

Prof. Dr. Bernhard Stüer*

Europäischer und deutscher Artenschutz statt Energiewende?

Die Bundesregierung der Ampelkoalition hat sich u.a. die Energiewende als eines der wesentlichen Ziele 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 Artenschutz in die Quere? Enden nicht der anfängliche durch Selfies verbreitete Elan und der Fortschrittsglaube, 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 Habitat-RL⁴ bildet zusammen mit der Vogelschutz-RL⁵ ein umfassendes rechtliches Instrumentarium für einen grenzübergreifenden Arten- und Gebietsschutz in der Europäischen Union, das die dauerhafte Erhaltung der natürlichen Lebensräume und der Arten von gemeinschaftlichem Interesse gewährleisten soll.⁶ Wie passt das mit der beabsichtigten Energiewende zusammen?

I. Vorgaben des europäischen Artenschutzes

Nach Art. 12 Habitat-RL treffen die Mitgliedstaaten die notwendigen Maßnahmen, um ein strenges Schutzsystem für die in Anhang IV 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 sowie (d) jede Beschädigung oder Vernichtung der Fortpflanzungs- oder Ruhestätten. Nach Art. 13 Abs. 1 Habitat-RL ergreifen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen, um ein striktes Schutzsystem für die in Anhang IV b angegebenen Pflanzenarten aufzubauen.

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

stellungsbehörde 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 Habitat-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.

Die Regelungen haben es durchaus in sich. Anhang IV-Arten der Habitat-RL unterliegen den Verbotstatbeständen des Art. 12 Habitat-RL. Dies gilt für absichtliche Eingriffe, aber auch jede Beschädigung der Fortpflanzungs- oder Ruhestätten. Immerhin kann unter den Voraussetzungen des

* Rechtsanwalt FAVerwR, Münster/Osnabrück.

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

2 EuGH, Urteil vom 2.7.2020 – Rs. C-477/19 (Wien Feldhamster I); Urteil vom 28.10.2021 – Rs. C-357/20 (Wien Feldhamster II).

3 Zum Folgenden Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 6. Aufl. 2022, Rn. 3958.

4 Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21.5.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wild lebenden Tiere und Pflanzen ABl. Nr. L 206 S. 7, zuletzt geändert durch Anhang III Nr. 30 ÄndVO (EG) 1882/2003 vom 29.9.2003 – ABl. Nr. L 284 S. 1.

5 Richtlinie 79/409/EWG des Rates vom 2.4.1979 über die Erhaltung der wild lebenden Vogelarten ABl. Nr. L 103 S. 1, zuletzt geändert durch EU-Beitrittsakte 2003 vom 16.4.2003, ABl. Nr. L 236 S. 33.

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

Art. 16 Habitat-RL von den Verbotstatbeständen eine Ausnahme zugelassen werden. Das Schutzsystem der Vogelschutz-RL ist sogar noch strenger. Wird der Verbotstatbestand des Art. 5 Vogelschutz-RL erfüllt, sind Infrastrukturprojekte nur unter den Voraussetzungen des Art. 9 Vogelschutz-RL zulässig. Die Vogelschutzgebiete können in FFH-Gebiete einbezogen werden und damit in den geringeren Schutzstatus der Habitat-RL überwechseln.

II. Entscheidungen des EuGH

Vor diesem Hintergrund haben verschiedene Entscheidungen des EuGH in der Fachwelt gelegentlich zu Unsicherheiten, jedenfalls aber zu einem verschärften Nachdenken geführt.

1. Caretta-Urteil

In einem Vertragsverletzungsverfahren gegen die Republik Griechenland wegen des Schutzes der Meeresschildkröte *Caretta caretta* hat sich der EuGH⁷ u.a. mit der Frage befasst, unter welchen Voraussetzungen von einer absichtlichen Störung der Meeresschildkröte i.S.d. Art. 12 Abs. 1 b Habitat-RL auszugehen ist. Nach den Feststellungen der Kommission wurden Strände und Buchten der griechischen Insel Zakynthos, die der Meeresschildkröte als Fortpflanzungsstätte dienen, mit Mopeds bzw. Tretbooten und sonstigen Booten befahren, obwohl das Gebiet nach griechischem Recht den Status einer absoluten Schutzzone hatte, Schilder aufgestellt worden waren, die auf das Vorhandensein von Schildkrötennestern hinwiesen, und der Verkehr von Mopeds auf den Fortpflanzungsstränden verboten war. Der EuGH stufte diese Handlungen als „absichtliche Störungen der betroffenen Tierart während der Fortpflanzungszeit i.S. des Art. 12 Abs. 1 b der Richtlinie“ ein. Griechenland habe nicht innerhalb der gesetzten Frist alle erforderlichen Maßnahmen ergriffen, um die absichtliche Störung der Meeresschildkröte während der Fortpflanzungszeit sowie die Beschädigung oder Vernichtung ihrer Fortpflanzungsstätten (durch das Vorhandensein illegaler Bauwerke) zu verhindern und hierdurch gegen seine Verpflichtungen aus Art. 12 Abs. 1 b und d Habitat-RL verstoßen.

2. Vertragsverletzungsverfahren gegen das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland

Im Rahmen eines gegen das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland gerichteten Vertragsverletzungsverfahrens hat sich der EuGH⁸ erneut mit der Frage der Auslegung des in Art. 12 Abs. 1 Habitat-RL verwendeten Abrechtsbegriffs befasst. Die der Umsetzung der Art. 12, 13 und

16 Habitat-RL dienenden Verbotstatbestände sollten nach nationalem Recht nicht eingreifen, „wenn die in Frage stehende Handlung im Zusammenhang mit einer rechtmäßigen Tätigkeit vorgenommen“ wird. Danach waren „Handlungen, die den Tod von Tieren der geschützten Arten oder die Beschädigung oder Zerstörung ihrer Fortpflanzungs- und Ruhestätten verursachen, zulässig, wenn diese Handlungen als solche rechtmäßig sind“. Der EuGH beanstandete diese Regelung mit der Begründung, dass „eine solche Ausnahme, die auf der Rechtmäßigkeit der Handlung beruht, ... dem Geist und Zweck der Richtlinie und dem Buchstaben von Artikel 16 der Richtlinie zuwiderläuft“. Art. 12, 13 und 16 der Richtlinie bilden danach ein geschlossenes Schutzsystem. Jede mit der Richtlinie unvereinbare Ausnahme zu den Artenschutzbestimmungen verletzt daher nach Auffassung des EuGH sowohl die Verbote der Art. 12 oder 13 als auch die Ausnahmebestimmung des Art. 16 Habitat-RL.⁹ Und eines wird durch die Entscheidung wohl auch klar: Auch ein zugelassenes Infrastrukturvorhaben könnte einen absichtlichen Eingriff in besonders geschützte Arten zur Folge haben – kein gutes Omen für solche Vorhaben, die bei Erfüllung der Verbotstatbestände durch das Nadelöhr der Ausnahmetatbestände gefädelt werden müssen.

3. Europarechtswidrigkeit des BNatSchG 2002

Aber es sollte noch etwas heftiger kommen. In einem Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland erklärte der EuGH¹⁰ auch noch verschiedene Regelungen des BNatSchG für europarechtswidrig. § 43 Abs. 4 BNatSchG 2002 dürfe nicht kurzerhand Eingriffe, die nach § 19 BNatSchG 2002 zugelassen worden seien, von den Anforderungen in Art. 16 Habitat-RL freistellen. Vielmehr seien auch solche Eingriffe an den Verbotstatbeständen der Art. 12 und 13 Habitat-RL und an den Ausnahmevoraussetzungen des Art. 16 Habitat-RL zu messen.

4. Verbotstatbestände des Art. 12 Habitat-RL

Art. 12 Abs. 1 d Habitat-RL, der ein Verbot der Beschädigung oder Vernichtung der Fortpflanzungs- oder Ruhestätten vorsieht, erfasst nicht nur absichtliche, sondern auch unabsichtliche Handlungen.¹¹

7 EuGH, Urteil vom 30.1.2002 – Rs. C-103/00, Slg. 2002 I-1163.

8 EuGH, Urteil vom 20.10.2005 – Rs. C 6/04, Tenor veröffentlicht in ABl. C 315 vom 10.12.2005, S. 5.

9 EuGH, Urteil vom 20.10.2005 – Rs. C-6/04, Rn. 112.

10 EuGH, Urteil vom 10.1.2006 – Rs. C-98/03, NuR 2006, 166.

11 EuGH, Urteil vom 10.1.2006 – Rs. C-98/03, Slg. 2006, I-53 (Kommission ./ Bundesrepublik Deutschland).

Nach Art. 12 Abs. 1 Habitat-RL treffen die Mitgliedstaaten die notwendigen Maßnahmen, um ein strenges Schutzsystem für die in Anhang IV 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 IV 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 die 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.¹²

Mit diesen Grundaussagen hat der EuGH im zweiten Durchgang des Vorabentscheidungsersuchens des Verwaltungsgerichts Wien¹³ den Anwendungsbereich des artenschutzrechtlichen Beschädigungs- und Vernichtungsverbots in Art. 12 Abs. 1 Habitat-RL recht weit gezogen.

Ein Mitgliedstaat verstößt gegen seine Verpflichtungen aus Art. 12 b und d 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.

