

Recht der Natur

Schnellbrief Nr. 212
Januar/Februar 2019



IDUR im Internet: www.idur.de

Genehmigungsverfahren dauern – zu lang? Planungsbeschleunigung Teil 2

In dem Beitrag wird die Neuregelung der „Vorläufigen Anordnung“ in Planfeststellungsverfahren für Straßen und Schienenwege vorgestellt. Mit dieser Vorschrift können in Natur und Landschaft Fakten geschaffen werden, bevor ein Vorhaben genehmigt ist. Ob hierdurch eine Beschleunigung bei der Realisierung von Infrastrukturprojekten einhergeht, ist jedoch zweifelhaft.

Seite.....2

Stickstoffeinträge in gesetzlich geschützte Biotop – Ende der Bagatellschwelle?

Stickstoffeinträge verursachen in vielen Fällen Beschädigungen von stickstoffempfindlichen Lebensräumen. Nun hat der BUND Sachsen-Anhalt erfolgreich gegen die Genehmigung einer Hühnermastanlage geklagt. Das zuständige OVG hat mit Urteil vom 8.6.2018 die Bewertung von Stickstoffeinträgen verschärft.

Seite.....5

Verwaltungsrechtsschutz im fachwissen- schaftlichen „Erkenntnisvakuum“

Entscheidungsspielräume, die der Verwaltung von dem Gesetzgeber übertragen worden sind, können nach dem Urteil des BVerfG vom 23.10.2018 mit dem Grundgesetz zu vereinbaren sein. Die gerichtliche Kontrolle ist eingeschränkt, solange die behördliche Letztentscheidung an den unzureichenden Stand fachwissenschaftlicher Erkenntnisse anknüpft.

Seite.....6

Artenschutz in der kriminalistischen Praxis

Die BUND Bezirksgruppe Esslingen hat vergeblich am 3.4.2018 bei der Staatsanwaltschaft Strafanzeige wegen artenschutzrechtlicher Vergehen an der Gelbbauchunke in hunderten bis tausenden Fällen angezeigt. Dennoch wurde trotz klarer Beweislage das Verfahren gem. § 153 StPO eingestellt.

Zur besseren Übersicht über die strafrechtliche Aufarbeitung entsprechender Verstöße sucht nun der BUND ähnliche Beispiele. Ziel ist, über Einzelfälle hinausgehende Abschätzungen zur Effektivität der Strafverfolgung im Naturschutzrecht zu finden.

Seite.....10

Hinweis in eigener Sache

- IDUR-Seminar 2019 in Frankfurt a. M.: Naturschutzrecht in (verkürzten) Planungs- und Genehmigungsverfahren - Aktuelle Entwicklungen im Umweltrecht Samstag 23. März 2019

Seite.....12

Genehmigungsverfahren dauern – zu lang?

Von RAin Ursula Philipp-Gerlach,
Frankfurt a.M.

Teil 2 – Planungsbeschleunigungsgesetz: Vorläufige Anordnung

Im RdN Schnellbrief 211 wurden das Gesetzesvorhaben zur Planungsbeschleunigung vorgestellt. Mittlerweile ist das Gesetz in Kraft getreten (BGBl. I 2018, 2237). Der Gesetzgeber hat damit die Möglichkeit geschaffen, in Planfeststellungsverfahren für Bundesfernstraßen und Schienenwege **vorläufige Anordnungen** für vorbereitende Maßnahmen und Teilmaßnahmen zu treffen (§ 17 Abs. 2 FStrG; § 18 Abs. 2 AEG).

„Ist das Planfeststellungsverfahren eingeleitet, kann die Planfeststellungsbehörde nach Anhörung der betroffenen Gemeinde eine vorläufige Anordnung erlassen, in der vorbereitende Maßnahmen oder Teilmaßnahmen zum Ausbau oder Neubau festgesetzt werden, wenn an dem vorzeitigen Beginn ein öffentliches Interesse besteht und die nach § 74 Abs. 2 des Verwaltungsverfahrensgesetzes zu berücksichtigenden Interessen gewahrt werden.“ (§ 17 Abs. 2 Satz 1 FStrG; § 18 Abs. 2 Satz 1 AEG)

Diese Regelung wirft eine Reihe neuer Fragen auf, weshalb mit den folgenden Ausführungen der Versuch gestartet wird, sich diesen Fragen zu nähern, wobei an vielen Stellen eine Antwort (noch) nicht gegeben werden kann.

Wann können vorläufige Anordnungen erlassen werden?

Nach dem Gesetzeswortlaut können vorläufige Anordnungen erlassen werden, wenn das Planfeststellungsverfahren eingeleitet ist. Ein Planfeststellungsverfahren wird mit Antragstellung eingeleitet. Offenbar hatte der Gesetzgeber vor Augen, dass das Anhörungsverfahren (§ 73 VwVfG) noch nicht durchgeführt sein muss, bevor eine vorläufige Anordnung ergehen kann. Lediglich die betroffene Gemeinde ist vorher zu hören. Nähere Regelungen dazu wie die Gemeinde zu hören ist, welche Belange sie geltend machen kann, mit welcher Frist die Anhörung durchzuführen ist, enthält das Gesetz nicht. Können demnach vorläufige Anordnungen bereits zu einem frühen Zeitpunkt des Planfeststellungsverfahrens getroffen werden, kann es passieren, dass die Umweltverbände nicht beteiligt werden und erst durch eine öffentliche Bekanntgabe von den Teilmaßnahmen (Brückenbauwerke; Teilabschnitte, etc.)

oder vorbereitenden Maßnahmen (CEF-Maßnahmen; Kohärenzmaßnahmen; etc.) erfahren.

Nach § 74 Abs. 2 VwVfG zu berücksichtigenden Interessen

Liest man aber die Regelung weiter, ist Voraussetzung für die vorläufige Anordnung, dass die nach § 74 Abs. 2 VwVfG zu berücksichtigenden Interessen gewahrt werden müssen. Die Regelung besagt, dass die Planfeststellungsbehörde im Planfeststellungsbeschluss über die Einwendungen, über die bei der Erörterung vor der Anhörungsbehörde keine Einigung erzielt worden ist, entscheidet. Dies wiederum setzt ein Beteiligungsverfahren voraus, indem die Betroffenen und die Umweltverbände Einwendungen erheben können. Hiervon geht offenbar auch der Gesetzgeber aus, wenn in der Begründung zum Gesetzentwurf ausgeführt wird, dass bei der Beurteilung zu beachten sei, dass die Entscheidung über die Zulassung der vorbereitenden Maßnahmen oder Teilmaßnahmen erst nach Vorliegen der Einwendungen und Stellungnahmen im Rahmen des Anhörungsverfahrens getroffen werden könne. Ferner sei bei UVP-pflichtigen Vorhaben auf Grundlage des UVP-Berichts für das Gesamtvorhaben, der vorliegenden Einwendungen und der behördlichen Stellungnahmen die von der vorbereitenden Maßnahme oder Teilmaßnahme ausgehenden Umweltauswirkungen zu bewerten. Erst dann seien in der Regel die nach § 74 Abs. 2 VwVfG zu berücksichtigenden Einwendungen und die zu wahren Interessen bekannt und können die Ergebnisse der o.g. Bewertung und der weiteren rechtlichen Prüfung bei der Entscheidung über die Zulässigkeit der vorbereitenden Maßnahmen oder Teilmaßnahmen berücksichtigt werden (BT-Drs. 19/4459, S. 30).

Wenn diese Verfahrensschritte Voraussetzung für die vorläufigen Anordnungen sind, dürfte in der Regel auch das Planfeststellungsverfahren bereits in einem fortgeschrittenen Stadium sein. Dabei dürfte es ein Mehraufwand für Vorhabensträger und Planfeststellungsbehörden bedeuten, wenn für einzelne Maßnahmen gesonderte Planunterlagen zu erarbeiten sind, um behördlicherseits die Voraussetzungen für den Erlass einer vorläufigen Anordnung prüfen zu können. Je nachdem, für welche Maßnahme eine solche vorläufige Anordnung getroffen werden soll, ist zumindest dann, wenn umfangreichere Bautätigkeit damit verbunden ist, auch der Aufwand für den Projektträger einen solchen Antrag zu formulieren und für die Behörde zu erlassen, sehr hoch. Da diese vorläufigen Anordnungen Verwaltungsakte sind, sind diese auch selbständig anfechtbar, so dass mit gerichtlichen Überprüfungen zu rechnen

ist. Ob sich hierdurch wirklich Beschleunigungseffekte erzielen lassen, bleibt abzuwarten.

Öffentliches Interesse am vorzeitigen Beginn

Das Gesetz formuliert neben der Berücksichtigung der nach § 74 Abs. 2 VwVfG vorgebrachten Interessen als weitere Voraussetzung das öffentliche Interesse am vorzeitigen Beginn. In der Gesetzesbegründung ist hierzu nachzulesen: „Bei der Prüfung, ob ein öffentliches Interesse im Sinne von Satz 1 vorliegt, muss die zuständige Behörde die Genehmigungsfähigkeit des Gesamtvorhabens berücksichtigen. Bei nichtgenehmigungsfähigen Gesamtvorhaben liegt kein öffentliches Interesse vor (BT-Drs. 19/4459, S. 30)“. Das bedeutet, dass die Planfeststellungsbehörde, bereits während des Planfeststellungsverfahrens ein prognostisches Urteil darüber abgeben muss, dass die am Ende eines Planfeststellungsverfahrens unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten vorzunehmende Abwägung aller privaten und öffentlichen Belange dazu gelangt, dass das beantragte Vorhaben genehmigungsfähig sein wird. Es ist kaum vorstellbar, wie eine solche Prognose, vor der Lösung aller mit dem Vorhaben verbundenen Konflikte, möglich sein soll, ohne dass dies die endgültige Entscheidung bereits vorwegnimmt. Im Falle einer gerichtlichen Prüfung hätte das Gericht zu prüfen, ob die Prognose über die Genehmigungsfähigkeit behördlicherseits zu Recht erfolgt ist. Es steht zu befürchten, dass damit die gerichtliche Prüfung des Gesamtvorhabens in die Verfahren über die vorläufigen Anordnungen verlagert wird.

„Kann“-Regelung

Von der Möglichkeit eine vorläufige Anordnung zu treffen, **kann** die Behörde Gebrauch machen. Dies bedeutet, dass es in ihrem Ermessen steht, ob eine solche Anordnung erlassen wird. Die Behörde hat das Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten (§ 40 VwVfG). Die Planfeststellungsbehörde muss daher immer auch prüfen, ob mit dem Erlass einer vorläufigen Anordnung ein Beschleunigungseffekt verbunden ist, also die zeitliche Realisierung des Gesamtprojekts hierdurch voraussichtlich verkürzt wird. Sollte die Finanzierung des Gesamtvorhabens noch nicht gesichert sein, stellt sich die Frage, ob bereits Maßnahmen vorläufig angeordnet werden können. Es dürfte dem Regelungszweck zuwiderlaufen, wenn Brückenbauwerke in Gestalt von vorläufigen Anordnungen genehmigt und gebaut werden und über lange Zeiträume in der Landschaft stehen, ohne dass das Gesamtvorhaben realisiert werden kann.

Was sind vorbereitende Maßnahmen?

In der Gesetzesbegründung wird ausgeführt, dass es sich bei vorbereitenden Maßnahmen um Maßnahmen handelt, die wieder rückgängig gemacht werden können. Als Beispiele werden Kampfmittelbeseitigungen und archäologische Grabungen genannt. Dies scheint unproblematisch zu sein, weil solche Maßnahmen nicht unmittelbar zu Eingriffen in Natur und Landschaft führen (müssen). Als weitere Beispiele werden jedoch auch die Beseitigung von Gehölzen unter den Voraussetzungen des § 39 Abs. 4 Satz 2 BNatSchG, die Verlegung von Leitungen oder naturschutzrechtliche Maßnahmen, insbesondere des europäischen Arten- und Gebietsschutzes nach § 44 Abs. 5 BNatSchG und Maßnahmen zur Kohärenzsicherung nach § 34 Abs. 5 BNatSchG genannt.

Vorbereitende Maßnahmen sollen zulässig sein, obwohl über das Vorhaben noch nicht entschieden worden ist. Für die Praxis bedeutet dies, dass vollendete Tatsachen geschaffen werden dürfen, ohne, dass die endgültige Entscheidung über das Projekt vorliegt.

Auch vorgezogene artenschutzrechtliche Maßnahmen sollen ergriffen werden können, bevor die Behörde darüber entschieden hat, ob überhaupt ein Verbotstatbestand gem. § 44 Abs. 1 BNatSchG durch Auswirkungen der Planungen hervorgerufen werden. Durch die sog. CEF-Maßnahmen sollen die Auswirkungen der Planungen auf die betroffenen Arten vermieden werden, weshalb diese bereits vor der Verwirklichung des Vorhabens wirksam sein müssen. Diese jedoch anzuordnen bevor das Projekt und damit die Auswirkungen zugelassen werden, bedeutet wiederum Fakten zu schaffen, die Einfluss auf die notwendige planerische Abwägung aller Belange für und gegen das Projekt haben werden.

Die Anordnung einer Kohärenzsicherung für die erheblichen Beeinträchtigungen eines Vorhabens ist nach dem Regelungsregime des § 34 BNatSchG wiederum nur möglich, wenn zum einen bereits die erheblichen Beeinträchtigungen in einer FFH-Verträglichkeitsuntersuchung festgestellt **und** im Rahmen einer Abweichungsentscheidung das Vorhaben trotz der erheblichen Beeinträchtigungen der Erhaltungsziele zugelassen worden ist. Diese Zulassung mit der Prüfung der Alternativen und der überwiegenden Gründe des öffentlichen Interesses erfolgt jedoch erst mit Zulassung des Vorhabens am Ende eines Planfeststellungsverfahrens. In einem noch laufenden Planfeststellungsverfahren bereits die Kohärenzmaßnahmen anzuordnen, widerspricht dem Regelungsgefüge und erscheint europarechtlich problematisch.

Wird in ökologische Gefüge durch Änderungen der vorhandenen Lebensräume durch Gehölzbehebungen, CEF- oder Kohärenzmaßnahmen erst mal eingegriffen, dürfte aus fachlicher Sicht ein „Rückgängigmachen“ zwar theoretisch möglich sein, indem man z.B. wieder Hecken anpflanzt, Feldlerchenfenster wieder beseitigt, Fledermauskästen wieder abhängt. Ein solches Vorgehen ist aber realitätsfern. Letztendlich ist der Gedanke der vorläufigen Anordnung dadurch geprägt, dass das Ergebnis eines Planungsprozesses vorweggenommen wird. Es sollen Fakten im Vorfeld geschaffen werden.

Was sind Teilmaßnahmen?

Besonders problematisch ist die Regelung, dass auch Teilmaßnahmen vorzeitig zugelassen werden können. Nach der Gesetzesbegründung sind Teilmaßnahmen ein unvollständiger Teil des Gesamtvorhabens. Ein geringer Umfang der Maßnahme sei nicht erforderlich. Was der Gesetzgeber, damit aussagen will, dass die Teilmaßnahmen jedoch Teil des Vorhabens bleiben müssen, erschließt sich nicht. Wenn dann in der Gesetzesbegründung lediglich angegeben wird, dass es sich wiederum nicht um Maßnahmen handeln darf, die in ihrer Gesamtheit das vollständige Vorhaben ergeben, bleibt die Frage offen, was hiermit konkret gemeint sein kann. Beispiele werden nicht angegeben. Dürfen nun jegliche Brückenbauwerke als Teilmaßnahme geplant werden, ohne dass die Straße an sich planfestgestellt ist? Darf von einem 10 km langen Straßenabschnitt eine 8 km lange Teilstrecke bereits im Rahmen der vorläufigen Anordnung realisiert werden? Hier bleibt abzuwarten, wie die Planer diese Vorschrift in der Praxis anwenden werden und wie sich die Rechtsprechung dazu verhält. Welche materiellen Voraussetzungen wiederum für die Anordnung einer solchen Teilmaßnahme vorliegen müssen, darüber gibt das Gesetz keine Auskunft. Zu befürchten ist, dass nicht so konfliktreiche Teilabschnitte auf diese Art und Weise vorgezogen werden, damit wiederum Fakten geschaffen werden, die dann wiederum z.B. bei einer Alternativenprüfung dazu führen, dass hierüber im weiteren Verlauf des Planfeststellungsverfahrens nicht mehr ergebnisoffen entschieden wird.

Öffentliche Bekanntmachung

Schon während des noch laufenden Planfeststellungsverfahrens kann es nunmehr zu einer oder zu mehreren vorläufigen Anordnungen zu Teilmaßnahmen oder vorbereitenden Maßnahmen kommen. Die Betroffenen und die Öffentlichkeit müssen durch öffentliche Bekanntmachung über die Zulassungsentscheidung informiert werden

(Satz 3). Es besteht daher eine Art „Dauerverpflichtung“, sich darüber zu informieren, ob die Planfeststellungsbehörde eine solche Entscheidung getroffen hat. Dies gilt insbesondere auch für die Naturschutzverbände.

Rechtswirkungen der vorläufigen Anordnung

Die vorläufige Anordnung soll die Planfeststellung nicht ersetzen und einen vorläufigen Charakter haben (Satz 4). In der Gesetzesbegründung wird klargestellt, dass die Wirksamkeit der Zulassungsentscheidung bis zum Wirksamwerden der Planfeststellung begrenzt sei. Die Zulassungsentscheidung verliere ihre Wirksamkeit mit der Feststellung des Plans durch den Planfeststellungsbeschluss (§ 74 Abs. 1 Satz 1 VwVfG), nicht erst mit der Unanfechtbarkeit (BT-Drs. 19/4459, S. 30). Trotz des mehrfachen Betonens des Gesetzgebers über die „Vorläufigkeit“ der Entscheidung und dass mit dem Erlass einer solchen Anordnung kein Präjudiz geschaffen werde (BT-Drs. 19/4459, S. 28), bleibt doch die „Macht des Faktischen“: Die Entscheidungsoptionen im Planfeststellungsverfahren sind nicht mehr als offen zu betrachten, wenn bereits Maßnahmen realisiert werden. Hier von einer „Vorläufigkeit“ auszugehen, und dass die endgültige Entscheidung erst in der Planfeststellung getroffen wird, ist ein theoretischer Gedankengang, jedoch in der Planungspraxis realitätsfern. Die bereits im Gesetzgebungsverfahren geäußerten Bedenken des Verstoßes gegen die Aarhus-Konvention, wonach die Öffentlichkeit im Zulassungsverfahren zu einem Zeitpunkt zu beteiligen ist, an dem noch alle Entscheidungsoptionen offen sind und die Beteiligung daher noch effektiv sein kann (Art. 6 Abs. 4 Aarhus-Konvention), bestehen zu Recht.

In den Sätzen 5 bis 7 folgen Regelungen, die dann greifen, wenn das Gesamtvorhaben nicht planfestgestellt wird, also die Maßnahmen rückgängig zu machen sind.

Gerichtliche Überprüfung

Da die vorläufige Anordnung ein Verwaltungsakt ist, ist dieser auch selbständig anfechtbar. Um ein Beispiel zu bilden: Bei der Planung einer Straße wird ein Streuobstbestand in Anspruch genommen und damit ein nachgewiesenes Steinkauzrevier mit Brutplatz. Als CEF-Maßnahme wird nun eine vorläufige Anordnung erlassen, wonach an einer anderen Stelle Niströhren aufgehängt und Lebensräume geschaffen werden sollen, um den Verbotstatbestand des § 44 Abs. 1 BNatSchG zu vermeiden. Der Umweltverband hat erhebliche Bedenken: Der Verbotstatbestand sei (noch) nicht ausreichend prüffähig, weil die Datengrundlage

fehlerhaft ermittelt wurde, die ausgewählten CEF-Maßnahmen seien völlig ungeeignet, weil die Flächen, die zur Verfügung stehen für den Steinkauz nicht in Frage kommen. Außerdem müsse auch wegen anderweitigen Bedenken das Straßenbauprojekt in Gänze abgelehnt werden. Der Umweltverband klagt gegen die vorläufige Anordnung. Die Klage muss bei einer Vielzahl von Straßenbauprojekten unmittelbar beim Bundesverwaltungsgericht (!) erhoben werden. Da diese Klagen wiederum keine aufschiebende Wirkung haben – damit die Maßnahmen beschleunigt realisiert werden können – werden die RichterInnen der Planungssenate alle diese Fragen „summarisch“ im Rahmen von Eilverfahren zu prüfen haben.

In Anbetracht dessen, dass das Fachplanungsrecht bereits vor den Beschleunigungsgesetzen eine Reihe von Verfahrensmöglichkeiten geboten hat, um Planfeststellungsverfahren effektiv zu führen und Planfeststellungsbeschlüsse so zu gestalten, dass diese auch unter dem Vorbehalt von abschließenden Regelungen zu gewissen Teilaspekten (sog. Planungsvorbehalt) ergehen können, erscheinen die Neuregelungen unnötig und werden kaum zu den erhofften Beschleunigungseffekten führen. Vielmehr werden Planer und Behörden neuen Rechtsunsicherheiten ausgesetzt und Gerichte mit Klageverfahren beschäftigt werden, um komplexe, unionsrechtlich und völkerrechtliche Fragestellungen des UVP- und Naturschutzrechtes zu klären. Es bleibt abzuwarten, ob und wie sich Planungsprozesse in Zukunft mit diesem Instrument gestalten werden.

Stickstoffeinträge in gesetzlich geschützte Biotope – Ende der Bagatellschwelle?

Von RA Peter Kremer, Berlin

OVG Sachsen-Anhalt – Urteil vom 8.6.2018, 2 L 11/16

Gegen die Genehmigung einer Hühnermastanlage hatte der BUND Sachsen-Anhalt geklagt. Das Oberverwaltungsgericht Sachsen-Anhalt hat die Genehmigung für rechtswidrig und nicht vollziehbar erklärt. Ein entscheidender Punkt waren Stickstoffeinträge in gesetzlich geschützte Biotope. Das OVG hat die 5 kg-Grenze aus dem sog. LAI-Leitfaden kassiert.

Stickstoffeinträge verursachen in vielen Fällen Beschädigungen von stickstoffempfindlichen Lebensräumen. Für Lebensräume, die dem Habitatschutz unterliegen, muss jeweils biotopspezifisch ermittelt werden, ob zusätzliche Stickstoffeinträge

zu Beeinträchtigungen führen (das Konzept der Critical Loads, s.u.). Für Lebensräume, die nur dem gesetzlichen Biotopschutz, nicht aber dem strengeren Habitatschutz unterliegen, hatte die Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft für Immissionsschutz (LAI) in einem Leitfaden¹ zur Ermittlung und Bewertung von Stickstoffeinträgen aus dem Jahr 2012 eine Bagatellschwelle von 5 kg N/ha/a festgelegt. Vorbelastungen waren dabei nicht zu berücksichtigen. Dies bedeutete, dass jeder neue Stickstoffeintrag bis zu 5 kg N/ha/a als zulässig angesehen wurde.

Das OVG Sachsen-Anhalt hat diese Bagatellschwelle jetzt für unanwendbar erklärt. Künftig gilt auch im Bereich des gesetzlichen Biotopschutzes das Konzept der Critical Loads.

Konzept der Critical Loads

Stickstoff (N)-Einträge in stickstoffempfindliche Lebensräume führen dort zu Schädigungen. Der häufigste Effekt ist die Eutrophierung. N ist als Nährstoff ein Wachstumsbeschleuniger. N-Einträge führen dazu, dass diejenigen Pflanzen, die den Nährstoff schnell und gut umsetzen, schneller wachsen. Damit werden andere, langsamer wachsende Pflanzen verdrängt. Gerade diese auf stickstoffarme Lebensbedingungen angewiesenen Pflanzen sind aber oft selten und schützenswert.

Die Wissenschaft hat daher das Konzept der Critical Loads (CL) entwickelt. Mit diesem Konzept lässt sich für eine Pflanze oder eine Pflanzengesellschaft bestimmen, wie viel Stickstoff eingetragen werden kann, ohne dass es zu Schäden kommt. Die Berechnung des CL ist komplex und hängt auch von den konkreten Standortbedingungen ab. Die meisten CL liegen zwischen 10 und 20 kg N pro Hektar und Jahr (kg N/ha/a). Bei sehr empfindlichen Pflanzen liegt der CL bei 3 kg N/ha/a.

Nahezu an jedem Ort in Deutschland liegt bereits eine N-Hintergrundbelastung vor, häufig zwischen 10 und 15 kg N/ha/a. Die Höhe dieser Vorbelastung kann man beim UBA nachsehen (<https://gis.uba.de/website/depo1/>).

In vielen Fällen übersteigt die Vorbelastung bereits den CL der jeweiligen Lebensräume. Wenn dann im Umfeld N-emittierende Anlagen (z.B. Tierhaltungsanlagen) errichtet werden sollen, wären diese wegen des zusätzlichen N-Eintrags unzulässig.

¹ http://stickstoff.naturschutzinformationen-nrw.de/site/files/stickstoff/einleitung/LAI_N-Leitfaden_Langfassung_M%C3%A4rz_2012.pdf

Die Bagatellschwelle

Die LAI (das ist eine Arbeitsgruppe der Umweltministerkonferenz) hat daher mit dem Leitfaden aus dem Jahr 2012 eine Bagatellschwelle von 5 kg N/ha/a als Konvention angegeben. Mit dem Begriff der „Konvention“ sollte der Eindruck erweckt werden, dass es eine Art Übereinkunft zu diesem Wert gibt. Die LAI begründete ihre Annahme einer Konvention wie folgt: *„Beispielrechnungen haben gezeigt, dass bei einer ZB² <5 kg N ha⁻¹ a⁻¹ i. d. R. nach „Durchlaufen“ des gesamten Verfahrens kein Anhaltspunkt für erhebliche Nachteile gegeben ist.“* Auf entsprechende Nachfrage konnte die LAI allerdings solche Beispielrechnungen nicht vorlegen.

Die Umweltverbände hatten immer wieder vorgebracht, dass eine Bagatellschwelle von 5 kg N/ha/a nicht haltbar ist, so auch in diesem Gerichtsverfahren. Denn die Anwendung des Leitfadens der LAI führte dazu, dass unabhängig von eventueller Vorbelastung beliebig oft neue Stickstoffeinträge im Rahmen neuer Genehmigungen möglich waren.

Obwohl diese Frage für den Biotopschutz von zentraler Bedeutung ist, gab es hierzu bisher kaum Rechtsprechung. Zweifel am 5 kg-Kriterium äußerten das VG Münster, Urt. v. 12.04.2018 – 2 K 2307/16 –, RdNr. 150, und das OVG Niedersachsen, Beschl. v. 17.07.2013 – 12 ME 275/12 –, RdNr. 50. Das VG Stuttgart – Urteil vom 15.2.2018, 1 K 5131/13, unveröffentlicht – maß dem LAI-Leitfaden dagegen die Qualität eines antizipierten Sachverständigengutachtens zu und ließ die 5 kg-Schwelle ohne inhaltliche Prüfung gelten.

Das Urteil

Das OVG Sachsen-Anhalt – Urteil vom 8.6.2018, 2 L 11/16 – hat sich nun (erstmalig) intensiver mit der Bagatellschwelle auseinandergesetzt und diese verworfen.

Das OVG stellt in Rz. 267 zunächst fest, dass das Konzept der Critical Loads auch für den Biotopschutz geeignet ist. Zwar könnten beim Biotopschutz zusätzliche Gesichtspunkte eine Rolle spielen, weil der Maßstab nicht so streng wie im Habitatschutz sei. Die Bagatellschwelle in Höhe von 5 kg sei aber nicht geeignet, weil es dafür keine hinreichende naturschutzfachliche Begründung gäbe.

Das OVG weist darauf hin, dass die Neufassung der TA Luft ein Abschneidekriterium aufnehmen will, wobei die Werte im Entwurf der neuen TA

Luft zwischen 2 kg und 3,5 kg variieren und stellt dazu fest, dass diese Entwürfe der TA Luft keine nähere Begründung für diese Schwellen enthalten. Der aktuelle Entwurf der TA Luft vom 16.7.2018³ enthält die Schwelle von 3,5 kg N/ha/a und einen Verweis auf den LAI-Leitfaden 2012. Es ist zu hoffen, dass die Entwurfsverfasser der TA Luft das Urteil des OVG Sachsen-Anhalt lesen und davon abrücken, eine derart hohe Bagatellschwelle zu verankern. Sollte eine solche Schwelle in der Neufassung der TA Luft kommen, würde sich die Frage stellen, inwieweit diese Festlegung bindet, da es für diese Schwelle nach wie vor keine fachliche Begründung gibt. Das zeige sich, so das OVG Sachsen-Anhalt, alleine schon daran, dass bei einem CL von beispielsweise 10 kg N/ha/a eine Bagatellschwelle von 5 kg N/ha/a die Überschreitung des CL um 50 Prozent ermöglichen würde.

Das OVG Sachsen-Anhalt verlangt in Rz 270, dass alle Biotope im Umfeld einer zu genehmigenden Anlage, bei denen es zu Stickstoffeinträgen von mehr als 0,3 kg N/ha/a kommen würde, auf ihre konkrete Stickstoffempfindlichkeit hin untersucht werden. Nur auf diesem Weg – also der Bestimmung der konkreten N-Empfindlichkeit eines Biotops oder Lebensraums – lässt sich der gesetzliche Biotopschutz umsetzen.

Verwaltungsrechtsschutz im fachwissenschaftlichen „Erkenntnisvakuum“

Von Daniel Lamfried, Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Berlin

Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 23.10.2018 - 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat am 23. Oktober 2018 entschieden, dass die Einschränkung der gerichtlichen Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen auch ohne gesetzliche Ermächtigung mit dem durch Art. 19 Absatz 4 Grundgesetz (GG) garantierten Recht auf effektiven Rechtsschutz vereinbar sein kann (1 BvR 2523/13 und 1 BvR 595/14).

Bei der Anwendung des Umweltrechts geraten Behörden mitunter in fachwissenschaftlich noch unbestelltes Gelände. Insbesondere im Vollzug der europarechtlich determinierten Bereiche des

³ https://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Glaeserne_Gesetze/19._Lp/ta_luft/entwurf/ta_luft_180716_begrueundung_bf.pdf

² ZB = Zusatzbelastung

Naturschutzrechts kann es vorkommen, dass für die Beurteilung einer außerrechtlichen Fragestellung anerkannte wissenschaftliche Maßstäbe und Methoden noch nicht etabliert sind. In diesen Fällen ist eine Reduzierung der gerichtlichen Kontrolle der angefochtenen behördlichen Entscheidung nach Auffassung des BVerfG verfassungskonform.

1. Das Ausgangsverfahren

Der Beschluss erging auf zwei Verfassungsbeschwerden von Windenergieunternehmen. Die Beschwerdeführer hatten in den jeweiligen Ausgangsverfahren die Zulassung von Windenergieanlagen beantragt, waren damit aber im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren gescheitert. Auch die verwaltungsgerichtlichen Klagen der beiden Beschwerdeführer gegen die Versagung der Anlagengenehmigung hatten letztinstanzlich vor dem Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) keinen Erfolg (vgl. Urt. v. 27. Juni 2013, Az. 4 C 1.12 und v. 21. November 2013, 7 C 40/11).

Der Versagung der Genehmigung lag in beiden Fällen die Unvereinbarkeit der Vorhaben mit dem artenschutzrechtlichen Tötungsverbot des § 44 Absatz 1 Nr. 1 BNatSchG zugrunde. Nach dieser Vorschrift ist es verboten, wildlebende Tiere der besonders geschützten Arten zu töten. Das Verbot erfasst nach einem richtungsweisenden Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) nicht nur absichtliche, sondern auch unbeabsichtigte Tötungen, die als Konsequenz im Übrigen rechtmäßigen Verhaltens, wie dem Betrieb einer Anlage, unvermeidbar eintreten (vgl. EuGH, Urt. v. 10. Januar 2006, C-98/03, R. 56). Unter Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung entschied das BVerwG, das Tötungsverbot des § 44 Absatz 1 Nr. 1 BNatSchG stehe der Zulassung eines Vorhabens entgegen, wenn sich das Tötungsrisiko durch das Vorhaben signifikant erhöht (vgl. BVerwG, Urt. v. 12. März 2008, 9 A 3.06, Rn. 219).

Die Verwaltungsgerichte gingen in ihren jeweiligen Entscheidungen davon aus, dass der Zulassungsbehörde bei der Anwendung des Signifikanzkriteriums des BVerwG ein Entscheidungsspielraum (sog. Einschätzungsprärogative) zusteht. Die gerichtliche Kontrolle der behördlichen Zulassungsentscheidung sei insoweit eingeschränkt und der Behörde die Befugnis zur Letztentscheidung eingeräumt. Als Grund für diese verkürzte gerichtliche Kontrolle gaben die Gerichte an, dass die Anwendung des Tötungsverbots außerrechtliche ökologische Fragestellungen, wie die Bestandserfassung der geschützten

Art und die Feststellung des spezifischen Tötungsrisikos, einschliesse, die in weitem Umfang noch keine eindeutigen, in den einschlägigen Fachkreisen allgemein anerkannten Antworten gefunden haben. Dies könne „*nur als Ermächtigung verstanden werden, die artenschutzrechtliche Prüfung in Würdigung des jeweiligen naturschutzfachlichen Meinungsstandes eigenverantwortlich vorzunehmen*“ (BVerwG, Urt. v. 21. November 2013, 7 C 40.11, Rn. 14 - 16).

Die Windenergieunternehmen legten gegen die letztinstanzliche Entscheidung des BVerwG Verfassungsbeschwerden ein. Sie beriefen sich darauf, durch die Einschränkung der gerichtlichen Kontrolle in ihren Grundrechten (vor allem Art. 19 Absatz 4 GG) verletzt zu sein.

Das verfassungsgerichtliche Verfahren hatte im Vorfeld viel Aufmerksamkeit erfahren. Unter anderem hatten der Deutsche Anwaltsverein und die Bundesrechtsanwaltskammer Stellung genommen und waren dabei, was den behaupteten Grundrechtsverstoß anbelangt, zu unterschiedlichen Ergebnissen gekommen.⁴

2. Bisherige Rechtsprechung des BVerfG zu behördlichen Entscheidungsspielräumen

In welchen Fällen die verwaltungsgerichtliche Kontrolle sog. unbestimmter Rechtsbegriffe zugunsten behördlicher Entscheidungsspielräume reduziert ist, hat die Gerichte in den letzten Jahren wiederholt beschäftigt. Die Verwaltungsrechtsprechung erkennt behördliche Entscheidungsspielräume (in anderer Terminologie Einschätzungs-, Gestaltungs-, Beurteilungsspielräume oder Einschätzungsprärogative) in verschiedenen Bereichen des Umwelt- und Planungsrechts an. Eine abschließende Dogmatik behördlicher Entscheidungsspielräume hat sich noch nicht durchgesetzt, ebenso fehlt eine konsistente Kategorisierung der Fallgruppen (vgl. Jacob/Lau, Zulässigkeit und Grenzen administrativer Letztentscheidungsmacht am Beispiel des Naturschutz- und Wasserrechts, NVwZ 2015, S. 241).

Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist die Anerkennung behördlicher Entscheidungsspielräume mit verfassungsrechtlichen Vorgaben im Grund-

⁴ vgl. https://anwaltverein.de/de/newsroom/sn-57-17-gerichtsfreie-raeume-in-der-verwaltung?file=files/anwaltverein.de/downloads/newsroom/stellungnahmen/2017/dav-sn-nr.%2057_17.pdf; <https://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2017/dezember/stellungnahme-der-brak-2017-42.pdf>

satz vereinbar. Zwar folgt aus der Rechtsschutzgarantie (Art. 19 Absatz 4 GG) sowie aus dem Gebot der Gesetzesbindung (Art. 20 Absatz 3 GG) der Grundsatz, dass Gerichte das Verwaltungshandeln in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht vollständig überprüfen müssen⁵. Dazu gehört nicht nur die Überprüfung, ob die Behörde ihrer Entscheidung ein zutreffendes Verständnis der entscheidungserheblichen gesetzlichen Bestimmungen zugrunde gelegt hat, sondern auch, ob sie diese Bestimmungen in jeglicher Hinsicht fehlerfrei auf den Sachverhalt angewendet hat.

Der Gesetzgeber hat nach der Rechtsprechung des BVerfG jedoch die Möglichkeit, der Verwaltung gerichtlich eingeschränkt, überprüfbare Entscheidungsspielräume gesetzlich zu übertragen (sog. normative Ermächtigung). Die gerichtliche Kontrolle könne nicht weiterreichen als die Bindung der Behörde an das materielle Recht. Sie ende deshalb dort, wo das materielle Recht in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise das behördliche Entscheidungsverhalten nicht vollständig determiniert und der Verwaltung einen Einschätzungs- oder Auswahlspielraum belässt. Ob eine gesetzliche Übertragung behördlicher Letztentscheidungsrechte vorliegt, müsse sich ausdrücklich aus dem Gesetz ergeben oder durch Auslegung des Gesetzes „hinreichend deutlich“ zu ermitteln sein (vgl. BVerfG, Beschl. v. 31. Mai 2011, 1 BvR 857/07, Rn. 73, 74). Die Verwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs allein reicht hierfür nicht aus. Zurückziehen können sich die Gerichte zudem nur aus der Prüfung einer Tatsachenfrage, nicht aus der behördlichen Rechtsauslegung, weil diese Aufgabe originär der rechtsprechenden Gewalt zusteht (vgl. BVerfG, Beschl. v. 10. Dezember 2009, 1 BvR 3151/07, Rn. 57).

Offen blieb in der Rechtsprechung des BVerfG bislang, ob gerichtlich eingeschränkt überprüfbare behördliche Entscheidungsspielräume ausnahmsweise auch ohne gesetzliche Grundlage verfassungsrechtlich zulässig sein könnten, wenn eine uneingeschränkte gerichtliche Kontrolle „zweifelsfrei an die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung stieße“ (vgl. BVerfG, Beschluss vom 31. Mai 2011, 1 BvR 857/07, Rn. 76).

3. Beschluss des BVerfG vom 23. Oktober 2018

Diese Frage hat das BVerfG nun bejaht. Stoße die gerichtliche Kontrolle nach weitest möglicher Aufklärung an die Grenze des Erkenntnisstandes naturschutzfachlicher Wissenschaft und Praxis, zwingt das Gebot effektiven Rechtsschutzes das Gericht nicht zu weiteren Ermittlungen, sondern erlaube ihm, seiner Entscheidung die plausible Einschätzung der Behörde zugrunde zu legen (vgl. BVerfG, Urt. v. 23. Oktober 2018, 1 BvR 2523/13, 1. Leitsatz). Der reduzierte gerichtliche Kontrollmaßstab folge nicht aus einer gesetzlichen Übertragung eines Letztentscheidungsrechts, sondern schlicht daraus, dass es der Verwaltungsgerichtsbarkeit „am Maßstab zur sicheren Unterscheidung von richtig und falsch“ fehle. „Es handelt sich damit nicht um eine gewillkürte Verschiebung der Entscheidungszuständigkeit vom Gericht auf die Behörde, sondern um eine nach Dauer und Umfang vom jeweiligen ökologischen Erkenntnisstand abhängige faktische Grenze verwaltungsgerichtlicher Kontrolle“ (vgl. a.a.O., Rn. 23).

Das Bundesverfassungsgericht betont im Ausgangspunkt, dass auch eine gesetzliche Regelung, die außerrechtliche fachliche Beurteilungen erfordert, grundsätzlich durch Verwaltungsgerichte vollständig auf ihre rechtmäßige Anwendung durch Behörden überprüft werden muss und das Gericht sich hierbei ggf. zur Aufklärung der fachlichen Unterstützung durch Sachverständige bedienen muss (vgl. a.a.O., Rn. 19).

Fehle es in der Fachwissenschaft jedoch an allgemein anerkannten Maßstäben und Methoden für die Beantwortung einer außerrechtlichen Fragestellung, stoße die gerichtliche Kontrolle an objektive Grenzen. Nähmen die Gerichte gleichwohl eine eigene Einschätzung vor, die von der behördlichen Einschätzung abweicht, sei immer noch ungeklärt, ob die gerichtliche oder die behördliche Einschätzung richtig sei. Es spreche keine Vermutung dafür, dass die gerichtliche Einschätzung eher richtig sei als die der Behörde (vgl. a.a.O., Rn. 22). Dem Gericht sei durch das Gebot des effektiven Rechtsschutzes auch nicht auferlegt, ein außerrechtliches Erkenntnisdefizit aufzulösen und über Ermittlungen im Rahmen des Standes der Wissenschaft hinaus Forschungsaufträge zu erteilen (vgl. a.a.O., Rn. 20).

Da die behördliche Letztentscheidung an den unzureichenden Stand fachwissenschaftlicher Erkenntnisse anknüpft, ist die Einschränkung der gerichtlichen Kontrolle dem BVerfG zufolge gewissermaßen befristet. Sobald sich in der Fachwissenschaft Maßstäbe und Methoden zur Be-

⁵ vgl. hierzu ausführlich:

Schmidt/Stracke/Wegener/Zschesche, Die Umweltverbandsklage in der rechtspolitischen Debatte, UBA-Texte 2017, ab S. 148ff., verfügbar unter https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/1410/publikationen/2017-11-03_texte_99-2017_umweltverbandsklage.pdf

antwortung der fachlichen Fragestellung durchgesetzt haben, setze die uneingeschränkte gerichtliche Kontrolle wieder ein (vgl. a.a.O., Rn. 27).

Bis dahin ist das Verwaltungshandeln einer gerichtlichen Kontrolle keinesfalls ganz entzogen. Eine angefochtene behördliche Entscheidung müsse „weitest möglich gerichtlich kontrolliert“ werden, bevor sich das Verwaltungsgericht auf eine fachliche Einschätzung der Behörde stützen kann. Voraussetzung der gerichtlichen Kontrollrestriktion sei die dem Sachverständigenbeweis zugängliche Feststellung, ob und inwieweit in der Fachwissenschaft anerkannte Maßstäbe und Methoden für die Beantwortung einer außerrechtlichen Frage existieren. Zudem müsse das Verwaltungsgericht mindestens prüfen, ob die Behörde zu einer plausiblen Einschätzung der Fachfrage gelangt ist und ob ihr bei der Anwendung der gewählten fachlichen Methode Fehler unterlaufen sind (vgl. a.a.O., Rn. 13 sowie 25 - 30).

Ob die dargestellten „faktischen Grenzen“ der gerichtlichen Kontrolle bei der Anwendung des § 44 Absatz 1 Nr. 1 BNatSchG tatsächlich zum Tragen kommen, bleibt in dem BVerfG-Beschluss offen, da es auf diese Frage im Rahmen des verfassungsgerichtlichen Verfahrens nicht ankam. Das BVerfG lässt die Verfassungsbeschwerden bereits am Zulässigkeitskriterium der Rechtswegerschöpfung scheitern, da die Beschwerdeführer den Einwand, zur Beantwortung der außerrechtlichen Fragestellungen des artenschutzrechtlichen Tötungsverbots existiere bereits ein hinreichender ökologischer Erkenntnisstand, im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht erhoben hätten und dies auch nicht deswegen unterlassen konnten, weil der reduzierte gerichtliche Prüfungsmaßstab von vornherein verfassungswidrig gewesen sei (vgl. a.a.O., Rn. 31ff.).

Zum Schluss richtet das Gericht noch eine eindringliche Mahnung an den Gesetzgeber. Ein Gesetz, das der Rechtsanwendung in grundrechtsrelevanten Bereichen ohne weitere Maßgaben auf Dauer Entscheidungen in einem fachwissenschaftlichen „Erkenntnisvakuum“ übertrage, das weder Verwaltung noch Gerichte auszufüllen vermögen, werfe verfassungsrechtliche Zweifel auf. Längerfristig dürfe der Gesetzgeber dem nicht tatenlos zusehen, sondern sei verpflichtet, zumindest für eine untergesetzliche Maßstabbildung zu sorgen (vgl. a.a.O., 2. Leitsatz/Rn. 24).

4. Bewertung

In der Rechtsprechung des BVerwG zum Naturschutzrecht ist seit einiger Zeit eine recht extensive Herleitung behördlicher Entscheidungsspielräume zu konstatieren, was dem Gericht Kritik

einbrachte (bspw. durch Gassner, Die naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative, ein ungerechtfertigtes Vorrecht, DVBl. 2012, 1479 ff. und Gellermann, Zugriffsverbote des Artenschutzes und behördliche Einschätzungsprärogative, NuR 2014, 597 ff.). Auch im Fall des Tötungsverbots nach § 44 Absatz 1 Nr. 1 BNatSchG dürften Zweifel berechtigt sein, dass der Norm ein behördlicher Entscheidungsspielraum „hinreichend deutlich“ (vgl. BVerfG, Beschl. v. 31. Mai 2011, 1 BvR 857/07, Rn. 74) zu entnehmen ist. Dies zeigen schon die uneinheitlichen Stellungnahmen des Deutschen Anwaltsvereins und der Bundesrechtsanwaltskammer zu dieser Frage (vgl. unter 1.). Dem Wortlaut des § 44 Absatz 1 Nr. 1 BNatSchG sind keinerlei Anhaltspunkte für eine gesetzliche Ermächtigung zu entnehmen. Die Formulierung ist eindeutig und lässt die Maßgeblichkeit behördlicher fachkundiger Bewertungen nicht erkennen. Auch die Normgenese kann nichts zur Annahme eines behördlichen Letztentscheidungsrechts beitragen, da der Regelung die Unbestimmtheit nicht von vornherein anhaftete, sondern diese erst infolge der späteren Entscheidungen des EuGH und des BVerwG eingetreten ist (vgl. unter 1.). Das BVerwG erkannte in § 44 Absatz 1 Nr. 1 BNatSchG bei keineswegs überzeugender Argumentation gleichwohl die erforderliche gesetzliche Ermächtigung (vgl. unter 1.).

Der freimütige Umgang des BVerwG mit der bisherigen Vorgabe des BVerfG, dass Einschränkungen der gerichtlichen Kontrolle zugunsten behördlicher Entscheidungsspielräume stets einer gesetzlichen Ermächtigung bedürfen, ist verfassungsrechtlich heikel. Denn die Kontrolle des Verwaltungshandelns durch Gerichte ist ein Grundrecht und berührt das Rechtsstaatsprinzip im Kern. Auch als Instrument zur Sicherung eines gesetzeskonformen Vollzugs hat der Rechtsschutz gerade im Umweltbereich einen großen Stellenwert. Das forsche Vorgehen des BVerwG scheint der fachgerichtlichen Not geschuldet, die behördliche Entscheidung – soweit die Behörde nicht zur Letztentscheidung gesetzlich ermächtigt ist – auch dann vollumfänglich überprüfen zu müssen, wenn für die Beantwortung einer Fachfrage eindeutige wissenschaftliche Maßstäbe fehlen.

Mit dem Beschluss vom 23. Oktober 2018 erhört das BVerfG die Nöte der Verwaltungsgerichtsbarkeit und eröffnet eine – begrenzte – Option zur Begründung einer behördlichen Letztentscheidung jenseits der gesetzlichen Ermächtigung. Das BVerfG begründet sie mit der „faktischen Grenze“ des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, die aus dem Fehlen der für die Beantwortung einer Fachfrage erforderlichen wissenschaftlichen Er-

kenntnisse resultiere. Das Argument ist nachvollziehbar: Nach welchen Maßstäben soll ein Gericht eine Frage entscheiden, die sie selbst dann nicht besser als die zum Gesetzesvollzug berufene Behörde beurteilen kann, wenn sie die Fachkunde von Sachverständigen hinzuzieht?

Die Befürchtung, es könne nun zu einer drastischen Zunahme behördlicher Entscheidungsspielräume und dementsprechend einer Schwächung des Rechtsschutzes im Umweltbereich kommen, dürfte nicht berechtigt sein. Denn nach dem Beschluss handelt es sich um eine Option mit Ausnahmecharakter. Sie bietet sich einem Gericht nur so lange und auch nur in dem Umfang, wie anerkannte fachwissenschaftliche Maßstäbe und Methoden für die Beantwortung einer Fachfrage nachweislich fehlen. Ihr Anwendungsbereich dürfte daher begrenzt sein. Im Naturschutzrecht dürfte die Rechtsprechung des BVerwG die Entscheidung des BVerfG zudem im Ergebnis schon vorweggenommen haben.

Ernst zu nehmen ist der an den Gesetzgeber gerichtete Appell des BVerfG, für eine ausreichende Steuerung der Rechtsanwendung zu sorgen, damit Behörden und Gerichte gar nicht erst im fachwissenschaftlichen „Erkenntnisvakuum“ agieren müssen. Die Gefahr, dass der Gesetzgeber durch das Auslassen hinreichender gesetzlicher oder untergesetzlicher Steuerungsmöglichkeiten Lücken lässt, die andere Akteure besetzen, um die eröffneten Spielräume in ihrem Sinne zu nutzen, ist in der personell gebeutelten Umweltverwaltung real. Dem Hinweis auf den Wesentlichkeitsgrundsatz maß das BVerfG daher eine so große Bedeutung bei, dass es seinen Appell an den Gesetzgeber in einen der zwei Leitsätze der Entscheidung aufgenommen hat.

Für das Tötungsverbot des § 44 Absatz 1 Nr. 1 BNatSchG bedeutet das: In Anbetracht der eingetretenen Unbestimmtheit der Norm ist der Gesetzgeber gefordert, nachzuziehen und sich um eine untergesetzliche Konkretisierung der gesetzlichen Vorgaben oder zumindest die wissenschaftliche Maßstabbildung, bspw. durch das Einsetzen von sachkundigen Gremien, zu bemühen.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass sich aus der Entscheidung des BVerfG nicht ergibt, dass sich Verwaltungsgerichte im Fall des Fehlens anerkannter fachwissenschaftlicher Maßstäbe und Methoden einer Prüfung enthalten müssen. Es ist ihnen unbenommen, gleichwohl die behördliche Entscheidung vollumfänglich zu kontrollieren, indem sie den wissenschaftlichen Erkenntnislücken zum Trotz ihre, ggf. sachverständig unterstützte Einschätzung an die Stelle der behördlichen Einschätzung der Fachfrage setzen. Die Entschei-

dung des BVerfG schränkt die Kontrollbefugnis der Gerichte nicht ein, sondern erweitert ihre Optionen.

Artenschutz in der kriminalistischen Praxis

BUND-Kreisverband Esslingen

Artenschutzvergehen beim Windpark Kohlenstraße Forst BW und beim Windpark Rote Steige – eine Zusammenfassung (Stand: 05.12.2018)

Der BUND-Kreisverband Esslingen hat, vertreten durch einen Nürnberger Rechtsanwalt, am 03.04.2018 bei der Staatsanwaltschaft Heilbronn Strafanzeige wegen Vergehen aufgrund von § 71 BNatSchG in Form von Tötungen, Verletzungen in hunderten bis tausenden von Fällen, wegen des Nachstellens und Fangens und wegen der Zerstörung von Fortpflanzungsstätten der streng geschützten Gelbbauchunke (Anhang IV FFH-Richtlinie) auf den Baustellen von 2 Windparks im Landkreis Schwäbisch Hall gestellt. Angezeigt wurden die Verantwortlichen des Windkraftbetreibers, die für die ökologische Baubetreuung verantwortlichen Personen und die bei der Genehmigungsbehörde verantwortlichen Amtsträger.

Wegen der enormen Niederschlagsmengen im Sommer 2017 hatten sich Baugruben und Vertiefungen auf den Baustellen von zwei Windparks mit Wasser gefüllt. Die entstandenen Kleingewässer wurden aufgrund unzureichender Absperrungen durch die Gelbbauchunke besiedelt. Ein Baustopp wurde von den zuständigen Behörden trotz genauer Kenntnis der Sachlage nicht verhängt. Gewässer mit Unken wurden mit oder ohne vorherige Räumung der Tiere verfüllt. Räumungen und Umsiedlungen von Kaulquappen waren nur teilweise erfolgreich. Es kam auch in den für das Abfangen berücksichtigten Gewässern aufgrund vorhergehender Pumpaktionen zu massiven Tötungen. Umsiedlungen wurden in mit Prädatoren stark besetzte Gewässer vorgenommen. Überlebende Metamorphlinge aus den Umsiedlungen sind folglich nicht dokumentiert. Die geschätzten Verluste belaufen sich auf deutlich mehr als 2000 Kaulquappen, zahlreiche Metamorphlinge und mehrere Adulttiere. Die Tötungen von Kaulquappen und Metamorphlingen sind bildlich dokumentiert

In der Strafanzeige wird auf die Berichterstattung des Haller Tagblatts vom 25.11.2017 hingewiesen:

„Ein eingesetztes Sieb ist zu groß gewesen, dadurch hat es Verluste gegeben“, sagt Hubert Wiedemann, Leiter des Bau- und Umweltamts. ... „Ihm sei klar, dass das Tötungsverbot auch für Kaulquappen gelte, aber wenn man gar nichts getan hätte, wären noch mehr Tiere ums Leben gekommen. Hier könne man auch schon von einem „signifikant erhöhten Tötungsrisiko“ sprechen“, so der erste stellvertretende Landrat Knaus.

Der Beweis über zahlreiche Tötungen ist durch diese Aussagen der Amtsträger beim Landratsamt Schwäbisch Hall erbracht! Die Strafanzeige stützt sich vor allem auf die Aussagen zweier Zeugen, die die massenhaften Tötungen und Verletzungen durch eigene Beobachtungen und auch durch fotografische Aufnahmen belegen können, sowie auf die fachgutachterliche Einschätzung eines vom Bundesamt für Naturschutz als Experte für die Gelbbauchunke geführten Sachverständigen. Betreiber und Verwaltungen wurden wiederholt auf die Notwendigkeit einer fachlich fundierten Begleitung der weiteren Tätigkeit einschließlich der zur Vermeidung von Tötungen ggf. erforderlichen vorübergehenden Einstellung von Baumaßnahmen hingewiesen.

Beide Zeugen und der Sachverständige wurden im Zuge des Verfahrens polizeilich vernommen. Die Zeugen haben in ihren Vernehmungen die Vorwürfe in der Strafanzeige und insbesondere die vorsätzliche oder fahrlässige Tötung Hunderter bzw. Tausender von Gelbbauchunkenquappen bestätigt. Der Sachverständige hat in seiner Vernehmung seine fachliche Einschätzung wiederholt.

Der vorhandene (bedingte) Vorsatz der Angezeigten wurde in der Strafanzeige im Wesentlichen mit der Fachkunde der Täter (ökologische Baubegleitung, Fachbehörden) und der Missachtung der fachlichen Hinweise begründet. Die Mittäterschaft der beteiligten und bei den Vor-Ort-Terminen anwesenden Amtsträger wurde in der Strafanzeige darauf gestützt, dass sie ihre Garantenpflichten verletzt haben, indem sie die Umsiedlungsaktionen ohne Zulassung einer Ausnahme von den artenschutzrechtlichen Zugriffsverboten nach § 45 Abs. 7 BNatSchG und ohne Beachtung der ihnen bekannten fachlichen Hinweise durch einen der Zeugen geduldet bzw. sogar gefördert haben.

Trotz der klaren Beweislage und der umfangreichen Tötungen von Individuen einer besonders geschützten Art hat die Staatsanwaltschaft das strafrechtliche Ermittlungsverfahren gemäß § 153 Abs. 1 StPO mit Zustimmung des Gerichts wegen Geringfügigkeit und wegen fehlenden öffentlichen

Interesses an der Strafverfolgung eingestellt. Laut Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft vom 01.08.2018 lasse sich „die fahrlässige Tötung von Gelbbauchunken in den verschiedenen Entwicklungsstadien ... nur in sehr geringem Umfang belegen“. Vorsatz bzw. bedingter Vorsatz wurde rechtlich nicht geprüft.

Das Verfahren wurde von der Staatsanwaltschaft gemäß § 43 OWiG an die zuständige Behörde zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten abgegeben. Zuständige Behörde zur Ahndung von Ordnungswidrigkeiten nach dem Bundesnaturschutzgesetz ist die untere Naturschutzbehörde beim Landratsamt Schwäbisch Hall. Mit der Strafanzeige vom 03.04.2018 wurden mehrere namentlich benannte Amtsträger dieser Behörde der artenschutzrechtlichen Vergehen nach §71 BNatSchG beschuldigt. Es ist davon auszugehen, dass es sich bei der Einstellung des Strafverfahrens nicht um einen Einzelfall handelt.

Zur besseren Übersicht über die strafrechtliche Aufarbeitung entsprechender Verstöße suchen wir ähnliche Beispiele. Ziel sind über Einzelfälle hinausgehende Abschätzungen zur Effektivität der Strafverfolgung im Naturschutzrecht.

Kontakt:
BUND Bezirksgruppe Esslingen
info@bund-esslingen.de

Rechtliche Ergänzung
 von Felicia Petersen, IDUR

Straf- und Bußgeldvorschriften für den Bereich des Artenschutzes enthalten im Wesentlichen die Paragraphen §§ 69, 71 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG). Verstöße gegen diese Normen führen aber – wie häufig im Umweltstrafrecht – selten zu Strafverfahren vor den Gerichten, sondern werden vornehmlich im Wege des Bußgeldverfahrens oder der Einstellung gem. §§ 153 ff. StPO erledigt.

Die Verstöße gegen das besondere Artenschutzrecht (§ 44 BNatSchG) werden vor allem in § 69 Abs. 2 BNatSchG sanktioniert:

„Ordnungswidrig handelt, wer

1. Entgegen § 44 Abs. 1 Nummer 1
 - a) einem wild lebenden Tier nachstellt, es fängt oder verletzt oder seine Entwicklungsformen aus der Natur entnimmt oder beschädigt oder
 - b) ein wild lebendes Tier tötet oder seine Entwicklungsformen zerstört,

2. entgegen § 44 Absatz 1 Nummer 2 ein wild lebendes Tier erheblich stört,
3. entgegen § 44 Absatz 1 Nummer 3 eine Fortpflanzungs- oder Ruhestätte aus der Natur entnimmt, beschädigt oder zerstört,
4. entgegen § 44 Absatz 1 Nummer 4
 - a) eine wild lebende Pflanze oder ihre Entwicklungsformen aus der Natur entnimmt oder sie oder ihren Standort beschädigt oder
 - b) eine wild lebende Pflanze oder ihre Entwicklungsformen zerstört...

Wichtig: In einem Ordnungswidrigkeitsverfahren (und in einem Strafverfahren) müssen die Verfolgungsbehörden das Vorliegen aller Tatbestandsmerkmale beweisen. Bei Verstößen gegen § 44 Abs. 1 BNatSchG ist daher nicht nur die Tatsache des Verstoßes nachzuweisen, sondern es muss auch geprüft werden, ob ein Ausnahmetatbestand von § 45 BNatSchG besteht.

Die zuständige Behörde für die Verfolgung und Ahndung folgt aus § 70 BNatSchG, der Bußgeldrahmen in Höhe von bis zu 10.000 bzw. 50.000 Euro aus § 69 Abs. 7 BNatSchG. Verjährungsvorschriften, die nach § 31 bis § 34 OWiG an den Bußgeldrahmen anknüpfen, hier also Verjährung nach einem bzw. drei Jahren, sind zu beachten. Um eine Angleichung der Höhe der Bußgelder innerhalb eines Landes zu gewährleisten, haben die meisten Länder einen Bußgeldkatalog zur Ahndung von Ordnungswidrigkeiten im Bereich des Umweltschutzes als Verwaltungsvorschrift erstellt.

Die Strafvorschriften des § 71 Abs. 1 und 2 BNatSchG verweisen auf die Ordnungswidrigkeitstatbestände des § 69 Abs. 2, § 69 Abs. 3 Nr. 21, § 69 Abs. 4 Nr. 1 und Nr. 3 sowie § 69 Abs. 5 BNatSchG. Für die Straftat ist erforderlich, dass die in den Tatbeständen nach § 69 BNatSchG bezeichneten Handlungen vorsätzlich begangen wurden, d.h. auch in Kenntnis aller objektiven Tatbestandsmerkmale wie z.B. des Merkmals, dass das Exemplar „besonders geschützt“ ist.

Erfüllt ein Verstoß gleichzeitig die Merkmale einer Ordnungswidrigkeit und einer Straftat, ist neben der Verwaltungsbehörde auch die Staatsanwaltschaft gem. § 40 OWiG für die Verfolgung der Tat zuständig.

Gem. § 42 OWiG kann die Staatsanwaltschaft bis zum Erlass des Bußgeldbescheids auf Ersuchen der Verwaltungsbehörde auch die Verfolgung einer Ordnungswidrigkeit übernehmen, wenn sie mit der durch die Staatsanwaltschaft verfolgten Straftat zusammenhängt.

Hinweis in eigener Sache

IDUR-Seminar 2019 in Frankfurt a. M.:

Naturschutzrecht in (verkürzten) Planungs- und Genehmigungsverfahren Aktuelle Entwicklungen im Umweltrecht

Samstag 23. März 2019

Das Seminar richtet sich an Vertreter von Umweltverbänden, Behörden und Planungsbüros sowie aktive Bürgerinnen und Bürger mit einem Interesse an Fragen des Umweltrechts, speziell auch zur Bauleitplanung und zur Planung von Vorhaben (Infrastrukturprojekten, Windkraftanlagen, etc.).

- **Beschleunigung von Planungsverfahren – Sachstandsbericht**
RAin U. Philipp-Gerlach
- **Belange des Natur- und Umweltschutzes in Bauleitplanverfahren**
RAin U. Philipp-Gerlach
- **Auswertung von Praxisbeispielen: § 13b-Bebauungspläne**
Dr.-Ing. Johann Hartl,
freier Stadtplaner, Ottobrunn
- **Schutz der Fledermäuse bei der Genehmigung von Eingriffsvorhaben**
RA Andreas Lukas, Baumann Rechtsanwälte,
Würzburg/Leipzig
- **Aktuelle Rechtsprechung im Umwelt- und Naturschutzrecht**
RA Patrick Habor, Göttingen