

Hauptsitz

Annastraße 28 • 97072 Würzburg

Telefon 0931-46046-0

Telefax 0931-46046-70

info@baumann-rechtsanwaelte.de

Zweigstelle

Harkortstraße 7 • 04107 Leipzig

Telefon 0341-149697-60

Telefax 0341-149697-58

leipzig@baumann-rechtsanwaelte.de

Kanzlei-Homepage

www.baumann-rechtsanwaelte.de

**Öffentliche Anhörung des Ausschusses
für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit
des Deutschen Bundestages**

am Mittwoch, 17. Mai 2017

**zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung
„Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des
Bundesnaturschutzgesetzes“**

(BR-Drucksache 168/17)

Stellungnahme zum Gesetzentwurf

Leipzig, den 04. Mai 2017

**Rechtsanwältin Franziska Heß
Fachanwältin für Verwaltungsrecht**

A. Vorbemerkung

Der Gesetzentwurf mit seinen nur verhältnismäßig kleinen Änderungen am bestehenden Regelwerk verpasst die Gelegenheit, die Vielzahl an drängenden Fragen zum bestehenden Regelwerk zu beantworten und die noch viel größere Zahl an Defiziten im bestehenden Naturschutzrecht zu beheben.

Exemplarisch sei hier die auch in den Stellungnahmen zum Gesetzentwurf kritisierte weitgehende Privilegierung der Land-, Forst- und Fischereiwirtschaft im Bundesnaturschutzgesetz genannt. So gilt nach § 14 Abs. 2 Satz 2 BNatSchG die mit den Tätigkeiten einhergehende Bodennutzung regelmäßig nicht als Eingriff im Sinne des § 14 Abs. 1 BNatSchG, obwohl hierdurch eine Veränderung der in Abs. 1 genannten Schutzgüter im negativen Sinne erfolgt. Die Voraussetzung, dass diese Tätigkeiten den Anforderungen der guten fachlichen Praxis entsprechen müssen, ist nicht hinreichend konkretisiert und wird hinsichtlich des Vollzugs auch kaum überwacht. § 44 Abs. 4 BNatSchG nimmt diese Nutzungen zudem von den artenschutzrechtlichen Verbotstatbeständen kraft Gesetzes aus, soweit die Land-, Forst- oder Fischereiwirtschaft die Anforderungen an ihre jeweilige gute fachliche Praxis erfüllt. Erst kürzlich hat zudem das Bundesverwaltungsgericht klargestellt, dass § 5 Abs. 2 BNatSchG, der die Grundsätze der guten fachlichen Praxis sehr blumig aber wenig konkret und praktisch handhabbar formuliert, keine verbindlichen Ge- und Verbote enthält (vgl. BVerwG, Urteil vom 01.09.2016, 4 C 4.15, Rn. 16 ff.). Damit läuft die Regelvermutung des § 14 Abs. 2 BNatSchG ins Leere, da nicht sichergestellt ist, dass die Bodennutzung auch tatsächlich den Zielen des Naturschutzes und der Landschaftspflege entspricht.

Für weiteren dringenden Regelungsbedarf wird auf die zutreffende Analyse von Möckel, „Novellierungsbedarf beim BNatSchG aus ökologischer und europarechtlicher Sicht“ in ZUR 2017, S. 195 ff. verwiesen.

B. § 21 Abs. 2 Satz 2 BNatSchG-E

§ 21 Abs. 2 BNatSchG soll folgender Satz 2 angefügt werden:

„Der Biotopverbund wird bis zum 31. Dezember 2027 aufgebaut.“

Der Gesetzentwurf ist hier denjenigen Hinweisen zum Referentenentwurf, die gegenüber der ursprünglich vorgesehenen Fristsetzung bis zum 31.12.2025 eine vorgezogene Fristsetzung auf den 31.12.2020 gefordert hatten, nicht gefolgt. Ganz im Gegenteil kommt der Gesetzentwurf dem vor allem von Seiten der kommunalen Interessenverbände und seitens der Industrie vornehmlich aus wirtschaftlichen Gründen geäußerten Wunsch nach einer längeren Frist verglichen mit dem Referentenentwurf entgegen und lässt einen Aufbau des Biotopverbundes sogar bis zum 31.12.2027 genügen.

Der länderübergreifende Biotopverbund dient vor allem der Sicherung der heimischen Arten und Artengemeinschaften und ihrer Lebensräume sowie der Bewahrung, Wiederherstellung und Entwicklung funktionsfähiger und ökologischer Wech-

selbeziehungen in der Landschaft. Zudem soll der Biotopverbund durch ökologische Kohärenz zur Verwirklichung von Natura 2000 (Art. 3 Abs. 3 und Art. 10 der Richtlinie 92/43/EWG - FFH-RL) beitragen. Diese Zielsetzungen sollen bereits seit der am 7. November 2007 beschlossenen Nationalen Strategie zur biologischen Vielfalt durch Ausweisung eines Biotopverbundes auf 10 % einer Landesfläche realisiert werden. Die Nationale Biodiversitätsstrategie sah hierfür einen Zeithorizont bis zum Jahr 2010 vor. Da, wie der Gesetzentwurf richtig feststellt, dieses Ziel auch 7 Jahre später durch die Länder nicht erfüllt wurde, ist eine durch den Gesetzgeber vorgegebene verbindliche Umsetzungsfrist für die Länder dringend geboten. Zu begrüßen ist deshalb, dass der Gesetzentwurf eine solche Frist überhaupt vorsieht.

Gerade weil der aufzubauende Biotopverbund auch die Vorgaben aus Art. 3 Abs. 3 und Art. 10 der FFH-RL umsetzen soll, bestehen allerdings erhebliche Bedenken, dass die großzügig bemessene Frist von erneut 10 Jahren mit den Vorgaben der FFH-RL vereinbar ist. Zwar ist Art. 3 Abs. 3 der FFH-RL, wonach die Mitgliedstaaten sich, wo sie dies für erforderlich halten, bemühen werden, die ökologische Kohärenz von Natura 2000 durch die Erhaltung und gegebenenfalls die Schaffung der in Art. 10 der FFH-RL genannten Landschaftselemente, die von ausschlaggebender Bedeutung für wildlebende Tiere und Pflanzen sind, zu verbessern, weit formuliert und räumt den Mitgliedstaaten grundsätzlich ein weites Umsetzungsermessen ein.

