

## 1. Teil: Einleitung

- 1 Der Schutz der Arten ist ein **zentrales Ziel des Naturschutzes**. Das Artenschutzrecht kann auf eine lange Tradition zurückblicken. Dabei wird unterschieden zwischen Artenschutz durch Gebietsschutz einerseits (von bestimmten Flächen, Biotopen, Lebensräumen) und andererseits durch Vorschriften, die bestimmte Handlungsweisen in Bezug auf bedrohte Tiere oder Pflanzen unterbinden sollen. Dieser **Artenschutz i.e.S.** ist Gegenstand der folgenden Abhandlung, soweit er im Bau- und Planungsrecht von Bedeutung ist.
- 2 Lange Zeit hat der Artenschutz, geregelt in § 37 ff. BNatSchG, für die Planaufstellung und -zulassung und die Durchführung von Großprojekten und Infrastrukturvorhaben nach deutschem Recht keine große Rolle gespielt. Diese Zeiten haben sich geändert. Neue Schlagkraft haben die Vorschriften zum einen durch die Rechtsprechung des EuGH erlangt (insbesondere: EuGH Rs. C-103/00, Slg. 2002, I-1147; Rs. C-98/03, Slg. 2006, I-53). Zum anderen haben die daraufhin erfolgte Gesetzesänderung (Erstes Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes v. 12.12.2007, BGBl. I 2008, S. 2873) und die im Jahr 2002 ins Bundesrecht eingeführte **Klagemöglichkeit für anerkannte Naturschutzverbände** (§ 64 BNatSchG; sog. „altruistische Verbandsklage“), und die durch das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz von 2006 – seit 2013 nun auf das gesamte Umweltrecht bezogene – Klagemöglichkeit (dazu Rn.117) dazu geführt, dass die Vorschriften eine **hohe Bedeutung in gerichtlichen Entscheidungen über die Zulässigkeit von Großprojekten** erlangt haben (alarmierend BVerwGE 128, 1 und *Vallendar* UPR 2008, 1; *ders.* UPR 2010, 1; *ders.* EurUP 2011, 14; BVerwG NVwZ 2005, 943; VG Dresden NuR 2007, 694; aufgehoben durch OVG Bautzen NuR 2007, 831; LKV 2008, 127 Anm. de Witt, S.112; VG Dresden UPR 2009, 360; OVG Bautzen ZUR 2012, 445; VGH Kassel NVwZ-RR 2004, 732; VGH Mannheim NuR 2003, 232; OVG Lüneburg NuR 2008, 203; OVG Hamburg NVwZ 2006, 1076; OVG Münster NuR 2012, 722; VG Berlin, Urt. v. 4.4.2008 – 10 A 15/08; BVerwG 149, 31; BVerwGE 140, 149).
- 3 Der Artenschutz kann grundsätzlich nicht losgelöst vom **Gebietsschutz** (siehe E, 4. Teil zum Gebietsschutz) betrachtet werden (vgl. BVerwG NVwZ 2006, 1161 (1163 f.)). Zwar handelt es sich um unterschiedliche Regelungsgebiete, jedoch erlaubt eine gewisse Parallelität der Vorschriften, die ergangene Rechtsprechung zum Gebietsschutz entsprechend anzuwenden.
- 4 Außerdem ist das Artenschutzrecht, wie der Gebietsschutz, durch völkerrechtliche Verträge (siehe *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer, Vor §§ 37–55 Rn. 3 ff.; *Lütkes/Fellenberg*, in: Lütkes/Ewer, § 37 Rn. 5–8) und insbesondere durch das europäische Gemeinschaftsrecht stark geprägt (die Vorschriften des BNatSchG beruhen fast ausschließlich auf der Richtlinie 92/43/EWG zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wild lebenden Tiere und Pflanzen vom 21.5.1992 (Abl. EG 1992 L 206/7); zuletzt geändert durch Richtlinie 2013/17/EU v. 13.5.2013 und der Vogelschutzrichtlinie 79/409/EWG vom 24.4.1979 (Abl. EG L 103, 1).
- 4a Die allgemeinen Vorschriften (§§ 37–41 BNatSchG) spielen bisher in der gerichtlichen Praxis keine besondere Rolle. Allerdings verdient **§ 39 BNatSchG** Beachtung, insbesondere Abs. 5 (im Einzelnen: *Kratsch*, in: Schumacher/Fischer-Hüftle, § 39). § 41 BNatSchG erfasst nur den Schutz der Vögel gegen Stromschlag durch Überbrücken kurzer Isolationsstrecken. Bei Freileitungen ab 110 kV sind diese Gefahren ausgeschlossen. Kollisionsrisiken sind anhand § 44 I Nr. 1 BNatSchG zu beurteilen.

