

**HANDLUNGSEMPFEHLUNG
ARTEN- UND BIOTOPSCHUTZ IM STRAßEN-
BETRIEBSDIENST (ABiB M-V)**

**ANLAGE 6
RECHTSGUTACHTEN**



Füßer & Kollegen

Rechtsanwälte

Rechtsgutachten

zu rechtlichen Fragen

**im Zusammenhang mit dem Handbuch Technische
Sonderlösungen für landschaftspflegerische Maß-
nahmen Mecklenburg-Vorpommern**

Kurzfassung

im Auftrag von Ökologische Dienste Ortlieb GmbH, Tannenweg 22m, 18059 Rostock.

vorgelegt von Rechtsanwälten Füßer & Kollegen, Leipzig

im November 2020

Inhaltsverzeichnis

Einleitung.....	4
I Sachverhalt	5
II Rechtliche Würdigung	6
1 Anwendbarkeit des besonderen Artenschutzrechts	6
2 Verbotstatbestände.....	7
2.1 Schädigungsverbot	7
2.2 Tötungs- und Verletzungsverbot	8
2.3 Störungsverbot.....	8
3 Untersuchungslasten	9
4 Privilegierungen nach § 44 Abs. 5 BNatSchG	11
5 Vermeidungsmaßnahmen.....	13
6 Ausnahmen.....	14
6.1 Ausnahmegrund.....	15
6.2 Alternativenprüfung	15
6.3 Wahrung des Erhaltungszustands	16
6.4 Im Einzelfall.....	17
6.5 Ermessen	17
6.6 Zwischenergebnis	17
7 Zuständigkeiten	18
8 Besonderheiten bei Gefahr im Verzug	18
III Ergebnisse und Empfehlungen	20
1 Zusammenfassung	20
2 Empfehlungen für das weitere Vorgehen.....	22

Einleitung

Alleen und einseitige Baumreihen an öffentlichen oder privaten Verkehrsflächen und Feldwegen unterliegen in Mecklenburg-Vorpommern einem gesetzlichen Schutz. Zudem beherbergen die Bäume nicht selten Tiere besonders geschützter Arten. Aus Gründen der Verkehrssicherung müssen jedoch pro Jahr allein schon entlang der Bundes- und Landesstraßen in Mecklenburg-Vorpommern ca. 3.000 bis 4.000 Straßenbäume gefällt werden.

In diesem Konfliktfeld erarbeitet die Auftraggeberin im Auftrag des Landesamtes für Straßenbau und Verkehr Mecklenburg-Vorpommern das Handbuch Technische Sonderlösungen für landschaftspflegerische Maßnahmen Mecklenburg-Vorpommern (HTSL MV). Dabei stellen sich insbesondere mit Blick auf die Zugriffsverbote nach § 44 I BNatSchG zahlreiche rechtliche Fragen.

I Sachverhalt

Gemäß § 19 I NatSchAG M-V sind Alleen und einseitige Baumreihen an öffentlichen oder privaten Verkehrsflächen und Feldwegen gesetzlich geschützt. Die Beseitigung von Alleen oder einseitigen Baumreihen sowie alle Handlungen, die zu deren Zerstörung, Beschädigung oder nachteiligen Veränderungen führen können, sind verboten. Gemäß § 19 II 1 NatSchAG M-V kann die Naturschutzbehörde Befreiungen unter den Voraussetzungen des § 67 I und III BNatSchG erteilen. Nach Satz 2 dieser Vorschrift liegen die dafür erforderlichen Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses aus Gründen der Verkehrssicherheit in der Regel erst dann vor, wenn die Maßnahme aus Gründen der Verkehrssicherheit zwingend erforderlich ist und die Verkehrssicherheit nicht auf andere Weise verbessert werden kann. Der Träger der Straßenbaulast hat die notwendige Unterhaltung gemäß § 19 II 3 NatSchAG M-V in Abstimmung mit der Naturschutzbehörde vorzunehmen.

Zur Feststellung dieser Erforderlichkeit führt der Straßenbaulastträger unter Einbeziehung der zuständigen Naturschutzbehörde eine Baumschau entsprechend Ziff. 6.2 des sogenannten Alleenerlasses des Ministeriums für Energie, Infrastruktur und Landesentwicklung und des Ministeriums für Landwirtschaft, Umwelt und Verbraucherschutz vom 18. Dezember 2015 durch. Ist danach bei einem Baum ohne Maßnahmen-durchführung ein Standsicherheitsversagen innerhalb des nächsten Baumkontrollintervalls von maximal einem Jahr zu erwarten, sind entsprechende Maßnahmen aus Gründen der Verkehrssicherheit zwingend erforderlich im Sinne des § 19 II 2 NatSchAG M-V. Im Unterschied dazu wird bei Feststellung einer akuten Gefahr des Standsicherheitsversagens im Rahmen der regelmäßigen Strecken- bzw. Baumkontrolle der Baum aus Gründen der Gefahrenbeseitigung sofort bzw. innerhalb von nicht mehr als 48 Stunden gefällt, ohne vorher eine gemeinsame Baumschau durchzuführen. Eine solche akute Gefahr wird angenommen, wenn ohne Maßnahmen-durchführung ein Standsicherheitsversagen innerhalb von 48 Stunden zu erwarten ist. In diesem Fall wird eine gegenwärtige Gefahr im Sinne des § 3 III Nr. 2 SOG M-V angenommen.

II Rechtliche Würdigung

In rechtlicher Hinsicht wirft die Fällung von Straßenbäumen vor allem im Hinblick auf das besondere Artenschutzrecht zahlreiche Fragen auf, da die Straßenbäume nicht selten Tiere besonders geschützter Arten beherbergen.

Im Folgenden wird einer Reihe von diesbezüglichen Fragen nachgegangen. Dem liegt jeweils der Fall zugrunde, dass ohne Maßnahmendurchführung ein Standsicherheitsversagen innerhalb des nächsten Baumkontrollintervalls von maximal einem Jahr zu erwarten ist. Ein anderes Szenario, insbesondere ein zu erwartendes Standsicherheitsversagen von nur innerhalb 48 Stunden, ist nur dort Gegenstand der Prüfung, wo dies ausdrücklich angegeben wird. Im Einzelnen:

1 Anwendbarkeit des besonderen Artenschutzrechts

Die Fällung von Straßenbäumen erfolgt im Rahmen der Unterhaltung an bestehenden Straßen. Vor diesem Hintergrund stellt sich bereits die Frage, ob dem besonderen Artenschutz überhaupt Beachtung geschenkt werden muss oder nicht vielmehr die Unterhaltung durch den bestehenden Planfeststellungsbeschluss oder – bei sehr alten Straßen – das Institut der unvordenklichen Verjährung gedeckt ist¹. Dazu hielt der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg fest:

„Die Regelung des § 44 BNatSchG, die unter anderem Art. 12 und 16 der FFH-Richtlinie umsetzt [...], findet auch auf bereits zugelassene Vorhaben Anwendung, wenn nachträglich artenschutzrechtliche Konflikte auftreten. Grundsätzlich erschöpfen sich die artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote in ihrer Funktion als Zulassungsvoraussetzung zwar mit einer Zulassungsentscheidung, im Rahmen derer sie geprüft worden sind. In ihrer Funktion als verhaltensbezogene Sanktionsnorm bleiben sie jedoch anwendbar mit der Folge, dass auch für solche Verstöße gegen artenschutzrechtliche Vorschriften, die zum Zeitpunkt der Planfeststellung noch nicht vorhersehbar waren, die nachträgliche Prüfung und gegebenenfalls Erteilung entsprechender Ausnahmegenehmigungen erforderlich ist. [...] Insoweit ist es strukturell mit dem Unionsrecht nicht vereinbar, Planfeststellungsbeschlüssen eine Ausnahmegenehmigung für alle zukünftigen und zunächst unabwehrbaren Verstöße gegen artenschutzrechtliche Vorschriften beizumessen. Auch unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der FFH-Richtlinie ist nicht erkennbar, dass es geboten wäre, in Bezug auf Fragen des Vertrauensschutzes zwischen Regelungen der Art. 3 ff. der FFH-Richtlinie zum Habitatschutz und den Regelungen der Art. 12 ff. der FFH-Richtlinie zum Artenschutz zu differenzieren. Der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu Art. 6 der FFH-Richtlinie [...] kann insoweit entnommen werden, dass das von der FFH-Richtlinie verfolgte Ziel der Erhaltung der biologischen Vielfalt nicht generell hinter den Vertrauensschutz eines durch einen bestandskräftigen Planfeststellungsbeschluss Begünstigten zurücktritt. Für dieses Ergebnis spricht auch, dass – wie die vorliegende Fallkonstellation zeigt – angesichts der ansonsten dauerhaft bestehenden

¹ In diese Richtung etwa *Kautz*, UPR 2018, 474 ff.

