
Im Internet: <https://idur.de/category/sonderhefte/sonderdrucke/>

Der rechtliche Schutz von Schwalbennestern an Gebäuden

von RA Andreas Lukas und RAin Felicia Petersen, Frankfurt a.M.

1. Ausgangssituation

Zu den regelmäßigen Fällen, mit denen sich die kommunale Praxis im Artenschutzrecht konfrontiert sieht, zählt das Entfernen von Schwalbennestern in und an Gebäuden. Nistmöglichkeiten von Gebäudebrütern werden im Zuge von Bausanierungen und durch die Verwendung moderner Baustoffe bei Neubauten fortwährend reduziert. Gegenüber anderen Gebäudebrütern besteht beim Schwalbenschutz die faktische Erschwernis, dass Kunstnester nicht in die Dämmung miteingebaut werden (obwohl das Anbringen an Dachtraufen oder an die Fassade unter Verwendung von Dämmdübeln bautechnisch möglich ist). Neben den praktischen Schutzkampagnen muss man es auch als Erfolg speziell des Naturschutzrechtes und seiner Durchsetzung durch die Kommunalverwaltung ansehen, dass die sehr starken negativen Bestandstrends seit den 70er Jahren bei Mehl- und Rauchschalbe leicht abgebremst zu sein scheinen; die Bestände nehmen aber nach wie vor immer weiter ab.¹

1. Ganzjähriger Lebensstättenchutz nach BNatSchG

Die Maßstäbe für die Prüfung der Artenschutzbelange ergeben sich aus den in § 44 Abs. 1 BNatSchG formulierten Zugriffsverboten. Nach dem hier einschlägigen Lebensstättenchutz in § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG ist es bezüglich der FFH-Anhang-IV-Arten sowie der europäischen Vogelarten verboten, Fortpflanzungs- oder Ruhestätten wild lebender Tiere erstens aus der Natur zu entnehmen und zweitens zu beschädigen bzw. zu zerstören.

Von April bis September leben Schwalben als Kulturfolger im Siedlungsbereich bei uns. Die Nistplätze der Rauchschalbe befinden sich meist im Inneren von Gebäuden (wie Gehöfte, Tiefgaragen, Tordurchfahrten, Hallen). Mehlschalben bauen ihr Nest an raue Außenmauern von Gebäuden, unter Dach- und anderen Vorsprüngen. Den Winter verbringen die Langstreckenzieher in Afrika südlich der Sahara.

Auch während dieser Abwesenheit genießen Schwalbennester bzw. deren Überbleibsel den Lebensstättenchutz nach § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG. Bei Mehl- und Rauchschalben handelt es sich nämlich um nesttreue Vogelarten, die alte Nester wieder benutzen bzw. neue bevorzugt an alter Stelle errichten. Nach der Rechtsprechung des BVerwG sind Brutstätten nesttreuer Arten auch während der winterlichen Abwesenheit von Zugvögeln geschützt (BVerwG, Urteil vom 21. Juni 2006 – 9 A 28/05 – juris, Rn. 33: „Unter Brutstätten sind nicht nur von Vögeln gerade besetzte, sondern auch regelmäßig benutzte Brutplätze zu verstehen, selbst wenn sie während der winterlichen Abwesenheit von Zugvögeln unbenutzt sind.“²

¹ Vgl. zu den Bestandstrends Dachverband Deutscher Avifaunisten, Vögel in Deutschland 2013, S. 35.

² Bestätigt durch BVerwG, Urteil vom 12. März 2008 – 9 A 3/06 – juris, Rn. 222.

a) Beschädigungs- und Zerstörungsverbot

§ 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG verbietet es damit ganzjährig, Fortpflanzungsstätten nesttreuer Vogelarten zu beschädigen oder zu zerstören.

Fortpflanzungsstätte meint bei Mehlschwalben als Kolonienbrüter nicht das einzelne Nest, sondern die gesamte Kolonie. Das Entfernen von einzelnen Nestern ist daher rechtlich als Beschädigung der Fortpflanzungsstätte zu subsumieren, das Entfernen aller Nester der Kolonie erfüllt den Tatbestand des Zerstörungsverbot. Befinden sich an der Fassade ohnehin nur noch eins oder wenige Nester, so stellt deren Beseitigung rechtlich betrachtet bereits eine Zerstörung der Fortpflanzungsstätte dar. Im Ergebnis macht diese Abgrenzung zwischen Beschädigung und Zerstörung aber keinen Unterschied, da das Gesetz die Beschädigung gleichsam wie eine Zerstörung strikt verbietet.