Allerdings konkretisiert Art. 3 Abs. 3 der FFH-RL zugleich eine Anforderung an den Aufbau des Netzes NATURA-2000 aus Art. 3 Abs. 1 der FFH-RL. Dieser enthält die unbedingte Verpflichtung, ein kohärentes europäisches ökologisches Netz besonderer Schutzgebiete aufzubauen. Gerade der Gewährleistung der Kohärenz dient dabei ausweislich Art. 3 Abs. 3 der FFH-RL die Unterschutzstellung auch derjenigen Landschaftselemente, die aufgrund ihrer linearen, fortlaufenden Struktur oder ihrer Vernetzungsfunktion für die Wanderung, die geographische Verbreitung und den genetischen Austausch wildlebender Arten wesentlich sind. Der Aufbau des nationalen Biotopverbundes ist damit untrennbar mit dem Aufbau des Netzes NATURA-2000 verknüpft.

Der Gesetzentwurf hält ausweislich der Begründung diesen ergänzenden nationalen Biotopaufbau auch für erforderlich im Sinne des Art. 3 Abs. 3 der FFH-RL, so dass nicht erkennbar ist, dass es in der FFH-RL eine Grundlage für eine derart lange Fristsetzung geben könnte. Ganz im Gegenteil muss berücksichtigt werden, dass die BRD ohnehin mit dem Aufbau des Netzes NATURA-2000 in Verzug ist und aus diesem Grund bereits ein Vertragsverletzungsverfahren der EU-Kommission eingeleitet wurde (vgl. Mahnschreiben der EU-Kommission vom 26.02.2015, 2014/2262, C(2015) 1105 final). Ein weiteres Hinausschieben der Umsetzung des für den Aufbau eines kohärenten Schutzgebietsnetzes essentiellen nationalen Biotopverbundes ist deshalb geeignet, die Position der BRD im laufenden Vertragsverletzungsverfahren zu verschlechtern und zu einer (erneuten) Verurteilung der BRD durch den EuGH beizutragen.

Hinzu tritt, dass die BRD auch die Convention on Biodiversity, also die UN-Biodiversitätskonvention, ratifiziert hat. Deren 10. Vertragsstaatenkonferenz hat mit Decision X/2 den „Strategischen Plan 2011-2020 für die Erhaltung der biologischen

Vielfalt“ beschlossen. Dieser beinhaltet Kernziele, die für die Mitgliedstaaten verbindlich sind. Ein Kernziel besteht darin, dass bis 2020 mindestens 17 Prozent der Land- und Binnenwassergebiete und 10 Prozent der Küsten- und Meeresgebiete, insbesondere Gebiete von besonderer Bedeutung für die biologische Vielfalt und für die Ökosystemleistungen, durch effektiv und gerecht gemanagte, ökologisch repräsentative und gut vernetzte Schutzgebietssysteme und andere wirksame gebietsbezogene Erhaltungsmaßnahmen geschützt und in die umgebende (terrestrische/marine) Landschaft integriert werden. Auch diese völkerrechtliche Verpflichtung zur Unterschutzstellung ausreichender Flächen bis zum Jahre 2020 wird durch eine Fristsetzung für den Aufbau des nationalen Biotopverbundes bis Ablauf des Jahres 2027 unterlaufen.

C. § 44 Abs. 5 BNatSchG-E

§ 44 Abs. 5 BNatSchG soll hinsichtlich der Sätze 1 und 2 geändert werden. Die geplanten Änderungen führen zusammenfassend betrachtet zu einer deutlichen Schwächung des Artenschutzes. Für die allein durch nationales Recht geschützten Arten wird eine nahezu vollständige Freistellung von den Vorgaben des § 44 Abs. 1 BNatSchG angestrebt, für die europäisch geschützten Arten werden in Abkehr von der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts Legalausnahmen geschaffen, deren unionsrechtliche Zulässigkeit zweifelhaft erscheint. Im Einzelnen:

I. § 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG-E

Die geplante Änderung des § 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG muss vor dem Hintergrund der derzeitigen Regelung und der Änderungshistorie im derzeitigen Gesetzgebungsverfahren betrachtet werden.

1. § 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG in der aktuell geltenden Fassung

§ 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG hat derzeit folgenden Wortlaut:

„Für nach § 15 zulässige Eingriffe in Natur und Landschaft sowie für Vorhaben im Sinne des § 18 Absatz 2 Satz 1, die nach den Vorschriften des Baugesetzbuches zulässig sind, gelten die Zugriffs-, Besitz- und Vermarktungsverbote nach Maßgabe der Sätze 2 bis 5.“

Diese Bestimmung regelt nach allgemeiner Auffassung einen weitgehenden Vorrang der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung und des Bauplanungsrechts gegenüber dem besonderen Artenschutz. Sinn der Regelung ist dabei, die naturschutzrechtliche Prüfung auf eine Prüfung zu konzentrieren. Dies bedeutet, dass die artenschutzrechtlichen Belange im Rahmen der Eingriffsregelung mit geprüft werden müssen, was die Vorschrift allerdings bereits in der jetzigen Fassung allenfalls eingeschränkt sicherstellt. Vor allem die Ausweitung der Re-

gelung auf § 34 BauGB ist problematisch, da dies zur Folge hat, dass für Innenbereichsvorhaben überhaupt keine Prüfung des Artenschutzrechts erfolgt (vgl. Lorz/Konrad/Mühlbauer/Müller-Walter/Stöckel, Naturschutzrecht, 3. Aufl., BNatSchG, § 44, Rn. 47; Philipp, NVwZ 2008, 593).

Aufgrund des bisher geltenden Wortlauts („nach § 15 zulässige Eingriffe“) wurde in Rechtsprechung (vgl. BVerwG, Urteil vom 14.07.2011, 9 A 12/10, Rn. 117) und Literatur (vgl. Müller-Walter in: Lorz/Konrad/Mühlbauer/Müller-Walter/Stöckel, Naturschutzrecht, 3. Aufl., BNatSchG, § 44, Rn. 47; Gellermann in: Landmann/Rohmer, UmweltR BNatSchG, § 44, Rn. 38) davon ausgegangen, dass Voraussetzung der Anwendung der Ausnahmebestimmung die richtige Anwendung der Eingriffsregelung ist. Im Rahmen der Eingriffsregelung musste deshalb mindestens die Situation der Arten so ausreichend ermittelt werden, dass sich die Behörde ein genaues Kenntnis über die artenschutzrechtliche Situation verschaffen konnte (in diesem Sinne Sobotta, NuR 2007, 642 [645]). Zudem musste rechtsfehlerfrei dem Vermeidungsgebot Rechnung getragen werden und es musste ohne Rechtsmangel der notwendige Ausgleich oder Ersatz gewährleistet werden. Ohne Erfüllung dieser Anforderungen kann nach bisheriger Rechtslage auch für die national geschützten Arten eine Freistellung von den artenschutzrechtlichen Verboten nach § 44 Abs. 1 BNatSchG nicht greifen (vgl. BVerwG, Urteil vom 14.07.2011, 9 A 12/10, Rn. 117).

