



Besonders und streng geschützte Arten

Konsequenzen für die Zulassung von Eingriffen

Stand 10.11.2006

Wilhelm Breuer
Gesellschaft zur Erhaltung der Eulen e. V. (EGE)
European Group of Experts on Ecology,
Genetics and Conservation

I. Vorbemerkung

Wildlebende Pflanzen und Tiere sind Teil der Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts und des Landschaftsbildes und als solche in der Eingriffsregelung vor Beeinträchtigungen zu schützen. Insoweit ist Artenschutz auch Sache der Eingriffsregelung.

Deshalb müssen die Folgen eines Eingriffs für solche wildlebenden Pflanzen und Tiere prognostiziert, vermieden und bestmöglich kompensiert werden, welche für Naturhaushalt oder Landschaftsbild Wert bestimmend sind. Es liegt auf der Hand und ist gute fachliche Praxis, dass zwar nicht alle diese Arten, aber doch Artengruppen mit einer hohen Anzahl von gefährdeten Arten oder solchen, die als „Leitarten“ oder „Indikatorarten“ stellvertretend für das zu schützende Ganze stehen, zuvor ermittelt werden müssen.

Diese Sachverhaltsermittlung ist auch deshalb wichtig, weil Eingriffe auch dann untersagt werden können, wenn ihre Folgen für wildlebende Pflanzen oder Tiere besonders schwerwiegend sind. Weil das in der Praxis zu wenig geschieht, hat das Bundesnaturschutzgesetz 2002 das Gewicht des Schutzes bestimmter Arten in der Abwägung eigens erhöht (§ 19 Abs. 3 Satz 2 BNatSchG):

„Werden als Folge eines Eingriffs Biotope zerstört, die für die dort wildlebenden Tiere und wild wachsenden Pflanzen der streng geschützten Arten nicht ersetzbar sind, ist der Eingriff nur zulässig, wenn er aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses gerechtfertigt ist.“ -

In den Bundesländern gilt diese Abwägungsvorschrift allerdings nur, soweit dort das Landesnaturschutzgesetz entsprechend angepasst worden ist (s. S. 8).

Artenschutz bei der Zulassung von Eingriffen ist aber nicht allein Sache der Eingriffsregelung, sondern - so wie die Dinge heute liegen - auch des besonderen Artenschutzes.

Das ist eine neue Erkenntnis, die sich vor allem dem Gemeinschaftsrecht und der Rechtsprechung verdankt (s. S. 7). Welche Vorschriften sind das? Welche Bedeutung haben sie für die Planungspraxis und das Naturschutzhandeln? Worauf kommt es an?

II. Die artenschutzrechtlichen Vorschriften und ihre Reichweite

Der von den Ländern auszufüllende Rechtsrahmen des § 41 des Bundesnaturschutzgesetzes schützt **alle Arten** und zwar vor mutwilligen Schädigungen und solchen, für die es keinen vernünftigen Grund gibt (§ 41 BNatSchG). Für die Zulassung eines Eingriffs, der wie wir annehmen können weder mutwillig noch ohne vernünftigen Grund vorgenommen werden soll, ist das ohne praktische Bedeutung. Anders hingegen die Bestimmungen zum Schutz der besonders und streng geschützten Arten in § 42 Abs. 1 BNatSchG.

Besonders geschützt sind (so § 10 Abs. 2 Nr. 10 BNatSchG)

- Arten der Anhänge A und B der EG-Verordnung 338/97
- Arten des Anhangs IV der FFH-Richtlinie
- Arten nach Art. 1 der EG-Vogelschutzrichtlinie
- Arten der Anlage 1 Spalte 2 und 3 zu § 1 der Bundesartenschutzverordnung

Streng geschützt ist eine Teilmenge dieser besonders geschützten Arten; es sind dies (so § 10 Abs. 2 Nr. 11 BNatSchG)

- Arten des Anhangs A der EG-Verordnung 338/97
- Arten des Anhangs IV der FFH-Richtlinie
- Arten der Anlage 1 Spalte 3 zu § 1 der Bundesartenschutzverordnung

§ 42 Abs. 1 BNatSchG Es ist verboten,

1. wild lebenden **Tieren der besonders geschützten Arten** nachzustellen, sie zu fangen, zu verletzen, zu töten oder ihre Entwicklungsformen, Nist-, Brut-, Wohn- oder Zufluchtstätten der Natur zu entnehmen, zu beschädigen oder zu zerstören.
2. wild lebende **Pflanzen der besonders geschützten Arten** oder ihre Teile oder Entwicklungsformen abzuschneiden, abzupflücken, aus- oder abzureißen, auszugraben, zu beschädigen oder zu vernichten.

3. wild lebende **Tiere der streng geschützten Arten** und der **europäischen Vogelarten** an ihren Nist-, Brut-, Wohn- oder Zufluchtstätten durch Aufsuchen, Fotografieren oder Filmen oder ähnliche Handlungen zu stören.
4. Standorte wild lebender **Pflanzen der streng geschützten Arten** durch Aufsuchen, Fotografieren oder Filmen der Pflanzen oder ähnliche Handlungen zu beeinträchtigen oder zu zerstören.

Es liegt auf der Hand, dass ein Eingriff im Sinne § 18 BNatSchG einzelne dieser **Schädigungs- und Störungsverbote** durchaus berühren oder verletzen kann – schon aus zwei Gründen:

Zum einen, weil der Wortlaut und die Regelbeispiele des § 42 Abs. 1 BNatSchG eindeutig auf die **Beeinträchtigung von Individuen** abstellen. Deshalb leuchtet das Verbotsschild schon auf, sobald auch nur ein Individuum einer besonders oder streng geschützten Art beeinträchtigt wird (GASSNER 2004: 563). Zum anderen, weil viele streng geschützte und mehr noch besonders geschützte Arten **nicht so selten** sind, dass sie nicht auch in der "normalen" Landschaft vorkommen könnten.¹

Die Zulassung eines Eingriffs kann insofern an den Verboten des § 42 Abs. 1 BNatSchG scheitern oder zumindest an beträchtliche Einschränkungen hinsichtlich der Art und Weise oder des Zeitpunktes seiner Ausführung geknüpft werden müssen – soweit nicht die Voraussetzungen für eine **Befreiung nach § 62 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 BNatSchG** gegeben sind.

