

Rechtsanwälte:

Prof. Dr. Eberhardt Meiringer  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Dr. Michael Pap  
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht

Dr. Oliver Melber  
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht  
Fachanwalt für Erbrecht

Christian Walz  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
Fachanwalt für Vergaberecht

Hartmut Stegmaier  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
Fachanwalt für Vergaberecht

Bernd Schmitz  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Stefan Flaig  
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht  
Fachanwalt für Familienrecht

Karen Fiege  
Fachanwältin für Arbeitsrecht

Dr. Michael Artner  
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht

Christian Schlemmer  
Fachanwalt für Internationales Wirtschaftsrecht  
Fachanwalt für Insolvenz- und Sanierungsrecht  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Severine Deutsch  
Fachanwältin für Bank- und Kapitalmarktrecht

Jörg Schröder  
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht  
Fachanwalt für Steuerrecht

Dr. Rico Faller  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Cornelius Weiß  
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht  
Fachanwalt für Informationstechnologierecht

Julia Stein  
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Stephan Pap

Jan Stiewitz  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Victor Diesinger

Dr. Manuel Gräf

Sarah Rinderspacher

Kai Meyerding

Lea Jordan  
Maitre en droit

Dr. Philipp Hartlieb

Wirtschaftsprüfer • Steuerberater:  
Dr. Michael Ohmer, Dipl.-Kfm.

In Kooperation mit:

**Lenz Caemmerer Basel**

Advokaten • Notariat:

Dr. Felix Iselin, Konsulent

Dr. Gert Thoenen, LL.M. (Houston)

Dr. Benedikt A. Suter, Notar

Dr. Caroline Cron

Dr. Martin Lenz, Notar  
Fachanwalt SAV Erbrecht

Dr. Beat Eisner

Dr. Lucius Huber

Dr. Cristina von Holzen, Notarin

Dr. Philipp Ziegler, dipl. Steuerexperte

Marine Müllershausen, LL.M.  
Avocate au Barreau de Paris – EU-Anwältin

Markus Vock, M.B.L.-HSG

Dr. Michel Jutzeler

Dr. Timon Reinau

Livia Pedrojetta

Lina Johnner

Caemmerer Lenz PartG mbB, Postfach 11 03 55, 76053 Karlsruhe

Verwaltungsgerichte Karlsruhe  
Nördliche Hildapromenade 1  
76133 Karlsruhe

per beA

Karlsruhe, 04.11.2024  
**00987/23 RF/RF**  
Sekretariat RA Dr. Faller  
Durchwahl 91250-615

## KLAGE

In Sachen

**Initiative Hoher Odenwald – Verein für Landschaftsschutz, und Erhalt der Artenvielfalt e.V.**, vertreten durch Frau Dr. Dorothea Fuckert und Herrn Joachim Wallenwein, Im Bräunlesrot 20, 69429 Waldbrunn

- Kläger -

**Prozessbev.:** Caemmerer Lenz Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater PartG mbB, Douglasstr. 11-15, 76133 Karlsruhe

gegen

**Land Baden-Württemberg**, vertr. d. d. Ministerium für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft Baden-Württemberg, Kernerplatz 9, 70182 Stuttgart

- Beklagter -

wegen: Vogelschutzgebietausweisung gemäß Art. 4 Abs. 1 VSL

Karlsruhe

Douglasstr. 11-15  
76133 Karlsruhe

Telefon +49 721 91250-0  
Telefax +49 721 91250-22  
karlsruhe@caemmerer-lenz.de  
www.caemmerer-lenz.de  
Amtsgericht Mannheim PR 700642

In Kooperation mit:

**CL Wirtschaftsprüfung und Steuerberatung GmbH & Co. KG**  
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

**CL Compliance und Datenschutz GmbH & Co. KG**

Basel

Elisabethenstr. 15  
4010 Basel / Schweiz

Telefon +41 61 2721330  
Telefax +41 61 2721595  
lc@lclaw.ch  
www.lclaw.ch

erheben wir Klage und beantragen, was folgt:

Der Beklagte wird verurteilt, das Gebiet „östlicher badischer Odenwald“ vom nördlichen Stadtrand von Eberbach entlang der Landesgrenze von Baden-Württemberg zu Hessen und Bayern bis zur Landkreisgrenze zwischen dem Neckar-Odenwald-Kreis und dem Main-Tauber-Kreis bei Hardheim als besonderes Vogelschutzgebiet zum Schutz des Schwarzstorchs (*Ciconia Nigra*) zu erklären.

Zur

### **Begründung**

der zulässigen und in der Sache begründeten Klage tragen wir wie folgt vor:

### **Inhaltsverzeichnis**

<b>I. Zulässigkeit</b> .....	<b>4</b>
<b>1. Örtliche Zuständigkeit</b> .....	<b>4</b>
<b>2. Instanzielle Zuständigkeit</b> .....	<b>4</b>
<b>3. Statthaftigkeit der allgemeinen Leistungsklage</b> .....	<b>5</b>
<b>4. Klagebefugnis</b> .....	<b>5</b>
4.1 Anerkannte Umweltvereinigung nach § 3 UmwRG .....	5
4.2 Zum Verhältnis zwischen § 42 Abs. 2 VwGO und Art. 9 Abs. 3 Aarhus-Konvention.....	6
4.3 Rechtsprechung des EuGH .....	6
4.4 Rechtsprechung des BVerwG und weiterer deutscher Gerichte.....	7
4.5 Rechtsprechung des OVG Berlin-Brandenburg vom 30. November 2023 .....	9
4.6 Zwischenergebnis .....	18
4.7 Figur der sog. faktische Vogelschutzgebiete steht nicht entgegen .....	18

<b>5.</b>	<b>Rechtsschutzbedürfnis</b> .....	<b>20</b>
5.1	Keine Antragerfordernis bei der allgemeinen Leistungsklage .....	21
5.2	Erfolgloser Antrag eines anderen Umweltverband (ohne gerichtliche Überprüfung) .....	21
5.3	Ohnehin: entscheidungserheblicher Zeitpunkt ist der Zeitpunkt der Gerichtsentscheidung .....	23
<b>II.</b>	<b>Begründetheit</b> .....	<b>23</b>
<b>1.</b>	<b>Passivlegitimation</b> .....	<b>23</b>
<b>2.</b>	<b>Rechtliche Maßgaben der Vogelschutzgebietausweisung</b> .....	<b>24</b>
2.1	Die zahlen- und flächenmäßig geeignetsten Gebiete .....	24
2.2	Maßgeblich sind die natürlichen Grenzen des prägenden Habitattyps sowie die Funktion der Fläche als Brut- und Rastplatz oder notwendiges Nahrungsgebiet .....	25
2.3	Kein Raum für abweichende mitgliedstaatliche Anforderungen und praktische Wirksamkeit .....	27
2.3	Fortwährende Verpflichtung .....	28
2.4	Kein Verweis auf durch andere Maßnahmen/Gebietsausweisungen hergestellter Schutz .....	30
<b>3.</b>	<b>Teil der zahlen- und flächenmäßig geeignetsten Gebiete</b> .....	<b>31</b>
3.1.	Abgrenzung des Vogelschutzgebiets „Südlicher Odenwald“ durch die Hessische Landesgrenze .....	31
3.2.	Abgrenzung nicht naturschutzfachlich, sondern „durch die Hessische Landesgrenze“ .....	33
3.3	Erkenntnisse der Ornithologischen Gesellschaft Baden-Württemberg e.V. ....	34
3.4	Gutachten des Fachbüros proreg aus Mai 2024 .....	38
3.5	Raumnutzungsanalysen .....	48
3.6	Gutachtliche Stellungnahme der GÖG aus August 2014 .....	50
3.7	Stellungnahme der Klägerin aus Juni 2017 .....	50
3.8	Gutachterliche Stellungnahme von proreg aus September 2016 .....	50
3.9	Stellungnahme der Klägerin aus März 2016 .....	50
3.10	Stellungnahme der Klägerin aus April 2019 .....	51
3.11	Rechtsgutachten von „Baumann Rechtsanwälte“ aus Juni 2016 .....	51
3.12	Stellungnahme der unteren Naturschutzbehörde des Landratsamtes Neckar-Odenwald-Kreis .....	51

## I. Zulässigkeit

Die Klage ist auf eine Vogelschutzgebietausweisung gemäß Art. 4 Abs. 1 VRL (Richtlinie 2009/147/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. November 2009 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten – Vogelschutzrichtlinie –) und somit als allgemeine Leistungsklage zulässig. Ob zusätzlich eine auch im Verwaltungsprozess gemäß § 173 i.V.m. § 256 Abs. 2 ZPO mögliche Zwischenfeststellungsklage (vgl. BVerwG NVwZ 2011, 509; BeckOK VwGO/Möstl, 70. Ed. 1.7.2024, VwGO § 43 Rn. 40, beck-online) zur Feststellung eines für die Entscheidung vorgeiflichen Rechtsverhältnisses (sog. faktisches Vogelschutzgebiet) anhängig gemacht wird, bleibt vorbehalten.

### 1. Örtliche Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit des VG Karlsruhe ergibt sich aus § 52 Nr. 1 VwGO (§ 1 Abs. 2 AGVwGO i.V.m § 12 Abs. 2 LVG). Das Gebiet, auf das sich das Begehren bezieht, befindet sich im Verwaltungsgerichtsbezirk Karlsruhe.

### 2. Instanzielle Zuständigkeit

Das VG Karlsruhe ist auch instanzielle zuständig. Insbesondere steht die Zuständigkeit des VGH Baden-Württemberg in Fällen der Normenkontrolle nach § 47 VwGO nicht entgegen. Denn diese Norm gewährleistet nach dem unmissverständlichen Wortlaut grundsätzlich keinen Rechtsschutz gegen rechtswidriges *Unterlassen* untergesetzlicher Rechtsvorschriften. Auch eine analoge Anwendung scheidet mangels systemwidriger Regelungslücke insoweit aus (BeckOK VwGO/Giesberts, 70. Ed. 1.7.2024, VwGO § 47 Rn. 9, 10, beck-online; vgl. Kopp/Schenke Rn. 13; Eyermann/Schmidt Rn. 18; Kuhla/Hüttenbrink Verwaltungsprozess/Hüttenbrink, 288; BVerwG NVwZ 1990, 162; BVerwG Ur. v. 16.4.2015 – 4 CN 2.14, BeckRS 2015, 46296, beck-online: „Ein Antrag gem. § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO, der nicht auf Feststellung der Unwirksamkeit, sondern auf Feststellung der Ergänzungsbedürftigkeit einer untergesetzlichen Norm gerichtet ist, ist im Normenkontrollverfahren nicht statthaft.“).

