

# Naturschutz in der bau- und fachplanerischen Abwägung

Von Prof. Dr. Bernhard Stüer, Rechtsanwalt & Notar, Richter am BGH-Anwaltssenat (Münster/Osnabrück)

Die Abwägung ist traditionell das zentrale Element der Bau- und Fachplanung. Bei der Bauleitplanung sind die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen (§ 1 VII BauGB). Auch bei der Planfeststellung sind die öffentlichen und privaten Belange einschließlich der Umweltverträglichkeit im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen (§ 17 S. 2 FStrG, § 18 S. 2 AEG). Aber gilt das auch für den Naturschutz, von denen verschiedene Bereiche doch eher als unüberwindbare rote Ampeln erscheinen. Ist das Abwägungsgebot eigentlich heute noch das Kernstück der Bau- und Fachplanung oder haben sich hier gerade im Hinblick auf europarechtliche Vorgaben Bindungen entwickelt, die nicht einfach durch Abwägung überwindbar sind.<sup>1</sup> An einem auch heute noch in ganzer Breite bestehenden kommunalen Planungsfreiraum können in der Tat erhebliche Zweifel aufkommen. Das gilt nicht zuletzt auch wegen der europarechtlichen Fußfesseln, aber auch im Hinblick auf bindende Vorgaben des nationalen Rechts.

## I. Die naturschutzrechtlichen Regelungen im Überblick

Von den naturschutzrechtlichen Regelungen sind vier Bereiche besonders wichtig:

- Die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung (§§ 14 – 18 BNatSchG),
- die Eingriffsregelung in der Bauleitplanung (§ 1 a III BauGB),
- der europäische Gebietsschutz nach Art. 4, 6 FFH-RL und Art. 4 IV Vogelschutz-RL (§§ 32 – 35 BNatSchG) und
- der europäische Artenschutz nach Art. 12 – 16 FFH- sowie Art. 5, 9 Vogelschutz-RL (§§ 44, 45 BNatSchG)

### 1. Naturschutzrechtliche Eingriffsregelung

Der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelungen in §§ 14 bis 18 BNatSchG liegt ein vierstufiges Regelungssystem zugrunde: (1) Die primäre Verpflichtung des Eingriffsverursachers, vermeidbare Beeinträchtigungen zu unterlassen (§ 15 I BNatSchG) bzw. auf das erforderliche Maß zu minimieren, (2) die sekundäre Verpflichtung des Eingriffsverursachers, unvermeidbare Beeinträchtigungen auszugleichen oder (gleichrangig) in sonstiger Weise zu kompensieren (§ 15 II 1 BNatSchG), (3) eine bipolare naturschutzrechtliche Abwägung bei verbleibenden Beeinträchtigungen (§ 15 V BNatSchG) und die zusätzliche Auferlegung von Ersatzgeld (§ 15 VI BNatSchG).

Mit der Beurteilung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung sind Wertungsspielräume verbunden, die von den Gerichten nur auf Fehleinschätzungen oder andere Abwägungsfehler geprüft werden.<sup>2</sup> Dies gilt vor allem für die Einschätzung der Gewichte der naturschutzrechtlichen und der ihnen gegenläufigen Belange aber auch für die

Gesamtabwägung zwischen naturschutzrechtlichen Integritätsinteressen und gegenläufigen wirtschaftlichen Belangen. Auch bei Anwendung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung bestehen daher Spielräume, die von den jeweiligen Entscheidungsträgern mit eigenen Wertungen und Erwägungen gefüllt werden können.

### 2. Naturschutzrechtliche Eingriffsregelung in der Bauleitplanung

Die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung in §§ 13 bis 18 BNatSchG bezieht sich auf Eingriffe, die vermieden, minimiert und gegebenenfalls ausgeglichen werden sollen. In der Bauleitplanung ist das Modell der Eingriffsregelung in §§ 14, 15 BNatSchG zwar abzuarbeiten, jedoch sind einzelne Schritte abwägungsdirigiert in dem Sinne, dass Art und Umfang des erforderlichen Ausgleichs in der planerischen Abwägung festgelegt werden. Dies gibt Wertungsspielräume, die nicht auf eine Vollkompensation verpflichten. Vielmehr ist der Umfang der Kompensation eine planerische Abwägung im Rahmen der Bauleitplanung.<sup>3</sup>

### 3. Europäischer Gebietsschutz

Strenge Vorgaben enthalten die europäische FFH-RL und die Vogelschutz-RL. Danach unterliegen Pläne und Projekte, die erhebliche Auswirkungen für ein Gebiet von gemeinschaftlicher Bedeutung haben können, einer Prüfung auf ihre Verträglichkeit. Eingriffe, bei denen fachliche Zweifel einer Vereinbarkeit mit den Erhaltungszielen verbleiben, sind grundsätzlich unzulässig. Sie können nur unter den erhöhten Anforderungen einer Abweichungsprüfung zugelassen werden (§ 34 BNatSchG).

### 4. Europäischer Artenschutz

Weitere Vorgaben enthält der europäische Artenschutz in Art. 12 bis 16 FFH-RL und Art. 5 und 9 Vogelschutz-RL. Diese Anforderungen sind inzwischen durch die kleine Artenschutz-Novelle 2007 umgesetzt und in §§ 44, 45 BNatSchG 2010 in das aktuelle Recht übernommen worden.

Die Anforderungen der vorstehend aufgeführten Regelungen sind durchaus streng. Einige Beispiele mögen dies verdeutlichen, wobei auch das WHG 2010 einbezogen werden soll.<sup>4</sup>

## II. Biogasmasselage im Überschwemmungsgebiet

Eine Gemeinde plant im bisherigen Außenbereich eine Biogasanlage.<sup>5</sup> Die Anlage soll eine elektrische Leistung von

<sup>1</sup> Zum Folgenden Stüer, UPR 2010, 288.

<sup>2</sup> BVerwG, Urt. v. 17.1.2007 – 9 C 1.06 – BVerwGE 128, 76 = DVBl 2007, 641 – Bad Laer.

<sup>3</sup> Grundlegend BVerwG, B. v. 31.1.1997 – 4 NB 27.96 – BVerwGE 104, 68 = DVBl 1997, 1112; B. v. 9.5.1997 – 4 N 1.96 – BVerwGE 104, 353 = DVBl 1997, 1121.

<sup>4</sup> Zum Städtebaurecht 2009 – Rechtsprechungs- und Literaturbericht Stüer, DVBl 2010, 333; ders., DVBl 2010, 424; ders., DVBl 2010, 543.

<sup>5</sup> Krautzberger in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 35 Rdn. 38; Söfker in: Spannowsky/Uechtritz, § 35 Rdn. 37; Hammon, AUR 2007, 1; Henschke/Urbisch, AUR 2005, 41; Kraus, UPR 2008, 218; Lampe, NuR 2006, 152; Loibl/Rechel, UPR 2008, 134; Mache, ZNER 2007, 244; Mantler, BauR 2007, 50; Rosin, NdsVBl 2007, 68. Zu Biogasanlagen zwischen Immissionsschutz- und

1,5 MW haben. In der förmlichen Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung wird eingewendet, dass die Ortslage in der Nachbarschaft eine Zunahme des Fahrzeugverkehrs um 15 % hinnehmen müsse. Außerdem liege – so wird zur Verwunderung der Gemeinde festgestellt – das Vorhaben in einem tatsächlichen Überschwemmungsgebiet und es stehe eine vorläufige Sicherstellung des Gebietes durch entsprechende Bekanntmachung bevor. Für eine Privilegierung von Biogasanlagen bis zu 0,5 MW nach § 35 I Nr. 5 BauGB, auf deren Zulassung ein Anspruch besteht<sup>6</sup>, ist die Anlage mit der dreifachen elektrischen Leistung ein wenig zu groß.

