

Artenschutzrecht im Wandel

(ändert sich der artenschutzrechtliche Beurteilungsrahmen für Projekte?)

Klaus-Ulrich Battefeld



Übersicht

- Alles hat eine Geschichte ... auch der Artenschutz
- Privilegierung und Artenschutz- wie passt das zusammen?
- Wie strikt ist das Tötungsverbot?
- Sind alle Arten vor dem Gesetz gleich?
Relativierung des Tötungsverbots durch das Signifikanzkriterium
- Was ist die artenschutzrechtliche Einschätzungsprärogative?
- Wie verbindlich ist das Helgoländer Papier?
- Gesetzliche Anforderungen an eine artenschutzrechtliche Ablehnung?
- Was ändert sich im BNatSchG ab 2017?
- Was hat sich der Gesetzgeber dabei gedacht?

Artenschutz in der Bibel und zu Kaisers Zeiten

5. Mose 22, 6:

Wenn du auf dem Wege findest ein Vogelnest auf einem Baum oder auf der Erde, mit Jungen oder mit Eiern, und dass die Mutter auf den Jungen oder auf den Eiern sitzt, so sollst du nicht die Mutter mit den Jungen nehmen, sondern sollst die Mutter fliegen lassen und die Jungen nehmen, auf dass dir's wohl gehe und du lange lebest.

Die europäische Übereinkunft zum Schutze der für die Landwirtschaft nützlichen Vögel

(Reichsgesetzblatt Band 1906, Nr. 2, Seite 89 – 102) (BGBl II Fundstellennachweis B S. 321)

Was sollte die Vogelschutzübereinkunft vor 115 Jahren bewirken?

Artikel 1

Die für die Landwirtschaft nützlichen Vögel, besonders die **Insektenfresser** und namentlich die Vögel, welche in der der gegenwärtigen Übereinkunft als Anlage beigefügten und durch die Gesetzgebung jedes Landes ausdehnbaren Liste Nr. 1 aufgeführt sind, **werden einen unbedingten Schutz genießen** und zwar in der Art, daß es verboten sein soll, sie zu irgend einer Zeit und **auf irgend eine Art** zu töten, sowie ihre Nester, Eier und Brut zu zerstören.

Naturschutzgesetz Vom 14. Oktober 1931

(Hessisches Regierungsblatt 1931 Nr. 24, 225)

A. Gegenstände und Umfang des Naturschutzes.

Artikel 1.

Der Naturschutz im Sinne dieses Gesetzes umfaßt:

1. Den Schutz seltener oder schonungsbedürftiger Tier- und Pflanzenarten.
2. Den Schutz von Naturdenkmälern und deren Umgebung.
3. Den Schutz des Landschaftsbildes.

Artikel 3.

• Es ist verboten, geschützten Tieren nachzustellen, sie mutwillig zu beunruhigen, zu ihrem Fang geeignete Vorrichtungen anzubringen, sie zu fangen oder zu töten. Es ist ferner verboten, Puppen, Larven, Eier und Nester oder sonstige Brutstätten solcher Tiere fortzunehmen, zu zerstören oder zu beschädigen.

Strenges Tötungsverbot seit 2006

- Analog Reichsnaturschutzgesetz, RNatSchVO, BNatSchG 1976
- Tötungsverbot galt bis 2002 **nur bei absichtlichem, unmittelbarem Zugriff** („Zugriffsverbote)
- Paradigmenwechsel Caretta-Entscheidung des EuGH
EuGH, Urteil v. 30.1.2002 – Rs. C-103/00 – [Caretta caretta],
EuGH, Urteil v. 20. 10. 2005 - Rs. C-6/04 –[Gibraltar] und
EuGH, Urteil v. 10.1.2006 – Rs. C-98/03 – [Kommission ./.. Deutschland] sowie
BVerwG vom 9.7.2008 Az. 9 A 14.07 [Bad Oeynhausen]
 - auch unabsichtliche Handlungen
 - keine Untersuchungen ins Blaue hinein
 - nicht jede Tötung
 - vertretbare Rechtsauffassung

„Frösche und Greife sind nicht zwingend vor dem Gesetz gleich...“

Relativierung des Tötungsverbots durch das Signifikanzkriterium

BVerwG vom 9.7.2008 Az. 9 A 14.07 [Bad Oeynhausen] Rn 91

- Hiernach ist das Tötungsverbot nicht erfüllt, wenn das Vorhaben nach naturschutzfachlicher Einschätzung kein signifikant erhöhtes Risiko kollisionsbedingter Verluste von Einzelexemplaren verursacht, **mithin unter der Gefahrenschwelle in einem Risikobereich bleibt, der mit einem Verkehrsweg im Naturraum immer verbunden ist**, vergleichbar dem ebenfalls stets gegebenen Risiko, dass einzelne Exemplare einer Art im Rahmen des allgemeinen Naturgeschehens Opfer einer anderen Art werden (z.B. von einem Raubvogel geschlagen werden).

