

1. Teil Einführung: Der Artenschutz und seine Bedeutung in der Bebauungsplanung

1. Kapitel Die wachsende Bedeutung des Artenschutzes in der Bebauungsplanung

Der Artenschutz ist nicht mehr nur fester Prüfungsbestandteil in Planfeststellungsverfahren. Auch im Bebauungsplanverfahren nimmt die Bedeutung der artenschutzrechtlichen Verbote zu. Diese Entwicklung wurde nicht nur durch Neuregelungen des Artenschutzrechts, sondern ebenso maßgeblich durch die europäische wie deutsche Rechtsprechung angestoßen. **1**

I. Die Anfänge des Artenschutzrechts in der Planung

Die artenschutzrechtlichen Verbote fanden in der **nationalen Rechtsprechung** zunächst wenig Berücksichtigung in der Fach- wie auch Bebauungsplanung.¹ So blieb die Klage gegen den Planfeststellungsbeschluss für die „Ortsumgehung Grimma“ vor dem Bundesverwaltungsgericht ohne Erfolg, obwohl dort streng geschützte Fledermausarten durch das Vorhaben bedroht waren.² Auch der Plan für die Errichtung der Wartungshalle für den neuen Airbus A380 verstieß nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs Kassel nicht gegen artenschutzrechtliche Verbote, wenngleich u. a. der geschützte Hirschkäfer Schaden nehmen sollte.³ Gleiches galt auch für den Fall einer Straßenplanung, die das Obergerverwaltungsgericht Lüneburg zu beurteilen hatte.⁴ Der Verwaltungsgerichtshof Mannheim hatte gegen einen Bebauungsplan nichts auszusetzen, dessen Vollzug zur Beschädigung von Wiesen mit Vorkommen des geschützten Schmetterlings „Dunkler Wiesenknopf-Ameisenbläuling“ führen sollte.⁵ Der Grund für dieses Schattendasein des Artenschutzes lag dabei nicht in der Verkenntung des Artenschutzes durch die Rechtsprechung, sondern darin begründet, dass § 43 Abs. 4 des seinerzeitigen Bundesnaturschutzgesetzes (BNatSchG 2006) nur **absichtliche** Handlungen der artenschutzrechtlichen Verbotswirkung unterstellte. **2**

II. Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 10.1.2006

Eine Zäsur in der nationalen Rechtsprechung und dem früheren Umgang mit den artenschutzrechtlichen Verboten bewirkte das **Urteil des Europäischen Ge-** **3**

1 Vgl. *Gellermann/Schreiber*, Schutz wildlebender Tiere und Pflanzen in staatlichen Planungs- und Zulassungsverfahren, S. 2.

2 BVerwG, Beschluss vom 12.4.2005, Az. 9 VR 41.04, NuR 2005, 538, 541.

3 VGH Kassel, Urteil vom 28.6.2005, Az. 12 A 8/05, NVwZ 2006, 230, 238.

4 OVG Lüneburg, Urteil vom 1.9.2005, Az. 7 KS 220/02, ZUR 2006, 38,41.

5 VGH Mannheim, Urteil vom 2.11.2005, Az. 5 S 2662/04, NuR 2006, 443,445.

richtshofs vom 10.1.2006.⁶ Der Europäische Gerichtshof kam zu dem Ergebnis, dass das gemeinschaftsrechtliche Verbot der Beschädigung geschützter Lebensstätten in Art. 12 Abs. 1 Buchstabe d der Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie (FFH-RL)⁷ nicht nur absichtliche, sondern auch **unabsichtliche Handlungen** erfasse, so dass die Umsetzung durch das Bundesnaturschutzgesetz gegen Gemeinschaftsrecht verstoße. In der Folgezeit änderte sich die deutsche Rechtsprechung, die nun ergänzend die entsprechenden europäischen Vorschriften, die FFH-Richtlinie und die Vogelschutz-Richtlinie (VSRL)⁸, unmittelbar anwendete. Die Folgen des EuGH-Urteils zeigten sich wenig später in den Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts zur Zulässigkeit der Planfeststellungsbeschlüsse für den Ausbau des Flughafens Berlin-Schönefeld durch den 4. Senat⁹ und der Ortsumgehung Stralsund durch den 9. Senat¹⁰, in denen artenschutzrechtliche Gesichtspunkte erstmals umfassend beleuchtet wurden.