Während die Erhöhung der Verkehrsbewegungen und die damit verbundene Erhöhung der Lärmbelastung für die Bewohner der Ortslage noch mit vergleichsweise leichter Hand abgewogen werden können<sup>7</sup>, ergeben sich aus der Lage im tatsächlichen Überschwemmungsgebiet zu beachtende Anforderungen, die nur durch das erfolgreiche Abarbeiten des wasserwirtschaftlichen Prüfprogramms überwunden werden können. Im Gesetz lesen wir dazu Erstaunliches: Überschwemmungsgebiete im Sinne des § 76 WHG sind in ihrer Funktion als Rückhalteflächen zu erhalten. Soweit überwiegende Gründe des Wohls der Allgemeinheit dem entgegenstehen, sind rechtzeitig die notwendigen Ausgleichsmaßnahmen zu treffen (§ 77 I WHG).<sup>8</sup>

Die für die Beteiligten unverhoffte Lage der Biogasanlage in einem Überschwemmungsgebiet steht nach der Einschätzung der zuständigen Wasserbehörde fest. Also müssen überwiegende Gründe des Wohls der Allgemeinheit den Eingriff rechtfertigen. Aber was sind solche überwiegenden Gründe des Gemeinwohls? Sind es nur Gründe, denen niemand ausweichen kann? Nun wissen wir natürlich: Wer nicht an seiner Dummheit oder Ehrlichkeit scheitert, dem wird es immer gelingen, die eigenen Interessen als die des Gemeinwohls darzustellen. Aber reicht es für überwiegende Gemeinwohlgründe etwa aus, dass der Bürgermeister vom Grundstückseigentümer zur Jagd eingeladen wird oder der Investor aus einer solchen Biogasanlage Kapital schlagen kann? Können sich Gemeinwohlgründe überhaupt in der Hand von Privaten verwirklichen oder ist dazu eine Trägerschaft der öffentlichen Hand erforderlich?

Seit dem Boxberg-Urteil des BVerfG<sup>9</sup> ist zwar klar, dass auch private Investoren zugleich Gemeinwohlbelange wie etwa die Sicherung oder Schaffung von Arbeitsplätzen wahrnehmen können. Sollen solche Zwecke von Privaten verwirklicht werden, bedarf es allerdings erhöhter verfassungsrechtlicher

Bauplanungsrecht *Manten*, ZUR 2008, 576. Zu rechtlichen Problemen der Energiegewinnung als Biomasse *Hinsch*, ZUR 2007, 401. Zu den genehmigungsrechtlichen Auswirkungen der planungsrechtlichen Privilegierung von Biogasanlagen bei Eigentümerwechsel oder Betreiberwechsel *Maslaton/Zschiegner*, Immissionsschutzrecht 2007, 122.

<sup>6</sup> BVerwG, Urt. v. 11.12.2008 – 7 C 6.08 – BVerwGE 132, 372 = DVBl 2009, 382 = UPR 2009, 156 = DÖV 2009, 377 m. Anm. *Klages*, AbfallR 2009, 90, *Birkenmeyer*, IBR 2009, 417, *Werner Neumann*, jurisPR-BVerwG 7/2009 Anm. 4 – Biogasanlage.

<sup>7</sup> BVerwG, B. v. 8.6.2004 – 4 BN 19.04 – BauR 2005, 829 – Autobahnzubringer Erfurt; *Halama/Stüer*, NVwZ 2003, 137; *Stüer*, Handbuch des öffentlichen Baurechts, 4. Aufl. 200, Rdn. 716.

<sup>8</sup> Zu den Anforderungen des WHG 2010 *Stüer/Buchsteiner*, DÖV 2010, 261.

<sup>9</sup> BVerwG, B. v. 24.3.1987 – 1 BvR 1046/85 – BVerfGE 74, 264 – Boxberg.

Anforderungen an das Gewicht solcher Gemeinwohllegitimationen.

Wird das Überschwemmungsgebiet erst einmal ausgewiesen oder auch nur vorläufig gesichert, tritt eine nur schwer zu durchbrechende Sperre ein. Denn die Ausweisung neuer Baugebiete ist grundsätzlich verboten (§ 78 I WHG). Die zuständige Behörde kann die Ausweisung neuer Baugebiete u.a. nur zulassen, wenn keine anderen Möglichkeiten der Siedlungsentwicklung bestehen oder geschaffen werden können und das neu auszuweisende Gebiet unmittelbar an ein bestehendes Baugebiet angrenzt. Daran wird die Ausweisung eines im Überschwemmungsgebiet gelegenen zum bisherigen Außenbereich gehörenden Sondergebiets bereits regelmäßig scheitern. Denn es ist typisch für solche Außenbereichsvorhaben, dass sie gerade nicht an bereits bestehende Baugebiete angrenzen. Das Beispiel zeigt: Bei der städtebaulichen Planung treten vielfach aus Fachgesetzen sich ergebende Anforderungen auf den Plan, die durch Abwägung nicht einfach überwunden werden können.

### III. Windkraftplanung

Auch in manch anderen Planungsbereichen lauern vielfach zunächst unbemerkt durchaus ernstzunehmende Fallstricke, die zu einem schnellen Ende von planerischen Ausweisungen führen können. Dafür ist die Steuerung der Windenergie ein durchaus vorzeigbares Beispiel<sup>10</sup>: Durch verschiedene Novellen zum Städtebaurecht seit dem Jahre 1996 hat der Gesetzgeber einerseits die Windenergie privilegiert<sup>11</sup>, andererseits aber den Städten und Gemeinden sowie der Regionalplanung entsprechend den Vorgaben des BVerwG-Urteils zur Kölner Nassauskiesung<sup>12</sup> planerische Steuerungsmöglichkeiten an die Hand gegeben. Die Planungsträger können danach Vorrangflächen für Windenergieanlagen ausweisen und dies mit einer entsprechenden Ausschlusswirkung für andere Bereiche des Planungsraums verbinden.

Das Konzept hat allerdings einen kleinen Schönheitsfehler: Die negativen und die positiven Komponenten der

<sup>10</sup> *Krautzberger* in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, § 35 BauGB Rdn. 37; *Söfker* in: *Spannowsky/Uechtritz*, § 35 BauGB Rdn. 33.