Artenschutzrechtliche Einschätzungsprärogative

Bei Entscheidung ... steht der Genehmigungsbehörde für die Prüfung artenschutzrechtlicher Verbotstatbestände, hinsichtlich der Bestandserfassung und Risikobewertung eine **naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative** zu, soweit sich zu ökologischen Fragestellungen noch kein allgemein anerkannter Stand der Fachwissenschaft herausgebildet hat. (Rn.19)

(u.a. BVerwG, Urteil vom 21. November 2013 – 7 C 40/11 –, juris)

Helgoländer Papier ist nicht starr zu beachten

(oder: Vögel halten sich nicht an Kreise....)

- Im Hinblick darauf, dass ... eine Unterschreitung des nach den Empfehlungen der Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten für Windenergieanlagen von 2007 - LAG VSW 2007 - einzuhaltenden Mindestabstandes von 1.000 m festgestellt worden ist, hat das Verwaltungsgericht unter Heranziehung des Leitfadens „Berücksichtigung der Naturschutzbelange bei der Planung und Genehmigung von Windkraftanlagen in Hessen“ vom November 2012 ausgeführt, dass es sich hierbei nicht um ein absolutes Ausschlusskriterium handele, sondern in diesem Falle eine besondere **Einzelfallprüfung** erforderlich werde.
- **VGH Kassel, Beschl. v. 28. Januar 2014 Az: 9 B 2184/13, Rn 17**
- **Dies haben die Amtschefs der Umweltministerkonferenz auch für das neue Helgoländer Papier bestätigt**

Privilegierung nach § 35 BauGB; Genehmigungsanspruch nach § 6 BImSchG Begründungspflicht nach § 39 VwVfG

- § 35 Abs. 1 BauGB: Im Außenbereich ist ein Vorhaben nur zulässig, wenn öffentliche Belange nicht entgegenstehen, die ausreichende Erschließung gesichert ist und wenn es
 - 5. der ... oder Nutzung der Wind- oder Wasserenergie dient**

- § 6 Abs. 1 BImSchG: Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn
 1. sichergestellt ist, dass die sich aus § 5 und einer auf Grund des § 7 erlassenen Rechtsverordnung ergebenden Pflichten erfüllt werden, und
 2. andere öffentlich-rechtliche Vorschriften und Belange des Arbeitsschutzes der Errichtung und dem Betrieb der Anlage nicht entgegenstehen.

- § 39 Abs. 1 VwVfG: Ein schriftlicher oder elektronischer sowie ein schriftlich oder elektronisch bestätigter Verwaltungsakt ist mit einer Begründung zu versehen.

Gesetzliche Anforderungen an Ablehnung

- Tötungsrisiko muss **erheblich** erhöht sein
- Ausnahmemöglichkeit muss ausgeschlossen sein
- Die Behörde muss die Ablehnung begründen
- Die Behörde hat alle für den Einzelfall bedeutsamen, auch die für die Beteiligten günstigen Umstände zu berücksichtigen (§ 24 Abs.2 VwVfG).
- Die Behörde bedient sich der Beweismittel, die sie nach pflichtgemäßem Ermessen zur Ermittlung des Sachverhalts für erforderlich hält (§ 26 Abs.1 VwVfG).
- Die Behörde muss einen rechtlich vertretbaren Maßstab anlegen
- Erhöhen sich die Anforderungen an die Ablehnung, muss dies auch seinen Niederschlag im Bescheid finden
- Die Behörde hat einen Beurteilungsspielraum

Besonderer Artenschutz – Stärkung des Vermeidungsprinzips § 44 Abs. 5 BNatSchG Änderung Satz 1

(5) Für nach § 15 Absatz 1 unvermeidbare Beeinträchtigungen zulässige durch Eingriffe in Natur und Landschaft, die nach § 17 Absatz 1 oder Absatz 3 zugelassen oder von einer Behörde durchgeführt werden, sowie für Vorhaben im Sinne des § 18 Absatz 2 Satz 1, ~~die nach den Vorschriften des Baugesetzbuches zulässig sind,~~ gelten die Zugriffs-, Besitz- und Vermarktungsverbote nach Maßgabe der Sätze 2 bis 5.