## 2. Teil: Europarechtlicher Regelungskontext

### I. EG Artenschutzverordnung

Der Handel mit bedrohten Arten findet seine Regelung insbesondere in der EG Artenschutz-VO 338/97 (Abl. EG 1997 L 61, 1; zuletzt geändert durch Abl. EG 2013 L 212, 1) und in der Durchführungs-VO 1808/2001 (Abl. EG 2001 L 205, 1). An das Washingtoner Artenschutzabkommen (Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora – CITES) anknüpfend enthält die VO 338/97 Regelungen zur Einfuhr, Ausfuhr und Wiederausfuhr von Exemplaren bedrohter Arten (*Gellermann*, in: Landmann/Rohmer, Vorb. § 37 Rn. 10). So wichtig die Regelungen für den Schutz und Erhalt der bedrohten Tier- und Pflanzenwelt sind, im Fach- und Bauplanungsrecht finden sie keinen Anwendungsbereich. Weiteres **europäisches Sekundärrecht zum Artenschutz** (ohne Relevanz für das Bau- und Planungsrecht) findet sich außerdem in der Junggrobber-Richtlinie 83/129 (Abl. EG 1983 L 91, 1), in der Zoo-Richtlinie 1999/22 (Abl. EG L 94, 24), die nicht nur dem Tierschutz zu dienen bestimmt ist, sondern auch artenschutzrechtliche Regelungen enthält und in der VO 348/81 über die gemeinsame Regelung zur Einfuhr von Walerzeugnissen (Abl. EG 1981 L 39, 1; vgl. zur VO 338/97: *Fellenberg*, in: Kerkmann, Naturschutzrecht in der Praxis, § 7 Rn. 33–35).

### II. Vogelschutzrichtlinie

Für den Artenschutz von **großer praktischer Bedeutung** – gerade im Anwendungsbereich des Bau- und Fachplanungsrechts – ist die Vogelschutzrichtlinie 79/409/EWG vom 24.4.1979 (Abl. EG L 103, 1; zuletzt kodifiziert durch Richtlinie 2009/147/EG (Abl. EG L 20, 7)). Die Richtlinie (VRL) enthält neben der Verpflichtung der Mitgliedstaaten, ornithologisch wertvolle Lebensräume zu sichern und besondere Vogelschutzgebiete einzurichten, (dazu E, Rn. 424 ff.; *Louis*, in: Dolde, Umweltrecht im Wandel, S. 496 ff.; *J. Schumacher/A. Schumacher*, in: Schumacher/Fischer-Hüftle, § 31 Rn. 6 ff.) weitere Bestimmungen zum Schutze sämtlicher europäischer Vogelarten (zum Zweck der VRL: *Stüber* NuR 1998, 531; *Möckel* NuR 2014, 381).

Art. 5 VRL stellt **eine Reihe von Verboten** zum Schutz aller europäischen Vogelarten auf (*de Witt/Bartholomé*, FFH- und Vogelschutzrichtlinie, Rn. 7 ff.). Dazu zählen die Verbote, Exemplare absichtlich zu töten oder zu fangen oder sie absichtlich zu stören, insbesondere während empfindlicher Zeiten, sofern sich diese Störung auf die Zielsetzung der Richtlinie erheblich auswirkt (Art. 5 lit. a und b). Außerdem verboten ist die absichtliche Zerstörung oder Beschädigung von Nestern und Eiern (lit. b), das Sammeln und Besitzen von Eiern (lit. c), sowie das Halten von Vögeln der Arten, die nicht gejagt oder gefangen werden dürfen (lit. e).