<sup>11</sup> Zu Windkraftanlagen *Ogiermann* Rechtsfragen der Errichtung von Windkraftanlagen 1992; *Berghaus*, ZNER 2008, 187; *Quambusch*, VBIBW 2005, 264. Zur Problematik von Windkraftanlagen im Außenbereich vor 1997 BVerwG, B. v. 5.1.1996 – 4 B 306.95 – NVwZ 1996, 597; B. v. 3.6.1998 – 4 B 6.98 – NVwZ 1998, 960; vgl. auch zur Errichtung einer Windenergieanlage in der Schutzzone eines Naturparks *VGH München*, Urt. v. 25.3.1996 – 14 B 94.119 – NVwZ 1997, 1010; Mobilfunksendemast im Außenbereich *VGH Mannheim*, B. v. 25.8.1997 – 8 S 1861/97 – BauR 1998, 313; *OVG Bautzen*, Urt. v. 17.12.1997 – 1 S 746/96 – DÖV 1998, 431; vgl. auch *Lahme* ZNER 2006, 176; *Oeder*, BauR 2005, 643; *Stüer/Vildomec*, BauR 1998, 427; *Scheidler*, NWVBl 2009, 409. Zu Rechtsproblemen bei der Errichtung von Windkraftanlagen aus der Sicht der Gemeinden *Zeiler*, NuR 2009, 526; *Gatz*, DVBl 2009, 737; *Hormmann*, NVwZ 2006, 969; *Mayer-Metzner*, BayVBl 2005, 129; *Middeke*, DVBl 2008, 292; *Regenfus*, ZfIR 2007, 866; *Wustlich*, ZUR 2007, 16. Zu Windkraftanlagen an unergiebigem Standorten *Quambusch*, NdsVBl. 2006, 265; *Stüer*, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts 2009, Rdn. 2671.

<sup>12</sup> BVerwG, Urt. v. 22.5.1987 – 4 C 57.84 – BVerwGE 77, 300 = DVBl 1987, 1008 – Kölner Auskiesungskonzentrationszone.

Darstellungen bedingen einander.<sup>13</sup> Erfasst die Planung nicht (lückenlos) den gesamten Planungsraum und entstehen im Planungsraum in dem Sinne weiße Flecken, dass diese Bereiche nicht von der planerischen Gesamtkonzeption des Planungsträgers erfasst werden, so bricht das ganze Konzept zusammen.<sup>14</sup> Von einer Luftballonwirkung in dem Sinne, dass bei einem Fehler auch nur in einem einzigen Teilgebiet das gesamte Planungskonzept Schiffbruch erleidet, war bereits die Rede.<sup>15</sup> Auch hier werden für die gemeindliche und regionale Planung Stolpersteine in den Weg gelegt, deren Nichtbeachtung verheerende Folgen für die Wirksamkeit der Planung haben und zum Untergang der Flächennutzungs- oder Regionalplanung führen können.

#### IV. Industriepark zwischen FFH- und Vogelschutzgebiet

Ein weiteres Beispiel betrifft die Bauleitplanung in einem Bereich, der von einem wasserseitigen FFH-Gebiet und einem landseitigen Vogelschutzgebiet eingerahmt wird. Hier werden die Auswirkungen des Papenburg-Urteils des EuGH und des Datteln-Urteils des OVG Münster sowie des Hildesheim-Beschlusses des BVerwG<sup>16</sup> unmittelbar spürbar.

##### 1. Das Projekt

Eine Gemeinde plant die Ausweisung eines großen Industrieparks mit hafensorientierten Nutzungen. Es sollen dazu Bebauungspläne aufgestellt werden, die eine Nutzung mit hafenauffähigem Gewerbe sowie in einem weiteren Schritt auch einen Kraftwerkstandort vorsehen. Der Planung liegt ein vor Jahren aufgestellter rechtswirksamer Flächennutzungsplan mit der Darstellung von gewerblichen Bauflächen „G“ zugrunde. Die Planung soll zeitlich gestaffelt in dem Sinne erfolgen, dass zunächst nur ein erster Abschnitt Gegenstand eines Bebauungsplans ist und die weiteren Flächen Gegenstand später aufzustellender Bebauungspläne sind. Aufgrund verschiedener neuerer Gerichtsentscheidungen stellt sich allerdings die Frage, ob das so geht und wie weiter zu verfahren ist. Denn das Plangebiet wird von mehreren FFH-Gebieten und einem großen Vogelschutzgebiet umzingelt.

##### 2. Anforderungen an die Verträglichkeits- und Abweichungsprüfung

Die rechtlichen Hürden für die Verwirklichung von Projekten in oder im Umfeld von Gebieten von gemeinschaftlicher Bedeutung sind sehr hoch.<sup>17</sup> Vorhaben und Pläne in FFH-Gebieten und Vogelschutzgebieten mit erheblich beeinträchtigenden Auswirkungen (Art. 6 III FFH-Richtlinie) dürfen in den EU-Schutzgebieten oder mit Auswirkungen auf diese Gebiete nur zugelassen werden, wenn nach Durchführung einer Verträglichkeitsprüfung mit den für diese Gebiete festgelegten Erhaltungszielen und ggf. nach Anhörung

der Öffentlichkeit festgestellt wurde, dass entweder das Gebiet als solches nicht beeinträchtigt wird oder die Maßnahme aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer und wirtschaftlicher Art erforderlich ist und zumutbare Alternativlösungen nicht vorhanden sind.<sup>18</sup> In diesem Fall sind die erforderlichen Kohärenzmaßnahmen zur Sicherung des europäischen Netzes „Natura 2000“ zu treffen. Auch ist die EU-Kommission zu unterrichten (Art. 6 IV UA 1 FFH-Richtlinie).

Nach dem Urteil des BVerwG zur Westumfahrung Halle<sup>19</sup> ist bei der Prüfung der Verträglichkeit eines Eingriffs in ein FFH- oder Vogelschutzgebiet ein hoher fachlicher und zugleich rechtlich strenger Maßstab anzulegen. Es muss nach den besten verfügbaren fachlichen Erkenntnissen auszuschließen sein, dass es gemessen an den Erhaltungszielen zu erheblichen Auswirkungen auf das Gebiet als solches oder wesentliche Gebietsbestandteile kommt. Zudem haben Vorhabenträger und zulassende Behörde die Darlegungs- und Beweislast für das Nichteintreten erheblicher nachteiliger Auswirkungen. Die vorstehenden Grundsätze hat das BVerwG in der zweiten Runde zur A 44 (Hessisch Lichtenau)<sup>20</sup> fortentwickelt. Das Gericht sah das Vorhaben zwar vor allem wegen einer Gebietsverkleinerung von geschützten Lebensraumtypen und einem zusätzlichen Schadstoffeintrag oberhalb der „critical loads“ als unverträglich an, hielt es aber aufgrund einer Ausnahmeprüfung für verwirklichungsfähig.

Werden prioritäre natürliche Lebensraumtypen und/oder prioritäre Arten in Mitleidenschaft gezogen, können als die Beeinträchtigung rechtfertigende 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, zu denen auch wirtschaftliche Gründe gehören, dürfen im Schutzbereich des Art. 6 IV UA 2 FFH-Richtlinie erst nach einer Stellungnahme der Kommission berücksichtigt werden.<sup>21</sup>

##### 3. EuGH zu Papenburg

Diese Anforderungen hat der EuGH im Papenburg-Urteil, bei dem es um die Klage der Stadt Papenburg gegen die Ausweisung der Unterems als FFH-Gebiet ging, einen wichtigen zusätzlichen Anwendungsbereich erhalten. Die europarechtlichen Anforderungen beziehen sich nicht nur auf künftig aufzustellende Pläne und Projekte, sondern auch auf bereits (bestandskräftige) Pläne oder

<sup>13</sup> BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15.01 – BVerwGE 117, 287 = DVBl 2003, 797 = NVwZ 2003, 733 – Feigenblatt.

<sup>14</sup> BVerwG, Urt. v. 22.5.1987 – 4 C 57.84 – BVerwGE 77, 300 = DVBl 1987, 1008 – Kölner Auskiesungskonzentrationszone.

<sup>15</sup> Stüer/Stüer, NuR 2004, 341.

