

Dialogforum „Unternehmen biologische Vielfalt“ (Berlin, 15.03.2016)

## **Naturschutzrecht im Spannungsfeld gesellschaftlicher Interessen – drei Impulse zu aktuellen Praxisfragen**

Rechtsanwalt Andreas Lukas, Sprecher NABU-Bundesfachausschuss Umweltrecht

### **1. Fitnesscheck der Naturschutz-Richtlinien: Desiderate einer Verbesserung der nationalen Umsetzung im Artenschutzrecht**

BVerwG, Beschluss vom 23.06.2015 – 4 B 59.14 – juris, Rn. 27 f.: Das BVerwG hat es in seinem Beschluss zur dritte Start- und Landebahn des Münchener Flughafens offengelassen, ob eine artenschutzrechtliche Ausnahmegenehmigung auf dem Gebiet des Vogelschutzes auf den Tatbestand des überwiegenden öffentlichen Interesses gestützt werden kann, weil zumindest der Tatbestand der öffentlichen Sicherheit erfüllt sei (Steigerung des Flugsicherheitsniveaus durch die Vermeidung dichter Flugfolgen dank der dritten Start- und Landebahn).

Für die Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme bezüglich der europäischen Vogelarten ist daher nach wie vor fraglich, ob der Tatbestand des § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG greift, wonach aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher wirtschaftlicher Art Ausnahmen von den Verbotstatbeständen des § 44 BNatSchG im Einzelfall zugelassen werden können. Art. 9 Abs. 1 VRL sieht im Unterschied zu Art. 16 Abs. 1 FFH-RL diesen Abweichungsgrund nicht vor.

Impuls: Der Schwerpunkt des momentan im Rahmen des REFIT-Programms durchgeführten Effizienztests der Naturschutz-Richtlinien sollte auf einer Verbesserung der Umsetzung liegen. Dies ist das eindeutige Ergebnis der Öffentlichkeitskonsultation sowie des klaren Votums des EU-Parlaments für den Erhalt der Naturschutz-Richtlinien.

Der nationale Gesetzgeber sollte sich möglicherweise im Nachgang des für das zweite Quartal 2016 angekündigten „Staff Working Document“ der EU-Kommission mit einer Konkretisierung der Umsetzung von Art. 9 VS-RL auseinandersetzen. Im Hinblick auf das Urteil des EuGH vom 26. Januar 2012 (Rs. C-192/11, deutsche Übersetzung in NuR 2013, S. 718-722), wonach der Grund des überwiegenden öffentlichen bzw. wirtschaftlichen Interesses nicht in den Ausnahmetatbeständen des Art. 9 Abs. 1 VRL aufgeführt wird (EuGH, a.a.O., S. 720), war es für den Bayerischen VGH bei seinem Urteil zum Flughafen München von „wesentlicher“ Bedeutung, dass der Ausnahmetatbestand der vernünftigen Nutzung bestimmter Vogelarten in geringen Mengen unter streng überwachten Bedingungen nach Art. 9 Abs. 1 Buchst. c) VRL erfüllt ist (BayVGH, Urteil vom 19.02.2014 – 8 A 11.40051 – juris Rn. 851).

Allerdings: Der Ausnahmetatbestand der vernünftigen Nutzung bestimmter Vogelarten in geringen Mengen unter streng überwachten Bedingungen ist „so weder in § 45 Abs. 7 BNatSchG noch in § 67 BNatSchG zu finden“ (Lau, NuR 2013, S. 685 ff., 688). Auch der Hessische VGH hatte im Rahmen seiner Entscheidung zum Naturschutz beim Flughafenausbau Frankfurt nicht auf eine unmittelbare Anwendung von Art. 9 Abs. 1 Buchst. c) VRL abgestellt, sondern die Norm nur als Argument für eine europarechtlich gebotene Anwendung des Ausnahmegrundes zwingender Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses im Anwendungsbereich der Vogelschutz-Richtlinie vorgebracht (HessVGH, Urteil vom 21.09.2009 – 11 C 318/08 – juris Rn. 772). Dieses Problem kann und sollte im Wege einer nationalen Konkretisierung von Art. 9 der VRL gelöst werden.

