

# Recht der Natur

Schnellbrief Nr. 187  
 November/Dezember 2014



IDUR im Internet: [www.idur.de](http://www.idur.de)

## Der rechtliche Schutz von Schwalbennestern an Gebäuden

Das Entfernen von Schwalbennestern in und an Gebäuden zählt im Winterhalbjahr zu den Standardproblemen des kommunalen Artenschutzes. Der Artikel stellt die Rechtslage und die neuere Rechtsprechung dar und gibt Anregungen für die Praxis. Denn obwohl dieser Tatbestand häufig erfüllt wird, ist das Entfernen von Schwalbennestern bislang wenig von Seiten der Literatur aufgearbeitet worden.

Seite..... 134

## Ersatzpflanzungen bei Gehölzschutz im Bebauungsplan

Im Bauplanungs- und Baumschutzrecht war umstritten, ob die Baubehörde die Wiederherstellung illegal zerstörten Grüns anordnen oder nur ein Bußgeld verhängen darf. Das BVerwG hat nun zugunsten der Baubehörde entschieden: Ersatzpflanzungen zählen zu den Pflichten, die sich aus einer grünschützenden Festsetzung im Bebauungsplan ergeben, weil solche Festsetzungen in der Regel nicht dem Schutz individueller Pflanzen, sondern der Erhaltung des Bestands als "Funktionsgrün" im urbanen Raum dienen.

Seite..... 138

## CEF-Maßnahmen im Rahmen der Vorhabenverwirklichung

Vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen zur dauerhaften Sicherung der ökologischen Funktion von Artenschutzflächen (CEF-Maßnahmen) werden u.a. in der Planungspraxis des Straßenbaus festgesetzt. Eine neue Untersuchung, deren Ergebnisse in der Zeitschrift Naturschutz und Landschaftsplanung erläutert werden, hat sich mit der Frage beschäftigt, ob solche in NRW festgesetzten Maßnahmen überhaupt geeignet sind, einen den rechtlichen Anforderungen genügenden Ausgleich für eine bestimmte Art sicherzustellen. Nach den Ergebnissen der Studie bestehen daran erhebliche Zweifel.

Seite..... 139

## Buchbesprechungen

- Jeanine Greim, Rechtsschutz bei Verfahrensfehlern im Umweltrecht.
- Mareen Erb, Untersuchungsumfang und Ermittlungstiefe in Umweltprüfungen.

Seite..... 142

## In eigener Sache

- IDUR-Seminar 2015 mit dem Schwerpunkt Baurecht - 28. März 2015
- RAin Petersen verstärkt Geschäftsstelle

Seite..... 144

## Der rechtliche Schutz von Schwalbennestern an Gebäuden

von RA Andreas Lukas und  
RAin Felicia Petersen, Frankfurt a.M.<sup>1</sup>

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 Bau-sanierungen 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 Rauchschnalbe leicht abgebremst zu sein scheinen; die Bestände nehmen aber nach wie vor weiter ab.<sup>2</sup>

### 1. Ganzjähriger Lebensstättenschutz nach BNatSchG

Die Maßstäbe für die Prüfung der Artenschutzbelange ergeben sich aus den in § 44 Abs. 1 BNatSchG formulierten Zugriffsverboten. Nach dem hier einschlägigen Lebensstättenschutz 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 Rauchschnalbe befinden sich meist im Inneren von Gebäuden (wie Gehöfte, Tiefgaragen, Tordurchfahrten, Hallen). Mehl-schnalben 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 Lebensstättenschutz nach § 44 Abs. 1 Nr. 3

BNatSchG. Bei Mehl- und Rauchschnalben 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.“<sup>3</sup>

### 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 Mehlschnalben als Kolonienbrüter nicht das einzelne Nest, sondern die gesamte Kolonie. Das Entfernen von einzelnen Nestern ist daher rechtlich als Beschädigung der Fortpflanzungsstätte einzustufen, das Entfernen aller Nester der Kolonie erfüllt den Tatbestand des Zerstörungsverbot. Befinden sich an der Fassade ohnehin nur noch ein 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. Es besteht für das Entfernen von Einzelnestern keine Bagatellschwelle.

Bei Rauchschnalben, die Nester im Gebäudeinneren einzeln oder kolonieartig anlegen, wird 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 einzelne, wie etwa die „nervigen“ oberhalb einer Tür.

Auch Reste von Schwalbennestern werden nach der Rechtsprechung durch § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG geschützt.<sup>4</sup> Denn diese bilden den

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

<sup>4</sup> VG Ansbach, Urteil vom 17. Juni 2010 – AN 5 K 10.00442 – juris, Rn. 19 (zur Beseitigung von Mehl-schnalbennestern): „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 ...“.

<sup>1</sup> Für wertvolle Hinweise danken wir herzlich Frau Sonja Gärtner vom Grün- und Umweltamt der Stadt Mainz.

<sup>2</sup> Vgl. zu den Bestandstrends Dachverband Deutscher Avifaunisten, Vogel in Deutschland 2013, S. 35.

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,<sup>5</sup> 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 Mehlschwalben 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 Schwalbennestern 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.<sup>6</sup> Das gilt auch für Schwalben-Kunstnester an einer Fassade, die alljährlich bebrütet wird und mithin eine Fortpflanzungsstätte im Rechtssinne darstellt. Deshalb dürfen beispielsweise bei einem Hausbesitzerwechsel vom Vorbesitzer angebrachte Schwalben-Kunstnester nicht ohne behördliche Erlaubnis entfernt werden.

### 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 Ersatznstmöglichkeiten 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.<sup>7</sup> Es ist seine Aufgabe, das Funktionieren der Vermeidungsmaßnahmen darzulegen.<sup>8</sup>

Treten gegenüber der Schutzmaßnahmenplanung neue für den Artenschutz relevante Umstände auf, wie z.B. eine fehlgeschlagene ortsnahe Erhaltung der ökologischen Funktionalität der Fortpflanzungsstätte, muss nach der Rechtsprechung dafür Sorge getragen werden, dass es nicht zur Verwirklichung der Zugriffsverbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG bei Durchführung der Maßnahme kommt, etwa durch eine von vornherein beauftragte professionelle ökologische Bauüberwachung.<sup>9</sup>

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

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> OVG Niedersachsen, Beschluss vom 14. Mai 2004 – 8 ME 65/04 – juris, Rn. 8.

