

Alle in den Anhängen der FFH- und VSch-RL angeführten geschützten Arten wurden in der Stammfassung des Wr NSchG je nach ihrem Gefährdungsgrad in Wien in die einzelnen Gefährdungskategorien eingereiht.¹⁶⁰

c) *Schutzkategorien*

Das Wr Schutzsystem kennt in Abweichung zur europarechtlichen Vorgaben der Kategorien „geschützte“ und „streng geschützte“ Arten eine 3-stufige Ausgestaltung des besonderen Artenschutzes in § 9 Wr NSchG: „prioritär bedeutende Arten“, „streng geschützte Arten“ und „geschützte Arten“. Der Gesetzgeber weist darauf hin, dass diese Abweichung bewusst gewählt wurde, um zu verdeutlichen, dass hier mit der Zuordnung in Wien besonders gefährdeter Arten über die in der FFH-RL genannten bedeutenden Arten „hinausgegangen“ wird. Obwohl der EuGH¹⁶¹ in seiner Judikatur explizit darauf hinweist, dass grds eine exakte Umsetzung der RL gefordert sei, um ihrem Zweck voll Rechnung zu tragen, ist diese Abweichung sehr wohl als richtlinienkonform anzusehen. Der Wr Gesetzgeber differenziert die Schutzkategorie der unionsrechtlichen Vorgabe im Endeffekt nur aus. An die Einordnung der Arten nach der Wiener Bestandssituation unter die Kategorie „prioritär bedeutend“ knüpft in weiterer Folge lediglich die landesrechtliche Pflicht zur Erstellung eines Artenschutzprogrammes¹⁶². Ansonsten werden keine gesonderten Rechtsfolgen ausgelöst. Für jene Arten, die bereits nach der FFH-RL geschützt sind, erhöht der Wr Landesgesetzgeber damit das Schutzniveau. Dadurch, dass er dieser Schutzkategorie auch Arten zuordnet, deren Schutz zwar nicht unionsrechtlich vorgesehen ist, deren Bestandsituation in Wien ein solcher Schutz aber geboten ist, erweitert er den Anwendungsbereich der Schutznormen der FFH-RL. Beide Maßnahmen des Wr Landesgesetzgeber sind schutzverstärkende Maßnahmen iSd Art 293 AEUV und daher im Rahmen der RL-Umsetzung zulässig. Die „prioritär bedeutenden Arten“ sind damit aus unionsrechtlicher Sicht mit der Kategorie der „streng geschützten Arten“ gleichzuhalten.¹⁶³

¹⁶⁰ - ErIRV 14/1998 BlgWrLtg 16. GP, BT 12. Damit wurde gleichzeitig die Ansicht des EuGH umgesetzt, dass eine Beschränkung des Schutzes auf die heimischen Arten dem Charakter der RL widerspreche, EuGH 8. 2. 1996, Rs C-149/94, *Vergy*, Rz 16 ff.

¹⁶¹ - Siehe dazu oben III.B.

¹⁶² - Zum Biotop- und Artenschutzprogramm siehe nachfolgend IV.B.1.b).

¹⁶³ - *Westermann*, Artenschutzrecht 142. Diese Schlussfolgerung verdeutlicht insb der Wortlaut von § 9 Abs 3 Wr NSchG, der die Kategorisierung als prioritär bedeutende Art von einem hohen Gefährdungsgrad als streng geschützte Art abhängig macht.

3. Verbotstatbestände des Wr Naturschutzgesetzes nach § 10 Wr NSchG

Im Zuge des Vorverfahrens zur Rs C-508/04 wurden im Mahnschreiben der Kommission vom 13. 4. 2000 auch mehrere Bedenken hinsichtlich der Umsetzung artenschutzrechtlicher Bestimmungen im Wr NSchG geltend gemacht. In der Folge wurden mit dem LGBl 2001/92 unter anderem die Verbotstatbestände gänzlich neu gefasst.¹⁶⁴

Der Gesetzgeber übernimmt in § 10 Wr NSchG alle Vorgaben, die die VSch- und FFH-RL an das besondere Artenschutzrecht stellen und hält sich dabei auch fast gänzlich an den jeweiligen RL-Wortlaut. Damit kennt das Wr NSchG ebenfalls die anlagenrelevanten Kategorien des Tötungs-, Störungs- und Beschädigungsverbots. Lediglich bei einer dieser Bestimmungen geht er über den Regelungsinhalt der FFH-RL hinaus.

So verbietet der Gesetzgeber im Rahmen des Tötungsverbots iSv Art 12 Abs 1 lit a FFH-RL in § 10 Abs 3 Z 1 Wr NSchG alle Formen des Fangens und Tötens. Er erfasst damit nicht nur absichtliche Formen, sondern erfasst auch unabsichtliche Handlungsformen.

Die Materialien der Novelle LGBl 2001/92 führen nach damaligem Stand aus, dass der Absichtlichkeitsbegriff, der dem Störungs- und dem Beschädigungsverbot zu Grunde gelegt wird, mit jenem des StGB deckungsgleich wäre. Damit sei für Handlungen mit bedingtem Vorsatz die Möglichkeit einer Ausnahmegewilligung eröffnet.¹⁶⁵ Diese Interpretation ist unter Berücksichtigung der nach dieser Novelle LGBl 2001/92 ergangenen Rsp des EuGH nicht mehr haltbar.¹⁶⁶ Dieser Umstand zieht jedoch keinen legislatischen Handlungsbedarf nach sich. Die einschlägigen Verbotstatbestände verwenden wörtlich den Begriff der Absichtlichkeit. Damit kann § 10 Abs 3 Wr NSchG innerhalb der Grenzen seines Wortlautes das Begriffsverständnis der FFH-RL und seiner Auslegung durch den EuGH unterstellt werden und die Bestimmung so richtlinienkonform interpretiert werden. Die Bedingung für die Erfüllung der Absichtlichkeit ist damit auch nach dem Wr NSchG das Inkaufnehmen der Erfüllung des Taterfolges.

Sowohl § 2 Abs 3 Wr NSchVO als auch § 4 Abs 3 *leg cit* enthalten Bestimmungen, die die Verbotstatbestände auf jene Arten ausweiten, die von der einschlägigen Anlage zur FFH-RL erfasst sind, jedoch nicht in der Wr NSchVO enthalten sind. Damit wird eine vom

¹⁶⁴ Durch die genannte Gesetzesnovelle wurden diese Beanstandungen ausgeräumt, weshalb das Wr Landesgesetz nicht mehr vom anschließenden Verfahren erfasst war, vgl EuGH 10. 5. 2007, Rs C-508/04, *Kommission/Österreich*, Rz 31 ff; ErlRV 22/2001 BlgWrLtg 17. GP, AT 1.

¹⁶⁵ ErlRV 22/2001 BlgWrLtg 17. GP, BT 2 f.

¹⁶⁶ Siehe dazu bereits oben, III.B.1.b).

Gesetzgeber gewünschte Übersichtlichkeit der Artenliste gewährt, der eine nur eine kurze Artenliste für handhabbar hält, und dennoch den Vorgaben der RL hinsichtlich des Schutzzumfangs entsprechen.¹⁶⁷

Konsequenzen für die Realisierung eines Anlageprojektes aus Sicht des Projektwerbers

Die Verbotstatbestände werden vom Wr Landesgesetzgeber fast wortgetreu ins nationale Recht umgesetzt. Für Anlagenprojekte ergeben sich dadurch nur wenige Abweichungen von den Konsequenzen aus der Auslegung des Europarechts. Damit sind die Richtung und der Betrieb von Anlagen vor allem potentiell geeignet, die geschützten Arten absichtlich zu stören, weil hier nur bedingter Vorsatz gefordert ist.

Aus der bisherigen Auslegung des Begriffs der Absichtlichkeit ergibt sich aber auch konsequenter Weise, dass das Projekt ab dem Zeitpunkt, ab dem ein Projektwerber Informationen über das Vorkommen geschützter Arten erhält und dennoch entsprechende Handlungen setzt, potentiell von den Verbotstatbeständen erfasst ist.¹⁶⁸

Durch die Ausweitung des Tötungsverbotes auch auf unabsichtliche Handlungen ist für die Erfüllung dieses Tatbestandes ein Wissen um das Vorkommen der Art nicht mehr gefordert. Kommt es daher bei der Errichtung oder dem, wenn auch konsensmäßigen Betrieb einer Anlage zur Tötung des Exemplars einer Art, ist der Tatbestand erfüllt, auch wenn dem Projektwerber das Vorkommen der Art nicht bewusst war oder bewusst sein hätte müssen.¹⁶⁹ Dadurch ist es für den Anlagenwerber notwendig, artenschutzrelevante Informationen zu einem möglichst frühen Zeitpunkt in die Projektentwicklung einfließen zu lassen um die Tötung der Arten zu vermeiden.

4. Ausnahmeregime des Wr Naturschutzgesetzes nach § 11 Wr NSchG

Der Gestaltung des Ausnahmeregimes kommt insbesondere deshalb große Bedeutung zu, weil damit die Grundlage geschaffen wird, um auf unterschiedliche gesellschaftliche Nutzungsstrukturen zu reagieren. Ausschlaggebend hierbei ist die Berücksichtigung der

¹⁶⁷ - Westermann, Artenschutzrecht 146.