Art. 12 Abs. 1 Buchst. d Habitat-RL steht einer innerstaatlichen Praxis entgegen, wonach in dem Fall, dass die kontinuierliche ökologische Funktionalität in dem natürlichen

Lebensraum der betroffenen Art in einem einzelnen Gebiet trotz Vorsorgemaßnahmen durch Beschädigung, Zerstörung oder Verschlechterung, unmittelbar oder mittelbar, einzeln oder kumulativ mit anderen Maßnahmen verloren geht, das in dieser Bestimmung vorgesehene Verbot erst dann Anwendung findet, wenn sich der Erhaltungszustand der betroffenen Art zu verschlechtern droht.¹⁴

5. Absichtsbegriff

Der Verkehr von Mopeds auf dem Sandstrand der Insel Zakynthos stellen absichtliche Störungen der Meeresschildkröte *Caretta caretta* während der Fortpflanzungszeit i.S.d. Art. 12 Abs. 1 b 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.d. Art. 12 Abs. 1 d Habitat-RL herbeizuführen.¹⁵ Das Tatbestandsmerkmal der Absichtlichkeit in Art. 12 Abs. 1 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.¹⁶ Die Umsetzung von Art. 12 Habitat-RL, der die Mitgliedstaaten verpflichtet, die notwendigen Maßnahmen zu treffen, um ein strenges Schutzsystem für die in Anhang IV a) 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.¹⁷

6. Ausnahmefälle nach Art. 16 Habitat-RL

Art. 16 Habitat-RL, der genau die Voraussetzungen festlegt, unter denen die Mitgliedstaaten von den Art. 12 bis 15 a und b Habitat-RL abweichen dürfen, ist restriktiv auszulegen. Ferner bilden die Art. 12, 13 und 16 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 Habitat-RL verletzt.¹⁸ Nach Art. 16 Abs. 1 Habitat-RL ist der günstige Erhaltungszustand der Populationen der betroffenen Arten in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet in der Regel eine unabdingbare Voraussetzung für die Zulassung der in dieser Vorschrift vorgesehenen Ausnahmen. Der Ausdruck „Verweilen in einem günstigen Erhaltungszustand“ in Art. 16 Abs. 1 Habitat-RL bezieht sich auf eine Situation, die in Art. 1 i Habitat-RL definiert ist und die durch allgemeine Kriterien im ersten Absatz von i so-

12 EuGH, Urteil vom 28.10.2021 – Rs. C-357/20 (Feldhamster II), in diesem Heft S. 275 ff.

13 EuGH, Urteil vom 2.7.2020 – Rs. C-477/19 (Feldhamster I).

14 EuGH, Urteil vom 4.3.2021 – Rs. 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.

15 EuGH, Urteil vom 30.1.2002 – Rs. C-103/00, Slg. 2002 I-1163.

16 EuGH, Urteil vom 18.5.2006 – Rs. C-221/04 -519.2006, 1-4515 (Kommission ./ Königreich Spanien); Urteil vom 18.5.2006 – Rs. C-221/04 (Kommission ./ Königreich Spanien).

17 EuGH, Urteil vom 11.1.2007 – Rs. C-183/05, Slg. 2007,1-137 (Kommission ./ Irland).

18 EuGH, Urteil vom 20.10.2005 – Rs. C-6/04, Slg. 2005, 1-9017 (Kommission ./ Vereinigtes Königreich Großbritannien und Nordirland).

wie durch einige kumulative Kriterien gekennzeichnet ist. Ein Ausnahmetatbestand für eine gewerbliche land- oder forstwirtschaftliche Nutzung ist in Art. 16 Abs. 1 Habitat-RL nicht vorgesehen.¹⁹ Art. 16 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 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.v. Art. 16 Abs. 1 b Habitat-RL geeignet ist. Diese Bestimmung ist als Ausnahmeregelung eng auszulegen. Die Beweislast für das Vorliegen der Abweichungsvoraussetzungen trifft den Vorhabenträger und 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 Habitat-RL genannten Gründe, Bedingungen und Anforderungen Bezug genommen wird. Nach Art. 16 Abs. 1 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 III ihres Leitfadens zum strengen Schutz der Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse gemäß Habitat-RL²⁰ muss ausgeschlossen werden, dass die Tötung einer Reihe von Exemplaren sich auf das in Art. 16 Abs. 1 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.²¹ Im Falle eines ungünstigen Erhaltungszustands der Populationen der betroffenen Art sind Ausnahmen nach Art. 16 Abs. 1 Habitat-RL zulässig, wenn sachgemäß nachgewiesen ist, dass sie weder den ungünstigen Erhaltungszustand dieser Populationen weiter verschlechtern noch die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands behindern; darüber hinaus müssen keine „außergewöhnlichen Umstände“ vorliegen.²²

Die in Art. 5 Vogelschutz-RL vorgesehenen Verbote erfassen nicht nur bedrohte oder in ihrer Population rückläufige Arten des Anhangs I.

Die in Art. 12 Abs. 1 Buchst. a bis c Habitat-RL enthaltenen Verbote beziehen sich auch auf menschliche Tätigkeiten wie forstwirtschaftliche Maßnahmen oder eine Erschlie-

ßung, mit denen offenkundig ein anderer Zweck als das Töten oder Stören von Tierarten verfolgt wird, auch wenn kein Risiko besteht, dass sich die Maßnahme negativ auf den Erhaltungszustand der betroffenen Arten auswirkt. Der Schutz dieser Bestimmung gilt auch für Arten, die einen günstigen Erhaltungszustand erreicht haben.

III. Artenschutzrechtliche Vorgaben der Vogelschutz-RL

Neben die Vorgaben in Art. 12 bis 16 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 Vogelschaar“ umfassen.²³

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.²⁴

2. Schutzpflichten

Die Vogelschutz-RL verpflichtet die Mitgliedstaaten vorbehaltlich der durch Art. 9 Vogelschutz-RL geschaffenen Mög-

19 EuGH, Urteil vom 10.5.2007 – Rs. C-508/04, Slg. 2007, I-3787 (Kommission./ Republik Österreich).

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

21 EuGH, Urteil vom 14.6.2007 – Rs. C-342/05, Slg. 2007, I-4713 (Finnische Wolfsjagd), m. Hinw. auf Urteil vom 8.6.2006 – Rs. C-60/05, 319; *Stüer*, DVBl 2010, 178; *Nolte*, jurisPR-BVerwG 5/2010 Anm. 6, 6/2010 Anm. 6 (Habitat-Verträglichkeitsprüfung – Hildesheim II); EuGH, Urteil vom 15.10.2009 – Rs. C-263/08, NuR 2009, 773; EuGH, Urteil vom 14.6.2007 – Rs. C-342/05 („Wolfsjagd“), Slg. 2007, I-4713.

22 BVerwG, Urteil vom 14.4.2010 – 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, Beschluss vom 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, Urteil vom 15.10.2009 – Rs. C-263/08, NuR 2009, 773; EuGH, Urteil vom 14.6.2007 – Rs. C-342/05 („Wolfsjagd“), Slg. 2007, I-4713.

23 Zum Folgenden *Stüer*, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 6. Aufl. 2022, Rn. 3929.

24 EuGH, Urteil vom 8.2.1996 – Rs. C-202/94, ABl. EG 1996, Nr. C 108, 3 = Slg 1996, I-355.

lichkeit 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 dagegen nicht für Vögel, die in Gefangenschaft geschlüpft sind und aufgezogen wurden.²⁵

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 in Verbindung mit Anhang II der Vogelschutz-RL den Fang und die Haltung der Arten *Passer italiae*, *Passer montanus* und *Sturnus vulgaris* erlaubt.²⁶ Art. 7 Abs. 4 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 – aufgrund der durchschnittlichen Brut- und Aufzuchtzyklen sowie der Wanderungsbewegungen ermittelte – Mehrzahl der Vögel einer bestimmten Art beschränkt werden.

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 bei der Vogelschutz-RL insofern besondere Bedeutung zu, als die Verwaltung des gemeinsamen Erbes den Mitgliedstaaten für ihr jeweiliges Hoheitsgebiet anvertraut ist.²⁷

3. Abweichung von Verbotstatbeständen nach Art. 9 Vogelschutz-RL

Nach Art. 9 Vogelschutz-RL dürfen die Mitgliedstaaten von den Verboten des Art. 5 Vogelschutz-RL nur durch Maßnahmen abweichen, die eine hinreichend ausführliche Bezugnahme auf die in Art. 9 Abs. 1 und 2 Vogelschutz-RL genannten Punkte enthalten.²⁸ Nach Art. 9 Abs. 1 c 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.²⁹

Bei Art. 9 Vogelschutz-RL handelt es sich um eine Ausnahmeregelung, 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.³⁰ Für die Ausnahmeveraussetzungen in der Vogelschutz-RL gelten daher dieselben Grundsätze wie bei der Habitat-RL.³¹ Nach Art. 9 Abs. 1 c Vogelschutz-RL ist ein Mitgliedstaat allerdings berechtigt, den Fang geschützter Arten für eine vernünftige Nutzung zuzulassen, sofern es keine andere zufriedenstellende Lösung gibt. Die Anzahl der Exemplare, die gefangen werden dürfen, ist dabei in einer Höhe festzusetzen, die zur Vermeidung der Nachteile objektiv notwendig ist und bei der die in dieser Bestimmung genannte Höchstgrenze der „geringen Mengen“ eingehalten ist.³²

IV. Kleine Artenschutznovelle

Durch die Ende 2007 in Kraft getretene und in das BNatSchG 2010 übernommene kleine Artenschutznovelle³³ hat das Artenschutzrecht vor dem Hintergrund dieser europarechtlichen Vorgaben eine neue Grundlage erhalten (§§ 44, 45, 67 BNatSchG)³⁴. 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 Habitat-RL und Art. 5 bis 7, 9 Vogelschutz-RL angepasst worden. Nach Art. 12 Habitat-RL verbotene Eingriffe in Anhang IV-Arten sind nur unter den Ausnahmeveraussetzungen des Art. 16 Habitat-RL zulässig. Zudem ist Art. 5 Vogelschutz-RL zu beachten. Ausnahmen können hier wegen der

25 EuGH, Urteil vom 8.2.1996 – Rs. C-149/94, ABl. EG 1996, Nr. C 95, 2 = Slg 1996, I-299 – in Gefangenschaft geschlüpft und aufgezogenes Exemplar.

