querungshilfen für Fledermäuse – Arbeitshilfe Sachsen, 2013, S. 65 f.; *Lüttmann et al.*, Fledermäuse und Verkehr, S. 210 ff.

Zumutbare Alternativen können alternative Standorte (oder Trassen), andere Größenordnungen oder alternative Aktivitäten, Prozesse oder Methoden sein. Insb. Ausführungsalternativen sind in die Prüfung nach Satz 2 mit einzubeziehen; dabei sind auch gewisse Abstriche am Vorhaben ggf. in Kauf zu nehmen. Die aus § 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG folgende **Verpflichtung auf die schonendste zumutbare Alternative** unterstreicht den Ausnahmecharakter der Vorschrift; **eine „billige Flucht in die Ausnahme“ kann es danach nicht geben**. Die Ausnahme ist das letzte Mittel. Vorhabenträger und Planfeststellungsbehörde obliegt es vorrangig, unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nach Wegen zur Zulässigkeit des Vorhabens über konfliktvermeidende oder -mindernde Maßnahmen zu suchen. In eine artenschutzrechtliche Alternativenuntersuchung, die diesen rechtlichen Maßgaben genügt, ist der Beklagte nicht eingetreten. Er hat namentlich nicht untersucht und abgewogen, ob und welche anderen wirksameren Querungshilfen für Fledermäuse in dem hier relevanten Bereich südlich der RWE-Siedlung alternativ umsetzbar wären. Aufgrund der Dammlage der planfestgestellten Trasse mussten sich dem Beklagten im Rahmen der notwendigen Einbeziehung und Bewertung von Alternativen für Querungshilfen insbesondere Unterführungsbauwerke und Durchlässe aufdrängen. Vorhabenträger und Planfeststellungsbehörde dürfen von einer Alternativlösung nur Abstand nehmen, sofern diese technisch nicht realisierbar oder aus rechtlichen Gründen nicht zulässig ist, oder diese anderweitige, auch naturschutzexterne Nachteile aufweist, die außer Verhältnis zu dem mit ihr erreichbaren Gewinn für Natur und Umwelt stehen. Solche Nachteile können auch hohe Bau-, Betriebs- und Unterhaltungskosten sein. Dass vorliegend die Realisierung einer anderen Art von Querungshilfe für Fledermäuse, die mit einer besseren Wirksamkeitsprognose verbunden ist, mit unverhältnismäßig höheren Bau- oder Unterhaltungskosten einherginge, wie dies etwa für Tunnelbauwerke anzunehmen ist, hat die Planfeststellungsbehörde nicht ermittelt. Dies gilt gleichermaßen für die möglichen Kosten einer Fledermausbrücke und einer Grünbrücke, die der sachverständige Beistand des Beklagten in der mündlichen Verhandlung als Alternativen zum „Hop-over“ zur Sprache gebracht hat (Rn. 114-115).

Selbst wenn man davon ausginge, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme gemäß § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 und Satz 2 BNatSchG hier vorlägen, bedarf es zusätzlich einer fehlerfreien **Ermessensausübung** durch die Planfeststellungsbehörde. Dies setzt eine vollständige Ermittlung und Bewertung des artenschutzrechtlich entscheidungsrelevanten Sachverhalts voraus, die hier hinsichtlich der Prüfung von Ausführungsalternativen unterblieben ist (Rn. 116).

Nr. 9

BVerwG, Beschluss vom 15.07.2020 – 9 B 5.20, juris

Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren hinsichtlich des Planfeststellungsbeschlusses für die zweite Rheinbrücke bei Wörth

Rolle des Artenschutzrechts in Planungs- und Zulassungsverfahren

Das BVerwG hat bereits klargestellt, dass es sich bei der Unterscheidung zwischen generell **planungsrelevanten** und sonstigen **Arten** – so die Terminologie in NRW – um eine naturschutzfachliche Bewertungsfrage handelt (BVerwG, Beschluss vom 08.03.2018 – 9 B 25.17, juris Rn. 27). Entgegen der Auffassung des Klägers [BUND Rheinland-Pfalz] handelt es sich auch bei der Frage der Zulässigkeit einer solchen Differenzierung um eine naturschutzfachliche Bewertungsfrage, die in Abhängigkeit von der jeweiligen Planungssituation und den örtlichen Verhältnissen (Naturausstattung) beantwortet werden muss, und nicht um eine allgemein zu beantwortende Rechtsfrage. Denn es geht nicht um die Auslegung der Verbotstatbestände, die ausschließlich vom Gericht vorzunehmen ist, sondern um die naturschutzfachliche Frage, mit welcher Methodik und Prüfungstiefe die vom Gericht ausgelegten unbestimmten Rechtsbegriffe – etwa der signifikanten Erhöhung der Tötungsgefahr – bei bestimmten Vogelarten anzuwenden sind. Dies zeigt sich auch daran, dass die in Rede stehende Unterscheidung nach "**Allerweltsvogelarten**", die gruppenbezogen geprüft werden, und solchen, die einer Art-für-Art-Prüfung zu unterziehen sind, auf naturschutzfachliche Kriterien wie die Seltenheit und die Anpassungsfähigkeit einer Art abstellt. Auf der naturschutzfachlichen Ebene liegt dementsprechend auch die Annahme des OVG Rheinland-Pfalz, bei häufig vorkommenden Vogelarten sei im Hinblick auf die Ausnahmevoraussetzung des § 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG regelmäßig davon auszugehen, dass sich der Erhaltungszustand der Populationen vorhabenbedingt nicht verschlechtern werde. Es ist zu betonen, dass die vorgenommene Unterscheidung die "häufigen Vogelarten" nicht etwa von jeder Prüfung befreit, sondern nur eine geringere Prüfungstiefe vorsieht. **Im Grundsatz sind alle Vogelarten artenschutzrechtlich zu betrachten**; dabei sind Methodik und Prüfungstiefe naturschutzfachliche Fragen. Diese müssen wissenschaftlich beantwortet werden, was nicht nur – im Grundsatz sowie in der konkreten Fallanwendung – gerichtlich überprüfbar ist, sondern angesichts der noch jungen ökologischen Wissenschaft zugleich bedeuten kann, dass die Einschätzung einem gewissen Wandel unterliegt (Rn. 16-19).

