

des § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO auf die Normenkontrolle funktionslos gewordener Bebauungspläne anzuwenden [72].

Mit Art. 3 Nr. 1.a) des Gesetzes zur Erleichterung von Planungsvorhaben für die Innenentwicklung der Städte (v. 21.12.2006, BGBl. I Nr. 64 v. 27.12.2006, S. 3320) wurde die Antragsfrist dann noch weiter verkürzt, von zwei Jahren auf *ein Jahr*. Erneut gibt die Begründung des Gesetzentwurfs durch die *Bundesregierung* keinen Anhaltspunkt dafür, dass der Gesetzgeber die Prinzipalkontrolle von Bebauungsplänen auf Funktionslosigkeit hin völlig abschaffen wollte [73].

Im Gegenteil erwähnt der Gesetzgeber das Problem (s.o. IV.1.) in all den Entwürfen, Begründungen und Stellungnahmen, Äußerungen und Gegenäußerungen *nicht einmal am Rande* [74]. Ein Wille, die prinzipiale Normenkontrolle funktionslos gewordener Bebauungspläne abzuschaffen, kann ihm daher nicht unterstellt werden [75].

## V. Ergebnis und Ausblick

Die prinzipiale Normenkontrolle verliert hier nach nicht ihre Funktion, die Unwirksamkeit funktionslos gewordener Bebauungspläne feststellen zu können. Die Antragsfrist aus § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO kann insoweit weder unmittelbar gelten noch analog angewendet werden. Einer entsprechenden Entscheidung des *Bundesverwaltungsgerichts* darf man gleichwohl mit Spannung entgegensehen.

Rechtsanwalt und Notar Prof. Dr. Bernhard Stür, Richter am BGH-Anwaltssenat,  
Münster/Osnabrück

## Artenschutz

### Rechtsprechungsbericht 2005–2010

*Durch die Vorgaben der Habitat- und Vogelschutz-RL hat der Artenschutz seit einigen Jahren neben dem europäischen Gebietschutz eine herausgehobene Bedeutung erhalten. Der Beitrag berichtet über die Entscheidungen des EuGH und des Bundesverwaltungsgerichts und zeigt Auswirkungen auf die Bauleitplanung auf.*

Auch geduldigen Rechtsanwendern würde der Gesetzgeber freilich einen legislatorischen Gefallen erweisen, wenn er durch einen Zusatz klarstellen würde, dass die in § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO geregelte Antragsfrist für funktionslos gewordene Bebauungspläne nicht gilt.

[72] Der Bundesrat hielt noch in seiner Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, die (schon damals) eine Antragsfrist von einem Jahr anstrebte, an der Fünf-Jahres-Frist (s.o. Fußn. 68) fest, um durch die „Bündelungswirkung einer allgemein verbindlichen Entscheidung“ zu verhindern, „dass es in den strittigen Fragen zu einer Vielzahl – möglicherweise divergierender – und die erstinstanzlichen Gerichte zusätzlich belastenden Inzidententscheidungen kommen kann“; Anlage 2 zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. v. 6. 3. 1996 (13/3993), S. 16f. Da die Bundesregierung trotzdem eine Frist von einem Jahr für ausreichend hielt (Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrats, BT-Drucks. v. 12. 3. 1996 [13/4069] S. 1), empfahl der Vermittlungsausschuss schließlich die Einführung einer Antragsfrist von zwei Jahren, die auch Gesetz (BGBl. 1996 Teil I Nr. 55 v. 7. 11. 1996, S. 1626, Art. 1 Nr. 2a) wurde; Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses, BT-Drucks. v. 26. 9. 1996 (13/5642), S. 2.

[73] Dort heißt es vielmehr lapidar: „Im Interesse der Rechtssicherheit soll die Antragsfrist für Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO generell auf ein Jahr verkürzt werden“; BT-Drucks. v. 4. 9. 2006 (16/2496), S. 10 (dort A.III.6.). Ibd. S. 17f.: „Die Einführung der Frist hat sich bewährt, erweist sich jedoch mit zwei Jahren als zu lang. Denn sowohl für die Verwaltung als auch für Investoren, Bürger und sonstige Betroffene ist angesichts der drängenden Herausforderungen, ... eine zügige Herstellung von Rechtssicherheit geboten. Die Ein-Jahres-Frist wird diesem Anliegen gerecht und erweist sich unter den Gesichtspunkten des effektiven Rechtsschutzes ... auch als ausreichend. Sie entspricht zudem der Frist für die Einlegung von Verfassungsbeschwerden gegen ein Gesetz beim Bundesverfassungsgericht (§ 93 Abs. 3 BVerfGG).“

[74] Das gilt auch für Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses; BT-Drucks. v. 26. 6. 1996 (13/5098), S. 19.

[75] So auch Heinz-Joachim Pabst: „Funktionslose Bebauungspläne als Gegenstand der Normenkontrolle: Zugleich eine Besprechung von BVerwG, Urteil v. 3. 12. 1998 – 4 CN 3.97 –, ZfBR 1999, 155 ff.“, in: ZfBR 1999, 244f., 245: „Es gibt aber auch in der Begründung zum 6. VwGOÄndG keinen Hinweis, dass der Gesetzgeber bei der Neuregelung die Fälle der Funktionslosigkeit vor Augen gehabt hätte, geschweige denn, dass er mit dieser Regelung eine Exemption dieser Fälle vom Regelungsbereich des § 47 VwGO normiert oder auch für die Vergangenheit klargestellt sehen wollte.“ Ähnlich Rolf Schwartmann (Fußn. 67), UPR 1999, 214: Bei der Einführung der Antragsfrist habe der Gesetzgeber an die Funktionslosigkeit von Bebauungsplänen genauso wenig gedacht wie bei der Schaffung der VwGO.

### I. Europarechtliche Vorgaben der Habitat-RL

Habitat-RL [1] und Vogelschutz-RL [2] enthalten ein umfassendes rechtliches Instru-

[1] Richtlinie 92/43/EWG des Rates v. 21. 5. 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wild lebenden Tiere und Pflanzen ABl. Nr. L 206 S. 7.

[2] Richtlinie 79/409/EWG des Rates v. 2. 4. 1979 über die Erhaltung der wild lebenden Vogelarten ABl. Nr. L 103 S. 1; Richtlinie 2009/147/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 30. 11. 2009 ABl. 20/7.

mentarium für einen grenzübergreifenden Gebiets- und Artenschutz in der Europäischen Union, das die dauerhafte Erhaltung der natürlichen Lebensräume und der Arten von gemeinschaftlichem Interesse gewährleisten soll [3].