<sup>16</sup> BVerwG, B. v. 10.11.2009 – 9 B 28.09 – vorhergehend OVG Lüneburg; Urt. v. 11.9.2008 – 7 K 1269/00 – Ortsumgehung Hildesheim-Himmelsthür, mit Anm. Stüer, DVBl 2010, 176.

<sup>17</sup> Krautzberger in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 1 a BauGB Rdn. 30; Dimberger in: Spannowsky/Uechtritz, § 1 a BauGB Rdn. 36.

<sup>18</sup> Zu den rechtlichen Anforderungen des europäischen Gebietsschutzes *Storost*, DVBl 2009, 673; Stüer, DVBl 2009, 1; ders., Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 2009, Rdn. 3069.

<sup>19</sup> BVerwG, Urt. v. 17.1.2007 – 9 A 20/05 – BVerwGE 128, 1 = DVBl 2007, 706 = NVwZ 2007, 1054 – Halle-Westumfahrung; Stüer, DVBl 2007, 416; ders., NVwZ 2007, 1149; ders., DVBl 2009, 1; ders., Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 4. Aufl. 2009, Rdn. 3076, im Anschluss an EuGH, Entscheidung vom 7.9.2004 – C 127/02 – NuR 2004, 788 – Herzmuschelfischerei.

<sup>20</sup> BVerwG, Urt. v. 12.3.2008 – 9 A 3.06 – BVerwGE 130, 299 – für den Abschnitt A 44 Verkehrskosteneinheit 20 – Hessisch Lichtenau II; vgl. auch Urt. v. 13.5.2009 – 9 A 71.07 – A 4 Braunkohlentagebau Hambach.

<sup>21</sup> EuGH, Urt. v. 28.2.1991 – Rs. C-57/89 – NuR 1991, 249 – Leybucht; vgl. auch Urt. v. 2.8.1993 – Rs. C-355/90 – NuR 1994, 521 – Santona.

Zulassungsentscheidungen, die eine Grundlage für Maßnahmen bilden sollen, denen gegenüber die FFH-Richtlinie anwendbar ist. Der EuGH hat dazu folgende Leitsätze aufgestellt:

1. Art. 4 II UA 1 der Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen in der durch die Richtlinie 2006/105/EG des Rates vom 20. November 2006 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass er es einem Mitgliedstaat nicht erlaubt, sein Einvernehmen zur Aufnahme eines oder mehrerer Gebiete in einen von der Europäischen Kommission erstellten Entwurf einer Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung aus anderen als naturschutzfachlichen Gründen zu verweigern.

2. Art. 6 III und IV der Richtlinie 92/43 in der durch die Richtlinie 2006/105 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass fortlaufende Unterhaltungsmaßnahmen in der Fahrrinne von Ästuarien, die nicht unmittelbar mit der Verwaltung des Gebiets in Verbindung stehen oder hierfür nicht notwendig sind und die bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie 92/43 in der durch die Richtlinie 2006/105 geänderten Fassung nach nationalem Recht genehmigt wurden, bei ihrer Fortsetzung nach Aufnahme des Gebiets in die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung gemäß Art. 4 II UA 3 dieser Richtlinie einer Verträglichkeitsprüfung nach diesen Vorschriften zu unterziehen sind, soweit sie ein Projekt darstellen und das betreffende Gebiet erheblich beeinträchtigen könnten.

3. Wenn diese Unterhaltungsmaßnahmen u. a. im Hinblick darauf, dass sie wiederkehrend anfallen, auf ihre Art oder auf die Umstände ihrer Ausführung als einheitliche Maßnahme betrachtet werden können, insbesondere, wenn sie den Zweck haben, eine bestimmte Tiefe der Fahrrinne durch regelmäßige und hierzu erforderliche Ausbaggerungen beizubehalten, können sie als ein einziges Projekt im Sinne von Art. 6 III der Richtlinie 92/43 in der durch die Richtlinie 2006/105 geänderten Fassung angesehen werden.

Die Bestandskraft von früheren Plänen oder Zulassungsentscheidungen wird daher nach Maßgabe der vorgenannten Leitsätze durch das spätere FFH-Regime durchbrochen. So sind nach dem Papenburg-Urteil des EuGH selbst bestandskräftige Planfeststellungsbeschlüsse wie der Beschluss der WSD Nordwest für 7,30 m tiefgehende Schiffe vom 31.5.1994 nicht mehr vor einem später in Kraft tretenden Europarecht gefeit. Soweit die laufenden Maßnahmen ein neues Projekt darstellen, unterfallen sie in vollem Umfang der Verträglichkeits- und Abweichungsprüfung des Art. 6 III und IV FFH-RL.<sup>22</sup>

Solche Maßnahmen verlangen trotz eines bestandskräftigen Planfeststellungsbeschlusses eine Prüfung, ob die Schutzpflichten der Mitgliedstaaten nach Art. 6 II FFH-RL eingehalten sind oder sich hierdurch Änderungen der vormaligen Zulassungsentscheidung ergeben.

Bereits mit seiner Meldung darf das Gebiet von gemeinschaftlicher Bedeutung keinen Eingriffen ausgesetzt werden, die seine ökologischen Merkmale ernsthaft beeinträchtigen könnten (Art. 6 I FFH-RL). Mit der Aufnahme in die Kommissionsliste müssen nach Art. 6 II FFH-RL Verschlechterungen und Störungen vermieden werden, die sich im Hinblick auf die Ziele dieser Richtlinie erheblich auswirken

können. Das hatte bereits die EU-Kommission in ihrer Stellungnahme zum Ausdruck gebracht<sup>23</sup>. Mit diesem „Papenburg-Delta“ (Differenz zwischen der Verträglichkeits- und Abweichungsprüfung nach Art. 6 II und IV FFH-RL und den Erhaltungspflichten nach Art. 6 I und II FFH-RL) unterliegen zwar alte Zulassungsentscheidungen nicht unmittelbar und in vollem Umfang den Anforderungen der Verträglichkeits- und Abweichungsprüfung nach Art. 6 III und IV FFH-RL. Sind die Zulassungen aber Grundlage für Projektteile, die erst nach Inkrafttreten der FFH-RL ausgeführt werden, entwickeln sich über Art. 6 I bzw. II FFH-RL ebenfalls Schutzpflichten. Der EuGH knüpft mit dieser Rechtsprechung an das Dragaggi-Urteil<sup>24</sup> an, bei dem er für den Zeitraum zwischen Meldung eines Gebietes und dessen Aufnahme in die Kommissionsliste ein ähnliches Delta eines verminderten Schutzsystems ausgemacht hatte.

#### 4. Bedeutung des EuGH-Urteils für die Bauleitplanung

Der Spruch aus Luxemburg betrifft sowohl Pläne als auch Projekte und daher auch vormals aufgestellte Flächennutzungspläne oder Bebauungspläne. Die weiteren Planungsschritte durch die Aufstellung von Bebauungsplänen unterliegen in vollem Umfang den Anforderungen des europäischen Gebietsschutzes, wie sie sich aus der FFH-RL und der Vogelschutz-RL ergeben. Bei Aufstellung der Bebauungspläne ist im Hinblick auf die FFH- und Vogelschutzbelange eine entsprechende Vorprüfung und ggf. Verträglichkeits- und Abweichungsprüfung durchzuführen, soweit dies auf dieser Planungsstufe möglich und erforderlich ist.