Legalisierungswirkung des Planfeststellungsbeschlusses keine Möglichkeit verbliebe, mit Mitteln des Artenschutzrechts auf das Schutzbedürfnis neu eingewandelter Arten zu reagieren [...].“²

Dem ist nichts hinzuzufügen.

2 Verbotstatbestände

Ist demnach das besondere Artenschutzrecht grundsätzlich auch auf die Fällung von Straßenbäumen anwendbar, stellt sich die Frage, welche artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände dadurch ausgelöst werden können. In Rede steht je nach Zeitpunkt der Beseitigung des Straßenbaums im Jahresverlauf nicht nur die Beschädigung oder Zerstörung von Fortpflanzungs- und Ruhestätten (sogleich 2.1), sondern auch der Verlust von Individuen (nachfolgend 2.2) und die Störung besonders geschützter Arten (sodann 2.3).

2.1 Schädigungsverbot

§ 44 I Nr. 3 BNatSchG verbietet es, Fortpflanzungs- oder Ruhestätten der wild lebenden Tiere der besonders geschützten Arten aus der Natur zu entnehmen, zu beschädigen oder zu zerstören. Gegen die Anwendung des Schädigungsverbots ließe sich hier einwenden, dass die entnommenen Straßenbäume in absehbarer Zeit ohnehin abgängig gewesen wären, sodass der betreffenden Fortpflanzungs- oder Ruhestätte die Schutzwürdigkeit fehlt.

Diesbezüglich ist bereits fraglich, ob allein durch das Standsicherheitsversagen eines Habitatbaums dieser als Fortpflanzungs- und Ruhestätte wegfällt. Für eine Reihe besonders geschützter Arten haben diese Bäume vielmehr auch dann noch eine entsprechende Lebensraumfunktion, wenn sie umgestürzt sind (z.B. für xylobionte Käfer). Soweit indes das Standsicherheitsversagen tatsächlich den Wegfall der Fortpflanzungs- und Ruhestätte bedeutet, ist die rechtliche Frage aufgeworfen, ob der Umstand, dass mit der Fällung des Straßenbaums dieser Wegfall nur unwesentlich vorgezogen wird, den erforderlichen Zurechnungszusammenhang unterbricht. Dieser Frage ist auch in anderem Zusammenhang unter dem Stichwort „hypothetische Reserveursache“ viel diskutiert. Der Bundesgerichtshof hat dazu allgemein festgehalten:

„Die Erkenntnis, dass eine nur hypothetisch wirksame Reserveursache nicht die Kausalität in der Realität wirksam gewordenen Ursache beseitigen kann, [...] verlangt vielmehr überall dort Beachtung, wo Ursachenzusammenhänge zu beurteilen sind [...].“³

Ausgehend davon ändert der Umstand, dass nach kurzer Zeit der betreffende Baum als Fortpflanzungs- und Ruhestätte ohnehin weggefallen wäre, grundsätzlich nichts

² VGH Bad.-Württ., Urt. v. 4.7.2018 – 5 S 2117/16, juris, Rn. 62.

³ BGH, Urt. v. 7.6.1988 – IX ZR 144/87, NJW 1988, 3265 (3266).

daran, dass dieses Resultat durch die Fällung zeitlich vorgezogen wird, was somit zur Auslösung des Schädigungsverbots nach § 44 I Nr. 3 BNatSchG führt.

2.2 Tötungs- und Verletzungsverbot

Die Fällung von Straßenbäumen kann zudem zur Tötung oder Verletzung von Tieren besonders geschützter Arten führen. Der Verlust einzelner Individuen löst indes nicht zwangsläufig bereits das Tötungs- und Verletzungsverbot nach § 44 I Nr. 1 BNatSchG aus. Vielmehr ist dieses Verbot nach ständiger Rechtsprechung bei nicht auf den Zugriff auf die Tiere ausgerichteten Handlungen – wie hier – nur verwirklicht, wenn die Fällung des Baums zugleich eine signifikante Risikoerhöhung bedeutete. Diesbezüglich hat das Bundesverwaltungsgericht bereits im Zusammenhang mit baubedingten Tötungen darauf hingewiesen, dass der Verlust weniger einzelner Tiere keine signifikante Risikoerhöhung darstellt⁴. Vorliegend kommt hinzu, dass der betreffende Baum ohnehin abgängig ist, sich das durch die Fällung bewirkte Tötungsrisiko mithin nicht von demjenigen unterscheidet, das mit einem natürlichen Standsicherheitsversagen des Baumes verbunden ist.

Die Baumfällung wirkt sich damit im Vergleich zum natürlichen Risiko nur in zeitlicher Hinsicht, aber nicht im Hinblick auf Art und Intensität des Risikos aus, sodass hiermit keine deutliche Risikoerhöhung verbunden ist. Daher liegt keine signifikante Risikoerhöhung vor; denn eine solche setzt gerade voraus, dass sich bedingt durch die in Rede stehende Maßnahme das Tötungs- und Verletzungsrisiko im Vergleich zum allgemeinen Lebensrisiko *deutlich* erhöht⁵. Außerdem bewegt sich die Fällung von Straßenbäumen aus Gründen der Verkehrssicherheit im Rahmen des Sozialüblichen und von der Allgemeinheit Gebilligten, stellt also ein sozial-adäquates Verhalten dar, was bereits schlechterdings keine signifikante Risikoerhöhung zu bewirken vermag⁶. Folglich beschränkt sich der mit der Beseitigung standsicherheitsgefährdeter Straßenbäume einhergehende artenschutzrechtlich relevante Eingriff grundsätzlich auf Konflikte mit dem Schädigungsverbot nach § 44 I Nr. 3 BNatSchG.

2.3 Störungsverbot

Gemäß § 44 I Nr. 2 BNatSchG ist es zudem verboten, wild lebende Tiere der streng geschützten Arten und der europäischen Vogelarten während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Mauser-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten erheblich zu stören, wobei eine erhebliche Störung nur dann vorliegt, wenn sich durch die Störung der Erhaltungszustand der lokalen Population der Art verschlechtert. Eine Populationsrelevanz

⁴ BVerwG, Urt. v. 10.11.2016 – 9 A 18.15, BVerwGE 156, 215 (Rn. 83); BVerwG, Urt. v. 8.1.2014 – 9 A 4.13, juris, Rn. 98.

⁵ BVerwG, Urt. v. 9.7.2009 – 4 C 12.07, BVerwGE 134, 166 (Rn. 42).

⁶ Vgl. zur Sozialadäquanz BVerwG, Urt. v. 10.11.2016 – 9 A 18.15, BVerwGE 156, 2015 (Rn. 83).

bei Fällung einzelner Bäume ist in aller Regel nicht anzunehmen, sodass das Störungsverbot im Zusammenhang mit der Fällung von Straßenbäumen ebenfalls eine praktisch nur untergeordnete Rolle spielt.

3 Untersuchungslasten

Ausgehend davon stellt sich die Frage nach den den Träger der Straßenbaulast treffenden Untersuchungslasten.

Zu dieser Frage ist zunächst festzuhalten, dass die Unterhaltung von Straßen ein wichtiges Gut ist, das auch naturschutzrechtlich nicht unberücksichtigt bleiben kann. So regelt § 4 S. 1 Nr. 3 BNatSchG, dass bei Maßnahmen des Naturschutzes und der Landschaftspflege auf Flächen, die ausschließlich oder überwiegend Zwecken des öffentlichen Verkehrs als öffentliche Verkehrswege dienen oder in einem verbindlichen Plan für die genannten Zwecke ausgewiesen sind, die bestimmungsgemäße Nutzung zu gewährleisten ist. Es darf mithin grundsätzlich gehandelt werden. Soll dies unterbunden werden, braucht es eines entsprechenden Rechtsgrundes. Für das Vorliegen der Voraussetzungen dieses Rechtsgrundes trägt grundsätzlich diejenige Person oder Institution die Darlegungs- und Beweislast, die sich auf einen solchen Hinderungsgrund beruft⁷.

