

Wird die Energiewende durch zu strenge Vorgaben des unionsrechtlichen Habitat- und Artenschutzes ausgebremst?

von Rechtsanwältin FAVerwR Prof. Dr. Bernhard Stüer, Münster/Osnabrück

Die Bundesregierung der Ampelkoalition hat sich u.a. als eines der wesentlichen Ziele die Energiewende auf ihre politischen Fahnen geschrieben. Aber kommt der Aufbruchstimmung, der Klimakrise zu begegnen und durch gemeinsame Anstrengungen mehr Fortschritt in Staat und Gesellschaft zu wagen, nicht der europäische und deutsche Gebiets- und Artenschutz in die Quere? Enden nicht die Möglichkeiten, der anfängliche durch Selfies verbreitete Elan und der Fortschrittsglaube dort, wo sich den für dringend erforderlich gehaltenen Vorhaben ein Rotmilan¹ oder ein Feldhamster² in den Weg stellt? Welche Anforderungen ergeben sich aus den artenschutzrechtlichen Vorgaben und lassen sich diese überhaupt und wenn ja unter welchen Voraussetzungen überwinden?³

Die FFH-RL⁴ bildet zusammen mit der Vogelschutz-RL⁵ ein umfassendes rechtliches Instrumentarium 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.⁶ Die nationalen Regelungen im BNatSchG sind entsprechend angepasst. Auch aus der UVP-RL und der SUP-R. können sich Anforderungen ergeben, die dem Natur- und Landschaftsschutz dienen und die bei der Zulassung von Fachplanungsvorhaben zu beachten sind.⁷

I. Europäischer Habitatschutz

Die Richtlinie zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen (FFH-RL), die erstmals eine gemeinschaftsweite verbindliche Vorgabe zur Erhaltung und Entwicklung des europäischen Naturerbes enthält, verpflichtet zur Bekämpfung dieser Gefahren die Mitgliedstaaten, nach Auswahlverfahren Listen für Gebiete mit speziellen schutzbedürftigen Lebensräumen und Habitaten von gemeinschaftlicher Bedeutung aufzustellen, über die ein europäischer Ausschuss befindet.⁸

Die stärkere naturschutzrechtliche Sicht hat durchaus ihren Grund:⁹ Denn in den letzten Jahrzehnten ist in Europa ein Besorgnis erregender Rückgang zahlreicher wildlebender Tier- und Pflanzenarten festzustellen. Als eine Ursache dafür wird ein starkes Wachstumsstreben der Industriegesellschaft verantwortlich gemacht, das die Gefahr der Zerstörung der natürlichen Lebensgrundlagen in sich birgt. Bis zum Jahre 2001 waren die besonderen Schutzgebiete in rechtlich verbindlicher Form auszuweisen und für die nötigen Erhaltungsmaßnahmen festzustellen wie bspw. Verhaltensregeln, Pflück- und Sammelverbote, Fang- und Tötungsverbote. Zugleich soll in Verbindung mit den Schutzgebieten der Vogelschutz-Richtlinie ein kohärentes europäisches ökologisches Netz besonderer Schutzgebiete (Natura 2000) geschaffen werden. Dieses gemeinschaftsweite Biotopverbundnetz soll den Fortbestand bzw. die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustandes der in Anhang I genannten natürlichen Lebensraumtypen sowie der Habitats der Arten des Anhangs II in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet gewährleisten.

Die in der Gemeinschaftsliste ausgewiesenen Schutzgebiete unterliegen den Bindungen des Art. 6 FFH-Richtlinie. Die Mitgliedstaaten werden durch Art. 6 Abs. 1 FFH-Richtlinie verpflichtet, für ein Schutzgebiet Natura 2000 alle nötigen Erhaltungsmaßnahmen zu treffen. In Art. 6 Abs. 2 FFH-Richtlinie ist ein Verschlechterungs- und Störungsverbot niedergelegt, das grundsätzlich jede Verschlechterung der natürlichen Lebensräume und Habitats der Arten sowie Störungen der geschützten Arten vermeiden soll. Das Störungsverbot bezieht sich allerdings nicht auf sämtliche in einem besonderen Schutzgebiet vorkommenden Arten, sondern nur auf diejenigen Arten, derentwegen die Schutzgebietsausweisung erfolgt.¹⁰

Art. 6 Abs. 3 Satz 1 FFH-Richtlinie fordert eine Verträglichkeitsprüfung für Pläne und Projekte, die ein besonderes Schutzgebiet erheblich beeinträchtigen können. Nach Art. 6 Abs. 3 der FFH-RL bedeutet eine Prüfung der Pläne und Projekte auf Verträglichkeit für das betreffende Gebiet, dass vor deren Genehmigung unter Berücksichtigung der besten einschlägigen wissenschaftlichen Erkenntnisse sämtliche Gesichtspunkte der Pläne oder Projekte zu ermitteln sind, die für sich oder in Verbindung mit anderen Plänen oder Projekten die für dieses Gebiet festgelegten Erhaltungsziele beeinträchtigen können. Vermeidungs-¹¹ und Minderungsmaßnahmen dürfen bei der Verträglichkeitsprüfung berücksichtigt werden,¹² nicht jedoch Kohärenzmaßnahmen.

