

Ausschuss für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit

Öffentliche Anhörung zum
Gesetzentwurf der Bundesregierung

**Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des
Bundesnaturschutzgesetzes
BT-Drucksache 18/11939**

am 17. Mai 2017

Stellungnahme

von Dr. Frank Fellenberg, LL.M. (Cambridge)
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Berlin

Dr. Frank Fellenberg
Leipziger Platz 3
10117 Berlin
Tel.: +49 30 885665-183
fellenberg@redeker.de

Bei dem Regierungsentwurf handelt es sich um eine thematisch begrenzte „kleine Novelle“ des Bundesnaturschutzgesetzes (BNatSchG), die einige aktuelle rechtliche und politische Entwicklungen aufgreift. Die gewählte Vorgehensweise einer behutsamen Anpassung der bundesrechtlichen Regelungen erscheint sachgerecht. Die vorgesehenen Anpassungen des Gesetzes im Bereich des Biotopverbundes, der Regelungen zum Schutz bestimmter Teile von Natur und Landschaft, des allgemeinen Artenschutzes und des Meeresnaturschutzes bilden einen begrenzten, aber sinnvollen Bestandteil des insgesamt deutlich umfassenderen Maßnahmenkonzepts zur Umsetzung der Nationalen Strategie zur biologischen Vielfalt.

Die nachfolgende Stellungnahme beschränkt sich auf Anmerkungen zu den nach dem Regierungsentwurf vorgesehenen Änderungen im Bereich des besonderen Artenschutzes. Die Änderungen werden die Rechtssicherheit erhöhen. Insbesondere die gesetzliche Verankerung des in der Rechtsprechung entwickelten Signifikanzansatzes ist wegen seiner überlegenden praktischen Bedeutung zu befürworten.

I. Zum Anwendungsbereich der artenschutzrechtlichen Sonderregelungen (§ 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG-E)

Nach § 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG g. F. kommen für nach § 15 BNatSchG zulässige Eingriffe in Natur und Landschaft sowie für Vorhaben i.S.d. § 18 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG, die nach den Vorschriften des BauGB zulässig sind, Sonderregelungen zur Anwendung. Diese in § 44 Abs. 5 Satz 2 bis 5 BNatSchG g. F. normierten Sonderregelungen modifizieren insbesondere die artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG. Hintergrund dieser Privilegierung ist u.a., dass eine unveränderte Anwendung der grundsätzlich jede menschliche Tätigkeit erfassenden Verbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG bei der Planung und Durchführung von Vorhaben, die ein umweltbezogenes behördliches Prüfverfahren durchlaufen, nicht zu sachgerechten Ergebnissen führt.

Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG, Urteil vom 14.07.2011 – 9 A 12.10, BVerwGE 140, 149, Rn. 117 f.) hat die Bezugnahme des § 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG g. F. auf die Eingriffsregelung so verstanden, dass die gesetzlichen Privilegierungen nur zur Anwendung kommen sollen, wenn die Eingriffsregelung ordnungsgemäß abgearbeitet worden ist. Wenngleich der derzeitige Wortlaut der Regelung dieses Verständnis durchaus tragen mag, spricht sachlich wenig für eine solche Verknüpfung.

Der Regierungsentwurf sieht daher folgerichtig vor, dass Fehler bei der Abarbeitung der Eingriffsregelung nicht auf die Prüfung der Anforderungen des besonderen Artenschutzes durchschlagen. Eine gewisse Inkonsequenz liegt allerdings darin, dass § 44 Abs. 5