Ein vor Jahren aufgestellter Flächennutzungsplan mit der Ausweisung gewerblich-industrieller Bauflächen ist zwar durch das Papenburg-Urteil des EuGH nicht sozusagen automatisch außer Kraft getreten. Soweit er aber die Grundlage für aus ihm entwickelte Bebauungspläne und sich anschließende Zulassungsentscheidungen bilden soll, empfiehlt es sich, ihn im Rahmen der Planaufstellung nochmals „durch die Hand“ gehen zu lassen.

#### 5. Neuregelungen zum europäischen Gebietsschutz in §§ 34 VIII, 36 Nr. 2 BNatSchG 2010

Zusätzliche Fragestellungen ergeben sich aus der Neuregelung des Verhältnisses zwischen Bauleitplanung, Vorhabenzulassung und FFH-Prüfung im BNatSchG 2010. Kann ein Gebiet von gemeinschaftlicher Bedeutung beeinträchtigt werden, sind nach § 1 a IV BauGB die Vorschriften des BNatSchG über die Zulässigkeit und Durchführung von derartigen Eingriffen einschließlich der Einholung der Stellungnahme der Kommission anzuwenden.

Aus §§ 34 I Nr. 1, 36 Nr. 2 BNatSchG 2010 ergibt sich dabei, dass die Abarbeitung der Anforderungen des europäischen Gebietsschutzes ausschließlich in der Bauleitplanung erfolgen soll. Für Vorhaben, die im Geltungsbereich eines Bebauungsplans nach § 30 BauGB oder während der Planaufstellung bei entsprechender Planreife nach § 34 BauGB verwirklicht werden sollen, ist § 34 I bis VII BauGB nicht anwendbar mit der Folge, dass derartige Vorhaben einer (gesonderten) Verträglichkeits- und Abweichungsprüfung nicht mehr unterliegen. Nach dem Wortlaut des durch das BNatSchG eingeführten § 34 VIII BNatSchG müssen die

<sup>22</sup> Storost, DVBl 2009, 673; Stüer, DVBl 2009, 1.

<sup>23</sup> Sitzungsbericht im EuGH-Verfahren Papenburg gegen Bundesrepublik Deutschland 226.08.

<sup>24</sup> EuGH, Urt. v. 13.1.2005 – C-117/03 –.

Anforderungen des europäischen Gebietsschutzes auf der Ebene der Bauleitplanung (komplett) abgearbeitet werden. Im Rahmen der Flächennutzungsplanung wäre danach zu prüfen, ob der für die Vorhaben vorgesehene Standort auch angesichts des europäischen Gebiets- und Artenschutzes weiterhin geeignet ist. Auf der Ebene des Bebauungsplans müsste die komplette Verträglichkeits- und ggf. Abweichungsprüfung stattfinden. Dies dürfte daraus zu schließen sein, dass die Zulassung der Projekte selbst nach § 34 VIII BNatSchG von den Prüfungsanforderungen des § 34 BNatSchG freigestellt ist.

Der Gesetzgeber hat damit ein Modell aufgegriffen, das er für die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung in § 1 a III BauGB entwickelt hat. Hier ist die Abarbeitung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung in der Bauleitplanung seit dem Baurechtskompromiss durch das InWoBauG 1993 in die abwägenden Hände der planenden Städte und Gemeinden gelegt. In der Bauleitplanung ist daher im Gegensatz zur naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung in §§ 14 bis 17 BNatSchG keine Vollkompensation erforderlich. Vielmehr kann die Bauleitplanung zu einer geringeren Kompensation gelangen, wenn dies in der städtebaulichen Abwägung nachvollziehbar begründet ist. Um dies sicherzustellen, verweist § 18 I BNatSchG für das Abarbeiten der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung auf die abschließende Entscheidung im Bebauungsplanverfahren. Auf Vorhaben in Gebieten mit Bebauungsplänen nach § 30 BauGB, während der Planaufstellung nach § 33 BauGB und im Innenbereich nach § 34 BauGB sind die §§ 14 bis 17 BNatSchG daher folgerichtig nicht anzuwenden (§ 18 II BNatSchG).

Die Anforderungen an den europäischen Gebietsschutz unterliegen jedoch anders als die ausschließlich auf nationalem Recht beruhende Eingriffsregelung nicht der abwägenden Beurteilung und in diesem Rahmen Verfügbarkeit der planenden Gemeinden.

Vielmehr ergeben sich aus dem Europarecht strikte Bindungen, die abwägungsresistent sind. Eine Vorschrift wie § 34 VIII BNatSchG, die trotz dieser Bindungen die abschließende Abarbeitung der Verträglichkeits- und Abweichungsprüfung in die Bauleitplanung verweist und keinen Konflikttransfer in das eigentliche Zulassungsverfahren ermöglicht, ist allerdings nicht praxistauglich. Die Regelungen dürften wohl auch europarechtlich dahingehend auszulegen sein, dass eine ergänzende Verträglichkeits- und Abweichungsprüfung im Zulassungsverfahren erfolgen und damit dieses Nachfolgeverfahren einen Teil der abschließenden Konfliktbewältigung darstellen kann. Im Verfahren Kraftwerk Reuter hat das BVerwG die Auffassung befürwortet, dass die Aufgabe der Bauleitplanung dort ende, wo die Bewältigungsmöglichkeiten des nachfolgenden immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens eingreifen.<sup>25</sup> Denn es ist nicht die Aufgabe der Bauleitplanung, Entscheidungen zu treffen, die nach den Bestimmungen des BImSchG oder des AtG dem jeweiligen Genehmigungsverfahren, Vorbescheidsverfahren oder Anordnungsverfahren vorbehalten sind. Auch würde eine zu starke Verfeinerung der planerischen Aussagen das Planverfahren übermäßig – ggf. bis zur Grenze, an der die Aufstellung eines Bebauungsplans scheitern muss – belasten. Zudem würden die Ratsmitglieder, die für die Abwägung des

Plans verantwortlich sind, überfordert, wenn sie bereits im Bebauungsplan Festsetzungen treffen müssten, die den Regelungen entsprechen, welche die Fachbehörden auf der Grundlage umfangreicher wissenschaftlicher Erhebungen und Begutachtungen im Rahmen des fachbezogenen Genehmigungsverfahrens zu treffen haben. Auch kann es nicht Aufgabe der Bauleitplanung sein, auf Änderungen im Stand der Technik fortlaufend durch Änderungen des Bebauungsplans zu reagieren. Die eigene Planung der Gemeinde muss dabei auf der hinreichenden Wahrscheinlichkeit beruhen, dass der bisher ungelöst gebliebene Konflikt zumindest im Zeitpunkt der Plandurchführung durch andere Planungs- oder Verwaltungsträger in Übereinstimmung mit der eigenen planerischen Abwägung gelöst werden wird.<sup>26</sup>

Vergleichbare Überlegungen sind im Hinblick auf die Konflikte angezeigt, die sich aus dem europäischen Gebietsschutz ergeben. Die Verträglichkeitsprüfung muss den jeweils aktuellen Stand der fachlichen Erkenntnisse mit einbeziehen. Änderungen bis zur Zulassung des Vorhabens müssen in die Prüfung eingehen.<sup>27</sup> Die Planungsebene des Flächennutzungs- und Bebauungsplans kann daher nicht abschließend über die Projektzulassung entscheiden. Vielmehr bedarf es einer Konkretisierung und Nachsteuerung in der Projektzulassungsebene. Dies ist schon deshalb erforderlich, weil immer die neusten Erkenntnisse in die Zulassungsentscheidung eingehen müssen. Die Bauleitplanung kann daher nur eine erste Abschichtung in der Prüfung gemeinschaftsrechtlicher Anforderungen enthalten. Abschließend ist erst in der Projektzulassung über die Einhaltung der Anforderungen des europäischen Gebietsschutzes zu entscheiden.

