

## **CEF-Maßnahmen oder Ausnahmeentscheidungen im Zulassungsverfahren und in der Bauleitplanung**

Baumann Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB

RAin Franziska Heß

Fachanwältin für Verwaltungsrecht



## Gliederung

1. Artenschutz in Zulassungs- und Bauleitplanverfahren
2. Artenschutzrechtliche Verbotstatbestände im Überblick
3. Ausnahmen von den artenschutzrechtlichen Verboten
4. CEF-Maßnahmen im System der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände
5. Erfahrungen aus der Praxis und Fazit



## 1. Artenschutz in Zulassungs- und Bauleitplanverfahren

- Vorgaben der Art. 5 und 9 VRL, Art. 12, 13 und 16 FFH-RL und der nationalen Bestimmungen in §§ 44, 45 und 67 BNatSchG als zwingende materielle Vorgaben für die Zulassung von Vorhaben
- Zwar keine unmittelbare Geltung der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände für die kommunale Bauleitplanung, aber Vollzugsfähigkeit des Bebauungsplans ist Anknüpfungspunkt für die Prüfung der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände
- Strenge unionsrechtliche Vorgaben und deren nationale Umsetzung sorgen für anspruchsvolles Prüfprogramm und errichten ernstzunehmende Hürden für Projekt- und Bauleitplanungen



## Allgemeine Anforderungen an artenschutzrechtliche Prüfungen

- Für Artenschutz existiert weder formalisiertes Prüfverfahren noch normative Festlegung von Art, Umfang, Methodik und Untersuchungstiefe
- Artenschutzrechtliche Prüfung tendiert aufgrund der Vielzahl der Arten zur „Entgrenzung“
- **BVerwG**: Prüfung am Maßstab der praktischen Vernunft, die sich aus 2 Quellen speist (Bestandserfassung vor Ort und Auswertung vorhandener Erkenntnisse und Fachliteratur) – z.B. BVerwGE 131, 274-315, Rn. 57 ff.
- Erstellung eines lückenlosen Arteninventars ist nicht erforderlich
- Aber: Monitoring kein Mittel zum Ausgleich von Ermittlungsdefiziten (BVerwGE 140, 149-178, Rn. 105)
- Fehler in der artenschutzrechtlichen Prüfung können auf die Eingriffsregelung und die fachplanerische Abwägung durchschlagen (BVerwGE 140, 149-178, Rn. 107 ff.)



## 2. Artenschutzrechtliche Verbotstatbestände im Überblick

### aa) Tötungsverbot

- Art. 5 lit. a VRL und Art. 12 I lit. a FFH-RL verbieten das absichtliche Töten oder Fangen geschützter Vogel- bzw. Tierarten ungeachtet der angewandten Methode
- § 44 I Nr. 1 BNatSchG verbietet, wild lebenden Tieren der besonders geschützten Arten nachzustellen, sie zu fangen, zu verletzen oder zu töten oder ihre Entwicklungsformen aus der Natur zu entnehmen, zu beschädigen oder zu zerstören
- Individuenbezogene Verbotsvorschriften (unstreitig)
- Begriff der „absichtlichen“ Tötung durch EuGH weit ausgelegt – gewollte Begehung oder bewusste Inkaufnahme vorhersehbarer Folgen ausreichend (vgl. Urteile vom 20.10.2005 - C-6/04 - und vom 18.05.2006 - C-221/04)
- Erfordernis der signifikanten Risikoerhöhung gegenüber dem allgemeinen Lebensrisiko (z.B. BVerwGE 131, 274-315, Rn. 90 f.; BVerwGE 133, 239-280, Rn. 58)



## bb) Störungsverbot

- Art. 5 lit. d VRL verbietet jedes absichtliche Stören, insbesondere während der Brut- und Aufzuchtzeit, sofern sich diese Störung auf die Zielsetzung der Richtlinie erheblich auswirkt
- schützt damit nicht jede lokale Population, vielmehr gilt gebietsbezogene Betrachtungsweise nach ornithologischen Kriterien, wobei der Behörde naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative zusteht
- Art. 12 I lit. b FFH-RL verbietet jede absichtliche Störung der durch die RL geschützten Arten, insbesondere während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten
- § 44 I Nr. 2 BNatSchG verbietet, wild lebende Tiere der streng geschützten Arten und der europäischen Vogelarten während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Mauser-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten **erheblich** zu stören; eine erhebliche Störung liegt vor, wenn sich durch die Störung der Erhaltungszustand der lokalen Population einer Art verschlechtert
- Streitfragen: Unionsrechtskonformität des Merkmals der Erheblichkeit und Schutzgegenstand der Verbotsvorschrift (Population oder Individuum?)