Es handelt sich um eine zweischrittige Prüfung, die das Gericht bei naturschutzfachlichen Bewertungsfragen typischerweise vorzunehmen hat. Es muss zunächst feststellen, ob es eine **anerkannte Fachmeinung** zu Methode oder Inhalt der aufgeworfenen Frage gibt; das ist eine **Tatsachenfeststellung**, die notfalls mit sachverständiger Hilfe erfolgen kann. Gibt es einen solchen "Standard", dann prüft das Gericht dessen Befolgung bzw. die Gründe für eine Abweichung. Gibt es ihn nicht, sondern stattdessen ein wissenschaftliches "Erkenntnisvakuum", gilt der Plausibilitätsmaßstab (Rn. 20).

Nach dem Gesetzeswortlaut des § 44 Abs. 5 Satz 3 in Verbindung mit Satz 2 BNatSchG erfassen **vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen (CEF-Maßnahmen)** in Anhang IV Buchst. a der Richtlinie 92/43/EWG aufgeführte Tierarten und europäische Vogelarten. Die Erstreckung auch auf Vögel verstößt entgegen der Auffassung der Beschwerde nicht gegen Europarecht. Zwar werden CEF-Maßnahmen weder im Wortlaut der Vogelschutzrichtlinie noch der FFH-Richtlinie genannt. Die Europarechtskonformität ergibt sich aber aus dem Sinn und Zweck der Maßnahmen, die darauf abzielen, die kontinuierliche ökologische Funktionalität der jeweiligen Fortpflanzungs- und Ruhestätten zu sichern (vgl. Leitfaden der EU-Kommission zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG, endgültige Fassung Februar 2007, S. 53 ff. unter II. 3.4.d). Dass der vorgenannte Leitfaden sich nur auf den Artenschutz nach der FFH-Richtlinie, nicht aber auf die Vogelschutzrichtlinie bezieht, hängt mit dem Gegenstand des Leitfadens, der Auslegung der Art. 12 und 16 der FFH-Richtlinie, zusammen (so schon BVerwG, Urteil vom 6. April 2017 - 4 A 16.16 - NVwZ-RR 2017, 768 Rn. 87). Im Übrigen hat bereits das Oberverwaltungsgericht darauf hingewiesen, dass weder dargelegt noch ersichtlich sei, dass konkrete Bestimmungen der Vogelschutzrichtlinie einer Anwendung des Konzepts der CEF-Maßnahmen auch auf Vögel entgegenstehen könnten. Auch in der naturschutzfachlichen Praxis gehört die Anwendung auf Vögel zum "Standard". Voraussetzung ist allerdings, dass strenge Anforderungen im Hinblick auf den räumlich-funktionalen Zusammenhang sowie die zeitliche Durchführung eingehalten werden. Vor diesem Hintergrund genügt der bloße Hinweis der Beschwerde, es sei offen, wie der Europäische Gerichtshof die "Zwischenkategorie" der CEF-Maßnahmen, die – betrachte man sie FFH-rechtlich – zwischen Vermeidungs- und Ausgleichsmaßnahme anzusiedeln seien, einstufen würde, nicht, um eine grundsätzliche Bedeutung der Frage darzulegen (Rn. 21 f.).

Nr. 10

VGH Bayern, Urteil vom 17.07.2020 – 15 N 19.1377, juris

Anforderung an die Bestandserfassung im Bebauungsplanverfahren bei ganz konkreten Festsetzungen zu den geplanten Vorhaben (Bebauungsplan unwirksam)

Rolle des Artenschutzrechts in Planungs- und Zulassungsverfahren

Der Normenkontrollantrag ist begründet, weil er den Anforderungen des § 2 Abs. 3 BauGB an eine ordnungsgemäße Ermittlung artenschutzrechtlicher Belange in Bezug auf kollisionsgefährdete geschützte Vogelarten nicht genügt. Die im Rahmen der Schlussabwägung zum Satzungsbeschluss herangezogenen Voruntersuchungen und Unterlagen zur Vogelschlaggefahr sind ungenügend, um der Antragsgegnerin ein hinreichend genaues und aussagekräftiges Bild über das Arteninventar kollisionsgefährdeter Vögel im Umfeld des Plangebiets und damit über die Gefahr der Tötung kollisionsgefährdeter Vogelarten zu vermitteln. Unabhängig von der im Einzelfall möglichen fehlenden Erforderlichkeit gemäß § 1 Abs. 3 BauGB bei der Einschlägigkeit artenschutzrechtlicher Verbotstatbestände rechnen die Auswirkungen einer Bauleitplanung in Bezug auf § 44 BNatSchG zu den gemäß § 1 Abs. 6 Nr. 7 Buchst. a BauGB abwägungserheblichen naturschutzfachlichen Belangen, sodass diesbezüglich neben dem **Abwägungsgebot** auch – auf die Verfahrensebene vorverlagert – das Gebot der ordnungsmäßigen Ermittlung und Bewertung gemäß § 2 Abs. 3 BauGB gilt (Rn. 29-31).

Fehlerbeachtlichkeit (§§ 214, 215 BauGB):

- Die Gemeinde hat einen von der Planung berührten, abwägungserheblichen und damit i.S. von § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB „wesentlichen“ Belang nicht zutreffend ermittelt und bewertet.
- Die „Offensichtlichkeit“ des Fehlers ergibt sich unmittelbar aus den Bebauungsplanakten, maßgeblich aus den artenschutzbezogenen Gutachten, der Begründung und dem Umweltbericht zum Bebauungsplan sowie den Unterlagen zur Abwägung im Gemeinderat der Antragsgegnerin.
- Der Mangel im Planungsvorgang ist schließlich auf das Ergebnis des Verfahrens von Einfluss gewesen. Hiervon ist schon dann auszugehen, wenn nach den Umständen des Einzelfalls die konkrete Möglichkeit besteht, dass ohne ihn die Planung anders ausgefallen wäre. Vorliegend kann nicht festgestellt werden,

dass der Gemeinderat in jedem Falle den Satzungsbeschluss mit demselben Inhalt erlassen hätte. Es steht die – mangels entsprechender Ermittlungen bislang nicht auf Basis einer methodengerechten Erhebung beantwortete – Frage im Raum, wie die Vogelschlaggefahr aufgrund der geplanten WEA zu beurteilen ist. Damit fehlt es an einer hinreichenden empirischen Basis, die den Schluss zuließe, dass der Gemeinderat denselben Bebauungsplan auch bei Kenntnis einer ordnungsgemäß aufgearbeiteten Datenlage beschlossen hätte.

