

Artenschutz in der kommunalen Bauleitplanung und im nachfolgenden Zulassungsverfahren

Henning Buschbaum

1.	Einführung in die Thematik.....	74
2.	Die spezielle artenschutzrechtliche Prüfung (saP).....	75
3.	Das Anforderungsniveau der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände	76
4.	Behandlung des besonderen Artenschutzes in der Bauleitplanung	77
4.1.	Handlungsorientiertheit der Verbotstatbestände	77
4.2.	Planerforderlichkeit als materielle Schranke.....	78
4.3.	Vorliegen einer objektiven Ausnahmelage?.....	79
4.4.	Praktisches Beispiel.....	79
5.	Behandlung des besonderen Artenschutzes im Zulassungsverfahren.....	80
6.	Rechtliche Absicherung von Vermeidungs-/Verminderungs- und Ausgleichsmaßnahmen in den behördlichen Verfahren	81
6.1.	Absicherung von Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen	81
6.2.	Absicherung von vorgezogenen Ausgleichsmaßnahmen (sog. CEF-Maßnahmen)	82
7.	Fazit.....	83

Der besondere Artenschutz (§§ 44 ff. BNatSchG¹) als ein Teilgebiet des Naturschutzrechts hat in der Praxis erheblich an Bedeutung zugenommen. Ziel des Artenschutzes ist es, dem vom Menschen ausgelösten Artenrückgang wild lebender Tiere und wild wachsender Pflanzen entgegenzuwirken. Zum Schutz einzelner Vorkommen sind bestimmte Tötungs-, Störungs- und Beschädigungsverbote etabliert worden. Nicht selten bedarf die Planung eines umweltrelevanten

¹ Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege (Bundesnaturschutzgesetz – BNatSchG), Gesetz vom 29. Juli 2009, BGBl. I, S. 2542.

Projektes, wie z.B. die eines Kraftwerksvorhabens, neben der eigentlichen Zulassungsentscheidung flankierend der Aufstellung eines Bebauungsplans. Hier stellt sich die Frage, wie der besondere Artenschutz auf den verschiedenen Zulassungsebenen berücksichtigt werden muss. Insbesondere bei den unteren Naturschutzbehörden besteht oft die Neigung, bereits auf der Planungsebene den Artenschutz fast vollständig zu berücksichtigen. Dies kann zu Problemen im Projektverlauf führen. Der folgende Beitrag will sich dieser Thematik widmen.

1. Einführung in die Thematik

Das Naturschutzrecht lässt sich grob in drei Kategorien einteilen²:

- allgemeiner flächenbezogener Mindestschutz von Natur- und Landschaftselementen,
- besonderer Flächen- und Objektschutz, der einzelne besonders schutzwürdige und schutzbedürftige Natur- und Landschaftselemente einem gesteigerten (qualifizierten) Schutz unterstellt, und der
- Artenschutz, der je nach Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit (Seltenheit sowie Gefährdung einer Art) ebenfalls in einen allgemeinen und einen besonderen Schutz unterteilt wird.

Nur der Letztere, also die Behandlung spezieller Verbote zum Schutz wild lebender Tier- und Pflanzenarten vor Beeinträchtigungen durch den Menschen soll hier behandelt werden. Diese Verbote haben ihren Ursprung in der sog. Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie (FFH-RL)³ und der Vogelschutz-Richtlinie (VRL).⁴

Mit dem Urteil des EuGH zum Kraftwerk Trianel vom 12. Mai 2011⁵ hat das europäisch geprägte Naturschutzrecht eine verfahrensrechtliche Aufwertung erfahren.⁶ Der EuGH hat entschieden, dass diejenigen Vorschriften des deutschen Umweltrechtsbehelfsgesetzes (UmwRG)⁷, welche Umweltverbänden ein nur eingeschränktes Klagerecht gegen bestimmte genehmigungsrechtliche Entscheidungen einräumen, europarechtswidrig sind. Hintergrund der vom OVG Münster dem EuGH vorgelegten Fragestellungen war, dass bislang nach dem UmwRG die Klagemöglichkeiten gegen bestimmte behördliche Entscheidungen (z.B. wasserrechtliche Erlaubnisse und immissionsschutzrechtliche Verfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung und Umweltverträglichkeitsprüfung) insofern eingeschränkt waren, als Umweltvorschriften nur dann klagefähig waren, wenn diese zugleich Rechte Einzelner begründen. Dies ist etwa bei Normen der Fall, die den Gesundheitsschutz betreffen. Der gesamte Bereich des Naturschutzes als ein im Allgemeininteresse liegendes Gut an der Erhaltung einer intakten Natur konnte daher von den Umweltverbänden regelmäßig nicht beklagt werden. Dies hat sich seit der Trianel-Entscheidung des EuGH geändert. Voraussetzung für eine Klage ist allerdings, dass die betreffenden nationalen Umweltvorschriften

² Messerschmidt, Europäisches Umweltrecht, § 13 Rn. 2.

³ Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie (Habitatschutzrichtlinie), RL 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume der wildlebenden Tiere und Pflanzen (ABl. L 206 v. 22.7.1992).

⁴ Vogelschutzrichtlinie, RL 79/409/EWG 2.4.1979 (ABl. L 103 v. 25.4.1979), konsolidierte Fassung RL 2009/147/EG vom 30.11.2009 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten (ABl. EG Nr. L 20, 7).

⁵ Rs. C-115/09 (Trianel).

⁶ Auf Details des Urteils kann hier nicht eingegangen werden.