### 3. Statthaftigkeit der allgemeinen Leistungsklage

Die Klägerin begehrt die Unterschutzstellung eines Gebiets als Vogelschutzgebiet und damit den Erlass einer Verordnung (vgl. § 32 BNatSchG i.V.m. § 36 NatSchG BW), mithin *keinen* Erlass eines Verwaltungsakts, so dass nicht die Verpflichtungsklage, sondern die allgemeine Leistungsklage nach § 43 VwGO statthaft ist.

### 4. Klagebefugnis

Die Klagebefugnis lässt sich aufgrund der mittlerweile gefestigten Rechtsprechung zum Unionsrecht und den Auswirkungen insbesondere auf § 42 VwGO nicht verneinen.

#### 4.1 Anerkannte Umweltvereinigung nach § 3 UmwRG

Die Klägerin ist ein Umweltverband, der im Landschaft- und Naturschutz tätig ist und sich insbesondere für den Erhalt der Artenvielfalt einsetzt. Sie ist eine nach § 3 UmwRG anerkannte Umweltvereinigung mit entsprechenden Rechtsbehelfsmöglichkeiten und mit Zuständigkeit in den drei Bundesländern Baden-Württemberg, Hessen und Bayern. Wir verweisen auf die Eintragung in der Liste des Umweltbundesamts (dort S. 5):

[https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/3521/dokumente/anerkannte\\_umwelt-und\\_naturschutzvereinigungen\\_0.pdf](https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/3521/dokumente/anerkannte_umwelt-und_naturschutzvereinigungen_0.pdf)

sowie auf den als **Anlage K 1** beigefügte Anerkennungsbescheid.

#### **4.2 Zum Verhältnis zwischen § 42 Abs. 2 VwGO und Art. 9 Abs. 3 Aarhus-Konvention**

Die Klage ist nach § 42 Abs. 2 VwGO nur zulässig, wenn der Kläger geltend macht, durch den Verwaltungsakt oder seine Ablehnung oder Unterlassung in seinen Rechten verletzt zu sein, „soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist“. Unmittelbar aus § 2 Abs. 1 UmwRG dürfte sich die Klagebefugnis nicht ergeben. Hiernach kann eine nach § 3 im UmwRG anerkannte inländische oder ausländische Vereinigung unter bestimmten Voraussetzungen und ohne eine Verletzung in eigenen Rechten geltend machen zu müssen, Rechtsbehelfe nach Maßgabe der Verwaltungsgerichtsordnung gegen eine Entscheidung nach § 1 Abs. 1 S. 1 UmwRG oder deren Unterlassen einlegen. Die (Nicht-)Festsetzung eines Vogelschutzgebiets stellt keine Entscheidung nach § 1 Abs. 1 UmwRG dar. Die Klagebefugnis ergibt sich aber aus Art. 9 Abs. 3 Aarhus-Konvention und die jüngere Rechtsprechung des EuGH, des BVerwG und weiterer Obergerichte. Art. 9 Abs. 3 Aarhus-Konvention hat folgenden Inhalt:

*„Zusätzlich und unbeschadet der in den Absätzen 1 und 2 genannten Überprüfungsverfahren stellt jede Vertragspartei sicher, dass Mitglieder der Öffentlichkeit, sofern sie etwaige in ihrem innerstaatlichen Recht festgelegte Kriterien erfüllen, Zugang zu verwaltungsbehördlichen oder gerichtlichen Verfahren haben, um die von Privatpersonen und Behörden vorgenommenen Handlungen und begangenen Unterlassungen anzufechten, die gegen umweltbezogene Bestimmungen ihres innerstaatlichen Rechts verstoßen.“*

#### **4.3 Rechtsprechung des EuGH**

Der EuGH hat in seinem Urteil vom 8. März 2011 (Slowakischer Braunbär) festgestellt, die Aarhus-Konvention seitens der Europäischen Union unterzeichnet wurde und damit einen integralen Bestandteil der Unionsrechtsordnung darstelle (EuGH (Große Kammer), Urt. v. 8. 3. 2011 – C-240/09 (Slowakischer Braunbär), ZUR 2011, 317). Die Bundesrepublik Deutschland ist folglich an die Aarhus-Konvention gebunden (vgl. Art. 216 Abs. 2 AEUV). Der EuGH hat in dieser Entscheidung auch

festgestellt, dass Art. 9 Abs. 3 Aarhus-Konvention keine unmittelbare Wirkung zu-  
komme, da der Einzelne mangels einer insofern eindeutigen und präzisen Formulie-  
rung nicht unmittelbar Rechte ableiten könne. Allerdings hätten die mitgliedstaatli-  
chen Gerichte, wenn eine mit dem Unionsrecht und insbesondere mit der Habi-  
tatrichtlinie geschützte Art, betroffen sei, ihr nationales Recht im Hinblick auf die Ge-  
währung eines effektiven Rechtsschutzes in den vom Umweltrecht der Union erfass-  
ten Bereichen so auszulegen hat, dass es so weit wie möglich im Einklang mit den  
in Art. 9 Abs. 3 Aarhus-Konvention festgelegten Zielen steht. Diese Rechtsprechung  
ist vom EuGH auch weiterentwickelt worden, beispielsweise in seinem Urteil vom 20.  
Dezember 2017 (Protect). Der EuGH kommt in dieser Entscheidung zu dem Ergeb-  
nis, dass, soweit eine unionsrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts mit  
Blick auf Art. 9 Abs. 3 Aarhus-Konvention nicht mehr möglich sei, dieses nationale  
Recht nicht angewendet werden dürfe, wenn es einen effektiven Rechtsschutz gegen  
die Verletzung von Unionsumweltrecht verhindere (EuGH (2. Kammer), Urt. v.  
20.12.2017 – C-664/15 (Protect), NVwZ 2018, 225 (228 f.) Rn. 53 ff.).

#### **4.4 Rechtsprechung des BVerwG und weiterer deutscher Gerichte**

Mit Blick auf die erstgenannte Entscheidung des EuGH sah sich das BVerwG in sei-  
nem Urteil vom 5. September 2013 dazu veranlasst, die Klagebefugnis eines nach §  
3 UmwRG anerkannten Verbandes bei einer allgemeinen Leistungsklage auf Ände-  
rung bzw. *Ergänzung eines Luftreinhalteplans* zu bejahen. Das BVerwG führt hierzu  
aus, der EuGH gebe den mitgliedstaatlichen Gerichten auf, nach Maßgabe interpre-  
tationsfähiger Vorschriften des nationalen Rechts auch Umweltverbänden einen  
möglichst weiten Zugang zu den Gerichten zu ermöglichen, um so die Durchsetzung  
des Umweltrechts der Union zu gewährleisten. Umweltverbänden sei grundsätzlich  
eine Möglichkeit einzuräumen, die Anwendung des Umweltrechts gerichtlich über-  
prüfen zu lassen. Dies habe allerdings nicht über eine (zu) weite Anwendung des §  
42 Abs. 2 Hs. 1 VwGO i.V.m. Art. 9 Abs. 3 Aarhus-Konvention zu erfolgen (so noch  
vorinstanzlich das VG Wiesbaden). Im Übrigen käme auch eine Verbandsklage nach  
§ 64 Abs. 1 BNatschG oder nach § 1 UmwRG nicht in Betracht, da diese Normen  
abschließend, nicht auslegbar und auch nicht analogiefähig seien. Eine

Klagebefugnis folge allerdings aus § 42 Abs. 2 Hs. 2 VwGO i.V.m. § 47 Abs. 1 BImSchG. Dieser gewähre mit Blick auf Art. 9 Abs. 3 Aarhus-Konvention Umweltverbänden i.S.d. § 3 Abs. 1 UmwRG ein subjektives, einklagbares Recht (BVerwG, Urte. v. 05.09.2013 – 7 C 21/12, NVwZ 2014, 64 ff, Rn. 15 ff.).

Diese Rechtsprechung wurde in den letzten Jahren bestätigt und fortentwickelt. So hat das BVerwG bspw. die Klagebefugnis eines anerkannten Umweltverbands gegen die nicht der strategischen Umweltprüfung und damit nicht von § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UmwRG erfassten *Verkleinerung eines Landschaftsschutzgebiets* bejaht. Das BVerwG hat in diesem Fall Art. 9 Abs. 3 Aarhus-Konvention zur Durchsetzung verholfen, indem es die tatbestandliche Voraussetzung des § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UmwRG, wonach ein Rechtsbehelf gegen die Entscheidung über die Annahme von Plänen nur dann zulässig ist, wenn hierfür eine Umweltverträglichkeitsprüfung notwendig ist, im Sinne der Protect Entscheidung des EuGH außer Acht gelassen hat (BVerwG, Urteil vom 26.01.2023 – 10 CN 1.23, ZUR 2023, 420 ff.).

Ferner hat das BVerwG die Klagebefugnis eines Umweltverbands *gegen die Verbindlichkeitserklärung eines Altlastensanierungsplans* bejaht. Das BVerwG stützt diese Klagebefugnis auf § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 UmwRG. Dieser sei vom Gesetzgeber als Auffangtatbestand zur unionsrechtskonformen Umsetzung des Art. 9 Abs. 3 Aarhus-Konvention konzipiert worden. Deswegen und mit Blick auf die völkerrechtsfreundliche Auslegung des Bundesrechts sei dieser dahingehend auszulegen, dass er auch auf die einer Zulassungsentscheidung nachgelagerte Verbindlichkeitserklärung anzuwenden sei (BVerwG Urte. v. 22.6.2023 – 10 C 4.23, NVwZ 2024, 66 ff.).

Darüber hinaus hat die Rechtsprechung auch Verbandsklagen gegen einen *Abchussplan für Bieber bzw. Gamswild*, jeweils gestützt auf § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 UmwRG, zugelassen (VG Augsburg (8. Kammer), Urteil vom 22.02.2022 –Au 8 K 21.1895, BeckRS 2022, 21192; VGH München, Urteil vom 1. Oktober 2019 – 14 BV 17.1278, ZUR 2020, 240).

#### 4.5 Rechtsprechung des OVG Berlin-Brandenburg vom 30. November 2023

Insbesondere möchten wir auf die erst wenige Monate alte Entscheidung des OVG Berlin-Brandenburg Urt. v. 30.11.2023 – 11 A 1/23, BeckRS 2023, 38547 Rn. 50-71, beck-online, hinweisen.