Nach Art.12 der Habitat-RL treffen die Mitgliedstaaten die notwendigen Maßnahmen, um ein strenges Schutzsystem für die in Anhang IVa genannten Tierarten in deren natürlichen Verbreitungsgebieten einzuführen. Dieses verbietet: (a) alle absichtlichen Formen des Fangs und der Tötung von aus der Natur entnommenen Exemplaren dieser Arten, (b) jede absichtliche Störung dieser Arten, insbesondere während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten, (c) jede absichtliche Zerstörung oder Entnahme von Eiern aus der Natur, (d) jede Beschädigung oder Vernichtung der Fortpflanzungs- oder Ruhestätten. Nach Art.13 Abs.1 der Habitat-RL ergreifen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen, um ein striktes Schutzsystem für die in Anhang IVb angegebenen Pflanzenarten aufzubauen.

Wird ein Verbotstatbestand erfüllt, so ist das europäische Artenschutzrecht im Ansatz von durchaus „drakonischer Strenge“. Es besteht zwar unter den Voraussetzungen des Art.16 der Habitat-RL die Möglichkeit einer Ausnahme. Die Trauben hängen hierfür aber schon recht hoch. Es darf keine anderweitige zufriedenstellende Lösung geben, die Population der betroffenen Art in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet muss trotz der Ausnahmeregelung in einem günstigen Erhaltungszustand verweilen und die Maßnahme muss u.a. im Interesse der Volksgesundheit und der öffentlichen Sicherheit oder aus anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses, einschließlich sozialer oder wirtschaftlicher Art oder positiver Folgen für die Umwelt geboten sein (Art.16 Abs.1 c der Habitat-RL). Zu den Ausnahmen legen die Mitgliedstaaten der Kommission alle zwei Jahre einen entsprechenden Bericht vor. In die Prüfung der Ausnahmeveraussetzungen kann das Gericht nur einsteigen, wenn die Behörde entsprechende Befreiungen erteilt hat, zumal es sich um eine Ermessensentscheidung handelt.

Nach Art.5 der Vogelschutz-RL treffen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen zur Schaffung einer allgemeinen Regelung zum Schutz aller unter Art.1 der Vogelschutz-RL fallenden Vogelarten, insbesondere das Verbot (a) des absichtlichen Tötens oder Fangens, ungeachtet der angewandten Methode, (b) der absichtlichen Zerstörung oder Beschädigung von Nestern und Eiern und der Entfernung von Nestern, (c) des Sammelns der Eier in der Natur und des Besitzes dieser Eier, auch in leerem Zustand, (d) ihres absichtlichen Störens, insbesondere während der Brut- und Aufzuchtzeit, sofern sich diese Störung auf die Zielsetzung der Vogelschutz-RL erheblich auswirkt, (e) des Haltens von Vögeln der Arten, die nicht bejagt oder gefangen werden dürfen.

Auch diese Regelungen haben es allerdings durchaus in sich. Denn das Schutzsystem der Vogelschutz-RL ist recht streng. Wird der Verbotstatbestand des Art.5 der Vogelschutz-RL erfüllt, sind Eingriffe nur unter den Voraussetzungen des Art.9 der Vogelschutz-RL zulässig, etwa wenn der Eingriff zur Wahrung von Leib und Leben erforderlich ist. In einigen Grundsatzentscheidungen hat der EuGH dazu dargelegt, dass mit den europarechtlichen Vorgaben für den Artenschutz nicht zu spaßen ist.

### **1. Europarechtswidrigkeit des §43 Abs.4 BNatSchG 2002**

So verstößt §43 Abs.4 BNatSchG 2002 nach Auffassung des EuGH gegen Art.12 Abs.1 d der Habitat-RL, weil das dort normierte Verbot nicht auf absichtliche Handlungen beschränkt ist. Im Rahmen der Habitat-RL, die komplexe und technische Regelungen auf dem Gebiet des Umweltschutzrechts enthält, müssen die Mitgliedstaaten in besonderer Weise dafür Sorge tragen, dass ihre der Umsetzung der Habitat-RL dienenden Rechtsvorschriften klar und bestimmt sind. Die Ausnahmeregelung des §43 Abs.4 BNatSchG 2002 ist damit unvereinbar, weil sie für den Fall, dass Handlungen bei der Ausführung eines nach §19 BNatSchG 2002 zugelassenen Eingriffs oder bei der Durchführung einer

[3] 1. und 15. Begründungserwägung zur Habitat-RL. Zum Artenschutz in der Rechtsprechung von EuGH und Bundesverwaltungsgericht auch Stüer/Bähr, DVBl. 2006, 1155.

nach §30 BNatSchG 2002 zugelassenen Maßnahme vorgenommen werden, nicht die Erfüllung sämtlicher Voraussetzungen des Art.16 der Habitat-RL sicherstellt [4].

## 2. Verbotstatbestände des Art.12 der Habitat-RL

Art.12 Abs.1 d der Habitat-RL, der ein Verbot der Beschädigung oder Vernichtung der Fortpflanzungs- oder Ruhestätten vorsieht, erfasst nicht nur absichtliche, sondern auch unabsichtliche Handlungen. Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat dadurch, dass er das Verbot nach dieser Bestimmung anders als die Verbote der in Art.12 Abs.1 a bis c der Habitat-RL genannten Handlungen nicht auf absichtliche Handlungen beschränkt hat, deutlich gemacht, dass er die Fortpflanzungs- und Ruhestätten verstärkt vor Handlungen schützen will, die zu ihrer Beschädigung oder Vernichtung führen. Angesichts der Bedeutung des Schutzes der biologischen Vielfalt, dessen Verwirklichung die Richtlinie dient, ist es keineswegs unverhältnismäßig, dass das Verbot nach Art.12 Abs.1 der Habitat-RL nicht auf absichtliche Handlungen beschränkt ist [5].

Ein Mitgliedstaat verstößt gegen seine Verpflichtungen aus Art.12 b und d der Habitat-RL, wenn er nicht alle konkreten Maßnahmen ergreift, die erforderlich sind, um die absichtliche Störung der betreffenden Tierart während der Fortpflanzungszeit sowie die Beschädigung oder Vernichtung ihrer Fortpflanzungsstätten zu verhindern.