Vorh. i.S.d.§ 18 Abs.2 Satz 1 :

Vorhaben in Gebieten mit Bebauungsplänen nach § 30 des Baugesetzbuches, während der Planaufstellung nach § 33 des Baugesetzbuches und im Innenbereich nach § 34 des Baugesetzbuches

Hintergründe zu § 44 Abs. 5 Satz 1

Die Privilegierung von den artenschutzrechtlichen Verboten soll für **unvermeidbare** Beeinträchtigungen und Vorhaben gelten,

- die im Rahmen der Eingriffsregelung
- sowie gemäß § 18 Absatz 2 Satz 1 im Rahmen des Baugesetzbuches
- **ein behördliches umweltbezogenes Prüfungsverfahren durchlaufen haben, das grundsätzlich die Möglichkeit bietet, naturschutzbezogene Konflikte zu bewältigen.**

Die Vermeidungspflicht nach §15 Absatz 1 wird betont.

Entscheidend ist hiernach, dass in einem behördlichen Verfahren angemessene Maßnahmen zur Vermeidung und Minderung naturschutzrechtlicher Konflikte festgelegt wurden.

Die Vorschriften zum allgemeinen Schutz von Natur und Landschaft nach Kapitel 3 bleiben davon unberührt.



Besonderer Artenschutz - SIGNIFIKANZ

§ 44 Abs. 5 BNatSchG Änderung Satz 2 Nr. 1

Sind in Anhang IV Buchstabe a der Richtlinie 92/43/EWG aufgeführte Tierarten, europäische Vogelarten oder solche Arten betroffen, die in einer Rechtsverordnung nach § 54 Absatz 1 Nummer 2 aufgeführt sind, liegt ein Verstoß gegen

- 1. das Tötungs- und Verletzungsverbot nach Absatz 1 Nummer 1 nicht vor, wenn die Beeinträchtigung durch den Eingriff oder das Vorhaben ~~auch unter Berücksichtigung von Vermeidungsmaßnahmen~~ das Tötungs- und Verletzungsrisiko für Exemplare der betroffenen Arten nicht signifikant erhöht und diese Beeinträchtigung bei Anwendung der gebotenen, fachlich anerkannten Schutzmaßnahmen ~~unvermeidbar ist~~ nicht vermieden werden kann,**



Hintergrund: § 44 Abs. 5 BNatSchG Änderung Satz 2 Nr. 1

- Regelung im Einklang mit Rechtsprechung (BVerwGE 134, 166, Rn. 42; BVerwG, Urt. v. 13.05.2009, 9 A 73/07, Rn. 86; BVerwG, Urt. v. 08.01.2014, 9 A 4/13, Rn. 99)
- Unvermeidbarer Verlust einzelner Exemplare durch ein Vorhaben nicht automatisch und immer ein Verstoß gegen Tötungsverbot.
- Vielmehr setzt ein Verstoß voraus, dass durch das Vorhaben das Tötungsrisiko für Individuen der betroffenen Art signifikant erhöht wird. Der Bedeutungsgehalt von „signifikant“ wird nach der Rechtsprechung mit dem Begriff „deutlich“ gleichgesetzt und hat keinen mathematischen Bezug. Diese Einschränkung trägt dem Gebot der Verhältnismäßigkeit Rechnung.
- Von Unvermeidbarkeit kann ausgegangen werden, wenn die gebotenen, fachlich anerkannten Schutzmaßnahmen sachgerecht angewandt werden.
- *Die Streichung der Worte „auch unter Berücksichtigung von Vermeidungsmaßnahmen“ ergibt sich daraus, dass hierzu kein ausdrückliches Regelungsbedürfnis besteht; Vermeidungsmaßnahmen können ohne weiteres bei der Beurteilung der Signifikanz Berücksichtigung finden.*
- Zudem kann auch für Vorhaben privater Träger die Ausnahmegesetzgebung des § 45 Absatz 7 Satz 1 Nummer 5 in Anspruch genommen werden, wenn zugleich hinreichend gewichtige öffentliche Belange ihre Realisierung erfordern.