Bei Rauchschnalben, die Nester im Gebäudeinneren einzeln oder kolonieartig anlegen, wird als Fortpflanzungsstätte je nachdem das Nest bzw. die Kolonie als Fortpflanzungsstätte abgegrenzt. Bei einem einzigen Nest im Raum erfüllt dessen Beseitigung bereits das Zerstörungsverbot. Bei einer Rauchschnalben-Kolonie ist das Beschädigungsverbot einschlägig, wenn nicht alle Nester entfernt werden, sondern nur die „nervigen“ (etwa oberhalb einer Tür).

Auch Reste von Schnalbennestern werden nach der Rechtsprechung durch § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG geschützt.³ Denn diese bilden den Ansatzpunkt („Grundstein“) für den Wiederaufbau des Nestes bzw. die Anknüpfungsstelle für eine Wiederbesiedlung.

Da laut EU-Kommission eine Beschädigung im Sinne von § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG keine Substanzverletzung voraussetzt, sondern jede Verschlechterung der Lebensstätte erfasst werden soll,⁴ liegt ein Verstoß gegen das Beschädigungsverbot auch dann vor, wenn Nester unbrauchbar gemacht werden, etwa durch das Versperren des Einflugloches durch das Anbringen von Werbetafeln, Baunetzen etc. Gleiches gilt, wenn Kotbretter bewusst zu hoch angebracht werden, so dass die Mehlschnalben wegen des geringen Abstandes die Nester nicht mehr nutzen. Allerdings muss die Naturschutzbehörde in diesem Fall anhand der Grenzwerte in der Fachliteratur (wohl 40 cm) die Kausalität zwischen Kotbrettabstand und Aufgabe der Lebensstätte darlegen.

b) Entnahmeverbot

Das Entfernen von Schnalbennestern verstößt nicht nur gegen das Beschädigungs- und Zerstörungsverbot, sondern auch gegen das ebenfalls in § 44 Abs 1 Nr. 3 BNatSchG enthaltene Entnahmeverbot. Um Fortpflanzungsstätten „der Natur“ handelt es sich nämlich auch dann, wenn sich Nester nicht in der freien Naturlandschaft befinden. Zur Natur gehört schlechthin jeder Bereich, den Wildtiere besiedeln und als Lebensraum nutzen. Entspricht das Zusammenleben mit Menschen der natürlichen Lebensweise als Kulturfolger, so sind die Lebensstätten laut Rechtsprechung als „in der Natur“ befindlich geschützt, auch wenn sie sich an der Außenfassade eines bewohnten Gebäudes befinden.⁵ Das gilt auch für Schnalben-Kunstnester an einer Fassade, die alljährlich bebrütet wird und mithin eine Fortpflanzungsstätte im Rechtssinne darstellt. Deshalb dürfen beispielsweise bei einem Hausbesitzerwechsel vom Vorbesitzer angebrachte Schnalben-Kunstnester nicht ohne behördliche Erlaubnis entfernt werden.

³ VG Ansbach, Urteil vom 17. Juni 2010 – AN 5 K 10.00442 – juris, Rn. 19 (zur Beseitigung von Mehlschnalbennestern): „Zwar mögen unter diese Bußgeldnorm auch die Entnahme und Beschädigung von Resten von Fortpflanzungsstätten fallen, zumal, wenn, wie hier, solche Reste zum Wiederaufbau ganzer Nester Verwendung finden ...“.

⁴ EU-Kommission, Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse, 2007, Nr. II.3.4.c) Rn. 69 ff; vgl. aus der aktuellen Literatur de Witt/Geismann, Artenschutzrechtliche Verbote in der Fachplanung, 2. Auflage 2013, S. 20.

⁵ OVG Niedersachsen, Beschluss vom 14. Mai 2004 – 8 ME 65/04 – juris, Rn. 8.

2. Sonderregelung von § 44 Abs. 5 BNatSchG

Die Beseitigung von Schwalbennestern an Gebäuden ist wegen des Verstoßes gegen § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG demnach grundsätzlich rechtswidrig. Nach § 44 Abs. 5 Satz 2 und 3 BNatSchG liegt ein Verstoß gegen diese Norm dann nicht vor, wenn dank vorgezogener Ausgleichsmaßnahmen die ökologische Funktion der betroffenen Lebensstätten im räumlichen Zusammenhang weiterhin erfüllt wird. Rechtsprechung zu § 44 Abs. 5 BNatSchG in Bezug auf Schwalbennester ist nicht ersichtlich.

