



Nachträgliche Vorkommen geschützter Arten

- **WEA-Erlass (05/2018), Kapitel 7.1. (Überwachung):**
 - Naturschutzbehörden überwachen gemäß § 3 Abs. 2 BNatSchG i.V.m. § 2 LNatSchG die Einhaltung der naturschutzrechtlichen Vorschriften.
 - Umgang mit nachträglichen Ansiedelung europäisch geschützter Arten (FFH-Anhang IV-Arten, europäische Vogelarten) nach Genehmigung
 - Rechtsgutachten Dr. Lau (07/2017) „Umgang mit der nachträglichen Ansiedelung von europarechtlich geschützten Arten im Umfeld genehmigter Vorhaben“ → FIS „Geschützte Arten in NRW“ ↳ Downloads
 - 2 Fallkonstellationen: a.) Nachträgliche Ansiedlung nach Baubeginn
b.) Nachträgliche Ansiedlung nach Genehmigung, aber vor Baubeginn

1



Nachträgliche Vorkommen geschützter Arten

- **a.) Nachträgliche Ansiedlung nach Baubeginn (inklusive alle Fallkonstellationen nach Inbetriebnahme):**
 - Tötungen etc. in Folge des nachträglichen Einwanderns regelmäßig kein Verstoß gegen Zugriffsverbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG.
 - Behördliches Einschreiten gegen Anlagenbetreiber (Zustandsstörer) nur: wenn Art-Vorkommen betroffen, die für die Erhaltung der Art von herausragender Bedeutung sind und Art besonderen Risiken ausgesetzt ist.
 - Art-Vorkommen „von herausragender Bedeutung“: für die Stabilität des Erhaltungszustands der Art innerhalb Deutschlands unverzichtbar
 - Entscheidung der Naturschutzbehörde: nach Nr. 2.4.3.1 VV-Artenschutz und im Einvernehmen mit LANUV (FB 24, Artenschutz).

2



Nachträgliche Vorkommen geschützter Arten

- **b.) Nachträgliche Ansiedlung *nach* Genehmigung UND *vor* Baubeginn:**
 - Tötungen etc. in Folge des nachträglichen Einwanderns können die Zugriffsverbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG auslösen
 - Ggf. behördliches Einschreiten gegen Anlagenbetreiber (Handlungsstörer)
- **Vorgehensweise der Behörden:**
 - Ggf. naturschutzrechtliche Anordnung gegen Anlagenbetreiber auf Basis § 3 Abs. 2 BNatSchG durch zuständige Naturschutzbehörde
 - Keine immissionsschutzrechtliche Anordnung nach § 17 Abs. 1 BImSchG
 - ggf. (Teil-) Widerruf der Genehmigung nach § 21 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG durch zuständige Immissionsschutzbehörde
 - Prüfung: Betriebseinschränkungen oder andere mildere Mittel?
 - Ermessenentscheidung nach üblichen ordnungsrechtlichen Grundsätzen und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip

3



Verbot Nr. 3 nur bei direktem/unmittelbarem Zugriff?

- **OVG Hamburg (Urteil v. 18.06.2020, 1 Bf 484/19, „Alte Süderelbe“):**
Dies folgt schon aus dem Wortlaut der Vorschrift, der drei alternative „Tathandlungen“ voraussetzt, die einen direkten Zugriff bzw. eine körperliche Einwirkung auf die Ruhe- oder Fortpflanzungsstätte nahelegen.
*Für eine Begrenzung auch des § 44 (1) Nr. 3 BNatSchG 2009 in dem hier vorgenommenen Sinne spricht auch, dass **andernfalls Gesichtspunkte**, die vornehmlich den **Gebietsschutz betreffen**, im Rahmen der Zugriffsverbote des § 44 (1) BNatSchG 2009 berücksichtigt werden müssten; die in der Systematik der Art. 6 und 12 der FFH-Richtlinie angelegte **Unterscheidung zwischen dem Gebiets- und Artenschutz** würde hierdurch verwischt.“ (RdNr. 64)*
*Unterstellt, [...] die **Wasserstandsanhebung** [...] hätte [...] **nachteilige Folgen** für die Eignung der Prielgewässer als Laichgewässer, so beruhte dies **nur mittelbar auf dem** von dem Kläger beanstandeten **Vorhaben**. **Anders wäre es**, wenn etwa das Wasser eines Laichgewässers **abgepumpt** oder ein Laichgewässer **verfüllt** würde oder wenn **Chemikalien** [...] **eingeleitet** würden.“*