*„a. Nach Auffassung des Senats steht das Nichtvorliegen dieser Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 UmwRG im Fall einer Klage auf Beschluss eines Sofortprogramms gem. § 8 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 KSG schon deshalb nicht entgegen, weil im vorliegenden Fall nur der Verzicht auf diese Voraussetzung dem vom Gesetzgeber im Gesetzgebungsverfahren durchgängig bekundeten Zweck des Gesetzes Rechnung trägt, Art. 9 Abs. 3 des Übereinkommens vom 15. Juni 1998 über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten (Gesetz v. 9. Dezember 2006, BGBl. II S. 1251 – Aarhus-Konvention, AK) vollständig im deutschen Recht umzusetzen.*

*Die Anerkennung der Klagebefugnis einer Umweltvereinigung wegen des – fehlenden – Beschlusses eines Sofortprogramms unter Verzicht auf das nach dem Wortlaut der Norm erforderliche Tatbestandsmerkmal einer möglichen SUP-Pflicht übersteigt zwar die Grenzen des Wortlauts und ist damit eigentlich nicht mehr Auslegung, sondern Rechtsfortbildung. Eine „Auslegung gegen den Wortlaut einer Norm“ ist allerdings nicht von vornherein ausgeschlossen, wenn andere Indizien deutlich belegen, dass ihr Sinn im Text unzureichend Ausdruck gefunden hat (vgl. BVerfG, Beschluss v. 27. Januar 1998 – 1 BvL 22/93 –, juris Rn 93; Beschluss v. 19. Juni 1973 – 1 BvL 39/69, 1 BvL 14/72 –, juris Rn 49; Beschluss v. 19. Mai 2023 – 2 BvR 78/22 –, juris Rn 35).*

*So liegt der Fall hier.*

*Nach Art. 9 Abs. 3 AK stellt jede Vertragspartei sicher, dass Mitglieder der Öffentlichkeit, sofern sie etwaige in ihrem innerstaatlichen Recht festgelegte Kriterien erfüllen, Zugang zu verwaltungsbehördlichen oder gerichtlichen Verfahren haben, um die von Privatpersonen und Behörden vorgenommenen Handlungen und begangenen Unterlassungen anzufechten, die gegen umweltbezogene Bestimmungen ihres innerstaatlichen Rechts verstoßen.*

*Nach der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/9526) sollten mit dem „Gesetz zur Anpassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer Vorschriften an europa- und völkerrechtliche Vorgaben“ insbesondere die aufgrund des Beschlusses V/9H der 5. Vertragsstaatenkonferenz zur Aarhus-Konvention (vom 2. Juli 2014) und der damit bestätigten Entscheidung des Compliance Committee dieser Konvention vom 20. Dezember 2013 (ACCC/C-2008/31) erforderlichen Anpassungen des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes „im Wege einer 1:1-Umsetzung der europa- und völkerrechtlichen Vorgaben“ erfolgen (BT-Drucks. 18/9526 S. 4, S. 25). Es war erklärtes Ziel des Gesetzentwurfs, Art. 9 Abs. 3 AK, dessen mangelhafte Implementation mit dem o.g. Beschluss des Aarhus Convention Compliance Committee (ACCC) beanstandet worden war, „vollständig im deutschen Recht umzusetzen“. Zugleich sollte die neue Nr. 4 des § 1 Abs. 1 UmwRG dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. September 2013 (7 C 21.12) zur umweltrechtlichen Verbandsklage bei Luftreinhalteplänen Rechnung tragen.*

*Dieser mehrfach ausdrücklich erklärten Regelungsabsicht läuft die in § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 UmwRG vorgenommene Beschränkung auf Pläne und Programme des Bundes, bei denen eine Pflicht zu einer Strategischen Umweltprüfung bestehen kann, jedenfalls insoweit zuwider, als sie der Klagebefugnis eines Umweltverbandes auf Beschluss eines Sofortprogramms im Sinne von § 8 KSG durch die Bundesregierung entgegensteht. Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen:*

Nach der bereits in der Gesetzesbegründung zitierten Spruchpraxis des ACCC vertritt dieses eine weite Auslegung zum Anwendungsbereich des Art. 9 Abs. 3 AK, wonach für die Konkretisierung des Anwendungsbereichs „allein die Frage, ob eine Anwendung umweltbezogener Bestimmungen erforderlich“ sei, maßgeblich sei. Als Mindestvoraussetzung sei danach notwendig, aber auch ausreichend, dass in einem Vertragsstaat die Anwendung umweltbezogener Bestimmungen durch Privatpersonen oder Behörden gerichtlich geprüft werden könne. Folgerichtig habe die 5. Vertragsstaatenkonferenz eine Änderung der nationalen Bestimmungen zur umweltrechtlichen Verbandsklage verlangt; eine Verpflichtung zur Einführung einer Popularklage bestehe nicht. In Ansehung dieser bisherigen Spruchpraxis des Compliance Committee hatte auch das Bundesverwaltungsgericht bereits angenommen, dass danach das „Ob“ einer umweltrechtlichen Verbandsklage durch das Abkommen entschieden sei und die Vertragsstaaten nur hinsichtlich des „Wie“ einen Auslegungsspielraum behielten (BVerwG, Urteil v. 5. September 2013 – 7 C 21.12 –, juris Rn 35). Die Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 18/9526 S. 35) erkennt auch ausdrücklich an, dass sich das Erfordernis, Rechtsbehelfsmöglichkeiten in Bezug auf Entscheidungen über umweltbezogene Pläne und Programme gem. Art. 7 AK vorzusehen, „bereits aus dem Wortlaut der Aarhus-Konvention“ ergebe, und zwar aus der dort in Art. 9 Abs. 2 AK geregelten Option, aus der zwingend folge, dass Art. 7 AK („Öffentlichkeitsbeteiligung bei umweltbezogenen Plänen, Programmen und Politiken“) zumindest dem Rechtsschutz nach Art. 9 Abs. 3 AK unterfalle.

Indem der Gesetzgeber den neuen Nr. 4 auf Pläne und Programme beschränkt hat, bei denen gem. Anlage 5 zum UVPG oder nach Landesrecht eine Pflicht zur Durchführung einer SUP bestehen kann, bleibt er hinter dem von ihm angestrebten Regelungszweck einer 1:1-Umsetzung der Vorgaben des Art. 9 Abs. 3 AK entsprechend der Spruchpraxis des ACCC und der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (Urteil v. 5. September 2023 – 7 C 21/12 –, juris) zurück, soweit dadurch im konkreten Fall der nach Art. 9 Abs. 3 AK gebotene Rechtsschutz vereitelt würde.

*Dass die Regelung des § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 UmwRG hinter dem Zweck einer „1:1-Umsetzung der europa- und völkerrechtlichen Vorgaben“ zurückbleibt, war nach Auffassung des Senats nicht beabsichtigt, sondern ist irrtümlich erfolgt. Dafür spricht der in der Gesetzesbegründung – nur – enthaltene Hinweis darauf, dass die Regelung in Nr. 4 „redaktionell der Formulierung von Nummer 1 des Satzes nachgebildet“ worden sei (BT-Drucks. 18/9526 S. 33). Das Fehlen irgendeiner Begründung dafür, dass und ggf. weshalb eine Nachbildung des § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UmwRG, der in Umsetzung des Art. 9 Abs. 2 AK den Zugang zu einem Überprüfungsverfahren vor Gericht nur bei Vorliegen einer Entscheidung, Handlung oder Unterlassung i.S.d. Art. 6 AK gewährleisten soll, für die Umsetzung des hinsichtlich der zur Überprüfung stehenden Gegenstände sehr viel weiteren Art. 9 Abs. 3 AK zulässig oder gar geboten sein sollte, legt nahe, dass dem Gesetzgeber – wie der Kläger meint – damit ein „gedanklicher Fehler“ unterlaufen sei.*

*Die von der Beklagten angeführte Aussage des Gesetzgebers, dass Nr. 4 im Bundesrecht „ausschließlich für Pläne und Programme, die in der Anlage 3 des Gesetzes zur Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG) aufgeführt sind“, gelte (BT-Drucks. 18/9526 S. 33), gibt keinen Anlass zu einer abweichenden Einschätzung. Denn nach Wortlaut und Kontext wird damit nicht etwa das zuvor – nur – mit dem Hinweis auf die Nachbildung der Nr. 1 begründete Abstellen auf die Möglichkeit einer SUP-Pflicht als solches nochmals aufgegriffen oder gar erläutert. Die Passage stellt vielmehr klar, dass sich die danach maßgebliche Möglichkeit einer SUP-Pflicht für Pläne und Programme des Bundesrechts – wie in § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 lit. a UmwRG geregelt – allein aus der Aufnahme in die damalige Anlage 3, heute Anlage 5, des UVPG ergeben kann, was im folgenden Absatz sodann weiter erläutert wird.*

*Auch die Verteidigung der in Rede stehenden Einschränkung durch die Beklagte gegenüber dem ACCC (vgl. Bericht des Compliance Committee, ECE/MP.PP/2017/40, zur 6. Sitzung der Vertragsstaaten im September*

2017), das in seiner Prüfung der Neuregelung darauf hingewiesen hatte, dass der Wortlaut von Artikel 9 Abs. 3 des Übereinkommens nichts enthalte, was die Überprüfung umweltbezogener Pläne und Programme auf solche beschränken würde, die einer SUP unterzogen werden könnten, gibt keinen Anlass zu einer anderen Einschätzung. Sie belegt nicht, dass der Gesetzgeber sich bewusst dafür entschieden hat, den gem. Art. 9 Abs. 3 AK zu gewährenden Rechtsschutz gegen umweltrelevante Pläne und Programme auszuschließen, weil diese nicht potentiell SUPpflichtig sind. Die in diesem Zusammenhang vorgebrachten Ausführungen dazu, dass die Beschränkung der unmittelbaren Überprüfung auf Pläne und Programme, die möglicherweise eine SUP-Pflicht erforderten, eine Ausübung des den Vertragsparteien in Art. 9 Abs. 3 AK eingeräumten Ermessens sei, dass umweltbezogene Pläne und Programme nur solche seien, für die nach dem nationalen Recht eine SUP-Pflicht bestehen könne, und dass die Möglichkeit bestehe, im Rahmen der Überprüfung einer „nachgelagerten“ Entscheidung auch den Plan oder das Programm inzident anzufechten, lassen sich der Gesetzesbegründung nicht entnehmen. Vom ACCC wurden sie auch allein mangels konkreter Gegenbeispiele vorläufig (vgl. Rn 39, 36 des Berichts) als Argument für die Vereinbarkeit der Einschränkung mit Art. 9 Abs. 3 AK akzeptiert.