§ 62 BNatSchG

Auf Antrag kann von den Verboten des § 42 Abs. 1 BNatSchG eine **Befreiung** nach § 62 BNatSchG gewährt werden, wenn

- die Durchführung der Vorschrift im Einzelfall a) zu einer nicht beabsichtigten Härte führen würde und die Abweichung mit den Belangen des Naturschutzes und der Landschaftspflege zu vereinbaren ist oder b) zu einer nicht gewollten Beeinträchtigung von Natur und Landschaft führen würde oder
- überwiegende Gründe des Gemeinwohls die Befreiung erfordern

und die **Art. 5 bis 7 und 9 der EG-Vogelschutzrichtlinie** und die **Art. 12, 13 und 16 der FFH-Richtlinie** nicht entgegenstehen.

¹ In Niedersachsen z. B. ist mit dem Vorkommen von ca. 230 **streng geschützten Arten** zu rechnen. Dazu zählen alle Fledermausarten sowie 120 der etwa 300 hier regelmäßig vorkommenden Brut- und Gastvogelarten. Hinzu kommen schätzungsweise einige Hundert lediglich **besonders geschützte Arten** (z. B. alle hier vorkommenden übrigen Amphibien- und Reptilienarten sowie 193 Pflanzenarten einschließlich Unterarten). Besonders geschützt sind auch alle europäischen Vogelarten, die hinsichtlich des Störungsverbotes des § 42 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG den streng geschützten Arten gleichgestellt sind.

Bestehen **Alternativen**, ist eine Befreiung nach § 62 BNatSchG nicht zu rechtfertigen. Eine Befreiung wird am ehesten im Fall überwiegender Gründe des Gemeinwohls in Frage kommen, ausschließlich private Interessen dürften, sofern nicht besondere Umstände vorliegen, für eine Befreiung nicht genügen. Die Befreiung wird von der zuständigen Naturschutzbehörde, in einem Planfeststellungsverfahren von der Planfeststellungsbehörde erteilt. Die Befreiung kann mit **Auflagen und Bedingungen** versehen werden.

Einer Befreiung nach § 62 BNatSchG dürfen die dort genannten Bestimmungen der **EG-Vogelschutzrichtlinie** und der **FFH-Richtlinie** nicht entgegenstehen. Im Hinblick auf die Zulassung von Eingriffen sind dies:

Art. 5 EG-Vogelschutzrichtlinie

Die Mitgliedstaaten müssen Regelungen zum Schutz aller europäischer Vogelarten treffen. Diese Regelungen müssen umfassen: das Verbot

- des absichtlichen Tötens,
- der absichtlichen Zerstörung, Entfernung oder Beschädigung von Nestern und Eiern,
- des absichtlichen Störens, insbesondere während der Brut- und Aufzuchtzeit, sofern sich diese Störung auf die Zielsetzung dieser Richtlinie erheblich auswirkt.

Art. 9 EG-Vogelschutzrichtlinie

Ausnahmen von den Verboten des Art. 5 sind nur möglich, wenn es keine andere zufrieden stellende Lösung gibt, im Interesse der Volksgesundheit, öffentlichen Sicherheit und Sicherheit der Luftfahrt (und in einigen anderen für die Zulassung von Eingriffen eher nicht relevanten Fällen).

Art. 12 FFH-Richtlinie

Die Mitgliedstaaten müssen ein strenges Schutzsystem für die im Anhang IV genannten Tierarten (in Niedersachsen 61 Arten) einführen, das jede

- absichtliche Störung, insbesondere während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten,
- absichtliche Zerstörung oder Entnahme von Eiern aus der Natur,
- Beschädigung oder Vernichtung der Fortpflanzungs- oder Ruhestätten dieser Arten (einschließlich aller ihrer Lebensstadien) verbietet.

Art. 13 FFH-Richtlinie

Die Mitgliedstaaten müssen ein strenges Schutzsystem für die im Anhang IV genannten Pflanzenarten (in Niedersachsen 7 Arten) (einschließlich aller ihrer Lebensstadien) aufbauen, das absichtliches Abschneiden, Ausgraben oder Vernichten der Individuen solcher Arten verbietet.

Art. 16 FFH-Richtlinie

Von den Verboten der Art. 12 und 13 dieser Richtlinie kann nur abgewichen werden

- im Interesse der Volksgesundheit und der öffentlichen Sicherheit oder aus anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses, einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art oder positiver Folgen für die Umwelt, und
- wenn es keine anderweitige zufrieden stellende Lösung gibt und
- wenn die Population der betroffenen Art trotz der Ausnahme in einem günstigen Erhaltungszustand verbleibt.

Die artenschutzrechtlichen Bestimmungen des § 42 Abs. 1 BNatSchG sowie ein Teil der genannten Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts verbieten den Zugriff gewissermaßen auf Leib und Leben des einzelnen Individuums.

Sie schließen dazu notwendigerweise den unmittelbaren Wohnraum des Individuums ("Nist-, Brut-, Wohn- Zuflucht-, Fortpflanzungs- und Ruhestätte") und z. T. alle Lebensstadien des Individuums ein. Ein generelles Eingriffsverbot in den Lebensraum dieser Arten im ganzen bedeuten sie indessen nicht. Ein umfassendes Verbot bleibt vielmehr den Vorschriften des besonderen Gebietsschutzes (z. B. für die Natura 2000 Gebiete) vorbehalten.