Denkbar ist insoweit grundsätzlich, dass der Eigentümer vor der Haussanierung und dem damit verbundenen Entfernen von Schwalbennestern rechtzeitig am Nachbarhaus für gleichwertige Ersatznismöglichkeiten in Form von Kunstnestern sorgt. Rechtliche und finanzielle Unsicherheiten verbleiben dabei aber stets, weil ortsnahe CEF-Maßnahmen beim Schwalbenschutz fachlich als ineffektiver als Ausgleichsmaßnahmen an gleicher Stelle gelten. Wenn durch vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen nicht sicher verhindert werden kann, dass der Tatbestand des § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG erfüllt wird, so ist dem Vorhabenträger zu raten, sich vorsorglich eine Ausnahme/Befreiung gewähren zu lassen.⁶ Es ist seine Aufgabe, das Funktionieren der Vermeidungsmaßnahmen darzulegen.⁷ Gegenüber der Schutzmaßnahmenplanung neu auftretenden artenschutzrechtlich relevanten Umständen wie die fehlgeschlagene ortsnahe Erhaltung der ökologischen Funktionalität der Fortpflanzungsstätte muss nach der Rechtsprechung Rechnung getragen werden, etwa durch eine von vornherein beauftragte professionelle ökologische Bauüberwachung,⁸ was den Vorhabenträger wesentlich teurer zu stehen kommen kann, weil diese dann unmittelbare bei der Durchführung des Vorhabens nicht gegen artenschutzrechtliche Verbote verstoßen werden und

Jedenfalls reicht die in der Praxis häufig anzutreffende Vorgehensweise, die Sanierung im Winterhalbjahr durchzuführen und Kunstnester vor der Wiederkehr anzubringen, für die Privilegierung des § 44 Abs. 5 BNatSchG eindeutig nicht aus. Denn § 44 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG spricht von der fortwährenden („weiterhin“) ökologischen Funktionalität und Satz 3 bloß von „vorgezogenen“ Ausgleichsmaßnahmen, weshalb die Ersatzstätte (Kunstnester) bereits im Zeitpunkt des Zugriffs (Entfernen von der Fassade) angebracht sein müssen.⁹

Die Privilegierung des § 44 Abs. 5 BNatSchG greift daher in der Regel nicht. Schutzmaßnahmen, die den zeitlichen/räumlichen Anforderungen des § 44 Abs. 5 Satz 2 und 3 BNatSchG nicht genügen, können nur bei der Erteilung von Ausnahmen bzw. Befreiungen Berücksichtigung finden.

3. Ausnahme

Nach § 45 Abs. 7 BNatSchG kann eine Ausnahme von den artenschutzrechtlichen Zugriffsverboten erteilt werden. Erste Voraussetzung dafür ist das Vorliegen eines zwingenden Grundes des den Artenschutz überwiegenden öffentlichen Interesses.

Hierzu zählt u.a. die Gesundheit des Menschen (§ 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 BNatSchG). Die Rechtsprechung hat in zwei jüngeren Entscheidungen jedoch klargestellt, dass sich der Grundstückseigentümer nicht auf die Beeinträchtigung der durch den von den Vögeln aus-

⁶ De Witt/Geismann, Artenschutzrechtliche Verbote in der Fachplanung, 2. Auflage 2013, S. 22.

⁷ Vgl. dazu beispielhaft BVerwG, Urteil vom 06. November 2013 – 9 A 14/12 – juris, Rn. 56 f. (zur Wirksamkeit von Schutzmaßnahmen für Fledermäuse).

⁸ BVerwG, Urteil vom 12. August 2009 – 9 A 64/07 – juris, Rn. 91.

⁹ Dass zwischen dem Wirksamwerden der vorgezogenen Ausgleichsmaßnahmen und dem Eingriff keine zeitliche Lücke bestehen darf, ist wegen des klaren Gesetzeswortlautes allgemeine Meinung.

gehenden Dreck berufen kann, selbst wenn er einen Catering-Service betreibt. Denn Vogelkot bedeute keine Gefahr für die menschliche Gesundheit.¹⁰

Hauptgrund für die Erteilung von artenschutzrechtlichen Ausnahmen stellt in der Praxis das Vorliegen zwingender wirtschaftlicher Gründe dar, die auch dem Allgemeinwohl dienen (vgl. § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG). Bei rein privatnützigen Interessen, etwa dem Betrieb des o.g. Catering-Services, greift dieser Ausnahmegrund nicht. Bei Gebäudesanierungen ist allerdings in die Waagschale zu werfen, dass diese auch eine gesetzliche Zielsetzung verwirklichen, z.B. die Energieeinsparungsverordnung, weshalb sie auch im öffentlichen Interesse stehen. Hier fehlt es jedoch am zwingenden Überwiegen des generellen Belanges des Klimaschutzes gegenüber den konkret betroffenen Arten. Zudem kennt Art. 9 Abs. 1 der Vogelschutzrichtlinie im Gegensatz zu Art. 16 Abs. 1 FFH-RL keinen solchen Ausnahmegrund des zwingenden Grundes überwiegenden öffentlichen Interesses wirtschaftlicher Art, weshalb die Ansicht vertreten wird, dass dieser Ausnahmegrund im Wege richtlinienkonformer Gesetzesauslegung beim Vogelschutz nicht anwendbar sei.¹¹