Aber selbst wenn der Gesetzgeber davon ausgegangen sein sollte, dass die aufgenommene Beschränkung nicht zu einer mit Art. 9 Abs. 3 AK unvereinbaren Rechtsschutzlücke führen könnte, weil für alle Pläne und Programme im Sinne des Art. 7 AK nach nationalem Recht eine SUP-Pflicht bestehen kann und etwaige dennoch verbleibende umweltrelevante Pläne und Programme jedenfalls inzident im Rahmen nachgelagerten Rechtsschutzes gegen die darin enthaltenen Maßnahmen überprüfbar sein würden, spricht auch dies für das Bestehen einer unbeabsichtigten Lücke. Denn diese Annahme erweist sich in der hier in Rede stehenden Fallkonstellation als unzutreffend. Der Kläger hat zu Recht darauf hingewiesen, dass sein auf Beschluss eines Sofortprogramms gem. § 8 KSG gerichtetes Begehren auch nicht durch eine inzidente Prüfung im Rahmen eines Rechtsmittels gegen eine im Programm

vorgesehene Maßnahme erreicht werden kann. Die generelle Vorstellung des Gesetzgebers, die von ihm gewählte Konstruktion werde den Anforderungen des Art. 9 Abs. 3 AK gerecht, steht der Einbeziehung einer dabei nicht konkret betrachteten Fallkonstellation nicht entgegen, wenn dies erforderlich ist, um dem erklärten Ziel des Gesetzgebers zu genügen.

Der Beschluss über ein Sofortprogramm durch die Bundesregierung ist auch eine (unterlassene) Handlung einer Behörde im Sinne von Art. 9 Abs. 3 AK. Denn ausgenommen vom Begriff der Behörde im Sinne des Art. 9 Abs. 3 AK sind gem. Art. 2 Satz 1 Nr. 2 AK – nur – Gremien oder Einrichtungen, die in gerichtlicher oder gesetzgebender Eigenschaft handeln (vgl. dazu auch Epi-ney u.a., Aarhus-Konvention, 2018, Art. 2 Rn. 9). Bei dem Beschluss der Bundesregierung handelt es sich um eine exekutive Tätigkeit; erst die Umsetzung bestimmter Maßnahmen kann eine legislative Tätigkeit erfordern.

b. Jedenfalls findet die Tatbestandsvoraussetzung des § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 UmwRG, dass es sich um Pläne oder Programme handeln muss, für die eine Pflicht zur Durchführung einer Strategischen Umweltprüfung bestehen kann, im vorliegenden Fall keine Anwendung. Denn der in Rede stehende § 8 KSG dient der Durchführung von Recht der Europäischen Union und die Mitgliedsstaaten sind in einem solchen Fall verpflichtet, einen wirksamen gerichtlichen Schutz der durch das Recht der Union garantierten Rechte zu gewährleisten.

Wie das Bundesverwaltungsgericht zuletzt in seiner Entscheidung vom 26. Januar 2023 (- 10 CN 1.23, Inntal Süd –, juris Rn 25 f.) im Anschluss an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (Urteile vom 8. März 2011 – C-240/09, Slowakischer Braunbär I –, Rn. 45, 51; vom 20. Dezember 2017 – C-664/15, Protect –, Rn 45, und vom 8. November 2022 – C-873/19, Deutsche Umwelthilfe – Rn 66, 77 ff.) ausgeführt hat, entfaltet Art. 9 Abs. 3 AK im Unionsrecht zwar keine unmittelbare Wirkung. In Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Amtsblatt der EU vom

26. Oktober 2012, C 326/2, S. 391 ff., – GRC –) verpflichtet die Regelung die Mitgliedsstaaten aber dazu, einen wirksamen gerichtlichen Schutz der durch das Recht der Union garantierten Rechte, insbesondere der Vorschriften des Umweltrechts, zu gewährleisten. Für den Fall, dass eine unionsrechtskonforme Auslegung (für die dieselben Grenzen gelten wie für die vorstehend erörterte teleologische Erweiterung) sich als unmöglich erweisen sollte, ist jedes im Rahmen seiner nationalen Zuständigkeit angerufene Gericht als Organ eines Mitgliedsstaates verpflichtet, eine dem etwa entgegenstehende nationale Bestimmung unangewendet zu lassen.

Geht es um die Verletzung einer umweltbezogenen Vorschrift des nationalen Rechts – wie hier des § 8 KSG (s. dazu im Folgenden unter II.4.a) –, ist Art. 47 Abs. 1 GRC allerdings nur dann anwendbar, wenn die in Rede stehende nationale Vorschrift der Durchführung des Rechts der Union im Sinne von Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRC dient. Um festzustellen, ob eine nationale Regelung in den Anwendungsbereich des Unionsrechts im Sinne von Art. 51 GRC fällt, ist zu prüfen, ob mit ihr die Durchführung einer Bestimmung des Unionsrechts bezweckt wird, welchen Charakter diese Regelung hat und ob mit ihr nicht andere als die unter das Unionsrecht fallenden Ziele verfolgt werden. Es muss ein hinreichender, über eine rein mittelbare Beeinflussung hinausgehender Zusammenhang mit dem Unionsrecht bestehen, der darüber hinausgeht, dass die fraglichen Sachbereiche benachbart sind oder der eine von ihnen mittelbare Auswirkungen auf den anderen haben kann (BVerwG, Urteil vom 26. Januar 2023 – 10 CN 1/23 –, juris Rn 24, im Anschluss an EuGH, Urteil vom 6. März 2014 – C-206/13, Siragusa – Rn. 25, 29, 35 m. w. N.).

Soweit die Beklagte meint, dass diese Rechtsprechung auf die hier zu beurteilende Konstellation im Bereich des Klimaschutzrechts nicht übertragbar sei, weil es am hinreichenden Zusammenhang von Unionsrecht und mitgliedstaatlichem Recht fehle, vermag der Senat dem auch in Ansehung der dort zitierten weiteren Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs nicht zu folgen. Diese stellen weder den oben zitierten, vom

*Bundesverwaltungsgericht in Ansehung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs formulierten Maßstab in Frage noch vermögen sie zu begründen, dass die damit konkretisierten Voraussetzungen im konkreten Fall nicht erfüllt sind.*

*Nach Auffassung des Senats handelt es sich bei der Pflicht zur Aufstellung und zum Beschluss von Sofortprogrammen gem. § 8 KSG um eine Maßnahme, die vom nationalen Gesetzgeber in Wahrnehmung seiner mitgliedstaatlichen Pflicht zur Umsetzung der notwendigen Maßnahmen zur Erreichung der unionsrechtlichen Klimaschutzziele (vgl. dazu auch Art. 2 Abs. 2 VO (EU) 2021/1119 – Europäisches Klimagesetz) als geeignet und notwendig bestimmt worden ist.*

*[...]*

*Die sektorspezifische Zuordnung von Emissionsbudgets und das im Falle einer Zielverfehlung zu beschließende Sofortprogramm sind zwar europarechtlich nicht vorgegeben. Aus der oben erläuterten Regelungssystematik ergibt sich aber, dass § 8 KSG ein nationales Steuerungsinstrument ist, das die Einhaltung der nationalen und damit zugleich auch der europäischen Zielvorgaben gewährleisten soll.*

*[...]*

*Der Anwendbarkeit des Art. 51 Abs. 1 GRC auf den hiesigen Fall steht auch nicht entgegen, dass – wie die Beklagte im Verfahren OVG 11 A 27/22 vorgetragen hat – in Regelungsbereichen, in denen das Unionsfachrecht – wie hier – spielraumeröffnend ausgestaltet sei, nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Beschluss v. 6. November 2019 – 1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I) „primär“ die Grundrechte des Grundgesetzes zur Anwendung kämen. Denn daraus folgt entgegen ihrer Auffassung nicht, dass die Mitgliedsstaaten in solchen Regelungsbereichen kein Unionsrecht*

durchführen. Das Bundesverfassungsgericht hat in der angeführten Entscheidung (a.a.O. Rn 44) bereits klargestellt, dass innerstaatliche Regelungen auch dann als Durchführung des Unionsrechts im Sinne des Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRC zu beurteilen sein könnten, wenn für deren Gestaltung den Mitgliedsstaaten Spielräume blieben, das Unionsrecht dieser Gestaltung aber einen hinreichend gehaltvollen Rahmen setze, der erkennbar auch unter Beachtung der Unionsgrundrechte konkretisiert werden solle. Die Unionsgrundrechte träten dann zu den Grundrechtsgewährleistungen des Grundgesetzes hinzu. Davon ausgehend konnte das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 24. März 2021 (1 BvR 2656/18 u.a., juris Rn 141) offen lassen, ob die nicht vollständig unionsrechtlich determinierten Vorschriften des Klimaschutzgesetzes teilweise gleichwohl als Durchführung von Unionsrecht im Sinne des Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRC anzusehen seien, weil der Gesetzgeber davon ausgegangen sei, mit dem Klimaschutzgesetz den Rahmen zur Umsetzung der Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland aus der Klimaschutzverordnung zu schaffen. Einer Entscheidung darüber bedurfte es nicht, weil dies nach seiner eigenen Rechtsprechung wie auch derjenigen des Europäischen Gerichtshofs eine Überprüfung am Maßstab des Grundgesetzes nicht ausschließt. Die von der Beklagten angeführte Schlussfolgerung, dass das Bestehen eines – wie im Fall der Klimaschutzverordnung – nicht vollständig unionsrechtlich determinierten Spielraums einer Einordnung des Klimaschutzgesetzes als Durchführung von Unionsrecht entgegenstehe, hat das Bundesverfassungsgericht nicht gezogen.

c. Darauf, ob dem Kläger – wie in den Verfahren OVG 11 S 11/22 und OVG 11 S 27/22 vorgetragen – hilfsweise jedenfalls eine prokuratorische Klagebefugnis aus § 42 Abs. 2 Hs. 2 VwGO zustehen könnte, kommt es danach nicht mehr an.“ [Hervorh. d. d. Verf.]

#### **4.6 Zwischenergebnis**

Dies zugrunde gelegt ist die Klägerin als anerkannter Umweltverband im Sinne des § 3 UmwRG dazu befugt, die Unterschutzstellung eines Gebiets nach § 32 BNatSchG einzuklagen. Während sich § 32 Abs. 1 BNatSchG über die Auswahl der in das Gebietsnetz Natura 2000 einzubeziehenden Vogelschutzgebiete sowie die hierfür in Betracht kommenden FFH-Gebiete, die Beteiligung der von der Auswahl fachlich betroffenen Bundesministerien und die Gebietsmeldung an die Kommission verhält, erfährt die unionsrechtliche Pflicht zur Unterschutzstellung der ausgewählten Gebiete in § 32 Abs. 2 bis 4 BNatSchG eine nähere Regelung. Mit diesen Vorgaben setzt die Bundesrepublik Deutschland Unionsrecht um, insbesondere Art. 4 Abs. 1, 2 VRL und damit einen gewichtigen Teil des europäischen Umweltrechts. Nach der dargelegten ist anerkannten Umweltverbänden in derartigen Fällen das Recht zuzubilligen, die Verletzung der Verpflichtung des Art. 4 Abs. 1, 2 VRL in einem gerichtlichen Verfahren zu rügen. Ob rechtlich konkret an § 32 BNatSchG i.V.m. Art. 4 VRL angeknüpft wird (so BVerwG, Urt. v. 05.09.2013 – 7 C 21/12), so dass sich eine Klagebefugnis aus einer weiten Auslegung des § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 UmwRG ergibt (vgl. auch BVerwG Urt. v. 22.6.2023 – 10 C 4.23) oder ob auf Art. 146 Abs. 2 AEUV i.V.m. Art. 9 Abs. 3 Aarhus-Konvention abgestellt wird (so wohl EuGH (2. Kammer), Urt. v. 20.12.2017 – C-664/15 (Protect)), kann dahinstehen.

