

# Die Zugriffsverbote des § 42 Abs. 1 BNatSchG im Zulassungs- und Bauleitplanverfahren

unter Berücksichtigung der Entscheidung des BVerwG zur Ortsumgehung

Bad Oeynhausen<sup>1)</sup>

Hans Walter LOUIS

## Zusammenfassung

Artenschutzrechtliche Regelungen schieben sich in verwaltungsrechtlichen Zulassungsverfahren immer mehr in den Vordergrund und erweisen sich als ein äußerst schwieriger Problembereich. Teilweise scheint der Artenschutz inzwischen der Kernpunkt der naturschutzrechtlichen Beurteilung zu werden, wobei die Reichweite der Tatbestandsmerkmale nicht immer beachtet wird. Die

nachfolgenden Ausführungen sollen dazu beitragen, den Anwendungsbereich der artenschutzrechtlichen Verbote nach § 42 Abs. 1 BNatSchG zu konturieren und deren Umfang der gesetzlichen Einschränkungen zu erläutern. Die Entscheidung des BVerwG zur Ortsumgehung Bad Oeynhausen wurde berücksichtigt.

## Einleitung

Artenschutz ist kein neues Rechtsgebiet. Das Reichsnaturschutzgesetz (RNatSchG)<sup>2)</sup>, das bis 1976 in der Bundesrepublik Deutschland als Landesrecht weiter galt,<sup>3)</sup> sah in § 2 RNatSchG einen generellen Schutz von Tieren und Pflanzen vor. Gemäß § 11 RNatSchG konnte die oberste Naturschutzbehörde diesen Schutz durch Anordnungen konkretisieren. Auf dieser Rechtsgrundlage erging die Naturschutzverordnung von 1936 (NatSchVO)<sup>4)</sup>. § 12 Abs. 1 NatSchVO enthielt Zugriffsverbote. Danach war es verboten, Vögel der geschützten „einheimischen nicht jagdbaren wildlebenden Vogelarten nachzustellen oder sie mutwillig zu beunruhigen, insbesondere sie zu fangen und zu töten“, sowie „Eier, Nester oder andere Brutstätten geschützter Vögel zu beschädigen oder wegzunehmen“. § 15 Abs. 1 NatSchVO nahm Krähenvögel und Sperlinge vom Schutzregime aus. Einen Schutz für andere Arten als Vögel kannten das RNatSchG und die NatSchVO nicht.

Das Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) von 1976<sup>5)</sup> regelte den Artenschutz durch rahmenrechtliche Vorschriften und führte neben den Zugriffsverboten auch Besitz- und Vermarktungsverbote ein. Die Zugriffsverbote des § 22 Abs. 2 Nrn. 1 bis 3 BNatSchG 1976 und die Besitz- und Vermarktungsverbote des § 22 Abs. 2 Nr. 4 BNatSchG 1976 wurden weitgehend im Rahmen einer Novellierung in den nunmehr unmittelbar geltenden § 20 f Abs. 1 und 2 BNatSchG 1987<sup>6)</sup> übernommen. Neu war nur die Regelung in § 22 Abs. 2 Nr. 4 BNatSchG 1987, nach der „Standorte wildlebender Pflanzen der vom Aussterben bedrohten Arten durch Aufsuchen, Fotografieren und Filmen oder ähnliche Handlungen“ nicht beeinträchtigt oder zerstört werden durften.

In dieser Form überlebten die artenschutzrechtlichen Verbote die Novellen von 1998<sup>7)</sup> und 2002<sup>8)</sup> im Wesentlichen unverändert, wobei 1998 die „vom Aussterben bedrohten Arten“ in „streng geschützte Arten“ umbenannt wurden. Erst die kleine Novelle vom Dezember 2007<sup>9)</sup> änderte die Tatbestände der

<sup>1)</sup> Der Artikel stellt die Grundlage für eine Veröffentlichung in NuR 2009 Heft 2 dar.

<sup>2)</sup> Reichsnaturschutzgesetz vom 26.06.1935, RGBl. I S. 821.

<sup>3)</sup> Mit Ausnahme von Bayern, Baden-Württemberg, Hessen, Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein, die in den frühen siebziger Jahren des vorigen Jahrhunderts bereits eigene Landesnaturschutzgesetze erlassen hatten.

<sup>4)</sup> Verordnung zum Schutz der wildwachsenden Pflanzen und der nichtjagdbaren Tiere (Naturschutzverordnung) vom 18.3.1936, RGBl. I S. 181, i.d.F. der Verordnung vom 21.1.1938, RGBl. I S. 45, und vom 16.3.1940, RGBl. I S. 567.

<sup>5)</sup> Gesetz über Naturschutz und Landespflege (Bundesnaturschutzgesetz – BNatSchG) vom 20. Dezember 1976, BGBl. I S. 3574, ber. BGBl. I 1977 S. 660.

<sup>6)</sup> Gesetz über Naturschutz und Landespflege (Bundesnaturschutzgesetz – BNatSchG) i.d.F. der Bekanntmachung vom 12. März 1987, BGBl. I S. 889.

<sup>7)</sup> Gesetz über Naturschutz und Landespflege (Bundesnaturschutzgesetz – BNatSchG) i.d.F. der Bekanntmachung vom 21. September 1998, BGBl. I S. 2994.

<sup>8)</sup> Gesetz über Naturschutz und Landespflege (Bundesnaturschutzgesetz – BNatSchG) i.d.F. des Art. 1 des Gesetzes zur Neuordnung des Naturschutzes und der Landschaftspflege und zur Anpassung anderer Rechtsvorschriften vom 25. März 2002, BGBl. I S. 1193.

<sup>9)</sup> Erstes Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes vom 12. Dezember 2007, BGBl. I S. 2873, ber. am 22. Januar 2008, BGBl. I S. 47.

Zugriffsverbote wesentlich ab und strich die Zugriffsverbote des § 42 Abs. 1 Nr. 4 BNatSchG für die streng geschützten Pflanzen ersatzlos, die 1987 eingeführt worden waren.

## 1. Die Zugriffsverbote

Auf Grund des Urteils des EuGH vom 10.1.2006<sup>10)</sup> ergab sich eine unterschiedliche Behandlung der national und der europäisch besonders geschützten Arten. Die Verbote des Artenschutzes entfallen für die national geschützten Arten bei Tätigkeiten im Rahmen der ordnungsgemäßen land-, forst- oder fischereiwirtschaftlichen Bodennutzung, bei einem zugelassenen Eingriff, bei zulässigen Bauvorhaben im Innenbereich und bei der Vorbereitung einer Umweltverträglichkeitsprüfung. Für die europäisch geschützten Arten gelten die Verbote hingegen immer, sofern nicht der Tatbestand des § 42 Abs. 5 S. 2 bis 5 BNatSchG erfüllt ist.

### 1.1 Bestandsaufnahmen zur Feststellung eines Verstoßes gegen artenschutzrechtliche Vorschriften

Die Zugriffsverbote des § 42 Abs. 1 BNatSchG setzen voraus, dass tatsächlich ein unmittelbarer Zugriff auf geschützte Arten erfolgt. Da es sich um Verbotstatbestände handelt, sind die artenschutzrechtlichen Vorschriften des § 42 BNatSchG anders zu behandeln als zum Beispiel die Eingriffsregelung oder die FFH-Verträglichkeitsprüfung. Diese naturschutzrechtlichen Instrumente enthalten eher planerische Elemente und die Rechtsfolgen sind kompensatorische Maßnahmen, die letztlich auf einer Prognose beruhen. Dies verlangt eine gründliche Bestandsaufnahme, da ansonsten die Prognoseentscheidung auf keiner ausreichenden Basis beruht. Die Eingriffsregelung und die FFH-Verträglichkeitsprüfung sind bereits anwendbar, wenn erhebliche Beeinträchtigungen eintreten **können**, wie §§ 18 Abs. 1 und § 34 Abs. 2 BNatSchG ausdrücklich betonen. Eine Anwendung der artenschutzrechtlichen Vorschriften des § 42 Abs. 1 BNatSchG setzt hingegen die Vollendung der Verbotstatbestände voraus, mit der Folge der Unzulässigkeit der die Norm verletzenden Handlung.<sup>11)</sup> Auch die FFH-RL macht diesen Unterschied. Art 6 Abs. 3 FFH-RL spricht davon, dass Projekte und Pläne ein solches Gebiet „erheblich beeinträchtigen könnten“, während Art. 12 Abs. 1 FFH-RL von einem strengen Schutzsystem spricht, dass bestimmte Handlungen zu Lasten der geschützten Tiere und Pflanzen verbietet. Die Verbote des Art. 5 V-RL sind ähnlich konzipiert.

Auf dieser Grundlage muss der Projektträger im Falle einer FFH-Verträglichkeitsprüfung mit beinahe wissenschaftlicher Gewissheit darlegen, dass keine erheblichen Beeinträchtigungen eintreten werden. Kann er das nicht, ist die Möglichkeit einer erheblichen Beeinträchtigung im Rahmen einer FFH-Verträglichkeitsprüfung zu untersuchen. Sind erhebliche Beeinträchtigungen auch im Rahmen dieser Prüfung nicht auszuschließen, ist das Vorhaben unzulässig und kann nur im Wege eines Abweichungsverfahrens zugelassen werden. Im Artenschutz kommt es hingegen nicht darauf an, ob eine Beeinträchtigung eintreten könnte, sondern ob die Verbotstatbestände tatsächlich verwirklicht werden. Daher können die strengen Anforderungen der FFH-Verträglichkeitsprüfung nicht auf den Artenschutz übertragen werden.<sup>12)</sup> Das Bundesverwaltungsgericht sieht dafür mehrere Gründe.<sup>13)</sup> So kenne der Artenschutz ein der FFH-Verträglichkeitsprüfung entsprechendes formalisiertes Prüfungsverfahren nicht. Weiterhin bestünden wesentliche Unterschiede in den Schutzobjekten. Der FFH-Gebietsschutz beziehe sich auf einen in vorgegebenen Grenzen festgelegten Naturraum mit feststehenden Schutzziele. Somit werde das Gebiet nicht in seiner vollständigen Habitat- und Artenvielfalt geschützt, sondern nur wegen der Arten und Lebensräume, die als Erhaltungsziele definiert sind. Insofern ist auch die Bestandsaufnahme auf diese Arten und Lebensräume gerichtet und beschränkt. Beim Artenschutz hingegen bereite schon die Abgrenzung des Untersuchungsraums Probleme, da nicht feststehe, wie trassen- oder standortnah er abzugrenzen sei. Entsprechend der Reichhaltigkeit des Raumes könne die Liste der näher zu untersuchenden Tier- und Pflanzenarten sehr umfangreich sein. Ungewissheit könne auch bestehen, „ob eine Art sicher oder nur möglicherweise vorkommt oder ob dies auszuschließen ist“. Unsicher sei weiterhin, „ob es zu erheblichen Beeinträchtigungen kommen kann, wie wirksam gegebenenfalls anzuordnende Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen sind und welche Auswirkungen verbleibende Risiken im Ergebnis auf den Erhaltungszustand der Population haben können“. An die Bestandserfassung für die artenschutzrechtliche Beurteilung können daher nicht dieselben Anforderungen gestellt werden wie an die Bestandserfassung von Lebensraumtypen und Habitaten in Natura-2000-Gebieten. Allerdings stellt sich der Artenschutz nicht derart kompliziert dar, wie das Gericht befürchtet, da die betroffenen Arten zahlenmäßig eingrenzbar sind.<sup>14)</sup>

<sup>10)</sup> EuGH, Urteil vom 10.1.2006 – C 98/03, NuR 2006, 166.