- Das Abwägungsdefizit hinsichtlich des Artenschutzes muss rechtzeitig in noch offener Jahresfrist des § 215 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB gerügt werden, damit der Mangel nicht nachträglich wegen Zeitablaufs unbeachtlich wird (Rn. 48-50).

Der Ermittlungsmangel (Verletzung des § 2 Abs. 3 BauGB) in Bezug auf artenschutzrechtliche Belange betrifft den gesamten Bebauungsplan und führt daher zur **Gesamtunwirksamkeit des Bebauungsplans** (Rn. 56).

Bestandserfassung

Umfang der Ermittlungsobliegenheiten gemäß § 2 Abs. 3 BauGB: Die Gemeinde kann grundsätzlich in Bezug auf Artenschutzfragen im Verfahren der Bauleitplanung planerische Zurückhaltung üben und Detailfragen auf die Umsetzungsphase – hier auf das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren für WEA – verlagern. Wie weit sich die Gemeinde bei der Ermittlung und Bewertung artenschutzrechtlicher Verbotstatbestände zurückhalten kann, hängt im Einzelfall vom Konkretisierungsgrad des Bebauungsplans ab. Insbesondere bei einem vorhabenbezogenen Bebauungsplan (§ 12 BauGB), der aufgrund des Vorhaben- und Erschließungsplans, der inhaltlicher Bestandteil des vorhabenbezogenen Bebauungsplans ist (§ 12 Abs. 3 Satz 1 BauGB), und aufgrund des Durchführungsvertrags, der den Vorhabenträger zur Durchführung der im Vorhaben- und Erschließungsplan vorgesehenen Maßnahmen verpflichtet (§ 12 Abs. 1 Satz 1 BauGB), regelmäßig einen hohen Detaillierungsgrad aufweist, sind die für den herkömmlichen Fall eines sog. Angebotsbebauungsplans entwickelten Grundsätze nur mit Einschränkungen übertragbar. Für einen Konflikttransfer ist bei einem solchen Bebauungsplan umso weniger Raum, je weitergehend das geplante Vorhaben durch die Festsetzungen konkretisiert wird. Soll mit einem Bebauungsplan, der ganz konkrete Festsetzungen zu den Standorten und der Höhe der einzelnen Anlagen eines Windparks regelt, die artenschutzrechtliche Prüfung bereits

umfassend im Verfahren der Bauleitplanung erfolgen, unterliegt die planende Gemeinde über § 2 Abs. 3 BauGB hinsichtlich der Methodik der Ermittlung, Prüfung und Bewertung der Verbotstatbestände des § 44 BNatSchG denselben Anforderungen wie die Genehmigungsbehörde (Rn. 32, 34).

Auch wenn den Hinweisen zur Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen vom 19.07.2016 (**Windenergie-Erlass** – BayWEE) kein Rechtssatzcharakter zukommt, handelt es sich doch um eine ministerielle Vorgabe zur Konkretisierung des Einschätzungsspielraums für die Einzelfallentscheidung. Der BayWEE stellt ein antizipiertes Sachverständigengutachten von hoher Qualität dar. Hiervon darf nicht ohne fachlichen Grund und ohne gleichwertigen Ersatz abgewichen werden. Dies gebieten insbesondere die rechtlichen Gesichtspunkte der Gleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 GG) und der Rechtssicherheit (Art. 20 Abs. 3 GG). Der gleiche Charakter kommt den artenschutzfachlichen Bewertungen der „Arbeitshilfe Vogelschutz und Windenergienutzung“ des Bayerischen Landesamts für Umwelt (LfU) mit Stand Februar 2017 (im Folgenden: **Arbeitshilfe des LfU**), die sowohl sich selbst als fachliche Ergänzung des BayWEE sieht, als auch diese Funktion vom BayWEE zugeschrieben bekommt, vgl. Nr. 8.4 Satz 7 BayWEE i.V. mit Anlage 5 Satz 29 BayWEE. Die artenschutzrechtlichen Erhebungen widersprechen den Vorgaben des BayWEE und der Arbeitshilfe des LfU, sind deshalb methodisch unzureichend und reichten folglich nicht aus, um die Antragsgegnerin bzw. ihren Gemeinderat in die Lage zu versetzen, die Voraussetzungen der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände sachgerecht zu bewerten (Rn. 35, 37).

Ein Ermittlungs- und Bewertungsdefizit ist zunächst darin zu sehen, dass über die zwei ausgewählten **Fixpunkte** keine hinreichende Übersicht und **Einschbarkeit** der relevanten Prüfbereiche nach den Maßstäben des BayWEE und der Arbeitshilfe LfU (engere Prüfbereiche = von der LAG VSW empfohlene Abstände von WEA zu Brutplätzen bzw. zu Kolonien; äußeren Prüfbereiche = Abstände, in denen zu prüfen ist, ob regelmäßig aufgesuchte Nahrungshabitate der betreffenden Art vorhanden sind) gewährleistet war, sodass die Flugbewegungen besonders kollisionsgefährdeter Vogelarten methodisch unzureichend erfasst wurden (Rn. 38-41).