## 3. Absichtsbegriff

Der Verkehr von Mopeds auf dem Sandstrand der Insel Zakynthos stellen absichtliche Störungen der Meeresschildkröte *Caretta caretta* während der Fortpflanzungszeit i.S. des Art.12 Abs.1 b der Habitat-RL dar. Außerdem steht außer Zweifel, dass das Vorhandensein von Bauwerken auf einem Fortpflanzungsstrand wie demjenigen von Daphni geeignet ist, eine Beschädigung oder Vernichtung der Fortpflanzungsstätte i.S. des Art.12 Abs.1 d der Habitat-RL herbeizuführen [6].

Das Tatbestandsmerkmal der Absichtlichkeit in Art.12 Abs.1 der Habitat-RL ist verwirklicht,

wenn nachgewiesen ist, dass der Handelnde den Fang oder die Tötung eines Exemplars einer geschützten Tierart gewollt oder zumindest in Kauf genommen hat [7].

Die Umsetzung von Art.12 der Habitat-RL, der die Mitgliedstaaten verpflichtet, die notwendigen Maßnahmen zu treffen, um ein strenges Schutzsystem für die in Anhang IV a der Habitat-RL genannten Tierarten in deren natürlichen Verbreitungsgebieten einzuführen, erlegt den Mitgliedstaaten nicht nur die Schaffung eines vollständigen gesetzlichen Rahmens auf, sondern auch die Durchführung konkreter besonderer Schutzmaßnahmen. Desgleichen setzt das strenge Schutzsystem den Erlass kohärenter und koordinierter vorbeugender Maßnahmen voraus [8].

## 4. Ausnahmen nach Art.16 der Habitat-RL

Art.16 der Habitat-RL, der genau die Voraussetzungen festlegt, unter denen die Mitgliedstaaten von den Art.12 bis 15 a und b der Habitat-RL abweichen dürfen, ist restriktiv auszulegen. Ferner bilden die Art.12, 13 und 16 der Habitat-RL gemeinsam ein in sich stimmiges Regelungssystem zum Schutz der Populationen der betroffenen Arten, sodass jede mit der Habitat-RL unvereinbare Ausnahme davon sowohl die Verbote der Art.12 oder 13, als auch die Ausnahmebestimmung des Art.16 der Habitat-RL verletzt [9].

Nach Art.16 Abs.1 der Habitat-RL ist der günstige Erhaltungszustand der Populationen der betroffenen Arten in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet i.d.R. eine unabdingbare Voraussetzung für die Zulassung der in dieser Vorschrift vorgesehenen Ausnahmen.

Der Ausdruck „Verweilen in einem günstigen Erhaltungszustand“ in Art.16 Abs.1 der Habitat-RL bezieht sich auf eine Situation, die in

[4] EuGH, Urteil v. 10.1.2006 – Rs. C-98/03 – Slg. 2006, I-53 – Kommission./Bundesrepublik Deutschland.

[5] EuGH, Urteil v. 10.1.2006 – Rs. C-98/03 – Slg. 2006, I-53 – Kommission./Bundesrepublik Deutschland.

[6] EuGH, Urteil v. 30.1.2002 – C-103/00 – Slg. 2002 I-1163.

[7] EuGH, Urteil v. 18.5.2006 – Rs. C-221/04 – 519.2006, I-4515 – Kommission./Königreich Spanien; Urteil v. 18.5.2006 – Rs. C-221/04 – Kommission./Königreich Spanien.

[8] EuGH, Urteil v. 11.1.2007 – Rs. C-183/05 – Slg. 2007, I-137 – Kommission./Irland.

[9] EuGH, Urteil v. 20.10.2005 – Rs. C-6/04 – Slg. 2005, I-9017 – Kommission./Vereinigtes Königreich Großbritannien und Nordirland.

Art.1i der Habitat-RL definiert ist und die durch allgemeine Kriterien im ersten Absatz von i sowie durch einige kumulative Kriterien gekennzeichnet ist. Ein Ausnahmetatbestand für eine gewerbliche land- oder forstwirtschaftliche Nutzung ist in Art.16 Abs.1 der Habitat-RL nicht vorgesehen [10].

Art.16 der Habitat-RL sieht bei der Verwirklichung der Verbotstatbestände Ausnahmen vor. Dazu hat der EuGH durchaus beachtliche Hürden aufgebaut: So hat die Republik Finnland dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art.12 Abs.1 und Art.16 Abs.1 b der Habitat-RL verstoßen, dass sie die Jagd auf Wölfe aus präventiven Gründen erlaubt, ohne dass nachgewiesen ist, dass die Jagd zur Verhütung ernster Schäden i. S. von Art.16 Abs.1 b der Habitat-RL geeignet ist. Diese Bestimmung ist als Ausnahmeregelung eng auszulegen. Die Beweislast für das Vorliegen der Abweichungsvoraussetzungen trifft die darüber entscheidende Stelle. Die Mitgliedstaaten müssen daher sicherstellen, dass jeder Eingriff, der die geschützten Arten betrifft, nur auf der Grundlage von Entscheidungen genehmigt wird, die mit einer genauen und angemessenen Begründung versehen sind, in der auf die in Art.16 Abs.1 der Habitat-RL genannten Gründe, Bedingungen und Anforderungen Bezug genommen wird. Nach Art.16 Abs.1 der Habitat-RL ist aber der günstige Erhaltungszustand der Populationen der betreffenden Tierarten in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet eine unabdingbare Voraussetzung für die Zulassung der in dieser Vorschrift vorgesehenen Ausnahmen.

Auch bei einem ungünstigen Zustand der Art können Ausnahmen unter außergewöhnlichen Umständen zulässig sein, wenn hinreichend nachgewiesen ist, dass sie den ungünstigen Erhaltungszustand dieser Populationen nicht verschlechtern oder die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands nicht behindern können. Entsprechend den Erwägungen der Kommission insbesondere in den Nrn. 47 bis 51 des Abschnitts Abs.3 ihres Leitfadens zum strengen Schutz der Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse gemäß der Habitat-RL [11] muss ausgeschlossen werden, dass die Tötung einer Reihe von Exemplaren sich auf das in Art.16 Abs.1 der Habitat-RL genannte Ziel

der Bewahrung eines günstigen Erhaltungszustands der Wolfspopulation innerhalb ihres natürlichen Verbreitungsgebiets auswirkt. Eine Ausnahme wäre in einem solchen Fall daher für die betreffende Art neutral [12].

## **II. Europäische Vorgaben der Vogelschutzrichtlinie**

Neben die Vorgaben in Art.12 bis 16 der Habitat-RL für die Anhang IV-Arten treten die Anforderungen der Vogelschutz-RL auf den Plan. Sie schützen in voller Breite die europäischen heimischen Vögel, die in Deutschland auch die bereits in Kindertagen besungenen „Amsel, Drossel, Fink und Star und die ganze Vogelschar“ umfassen.