#### **4.7 Figur der sog. faktische Vogelschutzgebiete steht nicht entgegen**

Dem steht nicht entgegen, dass die Rechtsprechung sog. faktische Vogelschutzgebiete annimmt, wenn ein Gebiet, das nach Art. 4 Abs. 1, 2 VRL hätte unter Schutz gestellt werden müssen, nicht unter Schutz gestellt wurde. Diese Rechtsprechung gleicht ein Rechtsschutzdefizit bei der Durchsetzung der Unterschutzstellung nicht aus. Zwar vermag die Annahme faktischer Vogelschutzgebiete in anhängigen Rechtsschutzverfahren gegen die Erteilung von bau- oder immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen in einem solchen Gebiet dazu dienen, dem Umweltrecht zur Durchsetzung zu verhelfen. Nur eine (förmliche) Unterschutzstellung eines Gebiets

als Vogelschutzgebiet stellt die *praktische Wirksamkeit* von Art. 4 Abs. 1, 2 VSG vol-  
lem Umfang sicher:

- a) Der Gesetzgeber hat in § 6 Abs. 1 WindBG eine Regelung getroffen, nach der verfahrensrechtliche Erleichterungen zulasten umweltrechtlicher (Verfahrens-)Standards bei der Genehmigung von Windenergieanlagen zu beachten sind. Ausdrücklich gilt dies aber nicht für Natura 2000-Gebiete, Naturschutzgebiete oder Nationalparks (§ 6 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 WindBG). Damit knüpft der Gesetzgeber an eine förmliche Unterschutzstellung an, die genau, schon dem Wortlaut nach – kein Raum für faktische Vogelschutzgebiete lässt, auch deshalb nicht, weil dies der Verfahrenserleichterung und dem Beschleunigungsziel diese Regelung entgegenstehen würde. Denn diese Ziele werden verfehlt, wenn die Anwendbarkeit dieser Vorschrift nicht von einer leicht und rasch festzustellenden förmlichen Unterschutzstellung abhängt, sondern von mitunter schwierigen fachlichen und rechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der Annahme sog. faktischer Vogelschutzgebiete.
- b) Die Figur des faktischen Vogelschutzgebiets bezweckt nicht eine Umgehung oder ein Ersatz der förmlichen Unterschutzstellung nach Art. 4 Abs. 1, 2 VRL, sondern sie soll lediglich einen Interimsschutz bewirken bis zu ihrer ordnungsgemäßen Unterschutzstellung; Landmann/Rohmer UmweltR, BNatSchG vor § 31 Rn. 14, 15, beck-online:

*„Kommt ein Mitgliedstaat dem nicht nach, bleiben solche Gebiete nicht ungesichert, sondern erfahren bis zu ihrer ordnungsgemäßen Unterschutzstellung den strengen Schutz des Art. 4 Abs. 4 S. 1 VRL (EuGH, Urt. v. 7. 12. 2000, Rs. C-374/98 (Kommission/Frankreich), Slg. 2000, I-10799 Rdnr. 47; Urt. v. 13. 12. 2007, Rs. C-418/04 (Kommission/Irland), Slg. 2007, I-10947 Rdnr. 84; Urt. v. 18. 12. 2007, Rs. C-186/06 (Kommission/Spanien), Slg. 2007, I-12 093 Rdnr. 28; BVerwG, Urt. v. 1. 4. 2004, 4 C 2.03, NuR 2004, 524, 527). Diese Bestimmung, die jede Verschlechterung der Lebensräume sowie erhebliche Störungen der im jeweiligen Gebiet vorkommenden Vögel untersagt (EuGH,*

*Urt. v. 20. 7. 2007, Rs. C-388/05 (Kommission/Italien), Slg. 2007, I-7555 Rdnr. 26), darf nur ausnahmsweise in extrem gelagerten Sondersituationen und namentlich dann außer Acht gelassen werden, wenn dies zum Schutz des menschlichen Lebens und der Gesundheit erforderlich ist (vgl. EuGH, Urt. v. 28. 2. 1991, Rs. C-57/89 (Kommission/Deutschland), Slg. 1991, I-883, Rdnr. 22; Urt. v. 18. 12. 2007, Rs. C-186/06 (Kommission/Spanien), Slg. 2007, I-12093 Rdnr. 37). [...] Die Strenge dieses Schutzregimes hat seine Wirkungen nicht verfehlt und maßgeblich dazu beigetragen, dass zahlreiche Gebiete zum Aufbau des Netzes Natura 2000 nachgemeldet wurden.“ [Hervorh. d. d. Verf.]*

- c) Einen dauerhaften Ersatz für eine förmliche Unterschutzstellung soll das faktische Vogelschutzgebiet nicht sein. Art. 4 Abs. 1, 2 VRL sieht eine förmliche Unterschutzstellung vor.
- d) Anders als bei einer anlagenbezogenen bzw. genehmigungsbezogenen inzidenten Prüfung der Voraussetzungen eines sog. faktischen Vogelschutzgebiets im Rahmen einer Anfechtungsklage oder eines Verfahrens nach § 80 Abs. 5 VwGO gegen eine Anlagengenehmigung stellt die förmliche Unterschutzstellung sicher, dass ein wirksamer Gebietsschutz auch unabhängig von einer solchen Genehmigung, also auch mit Blick auf andere Beeinträchtigungen und Gefahren stattfindet.
- e) Eine förmliche Unterschutzstellung führt dazu, dass insbesondere Planungs- oder Genehmigungsbehörden die Unterschutzstellung klar identifizieren und beachten können bzw. müssen, was ebenfalls der praktischen Wirksamkeit des Art. 4 Abs. 1, 2 VRL, der eine förmliche Unterschutzstellung vorsieht, dient.

## **5. Rechtsschutzbedürfnis**

Das Rechtsschutzbedürfnis lässt sich der Klägerin nicht absprechen. Ihr steht kein anderes gleich effektives Mittel zur Verfügung, um Art. 4 Abs. 1, 2 VRL zur Durchsetzung zu

verhelfen. Insbesondere die Stellung eines Antrages bei der dafür zuständigen Behörde ist nach Lage der Dinge nicht zwingend geboten.

### **5.1 Keine Antragserfordernis bei der allgemeinen Leistungsklage**

Zum einen geht der VGH Baden-Württemberg ohnehin davon aus, dass es bei einer allgemeinen Leistungsklage (mangels einer der §§ 68 Abs. 2, 75 VwGO entsprechenden Regelung) nicht notwendig sei, einen entsprechenden Antrag zu stellen (VGH Mannheim, Urteil vom 19.01.2017 - 12 S 1848/16, BeckRS 2017, 139124 Rn. 32; VGH Mannheim, Urteil vom 01.06.1990 - 8 S 637/90, NJW 1991, 2786. Anders noch VGH Mannheim, Urteil vom 16.10.1989 - 1 S 1056/88, NVwZ 1990, 892).

### **5.2 Erfolgreicher Antrag eines anderen Umweltverband (ohne gerichtliche Überprüfung)**

Zum anderen wäre dies aber auch eine bloße Förmerei. Denn einen entsprechenden Antrag gab es bereits von anderen anerkannten Umweltverbänden. Im Jahr 2014 haben der NABU-BW und der BUND-BAWÜ gemeinsam beim Ministerium für Ländlichen Raum einen Antrag auf Erklärung zum Vogelschutzgebiet östlicher Odenwald zum Schutz der Anhang-I Arten Schwarzstorch und Wespenbussard gestellt. Das entsprechende Antragsschreiben vom 11. Dezember 2014 legen wir als **Anlage K 2** vor, ebenso die dazugehörige Karte als **Anlage K 3**. Der Beklagte hat weder in die eine, noch in die andere Richtung einer Entscheidung darüber getroffen. Das Ministerium für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft, Referat 72, Arten- und Habitatschutz, Herr Sebastian Olschewski, hat mit E-Mail vom 24. Juni 2022 (also vor mehr als zwei Jahren) per E-Mail insbesondere folgendes ausgeführt:

*„Art. 4 Abs. 1 VSR-RL verpflichtet die Mitgliedsstaaten zur Ausweisung von Vogelschutzgebieten für die in Anhang I genannten Arten, sofern es sich um das zahlen- und flächenmäßig geeignetste Gebiet handelt. Bezugsrahmen für die Verpflichtung ist dabei der jeweilige Mitgliedsstaat und nicht die Europäische Union. Somit hat jeder Mitgliedsstaat das Seine zum Schutz der*

*Lebensräume, die sich auf seinem Hoheitsgebiet befinden, beizutragen. Bei der Ausweisung der Vogelschutzgebiete steht den Mitgliedsstaaten ein fachlicher Beurteilungsspielraum zu. Der fachliche Beurteilungsspielraum wird in Baden-Württemberg durch die Fachkonzeption der LUBW ausgefüllt.*

*In den Urteilsgründen wird bestätigt, dass die Fachkonzeption der LUBW die Vorgaben der VS-RL konkretisiert und auch die fachlich notwendigen Konsequenzen aus der Rechtsprechungspraxis berücksichtigt. D.h. die in der Fachkonzeption genannten Abgrenzungskriterien sind nach Ansicht des VGH nicht zu beanstanden. Der VGH stellt jedoch bei der Gebietsausweisung sehr hohe fachliche Anforderungen an die im Fachkonzept genannten Abgrenzungskriterien, die eine sehr fundierte Datengrundlage voraussetzen. Indem weitere wertgebende Vogelarten in der Erweiterungs-Verordnung aufgenommen wurden, obwohl keine Ermittlungen vorlägen, dass es sich bei der Erweiterungsfläche um das zahlen- und flächenmäßig geeignetste Gebiet zur Erhaltung dieser Arten handele, läge ein Beurteilungsfehler vor.*

*Nach Auffassung des UM ist das VGH-Urteil und dessen Begründung so zu interpretieren, dass für die Mitgliedsstaaten trotz der bereits abgeschlossenen Vogelschutzgebietsmeldung an die EU durchaus noch eine Verpflichtung bestehen kann, weitere Vogelschutzgebiete auszuweisen, sofern die Voraussetzungen gegeben sind. Jedenfalls verneint der VGH dies nicht explizit.*

*Derzeit werden die sich aus diesem Urteil des VGH vom 01.07.2021 ergebenden Konsequenzen für ein mögliches Ausweisungsverfahren für ein Vogelschutzgebiet Östlicher Odenwald vom Umweltministerium analysiert. Eine endgültige Entscheidung des Umweltministeriums zum weiteren Umgang mit einer möglichen Vogelschutzgebietsausweisung im Odenwald (und ggf. weiteren Gebieten) steht daher noch immer aus.“*

Eine endgültige Entscheidung ist nach wie vor nicht getroffen worden; wenn die Klägerin zusätzlich zum NABU-BW und zum BUND-BAWÜ das Umweltministerium anschreibt, wird sich an diesem Zustand nichts ändern.

