



## Artenschutz nicht aufweichen – Novelle als Chance nutzen

**Geplante Novellierung des Bundesnaturschutzgesetzes setzt an den falschen Stellen an und ist eine vertane Chance für den Naturschutz in Deutschland**



Die vorliegende Entwurfsfassung für eine Novellierung des Bundesnaturschutzgesetzes (BNatSchG) vom 01.12.2016 schlägt nach Ansicht des NABU im Kern eine falsche Richtung ein und wirkt unausgewogen und übereilt. Zwar finden sich mit den Klarstellungen zur Ausschließlichen Wirtschaftszone (AWZ) und den Zielsetzungen der Meeresstrategie-Rahmenrichtlinie (MSRL) sowie zum Biotopverbund begrüßenswerte Ansätze. Gleichzeitig unterbleiben jedoch dringend notwendige Normierungen, etwa der guten fachlichen Praxis in der Landnutzung. Die vorgeschlagenen Regelungen im Bereich des Artenschutzes wiederum stellen nicht nur eine Aufweichung der Schutzbestimmungen „ohne Not“ dar, sondern widersprechen nach Auffassung des NABU sogar geltendem EU-Recht. In keinem Fall sind sie ein Beispiel „besserer Umsetzung“ der EU-Naturschutzrichtlinien, wie sie das BMUB auf europäischer Ebene versprochen hat, denn die geplanten Änderungen bringen weder die erforderliche Konkretisierung unionsrechtlicher Vorgaben noch Rechtssicherheit für die Anwendungspraxis. Zusammen mit der kürzlich ebenfalls in die Verbändebeteiligung gegebenen – aus Habitatschutzgründen ähnlich zu kritisierenden – Novelle der TA Luft erweckt das federführende Ressort den Anschein, es verliere seinen eigentlichen Auftrag des Natur- und Umweltschutzes derzeit aus den Augen. Was das Gesetzgebungsverfahren angeht, kritisiert der NABU, dass trotz dieser weitreichenden „Systementscheidung“ im Artenschutzrecht keine „frühzeitige“ Beteiligung stattfand und dass eine unangemessen kurze – die Empfehlungen guter Gesetzgebung missachtende – Beteiligungsfrist von zwei Wochen gewährt wurde. Der NABU appelliert daher an den Gesetzgeber, die Novelle in der geplanten Form nicht zu verabschieden. Vielmehr sollte zunächst eine offene Diskussion mit allen Beteiligten geführt werden, so dass auch die Kompetenz der Umwelt- und Naturschutzverbände einbezogen wird.

### A. Zusammenfassung

Die Festschreibung des von der deutschen Verwaltungsrechtsprechung geprägten Signifikanzkriteriums ist vor dem Hintergrund des Unionsrechts sowie der immer noch ungeklärten Fragen der Bestimmung der angeblichen Signifikanz insgesamt ä-



ßerst bedenklich. Darüber hinaus ist die Verortung des Kriteriums in § 44 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG statt in § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG auch regelungssystematisch verfehlt. Insgesamt wird dadurch der europarechtlich determinierte (Art. 12 Abs. 1 Buchst. a FFH-Richtlinie) Individuenbezug des Tötungsverbots unterlaufen.

Die Neufassung des § 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG mit dem Verweis auf die Eingriffszulassung statt auf die Eingriffsregelung ist aus Sicht des NABU misslungen. Der bestehende Verweis auf die Eingriffsregelung mit ihrem Vermeidungsgebot (§ 15 Abs. 1 Satz 1 BNatSchG) garantiert die Vereinbarkeit des Privilegierungsstatbestandes des § 44 Abs. 5 BNatSchG mit Art. 12 FFH-Richtlinie, der das Konstrukt vorgezogener Ausgleichsmaßnahmen schlicht nicht kennt. Dass hinter der Novelle keine ausgereifte Überlegung stehen kann, wird offensichtlich an der geplanten Beibehaltung des Verweises auf § 18 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG. Damit liefert die Neufassung keine Verbesserung bei der eigentlich drängenden Frage zu § 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG. Diese lautet, ob Bauvorhaben im Innenbereich die Freistellungen des § 44 Abs. 5 BNatSchG auch dann genießen, wenn sich die Zulässigkeit der baulichen Nutzung des Grundstücks mangels Bebauungsplan nach § 34 BauGB richtet, wo weder die städtebauliche noch die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung Anwendung findet.

Die im Anschreiben des BMUB explizit aufgeworfene Frage, ob zugunsten von Windenergieanlagen in § 45 Abs. 7 Satz 1 BNatSchG der zusätzliche Ausnahmegrund des „Klimas“ ergänzt werden sollte, verwundert. Denn insbesondere beinhaltet der Katalog der Ausnahmegründe in Art. 9 Abs. 1 Vogelschutzrichtlinie nicht den Klimaschutz; dieser Ausnahmekatalog ist jedoch nach der Rechtsprechung des EuGH abschließend.