- Auffassung EU-Kommission (Leitfaden 2007): Störung (+), wenn durch die Tätigkeit negative Auswirkungen auf den Erhaltungszustand der Population zu besorgen sind, insbesondere wenn die Überlebenschancen, der Bruterfolg oder die Reproduktion vermindert werden – maßgeblich ist Einzelfallbetrachtung abhängig von den Merkmalen der betroffenen Art und der jeweiligen Situation
- BVerwG: Wortlautvergleich Art. 12 I lit. a FFH-RL („Tötung von (...) Exemplare(n) dieser Art“) mit Art. 12 I lit. b FFH-RL („Störungen dieser Arten“) ergibt Populationsbezug, an lokaler Population (= lokales Vorkommen) orientiertes Erheblichkeitskriterium damit unionsrechtlich unbedenklich (vgl. BVerwGE 131, 274-315, Rn. 104)
- Stellungnahme:
- Wortlaut Art. 12 I lit. b FFH-RL spricht eher für individuenbezogene Betrachtungsweise, da „die Art“ nicht gestört werden kann, sondern nur das Individuum
- Gefährdung der Überlebenschancen, des Bruterfolgs oder der Reproduktionsfähigkeit einer Population beginnt, wenn einzelne Exemplare von dieser Gefährdung betroffen sind, daher fraglich, ob überhaupt ein Gegensatz zwischen Art und Individuum besteht (vgl. Philipp, NVwZ 2008, 593, 596; Gellermann/Schreiber, Schutz wild lebender Tiere und Pflanzen in staatlichen Planungs- und Zulassungsverfahren, 2007, Seite 82 f.)
- **Daher Einzelfallbetrachtung abhängig von den Merkmalen der betroffenen Art und der jeweiligen Situation**

## cc) Beschädigungsverbot

- Art. 5 lit. b VRL verbietet absichtliche Zerstörung oder Beschädigung von Nestern und Eiern und die Entfernung von Nestern
- Art. 12 I lit. d FFH-RL verbietet jede Beschädigung oder Vernichtung der Fortpflanzungs- oder Ruhestätten, wobei absichtliches Handeln gerade nicht erforderlich ist
- § 44 I Nr. 3 BNatSchG verbietet, Fortpflanzungs- oder Ruhestätten der wild lebenden Tiere der besonders geschützten Arten aus der Natur zu entnehmen, zu beschädigen oder zu zerstören
- Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen i.S.d. Eingriffsregelung schließen Verbotsbestand nicht aus (BVerwGE 126, 166-182, Rn. 33)
- Laut EU-Kommission (Leitfaden 2007) zielt Art. 12 I lit. d FFH-RL auf Schutz der ökologischen Funktionalität der Fortpflanzungs- und Ruhestätten





### **Weiter oder enger Lebensstättenbegriff?**

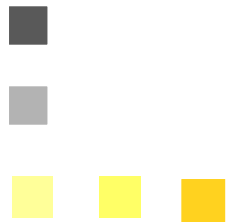
- Begriff der Lebensstätten nicht allgemein definiert, sondern für jede Art gesondert nach ökologischen Kriterien zu bestimmen (unstreitig)

### **EU-Kommission (Leitfaden 2007):**

- Jedenfalls bei Arten mit kleinerem Aktionsradius ist weite Definition sinnvoll

### **BVerwG:**

- § 44 I Nr. 3 BNatSchG liegt enger Lebensstättenbegriff zugrunde (BVerwGE 140, 149-178, Rn. 140 zum insoweit gleichlautenden § 42 I Nr. 3 BNatSchG 2007)
- Unionsrechtliche Bedenken können durch Erfordernis des Funktionsvorbehaltes aufgefangen werden
- Im Ergebnis betont das Gericht, dass die Abgrenzung der Lebensstätte in erster Linie eine naturschutzfachliche Frage ist, die artspezifisch im Einzelfall zu beantworten ist



### 3. Ausnahmen von den artenschutzrechtlichen Verboten

Art. 16 Abs. 1 FFH-RL gestattet die Erteilung einer Ausnahme, wenn

- es keine anderweitige zufriedenstellende Lösung gibt (Alternativenbetrachtung),
- die Populationen der betroffenen Art in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet trotz der Ausnahmeregelung ohne Beeinträchtigung in einem günstigen Erhaltungszustand verweilen (ggf. unter Anwendung von FCS-Maßnahmen) **und**
- einer der in lit. a bis e genannten Ausnahmegründe vorliegt

Es gilt das Gebot restriktiver Auslegung von Ausnahmebestimmungen.

