

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 Artenschutzes, sondern ebenso maßgeblich durch die europäische wie deutsche Rechtsprechung angestoßen. **1**

I. Die Anfänge des Artenschutzes in der Planung

Die artenschutzrechtlichen Verbote fanden in der **nationalen Rechtsprechung** zunächst wenig Berücksichtigung in der Fach- wie auch Bebauungsplanung. **2** So blieb die Klage gegen den Planfeststellungsbeschluss für die „Ortsumgebung 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 Oberverwaltungsgericht 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 Verkennung des Artenschutzes durch die Rechtsprechung, sondern darin begründet, dass § 43 Abs. 4 des seinerzeitigen Bundesnaturschutzgesetzes (BNatSchG 2006) nur absichtliche Handlungen der artenschutzrechtlichen Verbotswirkung unterstellte.

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.

1. Teil Einführung

II. Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 10.1.2006

- 3 Eine Zäsur in der nationalen Rechtsprechung und dem bisherigen Umgang mit den artenschutzrechtlichen Verboten bewirkte das **Urteil des Europäischen Gerichtshofs** 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 (VS-RL)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-

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.

1. Kapitel Die wachsende Bedeutung des Artenschutzes

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

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 paragraphenmäßige Zuordnung geändert. Die artenschutzrechtlichen Verbote sind nunmehr in § 44 BNatSchG geregelt. 5

IV. Gegenwärtig: Schwierige Verzahnung von Artenschutz- und Bauplanungsrecht

Vor dem Hintergrund der EuGH-Rechtsprechung und der Gesetzesnovelle des Bundesnaturschutzgesetz wurde in Literatur und Praxis zunächst die Befürchtung geäußert, der Artenschutz könne wie schon der Gebietsschutz nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zur Westumfahrung Halle¹⁶ eine unüberwindbare Hürde für die Verwirklichung von Bauprojekten darstellen.¹⁷ 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 Bebauungsplanung¹⁸, so dass die Rechtsanwender zunehmend Sicherheit bei der Anwendung des Artenschutzes im „planerischen Alltag“ gewinnen konnten. Diese Phase endete jedoch abrupt mit dem „Freiberg-Urteil“ des Bundesverwaltungsgerichts vom 14.7.2011,¹⁹ 6

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/Krüsemann*, ZUR 2007, 347.

14 Bundesnaturschutzgesetz vom 29. Juli 2009 (BGBl. I 2009, S. 2542); vgl. Bundestags-Drucksachen 16/12274 (Gesetzentwurf 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 BVerwG, Urteil vom 17.1.2007, Az. 9 C 20.05, NVwZ 2007, 1054.

17 Vgl. *Stüer*, DVBl. 2009, S. 1.

18 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.

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

1. Teil Einführung

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 weitergehende Probleme geschaffen. Diese Probleme können in vielen Bebauungsplanverfahren zu einem Planungsstopp oder zumindest zu erheblichen rechtlichen Unsicherheiten führen. Hier bleibt abzuwarten, wie die Rechtsprechung solche Fälle zukünftig handhaben wird.

Darüber hinaus sind nach wie vor 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.²⁰ Daneben erweist sich der Umgang mit dem Artenschutzrecht auch in tatsächlicher Hinsicht als schwierig, so etwa bei 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.²¹

- 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.

20 Philipp, NVwZ 2008, 593.

21 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.

2. Kapitel Die Gegenstände des Artenschutzrechts in der Bebauungsplanung

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. **8**

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 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.²² **9**

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 Biotop 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.²³ **10**

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

23 *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 1, Rn. 144 b.

1. Teil Einführung

II. Der Gebietsschutz

- 11** 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 Gebietsschutz rechtlich selbständig nebeneinander, auch wenn es Überschneidungen beider Schutzregime innerhalb von Schutzgebieten geben mag.²⁴
- 12** Der Gebietsschutz ist in der planerischen Abwägung gemäß § 1 Abs. 6 Nr. 7 Buchstabe b BauGB und § 1a Abs. 4 BauGB zu beachten.²⁵ Für den Gebietsschutz 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.²⁶
- 13** Die Verzahnung des Systems der planerischen Abwägung, in der der Gebietsschutz als einfacher Belang 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.²⁷ 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.

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

25 *Krautzberger*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 1a, Rn. 152 ff.

26 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.

27 *Krautzberger*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 1a, Rn. 33.

2. Kapitel Die Gegenstände des Artenschutzrechts

§ 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.“

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.

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 und 5 BNatSchG durchgeführt werden darf, kann nicht im Rahmen der Abwägung überwunden werden.²⁸

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 Bebauungsverfahren umzugehen ist.

1. Rechtsgrundlagen der artenschutzrechtlichen Verbote

Die artenschutzrechtlichen Verbote sind **gemeinschaftsrechtlich** in Art. 12 FFH-RL und Art. 5 Vogelschutz-RL geregelt. Mit In-Kraft-Treten 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.

28 Gaentzsch, in: Berliner Kommentar zum BauGB, § 1, Rn. 67 b.

1. Teil Einführung

19 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 10.1.2006²⁹ 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.

2. Prüfungsprogramm für artenschutzrechtliche Verbotswirkungen im Bundesnaturschutzgesetz

20 Das artenschutzrechtliche Prüfungsprogramm sieht ein vierstufiges System vor.³⁰

21 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.

22 Auf der zweiten Stufe ist zu prüfen, ob das Vorhaben unter den Voraussetzungen des § 44 Abs. 5 BNatSchG dennoch zulässig ist, weil die möglicherweise verbotsrelevanten Handlungen von der Verbotswirkung „freigestellt“³¹ 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 Ausnahmenvorschrift des § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 und 2 BNatSchG einschlägig sein.