### **1. Artenschutzrechtlicher Anwendungsbereich**

Der EuGH hat zum Anwendungsbereich der Vogelschutz-RL ausgeführt: Die Vogelschutz-RL gilt für Vogelunterarten, die nur außerhalb des europäischen Gebietes der Mitgliedstaaten wild lebend vorkommen, sofern die Art, zu der sie gehören, oder andere Unterarten dieser Art in diesem Gebiet wild lebend vorkommen [13].

### **2. Schutzpflichten**

Die Vogelschutz-RL verpflichtet die Mitgliedstaaten vorbehaltlich der durch Art.9 der Vogelschutz-RL geschaffenen Möglichkeit einer Abweichung dazu, die Vermarktung von Exemplaren einer in ihren Anhängen nicht genannten Vogelart zu untersagen, sofern es sich um eine wild lebende Art handelt, die im europäischen Gebiet der Mitgliedstaaten heimisch ist, auf das der Vertrag Anwendung findet. Auf diese Schutzpflicht hat es keinen Einfluss, dass die fragliche Art ihren natürlichen Lebensraum nicht im Gebiet des betreffenden Mitgliedstaats hat. Die Richtlinie gilt da-

[10] EuGH, Urteil v. 10.5.2007 – Rs. C-508/04 – Slg. 2007, I-3787 – Kommission./Republik Österreich.

[11] Guidance document on the strict protection of animal species of community interest provided by the „Habitats“ Directive 92/43/EEC, endgültige Fassung, Februar 2007.

[12] EuGH, Urteil v. 14.6.2007 – Rs. C-342/05 – Slg. 2007, I-4713 – Finnische Wolfsjagd, mit Hinweis auf Urteil v. 8.6.2006 – C-60/05 – Slg. 2006, I-5083; Urteil v. 10.5.2007 – C-508/04 – Slg. 2007, I-0000 – Kommission./Österreich.

[13] EuGH, Urteil v. 8.2.1996 – C-202/94 – ABl. EG 1996, Nr. C 108, 3 = Slg 1996, I-355.

gegen nicht für Vögel, die in Gefangenschaft geschlüpft sind und aufgezogen wurden [14].

Die Italienische Republik hat dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus der Vogelschutz-RL verstoßen, dass sie eine Regelung eingeführt hat, die unter Verstoß gegen die Art. 5 und 7 i.V.m. Anhang II der Vogelschutz-RL den Fang und die Haltung der Arten *Passer italiae*, *Passer montanus* und *Sturnus vulgaris* erlaubt [15].

Art. 7 Abs. 4 der Vogelschutz-RL soll ein Verbot der Bejagung aller Wildvogelarten während der Nistzeit oder während der einzelnen Phasen der Brut- und Aufzuchtzeit und, wenn es sich um Zugvögel handelt, während ihres Rückzugs zu den Nistplätzen bewirken. Der Artikel verfolgt somit das Ziel, für die Zeiträume, in denen das Überleben der wild lebenden Vogelarten besonders gefährdet ist, einen lückenlosen Schutz zu gewährleisten. Infolgedessen darf der Schutz vor Bejagung nicht auf die – auf Grund der durchschnittlichen Brut- und Aufzuchtzyklen sowie der Wanderungsbewegungen ermittelte – Mehrzahl der Vögel einer bestimmten Art beschränkt werden.

Die nationalen Behörden sind nach der Vogelschutz-RL nicht befugt, nach Zug- oder jagdbaren Wasservogelarten gestaffelte Daten für das Ende der Jagdzeit festzusetzen, es sei denn, der betreffende Mitgliedstaat kann für jeden Einzelfall anhand geeigneter wissenschaftlicher und technischer Daten nachweisen, dass eine solche Staffelung einen lückenlosen Schutz der Vogelarten, die von dieser Staffelung betroffen werden können, nicht verhindert.

Die Umsetzung einer Richtlinie in innerstaatliches Recht erfordert nicht notwendig eine förmliche, wörtliche Übernahme ihrer Bestimmungen in eine ausdrückliche, besondere Rechts- oder Verwaltungsvorschrift; vielmehr kann auch ein allgemeiner rechtlicher Kontext genügen, wenn dieser tatsächlich die vollständige Anwendung der Richtlinie hinreichend klar und bestimmt gewährleistet. Der Genauigkeit der Umsetzung kommt jedoch im Fall der Vogelschutz-RL insofern besondere Bedeutung zu, als die Verwaltung des ge-

meinsamen Erbes den Mitgliedstaaten für ihr jeweiliges Hoheitsgebiet anvertraut ist [16].

### **3. Abweichung von Verbotstatbeständen nach Art. 9 der Vogelschutzrichtlinie**

Nach Art. 9 der Vogelschutz-RL dürfen die Mitgliedstaaten von den Verboten des Art. 5 der Vogelschutz-RL nur durch Maßnahmen abweichen, die eine hinreichend ausführliche Bezugnahme auf die in Art. 9 Abs. 1 und 2 der Vogelschutz-RL genannten Punkte enthalten [17].

Nach Art. 9 Abs. 1 c der Vogelschutz-RL müssen die Mitgliedstaaten unabhängig von der internen Verteilung der Zuständigkeiten in der nationalen Rechtsordnung bei Erlass der Maßnahmen zur Umsetzung dieser Bestimmung sicherstellen, dass in allen Fällen der Inanspruchnahme der dort vorgesehenen Abweichung und für alle geschützten Arten die zugelassenen jagdlichen Entnahmen eine Obergrenze nicht überschreiten, die der in dieser Vorschrift verfügten Begrenzung dieser Entnahmen auf geringe Mengen entspricht und die auf der Grundlage streng wissenschaftlicher Erkenntnisse festzusetzen ist [18].

Da es sich bei Art. 9 der Vogelschutz-RL um eine Ausnahmeregelung handelt, die eng auszulegen ist und bei der die Beweislast für das Vorliegen der erforderlichen Voraussetzungen für jede Abweichung die Stelle treffen muss, die über sie entscheidet, sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, sicherzustellen, dass jeder Eingriff, der die geschützten Arten betrifft, nur auf der Grundlage von Entscheidungen genehmigt wird, die mit einer genauen und angemessenen Begründung versehen sind, in der auf die in Art. 9 Abs. 1 und 2 der Vogelschutz-RL vorgesehenen Gründe, Bedingungen und Anforderungen Bezug ge-

[14] EuGH, Urteil v. 8.2.1996 – C-149/94 – ABl. EG 1996, Nr. C 95, 2 = Slg 1996, I-299 – in Gefangenschaft geschlüpft und aufgezogenes Exemplar.