Ein Teil der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen schützt allerdings nicht in jedem Fall schon das einzelne Individuum:

Das **Störungsverbot in Art. 5 EG-Vogelschutzrichtlinie** gilt nur solchen Störungen, die sich auf die Zielsetzung dieser Richtlinie (das ist die Erhaltung aller wildlebenden europäischen Vogelarten) erheblich auswirken. (Im Unterschied zu § 42 Abs. 1 BNatSchG gilt dieser Schutz aber nicht nur dem engsten Lebensraum im Sinne von Nist-, Brut-, Wohn- oder Zufluchtstätte, sondern z. B. auch den Rastgebieten einer Vogelart).

Die Störung wird dazu eine bestimmte Schwelle überschreiten, nämlich im Hinblick auf die Situation der betroffenen Population relevant sein müssen. Dieses Kriterium vermittelt zwischen der konkreten Betroffenheit von Individuen und dem allzu abstrakten Rückgriff auf die Art als solche. Ist die Population sehr klein, kann allerdings bereits die Störung

eines oder weniger Individuen eine ganze Population und in der Folge auch die Art gefährden, sich also durchaus auf die Zielsetzung dieser Richtlinie erheblich auswirken. Das ist umso eher der Fall, je gefährdeter die Art in ihrem Verbreitungsgebiet ist.

Ein solcher **populationsbezogener Ansatz findet sich auch in Art. 16 FFH-Richtlinie** – dort allerdings nicht in den Verbotstatbeständen, sondern in der Befreiungsrechtfertigung. Eine Befreiung ist möglich, wenn - neben der Erfüllung der übrigen Bedingungen - auch die Population der betroffenen Art trotz der Ausnahme in einem günstigen Erhaltungszustand verbleibt.

III. Konsequenzen für die Praxis

Die aufgezeigten bundes- und gemeinschaftsrechtlichen Artenschutzbestimmungen können sich trotz der aufgezeigten Relativierungen als eine hohe Hürde für die Zulassung von Eingriffen erweisen.

Das Bundesumweltministerium hat daher in seinem Schreiben vom 01.06.2004 an die Länderumweltministerien und an das Bundesministerium für Wirtschaft und Bau- und Wohnungswesen festgestellt, dass diese Rechtslage die Praxis vor einige Schwierigkeiten stellt.

Wie können diese Schwierigkeiten bewältigt werden? Welche Parallelen oder Änderungen ergeben sich im Vergleich zur Praxis der Eingriffsregelung?

Arten erfassen

Kann eine Schädigung oder Störung besonders oder streng geschützter Arten infolge des Eingriffs nicht ausgeschlossen werden, wird der Frage nachzugehen sein, inwieweit solche Arten im betroffenen Gebiet tatsächlich vorkommen.²

Die Erfassung von Arten ist auch Teil der Sachverhaltsermittlung in der Eingriffsregelung. Diese Erfassung kann sich dort auf bestimmte Arten oder Artengruppen, insbesondere gefährdete Arten oder Leitarten, beschränken (s. z. B. NLÖ 1994: 33). Dieser Ansatz ist auch von der Rechtsprechung als ausreichend angesehen worden: *"Gibt es Anhaltspunkte für das Vorhandensein gefährdeter oder seltener Arten, wird dem im Rahmen der Ermittlungen nachzugehen sein."* BVerwG, Beschluss vom 21.02.1997.

² In der Praxis besteht das Risiko, wenn nicht alle betroffenen besonders oder streng geschützten Arten erfasst wurden und vielleicht auch gar nicht erfasst werden konnten, dass diese bei ihrer Entdeckung der Zulassung des Eingriffs entgegenstehen können. Das dürfte auch für den Fall gelten, in denen für das Vorkommen einer besonders oder streng geschützten Art zunächst keine Anhaltspunkte gegeben waren.

Für die Beachtung der artenschutzrechtlichen Schädigungs- und Störungsverbote (wie auch der Abwägungsvorschrift des § 19 Abs. 3 Satz 2 BNatSchG) kann die Beschränkung auf nur gefährdete oder seltene Arten unzureichend sein, denn zu den streng und besonders geschützten Arten zählen z. T. auch solche Arten, die in der Eingriffsregelung eher eine untergeordnete Rolle spielen (z. B. Wildbienen, Käfer, Tag- und Nachtfalter).

Die Erfassung der **streng geschützten Arten** erscheint allerdings insoweit vertretbar, weil - mit wenigen Ausnahmen - alle diese Arten gefährdete und zumeist hochrangig gefährdete Arten sind, die deshalb auch in der Eingriffsregelung zu meist eine wichtige Rolle spielen. Das gilt erst Recht, nachdem ihnen § 19 Abs. 3 Satz 2 BNatSchG ein besonderes Gewicht beimisst, so dass sie nach landesrechtlicher Umsetzung dieser Vorschrift ohnehin erfasst werden müssen.

Anders hingegen verhält es sich bei den **besonders geschützten Arten**, denn unter ihnen sind auch viele ungefährdete Arten, die zu Recht für die Anwendung der Eingriffsregelung nicht eigens berücksichtigt und erfasst werden.³ Umgekehrt sind viele gefährdete Arten weder streng noch besonders geschützte Arten. Hierin zeigt sich, dass der Teil der Vorschriften des besonderen Artenschutzes, der primär auf Sanktion von Verfolgung, Inbesitznahme, Haltung und Handel von Arten ausgerichtet ist, als Norm für die Zulassung von Eingriffen nicht uneingeschränkt sinnvoll ist.

Deshalb stellt sich für die Zulassung von Eingriffen (nicht für den Geltungsbereich des Artenschutzes insgesamt) die Frage, ob dieser strenge Schutz nicht besser und für die Praxis auch akzeptabler zu verwirklichen wäre, wenn er nur den wirklich schützenswerten Arten zugute käme. GASSNER hat es so zusammengefasst: „*Es ist nötig, die Spreu vom Weizen zu trennen*“ (2004: 564). Das mag rechtlich nicht einwandfrei sein, aber es ist praktisch vernünftig. Dies würde die Anzahl der zu erfassenden Arten deutlich verringern.