⁷ Gesetz vom 07.12.2006 über die ergänzenden Vorschriften zu Rechtsbehelfen in Umweltangelegenheiten nach der EG-Richtlinie 2003/35/EG, BGBl. I S. 2816.

auf EU-Recht basieren. Der besondere Artenschutz, der seine Wurzeln im EU-Umweltrecht hat, ist daher in umweltrelevanten Genehmigungsverfahren sehr gründlich zu behandeln.

Der besondere Artenschutz ist in Deutschland in den §§ 44 ff. BNatSchG geregelt. Das deutsche Recht unterscheidet zwischen besonders geschützten Arten und streng geschützten Arten (§ 7 Abs. 2 Ziffer 13 und 14 BNatSchG). Zu den besonders geschützten Arten gehören insbesondere die Tier- und Pflanzenarten nach Anhang IV der FFH-RL sowie alle in Europa vorkommenden Vogelarten. Eine Teilmenge hiervon bilden die streng geschützten Arten. Von den im Bundesgebiet vorkommenden etwa 76.000 Arten sind etwa 2.600 Arten besonders geschützt, für rund 480 Arten gilt ein strenger Schutz.⁸

2. Die spezielle artenschutzrechtliche Prüfung (saP)

In der Praxis wird zum Thema des Umgangs mit dem besonderen Artenschutz ein eigenständiges Dokument, die sog. spezielle artenschutzrechtliche Prüfung (saP), vorgelegt.⁹ Dieses wird meist in drei Stufen unterteilt¹⁰:

Auf der ersten Stufe wird der relevante Wirkraum bestimmt und die konkreten naturräumlichen Gegebenheiten berücksichtigt. Zugleich erfolgt eine Erfassung des Arteninventars durch Begehung und/oder Auswertung vorhandener Erkenntnisse.

Auf der zweiten Stufe hat, sofern artenschutzrechtliche Konflikte möglich erscheinen, eine Bewertung der Betroffenheiten zu erfolgen (Konfliktanalyse). Dabei sind Vermeidungsmaßnahmen (z.B. Bauzeitenbeschränkung) ebenso wie Maßnahmen zur Wahrung einer kontinuierlichen ökologischen Funktionalität einzubeziehen. Das Bundesverwaltungsgericht¹¹ hat den Behörden auf dieser Stufe und der vorangegangenen Stufe allerdings eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative eingeräumt und beschränkt daher die Prüfung der Gerichte auf die Frage, ob es naturschutzfachlich vertretbar war, dass ein Verstoß gegen ein Verbot des §§ 44 Abs. 1 BNatSchG ausgeschlossen wurde (zu den Verbotstatbeständen und zum sog. Maßnahmenkonzept siehe sogleich ausführlich unter 3.). Zu fragen ist, ob die Einschätzung der Behörde im Einzelfall auf zulänglichen oder geeigneten Bewertungsverfahren beruht hat.

Ist trotz Berücksichtigung eines Maßnahmenkonzeptes gleichwohl davon auszugehen, dass mindestens ein Verbotstatbestand erfüllt ist, wird ein Ausnahmeverfahren notwendig. Hier wäre dann auf der dritten Stufe der Nachweis zu führen, dass das Vorhaben im überwiegenden öffentlichen Interesse liegt, dass zumutbare Alternativen nicht existieren und auch der Erhaltungszustand der Populationen einer Art sich durch die Ausnahme von dem Verbot nicht verschlechtert (§ 45 Abs. 7 Nr. 5 BNatSchG).¹²

⁸ *Fellenberg*, in: Kerkmann, Naturschutzrecht in der Praxis, 2. Auflage, § 7 Rn. 26.

⁹ Bei der Aufstellung von Bebauungsplänen werden die wesentlichen Aussagen der saP üblicherweise im Umweltbericht als gesondertem Teil der Begründung zum Entwurf des Bauleitplans aufgenommen.

¹⁰ Siehe hierzu: Artenschutz in der Bauleitplanung und bei der baurechtlichen Zulassung von Vorhaben - Gemeinsame Handlungsempfehlung des Ministeriums für Wirtschaft, Energie, Bauen, Wohnen und Verkehr NRW und des Ministeriums für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz NRW vom 22.12.2010.

¹¹ Urteil vom 9.7.2008 – 9 A 14/07.

¹² Näher hierzu *Fellenberg*, in: Grabherr/Reidt/Wysk, Luftverkehrsgesetz, Kommentar, EL 13, September 2009, § 6 Rn. 295-298.

3. Das Anforderungsniveau der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände

Nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ist es verboten, 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.

Beispiel: Dieser Verbotstatbestand kann durch die Bautätigkeit selbst oder durch Kollisionen von Tieren mit dem Bauwerk ausgelöst werden.

Verboten sind des Weiteren Handlungen zu bestimmten Zeiten (Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Mauser-, Überwinterungs- und Wanderzeiten), wenn diese zu einer erheblichen Störung wild lebender Tiere der streng geschützten Arten oder der europäischen Vogelarten führen. Eine erhebliche Störung liegt dann vor, wenn sich durch die Störung der Erhaltungszustand der lokalen Population einer Art verschlechtert (§ 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG).

Beispiel: Akustische oder optische Störwirkungen, die zu einer negativen Beeinflussung der psychischen Verfassung des Tieres führen und Reaktionen wie Unruhe oder Flucht auslösen.

Ein weiterer Verbotstatbestand betrifft die Fortpflanzungs- und Ruhestätte der besonders geschützten Arten. Diese dürfen der Natur nicht entnommen, beschädigt oder zerstört werden (§ 44 Abs. 1 Nr. 3 und 4 BNatSchG).