Nach Art. 6 VRL haben die Mitgliedstaaten **Handelsbeschränkungen** einzurichten. Für alle unter Art. 1 VRL fallende Vogelarten ist der Verkauf von lebenden und toten Vögeln und von deren ohne weiteres erkennbaren Teilen oder aus diesen Tieren gewonnenen Erzeugnissen sowie deren Beförderung, Haltung und das Anbieten zum Verkauf verboten. Art. 7 und 8 VRL sehen Vorschriften über die Bejagung und verbotene Jagdmethoden vor. Nach Art. 9 VRL können die Mitgliedstaaten unter den Voraussetzungen, dass ein Abweichungsgrund vorliegt und keine andere zufriedenstellende Lösung in Sicht ist, Ausnahmen von den Verboten im Einzelfall zulassen (siehe zur restriktiven Handhabung durch den EuGH: Rs. 247/85, Slg. 1987, 3029, Rn. 7; Rs. C-118/94, Slg. 1996, I-1223, Rn. 23; Rs. C-182/02, Slg. 2003, I-12105, Rn. 13; Rs. C-76/08, Slg. 2009, I-8213; Rs. C-503/06,

Slg. 2008, I-74; Urt. v. 26.1.2012 – C-192/11 (nicht veröffentlicht)). In keinem Zeitpunkt darf dies zu einer Verschlechterung der derzeitigen Lage der betroffenen Arten führen, Art. 13 VRL.