¹⁶⁸ - Sobotta, Rechtssprechung, NuR 2007, 643. Ebenso Köck, Auswirkungen, ZUR 2006, 520; Vogt, Anwendung, ZUR 2006, 24.

¹⁶⁹ - Zur Problematik einer nachträglich auftretenden artenschutzrechtlichen Bewilligungslage siehe nachfolgend, IV.A.4.f).

konkurrierenden Interessen von Nutzung und Artenschutz, damit also weniger der Umfang der Ausnahmetatbestände als ihre qualitative Ausgestaltung.¹⁷⁰

Erst im Rahmen der Novelle LGBI 2001/92 hat der Wr Landesgesetzgeber das Verfahren für die Ausnahmegewilligung in einem neuen § 11a Wr NSchG festgelegt. Form und Inhalt dieses Ansuchens wurde in Anlehnung an § 20 Wr NSchG idF LGBI 1998/45, dem Bewilligungsverfahren im allgemeinen Landschaftsschutzgebiet, formuliert.¹⁷¹ Dieses Ansuchen hat insb die Darlegung alternativer Lösungsmöglichkeiten zu beinhalten, womit die Nachweispflicht des Projektwerbers verankert wurde.¹⁷²

Der Gesetzgeber fasst die Ausnahmebedingungen für die nach der VSch- und FFH-RL geschützten Arten in einer Bestimmung zusammen und differenziert hier nur in den Rechtfertigungsgründen. Diese Rechtfertigungsgründe können wiederum nach dem europarechtlichen Vorbild in den Kategorien (Z 2) Naturschutzgründe, (Z 3) Schadensverhütung, (Z 4 u 5) Volksgesundheit, öffentliche Sicherheit oder andere zwingende Gründe des öffentlichen Interesses¹⁷³ einschließlich solcher sozialer und wirtschaftlicher Natur oder positiver Folgen für die Umwelt, (Z 1) Forschungszweck und (Z 6) Selektive Entnahmen zusammengefasst werden. Durch § 11 Abs 4 Wr NSchG wird klargestellt, dass die Ausnahmebedingung nur auf Antrag, nach negativer Alternativenprüfung und des Nachweises über den Verbleib der Art in einem günstigen Erhaltungszustand erfolgen kann.

a) *Rechtfertigungsgründe*

Die Umsetzungsbestimmungen der Stammfassung betreffend die Ausnahmemöglichkeiten vom strengen Schutzsystem nach den Art 12, 13 und 16 FFH-RL wurden, da nach Ansicht der Kommission¹⁷⁴ zu weit gefasst¹⁷⁵, mit dem LGBI 2001/92 neu formuliert und in § 11 Wr NSchG vollständig an die RL-Vorgaben angelehnt. Dementsprechend können die Auslegungen durch den EuGH hier direkt übertragen werden.

¹⁷⁰ Wolf, Infrastrukturplanung, ZUR 2006, 506. -

¹⁷¹ ErlRV 22/2001 BlgWrLtg 17. GP, BT 3. -

¹⁷² Vgl dazu nachfolgend, IV.A.4.f. -

¹⁷³ Für das nationale Recht kann auf die in der Judikatur der Gerichtshöfe herausgearbeiteten öffentlichen - Interessen orientierungsweise zurückgegriffen werden, vgl die demonstrative Auflistung bei *Niederhuber*, in Jahrbuch 2012, 169.

¹⁷⁴ Vgl Belegquellen in FN 164.

¹⁷⁵ So war zB in der Stammfassung eine Ausnahme vom Schutzsystem unter Berufung auf die Verhinderung erheblicher wirtschaftlicher Schäden vorgesehen, vgl § 11 Abs 2 Z 4 Wr NSchG idF LGBI 1998/45.

Abweichend von der RL-Vorgabe wird der Rechtfertigungsgrund des überwiegenden öffentlichen Interesses (Z 5) getrennt von den Interessen der Volksgesundheit und der öffentlichen Sicherheit (Z 4) dargestellt. Die Materialien der Novelle LGBI 2001/92 legen die Intention des Gesetzgebers offen, dass im Rahmen des Rechtfertigungsgrundes für Maßnahmen im Interesse der Volksgesundheit oder der öffentlichen Sicherheit keine Interessenabwägung durchgeführt werden müsse.¹⁷⁶ Dieser Schlussfolgerung kann im Lichte der bereits dargestellt Judikatur des EuGH nicht gefolgt werden. Zwar handelt es sich bei den demonstrativ genannten Interessen zweifellos um Schutzgüter des Unionsrechts, dies entbindet jedoch keinesfalls von der Interessenabwägung.¹⁷⁷ Für die nach der VSch-RL geschützten Vogelarten wird der Rechtfertigungsgrund des überwiegenden öffentlichen Interesses gänzlich ausgespart. Damit verschärft der Wr Landesgesetzgeber die Bedingungen für eine Ausnahmegewilligung betreffend wildlebender, im Gebiet der Mitgliedsstaaten beheimateten Vogelarten. Diese Erhöhung des Schutzniveaus ist aus Sicht des Artenschutzrechts grds begrüßenswert, schränkt allerdings die Projektwerber in ihren Handlungsmöglichkeiten stark ein.

Konsequenzen für die Realisierung eines Anlageprojektes aus Sicht des Projektwerbers

Auch die Ausnahmetatbestände werden vom Wr Landesgesetzgeber fast wortgetreu ins nationale Recht umgesetzt. Für Anlagenprojekte ergeben sich dadurch nur wenige Abweichungen von den Konsequenzen aus der Auslegung des Europarechts.

Einschlägig bei der Realisierung von Bauvorhaben ist oftmals, wie bereits im vorangegangenen Abschnitt erwähnt, das überwiegende öffentliche Interesse, das durch den Wr Gesetzgeber unter dem Gesichtspunkt des Gemeinwohls betrachtet wird. Diese Auslegung verfolgt auch die *Kommission*¹⁷⁸ mit ihren Ausführungen, weshalb die Art der Ausformulierung durch den Wr Gesetzgeber keine materiellrechtlichen Konsequenzen hat. Die Umsetzung im Wr NSchG entspricht damit den RL-Vorgaben.

¹⁷⁶ - ErlRV 22/2001 BlgWrLtg 17. GP, BT 1.

¹⁷⁷ - Vgl dazu bereits oben, III.B.2.a). Dem Gesetz wurde ein eigener Naturschutzbegriff zu Grunde gelegt. Er spricht der Natur absoluten Wert zu und geht damit über das bisherige Verständnis von Naturschutz zum Wohlergehen des Menschen hinaus. Dieser Begriff ist der Interessenabwägung zu Grunde zu legen, ErlRV 14/1998 BlgWrLtg 16. GP, AT 6.

¹⁷⁸ - Vgl dazu bereits oben, III.B.2.a).

b) *Alternativenprüfung*

In der Stammfassung des Wr NSchG war noch keine Kopplung einer Ausnahmegewilligung an eine negative Alternativenprüfung vorgesehen. Somit wurde im Zuge der Novelle LGBI 2001/92 diese Bedingung in § 11 Abs 4 Z 1 Wr NSchG als Nachweispflicht des Antragstellers verankert.

Die Materialien¹⁷⁹ verweisen darauf, dass im Rahmen dieser Alternativenprüfung insb die Schwere der Beeinträchtigung sowie die wirtschaftliche Zumutbarkeit der Alternative für den Antragsteller zu berücksichtigen sei. Dieser Vollzugshinweis ist unter Einschränkung der einschlägigen EuGH-Judikatur zu sehen, wonach eine Alternative der Grundmaßnahme auch dann vorzuziehen ist, wenn ein Abschlag in der Zielerreichung zu einer geringeren Beeinträchtigung des Schutzgutes der RL führt.¹⁸⁰

Konsequenzen für die Realisierung eines Anlageprojektes aus Sicht des Projektwerbers

Der Gesetzgeber beschränkt hier die sehr offene Formulierung der Alternativenprüfung durch die Kriterien des Beeinträchtigungsgrades und der wirtschaftlichen Zumutbarkeit für den Projektwerber. Gibt er diesem damit auch Anhaltspunkte für die Ausgestaltung der Alternativen, ist fraglich, inwieweit damit den europarechtlichen Vorgaben entsprochen wird. Geht der EuGH nämlich davon aus, dass eine Alternative auch dann vorzuziehen sei, wenn die Zielverwirklichung dadurch einen Abschlag erleidet, die Beeinträchtigung der Art aber reduziert werden kann, so ist davon auszugehen, dass Mehrkosten in der Planungs- oder Ausführungsphase oder auch Zumutbarkeit kein Absolutkriterium sind, das die alternative Umsetzung verhindert.¹⁸¹

Auch die Materialien¹⁸² geben keine Auskunft darüber, in welchem örtlichen Bezugsraum diese Alternativenprüfung durchzuführen sein soll. Systematisch wird hier wohl auch der jeweils einschlägige Rechtfertigungsgrund mit einzubeziehen sein. So ist die alternative Standortuntersuchung für ein Krankenhaus in einem anderen Bezirk, der bereits sehr gut erschlossen ist, wohl nicht zielführend und kann damit auch nicht Intention der RL sein. Der Projektwerber wird also angehalten sein im Zuge des Verfahrens auch

¹⁷⁹ ErlRV 22/2001 BlgWrLtg 17. GP, BT 3. -

¹⁸⁰ Siehe dazu bereits oben, III.B.2.b). -

¹⁸¹ So geht *Niederhuber*, in Jahrbuch 2012, 172 (FN 67) allerdings davon aus, dass neben naturschutzfachlichen auch sämtliche sonstige für die Umsetzung des Projektes relevanten Aspekte zu berücksichtigen seien, damit auch Wirtschaftlichkeitsüberlegungen.