Die Nichtanwendung der Vorschriften über die Verträglichkeits- und Abweichungsprüfung für die Projektzulassung im Geltungsbereich eines Bebauungsplans kann in der Praxis auch deshalb nicht durchgehalten werden, weil damit die gesamte Prüfung in das Bauleitplanverfahren verlagert würde, das diese Aufgabe nicht leisten kann. Gerade bei Großvorhaben wie einer Kraftwerksplanung kann bei der Aufstellung eines Bebauungsplans ein (immissionsschutzrechtliches oder wasserrechtliches) Zulassungsverfahren nicht integriert werden. Auch kann mit dem begrenzten Festsetzungskatalog des § 9 BauGB nicht ein Detaillierungsgrad von Nebenbestimmungen und Auflagen erreicht werden, wie sie Gegenstand einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung sein können. Dies wäre aber erforderlich, wenn die Anforderungen des europäischen Gebietsschutzes ggf. einschließlich von Vermeidungsmaßnahmen, CEF-Maßnahmen oder Kohärenzsicherungsmaßnahmen abschließend in der Bauleitplanung abgearbeitet werden müssten.

Ist im Rahmen der Planaufstellung die Verträglichkeits- und ggf. Abweichungsprüfung nicht vollständig oder in sonstiger Weise fehlerhaft abgearbeitet worden, ist der Bebauungsplan unwirksam und bietet keine Grundlage für die nachfolgenden Zulassungsverfahren, selbst wenn dort Defizite durch eine ergänzende Prüfung beseitigt worden sein sollten. Für alte

<sup>25</sup> BVerwG, B. v. 17.2.1984 – 4 B 191.83 – BVerwGE 69, 30 – Reuter-Kraftwerk; Urt. v. 23.1.1981 – 4 C 4.78 – BVerwGE 61, 295.

<sup>26</sup> BVerwG, B. v. 28.8.1987 – 4 N 1.86 – DVBl 1987, 1273 – Volksfürsorge; B. v. 7.9.1988 – 4 N 1.87 – BVerwGE 80, 184 – Schallschutzfenster.

<sup>27</sup> BVerwG, Urt. v. 12.3.2008 – 9 A 3.06 – BVerwGE 130, 299 = NuR 2008, 633 – Hessisch Lichtenau.

Bebauungspläne, die vor dem Inkrafttreten des BNatSchG 2010 aufgestellt worden sind, kann die Neuregelung in § 34 VIII BNatSchG ohnehin nicht gelten, weil diese noch unter den generell bestehenden Möglichkeiten des Konflikttransfers in Nachfolge- oder Begleitverfahren angetreten sind. Die Neuregelungen im BNatSchG 2010 haben daher durchaus das Zeug dazu, sich als handfestes Kuckucksei für die Kraftwerksplanung zu erweisen.

## 6. Datteln-Urteil

Ganz unabhängig davon bläst der Kraftwerksplanung seit einiger Zeit ohnehin der Wind stark ins Gesicht. Denn das Datteln-Urteil des OVG Münster<sup>28</sup> zu dem E.ON-Referenz-Steinkohlekraftwerk, das mit einer elektrischen Netto-Leistung von 1055 MW in Datteln errichtet wird, hat durchaus beachtliche juristische Hürden aufgebaut, bevor ein solches Großvorhaben ans Netz gehen kann.

Das Gericht hatte den dem Vorhaben zugrunde liegenden Bebauungsplan aus verschiedenen Gründen für unwirksam erklärt, die sich vor allem aus der Nichtbeachtung von verbindlichen Zielen der Landesplanung, aus einer mangelnden Konfliktbewältigung und anderen Abwägungsmängeln ergaben. Das OVG Münster hat dazu u.a. folgende Leitsätze aufgestellt:

*Der Landesentwicklungsplan NRW legt im Norden der Stadt Datteln zeichnerisch den Standort eines Kraftwerks als Ziel der Raumordnung fest. Hieran nicht angepasst nach § 1 IV BauGB und damit unwirksam ist ein Bebauungsplan, der den Standort für ein Steinkohlekraftwerk ca. 5 km südlich davon in der Nähe von Wohnbebauung festsetzt.*

*Bei dem geplanten Steinkohlekraftwerk handelt es sich um einen Störfallbetrieb. Im Hinblick auf den Störfallschutz enthält § 50 BImSchG eine gebietsbezogene planerische Abwägungsdirektive. Um dem Trennungsgrundsatz bei einer Neuplanung gerecht zu werden, muss der Plangeber sowohl den Betriebsbereich als auch die schutzbedürftigen Gebiete sachgerecht ermitteln und dabei die europarechtlichen Anforderungen der Seveso-II-Richtlinie beachten.*

*Das Gebot der planerischen Konfliktbewältigung ist bei einer Angebotsplanung verletzt, wenn die Lösung der durch die Bauleitplanung aufgeworfenen Probleme nahezu vollständig in ein nachfolgendes immissionsschutzrechtliches Genehmigungsverfahren verlagert wird und dadurch große Teile des Plangebiets hinsichtlich ihrer Umweltauswirkungen überhaupt nicht betrachtet werden.*

*Eine fehlerhafte FFH-Vorprüfung und eine unzureichende Berücksichtigung der allgemeinen Belange des Naturschutzes, der Landschaftspflege sowie des Bodenschutzes (Flächenverbrauch, Ausgleichsmaßnahmen) führen zu einem Abwägungsdefizit und damit zur Unwirksamkeit des Bebauungsplans.*

Das Datteln-Urteil, das inzwischen durch die Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde durch das BVerwG<sup>29</sup> rechtskräftig ist, hat in Kreisen von Kraftwerksbetreibern aber auch in den Amtsstuben der Städte und Gemeinden die Sorge hervorgerufen, dass auch die Bauleitpläne an anderen

Standorten den hohen qualitativen Anforderungen nicht standhalten könnten.

Erhöhte Abwägungserfordernisse ergeben sich nach dem Datteln-Urteil hinsichtlich einer Kraftwerksnutzung bereits im Zusammenhang mit der Aufstellung eines Bebauungsplans. Denn nach dem Urteil dürfen die wesentlichen Auswirkungen des Vorhabens nicht unesehen in das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren oder parallele Zulassungsentscheidungen verschoben werden. Die Abwägungserfordernisse sind daher im Hinblick auf die Kraftwerksplanung gesteigert. Dies schließt eine Beurteilung der FFH-Verträglichkeit des Vorhabens ein.

Während ein Teil der immissionsschutzrechtlichen Prüfung auch weiterhin in die nachfolgenden Zulassungsverfahren verschoben werden kann, müssen die gemeinschaftrechtlichen Anforderungen des europäischen Gebietsschutzes nach §§ 34 VIII, 36 BNatSchG 2010 abschließend bereits im Bebauungsplan abgearbeitet werden – keine ganz einfache Aufgabe, um die man die Planaufsteller an der nördlichen Kante des Ruhrgebietes nicht gerade beneiden kann.