<sup>11)</sup> Zu Verwaltungsverfahren, bei den letztlich eine Prognose erforderlich ist, s. 4.2.

<sup>12)</sup> BVerwG, Beschl. vom 23.11.2007 – 9 B 38.07, NuR 2008, 176, 181, Rdnr. 37.

<sup>13)</sup> BVerwG, Urteil vom 9.7.2008 – 9 A 14.07, Rdnr. 57,58, (Bad Oeynhausen).

<sup>14)</sup> Von den ca. 100 Arten des Anhang IV FFH-RL sind ca. 50 extrem selten, so dass ca. 50 planungsrelevante Arten gegeben sind. Von den ca. 300 Vogelarten sind ca. 50 Neozoen (neu eingewanderte Arten) und Brutvögel ohne festes Verbreitungsgebiet. Diese Arten treten zudem nicht alle gleichzeitig auf.

## 1.2 Der Tötungstatbestand

Töten setzt voraus, dass einem Tier das Leben genommen wird. Der Angriff richtet sich gegen das Leben selbst.<sup>15)</sup> Der Tatbestand ist verwirklicht, wenn unmittelbar auf ein Tier zugegriffen wird, sei es durch Waffen, Gift oder unmittelbare Gewalt. Schwieriger ist die Situation, wenn die Tötung indirekt erfolgt, zum Beispiel durch technische Vorgänge oder Handlungen Dritter. Fraglich ist, in wie weit zum Beispiel Kollisionen von Tieren mit Windkraftanlagen oder Fahrzeugen auf Straßen, die zu einer Tötung führen, dem jeweiligen Projekt zugerechnet werden können. Solange das deutsche Artenschutzrecht nicht vom europäischen Recht dominiert wurde, gab es das Problem nicht, denn der Artenschutz war von seinem Ansatz her ein strafrechtlicher Schutz der Tiere und Pflanzen.<sup>16)</sup> „Technik und Verkehr bringen oft unvermeidbar den Tod“, doch erfüllte das nicht den Tatbestand der Tötung.<sup>17)</sup> Verwaltungsrechtlich war der Täter zugleich Störer im polizeirechtlichen Sinne, so dass er insoweit zur Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes verpflichtet war. Weitergehende Überlegungen, zum Beispiel eine Tötung durch eine verwaltungsrechtlich genehmigte Tätigkeit, waren damals nicht vorstellbar. Einhellige Rechtsauffassung war, dass der Tatbestand zielgerichtet erfüllt werden musste. Der Tod des Tieres war das Ziel der Handlung, ein In-Kauf-Nehmen des Erfolges reichte nicht aus.<sup>18)</sup> Der EuGH hat den Tatbestand durch die „Caretta-Entscheidung“ ausgeweitet.<sup>19)</sup> Das Gericht nimmt eine Tötung im Sinne der artenschutzrechtlichen Verbote auch bei bedingtem Vorsatz an, also auch dann, wenn die Tötung bei der Handlung nicht beabsichtigt ist, aber mit hoher Wahrscheinlichkeit in Kauf genommen wird.<sup>20)</sup>

Der VGH Mannheim geht davon aus, dass Töten ein zielgerichtetes methodisches Vorgehen gegen die Tiere verlangt. Dies schließt das Gericht aus dem Zusatz in Art. 5 a) V-RL, der eine Tötung der Tiere „ungeachtet der angewandten Methode“ untersagt. Daher können Kollisionen von Tieren mit Fahrzeugen auf Straßen den Tatbestand der Tötung nicht erfüllen. Allenfalls beim bewussten Überbau regelmäßig genutzter Wanderkorridore könnte eine Tötung vorliegen. Bei europäischen Vogelarten geht das Gericht davon aus, dass es derartige Korridore

nicht gibt. Nur bei den durch Anhang IV FFH-RL geschützten Arten soll ein erweiterter Tötungsbegriff gelten.<sup>21)</sup>

Das BVerwG geht von einem weiteren Tötungsbegriff aus. Eine Tötung liegt vor, wenn sie sich als unabweisliche Konsequenz einer Handlung erweist.<sup>22)</sup> Das Tötungsverbot ist durch Kollisionen von Tieren mit Fahrzeugen nicht erfüllt, wenn nur einzelne Exemplare durch den Autoverkehr getötet werden. Dies sieht das Gericht als ein „allgemeines Lebensrisiko“ für die Tiere an.<sup>23)</sup> Der Tötungstatbestand wird nach seiner Auffassung erst erfüllt, wenn das konkrete Vorhaben das Risiko einer Tötung von Tieren signifikant erhöht.<sup>24)</sup> Eine signifikante Erhöhung des Lebensrisikos setzt nach Auffassung des VGH Kassel voraus, dass die Kollisionen mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit eintreten. Bei Ereignissen, die nur selten eintreten, „kann angesichts der fehlenden Voraussehbarkeit des Ereignisses nicht mehr von einer absichtlichen Tötung“ ausgegangen werden.<sup>25)</sup>

Die Gefahr von Kollisionen von Tieren mit Fahrzeugen oder Anlagen führt nur dann zu einer Tötung gemäß § 42 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG, wenn sich das Risiko des Todes signifikant erhöht. Davon ist insbesondere auszugehen, wenn die Tiere mit beweglichen Gegenständen wie Autos oder Windkraftanlagen konfrontiert werden, deren Bewegung und Geschwindigkeit sie nicht berechnen können. Unbeweglichen Anlagen hingegen können Tiere regelmäßig ausweichen, so dass eine Tötung nicht vorliegt, wenn Einzelne und in Sonderfällen auch viele Tiere damit kollidieren. Sollten unter ungünstigen Bedingungen tatsächlich Kollisionen vorkommen können, liegt keine Tötung vor, wenn dieses Ereignis nicht mit einer hohen Wahrscheinlichkeit vorherzusehen ist. Ansonsten liegt auch dieses Ereignis im Bereich des „allgemeinen Lebensrisikos“ der Tiere. Unbewegliche Anlagen können allerdings eine Tötung bewirken, wenn eine Gefahrerhöhung auf Grund der Gestaltung eines Gebäudes eintritt, zum Beispiel wenn das Gebäude wegen einer kompletten Verglasung für die Tiere nicht erkennbar ist und somit eine hohe Wahrscheinlichkeit gegeben ist, dass sie damit kollidieren und zu Tode kommen.

<sup>15)</sup> LORZ/MÜLLER/STÖCKL, BNatSchG, 2. Aufl. München 2003, § 42 Rdnr. 5.

<sup>16)</sup> LORZ, Naturschutz-, Tierschutz- und Jagdrecht, Kommentar, 2. Aufl., München 1967, S. 115.

<sup>17)</sup> LORZ (Fn. 15), S. 118.

<sup>18)</sup> LOUIS, Bundesnaturschutzgesetz, Kommentar der unmittelbar geltenden Vorschriften, Braunschweig 1994, § 20f Rdnr. 5.

<sup>19)</sup> EuGH, Urteil vom 30. 1. 2002 – Rs. C-103/00, NuR 2004, 596 ff.

<sup>20)</sup> EuGH (Fn. 19), S. 596/597, Rdnr. 34 und 35; LOUIS NuR 2004, 557, 559.

<sup>21)</sup> VGH Mannheim, Urteil vom 25.4.2007 – 5 S 2243/05, NuR 2007, 685, 686, ebenso, VGH München, Urteil vom 28.1.2008 – 8 A 05.40018, NuR 2008, 582, 583.

<sup>22)</sup> BVerwG (Fn. 12), Rdnr. 91.

<sup>23)</sup> So auch die Begründung zur „kleinen Novelle“, BT-Drs. 16/5100, S. 11 zu § 42.

<sup>24)</sup> BVerwG (Fn. 12) Rdnr. 91; BVerwG, Urteil vom 12.3.2008 - 9 A 3.06, NuR 2008, 633, 653, Rdnr. 220.

<sup>25)</sup> VGH Kassel, Urteil vom 16.7.2008 – 11 C 1975/07.T, NuR 2008, 785, 804.

Eine Veränderung der Ernährungsgrundlage von Tieren führt regelmäßig nicht zu einer Tötung. Eine Tötung kann nur gegeben sein, wenn der Verlust der Nahrungsgrundlage mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit den Tod der Tiere oder ihres Nachwuchses herbeiführt. Dafür bedarf es nicht nur einer hohen Wahrscheinlichkeit des Verlusts der Nahrungsgrundlage, sondern auch einer hohen Wahrscheinlichkeit, dass dies den Tod der Tiere herbeiführt. Es dürfen in dem für die Tiere erreichbaren Umfeld keine anderen ausreichenden Nahrungsgrundlagen vorhanden sein. Befinden sich Nahrungshabitate in weiterer Entfernung, so dass die Eltern weniger Nahrung heranschaffen können oder die Jungen aufgrund der selteneren Rückkehr der Alten Prädatoren zum Opfer fallen, erfüllt das nicht den Tatbestand der Tötung nach § 42 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG. Diese Probleme sind im Rahmen der Beeinträchtigung der Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts in der Eingriffsregelung zu behandeln und zu lösen.

Keine Tötung liegt zudem vor, wenn auf Grund geänderter Bedingungen die Gefahr von Seuchen erhöht wird. Erhöht sich die Wassertemperatur an einer Einleitstelle in ein Gewässer und besteht nun die Gefahr, dass Vögel sich mit Krankheiten infizieren, ist der Tötungstatbestand regelmäßig nicht erfüllt, weil die Kausalkette zu unsicher ist. Das wäre nur dann anders, wenn die Krankheit mit hoher Wahrscheinlichkeit auftritt und eine sehr hohe Mortalitätsrate hat. Dagegen reicht die Gefahr einer Seuche nicht aus, um den Tötungstatbestand zu erfüllen. Diese Probleme sind in einer FFH-Verträglichkeitsprüfung zu berücksichtigen oder, wenn es diese Prüfung nicht gibt, im Rahmen der Eingriffsregelung unter dem Gesichtspunkt der Beeinträchtigung der Funktions- und Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts.

### 1.3 Der Lebensstättenschutz

#### 1.3.1 Abgrenzung der Lebensstätten

Der Lebensstättenschutz findet sich in § 42 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG. Geschützt werden „Fortpflanzungs- und Ruhestätten“. Die Begriffe sind Art. 12 Abs. 1 d FFH-RL entliehen.

#### Fortpflanzungsstätten

Fortpflanzungsstätten sind Stätten, die für eine erfolgreiche Fortpflanzung erforderlich sind. Dazu gehö-

ren nicht nur die Orte, an denen konkret eine Fortpflanzung stattfindet, sondern alle Stätten, die eine erfolgreiche Aufzucht des Nachwuchses sicherstellen, zum Beispiel Balzplätze und Aufzuchtstätten, an denen der Nachwuchs betreut wird, selbst wenn die Fortpflanzung selbst dort nicht erfolgt ist. Die Funktion einer Fortpflanzungsstätte endet erst, wenn der Bruterfolg abgeschlossen ist und die Jungen die Stätte verlassen. Sie müssen dann nicht selbstständig sein und ein Leben ohne die Eltern führen können; relevant ist, dass die konkrete Aufzuchtstätte nicht mehr benötigt wird.