Eine generelle Beschränkung auf die lediglich hochrangig gefährdeten Arten dürfte allerdings zu weit gehen und stünde auch im Widerspruch zur Rechtsprechung, die in diesem Zusammenhang ausdrücklich auch solche besonders geschützten Arten als beachtlich herausgestellt hat, die sich erst auf der Vorwarnstufe der Roten Listen finden.⁴

Insoweit sollte das Artenschutzrecht zumindest Anwendung finden zugunsten aller streng geschützten Arten ganz gleich wie gefährdet sie

³ Nicht gefährdet sind in Niedersachsen z. B. 20% der besonders geschützten Pflanzenarten (einschließlich Unterarten) sowie fast 40% der 211 hier regelmäßig vorkommenden Brutvogelarten.

⁴ Urteil des VGH Kassel vom 24.11.2003 Az. 3 N 1080/03

sind sowie der besonders geschützten Arten, soweit diese nach den Roten Listen gefährdet sind (bzw. falls keine oder keine aktuelle Liste vorliegt eine Gefährdung nicht ausgeschlossen werden kann).

Angewendet werden sollte das Artenschutzrecht aber auch auf bestimmte ungefährdete Arten, für die das angemessen erscheint. Das gilt insbesondere für Arten, die besondere ökologische Anforderungen stellen wie die Vogelarten des Anhanges I der EG-Vogelschutzrichtlinie oder koloniebrütende Vogelarten.⁵

Dies bedeutet keine uferlose Ausweitung der bereits für die Anwendung der Eingriffsregelung erforderlichen Sachverhaltsermittlung, weil diese Arten ganz überwiegend auch bisher schon Gegenstand der Erfassungsaufgaben im Rahmen der Eingriffsregelung sind oder es hätten sein müssen.⁶

Die Auswahl der zu erfassenden Arten sollte deshalb **vom Untersuchungsprogramm der Eingriffsregelung ausgehend** um die Arten ergänzt werden, die wegen des besonderen Artenschutzes zusätzlich für die Entscheidung erheblich sind.

Die oben vorgeschlagene **praktisch vernünftige Beschränkung** des Artenschutzes und insoweit der zu erfassenden Arten primär auf Arten der Roten Listen kann sich auf breite Zustimmung stützen. Sie kommt auch dem von verschiedener Seite geforderten oder vorgeschlagenen populationsbezogenen Ansatz entgegen, denn bei den genannten Arten kann sich eine Schädigung oder Störung am ehesten auch auf den Erhaltungszustand der Population auswirken, verengt die Anwendung des Artenschutzes aber nicht auf diese Fälle.

Selbstverständlich genügt es auch für die Erfassung der besonders und streng geschützten Arten, sich auf solche Arten oder Artengruppen zu beschränken, für deren Vorkommen es **Anhaltspunkte** gibt und die von den **Wirkfaktoren** des Vorhabens betroffen sind. Auch dies schränkt den tatsächlichen Umfang der Untersuchungen ein.

Soweit die besonderen Artenschutzvorschriften nicht den Lebensraum als Ganzes, sondern lediglich die Nist-, Brut-, Wohn- oder Zufluchtstätte

⁵ Z. B. ist der Graureiher in Niedersachsen nicht gefährdet. Gleichwohl ist die Anwendung der artenschutzrechtlichen Schädigungs- und Störungsverbote zum Schutz einer Graureiherkolonie sicherlich geboten und einzusehen. Das gilt auch für Arten wie Erdkröte und Grasfrosch, wenn eine nicht unbedeutende Population z. B. beim Neu- oder Ausbau einer Straße betroffen ist.

⁶ So sind bei einem Straßenbauvorhaben schon wegen der Eingriffsregelung gefährdete Gefäßpflanzen, Brut- und Gastvögel, Amphibien, Reptilien und u. U. auch bestimmte Säugetiere (z. B. Wildkatze, Luchs, Fischotter, Feldhamster, Fledermäuse) zu erfassen. Diese Artengruppen machen einen sehr großen Teil der besonders und streng geschützten Arten aus.

schützen, lassen sich die Untersuchungen zudem auf die **unmittelbar betroffenen Grundflächen** (im Straßenbau überwiegend nur Baugrund im Sinne von Trasse und Baufeld) beschränken. Das gilt für alle besonders und streng geschützten Arten mit Ausnahme der Vogelarten und der Arten des Anhangs IV der FFH-Richtlinie. Auch das macht die Sache einfacher.

Zudem kann nicht bei allen besonders oder streng geschützten Arten von Nist-, Brut-, Wohn- oder Zufluchtstätten die Rede sein, denn eine solche Stätte ist nicht jedweder Teil des Lebensraumes, sondern ein räumlich oder örtlich konkretes Habitat, das für die Art existentiell sein muss. Diese Bedingungen treffen am ehesten auf solche Habitate zu, die dauerhaft oder regelmäßig genutzt werden und nicht beliebig zur Verfügung stehen (z. B. Stollen mit Winterquartier von Fledermäusen, Felsen mit Uhubrutplatz, Bäume mit traditionellen Neststandorten usw.).

Schädigungen und Störungen abschätzen

Die Auswirkungen des Vorhabens auf besonders und streng geschützte Arten sind daraufhin zu untersuchen, ob sie den Tatbestand der artenschutzrechtlich verbotenen Schädigung oder Störung erfüllen. Diese Prüfung muss die in mehrfacher Hinsicht unterschiedlichen Verbotstatbestände beachten:

- **§ 42 Abs. 1 BNatSchG** enthält **Schädigungsverbote** für alle besonders geschützte Arten sowie für die streng geschützten Arten und europäische Vogelarten weitergehende **Störungsverbote**.
- Für europäische Vogelarten und die Arten des Anhangs IV der FFH-Richtlinie gelten nicht allein die Verbote des § 42 Abs. 1 BNatSchG, sondern **spezifische gemeinschaftsrechtliche Verbote**.
- In bestimmten Fällen gilt das Schädigungs- und Störungsverbot schon dem **Schutz des einzelnen Individuums**, das Störungsverbot in anderen Fällen nur soweit sich die Störung auf die **Zielsetzung der EG-Vogelschutzrichtlinie** auswirkt.