Die Zugriffsverbote des § 44 I BNatSchG ändern an diesem ordnungsrechtlichen Grundsatz nichts. Die materielle Beweislast liegt hier ebenfalls bei der zuständigen Naturschutzbehörde⁸, die gegen die Fällung von Straßenbäumen nach § 3 II BNatSchG einzuschreiten gedenkt. Folglich ist es gemäß § 24 I VwVfG auch deren Aufgabe, den Sachverhalt aufzuklären. Allenfalls in Zulassungsverfahren kehrt sich ausweislich § 26 II VwVfG die Darlegungslast um, sodass in diesem Fall der Antragsteller die zum Nachweis der Unschädlichkeit seines Vorhabens erforderlichen Unterlagen vorzulegen hat⁹.

Da jedoch umgekehrt allgemein bekannt ist, dass Straßenbäume Tiere besonders geschützter Arten beherbergen können, ist es dem Träger der Straßenbaulast grundsätzlich nicht möglich, unbesehen schadhafte Bäume zu fällen. Vielmehr muss er sich zu-

⁷ *Knigge*, Umweltschutz durch Beweislastumkehr?, Frankfurt a.M. u.a. 2001, S. 27.

⁸ *Thyssen*, NuR 2010, 9 (11); *Louis*, NuR 2009, 91 (98 f.); *Fehrensens*, NuR 2009, 13 (15); *Lau/Steeck*, NuR 2008, 386 (387).

⁹ Vgl. OVG NRW, Beschl. v. 6.8.2019 – 8 B 409/18, NuR 2019, 696 (700).

vor hinreichend vergewissern, dass keine konkrete Gefahr des Eintritts eines artenschutzrechtlich relevanten Schadens besteht¹⁰. Welche Anstrengungen dabei zu unternehmen sind, bestimmt sich nach dem Maßstab der praktischen Vernunft¹¹. Im Einzelfall können daher z.B. auch bloße Stichproben ausreichen¹². Jedenfalls ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten¹³.

Ausgehend davon ist unter Berücksichtigung des Umstands, dass jährlich mehrere tausend Straßenbäume aus Gründen der Verkehrssicherheit gefällt werden müssen, zunächst die Durchführung der Baumschau nach den allgemein anerkannten Regeln (z.B. entsprechend dem unter I genannten Alleenerlass) ausreichend, um eine etwaige artenschutzrechtliche Betroffenheit festzustellen. Ergibt die Baumschau naturschutzfachlich handfeste Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Fortpflanzungs- und Ruhestätte belastbaren Anhaltspunkte für das Vorhandensein von Fortpflanzungs- und Ruhestätten (größere Risse, Spalten oder Höhlen), so muss entweder weiter untersucht werden oder ist im Sinne einer worst-case-Annahme davon auszugehen, dass es sich tatsächlich um eine solche Lebensstätte handelt¹⁴.

Die diesbezüglichen Überlegungen, Untersuchungen und Bewertungen sollten dokumentiert werden. Diese Dokumentation muss jedoch nicht von einer Güte sein, wie sie üblicherweise von einem Artenschutzfachbeitrag verlangt wird; denn der Artenschutzfachbeitrag ist eine Unterlage in Zulassungsverfahren, bei denen die Darlegungs- und Beweislast beim Träger des Vorhabens liegt. Hier muss aus einem entsprechenden Bericht lediglich hervorgehen,

- welche Feststellungen im Rahmen der Baumschau Anlass für die weitergehende Untersuchung gegeben haben,
- welche weitergehenden Untersuchungen (Methodik) ausgehend davon aus welchen Gründen für ausreichend erachtet wurden,
- wann, eine Person mit welcher Qualifikation bzw. Erfahrung bei welcher Wetterlage konkret welche Untersuchung wie oft durchgeführt hat,
- welches Ergebnis daraus resultierte und
- wie dieses Ergebnis naturschutzfachlich zu bewerten ist.

Bestätigt sich in einer weiterführenden Untersuchung der Verdacht des Vorliegens einer Fortpflanzungs- und Ruhestätte, ist ebenso wie beim Zurückgreifen auf worst-

¹⁰ Vgl. *Kautz*, in: Kolodziejczok/Endres/Krohn/Markus, Naturschutz, Landschaftspflege, Losebl. (Stand: Nov. 2019), Kennz. 0760 Rn. 50.

¹¹ BVerwG, Urt. v. 12.8.2009 – 9 A 64.07, BVerwGE 134, 308 (Rn. 37).

¹² BVerwG, Urt. v. 9.7.2009 – 4 C 12.07, NVwZ 2010, 123 (Rn. 44).

¹³ OVG NRW, Urt. v. 30.1.2009 – 7 D 11/08.NE, NuR 2009, 421 (424).

¹⁴ Vgl. BVerwG, Urt. v. 18.3.2009 – 9 A 39.07, BVerwGE 133, 239 (Rn. 45).

case-Annahmen zu prüfen, ob daraus die Verwirklichung artenschutzrechtlicher Verbotstatbestände folgt. In Bezug auf weit verbreitete bzw. häufige Arten mit relativ geringen Raumansprüchen (z.B. Allerweltsvogelarten) kann dies – zumal bei Fällung nur einzelner Bäume – in aller Regel verneint werden, weil die betreffenden Individuen auf andere geeignete Habitatstrukturen ausweichen können¹⁵. Das Gleiche gilt bei Tagesquartieren von Fledermäusen, weil diese einem ständigen Wechsel unterliegen und bei Wegfall nur eines dieser Quartiere die ökologische Funktion im räumlichen Zusammenhang weiterhin im Sinne des § 44 V 2 Nr. 3 BNatSchG aufrechterhalten bleibt.

4 Privilegierungen nach § 44 Abs. 5 BNatSchG

Für den Umgang mit erkannten oder unterstellten artenschutzrechtlichen Konflikten ist (auch) aus diesem Grund entscheidend, ob auf die Fällung von Straßenbäumen die Privilegierungen nach § 44 V BNatSchG Anwendung finden. Dies könnte mit Blick auf § 44 V 1 BNatSchG fraglich sein, wenn es sich bei der Fällung von Straßenbäumen nicht um einen Eingriff im Sinne des § 14 BNatSchG handelte.

Gemäß § 14 I BNatSchG sind Eingriffe in Natur und Landschaft im Sinne dieses Gesetzes Veränderungen der Gestalt oder Nutzung von Grundflächen oder Veränderungen des mit der belebten Bodenschicht in Verbindung stehenden Grundwasserspiegels, die die Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts oder das Landschaftsbild erheblich beeinträchtigen können. Selbst die Beseitigung nur einzelner Bäume erfüllt die Voraussetzung der Veränderung der Gestalt der Grundfläche, da „Gestalt“ sowohl das geomorphologische Erscheinungsbild als auch den Pflanzenbestand der betreffenden Fläche meint¹⁶. Des Weiteren reicht die bloße Möglichkeit der Beeinträchtigung der Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts aus¹⁷. Entscheidend ist mithin, ob die Beseitigung nur einzelner Bäume die Möglichkeit einer *erheblichen* Beeinträchtigung birgt. Erheblich ist die Beeinträchtigung, wenn sie von einem spürbaren Gewicht ist¹⁸. Ob dies der Fall ist, muss anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls beurteilt werden.

Entscheidend sind die Schutzwürdigkeit der betroffenen Naturgüter einerseits und das Gefährdungsprofil des Eingriffs andererseits¹⁹. Die Erheblichkeitsschwelle ist dabei im Hinblick auf die Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts umso eher über-

¹⁵ Vgl. BVerwG; Beschl. v. 28.11.2013 – 9 B 14.13, NuR 2014, 361 (Rn. 20); BVerwG, Urt. v. 28.3.2013 – 9 A 22.11, juris, Rn. 128; BVerwG, Urt. v. 14.4.2010 – 9 A 5.08, BVerwGE 136, 291 (Rn. 128); NdsOVG, Urt. v. 22.4.2016 – 7 KS 27/15, juris, Rn. 371.

¹⁶ OVG LSA, Beschl. v. 14.1.2019 – 2 M 114/18, NuR 2019, 413 (414).

¹⁷ VGH Bad.-Württ., Urt. v. 15.12.2011 – 5 S 2100/11, NuR 2012, 130 (131).

¹⁸ OVG NRW, Urt. v. 4.6.1993 – 7 A 3157/91, NVwZ-RR 1994, 645 (646).