4. Befreiung

Zur Durchführung von Sanierungsarbeiten in bzw. an Gebäuden mit Schwalbennestern braucht man daher eine Befreiung von § 44 BNatSchG nach § 67 Abs. 2 BNatSchG, was auch der wohl gängigen Rechtspraxis entspricht. Voraussetzung ist eine unzumutbare Belastung. Da der Gesetzgeber in § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG den Schutz der Lebensstätten von wild lebenden Tieren bewusst auch auf von Menschen mitgenutzte Bereiche ausgedehnt hat (s.o.), liegt allein im Vorhandensein von Schwalbennestern allein noch keine unzumutbare Eigentumsbeeinträchtigung. Diese muss aus der Besonderheit der Situation folgen, also z.B. aus der Kollision von gesetzlichem Artenschutz einerseits und rechtlich (z.B. Energieeinsparungsverordnung: klimaneutraler Gebäudebestand bis zum Jahr 2050) oder faktisch (Hochwasserschaden) gebotener Sanierung andererseits.

Bei der Befreiungserteilung können nach § 67 Abs. 3 Satz 1 BNatSchG Nebenbestimmungen erlassen werden. Darüber hinaus findet über § 67 Abs. 3 Satz 2 BNatSchG die Vorschrift des § 15 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG Anwendung, wonach der Verursacher einer unvermeidbaren Beeinträchtigung von Natur und Landschaft verpflichtet ist, diese Beeinträchtigungen durch Naturschutzmaßnahmen auszugleichen oder sie zu ersetzen. Deshalb hat der Eigentümer beim Entfernen von Schwalbennestern in aller Regel auch keinen Anspruch auf Erteilung einer Befreiung ohne Schutzbestimmungen. Eine Befreiung, die keine Auflage im Sinne einer Ausgleichsmaßnahme enthielte, wäre laut Rechtsprechung sogar rechtswidrig.¹² Bestimmt werden kann z.B., dass die Gebäudesanierung während der Abwesenheit der Schwalben vorgenommen wird und die Ersatzstätte vor Rückkehr der Tiere an gleicher Stelle errichtet werden muss. Falls eine Sanierung in die Anwesenheitszeitraum der Schwalben hineinfällt, kann bestimmt werden, dass die Nester vor der Wiederkehr abgenommen und ortsnah Ausweichquartiere geschaffen werden müssen.

5. Handlungsmöglichkeiten

Taugliche Rechtsgrundlage für die Anordnungen der kommunalen Naturschutzbehörde zum Schutz von Schwalbennestern ist § 3 Abs. 2 BNatSchG. Nach dieser Norm überwachen die Naturschutzbehörden die Einhaltung der Vorschriften des BNatSchG (hier des § 44 Abs. 1 BNatSchG) und treffen nach pflichtgemäßem Ermessen die im Einzelfall erforderlichen Maßnahmen, um deren Einhaltung sicherzustellen. Die Zuständigkeit für die präventive Überwa-

¹⁰ VG Düsseldorf, Urteil vom 20. März 2009 – 25 K 64/09 – juris, Rn. 24; Sächsische OVG, Urteil vom 10. Oktober 2012 – 1 A 389/12 – juris Rn. 33.

¹¹ Das BVerwG hat diese Frage bislang offen gelassen (vgl. BVerwG Urteil vom 9. Juli 2008 – 9 A 14/07 – juris, Rn. 125).

¹² So das Sächsische OVG, Urteil vom 10. Oktober 2012 – 1 A 389/12 – juris Rn. 32.

chungszuständigkeit beinhaltet nicht nur das Verhüten von Verstößen, etwa die Ordnungsverfügung keine weiteren Schwalbennester zu entfernen. Umfasst ist auch die Feststellung von Verstößen gegen das BNatSchG und die Beseitigung dieser Störungen,¹³ also hier konkret die Anordnung, Schwalben-Kunstnester als Ersatz anzubringen, um den Verstoß gegen § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG zu beseitigen.