### III. Fauna- Flora- Habitat- Richtlinie

- 9 Neben der VRL steht die Richtlinie 92/43/EWG zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wild lebenden Tiere und Pflanzen vom 21.5.1992 (Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie (FFH-RL); ABl. 1992 L 206/7; zuletzt geändert durch die RL 2013/17/E v. 13.5.2013, ABl. EG L 158, 193), mit dem erklärten Ziel, die biologische Vielfalt zu fördern und das Naturerbe der Gemeinschaft zu erhalten (Abs. 3 und 4 der Erwägungen). Zur Erreichung dieses Ziels verpflichtet die Richtlinie die Mitgliedstaaten nicht nur zur Errichtung des Netzes „**Natura 2000**“ (dazu: E, Rn. 434f.; J. Schumacher/A. Schumacher, in: Schumacher/Fischer-Hüftle, § 31 Rn. 49 ff.; Louis, in: Dolde, Umweltrecht im Wandel, S. 501f.), sondern statuiert, parallel zur Konzeption der VRL, ein gebietsunabhängiges Schutzsystem für bedrohte Tier und Pflanzenarten (Art. 12–16 FFH-RL). Die Vorschriften orientieren sich an den Vorgaben der Berner Konvention vom 19.9.1979 (Convention on the Conservation of Europe Wildlife and Natural Habitats).
- 10 Die Mitgliedstaaten werden durch Art. 12 I FFH-RL verpflichtet, ein **strenges Schutzsystem** für die nach Anhang IV der Richtlinie geschützten Tierarten einzuführen. In diesem Rahmen gelten Verbote hinsichtlich des absichtlichen Fangs oder der Tötung dieser Arten (Art. 12 I lit. a) und hinsichtlich der absichtlichen Störung der Arten insbesondere während besonders empfindlicher Zeiten (Art. 12 I lit. b). Die Verbote gelten für alle Lebensstadien der Tiere (Art. 12 III; de Witt/Bartholomé, FFH- und Vogelschutzrichtlinie, Rn. 134; de Witt/Geismann, Artenschutzrechtliche Verbote in der Fachplanung, Rn. 14 ff.). Außerdem ist die absichtliche Zerstörung oder Entnahme von Eiern aus der Natur verboten (Art. 12 I lit. c).
- 11 Hinsichtlich der richtigen **Auslegung des Absichtsbegriffs** herrschte Uneinigkeit. In seinem Urteil zum Vertragsverletzungsverfahren gegen Griechenland vom 30.1.2002 war der EuGH so zu verstehen, dass Absicht i.S. des Art. 12 I lit. a-c FFH-RL immer dann vorliegt, wenn der Handlungserfolg erkannt und die diesen bewirkende Handlung dennoch vorgenommen wird (EuGH Rs. C-103/00, Slg. 2002, I-1147; Rs. C-221/04, Slg. 2006, I-4515).
- 12 Diese Sichtweise war insbesondere vom **BVerwG** nicht geteilt worden. In einem Urteil aus dem Jahr 2001 hatte das Gericht dargelegt, unter absichtlichen Handlungen würden entsprechend dem allgemeinen deutschen Rechtsverständnis lediglich solche Beeinträchtigungen verstanden, die nicht als bloßer Nebeneffekt einer anderen Handlung eintreten, sondern zielgerichtet vorgenommen werden (BVerwGE 112, 321; bestätigt durch BVerwG NVwZ 2005, 943; krit. Fischer-Hüftle NuR 2005, 768 und Gassner UPR 2006, 20; befürwortend: Baum NuR 2006, 145 (150). Nachdem die Literatur (Gassner UPR 2006, 20; Gellermann NuR 2003, 385 (388); ders. ZUR 2004, 87; Louis NuR 2004, 557; Fischer-Hüftle NuR 2005, 768; Mayr/Sanktjohanser NuR 2006, 412; differenzierend: Hösch UPR 2006, 131 (135); krit. Müller NuR 2005, 157; Baum NuR 2006, 145), Teile der Rechtsprechung (VGH Kassel NVwZ- RR 2004, 732; VGH Mannheim NuR 2003, 228) und die Praxis (vgl. Thum ZUR 2006, 301) jedoch der Linie des EuGH gefolgt waren, lenkte auch das BVerwG in seinen Urteilen zum Flughafen Schönefeld und zur Ortsumgehung Stralsund ein (BVerwG NVwZ-Beil. 2006, 1 (54); NVwZ 2006, 1161 (1164)).
- 13 Art. 12 I lit. d FFH-RL ist schließlich dem **Schutz der Lebensstätten** gewidmet. Die Vorschrift verbietet jede Beschädigung oder Vernichtung von Fortpflanzungs- oder Ruhestätten unabhängig vom Vorliegen eines subjektiven Tatbestandsmerkmals. Die entsprechende Regelung in § 42 I lit. d i.V.m. § 43 IV BNatSchG a.F., die auch die Beeinträchtigung von geschützten Lebensstätten an das Vorliegen von Absicht geknüpft hat, rügte der

EuGH in seinem Urteil vom 10.1.2006 (EuGH Rs. C-98/03, Slg. 2006, I-53; siehe *Palme* NuR 2007, 243 sowie *Mayr/Sanktjohanser* NuR 2006, 412; *Lütkes* ZUR 2006, 513; *Gellermann* NuR 2007, 165; *Wolf* ZUR 2006, 505) als nicht europarechtskonform. Die am 12.12.2007 in Kraft getretene Gesetzesnovelle verbannt den Absichtsbegriff vollständig aus den deutschen Vorschriften zum Artenschutz (Erstes Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes v. 12.12.2007, BGBl. I 2008, S. 2873).

Art. 13 FFH-RL gewährleistet einen dem System des Art. 12 FFH-RL in Umfang und Intensität vergleichbaren **Schutz für Pflanzenarten**. Art. 14 FFH-RL statuiert die Pflicht der Mitgliedstaaten zur Überwachung der Entnahme und Nutzung von Tier- und Pflanzenarten des Anhangs V der Richtlinie und zur Aufrechterhaltung eines günstigen Erhaltungszustandes dieser Arten. Nach Art. 15 FFH-RL sind grundsätzlich alle nicht selektiven Geräte zum Fang oder zur Tötung von Tieren (z. B. Schlingen, Gifte) zu verbieten, durch die das örtliche Verschwinden von Populationen geschützter Tierarten hervorgerufen werden könnte oder diese schwer gestört werden könnten. **14**