¹⁹ OVG LSA, Beschl. v. 14.1.2019 – 2 M 114/18, NuR 2019, 413 (414).

schritten, je empfindlicher das jeweilige Ökosystem und je schutzwürdiger die betroffenen Bestandteile des Naturhaushalts sind²⁰. Die Möglichkeit einer erheblichen Beeinträchtigung kann daher insbesondere angenommen werden, wenn Populationen von Tier- und Pflanzenarten die Lebensgrundlage entzogen wird, die Artenvielfalt entzogen wird, die Artenvielfalt abnimmt oder sich die Individuenzahl der Arten verringert²¹. Vor diesem Hintergrund kann nicht nur bereits die Beseitigung nur einzelner Bäume einen Eingriff in Natur und Landschaft darstellen (z.B. eines sehr alten und höhlenreichen Baumes), sondern dies kann auch dann der Fall sein, wenn der betreffende Baum bereits stark beschädigt und ohnehin dem Untergang geweiht ist, weil sich auch stark beschädigte Bäume als Lebensräume für Tiere eignen²².

Soweit es sich jedoch nicht um einen Eingriff in Natur und Landschaft handelt, könnte es für Anwendbarkeit der Privilegierungen nach § 44 V BNatSchG im Rahmen der Unterhaltung entscheidend darauf ankommen, dass die betreffende Straße im Rahmen eines modernen Planfeststellungsverfahrens zugelassen worden ist; denn den Anwendungsbereich der Vorschrift beschreibt § 44 V 1 BNatSchG als

„für nach § 15 Absatz 1 unvermeidbare Beeinträchtigungen durch Eingriffe in Natur und Landschaft, die nach § 17 Absatz 1 oder Absatz 3 zugelassen oder von einer Behörde durchgeführt werden, sowie für Vorhaben im Sinne des § 18 Absatz 2 Satz 1.“

§ 44 V BNatSchG ist die Nachfolgeregelung von § 43 IV BNatSchG 2002, der noch sämtliche Bauvorhaben (einschließlich deren Unterhaltung) von den artenschutzrechtlichen Zugriffsverboten freistellte²³. Bis 2017 lautete § 44 V 1 BNatSchG:

„für nach § 15 zulässige Eingriffe“

Daraus folgte die Rechtsprechung, dass die mit dem als Eingriff in Natur und Landschaft zu qualifizierenden Vorhaben verbundenen Beeinträchtigungen richtig gesehen und entsprechend den Vorgaben der Eingriffsregelung bewältigt wurden²⁴. Nach der nunmehr geltenden Neufassung der Vorschrift ist hingegen nicht mehr entscheidend, ob der Eingriff ordnungsgemäß kompensiert worden ist, sondern es muss nur noch dem Vermeidungsgebot nach § 15 I BNatSchG genügt werden²⁵.

Stellt die Unterhaltungsmaßnahme bereits für sich genommen einen Eingriff im Sinne des § 14 I BNatSchG dar und wird das Vermeidungsgebot nach § 15 I BNatSchG hinreichend beachtet, genügt folglich – wie oben angenommen – bereits dies für die Er-

²⁰ OVG LSA, Ur. v. 31.1.2018 – 2 L 56/16, juris, Rn. 71.

²¹ OVG NRW, Beschl. v. 9.2.2017 – 8 A 2206/15, juris, Rn. 10.

²² OVG LSA, Beschl. v. 14.1.2019 – 2 M 114/18, NuR 2019, 413 (414).

²³ *Schütte/Gerbig*, in: Schlacke, GK-BNatSchG, 2. Aufl. 2017, § 44 Rn. 51.

²⁴ BVerwG, Ur. v. 14.7.2011 – 9 A 12.10, BVerwGE 140, 149 (Rn. 118).

²⁵ *Heugel*, in: Lütkes/Ewer, BNatSchG, 2. Aufl. 2018, § 44 Rn. 43.

öffnung des Anwendungsbereichs des § 44 V BNatSchG. Auf eine bestimmte Zulassungsentscheidung kommt es hingegen nicht an, wie der Bezugnahme des § 44 V 1 BNatSchG auf § 17 III BNatSchG zu entnehmen ist, wonach es ausreicht, dass eine Behörde den Eingriff durchführt. Handelt es sich hingegen nicht um einen eigenen Eingriff in Natur und Landschaft, so ist dieses Ergebnis das Resultat einer entsprechenden Prüfung. Dann ist § 44 V BNatSchG aber bereits aufgrund eines Erst-Recht-Schlusses anwendbar, weil andernfalls ein nicht zu rechtfertigender Wertungswiderspruch vorläge; die in ihrem Beeinträchtigungspotenzial schwerwiegendere, nämlich einen Eingriff im Sinne des § 14 I BNatSchG darstellende Maßnahme würde besser gestellt als die unterhalb der Eingriffsschwelle bleibende weniger beeinträchtigende Maßnahme²⁶.

Demnach unterfallen sämtliche Unterhaltungsmaßnahmen an Straßen § 44 V BNatSchG, sodass die Fällung von Straßenbäumen in den Genuss der in der Vorschrift geregelten Privilegierungen kommt.

5 Vermeidungsmaßnahmen

Zeichnet sich ein artenschutzrechtlicher Konflikt ab, liegt es nahe, Maßnahmen zu ergreifen, mittels derer die Verwirklichung dieser Verbotstatbestände ausgeschlossen, zumindest aber die Intensität etwaiger Beeinträchtigungen herabgesetzt werden kann. Obgleich nicht ausdrücklich geregelt, sind solche Maßnahmen zulässig²⁷. Es stellt aus Sicht des Artenschutzes nämlich keinen Unterschied dar, ob die durch ein Vorhaben verursachten Beeinträchtigungen von vornherein als artenschutzverträglich einzustufen sind oder ob sie diese Eigenschaft erst dadurch erlangen, dass entsprechende Schutzvorkehrungen angeordnet und getroffen werden²⁸.

Hierzu gehören auch die in § 44 V 3 BNatSchG ausdrücklich geregelten, auf das Schädigungsverbot nach § 44 I Nr. 3 BNatSchG zugeschnittenen „vorgezogenen Ausgleichsmaßnahmen“. Entgegen der missglückten Formulierung „vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen“ handelt es sich bei diesen, in der Verwaltungspraxis zumeist als CEF-Maßnahmen bezeichneten Maßnahmen nämlich nicht um Ausgleichsmaßnahmen im Sinne der Eingriffsregelung. Vielmehr haben die CEF-Maßnahmen die Aufrechterhaltung der ökologischen Funktion verloren gehender Fortpflanzungs- und Ruhestätten im räumlichen Zusammenhang zum Ziel. Sie müssen daher bereits zu dem Zeitpunkt wirksam sein, zu dem die betreffende Fortpflanzungs- oder Ruhestätte beeinträchtigt wird²⁹.

²⁶ So ausdrücklich auch OVG HH, Urt. v. 16.6.2016 – 1 Bf 258/12, juris, Rn. 264.

²⁷ Vgl. BVerwG, Urt. v. 6.11.2013 – 9 A 14.12, BVerwGE 148, 373 (Rn. 111); BVerwG, Urt. v. 28.4.2016 – 9 A 9.15, NVwZ 2016, 1710 (Rn. 144).

²⁸ So zum Gebietsschutz BVerwG, Urt. v. 17.1.2007 – 9 A 20.05, BVerwGE 128, 1 (Rn. 53).

²⁹ BVerwG, Urt. v. 18.3.2009 – 9 A 39.07, BVerwGE 133, 239 (Rn. 67).

CEF-Maßnahmen sind auf die Veränderung der ökologischen Funktion von Fortpflanzungs- und Ruhestätten eines konkreten lokalen Bestands besonders geschützter Arten zugeschnitten. Anders als bei der Eingriffsregelung sind sie nicht auf die Wahrung einer ausgeglichenen ökologischen Gesamtbilanz ausgerichtet. Auch besteht ihr Zweck nicht darin, eine Verbesserung der vorgefundenen Situation herbeizuführen, sondern lediglich diejenige Situation aufrechtzuerhalten, die vor der jeweils in Rede stehenden Beeinträchtigung bestanden hat³⁰. Dies unterstreichen nicht zuletzt die Gesetzgebungsmaterialien, in denen sich hierzu der Hinweis findet, dass eine Verschlechterung der Situation verhindert werden soll³¹. Daher müssen CEF-Maßnahmen nicht länger unterhalten und rechtlich gesichert werden, als das Habitat ohne den Eingriff bestanden hätte, dessentwegen sie ergriffen werden³².

Dies bedeutet, dass der Umstand, dass der betreffende Baum ohnehin nur noch maximal ein Jahr stehen würde, bei der Konzeptionierung der Maßnahmen in zeitlicher Hinsicht zu berücksichtigen ist und daher auch lediglich für ein Jahr entsprechende Ersatzhabitate bereitgehalten werden müssen. Eine längere Unterhaltung und rechtliche Sicherung wäre allenfalls erforderlich, wenn es um Arten geht, für die der Baum auch dann noch Fortpflanzungs- oder Ruhestätte wäre, wenn er umgestürzt ist.