Zudem dürfte ein Ermittlungsdefizit unter Verstoß gegen § 2 Abs. 3 BauGB darin zu sehen sein, dass insgesamt zu wenig Beobachtungen durchgeführt worden sind. Gemäß BayWEE soll die **Zahl der Untersuchungstage** „in besonders konfliktreichen Gebieten mit mehreren kollisionsgefährdeten oder schwer zu untersuchenden Arten“ auf 25 erhöht werden. Der nach Anlage 5 Satz 12 zu Nr. 8.4.1 BayWEE für den

Regelfall als ausreichend erachtete Umfang von 18 Untersuchungstagen ist vorliegend jedenfalls deshalb unzureichend, weil im Prüfbereich insgesamt acht – und damit mehrere – kollisionsgefährdete Arten gleichzeitig vorkommen (Baumfalke, Graureiher, Rohrweihe, Rotmilan, Schwarzstorch, Wespenbussard, Wanderfalke, Wiesenweihe). Der Ansatz einer erhöhten Anzahl von Beobachtungstagen kann vor allem auch deshalb relevant sein, wenn die kollisionsrelevanten Vögel zu unterschiedlichen Zeiten balzen und brüten, sodass dies berücksichtigend laut der Arbeitshilfe des LfU auch die empfohlenen Kartierzeiträume divergieren. So werden etwa für den „späten“ **Wespenbussard** zu beobachtende Balz- und Nahrungsflüge für den Zeitraum Mai bis August angegeben (Seite 32 der Arbeitshilfe des LfU), wobei aber von den insgesamt durchgeführten 18 Beobachtungstagen von März bis August nur ein Teil in diese für den Wespenbussard relevante zeitliche Phase fiel.

Nr. 11

VGH Hessen, Beschluss vom 14.01.2021 – 9 B 2223/20, juris

Windpark in Langenthal (3 WEA), Schutzradius für Rotmilan, „Helgoländer Papier“ und Windkraftherlass

Rolle des Artenschutzrechts in Planungs- und Zulassungsverfahren

Maßgeblich für die der Entscheidung des Gerichts zugrunde zu legende Sach- und Rechtslage ist auch in immissionsschutzrechtlichen Verfahren grundsätzlich der Zeitpunkt des Erlasses des Genehmigungsbescheides. Damit bleiben spätere Änderungen zulasten des Betreibers außer Betracht, nachträgliche Änderungen zugunsten des Betreibers sind jedoch zu berücksichtigen. Letzteres gilt auch für **Änderungen der fachlichen Erkenntnisse**, denn solche stellen keine bei der Genehmigungsanfechtung irrelevante nachträgliche Verschärfung der Sach- oder Rechtslage dar, sondern lediglich eine spätere Erkenntnis hinsichtlich der ursprünglichen Sachlage (Rn. 10).

Risikobewertung

Es entspricht dem aktuellen Stand der Wissenschaft, einen **Mindestabstand von 1.500 m zwischen Rotmilanhorst und den WEA** zu fordern (vgl. „Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten“ der Länderarbeitsgemeinschaften der Vogelschutzwarten (LAG VSW) vom 15. April 2015, Seite 4 – **Helgoländer Papier** 2015, sowie aktuell auch „Fachliche Empfehlungen für avifaunistische Erfassung und Bewertung bei Windenergieanlagen-Genehmigungsverfahren – Brutvögel“ der Länderarbeitsgemeinschaften der Vogelschutzwarten (LAG VSW) vom 24. April 2020, Beschluss Nr. 19/02, Seiten 6, 9 ff.). Sollte dieser Mindestabstand unterschritten werden, bedarf es weitergehender gutachterlicher Untersuchungen etwa in Form einer Habitatpotentialanalyse oder, falls diese keine sicheren Rückschlüsse zum Raumnutzungsverhalten des Rotmilans im Einzelfall zulässt, einer Raumnutzungsanalyse (vgl. „Methodenvorschlag des Bundes zur Prüfung und Bewertung eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos von Vögeln an WEA“ des BfN).

Der Abstandsempfehlung von 1.500 m zwischen einem Rotmilanhorst und dem Standort einer WEA ist vorliegend zu folgen. Der Senat sieht keinen Anlass, von dem im Helgoländer Papier 2015 empfohlenen und auch von anderen Obergerichten zugrunde gelegten Mindestabstand von 1.500 m hinsichtlich des Rotmilans (vgl. OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 6. Oktober 2020 – 1 A 11357/19, juris Rn. 69, 84; OVG Niedersachsen, Urteil vom 25. Oktober 2018 – 12 LB 118/16, juris Rn. 226, Urteil vom 10. Januar 2017 – 4 LC 198/15, juris Rn. 145; OVG Saarland, Beschluss vom 5. September 2017 – 2 A 316/16, juris Rn. 23; OVG NRW, Beschluss vom 30. März 2017 – 8 A 2915/15, juris Rn. 19; Bayerischer VGH, Urteil vom 27. Mai 2016 – 22 BV 15.1959, juris Rn. 32; a. A. aufgrund eigener landesweiter fachlicher Erkenntnisse: VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 6. August 2020 – 10 S 2941/19, juris Rn. 21) abzuweichen. Da es bisher für die Erfassung und Bewertung vorhabenbedingter Einwirkungen an gesetzlichen Vorgaben oder einer untergesetzlichen Maßstabsbildung durch verbindliche Festlegungen fehlt, müssen die Genehmigungsbehörden auf außerrechtliche naturschutzfachliche Maßgaben zurückgreifen, zu denen vor allem Fachkonventionen und Leitfäden gehören. Es ist Aufgabe der Gerichte zu überprüfen, ob diese den aktuell besten wissenschaftlichen Erkenntnisstand widerspiegeln (vgl. BVerwG, Beschluss vom 15. Juli 2020 – 9 B 5.20, juris Rn. 18). Nach Auffassung des beschließenden Senats sind die Abstandsempfehlungen des Helgoländer Papiers 2015 daher grundsätzlich weiterhin anzuwenden (vgl. OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 6. Oktober 2020 – 1 A 11357/19, juris Rn. 69, 84; OVG NRW, Beschluss vom 30. März 2017 – 8 A 2915/15, juris Rn. 17). Dagegen stellt der von der Beklagten zugrunde gelegte Leitfaden „Berücksichtigung der Naturschutzbelange bei der Planung und Genehmigung von Windkraftanlagen (WKA) in Hessen“ vom 29. November 2012 insoweit nicht die aktuell beste wissenschaftliche Erkenntnis dar (Rn. 14 f.).