Die zuständigen Behörden dürfen unter Berücksichtigung dieser Prüfung die Genehmigung nur erteilen, wenn sie Gewissheit darüber erlangt haben, dass sich das Vorhaben nicht

1 BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, BVerfGE 149, 407 = NJW 2019, 141 = DVBl 2019, 42 Stüer, DVBl 2019, 47.

2 EuGH, Urt. v. 02.07.2020 – C-477/19 – Wien Feldhamster I; Urt. v. 28.10.2021 – C-357/20 – Wien Feldhamster II.

3 Zum Folgenden Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 6. Aufl. 2022, Rdnr. 3958; Stüer, UWP 2021, 245.

4 Richtlinie 92/43/EWG des Rates v. 21.05.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen ABl. Nr. L 206 S. 7, zuletzt geändert durch Anhang III Nr. 30 ÄndVO (EG) 1882/2003 v. 29.09.2003 – ABl. Nr. L 284 S. 1.

5 Richtlinie 79/409/EWG des Rates v. 02.04.1979 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten ABl. Nr. L 103 S. 1, zuletzt geändert durch EU-Bertragsakte 2003 v. 16.04.2003, ABl. Nr. L 236 S. 33.

6 1. und 15. Begründungserwägung zur FFH-RL.

7 EuGH, Urt. v. 19.09.2000 – Rs. C 287/98, DVBl 2000, 1838 = NVwZ 2001, 421.

8 Zum Artenschutz Freytag/Iven NuR 1995, 109; Iven NuR 1996, 373; Schmidt-Räntsch Artenschutzrecht 1990; Wagner NuR 1990, 396.

9 Zum Folgenden Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 6. Aufl. 2022, Rdnr. 3498.

10 Gellermann NuR 1996, 548.

11 BVerfG, Urt. v. 28.03.2013 – 9 A 22.11, BVerfGE 146, 145 = NuR 2013, 565 = NVwZ 2013, 1218 – A 44 VKE 40.1 Waldkappel-Hoheneiche – Umsiedlung Kammolch.

12 BVerfG, Urt. v. 06.11.2013 – 9 A 14.12, BVerfGE 148, 373 = NVwZ 2014, 714, Henning Wendt, jurisPR-UmwR 4/2014 Anm. 1, Bier, NdsVBl 2014, 233, Gellermann NuR 2014, 597 – A 20 bei Bad Segeberg, zur Methode der »faunistischen Potentialanalyse« zur Bestandserfassung von Fledermäusen.

nachteilig auf dieses Gebiet als solches auswirkt. Dies ist dann der Fall, wenn aus wissenschaftlicher Sicht kein vernünftiger Zweifel daran besteht, dass es keine solchen Auswirkungen gibt.¹³ Auch in weiteren Entscheidungen betont der EuGH, dass das Habitatschutzsystem strenge Anforderungen an die Verträglichkeit eines Vorhabens stellt. Ein nationales Gericht kann bei der Untersuchung der Rechtmäßigkeit der Genehmigung eines Planes oder eines Projekts i.S.v. Art. 6 Abs. 3 der FFH-RL prüfen, ob die durch diese Bestimmung gezogenen Grenzen für den Ermessensspielraum der zuständigen nationalen Behörden eingehalten worden sind. Denn die praktische Wirksamkeit der FFH-RL würde abgeschwächt, wenn in einem solchen Fall die Bürger sich vor Gericht hierauf nicht berufen und die nationalen Gerichte sie nicht berücksichtigen könnten.¹⁴

Vorhaben und Pläne in FFH-Gebieten mit erheblich beeinträchtigenden Auswirkungen (Art. 6 Abs. 3 FFH-Richtlinie) dürfen in den Schutzgebieten nur zugelassen werden, wenn nach Durchführung einer Verträglichkeitsprüfung mit den für diese Gebiete festgelegten Erhaltungszielen und nach Anhörung der Öffentlichkeit festgestellt wurde, dass entweder das Gebiet als solches nicht beeinträchtigt wird oder die Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 4 FFH-RL vorliegen.

Bei negativem Ausgang der FFH-Verträglichkeitsüberprüfung ist eine **Abweichungsprüfung** gem. Art. 6 Abs. 4 FFH-RL durchzuführen. Die Maßnahme muss aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer und wirtschaftlicher Art erforderlich sein und Alternativlösungen dürfen nicht vorhanden sein. Dabei sind zumutbare Abstriche an dem Vorhaben hinzunehmen.¹⁵

Eine Alternativlösung i.S.d. Art. 6 Abs. 4 FFH-Richtlinie ist dabei nur dann gegeben, wenn sich das Planungsziel trotz ggf. hinnehmbarer Abstriche auch mit ihr erreichen lässt. Der Vorhabenträger braucht sich auf eine technisch mögliche Alternativlösung nicht verweisen zu lassen, wenn sich Art. 6 Abs. 4 FFH-Richtlinie am Alternativstandort als ebenso wirksame Zulassungssperre erweist wie an dem von ihm gewählten Standort. Der Vorhabenträger darf aber auch von einer Alternativlösung Abstand nehmen, die technisch an sich machbar und rechtlich zulässig ist, ihm aber Opfer abverlangt, die außer Verhältnis zu dem mit ihr erreichbaren Gewinn für Natur und Umwelt stehen. Eine Alternativlösung darf auch aus naturschutzexternen Gründen im Rahmen der Angemessenheitsprüfung als unverhältnismäßiges Mittel verworfen werden.¹⁶