¹⁸² Siehe dazu bereits oben, III.B.2.b).

Varianteuntersuchungen anzustellen, die für ihn nachteiliger sind, als das eingereichte Projekt. Zwar ist es insbesondere bei Projekten öffentlicher Auftraggeber gängige Praxis bereits vor Planungsbeginn, im Zuge der Wettbewerbsphase oder schon im Rahmen einer Machbarkeitsstudie, Varianten- und Standortuntersuchungen durchzuführen, nachdem diese allerdings nur im seltensten Fall auch artenschutzrechtliche Aspekte berücksichtigen werden, sind diese Ausarbeitungen wohl nur bedingt geeignet die Prüfung gänzlich zu ersetzen.

c) *Erhaltungszustand*

Das Prüfungskriterium des Verbleibs in einem günstigen Erhaltungszustandes wurde im Wortlaut der Stammfassung des Gesetzes auf das Stadtgebiet (nunmehr: Gebiet des Bundeshauptstadt Wien) bezogen. Diese Abweichung von der RL-Vorgabe, die auf das natürliche Verbreitungsgebiet Bezug nimmt, ist jedoch unschädlich, wenn man sich vor Augen führt, dass damit ein rechtlicher Schutz der Arten für das gesamte dem Wr NSchG als Landesgesetz unterliegenden Gebiet gewährt wird.

Demgegenüber war jedoch die Definition des Erhaltungszustandes selbst in der Stammfassung des Gesetzes problematisch. In § 11 Abs 4 Wr NSchG idF LGBl 1998/45 wurde der günstige Erhaltungszustand lediglich mit dem Vorhandensein von genügend geeigneten Lebensräumen und einer ausreichenden Anzahl von Exemplaren für die Besiedelung definiert. Damit fehlte gegenüber der Definition des Erhaltungszustandes nach Art 1 lit i FFH-RL die Berücksichtigung von zukünftigen Entwicklungen. Nach dem EuGH ist besonders bei der Umsetzung der Begriffsbestimmungen der RL besondere Exaktheit gefordert, da diese für die Gewährleistung des Schutzzumfangs ausschlaggebend sind.¹⁸³ Zwar geht aus den Materialien der Stammfassung hervor, dass für die Definition der einschlägige RL-Begriff unterstellt wurde¹⁸⁴, dies entspricht jedoch nicht den Anforderungen an eine genaue und bestimmte Umsetzung der RL.¹⁸⁵

Somit wurde mit der Novelle LGBl 2001/92 beim Begriff des „günstigen Erhaltungszustandes einer Art“ ein neues Verständnis zu Grunde gelegt und in § 11 Abs 5 Wr NSchG verankert.

¹⁸³ - So bereits oben, III.B.

¹⁸⁴ - ErIRV 14/1998 BlgWrLtg 16. GP, BT 16. Nicht aufgenommen wurde allerdings die Aussicht auf ein wahrscheinliches zukünftiges Weiterbestehen des Lebensraums der Art für ein langfristiges Überleben der Population und damit ein tragender Gedanke der RL.

¹⁸⁵ - Vgl dazu bereits oben, III.B.

Es sollte nicht nur die vermutliche Entwicklung der Bestandssituation sondern auch die zukünftige Entwicklung des Lebensraumbestandes *ex ante* berücksichtigt werden.¹⁸⁶

Konsequenzen für die Realisierung eines Anlageprojektes aus Sicht des Projektwerbers

Durch die Formulierung des § 11 Abs 5 Wr NSchG ergibt sich, dass im Rahmen der Ausnahmebestimmungen auf den Erhaltungszustand der Art im gesamten Stadtgebiet Bezug zu nehmen ist. Damit ist die Realisierung eines Anlagenprojektes aus artenschutzrechtlicher Sicht nicht genehmigungsfähig, wenn sich dadurch der Erhaltungszustand der Gesamtpopulation im Stadtgebiet verschlechtert, auch wenn eine etwaige am Projektgrund beheimatete Art sich sehr wohl in einem guten Erhaltungszustand befindet. Damit macht der Wr Landesgesetzgeber klar, dass für ihn die regionale Ebene ausschlaggebend für die Beurteilung des Erhaltungszustandes ist. Dadurch erhält der Projektwerber die Möglichkeit, sein Vorhaben ggf auch dort zu realisieren, wo sich eine besonders geschützte Art lokal in einem schlechten Erhaltungszustand befindet. Ebenso kommt es zur Projektdurchführung, wenn sich die Art zwar nicht auf gesamteuropäischer Ebene, dafür aber im Wr Stadtgebiet in einem guten Erhaltungszustand befindet. Es kommt hier zweifellos zu einer Öffnung des Ausnahmetatbestandes, der für den Projektwerber grds begrüßenswert ist. Aus artenschutzrechtlicher Sicht könnte sich die Frage ergeben, wie das Gesamtziel der FFH-RL, die Erhaltung bzw Wiederherstellung der Biodiversität, erreicht werden soll, wenn in nationale Bestände europaweit gefährdeter Arten eingegriffen werden darf. Berücksichtigt man aber vor allem den Umstand, dass diese Beurteilung im Rahmen einer Ausnahmebewilligung erfolgt, die zusätzlich noch von weiteren zu erfüllenden Bedingungen abhängig ist, ist klar, dass alleine das Abstellen auf den Erhaltungszustand im Stadtgebiet nicht geeignet ist, dieses Gesamtziel zu gefährden.

Eine Projektrealisierung trotz dem Vorkommen von Arten in einem schlechten Erhaltungszustand ist nur im Rahmen der im „*Wolfsjagd-Urteil*“ herausgearbeitete Kriterien möglich: sofern außergewöhnliche Umstände vorliegen und sich der ungünstige Erhaltungszustand nicht weiter verschlechtert bzw die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustandes nicht gefährdet wird.¹⁸⁷ Eine entsprechende rechtliche Basis für eine derartige Ausnahme von der Ausnahme sieht das Wr NSchG allerdings nicht ausdrücklich vor.

¹⁸⁶ ErlRV 22/2001 BlgWrLtg 17. GP, BT 3.

¹⁸⁷ Siehe dazu bereits oben, III.B.2.c).

d) *Verfahren zur Erwirkung der Ausnahmegewilligung nach § 11a Wr NSchG*

§ 11a Wr NSchG verlangt einen schriftlichen Antrag auf Erteilung einer Ausnahmegewilligung. Diesem Antrag sind detaillierte Projektunterlagen anzuschließen, die jenen im Rahmen des Bewilligungsverfahrens im allgemeinen Landschaftsschutzgebiet entsprechen.¹⁸⁸ Die Behörde hat das Recht, Angaben oder Unterlagen, die für die Sachverhaltsbeurteilung notwendig sind, nachzufordern.

Insbesondere für die Art der Unterlage, mit der die negative Alternativenprüfung und der Verbleib im günstigen Erhaltungszustand zu belegen ist, werden keine Angaben gemacht. Es wird auch in diesem Zusammenhang von einer allgemeinen und verhältnismäßigen Mitwirkungspflicht des Projektwerbers auszugehen sein¹⁸⁹, wobei er allerdings im Rahmen des Nachweises der Alternativenprüfung vermehrt in die Pflicht zu nehmen sein wird um der Behörde die notwendige und ausreichende Entscheidungsgrundlage zu liefern.¹⁹⁰

Durch die Formulierung von § 11a Abs 1 Z 4 Wr NSchG, die in Verbindung mit § 11 Abs 4 *leg cit* zu lesen ist, ergibt sich, dass eine Ausnahme von den artenschutzrechtlichen Verbotstatbeständen auch durch Ausgleichsmaßnahmen (Kompensations- oder Kohärenzmaßnahmen) oder Auflagen, Bedingungen oder Befristungen möglich ist. Die Zulässigkeit dieser Vorgehensweise muss in weiterer Folge im Wege der ihrer richtlinienkonformen Auslegung an den Vorgaben der FFH-RL gemessen werden. Für die nachfolgenden Ausführungen wird den Begriffen das folgende Verständnis unterstellt:

Ausgleichsmaßnahmen (auch Kompensations- oder Kohärenzmaßnahmen) werden dem Projektwerber durch die Behörde vorgeschrieben um die negativen Auswirkungen des Eingriffs auf die jeweils betroffene Art zu vermindern. Der signifikante Eingriff in die Art findet daher jedenfalls statt, sie setzen daher üblicherweise am Verbotstatbestand an um im Rahmen der Ausnahmegewilligung bei der Interessenabwägung positiv ins Gewicht zu fallen. Ähnlich wirken Auflagen, die im Zuge der Ausnahmegewilligung zusätzliche Maßnahmen erfassen, die zur Bewilligungsfähigkeit des Projektes führt. Demgegenüber wirken Bedingungen und Befristungen auf die Art der Projektausgestaltung oder seiner Durchführung. Das Projekt wird damit nur bewilligt, sofern diese Maßnahmen durchgeführt werden. Lediglich für diese letztgenannte Kategorie von Maßnahmen gibt es gefestigte

¹⁸⁸ ErlRV 22/2001 BlgWrLtg 17. GP, BT 3. -

¹⁸⁹ *Köhler*, in *Länder II/2*, 20 betont zwar lediglich, dass das Aufstellen der Tatsachenbehauptung im Bezug auf das öffentliche Interesse dem Antragsteller im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht obliege, das muss wohl auch auf die weiteren Bedingungen der Ausnahmebestimmung des § 11 Wr NSchG gelten.