Die seit dem 01.01.2021 in Kraft getretene **Verwaltungsvorschrift „Naturschutz/Windenergie“** der hessischen Landesregierung, die für den Rotmilan einen Mindestabstand vom Brutvorkommen zur WEA von nur 1.000 m empfiehlt, rechtfertigt keinen anderen Befund. Bei der VwV 2020 handelt es sich nach den eigenen Angaben in deren Einleitung und Zielsetzung (vgl. Seite 4 der VwV 2020) lediglich um eine norminterpretierende Verwaltungsvorschrift, die gegenüber Gerichten keine Bindungswirkung entfaltet. Zwar sieht auch das Helgoländer Papier 2015 vor, dass es erforderlich sein kann, die Empfehlungen landesspezifischen Gegebenheiten anzupassen, weil sich die naturräumlichen Gegebenheiten, die Flächennutzung sowie das vorkommende Artenspektrum in den Bundesländern voneinander unterscheiden (vgl. Helgoländer Papier 2015, Seite 2). Dies gilt aber nur für

nachvollziehbar begründete Einzelfälle. Es sind vorliegend jedoch keine Anhaltspunkte ersichtlich, die es rechtfertigen könnten, hier von den im Helgoländer Papier 2015 empfohlenen Mindestabständen abzuweichen. Die in der VwV 2020 enthaltene Begründung für die dort vorgenommene Herabsetzung des empfohlenen Mindestabstands u. a. für den Rotmilan überzeugt den Senat nicht. In der VwV 2020 wird im Wesentlichen ausgeführt, dass von der im Helgoländer Papier 2015 eingeräumten Möglichkeit, die Abstandsempfehlungen landesspezifischen Gegebenheiten anzupassen, Gebrauch gemacht worden sei. Das Land Hessen habe für eine typische, häufig vom Rotmilan genutzte strukturreiche Landschaft eine dreijährige telemetrische Rotmilan-Studie beauftragt. Diese sei im Vogelschutzgebiet Vogelsberg durchgeführt worden. Sie habe aufgezeigt, dass 60 % der Flugbewegungen des Rotmilans während des Zeitraums mit enger Horstbindung innerhalb einer 1.000 m-Distanz um den Horst erfolgten. Durch den hohen Anteil an Wald-Grünlandkomplexen und kleinstrukturierter Landschaft in Hessen mit einer im Bundesvergleich überdurchschnittlich günstigen Nahrungshabitatstruktur sei in der Regel von einer höheren Revierdichte und damit von kleineren Aktionsradien auszugehen als in waldarmen und ackerdominierten Regionen (vgl. VwV 2020, Seite 58 f.). Es wird jedoch nicht nachvollziehbar dargelegt, aus welchen Gründen die Ergebnisse dieser auf die Region Vogelsberg bezogenen Studie auf das gesamte Bundesland Hessen und insbesondere auf den hier relevanten Standort der WEA in Nordhessen übertragbar sind. Es ist insbesondere nicht nachvollziehbar, dass die in der VwV 2020 beschriebenen Modifikationen bezüglich des Rotmilans, die lediglich auf der am Vogelsberg in Mittelhessen durchgeführten Studie basieren, auf fachlichen Erkenntnissen und Erfahrungen beruhen, die sich methodisch auf das ganze Bundesland Hessen übertragen lassen und daher landesweit Geltung beanspruchen können und somit eine Art „antizipiertes Sachverständigengutachten von hoher Qualität“ für das gesamte Bundesland Hessen darstellen könnten (vgl. dazu Bayerischer VGH, Beschluss vom 2. Juni 2020 – 22 CS 20.841 –, juris Rn. 14 m. w. N.). Denn mit dem Vogelsberg ist ein einzelner Landschaftsraum mit einer günstigen Habitatqualität separat in den Blick genommen worden, der auf die naturräumlichen Gegebenheiten in anderen Landesteilen keine belastbaren Rückschlüsse zulässt. Dass gebietsspezifischen Besonderheiten in den einzelnen Regionen Hessens hinreichend Rechnung getragen wurde, ist der in Bezug genommenen Begründung nach der VwV 2020 nicht schlüssig zu entnehmen. Es ist daher für den Senat derzeit nicht ersichtlich, dass die Empfehlungen der VwV 2020 zu den Mindestabständen flächendeckend den besten wissenschaftlichen Erkenntnisstand für Hessen wiedergeben und ein Abweichen von den Abstandsempfehlungen des Helgoländer Papiers 2015 bezüglich der hier streitigen WEA rechtfertigen könnten (Rn. 19 f.).

Nr. 12

EuGH, Urteil vom 04.03.2021 – C-473/19 und C-474/19, curia (Härryda)

Vorlageverfahren (Kammer für Land- und Umweltangelegenheiten des Gerichts erster Instanz Vänersborg, Schweden) wegen Umweltverbandsklagen gegen die Entscheidung der Provinzverwaltung Västra Götaland als Naturschutzbehörde, gegen eine Kahlschlagsanmeldung für ein Waldgebiet in der Gemeinde Härryda nicht tätig zu werden

Rolle des Artenschutzrechts in Planungs- und Zulassungsverfahren
--

<p>Für den Anwendungsbereich der Verbote von Art. 5 VRL spielt es keine Rolle, ob die betroffenen Vögel unter Anhang I dieser Richtlinie fallen, wo die bedrohtesten Vogelarten aufgeführt werden, für die Vogelschutzgebiete auszuweisen sind, oder ob die betroffenen Vögel auf irgendeiner Ebene bedroht sind oder ob ihre Population auf lange Sicht rückläufig ist. Die Verbote des Art. 5 VRL beziehen sich gemäß Art. 1 Abs. 1 VRL auf sämtliche wildlebende Vogelarten, die in der EU heimisch sind (Rn. 31-45 und Rn. 69).</p>
--

<p>Da die FFH-Richtlinie auf die „Wahrung“ eines günstigen Erhaltungszustands abzielt (vgl. insb. Art. 2 Abs. 2), ist davon auszugehen, dass auch die Arten, die einen solchen Erhaltungszustand erreicht haben, gegen jede Verschlechterung dieses Zustands geschützt werden müssen. Daher ist festzustellen, dass Art. 12 Abs. 1 FFH-RL nicht dahin ausgelegt werden kann, dass der Schutz, den diese Bestimmung vorsieht, für die Arten, die einen günstigen Erhaltungszustand erreicht haben, nicht mehr gilt (Rn. 65 f.).</p>
--