Die Ausnahmegründe des Art. 9 VRL sind mit Art. 16 FFH-RL nicht deckungsgleich, allerdings ist die VRL zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen im Lichte der FFH-RL um den Ausnahmegrund des überwiegenden öffentlichen Interesses zu erweitern (h.M., Nachweise bei Lorz/Konrad/Mühlbauer u.a., Naturschutzrecht, 3. Auflage, § 45 BNatSchG, Rn. 28).



## **4. CEF-Maßnahmen im System der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände**

- „Maßnahmen zur Sicherung der kontinuierlichen ökologischen Funktionalität von Fortpflanzungs- und Ruhestätten“
- Keine Grundlage im Wortlaut der VRL oder FFH-RL, sondern von EU-Kommission in ihrem Leitfaden 2007 entwickelt - Unionsrechtliche Zulässigkeit bisher durch EuGH nicht geklärt
- CEF-Maßnahmen sind nach der Definition der EU-Kommission schadensbegrenzende Maßnahmen zur Minimierung oder Beseitigung negativer Auswirkungen auf die Funktionalität von Lebensstätten, die sicherstellen müssen, dass es zu keinem Zeitpunkt zu einer Reduzierung oder einem Verlust der ökologischen Funktionalität dieser Stätten kommt
- Wird dies gewährleistet und werden die entsprechenden Vorgänge von den zuständigen Behörden kontrolliert und überwacht, ist eine Ausnahme nach Art. 16 I FFH-RL nicht erforderlich
- Im Unterschied zu Vermeidungsmaßnahmen wird eine Beeinträchtigung der Lebensstätten nicht durch Maßnahmen am Vorhaben vermieden, sondern erfolgt tatsächlich



## **a) Konkretisierung der fachlichen Anforderungen für CEF-Maßnahmen (nach Runge et. al 2010)**

### **Definition:**

Maßnahmen, die unmittelbar an der voraussichtlich betroffenen Fortpflanzungs- oder Ruhestätte ansetzen bzw. mit dieser räumlich-funktional verbunden sind und zeitlich so durchgeführt werden, dass sich die ökologische Funktion der von einem Eingriff betroffenen Fortpflanzungs- oder Ruhestätte nachweisbar oder mit einer hohen, objektiv belegbaren Wahrscheinlichkeit nicht gegenüber dem Voreingriffszustand verschlechtert.

### **Ziel:**

■ Erhalt der ökologischen Funktion der Fortpflanzungs- oder Ruhestätte, d.h. Populationsgröße und –struktur müssen in mindestens gleichem  
■ Umfang und gleicher Qualität erhalten bleiben



### **Möglich durch:**

- Wiederherstellung des betroffenen Habitats in mindestens gleicher Größe (Neuschaffung bzw. Entwicklung natürlicher und naturnaher Habitate)
- Wiederherstellung der artspezifisch relevanten Habitatstrukturen in mindestens gleichem Umfang und gleicher Qualität (Maßnahmen der Habitatverbesserung, z. B. Strukturierung, Anteil an Höhlenbäumen, etc.),
- Erhalten vorhandener Vernetzungsbeziehungen zu Nachbarpopulationen in gleicher Qualität und
- Gewährleistung eines Schutz vor Beeinträchtigungen, welcher mindestens der Status quo-Situation entspricht

### **Grundvoraussetzung:**



Artspezifische und einzelfallbezogene Identifizierung der für die Fortpflanzungs- oder Ruhefunktionen relevanten Habitatqualitäten