¹⁹⁰ Betreffend der Prüfung des öffentlichen Interesses wird allerdings *Niederhuber*, in *Jahrbuch 2012*, 175 zu folgen sein, der richtigerweise darauf hinweist, dass die Behörde das geltend gemachte öffentliche Interesse im Rahmen ihrer Ermittlungspflicht zu prüfen habe, damit die Mitwirkungspflicht des Projektwerbers nicht überspannt werden dürfe.

Ansätze in der Literatur.¹⁹¹ Die Ausgleichsmaßnahmen und Auflagen hingegen sind dem Gebietsschutz entliehen.

Stellt man den Wortlaut von Art 6 FFH-RL, der für den Gebietsschutz maßgebend ist, jenem von Art 16 FFH-RL gegenüber, ist eines augenscheinlich: der Gebietsschutz erlaubt im Gegensatz zu den artenschutzrechtlichen Bestimmungen eine Durchführung von Plänen und Projekten, auch bei negativer Verträglichkeitsprüfung durch den Einsatz von Ausgleichsmaßnahmen.¹⁹² Dabei kann der Eingriff durchgeführt werden, seine negativen Folgen werden jedoch im Nachhinein ausgeglichen. Es handelt sich damit bei Art 6 FFH-RL um eine wirtschaftsfreundlichere Regelung, weil sie eine Projektrealisierung erlaubt.¹⁹³

Obwohl also der Wortlaut der Bestimmung des Art 16 FFH-RL keine Möglichkeit vorsieht, wird im Schrifttum unter dem Gesichtspunkt der wirtschaftsfreundlicheren Gestaltung des Artenschutzrechts, wie auch hier das Wr Landesrecht, versucht, rechtliche Anknüpfungspunkte für ähnliche Institute wie die Ausgleichsmaßnahmen des Gebietsschutzes aufzudecken. Als ein solcher Ansatz dient das „Leybucht-Urteil“¹⁹⁴, in dem der EuGH, auch ausspricht, dass bei der Durchführung von Projekten im besonderen Schutzgebiet die Berücksichtigung von ökologischen Kompensationen ausnahmsweise einen Eingriff in das Schutzgebiet zulasse, zu erkennen gibt, dass der Gerichtshof bereit sei, kompensatorische Maßnahmen auch dort anzuerkennen, wo es an einer ausdrücklichen Rechtsgrundlage fehle.¹⁹⁵

Ebenso findet sich in der Lit der Ansatz, sich für die Rechtfertigung von Kompensationsmaßnahmen auf die Pflicht zur Bewahrung des günstigen Erhaltungszustandes der Arten nach Art 16 FFH-RL zu stützen. Dabei wird klargestellt, dass es sich nicht um vorgelagerte, den Eingriff verhindernde Maßnahmen handle¹⁹⁶, sondern ihre Aufgabe die vollumfängliche Kompensation der negativen Auswirkungen des Vorhabens sei.¹⁹⁷

¹⁹¹ Siehe dazu nachfolgend, V.B.

¹⁹² *Wolf*, Infrastrukturplanung, ZUR 2006, 507 bezeichnet diesen Unterschied als paradox, wenn doch die im Rahmen des Gebietsschutz erfasste Fläche *eo ipso* eine höhere ökologische Wertigkeit zugesprochen bekomme, als Flächen, die grundsätzlich einer intensiven wirtschaftlichen und sozialen Nutzung zugänglich sind.

¹⁹³ *Wolf*, Infrastrukturplanung, ZUR 2006, 507 bezeichnet diesen Umstand als höhere Problemlösungskapazität, weil im Gebietsschutz damit ein Institut der Folgenbewältigung vorliegt.

¹⁹⁴ EuGH, Rs C-58/89, *Kommission/Deutschland (Leybucht)* Rz 25.

¹⁹⁵ So argumentieren ua aus Sicht des deutschen Rechts *Füßler/Lau*, Die systematische Verankerung des Artenschutzrechts im Ordnungsrecht, NuR 2009, 445 (446), die jedoch nur geringe Spielräume für Kompensationslösungen sehen. *Wolf*, Infrastrukturplanung, ZUR 2006, 507.

¹⁹⁶ Siehe dazu nachfolgend, V.B. Zum Unterschied zwischen Vermeidungs- und CEF-Maßnahmen siehe dabei insbesondere *Egner*, Die Systematik des Artenschutzrechts in der Bauleitplanung, NuR 2011, 758 (760).

¹⁹⁷ *Kratsch*, Vorhabenzulassung, NuR 2007, 105. Dessen Hinweis, dass diese kompensatorischen Maßnahmen auf einer Empfehlung der Kommission gründen, nicht zu folgen ist. Vielmehr sieht die Kommission den Anwendungsbereich für derartige Maßnahmen nur im Rahmen des Störungsverbots von Ruhe- und Fortpflanzungsstätten. Siehe dazu nachfolgend, V.B.

Es ist fraglich, inwieweit sich diese Ansätze mit der Intention des Richtliniengebers decken.¹⁹⁸ Bis dato hat sich der EuGH zu dieser Vorgehensweise noch nicht explizit geäußert. Allerdings wies der Gerichtshof in einem seiner jüngeren Urteile darauf hin, dass der Kommission bei der Annahme einer Vertragsverletzung zu folgen sei, wenn die Voraussetzungen für eine Ausnahmegenehmigung nicht genau festgelegt seien und bei einer solchen Ausnahmegenehmigung keine Ausgleichsmaßnahmen verlangt werden.¹⁹⁹ Zwar äußert er sich in diesem Zusammenhang nicht über Art und Zulässigkeit dieser Ausgleichsmaßnahmen, er hinterlässt jedoch den Eindruck, hier durchaus eine neue Möglichkeit eröffnen zu wollen und damit das strenge Ausnahmeregime wirtschaftsfreundlicher auszulegen.

Insofern ist festzuhalten, dass Kompensationsmaßnahmen, die die Folgen eines Eingriffs minimieren wollen, nicht auf eine eindeutige europarechtliche Grundlage zurückgeführt werden können. Die Zulässigkeit kann jedoch im Lichte der Zielsetzung der RL und der Verhältnismäßigkeit gegeben sein, weil so der Schutz der Arten bei richtiger Handhabung auch im Rahmen von Ausnahmegenehmigungen erhöht wird, ohne den Projektwerbern die Möglichkeit der Realisierung des Vorhabens zu nehmen. Diese Sichtweise ist allerdings noch durch den EuGH zu bestätigen.

e) *Behördenzuständigkeit*

Sachlich zuständige Behörde in erster Instanz ist nach § 40 Abs 1 Wr NSchG der Magistrat der Stadt Wien. Nach der geltenden Geschäftseinteilung für den Magistrat wird diese Aufgabe von der Magistratsabteilung 22 (Wiener Umweltschutzabteilung) wahrgenommen.

Die Aufgabe der Behörde liegt darin, die effektive Durchsetzung der artenschutzrechtlichen Bestimmungen zu erwirken. Sie ist damit nicht der primäre Adressat der artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote, sondern hat lediglich zu beurteilen, ob ein zu genehmigendes Vorhaben die Verbotstatbestände verwirklicht und dieses, wenn möglich, mit dem Artenschutzrecht zu vereinbaren oder seine Durchführung zu versagen.

Für den Fall, dass sie den Sachverhalt nicht im Sinne der artenschutzrechtlichen Bestimmungen beurteilt, dh wenn sie ihn verkennt, erfüllt sie auch damit noch nicht die Verbotstatbestände. Störer ist auch in diesem Fall der nach der Richtlinie primär Verantwortliche, nämlich der direkt Handelnde.²⁰⁰

¹⁹⁸ - Nach *Niederstadt/Krüsemann*, Guidance document, ZUR 2006, 350 ist, wenn man der Meinung der Kommission folgt, die Berücksichtigung von Kompensationsmaßnahmen im Rahmen der Ausnahmegenehmigung nur in Grenzfällen zulässig, um ein mögliches Risiko der Verschlechterung des Erhaltungszustandes der Art auszuschalten.