26 EuGH, Urteil vom 17.5.2001 – Rs. C-159/99, Slg 2001, I-4007 = ABl. EG 2001, Nr. C 200, 19 = DVBl 2001, 1269 = NVwZ 2002, 459 (Vertragsverletzung Italien).

27 EuGH, Urteil vom 7.12.2000 – Rs. C-38/99, Slg 2000, I-10941-10978 = ABl. EG 2001, Nr. C 118, 1 = NuR 2001, 207 (Vertragsverletzung Frankreich – Jagdzeiten).

28 EuGH, Urteil vom 16.10.2003 – Rs. C-182/02, Slg. 2003, I-12105 (Ligue pour la protection des oiseaux).

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

30 EuGH, Urteil vom 8.6.2006 – Rs. C 60105, Slg. 2006, I-5083 (WWF Italia).

31 EuGH, Urteil vom 12.6.2007 – Rs. C 507/04, Slg. 2007, I-5939 (Kommission J. Republik Österreich).

32 EuGH, Urteil vom 12.12.1996 – Rs. C-10/96, Slg 1996, I-6775.

33 Erstes Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes BT-Drucks. 16/5100; BT-Drucks. 16/6780; BR-Drucks. 733/07; *Stüer*, in: Battis/Söfker/Stüer, FS Krautzbeger, 2008, S. 63.

34 Zum Folgenden *Stüer*, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 6. Aufl. 2022, Rn. 3986.

strengen Fassung des Art. 9 Vogelschutz-RL für Infrastrukturprojekte nur unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten erteilt werden.³⁵

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 IV der Habitat-RL und die nach der Vogelschutz-RL geschützten Vögel (europarechtlich geschützte Arten) werden durch die Verbotstatbestände 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 schließt sich ggf. die Prüfung von Ausnahmen (§ 45 Abs. 7 BNatSchG) (3. Schritt) bzw. Befreiungen § 67 BNatSchG (4. Schritt) an.³⁶

1. Verbotstatbestände (§ 44 Abs. 1 BNatSchG)

Die Verbotstatbestände sind in § 44 Abs. 1 BNatSchG damals neu gefasst und an den europarechtlichen Rahmen angegliedert (1. Schritt).³⁷ Danach ist es verboten, (1) wild lebenden Tieren der besonders geschützten Arten nachzustellen, sie zu fangen, zu verletzen oder zu töten oder ihre Entwicklungsformen aus der Natur zu entnehmen, zu beschädigen oder zu zerstören, (2) wild lebende Tiere der streng geschützten Arten und der europäischen Vogelarten während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Mauser-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten erheblich zu stören; eine erhebliche Störung liegt vor, wenn sich durch die Störung der Erhaltungszustand der lokalen Population einer Art verschlechtert, (3) Fortpflanzungs- oder Ruhestätten der wild lebenden Tiere der besonders geschützten Arten aus der Natur entnommen, beschädigt oder zerstören werden, (4) wild lebende Pflanzen der besonders geschützten Arten oder ihre Entwicklungsformen aus der Natur zu entnehmen, sie oder ihre Standorte zu beschädigen oder zu zerstören (Zugriffsverbote).

Das Tötungsverbot kann hinsichtlich möglicher Zusammenstöße mit dem Straßenverkehr nur erfüllt sein, wenn sich das Kollisionsrisiko durch das Vorhaben signifikant erhöht.³⁸ Entstehende Risiken etwa für Fledermäuse können ggf. durch Überflughilfen im Querungsbereich sowie Pflanzungen von hochwüchsigen Gehölzen und Bäumen oder dichte Unterpflanzungen verhindert werden, die vor allem dem Schutz niedrig fliegender Fledermausarten wie etwa den Bechsteinfledermäusen dienen.³⁹ Die Prüfung, ob von einem Planvorhaben ggf. geschützte Tier- und Pflanzenarten betroffen sind, verpflichtet die planende Gemeinde nicht, ein lückenloses Arteninventar zu erstellen. Die Untersuchungstiefe hängt vielmehr maßgeblich von den naturräumlichen Gegebenheiten im Einzelfall ab.⁴⁰ Das arten-

schutzrechtliche Tötungsverbot ist nicht erfüllt, wenn das vorhabenbedingte Tötungsrisiko unter Berücksichtigung von Schadensvermeidungsmaßnahmen nicht höher ist als das Risiko, dem einzelne Exemplare der jeweiligen Art im Rahmen des allgemeinen Naturgeschehens stets ausgesetzt sind. Das gilt nicht nur für das betriebsbedingte Risiko von Kollisionen im Straßenverkehr⁴¹, sondern auch für bau- und anlagebezogene Risiken^{42, 43}.

Die Zugriffsverbote beziehen sich neben dem Tötungsverbot (1) auch auf erhebliche Störungen während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Mauser-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten (2). Damit führt das Gesetz einen Erheblichkeitsmaßstab ein, der an die Verschlechterung der lokalen Population geknüpft ist. Die artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände werden hierdurch stärker an die Terminologie der Habitat-RL angelehnt. Das in § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG geregelte Störungsverbot stellt wie in der Habitat-RL auf bestimmte Zeiträume und nicht mehr – wie früher – auf bestimmte Örtlichkeiten ab. Das Störungsverbot wird einheitlich für die Habitat-RL durch erhebliche Störungen ausgelöst. Bisher waren Eingriffe von den besonderen artenschutzrechtlichen Verboten freigestellt, wenn die Verbotverstöße bei der Durchführung eines Eingriffs nicht absichtlich erfolgten (§ 43 Abs. 4 BNatSchG 2002). Dies ist vom EuGH gerügt worden, zumal Art. 12 Abs. 1 d Habitat-RL das einschränkende Merkmal der absichtlichen Beschädigung nicht kennt.

Ohnehin ist der Absichtsbegriff nach der Caretta-Entscheidung des EuGH auch dann erfüllt, wenn die Schädigung (lediglich) billigend in Kauf genommen wird; keine guten Aussichten also – nicht nur für rennbegeisterte Motorradfahrer an den Sandstränden des griechischen Inselreiches, sondern auch schlechte Zeiten für Infrastrukturprojekte, bei denen mit unvermeidbaren Kollateralschäden für

35 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, FS Krautzbeger, 2008, S. 63. Zur Bewertung *Gellermann*, NuR 2007, 783.

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

37 Zu den artenschutzrechtlichen Zugriffsverboten *Louis*, NuR 2009, 91.

38 BVerwG, Urteil vom 12.3.2008 – 9 A 3.06, BVerwGE 130, 299 = DVBl 2008, 1199 = NVwZ 2008, 1238 (Lichtenauer Hochland 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)).

39 BVerwG, Beschluss vom 13.3.2008 – 9 VR 9.07 (A4 Jagdbergtunnel).

40 OVG Münster, Urteil vom 12.2.2009 – 7 D 19/08.NE.

41 BVerwG, Urteil vom 9.7.2008 – 9 A 14.07, BVerwGE 131, 274 Rn. 91 (A30 Nordumfahrung Bad Oeynhausen).

42 BVerwG, Urteil vom 14.7.2011 – 9 A 12.10, Buchholz 406.400, § 61 BNatSchG 2002 Nr. 13 Rn. 123, 127 zur Baufeldfreimachung.

43 BVerwG, Urteil vom 8.1.2014 – 9 A 4.13, BVerwGE 149, 31 = NVwZ 2014, 1008 = UPR 2014, 305 (A14 Colbitz – Dolle).

europäische Arten gerechnet werden muss. Das floskelhafte „Entschuldigung“ nach einer Kollision mit tödlichem Ausgang für die geschundene Kreatur hilft da nicht mehr wirklich weiter.⁴⁴ Nach dem nunmehr geltenden Recht ist daher jede Beschädigung der geschützten Tier- und Pflanzenwelt und derer Habitate verboten. Wird die lokale Population nicht verschlechtert, sind Störungen zu den vorgenannten Zeiten nicht erheblich.