III. Neuregelung des Artenschutzrechts im Bundesnaturschutzgesetz

- 4 Der Gesetzgeber nahm das EuGH-Urteil vom 10.1.2006 zum Anlass, das **Artenschutzrecht** im Bundesnaturschutzgesetz neu zu regeln. Mit der „kleinen Novelle“ des Bundesnaturschutzgesetzes vom 12.12.2007¹¹ sollte das europäische Artenschutzrecht gemeinschaftskonform in nationales Recht umgesetzt werden. Der Gesetzesentwurf sollte sich dabei auf eine „1:1-Umsetzung des Urteils“¹² beschränken. Die artenschutzrechtlichen Verbote in § 42 BNatSchG 2007 folgen in weiten Teilen wörtlich den Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts. Im Übrigen hat sich der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Artenschutzrechts an dem sog. „Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG“ (nachfolgend: Leitfaden) orientiert, den die Europäische Kommission als Interpretationshilfe für die FFH-Richtlinie herausgegeben hat und dem folglich für die Auslegung artenschutzrechtlicher Bestimmungen einige Bedeutung zukommt.¹³

6 EuGH, Urteil vom 10.1.2006, Rs. C-98/03, NVwZ 2006, 319.

7 Fauna-Flora-Richtlinie, Richtlinie 92/43/EWG vom 21.5.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie wildlebenden Tiere und Pflanzen (ABl. L 206 vom 22.7.1992, S. 7).

8 Vogelschutz-Richtlinie, Richtlinie 79/409/EWG vom 2.4.1979 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten (ABl. L 103 vom 25.4.1979, S. 1), die Vogelschutz-Richtlinie gilt jetzt in der Neufassung von 2009, Richtlinie 2009/147/EG (ABl. L 20 vom 16.1.2010, S. 7).

9 BVerwG, Urteil vom 10.1.2006, Az. 4 A 1075/04, NVwZ-Beilage 2006/Heft 8, Rn. 555 ff.

10 BVerwG, Urteil vom 21.6.2006, Az. 9 A 28.05, NVwZ 2006, 1161, 1164, Rn. 38.

11 Bundesnaturschutzgesetz in der Fassung vom 12.12.2007 (Art. 1 des Ersten Gesetzes zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes, BGBl. I 2007, S. 2873). Die §§ 42, 43 und 62 BNatSchG sind gemäß Art. 3 Satz 2 des Ersten Gesetzes zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes am 18.12.2007 in Kraft getreten.

12 Bundesrats-Drucksache 123/07, S. 2, 9.

13 Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG, Endgültige Fassung, Februar 2007; in Literatur und Rechtsprechung oftmals noch bezeichnet als „Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the Habitats Directive 92/43/EEC, final version, February 2007“, vgl. zur Bedeutung des Leitfadens *Niederstadt/Krisemann*, ZUR 2007, 347.

Infolge der Föderalismusreform und der erstmaligen Möglichkeit, das Naturschutzrecht einheitlich bundesrechtlich zu regeln, wurde das **Bundesnaturschutzgesetz** im Jahr 2010 neu geregelt und trat zum 1.3.2010 in Kraft.¹⁴ Die artenschutzrechtlichen Verbote des § 42 BNatSchG 2007 wurden dabei weitgehend ohne inhaltliche Veränderungen in das neue Bundesnaturschutzgesetz übernommen.¹⁵ Allerdings wurde die paragrafenmäßige Zuordnung geändert. Die artenschutzrechtlichen Verbote sind nunmehr in § 44 BNatSchG geregelt.

5

2017 wurde das Bundesnaturschutzgesetz durch das Gesetz vom 15.9.2017 (BGBl. I S. 3434) **erneut novelliert**. Für das hier behandelte Thema besonders relevant ist die grundlegende Neufassung der „**Freistellungsregelungen**“ in § 44 Abs. 5 BNatSchG. Mit der Neuregelung wird vor allem die neuere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Tötungs- und Verletzungsgebot in das Gesetz integriert und die Problematik der Verbotsverletzung durch Schutzmaßnahmen geregelt.¹⁶ Das Zweite Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes vom 4.3.2020 (BGBl. I S. 440) regelt in dem neu eingeführten § 45a den Umgang mit dem Wolf. Am Rande wurde in dieser Novelle allerdings auch die Formulierung in § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 BNatSchG geändert, wonach nunmehr die Erteilung einer Ausnahme zur Abwendung „ernster“ und nicht wie bisher „erheblicher“ wirtschaftlicher Schäden zulässig wird.

