

Kurzstellungnahme

**zu den artenschutzrechtlichen Regelungen im Gesetzgebungsverfahren zur
Novellierung des Bundesnaturschutzgesetzes im Gesetzentwurf vom
Dezember 2016**

**vorgelegt von
Rechtsanwalt
Dr. Frank Niederstadt
Hannover**

**Im Auftrag der
Deutschen Wildtier Stiftung,
Hamburg**

Dezember 2016

Hinsichtlich der artenschutzrechtlichen Vorschriften enthält der Entwurf einen Vorschlag der Neufassung des §§ 44 Abs. 5 Satz 1 und 2 BNatSchG. In § 45 Absatz 7 S. 1 BNatSchG sollen die Wörter „nach Landesrecht“ gestrichen werden.

Die Neuformulierung des §§ 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG zielt nach der Begründung darauf ab, die Rechtsprechung des BVerwG aus der Entscheidung zur Ortsumgebung Freiberg (BVerwG, Urteil vom 14. Juli 2011, 9 A 12.10) zu relativieren. Hier hatte das BVerwG festgestellt, dass die artenschutzrechtlichen Privilegierungen des § 44 Abs. 5 BNatSchG nur von Vorhaben in Anspruch genommen werden können, in denen die Eingriffsregelung korrekt abgearbeitet worden ist.

Durch die Neuformulierung soll offenbar erreicht werden, dass die Privilegierung nur noch eine generelle Abarbeitung der Eingriffsregelung, jedoch nicht mehr die fehlerfreie Abarbeitung der Eingriffsregelung voraus setzt. Für das Artenschutzrecht ist dies eine eindeutige Schwächung, wenn die rund 2000 national geschützten Arten jetzt auch noch den in der Praxis ohnehin kaum beachteten Schutz der Eingriffsregelung verlieren sollen. Es bedeutet überdies im Ergebnis, dass weder die Regelungen der artenschutzrechtlichen Verbote noch diejenigen der Eingriffsregelung für die national geschützten Arten anwendbar sein sollen. Ob dies Ziel mit der Neuformulierung wirklich erreicht wird, sei allerdings dahin gestellt, da die Formulierungen nicht eindeutig sind.

§ 45 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 des Entwurfs ergänzt den Tatbestand des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG und greift die vorhandene Rechtsprechung des BVerwG dazu auf, dass das individuumbezogene Tötungsverbot nur dann erfüllt ist, wenn sich das Tötungsrisiko eines betroffenen Individuums signifikant erhöht. Inhaltlich gibt die Bestimmung lediglich die bestehende Rechtslage in der Interpretation der Rechtsprechung wieder. Systematisch ist die Regelung allerdings verfehlt, weil die Regelung in den Tatbestand des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG gehört und in § 45 Abs. 5 BNatSchG nichts zu suchen hat. Überdies ist die Aufnahme in das Gesetz überflüssig. Die falsche Platzierung in § 45 Abs. 5 BNatSchG macht die unübersichtliche gesetzliche Regelung noch unübersichtlicher und verwirrender. In der Begründung werden die Begriffe Un-

vermeidbarkeit und Signifikanz unzutreffend miteinander vermengt. Der Schluss eine Tötung, die trotz der anerkannten Schutzmaßnahmen erfolge, sei unvermeidbar und deshalb nicht signifikant, ist in dieser Pauschalität falsch. Der in der Begründung dargestellte Zusammenhang mit der Ausnahmegvorschrift des § 45 Abs. 7 BNatSchG ist ebenfalls nicht vorhanden. Die Erfüllung des Tötungsverbots und die Anwendung der Ausnahmegvorschrift betreffen gänzlich unterschiedliche Sachverhalte. Dieser Hinweis erfolgt möglicherweise an dieser Stelle, weil § 45 Abs. 7 Nr. 5 BNatSchG ja gar nicht geändert werden soll (s. u.)

Die Einführung des § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 des Entwurfs soll das Nachstellen und Fangen vom Verbotstatbestand des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG freistellen, wenn die Tiere im Rahmen einer Schutz- oder cef-Maßnahme eingesammelt oder gefangen werden. Der Versuch dieser Freistellung mag verständlich sein, ist aber insoweit überraschend, da das BVerwG in der Entscheidung zur OU Freiberg bereits die Freistellung vom Tötungsverbot im aktuellen § 44 Abs. 5 S. 2 BNatSchG für europarechtswidrig erklärt hat. Entsprechende Bedenken wurden auch bezüglich des Fangverbots geäußert (ebenfalls Ortsumgehung Freiberg, s. o.). Die Europarechtskonformität der Regelung ist daher, wie auch die Begründung des Gesetzesvorschlags bemerkt, zweifelhaft. Es wäre daher zielführender bei der deutschen Justiz zunächst eine Vorlage dieser Frage beim EuGH anzuregen und bis dahin zuzuwarten, statt sich im Gesetzgebungsverfahren einfach darüber hinweg zu setzen. Auch für diese Regelung gilt überdies, dass die Regelung zum Tatbestand des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG gehört. Die Regelung in § 44 Abs. 5 S 2 ist systematisch verfehlt.