<sup>7</sup> De Witt/Geismann, Artenschutzrechtliche Verbote in der Fachplanung, 2. Auflage 2013, S. 22.

<sup>8</sup> Vgl. dazu beispielhaft BVerwG, Urteil vom 06. November 2013 – 9 A 14/12 – juris, Rn. 56 f. (zur Wirksamkeit von Schutzmaßnahmen für Fledermäuse).

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

Zeitpunkt des Zugriffs (Entfernen von der Fassade) angebracht sein müssen.<sup>10</sup>

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 ausgehenden Dreck berufen kann, selbst wenn er einen Catering-Service betreibt. Denn Vogelkot bedeute keine Gefahr für die menschliche Gesundheit.<sup>11</sup>

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-Richtlinie 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.<sup>12</sup>

### 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 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.<sup>13</sup> 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

<sup>10</sup> Dass zwischen dem Wirksamwerden der vorgezogenen Ausgleichsmaßnahmen und dem Eingriff keine zeitliche Lücke bestehen darf, ist wegen des klaren Gesetzeswort lautes allgemeine Meinung.

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> Das BVerwG hat diese Frage bislang offen gelassen (vgl. BVerwG Urteil vom 9. Juli 2008 – 9 A 14/07 – juris, Rn. 125).

<sup>13</sup> So das Sächsische OVG, Urteil vom 10. Oktober 2012 – 1 A 389/12 – juris Rn. 32.

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 präventive Überwachung beinhaltet nicht nur das Verhüten von Verstößen, wie etwa durch eine Ordnungsverfügung keine weiteren Schwalbennester zu entfernen. Umfasst ist auch die Feststellung von Verstößen gegen das BNatSchG und die Beseitigung dieser Störungen,<sup>14</sup> 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. durch einen Bußgeldbescheid wegen der Schwalbennester-Entfernung. Ein vorsätzlicher oder fahrlässiger 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 die zuständigen Behörden 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 dessen 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 verhältnis-

mäßig angesehen.<sup>15</sup> 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 Urteil des VG Ansbach darzulegen, warum es nicht ausreicht, dass sich die Schwalben selber helfen und ihre Nester neu erstellen.<sup>16</sup> Als taugliches Argument hat es sich z.B. erwiesen, auf die Abschreckung von Nachahmern der Schwalbennestentfernung an anderen Häusern im Bescheid mit abzustellen.<sup>17</sup>

Bei Nichtbefolgung der Nachbesserungsanforderungen kann die UNB eine Ersatzvornahme nach dem jeweiligen Landesverwaltungsvollstreckungsgesetz (LVwVG) androhen und danach auf Kosten des Störers vollstrecken lassen. Wenn nach dem jeweiligen LVwVG neben der Ersatzvornahme ein Zwangsgeld bei vertretbaren Handlungen angeordnet werden darf, so kann mittels dessen Androhung und Verhängung das Anbringen der Ausgleichsnester durch den Pflichtigen selbst durchgesetzt werden, was die in praxi handhabbarere Vollstreckungsvariante bedeuten dürfte.

<sup>14</sup> Hendrichske, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, § 3, Rn. 26 und 35.

<sup>15</sup> VG Düsseldorf, Urteil vom 20. März 2009 – 25 K 64/09 – juris, Rn. 31.

<sup>16</sup> VG Ansbach, Urteil vom 17. Juni 2010 – AN 5 K 10.00442 – juris, Rn. 24.

<sup>17</sup> 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 erstatten. Denn ein vorsätzlicher oder fahrlässiger Verstoß gegen § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG stellt nach § 69 Abs. 2 Nr. 3 BNatSchG eine Ordnungswidrigkeit dar.

---

### Ersatzpflanzungen bei Gehölzschutz im Bebauungsplan

---

*Von RA Andreas Lukas, Frankfurt am Main*

BVerwG, Urteil vom 8. Oktober 2014 – 4 C 30/13  
Vorinstanz: BayVGh, Urteil vom 24. April 2013 –  
9 B 12.1584

Das Anfang Dezember veröffentlichte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) vom 8. Oktober 2014 setzt sich mit einer häufiger auftretenden Frage des Baumschutzrechts auseinander: Kann bei durch Bebauungspläne geschützten Bepflanzungen im Fall von deren Beseitigung die Wiederanpflanzung nebst Pflegemaßnahmen angeordnet werden? Die Frage betrifft § 9 Abs. 1 Nr. 25b BauGB. Diese Norm bestimmt, dass in Bebauungsplänen der Schutz von Bepflanzungen festgelegt werden darf (sog. Erhaltungsfestsetzung). Umstritten war bislang, ob es sich bei einer Wiederanpflanzungsanordnung noch um eine solche Erhaltung handelt oder ob der im Bebauungsplan vorgeschriebene Erhalt von Bepflanzungen nach dem Roden unmöglich geworden ist und sich der Verstoß deswegen nur noch als Ordnungswidrigkeit sanktionieren lasse. Da es sich dabei um eine bislang noch nicht höchstrichterlich entschiedene Rechtsfrage handelte, hatte der Bayerische Verwaltungsgerichtshof (BayVGh) die Revision zum BVerwG zugelassen. Das Thema der Erhaltungsfestsetzung behandelte die Besprechung von RAin Philipp-Gerlach im *Recht der Natur-Schnellbrief* Nr. 186, S. 127 ff. Wie dort versprochen, berichtet die Schnellbrief-Redaktion hiermit über den Ausgang des Revisionsverfahrens.