Während der **Tatbestand des unmittelbaren Schädigens** eines Individuums vergleichsweise leicht festgestellt oder prognostiziert werden kann, ist dies im Hinblick auf **Störungen** weitaus schwieriger. Eine Störung liegt sicherlich nicht schon vor bei jeder Beunruhigung, sondern sie wird dazu eine bestimmte Schwelle überschreiten müssen.

Schädigungen und Störungen vermeiden

Ein beträchtlicher Teil der artenschutzrechtlich verbotenen Schädigungen und Störungen wird sich vergleichsweise leicht vermeiden lassen –

z. B. mit einer Modifizierung des Vorhabens hinsichtlich seiner Lage oder Ausdehnung, einer Veränderung planerischer oder technischer Details oder mit der Beschränkung oder Verlegung von Bauzeiten.

Dies sind **Vorkehrungen zur Vermeidung von Beeinträchtigungen**, die auch bei Anwendung der Eingriffsregelung notwendig oder wünschenswert sind, dort aber wegen der Schwäche des Vermeidungsgebotes und der Verengung der Eingriffsregelung auf einen Reparaturbetrieb oft unterbleiben, mit dem strikten artenschutzrechtlichen Schädigungs- und Störungsverbot aber leichter durchgesetzt werden können.⁷

Kann der Schutz allein mit Vorkehrungen zur Vermeidung nicht gewährleistet werden, müssen zumindest für eine Ausnahme von den Verboten von EG-Vogelschutzrichtlinie und FFH-Richtlinie **Alternativen** geprüft werden. In der Eingriffsregelung kann die Prüfung von Alternativen zu meist nicht verlangt werden. Die artenschutzrechtlichen Vorschriften schließen in dieser Hinsicht eine lange beklagte Lücke.

Befreiungstatbestände beachten

Bei der Prüfung, inwieweit eine Befreiung von den einzelnen Schädigungs- und Störungsverboten in Frage kommt, müssen die **unterschiedlichen Befreiungsvoraussetzungen** gesehen werden, denn die Voraussetzungen für eine Befreiung sind für

- a) europäische Vogelarten und**
- b) Arten des Anhangs IV der FFH-Richtlinie,**
- c) die übrigen besonders oder streng geschützten Arten**

unterschiedlich weit gefasst! Für die europäischen Vogelarten sowie die Arten des Anhangs IV der FFH-Richtlinie gelten nicht allein die Ausnahmevoraussetzungen des Gemeinschaftsrechts, sondern auch die des § 62 BNatSchG. Auch das macht die Sache natürlich nicht übersichtlicher.

⁷ Z. B. kann die Errichtung einer Windenergieanlage oder einer Straße in unmittelbarer Nähe des Nestes eines Mäusebussards zumindest in der Brutzeit an dem Störungsverbot des § 42 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG scheitern. Der Mäusebussard ist zwar (noch) keine im Sinne der Roten Liste gefährdete Art, aber er zählt zu den streng geschützten Arten.

Die Voraussetzungen für eine Befreiung nach § 62 BNatSchG dürften im Fall der Errichtung einer Windenergieanlage kaum vorliegen, weil es an überwiegenden Gründen des Gemeinwohls fehlt. Warum auch sollte für ein ausschließlich privatwirtschaftliches Vorhaben in Kauf genommen werden, dass Gelege oder Jungvögel störungsbedingt verloren gehen? Vielleicht ist das Artenschutzrecht in § 42 BNatSchG stärker von einem Tierschutzgedanken durchdrungen, als wir es bisher wahrgenommen haben oder wahrhaben wollten.

Bei einem Straßenbauvorhaben mögen hingegen überwiegende Gründe des Gemeinwohls die Befreiung rechtfertigen.

a) Eine **Befreiung von den Verboten des Art. 5 der EG-Vogelschutzrichtlinie** ist (abgesehen von Fällen, die für die Zulassung von Eingriffen eher nicht relevant sind) nur im Interesse der Volksgesundheit, der öffentlichen Sicherheit und Sicherheit der Luftfahrt möglich und auch nur soweit es keine andere zufrieden stellende Lösung gibt. Dabei gilt das Verbot, **europäische Vögel** zu töten sowie **ihre Nester oder Gelege** zu zerstören, zu entfernen oder zu beschädigen bereits dem Schutz des einzelnen Individuums (!), hingegen das Störungsverbot nur für solche Störungen, die sich auf die Zielsetzung der Richtlinie erheblich auswirken.

b) Für eine **Befreiung von den Verboten des Art. 12 und 13 der FFH-Richtlinie** zum Schutz der **Arten des Anhangs IV der FFH-Richtlinie** müssen folgende drei Voraussetzungen gegeben sein:

- es darf keine **anderweitige zufrieden stellende Lösung** geben,
- es müssen bestimmte **gesteigerte Gründe** für eine Projektrechtfertigung vorliegen und
- die Populationen der betroffenen Art muss trotz der Ausnahme ohne Beeinträchtigung in einem **günstigen Erhaltungszustand** verbleiben.

In vielen Fällen wird mit flankierenden (u. U. zeitlich vorlaufenden) Maßnahmen der **günstige Erhaltungszustand** gewährleistet werden können wie das z. B. für Feldhamster, Zauneidechse, Kammolch oder Wachtelkönig an einigen Stellen in Deutschland oft begleitet von einem gewissen Medieninteresse auch schon versucht wird. Diese Maßnahmen müssen art- und populationsspezifisch sein und eine **Kompensation** erreichen, ehe eine Zerstörung der bisherigen Habitate erfolgt (so auch WACHTER, LÜTTMANN & MÜLLER-PFANNENSTIEL 2004: 375).