Im Rahmen der Abweichungsprüfung sind erforderliche Kohärenzmaßnahmen zu treffen. Auch ist die EG-Kommission zu unterrichten (Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 1 FFH-Richtlinie). Reine Privatinteressen sind allerdings auszuklammern. Der Eingriff in ausgewiesene oder potenzielle Schutzgebiete mit erheblich beeinträchtigenden Auswirkungen erfordert daher in der Planungsentscheidung eine Abwägung (auch) nach den Maßstäben des Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 1 FFH-Richtlinie.

Bei **prioritären natürlichen Lebensraumtypen und/oder prioritären Arten** sind die rechtlichen Anforderungen gesteigert. Wird ein prioritäres Gebiet betroffen, können als die Beeinträchtigung rechtfertigenden Gründe nur die Gesundheit der Menschen, die öffentliche Sicherheit oder positive

Auswirkungen auf die Umwelt geltend gemacht werden. Weitere **zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses** dürfen im Schutzbereich des Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 2 FFH-Richtlinie förmlich erst nach einer **Stellungnahme der Kommission** berücksichtigt werden.¹⁷ Wenn sich in dem Gebiet prioritäre Lebensraumtypen oder Arten befinden, ist es nach Einholung einer Stellungnahme der EU-Kommission (Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 2 FFH-RL) nicht für eine Abweichungsentscheidung gesperrt, die auf andere als die in Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 2 FFH-RL besonders benannten Abweichungsgründe gestützt wird. Um ein Vorhaben zuzulassen, das ein FFH-Gebiet einschließlich einzelner prioritärer Lebensraumtypen beeinträchtigt, müssen damit ähnlich gewichtige Gemeinwohlbelange verfolgt werden, wie sie der Richtlinienggeber in Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 2 FFH-RL als Anwendungsbeispiele ausdrücklich benannt hat. In der Abweichungsentscheidung muss das Gewicht der für das Vorhaben streitenden Gemeinwohlbelange auf der Grundlage der Gegebenheiten des Einzelfalls nachvollziehbar bewertet und mit den gegenläufigen Belangen des Habitatschutzes abgewogen worden sein.

II. Europäischer Artenschutz

Nach **Art. 12 FFH-RL** treffen die Mitgliedstaaten die notwendigen Maßnahmen, um ein strenges Schutzsystem für die in Anhang Abs. 4 a) 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 FFH-RL ergreifen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen, um ein striktes Schutzsystem für die in Anhang Abs. 4 b) angegebenen Pflanzenarten aufzubauen.¹⁸

Es besteht zwar unter den Voraussetzungen des **Art. 16 FFH-RL** die Möglichkeit einer Ausnahme. Die Trauben hängen hier aber für den Vorhabenträger und die Planfeststellungsbehörde 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 Er-

13 EuGH, Urt. v. 07.09.2004 – Rs. C-127/02, Slg. 2004, I-7405 – Herzmuschel-fischerei.

14 EuGH, Urt. v. 07.09.2004 – C-127/02, Slg. 2004, I-7405 = ABl. EU 2004, Nr. C 262, 2 = EuZW 2004, 730 = NuR 2004, 788; Nolte, jurisPR-BVerwG 22/2007 Anm. 1; Gellermann NuR 2004, 769 – Herzmuschel-fischerei.

15 BVerwG, Urt. v. 27.01.2000 – 4 C 2.99, BVerwGE 110, 302 = DVBl 2000, 814 = NVwZ 2000, 1171 – Hildesheim.

16 BVerwG, Urt. v. 17.05.2002 – 4 A 28.01, BVerwGE 116, 254 = DVBl 2002, 1486 = NVwZ 2002, 1243 – A 44 Lichtenauer Hochland.

17 In der Leybucht-Entscheidung schließt der EuGH bei der Festlegung der Gebiete die Berücksichtigung wirtschaftlicher und freizeitbedingter Erfordernisse von der Abwägung mit Umweltbelangen besonderer Schutzgebiete ausdrücklich aus, so EuGH, Urt. v. 28.02.1991 – Rs. C-57/89, NuR 1991, 249 – Leybucht; Urt. v. 02.08.1993 – Rs. C-355/90, NuR 1994, 521 – Santona.

18 Zum Folgenden Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 6. Aufl. 2022, Rdnr. 3602; Stüer, UWP 2021, 245.

haltungszustand 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 FFH-RL). Zu den Ausnahmen legen die Mitgliedstaaten der Kommission alle zwei Jahre einen entsprechenden Bericht vor. In die Prüfung der Ausnahmevoraussetzungen kann das Gericht nur einsteigen, wenn die Planfeststellungsbehörde entsprechende Befreiungen erteilt hat, zumal es sich um eine Ermessensentscheidung handelt.