Zur Erinnerung: Geklagt hatten die Eigentümer eines Baugrundstücks, das sich im Geltungsbereich eines Bebauungsplans befindet, der den Erhalt von bestimmten Gehölzen auf ihrem Baugrundstück vorsah. Entgegen dieser Festsetzung fällten die Eigentümer dennoch Bäume; sie hatten von der Schutzbestimmung im Bebauungsplan keine Kenntnis. Gleichwohl ordnete die Baubehörde daraufhin an, Ersatzpflanzungen vorzunehmen und eine dreijährige fachmännische Entwicklungspflege der zu pflanzenden Bäume durchführen zu lassen. Der BayVGh gab

den Grundstückseigentümern Recht. Die Bauaufsichtsbehörde habe keine Befugnis, sie zu einer Realkompensation heranzuziehen: „Eine sog. Erhaltungsfestsetzung gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 25b BauGB sichert lediglich den Bestand des in dieser Festsetzung definierten Grüns, nicht aber den Bewuchs des Standorts mit dieser Pflanze. Der Schutz, den eine derartige planungsrechtliche Festsetzung den von ihr erfassten Pflanzen bietet, ist für den Fall einer Nichtbeachtung dieser Festsetzung kein wirksamer: Sind die Bäume, die von der Erhaltungsfestsetzung erfasst wurden, wie hier, nicht mehr vorhanden, so läuft die Erhaltungsfestsetzung leer. Zwar kann, soweit die Bäume nachweisbar widerrechtlich entfernt oder tödlich geschädigt wurden, dies als Ordnungswidrigkeit gemäß § 213 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 Nr. 3 BauGB mit einer Geldbuße von bis zu 10.000 Euro geahndet werden. Mit dieser Sanktionsmöglichkeit hat es jedoch sein Bewenden. Für den Standort ist und bleibt das Großgrün unwiederbringlich verloren.“<sup>18</sup>

Diese Auffassung verkenne aber die Reichweite des § 9 Abs. 1 Nr. 25b BauGB, urteilten nun die Bundesrichter. Mit der Einführung der Sanktionsmöglichkeit als Ordnungswidrigkeit (§ 213 Abs. 1 Nr. 3 BauGB) bei einem Verstoß gegen die Erhaltungsfestsetzung wollte der Gesetzgeber der Beachtung des Erhaltungsgebotes besonderen Nachdruck verleihen, weil die Erfahrung gezeigt habe, dass diese Sanktionsmöglichkeit zusätzlich notwendig sei, insbesondere im Interesse der Erhaltung des Grüns in den Stadtgebieten. Deshalb ersetze nicht, sondern ergänze die Sanktionierung als Ordnungswidrigkeit die bauplanerische Option der Wiederanpflanzungsanordnung. Das BVerwG stellt entscheidungstragend darauf ab: „Dass § 9 Abs. 1 Nr. 25 Buchst. b BauGB die Auferlegung von Ersatzpflanzungspflichten ermöglicht, ergibt sich vor allem aus der Zielrichtung der Regelung. Die Erhaltungsfestsetzung ist ausgerichtet auf die städtebauliche Funktion des zu erhaltenden Grüns. ... Im Regelfall, wenn keine besonderen Anhaltspunkte zu erkennen sind, wird die Auslegung des Bebauungsplans ergeben, dass die Festsetzung nicht dem Schutz individueller Pflanzen dient, sondern der vorhandene Bestand als „Funktionsgrün“ erhalten werden soll. Die Erhaltungsfestsetzung schützt in diesem Fall nicht die einzelnen Pflanzen, sondern will die weitere Erfüllung ihrer städtebaulichen, individuellen unabhängigen Funktion sichern und schließt daher auch Ersatzpflanzungen ein. Denn die

---

<sup>18</sup> BayVGh, Urteil vom 23. April 2013 – 9 B 12.1584 – juris Rn. 13.

städtebaulichen Gründe werden hier durch den Verlust des Grüns nicht gegenstandslos.“<sup>19</sup>

Der Schutz durch die Erhaltungsfestsetzung wird nach dem Beseitigen/Fällen also nur dann funktionslos und eine Wiederherstellungsanordnung kommt nicht in Betracht, wenn durch den Bebauungsplan die individuelle Pflanze erhalten werden sollte, etwa weil es sich um ein Naturdenkmal handelt.

Das BVerwG trifft dann noch zwei praktisch bedeutsame Aussagen:

- „Unerheblich ist, ob der Verlust durch mutwillige Zerstörung, Einwirkung durch Naturgewalt oder natürlichen Abgang eingetreten ist. ... Der Schutz hängt nicht davon ab, ob das Grün ursprünglich gezielt gepflanzt worden oder ob es auf natürlichem Wege entstanden ist.“<sup>20</sup>
- § 9 Abs. 1 Nr. 25b BauGB umfasst „als Annex zu Erhaltungsbindungen auch zeitlich befristete, für den Erfolg der Pflanzung notwendige Maßnahmen der Fertigstellungs- und Entwicklungspflege.“<sup>21</sup>

Damit ist das „Ob“ einer Wiederanpflanzungsverfügung bei einer Erhaltungsfestsetzung geklärt. Über das „Wie“ muss jeweils nach den Umständen des Einzelfalls entschieden werden, weshalb das Urteil dazu nur allgemeine Hinweise bietet: „Die in der Anordnung zu präzisierende Ersatzpflanzung wird im Hinblick auf Art, Umfang und Standort durch den ursprünglichen Bestand bestimmt und begrenzt. Maßstab ist die Gleichwertigkeit der Ersatzpflanzung. Die Ersatzpflanzung zielt nicht auf Naturalrestitution oder Schadensersatz, sondern auf die dauerhafte Funktionssicherung des Grünbestands. In der Regel wird der städtebauliche Funktionsschutz einen Ersatz fordern, der nach Art und Umfang dem verlorengegangenen Grün entspricht. Mit Blick auf die Grundsätze der ordnungsgemäßen Bewirtschaftung kann aber auch eine Berücksichtigung des Naturzyklus geboten und ein Ersatz alt/groß durch neu/klein zulässig sein. Art und Umfang des angeordneten Ersatzes müssen jedenfalls in einem angemessenen Verhältnis zur städtebaulichen Funktion des Grüns stehen ... und insbesondere unzumutbare Belastungen des Pflichtigen vermeiden. Hierzu bedarf es einer fachlich nachvollziehbaren und auf forstwirtschaftlich-botanische Erfahrungssätze gestützten Einschätzung.“<sup>22</sup>

Merke: Eine Erhaltungsfestsetzung intendiert in der Regel den Schutz von Gehölzen als Funktionsgrün. Damit kann die Baubehörde zum Vollzug dieser Erhaltungsfestsetzung eine Wiederanpflanzungsanordnung (inklusive Entwicklungspflege) erlassen.