[15] EuGH, Urteil v. 17.5.2001 – C-159/99 – Slg 2001, I-4007 = ABl. EG 2001, Nr. C 200, 19 = DVBl. 2001, 1269 = NuR 2001, 512 = NVwZ 2002, 459 – Vertragsverletzung Italien.

[16] EuGH, Urteil v. 7.12.2000 – C-38/99 – Slg 2000, I-10941-10978 = ABl. EG 2001, Nr. C 118, 1 = NuR 2001, 207 – Vertragsverletzung Frankreich – Jagdzeiten.

[17] EuGH, Urteil v. 16.10.2003 – Rs. C-182/02 – Slg. 2003, I-12105 – Ligue pour la protection des oiseaux.

[18] EuGH, Urteil v. 8.6.2006 – C-60/05 – Slg 2006, I-5083 = ABl. EU 2006, Nr. C 178, 5 = NuR 2007, 196 = EWS 2007, 472 = NVwZ 2006, 1039 (LS).

nommen wird [19]. Für die Ausnahmevoraussetzungen in der Vogelschutz-RL gelten daher insoweit dieselben Grundsätze wie bei der Habitat-RL.

Mit den Interessen, die von Art. 9 Abs. 1 a dritter Gedankenstrich der Vogelschutz-RL geschützt werden, ist der Schutz vor Schäden an sonstigen Formen von Eigentum nicht gleichzusetzen [20].

Art. 9 Abs. 1 c der Vogelschutz-RL ist dahin auszulegen, dass ein Mitgliedstaat berechtigt ist, den Fang geschützter Arten, der eine vernünftige Nutzung im Sinne der genannten Bestimmung sein kann, zuzulassen, sofern es keine andere zufriedenstellende Lösung gibt, um in den Einrichtungen, in denen Vögel zu Freizeit Zwecken gezüchtet werden, die Nachteile der Inzucht, die sich aus zahlreichen endogenen Kreuzungen ergeben, zu vermeiden. Die Anzahl der Exemplare, die gefangen werden dürfen, ist dabei in einer Höhe festzusetzen, die zur Vermeidung der Nachteile objektiv notwendig ist, wobei auf jeden Fall die in dieser Bestimmung genannte Höchstgrenze der „geringen Mengen“ zu beachten ist [21].

### III. Vorgaben der §§ 44, 45, 67 BNatSchG

Durch die kleine Artenschutznovelle 2007, die in das BNatSchG 2010 übernommen worden ist, hat der Gesetzgeber die europarechtlichen Anforderungen des Richtlinienrechts in nationales Recht umgesetzt. Die Verbotstatbestände haben in § 44 BNatSchG ihren Platz gefunden. Die Ausnahmen sind in § 45 Abs. 7 BNatSchG geregelt. Für verbleibende unzulässige Eingriffe können unter den Voraussetzungen des § 67 BNatSchG Befreiungen erteilt werden. Das Bundesverwaltungsgericht hat sich gerade in neueren Entscheidungen übertriebenen Anforderungen an den Artenschutz nicht angeschlossen und sich vielmehr für eine ausgewogene Integration artenschutzrechtlicher Belange in das Planungs- und Zulassungsrecht eingesetzt.

#### 1. Artenschutzfachliche 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 Le-

bensräume 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 [22].

Bei der Prüfung, ob artenschutzrechtliche Verbotstatbestände erfüllt sind, steht der Behörde 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 unzulänglichen oder gar ungeeigneten Bewertungsverfahren beruhen [23].

Behauptete artenschutzrechtliche Mängel oder Unsicherheiten eines Planfeststellungsbeschlusses, 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. Nach Erlass des Planfeststellungsbeschlusses durchgeführte Erhebungen in einem Naturraum sind i. d. R. nicht geeignet, eine der Planung zugrunde liegende frühere, nach Methodik und Umfang ordnungsgemäße artenschutzrechtliche Bestandsaufnahme infrage zu stellen [24].

[19] EuGH, Urteil v. 8. 6. 2006 – Rs. C-60105 – Slg. 2006, I-5083 – WWF Italia.

[20] EuGH, Urteil v. 12. 6. 2007 – Rs. C-507/04 – Slg. 2007, I-5939 – Kommission./ . Republik Österreich.

[21] EuGH, Urteil v. 12. 12. 1996 – C-10/96 – Slg. 1996, I-6775.

[22] BVerwG, Beschluss v. 18. 6. 2007 – 9 VR 13.06 –, Buchholz 406.400 § 42 BNatSchG 2002 Nr. 2 – B 178n – Löbau/Obercunnersdorf.

[23] BVerwG, Urteil v. 9. 7. 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).

[24] BVerwG, Urteil v. 12. 8. 2009 – 9 A 64.07 –, DVBl. 2010, 395 (LS) – Autobahn A 33: Bielefeld-Steinhagen.

## 2. Verbotstatbestände des §44 BNatSchG

Der Tatbestand des Tötungsverbots gemäß §44 Abs.1 Nr.1 Alt.1 BNatSchG ist bei der Gefahr von Kollisionen im Straßenverkehr nur dann erfüllt, wenn sich durch das Straßenvorhaben das Kollisionsrisiko für die geschützten Tiere unter Berücksichtigung der vorgesehenen Schadensvermeidungsmaßnahmen signifikant erhöht [25].

Die Beseitigung eines Brutreviers mit regelmäßig benutzten Brutplätzen durch eine vollständige Baufeldbefreiung erfüllt 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.

§43 Abs.4 1 BNatSchG 2002 bietet keine Grundlage für die Zulassung eines gegen Verbotstatbestände des §42 Abs.1 BNatSchG 2002 verstoßenden (Straßenbau-) Vorhabens. Von diesen Verboten kann aber – ggf. noch während des gerichtlichen Verfahrens – eine Befreiung nach §62 BNatSchG 2002 erteilt werden [26].

Nahrungshabitate und potenzielle Brutreviere sind vom Schutzbereich des §44 Abs.1 Nr.1 BNatSchG nicht umfasst. Die straßenverkehrsrechtliche Regelung für Gefahrguttransporte obliegt nicht der Planfeststellungsbehörde. Im Planfeststellungsbeschluss sind jedoch die bautechnischen Probleme zu bewältigen, die ein Straßentunnel für die Durchleitung des Gefahrgutverkehrs aufwirft. Mit der Verlagerung der Trasse in den Jagdbergtunnel wird darüber hinaus eine dringlich erscheinende Lösung schwerwiegender Konflikte mit dem Naturschutz angestrebt [27]. Wanderkorridore der Amphibien sind keine Wohn- oder Zufluchtsstätten i.S. von §44 Abs.1 Nr.1 BNatSchG [28].