Allerdings enthält § 44 Abs. 5 S. 1 und 2 BNatSchG *Lockerungen* von dem Verbot, Fortpflanzungs- und Ruhestätten von wild lebenden Tieren zu beeinträchtigen (§ 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG). Diese Lockerungen führen dazu, dass unter bestimmten Voraussetzungen der Verbotstatbestand als nicht erfüllt angesehen wird. Um von dieser Privilegierung profitieren zu können, müssen zunächst entweder europäisch geschützte Arten oder aber bestimmte national geschützte Arten, die in ihrem Bestand gefährdet sind und in einer Rechtsverordnung (§ 54 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG) unter besonderen Schutz gestellt wurden, betroffen sein.¹³ Weiterhin muss es sich um ein sog. Eingriffsvorhaben, also z.B. die Erweiterung eines bestehenden Vorhabens, oder um ein Vorhaben in Gebieten mit Bebauungsplänen handeln. Drittens muss hinzukommen, dass die ökologische Funktion der von dem Eingriff oder dem Vorhaben betroffenen Fortpflanzungs- oder Ruhestätten im räumlichen Zusammenhang weiterhin erfüllt wird.

Bei der Beurteilung, ob die ökologische Funktion der betroffenen Ruhe- und Fortpflanzungsstätte noch gewahrt ist, können auch sog. vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen (*Maßnahmen zur Wahrung der kontinuierlichen ökologischen Funktionalität*, CEF-Maßnahmen)¹⁴ nach § 44 Abs. 5 S. 3 BNatSchG festgesetzt werden. Hiernach sind die genannten Vorhaben trotz einer Beschädigung oder Zerstörung der Fortpflanzungs- und Ruhestätte und damit verbundener unvermeidbarer Verletzungen oder Tötungen der geschützten Arten von den Verböten ausgenommen, sofern sich die ökologische Gesamtsituation des von dem Vorhaben betroffenen Bereichs im Hinblick auf seine Funktion als Fortpflanzungs- und Ruhestätte nicht verschlechtert. Bezugsebene für den Verbotstatbestand ist daher nicht mehr nur die Lebensstätte des einzelnen Individuums, sondern die ökologische Gesamtsituation des betroffenen Bereichs. Um den Eintritt einer Verschlechterung zu vermeiden, können insbesondere funktionserhaltende oder konfliktmindernde Maßnahmen, sog. Ausgleichsmaßnahmen, festgelegt werden, die aber unmittelbar am betroffenen Bestand

¹³ Eine entsprechende Verordnung wurde bislang nicht erlassen.

¹⁴ Englisch: Continues Ecological Functionality-measures (CEF-measures).

ansetzen müssen, mit diesem räumlich-funktional verbunden sind und zeitlich so durchgeführt werden, dass zwischen dem Erfolg der Maßnahme und dem vorgesehenen Eingriff keine zeitliche Lücke entsteht. CEF-Maßnahmen müssen daher bereits im Zeitpunkt des Eingriffs wirksam sein. Schließlich müssen die Maßnahmen hinreichend rechtlich gesichert sein und diesen muss aufgrund fachlicher Beurteilung eine hohe Erfolgswahrscheinlichkeit bescheinigt werden. Im Unterschied zu den herkömmlichen Vermeidungsmaßnahmen, die darauf abzielen, die Auswirkungen des Vorhabens zu minimieren, geht es bei den funktionserhaltenden Maßnahmen vielmehr darum, in qualitativer wie quantitativer Hinsicht Ersatz für die Zerstörung von Flächen bzw. Lebensräumen zu schaffen.

Beispiel für eine CEF-Maßnahme: Die Herrichtung einer neuen Lebensstätte, wie etwa ein Amphibienlaichgewässer oder das Anbringen von Nistkästen.

4. Behandlung des besonderen Artenschutzes in der Bauleitplanung

Im Folgenden soll der Frage nachgegangen werden, wie der besondere Artenschutz (saP) in der Bauleitplanung zu behandeln ist.

Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Bauvorhaben ist gem. § 29 BauGB¹⁵ nach den §§ 30 bis 37 BauGB zu beurteilen. Danach bestimmt sich die Zulässigkeit von Vorhaben im Bereich eines qualifizierten Bebauungsplans nach § 30 BauGB, im unbeplanten Innenbereich nach § 34 BauGB und im Außenbereich nach § 35 BauGB. Im Geltungsbereich eines qualifizierten Bebauungsplans nach § 30 Abs. 1 BauGB richtet sich die Zulässigkeit nach den getroffenen Festsetzungen. Dazu können auch solche Festsetzungen gehören, mit denen vorbeugend Verstöße gegen die artenschutzrechtlichen Verbotsbestimmungen verhindert werden sollen.¹⁶ Immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige Anlagen, denen ein anlagetypisches Störpotenzial inne wohnt, sind meist nur in Industriegebieten nach § 9 BauNVO¹⁷ oder in für sie festgesetzten Sondergebieten (§ 11 BauNVO) sowie unter engen Voraussetzungen im Außenbereich (§ 35 BauGB) zulässig.¹⁸ In Betracht kommen kann auch die Aufstellung eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans nach § 12 BauGB.

Sofern für die Realisierung eines konkreten Vorhabens ein Bebauungsplan aufgestellt werden soll oder aber durch die Festsetzung eines oder mehrerer Baugebiete die Bebaubarkeit von Flächen für eine Vielzahl von Vorhaben vorbereitet werden sollen, stellt sich die Frage, ob und wie der besondere Artenschutz auf dieser Ebene zu berücksichtigen ist.