4

→ **Noch keine BVerwG-Entscheidung zur restriktiven Auslegung!**



Rechtliche Sicherung der Ausgleichsmaßnahmen

- **OVG Münster (Urteil v. 05.12.2017, 10 D 97/15.NE, B-Plan):**
„§ 1a Abs. 3 BauGB stellt die sonstigen geeigneten Maßnahmen [...] gleichwertig neben Darstellungen und Festsetzungen im Rahmen der Bauleitplanung und vertragliche Vereinbarungen, weshalb auch dann, wenn sich der Plangeber zur **Bewältigung des Ausgleichs für sonstige geeignete Maßnahmen** entscheidet, ein **Mindestmaß an rechtlicher Bindung der Gemeinde zu verlangen** ist. [...]“
„Das **Erfordernis einer hinreichenden rechtlichen Sicherung der Ausgleichsmaßnahmen** soll verhindern, dass [...] die Gemeinde [...] zum Ausgleich bereitgestellte Flächen später anderweitig verwendet.“ (RdNr. 36)
„[Es] ist regelmäßig erforderlich, dass sich die **für den Ausgleich vorgesehene Fläche** bereits im **Zeitpunkt des Satzungsbeschlusses im Eigentum der Gemeinde befindet** oder in sonstiger Weise zumindest ein **zeitlich unbefristetes Verfügungsrecht der Gemeinde** über diese Fläche gesichert ist.“ (RdNr. 38)

5



Rechtliche Sicherung der Ausgleichsmaßnahmen

- **OVG Münster (Urteil v. 05.12.2017, 10 D 97/15.NE, B-Plan):**
„Für **Maßnahmen, die lediglich vertraglich vereinbar** sind, gilt Entsprechendes. Auch deren tatsächlicher Erfolg muss vergleichbar einer Sicherung durch **Festsetzungen im Bebauungsplan** oder durch die **Bereitstellung eigener Flächen der Gemeinde** gewährleistet sein. Beispielsweise können entsprechende im **Grundbuch eingetragene Dienstbarkeiten** ein hinreichendes Verfügungsrecht der Gemeinde über die vertraglich für den Ausgleich zur Verfügung gestellten Flächen gewährleisten.“ (RdNr. 42)

6



Ausnahmegründe nach § 45 Abs. 7 BNatSchG

- **§ 45 Abs. 7, Satz 1 BNatSchG:**
„Die für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörden [...] können von den Verboten des § 44 im Einzelfall weitere Ausnahmen zulassen:
 1. zur Abwendung erheblicher land-, forst-, fischerei-, wasser- oder sonstiger erheblicher wirtschaftlicher Schäden,
 2. zum Schutz der natürlich vorkommenden Tier- und Pflanzenwelt,
 3. für Zwecke der Forschung, Lehre, Bildung oder Wiederansiedlung oder diesen Zwecken dienende Maßnahmen der Aufzucht oder künstlichen Vermehrung,
 4. *im Interesse der Gesundheit des Menschen, der öffentlichen Sicherheit, einschließlich der Verteidigung und des Schutzes der Zivilbevölkerung, oder der maßgeblich günstigen Auswirkungen auf die Umwelt oder*
 5. *aus anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art.*“

7



Befreiung nach § 67 Abs. 2 BNatSchG

- **§ 67 Abs. 2 BNatSchG:**
„Von den Verboten des § 33 Absatz 1 Satz 1 und des § 44 sowie von Geboten und Verboten im Sinne des § 32 Absatz 3 kann *auf Antrag Befreiung* gewährt werden, wenn die Durchführung der Vorschriften im Einzelfall zu einer *unzumutbaren Belastung führen würde*. [...]“