In räumlicher Hinsicht verlangt § 44 V 2 Nr. 3 BNatSchG einen „räumlichen Zusammenhang“. Der räumliche Zusammenhang besteht jedenfalls dann, wenn die Ersatzlebensstätte nur so weit von der ursprünglichen Fortpflanzungs- oder Ruhestätte entfernt liegt, dass die betroffenen Tiere sie von sich aus erreichen können, sie also innerhalb der Aktionsräume der Tiere steht³³. Als äußerste Grenze wird in der Rechtsprechung die Verbreitung der lokalen Population beschrieben³⁴. Dies engt den Suchraum je nach Art und lokalem Vorkommen entsprechend ein. Generalisierende Aussagen lassen sich hierzu nicht treffen.

6 Ausnahmen

Kommt es – trotz etwaiger Vermeidungsmaßnahmen – zur Auslösung artenschutzrechtlicher Verbotstatbestände infolge der Fällung von Straßenbäumen, so stellt sich die Frage der Möglichkeit einer Ausnahme nach § 45 VII BNatSchG. Dazu muss zunächst einer der Ausnahmegründe gemäß § 45 VII 1 BNatSchG vorliegen (sogleich 6.1). Des Weiteren darf keine weniger beeinträchtigende zumutbare Alternative gegeben sein (sodann 6.2) und es darf – vorbehaltlich weitergehender Anforderungen nach

³⁰ NdsOVG, Urt. v. 31.7.2018 – 7 KS 17/16, juris, Rn. 317.

³¹ BT-Drs. 16/5100, S. 12.

³² NdsOVG, Urt. v. 31.7.2018 – 7 KS 17/16, juris, Rn. 317.

³³ OVG Rh.-Pf., Urt. v. 6.11.2019 – 8 C 10240/18.OVG, juris, Rn. 267.

³⁴ NdsOVG, Urt. v. 27.8.2019 – 7 KS 24/17, juris, Rn. 362; NdsOVG, Urt. v. 31.7.2018 – 7 KS 17/16, juris, Rn. 373; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 6.11.2013 – 9 A 14.12, BVerwGE 148, 373 (Rn. 122).

Art. 16 I FFH-RL – nicht zu einer Verschlechterung des Erhaltungszustands der Populationen der Art kommen (danach 6.3). Fernerhin kann trotz des Erfordernisses „im Einzelfall“ für bestimmte Fallkonstellationen innerhalb eines bestimmten Raumes gleichsam typisierend eine Ausnahme ausgesprochen werden (unten 6.4). Schließlich sind Ermessensfragen aufgeworfen (anschließend 6.5).

6.1 Ausnahmegrund

Hinsichtlich des Ausnahmegrunds ist festzustellen, dass, wenn die öffentliche Sicherheit bereits bei der Errichtung einer neuen Straße, für die ein Verkehrsbedürfnis besteht, angenommen wird³⁵, dies umso mehr für die Aufrechterhaltung der Verkehrssicherheit auf bestehenden Straßen gelten muss. Mithin streitet für die Ausnahme im vorliegenden Zusammenhang gemäß § 45 VII 1 Nr. 4 BNatSchG die öffentliche Sicherheit.

Allen Ausnahmegründen gemein ist indes die Interessenabwägung zwischen den Belangen des besonderen Artenschutzes und den für die betreffende Maßnahme sprechenden Belangen.³⁶ Dabei kann trotz Einzelfallabhängigkeit dieser Abwägung grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass die Belange der Verkehrssicherheit die mit dem Verlust einzelner Straßenbäume verbundenen Einbußen für den Artenschutz regelmäßig überwiegen.

Gegenstand der Interessenabwägung zwischen den für die Baumfällung streitenden Sicherheitsinteressen und den Belangen des Artenschutzes ist die jeweilige konkrete Betroffenheit, nicht aber der Verlust von durchschnittlich mehreren tausend Straßenbäumen pro Jahr entlang von Bundes- und Landesstraßen. Anders als für die FFH-Verträglichkeitsprüfung nach § 34 I 1 BNatSchG sieht das besondere Artenschutzrecht kein Kumulationserfordernis vor und ergibt sich ein solches Erfordernis auch nicht aus sonstigen Erwägungen. Allenfalls im Zusammenhang mit der Ausnahmevoraussetzung, dass es vorbehaltlich weitergehender Anforderungen aus Art. 16 I FFH-RL nicht zu einer Verschlechterung des Erhaltungszustands der Populationen der Art kommen darf, spielen sonstige artenschutzrechtliche Betroffenheiten unter dem Gesichtspunkt der Vorbelastung eine Rolle³⁷.

6.2 Alternativenprüfung

§ 45 VII 2 Hs. 1 BNatSchG verlangt zudem das Fehlen einer weniger beeinträchtigenden zumutbaren Alternative gegeben sein. Eine Straßensperrung steht grundsätzlich außerhalb jedes vernünftigen Verhältnisses zur Beseitigung der betroffenen Bäume, zumal diese ohnehin innerhalb von maximal einem Jahr abgängig sind und da immer

³⁵ So OVG Rh.-Pf., Urt. v. 6.11.2019 – 8 C 10240/18.OVG, juris, Rn. 280; OVG S.-A., Urt. v. 23.8.2017 – 2 K 66/16, juris, Rn. 192; OVG NRW, Urt. v. 29.3.2017 – 11 D 70/09.AK, juris, Rn. 949.

³⁶ *Meßerschmidt*, BNatSchG, Losebl. (Stand: Jan. 2020), BNatSchG, § 45 Rn. 60.

³⁷ Zum Ganzen *Uhl/Runge/Lau*, in: BfN, Ermittlung und Bewertung kumulativer Beeinträchtigungen im Rahmen naturschutzfachlicher Prüfinstrumente, 2019, S. 154 ff.

wieder Straßenbäume abgängig sind, führte dies womöglich auf eine letztlich dauerhafte Sperrung ganzer Streckenabschnitte.

Insofern ist im Rahmen der Alternativenprüfung lediglich der Frage nachzugehen, ob der mit der Fällung des Straßenbaums verbundene Habitatverlust durch CEF-Maßnahmen aufgefangen werden kann. Da sich der Straßenbaulastträger aber nur auf zumutbare Alternativen verweisen lassen muss, sind nur solche CEF-Maßnahmen einer Ausnahmeerteilung vorzuziehen, deren Kosten nicht außer Verhältnis zu dem damit erreichbaren Gewinn stehen und die keine sonstigen gewichtigen Betroffenheiten auslösen³⁸. Erfordert eine CEF-Maßnahme den zwangsweisen Zugriff auf Privatgrundstücke, ist sie schon deshalb nicht vorrangig, weil die Aufrechterhaltung der ökologischen Funktion einer Fortpflanzungs- und Ruhestätte für einen Zeitraum von maximal einem Jahr vor dem Hintergrund des Art. 14 III GG nicht den zwangsweisen Zugriff auf Privateigentum rechtfertigt.

6.3 Wahrung des Erhaltungszustands

Schließlich ist auch kaum vorstellbar, dass der Verlust einzelner geschützter Lebensstätten im Sinne von § 45 VII 2 Hs. 2 BNatSchG zu einer Verschlechterung des Erhaltungszustands der Populationen der hiervon betroffenen Arten innerhalb der jeweiligen biogeografischen Region des Mitgliedstaates³⁹ führen könnte.

Notfalls muss auf FCS-Maßnahmen zurückgegriffen werden. FCS-Maßnahmen bezwecken die Verhinderung der Verschlechterung des Erhaltungszustands der Populationen der betroffenen Art. Sie müssen artspezifisch sein. Bei ihnen ist aber zunächst der zeitliche Zusammenhang gelockert, sodass sie auch zeitversetzt nach Entnahme der standsicherheitsgefährdeten Straßenbäume umgesetzt bzw. wirksam werden können, solange dies nicht zu irreversiblen Beeinträchtigungen des Erhaltungszustands der Art führt⁴⁰. Auch der räumliche Zusammenhang ist hier weiter als insbesondere bei den CEF-Maßnahmen, da sich das Ziel der Verhinderung der Verschlechterung des Erhaltungszustands auf die Gesamtheit der Populationen der betreffenden Art in der jeweiligen biogeografischen Region des jeweiligen Mitgliedsstaats bezieht⁴¹. Dies eröffnet u.a. die Möglichkeit von Poollösungen mit einem auch größeren räumlichen Einzugsbereich. Dass das aus der Eingriffsregelung stammende Konzept des Ökokontos mit entsprechenden Modifizierungen auch im besonderen Artenschutzrecht Anwendung finden kann, wurde bereits an anderer Stelle untersucht und im Ergebnis bejaht⁴².