---

### Die Bedeutung von CEF-Maßnahmen im Rahmen der Vorhabenverwirklichung - Was sind die Grundlagen und wie lässt sich eine effektive Planungskontrolle vornehmen?

---

Von RA Tobias Kroll, Frankfurt am Main

#### Ausgangslage zur Bedeutung des besonderen Artenschutzes für Planungsvorhaben

Das besondere Artenschutzrecht, das seine Grundlage in Art. 12 ff der Richtlinie 93/42/ EWG (FFH-RL) findet und nationalrechtlich in §§ 44 ff BNatSchG hat, spielt bei nahezu allen größeren, aber auch bei einer Vielzahl kleinerer oder mittlerer Neubau- oder auch nur Änderungsplanungen, die mit einem Eingriff in die Schutzgüter Natur und Landschaft verbunden sind, eine Rolle. Denn die in Art. 12 Abs. 1 FFH-RL bzw. in § 44 Abs. 1 BNatSchG enthaltenen Verbote (Tötungs-, Störungs- und Zugriffsverbote) sind als striktes Recht bei sämtlichen Planungsprozessen (etwa Planfeststellungs- oder Plangenehmigungsverfahren nach (fern)straßenrechtlichen, luftverkehrsrechtlichen oder wasserrechtlichen Bestimmungen, Baugenehmigungen, Bauleitplanungen und auch immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren) zu beachten. Lässt sich ein Verstoß gegen ein artenschutzrechtliches Verbot nicht sicher ausschließen, kann das geplante Vorhaben nur über eine Ausnahme (Art. 16 FFH-RL bzw. § 45 Abs. 7 BNatSchG) zugelassen werden. Eine Ausnahme ist aber an Voraussetzungen geknüpft, die u.a. eine bestimmte höherrangige Qualität des Interesses an der Planung verlangen, welche von einer Vielzahl vornehmlich privatnütziger Planungen nicht erreicht werden kann. Ferner ist u.a. eine Darlegung erforderlich, dass keine andere zumutbare Alternative für die Planung zur Verfügung steht. Auch an dieser Voraussetzung dürfte eine Vielzahl von Vorhabenplanungen scheitern.

Daher spielt in der Planungspraxis die Frage, wie man es verhindern kann, dass eine Planung gegen artenschutzrechtliche Verbote verstößt,

<sup>19</sup> BVerwG, Urteil vom 8.10.2014 – 4 C 30/13, Rn.10.

<sup>20</sup> BVerwG, Urteil vom 8.10.2014 – 4 C 30/13, Rn.10.

<sup>21</sup> BVerwG, Urteil vom 8.10.2014 – 4 C 30/13, Rn.12.

<sup>22</sup> BVerwG, Urteil vom 8.10.2014 – 4 C 30/13, Rn.14.

eine ganz erhebliche Rolle. In erster Linie ist natürlich an die Vermeidung von Eingriffen, die zugleich artenschutzrechtliche Verbote verwirklichen, zu denken. Eine vollständige Vermeidung von derartigen Eingriffen ist aber oftmals nicht möglich, ohne auf das geplante Vorhaben als solches oder in seinem geplanten und vom Vorhabenträger als wirtschaftlich erkannten Ausmaß zu verzichten.

Die EU-Kommission hatte in der Erkenntnis dieser Problematik im Jahr 2007 einen Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG<sup>23</sup> vorgelegt, der eine weitere Kategorie von Maßnahmen einführt, die die Verwirklichung von artenschutzrechtlichen Verboten vermeiden können. Hierbei handelt es sich um die sog. CEF-Maßnahmen (CEF = Continued Ecological Functionality). Die Umsetzung dieses Vorschlages findet sich heute in § 44 Abs. 5 Satz 3 BNatSchG. Danach können besondere vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen (= CEF-Maßnahmen) zur Freistellung von den Verbotsvorschriften des § 44 Abs. 1 Nr. 1 (Tötungsverbot) und Nr. 3 (Lebensstättenschutz) BNatSchG führen.

### Was sind CEF-Maßnahmen?

Zur Beantwortung der Frage, was mit CEF-Maßnahmen gemeint ist und welche Bedeutung ihnen im Planungsprozess zukommt, sei aus dem Kommissionsleitfaden (siehe FN 1, II.3.4.d, S. 53) zitiert:

*„(74) Zunächst müssen sie [CEF-Maßnahmen] den Charakter von schadensbegrenzenden Maßnahmen haben, d. h. durch eine Reihe von vorbeugenden Maßnahmen auf eine Minimierung, wenn nicht gar die Beseitigung der negativen Auswirkungen einer Tätigkeit abzielen. Sie können jedoch noch weiter gehen und Maßnahmen einbeziehen, die aktiv zur Verbesserung oder zum Management einer bestimmten Fortpflanzungs-/Ruhestätte beitragen, so dass es zu keinem Zeitpunkt zu einer Reduzierung oder einem Verlust der ökologischen Funktionalität dieser Stätte kommt. Diese Maßnahmen können z. B. die Erweiterung der Stätte oder die Schaffung neuer Habitate innerhalb oder in direkter funktioneller Verbindung zu einer Fortpflanzungs- oder Ruhestätte umfassen, wodurch der potenzielle Verlust von Teilen oder Funktionen der Stätte ausgeglichen werden soll. Die ökologische Funktion dieser Maßnahmen für die betreffenden Arten müsste selbstverständlich eindeutig nachgewiesen werden.“*

*(75) Funktionserhaltende Maßnahmen sind eine Möglichkeit, wenn eine Aktivität Teile einer Fortpflanzungs- oder Ruhestätte beeinträchtigen kann. Hat eine Fortpflanzungs- oder Ruhestätte nach Durchführung dieser Maßnahmen mindestens die gleiche (oder eine größere) Ausdehnung und eine gleiche (oder bessere) Qualität für die zu schützende Art, so liegt keine Beeinträchtigung der Funktion, Qualität oder Integrität der betreffenden Stätte vor und die Aktivität kann durchgeführt werden, ohne dass eine Ausnahme nach Artikel 16 erforderlich ist. Entscheidend ist, dass die kontinuierliche ökologische Funktionalität der Stätte bewahrt oder verbessert wird. Daher ist die Überwachung der funktionserhaltenden Maßnahmen wichtig. ...*