5a

IV. Gegenwärtig: Schwierige Verzahnung von Artenschutz- und Bauplanungsrecht

Vor dem Hintergrund der EuGH-Rechtsprechung und der Gesetzesnovellen zum Bundesnaturschutzgesetz wurde in Literatur und Praxis zunächst die Befürchtung geäußert, der Artenschutz könne wie schon der Gebietsschutz nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zur Westumfahrung Halle¹⁷ eine unüberwindbare Hürde für die Verwirklichung von Bauprojekten darstellen.¹⁸ Diese Sorge legte sich teilweise nach Inkrafttreten der Gesetzesnovelle des Bundesnaturschutzgesetzes. Das **Bundesverwaltungsgericht** beantwortete in der Folgezeit ab 2008 einige wichtige Fragen bei der Umsetzung artenschutzrechtlicher Verbote in der Bebauungsplanung¹⁹, so dass die Rechtsanwender zunehmend Sicherheit bei der Anwendung des Artenschutzes im „planerischen Alltag“ gewinnen konnten. Diese Phase wurde durch das „**Freiberg-Urteil**“ des Bundes-

6

14 Bundesnaturschutzgesetz vom 29. Juli 2009 (BGBl. I 2009, S. 2542); vgl. Bundestags-Drucksachen 16/12274 (Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD), 16/13298 (Unterrichtung durch die Bundesregierung – Stellungnahme des Bundesrats und Gegenäußerung der Bundesregierung) und 16/13430 (Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit).

15 Vgl. zu den Änderungen Bundestags-Drucksache 16/12274, S. 70 f.

16 Vgl. Regierungsentwurf mit Begründung: BT-Drs. 18/11939.

17 BVerwG, Urteil vom 17.1.2007, Az. 9 C 20.05, NVwZ 2007, 1054.

18 Vgl. *Stürer*, DVBl. 2009, S. 1.

19 BVerwG, Urteil vom 12.3.2008, Az. 9 A 3.06; Urteil vom 9.7.2008, Az. 9 A 14.07; Beschluss vom 13.3.2008, Az. 9 VR 9.07; Urteil vom 18.3.2009, Az. 9 A 39.07.

verwaltungsgerichts vom 14.7.2011²⁰ unterbrochen, mit dem das Gericht weite Teile der für die Praxis wichtigen Freistellungsregelung im Sinne von § 44 Abs. 5 BNatSchG für nicht anwendbar erklärte. Damit wurden gerade für die Bewältigung artenschutzrechtlicher Vorgaben im Bebauungsplanverfahren erhebliche Probleme geschaffen. Durch sein Urteil vom 8.12.2014²¹ entschärfte das Gericht die Problematik wieder, indem es das für den Straßenbau entwickelte **Signifikanzkriterium** auch für die Beurteilung der Tötungsrisiken für Zauneidechsen bei Maßnahmen der Baulandfreimachung heranzog.

Nach wie vor sind andere Fragen offen geblieben, so dass es schon deswegen einigen Anlass gibt, sich mit dem Artenschutzrecht in der Bebauungsplanung näher auseinanderzusetzen. Das Artenschutzrecht gestaltet sich dabei nicht nur wegen seiner doppelten Regelung im Gemeinschaftsrecht und auf nationaler Ebene kompliziert. Es ist auch mit Blick auf die Bestimmungen im Bundesnaturschutzgesetz **schwierig zu verstehen** und anzuwenden.²² Daneben erweist sich der Umgang mit dem Artenschutzrecht auch in tatsächlicher Hinsicht als schwierig, so etwa bei der Beantwortung der Frage, ob sich Vorhaben auf den Erhaltungszustand der Population der betroffenen Art auswirken oder wie eine gesetzlich geschützte Lebensstätte räumlich abzugrenzen ist. In diesem Zusammenhang macht es die praktische Arbeit mit artenschutzrechtlichen Verboten nicht einfacher, dass gesicherte naturschutzfachliche Kenntnisse vielfach noch fehlen.²³

- 7 Die Bewältigung artenschutzrechtlicher Vorgaben im Bebauungsplanverfahren hat sicherlich zusätzlich erschwert, dass seit dem 13.6.2012 bestimmte Verstöße gegen artenschutzrechtliche Verbote nach den §§ 71 Abs. 1 Nr. 1, 71a Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG **unter Strafe** gestellt sind. Auch diese Entwicklung führt deutlich vor Augen, dass dem Artenschutz eine zunehmend bedeutende Rolle eingeräumt wird und der Rechtsanwender über die entsprechenden Kenntnisse des Artenschutzrechts bei der Aufstellung eines Bebauungsplans verfügen muss.