2. § 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG-E in der Fassung des Referentenentwurfs (Stand: 01.12.2016)

Die 1. Fassung des Gesetzentwurfs der nun in Rede stehenden Änderung des § 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG sah noch folgenden Wortlaut vor:

„Für nach § 17 Absatz 1 oder Absatz 3 zugelassene oder von einer Behörde durchgeführte Eingriffe in Natur und Landschaft nach § 14 sowie für Vorhaben im Sinne des § 18 Absatz 2 Satz 1 gelten die Zugriffs-, Besitz- und Vermarktungsverbote nach Maßgabe der Sätze 2 bis 5.“

Zur Begründung wurde ausgeführt (vgl. Referentenentwurf, S. 17), dass hiermit klargestellt werde, dass die Inanspruchnahme einer artenschutzrechtlichen Privilegierung nicht von einer in jeder Hinsicht fehlerfreien Eingriffsprüfung abhängen. Entscheidend sei, dass in einem behördlichen Verfahren angemessene Maßnahmen zur Vermeidung und Minderung naturschutzrechtlicher Konflikte festgelegt wurden. Entgegen der bisherigen Rechtsprechung und der überwiegenden Auffassung in der Literatur beabsichtigte der ursprüngliche Gesetzentwurf also eine Ausweitung der Anwendbarkeit der Ausnahmebestimmung des § 44 Abs. 5 BNatSchG auch auf diejenigen Fälle, in

denen eine Eingriffsprüfung zwar vorgenommen wurde, die durchgeführte Prüfung aber an Mängeln litt.

Diese Absicht im Gesetzentwurf der Bundesregierung ist auf breite Ablehnung gestoßen. Insbesondere seitens der anerkannten Umweltvereinigungen wurde zutreffend darauf hingewiesen, dass Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Sondervorschrift des § 44 Abs. 5 BNatSchG eine umfassende Abarbeitung der Eingriffsregelung, die Wahrung des Vermeidungsgebotes und der vollständigen und fehlerfreien Anwendung der Kompensationserfordernisse sein müsse. Der bestehende Verweis auf die Eingriffsregelung mit ihrem Vermeidungsgebot nach § 15 Abs. 1 Satz 1 BNatSchG garantiere die Vereinbarkeit des Privilegierungstatbestandes des § 44 Abs. 5 BNatSchG mit Art. 12 FFH-RL, der das Konstrukt vorgezogener Ausgleichsmaßnahmen schlicht nicht kenne (vgl. die Stellungnahme des NABU vom 16.12.2016, S. 2). Dies gelte in besonderem Maße für die nur national geschützten Arten, denen in der Praxis bisher ohnehin nur der kaum beachtete Schutz über die Eingriffsregelung zugutekomme (vgl. die Stellungnahme der Wildtierstiftung v. Dezember 2016, S. 2). Wird dieser Schutz beseitigt, indem die artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote selbst dann nicht gelten, wenn die Eingriffsprüfung mit Mängeln behaftet war, werden die nur national geschützten Arten praktisch schutzlos gestellt, vgl. § 44 Abs. 5 Satz 5 BNatSchG.

3. § 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG-E in der Fassung der BR-Drs. 168/17

Nach der Beteiligung des Bundesrates wurde der Änderungsvorschlag neu gefasst und weist nun folgenden Wortlaut auf:

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

In der Gesetzesbegründung heißt es hierzu (vgl. BR-Drucksache 168/17, S. 18):

„Die Privilegierung von artenschutzrechtlichen Zugriffs-, Besitz- und Vermarktungsverboten soll für unvermeidbare Beeinträchtigungen und Vorhaben gelten, die im Rahmen der Eingriffsregelung sowie gemäß § 18 Absatz 2 Satz 1 im Rahmen des Baugesetzbuches ein behördliches umweltbezogenes Prüfungsverfahren durchlaufen haben, das grundsätzlich die Möglichkeit bietet, naturschutzbezogene Konflikte zu bewältigen. Die Vermeidungspflicht nach § 15 Absatz 1 wird betont. Entscheidend ist hiernach, dass in einem behördlichen Verfahren angemessene Maßnahmen zur Vermeidung und Minderung naturschutz-

rechtlicher Konflikte festgelegt wurden. Die Vorschriften zum allgemeinen Schutz von Natur und Landschaft nach Kapitel 3 bleiben davon unberührt. Dies gilt insbesondere für die eigenständig geltenden und durchsetzbaren Kompensationspflichten nach § 15 Absatz 2.“

Ohne die gebotene Eindeutigkeit in der Begründung soll offenbar weiterhin mit der Gesetzesänderung bewirkt werden, dass die Ausnahmebestimmung des § 44 Abs. 5 BNatSchG und damit eine pauschale Freistellung von den artenschutzrechtlichen Verboten des § 44 Abs. 1 BNatSchG auch dann greift, wenn die Eingriffsprüfung an relevanten Mängeln gelitten hat. Denn der Gesetzgeber verlangt nur ein umweltbezogenes Prüfungsverfahren, das „grundsätzlich“ die Möglichkeit bietet, naturschutzbezogene Konflikte zu bewältigen.

Der gegenüber dem Ursprungsentwurf vorgenommene Einschub „für nach § 15 Abs. 1 unvermeidbare Beeinträchtigungen“ soll ausweislich der Begründung die Vermeidungspflicht betonen. Wozu diese Betonung dienen soll, erschließt sich jedenfalls nicht auf den ersten Blick. Naheliegend erscheint angesichts der oben geschilderten Historie des Gesetzesentwurfs, dass der Gesetzgeber hiermit eine Anwendbarkeit der Ausnahmebestimmung des § 44 Abs. 5 BNatSchG dann vorsehen will, wenn eine Eingriffsprüfung nach § 17 Abs. 1 oder 3 BNatSchG überhaupt stattgefunden hat und die Vermeidbarkeit des Eingriffs (verstanden als das Gesamtvorhaben) geprüft und dessen Unvermeidbarkeit begründet wurde. Ob im Rahmen der Eingriffsprüfung auch die Vorgaben des § 15 Abs. 2 bis 6 BNatSchG beachtet wurden, wäre demnach irrelevant. Nach dieser Lesart würden zumindest Fehler bei der Beurteilung der Vermeidbarkeit eines Eingriffs dazu führen, dass eine Freistellung von den artenschutzrechtlichen Verboten nicht eingreifen könnte. Dies beträfe in der Praxis in erster Linie Ausführungsalternativen von Vorhaben.