Art. 16 FFH-RL enthält die Erlaubnis, bei Vorliegen bestimmter **Ausnahmegründe** **15** von den sog. Zugriffsverboten im Einzelfall abzuweichen, wenn und soweit keine anderweitige zufriedenstellende Lösung gegeben ist und die betroffenen Populationen trotz der Ausnahme in einem günstigen Erhaltungszustand verbleiben (*de Witt/Geismann*, Artenschutzrechtliche Verbote in der Fachplanung, Rn. 43 ff.). Auch hinsichtlich der Umsetzung dieser Vorschrift durch das BNatSchG a.F. hat der EuGH eine Rüge ausgesprochen (zur europarechtskonformen Handhabung der Regelungen des BNatSchG a.F.: *Louis/Weihrich* ZUR 2003, 385; *Louis* NuR 2004, 557 (558 f.); a. A. *Gellermann* ZUR 2004, 87). Im Einklang mit seiner Rechtsprechung in der Rs. C-6/04 gegen das Vereinigte Königreich fordert der Gerichtshof zur Etablierung eines strenges Schutzsystems ein hohes Maß an Bestimmtheit der Vorschriften zur Ausgestaltung der Ausnahmetatbestände von den Verboten der Art. 12 und 13 FFH-RL (Slg. 2005, I-9017, Rn. 112; Rs. C-98/03, Slg. 2006, I-53, Rn. 66; Rs. C-508/04, Sgl. 2007, I-3787). Insbesondere könnten Handlungen, die als solche und gemäß anderer Vorschriften rechtmäßig sind, nicht schon allein aus diesem Grund dem Schutzsystem der Art. 12, 13, 16 FFH-RL entzogen werden (Rs. C-6/04, Slg. 2005, I-9017, Rn. 112; Rs. C-98/03, Slg. 2006, I-53, Rn. 61). Deshalb verstoße § 43 IV BNatSchG a.F., soweit nach § 19 oder § 30 BNatSchG zugelassene Eingriffe von den artenschutzrechtlichen Verboten freigestellt werden, ohne dass die Voraussetzungen des Art. 16 FFH-RL vorliegen müssen, gegen die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben (Rs. C-98/03, Slg. 2006, I-53, Rn. 61; Reaktionen in der Literatur: *Baum* NuR 2006, 145; *Palme* NuR 2007, 243; *Mayr/Sanktjohanser* NuR 2006, 412; *Lütkes* ZUR 2006, 513; *Gellermann* NuR 2007, 165). Mit der Gesetzesnovelle aus dem Jahr 2007 hat der Bundesgesetzgeber auf diese Rechtsprechung reagiert und die Vorschriften der §§ 42, 43 ff. BNatSchG entsprechend umgestaltet.

### 3. Teil: Artenschutz im BNatSchG

#### I. Allgemeiner Artenschutz

Während die Unzulässigkeit eines Projekts oder Vorhabens nach § 34 BNatSchG an die Existenz eines Schutzgebiets gekoppelt ist, stellt der Artenschutz nach §§ 39 ff. BNatSchG auf die **Existenz und den Erhaltungszustand der einzelnen Tier- und Pflanzenarten** ab – völlig unabhängig vom Ort ihres Vorkommens. Da ihre Schutzgegenstände verschieden sind, stehen der Artenschutz, der Gebietsschutz nach § 34 BNatSchG und die Eingriffsregelung der §§ 14, 15 BNatSchG, welche grundsätzlich alle Handlungen erfasst, die einen Eingriff in Natur und Landschaft bedeuten, unabhängig nebeneinander (*Gassner* **16**

UPR 2006, 430; Müller NuR 2005, 157; a. A. Kautz NuR 2007, 234 (237); vgl. dazu unten Rn. 95). Zwar können bei Planung und Zulassung von Vorhaben die naturschutzfachlichen Aspekte konzentriert ermittelt werden bzw. das ermittelte Material kann doppelt verwendet werden. Obwohl insbesondere die Prüfungen innerhalb des Gebietsschutzes und des Artenschutzes häufig auf denselben Grundsätzen beruhen werden, hat die rechtliche Bewertung jedoch für die einzelnen betroffenen Schutzbereiche getrennt zu erfolgen, sie ist separat durchzuführen und zu dokumentieren. Dies erlangt Bedeutung insbesondere bei den Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen, da die jeweiligen Schutzsysteme unterschiedliche Anforderungen an Kompensationen stellen.