Risikobewertung

<p>Das Tatbestandsmerkmal der Absichtlichkeit in Art. 12 Abs. 1 Buchst. a FFH-RL ist bereits dann verwirklicht, wenn nachgewiesen ist, dass der Handelnde den Fang oder die Tötung eines Exemplars einer geschützten Tierart zumindest in Kauf genommen hat. Dieselbe Feststellung gilt für die Verbote in Art. 12 Abs. 1 Buchst. b (Störungsverbot während sensibler Zeiten) und c (Verbot der Entnahme von Eiern) der FFH-Richtlinie (Rn. 51).</p>

Die Prüfung der Verbote von Art. 12 Abs. 1 Buchst. a und c FFH-RL ist bereits auf der Ebene der **Individuen** der betroffenen Art erforderlich, wie sich schon aus dem Wortlaut dieser Bestimmung ergibt, die die Mitgliedstaaten verpflichtet, bestimmte Handlungen, die „Exemplare“ oder „Eier“ von Tierarten beeinträchtigen, zu verbieten. Die Durchführung der in Art. 12 Abs. 1 Buchst. a bis c FFH-RL (**Tötungsverbot, Störungsverbot**) vorgesehenen Schutzregelung hängt nicht davon ab, dass eine bestimmte Maßnahme mit dem Risiko verbunden ist, dass sie sich negativ auf den Erhaltungszustand der Populationen einer betroffenen Tierart auswirkt. Würde die Anwendbarkeit der Verbote nach Art. 12 Abs. 1 Buchst. a bis c der FFH-RL vom Risiko einer negativen Auswirkung der in Rede stehenden Maßnahme auf den Erhaltungszustand der betroffenen Art abhängig gemacht, so könnte dies zu einer Umgehung der nach Art. 16 FFH-RL vorgesehenen Ausnahmeprüfung führen und würde somit bewirken, Art. 12 der FFH-RL, den Ausnahmenvorschriften und den sich daraus ergebenden restriktiven Voraussetzungen ihre praktische Wirksamkeit zu nehmen (Rn. 54, 57 und 60).

Ausnahmeprüfung

Die Prüfung der Auswirkung einer Maßnahme auf den Erhaltungszustand der betroffenen Tierart ist hingegen im Rahmen von nach Art. 16 der FFH-RL erlassenen Ausnahmen maßgeblich (Rn. 58). Die Definition des Begriffs „Erhaltungszustand einer Art“ in Art. 1 Buchst. i dieser Richtlinie bezieht sich ausdrücklich auf „die Größe der **Populationen** [einer Art]“ und nicht auf die besondere Situation eines Individuums oder eines Exemplars dieser Art, sodass dieser Erhaltungszustand insbesondere im Hinblick auf Populationen der betroffenen Arten bestimmt oder beurteilt wird (Rn. 55).

Nr. 13

OVG NRW, Beschluss vom 12.03.2021 – 7 B 8/21, juris (Dahlem IV)

Beschwerde gegen die vom VG Aachen wegen signifikant erhöhtem Tötungsrisiko für den Rotmilan im Eilverfahren angeordnete aufschiebende Wirkung einer Umweltverbandsklage gegen die immissionsschutzrechtliche Genehmigung für fünf WEA des Windparks Dahlem IV

Rolle des Artenschutzrechts in Planungs- und Zulassungsverfahren

Kommt die bloß summarische Prüfung im gerichtlichen Eilverfahren zu dem Ergebnis, dass die Erfolgsaussichten der Klage (Verstoß gegen Artenschutzrecht) offen sind, so kommt bei der folgenorientierten Abwägung die in der Neufassung des § 63 BImSchG zum Ausdruck kommende gesetzgeberische Wertung, dass eine Drittanfechtungsklage gegen die **Zulassung von Windenergieanlagen** an Land keine aufschiebende Wirkung hat, maßgebliche Bedeutung zu (Rn. 51 f.). Im Falle des gesetzlich angeordneten Sofortvollzugs ist bei der Gesamtwürdigung die gesetzgeberische Entscheidung für den grundsätzlichen Vorrang des Vollziehungsinteresses zu berücksichtigen (Rn. 55). Hiervon ausgehend sind in die Abwägung auf der einen Seite namentlich die Belange des Artenschutzes einzustellen; auf der anderen Seite sind nicht nur die wirtschaftlichen Belange der Beigeladenen zu berücksichtigen, sondern auch das öffentliche Interesse an einer ausreichenden und sicheren Energieversorgung mit erneuerbarer Energie im Rahmen der Energiewende (Rn. 57 f.).

Ein Überwiegen von Artenschutzbelangen gegenüber den Belangen der öffentlichen Energieversorgung im Sinne der Ziele der Energiewende und den Eigentümerinteressen der Beigeladenen, das hier ausnahmsweise eine Abweichung von der gesetzlichen Wertung des § 63 BImSchG rechtfertigen könnte, kann der Senat nicht feststellen. Dabei ist im Rahmen der Interessenabwägung mit Blick auf den **Zweck des Artenschutzes**, der – auch wenn er sich wie in § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG individuenbezogener Verbote bedient – auf den Schutz der Population und nicht des Individuums gerichtet ist, zu berücksichtigen, dass der Bestand der Population der Spezies *Milvus milvus* (Rotmilan) nach den vorliegend nicht erschütterten Feststellungen des Gutachters vom 12.8.2019 in NRW und im Bundesgebiet als nicht gefährdet beurteilt wird (Rn. 60-62).