2. Artenschutzrechtliche Bestandsaufnahme

Die Prüfung, ob naturschutzrechtliche Verbote, insbesondere solche wie § 44 BNatSchG, eingreifen, setzt eine ausreichende Ermittlung und Bestandsaufnahme der im Trassenbereich vorhandenen Tierarten und ihrer Lebensräume voraus. Das verpflichtet die Behörde aber nicht, ein lückenloses Arteninventar zu erstellen. Die Untersuchungstiefe für die Ermittlung und Bestandsaufnahme der vorhandenen Tierarten und ihrer Lebensräume hängt maßgeblich von den naturräumlichen Gegebenheiten im Einzelfall ab.⁴⁵ 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 populationsbe-

zogenen 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.⁴⁶ 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.⁴⁷

3. Tötungsverbot

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. Von den Verboten kann aber – gegebenenfalls noch während des gerichtlichen Verfahrens – eine Befreiung nach § 62 BNatSchG 2002 erteilt werden.⁴⁸ Nahrungshabitate und potenzielle Brutreviere sind vom Schutzbereich des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG nicht umfasst.⁴⁹ Wanderkorridore der Amphibien sind keine Wohn- oder Zufluchtsstätten i.S.v. § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG.⁵⁰ 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 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.⁵¹

Was als Fortpflanzungs- oder Ruhestätte i.S.d. Art. 12 Abs. 1 d 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.d. Art. 12

- 44 Allerdings können Vermeidungsmaßnahmen die Eingriffe unter die Erheblichkeitsschwelle drücken, so OVG Bautzen, Beschluss vom 12.11.2007 – 5 BS 336/07 (Waldschlösschenbrücke), entgegen VG Dresden, Beschluss vom 9.8.2007 – 3 K 712/07 (für die Kleine Hufeisenase).
- 45 BVerwG, Beschluss vom 18.6.2007 – 9 VR 13.06, Buchholz 406.400, § 42 BNatSchG 2002 Nr. 2 – B 178n – Löbau-Obercunnersdorf.
- 46 Urteil vom 9.7.2008 – 9 A 14.07, BVerwGE 131, 274 = DVBl 2009, 259 = NVwZ 2009, 302; Nolte, jurisPR-BVerwG 1/2010 Anm. 5; ders. jurisPR-BVerwG 6/2009 Anm. 6; Schübel-Pfister, JuS 2009, 517; Gellermann, NuR 2009, 85; Louis, NuR 2009, 91; Steeck, NVwZ 2009, 616 (A30 Nordumfahrung Bad Oeynhausen).
- 47 BVerwG, Urteil vom 12.8.2009 – 9 A 64.07, BVerwGE 134, 308 = DVBl 2010, 395 (A33 Bielefeld-Steinhagen).
- 48 BVerwG, Urteil vom 21.6.2006 – 9 A 28.05, BVerwGE 126, 166 = DVBl 2006, 1309 = NVwZ 2006, 1407; Nolte, jurisPR-BVerwG 1/2010 Anm. 5 (Ortsumgehung Stralsund), m. Hinw. auf EuGH, Urteil vom 10.1.2006 – Rs. C-98/03, NVwZ 2006, 319, dort auch zu den Merkmalen eines dem Beeinträchtigungsverbot des Art. 4 Abs. 4 S. 1 Vogel-schutz-RL unterliegenden faktischen Vogelschutzgebietes.
- 49 BVerwG, Beschluss vom 13.3.2008 – 9 VR 9.07, Buchholz 451.91 Europ UmweltR Nr. 33; Nolte, jurisPR-BVerwG 23/2008 Anm. 4; Fehrensen, NuR 2008, 483 (A4 Jagdbergtunnel Jena).
- 50 BVerwG, Beschluss vom 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).
- 51 BVerwG, Beschluss vom 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 vom 9.7.2008 – 9 A 14.07, BVerwGE 131, 274 = DVBl 2009, 259 = NVwZ 2009, 302 (A30 Nordumfahrung Bad Oeynhausen).

Abs. 1 d Habitat-RL sein.⁵² Eine naturschutzfachliche Meinung ist einer anderen Einschätzung nicht bereits deshalb überlegen oder ihr vorzugswürdig, weil sie „strengere“ Anforderungen für richtig hält. Das ist erst dann der Fall, wenn sich diese Auffassung als allgemein anerkannter Standpunkt der Wissenschaft durchgesetzt hat und die gegenteilige Meinung als nicht (mehr) vertretbar angesehen wird.⁵³ Ein solcher fachlicher Beurteilungsspielraum ist auch im Zusammenhang mit der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung anerkannt worden.⁵⁴ Art. 5 b Vogelschutz-RL schließt es nicht aus, § 44 Abs. 5 S. 2 und 3 BNatSchG auf aktuell nicht besetzte Fortpflanzungsstätten von Exemplaren europäischer Vogelarten anzuwenden.⁵⁵

4. Ökologische Funktion bei Eingriffen im Bereich des Bau- und Fachplanungsrechts (§ 44 Abs. 5 BNatSchG)

Sonderregelungen enthält § 44 Abs. 5 BNatSchG für nach § 15 BNatSchG sowie nach den Vorschriften des BauGB zulässige Eingriffe. Für Anhang IV-Tier- und Pflanzenarten der Habitat-RL und europäische Vogelarten nach der Vogelschutz-RL liegt ein Verstoß gegen das Störungsverbot und bei unvermeidbaren Eingriffen gegen das Tötungsverbot nicht vor, soweit die ökologische Funktion der betroffenen Fortpflanzungs- oder Ruhestätten im räumlichen Zusammenhang weiterhin erfüllt wird. Zu einer Vermeidung der Eingriffswirkung können auch vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen (CEF-Maßnahmen)⁵⁶ beitragen. Für national geschützte Arten gilt weiterhin die bereits zuvor geregelte Freistellung.⁵⁷

Bleibt die ökologische Funktion der Lebensstätten im räumlichen Zusammenhang gewahrt, liegt kein Verstoß gegen das Verbot mehr vor. Die Verletzung oder Tötung einzelner Exemplare soll daher in solchen Fällen auch bei Anhang IV-Arten und geschützten europäischen Vogelarten den Verbotstatbestand nicht erfüllen. Damit ist der bisher im Europarecht angelegte strenge Schutz auch einzelner Exemplare in der Habitat-RL und der Vogelschutz-RL auf das Verbot der Beeinträchtigung der ökologischen Funktion zurückgeschraubt.

Führt ein Planvorhaben zu Beeinträchtigungen, die den Vorgaben der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung widersprechen, so ist der mit dem Vorhaben verbundene Eingriff in Natur und Landschaft unzulässig mit der Folge, dass gemäß § 44 Abs. 5 S. 1 BNatSchG auch anderen von ihm ausgehenden Beeinträchtigungen die artenschutzrechtliche Privilegierung des § 42 Abs. 5 S. 2 und 3 BNatSchG 2007 verwehrt bleibt.⁵⁸

Die Möglichkeit von CEF-measures (vorgezogenen Ausgleichsmaßnahmen) wird im Gesetz ausdrücklich anerkannt. Die Maßnahmen müssen vor dem Eingriff wirksam sein, was einen zeitlichen Vorrang der CEF-Maßnahmen voraussetzt. Auch stellt sich die Frage, ob die Maßnahmen in ei-

ner eigenständigen Entscheidung vorab zugelassen werden oder darüber in einer einheitlichen Entscheidung zugleich mit der Zulassung des Eingriffs befunden wird. Beide Formen dürften möglich sein. Gerade bei CEF-Maßnahmen, deren Wirksamkeit einen größeren Zeitraum in Anspruch nimmt, könnte es sich empfehlen, über deren Zulassung vorweg in einer eigenen Entscheidung zu befinden, wenn ein positives Gesamturteil des Gesamtvorhabens in Aussicht steht. Ebenso können aber CEF-Maßnahmen auch in der abschließenden Zulassungsentscheidung angeordnet werden. Ein Bebauungsplan könnte dies auch durch ein bedingtes Baurecht nach § 9 Abs. 2 BauGB (Baurecht auf Zeit) sichern.

5. Ausnahmepfung (§ 45 Abs. 7 BNatSchG)

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

52 BVerwG, Urteil vom 18.3.2009 – 9 A 39.07, BVerwGE 133, 239 = NVwZ 2010, 44 = DVBl 2009, 1465 (A44 Ratingen/Velbert): § 42 Abs. 5 S. 2 und 3 BNatSchG; BVerfG, Beschluss vom 14.1.2010 – 1 BvR 3009/09 (Nichtannahme).

53 BVerwG, Urteil vom 17.1.2007 – 9 C 1.06, BVerwGE 128, 76 = DVBl 2007, 641 = NVwZ 2007, 581 (Bad Laer); Urteil vom 13.5.2009 – 9 A 73.07, BVerwGE 134, 145 = NVwZ 2009, 1296 = DVBl 2009, 1323, m. Anm. Nolte, jurisPR-BVerwG 1/2010 Anm. 5 (A4 Kerpen/Düren Naturschutzverein).