Bei der Frage, ob ein artenschutzrechtlicher Verbotstatbestand erfüllt ist – wie etwa das Tötungsverbot gemäß §44 Abs.1 Nr.1 BNatSchG – steht der Planfeststellungsbehörde eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative zu. Die in diesem Rahmen

getroffenen, auf fachgutachtliche Stellungnahmen gestützten Annahmen der Planfeststellungsbehörde unterliegen der 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 [29].

## 3. Fortpflanzungs- oder Ruhestätten

Was als Fortpflanzungs- oder Ruhestätte i.S. des Art.12 Abs.1 d 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 Ruhefunktion stehender Plätze, die in räumlichem Zusammenhang einen Verbund bilden, als geschützte Fortpflanzungs- bzw. Ruhestätte i.S. des Art.12 Abs.1 d der Habitat-RL sein. Im deutschen Artenschutzrecht kommt dieser funktionale Gesichtspunkt bei der Anwendung des §42 Abs.5 Satz 2 und 3 BNatSchG zum Tragen [30].

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

[25] BVerwG, Urteil v. 12.3.2008 – 9 A 3.06 –, BVerwGE 130, 299 = NuR 2008, 633 = DVBl. 2008, 1199 (LS) – 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 Abs.2 (VKE 20).

[26] BVerwG, Urteil v. 21.6.2006 – 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 EuGH, Urteil v. 10.1.2006 – C-98/03 –, NVwZ 2006, 319, dort auch zu den Merkmalen eines dem Beeinträchtigungsverbot des Art.4 Abs.4 Satz 1 Vogelschutz-RL unterliegenden faktischen Vogelschutzgebietes.

[27] BVerwG, Beschluss v. 13.3.2008 – 9 VR 9.07 – Buchholz 451.91 EuropUmweltR Nr.33; Nolte, jurisPR-BVerwG 23/2008 Anm.4; Fehrensens, NuR 2008, 483 – A 4 Jagdbergtunnel (Jena).

[28] BVerwG, Beschluss v. 8.3.2007 – 9 B 19.06 –, DVBl. 2007, 639 = NuR 2007, 358 = NVwZ 2007, 708; Weidemann, DVP 2009, 475 – Durchtrennung der Wanderkorridore von Amphibien.

[29] BVerwG, Beschluss 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 Urteil v. 9.7.2008 – 9 A 14.07 –.

[30] BVerwG, Urteil v. 18.3.2009 – 9 A 39.07 –, BVerwGE 133, 239 = UPR 2010, 29 = NVwZ 2010, 44 = DVBl. 2009, 1465 (LS); Nolte, jurisPR-BVerwG 1/2010 Anm.5 – A 44 Ratingen/Velbert: §42 Abs.5 Satz 2 und 3 BNatSchG; BVerfG, Beschluss v. 14.1.2010 – 1 BvR 3009/09 – (Nichtannahme).

die gegenteilige Meinung als nicht (mehr) vertretbar angesehen wird [31]. Ein solcher fachlicher Beurteilungsspielraum ist auch im Zusammenhang mit der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung anerkannt worden [32].

Art. 5 b Vogelschutz-RL schließt es nicht aus, § 44 Abs. 5 Satz 2 und 3 BNatSchG auf aktuell nicht besetzte Fortpflanzungsstätten von Exemplaren europäischer Vogelarten anzuwenden [33].

#### 4. Einschränkung der Verbotstatbestände durch die Artenschutznovelle 2007

Abweichend von dem Grundsatz, dass es für die gerichtliche Kontrolle eines Planfeststellungsbeschlusses auf die Sach- und Rechtslage bei dessen Erlass ankommt, sind Rechtsänderungen, die zum Fortfall eines Rechtsverstoßes des Beschlusses führen, bei der Überprüfung zu berücksichtigen [34].

#### 5. Ausnahmen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG

Werden die Verbotstatbestände des § 44 Abs. 1 BNatSchG erfüllt, können nach § 45 Abs. 7 BNatSchG Ausnahmen erteilt werden. Dies setzt zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer und wirtschaftlicher Art voraus. Eine Ausnahme darf nur zugelassen werden, wenn zumutbare Alternativen nicht gegeben sind und sich der Erhaltungszustand einer Population nicht verschlechtert. 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 Ausnahmevoraussetzungen 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 [35].

#### 6. Befreiungen nach § 67 BNatSchG

Auch raumstrukturelle Entwicklungs- und Erschließungsabsichten sind prinzipiell geig-

net, sich im Rahmen einer Befreiungsentscheidung i. S. von § 67 i. V. m. Art. 16 Abs. 1 c) der Habitat-RL gegenüber einem gegenläufigen Belang des Artenschutzes durchsetzen zu können; die Entscheidung darüber hängt vom jeweiligen Gewicht der widerstreitenden Belange ab [36].

#### 7. Unterschiedliche Rechtsgrundsätze für Gebiets- und Artenschutz

Die für den Habitatschutz geltenden Anforderungen können nicht unbesehen und unterschiedslos auf den allgemeinen Artenschutz übertragen werden [37]. Vielmehr sind die Anforderungen an den Artenschutz in mehrfacher Hinsicht weniger streng als die des Gebietsschutzes [38]. Während ein Projekt die Anforderungen an die Gebietsverträglichkeit nur einhält, wenn keine vernünftigen Zweifel daran verbleiben [39], ist der artenschutzrechtliche Verbotstatbestand erst dann erfüllt, wenn dessen Erfüllung aus naturschutzfachlicher Sicht feststeht. Worst-Case-

[31] BVerwG, Urteil v. 13.5.2009 – 9 A 73.07 –, BVerwGE 134, 145 = NuR 2009, 711 = UPR 2009, 451 = NVwZ 2009, 1296 = DVBl. 2009, 1323 (LS); m. Anm. Nolte, jurisPR-BVerwG 1/2010 Anm. 5 – A 4 Kerpen/Düren: Naturschutzverein.

[32] BVerwG, Urteil v. 17.1.2007 – 9 C 1.06 –, BVerwGE 128, 76 = DVBl. 2007, 641 – Bad Laer.