Der Schutz besteht auch für den Zeitraum, in dem die Lebensstätten nicht genutzt werden, wenn eine regelmäßige Wiedernutzung erfolgt.<sup>26)</sup> Werden konkrete Brutstätten nicht wieder oder von anderen genutzt, die darauf nicht zwingend angewiesen sind, entfällt der Schutz, sobald die Lebensstätte für den Fortpflanzungserfolg nicht mehr benötigt wird. Werden Habitatstrukturen dergestalt verändert oder beseitigt, dass auch an anderer Stelle keine neue Fortpflanzungsstätte geschaffen werden kann, liegt die Zerstörung einer Lebensstätte vor. Potenzielle Lebensstätten fallen hingegen nicht unter die Verbotsstatbestände.<sup>27)</sup> Werden Spechthöhlen außerhalb der Fortpflanzungszeiten beseitigt, liegt keine Zerstörung von Lebensstätten vor, da Spechte ihre Höhlen neu bauen. Die Tatsache, dass diese verlassenen Höhlen in Zukunft Fledermäusen dienen können, führt nicht dazu, dass damit Lebensstätten der Fledermäuse zerstört werden, da es sich um potenzielle Lebensstätten handelt.<sup>28)</sup>

Der Begriff der „Fortpflanzungsstätte“ umfasst die bisher geschützten Nist- und Brutstätten. Dazu gehören auch „Nester“ nach Art. 5 b V-RL<sup>29)</sup>, sowie die für die Lebensstätte erforderliche Umgebung wie Horstbäume und Nisthilfen, Brutfelsen, aber auch Wandflächen unter Dachrinnen, an denen Mauersegler bisher gebrütet haben. Unzulässig ist es zum Beispiel Balken, auf denen Rauchschnalben immer wieder nisten, von der Außenwelt zu isolieren und für die Vögel unzugänglich zu machen, hierin liegt die Zerstörung des Standortes einer Fortpflanzungsstätte.

Nahrungsstätten und -habitate sind nicht geschützt.<sup>30)</sup> Ausnahmsweise kann sich der Schutz der Fortpflanzungsstätte auch auf die Nahrungsstätte erstrecken,

<sup>26)</sup> VGH Kassel, Urt. v. 21.2.2008 – 4 N 869/07, NuR 2008, 352, 355; interessant sind hier die Ausführungen von LORZ (Rn. 15), S. 118, der zu § 12 NatSchVO 1936 ausführt, dass auch leere und verlassene Nester geschützt sind. Er schließt das aus § 12 Abs. 3 NatSchVO, nach dem solche Nester vom 1. Oktober bis Ende Februar entfernt werden dürfen. Die Regelung wäre überflüssig, wenn die Nester nicht auch in dieser Zeit geschützt wären. Diese Regelungen bestehen auch heute, allerdings wird der Schutz der Nester als allgemeiner Artenschutz durch Landesrecht verwirklicht, während der besondere Artenschutz nunmehr Bundesrecht ist. Die Aufteilung des Naturschutzes zwischen Bund und Ländern erweist sich auch hier als nachteilig. Die Länder können keine Ausnahmen zu den unmittelbar geltenden Vorschriften des Bundes erlassen. Damit kann aus der Freistellung der Nester von dem Beseitigungsverbot für bestimmte Zeiträume nicht mehr zwingend geschlossen werden, dass alle Nester – auch die unbenutzten, außerhalb des Zeitraums nach § 42 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG geschützt sind, so logisch die Überlegungen auch sind.

<sup>27)</sup> BVerwG, Urt. V. 12.3.2008 – 9 A 3.06, NuR 2008, 633, 654, Rdnr. 222.

<sup>28)</sup> BVerwG (Fn. 12), Rdnrn. 75, 100.; a.A. OVG Brandenburg, Besch. v. 5 März 2007 – OVG 22 S. 19.07, ZUR 2007, 546 ff.; so auch die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung zu Änderungsvorschlägen des Bundesrates, BT-Drs. 16/5100, S. 18 zu Nr. 4.

<sup>29)</sup> BT-Drs. 15/5100, S. 11 zu Nr. 7.

wenn der Fortpflanzungserfolg unmittelbar von der Existenz der Nahrungsstätte abhängig ist. Führt die Zerstörung einer Nahrungsstätte zum Verhungern eines Teils der Nachkommen in der Fortpflanzungsstätte, ist das Nahrungshabitat als Teil der Fortpflanzungsstätte anzusehen. Eine Verschlechterung der Ernährungssituation alleine genügt nicht, es muss eine konkrete Gefahr für den Fortpflanzungserfolg gegeben sein.

### Ruhestätten

Unter einer „Ruhestätte“ versteht man Bereiche, in die sich Tiere nach der Nahrungssuche oder Auseinandersetzungen mit Artgenossen oder Feinden zurückziehen. Es sind Bereiche die für das Überleben eines Tieres oder einer Gruppe von Tieren während der nicht aktiven Phase erforderlich sind.<sup>31)</sup> Dazu gehören die früher geschützten Zufluchtstätten ebenso wie früher geschützte Wohnstätten. Ruhestätten dienen der Wärmeregulierung, zum Beispiel bei Reptilien und Schmetterlingen, der Rast, dem Schlaf oder der Erholung, als Versteck, zum Schutz oder als Unterschlupf für die Überwinterung, insbesondere dem Winterschlaf.

Die Lebensstätten sind nur in ihrer konkreten Funktion geschützt. Da nur die nicht aktiven Phasen geschützt sind, unterliegen andere Phasen nicht dem Schutz, auch wenn sie in der Ruhestätte stattfinden. Sind die Ruhestätten zugleich Nahrungshabitate, erweitert sich der Schutz nicht auf diese Funktion. Nur wenn es außerhalb der Ruhestätten keinerlei erreichbare Nahrungshabitate gibt, so dass die Ruhestätten aus diesem Grund aufgegeben werden müssten, ist auch die Funktion als Nahrungshabitat geschützt.

### 1.3.2 Zerstörung, Beschädigung und Naturentnahme

Die Lebensstätten sind gegen eine Zerstörung, eine Beschädigung und die Entnahme aus der Natur geschützt. Die Trias der Verbote spricht dafür, dass eine Beschädigung oder eine Zerstörung materielle Veränderungen an der Lebensstätte oder der unmittelbaren Umgebung erfordert, die die Funktionsfähigkeit der Stätte beeinträchtigen oder aufheben. Würde es auf eine substanzielle Veränderung nicht ankommen, so wäre eine Naturentnahme immer zugleich eine Zerstörung, weil die Funktion der Lebensstätte völlig verloren geht. Wenn der Gesetzgeber aber die Naturentnahme gesondert erwähnt, spricht einiges dafür, dass er die Naturentnahme nicht als Zerstörung oder Beschädigung ansieht, wenn sie

ohne eine materielle Veränderung der Lebensstätte erfolgt. Es wird das komplette Nest der Natur entnommen, ohne es selbst zu beeinträchtigen. Wird die Lebensstätte an einen anderen Ort verbracht, wo sie weiterhin ihre Funktion wahrnehmen kann, handelt es sich nicht um eine Naturentnahme.<sup>32)</sup>

Beschädigung und Zerstörung setzen eine nicht ganz unerhebliche Verletzung der Substanz der Lebensstätte oder der unmittelbaren Umgebung voraus. Es wird eine Mangelhaftigkeit herbeigeführt.<sup>33)</sup> Die Zerstörung führt zur vollständigen Unbrauchbarkeit, die Beschädigung zu einer partiellen Mangelhaftigkeit. Hierzu genügt jede physische oder chemische Einwirkung auf die Lebensstätte. Dazu gehört das Hinzufügen oder Wegnehmen von Stoffen, zum Beispiel das Verschließen des Eingangs zu einer Lebensstätte. Auch chemische Einwirkungen genügen. Führt der Geruch eines Menschen nach der Berührung der Lebensstätte oder des Jungtiers dazu, dass sie nicht mehr genutzt wird oder die Betreuung der Jungen aufgegeben wird, liegt darin eine Beschädigung. Erforderlich ist aber, dass das geschützte Objekt selbst betroffen ist, eine mittelbare Beeinträchtigung genügt nicht. Natürlich Vorgänge wie zum Beispiel Sukzession oder der Wiederanstieg des Grundwassers nach Aufgabe der Wasserhaltung können zu keiner Beschädigung oder Zerstörung einer Fortpflanzungs- oder Ruhestätte führen. § 42 Abs. 1 BNatSchG verbietet aktives Tun, nicht dagegen ein Unterlassen. Ein Unterlassen kann nur dann ein Verbot erfüllen, wenn auf Grund rechtlicher Vorschriften oder vertraglicher Vereinbarungen eine besondere Pflicht besteht, durch aktives Tun ein bestimmtes Ergebnis zu verhindern.<sup>34)</sup> Dazu bietet § 42 Abs. 1 BNatSchG keinerlei Anhaltspunkte. Das Aufstellen einer Vogelscheuche vor einem Nest ist eine Beeinträchtigung, da der Fortpflanzungsstätte etwas hinzugefügt wird.<sup>35)</sup> Dagegen genügt eine Beschallung nicht, auch wenn die Lebensstätte dadurch ihre Funktion verliert.<sup>36)</sup>

### 1.4 Die Störungsverbote

Nach § 42 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG ist es verboten, wild lebende Tiere der streng geschützten Arten und der europäischen Vogelarten während der Fortpflanzungs-, Mauser-, Überwinterungs- und Wanderzeiten erheblich zu stören.

#### 1.4.1 Der Begriff der Störung

Eine Störung ist gegeben, wenn eine Einwirkung auf das Tier erfolgt, die von diesem als nachteilig reali-

<sup>30)</sup> BVerwG (Fn. 12), Rdnr. 99.

<sup>31)</sup> EU-Kommission, Guidance document on the strict EU protection of animal species of Community interest under the Habitat-Directive 92/43 EEC, Final Version, February 2007, S. 47.

<sup>32)</sup> LOUIS (Fn. 18) § 20f Rdnr. 11.

<sup>33)</sup> So schon LORZ (Fn. 15), zu § 12 NatSchVO, S. 118; diese Definition übernehmen auch LORZ/MÜLLER/STÖCKEL (Fn. 14), § 42 Rdnr. 8.

<sup>34)</sup> Eine so genannte Garantienpflicht.

<sup>35)</sup> Anders noch LOUIS (Fn. 18), § 20f Rdnr. 12.

<sup>36)</sup> Siehe auch unter 1.4.1.

siert wird. Eine Störung setzt also eine negative Wahrnehmung bei dem gestörten Tier voraus. Sie erfordert eine unwillkommene Einwirkung auf die psychische Verfassung eines Tieres.<sup>37)</sup> Die Handlung muss geeignet sein, bei dem Tier eine Reaktion wie zum Beispiel Unruhe oder Flucht hervorzurufen.<sup>38)</sup> Die Störung von Tieren wird häufig mit deren Beunruhigung gleichgesetzt.<sup>39)</sup> Eine Störung kann bau- oder betriebsbedingt eintreten.<sup>40)</sup> Zu den Störungen gehören insbesondere Auswirkungen wie Lärm, Licht oder Bewegungsreize, die auf die betroffenen Tiere einwirken. Deutlich wird aber, dass eine Störung nur vorliegen kann, wenn das Tier sie überhaupt wahrnimmt. Hingegen liegt keine Störung vor, wenn sich zum Beispiel der Lebensraum verschlechtert oder andere Ereignisse eintreten, die von dem Tier nicht unmittelbar realisiert werden. Eine Trennung von Lebensbereichen stellt keine Störung dar, solange sie von den Tieren nicht als beeinträchtigend oder beunruhigend erlebt wird.<sup>41)</sup> Bemerkte das Tier die Unterbrechungen von Verbindungen nicht, liegt darin keine Störung, sondern gegebenenfalls ein Verstoß gegen das Tötungsverbot vor, wenn eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos durch die Trennung eintritt. Ansonsten sind solche Unterbrechungen und Lebensraumverschlechterungen als Eingriffe in die Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts in der Eingriffsregelung zu berücksichtigen.