4.1. Handlungsorientiertheit der Verbotstatbestände

Die artenschutzrechtlichen Verbote untersagen bestimmte Tathandlungen. Verbotsrelevant ist nach allgemeiner Auffassung nicht die Überplanung von Flächen selbst, sondern die spätere bauliche Nutzung.¹⁹ Bebauungspläne beinhalten lediglich das Angebot, planerisch

¹⁵ Baugesetzbuch, in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. September 2004 (BGBl. I. S. 2414).

¹⁶ Dazu BayVGh, Urteil vom 30.3.2010 - 8 N 09.1861-1868, 8 N 09.1870-1875, abgedruckt in UPR 3/2011, S. 115 ff.

¹⁷ Verordnung über die bauliche Nutzung der Grundstücke (Baunutzungsverordnung) in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 1990 (BGBl. I S. 132).

¹⁸ *Scheidler*, BauR 2008, 941 (945); *Schulz*, Medienübergreifendes Industrieanlagenzulassungsrecht nach europäischem und nach deutschem Recht, 1997, S. 146 f. und 150 f.

¹⁹ Statt vieler: *Gellermann*, NuR 2007, 132 (133).

vorgesehene Fläche für die Ansiedlung einer gewerblichen Anlage nutzen zu dürfen. Adressat des besonderen Artenschutzes ist damit die Behörde, die den späteren Planvollzug gestattet, also beispielsweise die Baugenehmigungsbehörde oder die Anlagengenehmigungsbehörde.²⁰ Dieser Befund bedeutet indes nicht, dass die artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände für die Trägerin der Bauleitplanung unmaßgeblich wären. Der besondere Artenschutz hat mittelbare Bedeutung für die Aufstellung eines Bebauungsplans.

4.2. Planerforderlichkeit als materielle Schranke

Auch wenn die artenschutzrechtlichen Probleme abschließend auf der Zulassungsebene zu klären sind, muss sich die Gemeinde als Trägerin der Bauleitplanung im Zeitpunkt des Erlasses vergewissern, ob der Plan vollzugsfähig ist, d.h. ob dem Plan auch kein dauerhaftes Vollzugshindernis, etwa in Form der artenschutzrechtlichen Bestimmungen, entgegen steht. Einfallstor für diese Prüfung ist die materielle Regelung in § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB.²¹ Hiernach haben die Gemeinden Bauleitpläne aufzustellen, sobald und soweit es für die städtebauliche Entwicklung erforderlich ist. Nach einhelliger Auffassung in der Rechtsprechung ist ein Bebauungsplan nicht erforderlich und damit unwirksam, wenn er seinem Gestaltungsauftrag nicht gerecht werden kann. Ein solches rechtliches Hindernis kann sich auch aus den artenschutzrechtlichen Verbotstatbeständen ergeben und damit eine *Planungssperre* darstellen.

Daher ist die Gemeinde gezwungen, auf der Grundlage der verfügbaren Erkenntnisse zu ermitteln und zu bewerten, ob in Vollziehung der bauplanerischen Festsetzungen die Verbotstatbestände dauerhaft tangiert werden. Wirken sich die Verbote im Rahmen des Planvollzuges nur vorübergehend aus, ist dies am Maßstab des § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB unproblematisch. Kommen etwa relevante Tierarten nur jahreszeitbedingt im Plangebiet vor, so steht das Tötungsverbot der Bauleitplanung nicht dauerhaft entgegen. Es besteht nur ein temporäres Hindernis. Die notwendigen Bauarbeiten können auch während der Abwesenheit der betreffenden Tierart durchgeführt werden. Der Frage, an welche Stelle und mit welchen rechtlichen Instrumenten derartige Maßnahmen im Verfahren abzusichern sind, wird unter Kapitel 6 nachgegangen.

Insoweit hat es sich in der Praxis bewährt, bereits im Verfahren zur Aufstellung eines Bebauungsplans eine artenschutzrechtliche Prüfung durchzuführen.

Allerdings ist in der Regel auf der Planebene die artenschutzrechtliche Prüfung nicht mit gleicher Intensität durchzuführen, wie sie bei der Vorhabenzulassung notwendig ist.²² Dies hängt damit zusammen, dass es nicht Aufgabe der Bauleitplanung ist, Entscheidungen zu treffen, die nach den Bestimmungen des Fachrechts dem jeweiligen konkreten Genehmigungsverfahren vorbehalten sind. Die Gemeinde ist zur Regelung der städtebaulichen Ordnung auf den Festsetzungskatalog des § 9 BauGB beschränkt. Die konkreten Festsetzungen und nicht das konkrete Vorhaben bilden den Bezugspunkt für die Frage, ob die Ausnutzung des Plans zu einem Vollzugshindernis führen kann.

Betriebliche Auswirkungen einer gewerblichen Anlage mit Folgen für die geschützten Arten, etwa die Kühlwasserentnahme oder der mit der Wiedereinleitung verbundene Wärmeeintrag können nicht Gegenstand einer rechtsverbindlichen Festsetzung im Bebauungsplan

²⁰ Lütkes, in: Lütkes/Ewer, Bundesnaturschutzgesetz, Kommentar, 2011, § 18 Rn. 46.

²¹ Aus neuerer Zeit etwa: VGH Kassel, Urteil vom 21.2.2008 – 4 N 869/07, abgedruckt in: NuR 2008, 352 ff.