Solche Maßnahmen können auch in der Eingriffsregelung erforderlich sein, scheitern dort aber häufig an dem vergleichsweise leicht zu überwindenden Sanktionsprogramm. Auch in dieser Hinsicht könnte sich mit den Artenschutzvorschriften eine durchgreifende Verbesserung abzeichnen.

Schwierigkeiten haben so gesehen nur oder immerhin solche Vorhaben zu erwarten, für die es eine anderweitige zufrieden stellende Lösung gibt oder für die keine gesteigerten Gründe vorgebracht werden können oder bei denen der günstige Erhaltungszustand der Arten nicht gewährleistet werden kann.

Würden die Mitgliedstaaten größere Anstrengungen für die Gewährleistung des günstigen Erhaltungszustandes der gemeinschaftsrechtlich relevanten Arten unternehmen, würden sich die Spielräume für Befreiungen vergrößern.

c) Für eine **Befreiung von den Schädigungs- und Störungsverboten der übrigen besonders**

oder streng geschützten Arten, die bereits dem Schutz des einzelnen Individuums und seiner Lebensstätte gelten, genügen **überwiegende Gründe des Gemeinwohls**.

Allerdings müssen die Schädigungen und Störungen auf das **unabdingbare Maß** beschränkt sein. Zudem kann die Befreiung an **Auflagen und Bedingungen** geknüpft sein – z. B. solche, welche auf eine **bestmögliche Kompensation** gerichtet sind. Diese Maßnahmen könnten ungefähr den Maßnahmen zur **Gewährleistung des günstigen Erhaltungszustandes** entsprechen, die in den Fällen der Arten des Anhangs IV der FFH-Richtlinie in Frage kommen, oder mit den **Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen** in der Eingriffsregelung ganz oder teilweise identisch sein.

IV. Zusammenfassung

Die Vorschriften zum Schutz besonders und streng geschützter Arten sind eine Sache, die Anwendung der Eingriffsregelung ist eine andere. Gleichwohl sind beide für die Zulassung von Eingriffen beachtlich. Auch die Eingriffsregelung erstreckt sich auf den Schutz von Arten. Das birgt die Gefahr der Doppelarbeit und verpflichtet zu einer koordinierten Bearbeitung der beiden unterschiedlichen Normen.

Die Artenschutzvorschriften ersetzen nicht die Anwendung der Eingriffsregelung. Deshalb sind Vorkommen von Arten nach wie vor auch in das Entscheidungsprogramm der Eingriffsregelung einzubeziehen, sofern sie Teil der Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushaltes oder des Landschaftsbildes sind. Das können auch Arten sein, die weder streng noch besonders geschützt sind.

Allerdings bleibt der Schutz, den die Eingriffsregelung für streng und besonders geschützte Arten entfalten kann, aufgrund der vergleichsweise leicht zu überwindenden Bestimmungen der Eingriffsregelung hinter den weitaus strengeren artenschutzrechtlichen Schädigungs- und Störungsverboten zurück – sieht man von der Reichweite des neuen § 19 Abs. 3 Satz 2 BNatSchG ab.

Insoweit sind die artenschutzrechtlichen Vorschriften lediglich - oder immerhin - ein weiterer fachgesetzlicher Maßstab für die Bewertung der Folgen eines Vorhabens für Natur und Landschaft oder die Umwelt mit den daraus folgenden Darlegungspflichten des Vorhabenträgers, Prüfpflichten der Naturschutz- und Zulassungsbehörde und – Rechtsfolgen. Pflichten und Rechtsfolgen allerdings, die über die gewohnten der Eingriffsregelung hinausreichen können. Deshalb muss zwischen den verschiedenen rechtlichen Anforderungsprofilen des nationalen und gemeinschaftlichen Artenschutzes, Gebietsschutzes und der Eingriffsregelung unterschieden werden.

V. Literatur

BREUER, W. (2005): Besonders geschützte und streng geschützte Arten. Konsequenzen für die Zulassung von Eingriffen? Beitrag zu dem Seminar „Umweltverträglichkeitsprüfung im Verkehrswegebau“ am 15.02.2005 in Hildesheim. Unveröffentlichtes Manuskript.

GASSNER, E., BENDOMIER-KAHLO, G., SCHMIDT-RÄNTSCH, J. (2003): Bundesnaturschutzgesetz. Kommentar. (2. vollständig neu bearbeitete Auflage), München.

GASSNER, E. (2004): Die Zulassung von Eingriffen trotz artenschutzrechtlicher Verbote. *Natur und Recht*, 26. Jahrgang, Heft 9: 560-564.

LOUIS, H. W. (2002): Das Gesetz zur Neuregelung des Rechts des Naturschutzes und der Landschaftspflege (BNatSchG NeuregG). *Natur und Recht*. 24. Jahrgang, Heft 7: 385-393.

WACHTER, T., LÜTTMANN, J. & K. MÜLLER-PFANNENSTIEL (2004): Berücksichtigung von geschützten Arten bei Eingriffen in Natur und Landschaft. *Naturschutz und Landschaftsplanung* 36, (12): 371-377.

Anschrift des Verfassers:

Wilhelm Breuer
EGE – Gesellschaft zur Erhaltung der Eulen e. V.
Postfach 11 46
D-52394 Heimbach
Telefon 02446/3321
Telefax 02446/3043
e-Mail EGEEulen@aol.com
www.EGEEulen.de

Exkurs: Weshalb hat der besondere Artenschutz Bedeutung für die Zulassung von Eingriffen? (Auszug aus BREUER 2005)

Vor nicht allzu langer Zeit war die Welt noch in Ordnung: Die strengen artenschutzrechtlichen Vorschriften im 5. Abschnitt des Bundesnaturschutzgesetzes mochten überall gelten, aber doch nicht bei der Entscheidung über Eingriffe im Sinne § 18 BNatSchG. Hierfür schien das BNatSchG selbst die Begründung zu geben, denn es nimmt bis heute *"die Ausführung eines zugelassenen Eingriffs"* von diesen artenschutzrechtlichen Vorschriften aus (genau genommen von den Verboten des § 42 Abs. 1 und 2 BNatSchG) – wenngleich seit 1993 mit der Einschränkung, dass Tiere einschließlich ihrer Nist-, Brut-, Wohn- oder Zufluchtstätten und Pflanzen der besonders geschützten Arten dabei *"nicht absichtlich beeinträchtigt werden"* (§ 43 Abs. 4 BNatSchG).