#### 1.4.2 Das Verhältnis der Störung zu den übrigen Zugriffsverboten

Die intensivste Störung eines Tieres ist seine Tötung oder Verletzung. Da beide Tatbestände regelmäßig eine Störung darstellen, tritt die Störung hinter die Tötung zurück. Das Verbot der Tötung und Verletzung stellt die speziellere Norm dar, da sie den intensiveren Eingriff gegen das Tier untersagt.

Bei der Abgrenzung zwischen einer Störung und einer Beschädigung oder Zerstörung einer Lebensstätte ist entscheidend, worauf sich die Handlung auswirkt. Eine Störung beeinträchtigt immer das Tier selbst, wohingegen eine Beschädigung oder Zerstörung Auswirkungen auf die Lebensstätte hat. Beschädigen oder Zerstören setzt eine physische Einwirkung auf die Lebensstätte voraus. Die Störung hingegen lässt die Lebensstätte physisch unverändert, beeinträchtigt ihre Funktionsfähigkeit aber durch Einwirkungen auf die Psyche des Tieres. Das Werfen kleiner Steine ist eine Beschädigung oder Zerstörung einer Lebensstätte, wenn diese dadurch einen Substanzverlust erleidet. Dagegen ist es eine Störung, wenn

die Lebensstätte durch die Steine nicht verändert wird, die Tiere aber ängstlich werden oder fliehen. Insofern kann eine Handlung zugleich die Tatbestandsmerkmale von § 42 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BNatSchG erfüllen. Das ist aber selten der Fall. Verlassen Tiere ihre Lebensstätten, weil diese verlärt werden, so liegt darin keine Beschädigung oder Zerstörung der Lebensstätte vor, da deren Verlassen ausschließlich auf die Einwirkungen des Lärms auf den psychischen Zustand der Tiere zurückzuführen ist. Dies ist typisch für eine Störung.

#### 1.4.3 Die Schutzzeiten

§ 42 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG verlagert die Zugriffsverbote von Orten, nämlich den Nist-, Brut-, Wohn- und Zufluchtstätten, auf bestimmte Zeiten. Dies sind die Fortpflanzungs-, Mauser-, Überwinterungs- und Wanderzeiten. Natürlich sind damit auch automatisch die entsprechenden Stätten geschützt, denn die Fortpflanzung, Mauser, Überwinterung oder Wanderung der Tiere ist immer an Flächen gebunden. Doch sind nun alle Tiere einer Art in den genannten Zeitphasen geschützt, auch wenn das einzelne Tier – aus welchen Gründen auch immer – die geschützten Phasen nicht durchläuft. Somit sind zum Beispiel alle Vögel in der Mauser- oder Brutzeit geschützt, einschließlich der Exemplare, die sich nicht mausern oder nicht brüten.

Auch wenn nur noch bestimmte Zeiten und nicht bestimmte Flächen dem artenschutzrechtlichen Zugriffsverbot unterliegen, kann dies zu einem ganzjährigen Schutz bestimmter Flächen führen. Grünland kann einem ganzjährigen Zugriffsverbot unterliegen, weil es im Laufe des Jahres als Fortpflanzungs-, Mauser-, Überwinterungs- und Wanderfläche dient.

Fortpflanzungszeiten sind Zeiten, in denen die Tiere einer Art die der Fortpflanzung dienenden Verhaltensweisen zeigen. Üblicherweise halten sie sich dann an den unterschiedlichen Fortpflanzungstätten auf. Dazu zählen nicht die Wander- und Überwinterungszeiten, auch wenn die Tiere dort noch die Betreuung der Eltern oder der Gruppe brauchen, um die Route von den Brutplätzen zu den Überwinterungsplätzen und zurück kennen zu lernen. Die Fortpflanzungszeit endet mit dem artgemäßen Verlassen der Fortpflanzungsstätte.

Mauserzeit ist die Zeit, in der Vögel ihr Federkleid wechseln. Sie ist für die Tiere besonders gefährlich, da die Flugfähigkeit eingeschränkt ist, so dass ihnen Nahrungssuche und Flucht erschwert wird.

<sup>37)</sup> LOUIS (Fn. 17), § 20f Rdnr. 16; LORZ/MÜLLER/STÖCKL (Fn. 15), § 42 Rdnr. 8;

<sup>38)</sup> SCHUMACHER/FISCHER-HÜFTLE, Bundesnaturschutzgesetz, Kommentar, Stuttgart 2003, § 42 Rdnr. 17.

<sup>39)</sup> SCHUMACHER/FISCHER-HÜFTLE (Fn. 38) § 42 Rdnr. 17; A. SCHMIDT-RÄNTSCH in GASSNER, Bundesnaturschutzgesetz, Kommentar, 2. Aufl. München 2003, § 42 Rdnr. 10; FELLEBERG in Kerkmann, Naturschutzrecht in der Praxis, Berlin 1007, S. 273.

<sup>40)</sup> FELLEBERG (Fn. 39), S. 273 m.w.N.

<sup>41)</sup> Wie hier: GELLERMANN; weitergehend ohne Begründung: BverwG (Fn. 12), Rdnr. 105. In Rdnr. 108 wird die Unterbrechung der Austauschbeziehungen zwischen den Lebensräumen des Kleinen Wasserfrosches als Störung behandelt, ohne das dargelegt wird, wie die Störung konkret erfolgt.

Überwinterungszeit ist die Zeit, in der sich Tiere vor der kalten Jahreszeit schützen, indem sie entweder in wärmere Gefilde ziehen oder sich in Schutzbereiche zurückziehen, in denen sie mit eingeschränkten Lebensfunktionen den Winter verbringen.

Wanderzeiten sind die Zeiten, in denen die Tiere zwischen den Brutgebieten und den Überwinterungsquartieren unterwegs sind. Geschützt werden sie an den „Trittsteinen“, die sie benötigen, um die Brutgebiete oder Überwinterungsquartiere zu erreichen.

#### 1.4.4 Die Erheblichkeit der Störung

Die Störung muss erheblich sein, um den Tatbestand zu erfüllen. Das ist der Fall, wenn sich der Erhaltungszustand der lokalen Population durch die Störungen verschlechtert. Die gegen die Einbeziehung des Populationsansatzes in den Störungstatbestand erhobenen europarechtlichen Bedenken teilt das Bundesverwaltungsgericht nicht. Es hält § 42 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG für europarechtskonform.<sup>42)</sup> Der Gesetzgeber stellt ausdrücklich auf die lokale Population ab, auch wenn Art. 16 FFH-RL auf den Zustand im Verbreitungsgebiet abstellt. Nach der Begründung der kleinen Novelle 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“.<sup>43)</sup> Die Bestimmung lokaler Populationen kann insbesondere bei Arten mit großen Flächenansprüchen wie Greifvögeln oder Fledermäusen schwierig sein. Bei allgemein häufigen Vogelarten haben die Populationen „naturgemäß Ausdehnungen, die es ihnen ermöglichen, Störungen einzelner Brutreviere zu verkraften, ohne dass die Population als Ganzes destabilisiert wird“.<sup>44)</sup> „Eine Verschlechterung des Erhaltungszustandes ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die Überlebenschancen, der Bruterfolg oder die Reproduktionsfähigkeit vermindert werden, wobei dies artspezifisch für den jeweiligen Einzelfall untersucht und beurteilt werden muss.“<sup>45)</sup>

§ 42 Abs. 5 BNatSchG, der die Möglichkeit von vorgezogenen Ausgleichsmaßnahmen vorsieht, gilt nach seinem Wortlaut nur für die Verbote des § 42 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG und eingeschränkt für die nach § 42 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG. Dennoch sind vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen auch bei einer Störung nach § 42 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG zulässig. Führen die vorgezogenen Ausgleichsmaßnahmen dazu, dass die ökologischen Funktionen der betroffenen Fortpflanzungs- oder Ruhestätten im räumlichen Zusammenhang weiterhin erfüllt werden, dürfte sich der Erhal-

tungszustand der lokalen Population nicht verschlechtern, so dass der Tatbestand des Verbotes nach § 42 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG nicht erfüllt ist.

## 2. Die Privilegierung von nach § 19 BNatSchG zulässigen Eingriffen und von baurechtlichen Vorhaben nach § 21 Abs. 2 S. 1 BNatSchG

Bei nach § 19 BNatSchG zulässigen Eingriffen oder bei Vorhaben nach §§ 30, 33 oder 34 BauGB<sup>46)</sup> (§ 21 Abs. 2 S. 1 BNatSchG) entfallen alle Verbote des § 42 Abs. 1 BNatSchG für die national geschützten Arten. Bei den in Anhang IV FFH-RL aufgeführten Arten und für europäische Vogelarten entfallen die artenschutzrechtlichen Verbote des § 42 BNatSchG hinsichtlich der mit den Vorhaben unvermeidbaren Beeinträchtigungen, soweit die ökologische Funktion der von dem Eingriff oder dem Vorhaben betroffenen Fortpflanzungs- und Ruhestätten im räumlichen Zusammenhang weiterhin erfüllt werden. Diese Funktionalität kann auch durch vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen erreicht werden. Die Regelung greift nur, wenn diese Ausgleichsmaßnahmen im Zeitpunkt der Realisierung des Eingriffs oder des baulichen Vorhabens bereits wirksam sind. Andersfalls treten die Freistellungen von den artenschutzrechtlichen Verboten nicht ein.

### 2.1 Vorhaben im überplanten Bereich

Bei Vorhaben nach § 30 oder § 33 BauGB geht der Gesetzgeber davon aus, dass die Probleme mit den Fortpflanzungs- und Ruhestätten in der Eingriffsregelung nach § 1a Abs. 3 BauGB abgehandelt werden. Die Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Lebensstätten muss im Bauleitplanverfahren, insbesondere im Bebauungsplanverfahren erörtert und sichergestellt werden, um die artenschutzrechtlichen Verbote auszuschließen. Soweit der Bebauungsplan die ökologische Funktion der von den im Bebauungsplan festgesetzten Vorhaben betroffenen Fortpflanzungs- und Ruhestätten im räumlichen Zusammenhang sicherstellt, gegebenenfalls durch vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen, entfallen bei der Errichtung der festgesetzten baulichen Vorhaben die Verbote des § 42 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG. Soweit der Bebauungsplan dies nicht sicherstellt, bleiben für die europäisch geschützten Arten die Verbote in Kraft, so dass bei Errichtung der im Bebauungsplan festgesetzten Vorhaben die Verbote weiterhin wirksam sind, soweit deren Errichtung zu einer Beschädigung oder Zerstörung von Fortpflanzungs- und Ruhestätten europäisch geschützter Tierarten führt. Dann ist im Baugenehmigungsverfahren sicherzustellen, dass die ökologische Funktion der betroffe-

<sup>42)</sup> BVerwG (Fn. 12), Rdnr. 104; zur Kritik siehe GELLERMANN.