Der NABU lehnt die im Anschreiben des BMUB genannte mögliche Beteiligung von fachfremden Ressorts in Form eines Einverständnisses („Vetos“) statt eines Benehmens bei der Unterschutzstellung von Meeresschutzgebieten strikt ab. Die Vorgaben der FFH- und Vogelschutzrichtlinie für die Unterschutzstellung der Natura 2000-Gebiete im Bereich der AWZ durch Naturschutzgebietsverordnungen, insbesondere die Verpflichtung die nötigen Erhaltungsmaßnahmen festzulegen und durchzuführen (vgl. Art. 6 Abs. 1 und 2 FFH-Richtlinie und Art. 4 Abs. 1 Vogelschutzrichtlinie), bedingen realpolitisch ein Primat der Naturschutzbehörden. Das aktuelle Vertragsverletzungsverfahren der EU-Kommission gegen Deutschland wegen unzureichender Unterschutzstellung der Natura 2000-Gebiete, wovon auch jene in der AWZ betroffen sind, macht dies deutlich.

Die vorgeschlagenen Ergänzungen zum Biotopschutz, also die Klarstellung zum § 39 Abs. 5 Nr. 2 BNatSchG bezüglich der Beseitigung von Hecken und Gehölzen während der Brutzeit wie auch die Aufnahme von Stollen und Höhlen in die Liste der geschützten Biotope unter § 30 Abs. 2 BNatSchG sind grundsätzlich begrüßenswert. Gleichwohl müssten hier noch weitere naturschutzfachlich wertvolle Biotope aufgeführt werden. Zudem lässt der Gesetzgeber die Chance verstreichen, über die Novelle weitere dringende Handlungsbedarfe abzarbeiten, wie z.B. eine Anpassung des § 41 BNatSchG zu Vogelschutz an Freileitungen sowie eine dringend gebotene Konkretisierung der „guten fachlichen Praxis“ in der Land- und Forstwirtschaft.

## B. Stellungnahme

Im Folgenden wird zu den inhaltlichen Aspekten im Einzelnen Stellung genommen.

### I. Biotopverbund/Schutzgebiete

Der NABU erkennt die Einführung einer Fristenregelung bei der Etablierung des Biotopverbundes in § 21 Abs. 2 Satz 3 BNatSchG<sup>1</sup> – wohlwissend um die begrenzten Möglichkeiten des Bundes gegenüber den hauptsächlich zuständigen Ländern – an. Ohne mögliche Restriktionen bei Nichtbeachtung hat dies jedoch nur einen deklaratorischen Wert. Das vorgeschlagene und im Hinblick auf unionsrechtliche Verpflichtungen ohnehin seit langer Zeit überfällige Zieljahr für den Aufbau des Biotopverbundes sollte dennoch dringend mit den sich aus nationalen (Nationale Strategie zur biologischen Vielfalt) wie internationalen (EU-Biodiversitätsstrategie; strategischer Plan der CBD) Vorgaben ergebenden Zeithorizonten harmonisiert werden, weshalb eine Fristsetzung bis zum 31.12.2020 empfohlen wird. Zudem sollte als allgemeiner Grundsatz eine Legaldefinition hinzugefügt werden, welche Biotopverbundflächen als jene Flächen definiert, die als Verbundflächen und -elemente außerhalb der Kernflächen liegen. Zur besseren Vollzugstauglichkeit sollte außerdem klargestellt werden, dass die Länder eine entsprechende Ausweisung innerhalb der Frist sicherstellen.

Die für § 27 BNatSchG vorgesehene Aufnahme der Bildung für nachhaltige Entwicklung als expliziten Zweck der Naturparke in einem neuen Abs. 2 wird ausdrücklich begrüßt.

### II. Biotopschutz

Die Aufnahme von nicht genutzten Höhlen und naturnahen Stollen in die Liste pauschal geschützter Biotope wird vom NABU begrüßt. In der Gesetzesbegründung (Seite 8) sollte jedoch wegen des Geocachings der Hinweis gestrichen werden, das Begehen rufe in der Regel keine erhebliche Beeinträchtigung im Sinne des § 30 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG hervor, zumal das Betretungsverbot bis zum 31. März (§ 39 Abs. 6 BNatSchG) nicht ausreicht. So ist aus der Fledermausforschung bekannt, dass beispielsweise die streng geschützte Bechsteinfledermaus durchaus bis Ende April in den Stollen verbleibt. Aus der Sicht des NABU erscheint daher eine Verlängerung des Betretungsverbotes bis einschließlich 30. April geboten.

Es wird ergänzend empfohlen, Streuobstbestände ebenfalls in die Liste der geschützten Biotope aufzunehmen, um diese artenreichen Kulturlandschaftselemente als Lebensräume langfristig zu erhalten. Weiterhin sollte erwogen werden, auch (Wall)Hecken und Knicks als für den Biotopverbund wichtige Strukturelemente in die Liste aufzunehmen.