Nach **Art. 5 Vogelschutz-RL** treffen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen zur Schaffung einer allgemeinen Regelung zum Schutz aller unter Art. 1 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. Die Abweichungsmöglichkeiten in Art. 9 Vogelschutz-RL sind sehr streng.

III. Entscheidungen des EuGH

In verschiedenen Entscheidungen hat der EuGH deutlich gemacht, dass die Anforderungen an die Gebiets- bzw. Artenschutzverträglichkeit¹⁹ durchaus hoch sind²⁰ und im Zweifel nur durch eine erfolgreiche Abweichungs- oder Ausnahmeprüfung eine Planung oder ein Vorhaben gerechtfertigt werden kann.²¹

Wie weit dieser Schutz geht, hat der EuGH erst vor einiger Zeit in einem Vorlageverfahren eines Gerichtes in Wien zum Feldhamster dargestellt:

Nach Art. 12 Abs. 1 FFH-RL treffen die Mitgliedstaaten die notwendigen Maßnahmen, um ein strenges Schutzsystem für die in Anhang Abs. 4 a) genannten Tierarten in deren natürlichen Verbreitungsgebieten einzuführen; dieses verbietet nach d) u.a. auch jede Beschädigung oder Vernichtung der Fortpflanzungs- oder Ruhestätten.

Der Begriff erfasst auch das Umfeld der Fortpflanzungs- und Ruhestätten, sofern sich dieses Umfeld als erforderlich erweist, um den im Anhang Abs. 4 a der RL genannten geschützten Tierarten wie dem Feldhamster eine erfolgreiche Fortpflanzung zu ermöglichen.

Die Fortpflanzungsstätten einer geschützten Tierart müssen solange Schutz genießen, wie dies für eine erfolgreiche Fortpflanzung dieser Tierart erforderlich ist. Dieser Schutz erstreckt sich auch auf Fortpflanzungsstätten, die nicht mehr genutzt werden, sofern eine hinreichend hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass diese Tierart an diese Stätten zurückkehrt.

Die Begriffe »Beschädigung« und »Vernichtung« im Sinne dieser Bestimmung sind dahin auszulegen, dass sie schrittweise Verringerung der ökologischen Funktionalität einer Fortpflanzungs- oder Ruhestätte einer geschützten Tierart bzw. den vollständigen Verlust dieser Funktionalität bezeichnen, wobei es keine Rolle spielt, ob derartige Beeinträchtigungen absichtlich erfolgen.²²

IV. Umsetzung in das BNatSchG

Die unionsrechtlichen Vorgaben sind in das BNatSchG durch §§ 32 bis 34 BNatSchG (Habitatschutz) und § 44 – 45 BNatSchG (Artenschutz) umgesetzt worden.

1. Habitatschutz

Die Richtlinie ist durch das 2. ÄndG zum BNatSchG 1998 in das deutsche Naturschutzrecht umgesetzt und in §§ 32 bis 34 BNatSchG übernommen worden.²³ In § 7 BNatSchG werden im Anschluss an die FFH-Richtlinie verschiedene Begriffe im Zusammenhang mit dem Europäischen Netz »Natura 2000« definiert. Die früher in § 10 VI Nr. 1 BNatSchG 2002 enthaltene Bekanntmachungsanordnung, wonach das Bundesumweltministerium die Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung, die Konzertierungsgebiete und die Europäischen Vogelschutzgebiete im Bundesanzeiger bekannt machte, ist durch § 7 VI BNatSchG gestrichen worden.²⁴ § 32 Abs. 1 BNatSchG verpflichtet die Länder, FFH-Gebiete nach Maßgabe von Art. 4 FFH-Richtlinie auszuwählen. Die Länder stellen dabei das Benehmen mit dem Bundesumweltministerium her. Die ausgewählten Gebiete werden der Kommission vom Bundesumweltministerium benannt. Die Länder

19 EuGH, Urt. v. 08.02.1996 – C-202/94, ABl. EG 1996, Nr. C 108, 3 = Slg 1996, I-355 – Vogelunterarten; Urt. v. 08.02.1996 – C-149/94, ABl. EG 1996, Nr. C 95, 2 = Slg 1996, I-299 – in Gefangenschaft geschlüpfes und aufgezogenes Exemplar; Urt. v. 07.12.2000 – C-38/99, Slg 2000, I-10941-10978 = ABl. EG 2001, Nr. C 118, 1 = NuR 2001, 207 – Vertragsverletzung Frankreich – Jagdzeiten; Urt. v. 16.10.2003 – C-182/02, Slg. 2003, I-12105 – Ligue pour la protection des oiseaux; Urt. v. 08.06.2006 – C-60/05, Slg 2006, I-5083 = ABl. EU 2006, Nr. C 178, 5 = NuR 2007, 196 = EWS 2007, 472 = NVwZ 2006, 1039; Urt. v. 12.12.1996 – C-10/96, Slg 1996, I-6775; Stüer, UWP 2021, 245.