³⁸ Vgl. BVerwG, Urt. v. 6.11.2013 – 9 A 14.12, BVerwGE 148, 373 (Rn. 74).

³⁹ Zur Entscheidungserheblichkeit dieses räumlichen Maßstabes EuGH, Urt. v. 10.10.2019 – C-674/17, ECLI:EU:C:2019:851 (Rn. 58 f.), finnischer Wolf II.

⁴⁰ BVerwG, Urt. v. 9.6.2010 – 9 A 20.08, NVwZ 2011, 177 (Rn. 65); OVG S.-A., Urt. v. 23.8.2017 – 2 K 66/16, juris, Rn. 181.

⁴¹ EuGH, Urt. v. 10.10.2019 – C-674/17, ECLI:EU:C:2019:851 (Rn. 58 f.), finnischer Wolf II.

⁴² *Lau/Wulfert/Müller-Pfannestiel*, NuR 2019, 721 ff.

6.4 Im Einzelfall

Was sodann den Verweis auf den Einzelfall in § 45 VII 1 BNatSchG angeht, so bedeutet dies zunächst nicht, dass jede einzelne Tatbestandsverwirklichung geprüft und hiervon jeweils eine Ausnahme erteilt werden müsste. Vielmehr bezieht sich dieses „im Einzelfall“ auf die betreffende Maßnahme insgesamt⁴³. Zudem meint die Formulierung „im Einzelfall“ nicht, dass nicht für gleich gelagerte Fälle vorab gebündelt eine Ausnahme z.B. durch Allgemeinverfügung erteilt werden könnte, sondern der Gesetzgeber verwendet den Begriff des Einzelfalls insbesondere auch in § 35 S. 1 VwVfG, wo er in Satz 2 der Vorschrift zugleich allgemeingültig klarstellt, dass „im Einzelfall“ auch eine konkret-generelle Regelung sein kann⁴⁴.

Dies entbindet allerdings jeweils nicht davon, sämtliche mit der betreffenden Maßnahme bzw. mit den betreffenden Maßnahmen voraussichtlich verbundenen artenschutzrechtlich relevanten Beeinträchtigungen jeweils in der Gesamtschau in den Blick zu nehmen⁴⁵. Die Auswirkungen müssen entweder aufgrund einer entsprechenden Untersuchung bekannt sein oder im Sinne einer worst-case-Annahme unterstellt werden.

6.5 Ermessen

Hinsichtlich des von § 45 VII 1 BNatSchG eingeräumten Ermessens ist schließlich festzuhalten, dass es sich hierbei nach wohl herrschender Meinung um ein intendiertes Ermessen handelt, da die Ausnahmevoraussetzungen der Vorschrift bereits dezidiert tatbestandlich geregelt sind, sodass bei deren Vorliegen regelmäßig die Ausnahme zu gewähren ist⁴⁶. Doch selbst, wenn man hier kein intendiertes Ermessen annehmen wollte, wäre jedenfalls in der vorliegenden Fallgestaltung mit Blick auf § 4 S. 1 Nr. 3 BNatSchG dieses Ermessen auf Null reduziert.

6.6 Zwischenergebnis

Nach alledem kann in den Fällen, in denen es sich bei dem aus Verkehrssicherheitsgründen zu fällenden Baum um eine Fortpflanzungs- und Ruhestätte im Sinne des § 44 I Nr. 3 BNatSchG handelt und sich die ökologische Funktion dieser Fortpflanzungs- und Ruhestätte im räumlichen Zusammenhang auch durch zumutbare Maßnahmen nicht aufrechterhalten lässt, in aller Regel auf die Ausnahme nach § 45 VII BNatSchG zurückgegriffen werden.

⁴³ VGH Bad.-Württ., Urt. v. 23.9.2013 – 3 S 284/11, juris, Rn. 374.

⁴⁴ *Stelkens*, in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 35 Rn. 267.

⁴⁵ BVerwG, Urt. v. 28.3.2013 – 9 A 22.11, BVerwGE 146, 145 (Rn. 135).

⁴⁶ VG Freiburg (Breisgau), Urt. v. 17.2.2009 – 3 K 805/08, NuR 2009, 440 (443); *Gläß*, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, Stand: 01.01.2020, BNatSchG, § 45 Rn. 37; *Lau*, in: Frenz/Müggenborg, BKom BNatSchG, 2. Aufl. 2016, § 45 Rn. 13; a.A. *Müller-Walter*, in: Lorz et al., Naturschutzrecht, 3. Aufl. 2013, BNatSchG, § 45 Rn. 14; *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Losebl. (Stand: Sept. 2019), BNatSchG, § 45 Rn. 19.

7 Zuständigkeiten

Hinsichtlich der Fällung von Straßenbäumen stellt sich nach alledem auch die Frage, wem die Einhaltung der vorgenannten Vorgaben obliegt.

Für Bundesfernstraßen regelt § 4 S. 1 FStrG, dass die Träger der Straßenbaulast dafür einzustehen haben, dass ihre Bauten allen Anforderungen der Sicherheit und Ordnung genügen. § 4 S. 2 FStrG sieht sodann vor, dass es behördlicher Genehmigungen, Erlaubnisse und Abnahmen durch andere als die Straßenbaubehörden hierfür nicht bedarf. Die Vorschrift beinhaltet ein Ausschließlichkeits- und Konzentrationsgebot der Straßenbauverwaltung⁴⁷. Ihr liegt die Überlegung zugrunde, dass die hier hoheitlich tätig werdende Straßenbauverwaltung selbst zuständig und verantwortlich für die Beachtung der von ihrem Tätigkeitsbereich berührten gesetzlichen Bestimmungen ist und dass eine andere Hoheitsverwaltung nicht mit Anordnungen in deren Tätigkeit eingreifen soll⁴⁸. Deshalb ist an Bundesstraßen ausschließlich die Straßenbauverwaltung zuständig. Dies gilt selbst dann, wenn die betreffende Tätigkeit einer Ausnahme von artenschutzrechtlichen Verboten bedarf⁴⁹.

Gemäß § 3 V BNatSchG muss allerdings die zuständige Naturschutzbehörde beteiligt werden.

Für Landesstraßen gilt demgegenüber nicht § 4 FStrG, sondern das jeweilige Landesrecht. Dieses enthält regelmäßig dem § 4 FStrG vergleichbare Bestimmungen, sieht aber teilweise auch stärkere Eingriffsbefugnisse insbesondere der Naturschutzbehörden vor (so bspw. § 10 StrWG M-V⁵⁰).

8 Besonderheiten bei Gefahr im Verzug

Dies leitet über zu der Frage, ob von diesen Grundsätzen abgewichen werden darf, wenn Gefahr im Verzug besteht, insbesondere die Standsicherheit des betreffenden Straßenbaums maximal noch 48 Stunden gewährleistet erscheint.

Die Frage soll zunächst ausgehend vom europäischen Recht beantwortet werden. Anders als das Tötungs- ebenso wie das Störungsverbot nach § 44 I Nr. 1 bzw. Nr. 2 BNatSchG verbieten die entsprechenden europäischen Bestimmungen lediglich ein absichtliches Handeln (Art. 12 I lit. a)-c) FFH-RL, Art. 5 lit. a)-d) VRL). Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist der Absichtsbegriff zwar weit auszulegen, er setzt aber zumindest Kenntnis vom Vorkommen besonders geschützter

⁴⁷ Dünchheim, in: Marschall, FStrG, 6. Aufl. 2012, § 4 Rn. 17; vgl. auch zum Gleichen im Wasserstraßenrecht regelnden § 48 WaStrG BVerwG, Urt. v. 25.9.2008 – 7 A 4.07, NuR 2009, 42 (Rn. 23).

⁴⁸ NdsOVG, Urt. v. 9.10.2008 – 12 LC 386/06, NVwZ 2009, 1050 (1052).

⁴⁹ Hierzu bereits Lau, UPR 2015, 361 (365).

⁵⁰ Hierzu Sauthoff, in: ders./Witting, StrWG M-V, Losebl. (Stand: Apr. 2020), § 10 Rn. 175.

Arten voraus⁵¹. Diese Kenntnis liegt bei sofortigem Handeln in aller Regel nicht vor und muss aufgrund von Gefahr im Verzug auch nicht zuvor beschafft werden.