Einer nationalen Überarbeitung könnte beispielsweise ferner ebenso die Frage bedürfen, inwieweit die Privilegierung des § 44 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG (Wahrung der ökologischen Funktion der Lebensstätte im räumlichen Zusammenhang) auch für das Tötungsverbot (§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG) gilt. Das BVerwG hatte bereits in seiner grundlegenden „Freiberg“-Entscheidung zum Artenschutzrecht klargestellt, dass Art. 12 Abs. 1 Buchst. a FFH-RL keine § 44 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG entsprechende Begrenzung des Tötungsverbots enthält, sondern den Tatbestand auf ein absichtliches Töten im Sinne einer billigenden Inkaufnahme beschränkt (BVerwG, Urteil vom 14.07.2011 – 9 A 12/10 – juris Rn. 119).

Diese ungeklärte Rechtslage zu §§ 44, 45 BNatSchG scheint für Umweltverbände und Vorhabenträger wegen ihres weiten, gebietsunabhängigen Anwendungsbereichs gleichermaßen unbefriedigend.

## **2. Beteiligungspflicht von Naturschutzverbänden auch bei UVP-pflichtigen Vorhaben zum Schutz der Wirtschaft / Vorhabenträger?**

VG Trier, Beschluss vom 01.03.2016 – 6 L 368/16.TR: Die Vorschrift des § 2 Abs. 1 Nr. 3 UmwRG verfolgt ebenso wie § 64 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG einen doppelten Zweck. Zum einen will sie sicherstellen, dass die Behörde frühzeitig von dem Sachverstand der Naturschutzvereinigungen profitieren kann. Zum anderen soll der Vorhabenträger in einem nachfolgenden Gerichtsverfahren vor einem überraschenden Prozessvortrag geschützt werden. Im Gegensatz zu § 2 Abs. 3 UmwRG handelt es sich bei § 2 Abs. 1 Nr. 3 UmwRG nicht um eine materielle Präklusionsbestimmung. Der Anwendung von § 2 Abs. 1 Nr. 3 UmwRG steht auch das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 15. Oktober 2015 (Rs. C-137/14, NVwZ 2015, 1665) nicht entgegen. Nach diesem Urteil hat die Bundesrepublik Deutschland gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 11 der Richtlinie 2011/92/EU und Art. 25 der Richtlinie 2010/75/EU verstoßen, indem sie gemäß § 2 Abs. 3 UmwRG und § 73 Abs. 4 VwVfG die Klagebefugnis und den Umfang der gerichtlichen Prüfung auf Einwendungen beschränkt, die bereits innerhalb der Einwendungsfrist im Verwaltungsverfahren, das zur Annahme der Entscheidung

geführt hat, eingebracht wurden. Im vorliegenden Verfahren geht es jedoch nicht um die „Art der Gründe“, die der Verband im gerichtlichen Verfahren – erstmals – vorbringt. Hier ist es vielmehr so, dass sich der Antragsteller im Verwaltungsverfahren überhaupt nicht beteiligt hat.

Impuls: Kann der vom VG Trier jüngst gewählte Ansatz als Grundsatz für einen fairen Ausgleich zwischen den Interessen der Umweltverbände einerseits und der Wirtschaft andererseits dienen?

Denn immerhin bezog sich die berechtigte rechtspolitische Kritik der Umweltverbände an der Präklusionsregelung darauf, dass es regelmäßig nicht möglich ist, die tendenziell immer umfangreicher werdenden Planungsunterlagen binnen sechs Wochen durchzuarbeiten und zu allen Einzelheiten detaillierter Stellung zu nehmen – schon gar nicht aus einem ehrenamtlichen, bürgerschaftlichen Engagement heraus.