20 Zum Folgenden Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 6. Aufl. 2022, Rdnr. 3929.

21 EuGH, Urt. v. 30.01.2002 – C-103/00, Slg. 2002 I-1163 – Caretta; EuGH, Urt. v. 20.10.2005 – C 6/04 – Tenor veröffentlicht in ABl. C 315 v. 10.12.2005, S. 5; EuGH, Urt. v. 10.01.2006 – C-98/03, NuR 2006, 166 – Europarechtswidrigkeit des BNatSchG 2002; Urt. v. 10.01.2006 – C-98/03, Slg. 2006, I-53 – Kommission ./ Bundesrepublik Deutschland; Urt. v. 02.07.2020 – C-477/19 – Feldhamster I; Urt. v. 28.10.2021 – C-357/20 – Feldhamster II; Urt. v. 04.03.2021 – C-473/19 und C-474/19, NuR 2021, 186 = ZUR 2021, 292 = NVwZ 2021, 545; Schmidt/Sailer, ZNER 2021, 146; Köck, ZUR 2021, 298; Urt. v. 11.01.2007 – C-183/05, Slg. 2007, I-137 Kommission ./ Irland; Urt. v. 20.10.2005 – C-6/04, Slg. 2005, I-9017 – Kommission ./ Vereinigtes Königreich Großbritannien und Nordirland; Urt. v. 10.05.2007 – C-508/04, Slg. 2007, I-3787 – Kommission ./ Republik Österreich.

22 EuGH, Urt. v. 28.10.2021 – C-357/20 – Feldhamster II.

23 Zweites Gesetz zur Änderung des BNatSchG 1998. Das Gesetz dient der Umsetzung der FFH-Richtlinie, der Vogelschutzrichtlinie und der Richtlinie 83/129/EWG v. 28.03.1983 betreffend die Einfuhr in die Mitgliedstaaten von Fellen bestimmter Jungrobben und Waren daraus (ABl. EG Nr. L 91 S. 30). Die Umsetzung der FFH-RL musste bis zum 06.06.1994 erfolgen. Zum Folgenden Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 2022, Rdnr. 3846.

24 Die Vorschrift habe sich nicht bewährt, war in der Gesetzesbegründung zu lesen, Gesetzentwurf zum BNatSchG 2010, Drs. 16/12274 v. 16.03.2009.

erklären die in die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung eingetragenen Gebiete nach Maßgabe des Art. 4 Abs. 4 FFH-RL entsprechend den jeweiligen Erhaltungszielen zu geschützten Teilen von Natur und Landschaft i.S.d. § 32 Abs. 2 BNatSchG. Nach § 32 Abs. 3 BNatSchG bestimmt die Schutzzerklärung den Schutzzweck entsprechend den jeweiligen Erhaltungszielen und die erforderlichen Gebietsabgrenzungen. Es soll dargestellt werden, ob prioritäre Biotope oder prioritäre Arten zu schützen sind. Durch geeignete Gebote und Verbote sowie Pflege- und Entwicklungsmaßnahmen ist sicherzustellen, dass den Anforderungen des Art. 6 FFH-Richtlinie entsprochen wird.

Der Umsetzung des Art. 6 FFH-Richtlinie dient sodann § 34 BNatSchG. Projekte mit möglicherweise erheblichen Eingriffen sind danach vor ihrer Zulassung oder Durchführung auf ihre Verträglichkeit mit den Erhaltungszielen eines Gebietes mit gemeinschaftlicher Bedeutung oder eines Europäischen Vogelschutzgebietes zu überprüfen. Besondere Anforderungen stellen sich bei einem negativen Ausgang der Verträglichkeitsprüfung. Ergibt die Prüfung der Verträglichkeit, dass das Projekt zu erheblichen Beeinträchtigungen eines in § 34 Abs. 1 BNatSchG genannten Gebiets in seinen Erhaltungszielen oder den Schutzzweck maßgeblichen Bestandteilen führen kann, ist es grundsätzlich unzulässig. Es darf allerdings trotz eines negativen Ausgangs der Verträglichkeitsprüfung zugelassen und durchgeführt werden, soweit es aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses, einschließlich solcher sozialer und wirtschaftlicher Art, notwendig ist und zumutbare Alternativen, den mit dem Projekt verfolgten Zweck an anderer Stelle ohne oder mit geringeren Beeinträchtigungen zu erreichen, nicht gegeben sind.

2. Kleine Artenschutznovelle

Durch die Ende 2007 in Kraft getretene und in das BNatSchG 2010 übernommene kleine Artenschutznovelle²⁵ hat das Artenschutzrecht vor dem Hintergrund dieser europarechtlichen Vorgaben eine neue Grundlage erhalten (§§ 44, 45, 67 BNatSchG).²⁶

Die Verbots-, Ausnahme- und Befreiungstatbestände in §§ 42, 43 und 62 BNatSchG 2002 sind danach neu geordnet und an die Anforderungen in Art. 12 bis 16 FFH-RL und Art. 5 bis 7, 9 Vogelschutz-RL angepasst worden. Nach Art. 12 FFH-RL verbotene Eingriffe in Anhang-IV-Arten sind nur unter den Ausnahmeveraussetzungen des Art. 16 FFH-RL zulässig. Zudem ist Art. 5 Vogelschutz-RL zu beachten. Ausnahmen können hier wegen der strengen Fassung des Art. 9 Vogelschutz-RL für Infrastrukturprojekte nur unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten erteilt werden.²⁷