### **5.3 Ohnehin: entscheidungserheblicher Zeitpunkt ist der Zeitpunkt der Gerichtsentscheidung**

Wir gehen davon aus, dass die unter 5.1 und 5.2 aufgeworfenen Fragen dahinstehen können, da in diesem Schriftsatz konkludent auch ein Antrag *gegenüber der zuständigen Behörde* auf entsprechende Unterschutzstellung enthalten ist (das Begehren ist formuliert und begründet) und dieser Schriftsatz wird dem Beklagten auch zugehen. Das Antragsersfordernis, sofern man ein solches bejahen möchte, wäre damit zum Zeitpunkt der Gerichtsentscheidung, also zu dem bei der allgemeinen Leistungsklage entscheidungserheblichen Zeitpunkt, erfüllt.

## **II.**

### **Begründetheit**

#### **1. Passivlegitimation**

Der Beklagte ist passiv legitimiert. Gemäß § 32 BNatSchG wählen die Länder die Gebiete, die der Europäischen Kommission nach Art. 4 Abs. 1 und 2 VSG zu benennen sind, „nach den in diesen Vorschriften genannten Maßgaben aus“. Konkret hat die Landesregierung auf Vorschlag der obersten Naturschutzbehörde die Gebiete auszuwählen, die der Europäischen Kommission zu benennen sind (§ 36 Abs. 1 NatSchG BW). Durch § 36 Abs. 2 LNatSchG „wird die höhere Naturschutzbehörde ermächtigt, die Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung und die Europäischen Vogelschutzgebiete mit Namen und Lage, Gebietsabgrenzungen, geschützten Lebensraumtypen und Arten sowie Erhaltungszielen durch Rechtsverordnung festzulegen. Höhere Naturschutzbehörden im Sinne dieser Norm sind gemäß § 57 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 LNatSchG die Regierungspräsidien“ (so der VGH Mannheim

Urt. v. 1.7.2021 – 5 S 1770/18, BeckRS 2021, 21804 Rn. 30, beck-online, zu einer Verordnung des Regierungspräsidiums Freiburg zur Änderung der Verordnung des Ministeriums für Ernährung und Ländlichen Raum zur Festlegung von Europäischen Vogelschutzgebieten (VSG-VO) vom 5. Februar 2010). Örtlich zuständig ist das Regierungspräsidiums Karlsruhe aufgrund von § 36 Abs. 3 in Verbindung mit § 23 Abs. 8 Satz 1 LNatSchG. Danach ist die Naturschutzbehörde örtlich zuständig, in deren Bezirk der Schutzgegenstand liegt. Das hier streitgegenständliche Gebiet liegt im Regierungsbezirk Karlsruhe (vgl. VGH Mannheim Urt. v. 1.7.2021 – 5 S 1770/18, BeckRS 2021, 21804 Rn. 30, beck-online).

## 2. Rechtliche Maßgaben der Vogelschutzgebietausweisung

### 2.1 Die zahlen- und flächenmäßig geeignetsten Gebiete

Rechtsgrundlage für den Erlass der begehrten Vogelschutzgebietausweisung ist § 32 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BNatSchG in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 Satz 4 VRL. Gemäß § 32 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BNatSchG sind Europäische Vogelschutzgebiete nach den Maßgaben von Art. 4 Abs. 1 und 2 VRL auszuwählen und zu geschützten Teilen von Natur und Landschaft im Sinne des § 20 Abs. 2 BNatSchG zu erklären. Gemäß Art. 4 Abs. 1 Satz 4 VRL erklären die Mitgliedstaaten insbesondere die für die Erhaltung von in Anhang I der Vogelschutzrichtlinie aufgeführten Arten *zahlen- und flächenmäßig geeignetsten Gebiete* zu Schutzgebieten (vgl. VGH Baden-Württemberg Urt. v. 1.7.2021 – 5 S 1770/18, BeckRS 2021, 21804 Rn. 33, beck-online). Es sind mithin die Gebiete auszuwählen, die *im Verhältnis zu anderen Landschaftsteilen* am besten die Gewähr für die Verwirklichung der Richtlinienziele bieten. In der bereits mehrfach zitierten Entscheidung des VGH Baden-Württemberg im Urt. v. 1.7.2021 – 5 S 1770/18 –, BeckRS 2021, 21804, beck-online heißt es unter Rn. 34:

*„Die Auswahlentscheidung hat sich ausschließlich an diesen ornithologischen Erhaltungszielen zu orientieren. Unter Schutz zu stellen sind die Landschaftsräume, die sich nach ihrer Anzahl und Fläche am ehesten zur Arterhaltung eignen. Welche Gebiete hierzu zählen, legt das Gemeinschaftsrecht nicht im Einzelnen fest. Jeder Mitgliedstaat muss das Seine zum Schutz der*

*Lebensräume beitragen, die sich auf seinem Hoheitsgebiet befinden. Entscheidend ist die ornithologische Wertigkeit, die nach quantitativen und nach qualitativen Kriterien zu bestimmen ist. Je mehr der im Anhang I aufgeführten oder in Art. 4 Abs. 2 VRL genannten Vogelarten in einem Gebiet in einer erheblichen Anzahl von Exemplaren vorkommen, desto höher ist der Wert als Lebensraum einzuschätzen. Je bedrohter, seltener oder empfindlicher die Arten sind, desto größere Bedeutung ist dem Gebiet beizumessen, das die für ihr Leben und ihre Fortpflanzung ausschlaggebenden physischen und biologischen Elemente aufweist. Nur Lebensräume und Habitate, die unter Berücksichtigung dieser Maßstäbe für sich betrachtet in signifikanter Weise zur Arterhaltung beitragen, gehören zum Kreis der im Sinne des Art. 4 VRL geeignetsten Gebiete (vgl. BVerwG, Beschluss vom 13.3.2008 - 9 VR 10.07 - NuR 2008, 495, juris Rn. 16 m. w. N.). Die Gebietsauswahl und der Gebietszuschnitt haben sich ausschließlich an diesen ornithologischen Kriterien auszurichten. Eine Abwägung mit anderen, insbesondere wirtschaftlichen und sozialen Belangen findet nicht statt. Denn Art. 4 Abs. 1 Satz 4 VRL ist das Ergebnis einer bereits vom Gemeinschaftsgesetzgeber getroffenen Abwägungsentscheidung, die keiner weiteren Relativierung zugänglich ist (vgl. BVerwG, Beschluss vom 12.6.2003 - 4 B 37.03 - NVwZ 2004, 98, juris Rn. 4; Möckel in Schlacke, GK-BNatSchG, 2. Aufl. 2017, § 32 Rn. 18; jeweils m. w. N.).“ [Hervorh. d. d. Verf.]*

## **2.2 Maßgeblich sind die natürlichen Grenzen des prägenden Habitattyps sowie die Funktion der Fläche als Brut- und Rastplatz oder notwendiges Nahrungsgebiet**

Fünfte Senat hat in dieser Entscheidung auch ausgeführt, dass es nicht auf den ornithologischen Wert jeder einzelnen Fläche im Gebiet ankommt. Entscheidend seien vielmehr die *natürlichen Grenzen des prägenden Habitattyps* sowie die *Funktion der Fläche als Brut- und Rastplatz oder notwendiges Nahrungsgebiet* (VGH Baden-Württemberg Urt. v. 1.7.2021 – 5 S 1770/18, BeckRS 2021, 21804 Rn. 35, beck-online). Das bestätigte, was sich auch bereits aus der EuGH-Rechtsprechung ergibt; BeckOK

UmweltR/Lüttgau/Kockler, 70. Ed. 1.4.2023, BNatSchG § 32 Rn. 2: „Nach der Rechtsprechung des EuGH (BeckRS 2004, 76686) haben die Auswahl sowie die Gebietsabgrenzung allein anhand naturschutzfachlicher Kriterien zu erfolgen, während insbesondere wirtschaftliche und soziale Interessen dafür nicht berücksichtigt werden dürfen.“ Wir verweisen auch auf BVerwG Urte. v. 31.1.2002 – 4 A 15/01, BeckRS 2002, 21607, beck-online:

*„Aus diesen Regelungen folgt nicht, dass sämtliche Landschaftsräume unter Schutz gestellt werden müssen, in denen vom Aussterben oder sonst bedrohte Vogelarten vorkommen. Vielmehr haben die Mitgliedstaaten die Gebiete auszuwählen, die im Verhältnis zu anderen Landschaftsteilen am besten die Gewähr für die Verwirklichung der Richtlinienziele bieten. Die Richtung gibt insbesondere Art. 4 I Satz 1 VRL vor. Schutzmaßnahmen sind danach zu ergreifen, soweit sie erforderlich sind, um das Überleben und die Vermehrung der im Anhang I aufgeführten Vogelarten und der in Art. 4 II VRL angesprochenen Zugvogelarten sicherzustellen. Die Auswahlentscheidung hat sich ausschließlich an diesen ornithologischen Erhaltungszielen zu orientieren (vgl. EuGH, Urteile vom 2. 8. 1993 - C 355/90 - Slg. 1993, I-4221 Rn. 26, vom 11. 7. 1996 - C 44/95 - Slg. 1996, I-3805 Rn. 26 und vom 19. 5. 1998 - C 3/96 - Slg. 1998, I-3031 Rn. 59). Eine Abwägung mit anderen Belangen findet nicht statt. Die in Art. 2 VRL erwähnten Gründe wirtschaftlicher oder freizeitbedingter Art haben bei der Auswahl außer Betracht zu bleiben (vgl. EuGH, Urteile vom 2. 8. 1993 - C 355/90 - a.a.O. Rn. 19 und vom 11. 7. 1996 - C 44/95 - a.a.O. Rn. 31). Denn Art. 4 I Satz 4 VRL ist das Ergebnis einer bereits vom Gemeinschaftsgesetzgeber getroffenen Abwägungsentscheidung, die keiner weiteren Relativierung zugänglich ist (vgl. EuGH, Urteile vom 8. 7. 1987 - 247/85 - und - 262/85 - Slg. 1987, 3029 und 3073).*

### 2.3 Kein Raum für abweichende mitgliedstaatliche Anforderungen und praktische Wirksamkeit

Die mitgliedstaatlichen Regelungsbefugnisse sind durch das Unionsrecht stark eingeschränkt, was § 32 Abs. 1 S. 1 BNatSchG darin zum Ausdruck bringt, dass auf die Maßgaben von Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 VSR verwiesen wird. „In Bezug auf die Auswahl der Schutzgebiete verweist die Vorschrift demnach vollumfänglich auf die europarechtlichen Bestimmungen und macht dementsprechend die auf Unionsrechtsebene getroffenen verfahrensrechtlichen Regelungen ebenso wie die Kriterien, anhand derer geeignete Gebiete auszuwählen sind, zu unmittelbar geltendem Recht“ (BeckOK UmweltR/Lüttgau/Kockler, 70. Ed. 1.4.2023, BNatSchG § 32 Rn. 1).