[33] BVerwG, Urteil v. 18.3.2009 – 9 A 39.07 –, BVerwGE 133, 239 = UPR 2010, 29 = NVwZ 2010, 44 = DVBl. 2009, 1465 (LS); Nolte, jurisPR-BVerwG 1/2010 Anm. 5 – A 44 Ratingen/Velbert: § 42 Abs. 5 Satz 2 und 3 BNatSchG; BVerfG, Beschluss v. 14.1.2010 – 1 BvR 3009/09 – (Nichtannahme).

[34] BVerwG, Urteil v. 12.3.2008 – 9 A 3.06 –, BVerwGE 130, 299 = NuR 2008, 633 = DVBl. 2008, 1199 (LS) – 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 (VKE 20).

[35] BVerwG, Urteil v. 9.6.2010 – 9 A 20.08 – Querspanne Bochum A 4.

[36] BVerwG, Beschluss v. 5.12.2008 – 9 B 28.08 –, NVwZ 2009, 320 = UPR 2009, 154 = DVBl. 2009, 258 (LS); Nolte, jurisPR-BVerwG 9/2009 Anm. 1 – Neubau A94 (Abschnitt Dorfen); zum Neubau der A94 im Abschnitt Forstinning-Pastetten siehe auch BVerwG, Beschluss v. 5.12.2008 – 9 B 29.08 und 9 B 30.08 –.

[37] BVerwG, Urteil v. 12.3.2008 – 9 A 3.06 –, BVerwGE 130, 299 = NuR 2008, 633 = DVBl. 2008, 1199 (LS) – 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 (VKE 20).

[38] Zum Gebietsschutz Stürer, DVBl. 2007, 416; ders., NVwZ 2007, 1147; ders., DVBl. 2009, 1145; ders., DVBl. 2010, 1; ders., DVBl. 2010, 242.

[39] BVerwG, Urteil v. 17.1.2007 – 9 A 20.05 –, BVerwGE 128, 1 = NVwZ 2007, 1054 = DVBl. 2007, 706 – Nolte, jurisPR-BVerwG 2/2009 Anm. 5; 22/2007 Anm. 1, 23/2008 Anm. 4, 5/2010 Anm. 6, 6/2009 Anm. 6; 7/2008 Anm. 1, 7/2010 Anm. 3; Gatz, jurisPR-BVerwG 5/2008 Anm. 4; Bönsel, NuR 2007, 796; Günes, EurUP 2007, 220; Stürer, NVwZ 2007, 1147; Steeck, NVwZ 2009, 616; Kremer, ZUR 2007, 299 – Westumfahrung Halle, Abgrenzung zu Urteil v. 16.3.2006 – 4 A 1075.04 –, BVerwGE 125, 116 – Schönefeld, m. Hinw. auf EuGH, Urteil v. 10.1.2006 – C-98/03 – Slg. 2006, I-53; Urteil v. 27.1.2000 – 4 C 2.99 –, BVerwGE 110, 302 – Hildesheim I; Urteil v. 15.1.2004 – 4 A 11.02 –, BVerwGE 120, 1; Beschluss v. 26.11.2007 – 4 BN 46.07 –, VGH Kassel, Urteil v. 2.1.2009 – 11 B 368/08.T –; OVG Münster, Urteil v. 13.12.2007 – 8 A 2810.04 –.



Betrachtungen und der Ausschluss von Restrisiken sind da nicht geboten.

#### IV. Präklusion

Im Fachplanungsrecht sind zumeist verspätet vorgebrachte Einwendungen ausgeschlossen (§73 Abs.4 Satz2 VwVfG). In welchem Umfang ein späterer artenschutzrechtlicher Vortrag präkludiert ist, richtet sich auch nach dem Umfang der Antragsunterlagen. Wird der Aspekt des Artenschutzes in den Planunterlagen selbst nur rudimentär behandelt, kann einem Planbetroffenen nicht entgegengehalten werden, dass seine Einwendung keine konkreten artenschutzrechtlichen Beanstandungen (zu einzelnen Tier- und Pflanzenarten) enthalte, sondern sich in einer allgemeinen Kritik der bisherigen Untersuchungen erschöpfe [40].

Eine Einwendung muss so konkret sein, dass die Behörde erkennen kann, in welcher Hinsicht sie bestimmte Belange einer näheren Betrachtung unterziehen soll. Der Betroffene muss zumindest in groben Zügen darlegen, welche Beeinträchtigungen befürchtet werden, ohne dies allerdings begründen zu müssen. Anzuknüpfen ist dabei an die ausgelegten Planunterlagen. Wenn der Naturschutz in den ausgelegten Unterlagen ausführlich behandelt worden ist, genügt ein allgemeiner Hinweis auf die Zerstörung der Landschaft mit ihrer Fauna und Flora nicht, um einem von dem Vorhaben unmittelbar betroffenen Grundstückseigentümer die spätere Einwendung offenzuhalten, die Planfeststellungsbehörde hätte bestimmte Tier- und Pflanzenarten in bestimmter Hinsicht einer näheren Betrachtung unterziehen müssen [41].

#### V. Bauleitplanung und Artenschutz

Mit der Abarbeitung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung ist bei der Aufstellung eines Bebauungsplans die artenschutzrechtliche Prüfung noch nicht erfolgt. Denn anders als bei der Eingriffsregelung bei Fachplanungsvorhaben und bei Außenbereichsvorhaben (§14 BNatSchG) sind die artenschutzrechtlichen Regelungen der §§44, 45, 67 BNatSchG auch für Vorhaben im Geltungsbereich des BauGB anwendbar. Die artenschutzrechtlichen Tötungs- und Störungsverbote des §44 Abs.1 Nr.1 und 3 BNatSchG

gelten allerdings nicht uneingeschränkt [42]. Die Verbotstatbestände sind nach §44 Abs.5 Satz1 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 §1 a Abs.3 BauGB im Bebauungsplan festgesetzt oder in städtebaulichen Verträgen vereinbart werden [43]. Diese Möglichkeiten bestehen auch im Innenbereich. Da die artenschutzrechtliche Prüfung mit der planungsrechtlichen Zulässigkeit des Vorhabens nicht abgeschlossen ist, sondern gesondert nach §§44, 45, 67 BNatSchG erfolgt, können Einzelfragen im Bau- oder immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren feinjustiert werden [44]. Allerdings darf der Bebauungsplan nicht an unüberwindbaren Anforderungen des Artenschutzes scheitern, sodass sich bereits im Zeitpunkt der Planaufstellung zwingende Versagungsgründe für die dort zugelassenen Vorhaben ergeben.