Die gesetzlichen Regelungen zu artenschutzrechtlichen Eingriffen enthalten ein **Prüfungssystem in vier Schritten**: Besonders geschützte Arten und streng geschützte Arten (nationale geschützte Arten) sowie geschützte Arten nach Anhang Abs. 4 der FFH-RL und nach der Vogelschutz-RL geschützten Vögel (europarechtlich geschützte Arten) werden durch die Verbotsstatbestände in § 44 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 (§ 15 BNatSchG 2002) oder des BauGB

§ 44 Abs. 5 BNatSchG erfolgen (2. Schritt). Es schließen sich ggf. die Prüfung von Ausnahmen (§ 45 Abs. 7 BNatSchG) (3. Schritt) bzw. Befreiungen § 67 BNatSchG (4. Schritt) an.²⁸

Auch das BVerwG hat sich wiederholt mit den rechtlichen Anforderungen des Gebiets²⁹ und Artenschutzes³⁰ befasst.

Dabei hat das BVerfG³¹ in der Rotmilan-Entscheidung einen fachlichen Einschätzungsspielraum der Behörde angenommen: Stößt die gerichtliche Kontrolle nach weitestmöglicher Aufklä-

25 Erstes Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes BT-Drucks. 16/5100; BT-Drucks. 16/6780; BR-Drucks. 733/07; Stüer, in: Battis/Söfker/Stüer (Hrsg.), FS Krautzberger, 2008, S. 63.

26 Zum Folgenden Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 6. Aufl. 2022, Rdnr. 3986.

27 Zu Artenschutz in Genehmigung und Planfeststellung Lütkes NVwZ 2008, 598. Zum Artenschutz in der Bauleitplanung Dziallas NZBau 2008, 429; Philipp NVwZ 2008, 593; Stüer, in: Battis/Söfker/Stüer (Hrsg.), FS Krautzberger, 2008, S. 63. Zur Bewertung Gellermann NuR 2007, 783.

28 Zu Artenschutz in Genehmigung und Planfeststellung Lütkes NVwZ 2008, 598.

29 BVerwG, Urt. v. 14.04.2010 – 9 A 5.08 – A 44, BVerwGE 136, 291 = DVBl 2010, 1055 = NVwZ 2010, 1225, m. Anm. Nolte, jurisPR-BVerwG 22/2010 Anm. 2; Frenz NuR 2011, 405; Anger RdE 2011, 84 = Hessisch Lichtenau-Ost/Hasselbach; Fortentwicklung von BVerwG, Beschl. v. 10.11.2009 – 9 B 28.09, DVBl 2010, 176 = NVwZ 2010, 319; Stüer DVBl 2010, 178; Nolte, jurisPR-BVerwG 5/2010 Anm. 6, 6/2010 Anm. 6 – Habitat-Verträglichkeitsprüfung – Hildesheim II; EuGH, Urt. v. 15.10.2009 – C-263/08, NuR 2009, 773; Urt. v. 14.06.2007 – C-342/05 – »Wolfsjagd«, Slg. 2007, I-4713.

30 BVerwG, Urt. v. 14.07.2011 – 9 A 12.10, BVerwGE 140, 149 Rdnr. 99; Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14.07, BVerwGE 131, 274 = DVBl 2009, 259 = NVwZ 2009, 302 – A 30 Nordumfahrung Bad Oeynhausen; Urt. v. 09.06.2010 – 9 A 20.08, Buchholz 407.4 § 17 FStG Nr. 208 Rdnr. 49; Urt. v. 14.04.2010 – 9 A 5.08 – A 44, BVerwGE 136, 291 = DVBl 2010, 1055 = NVwZ 2010, 1225, m. Anm. Nolte, jurisPR-BVerwG 22/2010 Anm. 2 – Hessisch Lichtenau Ost/Hasselbach; Urt. v. 12.03.2008 – 9 A 3.06, BVerwGE 130, 299 = DVBl 2008, 1199 = NVwZ 2008, 1238 – Lichtenauer Hochland II; Urt. v. 18.03.2009 – 9 A 39.07, BVerwGE 133, 239 = NVwZ 2010, 44 – DVBl 2009, 1465 – A 44 Ratingen/Velbert; Urt. v. 06.11.2013 – 9 A 14.12, BVerwGE 148, 373 = NVwZ 2014, 714, Henning Wendt, jurisPR-UmwR 4/2014 Anm. 1, Bier, NdsVBl 2014, 233, Gellermann NuR 2014, 597 – A 20 bei Bad Segeberg, zur Methode der »faunistischen Potentialanalyse« zur Bestandserfassung von Fledermäusen; Urt. v. 28.03.2013 – 9 A 22.11, BVerwGE 146, 145 = NuR 2013, 565 = NVwZ 2013, 1218 – A 44 VKE 40.1 – Umsiedlung Kammolch; Urt. v. 06.11.2012 – 9 A 17.11, BVerwGE 145, 40; BVerwG, Beschl. v. 12.04.2005 – 9 VR 41.04, NVwZ 2005, 943 = DVBl 2005, 916 – Grimma. 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, Urt. v. 24.11.2003 – 3 N 1080/03, NuR 2004, 393 und 25.02.2004 – 3 N 1699/03, NVwZ-RR 2004, 732. Die Auslegung des Absichtsbegriffs durch den 4. Senat des BVerwG halten hingegen für europarechtskonform Müller, NuR 2005, 157; BVerwG, Urt. v. 16.03.2006 – 4 A 1075.04, BVerwGE 125, 116 = DVBl 2006, 1373 – Schönefeld m. Anm. Gatz jurisPR-BVerwG 19/2008 Anm. 2; BVerwG, Urt. v. 21.06.2006 – 9 A 28.05, BVerwGE 126, 166 = DVBl 2006, 1309; Nolte, jurisPR-BVerwG 1/2010 Anm. 5 – Ortsumgehung Stralsund; Beschl. v. 13.03.2008 – 9 VR 9.07 – A 4 Jagdbergtunnel; Urt. v. 17.05.2002 – 4 A 28.01, BVerwGE 116, 254 = DVBl 2002, 1486 = NVwZ 2002, 1243 – A 44 Lichtenauer Hochland.

