

# Naturschutzrechtliche Beurteilungs- und Planungsspielräume der Verwaltung oder regelbasierte Vollkontrolle durch die Gerichte?

von Prof. Dr. Bernhard Stüer, Münster/Osnabrück\*



Das Naturschutzrecht wird vor allem durch unionsrechtliche und bundesrechtliche Vorgaben geprägt. Aber auch das Landesrecht spielt bei der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für den Naturschutz und die Landschaftspflege (Art. 74 Abs. 1 Nr. 29 GG), und den Länderabweichungsmöglichkeiten, die sich allerdings nicht auf die allgemeinen Grundsätze des Naturschutzes, das Recht des Artenschutzes oder des Meeresnaturschutzes beziehen, mit hinein (Art. 72 Abs. 3 GG).

Durch die FFH- und Vogelschutz-RL sind die Habitat- und Vogelschutzgebiete von unionsrechtlicher Bedeutung unter einen besonderen Schutz gestellt worden. Auch der Artenschutz ist europarechtlich vorgeprägt. Auf nationaler Ebene sind es die naturschutzrechtlichen Eingriffsregelungen in §§ 13 bis 17 BNatSchG sowie das Verhältnis der Eingriffsregelung zum Baurecht (§ 18 BNatSchG).

## I. Schutzgebiete nach der FFH- und Vogelschutz-RL

Gesteigerte Anforderungen an Planung und Vorhabenzulassung können sich auch aus der FFH-RL<sup>1</sup> ergeben, die für Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung erhöhte materielle Anforderungen und ein besonderes Prüfverfahren verlangt (Art. 4, 6 FFH-RL).<sup>2</sup> Auch für Vogelschutzgebiete sind nach der Vogelschutz-RL besondere Anforderungen zu beachten (Art. 4 Abs. 4 Vogelschutz-RL). Sind Vogelschutzgebiete von den Mitgliedstaaten zu besonderen Schutzgebieten erklärt oder als solche anerkannt, geht der Schutzstatus nach Art. 7 FFH-RL in den geringeren Schutzstatus eines FFH-Gebietes über. § 1a Abs. 4 BauGB setzt für den Bereich der Bauleitplanung die FFH-RL um. Soweit ein Gebiet von gemeinschaftlicher Bedeutung als Habitat oder Vogelschutzgebiet in seinen für die Erhaltungsziele oder den Schutzzweck maßgeblichen Bestandteilen erheblich beeinträchtigt werden kann, sind die Vorschriften §§ 31 bis 34 BNatSchG anzuwenden

(§ 1a Abs. 4 BauGB). Damit ist das Prüfungssystem dieser Vorschriften für die Bauleitplanung verbindlich.

Die Länder wählen nach § 32 BNatSchG die fachlich geeignetsten Schutzgebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung aus. Diese werden auf der Grundlage von Vorschlägen der Länder vom Bundesumweltministerium nach entsprechender Abstimmung mit fachlich betroffenen anderen Bundesministerien der EU-Kommission benannt. Die Kommission legt auf dieser Grundlage die Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung fest. Die in der Liste aufgenommenen Gebiete sind entsprechend den jeweiligen Erhaltungszielen zu geschützten Teilen von Natur und Landschaft zu erklären (§ 32 Abs. 2 BNatSchG). Die Unterschutzstellung kann unterbleiben, wenn nach anderen Rechtsvorschriften, nach Verwaltungsvorschriften, durch die Verfügungsbefugnis eines öffentlichen oder gemeinnützigen Trägers oder durch vertragliche Vereinbarungen ein gleichwertiger Schutz gewährleistet ist.

Soweit sich Bauleitplanverfahren unmittelbar auf den räumlichen Geltungsbereich der Schutzgebiete nach der FFH-RL erstrecken sollen, ist schon durch die Schutzgebietsausweisung ein der allgemeinen bauplanerischen Abwägung entzogener Vorrang gegeben. Dies gilt auch für die Überplanung eines zwar noch nicht national unter Schutz gestellten, aber bereits in die sog. Gemeinschaftsliste (vgl. Art. 4 Abs. 5 FFH-RL) aufgenommenen Gebietes oder für Beeinträchtigungen auf Grund

\* Der Verfasser ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht.

1 Richtlinie 92/43/EWG des Rates v. 21.05.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, ABIEG Nr. L 206/7 v. 22.07.1992.

2 Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 2015, Rdnr. 5117.

eines angrenzenden Bebauungsplans. Bei möglicherweise erheblichen Beeinträchtigungen des Habitats ist eine Verträglichkeitsprüfung durchzuführen (§ 34 BNatSchG, Art. 6 Abs. 3 FFH-RL). Ist das Vorhaben im Hinblick auf die Erhaltungsziele nicht verträglich, weil es das Gebiet als Ganzes oder seine wesentlichen Bestandteile beeinträchtigt, ist das Vorhaben grundsätzlich unzulässig. Es kann allerdings beim Vorliegen besonderer Gründe in einem Abweichungsverfahren zugelassen werden (§ 34 Abs. 3 BNatSchG, Art. 6 Abs. 4 FFH-RL).

Sind solche Gebiete ausgewiesen und werden prioritäre (besonders schützenswerte) Gebiete oder Lebensraumtypen in Mitleidenschaft gezogen, ist grundsätzlich ein Konsultationsverfahren mit der EU-Kommission erforderlich, wenn die Eingriffe nicht im Zusammenhang mit der Gesundheit des Menschen und der öffentlichen Sicherheit oder im Zusammenhang mit maßgeblichen günstigen Auswirkungen für die Umwelt erfolgen. Auch sind an die Gründe erhöhte Anforderungen zu stellen (§ 34 Abs. 4 BNatSchG, Art. 6 Abs. 4 UA 2 FFH-RL). § 1a Abs. 4 BauGB stellt klar, dass im Rahmen von Flächennutzungs- und Bebauungsplanverfahren die Erhaltungsziele oder der Schutzzweck von Gebieten mit gemeinschaftlicher Bedeutung und der europäischen Vogelschutzgebiete<sup>3</sup> zu beachten sind.

Werden Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung unverträglich beeinträchtigt, so ist eine Planung trotz des negativen Ergebnisses der Verträglichkeitsprüfung nur zulässig, wenn der hierdurch bewirkte Eingriff aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses durchzuführen ist und eine zumutbare, auch im Hinblick auf die Mehrkosten verhältnismäßige Alternativlösung nicht vorhanden ist. In diesem Fall sind die erforderlichen Kompensationsmaßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass die globale Kohärenz des Biotopverbundsystems gewahrt ist. Das Europarecht schreibt dabei ein strenges Schutzsystem vor, das einer weitgehenden gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Die Darlegungs- und Beweislast für die Unerheblichkeit der Beeinträchtigung liegt beim Vorhabenträger und der planenden Behörde.<sup>4</sup>

## II. Naturschutzrechtliche Eingriffsregelung

Die Prüfung der Zulässigkeit des naturschutzrechtlichen Eingriffs erfolgt nach den §§ 14 bis

17 BNatSchG in einem vierstufigen System. Zunächst ist zu fragen, ob die Veränderungen der Gestalt oder Nutzung von Grundflächen und damit der durch die Bauleitpläne zugelassene Realakt die Leistungsfähigkeit des Naturhaushaltes oder das Landschaftsbild erheblich oder nachhaltig beeinträchtigt. Derartige Eingriffe sind sodann nach Möglichkeit zu vermeiden, wobei allerdings die Zielkonzeption der jeweiligen Maßnahme gewahrt werden muss. Danach nicht vermeidbare Eingriffe sind zu minimieren. Nicht vermeidbare und nicht zu minimierende Eingriffe sind auszugleichen (Ausgleichsmaßnahmen) oder in sonstiger Weise zu kompensieren (Ersatzmaßnahmen).

Kann einem erforderlichen Kompensationserfordernis ganz oder teilweise nicht Rechnung getragen werden, erfolgt eine bipolare Abwägung, in die die für das Vorhaben sprechenden Gesichtspunkte und Belange des Natur- und Landschaftsschutzes einzustellen sind (§ 15 Abs. 5 BNatSchG).<sup>5</sup> Ggf. ist nach Maßgabe des Landesrechts eine weiter gehende Kompensation zu leisten. Geprüft werden diese Schritte i.d.R. nach dem sog. „Huckepackverfahren“ im Rahmen der Planungs- und Zulassungsentscheidung, also z.B. bei der Aufstellung des Bauleitplans sowie im Baugenehmigungsverfahren oder im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren. Dabei ist die für den Naturschutz oder die Landschaftspflege zuständige Behörde nach Maßgabe des § 17 Abs. 1 BNatSchG zu beteiligen.

Bei der fachlichen Einschätzung etwa der Auswirkungen eines Eingriffs oder bei den Kompensationserfordernissen ergeben sich Beurteilungsspielräume. Das Konzept der Kompensation mit Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen beruht zugleich auf planerischen Entscheidungen, die mit Abwägungsspielräumen verbunden sind und nur auf Abwägungsfehler kontrolliert werden.<sup>6</sup>

3 Zum Schutz faktischer Vogelschutzgebiete BVerwG, Urt. v. 01.04.2004 – 4 C 2.03, BVerwGE 120, 238 = DVBl 2004, 1115 = NVwZ 2004, 1114 – Hochmoselbrücke.

4 BVerwG, Urt. v. 17.01.2007 – 9 A 20.05, BVerwGE 128, 1 = DVBl 2007, 706 m. Anm. Stüer, NVwZ 2007, 1147 – Halle-Westumfahrung; zum Eilrechtsschutz bei einer späteren Planreparatur BVerwG, Urt. v. 05.07.2018 – 9 VR 1.18 (9 A 2.18), NVwZ 2018, 1653.