54 BVerwG, Urteil vom 17.1.2007 – 9 C 1.06, BVerwGE 128, 76 = DVBl 2007, 641 = NVwZ 2007, 581 (Bad Laer).

55 BVerwG, Urteil vom 18.3.2009 – 9 A 39.07, BVerwGE 133, 239 = NVwZ 2010, 44 = DVBl 2009, 1465; Nolte, jurisPR-BVerwG 1/2010 Anm. 5 (A44 Ratingen/Velbert): § 42 Abs. 5 S. 2 und 3 BNatSchG; BVerfG, Beschluss vom 14.1.2010 – 1 BvR 3009/09 (Nichtannahme).

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

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

58 BVerwG, Urteil vom 14.7.2011 – 9 A 12.10, NuR 2011, 866 (Ortsumgehung Freiberg); Urteil vom 22.1.2004 – 4 A 4.03, Buchholz 406.400, § 61 BNatSchG 2002 Nr. 4 S. 27 f.

mevoraussetzungen 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.⁵⁹

Nicht jeder Verlust einer lokalen Population ist allerdings mit einer Verschlechterung des Erhaltungszustandes gleichzusetzen. Für einen günstigen Erhaltungszustand genügt es vielmehr, wenn die betroffene Population als solche bei einer gebietsbezogenen Gesamtbetrachtung, also in einem Gebiet der biogeografischen Region, das über das Plangebiet hinausgeht, als lebensfähiges Element erhalten bleibt. Auch stellt die Alternativenprüfung an die Ausnahmeentscheidung regelmäßig keine unüberwindbaren Hürden. Zwar sind gewisse Abstriche von dem Vorhaben hinzunehmen.⁶⁰ Das Gesamtprojekt darf aber durch die artenschutzrechtlichen Anforderungen nicht aus den Fugen geraten.

Anders als beim Verbotstatbestand des § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG ist im Rahmen der Ausnahme nicht der Erhaltungszustand des von dem Vorhaben unmittelbar betroffenen lokalen Vorkommens maßgeblich, sondern eine gebietsbezogene Gesamtbetrachtung anzustellen, die auch die anderen (Teil-)Populationen der Art in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet in den Blick nimmt. Entscheidend ist, ob die Gesamtheit der Populationen in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet, das über das Plangebiet hinausreicht, als lebensfähiges Element erhalten bleibt.⁶¹

Allerdings hat der Gesetzgeber zugleich gespeist aus schmerzlichen Erfahrungen mit Vertragsverletzungsverfahren

ren der EU-Kommission gegen Deutschland eine Angstklausel hinzugefügt: Art. 16 Habitat-RL und Art. 9 Vogelschutz-RL dürfen keine weitergehenden Anforderungen enthalten. Mit diesem Vorbehalt soll die Europatauglichkeit der Novelle sichergestellt werden.⁶² Welche Anforderungen sich daraus allerdings für die Praxis ergeben, ist noch nicht abschließend geklärt. Vor allem wird es dabei um die Frage gehen, ob der europäische Artenschutz bei einem schlechten Erhaltungszustand einer Art strengere Anforderungen stellt und einen Eingriff insgesamt verbietet oder gar die Herstellung eines günstigen Erhaltungszustandes fordert. Jedenfalls werden Arten, die einen schlechten Erhaltungszustand aufweisen, größere Aufmerksamkeit für sich in Anspruch nehmen können.

Zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses können es rechtfertigen, eine Abweichung auch von den Verboten der Vogelschutz-RL zuzulassen. Solche Gründe liegen jedenfalls vor, wenn das Vorhaben den strengeren Anforderungen des Enteignungsrechts entspricht. Denn es könnte trotz aller Unkenrufe einiges dafür sprechen, dass die Lebensstätten des Menschen nicht deutlich geringer als die der Tiere auf dem deutschen und europäischen Schutzprogramm stehen. Ein im Befreiungsbescheid vorgegebenes artenschutzrechtliches Ausgleichskonzept bedarf einer allerdings dauerhaften rechtlichen Absicherung.⁶³ 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 Rechtsverstößes des Beschlusses führen, bei der Überprüfung zu berücksichtigen.⁶⁴

59 BVerwG, Urteil vom 9.6.2010 – 9 A 20.08, DVBl 2011, 36 m. Anm. Stürer/Stürer (Querspange Bochum A4).

60 BVerwG, Urteil vom 27.1.2000 – 4 C 2.99, BVerwGE 110, 302 = DVBl 2000, 814 = NVwZ 2000, 1171 (Hildesheim); BVerwG, Urteil vom 17.5.2002 – 4 A 28.01, BVerwGE 116, 254 = DVBl 2002, 1486 = NVwZ 2002, 1243 (A44 Lichtenauer Hochland).

61 BVerwG, Urteil vom 6.11.2013 – 9 A 14.12, BVerwGE 148, 373 = NVwZ 2014, 714, *Wendt*, jurisPR-UmwR 4/2014 Anm. 1; *Bier*, NdsVBl 2014, 233; *Gellermann*, NuR 2014, 597 (A20 bei Bad Segeberg, zur Methode der „faunistischen Potentialanalyse“ zur Bestandserfassung von Fledermäusen).

62 In der ersten Runde des Vertragsverletzungsverfahrens hat der EuGH einen pauschalen Verweis auf das europäische Richtlinienrecht allerdings nicht grenzenlos anerkannt, EuGH, Urteil vom 10.1.2006 – Rs. C-98/03, NVwZ 2006, 319.

63 VGH Kassel, Urteil vom 25.6.2009 – 4 C 1347/08.N, NuR 2009, 646 = DÖV 2009, 775 = ZUR 2009, 504 (artenschutzrechtliche Verbote durch Bebauungsplan); VGH Kassel, Urteil vom 21.2.2008 – 4 N 869/07, BauR 2009, 766.

64 BVerwG, Urteil vom 12.3.2008 – 9 A 3.06, BVerwGE 130, 299 = DVBl 2008, 1199 = NVwZ 2008, 1238 (Lichtenauer Hochland 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 (A44 VKE 20 Hessisch Lichtenau (VKE 20)).

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

66 BVerwG, Urteil vom 19.9.2002 – 4 CN 1.02, DVBl 2003, 204 = BauR 2003, 209.

V. Bauplanungsrecht und Artenschutz

Mit der Abarbeitung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung ist auch bei der Aufstellung eines Bebauungsplans die artenschutzrechtliche Prüfung noch nicht erfolgt. Denn anders als bei der Eingriffsregelung (§ 18 BNatSchG) sind die artenschutzrechtlichen Regelungen der §§ 44, 45, 67 BNatSchG auch für Vorhaben im Geltungsbereich des BauGB anwendbar. Die artenschutzrechtlichen Tötungs- und Störungsverbote des § 44 Abs. 1 Nr. 1 und 3 BNatSchG gelten allerdings nicht uneingeschränkt.⁶⁵ Die Verbotstatbestände sind nach § 44 Abs. 5 S. 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 Abs. 3 BauGB im Bebauungsplan festgesetzt oder in städtebaulichen Verträgen vereinbart werden.⁶⁶ Diese Möglichkeit dürfte auch im Innenbereich bestehen. Da die artenschutzrechtliche Prüfung mit der planungsrechtlichen Zulässigkeit des Vorhabens nicht

abgeschlossen ist, sondern gesondert nach §§ 44, 45, 67 BNatSchG erfolgt, können Einzelfragen im Bau- oder immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren feinjustiert werden.⁶⁷

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 bereits spätestens seit dem Urteil des BVerwG zum Polizeipräsidium Magdeburg⁶⁸ klar ist. Die dem konkreten Bewertungsverfahren zugrunde liegenden Ansätze müssen naturschutzfachlich vertretbar sein. Dabei ersetzt diese Abwägung nicht die Prüfung eventueller Verstöße gegen die artenschutzrechtlichen Verbote des § 42 BNatSchG. Abwägung und Prüfung möglicher bestehender artenschutzrechtlicher Verbote stehen vielmehr nebeneinander.⁶⁹

Sollen durch einen Bebauungsplan Eingriffe zugelassen werden, die artenschutzrechtliche Verbotstatbestände erfüllen, sind die Ausnahmevoraussetzungen des § 44 Abs. 7 BNatSchG abzuarbeiten. Bleiben unzumutbare Belastungen, kann nach § 67 BNatSchG eine Befreiung erteilt werden. Hier bestimmt eine nachvollziehende Abwägung mit entsprechenden behördlichen Spielräumen die Szene, in die neben naturschutzfachlichen auch wirtschaftliche Gesichtspunkte eingestellt werden können.⁷⁰ Für Vorhaben im Außenbereich sind die artenschutzrechtlichen Regelungen in §§ 44, 45, 67 BNatSchG in voller Breite anzuwenden.