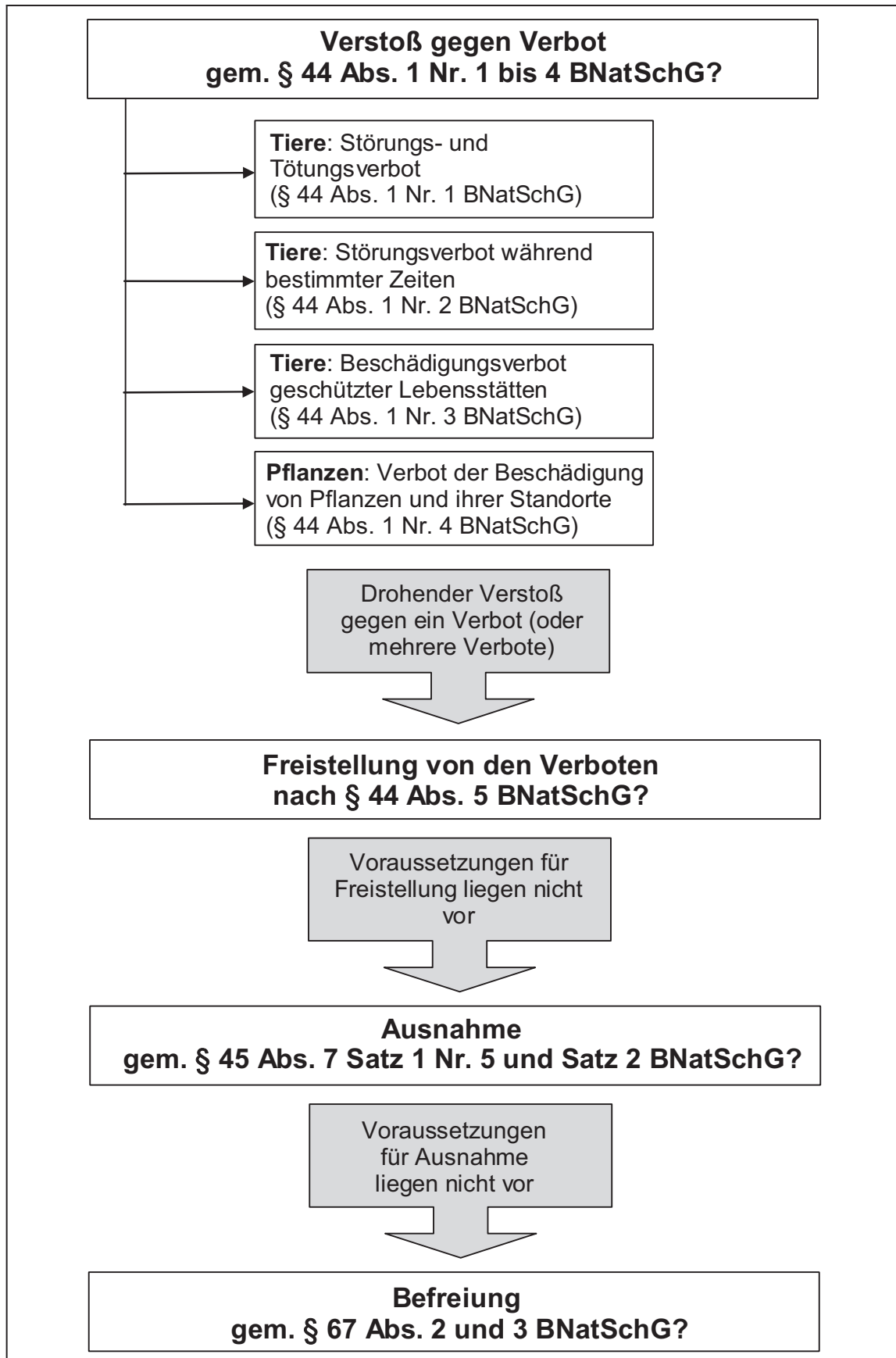
29 EuGH, Urteil vom 10.1.2006, Rs. C-98/03, NVwZ 2006, 319.

30 *Dolde*, NVwZ 2008, 121, 122; *Stüer*, DVBl. 2009, 1, 8.

31 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.

2. Kapitel Die Gegenstände des Artenschutzrechts

Abbildung 1: Behandlung artenschutzrechtlicher Verbote in der Bebauungsplanung



1. Teil Einführung

- 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 ist zunächst festzustellen, dass nicht bereits die Bebauungsplanung, sondern erst **der Vollzug** dieser Planung zum Verstoß gegen artenschutzrechtliche Verbote führen kann.
- 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.³²
- 27** Folge dieser Rechtsprechung ist, dass die artenschutzrechtlichen Verbote bereits im Bebauungsplanverfahren beachtet werden müssen. 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** treffen.³³ Die Gemeinde muss von Festsetzungen Abstand nehmen, die den artenschutzrechtlichen Verboten entgegenstehen. Die artenschutzrechtlichen Verbote sind nicht abwägungsfähig. Es handelt sich um gesetzliche Anforderungen, die nicht lediglich im Rahmen der Abwägung zu prüfen sind und überwunden werden können.³⁴
- 28** Das bedeutet allerdings nicht, dass das Bebauungsplanverfahren einzustellen ist, sobald Gewissheit darüber besteht, dass der Vollzug des Bebauungsplans gegen die Verbote nach § 44 Abs. 1 BNatSchG verstößt. Denn das Bundes-

32 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.

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

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