8



Faktische Vogelschutzgebiete

- **OVG Münster (Urteil v. 01.03.2021, 8 A 1183/18, WEA Marsberg):**
„Gebiete, die nach den *Kriterien der Vogelschutzrichtlinie förmlich unter Vogelschutz hätten gestellt werden müssen*, aber nicht als VSG ausgewiesen worden sind, *unterliegen dem vorläufigen Schutzregime des Art. 4 Abs. 4 S. 1 der V-RL*, wonach die Mitgliedstaaten die geeigneten Maßnahmen treffen, um die Verschmutzung oder Beeinträchtigung der Lebensräume sowie die Belästigung der Vögel [...] zu vermeiden.
Dieses Schutzregime ist vor allem dadurch gekennzeichnet, dass bis zu einem Regimewechsel nach Art. 7 der [FFH-RL] das Spektrum der *Gründe*, die eine Einschränkung des Vogelschutzes *zugunsten eines Infrastrukturvorhabens* rechtfertigen können, *sehr eingeschränkt* ist. Nur *überragende Gemeinwohlbelange* wie etwa der Schutz des Lebens und der Gesundheit von Menschen oder der Schutz der öffentlichen Sicherheit *sind geeignet, das Beeinträchtigungs- und Störungsverbot des Art. 4 Abs. 4 S. 1 der V-RL zu überwinden.*“ (RdNr. 273)

9



Faktische Vogelschutzgebiete

- **OVG Münster (Urteil v. 01.03.2021, 8 A 1183/18, WEA Marsberg):**
„[D]ie Mitgliedstaaten [haben] die *Gebiete auszuwählen*, die im Verhältnis zu anderen Landschaftsteilen am besten die Gewähr für die Verwirklichung der Richtlinienziele bieten. [...] Die *Auswahlentscheidung* hat sich *ausschließlich an diesen ornithologischen Erhaltungszielen* zu orientieren. Eine *Abwägung mit anderen Belangen findet nicht statt*. Unter Schutz zu stellen sind die Landschaftsräume, die sich nach ihrer Anzahl und Fläche am ehesten zur Arterhaltung eignen. [...] Entscheidend ist *allein die ornithologische Wertigkeit*, die nach quantitativen und nach qualitativen Kriterien zu bestimmen ist. [...] Die Identifizierung der für die Erhaltung der Vogelarten *nach ornithologischen Kriterien* „zahlen- und flächenmäßig“ geeignetsten Gebiete wird *gerichtlich nur eingeschränkt überprüft* [...]. Ob eine Ausweisung als Vogelschutzgebiet *aus sachfremden Erwägungen unterblieben* ist, ist dagegen *gerichtlich voll überprüfbar.*“ (RdNm. 275ff)

10



Faktische Vogelschutzgebiete

- **OVG Münster (Urteil v. 01.03.2021, 8 A 1183/18, WEA Marsberg):**
„*Es spricht [...] viel dafür*, dass der im Verfahren zur Meldung des VSG „*Diemel- und Hoppecketal mit Wäldern bei Brilon und Marsberg*“ vom LANUV vorgelegte naturschutzfachliche Vorschlag für die Gebietskulisse ein solches *faktisches Vogelschutzgebiet ausweist* [...].

Der vom LANUV *vorgelegte Vorschlag* für die Abgrenzung des VSG [...] betrifft nach dem gegenwärtigen Erkenntnisstand [...] ein *faktisches Vogelschutzgebiet* im Sinne des Art. 4 Abs. 1 und 2 V-RL. Dies ergibt sich nicht nur daraus, dass das LANUV hier als [...] *zuständige Fachbehörde* das Gebiet [...] den „zahlen- und flächenmäßig geeignetsten Gebiete[n]“ im Sinne [...] der V-RL zählt. Auch die *Bezirksregierung Arnsberg* führt als *höhere Naturschutzbehörde* [...] im Rahmen der Bekanntmachung [...] ausdrücklich aus, dass es sich um ein *faktisches Vogelschutzgebiet* handele, das im ursprünglichen Meldeprozess vor 2004 nicht als VSG ausgewiesen worden sei, obwohl es aufgrund der Datenlage hätte ausgewiesen werden müssen, weil es ebenfalls zu den für den Vogelschutz „geeignetsten Gebieten“ gehöre.“ (RdNm. 285f)

11