²² So auch Fellenberg, in: Kerkmann, Naturschutzrecht in der Praxis, 2. Auflage, § 7 Rn. 46.

sein. Die Entscheidung hierüber obliegt der jeweiligen Fachbehörde. Auch die Festschreibung von Emissionswerten (Luftschadstoffen) im Bebauungsplan ist nicht unproblematisch, insbesondere dann, wenn die Immissionen den überörtlichen Wirkungskreis betreffen, was bei industriellen Anlagen mit einem hohen Schornstein häufig der Fall sein dürfte.²³

Meist wird daher die artenschutzrechtliche Prüfung vorrangig auf die Themen Flächeninanspruchnahme für Baustelleneinrichtungsflächen, Unterbrechung von raumbedeutsamen Verbindungsachsen (Flugkorridore) durch Baukörper, Veränderung von Jagdhabitaten oder akustische Störwirkungen beschränkt sein.

Andererseits muss bei einem *normalen* Angebotsplan die Abwägungsentscheidung des Rates sich stets auf die durch die Planfestsetzungen erlaubten Bebauungsmöglichkeiten beziehen und nicht auf die konkrete Anlagenkonfiguration eines gegebenenfalls dahinter bleibenden Genehmigungsantrages.²⁴ Ausschlaggebend für die Zusammenstellung und Bewertung des Abwägungsmaterials, wozu auch der besondere Artenschutz gehört²⁵, sind die maximalen Ausnutzungsmöglichkeiten der Festsetzungen eines Bebauungsplans.

4.3. Vorliegen einer objektiven Ausnahmelage?

Stehen nach den verfügbaren Erkenntnissen der Verwirklichung des Plans unüberwindliche artenschutzrechtliche Hindernisse entgegen, so hat sich die Gemeinde zu vergewissern, ob eine *objektive Ausnahmelage* vorliegt.²⁶ Die Prüfung beschränkt sich auf die Frage, ob Ausnahmen von den Verboten nach § 45 Abs. 7 Nr. 5 BNatSchG erteilt werden können. Dabei ist es nicht erforderlich, dass die Erteilung einer Ausnahme bereits vor Aufstellung des Baubauungsplans durch die Naturschutzbehörde verbindlich zugesichert und von dieser erteilt werden muss. Ausnahmebedürftig ist nicht die Planung, sondern das Vorhaben an sich, das mit den artenschutzrechtlichen Verboten kollidiert. Insoweit kommt es entscheidend auf die gemeindliche Prognose an, die eine Entscheidung über das Vorliegen einer Ausnahmelage eigenverantwortlich zu treffen hat. Gibt die zuständige Naturschutzbehörde im Rahmen ihrer Beteiligung im Aufstellungsverfahren keine negative Stellungnahme ab, muss die Gemeinde davon ausgehen, dass diese (die Naturschutzbehörde) im Rahmen des Planvollzuges die in ihrem Ermessen liegende Ausnahme erteilen wird. Die Gemeinde darf dann in diese *Ausnahmelage* hineinplanen.²⁷

4.4. Praktisches Beispiel

Zur Veranschaulichung des bisher Gesagten, mögen folgende Formulierungsbeispiele aus einer saP dienen:

1. Prüfung von Verbotstatbeständen

.....

²³ In diese Richtung: *Reidt*, BauR 2010, 2025 (2029 f.). Kritisch bereits *Stüer*, Der Bebauungsplan, 3. Aufl., 2006, S. 194 f.

²⁴ Nieders. OVG, Beschluss vom 4. Jan. 2011 – 1 MN 130/10-, abgedruckt, in: *ZfBR* 2011, 154 ff.

²⁵ § 1 Abs. 6 Nr. 7 und Abs. 7 BauGB verlangt, dass die Auswirkungen auf Tiere und Pflanzen in der Abwägung berücksichtigt werden.

²⁶ VGH Kassel, Urt. V. 21.2.2008 – 4 N 869/07, abgedruckt in: *NuR* 2008, 352 (353); *Heugel*, in: *Lütkes/Ewer*, Bundesnaturschutzgesetz, Kommentar, 2011, § 44 Rn. 46.

²⁷ Zum Meinungsstreit, ob auch dann ein dauerhaftes Vollzugshindernis besteht, wenn die Naturschutzbehörde ankündigt, die Ausnahme aus Zweckmäßigkeitserwägungen ablehnen zu wollen: *Fellenberg*, in: *Kerkmann*, Naturschutzrecht in der Praxis, 2. Auflage, § 7 Rn. 49.

1.1.2. Streng geschützte Tierarten

.....

Baubedingte Tötungen der Individuen der zwei Arten oder die Zerstörung von Gelegen/Eiern wird durch eine Baufeldfreimachung außerhalb der Brutzeit der Arten vermieden. Zumindest aufgrund vorgezogener Ausgleichsmaßnahmen (Maßnahmen zur Wahrung der kontinuierlichen ökologischen Funktionalität/CEF-Maßnahmen, hier A 3 Entwicklung halbruderaler Gras- und Staudenfluren (Brachen) in einer Ackerlandschaft) für das Rebhuhn bleiben die ökologischen Funktionen der betroffenen Fortpflanzungsstätte im räumlichen Zusammenhang weiterhin erfüllt. Erhebliche Beeinträchtigungen der lokalen Populationen können damit für den Planvollzug sicher ausgeschlossen werden. Die Vollziehbarkeit der Planung ist folglich nicht in Frage gestellt.

.....

Sowohl für baumbewohnende als auch für gebäudebewohnende Fledermausarten kann der Verlust von Quartieren im Bereich des Geltungsbereichs des Bebauungsplans sicher ausgeschlossen werden. Im Plangebiet gibt es keine Gebäude, die wenigen vorhandenen Gehölzstrukturen wurden intensiv auf das Vorhandensein von Fledermausquartieren abgesehen. Es wurden weder Quartiere noch potenziell geeigneten Gehölzstrukturen im Geltungsbereich festgestellt. Entsprechend kann die Möglichkeit der direkten Tötung von Fledermäusen durch baubedingte Zerstörung von z.B. Baumquartieren ausgeschlossen werden.

