



An das
Bundesverwaltungsgericht
Erdbergstraße 192-196
1030 Wien

EINSCHREIBEN
vorweg per Telefax

Salzburg, am 13.07.2017

Betreff: W155 2120762-1/227Z
„380-kV-Salzburgleitung“ - Beschwerdeverfahren

Beschwerdeführer: **Umweltanwalt Dr. Wolfgang Wiener**
Landesumweltanwaltschaft Salzburg
5020 Salzburg, Membergerstraße 42

Belangte Behörde: **Amt der Salzburger Landesregierung**
Abteilung 7 Wasser Energierecht
5010 Salzburg, Michael-Pacher-Straße 36, Postfach 527

Mitbeteiligte Parteien:

- 1. Austrian Power Grid AG**
1220 Wien, Wagramer Straße 19, IZD-Tower
- 2. Salzburg Netz GmbH**
5020 Salzburg, Bayerhamerstraße 16

wegen: **UVP-Genehmigung 380 kV Salzburgleitung**
durch Bescheid der Salzburger Landesregierung vom
14.12.2015, Zahl 20701-1/43.270/3152-2015

STELLUNGNAHME



In umseits bezeichneter Beschwerdesache erstattet der Beschwerdeführer nachfolgende

STELLUNGNAHME

Mit Schreiben vom 21.06.2017 hat das BVwG ein Konvolut an Gutachten übermittelt. Zum Umfang und zur Fristsetzung hat der Beschwerdeführer bereits die Stellungnahme vom 29.06.2017 erstattet.

Eine fachgutachterliche Bearbeitung des Konvoluts vor der mündlichen Verhandlung ist nach wie vor unrealistisch und seriös nicht machbar, weshalb weiterhin auf die gestellten Anträge verwiesen wird. Es kann jedoch vorweg auf massive und entscheidungsrelevante „Irrtümer“ und falsche „rechtliche Annahmen und darauf beruhende Beurteilungen“ der gerichtlich bestellten Sachverständigen für Naturschutz einerseits und Wildökologie andererseits hingewiesen werden.

Vorweg wird zu den Gutachten REVITAL und Wildökologie festgehalten, dass die aktuell getroffenen Aussagen lediglich versuchen den „Besitzstand zu wahren“, also die bisherigen Beurteilungen beizubehalten, ohne in der Sache auf die Einwände einzugehen. Die pauschalen Verweise von REVITAL, die Einwendungen in den Beschwerden seien bereits aao beantwortet worden, laufen bei Überprüfung der Verweise ins Leere, da auch an den genannten Stellen nur Pauschalierungen und bloße Behauptungen zu finden sind. Eine sachliche Auseinandersetzung findet nicht statt.

Eben diese Pauschalierungen von REVITAL, insbesondere zum Artenschutz, gründen wiederum auf teilweise haarsträubenden und nachweislich falschen rechtlichen Prämissen. Teilweise lesen sich die – eigentlich gemäß Auftrag des Gerichts auf die ornithologische Fachkunde beschränkten – Ausführungen wie laienhafte rechtliche Abhandlungen und rechtliche Subsumtionen unter falsch zugrunde gelegte bzw von Grund auf nicht verstandene Verbotstatbestände unter Heranziehung nicht belegter Definitionen. Letztendlich soll diesen zweifelhaften Ausführungen aber dann „Entscheidungswesentlichkeit“ zukommen.

Es ist nicht nachvollziehbar woher und von wem die Sachverständigen ihre Rechtsquellen im gerichtlichen Verfahren beziehen. Im erstinstanzlichen Verfahren wurde den Sachverständigen jedenfalls – wie sich aus dem UVG und dem bekämpften Bescheid ableiten lässt – ein fragwürdiger rechtlicher Auslegungsrahmen zum Artenschutz vorgegeben. Die Unrichtigkeit dieses Rahmens wurde bereits mehrmals eingewendet und wird dazu weiterhin auf das bisherige Vorbringen verwiesen.

Es wird daher bereits vorweg festgehalten, dass jegliche rechtliche Ausführungen und Subsumtionen von REVITAL nicht anerkannt werden und auch für eine sachgerechte Entscheidung nicht anerkannt werden können, da sie nicht auf gleicher fachlicher Ebene erfolgen, nachweislich falsch sind, demgemäß zu falschen, letztendlich aber entscheidungsrelevanten Einschätzungen führen und da die rechtliche Einordnung des Sachverhalts alleine dem Gericht zukommt.



1. Zur Anerkennung von Leitungsdemontagen

REVITAL setzt sich zu diesem Thema seitenweise völlig laienhaft damit auseinander, wie die Demontage der 220 kV Leitung denn einzuordnen wäre und vergleicht dabei unter der Überschrift „Zur Systematik des SNSchG“ die Begriffe Vermeidungsmaßnahme, Verminderungsmaßnahme, Ausgleichsmaßnahme, Ersatzmaßnahme, Funktionserhaltende Maßnahme, Kompensationsmaßnahme und spricht dem Rückbau einmal die Eigenschaft als Ausgleichsmaßnahme, einmal als Ersatzmaßnahme zu.

Die aus dem Gutachten herauslesbare offensichtliche Verwirrung ergibt sich zudem vermutlich auch daraus, dass die zitierte Fachliteratur diese Begriffe auch noch dazu in einem anderen Begriffsverständnis gebraucht.

Bleibt man bei den rechtlich verbindlichen Begriffen des NSchG und der FFH- u VS-RL sowie den dazu entwickelten Konzepten der Europäischen Kommission (EK 2007 Leitfadens Artenschutz) und bei der Rechtsprechung dann ergibt sich – zusätzlich zu den anerkannten Begriffen der Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen – folgendes bestmöglich vervollständigte Bild:



EU-ARTENSCHUTZ (Art 12 u 16 FFH-RL; §§ 29-34 SNSchG) - Verbotstatbestände		EU-GEBIETSSCHUTZ (Art 6 Abs 4 FFH-RL; 22a SNSchG)	NATURSCHUTZ		
<u>Ohne Verfahren</u> – Konzepte der EK (2007) für einen vollzugstauglichen Umgang mit den Verbotstatbeständen		<u>Ausnahmeverfahren</u> (Art 16; § 34) bei Verwirklichung eines Verbotstatbestands	<u>Naturverträglichkeitsprüfung</u> gemäß § 22a SNSchG	<u>Naturschutzverfahren</u> gemäß SNSchG §§ 6ff, 10ff, 12ff, 16ff, 19ff, 22a, 23, 24, 25, 26	
FCS (Favourable Conservation Status) Maßnahmen: hoheitliche Artenschutzpläne zur Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands einer Art	CEF (Continuous Ecological Functionality) Maßnahmen: Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der ökologischen Funktionalität von Fortpflanzungs- und Ruhestätten bei teilweisen Zerstörungen oder Beschädigungen dieser	Compensation Measures: fakultativ lt EK. In der dt. Übersetzung des EK-Leitfadens 2007 werden diese mit „Ausgleichsmaßnahmen“ übersetzt. Dies entspricht aber nicht dem Begriff des SNSCHG!	Kohärenzsicherungs-Maßnahmen: Zweck ist es, negative Auswirkungen des Projekts aufzuwiegen und einen funktionsidentischen Ausgleich zu erzielen, der genau den negativen Auswirkungen auf den betroffenen Lebensraum und die betroffenen Arten entspricht (EUROPÄISCHE KOMMISSION 2000: 49).	Ersatz-Maßnahmen §3a SNSchG: Ausgleich des Eingriffs durch Ersatzmaßnahmen im Verhältnis 1:1	Ausgleichs-Maßnahmen § 51 SNSchG: Ausgleich des Eingriffs durch Ausgleichsmaßnahmen im Verhältnis 1:1,3 wegen des erforderlichen Überwiegens des Ausgleichs
Kann auch Leitlinien für die Bewertung und Überwachung der Auswirkungen von Ausnahmen, mögliche Ausgleichsmaßnahmen, usw enthalten	Kann die Verwirklichung eines Verbotstatbestands und damit ein Ausnahmeverfahren nach Art 16/§34 vermeiden	Kann bei Verwirklichung eines Verbotstatbestands für die Begründung einer Ausnahme nach Art 16/§34 herangezogen werden Voraussetzungen: 1. zulässiger Ausnahmegrund 2. Alternativprüfung 3. Verweilen der Population im günstigen Erhaltungszustand (lokal/biogeograph)	Sicherstellung über Ersatz § 3a oder Ausgleich § 51	Nur in Verfahren in denen Naturschutz- und andere öffentliche Interessen gegeneinander abgewogen werden, bei Unterliegen des Naturschutzes	Nicht bei Widerspruch zu den grds Zielsetzungen eines Schutzobjekts. Diesfalls wäre nur ein §3a-Verfahren zulässig (Ersatz)



Gleichzeitig ist informativ zu ergänzen, dass sowohl gemäß dem Kommentar zum SNSchG als auch nach der Richtlinie Eingriff/Ausgleich, beides von Loos, für die Realisierung der Ausgleichsmaßnahme keine Verpflichtung nach anderen rechtlichen (auch zivilrechtlichen) Vorschriften bestehen darf. Andernfalls wäre nämlich der tatsächliche Ausgleich bzw der Zugewinn für die Natur gleich „Null“, wenn dieser ohnedies, auch ohne Zutun und Vorschreibung der Naturschutzbehörde, verwirklicht werden würde. Eine Zweit-Berücksichtigung als Ersatz-/Ausgleichsmaßnahme auch im Naturschutzverfahren ist daher nach den Vorgaben und immanenten Zielsetzungen des SNSchG nicht möglich. Eine solche verpflichtende Maßnahme kann aber dort, wo es fachlich vertretbar ist, als eingriffsmindernd berücksichtigt werden, was wiederum die Höhe des Ausgleichs (auch der Ersatz ist gemäß §3a ein zumindest reduzierter Ausgleich) vermindern kann.

Ob daher – wie REVITAL krampfhaft und erfolglos herauszuarbeiten versucht – die Demontage als Ausgleichs- oder als Ersatzmaßnahme bezeichnet werden muss, ist völlig irrelevant. Da im ggst Fall nämlich die Demontage der bestehenden Leitungen sowohl **Projektbestandteil** ist und gleichzeitig dafür auch eine **rechtliche Rückbauverpflichtung** besteht (UVE-Antrag S 15; bek. Bescheid SS 96, 231), **kann diese Maßnahme gar nicht zusätzlich als Ersatzmaßnahme vorgeschrieben oder gar in ihrer Gesamtheit den Ersatzmaßnahmen angerechnet werden.**

Die Art der gemäß SNSchG zu ergreifenden Maßnahmen bestimmt sich nach dem SNSchG nämlich nach der Art des Verfahrens. Ein Verfahren nach § 3a leg.cit. unter gegenseitiger Abwägung von Naturschutz- und anderen öffentlichen Interessen wird bei Unterliegen der Naturschutzinteressen immer in der Vorschreibung von Ersatzmaßnahmen enden (Sonderfall: Artenschutzverfahren). Nach dem zuvor Gesagten gilt dies jedenfalls nicht für die Leitungsdemontagen.

REVITAL erkennt zwar korrekt an, dass der Rückbau dem Grunde nach eigentlich nur eine Minderungsmaßnahme darstellt, die nur dort wirken kann, wo sie einen engen räumlichen Bezug zum Eingriff hat und dies ist eben nur in Teilabschnitten gegeben. (Auch CEF-Maßnahmen könnten theoretisch als Minderungsmaßnahmen gelten, nur dass diesen Waldsicherungsmaßnahmen in Wahrheit keine positiven landschaftlichen Wirkungen zugeschrieben werden können, weil der Fortbestand des Waldes oder etwaige Umwandlungen landschaftlich de facto nicht erkennbar sind und auch keine rechtlichen Verpflichtungen zur Beseitigung dieser Waldflächen bestehen, die eine fiktive positive Wirkung des Walderhalts allenfalls rechtfertigen könnten).

REVITAL berücksichtigt aber die Demontagen ohne engen räumlichen Bezug

- wie in der Beschwerde eingewendet und weiterhin unbeantwortet zu Unrecht als *„auffälligkeitsmindernd“* aufgrund *„positiver Auswirkungen durch den Leitungsrückbau“* auch in der Fernwirkzone, dies obwohl in der Bescheidbegründung explizit darauf hingewiesen wurde, dass eine Berücksichtigung des Leitungsrückbaus außerhalb der Nah- und Mittelwirkzone gar nicht zulässig sei.
- bei der Berechnung des Ersatzleistungsbedarfs



- und laut Beantwortung der Frage 1.28 auch in der Gesamtbeurteilung des Vorhabens.

Insgesamt geht REVITAL auf S 109 davon aus, dass die **Ersatzleistungs-Projekte im Einzelnen nicht ausreichend** sind, sondern ein Bündel an Projekten notwendig sei, um den im UVP-Bescheid genannten Ersatzleistungsbedarf decken zu können. Dies sei unabhängig davon, ob der gesamte Leitungsrückbau oder nur Teile davon anerkannt würden. Für die im Bescheid getroffene Auslegung der Anerkennung von Leitungsrückbauten seien die vorgeschriebenen Ersatzleistungsprojekte fachlich gesehen iSd SNSchG in jedem Fall ausreichend.

Daraus ergibt sich der Nachweis, dass REVITAL – wie bekämpft – die fachliche Grundlage für die Anerkennung der gesamten Demontage tatsächlich geliefert hat, was von der Behörde im bekämpften Bescheid auch rechtlich so vorgenommen wurde.

Berücksichtigt man aber, dass diese Anerkennung fachlich wie rechtlich nicht zulässig war, ergibt sich daraus ein weiterhin offener Ersatzleistungsbedarf.

Ein weiterer rechtlicher Irrtum infolge Verkennung der rechtlichen Qualität von Ersatzmaßnahmen durch REVITAL liegt in der Beurteilung, dass Ersatzmaßnahmen geeignet wären die vorhabensbedingten Auswirkungen von „bedeutend nachteilig“ auf „merklich nachteilig“ zu mindern (S 142 unten zur Frage 1.40 des BVwG nach der Wirkung von Projektmaßnahmen und den im Bescheid vorgeschriebenen Maßnahmen).

Wenn ein Vorhaben wie das Gegenständliche derartige Auswirkungen etwa auf die Landschaft entfaltet, die **faktisch nicht verhindert oder verringert werden können** (REVITAL bestätigt dies auf S 143) und wird ein solches Vorhaben dennoch bewilligt, dann sollen nach den Vorgaben des SNSchG zumindest diese negativen Auswirkungen durch Ersatzmaßnahmen im Verhältnis 1:1 ausgeglichen werden. Dies schließt bereits die Annahme des Gesetzgebers mit ein, dass die Ersatzmaßnahmen nicht fähig sind, den Eingriff zu mindern. Außerdem können Ersatzmaßnahmen unabhängig vom Ort des Eingriffs vorgeschrieben werden. Seit der letzten und auch in diesem Verfahren anwendbaren Novelle zum SNSchG können Ersatzmaßnahmen sogar uneingeschränkt aus Geldleistungen bestehen.

Ersatzmaßnahmen können daher niemals die vorhabensbedingten Auswirkungen mindern!

Die soeben zitierte Antwort von REVITAL zu 1.40 steht auch im (die Ausführungen des Beschwerdeführers bestätigenden) Widerspruch zur Antwort auf die Frage 1.41 des BVwG nach der Wirkung von vorgeschriebenen Ersatzleistungen (was sich mit der Fragestellung 1.40 weitgehend deckt). **Denn REVITAL bestätigt hier wiederum, dass sich die negativen Auswirkungen auf das Schutzgut Landschaft faktisch nicht verhindern oder verringern lassen.**



Dass die Ersatzmaßnahmen für sich (und auch bei rechtsrichtiger Berücksichtigung von Minderungsmaßnahmen) nicht geeignet sind, die durch den Eingriff zu erwartenden Beeinträchtigungen auszugleichen, ergibt sich bereits aus der Feststellung von REVITAL auf S 109, dass die Ersatzleistungs-Projekte im Einzelnen nicht ausreichend sind.

In Beantwortung der Frage 1.41 werden die Auswirkungen des Vorhabens daher durch die Ersatzmaßnahmen weder verhindert noch verringert. Auch die durch den Eingriff zu erwartenden Beeinträchtigungen werden durch die Ersatzleistungen nicht direkt naturschutzfachlich ausgeglichen, sondern allenfalls rechtlich (in Form jeglicher denkbarer Maßnahmen wie auch Geldleistungen) als Kompensation anerkannt. Gegenständlich fehlt es aber wie ausgeführt am Umfang dieser Maßnahmen/Leistungen.

Zur Anerkennung der Demontagen beim Artenschutz

REVITAL berücksichtigt außerdem pauschal die gesamte Demontage der Bestandsleitung bei der Beurteilung von Verbotstatbeständen (Tötung, Störung) als mindernd für alle betroffenen Vogelarten (BVwG-GA REVITAL S 54), obwohl aao behauptet wird, es würden nur naheliegende Teilräume berücksichtigt werden: *„Unter Berücksichtigung der Maßnahmen wie der durchgehenden Markierung des Erdseiles, der relativ dicken Seile bzw. Seilbündel sowie der Demontage, die die Länge der neuen Leitung um ca. 66 Kilometer übersteigt, bleibt zusammenfassend die Beurteilung im Rahmen des behördlichen Verfahrens aufrecht: durch den Bau und den Betrieb der geplanten 380-kVSalzburgleitung ist der Verbotstatbestand der Tötung aus Sicht von REVITAL weder für den Uhu noch für den Wanderfalken bzw. andere Vogelarten erfüllt.“*

Derartige Aussagen werden von REVITAL mehrfach getroffen sowie beliebig angepasst und geändert, so auch in BVwG-GA S80, wo ebenfalls zu den Verbotstatbeständen zunächst auf die räumliche Nähe von Neubau und Rückbau abgestellt wird, dann aber gleich auch angemerkt wird, dass nicht dieselben Vogelindividuen betroffen seien. Nicht berücksichtigt wird bei den zu Grunde gelegten, nicht näher definierten und fachlich unzulässig vereinheitlichten „Teilräumen“ daher, dass Rückbauten im Tal bspw in landwirtschaftlich bewirtschafteten Kulturlandschaften andere Vogelarten/Populationen betreffen, als der höhenmäßig darüber befindliche Neubau der Leitung im Wald mit den entsprechenden Waldarten. Eine Art im Offenland profitiert daher vom Rückbau, eine ganz andere Art im Wald erleidet aber einen entscheidenden Nachteil durch den Neubau und profitiert eben nicht vom Rückbau.

Die Vorgangsweise von REVITAL ist daher eine pauschalierende, nicht auf Artniveau erfolgende, sondern – das ist besonders auffällig bei allen Beurteilungen von REVITAL – auf möglichst großen Populationen beruhende Argumentation, welche in Folge der angenommenen Größen von zusammenhängen (Teil-)Populationen stark vereinfacht und völlig unwissenschaftlich zum Ergebnis „eh wurscht“ führt.

Dabei führt REVITAL auf S 21 selbst an: *„Ohne das projektierte Paket an Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen würden aufgrund der Dimension des Vorhabens allerdings hohe bis tlw. sehr hohe Resterheblichkeiten bestehen bleiben, die von einem Verschwinden lokaler Populationen geschützter bzw. gefährdeter Pflanzenarten, über vermehrte Tötungen von FFH-Tierarten und bleibende Struktur- und Funktionsschäden*



von Lebensräumen bis hin zu negativen sekundären und tertiären Effekten, die über den räumlichen Bereich des geplanten Neubaus hinausgehen, reichen würden.“

Darin enthalten sind auch die großzügig berücksichtigten Demontagen. Was gilt aber, wenn diese Demontagen nicht im vorgenommenen Ausmaß berücksichtigt werden dürften?

Zur Nicht-Anrechenbarkeit von Leitungsdemontagen nach der dt Rsp des BVerwG

In diesem Zusammenhang darf auf die jüngste deutsche Rechtsprechung des BVerwG zur Uckermarkleitung, BVerwG 4 A 5.14 vom 21.01.2016, Rn 116ff, verwiesen werden:

„Zur Vermeidung von Kollisionsrisiken sind in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bisher in erster Linie Maßnahmen wie Überflughilfen für Fledermäuse an einer Straße (BVerwG, Urteil vom 13. Mai 2009 - 9 A 73.07 - Buchholz 451.91 Europ.UmweltR Nr. 39 S. 229), Grünbrücken und Amphibiendurchlässe (BVerwG, Urteil vom 6. November 2012 - 9 A 17.11 - BVerwGE 145, 40 Rn. 48) anerkannt worden, mithin Maßnahmen, die das projektbedingte Kollisionsrisiko real vermeiden oder mindern. Diese Rechtsprechung findet ihre Bestätigung in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH, Urteil vom 15. Mai 2014 - C-521/12 [ECLI:EU:C:2014:330] - NVwZ 2014, 931 = NuR 2014, 487), wonach das in Art. 6 Abs. 3 Satz 2 FFH-RL vorgesehene Genehmigungserfordernis den Vorsorgegrundsatz einschließt und es erlaubt, durch Pläne und Projekte entstehende Beeinträchtigungen der Schutzgebiete als solche wirksam zu verhüten oder zu verringern, um dafür zu sorgen, dass das Gebiet als solches nicht beeinträchtigt wird (EuGH, Urteil vom 15. Mai 2014 a.a.O. Rn. 26, 28). Von Vermeidungs- oder Verminderungsmaßnahmen zu unterscheiden sind die sogenannten Kompensationsmaßnahmen. Diese dürfen nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH, Urteil vom 15. Mai 2014 - C-521/12 - NVwZ 2014, 931 = NuR 2014, 487) im Rahmen der Prüfung der Verträglichkeit nach Art. 6 Abs. 3 FFH-RL - und damit auch im Rahmen der Verträglichkeitsprüfung nach § 34 Abs. 2 BNatSchG - nicht berücksichtigt werden. Denn Ausgleichsmaßnahmen können nicht gewährleisten, dass das Projekt das Gebiet als solches nicht i.S.v. Art. 6 Abs. 3 FFH-RL beeinträchtigen wird. Darüber hinaus soll die praktische Wirksamkeit der in Art. 6 FFH-RL vorgesehenen Schutzmaßnahmen verhindern, dass die zuständige nationale Behörde durch sogenannte abmildernde Maßnahmen, die in Wirklichkeit Ausgleichsmaßnahmen entsprechen, die in der Vorschrift festgelegten spezifischen Verfahren umgeht, indem sie nach Art. 6 Abs. 3 FFH-RL Projekte genehmigt, die das betreffende Gebiet als solches beeinträchtigen (EuGH, Urteil vom 15. Mai 2014 a.a.O. Rn. 33). Der vorliegend geplante Rückbau der bestehenden 220 kV Freileitung verringert - anders als Markierungen an den Erd- und Leiterseilen und niedrigere Einebenenmasten - zwar nicht das Anflugrisiko an der geplanten 380 kV-Freileitung, womit er sich nicht als eine "klassische" Vermeidungs- oder Verminderungsmaßnahme darstellt. Im Unterschied zum Ausgleich verlorener Flächen für einen beeinträchtigten Lebensraumtypen handelt es sich aber auch nicht um eine reine Kompensationsmaßnahme. Denn um einen späteren Ausgleich oder eine spätere Kompensation projektbedingter Beeinträchtigungen oder Schäden geht es nicht, wie die Beigeladene zu Recht anmerkt. Mit dem angeordneten Rückbau verringert die Planfeststellungsbehörde vielmehr das Anflugrisiko, aber - anders als etwa bei



Erdseilmarkierungen - nicht projektbezogen, sondern gebietsbezogen. Ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen eine Anrechnung des Rückbaus der 220 kV-Freileitung als schadensmindernde Maßnahme hiernach in Betracht kommen kann, kann der Senat offenlassen. Denn die Möglichkeit, die Auswirkungen der 380 kV-Freileitung und der 220 kV-Freileitung auf die Mortalitätsrate bestimmter Vogelarten gegenzurechnen, scheidet vorliegend bereits daran, dass der Trassenverlauf der neu zu errichtenden 380 kV Freileitung und der rückzubauenden 220 kV-Freileitung jedenfalls im Vogelschutzgebiet "Schorfheide-Chorin" nicht deckungsgleich ist und die zu erwartenden Leitungsanflüge folglich andere Populationen oder Vogelarten betreffen können. Das haben die Gutachter der Beigeladenen im Termin zur mündlichen Verhandlung auf Nachfrage des Gerichts ausdrücklich bestätigt."

Dem Rückbau einer 220 kV-Freileitung hat das Gericht im Fall der Uckermarkleitung daher richtigerweise die Anerkennung als Vermeidungs- bzw. Verminderungsmaßnahme aberkannt. In der Rechtsprechung des BVerwG sei zwar geklärt, dass - gemessen am Maßstab des "günstigen Erhaltungszustandes" - auch Schutz- und Kompensationsmaßnahmen berücksichtigt werden dürfen. Das gelte aber nur, sofern sie sicherstellen, dass erhebliche Beeinträchtigungen verhindert werden. Ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen eine Anrechnung des Rückbaus der 220 kV-Freileitung als schadensmindernde Maßnahme in Betracht kommen könne, lässt der Senat offen. Denn die Möglichkeit, die Auswirkungen der 380 kV-Freileitung und des 220 kV-Freileitungsrückbaus auf die Mortalitätsrate bestimmter Vogelarten gegenzurechnen, scheidet vorliegend bereits daran, dass der Trassenverlauf der beiden Freileitungen jedenfalls im Vogelschutzgebiet "Schorfheide-Chorin" nicht deckungsgleich sei und die zu erwartenden Leitungsanflüge folglich andere Populationen oder Vogelarten betreffen können (Rn. 119).

Eben dieser Fall trifft aber auch im ggst UVP-Verfahren zu: Weder sind die Neubau- und Rückbautrassen deckungsgleich, noch betreffen sie dieselben Individuen (REVITAL BVerwG S 80) und aufgrund der Verschiedenheit der betroffenen Lebensräume durch die Neubauleitung einerseits und durch die Rückbauleitung andererseits (bspw Offenland und Waldlebensräume) betreffen sie auch nicht dieselben Populationen/Arten. Auch wenn die zitierte dt Rsp auf dort betroffene Europaschutzgebiete abstellt, so ist dennoch die fachliche Argumentation und Systematik zum Artenschutz im europäischen Rechtssystem und der dazu ergangenen Rechtsprechung deckungsgleich. Jede andere Interpretation würde das europäische Schutzsystem ad absurdum führen. **Eine pauschale Anrechnung der Rückbauleitung ohne genaue Nachweise auf Artniveau (Populations- bzw Revierabgrenzung; Fortpflanzungs- und Ruhestätten; Artenzahlen; etc) ist daher rechtlich nicht zulässig.**



2. Nachweislich falsche rechtliche Annahmen von REVITAL zu den Verbotstatbeständen und folglich darauf aufbauende falsche Beurteilungen zum Vorliegen von Verbotstatbeständen

Augenfällig argumentiert REVITAL im BVwG-GA bei der Beurteilung, ob ein Verbotstatbestand vorliegt, durchgehend damit, dass die „lokalen Populationen nicht erheblich beeinträchtigt“ würden, „keine negativen Auswirkungen auf den Erhaltungszustand“ erfahren würden oder „erhebliche negative Auswirkungen auf Populationsniveau auszuschließen“ seien.

Auf **Seite 44** etwa werden erhebliche negative Auswirkungen auf Populationsniveau für den Schwarzstorch ausgeschlossen, ohne Bezug zu nehmen, welcher Verbotstatbestand hier überhaupt geprüft wurde. Die Beurteilung ist daher aus noch näher anzuführenden Gründen **nicht nur rechtlich falsch, sondern auch unvollständig und daher nichtig.**

Auf **Seite 54** wird der **Verbotstatbestand der Tötung abweichend von der einhelligen Rsp und damit krass rechtswidrig** wie folgt definiert: *„Der Verbotstatbestand der Tötung ist dann erfüllt, wenn es zu einer signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos (hier: Kollisionsrisikos) kommt und dadurch auch negative Auswirkungen auf den Erhaltungszustand einer lokalen Population zu erwarten sind.“*

Auf **Seite 115** wird diese Definition sogar noch **um einen absolut unzulässigen Schwellenwert erweitert**: *„Grundsätzlich ist das Tötungsverbot auf dem Niveau des Einzelindividuums anzuwenden, wobei lt. aktueller RVS Artenschutz dabei auch die lokale Population zu berücksichtigen ist. Eine Verschlechterung der Überlebenswahrscheinlichkeit der lokalen Population ist bei einem Individuum- bzw. Flächenverlust unter 5 % der lokalen Population i.d.R. nicht zu erwarten. In Hinblick auf das Einzelindividuum stellt es auch keinen Tatbestand dar, solange es ein äußerst seltenes Ereignis bleibt und nicht zu vermeiden ist.“*

Auf den **Seiten 59 und 124** wird der **Störungstatbestand** abweichend von der Bezugnahme auf die Beschwerde 50 zunächst **ebenfalls unrichtig definiert** und in der Folge eine pauschale und fachlich **unzulässige Erheblichkeitsschwelle** eingezogen: *„...ist eine Störung dann als erheblich zu werten und somit der Tatbestand lt. Art. 5 bzw. § 31 Abs. 3 Z 4 SNSchG erfüllt, wenn sich der Erhaltungszustand einer lokalen Population einer Art derart verschlechtert, dass die Überlebenswahrscheinlichkeit dieser Population erheblich negativ beeinflusst. Gemäß RVS „Artenschutz an Verkehrswegen“ ist eine derartige Erheblichkeit spätestens dann erreicht, wenn der Lebensraum- oder Individualverlust durch die Störung fünf Prozent der lokalen Population überschreitet.“*

Auf **Seite 118** wird der **Verbotstatbestand der Beschädigung und Vernichtung von Fortpflanzungs- und Ruhestätten** krass abweichend von der Rechtslage wie folgt definiert: *„Der Tatbestand gilt dann als erfüllt, wenn dadurch die*



Überlebenswahrscheinlichkeit der lokalen Population erheblich beeinträchtigt wird (vgl. RVS 04.03.15 Artenschutz an Verkehrswegen).“

Die von REVITAL durchgehend zu allen Verbotstatbeständen angeführten und angeblich maßgeblichen Auswirkungen auf die (lokale) Population der betroffenen Arten – als Maßstab dafür ob ein Verbotstatbestand erfüllt sei – finden derart pauschalierend sowohl in der Rechtslage als auch in der Judikatur keine Grundlage.

Vorweg und vereinfacht dargestellt:

- Der Verbotstatbestand der Tötung und
 - das Verbot der Vernichtung von Fortpflanzungs- und Ruhestätten (F+R)
- sind beide nach der Rsp unzweifelhaft **individuenbezogen** zu prüfen.

Beim Störungstatbestand liegt die von der Richtlinie geforderte Erheblichkeit dann vor, wenn gewisse negative Einflüsse existieren, die potenziell schädlich sind. Um eine Störung zu bewerten, sind ihre Auswirkungen auf den **Erhaltungszustand der Art auf Populationsebene und auf biogeografischer Ebene** in einem Mitgliedstaat zu berücksichtigen (siehe auch Kapitel III.2.3.a) zum „Bewertungsmaßstab“). So liegt eine „Störung“ im Sinne von Artikel 12 vor, wenn durch die betreffende Handlung die Überlebenschancen, der Fortpflanzungserfolg oder die Reproduktionsfähigkeit einer geschützten Art vermindert werden oder diese Handlung zu einer Verringerung des Verbreitungsgebiets führt. (EK 2007, S 42)

Darüber hinaus erlangt der Begriff der lokalen **Population** und ihres Erhaltungszustands aus der FFH-Richtlinie **erst im Ausnahmeverfahren nach Art 16 FFH-RL / §34 SNSchG wieder eine Bedeutung**, also erst dann, wenn bereits das Vorliegen eines Verbotstatbestands festgestellt worden ist. Wird entgegen dieses Verbots eine Ausnahmegewilligung beantragt, können die Behörden von den Verboten abweichen, wenn

1. ein zulässiger Ausnahmegrund vorliegt
2. sofern es keine anderweitige zufriedenstellende Lösung gibt
3. und unter der Bedingung, dass die Populationen der betroffenen Art in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet trotz der Ausnahmeregelung ohne Beeinträchtigung in einem günstigen Erhaltungszustand verweilen



Das bedeutet aber hinsichtlich der von REVITAL vorgenommenen entscheidungsrelevanten Beurteilungen, dass zumindest sämtliche getroffenen Annahmen, es wäre der Tötungstatbestand oder das Verbot der Vernichtung von F+R nicht erfüllt, weil die jeweiligen Populationen der betroffenen Arten nicht beeinträchtigt würden, **absolut falsch, rechtswidrig und daher für das Genehmigungsverfahren unbrauchbar sind! Insbesondere die pauschale Annahme von Schwellenwerten ist absolut unzulässig!**

Das bedeutet aber in der Folge auch – folgt man dem Zitat von REVITAL von S 118 – dass **auch die verwiesene RVS 04.03.15 Artenschutz an Verkehrswegen – nicht geeignet ist, ein gesetzmäßiges Artenschutzverfahren zu gewährleisten**, weil es auf falschen rechtlichen Annahmen beruht!

Im Folgenden wird noch einmal vertiefend auf die Verbotstatbestände eingegangen:

Zum Tötungstatbestand

Bereits der bekämpfte Bescheid verweist zum Tötungstatbestand auf Seite 364 auf ein nicht einschlägiges Urteil des OVG Magdeburg, wonach dieser Tatbestand einen Individuenschutz und nicht einen Populationsschutz gebietet. Die ganz einhellige Rsp des dt BVerwG und auch die einschlägigen Leitfäden des dt BfN sowie der EU-Kommission lassen keinen Zweifel am Individuenschutz des Tötungstatbestands aufkommen (BVerwG, Urteil vom 09.07.2008 – 9 A 14/07).

Gegen das Tötungsverbot wird dann nicht verstoßen, wenn das Vorhaben nach naturschutzfachlicher Einschätzung unter Berücksichtigung von Vermeidungsmaßnahmen kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko für Einzelexemplare durch Kollisionen verursacht, mithin unter der Gefahrenschwelle in einem Risikobereich bleibt, der im Naturraum immer gegeben ist, vergleichbar dem ebenfalls stets gegebenen Risiko, dass einzelne Exemplare einer Art im Rahmen des allgemeinen Naturgeschehens Opfer einer anderen Art werden (vgl. BVerwG, Urteil vom 12. März 2008 - 9 A 3.06 „A 44 Hessisch-Lichtenau“; BVerwG, Urteil vom 9. Juli 2008, Az.: 9 A 14.07, Rn. 91, „Bad Oeynhausen“; BVerwG Urteil vom 27. Juni 2013 – 4 C 1.12).

Dabei ist zu beachten, dass das Tötungsrisiko individuen- und nicht etwa populationsbezogen ist (BVerwG, Urteil vom 09.07.2008 – 9 A 14/07). Schon der Verlust von Einzelexemplaren kann damit den Tötungstatbestand auslösen, selbst wenn sich dadurch der Erhaltungszustand der lokalen Population nicht verschlechtert (BVerwG, Beschl. V. 26.02.2008 – 7 B.67.07). Der Erhaltungszustand von Populationen spielt bei der Frage der Auslösung des Tötungstatbestands nämlich generell keine Rolle (im Gegensatz zum Verbotstatbestand der Störung bzw im Rahmen eines Ausnahmebewilligungsverfahrens).

Ob ein signifikant erhöhtes Risiko vorliegt, ist jeweils im Einzelfall in Bezug auf die Lage der Freileitungstrasse, die jeweiligen Artvorkommen, die Biologie dieser Arten und deren spezieller Raumnutzung am konkreten Standort (Raumnutzungsanalyse) zu klären.



Hinweise auf die Sensibilität (insbesondere Kollisionsgefährdung) von Vogelarten in Bezug auf Freileitungen geben u.a. die Entwurfsversion des EU-Leitfadens (Guidance document on energy transmission infrastructure and Natura 2000 and EU protected species, Final Draft April 2014) sowie DIERSCHKE & BERNOTAT (Übergeordnete Kriterien zur Bewertung der Mortalität wildlebender Tiere im Rahmen von Projekten und Eingriffen 3. Fassung - Stand 20.09.2016):

Zum Teil haben sie darüber hinaus Eingang in die Rechtsprechung gefunden. Bei der Beurteilung des artenschutzrechtlichen Tötungsverbots sind z. B. im Zusammenhang mit der geforderten „signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos“ (vgl. z. B. BVerwG, 12.08.2008, 9 A 3.06, Rn. 219 oder BVerwG, 09.07.2008, 9 A 14.07, Rn. 91) neben den artspezifischen Risikofaktoren (z. B. den artspezifischen Verhaltensweisen, vgl. Kap. 8) auch Aspekte des konstellationsspezifischen Risikos wie die „häufige Frequentierung des durchschnittlichen Raums“ oder die „Wirksamkeit vorgesehener Schutzmaßnahmen“ relevant (vgl. z. B. BVerwG, 14.07.2011, 9 A 12/10, Rn. 99). Der Tatbestand ist danach erfüllt, wenn es sich erstens um Tiere solcher Arten handelt, die aufgrund ihrer Verhaltensweisen gerade im Bereich des Vorhabens ungewöhnlich stark von den Risiken des Vorhabens betroffen sind und zweitens wenn sich diese Risiken durch die konkrete Ausgestaltung des Vorhabens einschließlich der geplanten Vermeidungs- und Minderungsmaßnahmen nicht beherrschen lassen (vgl. BVerwG, 18.03.2009, 9 A 39.07, Rn. 58). Auch der Abstand zwischen Vorhaben und Tiervorkommen sowie die artspezifischen Aktionsradien spielen dabei eine Rolle (vgl. z. B. BVerwG, 08.01.2014, 9 A 4.13, Rn. 97 oder BVerwG, 27.06.2013, 4 C 1/12, Rn. 11). Ebenso der Anteil der nach Vermeidungsmaßnahmen noch im Risikobereich verbleibenden Tiere (BVerwG, 08.01.2014, 9 A 4.13, Rn. 99).

Zum Störungstatbestand

Die EK geht in ihrem Artenschutz-Leitfaden (EK 2007) mangels Definition der Störung in der FFH-RL von folgendem aus:

Auch wenn eine Störung nicht unbedingt die körperliche Unversehrtheit von Individuen einer Art direkt beeinträchtigt, so kann sie doch unmittelbare negative Auswirkungen haben. So sind Störungen für eine geschützte Art z. B. schädlich, wenn sie die Überlebenschancen, den Fortpflanzungserfolg oder die Reproduktionsfähigkeit vermindern. Da verschiedene Arten unterschiedlich auf potenziell störende Aktivitäten reagieren, ist ein artspezifischer Ansatz erforderlich.

Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten gelten als besonders störungsempfindliche Phasen. Diese Zeiträume lassen sich aufgrund der ökologischen, biologischen und verhaltensmäßigen Unterschiede zwischen den Arten nur artspezifisch definieren.

Lokale Population

Der artenschutzrechtliche Begriff der lokalen Population meint eine Gruppe von Individuen einer Art, die eine Fortpflanzungs- oder Überdauerungsgemeinschaft (z.B. Vorkommen von Zug- und Rastvögeln) bilden und einen zusammenhängenden



Lebensraum gemeinsam bewohnen. Eine populationsbiologische oder -genetische Abgrenzung von lokalen Populationen ist in der Praxis aber nur ausnahmsweise möglich. Daher sind pragmatische Kriterien erforderlich, die geeignet sind, lokale Populationen zu definieren. Gut abgrenzbare örtliche Vorkommen sind daher als lokale Population zu werten. Darüber hinaus können auch bestimmte Sozialstrukturen oder spezielle Verhaltensweisen zu kleinräumigen Konzentrationen mit hohen Individuenzahlen führen. Dies sind z.B. bei den Vögeln die Brutkolonien und größere Ansammlungen an Rastplätzen. Flächenhaft verbreitete Vorkommen werden naturräumlich-topografisch oder über Gemeinde- bzw. Kreisgrenzen abgegrenzt. Bei diesen Arten hängt die lokale Population vorrangig vom individuellen Raumanspruch und dem regionalen Verbreitungsmuster ab.

Erhaltungszustand der lokalen Population

Eine Verschlechterung des Erhaltungszustandes ist immer dann anzunehmen, wenn sich die Größe, das Verbreitungsgebiet oder der Fortpflanzungserfolg der lokalen Population signifikant und nachhaltig verringert. Bei häufigen und weit verbreiteten Arten führen kleinräumige Beeinträchtigungen einzelner Individuen im Regelfall nicht zu einer Verschlechterung des Erhaltungszustandes. Demgegenüber kann bei landesweit seltenen Arten mit geringen Populationsgrößen (siehe Tabelle 1) eine signifikante Verschlechterung bereits dann vorliegen, wenn die Fortpflanzungsfähigkeit, der Bruterfolg oder die Überlebenschancen einzelner Individuen beeinträchtigt oder gefährdet werden. Hier können bereits Beeinträchtigungen einzelner Individuen populationsrelevant sein.

Zum Verbot der Zerstörung von Fortpflanzungs- und Ruhestätten (F+R)

wird auf das umfassende Vorbringen in der Beschwerde und den Leitfaden der Europäischen Kommission (EK 2007) verwiesen.

Dieses Verbot schützt F+R aller geschützten Arten inklusive Vögel, da diese für den Lebenszyklus der Tiere von entscheidender Bedeutung sind und sehr wichtige, zur Sicherung des Überlebens einer Art erforderliche Bestandteile des Gesamthabitats darstellen. Dieser Schutz sichert daher gleichzeitig auch den Erhaltungszustand einer Art ab. Das Beeinträchtungsverbot zielt daher auf die Gewährleistung der ökologischen Funktionalität von F+R ab, sodass es den jeweiligen Arten den Schutz eines von menschlichen Beschädigungen und Zerstörungen freien Umfeldes bietet, das sie für den Fortpflanzungserfolg und für die ungestörte Rast benötigen.

Das bedeutet aber nicht, dass Fragen nach den Auswirkungen auf den Erhaltungszustand einen Einfluss darauf haben, ob der Verbotstatbestand als erfüllt zu betrachten ist oder nicht. Denn wie beim Tötungsverbot ist auch beim Zerstörungsverbot aufgrund des individuenbezogenen Ansatzes der Erhaltungszustand einer lokalen Population für den Eintritt des Verbotstatbestands unbeachtlich.

Das Verbot schützt allein die Fortpflanzungs- und Ruhestätten der genannten Tierarten und bezieht sich weder auf den sonstigen Lebensraum noch auf den Erhaltungszustand (siehe dazu VG Arnsberg, Beschluss vom 20.04.2010, Az 8 L 522/09 mit Verweis auf BVerwG, Urteil vom 9. Juli 2008, 9 A 14/07). Letztendlich ist auch hier wieder ein



artspezifischer Ansatz zu wählen, welche Aufenthaltsorte vom Schutz umfasst sind. Zwar sind Nahrungshabitate, Jagdhabitate, Flugrouten oder Wanderkorridore nicht explizit vom Verbot umfasst. Ergibt sich aber aus einer Zerstörung oder Beschädigung dieser Orte, dass in der Folge die Nutzungsmöglichkeit der geschützten Fortpflanzungs- und Ruhestätten wegfällt (Aufgabe in Folge der Änderung des Umfelds), wirkt dies gleich wie eine Zerstörung der F+R und löst damit das Verbot aus (vgl ggst die Situation des Wanderfalkenhorstes in der Hinterkellau).

Zum 5%-Kriterium der RVS bei allen Verbotstatbeständen

Grundsätzlich ist voranzustellen, dass der Ansatz von populationsbezogenen Schwellenwerten bei individuenbezogenen Verbotstatbeständen einen Widerspruch darstellt und fachlich wie rechtlich nicht zulässig ist.

Zweitens stellt ein Schwellenwert von 5% eine derart hohe Schwelle dar, die bei etlichen Arten durch kein Vorhaben je erreicht werden kann. In den Niederlanden gibt es ebenfalls eine pauschale 1%-Schwelle, welche von Fachexperten nicht nur wegen des unzulässigen Populationsbezugs, sondern v.a. auch bereits wegen der Höhe der Schwelle von 1% besonders kritisiert wird (BfN, Vilmer Expertentagung 28.-30.10.15, Planerische Lösungsansätze zum Gebiets- und Artenschutz beim Netzausbau).

Das bedeutet, dass für eine rechtskonforme Beurteilung von Verbotstatbeständen eine artspezifische Beurteilung zwingend zu erfolgen hat. Aus diesem Grund ist die zugrunde gelegte RVS aber auch nicht nach dem letzten Stand der Wissenschaft geeignet, als Grundlage für eine Beurteilung der Verbotstatbestände herangezogen werden zu können.

Beide Zugänge zum Thema erfordern aber jedenfalls eine genaue Kenntnis von den Arten, von der Populationsgröße/Individuenanzahl und der Größe ihres Lebensraums. Nirgends in den Gutachten des ggst Verfahrens geht aber hervor, auf welcher Basis REVITAL das Unterschreiten der 5%-Schwelle nachweisen konnte.



3. Zum BVwG-GA Wildökologie

Auch wenn das BVwG-GA Wildökologie nicht im selben Ausmaß Ausführungen zur rechtlichen Beurteilung der Ornithologie (Auerhühner) trifft wie REVITAL, so ist doch davon auszugehen, dass die rechtlichen Beurteilungsgrundlagen aufgrund der Vorgaben der erstinstanzlichen Behörde dieselben waren, weshalb auch in diesem Fachbereich von denselben rechtswidrigen Einschätzungen zum Nichtvorliegen von Verbotstatbeständen auszugehen ist.

Konkret ist aber auf die Feststellungen des bestellten SV für Wildökologie auf S 14 seines Gutachtens einzugehen. Dort erklärt der SV die Maßnahmenwirksamkeit der CEF-Maßnahmen. Dazu führt er aus, dass bei trotzdem eintretender Beeinträchtigung oder Verlust von Schutzgütern zusätzliche Kompensationsmaßnahmen zu gewährleisten wären.

Erstens ist dieser angesprochene Punkt der Leistung zusätzlicher Maßnahmen für die Wildökologie im Bedarfsfall nicht im bekämpften Bescheid enthalten. Auflage 251. beinhaltet zwar eine solche Formulierung, bezieht sich aber nur auf Amphibien, Heuschrecken, Schmetterlinge und Verpflanzungen.

Zweitens ergibt sich daraus, dass außer in Auflage 251. nicht an den Fall gedacht wurde, dass es dennoch zu Schutzgutbeeinträchtigungen im Artenschutz kommen könnte.

Drittens leitet sich daraus aber folgende vom SV nicht erkannte rechtliche Konsequenz ab: Wenn sich herausstellen sollte, dass die in einem Genehmigungsbescheid getroffenen Annahmen über das Nichtvorliegen von Verbotstatbeständen falsch waren und daher dennoch im Zuge der Umsetzung des Vorhabens Verbotstatbestände verwirklicht werden – nichts anderes spricht der SV für Wildökologie in seinem Gutachten mit der Formulierung „*Beeinträchtigung oder Verlust von Schutzgütern*“ an – dann liegt ein Vorhaben vor, das in dieser Form nicht bewilligt hätte werden dürfen.

Dies führt dann nicht nur zu einem Biodiversitätsverlust und Konsequenzen nach dem Umweltschadensrecht (Sbg UUIG), sondern auch zu einem verbotenen Eingriff in geschützte Arten, ohne dass dafür eine Ausnahmegewilligung nach Art 16 FFH-RL/Art 9 VS-RL/§ 34 SNSchG erteilt wurde.

Kann aber eine derartige (nachträgliche) Ausnahmegewilligung für ein bereits erfolgtes Abweichen von den Verboten aus rechtlichen Gründen daher gar nicht erteilt werden – etwa weil bei der Betroffenheit von Vögeln der Ausnahmegrund öffentlicher Interessen gar nicht zulässig ist – so wäre die zuvor bereits errichtete Stromleitung in letzter Konsequenz de facto wieder abzubauen.

Ein Monitoring ist nämlich nur im Sinne einer Erfolgskontrolle zu verstehen und dient dazu, aufgrund einer fachgerecht vorgenommenen Risikobewertung Unsicherheiten Rechnung zu tragen, die sich aus nicht behebbaren naturschutzfachlichen Erkenntnislücken ergeben, sofern ggf. wirksame Reaktionsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Es stellt hingegen **kein zulässiges Mittel dar, um Ermittlungsdefizite und Bewertungsmängel zu kompensieren**; dies umso weniger, wenn offen bleibt, mit welchen Mitteln nachträglich zu Tage tretenden Eignungsmängeln eines Schutzkonzepts wirkungsvoll begegnet werden kann (so: BVerwG, Urt. vom 14.07.2011, 9 A 12.10).



4. Anforderungen der Rechtsprechung an das für eine artenschutzrechtliche Beurteilung erforderliche Wissen über Arten und die Bedeutung von Standards

Maßstab für die Genehmigung des ggst Vorhabens ist daher die in letzter Konsequenz nachgewiesene **Ausräumung sämtlicher wissenschaftlicher Zweifel**.

Der 9. Senat des dt BVerwG hat in 9 A 14.12 (Bad Segeberg) vom 06.11.2013 erkannt, dass auch im artenschutzrechtlichen Prüfverfahren die „besten einschlägigen wissenschaftlichen Erkenntnisse“ einzuhalten sind und etwa eine Pauschalbeurteilung von Fledermäusen auf Basis methodischer Mängel und einer daraus resultierenden fehlerhaften artenschutzrechtlichen Bestandsaufnahme als rechtswidrig verworfen.

Im gegenständlichen Verfahren liegen aber **nicht einmal die Primärdaten der Arten-Erhebungen und Kartierungen** der Projektwerberin auf, auf welchen sämtliche entscheidungsrelevanten Gutachten aufbauen! Über mehrfache Anträge wurde deren Veröffentlichung begehrt. Selbst REVITAL gestand dem Beschwerdeführer zu selbst auch nicht über die Primärdaten der Projektwerberin zu verfügen. Die Freigabe wurde von der Projektwerberin verwehrt.

- Wie aber soll eine artenschutzrechtliche Beurteilung und Prüfung seriös vorgenommen und überprüft werden können, wenn nicht einmal die Primärdaten zur Verfügung gestellt werden?
- Wie können die darauf aufbauenden Schlüsse und Folgerungen ohne diese Daten nachvollzogen werden?
- Wie kann eine Methodik als richtig anerkannt werden, wenn das dafür erforderliche Eingangsmaterial nicht bekannt ist?

Eine derartige Vorgangsweise der SV und der Behörde im ggst Verfahren hat mit besten einschlägigen wissenschaftlichen Erkenntnissen nichts zu tun und kann eine darauf aufbauende Entscheidung nur mit Rechtswidrigkeit belasten.

Zur Naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative (NuR (2016) 38:73-78)

Die in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts entwickelten Grundsätze zur naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative der Planfeststellungsbehörde im Planfeststellungsverfahren (vgl. Urteile vom 9. Juli 2008 - BVerwG 9 A 14.07 - BVerwGE 131, 274 Rn. 65, 91, vom 12. August 2009 - BVerwG 9 A 64.07 - BVerwGE 134, 308 Rn. 38, vom 14. April 2010 - BVerwG 9 A 5.08 - BVerwGE 136, 291 Rn. 113 und vom 14. Juli 2011 a.a.O. Rn. 99) gelten auch in Genehmigungsverfahren. Dabei bezieht sich die behördliche Einschätzungsprärogative sowohl auf die Erfassung des Bestands der geschützten Arten als auch auf die Bewertung der Gefahren, denen die Exemplare der geschützten Arten bei Realisierung des zur Genehmigung stehenden Vorhabens ausgesetzt sein würden.

Grund für die Zuerkennung einer naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative ist der Umstand, dass es im Bereich des Naturschutzes regelmäßig um ökologische Bewertungen und Einschätzungen geht, für die normkonkretisierende Maßstäbe fehlen. Die Rechtsanwendung ist daher auf die Erkenntnisse der ökologischen Wissenschaft und



Praxis angewiesen, die sich aber nicht als eindeutiger Erkenntnisgeber erweist. Bei zahlreichen Fragestellungen steht - jeweils vertretbar - naturschutzfachliche Einschätzung gegen naturschutzfachliche Einschätzung, ohne dass sich eine gesicherte Erkenntnislage und anerkannte Standards herauskristallisiert hätten. Sind verschiedene Methoden wissenschaftlich vertretbar, bleibt die Wahl der Methode der Behörde überlassen.

Eine naturschutzfachliche Meinung ist einer anderen Einschätzung nicht bereits deshalb überlegen oder ihr vorzugswürdig, weil sie umfangreichere oder aufwändigere Ermittlungen oder „strengere“ Anforderungen für richtig hält. Das ist erst dann der Fall, wenn sich diese Auffassung als allgemein anerkannter Stand der Wissenschaft durchgesetzt hat und die gegenteilige Meinung als nicht (mehr) vertretbar angesehen wird (Urteil vom 9. Juli 2008 a.a.O. Rn. 66).

Die sich auf die Tatbestandsebene beziehende Einschätzungsprärogative betrifft lediglich die Frage, ob der Verwaltung oder dem Gericht die Letztentscheidungskompetenz in Bezug auf die Verwirklichung artenschutzrechtlicher Tatbestände zukommt. Die naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative folgt nicht aus einer bestimmten Verfahrensart oder Entscheidungsform, sondern aus der Erkenntnis, dass das Artenschutzrecht außerrechtliche Fragestellungen aufwirft, zu denen es jedenfalls nach dem derzeitigen Erkenntnisstand keine eindeutigen Antworten gibt.

Die Überprüfung behördlicher Einschätzungsprärogativen ist wirksamer gerichtlicher Rechtsschutz, nämlich bezogen auf die Einhaltung der rechtlichen Grenzen des behördlichen Einschätzungsspielraums, und genügt damit den verfassungsrechtlichen Erfordernissen (Urteil vom 9. Juli 2008 a.a.O. Rn. 67). Die Einräumung einer naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative führt zwar zu einer Rücknahme gerichtlicher Kontrollrechte. Das Gericht bleibt aber verpflichtet zu prüfen, ob im Gesamtergebnis die artenschutzrechtlichen Untersuchungen sowohl in ihrem methodischen Vorgehen als auch in ihrer Ermittlungstiefe ausreichen, um die Behörde in die Lage zu versetzen, die Voraussetzungen der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände sachgerecht zu überprüfen. (vgl. BVerwG Urteil vom 27. Juni 2013, 4 C 1.12)

Maßgeblich bei der gerichtlichen Prüfung im Rahmen der Vertretbarkeitskontrolle ist, ob die Behörde eine den wissenschaftlichen Maßstäben und den vorhandenen Erkenntnissen entsprechende Sachverhaltsermittlung vorgenommen hat und auf dieser Basis einen nach aktuellem Erkenntnisstand fachwissenschaftlich vertretbaren Standpunkt einnimmt (vgl. BVerwG, Urt. v. 9. 7. 2008 – 9 A 14.07, juris, Rdnr. 66–67; ebenso OVG Lüneburg, Beschl. v. 18. 4. 2011 – 12 ME 274/10, juris, Rdnr. 6).

Mit seinem Urteil zur Ortsumgebung Bad Oeynhausen hat das BVerwG dazu bereits im Jahre 2008 für die Prüfung der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände Feststellungen getroffen. Dort heißt es wörtlich: „Die artenschutzrechtlichen Vorschriften verlangen nicht, bei wissenschaftlichen Unsicherheiten oder Meinungsverschiedenheiten Forschungsaufträge zu vergeben oder Untersuchungen anzustellen, deren Aufwand und wissenschaftlicher Anspruch letztlich auf solche hinauslaufen.“



Dennoch nehmen die Senate des dt. BVerwG für sich in Anspruch zu prüfen, ob die Behörde von einem zutreffenden und vollständigen Sachverhalt ausgegangen ist, ob sie allgemein gültige Beurteilungsmaßstäbe eingehalten hat und ob sie sich nicht von sachfremden Erwägungen hat leiten lassen (siehe 4 C 1.12, NuR 2013, 891, Rn 14ff und 7 C 40.11, NVwZ 2014, 524 Rn14ff). So heißt es beim 4. Senat: „Das Gericht bleibt aber verpflichtet zu prüfen, ob im Gesamtergebnis die artenschutzrechtlichen Untersuchungen sowohl in ihrem methodischen Vorgehen als auch in ihrer Ermittlungstiefe ausreichen, um die Behörde in die Lage zu versetzen, die Voraussetzungen der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände sachgerecht zu überprüfen.“ (So ausdrücklich BVerwG, Urt. v. 27. 6. 2013 – 4 C 1.12, NuR 2013, 891 Rdnr. 16.) Der 7. Senat betont, dass für eine Einschätzungsprärogative dann kein Raum ist, wenn sich zur Bestandserfassung von Arten eine bestimmte Methode oder zur Risikobewertung ein bestimmter Maßstab durchgesetzt hat und gegenteilige Meinungen nicht mehr als vertretbar angesehen werden können.

Wenn es also zu den allermeisten naturfachlichen Fragen bereits Standards gibt (So Gellermann, NuR 2015, 597, 601 f.), dann wird das Gericht – wie im Bad Segeberger Fall geschehen (BVerwG Urteil vom 6.11.2013, 9 A 14.12, NuR 2014, 361 Rn 45ff) – die Einhaltung dieser Standards verlangen oder eine plausible Begründung für eine etwaige Abweichung fordern. Nur dann, wenn es innerhalb der Fachwelt verschiedene vertretbare Auffassungen gibt und sich das Gericht außerstande sieht, diesen Streit in die eine oder andere Richtung zu entscheiden, kommt ein „Rückzug“ des Gerichts auf den behördlichen Beurteilungsspielraum in Betracht. Selbst dann findet aber noch eine ernstzunehmende Kontrolle statt.

Die Autorin des angeführten Artikels NuR (2016) 38:73-78, Dr. Ulrike Bick, Richterin am Bundesverwaltungsgericht in Leipzig, kommt in ihrer Besprechung der Rechtsprechung des BVerwG zum Artenschutzrecht zwischen 2013 und Herbst 2015 sodann zum Schluss, dass Standards und Fachkonventionen insofern eine besondere Bedeutung im gerichtlichen Verfahren zukommt und dass vor diesem Hintergrund in der gerichtlichen Praxis die Annahme eines naturfachlichen Beurteilungsspielraums keinen großen Unterschied hinsichtlich der Prüfungstiefe macht.

Zu den Anforderungen an die Prüfung von Leitungskollisionen durch Vögel infolge des Urteils dt BVerwG zur Uckermarkleitung, BVerwG 4 A 5.14 vom 21.01.2016

In einer Zusammenschau der dt Rsp zum Artenschutzrecht einerseits und zum Gebietsschutz andererseits ist auch vor dem Hintergrund der europäischen Richtlinien (FFH- und VS-RL) die Beeinträchtigung durch Leitungsanflug grundsätzlich auf der Ebene jeder einzelnen besonders geschützten bzw kollisionsgefährdeten Vogelart zu untersuchen. Das gelte jedenfalls dann, wenn zwischen den im Gebiet geschützten Arten starke Unterschiede in ihrer Verhaltensökologie, Habitatnutzung und dem damit einhergehenden Flugverhalten und somit auch im potentiellen Anflugrisiko bestehen. Dies gilt insbesondere dann, wenn Erdseilmarker für Vögel nachts / bei Dämmerung / im Nebel nicht bzw. nur schlecht oder zu spät wahrnehmbar sind.



Nicht zulässig sei daher eine pauschale Annahme einer jährlichen Sterblichkeitserhöhung aller Vogelarten oder sonst eine bloße Abschätzung. Dies deshalb, weil derartige Annahmen keine methodisch tragfähigen Grundlagen haben.

Das BVerwG fordert auch in diesem Urteil die Anwendung der besten einschlägigen wissenschaftlichen Erkenntnisse auf artspezifischer Ebene durch den Vorhabenträger und lastet diese Bürde, die sich aus den gesetzlichen Bestimmungen ergibt, naturgemäß nicht den Klägern auf (Rn 91).

Das BVerwG hat in Rn 100 ff auch spezifiziert, wann Untersuchungen aus Verhältnismäßigkeitsgründen unterlassen werden dürfen. Hierfür nimmt es eine hohe Schwelle an. Überzeugende Gründe dafür, warum auch die von dem Fachbeistand der Kläger als "vor allem" besonders gefährdet aufgeführten Arten (Dommeln, Rallen, Limikolen, Enten) aus Verhältnismäßigkeitsgründen oder zum Schutz der Tiere nicht einer artspezifischen Untersuchung des Anflugrisikos hätten unterzogen werden können, habe die Beigeladene nicht genannt. Wenn eine für die Beurteilung der projektbedingten Mortalitätsrate einzelner Arten erforderliche und wissenschaftlich etablierte Ermittlungsmethode weder unverhältnismäßig noch beeinträchtigend sei, müsse sie eingesetzt werden.

Das bedeutet, dass sowohl auf der Ebene der Erhebung der Arten, die Habitate, die Brut- und Balzplätze, die Größe ihrer lokalen Bestände, ihr Erhaltungszustand, ihre Sterblichkeitsrate, ihre Mortalitätsgefährdung etc aller relevanten Arten zu erheben und kartieren ist. Erst mit diesem Wissen kann es möglich sein festzustellen, ob ein bestimmtes Vorhaben Änderungen auf diese Arten bewirken kann oder nicht. Die Methoden für die Erfassung dieser Daten sind wissenschaftlich etabliert, in der dt Rsp anerkannt, werden nicht als unverhältnismäßig oder beeinträchtigen angesehen und stehen zur Verfügung. Bernotat/Dierschke

Bei der Einschätzung der Gefährdung einer Art sei auch nicht maßgeblich, wie viele Individuen die Populationen einer geschützten Art projektbedingt verliere. Entscheidend sei vielmehr, ob die betreffenden Populationen in der Lage seien, trotz der projektbedingten Verluste - etwa durch gesteigerte Reproduktionsfähigkeit - wieder zum ursprünglichen Gleichgewicht zurückzukehren, weil der Begriff der Stabilität auch diese Fähigkeit einer Art berücksichtige. Bagatell- oder Irrelevanzschwellen würden ein Maß projektbedingter Beeinträchtigungen markieren, unterhalb dessen die maßgeblichen Gebietsbestandteile voraussichtlich in der Lage seien, trotz der Beeinträchtigungen wieder zum ursprünglichen Gleichgewicht zurückzukehren (Rn. 122). Vor diesen Hintergründen sei von derartigen Schwellen bisher zurückhaltend Gebrauch gemacht worden. Erforderlich sei auch hier eine artenspezifische wissenschaftliche Argumentation, die im vorliegenden Fall nicht ersichtlich sei.

Zu Standards und Methoden

In diesem Zusammenhang wäre nur beispielgebend etwa zu verweisen auf

- FNN-Hinweis „Vogelschutzmarkierung an Hoch- und Höchstspannungsfreileitungen“, 2014, des Forum Netztechnik/Netzbetrieb im VDE



- Bernotat/Dierschke: Übergeordnete Kriterien zur Bewertung der Mortalität wildlebender Tiere im Rahmen von Projekten und Eingriffen, 3. Fassung - Stand 20.09.2016
- Leitfaden „Methodenhandbuch zur Artenschutzprüfung in Nordrhein-Westfalen – Bestandserfassung und Monitoring, 2017, Ministerium für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen

Kurzzitate daraus:

Das Unterlassen einer Bestandserfassung erfordert Sicherheit darüber, dass durch das betreffende Vorhaben keine artenschutzrechtliche Betroffenheit ausgelöst wird. Bestehen daran Zweifel, sollte eine Bestandserfassung vorgenommen werden.

Anwendungsbereich von Schätzungen und „worst-case-Betrachtung

In diesem Zusammenhang ist es zulässig, mit Prognosewahrscheinlichkeiten und Schätzungen zu arbeiten. Lassen sich gewisse Unsicherheiten aufgrund verbleibender Erkenntnislücken nicht ausschließen, dürfen auch „worst-case-Betrachtungen“ („Was ist der ungünstigste Fall?“) angestellt werden, sofern sie geeignet sind, den Sachverhalt angemessen zu erfassen. Bei einer „worst-case-Betrachtung“ wird die im Zweifelsfall verbleibende negative Auswirkung des Vorhabens angenommen. Dabei wird unterstellt, dass jeder im Untersuchungsgebiet nach der Potenzial-Analyse geeignete Lebensraum/Lebensraumkomplex innerhalb des Verbreitungsgebiets der betrachteten Art tatsächlich eine Fortpflanzungs- oder Ruhestätte darstellt beziehungsweise von der Art als essenzielles Lebensraumelement beansprucht wird. Im Falle einer (weiterhin angenommenen) Beschädigung oder Zerstörung dieser (potenziellen) Fort-pflanzungs- oder Ruhstätten müssen ihre Funktionen durch artenschutzrechtliche Vermeidungsmaßnahmen beziehungsweise vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen vollumfänglich erhalten werden.

In vielen Fällen kann auf der Basis einer „worst-case-Betrachtung“ aber letztlich keine ausgewogene Entscheidung über den Eintritt der artenschutzrechtlichen Verbote getroffen werden, mithin gegebenenfalls sogar keine Ausnahmegenehmigung erteilt werden. Schließlich muss die Datenbasis die notwendigen Daten unbedingt problemangemessen ausreichend erfassen. Eine adäquate Situationsbeurteilung muss trotz gegebenenfalls verbliebener Datenlücken jederzeit valide möglich sein. Dabei spielen die Bedeutung des potenziell beeinträchtigten Artenvorkommens, das zu beachtende Schutzregime (Artenschutz, Habitatschutz, Eingriffsregelung) und die zu erwartende Schwere der Beeinträchtigungen nach der Rechtsprechung des BVerwG eine entscheidende Rolle (vgl. BVerwG, Urteil vom 06.11.2013 Az 9A 9.12 - Neubau der Bundesautobahn A 20 im Abschnitt von Weede bis Wittenborn).

Auch mit Blick auf das Umweltschadensgesetz hat der Vorhabenträger ein hohes Eigeninteresse an einem Maßnahmenkonzept, das auf einer soliden Datenbasis fußt. Wurde ein Vorkommen im Rahmen der Bestandsaufnahme nicht erfasst, weil die Methoden nicht angemessen beziehungsweise die Durchführung



fehlerhaft waren, dann kann sich der potenzielle Verursacher eines Umweltschadens nicht auf eine Freistellung nach § 19 Abs. 1 BNatSchG berufen (vgl. PETERS et al. 2014).

Alle diese dem Stand der Technik und des Wissens entsprechenden Ansätze, welche erst die Basis für eine rechtmäßige Entscheidung zum Artenschutzrecht liefern, können dem hier ggst Verfahren in keinsten Weise entnommen werden, weshalb auch aus diesen Gründen nicht von einer Rechtmäßigkeit der erteilten Genehmigung ausgegangen werden kann.

5. Ergänzung neuer artenschutzrelevanter Daten

Ergänzend zu den nach wie vor unveröffentlichten Primärdaten der Projektwerberin werden folgende zwischenzeitig bekannt gewordenen Daten zu nachfolgenden Arten mitgeteilt. Zu ergänzen sind folgende Nachweise geschützter Brutvogelarten im Einflussbereich der 380 KV-Trasse:

Schwarzstorch:

2016 Brutnachweis im Spumbachgraben, Adnet in rd 50 m Luftlinie zum geplanten Masten (Pöhacker briefl.)

2017 Weitere Brutzeit-Beobachtungen im Bereich Spumbachgraben (Pöhacker mündl.)

30.4.2017 Brutverdacht im Bereich Nockstein (Kutil briefl.)

Wanderfalke

Nockstein:

2016 Brutnachweis durch Wagner, Kutil (briefl.) im Nocksteinhorst, 21.6.2016 Flügge Jungvögel im Bereich des Maststandortes

18.6. 2017 mehrere Exemplare kreisen unmittelbar am Maststandort (Kutil briefl.)

Hinterkellau

10.3.2015 Zwei Wanderfalken beim Balzflug (Werner)

30.6.2016 Drei Wanderfalken, davon mindestens 1 Jungvogel im Bettelflug (Werner)

26.2.2017 Zwei Wanderfalken über der Brutwand (Werner)

Uhu

Ofenauerberg

Brutnachweis 2016 und 2017 (Weber briefl.)

6. Im übrigen wird auf das bisherige Vorbringen verwiesen.

Für den Umweltanwalt:

Mag. Markus Pointinger