Bei der Aufstellung eines Bebauungsplans muss daher über die allgemeine Abwägung hinaus der Artenschutz in dem gebotenen Umfang abgeprüft werden. Diese Prüfung gilt auch für Innen- und Außenbereichsvorhaben. Vor allem sind auch die Innenbereichsvorhaben nicht automatisch von den artenschutzrechtlichen Verbotstatbeständen freigestellt, wie spätestens seit dem Urteil des Bundes-

[40] BVerwG, Urteil v. 9.7.2008 – 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 A30).

[41] BVerwG, Urteil v. 30.1.2008 – 9 A 27.06 –, NuR 2008, 406 = NVwZ 2008, 678 = UPR 2008, 309 = DVBl. 2008, 664 (LS) – B 178 n; Gatz, jurisPR-BVerwG 1/2010 Anm.3; Nolte, jurisPR-BVerwG 18/2008 Anm.6, dort auch zu Auslegung von §17 Abs.4 Satz1 FStrG a.F.; BVerfG, Beschluss v. 7.4.2009 – 1 BvR 1174.08 – (Nichtannahme).

[42] Zum Artenschutz in der Bauleitplanung Köck, ZUR 2006, 518; Pauli, BauR 2008, 759; Dziallas, NZBau 2008, 429. Zu den Zugriffsverböten im Zulassungs- und Bauleitplanverfahren Louis, NuR 2009, 91.

[43] BVerwG, Urteil v. 19.9.2002 – 4 CN 1.02 –, DVBl. 2003, 204 = BauR 2003, 209.

[44] Stüer, in: Battis/Söfker/Stüer (Hrsg.), FS für Krautzberger, 2008, S.63; Schuster, VBIW 2009, 174. Zum besonderen Artenschutzrecht in der kommunalen Bauleitplanung Gellermann, NuR 2007, 132; Fischer, NuR 2007, 307.

verwaltungsgerichts zum Polizeipräsidium Magdeburg [45] klar ist. Die Verbotstatbestände des §44 Abs.1 BNatSchG sind abzuarbeiten und es ist ggf. zu fragen, ob der ökologische Funktionszusammenhang weiterhin gewahrt ist. Die dem konkreten Bewertungsverfahren zugrunde liegenden Ansätze müssen naturschutzfachlich vertretbar sein. Zu den abwägend zu berücksichtigenden Bestandteilen des Naturhaushalts i.S. von §1 Abs.6 Nr.7 Buchst.a) BauGB gehören auch Tiere und Pflanzen, sodass 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 [46].

Sollen durch einen Bebauungsplan Eingriffe zugelassen werden, die artenschutzrechtliche Verbotstatbestände erfüllen, sind die Ausnahmevoraussetzungen des §45 Abs.7 BNatSchG abzuarbeiten. Bleiben unzumutbare Belastungen, kann nach §67 BNatSchG eine Befreiung erteilt werden. Der Begriff „offenbar nicht beabsichtigte Härte“, wie er für die Befreiungen von den Festsetzungen des Bebauungsplans in §31 Abs.2 Nr.3 BauGB verwendet wird, ist vom Gesetzgeber im Hinblick auf die sehr strenge baurechtliche Rechtsprechung wohl bewusst vermieden worden. Vielmehr ist für eine Befreiung ausreichend, dass die Belastung vor dem Hintergrund des auch das Europarecht kennzeichnenden allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes unzumutbar ist. Hier bestimmt eine nachvollziehende Abwägung mit entsprechenden behördlichen Spielräumen

die Szene, in die neben naturschutzfachlichen auch wirtschaftliche Gesichtspunkte eingestellt werden können [47]. Für Vorhaben im Außenbereich sind die artenschutzrechtlichen Regelungen in §§44, 45, 67 BNatSchG in voller Breite anzuwenden.

Nachdem sich die juristische Fachwelt nach anfänglichem Zögern [48] etwas erstaunt die Augen gerieben hat [49], dass die Habitat- und Vogelschutz-RL neben dem europäischen Gebietsschutz auch Vorgaben für den Artenschutz enthielten, wird von den Richtern hinter vorgehaltener Hand inzwischen bereits weitgehend Entwarnung erteilt [50]. Das Schutzsystem ist zwar durchaus beachtlich, stellt aber im Allgemeinen keine unüberwindbaren Hürden auf, ist die Botschaft aus Brüssel, Luxemburg und Leipzig. Auch in der Bauleitplanung müssen die artenschutzrechtlichen Anforderungen mit ihren Verbots- und Ausnahmetatbeständen allerdings erst einmal durch die Hand gehen und auf unüberwindbare Planungshindernisse geprüft werden, bevor man wie gewohnt zur städtebaulichen Tagesordnung übergehen kann.

[45] BVerwG, Urteil v. 11.1.2001 – 4 C 6.00 –, BVerwGE 112, 321 = ZfBR 2001, 271 – Polizeipräsidium Magdeburg.

[46] OVG Münster, Beschluss v. 6.2.2009 – 7 B 1767/08 – mit Hinweis auf OVG Münster, Urteil v. 30.1.2009 – 7 D 11/08 –, NuR 2009, 421.

[47] BVerwG, Urteil v. 17.1.2007 – 9 C 1.06 –, BVerwGE 128, 76 = DVBl. 2007, 641 = NVwZ 2007, 581 – Bad Laer, im Anschluss an Urteil v. 27.10.2000 – 4 A 18.99 –, BVerwGE 112, 140 zu §17 Abs.6 c Satz 2 FStRG a. F.

[48] In der Eilentscheidung zur Ortsumgehung Grimma wurde der Artenschutz noch als vergleichsweise einfache juristische Kost eingestuft BVerwG, Beschluss v. 12.4.2005 – 9 VR 41.04 –, NVwZ 2005, 943 = DVBl. 2005, 916. Zur Kritik Fischer-Hüftle, NuR 2005, 768; Gassner, NuR 2004, 560; Gellermann, NuR 2003, 385; ders., ZUR 2004, 87; ders., NuR 2005, 504; Louis, NuR 2004, 557; VGH Kassel, Urteil v. 24.11.2003 – 3 N 1080/03 –, NuR 2004, 393; Urteil v. 25.2.2004 – 3 N 1699/03 –, NVwZ-RR 2004, 732; Müller/Stöckel/Lorz, 2. Aufl. 2003, §43 BNatSchG Rdnr. 15; Müller, NuR 2005, 157.

[49] Die Reichweite der juristischen Problematik tauchte erstmals in der mündlichen Verhandlung zur Ortsumgehung Grimma v. 7.12.2005 auf.

[50] Notfalls muss im Gerichtsverfahren noch etwas nachgebessert werden BVerwG, Urteil v. 9.6.2010 – 9 A 20.08 – Querspange Bochum A 4.