Bei der Signifikanz bleiben wir allein – Es gibt keine Konvention

- Der Signifikanzansatz nach der Rechtsprechung des BVerwG zu § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG sollte bestätigt werden.
- Eine Konkretisierung des Signifikanzansatzes bleibt erforderlich.
- Die Bewertung erfordert eine Berücksichtigung verschiedener projekt- und artbezogener Kriterien sowie weiterer naturschutzfachlicher Parameter.
- Die erarbeiteten Konzepte zur Bewertung der Mortalität wildlebender Tiere sowie für die Vermeidbarkeit von Beeinträchtigungen sollten praxisbezogen weiterentwickelt werden. Bundesnetzagentur, Baden-Württemberg, FA-Wind und die Deutsche Bahn AG haben in bestimmten Fällen hierzu z.B. verwiesen auf
BERNOTAT, D. & DIERSCHKE, V. (2016):
Übergeordnete Kriterien zur Bewertung der Mortalität wildlebender Tiere im Rahmen von Projekten und Eingriffen – 3. Fassung – Stand 20.09.2016, 460 S.
http://www.gavia-ecoresearch.de/ref/pdf/Bernotat_Dierschke_2016.pdf

In Hessen wird der Einsatz des Fachpapieres noch geprüft – **es gibt keine Konvention**



Besonderer Artenschutz - „kein Nachstellen“ § 44 Abs. 5 BNatSchG Änderung Satz 2 Nr. 2

Liegt...

2. das Verbot des Nachstellens und Fangens wild lebender Tiere und der Entnahme, Beschädigung oder Zerstörung ihrer Entwicklungsformen nach Absatz 1 Nummer 1 nicht vor, wenn die Tiere oder ihre Entwicklungsformen im Rahmen einer **erforderlichen Maßnahme, die auf den Schutz der Tiere** vor Tötung oder Verletzung oder ihrer Entwicklungsformen vor Entnahme, Beschädigung oder Zerstörung und die Erhaltung der ökologischen Funktion der Fortpflanzungs- oder Ruhestätten im räumlichen Zusammenhang gerichtet ist, beeinträchtigt werden und diese Beeinträchtigungen unvermeidbar sind,

Faktisch:

Der Abfang und die Umsiedlung von Zauneidechsen oder Haselmäusen ist genehmigungsfrei.

Hintergrund aus der Gesetzesbegründung Drucksache 18/11939 zu § 44 Abs. 5 BNatSchG Änderung Satz 2 Nr. 2

- Vorschrift soll das Urt. BVerwG v. 14.07.2011, Az.: 9 A 12 / 10, Rn. 130 „neutralisieren“. Danach sollten dem Verbot nach Art. 12 Abs. 1 FFH-Richtlinie, bestimmte geschützte Arten absichtlich zu fangen, auch solche Maßnahmen unterfallen, **die zur Umsetzung der Tiere** unternommen werden.
- Eine Stellungnahme der EU-Kommission (v. 18.11.2013, ENV B.3 SL/SB/sp Ares 2013) bestätigte, Umsiedlungs- u. Ausgleichsmaßnahmen dienen dazu, einen Schaden für die ökologische Funktion und Qualität der Fortpflanzungs- und Ruhestätte zu vermeiden. Sie kämen der geschützten Art zugute und könnten nicht als „absichtliche“ Handlung i.S.d. Verbots des Art. 12 FFH-RL gesehen werden, beeinträchtigende Wirkung sei zeitlich beschränkt und ende mit Abschluss der Umsetzung.
- Bei in Nr. 2 genannten Handlungen zum Zwecke der Umsiedlung unter Erhaltung der ökologischen Funktion der Fortpflanzungs- oder Ruhestätte ist davon auszugehen, dass kein absichtlicher Verstoß gegen das Fangverbot vorliegt.
- Dies gilt auch dann, wenn die betroffenen Tiere oder ihre Entwicklungsformen in ihr ursprüngliches Habitat zurückgesetzt werden, dessen Funktion erhalten oder zeitnah wiederhergestellt wird.
- Sorgfaltsanforderungen an Umsiedlungsmaßnahmen sind ggf. durch behördliche Vorgaben und Empfehlungen zu konkretisieren.

Hintergründe

BNatSchG-Novelle 2017 zu Biotopschutz, Artenschutz

Materialien

- [Gesetzentwurf der Bundesregierung mit Begründung \(BR-Drs. 168/17\)](#)
- [Ausschussempfehlung \(BR-Drs. 168/1/17\)](#)
- [Stellungnahme des Bundesrates \(BR-Drs. 168/17\(B\)\)](#)
- [Gesetzentwurf der Bundesregierung mit Gegenäußerung \(BT-Drs. 18/11939\)](#)
- [Beschlussempfehlung und Bericht des Umweltausschusses \(BT-Drs. 18/12845\)](#)
- [Gesetzesbeschluss des Deutschen Bundestages \(BR-Drs. 514/17\)](#)
- **AktuellerText:**

Gesetze-im-Internet.de/bnatschg_2009/