Damit hängt eng zusammen, dass die Bundesrepublik Deutschland an das Unionsrecht gebunden ist und staatliche Gewalt den Anwendungsvorrang des Unionsrechts zu beachten hat auch die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts im Blick zu behalten hat. Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH, die mittlerweile durch das Primärrecht in Art. 197 Abs. 1 AEUV aufgegriffen ist, darf das nationale Recht die Verwirklichung des Unionsrechts *nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren*; vgl. auch EuGH Urt. v. 19.12.2019 – C-752/18, BeckRS 2019, 32133 Rn. 33, beck-online:

*„Diese Modalitäten müssen allerdings die doppelte Voraussetzung erfüllen, dass sie nicht ungünstiger sind als diejenigen, die gleichartige, dem innerstaatlichen Recht unterliegende Sachverhalte regeln (Äquivalenzgrundsatz), und dass sie die Ausübung der durch das Unionsrecht verliehenen Rechte nicht unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Effektivitätsgrundsatz) (Urteil vom 26. Juni 2019, Kuhar, C-407/18, ECLI:EU:C:2019:537, Rn. 46 und die dort angeführte Rechtsprechung).“ [Hervorh. d. d. Verf.]*

Verweisen lässt sich insofern auch auf EuGH Urt. v. 13.3.2007 – C-432/05, BeckRS 2007, 70188, beck-online, Grabitz/Hilf/Nettesheim/Classen, 75. EL Januar 2022, AEUV Art. 197 Rn. 23 sowie Calliess/Ruffert/Ruffert, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 197

Rn. 14 und Fn 21 mit Hinweisen auf zahlreiche weitere Entscheidungen des EuGH zum Effektivitätsgebot; siehe auch Berkemann, ZUR 2021, 280, beck-onlie: „Der Grundsatz der Effektivität des Unionsrechtes ist immerhin das zentrale Mittel, die tatsächliche Kohärenz der EU als einheitlichen Rechtsraum integrativ zu sichern. Er ist für den EuGH zu einem allgemeinen problem solver geworden. Das muss erkannt werden.“

Auf diese Maßgaben kommt es entscheidend an, wenn sich die Frage stellt, wo ein (fachlicher) Beurteilungsspielraum endet und die gerichtliche Überprüfbarkeit bzw. erhöhte Prüfungsdichte aktiviert ist (näher dazu unten)

### 2.3 Fortwährende Verpflichtung

Auch zu der Konstellation eines bereits bestehenden Vogelschutzgebiets (hier das im hessischen Teil des Odenwalds existierende Vogelschutzgebiet 6420-450 „Südlicher Odenwald“) und der Frage nach der *nachgängigen* Berücksichtigung weiterer Erkenntnisse hat sich der Verwaltungsgerichtshof in der zitierten Entscheidung a.a.O., Rn. 36, geäußert:

*„Die Pflicht zur Ausweisung Europäischer Vogelschutzgebiete ist eine fortwährende, die bei neuen wissenschaftlichen Erkenntnissen eine erneute Ausweisung von Gebieten oder die Einbeziehung von Flächen in bestehende Schutzgebiete erfordern kann. Demnach sind unabhängig vom Stand des Melde- und Gebietsausweisungsverfahrens der Vogelschutzrichtlinie gegebenenfalls weitere Gebiete unter Schutz zu stellen, wenn sich ihre herausragende Eignung erst später erweist (vgl. EuGH, Urteil vom 23.3.2006 - C-209/04 - Slg 2006, I-2756, juris Rn. 43; BVerwG, Beschluss vom 13.3.2008 - 9 VR 9.07 - juris Rn. 21; Beschluss vom 14.4.2011 - 4 B 77.09 - juris Rn. 48).“*  
[Hervorh. d. d. Verf.]

In diesem Zusammenhang ist auch von Bedeutung, dass der gesetzlich in mehreren und verschiedenen Regelungen vorgesehene Ausbau der Windenergie zunehmend

Raumnutzungskonflikte im Hinblick auf den Schwarzstorch hervorruft. Der Gesetzgeber hat dies in § 6 WindBG dahin *austariert*, dass dort zwar erhebliche Erleichterungen für die Windenergienutzung vorgesehen sind. Natura2000-Gebiete sollen dafür aber ausdrücklich bewahrt werden. Im Hinblick auf den Schwarzstorch gilt nichts anderes; vgl. OVG Koblenz Ur. v. 8.2.2024 – 1 C 10470/22, BeckRS 2024, 10986 Rn. 62-65, beck-online:

*„Dem kann nicht mit Erfolg entgegengehalten werden, dass der Schwarzstorch auf der Grundlage neuerer wissenschaftlicher Erkenntnisse nicht mehr als störungsempfindlich angesehen werden könne und zudem der Bereich um die Vorhabenstandorte auch nur bedingt als Habitat für die Art geeignet sei.*

*(1) Nach den von der Klägerin vorgelegten Nachweisen zur Störungsunempfindlichkeit der Art sollen erfolgreiche Bruten nach der Errichtung von WEA sogar in einem Abstand von 500 bis 900 m stattgefunden haben. Insoweit werden jedoch – einmal ganz abgesehen davon, dass sich die Aussagen ohnehin nur auf einen Abstand von mehr als 500 m beziehen – lediglich Einzelfälle berichtet, so dass es an einer ausreichend breiten Datengrundlage fehlt, welche geeignet wäre, die bisherigen fachwissenschaftlich begründeten Annahmen zu erschüttern oder gar als zwischenzeitlich nicht mehr vertretbar erscheinen zu lassen.*

*Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der hessischen Verwaltungsvorschrift „Naturschutz/ Windenergie“ vom 17. Dezember 2020. Diese stellt zwar fest (S. 61 f.), dass aufgrund des fortgeschrittenen Wissensstands keine hohe Meideempfindlichkeit der Art mehr zugrunde zu legen sei, sondern angesichts zunehmender Belege für nachträgliche Ansiedlungen und erfolgreiche Bruten im nahen Umfeld vorhandener Windparks von einer geringeren Meide-Distanz in Form der 300 m-Horstschutzzone ausgegangen werden müsse. Diese Annahme wird jedoch nicht schlüssig belegt, sondern lediglich auf eine aktuelle Studie des Landes Hessen zum Schwarzstorch im hessischen Vogelschutzgebiet V. verwiesen, der zufolge es erfolgreiche Bruten ab 550 m*

*Distanz zwischen Horst und WEA gegeben habe. Zudem leitet der hessische Leitfaden aus diesen Feststellungen auch nicht etwa die Empfehlung eines gebietsschutzrechtlich begründeten Mindestabstands von WEA zu Schwarzstorch-Horsten von nur 300 m ab, sondern sieht zum Schutz flugunerfahrener Jungtiere weiterhin einen Mindestabstand von 1.000 m vor, durch den zugleich eine ausreichende Störungsfreiheit sichergestellt werde.*

*Von daher ist für den sicheren Ausschluss (vgl. BVerwG, Urteil vom 17. Januar 2007 – 9 A 20/05 –, juris Rn. 62) einer Beeinträchtigung im Sinne des § 34 Abs. 2 BNatSchG derzeit weiterhin von der Möglichkeit einer Störungsempfindlichkeit des Schwarzstorchs jedenfalls in einem Umkreis von 1.000 m um WEA auszugehen.* [Hervorh. d. d. Verf.]

#### **2.4 Kein Verweis auf durch andere Maßnahmen/Gebietsausweisungen hergestellter Schutz**

Das OVG Koblenz hat in der zitierten Entscheidung ebenfalls klargestellt, dass der Verweis auf bereits an anderer Stelle getroffene Schutzmaßnahmen nicht tragfähig ist (a.a:O, Rn. 43):

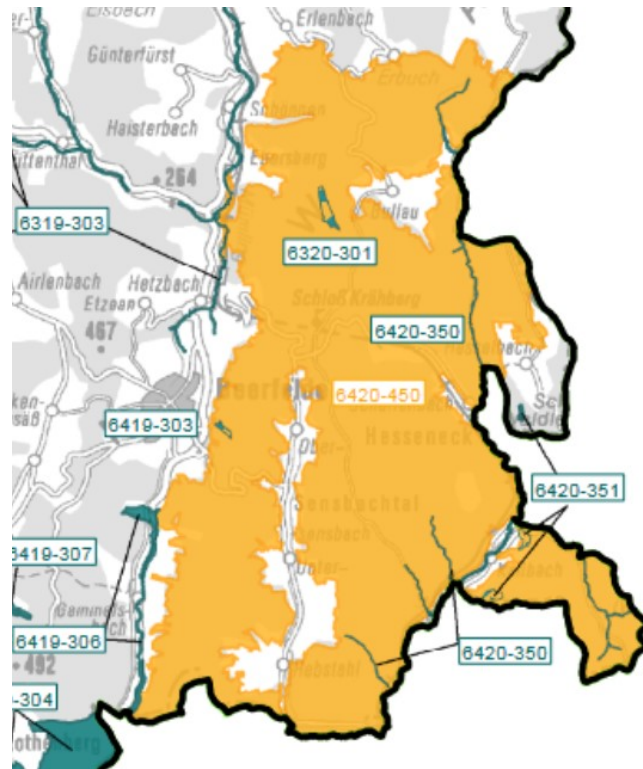
*„Zudem würde das Ziel der Bildung eines zusammenhängenden Netzes von besonderen Schutzgebieten gemäß Art. 4 Abs. 3 VRL nicht erreicht, wenn sich die Mitgliedstaaten der Verpflichtung zur Ausweisung von besonderen Schutzgebieten dadurch entziehen könnten, dass sie auf andere besondere Schutzmaßnahmen verweisen könnten, die ihrer Auffassung nach das Überleben und die Vermehrung der in Anhang I zur Vogelschutzrichtlinie genannten Arten gewährleisten (vgl. EuGH, Urteil vom 19.5.1998 - C-3/96 - Slg 1998, I-3031, juris Rn. 58).“* [Hervorh. d. d. Verf.]