Deshalb fanden die strengen Artenschutzvorschriften des BNatSchG bei Eingriffen lange Zeit und zumeist bis heute keine Anwendung. Artenschutz spielte in der Eingriffsregelung nur insoweit eine Rolle, wie die Arten als Teil(-Schutzgut) der

Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushaltes oder des Landschaftsbildes geschützt werden konnten. Dieser Schutz ist zwar nicht auf die besonders geschützten oder gar nur streng geschützten Arten beschränkt, bleibt aber bezogen auf diese Arten aufgrund der vergleichsweise leicht zu überwindenden Bestimmungen der Eingriffsregelung hinter den Verboten des § 42 Abs. 1 und 2 BNatSchG zurück.

Heute bestehen Zweifel an der Vorstellung, § 42 Abs. 1 und 2 BNatSchG sei für die Zulassung von Eingriffen unbeachtlich - aus mehreren Gründen: Den einfachsten Grund lieferte jüngst GASSNER (2004: 562) mit dem Hinweis auf den Wortlaut des § 43 Abs. 4 BNatSchG. Darin ist nämlich eindeutig gar nicht die *Zulassung* des Eingriffs, sondern lediglich der Realakt seiner *Durchführung* von den Verboten des § 42 Abs. 1 und 2 BNatSchG angenommen.

Eine andere Begründung leitet sich ab aus dem Urteil des EuGH vom 30.01.2002 in der Rechtssache C-103/00. Danach liegt eine absichtliche Störung im Sinne Art. 12 Abs. 1 FFH-Richtlinie (in diesem Fall der Eiablageplätze der nach Anhang IV der FFH-Richtlinie geschützten Meeresschildkrötenart *Caretta caretta*) schon dann vor, wenn die Folgen der Handlung (in diesem Fall des Betretens und Befahrens eines Strandes) vorhergesehen werden konnten.

Genauso hat auch der VGH Kassel in zwei neueren Urteilen (und zwar vom 24.11.2003 Az. 3 N 1080/03 und 25.02.2004 Az. 3 N 1699/03) den Absichtsbegriff des § 43 Abs. 4 BNatSchG ausgelegt. Unter ausdrücklicher Bezugnahme auf das *"Caretta caretta Urteil"* entschied der VGH Kassel, dass Absicht im Sinne des § 43 Abs. 4 BNatSchG bereits dann vorliegt, wenn der Eingriff zwangsläufig zu einer Zerstörung oder Beeinträchtigung der Nist-, Brut-, Wohn- oder Zufluchtstätten besonders geschützter Arten führt.

Das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit schloss sich dieser Haltung in seinem Schreiben vom 01.06.2004 an die Länderumweltministerien und nachrichtlich an das Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen an. Die Interpretation des Absichtsbegriffs in § 43 Abs. 4 BNatSchG müsse der des Absichtsbegriffs im Artenschutzrecht der Gemeinschaft entsprechen. Daraus folge, dass bei der Zulassung eines Eingriffs nach § 19 BNatSchG, die artenschutzrechtlichen Vorschriften des § 42 Abs. 1 und 2 BNatSchG zusätzlich anzuwenden seien.

Diese Auslegung kann sich auch auf ein Klageverfahren der Europäischen Kommission gegen Deutschland vor dem EuGH stützen (Europäische Kommission, Rechtssache C-98/03). Nach Auffassung der Kommission steht die Einschränkung des Schutzes in § 43 Abs. 4 BNatSchG nicht im Ein-

klang mit dem Gemeinschaftsrecht, und zwar mit dem Verbot in Art. 12 Abs. 1 FFH-Richtlinie, Fortpflanzungs- und Ruhestätten der Tierarten des Anhanges IV dieser Richtlinie zu beschädigen oder zu vernichten (Rechtssache C-98/03-1, Nr. 40).

Weitere Gründe dafür, dass das Artenschutzrecht für die Zulassung von Eingriffen eigenständig Geltung neben dem Steuerungsprogramm der Eingriffsregelung beanspruchen kann, könnten sich aus dem spezifischen Schutzprogramm der einzelnen Abschnitte des BNatSchG erschließen. Deutlich wird dies z. B. in der selbstverständlichen Parallele des Gebietsschutzrechts. Es steht nämlich außer Zweifel, dass Gebietsschutznormen im Sinne von § 22 BNatSchG der Zulassung eines Eingriffs entgegenstehen, soweit nicht Ausnahmen oder Befreiungen Platz greifen. Dies wird neuerdings in § 18 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG deklaratorisch festgestellt (hierzu ausführlich GASSNER 2004).

Zuletzt bestätigte auch das Urteil des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache C-98/03 vom 10.01.2006, dass Deutschland im Bundesnaturschutzgesetz mehr Ausnahmen von den artenschutzrechtlichen Schädigungs- und Störungsverboten zugelassen hat, als es das Gemeinschaftsrecht erlaubt. Wegen dieser und anderer Vertragsverletzungen ist Deutschland vom Europäischen Gerichtshof verurteilt worden, die gesetzgeberischen Fehlleistungen bis Ende 2007 zu korrigieren.

Deshalb sind nun die besonders geschützten und die streng geschützten Arten auch für die Zulassung von Eingriffen beachtlich.