5. Behandlung des besonderen Artenschutzes im Zulassungsverfahren

Nachdem auf den Prüfumfang des besonderen Artenschutzes auf der Ebene der Bauleitplanung eingegangen wurde, soll dieser nunmehr auf Zulassungsebene behandelt werden.

Gem. § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG²⁸ ist die Genehmigung für eine Anlage, die unter den Anhang der 4. BImSchV²⁹ fällt (z.B. ein Kraftwerk mit einer Feuerungswärmeleistung von 50 Megawatt oder mehr) zu erteilen, wenn *andere öffentlich-rechtliche Vorschriften* der Errichtung und dem Betrieb nicht entgegenstehen. Zu diesen Vorschriften zählt das Naturschutzrecht.

Der Prüfungsumfang einer artenschutzrechtlichen Prüfung im konkreten Anlagengenehmigungsverfahren ist in der Praxis meist umfangreicher als der im Verfahren zur Aufstellung eines Bebauungsplans. Dies hängt damit zusammen, dass die Genehmigungsentscheidung den Eingriff legitimiert und daher neben den baubedingten Auswirkungen zusätzlich alle betriebsbedingten Auswirkungen, wie etwa Schadstoff- und Lärmemissionen und das Vorhandensein von Gefahrstoffen, zu berücksichtigen sind.

Ist der Betrieb der Anlage mit der Benutzung eines Gewässers verbunden (z.B. Entnahme von Kühlwasser) bedarf es neben der Genehmigung nach dem BImSchG einer separaten wasserrechtlichen Erlaubnis (vgl. § 13 BImSchG). Auch in diesem wasserrechtlichen Verfahren muss eine spezielle artenschutzrechtliche Prüfung vorgelegt werden. Hierbei ist dann gegebenenfalls die Frage nach dem Wärmeeintrag und dessen Auswirkungen auf die Arten ebenso zu behandeln, wie die Frage, ob beispielsweise ein Tötungsverbot vorliegt, weil vom Artenschutzrecht erfasste Fische infolge der Kühlwasserentnahme in das Kühlsystem eingesaugt werden können.

²⁸ Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (Bundes-Immissionsschutzgesetz – BImSchG), in der Fassung der Bekanntmachung vom 26.9.2001 (BGBl. I 3830).

²⁹ Vierte Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlage – 4. BImSchV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 14.3.1997 (BGBl. I S. 504).

Schadstoffeinträge, die den Anforderungen des BImSchG oder der TA-Luft genügen, weil sie sich im irrelevanten Bereich bewegen, werden regelmäßig keine Verbotstatbestände verwirklichen.³⁰ Auch wird vertreten, dass durch Kühlwassereinleitungen verbundene Temperaturerhöhung von weniger als 3 Kelvin nicht dazu führen, dass etwa Seuchen- bzw. Krankheitsgefahren für die Arten auftreten können. Eine Verletzung der artenschutzrechtlichen Bestimmungen soll folglich ausgeschlossen sein.³¹

Da für derartige ökologische Bewertungen und Einschätzungen generalisierende Rechtsmaßstäbe fehlen, ist das Vorliegen der Verbotstatbestände jedoch immer im Einzelfall zu bewerten. Die artenschutzrechtliche Prüfung hat hierbei unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes am Maßstab der praktischen Vernunft ausgerichtet zu sein. Sollten verschiedene fachgutachterliche Meinungen zu einem Problem existieren, darf die Behörde sich einem fachwissenschaftlich vertretbaren Standpunkt anschließen, sofern er dem aktuellen Erkenntnisstand entspricht.

6. Rechtliche Absicherung von Vermeidungs-/Verminderungs- und Ausgleichsmaßnahmen in den behördlichen Verfahren

Damit aufgrund von Vermeidungs-/Verminderungs- oder Ausgleichsmaßnahmen die Tatbestandsvoraussetzungen der Verbotsregelungen in § 44 Abs. 1 BNatSchG rechtswirksam ausgeschlossen werden können, müssen diese Maßnahmen rechtlich gesichert werden. Dieses Thema dürfte als noch nicht abschließend geklärt gelten, denn eine eindeutige gesetzliche Regelung für den besonderen Artenschutz existiert diesbezüglich nicht.

Für die Eingriffsregelung (allgemeiner flächenbezogener Mindestschutz) nach § 14 BNatSchG hat der Gesetzgeber hingegen eindeutig festgelegt, mit welchen Instrumenten Ausgleichsmaßnahmen im Rahmen der Aufstellung des Bebauungsplans durchzuführen sind. Nach § 1a Abs. 3 S. 2 BauGB erfolgt der Ausgleich einer Beeinträchtigung durch geeignete Darstellungen und Festsetzungen nach den §§ 5 und 9 BauGB. Gem. § 1a Abs. 3 S. 4 BauGB können anstelle von Darstellungen und Festsetzungen für den Ausgleich vertragliche Regelungen (öffentlich-rechtlichen Vertrag, § 11 BauGB) oder sonstige geeignete Maßnahmen zum Ausgleich auf von der Gemeinde bereitgestellten Flächen getroffen werden.

6.1. Absicherung von Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen

Vermeidungsmaßnahmen, wie z.B. zeitlich vorgegebene Bauzeitenregelungen, eignen sich meist nicht für eine Absicherung durch Festsetzung in Bebauungsplan.³² Allen Festsetzungen nach § 9 BauGB ist gemein, dass sie nur aus städtebaulichen Gründen erfolgen dürfen, womit in der Regel bodenrechtliche Gründe verbunden sind. Die Verpflichtung, dass die Baufeldfreimachung außerhalb der Brutzeit durchzuführen ist, um das Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Ziffer 1 BNatSchG auszuschließen, weist diesen städtebaulichen Bezug nicht auf. Eine Festsetzungsmöglichkeit diesbezüglich existiert nicht.

Um die starren und vielfach auch mit Auslegungsschwierigkeiten verbundenen Vorgaben des § 9 BauGB zu überwinden, wird in diesen Fällen vorgeschlagen, diesen Besonderheiten mittels öffentlich-rechtlichen Verträgen zu begegnen. Notwendig ist der Vertrag hingegen

³⁰ Thyssen, EurUP 2009, 172 (178).

³¹ Thyssen, EurUP 2009, 172 (178).

³² Kästle, NuR 2010, 711; Pauli, BauR 2008, 759 (761).

nicht, um die Wirksamkeit des Bebauungsplans zu begründen, wenn der Vollzugsfähigkeit des Bebauungsplans kein dauerhaftes Vollzugshindernis entgegensteht. In diesen Fällen kann es empfehlenswert sein, auch nur einen Hinweis in den Bebauungsplan aufzunehmen, wonach auf der Ebene der Vorhabenzulassung – etwa im Wege einer Nebenbestimmung zur Baugenehmigung – dafür zu sorgen ist, dass die Bauarbeiten nur in jenen Zeiten durchgeführt werden, in denen die betreffende Tierart nicht anwesend ist.³³ Eine verbindliche Lösung des Konfliktes darf daher von der Gemeinde in das jeweilige Zulassungsverfahren verschoben werden (Konflikttransfer).

6.2. Absicherung von vorgezogenen Ausgleichsmaßnahmen (sog. CEF-Maßnahmen)

Nach der Rechtsprechung³⁴ soll es zur rechtswirksamen Vermeidung eines Verstoßes gegen das Verbot des § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG unerlässlich sein, dass die CEF-Maßnahmen in einem Bebauungsplan selbst festgesetzt werden. Eine Absicherung durch öffentlich-rechtlichen Vertrag reiche nicht aus. Der VGH München begründet dies zu einem mit dem strengen Schutzsystem, welches die Mitgliedstaaten nach Art. 12 und Art 16 FFH-RL einzuführen haben. Dieser Umsetzungspflicht sei der Gesetzgeber mit der Spezialregelung in § 44 Abs. 5 S. 3 BNatSchG (Wortlaut: *Soweit erforderlich, können auch vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen festgesetzt werden.*) nachgekommen. Hiernach gebe es für die Gemeinde keine Möglichkeit, den artenschutzrechtlichen Erfordernissen anders als durch Festsetzungen im Bebauungsplan zu begegnen.

Diese Auslegung durch die Rechtsprechung überzeugt nicht. *Kästle*³⁵ weist zu Recht auf den Umstand hin, dass CEF-Maßnahmen oft der bodenrechtliche Bezug fehle.

Ersatzlebensstätten nach § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG können oft auch hergestellt werden, ohne dass es hierfür einer Ausweisung von Flächen oder Maßnahmen im Plangebiet bedarf (§ 9 Abs. 1 Nr. 20 BauGB). Als Beispiel ist das Anbringen von künstlichen Nistkästen genannt. Für diese Fälle eröffnet aber der Kompetenzkatalog des § 9 BauGB keine Möglichkeit, beschlossene CEF-Maßnahmen im Bebauungsplan mit Hilfe von Festsetzungen abzusichern. Sollte die Gemeinde dennoch die CEF-Maßnahmen festsetzen, besteht die Gefahr, dass diese unzulässig sind.

Indes zwingt der Wortlaut des § 44 Abs. 5 S. 3 BNatSchG die Gemeinde nicht, dem Verbotstatbestand des §§ 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG zwingend mit der Festsetzung von CEF-Maßnahmen im Bebauungsplan zu begegnen.

Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers sollten mit dem ersten Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes³⁶ die europarechtlichen Anforderungen an die sog. Zugriffsverbote der FFH-RL ordnungsgemäß ins deutsche Recht umgesetzt werden.³⁷ Mit der Vorgängerregelung zu § 44 Abs. 5 S. 3 BNatSchG (§ 42 Abs. 5 S. 3 BNatSchG a.F.) wurde erstmals ein neuer Weg beschritten, nämlich die Überwindung der artenschutzrechtlichen Verbote durch Kompensationsmaßnahmen. In der amtlichen Begründung zum

³³ So auch *Pauli*, BauR 2008, 759 (761).

³⁴ BayVGH, UPR 2011, 115 ff.; ihm folgend wohl auch *Heugel*, in: Lütkes/Ewer, Bundesnaturschutzgesetz, Kommentar, 2011, § 44 Rn. 50; a.A. *Kästle*, NuR 2010, 711.

³⁵ *Kästle*, NuR 2010, 711.

³⁶ Gesetz zur Änderung des BNatSchG vom 12.12.2007, BGBl. I 2007, S. 2873.

³⁷ So *Lau/Steeck*, NuR 2008, 386 (392).