Nachdem sich die juristische Fachwelt nach anfänglichem Zögern⁷¹ etwas erstaunt die Augen gerieben hat,⁷² dass die Habitat- und Vogelschutz-RL neben dem europäischen Gebietsschutz auch Vorgaben für den Artenschutz enthielten, wird inzwischen bereits weitgehend Entwarnung erteilt.⁷³ 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.⁷⁴

VI. Entscheidungen des BVerwG

Das BVerwG hat sich in den letzten Jahren bereits mehrfach mit Fragen des Artenschutzes befasst.⁷⁵ Vor allem verschiedene Straßenbauprojekte sowie der Flughafen Schönefeld waren Schauplätze des juristischen Schlagabtausches. Vom Grundsatz her gilt: Der Tatbestand des Tötungsverbots (§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG) ist mit Blick auf die bei einem Bauvorhaben nie völlig auszuschließende Gefahr von Kollisionen geschützter Tiere mit Kraftfahrzeugen erst dann erfüllt, wenn das Vorhaben dieses Risiko in einer für die betroffene Tierart signifikanten Weise erhöht.⁷⁶ Dabei sind Maßnahmen, mittels derer solche Kollisionen vermieden werden können, in die Betrachtung einzubeziehen. Der Störungstatbestand des § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG kann vor allem durch bau- und betriebsbedingte Beeinträchtigungen der geschützten Tierarten in Gestalt von akustischen und optischen Störwirkungen⁷⁷, aber auch durch Trennwirkungen erfüllt werden, die von der vorgesehenen Trasse ausgehen.⁷⁸ Dabei enthält das Störungsverbot bereits im Wortlaut einen populationsbezogenen Ansatz. Eine erhebliche Störung liegt nach der Definition des § 44 Abs. 1 Nr. 2 Halbs. 2 BNatSchG vor, wenn sich durch die Störung der Erhaltungszustand der lokalen Population einer Art verschlechtert.⁷⁹ Der Begriff der „Fortpflanzungs-

67 Stüer, in: Battis/Söfker/Stüer, FS Krutzberger, 2008, S. 63; Schuster, VBIBW 2009, 174. Zum besonderen Artenschutzrecht in der kommunalen Bauleitplanung Cellermann, NuR 2007, 132; Fischer, NuR 2007, 307.

68 BVerwG, Urteil vom 11.1.2001 – 4 C 6.00, BVerwGE 112, 321 = DVBl 2001, 646 = NVwZ 2001, 1040 (Polizeipräsidium Magdeburg).

69 OVG Münster, Beschluss vom 6.2.2009 – 7 B 1767/08, m. Hinw. auf Urteil vom 30.1.2009 – 7 D 11/08, NuR 2009, 421.

70 BVerwG, Urteil vom 17.1.2007 – 9 C 1.06, BVerwGE 128, 76 = DVBl 2007, 641 = NVwZ 2007, 581 (Bad Laer), im Anschluss an Urteil vom 27.10.2000 – 4 A 18.99, BVerwGE 112, 140 = DVBl 2001, 386, 393 = NVwZ 2001, 673 (A71).

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

72 Die Reichweite der juristischen Problematik tauchte erstmals in der mündlichen Verhandlung zur Ortsumgehung Grimma vom 7.12.2005 auf.

73 Notfalls muss im Gerichtsverfahren noch etwas nachgebessert werden BVerwG, Urteil vom 9.6.2010 – 9 A 20.08 (Querspange Bochum A4).

74 BVerwG, Beschluss vom 6.10.2011 – 4 BN 19.11, ZfBR 2012, 38 = BauR 2012, 222, Gatz, jurisPR-BVerwG 24/2011 Anm. 1 (vorhabenbezogener Bebauungsplan).

75 Zum Folgenden Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 6. Aufl. 2022, Rn. 4012.

76 BVerwG, Urteil vom 14.7.2011 – 9 A 12.10, BVerwGE 140, 149 Rn. 99; Urteil vom 9.7.2008 – 9 A 14.07, BVerwGE 131, 274 = DVBl 2009, 259 = NVwZ 2009, 302 (A30 Nordumfahrung Bad Oeynhausen).

77 BVerwG, Urteil vom 9.6.2010 – 9 A 20.08, Buchholz 407.4, § 17 FStrG Nr. 208 Rn. 49.

78 BVerwG, Urteil vom 14.4.2010 – 9 A 5.08 (A44), BVerwGE 136, 291 = DVBl 2010, 1055 = NVwZ 2010, 1225, m. Anm. Nolte, jurisPR-BVerwG 22/2010 Anm. 2 (Hessisch Lichtenau Ost/Hasselbach).

79 BVerwG, Urteil vom 12.3.2008 – 9 A 3.06, BVerwGE 130, 299 = DVBl 2008, 1199 = NVwZ 2008, 1238 (Lichtenauer Hochland II).

stätte“ in § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG ist eng auszulegen. Dies folgt zum einen aus der scharfen systematischen Trennung zwischen der Teilregelung des Beschädigungs- und Zerstörungstatbestandes in § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG, der die eingriffsbetroffenen Lebensstätten nennt, und der ergänzenden Regelung in § 44 Abs. 5 BNatSchG, die im Rahmen einer funktionalen Betrachtung den räumlichen Zusammenhang einbezieht. Dasselbe folgt zum anderen daraus, dass es § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG auch verbietet, Fortpflanzungs- oder Ruhestätten der wild lebenden Tiere der besonders geschützten Arten aus der Natur zu entnehmen, und damit dem Wortlaut nach eine enge Auslegung des Begriffs der Fortpflanzungs- oder Ruhestätte nahelegt, die jeden einer solchen Entnahme zugänglichen, als Ort der Fortpflanzung oder Ruhe dienenden Gegenstand – wie einzelne Nester oder Höhlenbäume – einschließt. In zeitlicher Hinsicht betrifft die Verbotsnorm primär die Phase aktueller Nutzung der Lebensstätte. Unter Berücksichtigung des verfolgten Zwecks der Regelung, die Funktion der Lebensstätte für die geschützte Art zu sichern, ist dieser Schutz aber auszudehnen auf Abwesenheitszeiten der sie nutzenden Tiere einer Art, sofern nach deren Lebensgewohnheiten eine regelmäßig wiederkehrende Nutzung zu erwarten ist.^{80, 81}

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 unzulänglichen oder gar ungeeigneten Bewertungsverfahren beruhen.^{82, 83}

1. Rotmilan-Entscheidung

Diese Einschätzung hat das BVerfG⁸⁴ bestätigt: Stößt die gerichtliche Kontrolle nach weitestmöglicher Aufklärung an die Grenze des Erkenntnisstandes naturschutzfachlicher Wissenschaft und Praxis, zwingt Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG das Gericht nicht zu weiteren Ermittlungen, sondern erlaubt ihm, seiner Entscheidung insoweit die plausible Einschätzung der Behörde zu der fachlichen Frage zugrunde zu legen. Die Einschränkung der Kontrolle folgt hier nicht aus einer der Verwaltung eingeräumten Einschätzungsprärogative und bedarf nicht eigens gesetzlicher Ermächtigung. In grundrechtsrelevanten Bereichen darf der Gesetzgeber Verwaltung und Gerichten 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.

2. Ortsumgehung Grimma

Während der Eilantrag des in Sachsen anerkannten Naturschutzvereins im Eilverfahren ohne Erfolg blieb,⁸⁵ ließ das BVerwG im Hauptverfahren erkennen, dass auch der Straßenbau die besonderen artenschutzrechtlichen Anforderungen der Art. 12 bis 16 Habitat-RL und Art. 5, 9 Vogelenschutz-RL einzuhalten habe. Die im Vollzug eines Planfeststellungsbeschlusses unvermeidbaren Beschädigungen und Beeinträchtigungen besonders geschützter Tier- und Pflanzenarten seien nicht wegen fehlender Absichtlichkeit des Eingriffs sozusagen automatisch nach § 43 Abs. 4 S. 1 BNatSchG 2002 von den artenschutzrechtlichen Verbotsregelungen freigestellt. Zur Begründung berief sich der 9. Senat des BVerwG auf ein Urteil des 4. Senats⁸⁶ zum Polizei-

80 BVerwG, Urteil vom 18.3.2009 – 9 A 39.07, BVerwGE 133, 239 = NVwZ 2010, 44 – DVBl 2009, 1465 (A44 Ratingen/Velbert).

81 BVerwG, Urteil vom 6.11.2013 – 9 A 14.12, BVerwGE 148, 373 = NVwZ 2014, 714, *Wendt*, jurisPR-UmwR 4/2014 Anm. 1; *Bier*, NdsVBl 2014, 233; *Gellermann*, NuR 2014, 597 (A20 bei Bad Segeberg), zur Methode der „faunistischen Potentialanalyse“ zur Bestandserfassung von Fledermäusen.

82 Urteil vom 28.3.2013 – 9 A 22.11, BVerwGE 146, 145 = NuR 2013, 565 = NVwZ 2013, 1218 (A44 VKE 40.1 – Umsiedlung Kammolch); Urteil vom 6.11.2012 – 9 A 17.11, BVerwGE 145, 40.

83 BVerwG, Urteil vom 6.11.2013 – 9 A 14.12, BVerwGE 148, 373 = NVwZ 2014, 714, *Wendt*, jurisPR-UmwR 4/2014 Anm. 1; *Bier*, NdsVBl 2014, 233; *Gellermann*, NuR 2014, 597 (A20 bei Bad Segeberg), zur Methode der „faunistischen Potentialanalyse“ zur Bestandserfassung von Fledermäusen.

84 BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, BVerfGE 149, 407 = NJW 2019, 141 = DVBl 2019, 42 = JZ 2019, 88 = NVwZ 2019, 52 = I+E 2018, 223 = ZUR 2019, 33 = BauR 2019, 492 = UPR 2019, 149 = NuR 2019, 33 = DÖV 2019, 321; *Rietzler*, jurisPR-UmwR 1/2019 Anm. 1; *Sow*, DÖV 2019, 317; *Gassner*, DVBl 2019, 1370; *Stüer*, DVBl 2019, 47; *Erbguth*, DVBl 2020, 1050; *Schmidt-Alßmann*, 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).