## V. Artenschutz

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 VII BNatSchG geregelt. Für verbleibende unzulässige Eingriffe können unter den Voraussetzungen des § 67 BNatSchG Befreiungen erteilt werden. Das BVerwG 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.<sup>30</sup>

### 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 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>31</sup>

Bei der Prüfung, ob artenschutzrechtliche Verbotstatbestände erfüllt sind, steht der Planfeststellungsbehörde 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

<sup>28</sup> OVG Münster, Urt. v. 3.9.2009 – 10 D 121/07.NE – DVBl 2009, 1385 = NuR 2009, 801 m. Anm. Andrea Versteyl, NuR 2009, 819 – Steinkohlekraftwerk Datteln; Goppel, DVBl 2009, 1592; Stüer, DVBl 2010, 333.

<sup>29</sup> BVerwG, B. v. 16.3.2010 – 4 BN 66.09 – Datteln.

<sup>30</sup> Zum Folgenden Stüer, BauR 2010, 1521.

<sup>31</sup> BVerwG, B. v. 18.6.2007 – 9 VR 13.06 – Buchholz 406.400 § 42 BNatSchG 2002 Nr. 2 – B 178n – Löbau-Obercunnersdorf.

unzulänglichen oder gar ungeeigneten Bewertungsverfahren beruhen.<sup>32</sup>

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 in der Regel nicht geeignet, eine der Planung zugrunde liegende frühere, nach Methodik und Umfang ordnungsgemäße artenschutzrechtliche Bestandsaufnahme in Frage zu stellen.<sup>33</sup>

## 2. Verbotstatbestände des § 44 BNatSchG

Der Tatbestand des Tötungsverbots gemäß § 44 I Nr. 1 Alt. 1 BNatSchG ist bei der Gefahr von Kollisionen im Straßenverkehr nur dann erfüllt, wenn sich durch das Straßenbauvorhaben das Kollisionsrisiko für die geschützten Tiere unter Berücksichtigung der vorgesehenen Schadensvermeidungsmaßnahmen signifikant erhöht.<sup>34</sup>

Die Beseitigung eines Brutreviers mit regelmäßig benutzten Brutplätzen durch eine vollständige Baufeldbefreiung erfüllt den artenschutzrechtlichen Verbotstatbestand des § 44 I Nr. 1 BNatSchG. Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen nach § 15 II BNatSchG sind grundsätzlich nicht geeignet, die Verwirklichung artenschutzrechtlicher Verbotstatbestände nach § 44 I BNatSchG zu verhindern. Von den Verboten kann aber - gegebenenfalls noch während des gerichtlichen Verfahrens - eine Befreiung nach § 62 BNatSchG 2002 erteilt werden.<sup>35</sup>

Nahrungshabitate und potenzielle Brutreviere sind vom Schutzbereich des § 44 I 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.<sup>36</sup> Wanderkorridore der Amphibien sind keine Wohn- oder Zufluchtsstätten i.S.v. § 44 I Nr. 1 BNatSchG.<sup>37</sup>

Bei der Frage, ob ein artenschutzrechtlicher Verbotstatbestand erfüllt ist – wie etwa das Tötungsverbot gemäß § 44 I Nr. 1 BNatSchG – steht der Planfeststellungsbehörde eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative zu. Die in diesem Rahmen getroffenen, auf fachgutachtliche Stellungnahmen gestützten Annahmen der Planfeststellungsbehörde unterliegen gerichtlicher 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>38</sup>

## 3. Fortpflanzungs- oder Ruhestätten

Was als Fortpflanzungs- oder Ruhestätte i.S.d. Art. 12 I 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 im Sinne des Art. 12 I d der Habitat-RL sein. Im deutschen Artenschutzrecht kommt dieser funktionale Gesichtspunkt bei der Anwendung des § 42 V 2 und 3 BNatSchG zum Tragen.<sup>39</sup>

Eine naturschutzfachliche Meinung ist einer anderen Einschätzung erst dann überlegen oder vorzugswürdig, wenn sich diese Auffassung als allgemein anerkannter Standpunkt der Wissenschaft durchgesetzt hat und die gegenteilige Meinung als nicht (mehr) vertretbar angesehen wird.<sup>40</sup> Ein solcher fachlicher Beurteilungsspielraum ist auch Zusammenhang mit der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung anerkannt worden<sup>41</sup>.

## 4. Einschränkung der Verbotstatbestände nach § 44 V NatSchG

Für nach § 15 zulässige Eingriffe in Natur und Landschaft sowie für Vorhaben im Sinne des § 18 II 1, die nach den Vorschriften des BauGB zulässig sind, gelten die Zugriffs-, Besitz- und Vermarktungsverbote nach Maßgabe des § 44 V

<sup>32</sup> BVerwG, Urt. 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).

<sup>33</sup> BVerwG, Urt. v. 12.8.2009 – 9 A 64.07 – DVBl 2010, 395 (LS) – Autobahn A 33: Bielefeld-Steinhagen.

<sup>34</sup> BVerwG, Urt. 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 II (VKE 20).

<sup>35</sup> BVerwG, Urt. 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, Urt. v. 10.1.2006 – C-98/03 – NVwZ 2006, 319, dort auch zu den Merkmalen eines dem Beeinträchtungsverbot des Art. 4 IV 1 Vogelschutz-RL unterliegenden faktischen Vogelschutzgebietes.

<sup>36</sup> BVerwG, B. v. 13.3.2008 – 9 VR 9.07 – Buchholz 451.91 Europ UmweltR Nr. 33; *Nolte*, jurisPR-BVerwG 23/2008 Anm. 4; *Fehrensens*, NuR 2008, 483 – A 4 Jagdbergtunnel (Jena).

<sup>37</sup> BVerwG, B. 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.

<sup>38</sup> BVerwG, B. 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. 9.7.2008 – 9 A 14.07 –.

<sup>39</sup> BVerwG, Urt. 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 V 2 und 3 BNatSchG; BVerwG, B. v. 14.1.2010 – 1 BvR 3009/09 – (Nichtannahme).

<sup>40</sup> BVerwG, Urt. 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.

<sup>41</sup> BVerwG, Urt. v. 17.1.2007 – 9 C 1.06 – BVerwGE 128, 76 = DVBl 2007, 641 – Bad Laer



Sätze 2 bis 5 BauGB. Sind in Anhang IV Buchstabe a der FFH-RL aufgeführte Tierarten, europäische Vogelarten oder solche Arten betroffen, die in einer entsprechenden Rechtsverordnung (§ 54 V Nr. 2 BNatSchG) aufgeführt sind, liegt ein Verstoß gegen das Verbot des § 44 I Nr. 3 BNatSchG und im Hinblick auf damit verbundene unvermeidbare Beeinträchtigungen wild lebender Tiere auch gegen das Verbot des § 34 I Nr.1 BNatSchG nicht vor, soweit die ökologische Funktion der von dem Eingriff oder Vorhaben betroffenen Fortpflanzungs- oder Ruhestätten im räumlichen Zusammenhang weiterhin erfüllt wird. Soweit erforderlich, können auch vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen festgesetzt werden. Die ökologischen Funktionen der Fortpflanzungs- oder Ruhestätten müssen im räumlichen Zusammenhang weiterhin gewahrt bleiben. Die Regelung erfasst neben den Planfeststellungsverfahren auch die Bauleitplanung, nicht aber Vorhaben im Innenbereich oder im Außenbereich. Allerdings kann im nicht beplanten Innenbereich eine Entscheidung nach § 15 BNatSchG herbeigeführt werden mit der Folge, dass dann auch für solche Vorhaben § 44 V BNatSchG anwendbar ist.