*(76) Gemäß dem Vorsorgeprinzip erfüllen Maßnahmen, die die kontinuierliche ökologische Funktionalität einer Stätte nicht gewährleisten, nicht die Anforderungen von Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe d). Die Maßnahmen müssen mit großer Sicherheit ausreichen, um Beschädigungen oder Zerstörungen zu vermeiden. Die Beurteilung der Erfolgsaussichten muss sich auf objektive Informationen stützen und den Besonderheiten und spezifischen Umweltbedingungen der betreffenden Stätte Rechnung tragen. Darüber hinaus ist bei der Durchführung von funktionserhaltenden Maßnahmen der Erhaltungszustand der betreffenden Art zu berücksichtigen. So muss beispielsweise bei seltenen Arten mit einem ungünstigen Erhaltungszustand die Sicherheit, dass die Maßnahmen ihren Zweck erfüllen werden, größer sein als bei verbreiteten Arten mit einem günstigen Erhaltungszustand.“*

Diese Beschreibung des Leitfadens stellt hohe Anforderungen an die Wirksamkeit von CEF-Maßnahmen, von denen die beiden wichtigsten hier nochmal hervorgehoben werden:

- Eindeutiger Nachweis der ökologischen Funktion einer Maßnahme für die betreffende Art.
- Maßnahme muss mit großer Sicherheit ausreichen, um die Beschädigung oder Zerstörung einer Fortpflanzungs- oder Ruhestätte zu vermeiden.

Eine Untersuchung von Gerhard/Fabian/Hövelmann/Kaubisch, deren Design und Ergebnisse in der Zeitschrift Naturschutz und Landschaftsplanung 2014, Heft 11, S. 329 – 335, erläutert werden, kommt für einen Teilbereich von Planungsvorhaben hingegen zu einem durchaus „erschütternden“ Ergebnis. Die Untersuchung hat die Frage zum Gegenstand, ob die in der Planungspraxis des Straßenbaus Nordrhein-Westfalens (auf diesen Planungsbereich ist die Untersu-

<sup>23</sup> [www.ec.europa.eu/environment/nature/conservation/species/guidance/pdf/guidance\\_de.pdf](http://www.ec.europa.eu/environment/nature/conservation/species/guidance/pdf/guidance_de.pdf)

chung inhaltlich beschränkt) genutzten bzw. festgesetzten CEF-Maßnahmen überhaupt grundsätzlich geeignet sind, um eine den rechtlichen Anforderungen genügende vorgezogene Ausgleichsmaßnahme für eine bestimmte Art darzustellen. Nach den Ergebnissen der vorgenommenen Expertenbefragung bestehen nach Auffassung der Autoren des Artikels zumindest erhebliche Zweifel daran. Für die Untersuchung wurden 347 CEF-Maßnahmen für 48 Arten erfasst, die in 237 Maßnahmentypen gruppiert wurden und bei denen für 231 artbezogenen Maßnahmentypen auswertbare Rückantworten seitens befragter Art-Experten vorlagen. Als Ergebnis zeigte sich, dass 34,2 % der in der Planungspraxis verwendeten Maßnahmentypen von den Art-Experten mit den Werten „funktionieren sicher nicht“ oder „funktionieren wahrscheinlich nicht“ eingestuft wurden. 29,4 % erhielten demgegenüber die Werte „funktionieren sicher“ oder „funktionieren wahrscheinlich“; die Bewertung „funktioniert sicher“ wurde letztlich nur für einen einzigen artspezifischen Maßnahmentyp abgegeben. Die restlichen 37,4 % liegen bei dem Wert „funktionieren vielleicht, vielleicht aber auch nicht“.

Dieses Ergebnis, das schon auf der Eignungsebene von Maßnahmen ein hohes Maß an Mängeln offenbart, mag verschiedene Ursachen haben. Nimmt man hinzu, dass auch der Vollzug der geplanten Maßnahmen oftmals nicht frei von Mängeln oder zeitlich unzureichend ist, ergibt sich ein ernüchterndes Bild über die praktische Wirksamkeit der CEF-Maßnahmen. Man wird unter diesen Bedingungen kaum sagen können, dass nach Durchführung von CEF-Maßnahmen eine Vielzahl oder wenigstens die Mehrzahl der artspezifisch betroffenen Fortpflanzungs- oder Ruhestätten mindestens die gleiche (oder eine größere) Ausdehnung und eine gleiche (oder bessere) Qualität für die zu schützende Art haben. Damit wird der übergeordnete Zweck, der mit den CEF-Maßnahmen im Einklang mit der FFH-Richtlinie verbunden ist, namentlich die Erhaltung und Bewahrung der Biodiversität, deutlich verfehlt.

### **Was lässt sich zur Gewährleistung effektiver CEF-Maßnahmen tun?**

Daher stellen sich die Fragen, wie sich die im Kommissions-Leitfaden aufgestellten Anforderungen praxistauglich umsetzen lassen und vor allem wie sich beim Planungsprozess eine effektive Kontrolle, sei es seitens der Planer, sei es seitens der an einer Planung beteiligten oder interessierten Öffentlichkeit konkret vornehmen lässt.

Diese Fragen lassen sich nicht leicht in wenigen Sätzen beantworten, zumal sie immer vom konkreten Einzelfall abhängen. In der Planungspraxis dürfte es je nach Fall bisweilen schon den Vorhabenträgern und beauftragten Planungsbüros selbst und noch viel mehr der betroffenen oder interessierten Öffentlichkeit schwer fallen, einen oder noch besser mehrere Art-Experten zu befragen, wie eine geplante CEF-Maßnahme zu bewerten ist. Nichtsdestotrotz gibt es mittlerweile einige allgemein verfügbare Hilfsmittel sowohl für Planer als auch für die Öffentlichkeit, mit denen sich die Arbeit für die Planung bzw. für die (Öffentlichkeits-)Beteiligung zwar nicht abschließend sicher, aber dennoch doch deutlich besser bewerkstelligen lässt.