5 BVerwG, Urt. v. 17.01.2007 – 9 C 1.06, BVerwGE 128, 76 = DVBl 2007, 641 – Bad Laer.

6 BVerwG, Urt. v. 12.12.1969 – IV C 105.66, BVerwGE 34, 301; Urt. v. 14.02.1975 – IV C 21.74 – BVerwGE 48, 56 – B 42.

### III. Naturschutzrechtliche Eingriffsregelung im Verhältnis zum Baurecht

Das Verhältnis von naturschutzrechtlicher Eingriffsregelung und Baurecht ist in Regelungen des BauGB und des BNatSchG niedergelegt: § 18 Abs. 1 BNatSchG bestimmt das Verhältnis der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung zur Bauleitplanung, § 18 Abs. 2 BNatSchG das Verhältnis der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung zu den Vorschriften über die planungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben und § 18 Abs. 3 BNatSchG die Beteiligung der Naturschutzbehörden in Vorhaben-Genehmigungsverfahren. Das BauGB bestimmt die Berücksichtigung der Vermeidung und des Ausgleichs der zu erwartenden Eingriffe in Natur und Landschaft (Eingriffsregelung nach dem BNatSchG in der bauleitplanerischen Abwägung) und die unterschiedlichen Möglichkeiten, den Ausgleich der zu erwartenden Eingriffe in Natur und Landschaft zu verwirklichen (§§ 1 Abs. 7, 1a Abs. 3 BauGB).

#### 1. Eingriffsregelung bei der Aufstellung von Bauleitplänen (§ 1a BauGB)

Nach § 1a Abs. 1 BauGB sind bei der Aufstellung der Bauleitpläne die Regelungen in § 1a Abs. 2 bis 4 BauGB anzuwenden. Damit verpflichtet der Gesetzgeber die Gemeinden sowohl für den Flächennutzungsplan aber auch die Bebauungspläne auf die umweltschützenden Vorschriften, die vor dem Hintergrund der in § 1 Abs. 5 Nr. 7 BauGB benannten Belange das Verfahren zur Aufstellung von Bauleitplanung prägen. § 1a Abs. 2 BauGB enthält für die weitere Prüfung Grundsätze, die mit der Bodenschutzklausel verbunden sind: Mit Grund und Boden soll sparsam und schonend umgegangen werden.<sup>7</sup> Dabei sind zur Verringerung der zusätzlichen Inanspruchnahme von Flächen für bauliche Nutzungen die Möglichkeiten der Entwicklung der Gemeinde insbesondere durch Wiedernutzbarmachung von Flächen, Nachverdichtung und andere Maßnahmen zur Innenentwicklung zu nutzen sowie Bodenversiegelungen auf das notwendige Maß zu begrenzen. Landwirtschaftlich, als Wald oder für Wohnzwecke genutzte Flächen sollen nur im notwendigen Umfang umgenutzt werden (§ 1a Abs. 2 Satz 2 BauGB). Das Gesetz gibt damit den Gemeinden für die Bauleitplanung Grundsätze an die Hand, die in der Abwägung zu berücksichtigen sind (§ 1

Abs. 7 BauGB). Die Bodenschutzklausel hat zwar gegenüber anderen Grundsätzen und abwägungserheblichen Belangen keinen Vorrang, entfaltet aber Berücksichtigungserfordernisse in dem Sinne, dass die Gemeinde sich mit diesem Grundsatz – wo dazu Veranlassung besteht – befassen muss und die sich daraus ergebenden Berücksichtigungsgebote nicht einfach wegwägen darf.

Dabei ist zwischen Berücksichtigungsgeboten und Beachtensgeboten zu unterscheiden. Berücksichtigungsgebote lassen eine Überwindung von Belangen in der Abwägung zu (§ 1a Abs. 3 BauGB). Beachtensgebote fordern einen strikten Vorrang der geschützten Belange. Diese können nur ggf. unter Anwendung eines gesetzlich vorgesehenen Prüfprogramms überwunden werden (Abwägungssperre – Wegwägsperre). § 1a Abs. 4 BauGB benennt die Belange des Habitat- und Vogelschutzes von gemeinschaftlicher Bedeutung, die nicht in einer (einfachen) Abwägung überwunden werden können, sondern die Einhaltung des Prüfprogramms in den §§ 31 bis 34 BNatSchG verlangen. Aber Regelungen zur Erhaltung einer bestmöglichen Luftqualität (§ 1 Abs. 6 Nr. 7h BauGB) können strikte Beachtung für sich beanspruchen.

Den naturschutzrechtlichen Anforderungen des Vermeidungsgebotes und der Ausgleichspflicht kann die Gemeinde allerdings nur gerecht werden, wenn der zu Grunde liegende Sachverhalt im Einzelnen aufgearbeitet ist und die nach dem Bebauungsplan zugelassenen Eingriffe und ihre Auswirkungen ermittelt sind. Es bedarf daher einer Bestandsaufnahme von Natur und Landschaft in dem Bereich, der von dem Bauleitplan betroffen ist. Es kann dabei ausreichend sein, wenn für den Untersuchungszeitraum besonders bedeutsame Repräsentanten an Tier- und Pflanzengruppen festgestellt werden und für die Bewertung des Eingriffs auf bestimmte Indikatoren abgestellt wird. Die Gemeinden sind dabei nicht an standardisierte Bewertungsverfahren gebunden. Vielmehr ist es Aufgabe der planenden Gemeinde, in eigener Verantwortung die zu erwartenden Eingriffe in Natur und Landschaft zu bewerten und über Vermeidung und Kompensation abwägend zu entscheiden.

7 Zur Flächensparsamkeit in der Bauleitplanung Wächter, DVBl 2009, 997; Schröder, NZBau 2009, 768.

## 2. Eingriffsregelung in der Bauleitplanung als Abwägungsmodell

Durch § 1a Abs. 3 Satz 1 BauGB wird dabei deutlich, dass der Baurechtskompromiss, der auf einen Ausgleich zwischen Bauleitplanung und Naturschutz abzielt, fortgeschrieben wird. Eine materielle Änderung des bereits früher bestehenden Abwägungsmodells naturschutzrechtlicher Belange in der Bauleitplanung ist mit diesem Regelungstransfer in das Bauplanungsrecht nicht verbunden.<sup>8</sup> Es bleibt daher bei dem gewohnten Unterschied zwischen der vom Grundsatz strikt bindenden Eingriffsregelung in den §§ 14 bis 17 BNatSchG einerseits und der von Abwägung geprägten Bewältigung der naturschutzrechtlichen Eingriffe in der Bauleitplanung andererseits.<sup>9</sup> Die Gemeinden sind einerseits verpflichtet, nach dem Prüfungsschema der §§ 14 bis 17 BNatSchG vorzugehen und danach zu prüfen, ob ein Eingriff vorliegt, ob er vermieden oder minimiert werden kann, ob ein Ausgleich erforderlich ist und ob das Vorhaben bei nicht ausgleichbaren Eingriffen an den umweltschützenden Belangen scheitert. Die Prüfung ist andererseits nicht strikt in dem Sinne, dass die in den §§ 14 bis 17 BNatSchG enthaltenen Vorgaben unmittelbar bindend sind, sondern abwägungsdirigiert. Auch § 1a Abs. 3 BauGB verweist darauf, dass die planende Gemeinde nicht strikt gebunden ist, sondern die dort aufgeführten Belange in der Abwägung zu berücksichtigen hat.

Den Belangen des Naturschutzes und der Landschaftspflege kommt gegenüber den anderen öffentlichen Belangen kein absoluter Vorrang, wohl aber eine herausgehobene Bedeutung zu.<sup>10</sup> In der Bauleitplanung ist nicht nur darüber zu befinden, ob sich die Eingriffe in Natur und Landschaft im Planbereich überhaupt rechtfertigen lassen, sondern auch darüber, ob und in welchem Umfang für – angesichts vorrangiger städtebaulicher Erfordernisse – unvermeidbare Beeinträchtigungen ein Ausgleich zu leisten ist.<sup>11</sup> Das Gesetz verpflichtet die Gemeinde, bei planerischen Eingriffen in Natur und Landschaft ein gesetzlich vorgeprägtes Entscheidungsprogramm abzuarbeiten und über ein Folgenbewältigungsprogramm abwägend zu entscheiden.

Die Gemeinde ist an die Ergebnisse eines standardisierten Verfahrens zur Eingriffsbewertung nicht gebunden. Das folgt schon aus dem Fehlen eines gesetzlich vorgeschriebenen Bewertungsverfahrens

für die Entscheidung nach § 1a BNatSchG, zumal es in der Praxis auch verschiedene Bewertungsverfahren gibt, die zu unterschiedlichen Ergebnissen führen könnten. Es ist vielmehr Aufgabe der planenden Gemeinde, in eigener Verantwortung die zu erwartenden Eingriffe in Natur und Landschaft zu bewerten und über Vermeidung, Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen abwägend zu entscheiden.<sup>12</sup> Gleichwohl sei es – so das BVerwG – zumindest missverständlich, § 1a Abs. 3 BauGB als ein Optimierungsgebot zu bezeichnen. Es werde nicht vorgeschrieben, dass die Belange von Natur- und Landschaftsschutz unabhängig von ihrem Gewicht in der konkreten Situation und dem (Gegen-)Gewicht der anderen Belange zu optimieren seien. Die naturschutzrechtlichen Ermittlungen müssen eine sachgerechte Planungsentscheidung ermöglichen. Eine vollständige Erfassung der betroffenen Tier- und Pflanzenarten ist dazu regelmäßig nicht erforderlich.<sup>13</sup> Es kann vielmehr ausreichen, wenn für den Untersuchungsrahmen besonders bedeutsame Repräsentanten an Tier- und Pflanzengruppen festgestellt werden und wenn für die Bewertung des Eingriffs auf bestimmte Indikationsgruppen abgestellt wird. Vor allem lässt das BVerwG eine abgeschichtete Bewältigung der naturschutzrechtlichen Ausgleichserfordernisse in verschiedenen Rechtsakten zu. Ein „naturschutzrechtlicher Konflikttransfer“<sup>14</sup> ermöglicht einerseits einen Transfer in Nachfolgeentscheidungen, stößt jedoch dort auf seine Grenzen, wo die Bewältigung der Kompensationserfordernisse in den Nachfolgeverfahren nicht mehr sichergestellt werden kann. Die naturschutzrechtlichen Regelungen erfordern keine optimierende Berücksichtigung der betroffenen Belange, wohl aber eine zusätzliche Befassung mit den zurückgestellten, nachteilig betroffenen naturschutzrechtlichen Belangen. Diese sind in der Ausgleichsentscheidung

8 Bundesregierung, Gesetzentwurf zum BauROG 1998, S. 43.

9 Danach soll mit Grund und Boden sparsam umgegangen werden. Bodenversiegelungen sind auf das notwendige Maß zu begrenzen.