Möchte ein anerkannter Umweltverband es sich offenhalten, gegen eine Genehmigung gerichtlich vorzugehen, so müsste er sich demnach trotz der aktuellen EuGH-Rechtsprechung zu Art. 11 der UVP-RL auch bei größeren, UVP-pflichtigen Vorhaben beteiligen, er darf aber im Verlauf des weiteren Verfahrens neue Argumente nachlegen.

### **3. Kostenintensive Darlegungslast von Vorhabenträgern im Artenschutzrecht trotz Genehmigungsanspruch und Amtsermittlungsgrundsatz?**

VG Berlin, Urteil vom 08.10. 2015 – 10 K 477.13 – juris Rn. 24-30 (Gegenstand der Anfechtungsklage sind u.a. Nebenbestimmung in der Genehmigung zum Artenschutz): Die naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative erlaubt es der Genehmigungsbehörde nicht, ohne eine wissenschaftlichen Maßstäben und vorhandenen Erkenntnissen entsprechende Sachverhaltsermittlung, insbesondere ohne eine Bestandserfassung im Umfeld einer Anlage, von einer erhöhten Aktivitätsdichte und einem daraus folgenden signifikant erhöhten Tötungsrisiko einer besonders geschützten Art auszugehen. Hierbei ist zu beachten, dass die Signifikanzschwelle erst dann überschritten ist, wenn aufgrund einer hinreichend gesicherten Tatsachenbasis feststeht, dass gerade an dem konkreten Standort der zu errichtenden Windkraftanlagen und nicht nur in dessen näherer und weiterer Umgebung zu bestimmten Zeiten schlagopfergefährdete Fledermäuse in einer Zahl auftreten, die Kollisionen von mehr als nur einzelnen Individuen mit hoher Wahrscheinlichkeit erwarten lassen. Die Ausführungen der Behörde genügen jedoch nicht zur Begründung des Vorliegens eines signifikant erhöhten Risikos für Fledermausverluste am Vorhabenstandort. Es hätte hierfür einer Bestandserfassung bedurft.

Impuls: Verschärfte Darlegungsanforderungen im Naturschutz an die Behörde schützen vordergründig Vorhabenträger einer genehmigungsbedürftigen Anlage vor überzogenen Naturschutzauflagen. Im Endeffekt wird dies aber zu einer

verschärften Darlegungsanforderung an die Wirtschaft führen und damit zu einer weiteren Kostensteigerung für die Umweltgutachten.

Wegen des Amtsermittlungsgrundsatzes (§ 24 VwVfG) obliegt es zwar der Behörde, darzulegen, dass Verstöße gegen das Artenschutzrecht bei Errichtung bzw. Betrieb einer genehmigungsbedürftigen Anlage eintreten werden. Nach dem Immissionsschutzrecht ist es jedoch Aufgabe des Vorhabenträgers darzulegen, dass es nicht zu Verstößen gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften kommen wird. Gemäß § 10 Abs. 1 BImSchG i.V.m. § 4 der 4. BImSchV sind dem Genehmigungsantrag die für die behördliche Prüfung des betreffenden Vorhabens erforderlichen Unterlagen beizufügen (Mitwirkungspflicht des Antragstellers).

Auf der Grundlage dieser Regelung kann die Genehmigungsbehörde präzise Anforderungen an Art und Umfang der vom Antragsteller einzureichenden Unterlagen stellen, indem sie beispielsweise nach Beratung durch die Naturschutzbehörde geltend macht, dass sie ohne die Einreichung besonderer fachgutachtlicher, nach bestimmten Kriterien erstellter Untersuchungen nicht in der Lage sei, die Zulässigkeit des beantragten Vorhabens ordnungsgemäß zu prüfen. Hierdurch kann sich die de jure bei der Behörde liegende Darlegungslast de facto auf den Antragsteller verlagern, zumal ein gesonderter Rechtsschutz gegen überzogene Prüfanforderungen gesetzlich nicht möglich ist (§ 44a VwGO).