2. Kapitel Die Gegenstände des Artenschutzrechts in der Bebauungsplanung

- 8 Der Artenschutz ist unter verschiedenen Gesichtspunkten bei der Bebauungsplanung zu beachten. Er ist im Rahmen der planerischen Abwägung zum einen als **einfacher Umweltbelang** zu berücksichtigen und zum anderen im Rahmen des **Gebietsschutzes** zu beachten. Das dazugehörige Prüfungsprogramm ist jeweils im Baugesetzbuch geregelt und wird nachfolgend nur kurz angerissen.
- 9 Darüber hinaus ist zu prüfen, ob **beim Vollzug des Bebauungsplans** Verstöße gegen artenschutzrechtliche Verbote zu erwarten sind. Die Prüfung dieser Frage sowie die Möglichkeiten der Bewältigung der daraus entstehenden Probleme

²⁰ BVerwG, Urteil vom 14.7.2011, Az. 9 A 12/10.

²¹ BVerwG, Urteil vom 8.1.2014, Az. 9 A 4.13, NVwZ 2014, 1008.

²² *Philipp*, NVwZ 2008, 593.

²³ Vgl. BVerwG, Urteil vom 18.3.2009, Az. 9 A 39.07, Rn. 45; *Gellermann/Schreiber*, Schutz wildlebender Tiere und Pflanzen in staatlichen Planungs- und Zulassungsverfahren, S. 4.

sind Gegenstand des vorliegenden Rechtshandbuchs. Die Behandlung artenschutzrechtlicher Verbote im Bebauungsplanverfahren wird dadurch erschwert, dass weder im Baugesetzbuch noch im Bundesnaturschutzgesetz geregelt ist, wie die rechtlichen Vorgaben jeweils aufeinander abzustimmen sind, wie dies etwa bei der Eingriffsregelung in § 1a Abs. 3 BauGB der Fall ist.²⁴

I. Der Artenschutz als einfacher Umweltbelang

Unabhängig davon, ob die Bebauungsplanung in ihrer Umsetzung zum Verstoß gegen artenschutzrechtliche Verbote führt, ist der Artenschutz in der planerischen **Abwägung** nach § 1 Abs. 6 Nr. 7 Buchstabe a BauGB als einfacher Umweltbelang („Tiere“ und „Pflanzen“) zu berücksichtigen. Bei diesen Umweltbelangen handelt es sich weitgehend um die im Bundesnaturschutzgesetz genannten Schutzgüter. Insbesondere die in § 1 Abs. 6 Nr. 7 Buchstabe a BauGB genannten Begriffe wie Tiere, Pflanzen und biologische Vielfalt entsprechen den im Bundesnaturschutzgesetz genannten Schutzgütern (§ 7 Abs. 1 und 2 BNatSchG). Der in § 1 Abs. 6 Nr. 7 Buchstabe a BauGB verwendete Begriff der Tiere lehnt sich dabei an die Begrifflichkeit des § 7 Abs. 2 Nr. 1 BNatSchG an und umfasst die wild lebenden Tiere. Entsprechend werden unter Pflanzen nach der Begriffsbestimmung gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 2 BNatSchG alle wild lebenden Pflanzen verstanden. Als Belange sind auch Biotope als Lebensstätten und Lebensräume der wild lebenden Tiere und Pflanzen abwägungsrelevant. Die genannten Belange umfassen auch die Artenvielfalt, d. h. die Vielfalt an Lebensräumen und Lebensgemeinschaften an Arten sowie die genetische Vielfalt innerhalb der Arten. 10

II. Der Gebietsschutz

Vom individualbezogenen Artenschutz, der in den artenschutzrechtlichen Verboten gemäß § 44 BNatSchG geregelt ist, ist der dem Artenschutz dienende Gebietsschutz zu unterscheiden. Der Gebietsschutz wird synonym verwendet auch als Habitatschutz bezeichnet. Zwar erstreckt sich der Schutz von **FFH- oder Vogelschutzgebieten** nicht nur auf die unter Schutz gestellten Gebiete, sondern auch auf die einzelnen, in dem Gebiet vorkommenden Arten. Dennoch stehen das Artenschutzrecht des Bundesnaturschutzgesetzes mit seinen grundsätzlich am einzelnen geschützten Exemplar ansetzenden Verboten und der Gebietschutz rechtlich selbstständig nebeneinander, auch wenn es Überschneidungen beider Schutzregime innerhalb von Schutzgebieten geben mag.²⁵ 11

Der Gebietsschutz ist in der planerischen Abwägung gemäß § 1 Abs. 6 Nr. 7 Buchstabe b BauGB und § 1a Abs. 4 BauGB zu beachten.²⁶ Für den Gebiets- 12

²⁴ Vgl. zur Eingriffsregelung *Krautzberger*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 1a, Rn. 74 ff.

²⁵ Leitfaden, Kapitel I.2.3.b), BVerwG, Urteil vom 9.7.2008, Az. 9 A 14.07, Rn. 57; dies anzweifeln und letztlich einen Vorrang des Gebietsschutzes befürwortend zwei Richter des BVerwG, *Storost*, DVBl. 2010, 737, und *Philip*, NVwZ 2008, 593, 595.