<sup>43)</sup> BT-Drs. 16/5100, S. 11 (zu Nr. 7).

<sup>44)</sup> BVerwG, Urt. v. 12.3.2008 - 9 A 3.06, NuR 2008, 633, 656, Rdnr. 258.

<sup>45)</sup> BT-Drs. 16/5100, S. 11 (zu Nr. 7).

<sup>46)</sup> Baugesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. September 2004, BGBl. I S. 2414, zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 21. Dezember 2006, BGBl. I S. 3316.

nen Fortpflanzungs- und Ruhestätten weiterhin erfüllt werden. In der Baugenehmigung sind gegebenenfalls die vorgezogenen Ausgleichsmaßnahmen festzusetzen. Ist es dem Bauherrn nicht möglich, die Voraussetzungen des § 42 Abs. 5 BNatSchG zu erfüllen, ist eine Ausnahme oder Befreiung erforderlich. Eine Ausnahme setzt im konkreten Fall nach § 43 Abs. 8 Nr. 5 BNatSchG ein zwingendes öffentliches Interesse einschließlich solcher sozialer und wirtschaftlicher Art voraus. Diese Anforderungen wird ein durchschnittlicher Bauherr nicht erfüllen können, da sein Vorhaben zumeist rein privatnützig ist. Das kann anders zu beurteilen sein, wenn es um Vorhaben geht, die in erheblichem Umfang Arbeitsplätze schaffen oder Steuereinnahmen hervorrufen. Eine Befreiung nach § 62 BNatSchG könnte erteilt werden, wenn die Durchführung der artenschutzrechtlichen Verbote zu einer unzumutbaren Belastung führen würde. Allerdings ist auch dann sicherzustellen, dass sich der Erhaltungszustand der Populationen der Art im Sinne der Art. 16 FFH-RL nicht verschlechtert. Dieses ungeschriebene Merkmal ist auch § 62 BNatSchG hinzuzufügen, um die Norm europarechtsgemäß anzuwenden.

### **2.2 Vorhaben im nicht überplanten Innenbereich**

Bei Vorhaben im unbeplanten Innenbereich nach § 34 BauGB fehlt der planerische Vorlauf, der die Erhaltung der geschützten Lebensstätten sichern kann. Deswegen hat der Bauherr sicherzustellen, dass die betroffenen Fortpflanzungs- und Ruhestätten im räumlichen Zusammenhang weiterhin ihre ökologische Funktion erfüllen. Dies muss gegebenenfalls durch vorgezogenen Ausgleich sichergestellt werden. Ansonsten gelten die artenschutzrechtlichen Verbote und eine Ausnahme oder Befreiung mit den oben aufgezeigten Problemen wird erforderlich.

### **2.3 Die Erhaltung der ökologischen Funktion im räumlichen Zusammenhang**

§ 42 Abs. 5 BNatSchG setzt voraus, dass die ökologische Funktion der betroffenen Fortpflanzungs- und Ruhestätten im räumlichen Zusammenhang erhalten bleibt. Die ökologische Funktion der Lebensstätten bleibt erhalten, wenn die für eine erfolgreiche Fortpflanzung oder Ruhemöglichkeit erforderlichen Habitatstrukturen in gleicher Qualität und Größe erhalten bleiben. Es darf nicht zu einer Minderung des Fortpflanzungserfolgs beziehungsweise der Ruhemöglichkeiten für das Individuum oder die Individuengruppe der betroffenen Fortpflanzungs- oder Ruhestätten kommen.

Ausschlaggebend ist zunächst das Individuum oder die Individuengruppe, die die von dem Eingriff oder Vorhaben unmittelbar betroffenen Fortpflanzungs- oder Ruhestätten nutzt. Dann ist die Einbindung der

betroffenen Lebensstätten in den Verbund direkt benachbarter Lebensstätten zu betrachten und zu prüfen, ob deren ökologische Funktion erhalten bleibt, wobei die lokale Individuengemeinschaft in die Betrachtung eingeschlossen wird, die eine abgegrenzte Gesamtheit von räumlich unmittelbar zusammenhängenden Fortpflanzungs- oder Ruhestätten nutzt. Die dieser lokalen Individuengemeinschaft zur Verfügung stehenden Lebensstätten sind dahingehend zu beurteilen, ob sie auch den betroffenen Individuen oder Individuengruppen zur Verfügung stehen. Ist das nicht oder nur eingeschränkt der Fall, müssen die vorgezogenen Ausgleichsmaßnahmen (CEF-Maßnahmen) in eben diesem räumlichen Zusammenhang der unmittelbar betroffenen Individuengruppe oder der lokalen Individuengemeinschaft zur Verfügung gestellt werden. Sicherzustellen ist, dass im Zeitpunkt des Eingriffs die CEF-Maßnahmen wirksam sind, ansonsten bedarf es einer Ausnahme oder Befreiung, auch wenn die Genehmigung für das Vorhaben bereits erteilt wurde, weil davon ausgegangen wurde, dass § 42 Abs. 5 BNatSchG greift. Wird § 42 Abs. 5 BNatSchG zu unrecht angewendet, werden die Verbote des § 42 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG nicht mehr ausgeschlossen, sondern sind wieder wirksam. Diese Verbote können aber nur durch eine Ausnahme oder eine Befreiung überwunden werden.

## **3. Die Ausnahmen nach § 43 Abs. 8 BNatSchG**

Soweit die Erhaltung der ökologischen Funktion der betroffenen Lebensstätten nach § 42 Abs. 5 BNatSchG nicht möglich ist, bedarf ein Vorhaben oder ein Plan, der gegen § 42 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG verstößt, einer Ausnahme nach § 43 Abs. 8 BNatSchG (zur planerischen Bewältigung des artenschutzrechtlichen Ausnahmeverfahrens siehe Wulfert in diesem Band). Die Ausnahmen nach den Nummern 1 bis 3 kommen für Vorhaben und Pläne ohnehin nicht in Betracht.

### **3.1 Die Ausnahme nach § 43 Abs. 8 Nr. 4 BNatSchG**

Nach § 43 Abs. 8 Nr. 4 BNatSchG kann „im Interesse der Gesundheit des Menschen, der öffentlichen Sicherheit, einschließlich der Landesverteidigung und des Schutzes der Zivilbevölkerung, oder der maßgeblich günstigen Auswirkungen auf die Umwelt“ eine Ausnahme erteilt werden. Vorhaben und Planungen, die diesen Anforderungen gerecht werden, erfüllen zugleich die Anforderungen der Ausnahme nach Art. 9 Abs. 1 a) -1 V-RL. Die Ausnahme „im Interesse der Gesundheit“ kann auch auf Infrastrukturmaßnahmen wie Umgehungsstraßen angewendet werden, zum Beispiel wenn eine deutliche Entlastung innerörtlicher Straßen vom überregionalen Verkehr zu erwarten ist. Diese kann zu einer deutlichen Verbesserung der Belastung der Menschen durch Lärm und Luftschadstoffe führen und somit der Gesundheit dienen.<sup>47)</sup> An den Nachweis dieser Entlastung sind aller-

<sup>47)</sup> BVerwG (Fn. 12), Rdnr. 125, 126.

dings strenge Anforderungen zu stellen, wenn es sich um die Beeinträchtigung prioritärer Lebensraumtypen oder Arten in Gebieten von gemeinschaftlicher Bedeutung handelt. Dagegen genügt es bei sonstigen Lebensraumtypen und Arten nach den Anhängen I und II FFH-RL, dass der Abweichungsgrund in der Zulassungsentscheidung plausibel dargelegt wird oder augenscheinlich und für jedermann greifbar ist. Diese geringeren Anforderungen gelten auch im Artenschutz und damit für § 48 Abs. 8 Nr. 4 BNatSchG.<sup>48)</sup>

### 3.2 Die Ausnahme nach § 43 Abs. 8 Nr. 5 BNatSchG

Weiterhin kann eine Ausnahme „aus anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art“ nach § 43 Abs. 8 Nr. 5 BNatSchG erteilt werden. Die öffentlichen Interessen bestehen aus einem Konglomerat unterschiedlichster Bereiche, die keineswegs homogen sind, sondern sich widersprechen. Im Wege abgestufter Abwägungsentscheidungen in vorbereitenden Verfahren oder im Verwaltungsverfahren selbst werden bestimmte öffentliche Interessen zurückgestellt und andere bevorzugt. Diese Abwägungen sind im Rahmen des § 43 Abs. 8 Nr. 5 BNatSchG nicht mehr aufzugreifen, sondern es sind ausschließlich die „überlegenen“ öffentlichen Interessen gegen die Belange des europäischen Naturschutzes abzuwägen. Die Rechtsprechung berücksichtigt nur diejenigen öffentlichen Interessen im Rahmen einer FFH-Verträglichkeitsprüfung, die für das Vorhaben sprechen, also in der Abwägung obsiegt haben. Dabei ist zum Beispiel bei Autobahnen mit Sicherheit davon auszugehen, dass sie negative Auswirkungen auf die Erholungsfunktion einer Landschaft haben, worin sicherlich ein öffentliches Interesse liegt.<sup>49)</sup> Auch in der Bauleitplanung wird so agiert,<sup>50)</sup> obwohl doch gerade § 1 Abs. 6 BauGB eine Vielzahl von Belangen aufführt, die zu berücksichtigen sind. Das OVG Lüneburg<sup>51)</sup> stellt zum Beispiel in einer wasserrechtlichen Planfeststellung bei den öffentlichen Interessen alleine auf die wasserwirtschaftlich relevanten Gesichtspunkte ab, obwohl es bei einem Tiefseehafen sicherlich auch andere öffentliche Belange gibt, die gegen einen solche Hafen sprechen.

#### 3.2.1 Festlegung des öffentlichen Interesses durch Standortentscheidungen innerhalb oder außerhalb des konkreten Verwaltungsverfahrens

Zur Bestimmung des Standortes von Anlagen oder Projekten gibt es in Deutschland im Wesentlichen zwei Verfahren: Die Planfeststellung und das Bauplanungsrecht.

### Das Planfeststellungsverfahren

Bei einer Planfeststellung findet eine Planabwägung statt, in der alle für und gegen das jeweilige Vorhaben streitenden öffentlichen und privaten Interessen gegeneinander in ein Verhältnis gesetzt und abgewogen werden. Dabei findet auch eine Abwägung der widerstreitenden öffentlichen Interessen statt. Diejenigen Interessen, die in der Abwägung obsiegen, bestimmen den weiteren Gang des Verfahrens. Obsiegen die gegen das Vorhaben streitenden Interessen, wird die Planfeststellung abgelehnt. Obsiegen die dafür streitenden Interessen, geht das Verfahren weiter. Kommt es nun zu einer Ausnahme nach § 43 Abs. 8 Nr. 5 oder einer FFH-Verträglichkeitsprüfung nach § 34 Abs. 3 bis 5 BNatSchG, sind die öffentlichen Interessen gegen die Interessen des Naturschutzes abzuwägen. Dabei kann es sich nur noch um die für das Vorhaben streitenden Interessen handeln, denn die anderen öffentlichen Interessen sind in der Planabwägung bereits ausgeschieden. Diese Interessen in die Abwägung nach den §§ 34 Abs. 2 Nr. 1 und 43 Abs. 8 Nr. 5 BNatSchG einzubeziehen, würde die eigentliche Planabwägung unterlaufen und damit zu einer unzulässigen doppelten Berücksichtigung der unterlegenen öffentlichen Interessen führen. Insofern ist die Rechtsprechung konsequent, wenn sie nur diejenigen öffentlichen Interessen berücksichtigt, die in der Planabwägung obsiegt haben. Die Nichtberücksichtigung der unterlegenen Interessen ist insoweit zwingend.