31 BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, BVerfGE 149, 407 = NJW 2019, 141 = DVBl 2019, 42 = NVwZ 2019, 52 = BauR 2019, 492 = UPR 2019, 149 = NuR 2019, 33 = DÖV 2019, 321; Rietzler, jurisPR-UmwR 1/2019 Anm. 1; Korbinian Sow, DÖV 2019, 317; Gassner, DVBl 2019, 1370; Stüer, DVBl 2019, 47; Erbguth, DVBl 2020, 1050; Schmidt-Aßmann, EurUP 2019, 395; Meinhard Schröder, EurUP 2019, 91; Kment, EurUP 2020, 317; Muckel, JA 2019, 156; Sachs, JuS 2019, 184; Huggins, NuR 2021, 73; Maslaton, NVwZ 2019, 1081; Eichberger, NVwZ 2019, 1560; Dolde, NVwZ 2019, 1567; Reinhardt, NVwZ 2019, 195; Helmes, NVwZ 2019, 56; Grages, RdL 2019, 97; Meier, ZFSH/SGB 2020, 267; Brandt, ZNER 2019, 92; Brandt, ZNER 2020, 181; Rietzler, jurisPR-UmwR 1/2019 Anm. 1 – Rotmilan.

rung 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 einer gesetzlichen Ermächtigung. In grundrechtsrelevanten Bereichen darf der Gesetzgeber Verwaltung und Gerichten allerdings nicht ohne weitere Maßgaben auf Dauer Entscheidungen in einem fachwissenschaftlichen »Erkenntnisvakuum« übertragen, sondern muss jedenfalls auf längere Sicht für eine zumindest untergesetzliche Maßstabsbildung sorgen.

V. Energiewende

Angesichts der doch recht hohen Anforderungen, die der Gebiets- und Artenschutz an die Planung und Zulassung von Vorhaben stellt, könnte zweifelhaft sein, wie sich die von der Ampelkoalition beabsichtigte Energiewende³² damit vereinbaren lässt oder ob doch am Ende diese dem Klimaschutz verpflichteten Zielvorstellungen am Habitat- und Artenschutz scheitern. Ähnliche Fragen ergeben sich auch im Hinblick auf weitere naturschutz- und umweltschutzrechtliche Anforderungen des europäischen und deutschen Rechtssystems – etwa bei der Planung und Zulassung von Windenergieanlagen³³ oder beim Netzausbau³⁴ für Energietrassen.³⁵

Ganz ohne gewisse Abstriche an den bisherigen Anforderungen des Gebiets- und Artenschutzes werden sich die Konzepte der Energiewende allerdings wohl nicht verwirklichen lassen. Zwar steht das nationale Habitat- und Artenschutzrecht in §§ 32 bis 34 und §§ 44, 45 BNatSchG grundsätzlich zur Disposition des Gesetzgebers. Die verbleibenden Spielräume sind allerdings durch die unionsrechtlichen Vorgaben geprägt.

Bleibt es bei diesen unionsrechtlichen Vorgaben, könnten vor allem die Ausnahmen und Befreiungen Einfallstore für die angemessene Berücksichtigung der Energiewende sein. So hat der EuGH etwa im Urteil zum **Kraftwerk Schwarze Sulm**³⁶ die umweltschonende Energiegewinnung als wichtigen Gemeinwohlbelang eingestuft, der ein Abweichen von den Anforderungen des europäischen Naturschutzes rechtfertigen kann.