Satz 1 BNatSchG-E die Anwendung der Privilegierungstatbestände in Abweichung von dem Konzept des Referentenentwurfs noch immer an die Erfüllung des Vermeidungsgebots der Eingriffsregelung koppelt. Ausweislich der eindeutigen Gesetzesbegründung soll diese Regelung (lediglich) die Vermeidungspflicht nach § 15 Abs. 1 BNatSchG betonen. Es soll also weder die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung allgemein um spezifisch artenschutzrechtliche Elemente erweitert werden, noch soll dem Vermeidungsgebot im Kontext des § 44 Abs. 5 BNatSchG ein über den § 15 Abs. 1 BNatSchG hinausgehender Gehalt zugeschrieben werden. Dann aber ist die Bezugnahme entbehrlich, soweit man nicht den Appell zur sorgfältigen Prüfung des Vermeidungsgebots der Eingriffsregelung als ausreichenden Regelungsgrund ansieht. Denn auch ohne die Bezugnahme auf das Vermeidungsgebot der Eingriffsregelung ist dieses – wie die Eingriffsregelung insgesamt – zwingend zu beachten. Das bedeutet: Verstößt eine behördliche Zulassungsentscheidung gegen Anforderungen der Eingriffsregelung, so ist sie bereits aus diesem Grund rechtswidrig. Zugleich erschwert die Verknüpfung möglicherweise das Verständnis des § 44 Abs. 5 BNatSchG-E, da auch § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2 BNatSchG-E eine Unvermeidbarkeit der Beeinträchtigung verlangen, womit aber ersichtlich nicht erneut das allgemeine Vermeidungsgebot der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung gemeint ist.

II. Zum Inhalt der artenschutzrechtlichen Sonderregelungen des § 44 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG-E

1. Systematik

Die vorgesehene Aufgliederung der Privilegierungstatbestände in einzelne Ziffern erleichtert die Lesbarkeit und das richtige Verständnis dieser zuvor auch wegen ihrer Komplexität kritisierten Regelung. Bereits dieser Aspekt rechtfertigt eine Anpassung der bestehenden Regelung.

2. Modifizierung des Tötungs- und Verletzungsverbots (§ 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG-E)

a) Die gesetzliche Verankerung des Signifikanzansatzes verändert den Prüfungsmaßstab nicht, ist aus Sicht der Praxis aber zu begrüßen

Der Regierungsentwurf sieht vor, dass bei einem Eingriffsvorhaben i.S.d. § 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG-E ein Verstoß gegen das Tötungs- und Verletzungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG nicht vorliegt, 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“.

Die Regelung soll ausweislich der Begründung des Regierungsentwurfs den in der Rechtsprechung des BVerwG zu § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG entwickelten und in ständiger Praxis angewandten sog. Signifikanzansatz bestätigen und festschreiben. Der Signifikanzansatz besagt zusammengefasst, dass das artenschutzrechtliche Tötungsverbot nicht verletzt wird, wenn das vorhabensbedingte Tötungsrisiko durch Vermeidungsmaßnahmen bereits bis zur Schwelle des allgemeinen Risikos abgesenkt ist, dem die Individuen der jeweiligen Art ohnehin unterliegen. Nach dem Maßstab praktischer Vernunft kann dann keine weitergehende artenschutzrechtliche Verantwortlichkeit bestehen (vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 08.01.2014 – 9 A 4/13, BVerwGE 149, 31, Rn. 99). Das ohnehin bestehende, allgemeine Tötungsrisiko ergibt sich dabei nicht allein aus dem allgemeinen Naturgeschehen, sondern kann auch dann sozialadäquat sein, wenn es vom Menschen verursacht wurde, wie etwa durch einen Verkehrsweg als gewöhnlichem Bestandteil des Naturraums (st. Rspr., vgl. zuletzt BVerwG, Urteil vom 10.11.2016 – 9 A 18.15, juris, Rn. 83). In rechtlicher Hinsicht trägt der Signifikanzansatz auch und vor allem dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung (vgl. etwa Bick/Wulfert, NVwZ 2017, 346, 348 f.). Die in die Signifikanzprüfung einzustellenden Aspekte hat das BVerwG zuletzt in dem Verfahren zur Elbquerung der A 20 wie folgt zusammengefasst (BVerwG, Urteil vom 10.11.2016 – 9 A 18.15, juris, Rn. 84):