## Spezifische Anforderungen

- Ausreichende Dimensionierung der CEF-Maßnahmen (1:1-Ausgleich wegen Prognoseunsicherheiten meist nicht ausreichend)
- Räumlich-funktionaler Zusammenhang mit betroffener Lebensstätte („Erreichbarkeit“)
- Strikte zeitliche Wirksamkeit ohne „timelag“ erfordert regelmäßig Durchführung der Maßnahmen vor Beginn des Eingriffs (Kontinuität der ökologischen Funktion) – Konventionsvorschlag: bis 5 Jahre sehr gute bis gute Eignung, 5 – 10 Jahre mittel bis gering, ab 10 Jahren grundsätzlich ungeeignet
- Zeitliche Wirksamkeit ist artspezifisch zu prüfen und von den wiederherzustellenden Habitatstrukturen und ihrer Entwicklungszeit sowie der Ausbreitungsfähigkeit der betroffenen Arten und der räumlichen Entfernung bzw. Lage der Ausgleichshabitate abhängig
- EU-Kommission fordert, dass die ökologische Funktion vorgezogener Ausgleichsmaßnahmen für die betreffenden Arten eindeutig nachgewiesen werden muss, weshalb eine Überwachung der funktionserhaltenden Maßnahmen unabdingbar ist
- Prognoseunsicherheiten liegen in der Natur der Sache und können nur durch ausreichenden zeitlichen Vorlauf der Maßnahmenrealisierung vor dem Eingriff und begleitendes Risikomanagement aus Wirkungskontrollen und Korrekturmaßnahmen reduziert werden



**Zusammengefasst gilt für die Wirksamkeitsprognose (nach Runge et. al 2010):**

Je kürzer die Entwicklungszeiträume für die Herstellung der Ausgleichshabitate sind,  
je näher die Ausgleichshabitate an den betroffenen Lebensstätten liegen,  
je mobiler die betroffenen Arten sind,  
je höher die Vermehrungsraten und die Anpassungsfähigkeiten der betroffenen Arten sind,  
je mehr positive Erfahrungen mit vergleichbaren Maßnahmen vorliegen,  
je besser die Rahmenbedingungen bzw. „Gesetzmäßigkeiten“ für die Wirksamkeit einer Maßnahme bekannt sind und  
je besser die Datengrundlage zur Beurteilung der relevanten Rahmenbedingungen ist,

 **umso größer ist die Wahrscheinlichkeit der Wirksamkeit von CEF-Maßnahmen.**



## **b) Übernahme des Konzepts der CEF-Maßnahmen in § 44 V BNatSchG**

### § 44 V 1 - 3 BNatSchG lautet:

„Für nach § 15 zulässige Eingriffe in Natur und Landschaft sowie für Vorhaben im Sinne des § 18 Absatz 2 Satz 1, die nach den Vorschriften des Baugesetzbuches zulässig sind, gelten die Zugriffs-, Besitz- und Vermarktungsverbote nach Maßgabe der Sätze 2 bis 5.

Sind in Anhang IV Buchstabe a der Richtlinie 92/43/EWG aufgeführte Tierarten, europäische Vogelarten oder solche Arten betroffen, die in einer Rechtsverordnung nach § 54 Absatz 1 Nummer 2 aufgeführt sind, liegt ein Verstoß gegen das Verbot des Absatzes 1 Nummer 3 und im Hinblick auf damit verbundene unvermeidbare Beeinträchtigungen wild lebender Tiere auch gegen das Verbot des Absatzes 1 Nummer 1 nicht vor, soweit die ökologische Funktion der von dem Eingriff oder Vorhaben betroffenen Fortpflanzungs- oder Ruhestätten im räumlichen Zusammenhang weiterhin erfüllt wird.

Soweit erforderlich, können auch vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen festgesetzt werden.“





- BNatSchG integriert damit CEF-Maßnahmen in Legalausnahme für nach § 15 BNatSchG zulässige Eingriffe
- Geht über Konzept der EU-Kommission hinaus, die CEF-Maßnahmen lediglich im Zusammenhang mit Beschädigungen von Lebensstätten entwickelt hat – nach § 44 V 1 werden aber auch mit der Zerstörung von Lebensstätten im Zusammenhang stehende Tötungen aus dem Verbotstatbestand ausgenommen
- Gefahr des Unterlaufens des Rechtfertigungszwanges des Art. 16 I FFH-RL für Tötungen i.S.d. Art. 12 I lit. a FFH-RL
- BVerwG hat wegen der Legalisierung auch von Tötungen im Sinne des Art. 12 I lit. a FFH-RL eine Vereinbarkeit mit der FFH-RL verneint (BVerwGE 140, 149-178, Rn. 117; noch offen gelassen in BVerwGE 131, 274-315, Rn. 98), hingegen CEF-Maßnahmen im Anwendungsbereich des Beschädigungsverbotes im Grundsatz gebilligt (ebd.)
- Kritik der Literatur, dass das CEF-Konzept von einem räumlich weiten Verständnis der geschützten Lebensstätten ausgehe, das § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG gerade nicht aufgreift (z.B. Gellermann, NuR 2007, 783, 788), wurde vom BVerwG bisher offen gelassen (BVerwGE 140, 149-178, Rn. 117)