### Das Bauplanungsrecht

In anderen Zulassungsverfahren, zum Beispiel einem förmlichen Verfahren nach § 10 oder einem einfachen Verfahren nach § 19 BImSchG findet keine Planabwägung statt. Die Genehmigung ist eine gebundene Entscheidung. Allerdings werden die Standortentscheidungen für Anlagen nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz nicht auf Grund des BImSchG, sondern gemäß § 6 Nr. 2 BImSchG auf Grund des Bauplanungsrechts getroffen, da eine Genehmigung nach § 6 Nr. 2 BImSchG zu versagen ist, wenn andere öffentlich-rechtliche Vorschriften dem Vorhaben entgegenstehen.

Sofern es sich nicht um eine privilegierte Anlage im Außenbereich handelt oder eine Anlage sich ausnahmsweise nach § 34 BauGB in die Umgebung einfügt, wird die Zulässigkeit von Anlagen nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz durch Bebauungspläne festgelegt. § 1 Abs. 6 BauGB zählt für die Berücksichtigung im Bauleitplanverfahren eine Vielzahl von Belangen auf, die nicht einmal abschließend benannt sind, sondern im Einzelfall noch erweitert

<sup>48)</sup> BVerwG (Fn. 12), Rdnr. 125.

<sup>49)</sup> vergleiche BVerwG, Urt. v. 12.3.2008 - 9 A 3.06, NuR 2008, 633, 649, Rdnr. 157 ff.

<sup>50)</sup> vergleiche OVG Koblenz, Urteil vom 13. 2. 2008 - 8 C 10368/07.OVG, NuR 2008, 410, 415; VGH Kassel, Urteil vom 21. 2. 2008 - 4 N 869/07, NuR 2008, 352, 354.

<sup>51)</sup> Beschl. v. 5.3.2008 - 7 MS 114/07, NuR 2008, 265, 266.

werden können. § 1 Abs. 6 BauGB spricht davon, dass „bei der Aufstellung von Bauleitplänen insbesondere“ die nachfolgenden Belange zu berücksichtigen sind. Es ist Aufgabe der Bauleitplanung, alle betroffenen Belange ins Verhältnis zu setzen und gerecht abzuwägen, wie § 1 Abs. 7 BauGB ausdrücklich anordnet. Somit findet die Abwägung aller Belange, die gemäß § 1 Abs. 6 BauGB in der Bauleitplanung zu berücksichtigen sind, abschließend in dieser Planung statt. Dazu gehören nach § 1 Abs. 6 Nr. 7 BauGB die Belange von Natur und Landschaft, also auch das Landschaftsbild, und nach § 1 Abs. 6 Nr. 8 BauGB die Belange der Wirtschaft, wozu auch der Tourismus zählt. All diese Belange hat die Gemeinde gerecht abzuwägen. Das Ergebnis ist dann der Bebauungsplan, der als Satzung ergeht. Wird zum Beispiel ein Gewerbe- oder Industriegebiet festgelegt, muss die Gemeinde dessen Auswirkungen auf die Bevölkerung und auch auf den Tourismus in die Bauleitplanung einstellen und gerecht abwägen. Gibt sie der gewerblichen Nutzung den Vorzug, werden die anderen Belange im weiteren Verfahren nicht berücksichtigt.

### 3.2.2 Die Bindung der Genehmigungsbehörden an den Bebauungsplan

An die Abwägung der öffentlichen Interessen durch die Gemeinde im Bebauungsplan sind die Genehmigungsbehörden gebunden. Der Bebauungsplan, als Satzung verabschiedet, ist eine für alle Behörden und Bürger verbindliche Rechtsnorm. Eine Behörde kann sich von der Bindung an diese Rechtsnorm nur lösen, wenn sie das Recht hat, diese Norm nicht anzuwenden, weil sie sie für rechtswidrig ansieht. Ob einer Behörde eine solche Entscheidung zusteht, ist durchaus umstritten.

Das Bundesverwaltungsgericht unterscheidet von der Nichtigkeitfolge rechtserheblicher „Mängel eines Bebauungsplans (...) die – dem Verfahrensrecht zuzuordnende – Frage (...), wie die Behörden vorzugehen haben, wenn sie überzeugt sind, ein für ihre Entscheidung erheblicher Bebauungsplan sei unwirksam. Eine ausdrückliche Regelung ist nicht ersichtlich. Jedoch folgt aus der Planungshoheit der Gemeinde, dass sie zur Nichtigkeit ihres Bebauungsplanes zu hören und ihr Gelegenheit zu geben ist, Rechtssicherheit herzustellen und die aus der Sicht des Städtebaus gebotenen Konsequenzen zu ziehen. (...) Weiter ist zu erwägen, ob sich aus der „Gerichtsgeprägtheit der Gewaltenteilung“ (Art. 20 Abs. 3, Art. 19 Abs. 4, Art. 93 und 100 GG), dem im Rechtsstaatsgebot verankerten Grundsatz der Rechtssicherheit und dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG ableiten lässt, dass zur Normverwerfung – im Sinne der Nicht-

anwendung mangelbehafteter und daher nichtiger untergesetzlicher Rechtsvorschriften – ausschließlich die Gerichte befugt sind.“<sup>52)</sup>

In diese Richtung geht auch das OVG Münster für Rechtsverordnungen, wenn es ausführt: „Eine Planfeststellungsbehörde hat im Allgemeinen nicht die Kompetenz, bei der Entscheidung über ein Planfeststellungsvorhaben Regelungen einer Wasserschutzgebietsverordnung in der Annahme ihrer Unwirksamkeit unberücksichtigt zu lassen. Gegen eine Normverwerfungskompetenz sprechen vor allem Erfordernisse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit. Denn typischerweise sind untergesetzliche Vorschriften von einer Vielzahl unterschiedlicher Behörden anzuwenden. Bei der Einräumung einer generellen Normverwerfungskompetenz der Behörden würde die Rechtssicherheit zumindest beträchtlichen Risiken ausgesetzt und der Grundsatz der Einheit der Verwaltung weitgehend unberücksichtigt gelassen. Auch ist zu sehen, dass die Behörde die Möglichkeit hat, die Gültigkeitsfrage im Aufsichtswege oder mit Hilfe eines Normenkontrollverfahrens nach § 47 VwGO zu klären. Das lässt für eine behördliche Normverwerfungskompetenz allenfalls in engen Grenzen Raum. (...) Jedenfalls steht einer Behörde nicht die Befugnis zu, sich über eine nicht offensichtlich, das heißt völlig eindeutig, unwirksame untergesetzliche Norm hinwegzusetzen.“<sup>53)</sup>

Aus alledem folgt, dass die Genehmigungsbehörde an die Entscheidung der Gemeinde in einem Bebauungsplan gebunden ist. Es fehlt ihr die Befugnis, die dort getroffene Abwägung durch eine eigene zu ersetzen, auch wenn die Behörde der Meinung ist, die Abwägung ist nicht ordnungsgemäß. Die Festsetzung eines Baugebiets in einem Bebauungsplan bedeutet zwangsläufig eine Entscheidung der Gemeinde für eine bestimmte Grundstücknutzung und damit die Zurückstellung anderer Interessen, die dadurch beeinträchtigt werden. Diese Entscheidung der Gemeinde kann die Genehmigungsbehörde auch nicht im Rahmen einer Ausnahmeentscheidung oder einer FFH-Verträglichkeitsprüfung unterlaufen. Sie ist vielmehr an die Wertung der Gemeinde hinsichtlich widerstreitender öffentlicher Interessen gebunden, soweit diese sich in den Festsetzungen des Bebauungsplans und der Begründung wiederfinden.

### 3.2.3 Europarechtliche Überlegungen

Zu bedenken ist, ob diese dem deutschen Recht entliehenen Überlegungen europarechtlich Bestand haben. Der Europäische Gerichtshof hat sich zu dieser Frage noch nicht geäußert. Hilfreich könnte hier der Leitfaden der Kommission zur Auslegung des Art. 6 Abs. 4 FFH-RL sein. Dort werden unter Punkt 1.3.2 Beispiele aufgeführt, bei denen die Kommission

<sup>52)</sup> BVerwG, Urteil vom 31. Januar 2001, ZfBR 2001, 342.

<sup>53)</sup> OVG NRW, Urteil vom 30. Juni 2005, NuR 2006, 191 [192 f.], vgl. auch die zusammenfassende Darstellung der Inzidentkontrollbefugnisse durch Behörden bei Anders NuR 2007, 657, 660 ff.

zwingende überwiegende Gründe des öffentlichen Interesses bejaht hat. Bei allen dort aufgeführten Projekten (Autobahnen, Hafenausbauten, das DASA-Werk im Mühlenberger Loch, ein Hochgeschwindigkeitszug, ein Kohlebergwerk und ein Staudamm) stellt die Kommission nur auf die positiven Seiten des Projekts ab. Es ist aber kaum vorstellbar, dass diese Projekte nicht auch negative Auswirkungen zum Beispiel auf die Erholungseignung einer Landschaft oder den Tourismus haben. Da die Kommission als Hüterin der europäischen Rechtsvorschriften offensichtlich auch nur die für ein Projekt sprechenden Argumente bei der Festlegung der öffentlichen Interessen berücksichtigt, sind die nationalen Vorschriften, die dies aus rechtssystematischen Gründen ebenfalls verlangen, europarechtskonform und daher beachtlich.

#### 4. Die Durchsetzung der artenschutzrechtlichen Verbote

##### 4.1. Die Durchsetzung im „Alltag“

Die artenschutzrechtlichen Tatbestände des § 42 Abs. 1 BNatSchG sind als Verbote ausgestaltet. Im Verwaltungsrecht gilt, dass die Behörde dem Bürger die Übertretung eines Verbotstatbestandes nachweisen muss, will sie gegen ihn vorgehen. Kann sie diesen Nachweis führen, wird der Betroffene als polizeirechtlicher Störer in Anspruch genommen. Ihm kann die Unterlassung der verbotswidrigen Handlung oder die Wiederherstellung des vorherigen Zustandes aufgegeben werden.

##### 4.2 Die artenschutzrechtlichen Verbote im Zulassungsverfahren

Bei zulassungspflichtigen Vorhaben ist schon im Rahmen des Verwaltungsverfahrens zu prüfen, ob artenschutzrechtliche Verbote verletzt werden. Der Antragsteller braucht im Zulassungsverfahren nicht nachweisen, dass durch sein Vorhaben keine Verbotstatbestände erfüllt werden können. Es reicht die Darlegung, dass dies nicht wahrscheinlich ist. Bestehen berechnete Vermutungen, dass zum Beispiel Tiere durch ein Vorhaben zu Tode kommen, zu den vorgegebenen Schutzzeiten gestört oder ihre Lebensstätten zerstört werden, muss der Antragsteller erläutern, warum sein Vorhaben die Verbotstatbestände nicht erfüllen wird. Besteht nur die Möglichkeit, dass die Verbotstatbestände verwirklicht werden, ohne dass dafür konkrete Anhaltspunkte vorliegen, ist der Vorhabensträger zu keiner weiteren Aufklärung verpflichtet.

Um zu beurteilen, ob die Verbotstatbestände voraussichtlich verwirklicht werden, müssen über die Existenz von Lebewesen oder Lebensstätten Informatio-

nen vorliegen. Auch hier gilt, dass eine Bestandsaufnahme nur erforderlich ist, wenn mit hoher Wahrscheinlichkeit mit der Existenz besonders geschützter Arten<sup>54)</sup> oder deren Lebensstätten zu rechnen ist. Je geeigneter der Lebensraum für besonders geschützte Tier- oder Pflanzenarten erscheint, umso gründlicher sind die Untersuchungen durchzuführen. Doch bedarf es einer genaueren Untersuchung nur, wenn anzunehmen ist, dass die Tiere durch das Vorhaben zu Tode kommen oder ihre Fortpflanzungs- und Ruhestätten beschädigt oder zerstört werden. Das gleiche gilt, wenn streng geschützte Arten oder europäische Vogelarten während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Mauser-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten erheblich gestört werden. Bei wild lebenden Pflanzen der besonders geschützten Arten oder ihren Entwicklungsformen tritt das Verbot des § 42 Abs. 1 Nr. 4 BNatSchG ein, wenn sie oder ihre Standorte beschädigt oder zerstört werden. Maßstab für die Bestandserfassung ist in erster Linie die Gefährdung der Arten. Bestehen keine zwingenden Anhaltspunkte für eine Verwirklichung der Verbote, bedarf es keiner gesonderten Bestandsaufnahme.

Unterliegt ein Vorhaben einer Umweltverträglichkeitsprüfung oder ist die Eingriffsregelung anzuwenden, dürften die dazu erhobenen Daten genügen, um eine Beurteilung der artenschutzrechtlichen Situation vorzunehmen. „Die Untersuchungstiefe hängt von den natürlichen Gegebenheiten des Einzelfalls ab. Lassen bestimmte Vegetationsstrukturen sichere Rückschlüsse auf die faunistische Ausstattung zu, so kann es mit der gezielten Erhebung der insoweit maßgeblichen repräsentativen Daten sein Bewenden haben. Sind von den Untersuchungen keine weiterführenden Erkenntnisse zu erwarten, müssen sie auch nicht durchgeführt werden.“<sup>55)</sup> Damit die Behörde die tatbestandlichen Voraussetzungen der Verbote nach § 42 Abs. 1 BNatSchG prüfen kann, benötigt sie Daten zur Häufigkeit und Verteilung der geschützten Arten und deren Lebensstätten im vom Vorhaben unmittelbar betroffenen Bereich.<sup>56)</sup> Besteht die Wahrscheinlichkeit einer Störung, sollte der Untersuchungsraum die lokale Population umfassen, weil sonst die „Erheblichkeit“ nicht bestimmt werden kann. Erweist sich ein Bereich als geeignetes Habitat für eine bestimmte besonders geschützte Tierart, ist somit zu klären, ob und in welchem Umfang Tiere dieser Art dort vorhanden sind und Lebensstätten unterhalten. Dazu ist eine Bestandsaufnahme vor Ort durch Begehung unverzichtbar, ob weitere Begehungen erforderlich sind, hängt vom Einzelfall ab. Die Behörde ist nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts jedenfalls gehalten, „bereits vorhandene Erkenntnisse und Literatur“ hin-

<sup>54)</sup> Es geht hier nur um die europäisch geschützten Arten.

<sup>55)</sup> BVerwG (Fn. 12), Rdnr. 54.

<sup>56)</sup> BVerwG (Fn. 12), Rdnr. 54.

sichtlich des betroffenen Bereiches sowie „naturschutzfachliche Literatur im Allgemeinen“ auszuwerten.<sup>57)</sup> Eine solche Pflicht der Behörde besteht nach meiner Auffassung nicht. Es ist Aufgabe des Antragstellers, prüffähige Unterlagen vorzulegen. Damit hat er – und nicht die Behörde – die vorhandenen Erkenntnisse und die Literatur auszuwerten und der Behörde vorzulegen. Auch wenn Erkenntnisse bei der Zulassungsbehörde oder einer im Verfahren zu beteiligenden Behörde unmittelbar vorliegen, müssen sie von den Behörden nicht ausgewertet, sondern nur dem Antragsteller zur Verfügung gestellt werden, damit er sie für die Antragsunterlagen verwenden kann.

Gibt es allgemeine Erkenntnisse zu artspezifischen Verhaltensweisen und Habitatansprüchen oder lasen Vegetationsstrukturen einen sicheren Rückschluss auf das Vorhandensein bestimmter Arten zu, so erübrigen sich weitergehende Untersuchungen, wenn auch so naturschutzfachliche Schlussfolgerungen auf das Vorkommen und den Verbreitungsgrad bestimmter Arten gezogen werden können. Auch dürfen Prognosewahrscheinlichkeiten und Schätzungen verwendet werden soweit sie naturschutzfachlich tragfähig sind.<sup>58)</sup> Auf Untersuchungen vor Ort kann verzichtet werden, wenn nur eine sehr aufwändige Bestandsaufnahme zu besseren Ergebnissen führen würde. In solchen Fällen oder wenn verbleibende Erkenntnislücken nicht auszuschließen sind, ist auch eine „worst-case“ Betrachtung zulässig, die die Existenz gefährdeter Arten unterstellt, „sofern (diese Überlegungen) konkret und geeignet sind, den Sachverhalt angemessen zu erfassen“.<sup>59)</sup>

### 4.3 Die artenschutzrechtlichen Verbote im Bauleitplanverfahren

Pläne, insbesondere der Bauleitplanungen, sind zunächst nicht geeignet, die Verbotstatbestände des § 42 Abs. 1 BNatSchG zu erfüllen. Ein Plan an sich bewirkt nichts in der Realität. Erst seine Umsetzung kann zu verbotswidrigen Handlungen führen.<sup>60)</sup> Sofern diese Umsetzung einer Genehmigungspflicht unterliegt, wird der Artenschutz in diesem Verfahren zu beachten sein, ansonsten gelten die Verbote unmittelbar und gegenüber jedermann. Adressat der Ausnahme- oder Befreiungsvorschrift ist nicht der Plangeber, sondern derjenige, der durch die Realisierung der Festsetzungen des Plans die Verbote übertritt.<sup>61)</sup>

Gemeinden haben nach § 1 Abs. 3 BauGB „Bauleitpläne aufzustellen, sobald und soweit es für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist“. Dies setzt voraus, dass der Planung rechtlich

keine unüberwindlichen Hindernisse entgegenstehen, denn ein nicht realisierbarer Plan ist nicht „erforderlich“ im Sinne des § 1 Abs. 3 BauGB und damit nichtig. Bauleitpläne müssen sich den artenschutzrechtlichen Vorschriften nur stellen, wenn die Verbote des § 42 Abs. 1 BNatSchG den Grundzügen der Planung entgegenstehen. Da die Verbote des § 42 Abs. 1 BNatSchG für die national geschützten Arten im beplanten wie unbeplanten Innenbereich nicht gelten, können sie einem Bauleitplan nicht entgegenstehen. Die durch die national geschützten Arten repräsentierten Belange von Natur und Landschaft sind in der Eingriffsregelung zu erfassen, zu bewerten und zu kompensieren.

Dagegen gelten die Verbote zugunsten der europäisch geschützten Arten auch im Innenbereich. Sie müssen in der Bauleitplanung beachtet werden, wenn ansonsten eine Verwirklichung der Planung erschwert oder ausgeschlossen wird. Dies gilt für alle Verbote des § 42 Abs. 1 BNatSchG.

#### 4.3.1 Flächennutzungspläne

Flächennutzungspläne sind regelmäßig Angebotsplanungen, die zudem noch einer Konkretisierung durch einen Bebauungsplan bedürfen. Sie sind zu meist zu vage, um mit den artenschutzrechtlichen Verbote zu kollidieren. Entsprechend der Planungsebene ist zu untersuchen, ob für die nachfolgenden Planungen artenschutzrechtliche Hindernisse auftreten können, für die es dort keine angemessene Lösung mehr gibt. Stellt sich heraus, dass großflächig Lebensstätten betroffen sind, muss der Flächennutzungsplan sich damit auseinandersetzen. Er kann zum Beispiel Flächen für den erforderlichen Ausgleich zur Verfügung stellen. Flächennutzungspläne, die privilegierte Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB steuern, sind keine vorbereitenden Bauleitpläne im eigentlichen Sinne, sondern regeln die Zulässigkeit privilegierter Vorhaben abschließend. Werden auf Grund dieser Planung Lebensstätten beschädigt oder zerstört, bedarf es vorgezogener Ausgleichsmaßnahmen nach § 42 Abs. 5 BNatSchG, soll der Plan nicht rechtswidrig sein. Sind solche Maßnahmen nicht möglich, ist eine Ausnahme nach § 43 Abs. 8 BNatSchG unumgänglich. Eine Befreiung nach § 62 BNatSchG wegen unzumutbarer Belastung dürfte für eine Bauleitplanung kaum möglich sein, da die Umsetzung von Rechtsvorschriften für eine öffentlich-rechtliche Körperschaft keine „unzumutbare Belastung“ darstellen kann. Im Baugenehmigungsverfahren könnte sich der Bauherr auf die Befreiung berufen. Baurechte im Außenbereich sind aber

<sup>57)</sup> BVerwG (Fn. 12), Rdnr. 61.

<sup>58)</sup> Zu alledem: BVerwG (Fn. 12), Rdnr. 63.

<sup>59)</sup> Nur für den Fall der „verbleibenden Erkenntnislücken“, BVerwG (Fn. 12), Rdnr. 63.

<sup>60)</sup> VGH Kassel, Urt. vom 13.2.2008 – 8 C 10368/07.OVG, NuR 2008, 410,411, m.w.N.

<sup>61)</sup> VGH Kassel (60), NuR 2008, 410,411, m.w.N.

eigentumsrechtlich nicht derart gesichert, dass eine Versagung der Baugenehmigung eine unzumutbare Belastung darstellt. Denkbar wäre das allenfalls für land-, forst- oder fischereiwirtschaftliche Betriebe, für die aber keine steuernden Flächennutzungspläne nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB zulässig sind.

#### 4.3.2 Bebauungspläne

Ein Bebauungsplan stellt vom System her eine Angebotsplanung dar, auch wenn die Realität häufig anders aussieht. Entscheidend ist, ob den Verboten des § 42 Abs. 1 BNatSchG nicht auf der Genehmigungsebene Rechnung getragen werden kann, sondern sie der Realisierung des Planes derart entgegenstehen, dass sie Grundzüge der Planung in Frage stellen. Im Bebauungsplan sollten einzelne Grundstücke, deren Bebauung § 42 Abs. 1 BNatSchG auf Dauer entgegensteht, durch entsprechende Festsetzungen von der Bebauung ausgeschlossen werden. Das funktioniert aber nur, wenn die betroffenen Tiere auf Grund der Bebauung der Nachbargrundstücke die Lebensstätten nicht aufgeben. Führt die Planung dazu, dass in großen Teilen des überplanten Bereiches in Zukunft permanente Lebensstätten auf Dauer nicht mehr zu Verfügung stehen, muss dies in der Bauleitplanung berücksichtigt werden. Nur die der dauerhaften Verwirklichung des Bauleitplans entgegenstehenden artenschutzrechtlichen Verbote sind relevant, keineswegs hingegen vereinzelte gefährdete Lebensstätten. Deren Zerstörung kann nur durch eine Kontrolle bei der Errichtung des Bauvorhabens unterbunden werden, unabhängig davon, ob das konkrete Vorhaben einer Baugenehmigung bedarf.

Bei Vorhaben nach § 30 oder § 33 BauGB geht der Gesetzgeber davon aus, dass die Probleme mit den Fortpflanzungs- und Ruhestätten in der Eingriffsregelung nach § 1a Abs. 3 BauGB abgehandelt werden. Die Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Lebensstätten sollte im Planaufstellungsverfahren erörtert und sichergestellt werden, um die Anwendung der artenschutzrechtlichen Verbote auszuschließen. Nach § 42 Abs. 5 S. 2 BNatSchG treten die Verbote zur Entnahme, Beschädigung oder Zerstörung einer Fortpflanzungs- oder Ruhestätte nicht ein, soweit die ökologischen Funktionen der von dem Eingriff oder Vorhaben betroffenen Fortpflanzungs- oder Ruhestätten im räumlichen Zusammenhang weiterhin erfüllt werden. Lässt sich im Bauleitplanverfahren schon klären, dass diese Voraussetzungen erfüllt werden, weil genügend Lebensstätten vorhanden sind oder sie auf Grund bestimmter Maßnahmen weiterhin ihre ökologische Funktion behalten werden, steht der Artenschutz der Planung nicht entgegen. Die vorgezogenen Ausgleichsmaßnahmen sollten im Bauleitplanverfahren ergriffen werden. Dies gilt vor allem, wenn die erforderlichen Fristen zu Herstellung des Ausgleichs im Baugenehmigungsverfahren nicht eingehalten werden können oder die benötigten Flächen dort nicht zur Verfügung stehen würden. Zu-

mindest im Umweltbericht ist eine Auseinandersetzung mit diesen Fragen erforderlich.

Für die Umsetzung des vorgezogenen Ausgleichs stehen die Möglichkeiten des § 1a Abs. 3 BauGB zur Verfügung. Neben der Festsetzung von Flächen nach § 9 Abs. 1 BauGB in Verbindung mit § 3a Abs. 3 S. 4 BauGB kann auch ein städtebaulicher Vertrag geschlossen oder der Ausgleich auf von der Gemeinde bereitgestellten Flächen durchgeführt werden. Zur Refinanzierung sollten die Flächen für den vorgezogenen Ausgleich den Eingriffsflächen als Ausgleichsflächen nach § 200a BauGB zugeordnet werden.

Die Überlegungen zum Artenschutz und zum vorgezogenen Ausgleich gelten auch für die sog. kleinen Bebauungspläne zur Innenentwicklung mit bis zu 20 000 m<sup>2</sup> nach § 13a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BauGB, wenn durch die Planung Fortpflanzungs- und Ruhestätten europarechtlich geschützter Tiere beschädigt oder zerstört werden können. Zwar schließt § 13a Abs. 2 Nr. 4 BauGB die Anwendung der Eingriffsregelung für diese Pläne aus. Das ändert aber nichts an der artenschutzrechtlichen Erforderlichkeit von vorgezogenen Ausgleichsmaßnahmen nach § 42 Abs. 5 S. 4 BNatSchG. Erforderlich für die rechtliche Wirksamkeit des vorgezogenen Ausgleichs ist, dass vor Realisierung der geplanten Bauvorhaben die Funktionsfähigkeit der vorweggenommenen Ausgleichsmaßnahmen feststeht. Sonst greifen die artenschutzrechtlichen Verbote, so dass es einer Ausnahme oder Befreiung bedarf.

Setzt sich der Bebauungsplan mit den artenschutzrechtlichen Problemen nicht auseinander, sind die Verbote im Baugenehmigungsverfahren zu beachten. Bei artenschutzrechtlich erforderlichen vorgezogenen Ausgleichsmaßnahmen werden häufig keine Flächen für diese Maßnahmen zur Verfügung stehen. Die Erteilung einer Ausnahme nach § 43 Abs. 8 Nr. 5 BNatSchG oder einer Befreiung nach § 62 BNatSchG ist nicht ohne weiteres möglich. Hätte sich der Bebauungsplan angemessen mit dem Artenschutz auseinandergesetzt, wäre vorgezogener Ausgleich vorgesehen worden. Eine Ausnahme oder Befreiung wäre nicht erforderlich. Ob das europäische Artenschutzrecht eine solche Verlagerung gestattet, ist zumindest offen. Immerhin könnte die Maßnahmen im Bebauungsplan als Alternative eingestuft werden, so dass eine Ausnahme ausscheidet. Weiterhin kann eine Ausnahme nur aus überwiegenden öffentlichen Interessen erteilt werden, die einem privaten Bauherrn nicht zur Seite stehen. Eine Befreiung setzt eine „unzumutbaren Belastung“ voraus. Davon kann nur ausgegangen werden, wenn das Baurecht vollständig verloren geht, nicht aber, wenn Ausgleich – und sei er auch recht kostspielig – möglich ist.

Auch wenn der Bebauungsplan sich mit artenschutzrechtlichen Problemen auseinandersetzt, befreit dies im Baugenehmigungsverfahren und bei genehmigungsfreier Errichtung baulicher Anlagen nicht von

der Berücksichtigung der artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote, zum Beispiel wenn sich die Verhältnisse seit der Verabschiedung des Plans wesentlich geändert haben. Die Berücksichtigung der artenschutzrechtlichen Verbote in der Bauleitplanung gibt dem Bauherrn nicht die Sicherheit, dass im Baugenehmigungsverfahren keine artenschutzrechtlichen Probleme auftreten.<sup>62)</sup>

**Anschrift des Verfassers:**

Prof. Dr. Hans-Walter Louis  
Schriftleitung Natur und Recht  
Bruchtorwall 6  
38100 Braunschweig  
E-mail: hans-walter.louis@gmx.de.

---

<sup>62)</sup> VGH Kassel (Fn. 60), NuR 2008, 410,412.

## Laufener Spezialbeiträge 1/09

### Der spezielle Artenschutz in der Planungspraxis

ISSN 1863-6446 – ISBN 978-3-931175-86-3

Die Themenheftreihe „Laufener Spezialbeiträge“ (abgekürzt: LSB) ging im Jahr 2006 aus der Fusion der drei Schriftenreihen „Beihefte zu den Berichten der ANL“, „Laufener Forschungsberichte“ und „Laufener Seminarbeiträge“ hervor und bedient die entsprechenden drei Funktionen.

Daneben besteht die Zeitschrift „ANLIEGEN NATUR“ (vormals „Berichte der ANL“).

#### Herausgeber und Verlag:

Bayerische Akademie für Naturschutz  
und Landschaftspflege (ANL)

Seethalerstr. 6

83406 Laufen a.d.Salzach

Telefon: 08682/8963-0

Telefax: 08682 8963-17 (Verwaltung)

08682 8963-16 (Fachbereiche)

E-Mail: [poststelle@anl.bayern.de](mailto:poststelle@anl.bayern.de)

Internet: <http://www.anl.bayern.de>

Die Bayerische Akademie für Naturschutz und Landschaftspflege ist eine dem Geschäftsbereich des Bayerischen Staatsministeriums für Umwelt und Gesundheit zugeordnete Einrichtung.

#### Schriftleitung und Redaktion:

Ursula Schuster, ANL

Telefon: 08682 8963-53

Telefax: 08682 8963-16

[Ursula.Schuster@anl.bayern.de](mailto:Ursula.Schuster@anl.bayern.de)

Für die Einzelbeiträge zeichnen die jeweiligen Autoren verantwortlich. Die mit dem Verfasseramen gekennzeichneten Beiträge geben nicht in jedem Fall die Meinung der Schriftleiterin wieder.

#### Schriftleitung und Redaktion für das vorliegende Heft:

Ursula Schuster, ANL, in Zusammenarbeit mit Katrin Wulfert, Bosch & Partner GmbH, Herne.

#### Wissenschaftlicher Beirat:

Prof. em. Dr. Dr. h. c. Ulrich Ammer, PD Bernhard Gill,

Prof. em. Dr. Dr. h. c. Wolfgang Haber, Prof. Dr. Klaus Hackländer,

Prof. Dr. Ulrich Hampicke, Prof. Dr. Dr. h. c. Alois Heißenhuber,

Prof. Dr. Kurt Jax, Prof. Dr. Werner Konold, Prof. Dr. Ingo Kowarik,

Prof. Dr. Stefan Körner, Prof. Dr. Hans-Walter Louis,

Dr. Jörg Müller, Prof. Dr. Konrad Ott, Prof. Dr. Jörg Pfadenhauer,

Prof. Dr. Ulrike Pröbstl, Prof. Dr. Werner Rieß,

Prof. Dr. Michael Suda, Prof. Dr. Ludwig Trepl.

#### Herstellung:

Satz: Hans Bleicher · Grafik · Layout · Bildbearbeitung,  
83410 Laufen

Druck und Bindung: Korona Offset-Druck GmbH & Co.KG,  
83395 Freilassing

#### Erscheinungsweise:

unregelmäßig (ca. 2 Hefte pro Jahr).

#### Urheber- und Verlagsrecht:

Das Heft und alle in ihr enthaltenen einzelnen Beiträge, Abbildungen und weiteren Bestandteile sind urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwendung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung der ANL und der AutorInnen unzulässig.

#### Bezugsbedingungen/Preise:

Jedes Heft trägt eine eigene ISBN und ist zum jeweiligen Preis einzeln bei der ANL erhältlich: [bestellung@anl.bayern.de](mailto:bestellung@anl.bayern.de) oder über den Internetshop [www.bestellen.bayern.de](http://www.bestellen.bayern.de).

Auskünfte über Bestellung, Versand und Abonnement:

Annemarie Maier,  
Tel. 08682 8963-31

Über Preise und Bezugsbedingungen im einzelnen:  
siehe Publikationsliste am Ende des Heftes.

#### Zusendungen und Mitteilungen:

Manuskripte, Rezensionsexemplare, Pressemitteilungen, Veranstaltungsankündigungen und -berichte sowie Informationsmaterial bitte nur an die Schriftleiterin senden.

Für unverlangt Eingereichtes wird keine Haftung übernommen und es besteht kein Anspruch auf Rücksendung.

Wertsendungen (Bildmaterial) bitte nur nach vorheriger Absprache mit der Schriftleiterin schicken.

# ZOBODAT - [www.zobodat.at](http://www.zobodat.at)

Zoologisch-Botanische Datenbank/Zoological-Botanical Database

Digitale Literatur/Digital Literature

Zeitschrift/Journal: [Laufener Spezialbeiträge und Laufener Seminarbeiträge \(LSB\)](#)

Jahr/Year: 2009

Band/Volume: [1\\_2009](#)

Autor(en)/Author(s): Louis Hans-Walter

Artikel/Article: [Die Zugriffsverbote des § 42 Abs. 1 BNatSchG im Zulassungs- und Bauleitplanverfahren unter Berücksichtigung der Entscheidung des BVerwG zur Ortsumgehung Bad Oeynhausen 17-30](#)