„Umstände, die für die Beurteilung der Signifikanz eine Rolle spielen, sind (...) insbesondere artspezifische Verhaltensweisen, häufige Frequentierung des durchschnittlichen Raums und die Wirksamkeit vorgesehener Schutzmaßnahmen (BVerwG, Urteil vom 14. Juli 2011 - 9 A 12.10 - BVerwGE 140, 149 Rn. 99). Bei der wertenden Bestimmung der Signifikanz des Tötungsrisikos können darüber hinaus auch weitere Kriterien im Zusammenhang mit der Biologie der Art (vgl. Fellenberg, UPR 2012, 321 <327>; Heugel, in: Lütkes/Ewer, BNatSchG, § 44 Rn. 8) zu berücksichtigen sein. Für diese fachliche Beurteilung ist der Planfeststellungsbehörde eine Einschätzungsprärogative eingeräumt (BVerwG, Urteil vom 14. Juli 2011 - 9 A 12.10 - BVerwGE 140, 149 Rn. 99).“

Nach dem Signifikanzansatz kann mithin in gewissem Umfang auch berücksichtigt werden, dass der Schutz jedes einzelnen Individuums biologisch unsinnig und (daher) rechtlich unverhältnismäßig sein kann, wenn etwa der Verlust eines sehr hohen Anteils der Gesamtpopulation von Entwicklungsstadien und Jungtieren ohnehin Teil der Entwicklungsstrategie der betreffenden Art ist (z.B. bei den „Pionierarten“ Kreuz- und Wechselkröte, die Laichschnüre mit mehreren tausend Eiern ablegen). Deutlich wichtiger sind hier der Schutz und die Förderung geeigneter Lebensräume. Bei anderen Arten kann hingegen durchaus der Verlust jedes einzelnen Individuums auch aus populationsbiologischer Sicht relevant sein. Wenn das BVerwG (vgl. etwa Urteil vom 09.07.2009 – 4 C 12/07, BVerwGE 134, 166, Rn. 42) anerkennt, dass der Verlust einzelner Exemplare nicht zwingend zur Verwirklichung des Verbotstatbestandes führt und zugleich betont, dass es einen Unterschied macht, ob ein Gefahrenbereich (z.B. eine Straße) häufig oder selten von Exemplaren der geschützten Art frequentiert wird, ist dies Ausdruck eines auch biologisch sinnvollen, art- und fallspezifisch zu konkretisierenden Maßstabs.

Die inhaltliche und methodische Herausforderung besteht in der Konkretisierung dieses Maßstabs. Im Einzelnen ist hier naturschutzfachlich vieles streitig. Das gilt aber gänzlich unabhängig davon, ob der Signifikanzansatz gesetzlich festgeschrieben wird oder nicht. Die gesetzliche Regelung wird insoweit weder zu einer Abschwächung noch zu einer Verschärfung der in der Rechtsprechung anerkannten Beurteilungskriterien führen. Gleichwohl ist die Anpassung des Normtextes nachdrücklich zu befürworten, da ohne Verankerung des Signifikanzkriteriums das für das Verständnis des Verbotstatbestandes entscheidende tatbestandliche Element fehlt. Wie die Praxis zeigt, führt dies nicht selten zu fehlerhaften und auch biologisch schwer nachvollziehbaren Vorstellungen hinsichtlich der Reichweite des gesetzlichen Verbotstatbestandes. Es kommt hinzu, dass nach dem Regierungsentwurf die derzeit in § 44 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG g. F. geregelte partielle Konsumtion des Tötungsverbots aus § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG entfallen soll, weil sie aus Sicht des BVerwG unionsrechtlichen Bedenken ausgesetzt ist (BVerwG, Urteil vom 14.07.2011 – 9 A 12.10, BVerwGE 140, 149, Rn. 119). Die Signifikanzschwelle ist hiernach die einzige Relativierung des ansonsten streng individuenbezogenen Tötungsverbots nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG und sie sollte dementsprechend auch wie vorgesehen gesetzlich normiert werden.

b) Zur Verortung des Signifikanzkriteriums

Es wäre denkbar, das Signifikanzkriterium direkt in § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG zu regeln. Der in der Praxis und Rechtsprechung bislang relevant gewordene Anwendungsbereich des Signifikanzansatzes betrifft allerdings primär Eingriffsvorhaben, so dass die vorgesehene Verortung nachvollziehbar ist. Ob der Signifikanzansatz auch außerhalb

von Eingriffen und Vorhaben i.S.d. § 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG-E zur Anwendung kommen kann, ist damit weder in die eine noch in die andere Richtung entschieden.