Gesetzesentwurf der Bundesregierung³⁸ heißt es: *Um dies zu gewährleisten, sollen ... auch vorgezogene Maßnahmen nach § 1a Abs. 3 BauGB angeordnet werden können. Der Begriff festsetzen in § 44 Abs. 5 S. 3 BNatSchG ist damit nicht auf Festsetzungen in § 9 BauGB beschränkt. Vielmehr sollte den Gemeinden mit der Regelung auch in diesem Bereich sämtliche Möglichkeiten des § 1a Abs. 3 BauGB zur Verfügung gestellt werden.*³⁹

Es empfiehlt sich, die Umsetzung der CEF-Maßnahme bereits zum Zeitpunkt des Satzungsbeschlusses verbindlich abzusichern. Anderenfalls könnte der Planvollzug in Frage gestellt werden. Dies wäre z.B. dann anzunehmen, wenn sich die Flächen für die Durchführung von konfliktmindernden Artenschutzmaßnahmen nicht im Eigentum des Investors befinden. Der Plangeber sollte daher unbedingt vorbeugende Ausgleichsmaßnahmen entweder mittels Festsetzung in den Bebauungsplan aufnehmen (z.B. bei der Herstellung eines neuen Laichgewässers, Rechtsgrundlage: § 9 Abs. 1 Nr. 20 BauGB) oder aber bei fehlendem bodenrechtlichen Bezug (z.B. bei der Anbringung von Nisthilfen) über die jeweilige Maßnahme eine vertragliche Regelung treffen.

7. Fazit

Das besondere Artenschutzrecht ist im Verfahren zur Aufstellung eines Bebauungsplans mittelbar zu berücksichtigen.

Die Gemeinde hat zu prüfen, ob die Ausnutzung der Planfestsetzungen zu einem dauerhaften Vollzugshindernis führen kann. Hierzu hat die Gemeinde zu ermitteln und zu bewerten, ob die Verbotstatbestände des § 44 Abs. 1 BNatSchG vorliegen und ob von den Verboten eine Ausnahme erteilt werden kann. Anderenfalls erweist sich das besondere Artenschutzrecht als *Planungssperre*.

Regelmäßig kann auf der Planebene die artenschutzrechtliche Prüfung weniger intensiv ausfallen als auf der Ebene der Zulassungsentscheidung.

Nur temporäre Vollzugshindernisse hindern die Wirksamkeit des Bebauungsplans nicht. Der Konflikt kann bereits durch die Gemeinde selbst oder im jeweiligen Genehmigungsverfahren durch die Fachbehörde gelöst werden.

CEF-Maßnahmen sind entweder durch Festsetzungen im Bebauungsplan selbst oder durch vertragliche Vereinbarungen vor Satzungsbeschluss abzusichern.

Im anschließenden Genehmigungsverfahren ist zu prüfen, ob durch das konkrete Vorhaben die Verbotstatbestände erfüllt werden. Diese Prüfung ist meist umfangreicher als die auf der Stufe der Bauleitplanung. Meist kann die saP aus der Bauleitplanung als Grundlage verwendet werden.

³⁸ BT-Drucks. 16/5100, S. 12.

³⁹ Wie hier: *Kästle*, NuR 2010, 711; Vgl. Artenschutz in der Bauleitplanung und bei der baurechtlichen Zulassung von Vorhaben – Gemeinsame Handlungsempfehlung des Ministeriums für Wirtschaft, Energie, Bauen, Wohnen und Verkehr NRW und des Ministeriums für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz RW vom 22.12.2010, S. 13.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Immissionsschutz – Band 2

– Planung, Genehmigung und Betrieb von Anlagen –
Karl J. Thomé-Kozmiensky, Matthias Dombert, Andrea Versteyl,
Wolfgang Rotard, Markus Appel.

– Neuruppin: TK Verlag Karl Thomé-Kozmiensky, 2011

ISBN 978-3-935317-75-7

ISBN 978-3-935317-75-7 TK Verlag Karl Thomé-Kozmiensky

Copyright: Professor Dr.-Ing. habil. Dr. h. c. Karl J. Thomé-Kozmiensky
Alle Rechte vorbehalten

Verlag: TK Verlag Karl Thomé-Kozmiensky • Neuruppin 2011

Redaktion und Lektorat: Professor Dr.-Ing. habil. Dr. h. c. Karl J. Thomé-Kozmiensky,

Dr.-Ing. Stephanie Thiel, Elisabeth Thomé-Kozmiensky, M. Sc., Janin Burbott

Erfassung und Layout: Petra Dittmann, Sandra Peters,

Martina Ringgenberg, Ginette Teske

Druck: Mediengruppe Universal Grafische Betriebe München GmbH, München

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, des Vortrags, der Entnahme von Abbildungen und Tabellen, der Funksendung, der Mikroverfilmung oder der Vervielfältigung auf anderen Wegen und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Eine Vervielfältigung dieses Werkes oder von Teilen dieses Werkes ist auch im Einzelfall nur in den Grenzen der gesetzlichen Bestimmungen des Urheberrechtsgesetzes der Bundesrepublik Deutschland vom 9. September 1965 in der jeweils geltenden Fassung zulässig. Sie ist grundsätzlich vergütungspflichtig. Zuwiderhandlungen unterliegen den Strafbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürfen.

Sollte in diesem Werk direkt oder indirekt auf Gesetze, Vorschriften oder Richtlinien, z.B. DIN, VDI, VDE, VGB Bezug genommen oder aus ihnen zitiert worden sein, so kann der Verlag keine Gewähr für Richtigkeit, Vollständigkeit oder Aktualität übernehmen. Es empfiehlt sich, gegebenenfalls für die eigenen Arbeiten die vollständigen Vorschriften oder Richtlinien in der jeweils gültigen Fassung hinzuzuziehen.