¹⁹⁹ EuGH, 9. 6. 2011, Rs C-383/09, *Kommission/Frankreich*, Rz 34. -

²⁰⁰ *Füßler/Lau*, Ordnungsrecht, NuR 2009, 448 ff, die der Meinung sind, die Behörde schulde im deutschen -Verwaltungsverfahren lediglich, den Projektwerber nicht sehenden Auges in Situationen zu befördern, in denen sie mangels rechtzeitiger Informationen nicht normkonform handeln können. Davon zu

Ihre Pflicht nimmt die Behörde im Rahmen des Bewilligungs- bzw Ausnahmbewilligungsverfahrens nach §§ 18 ff bzw § 11 Wr NSchG wahr. Als Sanktionsmaßnahme sieht § 40 Abs 1 Z3 bis Z 6a die Verhängung einer Verwaltungsstrafe durch die Verwaltungsbehörde vor.

f) Durchbrechen der Rechtskraft des Bescheides aus artenschutzrechtlichen Gründen

Die zuständige Behörde bezieht sich bei ihrer Beurteilung über das Bestehen eines Eingriffs bzw das Vorliegen der artenschutzrechtlichen Ausnahmevoraussetzungen auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt ihrer Entscheidung, konkret der Erlassung des Bescheides.²⁰¹ Die Behörde hat also *ex ante* zu beurteilen, ob und in welcher Form die jeweilige Art vom Vorhaben berührt sein wird und davon ausgehend etwaige Auflagen, Bedingungen oder Befristungen vorzuschreiben. Ob sich ihre Prognose ebenso erfüllt, ist für die Behörde aber im Zeitpunkt ihrer Entscheidung schlichtweg nicht absehbar. Mit der rechtlichen Existenz des Bescheides ist sowohl die Behörde als auch die Partei an den Inhalt des Bescheides gebunden. Kann gegen den Bescheid keine Berufung mehr erhoben werden, tritt auch die formelle Rechtskraft ein.²⁰²

Die dem Artenschutzrecht unterliegenden Arten sind Gegenstand einer dynamischen Entwicklung. Daher ergeben sich insb bei der zeitpunktbezogenen Beurteilung artenschutzrelevanter Sachverhalte mehrere Probleme. Einerseits ist fraglich, wie damit umzugehen ist, wenn der Sachverhalt im Zeitpunkt der Bescheiderlassung unvollständig erhoben wurde und daher eine Art übersehen wurde. Andererseits ergibt sich ebenso die Frage, wie damit umzugehen ist, wenn im Zuge der Realisierung des Anlageprojektes das Vorkommen einer neuen Art am Projektgrund festgestellt wird, hinsichtlich derer damit im Rahmen des Bescheides aus artenschutzrechtlicher Sicht noch nicht abgesprochen werden konnte. In diesen Fällen stehen die Bescheide zwar nicht im Widerspruch zum nationalen Artenschutzrecht, wären aber - sobald dadurch einer der Verbotstatbestände realisiert wird - als unionsrechtswidrig zu qualifizieren.

unterscheiden ist zusätzlich die Situation, wenn mangels richtlinienkonformer Umsetzung durch den Gesetzgeber für den Rechtsunterworfenen nicht ersichtlich ist, wie er sich zu verhalten hat, siehe dazu bereits III.A.

²⁰¹ - *Thienel/Schulev-Steindl*, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁵ (2009) 217.

²⁰² - Zur Bindungswirkung als Teil der materiellen Rechtskraft *Walter/Kolonovits/Muzak/Stöger*, *Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrenrechts*⁹ (2011) Rz 465. Zur formellen Rechtskraft und ihren Anforderungen Rz 453 ff aaO.

Die unvollständige Erhebung des Artenvorkommens kann die Rechtskraft des Bescheides an sich nicht beeinträchtigen.²⁰³ Das österreichische Verwaltungsverfahren kennt jedoch für den Fall der *nova reperta* die Durchbrechung dieser Rechtskraft im Rahmen der Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 69 Abs 1 Z 2 AVG. Nachdem nicht davon auszugehen ist, dass der Projektwerber Interesse an der neuerlichen Beurteilung seines Vorhabens im Hinblick auf eine zusätzliche Art hat, die für ihn negative Konsequenzen haben kann, ist wohl die amtswegige Wiederaufnahme nach § 69 Abs 3 iVm Abs 1 Z 2 AVG eher einschlägig. Die Behörde kann im Rahmen des Verfahrens die Sachlage nochmals neu beurteilen, wobei auch ein negativer Bescheid erlassen werden kann.²⁰⁴

Betreffend die Konsequenzen einer neu entdeckten Art geht *Lieber*²⁰⁵ für das deutsche Recht davon aus, dass der Zulassungsbescheid in Bezug auf diese Art nicht bestandskräftig werden kann. Dieser Ansicht ist aus Sicht des österreichischen Rechts nicht zu folgen.

Nach dem österreichischen Recht bezieht sich die Rechtskraft eines Bescheides auf die jeweilige Verwaltungssache, die anhand des Sachverhaltes und der angewendeten Rechtsvorschrift bestimmt wird. Eine wesentliche Änderung des Sachverhaltes nach Erlassung des Bescheides begründet jedoch eine neue Verwaltungssache, sofern die rechtliche Beurteilung aufgrund dieser Änderung dabei zu einem anderen Ergebnis führen könnte.²⁰⁶

Für Bescheide, die ein auf Dauer angelegtes Recht bzw entsprechende Pflichten vermitteln, wie es eine Baubewilligung tut, gilt dieser Grundsatz jedoch nicht.²⁰⁷ Der VwGH²⁰⁸ vertritt in diesem Zusammenhang in gefestigter Rsp aus Gründen der Rechtssicherheit die Ansicht, dass eine Änderung der Sach- oder Rechtslage nach Erlassung des Bescheides die bestehende Berechtigung nicht berührt, wenn ein Gesetz dahingehend nicht explizit etwas anderes vorsieht.

²⁰³ *Hengstschläger/Leeb*, AVG (2009) § 68 Rz 25 mwN. -

²⁰⁴ *Thienel/Schulev-Steindl*, Verwaltungsverfahrensrecht⁵ 322. -

²⁰⁵ *Lieber*, Das Artenschutzrecht im Vollzug von Planfeststellungsbeschlüssen, NuR 2012, 665 (667 f), der dabei auch auf den Vertrauensschutz Bezug nimmt, jedoch ins Treffen führt, dass der EuGH dessen Geltung dahingehend einschränke, dass die Anwendung einer neuen Regelung auf die künftigen Auswirkungen von unter der Geltung der früheren Regelung entstandenen Sachverhalten nicht schlechthin ausgeschlossen sei.

²⁰⁶ *Thienel/Schulev-Steindl*, Verwaltungsverfahrensrecht⁵ 235, 238, 300. -

²⁰⁷ *Walter/Kolonovits/Muzak/Stöger*, Grundriss⁹ Rz 484, 3. -

²⁰⁸ VwSlg 13611 A/1992 zur Frage der möglichen Erlöschung einer Baubewilligung durch eine Novelle des Tir Straßengesetzes nach Rechtskraft des Bescheides. Der Gerichtshof hält in diesem Zusammenhang fest, dass mehrere positivrechtliche Ansätze darauf hinweisen würden, dass der österreichischen Rechtsordnung die Schonung erworbener Rechte im Prinzip insoweit ein Anliegen ist, und deren Wahrung immer dort anzunehmen ist, wo ein Gesetz nicht das Gegenteil ausdrücklich festlegt. Vgl die weiteren Nachweise bei *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 68 Rz 29.

§ 68 Abs 2 bis 5 AVG bietet keine ausreichende Rechtsgrundlage um einem nachträglich hervorgekommenen artenschutzrechtlich relevanten Sachverhalt Rechnung tragen zu können.²⁰⁹ Aus § 68 Abs 6 AVG ergibt sich jedoch, dass der Behörde eine Ermächtigung zur Zurücknahme oder Einschränkung eines Bescheides in anderen Verwaltungsvorschriften im Rahmen der Annexkompetenz eingeräumt werden kann.²¹⁰ Damit könnte an sich eine rechtliche Grundlage zur nachträglichen Beurteilung artenschutzrechtlicher Sachverhalte und damit zur Durchbrechung der Rechtskraft solcher Bescheide vom Naturschutzgesetzgeber vorgesehen werden.

Für bestimmte Anlagenprojekte ist dabei die Regelung des § 79 GewO einschlägig, die der Behörde ermöglicht, dem Anlagenbetreiber bei Verletzung der gewerberechtlich relevanten Schutzinteressen zusätzliche Auflagen, sogar zusätzliche bauliche Maßnahmen aufzutragen. Der Artenschutz bildet allerdings kein öffentliches Interesse im Sinne dieses Gesetzes, weshalb auch § 79 GewO die nachträgliche Beurteilung eines artenschutzrechtlich relevanten Sachverhaltes nicht zulässt. Auch das Wr NSchG enthält keine Grundlage für ein derartiges Vorgehen. Die Strafbestimmungen des § 49 Wr NSchG erlauben nur die Sanktionierung von rechtswidrigem Verhalten mittels Geld- oder ggf Ersatzfreiheitsstrafen, sie enthalten jedoch keine weitere Handlungsermächtigung der Behörde zur Aufhebung oder Abänderung des Bescheides. Das Wr NSchG kennt des Weiteren die Möglichkeit zur Vornahme von Sicherungsmaßnahmen in seinem § 35, Schutzobjekte sind jedoch hier Schutzgebiete und gesondert bezeichnete Flächen. Aus dieser Bestimmung lässt sich nicht schließen, dass sie auch die Vornahme zusätzlicher artenschutzrechtlicher Vorschriften stützen würde. Es bleibt damit die Möglichkeit der Anordnung von Wiederherstellungsmaßnahmen durch die Behörde nach § 37 Wr NSchG. Auch diese würde nicht die nötige Substanz liefern, da hier auf die vom erteilten Bescheid abweichende Handlung abgestellt wird, die nicht erfolgt, wenn der Bescheid eine geschützte Art nicht erfasst.