Nicht auf die Überwachungszuständigkeit des § 3 Abs. 2 BNatSchG gestützt werden kann hingegen die repressive Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten, z.B. ein Bußgeldbescheid wegen der Schwalbennester-Entfernung. Ein vorsätzlicher Verstoß gegen § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG stellt nach § 69 Abs. 2 Nr. 3 BNatSchG eine Ordnungswidrigkeit dar. Auch dafür sind die Naturschutzbehörden in der Regel zuständige Behörde im Sinne des § 36 Abs. 1 OWiG (vgl. § 70 Nr. 3 BNatSchG). Rechtsgrundlage für einen Bußgeldbescheid ist § 69 Abs. 2 und 6 BNatSchG. Allerdings zieht sich der Verursacher dabei meist auf den Standpunkt der Fahrlässigkeit zurück, nicht gewusst bzw. gewollt zu haben, nutzbare Fortpflanzungsstätten zu entfernen, gerade wenn es sich um Schwalbennester-Reste handelt. Die Behörde muss aber sein vorsätzliches Handeln zur Ahndung der Ordnungswidrigkeit belegen können.

Für den Artenschutz bedeutsamer sind daher Anordnungen nach § 3 Abs. 2 BNatSchG. Auf den Unterschied von vorsätzlichem oder fahrlässigem Handeln kommt es hierbei nicht an. Die Norm verlangt nur das objektive Vorliegen eines Verstoßes gegen das BNatSchG. Zu den weiteren Voraussetzungen für eine Ordnungsverfügung:

Gemäß § 3 Abs. 2 BNatSchG ist dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung zu tragen; zulässig sind nur die erforderlichen Maßnahmen. Die Rechtsprechung hat 30 Kunstnester für 67 entfernte Mehlschwalbennester als verhältnismäßig angesehen.¹⁴ Die Frage der Verhältnismäßigkeit ist aber stets einzelfallbezogen zu prüfen. Ein 1:1-Ersatz durch Schwalben-Kunstnester kann angeordnet werden, wenn in der Umgebung keine lehmigen Offenbodenstellen und damit kein Nestbaumaterial vorhanden ist, etwa aufgrund eines hohen Versiegelungsgrades oder steril gestalteter Gärten. Ergänzend abstellen kann man auch auf den damit einhergehenden Insektenmangel, der den Schwalben die Kompensation des Kraftaktes eines Nestneubaus weiter erschwert. Zudem verlangt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz immer die Prüfung, ob nicht nachträglich eine Befreiung erteilt werden kann, um so auf mildere Weise einen rechtmäßigen Zustand herzustellen. Aber auch das ist kein Freibrief, denn bei der Befreiungserteilung müssen nach der Rechtsprechung gemäß § 67 Abs. 3 Satz 2 BNatSchG Ausgleichsmaßnahmen zum Schwalbenschutz festgesetzt werden (s.o.).

Nach § 3 Abs. 2 BNatSchG steht das Einschreiten im pflichtgemäßen Ermessen der Naturschutzbehörde. Bei Verstößen gegen europarechtlich begründete Normen (hier: Art. 5 VS-RL) besteht in der Regel eine Pflicht zum Einschreiten. Gemäß § 39 Abs. 1 Satz 3 VwVfG muss die Behörde in dem Anordnungsbescheid ihre Ermessenserwägungen angeben. Dabei ist laut des VG Ansbach darzulegen, warum es nicht ausreicht, dass sich die Schwalben selber helfen und ihre Nester neu erstellen.¹⁵ Als taugliches Argument hat es sich z.B. erwiesen, auf die Abschreckung von Nachahmern der Schwalbennestentfernung an anderen Häusern im Bescheid mit abzustellen.¹⁶

Bei Nichtbefolgung der Nachbesserungsanforderungen kann die UNB eine Ersatzvornahme nach dem jeweiligen Landesverwaltungsvollstreckungsgesetz androhen und danach auf Kosten des Störers vollstrecken.

¹³ Hendrichske, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, § 3, Rn. 26 und 35.

¹⁴ VG Düsseldorf, Urteil vom 20. März 2009 – 25 K 64/09 – juris, Rn. 31.

¹⁵ VG Ansbach, Urteil vom 17. Juni 2010 – AN 5 K 10.00442 – juris, Rn. 24.

¹⁶ VG Düsseldorf, Beschluss vom 20. März 2009 – 25 L 8/09 – juris, Rn. 5.

Naturschutzverbände können bei der UNB auf ein solches Vorgehen hinwirken, z.B. indem sie eine Anzeige tätigen. Denn ein vorsätzlicher Verstoß gegen § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG stellt nach § 69 Abs. 2 Nr. 3 BNatSchG eine Ordnungswidrigkeit dar.