c) **Zur Formulierung des § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG-E**

Hinsichtlich der gewählten Formulierung des Gesetzestextes möchte ich Folgendes anmerken:

aa) Die Regelung setzt voraus, dass das „Tötungs- und Verletzungsrisiko für Exemplare der betroffenen Arten nicht signifikant erhöht“ wird. Etwas deutlicher wäre es m.E., wenn von dem „*allgemeinen* Tötungs- und Verletzungsrisiko“ gesprochen würde. Hierdurch würde deutlich, dass der maßgebliche Bezugspunkt für die Signifikanz der Erhöhung das allgemeine und nicht etwa ein durch Vorbelastungen im Umfeld des konkreten Vorhabens bereits anderweitig gesteigertes Tötungsrisiko ist (so auch etwa BVerwG, Urteil vom 10.11.2016 – 9 A 18.15, Rn. 84).

bb) Weiter verlangt § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG-E am Ende, dass „die Beeinträchtigung unvermeidbar ist“. Nach der Begründung des Regierungsentwurfs ist die Beeinträchtigung unvermeidbar, wenn die gebotenen, fachlich anerkannten Schutzmaßnahmen sachgerecht angewandt werden. Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen und diese Klarstellung ist wichtig. Zur Vermeidung von Missverständnissen wäre es indes vorzugswürdig, wenn die in der Begründung gewählte erläuternde Formulierung unmittelbar in den Normtext übernommen wird. Es wäre dann entsprechend der gesetzlichen Zielsetzung zu formulieren

„(...) und diese Beeinträchtigung bei Anwendung der gebotenen, fachlich anerkannten Schutzmaßnahmen nicht vermieden werden kann.“

cc) Der Regierungsentwurf verlangt, dass sich das Tötungs- und Verletzungsrisiko „auch unter Berücksichtigung von Vermeidungsmaßnahmen“ nicht signifikant erhöht. Das ist eigentlich nicht regelungsbedürftig, da Maßnahmen, die das Tötungs- und Verletzungsrisiko reduzieren, bei der Beurteilung eben dieses Risikos selbstverständlich auch berücksichtigt werden müssen. Darüber hinaus ist der Zusatz m.E. entbehrlich, wenn und weil mit dem abschließenden Erfordernis, dass die Beeinträchtigung unvermeidbar sein muss, gerade gemeint ist, dass die gebotenen, fachlich anerkannten Schutzmaßnahmen ergriffen werden müssen (vorstehend unter bb)). Unabhängig hiervon ergibt jedenfalls das die Passage einleitende Wort „auch“ an der vorgesehenen Stelle keinen Sinn.

d) Fazit und Formulierungsvorschlag

Die vorgesehene gesetzliche Verankerung des Signifikanzansatzes bestätigt die in ständiger Rechtsprechung des BVerwG anerkannte Einschränkung des Verbotstatbestandes aus § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG. Sie dient der Rechtssicherheit, da für den Normanwender die Reichweite des Verbotstatbestandes ohne Erwähnung des Signifikanzansatzes kaum erkennbar wird. Eine Änderung der in der Rechtsprechung anerkannten Maßstäbe ist damit nicht verbunden. Hinsichtlich des Wortlauts des § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG-E rege ich die geringfügige sprachliche Anpassung an, dass ein Verstoß gegen

„das Tötungs- und Verletzungsverbot nach Absatz 1 Nummer 1 nicht vor(liegt), wenn die Beeinträchtigung durch den Eingriff oder das Vorhaben das allgemeine Tötungs- und Verletzungsrisiko für Exemplare der betroffenen Arten nicht signifikant erhöht und diese Beeinträchtigung bei Anwendung der gebotenen, fachlich anerkannten Schutzmaßnahmen nicht vermieden werden kann“.

3. Abfang und Umsiedlung im Rahmen von Schutzmaßnahmen (§ 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BNatSchG-E)

Die in § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BNatSchG vorgesehene Klarstellung trägt einem wichtigen praktischen Bedürfnis Rechnung.