Zusammenfassend muss festgestellt werden, dass der aktuelle Rechtsbestand keine explizite gesetzliche Grundlage für eine nachträgliche Beurteilung eines neu entstandenen

²⁰⁹ - Eine derartige Schlussfolgerung ergibt sich auch nicht durch Auslegung der Norm, *Thienel/Schulev-Steindl*, *Verwaltungsverfahrensrecht*⁵ 298.

²¹⁰ - *Thienel/Schulev-Steindl*, *Verwaltungsverfahrensrecht*⁵ 306.

artenschutzrechtlich relevanten Sachverhaltes und damit eine Durchbrechung der Rechtskraft eines Bescheides, mit dem ein auf Dauer angelegtes Recht vermittelt wird, enthält.²¹¹

Fraglich ist jedoch, ob nicht schon das Unionsrecht die rechtliche Verankerung derartiger gesetzlicher Grundlagen gebietet, um die FFH-RL wirksam durchsetzen zu können. Der EuGH hat sich zu dieser Frage bislang vor allem im Zusammenhang mit der Rückforderung von rechtswidrig gewährten Beihilfen aus Gemeinschaftsmitteln geäußert. Dabei hat er festgehalten, dass sich die Rückforderung „nach den Vorschriften und Modalitäten des nationalen Rechts richtet.“²¹² Zur Ausgestaltung des Verfahrens hat der Gerichtshof im selben Zusammenhang bestätigt, dass die nationalen Rechtsvorschriften dabei sehr wohl Kriterien wie den Vertrauensschutz, den Wegfall der ungerechtfertigten Bereicherung, den Ablauf einer Frist oder ähnliches berücksichtigen können, sofern dabei den Interessen der Gemeinschaft Rechnung getragen wird.²¹³ Nachdem das artenschutzrechtliche Unionsrecht keine explizite Grundlage für die nachträgliche Beurteilung eines artenschutzrechtlich relevanten Sachverhaltes bietet, sind weiterhin die Regelungen des nationalen Rechts maßgebend. Eine sich aus dem Unionsrecht ergebende unmittelbar anwendbare Ermächtigung, die in § 68 Abs 6 AVG Deckung findet²¹⁴, könnte sich nach Ansicht des EuGH²¹⁵ allerdings dann ergeben, wenn die Schutzwürdigkeit des Bescheidadressaten nicht gegeben ist und gegen eine konkrete Pflicht (dort: Notifikationspflicht) verstoßen wird.²¹⁶ Eine derartige unmittelbare Ermächtigung der Behörde ist für das Artenschutzrecht nicht anzunehmen.

²¹¹ - Vgl Überlegungen für eine derartige Grundlage im deutschen Recht von *Wemdzio*, Nachträgliche Anordnung bei der Gefährdung von Fledermäusen durch Windenergieanlagen unter besonderer Berücksichtigung der lokalen Population, NuR 2011, 464 (466 ff). Anders schlägt *Lieber*, Vollzug, NuR 2012, 669, ebenfalls für das deutsche Recht vor, die Verbote des Artenschutzrechts mit Erlaubnisvorbehalt auszustatten. Alternativ dazu *Vogt*, Anwendung, ZUR 2006, 25 der meint, im Rahmen des Bescheides wäre festzuhalten, dass alleine durch den Bescheid noch keine Freistellung von allen artenschutzrechtlichen Verboten erfolge, und deren Erfüllung jeweils gesondert einer Ausnahmegewilligung bedürfe. Ergänzend sei dabei auch auf das Vorkommen geschützter Arten am Projektgrund und deren potentielle Betroffenheit vom Vorhaben hinzuweisen.

²¹² - EuGH 21. 9. 1983, Rs C-205/82, *Deutsche Milchkontor GmbH*, Rz 25. Bestätigend in weiterer Folge EuGH 20. 11. 1997, Rs C-338/95, *Wiener/Hauptzollamt Emmerich*, Rz 19; EuGH 19. 9. 2002, Rs C-336/00, *Huber*, Rz 56.

²¹³ - EuGH 21. 9. 1983, Rs C-205/82, *Deutsche Milchkontor GmbH*, Rz 33. Die Fälle, in denen von einer Rückforderung der Beihilfe abgesehen werden kann wurden jedoch in weiterer Folge eingeschränkt, EuGH 12. 5. 1998, Rs C-366/95, *Landbruksministeriet/Steff-Houlberg Export u.a.*, Rz 36.

²¹⁴ So *Walter/Kolonovits/Muzak/Stöger*, Grundriss⁹ Rz 671/1. -

²¹⁵ EuGH 15. 1. 1986, C-52/84, *Kommission/Belgien*, Rz 14 ff. -

²¹⁶ *Thienel/Schulev-Steindl*, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁵ 307 gehen davon aus, dass schon bei unionskonformer Anwendung des AVG eine Pflicht der Behörde zur Beseitigung oder Abänderung des Bescheides bestehen würde.

Der Gerichtshof hat im Rahmen des Urteils *Ciola*²¹⁷ eine Vorrangwirkung des Unionsrechts gegenüber dem nationalen Bescheid angenommen. Nach einhelliger Meinung kommt der EuGH jedoch nur aufgrund der besonderen Konstellation des Sachverhaltes, dem Erlass eines Bescheides vor dem Beitritt Österreichs zur EU, zu dieser Schlussfolgerung. Eine generelle Unanwendbarkeit oder Beschränkung von unionsrechtswidrigen Bescheiden könne hingegen nicht angenommen werden.²¹⁸ Vielmehr ist davon auszugehen, dass das Unionsrecht lediglich verlangt, dass das innerstaatliche Verfahren iSd Äquivalenz- und Effektivitätsprinzips ausreichende Möglichkeiten vorsieht, etwaige Unionsrechtswidrigkeiten geltend zu machen.²¹⁹ Nach hA wird das österreichische Recht diesen Anforderungen gerecht, weshalb auch unionsrechtswidrige Bescheide grundsätzlich nach § 68 AVG in formeller und materieller Rechtskraft erwachsen und auf Grund der Tatbestände des Abs 2 bis 4 und 6 *leg cit* aufgehoben oder abgeändert werden können.²²⁰ Da sich aber die Verfahrensbestimmungen dennoch nach dem nationalen Recht richten, kommt es für Bescheide, die auf Dauer angelegte Rechte vermitteln, weiterhin zu keiner Durchbrechung ihrer Rechtskraft.

Die derzeitige Rsp des EuGH gibt keinen Anlass zur Annahme, dass diese Wertungen betreffend Beihilfen nicht auch auf artenschutzrechtliche Bescheide anzuwenden wäre. Der Gerichtshof betont jedoch vor allem in seiner jüngeren Rsp den hohen Stellenwert der Erhaltung der Biodiversität und damit auch des Artenschutzes. Es bleibt daher abzuwarten, inwieweit der österreichischen Grundsatz der Bestandskraft von Bescheiden, die dauerhafte Rechte vermitteln und daher eben nicht nach § 68 Abs 2 bis 4 und 6 AVG abgeändert werden können, der Beurteilung des EuGH standhält. Aus artenschutzrechtlicher Sicht kann diese Rechtsmeinung in bestimmten Konstellationen zu einer Absenkung des Schutzniveaus führen, wodurch die Anforderungen an die Behörde bei der Vollziehung der artenschutzrechtlichen Normen steigen.

5. Überwachungspflicht des Wr Naturschutzgesetzes

Mit der Novelle LGBl 2001/92 wurden in § 12 Abs 4 Wr NSchG die von Art 12 Abs 4 FFH-RL geforderten Überwachungsmaßnahme zur Erhöhung der Effizienz des Schutzsystems für

²¹⁷ EuGH 29. 4. 1999, Rs C-224/97, *Ciola*, Rz 30 ff. -

²¹⁸ So *Thienel/Schulev-Steindl*, *Verwaltungsverfahrensrecht*⁵ 309 mwN. Dazu insb unter dem Gesichtspunkt von Vertrauensschutz und Rechtssicherheit *Fuhrmanns*, *Vertrauensschutz im deutschen und österreichischen öffentlichen Recht*, Diss, Justus-Liebig-Universität Gießen (2004) 211.

²¹⁹ *Walter/Kolonovits/Muzak/Stöger*, *Grundriss*⁹ Rz 671/1, 2.