Art. 5 b Vogelschutz-RL schließt es nicht aus, § 44 V 2 und 3 BNatSchG auf aktuell nicht besetzte Fortpflanzungsstätten von Exemplaren europäischer Vogelarten anzuwenden.<sup>42</sup>

### 5. Einschränkung der Verbotstatbestände durch die Neuregelung des Artenschutzrechts

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.<sup>43</sup>

### 6. Ausnahmen nach § 45 VII BNatSchG

Werden die Verbotstatbestände des § 44 I BNatSchG erfüllt, können nach § 45 VII 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 Ausnahmeveraussetzungen 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>44</sup>

<sup>42</sup> BVerwG, Urt. 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 V 2 und 3 BNatSchG; BVerfG, B. v. 14.1.2010 – 1 BvR 3009/09 – (Nichtannahme).

<sup>43</sup> BVerwG, Urt. 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).

<sup>44</sup> BVerwG, Urt. v. 9.6.2010 – 9 A 20.08 – Querspange Bochum A 4.

### 7. Befreiungen nach § 67 BNatSchG

Auch raumstrukturelle Entwicklungs- und Erschließungsabsichten sind prinzipiell geeignet, sich im Rahmen einer Befreiungsentscheidung i.S.v. § 67 i.V.m. Art. 16 I c) der Habitat-RL gegenüber einem gegenläufigen Belang des Artenschutzes durchsetzen zu können; die Entscheidung darüber hängt vom jeweiligen Gewicht der widerstreitenden Belange ab.<sup>45</sup>

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

Die für den Habitatschutz geltenden Anforderungen können nicht unesehen und unterschiedslos auf den allgemeinen Artenschutz übertragen werden.<sup>46</sup> Vielmehr sind die Anforderungen an den Artenschutz in mehrfacher Hinsicht weniger streng als die des Gebietsschutzes.<sup>47</sup> Während ein Projekt die Anforderungen an die Gebietsverträglichkeit nur einhält, wenn keine vernünftigen Zweifel daran verbleiben<sup>48</sup>, ist der artenschutzrechtliche Verbotstatbestand erst dann erfüllt, wenn dessen Erfüllung aus naturschutzfachlicher Sicht feststeht. Worst-Case-Betrachtungen und Restrisiken sind da nicht am Platz.

### 9. Artenschutz in der Bauleitplanung

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 I Nr. 1 und 3 BNatSchG gelten allerdings nicht uneingeschränkt.<sup>49</sup> Die Verbotstatbestände

<sup>45</sup> BVerwG, B. 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 A 94 (Abschnitt Dorfen); zum Neubau der A 94 im Abschnitt Forstinning-Pastetten siehe auch die BVerwG, B. v. 5.12.2008 – 9 B 29.08 und 9 B 30.08 –.

<sup>46</sup> BVerwG, Urt. 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).

<sup>47</sup> Zum Gebietsschutz *Stüer*, DVBl 2007, 416; *ders.*, NVwZ 2007, 1147; *ders.*, DVBl 2009, 1145; *ders.*, DVBl 2010, 1; *ders.*, DVBl 2010, 242.

<sup>48</sup> BVerwG, Urt. 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; *Stüer*, NVwZ 2007, 1147; *Steeck*, NVwZ 2009, 616; *Kremer*, ZUR 2007, 299 – Westumfahrung Halle, Abgrenzung zu Urt. v. 16.3.2006 – 4 A 1075.04 – BVerwGE 125, 116 – Schönefeld, m. Hinw. auf EuGH, Urt. v. 10.1.2006 – C-98/03 – Slg. 2006, I-53; Urt. v. 27.1.2000 – 4 C 2.99 – BVerwGE 110, 302 – Hildesheim I; Urt. v. 15.1.2004 – 4 A 11.02 – BVerwGE 120, 1; B. v. 26.11.2007 – 4 BN 46.07 –; VGH Kassel, Urt. v. 2.1.2009 – 11 B 368/08.T; OVG Münster, Urt. v. 13.12.2007 – 8 A 2810.04 –.

<sup>49</sup> Zum Artenschutz in der Bauleitplanung *Köck* ZUR 2006, 518; *Pauli* BauR 2008, 759; *Dziallas* NZBau 2008, 429. Zu den



sind nach § 44 V 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 § 1 a III BauGB im Bebauungsplan festgesetzt oder in städtebaulichen Verträgen vereinbart werden.<sup>50</sup> Diese Möglichkeit 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.<sup>51</sup> 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 *BVerwG* zum Polizeipräsidium Magdeburg<sup>52</sup> klar ist.<sup>53</sup>

Sollen durch einen Bebauungsplan Eingriffe zugelassen werden, die artenschutzrechtliche Verbotstatbestände erfüllen, sind die Ausnahmevoraussetzungen des § 45 VII BNatSchG abzuarbeiten. Bleiben unzumutbare Belastungen, kann nach § 67 BNatSchG eine Befreiung erteilt werden. Der Begriff „offenbar nicht beabsichtigten Härte“, wie er für die Befreiungen von den Festsetzungen des Bebauungsplans in § 31 II 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.<sup>54</sup> Für Vorhaben im Außenbereich sind die artenschutzrechtlichen Regelungen in §§ 44, 45, 67 BNatSchG in voller Breite anzuwenden.

## VI. Naturschutzrecht verlangt Beachtung

Der kleine Streifzug durch Fallbeispiele aus dem Naturschutz- und Umweltrecht belegt, entlässt den Betrachter wohl eher mit ambivalenten Eindrücken. Natürlich: Das Abwägungsgebot ist immer noch ein wichtiges Kernstück der Bau- und Fachplanung. Aber stärker als bisher treten bei dem schwierigeren Hürdenlauf der Planung rote Ampeln auf, die erst einmal auf „grün“ gestellt werden müssen, bevor die Reise so richtig Fahrt aufnehmen kann.

Zugriffsverboten im Zulassungs- und Bauleitplanverfahren *Louis* NuR 2009, 91.

<sup>50</sup> BVerwG, Urt. v. 19.9.2002 – 4 CN 1.02 – DVBl 2003, 204 = BauR 2003, 209.

<sup>51</sup> *Stüer*, in: Battis/Söfker/Stüer (Hrsg.), FS Krautzberger, 2008, S. 63; *Schuster* VBIBW 2009, 174. Zum besonderen Artenschutzrecht in der kommunalen Bauleitplanung *Gellermann* NuR 2007, 132; *Fischer* NuR 2007, 307.

<sup>52</sup> BVerwG, Urt. v. 11.1.2001 – 4 C 6.00 – BVerwGE 112, 321 = ZfBR 2001, 271 – Polizeipräsidium Magdeburg.

<sup>53</sup> OVG Münster, B. v. 6.2.2009 – 7 B 1767/08 – mit Hinweis auf OVG Münster, Urt. v. 30.1.2009 – 7 D 11/08 – NuR 2009, 421.

<sup>54</sup> BVerwG, Urt. v. 17.1.2007 – 9 C 1.06 – BVerwGE 128, 76 = DVBl 2007, 641 = NVwZ 2007, 581 – Bad Laer, im Anschluss an Urt. v. 27.10.2000 – 4 A 18.99 – BVerwGE 112, 140 zu § 17 VI c 2 FStrG a.F.