- Bedenklich ist auch, dass § 44 V 3 BNatSchG keine Verpflichtung zur Anordnung von CEF-Maßnahmen vorsieht, sondern diese sogar unter den Vorbehalt der Erforderlichkeit stellt
- Zudem wird teilweise befürchtet, dass der mit § 44 V 2 BNatSchG vom Gesetzgeber gewählte populationsbezogene Ansatz wegen des Individuenbezugs der Verbotstatbestände des Art. 12 I FFH-RL einer Überprüfung durch den EuGH nicht standhalten könnte
- § 44 V BNatSchG bewirkt zugleich einen Ausschluss von nur national geschützten Arten im Rahmen von Eingriffsvorhaben aus der Prüfung der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände und verweist diese auf einen alleinigen Schutz durch die Eingriffsregelung nach §§ 14 ff. BNatSchG, was wegen der Staatszielbestimmung des Art. 20a GG nicht bedenkenfrei und unter naturschutzfachlichen Gesichtspunkten nur schwer verständlich ist (dazu Philipp, NVwZ 2008, 593, 596 f.)
- Für Bauleitplanungen ist Anwendbarkeit von § 44 V 2, 3 BNatSchG zweifelhaft, da Kompensationsmaßnahmen nicht nach § 15 BNatSchG, sondern nach Maßgabe des Bauplanungsrechts angeordnet werden (vgl. Gellermann, NuR 2007, 132, 137)



## 5. Erfahrungen aus der Praxis und Fazit

- CEF-Maßnahmen werden häufig und großzügig angewandt
- CEF-Maßnahmen sind die Regel, Ausnahmen – im wahrsten Sinne des Wortes – die Ausnahme
- Es bestehen Zweifel, dass die hohen fachlichen Anforderungen an CEF-Maßnahmen (insbesondere zeitliche Wirksamkeit) in jedem Einzelfall gewährleistet werden
- Vorhaben, die dem EEG unterliegen, sind auf CEF-Maßnahmen angewiesen, jedenfalls wenn diese als rein privatnützig und damit nicht ausnahmefähig angesehen werden (so z.B. für Windkraftanlagen Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 2013, Rn. 259 ff.)
- Gerade bei Vorhaben, die mangels Einschlägigkeit von Ausnahmegründen nicht ausnahmefähig sind, bergen CEF-Maßnahmen die Gefahr, dass Art. 9 VRL bzw. Art. 16 FFH-RL unterlaufen werden
- Bei grundsätzlich ausnahmefähigen Vorhaben entfällt jedenfalls Begründungs- und Abwägungserfordernis für Ausnahmen und damit eine ernstzunehmende Zulassungshürde



- Da der EuGH sich soweit ersichtlich noch nicht mit CEF-Maßnahmen auseinandergesetzt hat, muss deren unionsrechtliche Zulässigkeit als offen angesehen werden
- CEF-Maßnahmen bergen damit vor allem für nicht ausnahmefähige Vorhaben eine nicht zu unterschätzende Rechtsunsicherheit
- CEF-Maßnahmen mindern zugleich die Durchsetzungsfähigkeit der artenschutzrechtlichen Belange und erleichtern die Realisierung von Vorhaben
- CEF-Maßnahmen können damit insbesondere bei unzureichender Kontrolle der Wirksamkeit zu einer Verfehlung der Ziele der VRL und FFH-RL führen
- Gilt in besonderem Maße, wenn eine Art bereits in einem ungünstigen Erhaltungszustand ist
- Bei strikter Beachtung der fachlichen Anforderungen und konsequenter Kontrolle der Wirksamkeit unter Einschluss geeigneter Nachbesserungsmaßnahmen können sie aber den Zweck einer Verwirklichung von Vorhaben in Harmonie mit den Belangen des Artenschutzes erfüllen
- Entscheidend ist regelmäßig die Intensität und Qualität der Bestandserhebungen sowie der Eingriffsbewertungen im Einzelfall – nur wenn vorhandene Arten und deren Lebensstätten anhand der besten verfügbaren wissenschaftlichen Erkenntnisse ermittelt werden, können tatsächlich wirksame CEF-Maßnahmen entwickelt werden





# Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

BAUMANN Rechtsanwälte  
Partnerschaftsgesellschaft mbB  
RAin Franziska Heß  
Harkortstraße 7  
04107 Leipzig  
[hess@baumann-rechtsanwaelte.de](mailto:hess@baumann-rechtsanwaelte.de)  
[www.baumann-rechtsanwaelte.de](http://www.baumann-rechtsanwaelte.de)