²²⁰ *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 68 Rz 145 mwN. Gleiches gilt nach Auffassung von EuGH, VfGH und VwGH auch dann, wenn anhand eines sachlich relevanten späteren Vorabentscheidungsverfahrens festgestellt wird, dass die nationale Entscheidung dem Unionsrecht widerspricht, *Thienel/Schulev-Steindl*, *Verwaltungsverfahrensrecht*⁵ 310 f.

gefährdete Arten umgesetzt, um negative Folgen zulässiger Maßnahmen erfassen zu können. Erst auf zweiter Stufe, sollte die Notwendigkeit dazu bestehen, sind darüber hinaus Untersuchungs-, Kontroll- oder Erhaltungsmaßnahmen vorzusehen.²²¹

B. Strenges, kohärentes Schutzsystem nach europarechtlichen Vorgaben

Die durch den Wr Gesetzgeber für die Vollziehung der artenschutzrechtlich relevanten Bestimmungen eingesetzte Behörde bedient sich einer Vielzahl von Instrumenten zur Umsetzung eines nach Gefährungsgrad differenzierten Schutzsystems.

Aus den veröffentlichten Berichten und Aufzeichnungen der Umweltaeilung der Stadt Wien ergibt sich, dass sich die Schutzmaßnahmen hauptsächlich auf jene Arten beziehen, denen im Stadtgebiet durch die Wr NSchVO ein höherer Schutzstatus zugeschrieben wird. Daher sind die von den Schutzmaßnahmen erfassten Arten aber nicht unbedingt mit den europäisch geschützten Arten, für die der EuGH das strenge, kohärente Schutzsystem fordert, deckungsgleich.

Nachfolgend werden einige artenspezifische Maßnahmen und Instrumente erwähnt, die durch ihren Inhalt potentiell auch auf europäisch geschützte Arten abzielen, und deshalb an den europarechtlichen Anforderungen gemessen werden können.²²²

1. Konkrete besondere Schutzmaßnahmen

a) Amphibienschutzeinrichtung Exelbergstraße

In einem ersten Schritt kam es zur Bestandserhebung des Artenvorkommens, exakter der Amphibienwanderung. Die Betreuung der Wanderstrecke führte zum Ergebnis, dass diese Schutzmaßnahme nicht ausreichend sei, um den wirksamen Schutz der Arten zu gewährleisten. Außerdem wurde das Vorkommen nach der FFH-RL besonders geschützter Arten festgestellt, woraus sich für die Behörde ein erhöhter Schutzbedarf ergab.

In weiterer Folge kam es zur Einrichtung einer permanenten Amphibienschutzstrecke, die unter Zuhilfenahme wissenschaftlicher Forschungsergebnisse betreffend die Arten in Planung und Bauausführung im Jahr 2011 fertig gestellt wurde.²²³

²²¹ ErlRV 22/2001 BlgWrLtg 17. GP, BT 4. -

²²² Eine vollständige Darstellung aller von der Wiener Umweltaeilung ergriffenen Maßnahmen muss im Rahmen dieser Arbeit unterbleiben. Vgl dazu die jährigen Naturschutzberichte der Magistratsabteilung MA 22, abrufbar ab dem Jahr 2006 unter <http://www.wien.gv.at/umweltschutz/naturschutz/gebiet/buch.html> (24. 10. 2012).

²²³ - Magistrat der Stadt Wien, Wiener Umweltschutzabteilung – MA 22 (Hrsg) Naturschutzbericht 2011 (2012) 20f.

Die Berücksichtigung der konkreten artspezifischen Forschungsdaten bei einer Maßnahme, die den Schutz eines bestimmten Lebensabschnittes der Arten betrifft, der essentiell für ihr Fortbestehen ist, lässt den Schluss zu, dass damit den Kriterien einer konkreten besonderen Schutzmaßnahmen Rechnung getragen wird.

b) Arten- und Biotopschutzprogramm nach § 15 Wr NSchG

Mit der Stammfassung wurde das Instrument des Arten- und Biotopschutzprogrammes in § 15 Wr NSchG eingeführt. Damit werden flächenbezogen und umsetzungsorientiert Ziele und Maßnahmen des Natur- und Artenschutzes aufgezeigt und ein Beitrag zu einer ökologischen Stadtplanung geleistet. Rechtlich gesehen ist dieses Programm eine Verwaltungsverordnung (interne Dienstanweisung).²²⁴

In regelmäßigen Abständen soll der aktuelle Wissensstand über die Entwicklung der Arten veröffentlicht werden um damit gleichzeitig der Behörde eine Entscheidungsbasis geben zu können.²²⁵ Dieses Artenschutzprogramm betrifft inhaltlich die durch die Wr NSchVO besonders streng geschützten Arten. Wie bereits oben erläutert, stimmt diese, durch den Wr Gesetzgeber autonom eingeführte Schutzkategorie nicht mit den besonders geschützten Arten überein. Daher liegt das Arten- und Biotopschutzprogramm zwar generell im Interesse der Richtlinie, der Erhaltung der Biodiversität, aber kann wohl nicht vollumfänglich als besondere Schutzmaßnahme für die nach europäischen Anforderungen geschützten Anforderungen gesehen werden.

2. Kohärente und koordinierte vorbeugende Schutzmaßnahmen

a) Laienmonitoring

Das Instrument des Laienmonitorings eignet sich besonders für Siedlungsgebiete. Ziel des konkreten Projektes war die Beobachtung und Erhebung von Verbreitungsdaten von Igel in Wien über ein Onlineportal unter Einbindung von Amateuren (Bürgern). War das Schutzobjekt auch im konkreten Fall der heimische Igel, ist diese Methode für eine Vielzahl von Arten, eben auch jene nach der FFH-RL geschützten, anwendbar.

Die Maßnahme führt nicht nur zu einer umfassenden Erhebung der Verbreitungsdaten der jeweiligen Art und damit einer Grundlage für entsprechende Schutzmaßnahmen, ihr kommt auch ein didaktischer Wert zu, indem der interessierten Öffentlichkeit die Möglichkeit

²²⁴ ErlRV 14/1998 BlgWrLtg 16. GP, BT 18f.

²²⁵ ErlRV 14/1998 BlgWrLtg 16. GP, BT 14.

eröffnet wird, aktiv im Naturschutz tätig zu sein und damit der Inhalt des Artenschutzrechts greifbar gemacht wird.²²⁶

Somit kann eine derartige Maßnahme langfristige Effekte erzielen, die zu einer höheren Akzeptanz des Artenschutzrechtes als Bestandteil des Rechtssystems in dem sich der Bürger bewegt, führen können. Im besten Fall wird dadurch die Bevölkerung insoweit sensibilisiert, als dass auch proaktive Schritte durch die Behörde durchgesetzt werden können, was den Kriterien der EuGH-Rsp Rechnung tragen würde.

b) Heuschrecken als Bioindikatoren der Stadtentwicklung in Wien

Städtebauliche Maßnahmen wirken nicht nur direkt auf das Vorkommen von Arten, wenn es zB zur Verbauung von Lebensräumen kommt, sondern können auch unmittelbare Auswirkungen haben. Im Rahmen eines Projektes wurden daher im Jahr 2011 bestimmte Heuschreckenarten erhoben, die sensibel und rasch auf neue Lebensbedingungen reagieren und damit als Bioindikatoren für andere Tiere und Pflanzen dienen können.

Durch eine wiederkehrende Kontrolle des Heuschreckenvorkommens im Wr Stadtgebiet kann die Effektivität und Effizienz bestimmter anderer Projektmaßnahmen überprüft werden, wodurch dieser Maßnahme eine bestimmte Steuerungsfunktion zukommt. Da die Heuschreckenpopulation sozusagen die potentielle Zielverfehlung einer Maßnahme antizipiert, können Gegenmaßnahmen rechtzeitig eingeleitet werden. Damit können die Auswirkungen der Wr Stadtplanung auf das Artenvorkommen untersucht und gleichzeitig eine Annäherung dieser Bereiche erwirkt werden.²²⁷

Da diesem Projektansatz ein langfristiger Charakter immanent ist, und darauf abzielt, negative Auswirkungen für die Arten bereits vor der Realisierung abzufangen, werden wohl die Anforderungen der EuGH-Rsp erfüllt sein.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich die Behörde bei der Wahrnehmung ihrer Pflicht zur Erwirkung eines effektiven Schutzsystems neben klassischen Maßnahmen auch durchwegs innovativer Instrumente bedient. Diese Maßnahmen sind durchwegs geeignet, den strengen Anforderungen, die sich aus der Rsp des EuGH zur Thematik ergeben, Rechnung zu tragen und bewirken ein sehr hohes Schutzniveau der Arten. Einzig die Schutzobjekte der Maßnahmen sind derzeit großteils noch auf lokal gefährdete Arten beschränkt, weshalb ein Abgleich mit den nach der FFH-RL geschützten Arten im Hinblick auf die richtlinienkonforme Umsetzung der Schutzpflichten notwendig wäre.

²²⁶ - Magistrat der Stadt Wien, Wiener Umweltschutzabteilung – MA 22 (Hrsg) Naturschutzbericht 2008 (2009) 24.

²²⁷ - Magistrat der Stadt Wien, Wiener Umweltschutzabteilung – MA 22 (Hrsg) Naturschutzbericht 2011 (2012) 17f.