Sollten jedoch Fortpflanzungs- und Ruhestätten von Arten nach Anhang IV der FFH-RL im Zuge der Baumfällung beschädigt oder zerstört werden, wäre darin möglicherweise ein Verstoß gegen das Schädigungsverbot nach Art. 12 I lit. d) FFH-RL zu sehen; denn dieses Verbot setzt kein absichtliches Handeln voraus (anders als das Schädigungsverbot nach Art. 5 lit. b) VRL). In Entsprechung zu den übrigen artenschutzrechtlichen Verboten wird man jedoch auch hier einen subjektiven Tatbestand voraussetzen müssen, sodass ein zumindest fahrlässiges Verhalten zu fordern ist⁵². Da indes allgemein bekannt ist, dass insbesondere ältere Bäume entsprechende Lebensstätten beherbergen können, wird man regelmäßig ein fahrlässiges Handeln bejahen können.

Demnach läge, wenn sich nachträglich die Zerstörung oder Beschädigung von Fortpflanzungs- und Ruhestätten von Anhang-IV-Arten herausstellt, zumindest ein Verstoß gegen das Schädigungsverbot nach Art. 12 I lit. d) FFH-RL vor. Hiervon ist jedoch gemäß Art. 16 I lit. c) FFH-RL u.a. aus Gründen der öffentlichen Sicherheit eine Ausnahme möglich. Des Weiteren dürfen keine weniger beeinträchtigenden zumutbaren Alternativen gegeben sein und müssen die Populationen der betroffenen Art trotz der Ausnahme in einem günstigen Erhaltungszustand verweilen⁵³.

Wird – wie bereits erwähnt – der Ausnahmegrund der öffentlichen Sicherheit bereits bei der Errichtung einer neuen Straße, für die ein Verkehrsbedürfnis besteht, angenommen⁵⁴, muss dies umso mehr für die Aufrechterhaltung der Verkehrssicherheit auf bestehenden Straßen gelten. Auch fehlt es an weniger beeinträchtigenden zumutbaren Alternativen. Insbesondere kann nicht wegen einzelner schadhafter Straßenbäume jedes Mal – und noch dazu ausgesprochen kurzfristig ohne die Möglichkeit, eine Umleitung einzurichten – die betreffende Straße gesperrt werden. Hat der Europäische Gerichtshof den straßenverkehrsbedingten Verlust einzelner Luchse nicht zum Anlass genommen, um eine Straßensperrung zu verlangen⁵⁵, ist kein Grund ersichtlich, weshalb er eine solche Maßnahme wegen des eventuellen Verlustes einzelner Fortpflanzungs- und Ruhestätten verlangen sollte. Schließlich ist auch kaum vorstellbar, dass der Verlust einzelner geschützter Lebensstätten zu einer Verschlechterung

⁵¹ Vgl. EuGH, Urt. v. 18.5.2006 – C-221/04, ECLI:EU:C:2006:329 (Rn. 71-73), Fuchsjagd.

⁵² *Lau/Steeck*, NuR 2008, 386 (389).

⁵³ EuGH, Urt. v. 11.6.2020 – C-88/19, ECLI:EU:C:2020:458 (Rn. 24), rumänischer Wolf.

⁵⁴ So OVG Rh.-Pf., Urt. v. 6.11.2019 – 8 C 10240/18.OVG, juris, Rn. 280; OVG S.-A., Urt. v. 23.8.2017 – 2 K 66/16, juris, Rn. 192; OVG NRW, Urt. v. 29.3.2017 – 11 D 70/09.AK, juris, Rn. 949.

⁵⁵ Vgl. EuGH, Urt. v. 20.5.2010 – C-308/08, ECLI:EU:C:2010:281 (Rn. 56 ff.), iberischer Luchs.

rung des Erhaltungszustands der Populationen der hiervon betroffenen Arten innerhalb der jeweiligen biogeografischen Region des Mitgliedstaates⁵⁶ führen könnte. Demnach liegt auch die dritte Ausnahmevoraussetzung vor.

Das formale Vorliegen einer Ausnahmegenehmigung verlangt das europäische Recht hingegen nicht. Die artenschutzrechtlichen Bestimmungen der FFH- und Vogelschutzrichtlinie enthalten kein Verfahrensrecht⁵⁷. Die Umsetzung und nähere Ausgestaltung der Ausnahmemöglichkeiten nach Art. 16 I FFH-RL ist mithin Sache der Mitgliedsstaaten⁵⁸. Dies lenkt den Blick in das nationale Recht:

Nach deutschem Recht (§ 45 VII BNatSchG) wird die Ausnahme grundsätzlich nur auf Antrag mittels Verwaltungsaktes von der für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörde erteilt⁵⁹. Es ist aber nach den allgemeinen Maßstäben der §§ 32, 34 StGB, §§ 228, 904 BGB anerkannt, dass bei Betroffenheit überragender Rechtsgüter – wie Leib und Leben – bei Gefahr im Verzug abweichend von ansonsten bestehenden rechtlichen Vorgaben sofort gehandelt werden kann. Die betreffende Handlung ist dann gerechtfertigt. Diese Grundsätze gelten auch in Bezug auf das besondere Artenschutzrecht⁶⁰.

Somit erfüllt zwar auch die Fällung von Habitatbäumen bei Gefahr im Verzug ggf. den Tatbestand des Schädigungsverbots nach § 44 I Nr. 3 BNatSchG, sie ist in diesem Fall aber auch ohne explizite Ausnahmeerteilung gerechtfertigt ist. Soweit § 3 V BNatSchG die Beteiligung der Naturschutzbehörde verlangt, kann diese Beteiligung in Gestalt einer entsprechenden Information nachgeholt werden.

III Ergebnisse und Empfehlungen

Stehen damit die Prüfergebnisse fest (sogleich 1), können hieraus Empfehlungen für das weitere Vorgehen abgeleitet werden (sodann 2).

1 Zusammenfassung

Zusammenfassend stellt sich die Rechtslage so dar, dass bei Gefahr im Verzug ein sofortiges Handeln ohne vorherige spezielle artenschutzrechtliche Prüfung und/oder Ausnahmeerteilung gerechtfertigt ist, es ansonsten aber ggf. zumindest einer Konfliktlösung im Hinblick auf die mit der Fällung standsicherheitsgefährdeter Straßenbäume

⁵⁶ Zur Entscheidungserheblichkeit dieses räumlichen Maßstabes EuGH, Urt. v. 10.10.2019 – C-674/17, ECLI:EU:C:2019:851 (Rn. 58 f.), finnischer Wolf II.

⁵⁷ *Sobotta*, NuR 2013, 229.

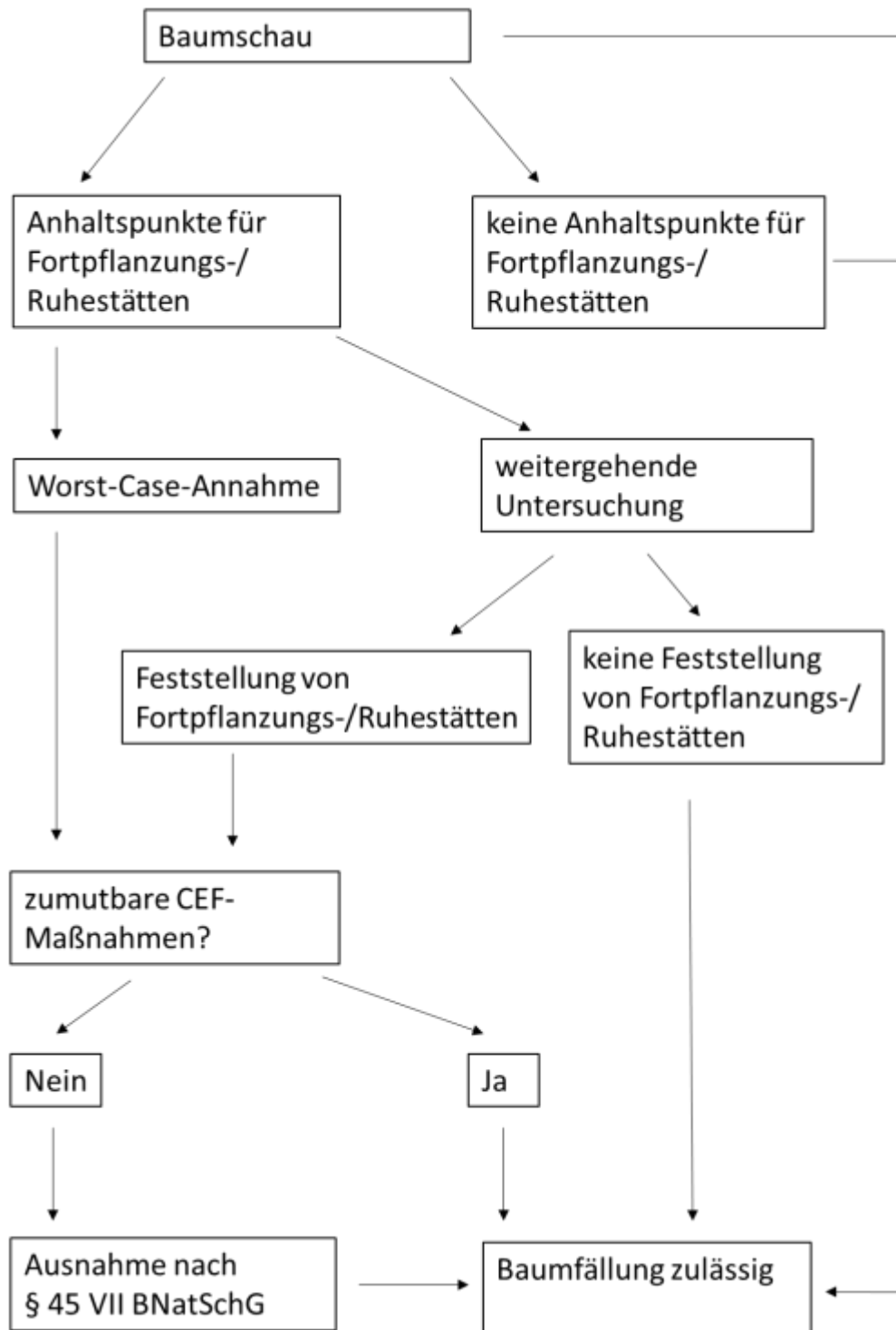
⁵⁸ EuGH, Urt. v. 11.6.2020 – C-88/19, ECLI:EU:C:2020:458 (Rn. 55), Rumänischer Wolf.