Die Frage, wann Schutzmaßnahmen, die einen Abfang und die Umsiedlung von Exemplaren geschützter Arten erforderlich machen, gegen § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG verstoßen, ist bislang umstritten. Die Vollzugspraxis verfährt uneinheitlich. Der Regierungsvorschlag sieht vor, dass erforderliche und fachgerecht durchgeführte Maßnahmen, die auf den Schutz der Tiere vor Tötung oder Verletzung oder auf die Erhaltung der ökologischen Funktion geschützter Lebensstätten im räumlichen Zusammenhang gerichtet sind, das Verbot des Nachstellens und Fangens wild lebender Tiere und der Entnahme, Beschädigung oder Zerstörung ihrer Entwicklungsformen nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG nicht verwirklichen. Die Regelung erfasst damit insbesondere die praktisch wichtigen sog. CEF-Maßnahmen (hierzu auch nachfolgend unter 4.).

Diese Maßnahmen waren auch Anlass und Gegenstand der in der Begründung des Regierungsentwurfs referierten Anfrage bei der EU-Kommission. In ihrem Antwortschreiben hat sich die Kommission dem Verständnis angeschlossen, dass kein absichtlicher

Verstoß gegen das Fangverbot nach Art. 12 Abs. 1 Buchstabe a) der FFH-Richtlinie vorliegt, wenn die Umsetzungsmaßnahme letztlich dem Schutz der Art dient.

Die nun vorgesehene gesetzliche Klarstellung ist trotz noch fehlender einschlägiger Rechtsprechung des EuGH zu befürworten. Allerdings käme die Regulationsintention m.E. deutlicher zum Ausdruck, wenn an Stelle der in ihrer Reichweite auch hier unklaren Formulierung „und diese Beeinträchtigungen unvermeidbar sind“ in Parallele zu § 44 Abs. 6 BNatSchG g. F. wie folgt formuliert würde:

„(...) und diese Beeinträchtigung bei fachgerechter Durchführung der Maßnahmen und unter größtmöglicher Schonung der betroffenen Exemplare nicht vermieden werden kann“.

4. Sog. CEF-Maßnahmen (§ 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 und Satz 3 BNatSchG-E)

§ 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 BNatSchG-E übernimmt die in der Praxis bewährte Regelung des § 44 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG g. F., nach der unter engen Voraussetzungen ein Verstoß gegen das Zerstörungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG trotz der Inanspruchnahme geschützter Lebensstätten vermieden werden kann. Fehlt geeigneter Ausweichlebensraum, setzt dies voraus, dass rechtzeitig vor dem Eingriff funktionserhaltende Maßnahmen (sog. CEF-Maßnahmen) ergriffen werden, die sicherstellen, dass die ökologische Funktion der von dem Eingriff oder Vorhaben betroffenen Fortpflanzungs- oder Ruhestätte im räumlichen Zusammenhang weiterhin erfüllt wird.

Die schon in Bezug auf die geltende Regelung bisweilen formulierte Kritik, der deutsche Gesetzgeber sollte von einer Regelung der CEF-Maßnahmen absehen, weil diese in der FFH-Richtlinie und in der Vogelschutzrichtlinie nicht ausdrücklich normiert sind und weil der EuGH das Konzept auch noch nicht bestätigt hat, geht fehl. Die Kritik verkennt das Wesen der auf eine mitgliedstaatliche Umsetzung und Ausgestaltung angelegten und nur hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlichen Richtlinien (Art. 288 Abs. 3 AEUV). Gerade im Bereich der für die Anwendungspraxis bedeutsamen artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote sind klare gesetzliche Umsetzungsregelungen erforderlich.

Die in § 44 Abs. 5 Satz 3 BNatSchG-E vorgesehene Klarstellung, nach der CEF-Maßnahmen durch alle Handlungsformen „festgelegt“ werden können, die eine zuverlässige Umsetzung gewährleisten, ist zu befürworten. Sie trägt mit Blick auf vereinzelte abweichende Judikate einem Bedürfnis der Anwendungspraxis Rechnung.