Risikobewertung

Bei der Frage, ob hier eine im Ergebnis durchgreifende Vermutungswirkung im Sinne einer **signifikanten Risikoerhöhung aufgrund einer Brut eines Rotmilanpaares** im Jahr 2019 in einem Abstand von unter 1.000 m vom Vorhabenstandort anzunehmen ist, ist voraussichtlich auch in den Blick zu nehmen, ob im Jahr 2020 in dem in Rede stehenden Umgebungsbereich ein Rotmilanpaar gebrütet hat. Sofern dies nicht der Fall war – wofür nach Auswertung der vorliegenden Gutachten und Stellungnahmen Überwiegendes spricht – handelte es sich um einen für das Vorhaben des Windenergiebetreibers günstigen Umstand. Ein solcher nachträglicher günstiger Umstand müsste bei der Beurteilung im Hauptsacheverfahren berücksichtigt werden (Rn. 25-28).

Ausnahmeprüfung

Falls ein Verstoß gegen den Tatbestand des Tötungsverbots festgestellt werden sollte, so wäre darüber hinaus zu prüfen, ob eine Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG erteilt worden ist und erteilt werden durfte. Der Senat weist hierzu auf Folgendes hin:

Eine Ausnahme nach § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG kommt grundsätzlich für die **Windenergienutzung** in Betracht. Eine solche erforderliche oder auch vorsorgliche Ausnahme dürfte der Sache nach summarischer Prüfung zufolge mit dem angegriffenen Bescheid erteilt worden sein. Dies folgt aus § 13 BImSchG, auf den in dem Tenor des Bescheids i. Ü. auch Bezug genommen wird. Die Konzentrationswirkung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung umfasst auch artenschutzrechtliche Ausnahmen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG (Rn. 31-35).

Der Rechtmäßigkeit der Ausnahme steht nicht von vornherein das Erfordernis des Fehlens zumutbarer Alternativen entgegen. Mit Blick auf die Privilegierung der in Rede stehenden Windenergieanlagen im Außenbereich nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB und das Interesse an der Erreichung der Ausbauziele für Windkraft an Land, die von zentraler Bedeutung für die Energiewende ist, kann dies nicht dahin verstanden werden, dass ein Betreiber auf irgendwelche anderen Standorte im Bundesgebiet verwiesen werden könnte (Rn. 36-39).

An den Voraussetzungen für die Möglichkeit einer Ausnahmeerteilung nach § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG fehlt es summarischer Prüfung zufolge auch nicht von vornherein mit Blick auf unionsrechtliche Vorgaben zum Artenschutz, die durch §§ 44 f. BNatSchG umgesetzt werden sollen. Dies gilt namentlich für die Vorgaben der Vogelschutzrichtlinie nach deren Art. 5 und 9 (a. A. VG Gießen, Urteil vom 22.1.2020 - 1 K 6019/18.GI). Insoweit spricht Einiges für ein **ungeschriebenes weiteres Tatbestandsmerkmal für eine Ausnahme von den Vorgaben der Vogelschutzrichtlinie** im Sinne einer Gleichstellung der Ausnahmemöglichkeiten des Art. 16 der Habitatrichtlinie und des Art. 9 der Vogelschutzrichtlinie (Rn. 40-47).

Die Möglichkeit der Erteilung einer Ausnahme dürfte auch nicht von vornherein im Hinblick auf die Ausgestaltung des § 45 Abs. 7 BNatSchG als Ermessensvorschrift ausscheiden. Die Betätigung dieses **Ermessen** dürfte im Sinne einer Ausnahmegewährung vorgezeichnet (**intendiert**) sein, wenn die strengen tatbestandlichen Voraussetzungen nach § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 und Satz 2 BNatSchG erfüllt sind (Rn. 48 f.).

Nr. 14

EuGH, Urteil vom 28.10.2021 – C-357/20, curia (Feldhamster)

Vorabentscheidung zur Auslegung von Art. 12 Abs. 1 Buchst. d FFH-RL – Schutz unbewohnter Fortpflanzungsstätten und ihrer Umgebung

Risikobewertung

Anlass der Vorlage an den EuGH ist, dass im Rahmen eines Bauprojekts in Wien die Ruhe- bzw. Fortpflanzungsstätten der Art *Cricetus cricetus* (Feldhamster), die zu den durch Anhang IV der FFH-Richtlinie streng geschützten Tierarten zählt, beschädigt bzw. vernichtet wurden. Bevor die Bauarbeiten begannen, ließ der Bauträger die Grasnarbe als Maßnahme zur Vergrämung der Tiere hin zu Schutzflächen abtragen, den Bauplatz frei machen und in unmittelbarer Nähe der Eingänge der Baue des Feldhamsters eine Baustraße und einen Parkplatz anlegen. Der Magistrat der Stadt Wien verhängte eine Geldstrafe; hiergegen reichte die Baufirma eine Beschwerde beim Verwaltungsgericht Wien ein, welches das Verfahren dem EuGH gemäß Art. 267 AEUV vorlegte (Rn. 2, 12-14).

Insbesondere möchte das vorlegende Gericht wissen, ob sich der durch Art. 12 Abs. 1 Buchst. d FFH-RL gewährte **Schutz** lediglich auf die konkrete Baulichkeit des Baus des Feldhamsters oder **auch auf das Umfeld des Baus erstreckt**. Anhand allein des Wortlauts der Norm lässt sich nicht feststellen, ob sich der Schutz auch auf das Umfeld der Fortpflanzungsstätten erstreckt. Nach ständiger Rechtsprechung sind bei der Auslegung einer Vorschrift des Unionsrechts nicht nur ihr Wortlaut, sondern auch ihr Zusammenhang und die Ziele zu berücksichtigen, die mit der Regelung verfolgt werden. Was den Regelungszusammenhang von Art. 12 Abs. 1 Buchst. d FFH-RL betrifft, enthält diese Richtlinie zwar keine Definition des Begriffs „Fortpflanzungsstätte“, doch hat der EuGH darauf hingewiesen, dass das Verbot nach dieser Bestimmung nicht unmittelbar die Tierarten betrifft, sondern wichtige Teile ihres Lebensraums schützen soll. Daraus folgt, dass der durch Art. 12 Abs. 1 Buchst. d FFH-RL gewährte strenge Schutz gewährleisten soll, dass wichtige Teile des Lebensraums der geschützten Tierarten so erhalten werden, dass diese Arten die u. a. für die Fortpflanzung erforderlichen Bedingungen vorfinden können. Die von der Beschwerdeführerin des Ausgangsverfahrens befürwortete Auslegung des in Art. 12 Abs. 1 Buchst. d FFH-RL enthaltenen Begriffs „Fortpflanzungsstätte“ dahin, dass er nur die Baue des Feldhamsters umfasst, kann aber dazu führen, dass Gebiete,