Eine Darstellung mit abstrakt kategorisierten, grundlegenden Bewertungskriterien findet man auf der Webseite des Bundesamtes für Naturschutz unter [http://www.bfn.de/0306\\_eingriff-cef.html](http://www.bfn.de/0306_eingriff-cef.html).

Die dortige Darstellung geht zurück auf ein im Jahr 2010 für das Bundesamt für Naturschutz abgeschlossenes FuE-Vorhaben im Rahmen des Umweltforschungsplanes des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (Forschungskennzahl FKZ 3507 82 080). Der Endbericht von Runge et al. mit dem Titel „Rahmenbedingungen für die Wirksamkeit von Maßnahmen des Artenschutzes bei Infrastrukturvorhaben“<sup>24</sup> enthält neben einer eingehenden und vertiefenden Erläuterung der Anforderungen des Artenschutzes und der Anforderungen an vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen auch einen Anhang mit Steckbriefen repräsentativer Arten (nicht alle Anhang IV-Arten), bei denen verschiedene vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen auf Ihre Eignung hin geprüft und bewertet werden. Insofern bietet dieses Forschungsvorhaben eine erste gute Grundlage zur Bewertung von konkret vorgeschlagenen bzw. geplanten CEF-Maßnahmen im Planungsprozess. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass auch bei den dort vorgeschlagenen CEF-Maßnahmen nicht zweifelsfrei klar ist, dass ihnen das angegebene Maß an grundsätzlicher Eignung zukommt.

Ähnliches gilt für den im Jahr 2013 erschienenen Leitfaden „Wirksamkeit von Artenschutzmaßnahmen“ für die Berücksichtigung artenschutzrechtlich erforderlicher Maßnahmen in Nord-

<sup>24</sup> Zu finden unter [http://www.bfn.de/0306\\_eingriffsregelung-literatur.html](http://www.bfn.de/0306_eingriffsregelung-literatur.html) oder direkt downloaden unter [www.bfn.de/fileadmin/MDB/documents/themen/eingriffsregelung/FuE\\_CEF\\_Endbericht\\_RUNGE\\_01.pdf](http://www.bfn.de/fileadmin/MDB/documents/themen/eingriffsregelung/FuE_CEF_Endbericht_RUNGE_01.pdf)

rhein-Westfalen<sup>25</sup> (ein Forschungsprojekt des Umweltministeriums Nordrhein-Westfalen). Auch dieser Leitfaden enthält für die „planungsrelevanten Arten“ in Nordrhein-Westfalen (ebenfalls nicht alle Anhang IV-Arten) eine Darstellung und Bewertung der Eignung von vorgezogenen Ausgleichsmaßnahmen. Allerdings weist dieser Leitfaden darauf hin, dass die betrachteten CEF-Maßnahmen nur als „offene Liste“ zu verstehen sind. Im Einzelfall können weitere, nicht aufgeführte Maßnahmen in Betracht kommen, sofern sie die fachlichen Anforderungen an die Wirksamkeit von vorgezogenen Ausgleichsmaßnahmen erfüllen.

Weitere „Kataloge“ mit Bewertungen der Eignung von artspezifischen CEF-Maßnahmen dürften in Entstehung befindlich sein bzw. noch hinzukommen. Im Zweifel über die Eignung einer vorgeschlagenen CEF-Maßnahme oder auch über die Bewertung in einem der hier erwähnten oder noch hinzukommenden Kataloge wird man unter Berücksichtigung der grundlegenden Bewertungskriterien des BfN ohne eine tiefgehende Literaturrecherche und eine Befragung von Art-Experten die Eignung einer CEF-Maßnahme, die mit hoher Wahrscheinlichkeit von einer Art angenommen werden dürfte (diesen Maßstab als ausreichend betrachtend: BVerwG, U. v. 25.06.2014, A 1/13, Rn. 32 nach juris), nicht feststellen können. Gelingt ein solcher Nachweis nicht, kann die vorgeschlagene CEF-Maßnahme unter Berücksichtigung des in der FFH-Richtlinie verankerten Vorsorgeprinzips nicht als geeignet bewertet werden. Es bleibt dann eine experimentelle Maßnahme.

---

### Buchbesprechungen

---

#### **1.) Jeanine Greim, Rechtsschutz bei Verfahrensfehlern im Umweltrecht. Eine Abhandlung am Beispiel des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes. Duncker & Humblot 2013, 311 Seiten, 79,90 €, ISBN 978-3-428-14089-3**

Das deutsche Umweltrecht der letzten 40 Jahre bietet lebhaften Anschauungsunterricht, wie sehr Verfahrensfehler der Verwaltung und der Rechtsschutz gegen sie politische Brisanz gewinnen und zu immer wieder neuen Änderungen der Gesetzgebung führen können. Dabei sind vor allem drei große Pendelbewegungen erkennbar: In den 1970er und 80er Jahren waren

Theorie und Praxis vom Schlagwort „Grundrechtsschutz durch Verfahren“ geprägt, wurden die Verwaltungsverfahren durch entsprechende Gesetze von Bund und Ländern verrechtlicht und die Rechtsschutzmöglichkeiten vor den Verwaltungsgerichten nach und nach ausgebaut, nicht zuletzt durch Einführung der naturschutzrechtlichen Verbandsklage in vielen Bundesländern, ergänzt durch die allgemeine „Partizipationserzwingungsklage“.