Hier hat der EuGH erfreulicherweise an den Standard der Abweichungsprüfung bei erheblichen Eingriffen in europäische Schutzgebiete oder bei Erfüllung der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände des § 44 BNatSchG an die Möglichkeit einer Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG angeknüpft. So erweist sich das Urteil ebenso wie schon zuvor der europäische Gebietsschutz oder der Artenschutz nicht mehr als ein Buch mit sieben Siegeln. Die europarechtlichen Vorschriften haben vielmehr eines gemeinsam: Sie sind Ausdruck eines Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, der Eingriffe in die europäischen Umweltschutzgüter nur rechtfertigt, wenn sie durch entsprechende zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses gerechtfertigt sind, zumutbare Alternativen nicht zur Verfügung stehen und vor diesem Hintergrund der Eingriff in die Schutzgüter angemessen ist. Mehr aber auch nicht weniger ist europarechtlich gefordert.

So hat das Urteil zum Wasserkraftwerk an der Schwarzen Sulm der Energiewende einen bedeutenden Dienst erwiesen.

Der EuGH bezeichnet die Energiewende als einen wichtigen Grund, einzelne Umweltziele zu beeinträchtigen, wenn dies in einer Güterabwägung geboten ist. Dabei haben die Mitgliedstaaten einen fachlichen und politischen Beurteilungsspielraum, in den sich die Gerichtsbarkeit nicht einmischt. Irgendwie hat man da das Gefühl, dass sich die Luxemburger Richter nach einigen Kursausschlägen³⁷ doch wieder auf einen Kurs begeben, der auch der deutschen Rechtstradition entspricht. Für die Praxis verstärkt sich nicht nur für Großvorhaben die Empfehlung, im Zweifel nicht starrsinnig an dem Gesundbetten nicht zu leugnender Eingriffe in Umweltgüter festzuhalten,³⁸ sondern mit einer Ausnahme- bzw. Abweichungsprüfung zumindest vorsorglich einen zweiten Schritt hinzuzufügen, der die Projekte über die scheinbaren Untiefen der europarechtlichen Vorhaben hinüberrettet und den Hürdenlauf nicht in einem Fiasko enden lässt, aus dem es kein Entrinnen mehr gibt.

Vor diesem Hintergrund könnte der nationale Gesetzgeber Vermutungsregelungen aufstellen, nach denen die Belange der Energiewende grundsätzlich den Vorrang gegenüber Belangen des Habitat- und Artenschutzes haben könnten. Dies könnte u.a. die Bereiche Windenergieanlagen, Energietrassen und Infrastrukturprojekte von regionaler, nationaler oder sogar europäischer Bedeutung betreffen. Der Gesetzgeber könnte die Städte und Gemeinden in der Bauleitplanung sowie die Träger der Regionalplanung ermächtigen, für entsprechend bedeutsame Vorhaben einen grundsätzlichen Vorrang der Belange der Energiewende vor denen des Gebiets- und Artenschutzes festzulegen. Vergleichsweise Regelungen könnten auch auf Landes- oder Bundesebene erfolgen. Planungen und Maßnahmen zur Sicherstellung der Energiewende könnten so mit einem grundsätzlichen Vorrang gegenüber den Habitat- und Artenschutzbelangen ausgestattet werden. Die Regelungen könnten den Gedanken der Investitions-³⁹ und Maßnahmenengesetze einschließlich des Maßnahmenvorbereitungsgrundlagengesetzes⁴⁰ aufgreifen, wonach entsprechend bedeutsame Vorhaben mit einem (relativen) Vorrang gegenüber gegenläufigen Belangen ausgestattet würden.

Das europäische und deutsche Artenschutzrecht lässt ausreichende, sicherlich noch durch eine Intervention bei der EU-Kommission verbesserungsfähige Möglichkeiten, diesen scheinbar unentrinnbaren Gefährdungen erfolgreich entgegenzuwirken.

32 Koalitionsvertrag v. 07.12.2021.

33 Stüer, BauR 2021, 1735.

34 Zum Folgenden Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 6. Aufl. 2022, Rdnr. 4493.

35 Zum Folgenden Stüer, UWP 2021, 245.

36 EuGH, Urt. v. 04.05.2016 – C-346/14, DVBl 2016, 909 m. Anm. Stüer/Stüer, DVBl 2016, 913 – Wasserkraftwerk am Fluss Schwarze Sulm.

37 EuGH, Urt. v. 07.01.2004 – C-201/02, DVBl 2004, 370 – Delena Wells; Urt. v. 07.09.2004 – C-127/0, 2 EU:C:2004:482, Rdnr. 38, Slg. 2004, I-7405 – Herzmuschelfischerei – Waddenvereniging und Vogelbeschermingsvereniging; Urt. v. 15.10.2015 – C-137/14, DVBl 2015, 1514 m. Anm. Stüer/Buchsteiner, 1518, Berkemann, DVBl 2016, 205; Urt. v. 14.01.2016 – C-399/14, DVBl 2016, 566 m. Anm. Stüer/Stüer 571, sich bereits andeutend in EuGH, Urt. v. 14.01.2010 – C 226/08, DVBl 2010, 242 – Papenburg m. Anm. Stüer DVBl 2010, 245.

38 Stüer/Stüer, DVBl 2013, 1459.

39 Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 6. Aufl. 2022, Rdnr. 5305.

40 Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 6. Aufl. 2022, Rdnr. 5328.