Literatur s. S. 7

Exkurs: § 19 Abs. 3 Satz 2 BNatSchG (Auszug aus BREUER 2005)

Neben den genannten artenschutzrechtlichen Vorschriften ist eine weitere Bestimmung beachtlich, die der Gesetzgeber im Jahr 2002 in die **Eingriffsregelung des BNatSchG** aufgenommen hat, um den **Schutz der streng geschützten Arten** in der Abwägung zu stärken - die Sonderregelung des § 19 Abs. 3 Satz 2: *"Werden als Folge eines Eingriff Biotop zerstört, die für die dort wild lebenden Tiere und wild wachsenden Pflanzen der streng geschützten Arten nicht ersetzbar sind, ist der Eingriff nur zulässig, wenn er aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses gerechtfertigt ist."*

Der Begriff *"Biotop"* in § 19 Abs. 3 Satz 2 BNatSchG schließt alle wesentlichen Habitate einer Art ein. Er reicht über die in § 42 Abs. 1 Nr. 1 dieses Gesetzes genannten *"Nist-, Brut-, Wohn- oder Zufluchtstätten"* hinaus. Insofern schränkt § 19 Abs. 3 Satz 2 BNatSchG die Zulassungsvoraussetzungen

für in dieser Weise beschriebene Eingriffe zusätzlich ein.

Gänzlich neu ist diese Vorschrift für die Landesnaturschutzgesetze nicht: Schon vor dem neuen Bundesnaturschutz erlaubte das Bayerische Naturschutzgesetz Eingriffe, welche die unersetzbaren Lebensräume der streng geschützten Arten zerstören, nur, "wenn für den Eingriff sprechende Gründe des Gemeinwohls besonders schwer wiegen" (§ 6a Abs. 2 BayNatSchG). Eine vergleichbare Zulassungsbeschränkung enthält auch § 13 Abs. 2 des Brandenburgischen Naturschutzgesetzes zum Schutz vom Aussterben bedrohter Arten.

Eine bloße Beeinträchtigung unersetzbarer Biotope streng geschützter Arten genügt allerdings nicht. Voraussetzung ist, dass der konkret individuelle Lebensraum für die dort lebenden Arten zerstört wird oder in absehbarer Zeit wegfällt und die Lebensraumfunktion für die jeweilige Art nicht wieder hergestellt werden kann. Der Verlust muss irreversibel sein. *"Der Begriff der Biotopzerstörung ist dahin auszulegen, dass die konkret betroffene Lebensraumfunktion für die Art verloren geht und nicht substituierbar ist"* (GASSNER et al. 2003: 363 Randnummer 45).

Diese Lebensräume sind umso eher als unersetzbar anzusehen, je schwerer sie standörtlich oder zeitlich wieder hergestellt werden können. Gerade viele streng geschützte Arten sind an solche Lebensräume gebunden, die schon deshalb für diese Arten unersetzbar sind.

Bei der Beurteilung kann aber nicht allein auf die Wiederherstellbarkeit der Biotope an sich abgestellt werden. Biotop im Sinne von Lebensraum (§ 10 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG) umfasst die Lebensraumfunktion einer konkreten Art bzw. Population und "ist insofern von einem Ding zu unterscheiden, das buchstäblich zerstört wird" (GASSNER et al. 2003: 363 Randnummer 45).

Es wird vielmehr maßgeblich darauf ankommen, ob die betroffenen Arten (und zwar die jeweilige örtlich konkrete Population und insoweit u. U. die betroffenen Individuen) unter den gegebenen Bedingungen überhaupt neue Lebensräume besiedeln können und sich diese Lebensräume in für diese Arten erreichbarer Entfernung befinden. Hiervon wird es abhängen, inwieweit "Ersatzlebensräume" geschaffen werden können. Eine Kompensation kann deshalb an die Bedingung geknüpft sein, dass die Maßnahmen dem Eingriff zeitlich (u. U. einige Jahre) vorausgehen.

Das Kriterium *"ersetzbar"* verweist im Zusammenhang mit § 19 Abs. 3 Satz 2 BNatSchG, also dem Schutz von streng geschützten Arten bei Eingriffen, auf die Wahrung der Existenzvoraussetzungen der jeweils betroffenen Population einer Art - und deshalb gerade nicht auf *Ersatzmaßnahmen*. An dieser

Stelle ist ein Ausgleich im engen Sinne und nicht Kompensation in sonstiger (gleichwertiger) Weise geschuldet. Der Begriff "ersetzbar" ist deshalb in § 19 Abs. 3 Satz 2 BNatSchG nicht wirklich passend (so auch LOUIS 2002: 388).

Überwindbar ist der Schutz nur durch öffentliche (also nicht oder zumindest nicht lediglich private) Interessen. Dazu können, wie sich aus der Formulierung nach § 34 Abs. 3 Nr. 1 BNatSchG ergibt, auch Interessen sozialer oder wirtschaftlicher Art zählen. In jedem Fall müssen "gesteigerte Gründe" für den Eingriff vorliegen. Ferner müssen zwingende Gründe für dieses öffentliche Interesse streiten. Voraussetzung für eine Zulassung dürfte sein, dass es (wie es auch Art. 16 Abs. 1 FFH-Richtlinie zum Schutz der in ihrem Anhang IV genannten Arten formuliert) keine anderweitige zufrieden stellende Lösung gibt.

Folglich ist "zwingend" im Sinne von alternativlos zu verstehen" (so GASSNER et al. 2003, 364 Randnummer 46). Damit setzt die Zulassung eines Eingriffes, der die unersetzbaren Lebensräume streng geschützter Arten zerstört, unausgesprochen eine Alternativenprüfung voraus. Auch insofern zeigt sich eine Parallele zu § 34 Abs. 3 BNatSchG. Allerdings muss das Projekt nach § 34 Abs. 3 Nr. 1 aus "zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses *notwendig*" sein. In § 19 Abs. 3 Satz 2 hingegen muss der Eingriff aus "zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses *gerechtfertigt*" sein. LOUIS führt diesen Unterschied in der Formulierung zu § 34 Abs. 3 Nr. 1 auf unsorgfältige Wortwahl zurück und geht von gleichartigen Anforderungen aus (LOUIS 2002: 388).

Literatur s. S. 7