die für die Fortpflanzung und die Geburt der Jungtiere dieser geschützten Tierart erforderlich sind, von diesem Schutz ausgenommen werden, da sie sich im Umfeld dieser Baue befinden können. Bei einer solchen Auslegung wäre nicht gewährleistet, dass wichtige Teile des Lebensraums dieser Tierart so erhalten werden, dass diese die u. a. für die Fortpflanzung erforderlichen Bedingungen vorfinden kann. In dem Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der Habitatrichtlinie (endgültige Fassung, Februar 2007) führt die Kommission aus, dass zum einen Art. 12 Abs. 1 Buchst. d FFH-RL so verstanden werden sollte, dass er darauf abzielt, die ökologische Funktionalität von Fortpflanzungsstätten zu sichern, und zum anderen die Fortpflanzungsstätten folgende Bereiche umfassen können: Bereiche, die für die Balz, für die Paarung, für den Nestbau oder für die Wahl des Ortes der Eiablage oder der Niederkunft erforderlich sind, sowie den Ort der Eientwicklung und des Schlüpfens und das Nest oder den Ort der Niederkunft, wenn es bzw. er für die Nachwuchspflege benötigt wird. Somit ergibt sich aus dem Regelungszusammenhang von Art. 12 Abs. 1 Buchst. d FFH-RL, dass der Begriff „Fortpflanzungsstätte“ dahin zu verstehen ist, dass er alle Gebiete umfasst, die erforderlich sind, damit sich die betreffende Tierart erfolgreich fortpflanzen kann, einschließlich des Umfelds der Fortpflanzungsstätte (Rn. 17, 20-34).

Das vorliegende Gericht möchte zudem wissen, ob die schädigenden Maßnahmen (s.o.) eine **„Beschädigung“ oder „Vernichtung“ einer Fortpflanzungs- bzw. Ruhestätte** im Sinne dieser Bestimmung darstellen. Hierzu ist festzustellen, dass die Habitatrichtlinie keine Definition dieser Begriffe enthält, die daher entsprechend dem Sinn der sie bildenden Worte nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch zu bestimmen sind, wobei zu berücksichtigen ist, in welchem Zusammenhang sie verwendet werden und welche Ziele mit der Regelung verfolgt werden, zu der sie gehören. Was zunächst den Sinn der Begriffe „Beschädigung“ oder „Vernichtung“ nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch betrifft, ist darauf hinzuweisen, dass sich diese Begriffe auf die Verschlechterung, einschließlich des schrittweisen Rückgangs, bzw. auf die zum Verschwinden führende Handlung beziehen. Was sodann den Regelungszusammenhang von Art. 12 Abs. 1 Buchst. d FFH-RL betrifft, geht aus dem oben genannten Leitfaden der Kommission hervor, dass **„Beschädigung“** als die materielle Verschlechterung eines Habitats oder einer Fortpflanzungs- oder Ruhestätte definiert werden kann, die im Gegensatz zur Vernichtung **schleichend** erfolgen und zur graduellen Verschlechterung der ökologischen Funktionalität der betreffenden Stätte führen kann, so dass die Beschädigung nicht unmittelbar zum Verlust der Funktionalität einer Stätte führen muss, sondern sie qualitativ oder quantitativ beeinträchtigen wird und auf diese Weise nach einiger Zeit zu ihrem

vollständigen Verlust führen kann. Insbesondere muss sichergestellt werden, dass die Fortpflanzungs- und Ruhestätten einer geschützten Tierart nicht durch menschliche Aktivitäten beschädigt oder vernichtet werden, so dass sie weiterhin die Bedingungen bieten, die erforderlich sind, damit diese Tierart ungestört ruhen und sich erfolgreich fortpflanzen kann. Bei der Beurteilung, ob die schädigenden Maßnahmen geeignet waren, die ökologische Funktionalität der betroffenen Habitate schrittweise zu verringern oder vollständig zu beseitigen, sind die **ökologischen Bedürfnisse der Tierart** sowie die Situation der betroffenen Individuen, welche die Fortpflanzungs- bzw. Ruhestätte nutzen zu berücksichtigen (Rn. 45-54).

Das Artenschutzrecht hat den Schutz der wildlebenden Tier- und Pflanzenarten zum Gegenstand. Es wirkt in Planungs- und Zulassungsverfahren über das in § 44 BNatSchG geregelte Instrument der Zugriffsverbote, insbesondere das Tötungsverbot, das Störungsverbot und der Lebensstättenchutz. Dieses naturschutzrechtliche Instrument ist bei jedem Raum in Anspruch nehmenden Vorhaben bzw. Plan in den Blick zu nehmen. Obwohl das Artenschutzrecht nach seiner Determinierung durch die europäischen Naturschutzrichtlinien anspruchsvolle Schutzpflichten im Zuge der Aufstellung von Plänen und der Zulassung von Projekten enthält, sind seine Regelungen nicht als Genehmigungstatbestände ausgestaltet, sondern als verhaltensbezogene Verbote. Vorgaben für die Untersuchung durch den Vorhabenträger und Prüfung durch die Behörde enthält das Bundesnaturschutzgesetz für die Artenschutzprüfung nicht. Im Hinblick auf diese Ausgangslage besteht in der Planungspraxis ein Bedürfnis nach Vorschlägen der Forschung für die Umsetzung einer Artenschutzprüfung. Das Ziel der vorliegenden Arbeit stellt es daher dar, den rechtlichen Rahmen entsprechend seiner facettenreichen Konkretisierungen durch die Rechtsprechung und Literatur herauszuarbeiten und diesen sodann mit Vorschlägen zu offenen Fragen weiter auszufüllen. Die Untersuchung runden Handlungsempfehlungen für die Fortentwicklung des Artenschutzes ab.

ISBN 978-3-7376-1023-0



9 783737 610230 >