85 BVerwG, Beschluss vom 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 vom 24.11.2003 – 3 N 1080/03, NuR 2004, 393 und 25.2.2004 – 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.

86 BVerwG, Urteil vom 11.1.2001 – 4 C 6.00, BVerwGE 112, 321 = DVBl 2001, 646 = NVwZ 2001, 1040 (Polizeipräsidium Magdeburg), zur Vorgängernorm des § 20 f Abs. 3 S. 1 BNatSchG 1998. Der Entscheidung zugrunde lag die Klage eines Bauherrn gegen einen Bescheid, mit dem eine Baugenehmigung für ein Vorhaben im unbeplanten Innenbereich aus Gründen des naturschutzrechtlichen Artenschutzes zurückgenommen wurde.

präsidium Magdeburg, wonach die Frage, wann eine absichtliche Beeinträchtigung anzunehmen sei, sich nicht mit Hilfe strafrechtlicher Vorsatzbegriffe beschreiben lasse. Mit dem Schutzzweck unvereinbar seien gezielte Beeinträchtigungen von Tieren und Pflanzen. Nicht absichtlich seien dagegen Beeinträchtigungen, die sich als unausweichliche Konsequenz rechtmäßigen Handelns ergeben.

3. Ausbau des Verkehrsflughafens Schönefeld und Ortsumgehung Stralsund

Weitere Erkenntnisse auch zum Artenschutz brachten die Verfahren zum Ausbau des Verkehrsflughafens Berlin-Schönefeld zum einzigen internationalen Verkehrsflughafen in der Region Brandenburg und zum Autobahnzubringer von Stralsund zur A 20.

In den Schönefeld-Urteilen erwies sich das Artenschutzrecht für den geplanten Flughafenausbau am Ende allerdings nicht als unüberwindbares Hindernis.⁸⁷ Immerhin waren über die eigentliche Inanspruchnahme von Flächen für den Flughafenausbau hinaus aus Gründen der Flugsicherheit Gehölzrodungen erforderlich, durch die Nist-, Brut-, Wohn- oder Zufluchtsstätten i.S.d. § 42 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG 2002 zerstört werden. Auch während der Betriebsphase mussten Störungen durch Fluglärm und sonstige Immissionen i.S.d. § 42 Abs. 2 Nr. 3 BNatSchG 2002 eingeräumt werden.⁸⁸

Im Stralsund-Verfahren hatten die mit dem Vorhaben verbundenen erheblichen Einwirkungen auf die Lebensstätten gefährdeter Vogelarten in der Lüssower Senke zur Festsetzung einer „Wachtelkönigausgleichsfläche“ auf den 7 km entfernten Grundstücken der Kläger geführt. Den im Trassenbereich beheimateten europäischen Vogelarten drohte der Verlust und die Schädigung von Brutstätten. Zudem waren bau- und betriebsbedingte akustische und optische Störwirkungen zu erwarten. Damit waren auch im Stralsund-Verfahren die Verbotstatbestände des § 41 Abs. 1 Nr. 1 und 3 BNatSchG 2002 erfüllt. Eine Beschädigung bzw. Zerstörung von Lebensstätten i.S.d. Nr. 1 kann dabei auch für Zugvögel angenommen werden. Allerdings enthielt der Planfeststellungsbeschluss nach einer entsprechenden Ergänzung Schutzauflagen, wonach die Baufeldbefreiung nur nach Beendigung der Brutsaison (August/September) bzw. vor Beginn der nächsten Brutsaison (März) erfolgen durfte.

Anders verhält es sich mit den von den Vögeln ganzjährig bewohnten Nestern oder auch mit den in den Folgejahren benutzten Brutplätzen, die auch während der winterlichen Abwesenheit der Zugvögel geschützt sind.⁸⁹ Allerdings ist auch hier eine funktionale Betrachtung geboten. Können die geschützten Vögel ohne nachhaltige Schädigung auf andere Standorte ausweichen, in denen sie Nist- und Brutplätze vorfinden oder sich zumutbar neu schaffen können, dann ist der Eingriff bei entsprechend überwiegenden Gemeinwohlgründen gerechtfertigt.⁹⁰

4. Bedeutung des Absichtsbegriffs

Durch die ausdrückliche Unterscheidung der Richtlinie in absichtliche und unabsichtliche Eingriffe werden allerdings erhöhte Anforderungen an den Absichtsbegriff deutlich.⁹¹ Sieht der Gesetzgeber somit strengere Anforderungen an den Absichtsbegriff vor, so wird lediglich leicht fahrlässiges Verhalten nicht vom Tatbestand des Art. 12 Abs. 1 a)–c) Habitat-RL erfasst. Vielmehr ist ein zielgerichtetes Handeln gefordert, sodass der restriktiv ausgelegte Absichtsbegriff vorzugswürdiger ist. Die Ausnahmetatbestände des Art. 16 Abs. 1 Habitat-RL stellen zum überwiegenden Teil gerade auf zielgerichtete Handlungen, wie die Entnahme von Eiern oder das gezielte Fangen bzw. Töten von Exemplaren (Art. 16 Abs. 1 b), d), e) Habitat-RL), ab.⁹²

5. Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG

Der Eingriff muss durch zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses gerechtfertigt sein. Zumutbare Alternativen dürfen nicht zur Verfügung stehen. Der Erhaltungszustand der Population darf sich nicht verschlechtern. Hierzu hat das BVerwG⁹³ in der Eilentscheidung zur A4 bei Jena (Jagdbergtunnel) zwar hervorgehoben, dass der Begriff der „anderen zufriedenstellenden Lösung“ ebenso wie der Begriff „Alternativlösung“ in Art. 6 Abs. 4 Habitat-RL in vollem Umfang gerichtlich überprüfbar und im Hinblick auf das Schutzregime der Vogelschutz-RL zu verstehen ist. Dabei sind Alternativlösungen vorzuziehen, die sich bei einer Berücksichtigung sämtlicher Belange als vorzugswürdig erweisen. Alternativlösungen, die sich bereits nach naturschutzfachlichen Kriterien oder aus anderen Gründen als nachteiliger erweisen, können dabei ausge-

87 BVerwG, Urteil vom 16.3.2006 – 4 A 1075.04, BVerwGE 125, 116 = DVBl 2006, 1373 (Schönefeld) m. Anm. Gatz, jurisPR-BVerwG 19/2008 Anm. 2.

88 BVerwG, Urteil vom 16.3.2006 – 4 A 1075.04, BVerwGE 125, 116 = DVBl 2006, 1373 (Schönefeld) m. Anm. Gatz, jurisPR-BVerwG 19/2008 Anm. 2.

89 VG Berlin, Urteil vom 29.9.2003 – VG 1 A 21.02, Grundeigentum 2004, 1598; VG Potsdam, Beschluss vom 18.2.2002 – 4 L 648/01, NuR 202, 567; *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht Bd. IV, § 42 BNatSchG Rn. 7.

90 BVerwG, Urteil vom 27.1.2000 – 4 C 2.99, BVerwGE 110, 302 = DVBl 2000, 814 = NVwZ 2000, 1171 (Hildesheim).

91 BVerwG, Urteil vom 16.3.2006 – 4 A 1075.04, BVerwGE 125, 116 = DVBl 2006, 1373 (Schönefeld) m. Anm. Gatz, jurisPR-BVerwG 19/2008 Anm. 2.

92 So wohl auch EuGH, Urteil vom 18.5.2006 – Rs. C-221/04 (Kommission gegen Spanien). Das Tatbestandsmerkmal der Absichtlichkeit in Art. 12 Abs. 1 a) Habitat-RL könne nur verwirklicht sein, wenn nachgewiesen sei, dass der Handelnde den Fang oder die Tötung eines Exemplars einer geschützten Tierart gewollt oder zumindest in Kauf genommen hat (Rn. 71).

93 BVerwG, Beschluss vom 13.3.2008 – 9 VR 9.07 (A4 Jagdbergtunnel).

schieden werden.⁹⁴ Eine Planungsvariante, die der Planungsbehörde bereits auf der Grundlage einer Grobanalyse als weniger geeignet erscheint, kann schon in einem frühen Planungsstadium ausgeschieden werden. Auch können Alternativen verworfen werden, die sich nur durch unverhältnismäßige Mehrkosten verwirklichen ließen.

Der Erhaltungszustand der Population in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet darf sich nicht verschlechtern. Im Hinblick auf das Ziel der Habitat-RL, die Artenvielfalt zu sichern, kommt es hierbei – so das BVerwG⁹⁵ – nicht darauf an, jede lokale Art an ihrem Ort zu schützen, sondern es bedarf einer gebietsbezogenen Betrachtung, für die der Behörde ein naturschutzfachlicher Einschätzungsspielraum eingeräumt ist.