§ 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 des Entwurfs übernimmt lediglich die vorhandene Regelung unter Auslassung der vom BVerwG beanstandeten Passage mit der Freistellung vom Tötungsverbot.

Der Hinweis zu § 44 Abs. 7 Nr. 5 BNatSchG in der Begründung zu Satz 2 Nr. 1 stellt meines Erachtens zunächst die ohnehin die geltende Rechtslage klar. Denn dass Windkraftanlagen als private Anlagen sich für eine Ausnahme ggf. auf zwingende Gründe überwiegender öffentlichen Interessen berufen können, ist bereits geltendes Recht. Die Zielsetzung der Energiewende ist ein gewichtiges öffentliches Interesse. Dieses öffentliche Interesse kann im Rahmen des § 45 Abs. 7 Nr. 5 BNatSchG auch

von Windkraftplanungen grundsätzlich geltend gemacht werden kann. Allerdings klingt die Formulierung in der Begründung wieder relativ weitgehend. Es kann nämlich nicht pauschal davon ausgegangen werden, dass sich jede Windkraftanlagenplanung auf derartige zwingende Gründe berufen kann. Dies mag zwar zum Beispiel der Fall sein, wenn eine Planung in einem Vorranggebiet erfolgen soll, dass dafür konzipiert wurde, um die Ausbauziele in einem Bundesland zu erreichen. Andere Planungen bei bereits weitgehend ausgeschöpften Windnutzungskapazitäten in einem bestimmten Raum dürften sich hingegen nicht auf zwingende Gründe überwiegenden öffentlichen Interesses berufen können. Hinzu kommt, dass die geltend gemachten Gründe im Einzelfall die Gründe des Artenschutzes überwiegen müssen. Dies wird man in vielen Fällen ebenfalls nicht bejahen können. Überdies besteht hier weiterhin die artenschutzrechtliche Einschätzungsprärogative der entscheidenden Behörde. Der Hinweis in der Begründung ist deshalb kein pauschaler Freibrief für Windkraftanlagen. Die Berechtigung einer Ausnahme wird weiterhin im Rahmen gerichtlicher Entscheidungen umstritten sein und letzten Endes durch die Rechtsprechung konkretisiert werden.

Schließlich ist noch zu erwähnen, dass infolge der Entscheidung des EuGH (EuGH, Urteil vom 26.01.2012, C-192/11, NuR 2013, S. 718 ff.) bei den artenschutzrechtlich geschützten europäischen Vogelarten die Europarechtswidrigkeit des § 45 Abs. 7 Nr. 5 insgesamt wieder auf dem Prüfstand steht, weil Art. 9 VRL eine entsprechende Ausnahme nicht vorsieht. Das BVerwG erwägt eine entsprechende Vorlage an den EuGH wie auf der Tagung der Gesellschaft für Umweltrecht im November 2016 zu hören war.

Die vorgeschlagene Änderung des § 45 Abs. 7 S. 1 durch Streichung der beiden Wörter „nach Landesrecht“ ist aus hiesiger Sicht sachgerecht, weil auch Bundesbehörden zuständig sein können.

Insgesamt ist unübersehbar, dass die vorgeschlagenen Änderungen beim Artenschutzrecht darauf zielen, die Belange des Artenschutzes bei der Planung und dem Bau von Windkraftanlagen weiter zurück zu drängen. Dies wird umso offensichtlicher, da im Anschreiben dazu aufgefordert wird, zu einem zusätzlichen ggf. neu einzuführendem Ausnahmegrund des Klimaschutzes in § 45 Abs. 7 Stellung zu

nehmen. Auch diese Überlegung zielt offenbar auf die Windkraft. In mehreren Fällen wird zwar nur die ohnehin bestehende Rechtslage aufgegriffen. Die Umsetzung und die Ausführungen in der Begründung sind jedoch so unpräzise, dass Fehlinterpretationen durch Anwender und Gerichte nicht ausgeschlossen werden können bzw. möglicherweise sogar beabsichtigt sind. Will man solche Klarstellungen befürworten, müssten die Begründungen sehr viel besser ausgearbeitet sein. Auch systematisch ist der Einbau der Änderungen in § 44 Abs. 5 verfehlt. Aus Naturschutzsicht können die Änderungen deshalb insgesamt nicht befürwortet werden.

Dr. F. Niederstadt
Fachanwalt
für Verwaltungsrecht