Die Zeit nach der deutschen Einigung sieht eine Gegenbewegung in Form von diversen Gesetzen zur „Investitionserleichterung“ und „Planungsbeschleunigung“, mit denen der „Grundsatz der Planerhaltung“ rechtlich verankert, Vorschriften zur Unbeachtlichkeit und Heilung von Verfahrensfehlern geschaffen und mehr oder weniger offen Beteiligungs- und Klagerechte von betroffenen BürgerInnen und Verbänden beschränkt wurden. Parallel dazu und immer stärker im letzten Jahrzehnt wird diese deutsche Entwicklung jedoch von außen korrigiert durch die Wirkungen der Aarhus-Konvention, die sie ausführende EU-Gesetzgebung und vor allem durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH). Sie haben den Zugang zu Umweltinformationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung und die Bedeutung der Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) erheblich gestärkt und den Bundesgesetzgeber letztlich veranlasst, die Verbandsklage durch das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz von 2006 für das gesamte Umweltrecht zu etablieren. Einige restriktive Regelungen dieses Gesetzes hielten freilich der Überprüfung durch den EuGH nicht stand – Stichworte „Trianel“ und „Altrip“ - und weitere Klagen sind anhängig.

Vor diesem Hintergrund konzentriert sich die preisgekrönte Regensburger Dissertation von Jeanine Greim, die im August 2012 abgeschlossen wurde, vor allem auf die Folgen einer unterlassenen und fehlerhaften UVP und die hierfür geltenden EU-rechtlichen Anforderungen, bevor die dazu entwickelten Ergebnisse auf die Umweltprüfung im Baurecht und auf Fehler bei der Öffentlichkeitsbeteiligung und der Verfahrenswahl angewendet werden.

#### **„Traditionell-deutsche“ und europäische Sicht von Verfahrensfehlern**

Die Arbeit gliedert sich insgesamt in sechs Teile. Nach einer Einleitung wendet sich die Autorin in Teil 2 zunächst den dogmatischen Grundlagen zum Rechtsschutz bei Verfahrensfehlern zu. Sie geht hierbei – wobei der Erfahrungshintergrund der letzten 20 Jahre ein bisschen zu selbstverständlich genommen wird – von einer „traditionell dienenden Funktion“ des Verwaltungsverfahrens

---

<sup>25</sup> Mit Anlagen zum download bereitgestellt unter [www.naturschutz-fachinformationen-nrw.de/artenschutz/](http://www.naturschutz-fachinformationen-nrw.de/artenschutz/) unter der Überschrift Wirksamkeit von Artenschutzmaßnahmen.

in Deutschland aus und stellt dem die Stärkung des Verfahrensgedankens durch das Europarecht gegenüber. Im Hinblick auf den subjektiven Rechtsschutz unterscheidet Greim zwischen „absoluten“ und „relativen“ Verfahrensrechten, wobei das Beteiligungsrecht der Naturschutzverbände nach dem BNatSchG ansatzweise in die erste Kategorie eingeordnet wird, allerdings unter Hinweis auf die Abschwächungstendenzen in der Rechtsprechung. Generell bewertet die Verfasserin das einschlägige deutsche Recht, sowohl innerhalb der einzelnen Kategorien von Verfahrensfehlern als auch in ihrem Verhältnis zueinander, als „wenig konsistent“ und betont die Notwendigkeit einer Weiterentwicklung, um die diversen Arten von Verfahrensmängeln in ein stimmiges System einzupassen. Dabei muss die Entwicklung wesentlich auf nationaler Ebene geschehen, weil das Europarecht mit seiner Einzelfallorientierung und der zentralen Rolle des Effektivitätsprinzips eher weiche, dehnbare Vorgaben liefert und ansonsten die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten respektiert.

### **Mangelhafte UVP und andere Fehler**

Im zentralen dritten Teil ihrer Arbeit befasst sich Jeanine Greim mit der Einklagbarkeit der unterlassenen oder fehlerhaften UVP. Sie stellt das breite Meinungsspektrum in Rechtsprechung und Literatur dar und konnte dabei noch das Trianel-Urteil des EuGH vom Mai 2011 berücksichtigen, allerdings nicht mehr die darauf erfolgte Änderung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes (UmwRG) vom 21. Januar 2013 (BGBl. I S. 95). Tatsächlich ist der Bundesgesetzgeber der von der Verfasserin vertretenen Position, wonach einzelne UVP-Mängel als relative Verfahrensfehler relevant sind und am Maßstab eines europarechtskonform (weit) ausgelegten § 46 VwVfG gemessen werden müssen, mit seiner Änderung im Wesentlichen gefolgt. § 4 Abs. 1 UmwRG in der neuen Fassung stellt mittlerweile klar, dass die Durchführung einer UVP-Vorprüfung nicht ausreicht, sie vielmehr auch die gesetzlichen Anforderungen (§ 3a UVPG) erfüllen muss. Für die Inhaltskontrolle der UVP selbst wurde im Änderungsgesetz keine Regelung getroffen, hier soll aber nach der Gesetzesbegründung § 46 VwVfG angewendet werden.

In Teil 4 untersucht die Autorin die Übertragbarkeit der Entwicklungslinien im Umgang mit der unterlassenen oder fehlerbehafteten UVP auf andere Verfahrensfehler. Sie nimmt dabei kursorisch drei Mängel in den Fokus: die unterlassene oder fehlerhafte Umweltprüfung im Baugesetzbuch, die unterlassene oder fehlerhafte Öffentlichkeitsbeteiligung und die sog. Verfahrensart-

fehler, also z.B. die falsche Wahl eines vereinfachten Genehmigungsverfahrens im BImSchG. Das Ergebnis der kurzgefassten Betrachtung lautet, dass sich das zu den UVP-Fehlern entwickelte Konzept auf die Umweltprüfung nach dem BauGB nur sehr bedingt übertragen lässt, während sich der Rechtsschutz gegen mangelhafte Öffentlichkeitsbeteiligung und die Wahl der falschen Verfahrensart ähnlich wie bei der UVP begründen lässt.

### **Schlussfolgerungen**

In Teil 5 – vor der Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse – geht Greim auf die 2012 vorgelegten Gesetzentwürfe der Bundesregierung und der GRÜNEN ein und präsentiert einen eigenen Vorschlag zur Novellierung des UmwRG. Sie regt insbesondere an, im Wortlaut des § 4 UmwRG klarzustellen, dass Individualkläger gegen Verfahrensfehler vorgehen können, dabei den Kreis dieser Kläger näher zu definieren und schließlich für den Kontrollmaßstab ausdrücklich auf § 46 VwVfG Bezug zu nehmen. Die letztlich Gesetz gewordene Änderung berücksichtigt in vielen Punkten die auch von der Verfasserin monierten Kritikpunkte, behält jedoch den Text des Regierungsentwurfs bei. Eine Erwähnung der Individualkläger findet sich daher nur an eher versteckter Stelle, in der neuen Vorschrift über die „Maßgaben zur Anwendung der VwGO“ (§ 4a, hier Abs. 4) und eine Bezugnahme auf § 46 VwVfG fehlt.