²⁶ *Battis*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, § 1a, Rn. 32.

schutz ist das maßgebliche **Prüfprogramm im Baugesetzbuch** geregelt. So muss die Gemeinde die „Erhaltungsziele und Schutzzwecke der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung und der Europäischen Vogelschutzgebiete im Sinne des Bundesnaturschutzgesetzes“ als Belang gemäß § 1 Abs. 6 Nr. 7 Buchstabe b BauGB in der planerischen Abwägung berücksichtigen.²⁷

- 13** Die Verzahnung des Systems der planerischen Abwägung, in der der Gebietschutz als einfacher Belange zu berücksichtigen ist, mit den Anforderungen des Bundesnaturschutzgesetzes erfolgt durch die Vorschrift des § 1a Abs. 4 BauGB. Dieser legt fest, dass bei erheblichen Beeinträchtigungen solcher Schutzgebiete die Vorschriften des Bundesnaturschutzgesetzes Anwendung finden. Eine **erhebliche Beeinträchtigung** durch den Bebauungsplan kann vorliegen, wenn das Plangebiet in einem Schutzgebiet liegt oder der Bebauungsplan Auswirkungen auf ein Schutzgebiet in der Umgebung haben kann.²⁸ Liegt eine erhebliche Beeinträchtigung für Schutzgebiete vor, weist § 1a Abs. 4 BauGB den Weg heraus aus dem Gesetzesmodell der Abwägung des Baugesetzbuchs und hinein in das System der Verbote mit Ausnahmeverbehalt des Bundesnaturschutzgesetzes. In diesen Fällen endet somit das Regime der planerischen Abwägung, in dem der Gebietsschutz lediglich als einfacher Belang neben anderen Belangen berücksichtigt wird.
- 14** § 1a Abs. 4 BauGB verweist auf die Vorschrift des § 34 Abs. 2 BNatSchG. Danach ist ein Projekt unzulässig, das zu einer erheblichen Beeinträchtigung eines europäischen Schutzgebiets führt. Allerdings darf ein Projekt gemäß § 34 Abs. 3 in Verbindung mit § 35 Abs. 2 BNatSchG abweichend von § 34 Abs. 2 BNatSchG durchgeführt werden, soweit es
- „1. aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses, einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art, notwendig ist und
 - 2. zumutbare Alternativen, den mit dem Projekt verfolgten Zweck an anderer Stelle ohne oder mit geringeren Beeinträchtigungen zu erreichen, nicht gegeben sind.“
- 15** Zusätzlich bestimmt § 34 Abs. 5 BNatSchG, dass „die zur Sicherung des Zusammenhangs des Europäischen ökologischen Netzes ‚Natura 2000‘ notwendigen Maßnahmen vorzusehen“ sind. Diese als „**Kohärenzsicherungsmaßnahmen**“ bezeichneten Maßnahmen sollen bewirken, dass das aus Gebieten von gemeinschaftlicher Bedeutung und europäischen Vogelschutzgebieten bestehende Netz „Natura 2000“ trotz Beeinträchtigung des betroffenen einzelnen Gebiets als solches unbeeinträchtigt bleibt.
- 16** Die Feststellung, dass ein Bebauungsplan nach § 34 Abs. 2 BNatSchG unzulässig ist, oder der Umstand, dass dieser nur unter den Voraussetzungen des § 34 Abs. 3

²⁷ Nach § 7 Abs. 1 Nr. 6 und 7 BNatSchG handelt es sich bei den Gebieten von gemeinschaftlicher Bedeutung um Gebiete, die auf Grundlage der FFH-Richtlinie unter Schutz gestellt wurden, bei den Europäischen Vogelschutzgebieten um solche Schutzgebiete, deren Status nach der Vogelschutz-Richtlinie festgelegt wurde.

²⁸ Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 1a, Rn. 32.

und 5 BNatSchG durchgeführt werden darf, kann nicht im Rahmen der Abwägung überwunden werden.²⁹

III. Die artenschutzrechtlichen Verbote

Für die Bebauungsplanung sind auch die individualbezogenen artenschutzrechtliche Verbote des § 44 BNatSchG von Bedeutung, obwohl – anders als bei den vorgenannten Gegenständen des Artenschutzrechts – im Baugesetzbuch eine **Regelung** darüber **fehlt**, wie mit diesen Verboten im Bebauungsplanverfahren umzugehen ist. 17

1. Rechtsgrundlagen der artenschutzrechtlichen Verbote

Die artenschutzrechtlichen Verbote sind **gemeinschaftsrechtlich** in Art. 12 FFH-RL und Art. 5 Vogelschutz-RL geregelt. Mit Inkrafttreten der Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes wurden die europarechtlich vorgegebenen artenschutzrechtlichen Bestimmungen weitgehend in einem „1:1-Verhältnis“ umgesetzt, wie es Ziel des Gesetzgebers war. Die für die Planung relevanten artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote sind in § 44 Abs. 1 BNatSchG geregelt. 18

Die Hinzuziehung der FFH- und Vogelschutz-Richtlinie für die artenschutzrechtliche Prüfung zusätzlich zu den Vorschriften des Bundesnaturschutzgesetzes – wie sie unmittelbar nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 10.1.2006³⁰ und der Verwerfung des nationalen Artenschutzrechts erforderlich war – ist damit grundsätzlich **entbehrlich** geworden. Maßgeblich ist damit nur noch das im Bundesnaturschutzgesetz geregelte nationale Artenschutzrecht, soweit dieses nicht selbst ausdrücklich auf das Gemeinschaftsrecht verweist. In der folgenden Darstellung des Artenschutzrechts werden die europarechtlichen Rechtsgrundlagen dennoch dargestellt, um Streitstände in Literatur und Rechtsprechung zu Fragen der gemeinschaftskonformen Umsetzung von FFH- und Vogelschutz-Richtlinie angemessen beleuchten zu können. 19

2. Prüfungsprogramm für artenschutzrechtliche Verbotswirkungen im Bundesnaturschutzgesetz

Das artenschutzrechtliche Prüfungsprogramm sieht ein **vierstufiges System** vor.³¹ 20

Auf der **ersten Stufe** ist zu untersuchen, ob ein Vorhaben gegen die vier sog. „**Zugriffsverbote**“ verstoßen würde, die in § 44 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 BNatSchG geregelt sind. Danach sind die Tötung und die Störung geschützter Tierarten während bestimmter Zeiten, die Beschädigung ihrer geschützten Lebensstätten sowie geschützter Pflanzenarten verboten. 21

Auf der **zweiten Stufe** ist zu prüfen, ob das Vorhaben unter den Voraussetzungen des § 44 Abs. 5 BNatSchG dennoch zulässig ist, weil die möglicherweise 22

²⁹ Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 1a, Rn. 29.

³⁰ EuGH, Urteil vom 10.1.2006, Rs. C-98/03, NVwZ 2006, 319.

³¹ Dolde, NVwZ 2008, 121, 122; Stürer, DVBl. 2009, 1, 8.

verbotsrelevanten Handlungen von der Verbotswirkung „freigestellt“³² sind. Eine solche **Freistellung** ist gesetzessystematisch nicht mit der Erteilung einer Ausnahme zu verwechseln. Es handelt sich vielmehr um die Aufhebung der Verbotswirkung.

- 23** Ergibt die Prüfung auf zweiter Stufe, dass das fragliche Vorhaben gegen artenschutzrechtliche Verbote verstößt und nicht von der Verbotswirkung freigestellt werden kann, ist schließlich auf **dritter Stufe** zu klären, ob die Voraussetzungen für die Erteilung einer **Ausnahme** durch die zuständige Naturschutzbehörde vorliegen. Das Bundesnaturschutzgesetz sieht mehrere Tatbestände für Ausnahmen vor. Für die Bebauungsplanung wird in der Regel nur die Ausnahmevorschrift des § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 und 2 BNatSchG einschlägig sein.
- 24** Fehlt es an den Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahme, ist zuletzt auf **vierter Stufe** zu klären, ob für das Vorhaben eine Befreiung nach § 67 Abs. 2 BNatSchG erteilt werden kann.

3. Erforderliche Beachtung artenschutzrechtlicher Verbote im Bebauungsplanverfahren

- 25** Artenschutzrechtlichen Verbote werden durch konkrete Handlungen erfüllt, so etwa, wenn die geschützte Lebensstätte durch die Errichtung eines Vorhabens zerstört wird oder geschützte Arten während der Brutzeit durch den Betrieb einer baulichen Anlage gestört werden. Deshalb kann nicht bereits die Bebauungsplanung, sondern erst **der Vollzug** dieser Planung zum Verstoß gegen artenschutzrechtliche Verbote führen.
- 26** Gleichwohl sind künftige artenschutzrechtliche Konfliktlagen bereits in der Bebauungsplanung zu behandeln. Denn wenn sich schon während des Bebauungsplanverfahrens herausstellt, dass der Vollzug des Plans an entgegenstehenden artenschutzrechtlichen Verboten scheitern wird und Baugenehmigungen auf Zulassungsebene aus diesem Grund nicht erteilt werden dürften, ist der Bebauungsplan ganz oder teilweise **nicht vollzugsfähig**. Nach der Rechtsprechung ist ein vollzugsunfähiger Bebauungsplan nicht erforderlich für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung gemäß § 1 Abs. 3 BauGB. Das hat zu Folge, dass bereits der Bebauungsplan **unwirksam** ist.³³
- 27** Folge dieser Rechtsprechung ist, dass die artenschutzrechtlichen Verbote bereits im Bebauungsplanverfahren beachtet werden müssen.³⁴ Das Bundesverwaltungsgericht führt insoweit aus, dass die Gemeinde verpflichtet ist, im Verfahren der Planaufstellung vorausschauend zu ermitteln und zu beurteilen, ob die vorgesehenen Festsetzungen auf **unüberwindbare artenschutzrechtliche Hindernisse**

³² So der von *Dolde*, NVwZ 2008, 121, 122, gewählte Begriff; der Gesetzgeber wählt für diese rechtliche Systematik keinen eigenen Begriff, z. T. wird auch von einer „Abwendung“ der Verbote gesprochen.

³³ BVerwG, Beschluss vom 25.8.1997, Az. 4 NB 12/97, NVwZ-RR 1998, 162, 163; Urteil vom 13.12.2007, Az. 4 C 9/06; aus der neueren Rechtsprechung der Obergerichte etwa OVG Koblenz, Urteil vom 13.2.2008, Az. 8 C 10368/07, NVwZ-RR 2008, 514.

³⁴ Vgl. etwa OVG Schleswig, Urteil vom 27.8.2020, Az. 1 KN 10.17, BeckRS 2020, 24524, *Beier*, Artenschutz in der Bauleitplanung, UPR 2017, 207.

treffen.³⁵ Die Gemeinde muss von Festsetzungen Abstand nehmen, die den artenschutzrechtlichen Verböten entgegenstehen. Die artenschutzrechtlichen Verböte sind nicht abwägungsfähig. Es handelt sich um gesetzliche Anforderungen, die nicht lediglich im Rahmen der Abwägung zu prüfen sind und überwunden werden können.³⁶

Das bedeutet allerdings nicht, dass das Bebauungsplanverfahren einzustellen ist, sobald Gewissheit darüber besteht, dass der Vollzug des Bebauungsplans gegen die Verböte nach § 44 Abs. 1 BNatSchG verstößt. Denn das Bundesverwaltungsgericht betont, dass in solchen Fällen die drohende Vollzugsunfähigkeit überwunden werden kann, wenn festgestellt wird, dass für den konfliktträchtigen Vollzug der Planung auf der Ebene der Zulassung von Bauvorhaben eine **Ausnahme** oder **Befreiung** erteilt werden kann. Dies ist im Bebauungsplanverfahren zu prüfen. 28

Eine Ausnahme oder Befreiung kann allerdings nicht für den Bebauungsplan, sondern nur für das Vorhaben erteilt werden, das den konkreten Eingriff auslöst. Begünstigter einer solchen Ausnahme oder Befreiung ist deshalb nicht die Gemeinde als Plangeberin, sondern der Handelnde, der gegen die Verböte verstößt. Dem Plangeber ist aber möglich, bei einem drohenden Verbot aufgrund einer eigenen artenschutzrechtlichen Prüfung bereits auf der Ebene des Bebauungsplans die notwendigen Voraussetzungen für die **Überwindung** des drohenden Verbots zu schaffen, indem die **Freistellung** geprüft oder in eine „**Ausnahmelage**“ oder „**Befreiungslage**“ hineingeplant wird. Werden mit dem Bebauungsplan und seinen Festsetzungen die Voraussetzungen einer Freistellung, Ausnahme oder Befreiung geschaffen, wird gleichzeitig die Gefahr gebannt, dass sich der Bebauungsplan in dem nach § 214 Abs. 3 BauGB maßgeblichen Zeitpunkt des Satzungsbeschlusses³⁷ als vollzugsunfähig und unwirksam darstellt. Entsprechend dem oben dargestellten **vierstufigen Prüfungsprogramm** ist im Bebauungsplanverfahren somit zu untersuchen, ob drohende artenschutzrechtliche Verböte der Vollzugsfähigkeit des Plans entgegenstehen können. 29

Ob und in welchem Umfang dem Bebauungsplan wegen der artenschutzrechtlichen Verböte Vollzugsunfähigkeit droht, ist nach der Untersuchung der möglicherweise betroffenen Arten zu prüfen. Sind nur kleinere Flächen betroffen und können die artenschutzrechtlichen Hindernisse – vor allem bei Angebotsplänen, deren Vollzug erst mittel- bis langfristig geplant ist – im **späteren Baugenehmigungs- oder Anzeigeverfahren** 30 gelöst werden, ohne dass es vorbereitender Festsetzungen im Bebauungsplan bedarf, kann ausnahmsweise schon die Darstellung dieser Sachlage in der Begründung – ggf. ergänzt durch einen Hinweis im Anschluss an die textlichen Festsetzungen – ausreichend sein.³⁸ Demgegenüber widerspricht die strengere Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs München,

35 BVerwG, Beschluss vom 25.8.1997, Az. 4 NB 12/97, NVwZ-RR 1998, 162, 163.

36 VGH München, Urteil vom 16.3.2010, Az. 8 N 09.2304.

37 OVG Koblenz, Urteil vom 15.5.2007, Az. 8 C 10751/06.OVG, NuR 2007, 557, 562.

38 Schmidt-Eichstaedt, UPR 2010, 401, 404.

wonach entsprechende Festsetzungen im Bebauungsplan zwingend seien,³⁹ der gesetzlichen Regelung in § 44 Abs. 5 Satz 3 BNatSchG in der Fassung der Novellierung von 2017⁴⁰. Auch Regelungen in einem städtebaulichen Vertrag sind zulässig.⁴¹

4. Artenschutzrechtliche Verbote bei Satzungen gemäß § 34 Abs. 4 BauGB und in der Flächennutzungsplanung

- 31** Für Satzungen gemäß § 34 Abs. 4 BauGB – der **Klarstellungssatzung** gemäß § 34 Abs. 4 Nr. 1 BauGB, der **Entwicklungssatzung** gemäß § 34 Abs. 4 Nr. 2 BauGB und der Einbeziehungs- oder Ergänzungssatzung gemäß § 34 Abs. 4 Nr. 3 BauGB – können die Ausführungen zum Bebauungsplanverfahren entsprechend angewendet werden.
- 32** Die Behandlung der artenschutzrechtlichen Verbote auf der Ebene der **Flächennutzungsplanung** ist nicht Gegenstand der folgenden Ausführungen. Allerdings müssen die artenschutzrechtlichen Verbote auch bei Aufstellung, Änderung oder Ergänzung eines Flächennutzungsplans behandelt werden, wenn artenschutzrechtliche Konflikte bereits auf dieser Ebene erkennbar sind. Der Plangeber muss dann vorausschauend ermitteln, ob die vorgesehenen Darstellungen und Festsetzungen realistischer Weise umgesetzt werden können oder ob die Planung im Vollzug scheitern würde.⁴² In der Regel werden sich artenschutzrechtliche Problemlagen jedoch erst auf der Ebene des Bebauungsplans lösen und dementsprechend auf dieser Ebene bewältigen lassen. Denn der Flächennutzungsplan wird wegen seines langen Vorlaufs und bei gegebener Populationsdynamik der Arten in der Regel nicht geeignet sein, artenschutzrechtliche Konflikte durch entsprechende Darstellungen zu lösen. Sollten artenschutzrechtliche Verbote dennoch in seltenen Fällen bereits im Flächennutzungsplan zu behandeln sein, weil großflächig geschützte Lebensstätten betroffen sind, so z. B. weil ein im Gemeindegebiet ansässiger Habicht mit großräumigem Habitatanspruch und der beabsichtigten gleichzeitigen Festsetzung mehrerer Bebauungspläne seine Lebensstätte verlieren würde, so dass sich die Bebauungspläne nur auf Ebene der vorbereitenden Bauleitplanung auf den Lebensstättenchutz des geschützten Vogels abstimmen lassen, können die folgenden Ausführungen zur Behandlung artenschutzrechtlicher Verbote entsprechend angewendet werden.⁴³ Weist der Flächennutzungsplan auf artenschutzrechtliche Problemlagen hin, so muss sich der Bebauungsplan mit den Anforderungen des Artenschutzes auseinandersetzen.

39 Vgl. VGH München, Urteil vom 16.3.2010, Az. 8 N 09.2304, Rn. 30; Urteil vom 30.3.2010, Az. 8 N 09.1861 u. a., Rn. 19.

40 OVG Schleswig, Urteil vom 27.8.2020, Az. 1 KN 10/17, BeckRS 2020, 24524, kritisch auch *Beier*, UPR 2017, 207.

41 So auch Begr. Reg. Entwurf der Novelle 2017, BT-Drs. 18/11939.

42 BVerwG, Beschluss vom 12.11.2020, Az. 4 BN 15.20, BeckRS 2020, 35315.

43 Vgl. *Louis*, NuR 2009, 91, 100.