Auch wenn die Betonung der Vermeidungspflicht gegenüber der Ursprungsfassung des Gesetzesentwurfs zumindest für Teile der Eingriffsprüfung die Praxis zu einer ordnungsgemäßen und sorgfältigen Vorgehensweise anhalten kann, ist nicht zu übersehen, dass für die übrigen Teile der Eingriffsprüfung (Ausgleich, Ersatz und Ersatzzahlung) praktisch ein Freibrief ausgestellt wird. Zugleich beseitigt die Regelung gerade nicht die vor allem von Vorhabenträgerseite beklagte Rechtsunsicherheit, da im Einzelfall nach wie vor schwierig festzustellen ist, ob die Vorgaben des § 15 Abs. 1 BNatSchG beachtet wurden.

Die pauschale Freistellung auch der Vorhaben im Sinne des § 18 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG ist – wie bereits die aktuell geltende Fassung – mit dem Manko behaftet, dass vor allem für Innenbereichsvorhaben

nach § 34 BauGB ein vollständiger Ausschluss der artenschutzrechtlichen Verbote bewirkt wird, der mit Art. 12 der FFH-RL nicht vereinbar ist.

II. § 44 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG-E

Satz 2 des Änderungsentwurfs ersetzt den bisherigen § 44 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG. Der Änderungsvorschlag versucht einerseits, die bisher bereits geregelten besonderen Legalausnahmen von der Anwendung des § 44 Abs. 1 BNatSchG neu zu fassen, und schafft andererseits weitere gesetzlich geltende Ausnahmegründe, indem die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsrechts zur mangelnden Erfüllung des Verbotstatbestandes nach § 44 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNatSchG bei fehlender signifikanter Erhöhung des Tötungsrisikos als Legalausnahme ausgestaltet werden soll.

Für alle in § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 bis 3 BNatSchG vorgesehenen Legalausnahmen von den Verboten des § 44 Abs. 1 BNatSchG ist zu berücksichtigen, dass diese in erster Linie für die europäisch geschützten Arten im Sinne der Anhänge II und IV der FFH-RL und im Sinne der Anhänge I und II der Richtlinie 2009/147/EU (VRL) gelten und deren Wortlaut und Begründung damit dem Kontrollmaßstab des EuGH standhalten müssen. Insoweit ist festzustellen, keine der in Nr. 1 bis 3 vorgesehenen Legalausnahme eine Grundlage in einer der Richtlinien findet. Zwar sehen beide Richtlinien Ausnahmen vor, allerdings werden diese an strenge zusätzliche Voraussetzungen gebunden, die bisher nur in § 45 Abs. 7 BNatSchG für die Ausnahmen im Einzelfall vorgesehen sind, aber gerade nicht für die hier in Rede stehenden Legalausnahmen nach § 44 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG. Es besteht deshalb die Gefahr, dass der EuGH § 44 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG wegen Umgehung der Anforderungen des Art. 16 Abs. 1 FFH-RL und/oder Art. 11 VRL für unionsrechtswidrig erachtet.

Hinzu tritt, dass die Regelungen in Nr. 1 und 2 ihrem Wortlaut nach Einschränkungen von Tatbeständen des § 44 Abs. 1 Satz 1 BNatSchG sind. Zugleich enthält aber § 44 Abs. 1 Satz 1 BNatSchG selbst ebenfalls Erläuterungen einzelner Tatbestandsmerkmale, wie beispielsweise für den Störungstatbestand in § 44 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, 2. HS BNatSchG. Die bereits im aktuellen BNatSchG vorgesehene Legalausnahme für das Beschädigungsverbot (§ 44 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG, nunmehr § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 BNatSchG-E) ist hingegen durch die Statuierung einer weiteren Anforderung („wenn die ökologische Funktion der von dem Eingriff oder Vorhaben betroffenen Fortpflanzungs- und Ruhestätten im räumlichen Zusammenhang weiterhin erfüllt wird“) strukturell als Ausnahmebestimmung formuliert und wurde deshalb in Rechtsprechung und Literatur zu Recht als Legalausnahme eingeordnet.

Mit der nun neu vorgesehenen Kodifizierung der Signifikanzrechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (§ 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG-E) werden hingegen Aussagen der Verwaltungsrechtsprechung zu näheren Auslegung des Tatbestandes des § 44 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNatSchG als

Legalausnahme festgeschrieben. Mit § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BNatSchG-E wird sogar abweichend von der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und in Kenntnis der durch das Gericht formulierten unionsrechtlichen Bedenken eine bestimmte Art der „Beeinträchtigung“ von Tieren oder deren Entwicklungsformen ganz generell durch den Gesetzgeber gebilligt. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, die sich in ihrer Entwicklung gerade an dem vom EuGH näher definierten „Absichtsbegriff“ des Art. 12 Abs. 1a der FFH-RL orientierte und die trotz ihrer Kritikwürdigkeit im Detail ein flexibel anwendbares Kriterium entwickelt hatte, um im Zweifel alle absichtlichen Tötungen zu erfassen, ist als Legalausnahme der Gefahr der Unvereinbarkeit mit Unionsrecht ausgesetzt. Dass der Gesetzentwurf in BR-Drucksache 168/17 die Kritik im bisherigen Gesetzgebungsverfahren zur verfehlten systematischen Einordnung insbesondere der Signifikanzrechtsprechung nicht aufgegriffen hat, ist nur schwer verständlich, da die systematischen Defizite hier zusätzliche Risiken im Hinblick auf die Vereinbarkeit der Neuregelung mit dem Unionsrecht mit sich bringen.

Abgesehen von diesen generellen Gesichtspunkten ist für die Einzelregelungen auf Folgendes hinzuweisen:

1. § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG-E

§ 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG-E hat folgenden Wortlaut:

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

1. das Tötungs- und Verletzungsverbot nach Absatz 1 Nr. 1 nicht vor, wenn die Beeinträchtigung durch den Eingriff oder das Vorhaben auch unter Berücksichtigung von Vermeidungsmaßnahmen das Tötungs- und Verletzungsrisiko für Exemplare der betroffenen Arten nicht signifikant erhöht und diese Beeinträchtigung unvermeidbar ist (...).“

Mit dieser Gesetzesänderung soll die sog. Signifikanzrechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts kodifiziert werden (vgl. BVerwGE 134, 166, Rn. 42; BVerwG, Urteil vom 13.05.2009, 9 A 73/07, Rn. 86; BVerwG, Urteil vom 08.01.2014, 9 A 4/13, Rn. 99). Der Gesetzentwurf ist insoweit im bisherigen Gesetzgebungsverfahren unverändert geblieben.

Ebenso wie die Signifikanzrechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts selbst setzt sich auch der Gesetzentwurf der Gefahr der mangelnden Vereinbarkeit mit Art. 12 FFH-RL und Art. 5 der VRL aus. Dabei ist durchaus richtig, dass in der Praxis die Schädigung einzelner Tiere der besonders geschützten Arten durch Kollisionen mit Kraftfahrzeugen die nahezu unvermeidliche Konsequenz jedes Stra-

ßenneu- oder -ausbaus ist, und damit Straßenbauvorhaben nahezu immer gegen das Tötungsverbot verstoßen und damit nur im Wege der Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG unter den dafür geltenden engen Voraussetzungen zugelassen werden können (vgl. dazu aktuell und ausführlich Bick/Wulfert, NVwZ 2017, 346, beck-online).

Ob dieses Ergebnis aber unverhältnismäßig und sachwidrig ist (in diesem Sinne Bick/Wulfert, NVwZ 2017, 346, beck-online), ist bei Berücksichtigung der Zielsetzung der Natura-2000-Richtlinien weniger eindeutig zu beantworten. Berücksichtigt man nämlich, dass die FFH-RL und die VRL ein strenges Schutzregime nicht nur für die Natura 2000-Gebiete, sondern auch für die – gemessen an der Artenvielfalt wenigen – Arten nach Anhang II und IV der FFH-RL und der Anhang I und II der VRL etablieren wollte, indem ein gestuftes Schutzsystem geschaffen wird, erscheint ebenso denkbar, dass das Unionsrecht eine deutlich weitergehende Anwendung der strengen, aber durch praktisch jedes im öffentlichen Interesse stehende Vorhaben überwindbaren Ausnahmebestimmung im Sinn hat.

Hierauf deutet jedenfalls die Rechtsprechung des EuGH zur systematisch insofern ohne weiteres vergleichbaren Wasserrahmenrichtlinie (Richtlinie 2000/60/EG) hin. Diese Rechtsprechung vor allem im Vorlageverfahren zur Weservertiefung (vgl. EuGH, Urteil vom 01.07.2015, C-461/13, Leitsätze und Rn. 53 ff., sowie BVerwG, Urteil vom 11.08.2016, 7 A 1.15 zur Weservertiefung sowie BVerwG, Urteil vom 09.02.2017, 7 A 2.15 zur Elbvertiefung) ist vor allem mit dem Argument kritisiert worden, sie führe dazu, dass wasserbauliche Vorhaben praktisch nur noch im Ausnahmewege zugelassen werden könnten (vgl. Reinhardt UPR 2015, 321 (328); Riese/Losert DVBl. 2015, 346 (348); Füßer/Lau, NuR 2015, 589 (592); Griesbach NuR 2015, 550 (553)).

Hierbei wird übersehen, dass die europäischen Richtlinien im Wege der autonomen Auslegung zu konkretisieren sind und nationale Maßstäbe der Gesetzesanwendung grundsätzlich außer Betracht zu bleiben haben. Das Unionsrecht sieht - in der Wasserrahmenrichtlinie ebenso wie in den Natura-2000-Richtlinien - stets ein gestuftes Schutzsystem vor, dass mit einer Prüf- und Beurteilungsverpflichtung beginnt, Vorhaben sodann für den Fall einer Beeinträchtigung als unzulässig einstuft und deren ausnahmsweise Zulassung stets an ergänzende Voraussetzungen bindet, die sicherstellen sollen, dass trotz der Ausnahmeerteilung die Ziele der Richtlinie nicht verfehlt werden.

Die Signifikanzrechtsprechung führt sowohl in der vorhandenen Form als tatbestandliche Einschränkung des Tötungsverbots als auch in der geplanten Kodifizierung als Legalausnahme dazu, dass die 3. Stufe des Schutzsystems der Natura-2000-Richtlinien nur durch die wenigsten Vorhaben betreten werden muss und damit sowohl eine vertiefte Alternativenprüfung als auch die Anordnung und Realisierung von Maßnahmen, die sicherstellen, dass die Populationen der betroffenen

Arten in einem günstigen Erhaltungszustand verweilen, unterbleiben. Ob diese Schutzsystematik der Richtlinien allein deshalb durchbrochen werden darf, weil anderenfalls die Mehrzahl der Vorhaben alle 3 Stufen des Schutzsystems durchlaufen müsste und damit die Ausnahme zur Regel würde, ist unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung des EuGH zur Wasserrahmenrichtlinie zu bezweifeln. Fest steht jedenfalls, dass diese Frage letztverbindlich als Frage der Auslegung des Unionsrechts nur durch den EuGH beantwortet werden kann.

2. § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BNatSchG-E

§ 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BNatSchG-E hat folgenden Wortlaut:

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

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

Anlass für die Einfügung dieser Vorschrift ist ausweislich der Gesetzesbegründung die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in der Freiberg-Entscheidung (Urteil vom 14.07.2011, 9 A 12/10, Rn. 130), wonach dem europarechtlichen Verbot nach Art. 12 Abs. 1 FFH-RL, bestimmte geschützte Arten absichtlich zu fangen, auch solche Maßnahmen unterfallen, die im Rahmen einer vorgezogenen Ausgleichsmaßnahme zur Umsetzung der Tiere unternommen werden. Eine Anfrage bei der zuständigen Direktion der Kommission habe ergeben, dass diese weitgehende Interpretation des BVerwG nicht geteilt werde (vgl. BR-Drucksache 168/17, S. 19).

Zur Vermeidung von Wiederholungen kann hier auf die Ausführungen zu § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG-E Bezug genommen werden. Ebenso wie für die Signifikanzrechtsprechung ist offen, ob der EuGH eine solche Beschränkung als „Vereinfachung“ gegenüber den Vorgaben der Richtlinie, die zu einer Umgehung der Ausnahmeveraussetzungen des Art. 16 Abs. 1 der FFH-RL führt, akzeptiert. Der Gesetzgeber hat sich jedenfalls mit den unionsrechtlichen Bedenken, die das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen der Freiberg-Entscheidung

hinsichtlich der Anwendung der Legalausnahme auch auf Tötungen im Rahmen von CEF-Maßnahmen formuliert hat, nicht erkennbar auseinandergesetzt.

Die Nachfrage bei der EU-Kommission beseitigt dieses Defizit nicht. Denn die vom Gesetzgeber in Bezug genommene Antwort der zuständigen Direktion der Kommission baut auf der Annahme der Kommission auf, die von ihr für zulässig erachteten sogenannten vorgezogenen Ausgleichsmaßnahmen (CEF-Maßnahmen) stünden mit dem Schutzregime der FFH-RL in Einklang. Eine Äußerung des EuGH hierzu steht freilich noch aus. Soweit ersichtlich hatte der EuGH bisher noch in keinem Verfahren Gelegenheit zu beurteilen, ob mittels vorgezogener Ausgleichsmaßnahmen die Erfüllung des Beschädigungsverbots vermieden werden kann, ohne dass die Ausnahmevoraussetzungen des Art. 16 Abs. 1 der FFH-RL zu prüfen wären. Ganz im Gegenteil deutet die Rechtsprechung des EuGH darauf hin, dass dieser CEF-Maßnahmen eher kritisch beurteilen dürfte (dazu noch ausführlich unten). Selbst wenn man trotz der Tatsache, dass es für die sogenannten CEF-Maßnahmen keine Grundlage im Sekundärrecht gibt, diese für zulässig erachten will, ist hiermit nicht ausgemacht, dass der EuGH es billigen würde, dass bei Ausführung solcher Maßnahmen, die bereits vom Beschädigungsverbot befreien, zusätzlich noch das Tötungsverbot nicht gelten soll.

3. § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 BNatSchG-E

§ 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 BNatSchG-E enthält unverändert den bisherigen Kern des § 44 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG und lautet:

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

3. das Verbot nach Absatz 1 Nr. 3 nicht vor, wenn die ökologische Funktion der von dem Eingriff oder Vorhaben betroffenen Fortpflanzungs- und Ruhestätten im räumlichen Zusammenhang weiterhin erfüllt wird.“

In Verbindung mit dem – unveränderten – § 44 Abs. 5 Satz 3 BNatSchG verbirgt sich hierin das Konzept des Entfallens des Verbotstatbestandes bei Ergreifen sog. CEF-Maßnahmen.

a) Definition von CEF-Maßnahmen

Bei CEF-Maßnahmen im Sinne des § 44 Abs. 5 Satz 3 BNatSchG handelt es sich um Maßnahmen zur Sicherung der kontinuierlichen ökologischen Funktionalität von Fortpflanzungs- und Ruhestätten“. CEF-Maßnahmen sind nach der Definition der EU-Kommission schadensbegrenzende Maßnahmen zur Minimierung oder Beseitigung negativer Auswirkungen auf die Funktionalität von Lebensstätten, die sicherstellen müssen, dass es zu keinem Zeitpunkt zu einer Reduzierung oder einem Verlust der ökologischen Funktionalität dieser Stätten kommt. Wird dies gewährleistet und werden die entsprechenden Vorgänge von den zuständigen Behörden kontrolliert und überwacht, ist eine Ausnahme nach Art. 16 I FFH-RL nach Ansicht der EU-Kommission nicht erforderlich. Im Unterschied zu Vermeidungsmaßnahmen wird eine Beeinträchtigung der Lebensstätten nicht durch Maßnahmen am Vorhaben vermieden, sondern erfolgt tatsächlich.

Es geht also beim CEF-Konzept um Maßnahmen, die unmittelbar an der voraussichtlich betroffenen Fortpflanzungs- oder Ruhestätte ansetzen bzw. mit dieser räumlich-funktional verbunden sind und zeitlich so durchgeführt werden, dass sich die ökologische Funktion der von einem Eingriff betroffenen Fortpflanzungs- oder Ruhestätte nachweisbar oder mit einer hohen, objektiv belegbaren Wahrscheinlichkeit nicht gegenüber dem Voreingriffszustand verschlechtert. Ziel ist es, den Erhalt der ökologischen Funktion der Fortpflanzungs- oder Ruhestätte zu sichern, d.h. Populationsgröße und -struktur müssen in mindestens gleichem Umfang und gleicher Qualität erhalten bleiben.

Der deutsche Gesetzgeber hat das CEF-Konzept der EU-Kommission bereits im aktuell geltenden § 44 Abs. 5 Satz 2 und 3 BNatSchG aufgegriffen und CEF-Maßnahmen in eine Legal Ausnahme für nach § 15 BNatSchG zulässige Eingriffe integriert. Dem Wortlaut nach geht § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 und 3 BNatSchG-E über das Konzept der EU-Kommission hinaus, die CEF-Maßnahmen lediglich im Zusammenhang mit Beschädigungen von Lebensstätten entwickelt hat. Wie eben bereits dargestellt, werden durch § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BNatSchG-E auch mit der Zerstörung von Lebensstätten im Zusammenhang stehende Tötungen aus dem Verbotstatbestand ausgenommen.

Die hiermit verbundene Gefahr des Unterlaufens des Rechtfertigungszwanges des Art. 16 Abs. 1 FFH-RL für Tötungen i.S.d. Art. 12 Abs. 1 lit. a FFH-RL hat das BVerwG erkannt und wegen der Legalisierung auch von Tötungen im Sinne des Art. 12 Abs. 1 lit. a FFH-RL eine Vereinbarkeit mit der FFH-RL verneint (BVerwGE 140, 149-178, Rn. 117; noch offen gelassen in

BVerwGE 131, 274-315, Rn. 98). In diesem Zuge hat das Bundesverwaltungsgericht CEF-Maßnahmen im Anwendungsbereich des Beschädigungsverbotes im Grundsatz gebilligt (ebd.). Die Gesetzesbegründung könne sich insoweit zu Recht auf Ausführungen der Kommission in deren Guidance document (Final version, Februar 2007, S. 41 ff. unter II. 3.4 b und d, Rn. 72 ff.) berufen. Der Sache nach werde damit in eingeschränktem Umfang eine populationsbezogene Erheblichkeitsschwelle eingeführt. Soweit gegen die Neuregelung mit Blick auf die in Abs. 5 Satz 3 n.F. erwähnten vorgezogenen Ausgleichsmaßnahmen europarechtliche Bedenken erhoben werden, weil das Konzept der sog. CEF-Maßnahmen im Sinne der Europäischen Kommission von einem räumlich weiteren Verständnis der geschützten Lebensstätten ausgehe, hat das Bundesverwaltungsgericht zuletzt mangels Vorliegens von CEF-Maßnahmen im europarechtlichen Sinne im konkreten Fall offengelassen (BVerwG, Urteil vom 09. Juli 2008 – 9 A 14/07 –, BVerwGE 131, 274-315, Rn. 98). Auch in der Freiberg-Entscheidung musste über diesen Punkt nicht befunden werden, wohl aber wurde geklärt, dass § 42 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG 2007 nicht für das Tötungsverbot gilt, weil Art. 12 Abs. 1 Buchst. a FFH-RL keine dem § 42 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG 2007 entsprechende Begrenzung des Tötungsverbots enthält (BVerwG, Urteil vom 14. Juli 2011 – 9 A 12/10 –, BVerwGE 140, 149-178, Rn. 117), was für die insoweit gleichlautende aktuelle Gesetzesfassung in § 44 Abs. Abs. 5 Satz 2 und 3 BNatSchG ebenso gilt.

- b) Zweifel am Bestehen einer unionsrechtlichen Rechtsgrundlage für CEF-Maßnahmen

Die Orientierung an den Überlegungen der Kommission zu vorgezogenen Ausgleichsmaßnahmen birgt schon deshalb die Gefahr einer Verfehlung der artenschutzrechtlichen Regelungsvorgaben in sich, weil sie im Gefüge der Art. 12 Abs. 1 und 16 Abs. 1 FFH-Richtlinie keinen Rückhalt findet. Der EuGH hat aber zuletzt in seinem Urteil vom 15.10.2015 (C-137/14) ausdrücklich darauf abgestellt, ob eine nationale (Präklusions-)Regelung eine Rechtsgrundlage in der einschlägigen Richtlinie findet. Ganz generell ist dieser Maßstab der unionsrechtlichen Rechtsgrundlage in Fällen zu fordern, in denen das nationale Recht eine Vereinfachung gegenüber dem unionsrechtlich vorgesehenen Prüfprogramm vorsieht. Gegen eine unionsrechtliche Zulässigkeit vorgezogener Ausgleichsmaßnahmen als Rechtfertigung für die Ablehnung der Verwirklichung eines Zugriffsverbotes spricht, dass diese nicht die aus Gründen des Art. 12 Abs. 1 lit. d FFH-Richtlinie zu unterbindende Beschädigung oder Zerstörung der geschützten Stätten unterbindet, sondern allenfalls die sich hieraus ergebenden negativen Folgen für die Erhaltung der hiervon betroffenen Art des Anhangs IV FFH-Richtlinie kom-

pensiert. Solche Maßnahmen können geeignet sein, den günstigen Erhaltungszustand der betroffenen Populationen in einer den diesbezüglichen Anforderungen des Art. 16 Abs. 1 FFH-Richtlinie entsprechenden Weise zu gewährleisten, indessen vermag allein dies nicht von der Prüfung der sonstigen Voraussetzungen dieser Ausnahmebestimmung zu entbinden (vgl. Gellermann, NuR 2007, 165 [169]).

Nach dem Wortlaut des § 44 Abs. 5 Satz 3 Bundesnaturschutzgesetz dürfen Ausgleichsmaßnahmen überdies erst angeordnet werden, wenn sie erforderlich sind, mithin nur dann, wenn ohne solche Maßnahmen die ökologische Funktion der betroffenen Lebensstätten im räumlichen Zusammenhang nicht gewahrt wird (siehe Gellermann, NuR 2007, 783 [788]). Da der EuGH sich soweit ersichtlich noch nicht mit CEF-Maßnahmen auseinandergesetzt hat, muss deren unionsrechtliche Zulässigkeit als offen angesehen werden.

Dabei ist anzunehmen, dass das Konzept der CEF-Maßnahmen seitens des EuGH in Abweichung von der Auffassung der EU-Kommission kritisch beurteilt werden dürfte. Der EuGH hat mehrfach im Zusammenhang mit dem Habitatschutz die gestufte Prüfungssystematik der FFH-Richtlinie betont. So dürfen in einem Projekt vorgesehene Schutzmaßnahmen, mit denen dessen schädliche Auswirkungen auf ein Natura-2000-Gebiet ausgeglichen werden sollen, im Rahmen der Prüfung der Verträglichkeit des Projekts nach Art. 6 Abs. 3 nicht berücksichtigt werden (vgl. EuGH, Urteil vom 15. Mai 2014 – C-521/12 –, Rn. 29, juris). Zur Begründung hat der EuGH ausgeführt, dass sich die etwaigen positiven Auswirkungen der künftigen Schaffung eines neuen – sei es auch größeren und qualitativ besseren – Lebensraums, der den Verlust an Fläche und Qualität desselben Lebensraumtyps in einem Schutzgebiet ausgleichen soll, im Allgemeinen nur schwer vorhersehen lassen. Zweitens solle die praktische Wirksamkeit der in Art. 6 der Habitatrichtlinie vorgesehenen Schutzmaßnahmen verhindern, dass die zuständige nationale Behörde durch sogenannte „abmildernde“ Maßnahmen, die in Wirklichkeit Ausgleichsmaßnahmen entsprechen, die in dieser Vorschrift festgelegten spezifischen Verfahren umgeht, indem sie nach Art. 6 Abs. 3 Projekte genehmigt, die das betreffende Gebiet als solches beeinträchtigen. Nur dann, wenn ein Plan oder Projekt trotz negativer Ergebnisse der nach Art. 6 Abs. 3 Satz 1 der Habitatrichtlinie vorgenommenen Prüfung aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art durchzuführen sei und keine Alternativlösung vorhanden sei, ergreife der Mitgliedstaat im Rahmen von Art. 6 Abs. 4 der Richtlinie alle notwendigen Ausgleichsmaßnahmen, um sicherzustellen, dass die globale Kohärenz von

Natura 2000 geschützt ist (vgl. EuGH, Urteile Kommission/Italien, C-304/05, EU:C:2007:532, Rn. 81, Solvay u. a., C-182/10, EU:C:2012:82, Rn. 72, und Sweetman u. a., EU:C:2013:220, Rn. 34). In der jüngst zum Kraftwerk in Moorbург ergangenen Entscheidung hat der EuGH betont, dass auch die Anordnung eines Monitorings bei Unsicherheiten der Bewertung der Erheblichkeit von Beeinträchtigungen nicht zu Gunsten eines Vorhabens berücksichtigt werden kann und damit die Vorgaben des Art. 6 Abs. 3 FFH-RL verfehlt werden (EuGH, Urteil vom 26.04.2017, C-142/16, Rn. 43).

Diese Überlegungen lassen sich auf den im Artenschutz geltenden Art. 16 Abs. 1 der FFH-Richtlinie deshalb übertragen, weil auch dieser ein spezifisches Prüfprogramm vorsieht, so insbesondere eine obligatorische Alternativenbetrachtung und die Erfüllung der Bedingung, dass die Populationen der betroffenen Art in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet trotz der Ausnahmeregelung ohne Beeinträchtigung in einem günstigen Erhaltungszustand verweilen. Mindestens die Alternativenbetrachtung wird als erschwerende Anforderung der Richtlinie durch das Konzept der CEF-Maßnahmen umgangen, so dass vernünftige Zweifel an der Zulässigkeit des Konzepts der CEF-Maßnahmen begründet sind. Ob dieses Konzept zulässig ist, hat folglich der EuGH zu entscheiden.

Selbst wenn man entgegen der hier dargelegten Bedenken das CEF-Konzept grundsätzlich für richtlinienkonform erachtet, zwingt die Tatsache, dass die Berücksichtigung solcher Maßnahmen im Text der Richtlinie 92/43/EWG nicht vorgesehen ist, dazu, solche CEF-Maßnahmen nur restriktiv und unter Anwendung der hierfür in der Fachwissenschaft formulierten Anforderungen zum Einsatz gebracht werden dürfen. Anderenfalls führen CEF-Maßnahmen nämlich zu einer Umgehung der Vorgaben des Art. 12 Abs. 1 der FFH-Richtlinie und insbesondere zu einer Missachtung der dann in Verbindung mit Art. 16 Abs. 1 der FFH-Richtlinie vorgegebenen Anforderungen, die sich praktisch vor allem im Unterbleiben sog. FSC-Maßnahmen im Sinne des § 45 Abs. 7 BNatSchG zeigen.

- c) Zweifel an der Zulässigkeit von CEF-Maßnahmen für andere als FFH-Arten

Zudem stellt sich neben der Frage, ob CEF-Maßnahmen überhaupt im Einklang mit der Richtlinie stehen, selbst für den Fall, dass man deren grundsätzliche Zulässigkeit unterstellt, die wei-

tere Frage, ob dieses Konzept auch auf Lebensstätten anderer Arten als FFH-Arten bzw. auch auf die europäischen Vogelarten anwendbar ist.

Die Kommission hat in ihrem Guidance Document 2007 lediglich die FFH-Arten behandelt, so dass nicht ohne weiteres angenommen werden kann, dass die Kommission auch die nach der Vogelschutzrichtlinie geschützten Arten im Blick hatte. Dies muss vor allem vor dem Hintergrund gelten, dass der EuGH stets betont, dass die Regelungsregime der Vogelschutzrichtlinie und der Habitatrichtlinie nicht deckungsgleich sind. Für die europäischen Vogelarten findet sich nämlich keine "europarechtliche Grundlage", selbst wenn man das Guidance Documents der EU-Kommission grundsätzlich als eine solche Grundlage ansehen will.

D. § 57 Abs. 2 BNatSchG-E

Bestandteil des Gesetzentwurfs sind auch mehrere Änderungen des § 57 BNatSchG zu den geschützten Meeresgebieten im Bereich der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone und des Festlandsockels. Auf die geplante Änderung des § 57 Abs. 2 BNatSchG wird nachfolgend näher eingegangen.

§ 57 Abs. 2 BNatSchG-E hat folgende Fassung (Änderungen gegenüber der aktuellen Fassung sind kenntlich gemacht):

*„(2) Die Erklärung der Meeresgebiete zu geschützten Teilen von Natur und Landschaft im Sinne des § 20 Absatz 2 erfolgt durch das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit ~~unter Beteiligung der fachlich betroffenen Bundesministerien~~ **im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, dem Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft, dem Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur und dem Bundesministerium für Bildung und Forschung** durch Rechtsverordnung, die nicht der Zustimmung des Bundesrates bedarf.“*

Die hier vorgesehene Ersetzung der bisher vorgesehenen Beteiligung der fachlich betroffenen Bundesministerien durch ein Einvernehmenserfordernis zwischen BMUB und insgesamt 4 fachfremden Bundesministerien ist abzulehnen. Denn auch diese Bestimmung läuft Gefahr, einen effektiven Vollzug des Unionsrechts (Art. 4 Abs. 4, Art. 6 Abs. 1 der FFH-RL) zu behindern bzw. für einen unzureichenden Vollzug zu sorgen. Hinderlich ist die Anforderung einer einvernehmlichen Festlegung zwischen – mit dem BMUB – 5 Bundesministerien, weil die Abstimmungsprozesse hierdurch lang zu werden versprochen und zudem einzelne Ministerien hier über ihr Vetorecht die Unterschutzstellung von bereits gemeldeten Natura 2000 Gebieten dauerhaft blockieren können. Gerade mit Blick auf das bereits laufende Vertragsverletzungsverfahren wegen der fehlenden oder unzureichenden

Unterschutzstellung von Natura 2000 Gebieten durch die BRD ist es gerade im Interesse der zügigen Ausweisung der Schutzgebiete äußerst hinderlich, wenn sich insgesamt 5 Bundesministerien einigen müssen.

Ein unzureichender Vollzug der Art. 4 Abs. 4, 6 Abs. 1 FFH-RL und des Art. 4 Abs. 1, Unterabs. 2 der VRL droht deshalb, weil das Einvernehmenserfordernis befürchten lässt, dass für die Unterschutzstellung keine naturschutzfachlichen oder ornithologischen Kriterien leitend sind, sondern hier sonstige Belange einfließen, die für die Unterschutzstellung nach § 32 Abs. 2 BNatSchG außer Betracht zu bleiben haben. Die Vorgaben des Art. 6 Abs. 1 und 2 FFH-RL und des Art. 4 Abs. 1 VRL bedingen richtigerweise ein Primat der Naturschutzbehörden (so zutreffend u.a. die Stellungnahme des BUND vom 09.02.2017, S. 5). Hiermit ist die in § 57 Abs. 2 BNatSchG-E vorgesehene Einvernehmensregelung unvereinbar.

E. Zusammenfassung

Insgesamt betrachtet ist der Gesetzentwurf jedenfalls hinsichtlich der hier näher betrachteten Vorschriften wenig gelungen und begründet Zweifel an der Vereinbarkeit mit Unionsrecht.

Auf eine schriftliche Stellungnahme zu den weiteren Änderungen wird verzichtet. Hierzu wird im Rahmen der Anhörung am 17.05.2017 Stellung genommen.

RAin Franziska Heß
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Inhaltsverzeichnis

A.	Vorbemerkung	2
B.	§ 21 Abs. 2 Satz 2 BNatSchG-E.....	2
C.	§ 44 Abs. 5 BNatSchG-E	4
I.	§ 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG-E	4
1.	§ 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG in der aktuell geltenden Fassung	4
2.	§ 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG-E in der Fassung des Referentenentwurfs (Stand: 01.12.2016)	5
3.	§ 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG-E in der Fassung der BR-Drs. 168/17	6
II.	§ 44 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG-E	8
1.	§ 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG-E	9
2.	§ 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BNatSchG-E	11
3.	§ 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 BNatSchG-E	12
a)	Definition von CEF-Maßnahmen	13
b)	Zweifel am Bestehen einer unionsrechtlichen Rechtsgrundlage für CEF-Maßnahmen.....	14
c)	Zweifel an der Zulässigkeit von CEF-Maßnahmen für andere als FFH-Arten.....	16
D.	§ 57 Abs. 2 BNatSchG-E	17
E.	Zusammenfassung.....	18