6. Artenschutzrechtliche Verbotstatbestände der Habitat-RL und Vogelschutz-RL

Zugleich sind allerdings die europarechtlichen Verbotstatbestände in Art. 12 und 13 Habitat-RL und Art. 5 bis 7 Vogelschutz-RL zu beachten. Während der Verbotstatbestand des Art. 12 Habitat-RL die Anhang IV-Arten der Habitat-RL betrifft, setzt Art. 5 b Vogelschutz-RL die Zerstörung oder Beschädigung von Nestern und Eiern und die Entfernung von Nestern der europäischen Vogelarten voraus.⁹⁶

7. Ausnahmetatbestand des Art. 9 Vogelschutz-RL

Beim Ausbau des Flughafens Schönefeld hat das BVerwG das Vorliegen des Verbotstatbestandes des Art. 5 Vogelschutz-RL angenommen, zugleich aber wegen der Sicherheitsbedürfnisse des Flugverkehrs die Ausnahme des Art. 9 Vogelschutz-RL als erfüllt angesehen, sodass zugleich die Befreiungsvoraussetzungen erfüllt waren.⁹⁷ Die Populatio-

nen der in Anhang IV der Habitat-RL genannten Arten verweilen in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet trotz der Befreiung auch in einem günstigen Erhaltungszustand.⁹⁸

Allerdings ist eine Ausnahme von den Verbotstatbeständen der Vogelschutz-RL nicht generell ausgeschlossen, wenn die Voraussetzungen des Art. 9 Vogelschutz-RL erfüllt werden, wie das BVerwG in der zweiten Gerichtsrunde zum Autobahnbauprojekt Hessisch Lichtenau dargelegt hat.⁹⁹

8. Nachträgliche Erteilung der Befreiung möglich

Erforderlichen Ausnahmegenehmigungen oder Befreiungen können auch noch nach Erlass des Planfeststellungsbeschlusses in einem ergänzenden Verfahren erteilt werden. Das BVerwG sieht es als maßgebend an, dass in diesem Zeitpunkt die Voraussetzungen für eine Ausnahme oder Befreiung objektiv gegeben waren.¹⁰⁰

VII. Kompatibilität mit der Energiewende?

Angesichts der doch recht hohen Anforderungen, die der europäische und deutsche Artenschutz an die Planung und Zulassung von Vorhaben stellt, könnte zweifelhaft sein, wie sich die von der Ampelkoalition beabsichtigte Energiewende damit vereinbaren lässt oder ob doch am Ende diese dem Klimaschutz verpflichteten Zielvorstellungen am 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 Windenergieanlagen¹⁰¹ oder beim Netzausbau¹⁰² für Energietrassen.

Im Koalitionsvertrag vom 7.12.2021 ist dazu ausgeführt: *„Das europäische Naturschutzrecht setzen wir eins-zu-eins um. Für die Umsetzung von Naturschutzmaßnahmen oberhalb von gesetzlichen Mindeststandards stärken wir den Vertragsnaturschutz deutlich und ermöglichen regionale Spielräume sowie flexible Lösungen wie den niederländischen Weg. Wir stärken den Naturschutz in der Gemeinschaftsaufgabe Agrarstruktur und Küstenschutz (GAK) und erhöhen die Mittel auch für die Vertragsnaturschutzprogramme der Länder. Die Energiewende werden wir ohne den Abbau von ökologischen Schutzstandards forcieren. Wir werden ein nationales Artenhilfsprogramm auflegen, das insbesondere den Schutz derjenigen Arten verbessert, bei denen es Konflikte mit dem Ausbau der Erneuerbaren Energien gibt, um die Energiewende naturverträglich zu gestalten und die Finanzierung mit Beteiligung der Betreiber sicherstellen. Wir setzen uns für konsequenten Insektenschutz ein, werden den Einsatz von Pestiziden deutlich verringern und die Entwicklung von natur- und umweltverträglichen Alternativen fördern.“*

94 BVerwG, Urteil vom 25.1.1996 – 4 C 5.95, BVerwGE 100, 238 = DVBl 1996, 677 (Eifelautobahn A60).

95 BVerwG, Beschluss vom 13.3.2008 – 9 VR 9.07 (A4 Jagdbergtunnel).

96 Das Verbot des Art. 5 b Vogelschutz-RL ist dabei individuen- und nicht etwa nur populationsbezogen, wie insbesondere der Vergleich mit Art. 5 d Vogelschutz-RL zeigt.

97 BVerwG, Urteil vom 16.3.2006 – 4 A 1075.04, BVerwGE 125, 116 = DVBl 2006, 1373 (Schönefeld) m. Anm. Gatz, jurisPR-BVerwG 19/2008 Anm. 2 – Rn. 567 f.

98 BVerwG, Urteil vom 17.5.2002 – 4 A 28.01, BVerwGE 116, 254 = DVBl 2002, 1486 = NVwZ 2002, 1243 (A44 Lichtenauer Hochland).

99 BVerwG, Urteil vom 12.3.2008 – 9 A 3.06, BVerwGE 130, 299 = DVBl 2008, 1199 = NVwZ 2008, 1238 (Lichtenauer Hochland II).

100 BVerwG, Urteil vom 16.3.2006 – 4 A 1075.04, BVerwGE 125, 116 = DVBl 2006, 1373 (Schönefeld), Rn. 565.

101 Stürer, BauR 2021, 1735.

102 Stürer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 6. Aufl. 2022, Rn. 4493.

Ganz ohne gewisse Abstriche bei den bisherigen Anforderungen des Artenschutzes werden sich die Konzepte der Energiewende allerdings wohl nicht verwirklichen lassen. Hält man an den unionsrechtlichen Vorgaben fest, könnten vor allem die Ausnahmen, Befreiungen und Abweichungsmöglichkeiten Einfallstore für die angemessene Berücksichtigung der Energiewende sein. So hat der EuGH etwa im Urteil zum Kraftwerk Schwarze Sulm¹⁰³ 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. Nicht mehr, aber auch nicht weniger, ist europarechtlich gefordert.

Daher hat das Urteil zum Wasserkraftwerk an der Schwarzen Sulm der Energiewende einen bedeutenden Dienst erwiesen. Der EuGH bezeichnet die umweltschonende Energiegewinnung als einen wichtigen Grund, (andere) 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 einmischet. Irgendwie hat man da das Gefühl, dass sich die Luxemburger Richter nach einigen Kursausschlägen¹⁰⁴ doch wieder auf einen Kurs begeben, der auch der deutschen Rechtstradition entspricht. Für die Praxis verstärkt sich nicht nur für Großvorhaben die Emp-

fehlung, im Zweifel nicht starrsinnig an dem Gesundbeten nicht zu leugnender Eingriffe in Umweltgüter festzuhalten,¹⁰⁵ sondern mit einer Ausnahme- bzw. Abweichungsprüfung zumindest vorsorglich einen zweiten Schritt hinzuzufügen, der die Projekte über die scheinbaren Untiefen der europarechtlichen Vorgaben hinüberrettet und den Hürdenlauf nicht in einem Fiasko enden lässt, aus dem es kein Entinnen mehr gibt.

Am Dreifachoxser der FFH-Verträglichkeitsprüfung würden sich – so wurde früher prophezeit – Ross und Reiter wohl bereits die Beine brechen. Anschließend landen die Mutigen im Wassergraben der Abweichungsprüfung (Art. 6 Abs. 4 Habitat-RL, § 34 BNatSchG). Wer sich von dort noch befreien wolle, der versinke auf Nimmerwiedersehen im Sumpf des Artenschutzes (§§ 44, 45 BNatSchG), aus dem sich nicht einmal der sagenumwobene Baron von Münchhausen am eigenen Schopfe ziehend noch befreien könne. Ach wäre man doch erst gar nicht zu einem solch aussichtslosen Rennen angetreten, mochte da der eine oder andere brave Planfeststeller am Ende seiner beruflichen Karriere mit „Edeka-Vermerk“ noch vor sich hinmurmeln.¹⁰⁶ Das europäische und deutsche Artenschutzrecht lässt ausreichende, sicherlich noch durch eine Intervention bei der EU-Kommission verbesserungsfähige Möglichkeiten, diesen scheinbar unentrinnbaren Gefährdungen erfolgreich entgegenzuwirken und die als prioritär erachtete Energiewende mit Mut und Überzeugung auf den Weg zu bringen.

103 EuGH, Urteil vom 4.5.2016 – Rs. C-346/14, DVBl 2016, 909 m. Anm. Stüer/Stüer, DVBl 2016, 913 (Wasserkraftwerk am Fluss Schwarze Sulm).

104 EuGH, Urteil vom 7.1.2004 – Rs. C-201/02, DVBl 2004, 370 (Delena Wells); Urteil vom 7.9.2004 – Rs. C-127/0, 2 EU:C:2004:482, Rn. 38 – Slg. 2004, 1-7405 (Herzmuschelfischerei – Waddenvereniging und Vogelbeschermingsvereniging); Urteil vom 15.10.2015 – Rs. C-137/14, DVBl 2015, 1514 m. Anm. Stüer/Buchsteiner, 1518; Berkemann, DVBl 2016, 205; Urteil vom 14.1.2016 – Rs. C-399/14, DVBl 2016, 566 m. Anm. Stüer/Stüer 571, sich bereits andeutend in EuGH, Urteil vom 14.1.2010 – Rs. C 226/08, DVBl 2010, 242 (Papenburg) m. Anm. Stüer DVBl 2010, 245.

105 Stüer/Stüer, DVBl 2013, 1459.

106 Stüer/Hönig, DVBl 2008, 700.