- 17 Das mehrstufige Artenschutzregime des BNatSchG (*Louis* NuR 2004, 557) unterscheidet zwischen **europarechtlich geschützten** Tier- und Pflanzenarten und den europäischen Vogelarten auf der einen Seite und **(lediglich) durch nationales Recht geschützten Arten** auf der anderen. Die Vorschrift des § 39 BNatSchG, welche die bisherige Rahmenvorschrift des § 41 BNatSchG a.F. inhaltsgleich in eine bundesunmittelbar geltende Regelung umwandelt, statuiert einen allgemeinen Schutz sämtlicher wild lebender Tier- und Pflanzenarten vor mutwilligen Beeinträchtigungen oder solchen, die ohne vernünftigen Grund erfolgen (*Lau*, in: Frenz/Müggenborg, § 39 Rn. 7).
- 18 Der besondere und (auf einer weiteren Stufe) der strenge Artenschutz sind in den §§ 44, 45, 67 BNatSchG geregelt. Die Vorschriften gelten direkt in den Bundesländern. Der besondere Artenschutz ist geprägt durch europarechtliche Regelungen (insbes. Richtlinie 92/43/EWG und Vogelschutzrichtlinie 79/409/EWG). Da das BNatSchG die europarechtlichen Vorgaben jetzt vollständig umsetzt (BVerwG NuR 2009, 112 (120)), ist ein Rückgriff auf diese Richtlinien nicht mehr erforderlich. Sie dienen mit der dazu ergangenen Rechtsprechung der Interpretation des nationalen Rechts. Besonders geschützte Arten sind nach § 7 II Nr. 13 BNatSchG:
- die in Anhang A oder B der Europäischen Artenschutzverordnung aufgezählten Tier- und Pflanzenarten,
  - die in Anhang IV der FFH-RL enthaltenen Tier- und Pflanzenarten,
  - die europäischen Vogelarten gemäß Art. 1 VRL,
  - Tier- und Pflanzenarten, die nach der Bundesartenschutzverordnung besonders geschützt sind.
- Zu den streng geschützten Arten zählen gemäß § 7 II Nr. 14 BNatSchG diejenigen Arten, die in
- Anhang A der Europäischen Artenschutzverordnung,
  - Anhang IV der FFH-RL,
  - der Bundesartenschutzverordnung (also solche bezeichnet) enthalten sind.
- 19 Die **streng geschützten Arten** bilden also eine (bedeutende) Teilmenge der besonders geschützten Arten und sind damit immer umfasst, wenn von besonders geschützten Arten die Rede ist (dazu: *Louis* NuR 2004, 557). Von den Richtlinien wird eine umfassende Zahl von heimischen Tier- und Pflanzenarten umfasst. Im Zusammenhang mit dem Fachplanungsrecht sind am häufigsten betroffen die europäischen Vogelarten (zu denen auch Spatz und Amsel zählen) und Kleintiere wie z. B. Fledermäuse, Mäuse, Molche, Zauneidechsen usw.
- 20 Die Unterscheidung zwischen besonders und streng geschützten Arten und allgemein geschützten Arten dürfte **in der Praxis zumeist keine große Bedeutung** erlangen, da so gut wie jedes Vorhaben, das Einfluss auf allgemein geschützte Tier- und Pflanzenarten hat, auch wild lebende Tiere europarechtlich geschützter Arten betreffen wird, so dass in fast jedem Fall bei der Planaufstellung und -zulassung den strengeren Schutzvorschriften der §§ 44, 45 BNatSchG Rechnung zu tragen ist.