Die Handlungserfolge, die die Verbotstatbestände zu verhindern suchen, werden jedoch sehr wohl auf einer bestimmten Fläche realisiert, nämlich dort, wo die geschützte Art beheimatet ist. Der Wr Landesgesetzgeber hat den besonders geschützten Arten zusätzlich zum unionsrechtlich gebotenen Schutz auch einen Lebensraumschutz je nach Gefährungsgrad zugestanden. Damit hat er nicht nur das Schutzniveau in signifikanter Weise erhöht, sondern den Schutz auch für den Vollzug, aber auch für die Projektwerber besser vorhersehbar gemacht. Diesen Gedanken verfolgend und weiter ausbauend drängt sich die Verbindung der artenschutzrechtlichen Informationen mit der allgemeine Raumplanung in Form eines integrierten Planungsprozesses auf.

Nachdem eine Überwachungspflicht betreffend die Arten direkt auf der FFH-RL gründet und die daraus gewonnen Daten im Sinne eines kohärenten Schutzsystems entsprechend dem Ziel der FFH-RL verwendet werden müssen, kann eine Berücksichtigung im Zuge der Erstellung des Flächenwidmungsplanes bzw dessen Prüfung diesem Schutzsystem in effizienter und effektiver Weise Rechnung tragen.²⁴⁰

1. Europarechtliche Anforderungen

Der Flächenwidmungsplan als Instrument der Raumordnung ist alleine noch nicht geeignet die artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände zu erfüllen. Diese Überlegung ergibt sich daraus, dass die Verbotstatbestände bestimmte Handlungserfolge verhindern wollen und diese somit auch erst durch eine konkrete Handlung erwirkt werden können. Durch den Flächenwidmungsplan wird jedoch lediglich „das Angebot für eine künftige Flächennutzungsmöglichkeit“²⁴¹ unterbreitet. Eine Beeinträchtigung der Arten erfolgt erst mit Inanspruchnahme der Flächennutzung durch die Realisierung eines konkret ausgeformten

²³⁸ Wolf, Infrastrukturplanung, ZUR 2006, 505; Füßler/Lau, Ordnungsrecht, NuR 2009, 446. -

²³⁹ Füßler/Lau, Ordnungsrecht, NuR 2009, 446. -

²⁴⁰ Ein ähnlicher Ansatz wird aktuell bereits von der Umweltabteilung des Wiener Magistrats verfolgt. Auf Basis ihrer Erhebungen wird die Kartierung der geschützten Arten in Wien vorgenommen, sodass deren Vorkommen nach Regionen oder auch Grundstücken abgerufen werden kann. Dieser Kartierung deckt allerdings nicht alle geschützten Arten ab. Für die MA 22 ergibt sich die Notwendigkeit zur Artenkartierung aus den Vorschriften zum Gebietsschutz, insb aus Art 3 FFH-RL, der zur Aufstellung einer Netzes an Schutzgebieten verpflichtet, das ua auch die Habitate der Arten aus Anhang II erfasst, vgl Magistrat der Stadt Wien, Wiener Umweltschutzabteilung – MA 22 (Hrsg) Naturschutzbericht 2010 (2011) 44. -

Aktuelle Artenkartierung abrufbar unter: -

<http://www.wien.gv.at/umweltgut/public/grafik.aspx?bookmark=nN3NxfFek0rn9S9HIkCxRIA5UIQMMg-B2e2p0dscmN8QC> (21. 10. 2012).

²⁴¹ Für das deutsche Recht Klinge, Bauleitplanung, NuR 2010, 540; ebenso Dziallas, Artenschutz in der Bauleitplanung, NZBau 2008, 429 (430); Köck, Auswirkungen, ZUR 2006, 518 mwN.

VI. Zusammenfassung

War für *Gellermann* bereits 2006 klar, dass „die Zeiten, da man sich „mit dicken Krokodilstränen in den Augen“ abwägend über die Belange des Artenschutzes hinwegsetzen konnte, [...] endgültig der Vergangenheit [angehören]“²⁶⁷, belegen die im Rahmen dieser Arbeit aufgezeigten Aspekte, dass zwar allgemein das Bewusstsein für das Artenschutzrechts bedeutend zugenommen hat, seine effektive Umsetzung jedoch durch Auslegungsprobleme und die zurückhaltende Anwendung im Rahmen anderer Rechtsbereiche noch nicht vollends gegeben ist. Durch die Darstellungen anhand des Wiener Landesrechts konnte allerdings gezeigt werden, dass eine vollständige Umsetzung der europarechtlichen Anforderungen nicht zwangsläufig den Interessen von Rechtssetzer und Rechtsunterworfenem zuwiderlaufen muss. Ebenso wenig müssen nationale Maßnahmen, die über die europarechtlichen Vorgaben hinausgehen, belastend sein, sondern können die Handhabung für Rechtsanwender und Rechtsunterworfenen durchaus erleichtern.

A. - Zu den europarechtlichen Anforderungen an das Artenschutzrecht

Darstellung und Auslegung der europarechtlichen Anforderungen an das Artenschutzrecht haben gezeigt, dass mittlerweile seine Relevanz für anlagerelevante Verfahren nicht mehr zu leugnen ist. Dem Schutzziel der Bestimmungen, der Erhaltung der Biodiversität, wird ein hoher Stellenwert zugeschrieben, weshalb für ihre Umsetzung nicht nur der vollständige rechtliche Rahmen sondern auch entsprechend ausgestaltete Schutzmaßnahmen gefordert werden. Gerade die letztgenannten Anforderungen sind, in Abkehr von der Auslegung der Begrifflichkeiten, mittlerweile wiederkehrendes Thema der Rechtsprechung des EuGH. Da sich der Gerichtshof gerade was die Art der Ausgestaltung dieser Maßnahmen betrifft noch nicht ausdrücklich geäußert hat, bleibt abzuwarten, inwieweit er diese im weiteren Verlauf seiner Rechtsprechung konkretisiert und damit die Pflichten der Mitgliedsstaaten aus der Richtlinie weiter definiert.

B. - Zur Umsetzung der europarechtlichen Anforderungen im Wiener Landesrecht

Der Wiener Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, die artenschutzrechtlichen Bestimmungen der einschlägigen Richtlinien beinahe vollends gleichlautend ins nationale Recht zu übernehmen. Darüber hinausgehende Regelungen sieht er für die Kategorisierung

²⁶⁷ *Gellermann*, Bauleitplanung, NuR 2007, 138.

der Arten vor, indem er zusätzlich die Gruppe der „besonders streng geschützten Arten“ einführt, wodurch ein diesbezüglich höheres Schutzniveau durch die Pflicht der Erarbeitung eines gesonderten Schutzprogramms für die Arten gewährleistet wird. Die in der Kategorie erfassten Arten zählen jedoch grds zu den durch die FFH-RL bezeichneten „streng geschützten Arten“, weshalb die Differenzierung durch den Wr Landesgesetzgeber mit der FFH-RL im Einklang steht. Der Wr Landesgesetzgeber ergänzt den Schutz der Arten in der Wr NSchVO je nach Gefährungsgrad um einen Lebensraumschutz. Auch mit dieser Maßnahme erhöht er das Schutzniveau der Arten, erleichtert aber gleichzeitig auch die Handhabung für die vollziehende Behörde und den Projektwerber.

Etwaige Begriffsverständnisse, die den einzelnen Bestimmungen in den gesetzlichen Materialien unterstellt wurden, die sich durch die zeitlich nachfolgende Judikatur als falsch herausgestellt haben, sind im Wege der richtlinienkonformen Interpretation des nationalen Rechts zu bereinigen, bewirken jedoch keinesfalls eine Verletzung des Europarechts.

Die derzeitige Wiener Umsetzung des Artenschutzrechts ist damit aus europarechtlicher Sicht durchwegs vorbildlich und entspricht auch aus legislativer Sicht der vom Landesgesetzgeber angestrebten Vorbildwirkung im Bereich des Naturschutzrechts.

C. - Zu den rechtspolitischen Überlegungen für die Umsetzung des Artenschutzrechts

Aus Sicht der aktuellen Rsp des EuGH und unter Berücksichtigung der umfassenden Ansprüche, die das Artenschutzrecht an die effektive Umsetzung und vor allem umfassende Schutzmaßnahmen stellt, ergibt sich insbesondere die Überlegung, ob die Einbeziehung dieser Thematik in das Verwaltungshandeln zu einem möglichst frühen Zeitpunkt sinnvoll wäre. Damit können Verpflichtungen bereits vor ihrem tatsächlichen Entstehen aufgelöst werden und insb dem Projektwerber Möglichkeiten eröffnet werden, sein Vorhaben schon frühzeitig mit den artenschutzrechtlichen Gegebenheiten in Einklang zu bringen. Als Instrument würde sich hier wohl der Flächenwidmungsplan eignen.

Im Endergebnis bleibt aber zu sagen, dass erst ein Zusammenspiel aller Handlungsebenen - Gesetzgebung, Verwaltung und auch der Projektwerber - ein kohärentes und für Rechtsanwender und Rechtsunterworfenen handhabbares Schutzsystem zu gewährleisten vermag.