Auch wenn die Autorin einige der mittlerweile im Vordergrund stehenden Probleme des Umweltverfahrensrechts – wie etwa Präklusion und Beweislast – eher am Rande behandelt, ist ihre Arbeit eine überaus gründliche Analyse der Arten von Verfahrensfehlern, ihrer Relevanz und Folgen für den Rechtsschutz.

Mindestens solange der Gesetzgeber § 46 VwVfG nicht wesentlich umgestaltet hat, wird die Untersuchung von Greim als Standardwerk zu benutzen sein.

*Regierungsdirektor Dr. Thomas Ormond, Frankfurt am Main*

### **2.) Mareen Erb, Untersuchungsumfang und Ermittlungstiefe in Umweltprüfungen.**

**Erich Schmidt Verlag 2013, 387 Seiten, 108 €. ISBN 978-3-503-15447-0**

Das als Band 121 von der Universität Trier in der Reihe Umwelt- und Technikrecht (UTR) herausgegebene Werk von Mareen Erb stellt im Rahmen einer Dissertation ausführlich auf knapp 400 Seiten die Voraussetzungen und Anforderungen dar, die an die Untersuchung im Rahmen von

Umweltverträglichkeitsprüfung, FFH-Verträglichkeitsprüfung und Strategischer Umweltprüfung zu setzen sind. Beinahe jedes größere Vorhaben muss heutzutage einer Umweltprüfung unterzogen werden. Dasselbe gilt für Pläne und Programme. Die Vorgaben hierzu basieren auf europäischen Richtlinien, welche der nationale Gesetzgeber teils in existierende Gesetze integriert, teils aber auch in neue Gesetze eingefasst hat.

Die Autorin nimmt sich dem Problem an, dass die in den Gesetzen formulierten rechtlichen Anforderungen in der Praxis nicht selten an erkenntnistheoretische Grenzen stoßen. Nicht alle Auswirkungen sind mit den heutigen Methoden und dem aktuellen Kenntnisstand aufklärbar. Es verbleiben Unsicherheiten und Risiken hinsichtlich der möglichen Umweltauswirkungen. Vor diesem Hintergrund setzt sich das Werk mit den Anforderungen an die anzustellenden Ermittlungen und den Umgang mit verbleibenden Unsicherheiten in UVP, SUP und FFH-Verträglichkeitsprüfung auseinander.

Besonders hervorzuheben ist, dass dies – für die Praxis hilfreich – nicht nur in allgemeiner Form, sondern zusätzlich am Beispiel des konkreten Konfliktfelds Windenergie–Vogelschutz geschieht.

Nach der Darstellung des gegenwärtigen Kenntnisstandes und verbleibender Kenntnislücken und Unsicherheiten werden die rechtlichen Anforderungen und deren praktische Umsetzung und Umsetzbarkeit kritisch begutachtet sowie die Auswirkung von Kenntnislücken auf die Zulässigkeit von Windenergievorhaben erörtert.

Diejenigen, die die Investition der 108 Euro nicht scheuen, erhalten mit dem Buch eine umfassende Zusammenstellung der aktuellen rechtlichen Vorgaben sowie deren Übertragung auf die Praxis. Jedem, der sich mit Fragen des Untersuchungsumfangs und der Ermittlungstiefe in Umweltprüfungen beschäftigt, sollte das Werk nutzen. Behörden, Kommunen, Richter, Rechtsanwälte, Vorhabenträger und Naturschutzverbände kann die Anschaffung daher vollauf empfohlen werden.

*RA Dirk Teßmer, Frankfurt am Main*

---

## In eigener Sache

---

### 1. IDUR-Seminar 2015

Auch im nächsten Jahr wird der IDUR wieder ein bundesweites Seminar zu aktuellen Problemen des Umweltrechts in Frankfurt am Main durchführen. Schwerpunkt bildet dieses Mal das Baurecht. So wird es z.B. um die rechtlichen Anforderungen an Bebauungspläne und deren Aufstellungsverfahren gehen. Aber auch Festsetzungsmöglichkeiten und Rechtsschutz stehen auf der Agenda des IDUR-Seminars 2015.

Bitte merken Sie sich bereits folgenden Termin vor: **Samstag, 28. März 2015 in Frankfurt/Main**

### 2. RAin Petersen verstärkt Geschäftsstelle

Bei der Suche nach einer juristischen Mitarbeiterin war der IDUR erfolgreich: Seit November bereichert RAin Felicia Petersen die Geschäftsstelle und steht Ihnen für Anfragen aus den Mitgliedsverbänden zur Verfügung. Felicia Petersen besitzt seit 2001 die Zulassung zur Rechtsanwältin. Bis 2005 hat sie sowohl in der Bundesgeschäftsstelle des NABU als auch des BUND gearbeitet. Schwerpunkte ihrer Arbeit bildeten dabei neben dem Naturschutzrecht Fragen rund um die Bereiche Öffentlichkeitsbeteiligungen und Planungsverfahren. Um jene Themen von einer praktischen Seite her zu vertiefen, absolvierte Felicia Petersen 2008 das Masterstudium für Mediation an der Europa-Universität Viadrina in Frankfurt/Oder. Seitdem hat sie mit eigener Kanzlei und freiberuflich gearbeitet u.a. als freie Mitarbeiterin des Unabhängigen Institutes für Umweltfragen (UfU) in Berlin.

RAin Petersen ist montags, mittwochs und donnerstags in der Geschäftsstelle erreichbar. Frau Mischke steht Ihnen wie gewohnt dienstags und donnerstags für alle organisatorischen Fragen zur Verfügung.

**Das IDUR-Team wünscht frohe Weihnachten und ein gutes Jahr 2015!**