10 BVerwG, Beschl. v. 31.01.1997 – 4 NB 27.96, BVerwGE 104, 68 = DVBl 1997, 1112 = NVwZ 1997, 1213.

11 Integritätsinteresse erweitert um das Kompensationsinteresse.

12 BVerwG, Beschl. v. 23.04.1997 – 4 NB 13.97, NVwZ 1997, 1215.

13 BVerwG, Beschl. v. 21.02.1997 – 4 B 177.96, BauR 1997, 459 = NVwZ-RR 1997, 607.

14 Zur Konfliktbewältigung in der Bauleitplanung BVerwG, Beschl. v. 17.02.1984 – 4 B 191.83, BVerwGE 69, 30 = DVBl 1984, 343 – Reuter-Kraftwerk.

daraufhin zu prüfen, ob eine Vermeidung oder Minderung im Sinne eines Schonungsgebotes unter Wahrung der Planungsziele möglich ist oder ob für die danach zurückzustellenden Belange ein Ausgleich oder eine Kompensation in sonstiger Weise geschaffen werden kann. Die Prüfung unterliegt allerdings der planerischen Abwägungsentscheidung und ist hinsichtlich des Ergebnisses nicht von vornherein festgelegt.

Art und Umfang der naturschutzrechtlichen Ausgleichsmaßnahmen unterliegt der planerischen Abwägung. Dabei kann die Gemeinde unter Beachtung des Abwägungsgebotes entscheiden, ob und in welchem Umfang ein Ausgleich erforderlich ist und welche Maßnahmen hierzu getroffen werden müssen. Sollen durch einen bauplanerischen Eingriff beeinträchtigte Belange von Natur und Landschaft zugunsten anderer Belange zurückgestellt werden, bedarf es regelmäßig Erwägungen des Plangebers auch zur Frage, ob im Plangebiet nicht vorgesehene Ausgleichsmaßnahmen zumindest außerhalb des Plangebietes in Betracht zu ziehen sind.<sup>15</sup> Denn das Abwägungsgebot eröffnet der Gemeinde nicht nur einen Spielraum, sondern beinhaltet vor allem auch das Gebot, die Eingriffsfolgen zu bedenken und das Programm der Eingriffsregelung in den §§ 14 bis 17 BNatSchG abzuarbeiten.

### 3. Nichtanwendbarkeit der Eingriffsregelung für Bebauungspläne der Innenentwicklung

Wird unter den Voraussetzungen des § 13a BauGB ein Bebauungsplan der Innenentwicklung mit einer Grundfläche von bis zu 20.000 m<sup>2</sup> aufgestellt, so gelten nach der etwas verklausulierten Regelung in § 13a Abs. 2 Nr. 4 BauGB Eingriffe, die auf Grund der Aufstellung des Bebauungsplans zu erwarten sind, als i.S.d. § 1a Abs. 3 Satz 5 BauGB vor der planerischen Entscheidung erfolgt oder zulässig. In dieser Größenordnung sind daher Bebauungspläne der Innenentwicklung von der unmittelbaren Anwendung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung ausgenommen. Nicht anwendbar sind damit auch die §§ 135a bis 135c BauGB über die Pflichten des Vorhabenträgers, die Durchführung durch die Gemeinde, die Kostentragung (§ 135a BauGB), die Verteilungsmaßstäbe für die Abrechnung (§ 135b BauGB) und das Satzungsrecht (§ 135c BauGB). Naturschutzrechtliche Belange sind allerdings gleichwohl Bestandteil der Abwägung (§ 1 Abs. 6

Nr. 7 BauGB) und behalten in diesem Rahmen ihren bisherigen Stellenwert. Das Abwägungsgebot verpflichtet die Gemeinde, alle nach Lage der Dinge zu berücksichtigenden Belange in die Abwägung einzustellen. Belange des Natur- und Umweltschutzes dürfen davon nicht ausgenommen werden. Werden die Belange des Natur- und Umweltschutzes daher nicht in die gemeindliche Bauleitplanung eingestellt, so liegt ein ggf. beachtlicher Abwägungsfehler vor, wenn es sich um mehr als geringfügige, schutzwürdige und erkennbare Belange handelt. Die Belange stehen auch nach Lage der Dinge zu einer Kompensationsprüfung an. Dies ergibt sich allerdings nicht aus der naturschutzrechtlichen Sonderregelung in § 1a Abs. 3 BauGB, sondern aus dem Abwägungsgebot, das im Einzelfall verpflichten kann, erforderliche und sachgerechte Kompensationsmöglichkeiten abwägend zu prüfen und in dem gebotenen Umfang einen Ausgleich herbeizuführen. Allerdings ist die planende Gemeinde nur innerhalb des Anwendungsbereichs des § 1a Abs. 3 BauGB zu einem dort festgelegten Abarbeiten der Eingriffsregelung und zu einer entsprechenden Kompensationsregelung verpflichtet. Unter Geltung (lediglich) der allgemeinen Anforderungen des Abwägungsgebotes ist die Gemeinde freier. Sie kann zwar die betroffenen Belange nicht einfach – wie vielleicht früher vielfach üblich – wegwägen oder zu Zeiten des Rheinischen Karnevals einfach wegschunkeln. Der fachliche Standard der Abwägung auch im Hinblick auf die natur- und umweltschützenden Belange ist dabei nach wie vor einzuhalten. Verlangen die Eingriffe nach Auffassung der Gemeinde nach einer Kompensation, so besteht bei einem Bebauungsplan der Innenentwicklung zwar nicht die Möglichkeit, das Kompensationsinstrumentarium der §§ 135a bis 135c BauGB zu nutzen. Es ist der Gemeinde jedoch nach wie vor nicht verwehrt, entsprechende städtebauliche Ziele zu verfolgen und diese auch außerhalb der vorgenannten gesetzlichen Regelungen in einem städtebaulichen Vertrag umzusetzen.<sup>16</sup>

15 OVG Münster, Urt. v. 13.03.1998 – 7a B 374/98.NE, NVwZ-RR 1999, 113.

16 BVerwG, Urt. v. 11.02.1993 – 4 C 18.91, BVerwGE 92, 56 = DVBl 1993, 654 – Weilheimer Einheimischenmodell; Urt. v. 16.05.2000 – 4 C 4.99, BVerwGE 111, 162 = DVBl 2000, 1853; BGH, Urt. v. 29.11.2002 – V ZR 105/02, BGHZ 153, 93 = DVBl 2003, 519 = ZfR 2003, 210 m. Anm. Krautzberger.

#### 4. Stärkere Bindungen aufgrund von Fachgesetzen

Vom Grundsatz her unterliegen die angesprochenen Belange zwar der Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB. Die jeweiligen Fachgesetze können jedoch stärkere Bindungen enthalten, die für die planende Gemeinde nicht durch Abwägung überwindbar sind. Die Regelungen können dabei als Planungsleitsätze in dem Sinne ausgestaltet sein, dass sie für die Bauleitplanung bindende Vorgaben als Beachtensgebote enthalten und durch Abwägung nicht überwindbar sind. Unberührt von der Integration der umweltschützenden Belange in das Bauleitplanverfahren nach § 1a Abs. 2 BauGB bleiben fachgesetzlich ermöglichte verbindliche Ausweisungen bspw. von Naturschutz- und Landschaftsschutzgebieten des Naturschutzrechts auf der Grundlage des Art. 74 Abs. 1 Nr. 29 GG<sup>17</sup> mit entsprechenden Länderabweichungsmöglichkeiten nach Art. 72 Abs. 3 Nr. 2 GG und Darstellungen von für verbindlich erklärten Abfallplänen des Abfallrechts auf der Grundlage des Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG. Derartige fachliche Maßnahmen mit einer eigenständigen gesetzlich geregelten Bindungswirkung für den Flächennutzungsplan gem. § 6 Abs. 2 BauGB oder den Bebauungsplan in den §§ 10 Abs. 2, 6 Abs. 2 BauGB unterliegen nicht der Abwägung im Bauleitplanverfahren, sondern sind verbindliche Vorgaben.<sup>18</sup>

#### 5. Umsetzung in der Baugenehmigung

Die Umsetzung der naturschutzrechtlichen Festsetzungen des Bebauungsplans erfolgt in der Regel in der Baugenehmigung. Soweit der Bauantrag nicht bereits entsprechende Angaben enthält, können die dem naturschutzrechtlichen Ausgleich dienenden Festsetzungen als Auflagen oder andere Nebenbestimmungen Bestandteil der Baugenehmigung werden. Es handelt sich in der Regel um unselbstständige Nebenbestimmungen zur Baugenehmigung, die mit dieser zusammen angefochten und vollzogen werden können. Dies bedeutet zugleich, dass die Umsetzung der Festsetzungen vom Bauherrn oder Eigentümer erst verlangt werden kann, wenn dieser den Bau oder Eingriff durchführt.

Sammel-Ausgleichsmaßnahmen können in der Regel nur einheitlich durchgeführt werden. § 135a Abs. 2 Satz 1 BauGB entkoppelt daher den Vollzug solcher Sammel-Ausgleichsmaßnahmen vom Baugenehmigungsverfahren oder sonstigen Zu-

lassungsverfahren. Die Vorschrift bestimmt, dass solche Festsetzungen für Maßnahmen von der Gemeinde anstelle und auf Kosten des Vorhabenträgers oder Eigentümers der Grundstücke durchgeführt werden sollen. Eine solche Verpflichtung der Gemeinde besteht dann, wenn die Durchführung der Maßnahmen nicht auf andere Weise wie etwa durch städtebaulichen Vertrag gesichert ist.<sup>19</sup> Nach § 135a Abs. 2 Satz 2 BauGB können die Sammel-Ausgleichsmaßnahmen bereits vor dem (letzten) Eingriff durchgeführt werden.<sup>20</sup> Die Gemeinde hat bei der Festlegung der Verteilungsmaßstäbe Entscheidungsspielräume. Auch bei wesentlich unterschiedlichen Eingriffslagen darf die Gemeinde in ihrer Satzung allein den Verteilungsmaßstab der zulässigen Grundfläche (§ 135b 2 Nr. 2 BauGB) vorgeben, während die Schwere der zu erwartenden Eingriffe (§ 135b 2 Nr. 4 BauGB) unberücksichtigt bleibt. Auch mit einem derartigen Konzept sind Einschätzungs- und Wertungsspielräume verbunden, die vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehen sind.

#### 6. Ökokonto

Beim „Ökokonto“ werden der Vollzug von Eingriff und Ausgleich zeitlich voneinander abgekoppelt.<sup>21</sup> Es können bereits vor dem Eingriff an anderer Stelle im Gemeindegebiet Maßnahmen im Hinblick auf den künftigen Eingriff verwirklicht werden. Sobald die im Bebauungsplan ausgewiesenen Flächen baulich nutzbar sind, können dann diese Maßnahmen als für den Eingriff zu leistenden Ausgleich abgebucht werden. Die Darlegung der künftigen Ausgleichsfunktion kann in der Begründung des Flächennutzungsplans oder des Bebauungsplans erfolgen. Die Bildung eines „Ökokontos“ kann

17 Bis zum Inkrafttreten der Förderalismusreform bestand hier nach Art. 75 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GG 1994 eine Rahmengesetzgebung des Bundes.

18 BVerwG, Urt. v. 21.10.1999 – 4 C 1.99, ZfBR 2000, 202 – Landschaftsschutzgebiet; Beschl. v. 28.11.1988 – 4 B 212.88, NVwZ 1989, 662 – Taunus; Beschl. v. 11.08.1989 – 4 NB 23.89, NVwZ 1990, 57; vgl. auch Urt. v. 18.05.1990 – 7 C 3.90, BVerwGE 85, 155 – Betonformsteine; OVG Lüneburg, Urt. v. 23.09.1991 – 6 L 46/90, ZfBR 1992, 94 – Wohnhaus-erweiterung Außenbereich; Stüer, DVBl 1992, 1147.

19 BVerwG, Urt. v. 15.12.1989 – 7 C 6.88, BVerwGE 84, 236 = DVBl 1990, 376; Urt. v. 11.02.1993 – 4 C 18.91, BVerwGE 92, 56 – Weilheimer Einheimischenmodell.

20 Fachkommission „Städtebau“ der ARGEBAU, Muster-Einführungserlass zum BauROG, S. 43.

21 Thum, UPR 2006, 289.

auch in der Form eines vorgezogenen Ausgleichsbebauungsplans oder etwa in einem Landschaftsplan geschehen. § 135a Abs. 2 Satz 2 BauGB ermöglicht den Vollzug des Ökokontos schon vor der Zuordnung, sodass ein Eingriffsbebauungsplan bereits zu diesem Zeitpunkt noch nicht erforderlich ist.

Es ist allerdings nicht zulässig, in der Vergangenheit, d.h. vor Inkrafttreten der Gesetzesänderung durchgeführte Maßnahmen zugunsten des Naturschutzes nachträglich als Ausgleichsmaßnahmen umzuwidmen.<sup>22</sup> Auch in umgekehrter Richtung kann eine zeitliche Verbindung von Eingriff und Ausgleich geboten sein. Während es im Regelfall genügen mag, die festgesetzten Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen in einer angemessenen Zeit nach der Vornahme der Eingriffe abzuschließen, steht der Gemeinde lediglich ein engerer zeitlicher Rahmen zur Verfügung, wenn andernfalls die Gefahr besteht, dass der mit der Kompensation verfolgte Zweck verfehlt wird.<sup>23</sup> Auch hier bestehen nach der bisherigen Rechtsprechung Beurteilungs- und Abwägungsspielräume.

#### IV. Artenschutz

Die gesetzlichen Regelungen in §§ 44, 45 BNatSchG zu artenschutzrechtlichen Eingriffen enthält ein Prüfungssystem in vier Schritten: Besonders geschützte Arten und streng geschützte Arten (nationale geschützte Arten) sowie geschützte Arten nach Anhang IV der FFH-RL und die nach der Vogelschutz-RL geschützten Vögel (europarechtlich geschützte Arten) werden durch die Verbotstatbestände in § 44 Abs. 1 BNatSchG geschützt (1. Schritt). Sonderregelungen gelten für die land-, forst- oder fischereiwirtschaftliche Bodennutzung bei der Einhaltung einer guten fachlichen Praxis (§ 44 Abs. 4 BNatSchG) sowie für Eingriffe, die auf der Grundlage des § 19 BNatSchG oder des BauGB (§ 44 Abs. 5 BNatSchG) erfolgen (2. Schritt). Es schließt sich ggf. die Prüfung von Ausnahmen (§ 45 Abs. 7 BNatSchG) (3. Schritt) bzw. Befreiungen (§ 67 BNatSchG) (4. Schritt) an.

#### 1. Verbotstatbestände

Die Verbotstatbestände sind in § 44 Abs. 1 BNatSchG an den europarechtlichen Rahmen angegliedert (1. Schritt). Danach ist es verboten, (1) wild lebenden Tieren der besonders geschützten Arten nachzustellen, sie zu fangen, zu verletzen oder zu

töten oder ihre Entwicklungsformen aus der Natur zu entnehmen, zu beschädigen oder zu zerstören, (2) wild lebende Tiere der streng geschützten Arten und der europäischen Vogelarten während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Mauser-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten erheblich zu stören; eine erhebliche Störung liegt vor, wenn sich durch die Störung der Erhaltungszustand der lokalen Population einer Art verschlechtert, (3) Fortpflanzungs- oder Ruhestätten der wild lebenden Tiere der besonders geschützten Arten aus der Natur zu entnehmen, zu beschädigen oder zu zerstören, (4) wild lebende Pflanzen der besonders geschützten Arten oder ihre Entwicklungsformen aus der Natur zu entnehmen, sie oder ihre Standorte zu beschädigen oder zu zerstören (Zugriffsverbote).

#### 2. Artenschutzrechtliche Bestandsaufnahme

Die Prüfung, ob naturschutzrechtliche Verbote, insbesondere solche wie § 44 BNatSchG, eingreifen, setzt eine ausreichende Ermittlung und Bestandsaufnahme der im Trassenbereich vorhandenen Tierarten und ihrer Lebensräume voraus. Das verpflichtet die Behörde aber nicht, ein lückenloses Arteninventar zu erstellen. Die Untersuchungstiefe für die Ermittlung und Bestandsaufnahme der vorhandenen Tierarten und ihrer Lebensräume hängt maßgeblich von den naturräumlichen Gegebenheiten im Einzelfall ab.<sup>24</sup>

Bei der Prüfung, ob artenschutzrechtliche Verbotsstatbestände erfüllt sind, steht der Planfeststellungsbehörde nach der bisherigen Rechtsprechung des BVerwG eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative sowohl bei der ökologischen Bestandsaufnahme als auch bei deren Bewertung zu, namentlich bei der Quantifizierung möglicher Betroffenheiten und bei der Beurteilung ihrer populationsbezogenen Wirkungen. Die gerichtliche Kontrolle ist darauf beschränkt, ob die Einschätzungen der Planfeststellungsbehörde im konkreten Einzelfall naturschutzfachlich vertretbar sind und nicht auf einem

22 Fachkommission „Städtebau“ der ARGEBAU, Muster-Einführungserlass zum BauROG, S. 44.

23 BVerwG, Beschl. v. 16.03.1999 – 4 BN 17.98, ZfBR 1999, 349 = BauR 2000, 242. Zum Ökokonto als Kompensationsmodell Wagner, VBIBW 2006, 50. Zur Sächsischen Ökokontoverordnung Funke, SächsVBl 2009, 277.

24 BVerwG, Beschl. v. 18.06.2007 – 9 VR 13.06, Buchholz 406.400 § 42 BNatSchG 2002 Nr. 2 – B 178n – Löbau-Obercunnersdorf.

unzulänglichen oder gar ungeeigneten Bewertungsverfahren beruhen.<sup>25</sup> Behauptete artenschutzrechtliche Mängel oder Unsicherheiten einer Zulassungsentscheidung, die nach Art und Umfang im Rahmen eines naturschutzfachlichen Monitorings oder einer qualifizierten begleitenden ökologischen Bauüberwachung aufgefangen (erkannt und behoben) werden können, können der Anfechtungsklage eines von der enteignungsrechtlichen Vorwirkung Betroffenen grundsätzlich nicht zum Erfolg verhelfen.<sup>26</sup>

### 3. Tötungsverbot

Nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ist es verboten, wild lebenden Tieren der besonders geschützten Arten nachzustellen, sie zu fangen, zu verletzen oder zu töten oder ihre Entwicklungsformen aus der Natur zu entnehmen, zu beschädigen oder zu zerstören. So erfüllt etwa die Beseitigung eines Brutreviers mit regelmäßig benutzten Brutplätzen durch eine vollständige Baufeldbefreiung den artenschutzrechtlichen Verbotstatbestand des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG. Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen nach § 15 Abs. 2 BNatSchG sind grundsätzlich nicht geeignet, die Verwirklichung artenschutzrechtlicher Verbotstatbestände nach § 44 Abs. 1 BNatSchG zu verhindern.<sup>27</sup> Nahrungshabitats und potenzielle Brutreviere sind vom Schutzbereich des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG nicht umfasst. Im Planfeststellungsbeschluss sind jedoch die bautechnischen Probleme zu bewältigen, die das jeweilige Vorhaben aufwirft.<sup>28</sup> Wanderkorridore der Amphibien sind keine Wohn- oder Zufluchtsstätten i.S.v. § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG.<sup>29</sup>

Bei der Frage, ob ein artenschutzrechtlicher Verbotstatbestand erfüllt ist – wie etwa das Tötungsverbot gem. § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG – steht der Planfeststellungsbehörde nach der bisherigen Rechtsprechung des BVerwG ebenfalls eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative zu. Die in diesem Rahmen getroffenen, auf fachgutachtliche Stellungnahmen gestützten Annahmen der Planfeststellungsbehörde unterliegen einer gerichtlichen Prüfung nur dahin, ob sie im Einzelfall naturschutzfachlich vertretbar sind und nicht auf einem Bewertungsverfahren beruhen, das sich als unzulängliches oder gar ungeeignetes Mittel erweist, um den gesetzlichen Anforderungen gerecht zu werden.<sup>30</sup>

Das Tötungsverbot kann hinsichtlich möglicher Zusammenstöße mit dem Straßenverkehr nur er-

füllt sein, wenn sich das Kollisionsrisiko durch das Vorhaben signifikant erhöht.<sup>31</sup> Die Prüfung, ob von einem Planvorhaben ggf. geschützte Tier- und Pflanzenarten betroffen sind, verpflichtet die planende Gemeinde nicht, ein lückenloses Arteninventar zu erstellen. Die Untersuchungstiefe hängt vielmehr maßgeblich von den naturräumlichen Gegebenheiten im Einzelfall ab.<sup>32</sup> Das artenschutzrechtliche Tötungsverbot ist nicht erfüllt, wenn das vorhabenbedingte Tötungsrisiko unter Berücksichtigung von Schadensvermeidungsmaßnahmen nicht höher ist als das Risiko, dem einzelne Exemplare der jeweiligen Art im Rahmen des allgemeinen Naturgeschehens stets ausgesetzt sind. Das gilt nicht nur für das betriebsbedingte Risiko von Kollisionen im Stra-

25 BVerwG, Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14.07, BVerwGE 131, 274 = NuR 2009, 112 = NVwZ 2009, 302 = DVBl 2009, 259; Nolte, jurisPR-BVerwG 1/2010 Anm. 5, 6/2009 Anm. 6; Schübel-Pfister, JuS 2009, 517; Gellermann, NuR 2009, 85; Louis, NuR 2009, 91; Steeck, NVwZ 2009, 616 – Nordumfahrung Bad Oeynhausen (Lückenschluss A 30).

26 BVerwG, Urt. v. 12.08.2009 – 9 A 64.07, DVBl 2010, 395 (LS) – Autobahn A 33; Bielefeld-Steinhagen.

27 BVerwG, Urt. v. 21.06.2006 – 9 A 28.05, BVerwGE 126, 166 = UPR 2006, 446 = NVwZ 2006, 1407 = DVBl 2006, 1309; Nolte, jurisPR-BVerwG 1/2010 Anm. 5, 18/2008 Anm. 6, 18/2008 Anm. 6, 22/2007 Anm. 1, 25/2006 Anm. 2, 6/2009 Anm. 6; Kratsch, NuR 2007, 27 – Ortsumgehung Stralsund, m. Hinw. auf BVerwG, Urt. v. 10.01.2006 – C-98/03, NVwZ 2006, 319, dort auch zu den Merkmalen eines dem Beeinträchtigungsverbot des Art. 4 IV 1 Vogelschutz-RL unterliegenden tatsächlichen Vogelschutzgebietes.

28 So für einen Straßentunnel mit der Durchleitung des Gefahrgutverkehrs BVerwG, Beschl. v. 13.03.2008 – 9 VR 9.07, Buchholz 451.91 Europ UmweltsR Nr. 33; Nolte, jurisPR-BVerwG 23/2008 Anm. 4; Fehrensens, NuR 2008, 483 – A 4 Jagdbergtunnel (Jena).

29 BVerwG, Beschl. v. 08.03.2007 – 9 B 19.06, DVBl 2007, 639 = NuR 2007, 358 = NVwZ 2007, 708; Weidemann, DVP 2009, 475 – Durchtrennung der Wanderkorridore von Amphibien.

30 BVerwG, Beschl. v. 28.12.2009 – 9 B 26.09, NuR 2010, 191 = DVBl 2010, 395 (LS); Nolte, jurisPR-BVerwG 7/2010 Anm. 3 – naturschutzrechtliches Verbandsklagerecht, m. Hinw. auf Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14.07, BVerwGE 131, 274 – Nordumfahrung A 30 Bad Oeynhausen.

31 BVerwG, Urt. v. 12.03.2008 – 9 A 3.06, BVerwGE 130, 299 = DVBl 2008, 1199 – Hessisch Lichtenau II; Nolte, jurisPR-BVerwG 1/2010 Anm. 5, 2/2009 Anm. 5, 23/2008 Anm. 4, 5/2010 Anm. 6, 6/2009 Anm. 6, 6/2010 Anm. 6, 7/2010 Anm. 3; Gatz, jurisPR-BVerwG 24/2009 Anm. 5; Steeck NVwZ 2009, 616 – A 44 VKE 20 Hessisch Lichtenau II; BVerwG, Beschl. v. 13.03.2008 – 9 VR 9.07 – Buchholz 451.91 Europ UmweltsR Nr. 33 – A 4 Jagdbergtunnel.

32 OVG Münster, Urt. v. 12.02.2009 – 7 D 19/08.NE, juris.



ßenverkehr,<sup>33</sup> sondern auch für bau- und anlagebezogene Risiken.<sup>34</sup>

Die Zugriffsverbote beziehen sich neben dem Tötungsverbot (1) auch auf erhebliche Störungen während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Mauser-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten (2). Damit führt das Gesetz einen Erheblichkeitsmaßstab ein, der an die Verschlechterung der lokalen Population geknüpft ist. Die artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände werden hierdurch stärker an die Terminologie der FFH-RL angelehnt. Das in § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG geregelte Störungsverbot stellt nunmehr wie in der FFH-RL auf bestimmte Zeiträume und nicht mehr – wie bisher – auf bestimmte Örtlichkeiten ab. Das Störungsverbot wird einheitlich für die FFH-RL durch erhebliche Störungen ausgelöst.

#### 4. Fortpflanzungs- und Ruhestätten

Was als Fortpflanzungs- oder Ruhestätte i.S.d. Art. 12 Abs. 1d der Habitat-RL anzusehen ist, ist eine in erster Linie naturschutzfachliche Frage, die je nach den Verhaltensweisen der verschiedenen Arten unterschiedlich beantwortet werden kann. Danach kann die Gesamtheit mehrerer im Dienst der Fortpflanzungs- oder Ruhestätten stehender Plätze, die in räumlichem Zusammenhang einen Verbund bilden, als geschützte Fortpflanzungs- bzw. Ruhestätte i.S.d. Art. 12 Abs. 1d der Habitat-RL sein. Im deutschen Artenschutzrecht kommt dieser funktionale Gesichtspunkt bei der Anwendung des § 42 Abs. 5 Satz 2 und 3 BNatSchG zum Ausdruck.<sup>35</sup> Eine naturschutzfachliche Meinung ist einer anderen Einschätzung nicht bereits deshalb überlegen oder ihr vorzugswürdig, weil sie „strengere“ Anforderungen für richtig hält. Das ist erst dann der Fall, wenn sich diese Auffassung als allgemein anerkannter Standpunkt der Wissenschaft durchgesetzt hat und die gegenteilige Meinung als nicht (mehr) vertretbar angesehen wird.<sup>36</sup> Ein solcher fachlicher Beurteilungsspielraum ist bisher auch im Zusammenhang mit der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung anerkannt worden.<sup>37</sup> Art. 5b Vogelschutz-RL schließt es nicht aus, § 44 Abs. 5 Satz 2 und 3 BNatSchG auf aktuell nicht besetzte Fortpflanzungsstätten von Exemplaren europäischer Vogelarten anzuwenden.<sup>38</sup>

#### 5. Wahrung der ökologischen Funktion (§ 44 Abs. 5 BNatSchG)

Sonderregelungen enthält § 44 Abs. 5 BNatSchG für nach § 15 BNatSchG sowie nach den Vorschriften des BauGB zulässige Eingriffe. Für Anhang IV-Tier- und Pflanzenarten der FFH-RL und europäische Vogelarten nach der Vogelschutz-RL liegt ein Verstoß gegen das Störungsverbot und bei unvermeidbaren Eingriffen gegen das Tötungsverbot nicht vor, soweit die ökologische Funktion der betroffenen Fortpflanzungs- oder Ruhestätten im räumlichen Zusammenhang weiterhin erfüllt wird. Zu einer Vermeidung der Eingriffswirkung können auch vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen (CEF-Maßnahmen)<sup>39</sup> beitragen. Für national geschützte Arten gilt weiterhin die bereits zuvor geregelte Freistellung.

Führt ein Planvorhaben allerdings zu Beeinträchtigungen, die den Vorgaben der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung widersprechen, so ist der mit dem Vorhaben verbundene Eingriff in Natur und Landschaft unzulässig mit der Folge, dass gem. § 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG auch anderen von ihm ausgehenden Beeinträchtigungen die artenschutzrechtliche Privilegierung des § 44 Abs. 5 Satz 2 und 3 BNatSchG verwehrt bleibt.<sup>40</sup> Bleibt

33 BVerwG, Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14.07, BVerwGE 131, 274 Rdnr. 91.

34 BVerwG, Urt. v. 14.07.2011 – 9 A 12.10, BVerwGE 140, 149 = Buchholz 406.400 § 61 BNatSchG 2002 Nr. 13 Rdnr. 123, 127 zur Baufeldfreimachung; Urt. v. 08.01.2014 – 9 A 4.13, BVerwGE 149, 31 = NuR 2014, 413 = NVwZ 2014, 1008 = UPR 2014, 305 – A 14 Colbitz – Dolle.

35 BVerwG, Urt. v. 18.03.2009 – 9 A 39.07, BVerwGE 133, 239 = UPR 2010, 29 = NVwZ 2010, 44 = DVBl 2009, 1465; Nolte, jurisPR-BVerwG 1/2010 Anm. 5 – A 44 Ratingen/Velbert: § 42 Abs. 5 Satz 2 und 3 BNatSchG; BVerfG, Beschl. v. 14.01.2010 – 1 BvR 3009/09 – (Nichtannahme).

36 BVerwG, Urt. v. 13.05.2009 – 9 A 73.07, BVerwGE 134, 145 = NuR 2009, 711 = UPR 2009, 451 = NVwZ 2009, 1296 = DVBl 2009, 1323; m. Anm. Nolte, jurisPR-BVerwG 1/2010 Anm. 5 – A 4 Kerpen/Düren: Naturschutzverein.

37 BVerwG, Urt. v. 17.01.2007 – 9 C 1.06, BVerwGE 128, 76 = DVBl 2007, 641 – Bad Laer.

38 BVerwG, Urt. v. 18.03.2009 – 9 A 39.07, BVerwGE 133, 239 = UPR 2010, 29 = NVwZ 2010, 44 = DVBl 2009, 1465; Nolte, jurisPR-BVerwG 1/2010 Anm. 5 – A 44 Ratingen/Velbert: § 42 V 2 und 3 BNatSchG; BVerfG, Beschl. v. 14.01.2010 – 1 BvR 3009/09 – (Nichtannahme).

39 Guidance document on the strict protection of animal species of community interest provided by the habitats directive.

40 BVerwG, Urt. v. 14.07.2011 – 9 A 12.10, BVerwGE 140, 149 = NuR 2011, 866 – Ortsumgehung Freiburg; vgl. Urt. v. 22.01.2004 – 4 A 4.03, Buchholz 406.400 § 61 BNatSchG 2002 Nr. 4 Satz 27 f.

die ökologische Funktionalität der Lebensstätten im räumlichen Zusammenhang gewahrt, ist das Verbot nicht verletzt.

Die Möglichkeit von CEF-measures (vorgezogenen Ausgleichsmaßnahmen) erkennt das BNatSchG ausdrücklich an. Die Maßnahmen müssen vor dem Eingriff wirksam sein, was einen zeitlichen Vorrang der CEF-Maßnahmen voraussetzt. Auch stellt sich die Frage, ob die Maßnahmen in einer eigenständigen Entscheidung vorab zugelassen werden oder darüber in einer einheitlichen Entscheidung zugleich mit der Zulassung des Eingriffs befunden wird. Beide Formen dürften möglich sein. Gerade bei CEF-Maßnahmen, deren Wirksamkeit einen größeren Zeitraum in Anspruch nimmt, könnte es sich empfehlen, über deren Zulassung vorweg in einer eigenen Entscheidung zu befinden, wenn ein positives Gesamturteil des Gesamtvorhabens in Aussicht steht. Ebenso können aber CEF-Maßnahmen auch in der abschließenden Zulassungsentscheidung angeordnet werden. Der Bebauungsplan könnte dies durch ein bedingtes Baurecht nach § 9 Abs. 2 BauGB (Baurecht auf Zeit) sichern. Auch in diesem Bereich ergeben sich nach traditioneller Lesart Beurteilungs- und Wertungsspielräume.

## 6. Ausnahmeprüfung (§ 45 Abs. 7 BNatSchG)

Erfüllt der Eingriff den Verbotstatbestand des § 44 Abs. 1 BNatSchG und ist er auch nicht nach § 44 Abs. 5 BNatSchG unbeachtlich, so kann sich nach § 45 Abs. 7 BNatSchG eine Ausnahmeprüfung anschließen, die das gesamte Entscheidungsprogramm der FFH-RL und der Vogelschutz-RL aufgreift (3. Schritt). Die nach Landesrecht zuständigen Behörden können danach von den artenschutzrechtlichen Verboten im Einzelfall weitere Ausnahmen zulassen. Dazu rechnen auch zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer und wirtschaftlicher Art. Zumutbare Alternativen dürfen nicht zur Verfügung stehen; der Erhaltungszustand einer Population einer Art darf sich nicht verschlechtern. Die Anforderungen an diese Voraussetzungen steigen mit dem Maß der Beeinträchtigung der naturschutzrechtlichen Integritätsinteressen. Bei vergleichsweise geringfügigen Beeinträchtigungen oder fernliegenden Risiken entspricht es dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, den Ball auch bei den Anforderungen an die Ausnahmevorausset-

zungen vergleichsweise flach zu halten. Verbleibende Unsicherheiten können durch ein Monitoring und durch ein Maßnahmenbündel aufgefangen werden, das nur für den Fall eines ungünstigen Verlaufs angeordnet wird.<sup>41</sup>

Nicht jeder Verlust einer lokalen Population ist allerdings mit einer Verschlechterung des Erhaltungszustandes gleichzusetzen. Für einen günstigen Erhaltungszustand genügt es vielmehr, wenn die betroffene Population als solche bei einer gebietsbezogenen ggf. über das Plangebiet hinausgehenden Gesamtbetrachtung als lebensfähiges Element erhalten bleibt. Auch stellt die Alternativenprüfung an die Ausnahmeentscheidung regelmäßig keine unüberwindbaren Hürden. Zwar sind gewisse Abstriche von dem Vorhaben hinzunehmen.<sup>42</sup> Das Gesamtprojekt darf aber durch die artenschutzrechtlichen Anforderungen nicht aus den Fugen geraten. Auch in diesem Bereich hat die Rechtsprechung fachliche Beurteilungsspielräume aber wohl auch Abwägungsspielräume anerkannt.

Zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses können es rechtfertigen, eine Abweichung auch von den Verboten der Vogelschutz-RL zuzulassen. Solche Gründe liegen jedenfalls vor, wenn das Vorhaben den strengeren Anforderungen des Enteignungsrechts entspricht. Auch diese Prüfung ist traditionell mit Beurteilungsspielräumen verbunden. In aller Regel wird der Verhältnismäßigkeitsmaßstab im Vordergrund stehen. Der Eingriff muss in Wertsetzung aller zu berücksichtigenden Belange angemessen sein.

## 7. Bauplanungsrecht und Artenschutz

Mit der Abarbeitung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung ist allerdings die artenschutzrechtliche Prüfung noch nicht erfolgt. Denn anders als bei der Eingriffsregelung (§ 18 BNatSchG) sind die artenschutzrechtlichen Regelungen der §§ 44, 45, 67 BNatSchG auch für Vorhaben im Geltungsbereich des BauGB anwendbar. Der Artenschutz

41 BVerwG, Urt. v. 09.06.2010 – 9 A 20.08, DVBl 2011, 36 = NVwZ 2011, 177, m. Anm. Stüer, DVBl 2011, 39 – A 44 Querspanne Bochum; BVerfG, Nichtannahme-Beschl. v. 20.07.2011 – 1 BvR 3098/10.

42 BVerwG, Urt. v. 27.01.2000 – 4 C 2.99, BVerwGE 110, 302 – Hildesheim; Urt. v. 17.05.2002 – 4 A 28.01, BVerwGE 116, 254 = DVBl 2002, 1486 = NVwZ 2002, 1243 – A 44 Lichtenauer Hochland.

kann daher in der Bauleitplanung nicht einfach weggewogen oder in guter Laune weggeschunkelt werden.

Die artenschutzrechtlichen Tötungs- und Störungsverbote des § 44 Abs. 1 Nr. 1 und 3 BNatSchG gelten allerdings nicht uneingeschränkt. Die Verbotstatbestände sind nach § 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG in diesen Fällen im Plangebiet und bei Innenbereichsvorhaben nicht erfüllt, wenn die ökologische Funktion der von dem Eingriff oder Vorhaben betroffenen Fortpflanzungs- oder Ruhestätten im räumlichen Zusammenhang weiterhin erfüllt wird. Soweit erforderlich, können auch hier vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen festgesetzt werden. Die CEF-Maßnahmen können nach den Modellen des § 1a Abs. 3 BauGB im Bebauungsplan festgesetzt oder in städtebaulichen Verträgen vereinbart werden.<sup>43</sup> Diese Möglichkeit dürfte auch im Innenbereich bestehen. Da die artenschutzrechtliche Prüfung mit der planungsrechtlichen Zulässigkeit des Vorhabens nicht abgeschlossen ist, sondern gesondert nach §§ 44, 45 und 67 BNatSchG erfolgt, können Einzelfragen im Bau- oder immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren feinjustiert werden.<sup>44</sup>

Bei der Aufstellung eines Bebauungsplans muss daher über die allgemeine Abwägung hinaus der Artenschutz abgeprüft werden. Diese Prüfung gilt auch für Innen- und Außenbereichsvorhaben. Vor allem sind auch die Innenbereichsvorhaben nicht automatisch von den artenschutzrechtlichen Verbotstatbeständen freigestellt, wie bereits spätestens seit dem Urteil des BVerwG zum Polizeipräsidium Magdeburg<sup>45</sup> klar war. Die Verbotstatbestände des § 44 Abs. 1 BNatSchG sind abzarbeiten und es ist ggf. zu fragen, ob der ökologische Funktionszusammenhang weiterhin gewahrt ist. Diese Sonderregelung gilt allerdings nur in der Bauleitplanung und für Vorhaben im nicht beplanten Innenbereich, nicht aber für Außenbereichsvorhaben. Die dem konkreten Bewertungsverfahren zu Grunde liegenden Ansätze müssen naturschutzfachlich vertretbar sein. Zu den abwägend zu berücksichtigenden Bestandteilen des Naturhaushalts i.S.v. § 1 Abs. 6 Nr. 7 a) BauGB gehören auch Tiere und Pflanzen, so dass eventuelle Auswirkungen namentlich auf geschützte Tier- und Pflanzenarten bei der Abarbeitung des Folgenbewältigungsprogramms der Eingriffsregelung zu berücksichtigen sind. Dabei

ersetzt diese Abwägung nicht die Prüfung eventueller Verstöße gegen die artenschutzrechtlichen Verbote des § 44 BNatSchG. Abwägung und Prüfung möglicher bestehender artenschutzrechtlicher Verbote stehen vielmehr nebeneinander.<sup>46</sup>

## V. Naturschutzrechtliche Beurteilungs- und Planungsspielräume

Nicht in allen Teilen abschließend geklärt war allerdings bisher, in welchem Umfang die naturschutzrechtlichen Anforderungen der gerichtlichen Kontrolle unterliegen und ob das zuvor dargestellte, in der Rechtsprechung entwickelte System von Beurteilungs- und Planungsspielräumen den verfassungsrechtlichen Anforderungen aber auch den europarechtlichen Vorgaben entspricht. Die europarechtlichen Anforderungen an den Habitat- und Vogelschutz für Gebiete von Gemeinschaftlicher Bedeutung sind auf der Grundlage der EuGH-Rechtsprechung allgemein als sehr strenges regelbasiertes System angesehen worden, das Eingriffe in die naturschutzrechtliche Gebietskulisse vor strenge Anforderungen stellt. Bei der Aufstellung von Bauleitplänen ist die planende Gemeinde zwar auf das Abarbeiten des vierstufigen Prüfungssystems der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung verpflichtet. Das Abwägungsmodell eröffnet aber Planungsspielräume, die von den Gerichten nur eingeschränkt überprüft werden können. Teilweise fällt die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung wie etwa im nicht beplanten Innenbereich und bei der Aufstellung eines Bebauungsplans der Innenentwicklung auch ganz aus.

Aber wie ist es bei Vorhaben im Außenbereich und bei der Fachplanung? Gibt es hier Beurteilungsspielräume und Planungsspielräume oder muss das Gericht die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung vollständig durchprüfen? Das BVerwG hatte in seiner ständigen Rechtsprechung solche Beurteilungsspielräume jedenfalls angenommen, wenn sich die fachliche Einschätzung nicht lü-

43 BVerwG, Urt. v. 19.09.2002 – 4 CN 1.02, DVBl 2003, 204 = BauR 2003, 209.

44 Stüer, in: Battis/Söfker/Stüer (Hrsg.), FS Krautzberger, 2008, S. 63.

45 BVerwG, Urt. v. 11.01.2001 – 4 C 6.00, BVerwGE 112, 321 – Polizeipräsidium Magdeburg.

46 OVG Münster, Beschl. v. 06.02.2009 – 7 B 1767/08, m. Hinw. auf Urt. v. 30.01.2009 – 7 D 11/08, NuR 2009, 421.

ckenlos und bei dem Verbleiben von fachlichen Zweifeln aufklären ließ. Darüber gewähren die Verwaltungsgerichte Planungsspielräume, soweit das Gesetz Abwägungsspielräume eröffnet. Aber hält dieses Konzept auch den verfassungsrechtlichen Anforderungen stand?

Nicht selten ergeben sich in den Gerichtsverfahren Fragestellungen, auf die auch die Naturwissenschaften keine abschließenden Antworten geben können. Das gilt bereits für die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung und den Artenschutz und nicht zuletzt auch für die strengen Anforderungen des europäischen Gebietsschutzes. Wann können eigentlich vernünftige Zweifel an einer Beeinträchtigung der Erhaltungsziele sicher ausgeschlossen werden und wie können der Vorhabenträger und die entscheidende Behörde dies darlegen und – wo erforderlich – überzeugend beweisen?<sup>47</sup> Wie geht man eigentlich mit der weitgehenden „Veränderungssperre“ in einem faktischen Vogelschutzgebiet um, die sich für Projekte geradezu wie eine „rote Ampel“ darstellt oder ist man bei zu starken Anforderungen an die Planung und Zulassung von Vorhaben auf einem Holzweg?<sup>48</sup> Wann ist eigentlich mit einem signifikant erhöhten Tötungsrisiko der artenschutzrechtliche Verbotstatbestand des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG<sup>49</sup> erfüllt und wer entscheidet darüber? Der Vorhabenträger oder die Behörde, die Kläger oder die Naturschutzverbände mit ihrer jeweiligen Phalanx von Gutachtern und wer gewinnt am Ende eines erbitterten Gutachterstreites das Rennen?<sup>50</sup>

Wer soll bei Wissenslücken letztlich die Oberhand gewinnen oder gibt es keine alle überzeugende Antwort und die Gerichte könnten schlussendlich nur entscheiden, wenn alle Beteiligten sich in ihren Überzeugungen einig sind, was allerdings vielfach kaum gelingt? Und müssen Fachgutachter jenseits rechtlicher Vorgaben die Entscheidung treffen? Müssen sich die Gerichte letztlich einem fachwissenschaftlichen Gutachterstreit beugen und ohne eigene Steuerungsmöglichkeiten den sich vielfach widersprechenden Fachdisziplinen geschlagen geben? Und wer kann sich eigentlich auf Belange des Umwelt- und Naturschutzes berufen? Oder hilft am Ende nur der hoch in die Luft geworfene Maria-Theresia-Taler, nach dessen Fall (Kopf oder Zahl) der Rechtsstreit entschieden wird, wie es der unvergessene ehemalige BVerwG-Präsident Horst Sandler einst empfohlen hatte.<sup>51</sup>

In seiner bisherigen Rechtsprechung hatte das BVerfG den Behörden fachliche Beurteilungsspielräume nur eingeräumt, wenn der Gesetzgeber dies in entsprechenden Regelungen eröffnet hatte.<sup>52</sup> Beurteilungsspielräume der Verwaltung ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung waren bisher in der Rechtsprechung des BVerfG jedenfalls nicht ausdrücklich anerkannt. Es waren deshalb durchaus Zweifel auf gekommen, ob naturschutzrechtliche Vorschriften solche Ermächtigungen ausdrücklich enthalten oder in Ermangelung derselben der Verwaltung naturschutzrechtliche Beurteilungsspielräume verschlossen sind.<sup>53</sup> Diese Möglichkeiten hat das BVerfG nunmehr in einer klugen Entscheidung klarstellend erweitert und dazu folgende Leitsätze gebildet:<sup>54</sup>

Stößt die gerichtliche Kontrolle nach weitestmöglicher Aufklärung an die Grenze des Erkenntnisstandes naturschutzfachlicher Wissenschaft und Praxis, zwingt Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG das Gericht nicht zu weiteren Ermittlungen, sondern erlaubt ihm, seiner Entscheidung insoweit die plausible Einschätzung der Behörde zu der fachlichen Frage zugrunde zu legen. Die Einschränkung der Kontrolle folgt hier nicht aus einer der Verwaltung eingeräumten Einschätzungsprärogative und bedarf nicht eigens gesetzlicher Ermächtigung.

In grundrechtsrelevanten Bereichen darf der Gesetzgeber Verwaltung und Gerichten nicht ohne weitere Maßgaben auf Dauer Entscheidungen in einem fachwissenschaftlichen „Erkenntnisvakuum“ übertragen, sondern muss jedenfalls auf längere Sicht für eine zumindest untergesetzliche Maßstababildung sorgen.

47 BVerwG, Urt. v. 17.01.2007 – 9 A 20.05, BVerwGE 128, 1 = DVBl 2007, 706 – Halle-Westumfahrung.

48 BVerwG, Urt. v. 01.04.2004 – 4 C 2.03, BVerwGE 120, 276 = DVBl 2004, 1115 – Hochmoselbrücke; Buchsteiner, Die lignogene Verkehrswegeplanung im Spannungsfeld zwischen Frust und Forst, in: Krautzberger/Rengeling/Saerbeck, FS für Stüer, 2013, 373.

49 BVerwG, Urt. v. 12.03.2008 – 9 A 3.06, BVerwGE 130, 299 = DVBl 2008, 1199; Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14.07, BVerwGE 131, 274 = DVBl 2009, 259.

50 Stüer, DVBl 2018, 423.

51 DöV 1991, 524.

52 BVerfG, Beschl. v. 31.05.2011 – 1 BvR 857/07, BVerfGE 129, 1 – Investitionszulage.

53 Hierzu der Bericht Stüer, DVBl 2018, 423 über die 24. Jahrestagung Verwaltungsrecht des DAJ.

54 BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13 (Harzer Windmüller) und – 1 BvR 595/14 (e.n.o. energie), BauR 2019, 492 (in diesem Heft) = DVBl 2019, 42 m. Anm. Stüer.

Bereits im Wittenberg-Urteil des BVerwG<sup>55</sup> hatte das BVerwG dem mit enteignungsrechtlichen Vorwirkungen betroffenen Eigentümer einen weitgehenden Rechtsschutz zugebilligt. Eine Begrenzung des Rechtsschutzes hat das BVerwG lediglich darin gesehen, dass gerügte Rechtsverstöße sich auf die Rechtsposition des betroffenen Eigentümers auswirken müssen. Wenn daher etwa die Verletzung naturschutzrechtlicher Belange keine Auswirkungen auf den enteignungsrechtlich Betroffenen hat, also etwa die Gesamtentscheidung einschließlich des Trassenverlaufs unberührt lässt, dann ist die fehlerhafte Einstellung naturschutzrechtlicher Belange für den Rechtsschutz des Einzelnen ohne Bedeutung. Der nicht enteignungsrechtlich, sondern nur mittelbar von dem Planfeststellungsbeschluss Betroffene kann sich ohnehin nur auf die Verletzung seiner eigenen Belange berufen, also Lärmschutzbelange als verletzt rügen, ohne die Betroffenheit anderer öffentlicher Belange in Frage stellen zu können.<sup>56</sup> Ob ein Einzelner sich nicht auch auf die Verletzung der Beteiligung anderer Teile der betroffenen Öffentlichkeit berufen kann, ist übrigens nach einem Vorlagebeschluss des BVerwG<sup>57</sup> allmählich nicht mehr ganz so sicher.

Erneut kam dieser Streit im durch den europäischen Habitat- und Vogelschutz geprägten Verfahren zur Halle-Westumfahrung<sup>58</sup> und in der Eingriffsregelung unterliegenden Planfeststellung zur Ortsumgehung Bad Laer<sup>59</sup> zum Schwur. Das BVerwG hatte sich im erstgenannten Urteil im Anschluss an die Herzmuschelfischerei-Entscheidung des EuGH<sup>60</sup> einerseits für recht strenge Prüfungsmaßstäbe im europarechtlich geprägten Habitatschutz ausgesprochen,<sup>61</sup> zugleich aber im zweitgenannten Urteil die Zügel erheblich gelockert, wenn es um die Beurteilung naturschutzrechtlicher Zusammenhänge aus der Sicht (lediglich) nationaler Rechtsnormen geht. Hier haben die Gerichte unter Führung des BVerwG seit je her der Verwaltung fachliche Beurteilungsspielräume zuerkannt wohl auch deshalb, um der Alternative eines nie enden wollenden Fachgutachterstreits vorzubeugen.

Ein allerdings begrenzter Freiraum wurde der Verwaltung wohl auch vor dem Hintergrund zugebilligt, dass die anderen Mitgliedstaaten der EU nicht über vergleichbare naturschutzrechtliche Regelungen verfügen. Zudem bleiben wohl aus der Sicht der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung offene Fragen, die auch in den jeweiligen Fachdiszi-

plinen nicht abschließend geklärt sind. Allerdings waren in der bisherigen Rechtsprechung etwa im Beschluss zur Investitionszulage<sup>62</sup> verfassungsrechtliche Grenzen aufgezeigt: Es beeinträchtigt danach weder die Gesetzesbindung der Gerichte noch den Anspruch des Einzelnen auf wirksame gerichtliche Kontrolle nach Art. 19 Abs. 4 GG, wenn die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe durch gesetzliche Verweisung auf bestimmte Verwaltungsvorschriften oder sonstige untergesetzliche Regelwerke erfolgt oder wenn die konkretisierende Heranziehung solcher Vorschriften oder Regelwerke in vergleichbarer Weise auf einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage beruht. Von Gerichten nicht oder nur eingeschränkt überprüfbare Letztentscheidungsbefugnisse über Rechte des Einzelnen dürfen der vollziehenden Gewalt indes nur aufgrund eines Gesetzes eingeräumt werden.<sup>63</sup> Rennert<sup>64</sup> hatte allerdings auch an die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung erinnert. Auch der frühere BVerwG-Präsident Eckart Hien hatte für größere Spielräume der planenden Verwaltung vor allem bei Großvorhaben geworben.<sup>65</sup> Die Gerichte müssten sich wohl zurückhalten, wenn sie nicht in der Lage seien, mit überzeugenden Gründen bessere Erkenntnisse zu vermitteln.<sup>66</sup>

Dem ist das BVerfG nun vom Ansatz her gefolgt und hat einen Beurteilungsspielraum nicht nur dann anerkannt, wenn der Gesetzgeber eine ausdrückliche Ermächtigung an die Verwaltung aus-

55 Urt. v. 18.03.1983 – 4 C 80.79, BVerwGE 67, 74 = DVBl 1983, 899; Stüer, NuR 1981, 149.

56 BVerwG, Urt. v. 14.02.1975 – IV C 21.74, BVerwGE 48, 56 = DVBl 1975, 713 – B 42; Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 2015, Rdnr. 5390.

57 BVerwG, Beschl. v. 25.04.2018 – 9 A 16.16; EuGH – C-535/18, DVBl 2018, 1419 m. Anm. Stüer/Stüer (1432); zu den Planreparaturmöglichkeiten einer fehlerhaften Öffentlichkeitsbeteiligung Stüer/Stüer, BauR 2019, 1.

58 BVerwG, Urt. v. 17.01.2007 – 9 A 20.05, BVerwGE 128, 1 = DVBl 2007, 706 m. Anm. Stüer, NVwZ 2007, 1147.

59 BVerwG, Urt. v. 17.01.2007 – 9 C 1.06, BVerwGE 128, 76 = DVBl 2007, 641; Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 2015, Rdnr. 1457.

60 Urt. v. 07.09.2004 – C-127/02, BRS 80 Nr. 42.

61 Ebenso BVerwG, Urt. v. 01.04.2004 – 4 C 2.03, BVerwGE 120, 276 = DVBl 2004, 1115 – Hochmoselbrücke.

62 BVerfG, Beschl. v. 31.05.2011 – 1 BvR 857/07, BVerfGE 129, 1.

63 Lenz, DVBl 2018, 605.

64 DVBl 2017, 69.

65 Hien, Quo vadis Umweltschutz?, DVBl 2018, 1029.

66 Stüer, Tagungsbericht über die 24. Jahrestagung des DAI, DVBl 2018, 432.

gesprochen hat. Ein Beurteilungsspielraum ergibt sich vielmehr auch dann, wenn zur Beantwortung einer sich nach außerrechtlichen naturschutzfachlichen Kriterien richtenden Rechtsfrage normative Konkretisierungen fehlen und in Fachkreisen und Wissenschaft bislang keine allgemeine Meinung über die fachlichen Zusammenhänge und die im Einzelfall anzuwendenden Ermittlungsmethoden besteht. Die Grenzen der gerichtlichen Kontrolle ergeben sich hier nicht daraus, dass der Verwaltung eine Einschätzungsprärogative eingeräumt wäre, sondern rühren daher, dass sich die naturschutzfachliche Richtigkeit des Ergebnisses der Verwaltungsentscheidung objektiv nicht abschließend beurteilen lässt. Goldene Worte des BVerfG, die wohl vor allem durch einen Blick auf die Praxis von Verwaltung und Gerichtsbarkeit in einem über fünf Jahre gereiften Verfahren geprägt sind. Das gibt der Verwaltung und den sie kontrollierenden Gerichten dringend benötigte Spielräume.

Der Beschluss des BVerfG hat den Beteiligten allerdings keinen Persilschein ausgestellt, sondern eine vor dem Hintergrund verfassungsrechtlicher Anforderungen eingehende Befassung zur Pflicht gemacht. Die Planungs- und Zulassungsbehörden dürfen bei der Entscheidung naturschutzrechtlicher Fragestellungen ohne nähere Aufklärung der fachlichen Sachverhalte nicht einfach zur Tagesordnung übergehen. Vielmehr verpflichtet Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG die zuständigen Planungs- und Verwaltungsbehörden, den Sachverhalt intensiv aufzuklären und dabei auch die fachlichen Entscheidungsparameter durch die Hand gehen zu lassen. Nur wenn sich unter Einsatz aller verfügbarer Instrumente keine eindeutige fachlich überzeugende Lösung abzeichnet, sind die Behörden ermächtigt, den fachlichen Streit unter Zuhilfenahme eines ihnen eingeräumten Beurteilungsspielraums zu entscheiden. In diesem Sinne hatten sich bereits Bick/Wulfert<sup>67</sup> im Vorfeld der Karlsruher Entscheidung in Stellung gebracht und können sich durch die nunmehr vorliegenden Entscheidungen bestätigt sehen.<sup>68</sup>

Die Entscheidungen des BVerfG haben die richtige Mitte zwischen einer nie enden wollenden fachlichen Kontrolle naturschutzrechtlicher Fachfragen und einer grenzenlosen gerichtlichen Entscheidungsbefugnis aufgezeigt. Zugleich hat das BVerfG nach Art einer Appellentscheidung dem Normgeber eine Pflichtaufgabe übertragen: In grundrechtsrelevanten Bereichen darf der Gesetzgeber Verwal-

tung und Gerichten nicht ohne weitere Maßgaben auf Dauer Entscheidungen in einem fachwissenschaftlichen „Erkenntnisvakuum“ übertragen, sondern muss jedenfalls auf längere Sicht für eine zumindest untergesetzliche Maßstabsbildung sorgen. Solche Leitlinien sind für die Praxis in Verwaltung und Gerichten als Orientierungsrahmen wichtig.

Für die Wissenschaft bleibt vielleicht noch die Frage, ob die vom BVerfG der Verwaltung zugebilligten Beurteilungsspielräume im Bereich des nationalen Naturschutzrechts auch für das an sich strenge europäische Habitatschutz- und Wasserwirtschaftsrecht nach der FFH-RL und WRRL gelten. Für den europarechtlich geprägten Artenschutz in §§ 44, 45 BNatSchG hat das BVerfG diese Frage ja schon beantwortet.

Und so ist die Frage, ob naturschutzrechtliche Beurteilungs- und Planungsspielräume der Verwaltung bestehen oder eine regelbasierte Vollkontrolle durch die Gerichte besteht, differenzierend wie folgt zu beantworten: Das nationale Naturschutzrecht kann den Planungsträgern und Zulassungsbehörden Beurteilungs- und Planungsspielräume gewähren, die von den Gerichten nur eingeschränkt kontrolliert werden können. Das gilt für die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung, die in den dargestellten Bereichen der Verwaltung vor allem Beurteilungsspielräume in Bereichen eröffnet, bei denen nicht aufklärbare Wissenslücken bestehen. In der vom Abwägungsmodell geprägten Eingriffsregelung in der Bauleitplanung sind diese Spielräume sogar noch dahingehend erweitert, dass die gerichtliche Kontrolle in aller Regel nur auf Abwägungsfehler erfolgt, soweit nicht gesetzliche Regelungen strengere Vorgaben bereithalten.

Auch im Bereich der unionsrechtlich geprägten Anforderungen des Gebiets- und Artenschutzes hat die Verwaltung Beurteilungsspielräume, soweit Wissenslücken bestehen, die durch die Fachwissenschaft mit vertretbarem Aufwand nicht geschlossen werden können. Allerdings sind die teilweise strengen europarechtlichen Anforderungen der auszuräumenden berechtigten Zweifel und der auf den Vorhabenträger und die Zulassungsbehörden ruhenden Darlegungs- und Beweislasten einzuhalten.

67 NVwZ 2017, 346.

68 Bericht über die 40. Jahrestagung der Gesellschaft für Umweltrecht Stüer, DVBl 2017, 29.