⁵⁹ Vgl. OVG S-A, Beschl. v. 27.7.2018 – 2 M 61/18, juris, Rn. 7 f.

⁶⁰ *Müller-Walter*, in: Lorz et al., Naturschutzrecht, 3. Aufl. 2013, BNatSchG, § 44 Rn. 6; *Lau*, in: Frenz/Müggenborg, BKom BNatSchG, 2. Aufl. 2016, § 44 Rn. 36; *Rüwe*, NdsVBl. 2020, 65 (67).

ggf. verbundenen Beschädigung oder Zerstörung von Fortpflanzungs- und Ruhestätten im Sinne von § 44 I Nr. 3 BNatSchG bedarf. Dies kann, wenn es sich nicht um häufige und weit verbreitete Arten handelt, nicht nur einzelne von mehreren Wechselquartieren betroffen sind und die betreffenden Tiere auch sonst nicht anderweitig ausweichen können, durch CEF-Maßnahmen oder durch eine Ausnahme nach § 45 VII BNatSchG geschehen.

Schematisch lässt sich die Situation jenseits der Fälle von Gefahr im Verzug zusammenfassend wie folgt darstellen:



2 Empfehlungen für das weitere Vorgehen

Ausgehend von den obigen Befunden sollte ermittelt werden, welche artenschutzrechtlichen Konflikte typischerweise bei der Fällung von Straßenbäumen auftreten, insbesondere welche Arten wahrscheinlich betroffen sind. Dies ließe sich beispielsweise dadurch bewerkstelligen, dass naturraumbezogen und differenziert nach unterschiedlichen Alleentypen, insbesondere Altersklassen der Bäume, entlang solcher Strecken

mit einem besonders großen artenschutzrechtlichen Potenzial stichprobenartig ein repräsentativer Alleen- bzw. Baumreihenabschnitt kartiert wird und die daraus gewonnenen Erkenntnisse hinsichtlich des Anteils an Habitatbäumen und der dort vorzufindenden Arten auf die übrigen vergleichbaren Streckenabschnitte extrapoliert werden.

Darauf aufbauend könnte konservativ abgeschätzt werden, in wie vielen Fällen es von den im jeweiligen Landkreis betroffenen Straßenbäumen unter Beachtung der vorstehenden Ausführungen tatsächlich zu artenschutzrechtlichen Betroffenheiten kommt. Dies wiederum wäre die Grundlage für ein im jeweiligen Landkreis einzurichtenden Artenschutzmaßnahmenpool, also die gebündelte (vorgezogene) Umsetzung von Maßnahmen zur Schaffung von Ersatzlebensräumen für die jeweils betroffenen in § 44 V 2 BNatSchG genannten besonders geschützten Arten, sofern diese nicht häufig und weit verbreitet sind und nicht lediglich in Wechselquartieren betroffen werden. Bei der Bemessung des Flächenumfangs dieses Pools ist zu berücksichtigen, dass mit der Fällung standsicherheitsgefährdeter Straßenbäume lediglich einem Ereignis vorgegriffen wird, das alsbald auch auf natürlichem Wege eingetreten wäre.

Alternativ zu dieser Poollösung kann auch die Auflage oder Erweiterung von entsprechenden Artenhilfsprogrammen der Naturschutzbehörde auf Kosten des Trägers der Straßenbaulast erfolgen.

Unter Zugrundelegung jener Maßnahmen kann schließlich aufgrund derselben Rahmenbedingungen bei potenzieller Betroffenheit derselben Arten in vergleichbarer Intensität (bezogen auf die Habitatbaumdichte) eine gebündelte vorgezogene Ausnahme nach § 45 VII BNatSchG – unter Widerrufsvorbehalt – erteilt werden. Wird dieses Vorgehen beim Konzept „Natur auf Zeit“ befürwortet und werden dabei keine rechtlichen Probleme gesehen⁶¹, muss dies in den vorliegend untersuchten Konstellationen ebenfalls ein gangbarer Weg sein. Es ist auch möglich, diese Ausnahme gemäß § 54 S. 2 VwVfG durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag des Trägers der Straßenbaulast mit der betreffenden Naturschutzbehörde zu ersetzen.

An Bundesstraßen bedarf es hingegen mit Blick auf § 4 S. 2 FStrG keiner förmlichen Ausnahmegenehmigung. Dies entbindet den Träger der Straßenbaulast jedoch nicht davon, das materielle Recht zu beachten. Daher muss in der Sache an Bundesstraßen ebenso verfahren werden wie an Landesstraßen. Für die Verkehrssicherung an Bundesstraßen kann zudem bei den Artenschutzpoolmaßnahmen großräumiger agiert werden. Soweit oben für die Landesstraßen Poolösungen auf Kreisebene empfohlen worden sind, resultiert dies vor allem daraus, dass damit erfahrungsgemäß die Bereitschaft der unteren Naturschutzbehörden gefördert wird, an einem solchen Modell mitzuwirken. Dies ist bei den auf Bundesstraßen bezogenen Maßnahmen mangels Erfordernis einer förmlichen Ausnahme jedoch nicht vergleichbar bedeutend. In diesem Fall

⁶¹ *Becker et al.*, *Natur und Landschaft* 2020, 172 (175 ff.); *Hendrischke*, *NuL* 2019, 365 (366).

ist mithin – die an die FCS-Maßnahmen gestellten Anforderungen befolgend – lediglich darauf zu achten, dass die Poolflächen innerhalb derselben biogeografischen Region liegen wie die Straßen, deren Verkehrssicherung die betreffenden Maßnahmen artenschutzrechtlich absichern sollen. Zum an sich gegebenen Vorrang von CEF-Maßnahmen (keine „billige Flucht“ in die Ausnahme) lässt sich unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit argumentieren, dass eine Poollösung nicht nur aus Verhältnismäßigkeitsgründen, sondern gerade auch bezogen auf die damit verbundenen Vorteile für die Sicherung des Erhaltungszustands der betreffenden Art insgesamt gegenüber einer auf einzelne Bäume bezogenen singulären zeitlich begrenzten Lösung klar den Vorzug verdient.

Es sollte aber auch bei Bundesstraßen aus Gründen der Nachvollziehbarkeit und Überprüfbarkeit über die seitens des Straßenbaulastträgers angestellten Überlegungen und ergriffenen Maßnahmen ein entsprechender Aktenvermerk erstellt werden. Eine entsprechende Dokumentation fordert bereits § 45 VII 3 BNatSchG i.V.m. Art. 16 III FFH-RL, Art. 9 II VRL.

Leipzig, den 27. November 2020

Dr. Marcus Lau
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht