

Aktenvermerk/interne Mitteilung

von: Rechtsanwälte Füßer & Kollegen

an: Kreis Steinfurt

zu: Neubau der K 53n, Westumgehung Emsdetten

hier: Rechtliche Bewertung der artenschutzrechtlichen Prüfung hinsichtlich der Fledermäuse

Die K 53n, Westumgehung Emsdetten, führt durch einen naturschutzfachlich sensiblen Raum. Daher ist dem besonderen Artenschutz hohe Aufmerksamkeit zu schenken. Inzwischen liegt ein Artenschutzrechtlicher Fachbeitrag mit Stand vom 17. Mai 2021 (Unterlage 12.4.1) vor. Darüber hinaus wurde wegen der Seltenheit der Art ein Artenschutzrechtlicher Fachbeitrag speziell zur Mopsfledermaus mit Stand vom Mai 2021 (Unterlage 12.4.3) vorgelegt.

Straßenbauvorhaben sind in Bezug auf Fledermäuse besonders konfliktträchtig, da sie als linienförmige Infrastrukturvorhaben den Raum zerschneiden und dabei regelmäßig auch Fledermausflugrouten queren, was dort aufgrund des Flugverhaltens vieler Fledermausarten zu einer signifikanten Risikoerhöhung führt. Daher wird im Folgenden geprüft, ob aus rechtlicher Sicht Bedenken in Bezug auf die Vereinbarkeit des Neubaus der K 53n mit dem Schutz der Fledermäuse nach § 44 I BNatSchG bestehen. Drei mögliche Fehlerquellen sind hierbei in den Blick zu nehmen: die Bestandserfassung (sogleich 1), die Konfliktanalyse/-bewertung (nachfolgend 2) und die Lösung erkannter Konflikte (danach 3). Am Ende werden die Ergebnisse der Prüfung nochmals zusammengefasst (zuletzt 4).

1 Bestandserfassung

Um artenschutzrechtliche Konflikte erkennen zu können, bedarf es zunächst einer Bestandserfassung. Erforderlich, aber auch ausreichend ist eine am Maßstab praktischer Vernunft ausgerichtete Prüfung¹. Der genaue Untersuchungsumfang hängt dabei von den naturräumlichen Gegebenheiten im Einzelfall sowie von den zu erwartenden Auswirkungen des Vorhabens ab². Die

¹ BVerwG, Urt. v. 12.8.2009 – 9 A 64.07, BVerwGE 134, 308 (Rn. 37).

² BVerwG, Urt. v. 9.7.2008 – 9 A 14.07, BVerwGE 131, 274 (Rn. 54).

Ermittlungen müssen nicht erschöpfend sein, sondern nur so weit gehen, dass die Intensität und Tragweite der Beeinträchtigung erfasst werden kann³. Regelmäßig geboten sind sowohl die Auswertung bereits vorhandener Erkenntnisse als auch eine Bestandserfassung vor Ort; erst eine aus diesen beiden Quellen gewonnene Gesamtschau verschafft die erforderliche Erkenntnisgrundlage⁴.

Dem wurde vorliegend Rechnung getragen. Die Gutachter haben sowohl die vorhandenen Daten ausgewertet als auch eine eigene Bestandserfassung vor Ort vorgenommen.

Konkrete methodische Vorgaben für die Bestandserfassung sieht die Rechtsordnung derzeit nicht vor. Daher fehlt es diesbezüglich aktuell an einem Maßstab zur sicheren Unterscheidung von richtig und falsch, sodass diesbezüglich nur eine eingeschränkte Rechtskontrolle möglich ist⁵. Gerichtlich überprüfbar bleibt am Ende aber, ob im Gesamtergebnis die artenschutzrechtlichen Untersuchungen sowohl in ihrem methodischen Vorgehen als auch in ihrer Ermittlungstiefe ausreichen, um die zuständige Behörde in die Lage zu versetzen, die Voraussetzungen der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände sachgerecht zu prüfen⁶. Darüber hinaus endet der sich mangels entsprechender normativer Steuerung ergebende Einschätzungsspielraum dort, wo sich der eingenommene Standpunkt nach aktuellem Erkenntnisstand fachwissenschaftlich nicht mehr vertreten lässt⁷.

In Bezug auf Fledermäuse ist als wissenschaftlicher Standard ein Methodenmix aus Habitatanalyse und Geländeuntersuchungen unter Einsatz von Detektoren, Horchboxen, Netzfängen etc. anerkannt⁸. Auch dem ist vorliegend genügt worden.

Schließlich muss die Datengrundlage noch ausreichend aktuell sein. In der Regel stellt sich die Frage der noch ausreichenden Aktualität der Daten faunistischer Bestandserfassungen nach Ablauf von fünf Jahren⁹. Die Erfassung der Fledermäuse stammt hier bereits aus 2011 und ist damit inzwischen fast zehn Jahre alt. Darüber hinaus hat 2017 hinsichtlich der Mopsfledermaus eine stichprobenhafte Prüfung zur Plausibilisierung der Aktualität

³ BVerwG, Urt. v. 12.3.2008 – 9 A 3.06, BVerwGE 130, 299 (Rn. 243).

⁴ BVerwG, Urt. v. 18.3.2009 – 9 A 39.07, BVerwGE 133, 239 (Rn. 44).

⁵ BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, BVerfGE 149, 407 ff.

⁶ BVerwG, Urt. v. 21.11.2013 – 7 C 40.11, NVwZ 2014, 524 (Rn. 20).

⁷ BVerwG, Urt. v. 13.5.2009 – 9 A 73.07, NVwZ 2009, 1296 (Rn. 87).

⁸ Hierzu BVerwG, Urt. v. 6.11.2013 – 9 A 14.12, BVerwGE 148, 373 (Rn. 47 ff.).

⁹ HessVG, Urt. v. 21.8.2009 – 11 C 318/08.T, juris, Rn. 632.

der vorhandenen Daten stattgefunden. Dabei lag der Schwerpunkt auf der Quartiersuche und der Bestimmung der Koloniegröße der Mopsfledermaus.

Fernerhin erfolgte 2019 eine Plausibilitätsprüfung der vorliegenden Daten u.a. zu den Fledermäusen entsprechend dem Methodenhandbuch zur Artenschutzprüfung NRW von 2017 einschließlich einer Aktualisierung der Biotoptypen. Ergebnis der Plausibilitätsprüfung war, dass in Bezug auf Fledermäuse aus fachgutachterlicher Sicht die vorliegenden Daten noch ausreichend sind und sich keine Änderungen der Konfliktanalyse und Maßnahmenkonzeption des Artenschutzbeitrages ergeben. Insbesondere entsprechen die Biotoptypen im Wesentlichen dem bisherigen Zustand. Lediglich eine Höhlenbaumkartierung im relevanten Eingriffsbereich wurde als erforderlich angesehen und 2019 ebenfalls durchgeführt.

Weil die 2017 festgestellten Quartierstandorte der Mopsfledermaus in demselben Bereich lagen wie 2010 und 2011 und weil sich die Biotoptypen nicht grundsätzlich verändert haben, kann aus fachgutachterlicher Sicht auch für die Mopsfledermaus angenommen werden, dass das Raumnutzungsverhalten der Art gegenüber 2010/2011 sich nicht grundlegend geändert hat und die seinerzeitigen Daten daher nach wie vor verwendet werden können. Einzig an einer Stelle hat sich eine Allee zwischenzeitlich so weit entwickelt, dass sie möglicherweise aktuell schon eine Leitstruktur- und Jagdgebietsfunktion für die Mopsfledermaus übernehmen kann. Dieser neue Aspekt wurde in der Unterlage 12.4.3 indes dahingehend berücksichtigt, dass im Sinne eines worst-case-Szenarios eine entsprechende Funktionalität unterstellt wurde.

Vor diesem Hintergrund ist vorliegend – zumal unter Berücksichtigung der aktuell der Planfeststellungsbehörde de facto zukommenden naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative – eine ausreichende Bestandserfassung erfolgt. Gegen das Vorgehen der Plausibilisierung älterer Daten anstelle einer vollständigen Neuerfassung ist nichts einzuwenden. So ist in der Rechtsprechung beispielsweise bereits anerkannt, dass die Aktualisierung der Daten in einem Teilgebiet auch Rückschlüsse auf die Verlässlichkeit älterer Daten für ein anderes Teilgebiet zulassen kann¹⁰. Zudem ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten¹¹. Die Ermittlungen müssen schon deshalb keinesfalls erschöpfend sein, sondern nur so weit gehen, dass die Intensität und Tragweite der Beeinträchtigung erfasst werden kann¹².

¹⁰ BVerwG, Urt. v. 9.2.2017 – 7 A 2.15, BVerwGE 158, 1 (Rn. 150); zu bloßen Stichproben auch BVerwG, Urt. v. 9.7.2009 – 4 C 12.07, NVwZ 2010, 123 (Rn. 44); NdsOVG, Urt. v. 31.7.2018 – 7 KS 17/16, juris, Rn. 227.

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

¹² BVerwG, Urt. v. 12.3.2008 – 9 A 3.06, BVerwGE 130, 299 (Rn. 243).

2 Konfliktanalyse/-bewertung

Es ist fachgutachterlich geprüft worden, ob es baubedingt zur Inanspruchnahme bzw. Beseitigung von Quartieren, zu erheblichen Störungen oder zu Tötungen von Fledermäusen kommt sowie ob betriebsbedingt erhebliche Störungen, vor allem aber eine Erhöhung der Gefahr der Kollision mit dem Straßenverkehr eintreten. Damit sind alle relevanten Wirkprozesse in den Blick genommen worden.

Die erkannten Konflikte wurden auch zutreffend nach den Maßstäben des § 44 I BNatSchG bewertet. Dies geschah Art für Art und Wirkzusammenhang für Wirkzusammenhang. Die Dokumentation ist gut bis sehr gut. Die fachgutachterlichen Überlegungen sind nachvollziehbar und plausibel.

3 Konfliktlösung

Hinsichtlich Bechsteinfledermaus, Rauhautfledermaus, Großer und Kleiner Abendsegler sowie Breitflügelfledermaus konnten etwaige Konflikte von vornherein ausgeschlossen werden. In Bezug auf die übrigen im Wirkraum des Vorhabens vorkommenden Arten wurden zunächst Konfliktbereiche identifiziert und diese anschließend näher geprüft. Im Ergebnis konnte die Auslösung von Verboten nach § 44 I BNatSchG jeweils verneint werden.

Besondere Aufmerksamkeit verdienen dabei die Kollisionsrisiken. Diesbezüglich stellt sich ausweislich § 44 V 2 Nr. 1 BNatSchG die Frage, ob sich mit dem Bau der K 53n nach deren Inbetriebnahme das Tötungs- und Verletzungsrisiko für die hier vorkommenden Fledermäuse signifikant erhöht und alle gebotenen, fachlich anerkannten Schutzmaßnahmen ergriffen werden.

Eine signifikante Risikoerhöhung wird angenommen, wenn Tiere aufgrund ihrer Verhaltensweisen im Vorhabenbereich ungewöhnlich stark von den Risiken der mit dem Vorhaben verbundenen Auswirkungen betroffen sind, sich diese Risiken auch durch die konkrete Ausgestaltung des Vorhabens einschließlich etwaiger Schadensbegrenzungsmaßnahmen nicht beherrschen lassen¹³ und es somit zu einer deutlichen Steigerung des Tötungs- und Verletzungsrisikos kommt¹⁴, die nicht mehr unterhalb des Gefahrenbereichs bleibt, der mit der betreffenden Tätigkeit im Naturraum immer verbunden ist, vergleichbar dem ebenfalls stets gegebenen Risiko, dass einzelne Exemplare einer Art im Rahmen des allgemeinen Naturgeschehens Opfer einer anderen Art werden¹⁵. Es ist zu berücksichtigen, dass es sich bei den Lebensräumen der gefährdeten Tierarten nicht um unberührte Natur handelt,

¹³ BVerwG, Urt. v. 18.3.2009 – 9 A 39.07, BVerwGE 133, 239 (Rn. 58).

¹⁴ BVerwG, Urt. v. 9.7.2009 – 4 C 12.07, BVerwGE 134, 166 (Rn. 42).

¹⁵ BVerwG, Urt. v. 9.7.2008 – 9 A 14.07, BVerwGE 131, 274 (Rn. 91).

sondern um von Menschenhand gestaltete Naturräume, die aufgrund ihrer Nutzung ein spezifisches Grundrisiko bergen, das nicht nur mit dem Bau neuer Verkehrswege, sondern z.B. auch mit dem Bau von Windenergieanlagen, Windparks und Hochspannungsleitungen verbunden ist¹⁶.

Wichtige Kenngrößen für die Bestimmung der Signifikanz sind demnach neben den artspezifischen Verhaltensweisen und der Biologie der Art die zeitgleiche Anwesenheit einer großen Anzahl von Tieren im Gefahrenbereich des Vorhabens sowie die Häufigkeit einzelner Individuen, mit der diese den Gefahrenbereich des Vorhabens frequentieren bzw. mit der sie sich hier aufhalten¹⁷. Quert eine Straße eine Fledermausflugroute, ist aufgrund des Flugverhaltens der vorliegend betroffenen Fledermausarten regelmäßig von einer signifikanten Risikoerhöhung auszugehen¹⁸. Zu diesem Ergebnis kommen auch die Artenschutzrechtlichen Fachbeiträge.

Durch diverse Maßnahmen wird indes nach fachgutachterlicher Einschätzung bewirkt, dass das verbleibende Kollisionsrisiko unter die Signifikanzschwelle gesenkt wird. Dies ist nachvollziehbar unter Berücksichtigung der einschlägigen Literatur, insbesondere MAQ 2008 und BMVBS 2011, wiederum Art für Art und Konfliktbereich für Konfliktbereich begründet. Soweit in der Rechtsprechung Zweifel an der Belastbarkeit des sich aus diesen Leitfäden und Empfehlungen ergebenden Erkenntnisstands geäußert wurden¹⁹, ist dem das Bundesverwaltungsgericht nicht gefolgt²⁰. Daher kann von einer zutreffenden Einschätzung ausgegangen werden. Dies gilt umso mehr, als die hier vorgenommenen fachgutachterlichen Überlegungen auch mit jüngeren einschlägigen naturschutzfachlichen Leitfäden wie der jüngsten Fassung der Arbeitshilfe „Fledermäuse und Straßenbau“ aus Schleswig-Holstein²¹ übereinstimmen.

Als möglicherweise problematisch verbleibt allein der hinsichtlich der Mopsfledermaus identifizierte Konfliktbereich 2. Dort ist vorgesehen, über die Schaffung entsprechender Leitstrukturen die tradierte Fledermausroute umzuleiten. Dies ist – wie auch im artenschutzrechtlichen Fachbeitrag zur

¹⁶ BVerwG, Urt. v. 28.4.2016 – 9 A 9.15, BVerwGE 155, 91 (Rn. 141); BVerwG, Urt. v. 10.11.2016 – 9 A 18.15, BVerwGE 156, 215 (Rn. 83).

¹⁷ *Gellermann*, NdsVBl. 2016, 13 (14); *Lau*, I+E 2016, 50 (54); vgl. auch BVerwG, Beschl. v. 23.1.2015 – 7 VR 6.14, NuR 2015, 257 (Rn. 30).

¹⁸ Vgl. BVerwG, Urt. v. 12.3.2008 – 9 A 3.06, BVerwGE 130, 299 (Rn. 219).

¹⁹ So etwa NdsOVG, Urt. v. 22.4.2016 – 7 KS 27/15, juris, Rn. 334 ff.

²⁰ BVerwG, Urt. v. 28.4.2016 – 9 A 9.15, BVerwGE 155, 91 (Rn. 141).

²¹ Landesbetrieb Straßenbau und Verkehr Schleswig-Holstein, Fledermäuse und Straßenbau – Arbeitshilfe zur Beachtung der artenschutzrechtlichen Belange bei Straßenbauvorhaben in Schleswig-Holstein, August 2020 (verfügbar unter https://www.schleswig-holstein.de/mm/downloads/LBVSH/Aufgaben/Umwelt/Arbeitshilfe_Fledermaus.pdf).

Mopsfledermaus festgehalten wird – mit Unsicherheiten behaftet, da es noch an ausreichenden Erkenntnissen mangelt, ob und wann bzw. konkret unter welchen Voraussetzungen die Mopsfledermaus solche neuen Strukturen annimmt und von ihren tradierten Wegen abweicht. Dieses Erkenntnisdefizit ist jedoch kein Planungshindernis, wenn anderweitig sichergestellt ist, dass es nicht zu Tatbestandsverwirklichungen kommt²².

Das ist hier der Fall, da über elektronische Anzeigetafeln und entsprechende Überwachungssysteme („Blitzer“) während der Zeiten der Aktivität der Mopsfledermaus die Höchstgeschwindigkeit im relevanten Bereich auf 50 km/h begrenzt wird und von dieser Geschwindigkeitsbegrenzung erst abgewichen werden darf, wenn sich im Rahmen einer Effizienzkontrolle herausstellt, dass die neu geschaffenen Leitstrukturen ihre Funktion erfüllen, sodass es der Geschwindigkeitsbegrenzung zur Vermeidung einer signifikanten Risikoerhöhung nicht (mehr) bedarf. Die ausreichende Wirksamkeit von Geschwindigkeitsbegrenzungen auf maximal 50 km/h ist im Übrigen naturschutzfachlich belegt²³.

4 Zusammenfassung, Ergebnis

Zusammenfassend kann mithin festgehalten werden, dass die Bestandserfassung, Konfliktanalyse und -bewertung ebenso wie die Lösung erkannter Konflikte in Bezug auf die im Wirkraum des Vorhabens vorkommenden Fledermäuse keinen Grund für rechtliche Beanstandungen liefert.

gez. Dr. Marcus Lau/dt

15. Juni 2021

²² Vgl. BVerwG, Urt. v. 11.7.2019 – 9 A 13.18, BVerwGE 166, 132 (Rn. 145); NdsOVG, Urt. v. 27.8.2019 – 7 KS 24/17, juris, Rn. 304 ff.; OVG Rh.-Pf., Urt. v. 6.11.2019 – 8 C 10240/18.OVG, juris, Rn. 250.

²³ Landesbetrieb Straßenbau und Verkehr Schleswig-Holstein, siehe Fn. 21, S. 57 f.