Die klarstellende Ergänzung in § 39 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 ist sinnvoll und dringend geboten, um eine nicht intendierte, durch aktuelle Rechtsprechung aufgezeigte Regelungslücke der bisherigen Normfassung zu schließen.

<sup>1</sup> Zurückgehend auf Schumacher et al. (2014): Naturschutzrecht im Klimawandel.

### III. Artenschutz

Die geplanten Änderungen zum Artenschutzrecht in § 44 Abs. 5 BNatSchG sind in mehrfacher Hinsicht verfehlt und werden rundum abgelehnt. Sie gehen an den Bestrebungen, eine für die Praxis rechtssichere Umsetzung unionsrechtlicher Artenschutzvorgaben zu schaffen, vorbei, sind regelungssystematisch misslungen und bieten auch nicht die Lösungsansätze, auf welche die Rechtsanwender im Rahmen der Diskussion über die Umsetzung FFH- und Vogelschutzrichtlinie gewartet haben. Dies gilt für alle verschiedenen Änderungspunkte, also für die Beziehung zur Eingriffsregelung in § 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG, die Festschreibung des Signifikanzkriteriums in dessen Satz 2 und die Problematik des Fangens zur Umsiedlung in dessen Satz 3.

#### 1. Verhältnis zur Eingriffsregelung und zu Bauvorhaben im Innenbereich

Die Neufassung des § 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG lehnt der NABU ab. Sie ist misslungen: Zum einen werden durch den Verweis auf § 17 BNatSchG (Eingriffszulassung) statt auf § 15 BNatSchG (Eingriffsregelung) neue Rechtsunsicherheiten geschaffen. Die Notwendigkeit einer korrekten Abarbeitung der Eingriffsregelung an der Leitlinie des Vermeidungsgebots (§ 15 Abs. 1 Satz 1 BNatSchG) war eine klare Vorgabe, mit der die Freiberg-Rechtsprechung des BVerwG für Rechtssicherheit gesorgt hat. Insbesondere aber stellt sich die Frage der Vereinbarkeit des § 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG mit Art. 12 FFH-Richtlinie und Art. 5 Vogelschutzrichtlinie. Eine vorangegangene behördliche Prüfung am Maßstab des Vermeidungsgebots der Eingriffsregelung stellt eine saubere europarechtliche Rechtfertigung für die Privilegierung dar; ein Verbotsausschluss bei Wahrung der ökologischen Funktionalität im räumlichen Zusammenhang durch vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen findet hingegen keine Stütze in Art. 12 FFH-Richtlinie. Das europarechtlich determinierte Artenschutzrecht verlangt zumindest primär Vermeidung der Verbote statt Ausgleich im räumlichen Zusammenhang. Ferner bedeutet eine Aufweichung der korrekten Prüfung des Eingriffs am Maßstab des Vermeidungsgebots der Eingriffsregelung Rechtsunsicherheit bei der Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme in Bezug auf die Frage, ob zumutbare Alternativen bestehen.

Zum anderen bewirkt die Neufassung mit der Beibehaltung des Verweises auf § 18 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG keine Verbesserung bei der eigentlich drängenden Frage zu § 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG. Umstritten ist nämlich, ob Bauvorhaben im Innenbereich die Freistellungen des § 44 Abs. 5 BNatSchG von den Verböten des § 44 Abs. 1 BNatSchG auch dann genießen, wenn sich die Zulässigkeit der baulichen Nutzung des Grundstücks mangels Bebauungsplan nach 34 BauGB richtet.<sup>2</sup> Für eine teleologische Reduktion des pauschalen Verweises in § 44 Abs. 5 Abs. 1 BNatSchG auf § 18 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG nur auf Gebiete mit Bebauungsplänen (§ 30 BauGB) bzw. während der Planaufstellung (§ 33 BauGB) spricht zweifelsohne, dass die Eingriffsregelung zumindest auf Bauvorhaben<sup>3</sup> im Innenbereich gemäß § 18 Abs. 1 Satz 2 BNatSchG nicht an-

<sup>2</sup> Gegen eine Privilegierung Gellermann, in: Schrödter, Baugesetzbuch, § 1a, Rn. 221; schwankend Lau, der sich zunächst gegen eine Privilegierung bei Vorhaben im unbeplanten Innenbereich aussprach, diese jedoch zwischenzeitlich befürwortet, vgl. Lau, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, § 44 Rn. 44 unter Fn. 235.

<sup>3</sup> Wegen der expliziten Bezugnahme auf „Vorhaben“ in § 18 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG bleibt unklar, ob die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung jenseits von Vorhaben im Sinne des § 29 BauGB im unbeplanten Innenbereich anwendbar bleibt, etwa bei der Fällung eines Baumes aus Gründen der Verkehrssicherung.

wendbar ist. Sinn der Privilegierung des § 44 Abs. 5 BNatSchG – auch nach seiner im Entwurf vorgeschlagenen Fassung, wie sich aus dem Verweis auf § 17 Abs. 1 und 3 BNatSchG ergibt – stellt es aber gerade dar, dass eine behördliche Prüfung im Rahmen der Eingriffsregelung sicher stattfindet,<sup>4</sup> was zwar über die städtebauliche Eingriffsregelung für Bauleitpläne zutrifft (§ 1a BauGB) und über die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung für Außenbereichsvorhaben (§ 18 Abs. 2 Satz 2 BNatSchG), nicht jedoch bei der Realisierung von Vorhaben im unbeplanten Innenbereich.

Darüber hinaus lässt der Gesetzgeber – obgleich er die Vorschrift anpackt – auch die Chance verstreichen, die insgesamt nicht als gelungen zu bezeichnende da unsystematische und leseunfreundlichen Norm des § 44 Abs. 5 BNatSchG (Ausnahme vom Verbotstatbestand mit unionsrechtlicher Konkretisierung in Satz 2, Einführung des Zusatzkriteriums der vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen in Satz 3, Anwendungsverweis in Satz 4, Teilverweis in Satz 5) sowie das ebenfalls in seiner Allgemeinheit kritikwürdige Instrument der „vorgezogenen Ausgleichsmaßnahmen“ grundlegend zu überarbeiten und alleine schon deswegen für den normalen Rechtsanwender bestehende Unklarheiten zu beseitigen.

## **2. Verfehlte Festschreibung des Signifikanzkriteriums im geplanten § 44 Abs. 5 S. 2 Nr. 1 BNatSchG**

Die Festschreibung des von der deutschen Verwaltungsrechtsprechung geprägten Signifikanzkriteriums ist vor dem Hintergrund des Unionsrechts sowie der immer noch ungeklärten Fragen der Bestimmung der angeblichen Signifikanz insgesamt äußerst bedenklich. Darüber hinaus ist die Verortung des Kriteriums in § 44 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG statt in § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG auch regelungssystematisch verfehlt. Insgesamt wird dadurch der europarechtlich determinierte (Art. 12 Abs. 1 Buchst. a FFH-Richtlinie) Individuenbezug des Tötungsverbots unterlaufen. Dies galt nach der Freiberg-Entscheidung des BVerwG bereits in der bisherigen Fassung des § 44 Abs. 5 BNatSchG (BVerwG, Urteil vom 14.07.2011, juris, Rn. 119); erst recht gilt dies, wenn nun versucht wird, weitere Maßnahmen qua definitione vom Verbotstatbestand auszunehmen. Das Artenschutzrecht der FFH- und Vogelschutzrichtlinie kennt die Relativierung über das Instrument der Signifikanz nicht. Einziges dort maßgebliches Kriterium für die Einschlägigkeit des Tötungsverbots ist die durch den Begriff der „absichtlichen Form des Fangs und der Tötung“ in Art. 12 FFH-Richtlinie geprägte Unterscheidung. Dieses Kriterium hat hinreichend Kontur durch die Rechtsprechung des EuGH erfahren und ist somit für die Rechtsanwender praktikabel. Die geplante Neufassung in § 44 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG birgt die Gefahr einer europarechtswidrigen Vollzugspraxis und damit eines Vertragsverletzungsverfahrens, zumal es in der nationalen Rechtsprechung<sup>5</sup> eine erste Tendenz weg von der Signifikanzschwelle hin zu einer rechtlich unzulässigen Mengenschwelle gibt: Das bloße Vorkommen streng geschützter Fledermäuse der schlagopfergefährdeten Arten im Bereich einer Windenergieanlage erfülle den Tatbestand des Tötungsverbots nach einem Urteil des OVG Sachsen-Anhalt noch nicht. Schlagopfergefährdete Fledermäuse müssten in einer Zahl auftre-

<sup>4</sup> BVerwG, Urteil vom 14.07.2011 – 9 A 12.10, juris, Rn. 118: „Ausdruck des gesetzgeberischen Willens, Maßnahmen zu privilegieren, für die vor Realisierung eine Prüfung und Bewältigung ihres naturschutzbezogenen Konfliktpotentials nach Maßgabe der Eingriffsregelung erwartet werden kann“.

<sup>5</sup> Vgl. etwa OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 16.05.2013 – 2 L 80/11, juris, Rn. 23.

ten, die Kollisionen von mehr als nur einzelnen Individuen mit hoher Wahrscheinlichkeit erwarten lassen. Diese Rechtsprechung verwechselt die Signifikanzschwelle mit einer Mengenschwelle. Abgesehen davon, dass völlig unklar ist, anhand welcher Kriterien die hinnehmbare Menge getöteter Tiere bestimmt werden sollte, sind derartige Relativierungen mit Art. 12 Abs. 1 Buchst. a FFH-Richtlinie nicht zu vereinbaren, der einen „Artenschutz durch Individuenschutz“ etabliert wissen will (vgl. *Gellermann*, UPR 2015, S. 417 ff. m.w.N.). Die in diesem Zusammenhang ergänzend geplante Einführung des Begriffs der „Unvermeidbarkeit der Beeinträchtigung“ ist ebenfalls abzulehnen, denn hierbei handelt es sich um einen weiteren unbestimmten Rechtsbegriff, der neue Fragen – etwa zu den Anforderungen an Schutzmaßnahmen und Prognosen – aufwirft.

Der Gesetzgeber täte gut daran, bei einer Novelle des BNatSchG zum Thema Artenschutz diesen deutschen Sonderweg einer bloßen „verbal-argumentativen“ Herleitung der Nicht-Einschlägigkeit eines Verbotstatbestands, der zahlreiche Fragen in der Praxis aufwirft, zu beenden und stattdessen auf eine echte Eins-zu-Eins-Umsetzung des Unionsrechts und handhabbare Kriterien zu setzen. Hierdurch ließen sich zahlreiche Unsicherheiten in der Anwendungspraxis vermeiden, was auch der Beschleunigung von Genehmigungsverfahren diene. Verstöße gegen die artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände sollten nach Auffassung des NABU stattdessen im Interesse der Rechtssicherheit und Vollzugstauglichkeit über die bestehende Möglichkeit des artenschutzrechtlichen Ausnahmetatbestands gehandhabt werden. Hier wäre der Gesetzgeber aufgerufen, unter Beteiligung der Rechtsanwender (untergesetzliche) Leitfäden zu entwickeln, die eine einheitliche und damit auch für die zuständigen Behörden handhabbare Praxis etablierten.

### **3. Unionsrechtswidrige Privilegierung des Fangens zur Umsiedlung im geplanten § 44 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 BNatSchG**

Auch die geplante Neufassung des § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BNatSchG geht am Kern einer guten, rechtssicheren und lösungsorientierten Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben vorbei. Diesbezüglich versucht der Gesetzgeber nämlich ebenfalls, qua Legaldefinition gewisse Maßnahmen, die eigentlich unter die artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände fallen, von deren Anwendungsbereich auszunehmen. Hierbei gilt es zu bedenken, dass das Bundesverwaltungsgericht stets darauf hingewiesen hat, dass die Frage, ob das Fangen zur Umsiedlung unter das Fangverbot nach Art. 12 Abs. 1 Buchst. a FFH-Richtlinie fällt, der Klärung durch den EuGH bedarf (vgl. bereits BVerwG, Urteil vom 09.07.2008 – 9 A 14.07, juris, Rn. 130). Es wäre im Sinne der Rechtssicherheit, wenn das BMUB ein Vorlageverfahren beim EuGH abwarten und sich gegenüber der Judikative für eine Vorlage dieser Frage an den EuGH aussprechen würde. Im Hinblick auf den Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 Buchst. a FFH-Richtlinie, der keine Einschränkung auf Fanghandlungen von gewisser Dauer zum Ausdruck bringt, ist die Ansicht des BMUB unionsrechtlich zumindest zweifelhaft. Zudem dürfte die geplante Freistellung zukünftig zu einer beachtlichen Senkung des Sorgfaltsniveaus bei einer als erforderlich erachteten Umsiedlung von Tieren führen, da sich aus Verletzungen oder Tötungen oder auch nur aus deren Prognose keine rechtlichen Konsequenzen ergäben. Insgesamt wird durch die geplante Regelung ein bedenkliches Vorgehen eines fachlich meist unnötigen, teuren und in der Regel wenig effektiven Absammelns und Umsiedelns der betroffenen Arten begünstigt.

Auch hier plädiert der NABU dafür, im Interesse der Rechtssicherheit und der Vollzugskontrolle eine Eins-zu-Eins-Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben vorzunehmen und ein strenges Artenschutzregime zu schaffen. Für die Praxis erforderliche Lösungen sind sodann über den artenschutzrechtlichen Ausnahmetatbestand des § 45 Abs. 7 BNatSchG zu suchen. Hier ist das BMUB sodann aufgefordert, für eines der wesentlichen Probleme der Anwendungspraxis, nämlich den Umgang mit weit verbreiteten Arten, welche durch die geplante Neufassung wohl nicht adressiert werden, praktikable Lösungsansätze zu suchen z.B. über standardisierte Ausnahmeveraussetzungen.

#### **IV. Meeresschutz/AWZ**

Neben den artenschutzrechtlichen Änderungen enthält der Gesetzesentwurf mehrere den Meeresnaturschutz vor allem in der AWZ betreffende Änderungen. Diese sind teils ebenfalls kritik- und damit nachbesserungswürdig.

##### **1. Klimaschutz als Ausnahme i.S.d. § 45 Abs. 7 BNatSchG**

Die im Anschreiben des BMUB explizit aufgeworfene Frage, ob zugunsten von Windenergieanlagen in § 45 Abs. 7 Satz 1 BNatSchG der zusätzliche Ausnahmegrund des „Klimas“ ergänzt werden sollte, verwundert. Eine solche Regelung zielt offensichtlich vor allem auf die Errichtung von Offshore-Windparks im Bereich der AWZ in der Nord- und Ostsee und lässt sich nur als ein augenscheinlich rechtswidriges Ansinnen der Interessenverbände der Windkraft erklären. Denn insbesondere beinhaltet der Katalog der Ausnahmegründe in Art. 9 Abs. 1 Vogelschutzrichtlinie nicht den Klimaschutz; dieser Ausnahmekatalog ist jedoch nach der Rechtsprechung des EuGH abschließend (EuGH, Urteil vom 26.01.2012 – C-102/11, NuR 2013, S. 718, Rn. 39 f.). Eine solche Privilegierung von Windenergieanlagen ist auch energiepolitisch nicht geboten, da die Nahzielsetzung des EEG, bis zum Jahr 2020 im Bereich Offshore 6,5 Gigawatt Strom zu produzieren, über die bisherige Genehmigungspraxis gut erreicht werden kann. Dies zeigt sich daran, dass bis Ende 2016 über 880 Anlagen mit einer Leistung von ca. 3,8 Gigawatt errichtet wurden.

##### **2. Bevorratung von Kompensationsflächen**

Demgegenüber begrüßt der NABU die neue Regelung des § 56a BNatSchG zur Bevorratung von Kompensationsflächen grundsätzlich, sieht aber Nachbesserungsbedarf. Einleitend weist der NABU darauf hin, dass durch die Bevorratung das Primat des Eingriffsvermeidens und sodann erst eingriffsspezifischen Ausgleichens im räumlichen Zusammenhang nicht ausgehebelt werden darf. Durch die geplante Regelung würde aber den faktischen Schwierigkeiten bezüglich der Realkompensation im Bereich der AWZ und des Festlandssockels Rechnung getragen, die über §§ 15, 16 BNatSchG nicht ausreichend abgedeckt sind. Insbesondere die vorherige naturschutzfachliche Anerkennung von juristischen Personen, auf welche die Ausführung und Unterhaltung der Kompensation übertragen werden kann, sollte aus Sicht des NABU mittelfristig auch im Hinblick auf die Regelungsbereiche Natura 2000 und besonderes Artenschutzrecht diskutiert werden. Klarstellungen sind jedoch geboten, ob sich die Vorschrift auf Kom-

pensationsmaßnahmen bezieht, die in der AWZ durchgeführt werden oder aber auf Kompensationsmaßnahmen für Vorhaben, die in der AWZ durchgeführt werden. Außerdem wird eine Öffentlichkeitsbeteiligung bezüglich der Bevorratung von Kompensationsmaßnahmen angeregt, da diese regelmäßig auch ein Teil von ebenfalls beteiligungspflichtigen Planverfahren sind. Zudem fehlt es bisher an materiellen Standards für Kompensationsmaßnahmen, die etwa in der Bundeskompensationsverordnung geregelt werden könnten.

### **3. Änderungen bezüglich der Meeresschutzgebiete i.S.d. § 57 BNatSchG**

Kritikwürdig sind außerdem die geplanten Änderungen bei den Meeresschutzgebieten (§ 57 BNatSchG). Zum einen lehnt der NABU die im Anschreiben des BMUB genannte mögliche Beteiligung von fachfremden Ressorts in Form eines Einverständnisses („Vetos“) statt eines Benehmens bei der Unterschutzstellung von Meeresschutzgebieten (§ 57 Abs. 2 BNatSchG) strikt ab. Die Vorgaben der FFH- und Vogelschutzrichtlinie für die Unterschutzstellung der Natura 2000-Gebiete im Bereich der AWZ durch Naturschutzgebietsverordnungen, insbesondere die Verpflichtung die nötigen Erhaltungsmaßnahmen festzulegen und durchzuführen (vgl. Art. 6 Abs. 1 und 2 FFH-Richtlinie und Art. 4 Abs. 1 Vogelschutzrichtlinie), bedingen realpolitisch ein Primat der Naturschutzbehörden. Das aktuelle Vertragsverletzungsverfahren der EU-Kommission gegen Deutschland wegen unzureichender Unterschutzstellung der Natura 2000-Gebiete, wovon auch jene in der AWZ betroffen sind, macht dies deutlich. Eine Einvernehmensregelung zugunsten des Wirtschafts-, Verkehrs- oder Landwirtschaftsressorts bei der Auswahl und Unterschutzstellung (§ 57 Abs. 1 und 2 BNatSchG) von Meeresschutzgebieten auf Grundlage der EU-Meeresschutz-Rahmenrichtlinie (MSRL) oder aufgrund weiterer Artenschutzübereinkommen (z.B. CBD, Helsinki-Übereinkommen, OSPAR) überrascht angesichts des Umstands, dass im umgekehrten Fall, etwa bei der Genehmigung von Offshore-Windparks auf der Grundlage der Seeanlagenverordnung, das Bundesamt für Naturschutz nur als Benehmensbehörde für die Belange des Arten- und Habitatschutzes eingebunden ist. Es ist offensichtlich, dass sich die Nutzerressorts mit dem „Veto-Recht“ etwas herausnehmen möchten, dass sie selbst nicht bereit sind, in ihrem sachlichen Zuständigkeitsbereich dem Naturschutz einzuräumen. Außerdem ist ein solches Einvernehmen auch sachlich nicht gerechtfertigt, da es bei der Unterschutzstellung eindeutig um eine naturschutzfachliche Fragestellung geht, bei der wirtschaftliche Aspekte keine vorrangige Rolle spielen. Des Weiteren spricht sich der NABU dafür aus, die Beschränkungsmöglichkeiten statt komplett in § 57 Abs. 3 BNatSchG in zwei separaten Absätzen zu regeln und hierfür einen neuen § 57 Abs. 4 BNatSchG einzuführen, damit Beschränkungen jenseits des Anwendungsbereichs des Seerechtsübereinkommens (SRÜ) einheitlicher gefasst werden können. In einem solchen Absatz 4 könnte einleitend klargestellt werden, dass Beschränkungen insbesondere aus den Vorgaben von Natura 2000, der Meeresschutz-Rahmenrichtlinie und anderen völkerrechtlichen Vorgaben zum Meeresschutz resultieren können. Anpassungsbedarf gegenüber dem vorgelegten Entwurf sieht der NABU insbesondere im Hinblick auf Beschränkungsmöglichkeiten der Fischerei (§ 57 Abs. 3 Nr. 3 BNatSchG) aufgrund von Art. 6 Abs. 3 FFH-Richtlinie, wozu sich ein Vorlagever-

fahren des VG Köln beim EuGH andeutet.<sup>6</sup> Der NABU vertritt bekanntlich die Ansicht, dass Art. 6 Abs. 3 FFH-Richtlinie dazu verpflichtet, Fischereitätigkeiten (unter dem Vorbehalt einer Ausnahme nach Art. 6 Abs. 4 FFH-Richtlinie) zu untersagen, welche die Erhaltungsziele von Natura 2000-Gebieten im Bereich der AWZ erheblich beeinträchtigen können – auch dann, wenn es sich um Maßnahmen handelt, die Auswirkungen auf Fischereifahrzeuge anderer EU-Mitgliedsstaaten haben. Bezüglich der Nutzungsbeschränkungen jenseits des SRÜ fordert der NABU den Gesetzgeber ferner dazu auf, Nutzungsbeschränkungen nicht nur insbesondere wegen erheblicher Beeinträchtigung der Schutzzwecke von Natura 2000 und Meeresstrategie-Rahmenrichtlinie zuzulassen, sondern gesetzlich teilweise für ein repressives Verbot zu sorgen. Hierfür müssen für die als Naturschutzgebiet unter Schutz gestellten Natura 2000-Gebiete in der AWZ bis zu einer zu bestimmenden Größe auch Nutzungsbeschränkungen aufgrund des Veränderungsverbots des § 23 Abs. 2 BNatSchG zugelassen werden, damit mindestens 50 % Nullnutzungszonen innerhalb der Meeresschutzgebiete realisiert werden können. Die Etablierung von Nullnutzungszonen stellt den einzigen Weg dar, um der schwindenden Biodiversität im Bereich der Nord- und Ostsee wirkungsvoll zu begegnen; die nationale Rote Liste der Meeresorganismen aus dem Jahr 2014 führt ein Drittel der untersuchten Arten und Lebensräume als gefährdet an. Nach Anfangsbewertung der MSRL befinden sich die deutsche Nord- und Ostsee in keinem guten Umweltzustand.

## V. Weitere Versäumnisse des vorgelegten Gesetzesentwurfs

Wenn der Gesetzgeber zum heutigen Zeitpunkt eine Novelle des BNatSchG vorlegt, sollte diese versuchen, weitere Defizite der bestehenden Rechtslage, die sich beispielsweise durch jüngere Rechtsprechung oder gesellschaftliche und technische Entwicklungen gezeigt haben, zu beseitigen. Diesbezüglich weist der NABU bloß beispielhaft auf die folgenden beiden verbesserungswürdigen Punkte hin.

### 1. Anpassung des § 41 BNatSchG u.a. an Stand der Technik

Die Regelung des § 41 BNatSchG bezieht sich auf den Schutz von Vogelarten bei zu errichtenden (Leitungs-)Masten. Nachrüstungen bis Ende 2012 hatten nach dem VDEW-Maßnahmenkatalog von 1991 zu erfolgen, wie sich aus der damaligen Gesetzesbegründung ergibt. Die Netzbetreiber gehen von einem Bestandsschutz für solche auf diese Rechtsgrundlage gestützten Maßnahmen aus, obwohl sich einige von diesen als völlig unwirksam herausstellten. Der Maßnahmenkatalog von 1991 ist daher inzwischen von der VDE-Anwendungsregel „Vogelschutz an Mittelspannungsfreileitungen“ (VDE-AR-N 4210-11) vom August 2011 abgelöst worden. Der nicht mehr aktuelle § 41 im BNatSchG muss auf der Grundlage neuer Regeln wie der VDE-AR und Erkenntnisse aktualisiert und somit insgesamt dem Stand der Technik angepasst werden. In diesem Zusammenhang sind im Hinblick auf den Vogelschutz auch Nachrüstungen für Altanlagen vorzusehen, wobei aus Gründen der Verhältnismäßigkeit entsprechende Übergangsfristen gewährt werden können. Dies vorausgeschickt, schlägt der NABU vor, den Wortlaut des § 41 BNatSchG wie folgt zu fassen:

<sup>6</sup> Das BMUB vergleiche hierzu das ihm bekannte Sitzungsprotokoll vom 29.11.2016 im Verfahren DNR ./ BRD des VG Köln, Az.: 2 K 493/15; ein etwaiger Vorlagebeschluss dürfte sodann sowohl auf den Seiten des VG Köln als auch des EuGH zu finden sein.

*„Zum Schutz von Vogelarten sind neu zu errichtende Masten und technische Bauteile von Mittelspannungsleitungen und Oberleitungen von Eisenbahnen konstruktiv so auszuführen, dass Vögel gegen Stromschlag geschützt sind. An bestehende Masten von Mittelspannungsleitungen mit Gefährdung von Vögeln sind bis zum 31.12.2020 die notwendigen Maßnahmen zur Sicherung gegen Stromschlag gemäß VDE-Anwendungsregel (VDE-AR-N 4210-11) durchzuführen, für Oberleitungsanlagen von Eisenbahnen bis zum 31.12.2025 gemäß DB-Richtlinie (Ril 997.9114)“*

## **2. Klarstellung der Verbindlichkeit der bestehenden Regeln zur „guten fachlichen Praxis“ der Land- und Forstwirtschaft sowie weitergehende Auskonkretisierung dieses Regelungsgefüges**

Die Land-, Forst- und Fischereiwirtschaft erfährt eine weitgehende Privilegierung im Bundesnaturschutzgesetz. So gelten zum einen nach § 14 Abs. 2 Satz 2 BNatSchG die mit den Tätigkeiten einhergehende Bodennutzung regelmäßig nicht als Eingriff im Sinne des § 14 Abs. 1 BNatSchG, obgleich hierdurch selbstredend eine (negative) Veränderung der in Abs. 1 genannten Schutzgüter einhergeht. Voraussetzung ist hierfür, dass die Tätigkeiten den Anforderungen der guten fachlichen Praxis entsprechen. Zum Zweiten gelten nach § 44 Abs. 4 BNatSchG auch die artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände qua definitione als nicht einschlägig, soweit die Land-, Forst- oder Fischereiwirtschaft die Anforderungen an ihre jeweilige gute fachliche Praxis erfüllt.

Diese weite Privilegierung ist schon vor dem Hintergrund des Gebots einer effektiven Umsetzung der Vorgaben der FFH- und Vogelschutzrichtlinie bedenklich. Lässt man sich auf ein solches System ein, ist aber zwingend, dass dieses zumindest hinreichend konkret und verbindlich ist, um in sich zu funktionieren. Ein Blick auf die deutsche Regelungslage zeigt, dass das System der „guten fachlichen Praxis“ leider weder hinreichend konkret noch hinreichend verbindlich ist. Dies wird naturschutzfachlich auch durch aktuelle Untersuchungen bestätigt, die belegen, dass beispielsweise die Landwirtschaft für den Bereich des Offenlandes immer noch eine der Hauptursachen für den Biodiversitätsverlust darstellt.

Vor diesem Hintergrund fordert der NABU den Gesetzgeber auf, die BNatSchG-Novelle zu nutzen, endlich das System der guten fachlichen Praxis durch konkrete und verbindliche Regeln zu effektiveren oder aber von der Privilegierung Abstand zu nehmen. Die zwingende Notwendigkeit zum Tätig werden des Gesetzgebers wurde jüngst durch ein Urteil des BVerwG bestätigt. Nach dem Richterspruch ist nämlich die an sich vollzugsgeeignete Regel der guten fachlichen Praxis des § 5 Abs. 2 Nr. 5 BNatSchG, die sich auf den Grünlandumbruch auf Moorstandorten bezieht, nicht geeignet, eine verbindliche Verbotswirkung zu entfalten.<sup>7</sup>

Impressum: © 2016, Naturschutzbund Deutschland (NABU) e.V.

Charitéstraße 3, 10117 Berlin, www.NABU.de. [REDACTED]

Fotos: NABU/E. Neuling, 12/2016

<sup>7</sup> Vgl. die Pressemitteilung des BVerwG Nr. 71/16 zum Urteil vom 01.09.2016, Az. 4 C 4.15. Die Urteilsbegründung liegt zum Zeitpunkt des Verfassens der Stellungnahme noch nicht vor.