### **3. Teil der zahlen- und flächenmäßig geeignetsten Gebiete**

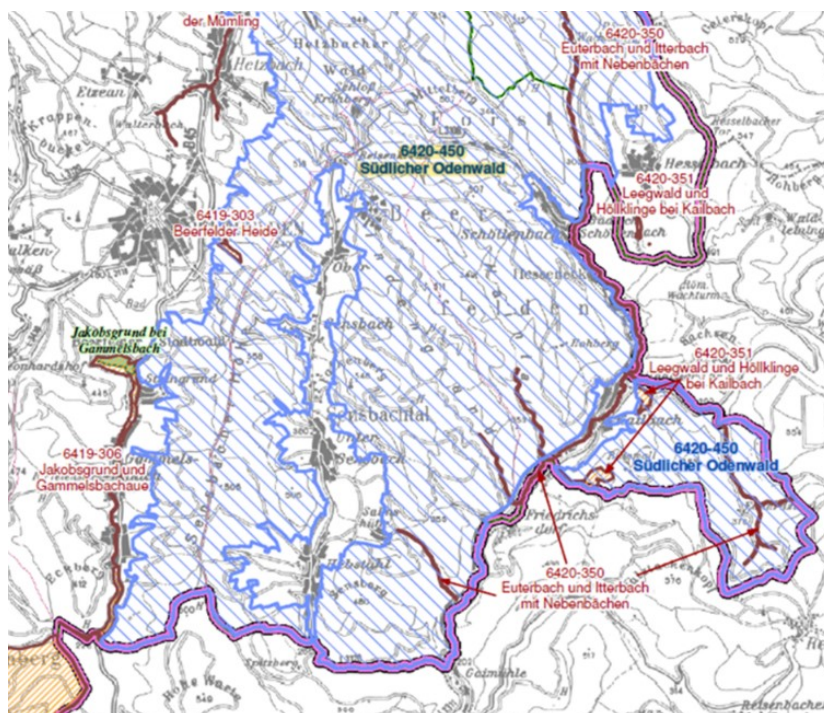
#### **3.1. Abgrenzung des Vogelschutzgebiets „Südlicher Odenwald“ durch die Hessische Landesgrenze**

Im hessischen Teil des Odenwalds existiert, anders als im badischen Teil, ein Vogelschutzgebiet, das die Bezeichnung 6420-450 „Südlicher Odenwald“ trägt, u.a. mit der Anhang I-Vogelart Schwarzstorch (Anhang I der VRL). Dieses Vogelschutzgebiet wurde mit Verordnung über die NATURA 2000-Gebiete in Hessen vom 16. Januar 2008 (GVBl. I vom 7.3.2008 S. 30) und mit der Verordnung über die NATURA 2000-Gebiete im Regierungsbezirk Darmstadt vom 20. Oktober 2016 (StAnz. Nr. 44, vom 31.10.2016 S. 1104 ff.) durch das Regierungspräsidium Darmstadt als NATURA 2000-Gebiet ausgewiesen:

<https://rp-darmstadt.hessen.de/sites/rp-darmstadt.hessen.de/files/2023-10/stanz-hessen-ausgabe-2016-44.pdf>



[https://www.hlnug.de/fileadmin/dokumente/naturschutz/Vogelschutzwarte/Natura2000\\_07\\_2016\\_gesamt\\_ohne\\_Gitter.pdf](https://www.hlnug.de/fileadmin/dokumente/naturschutz/Vogelschutzwarte/Natura2000_07_2016_gesamt_ohne_Gitter.pdf)



[https://natureg.hessen.de/resources/recherche/Schutzgebiete/RPDA/M\\_PLAN/4337.pdf](https://natureg.hessen.de/resources/recherche/Schutzgebiete/RPDA/M_PLAN/4337.pdf)

### 3.2. Abgrenzung nicht naturschutzfachlich, sondern „durch die Hessische Landesgrenze“

Abgegrenzt wird dieses Vogelschutzgebiet im Süden *nicht* durch naturschutzfachliche Gründe, sondern „durch die Hessische Landesgrenze“, wie es beispielsweise im Bewirtschaftungsplan vom 17. November 2022 heißt (S. 5 oben).

[https://natureg.hessen.de/resources/recherche/Schutzgebiete/RPDA/M\\_PLAN/4337.pdf](https://natureg.hessen.de/resources/recherche/Schutzgebiete/RPDA/M_PLAN/4337.pdf)

Die oben Kartenausschnitte und auch das folgende Bild veranschaulichen, dass dieses Vogelschutzgebiet im Süden bzw. Osten abrupt an der Landesgrenze zu Baden-Württemberg endet:



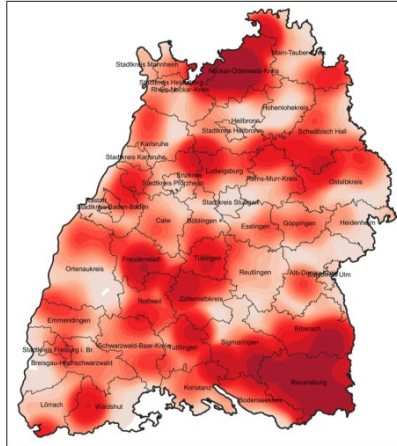
<https://udo.lubw.baden-wuerttemberg.de/public/pages/map/command/index.xhtml?jsessionid=FC255DB0D987783A16A12C99F26F15E5?mapId=69ea35b5-76e7-4a32-8bff-1f655e32b787&useMapSrs=true&mapSrs=EPSG%3A25832&mapExtent=484430.4137123383%2C5469467.487048381%2C537021.3185083322%2C5494513.905457473>

### 3.3 Erkenntnisse der Ornithologischen Gesellschaft Baden-Württemberg e.V.

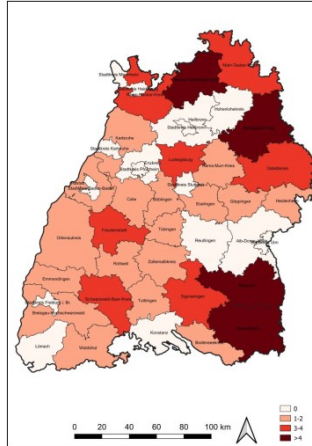
Als **Anlage K 4** fügen wir eine Publikation der Ornithologischen Gesellschaft Baden-Württemberg e.V. aus dem Jahr 2023 bei („Der Schwarzstorch in Baden-

Württemberg – Rückkehr eines scheuen Waldbewohners“). Dieser ist auf S. 20 ff. folgende Abbildung zu entnehmen:

Brutzeitbeobachtungen (n=3.238)



Anzahl Reviere / Lkr.



- ▶ Dichtezentren an Brutzeitbeobachtungen in fast allen Landesteilen, stärkste (= flächig dichteste) Konzentrationen nach wie vor in **Oberschwaben und Odenwald**
- ▶ Auf Landkreis-Ebene liegen die meisten Vorkommen derzeit in Ravensburg, Neckar-Odenwald-Kreis, Schwäbisch Hall und Biberach

Die hier anschaulich zum Ausdruck kommenden Erkenntnisse bestätigen die klare und zunehmende Verantwortlichkeit des Landes Baden-Württemberg. Dipl. Biol. Markus Handschuh, Promovend an der Universität Freiburg i.Br. und Ansprechpartner der Arbeitsgruppe Schwarzstorch in der ontologischen Gesellschaft Baden-Württemberg führt hierzu in einer Mitteilung vom 18. Juli 2024 an die Klägerin aus:

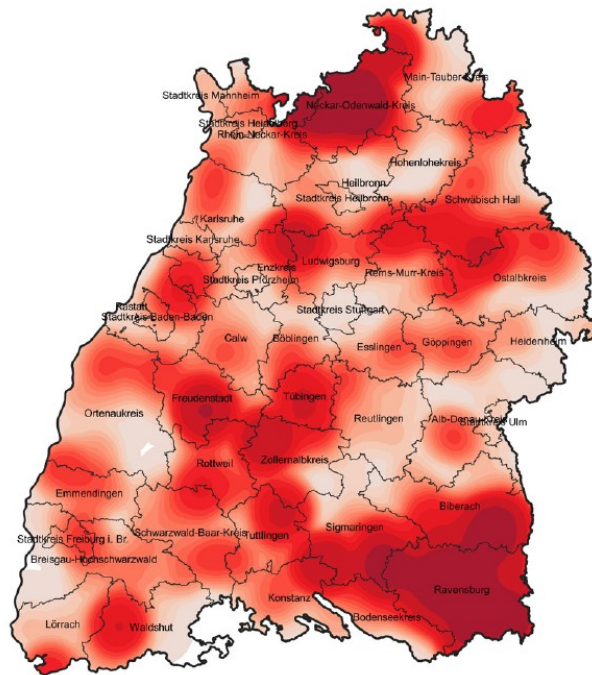
*„[...] im Anhang der Vortrag, dessen Kernaussagen und logische Ableitungen auf den zitierten wissenschaftlichen Publikationen fußen. Es bestehen: 1. Eine eindeutige globale Verantwortlichkeit von Europa für den Sst und 2. Eine eindeutige und zunehmende Verantwortlichkeit von BW. Nicht zuletzt deshalb sind in BW Vogelschutzgebiete für diese auszuweisen. Dabei darf der spezielle Schutz des Sst in BW nicht allein darauf beruhen, ein hier oder da zufälligerweise in einem bereits bestehenden VSG brütendes Einzelpaar offiziell oder inoffiziell als formell wertgebend für das VSG mit aufzunehmen. Vielmehr müssen die Kernvorkommen, welche einen großen Anteil der Sst-Population enthalten, unter speziellen Schutz gestellt werden, und zwar Gebietschutz und Horstschutz, und die Gebietsabgrenzung hat auf dem Vorkommen der Zielvogelart zu beruhen. Das sind nach wie vor insbesondere große Teile*

*des Odenwalds und Oberschwabens, vgl. Folie 20, basierend auf Handschuh et al. 2022. Aber auch weitere Gebiete werden zunehmend wichtig. M. E. täte BW gut daran, schnell, großflächig und systematisch über das Land verteilt für den Sst zu handeln, anstatt zuzulassen, dass es zu systematischen Verschlechterungen von faktischen VSG für den Sst kommt, bspw. durch den großflächigen Bau von WEA.“*

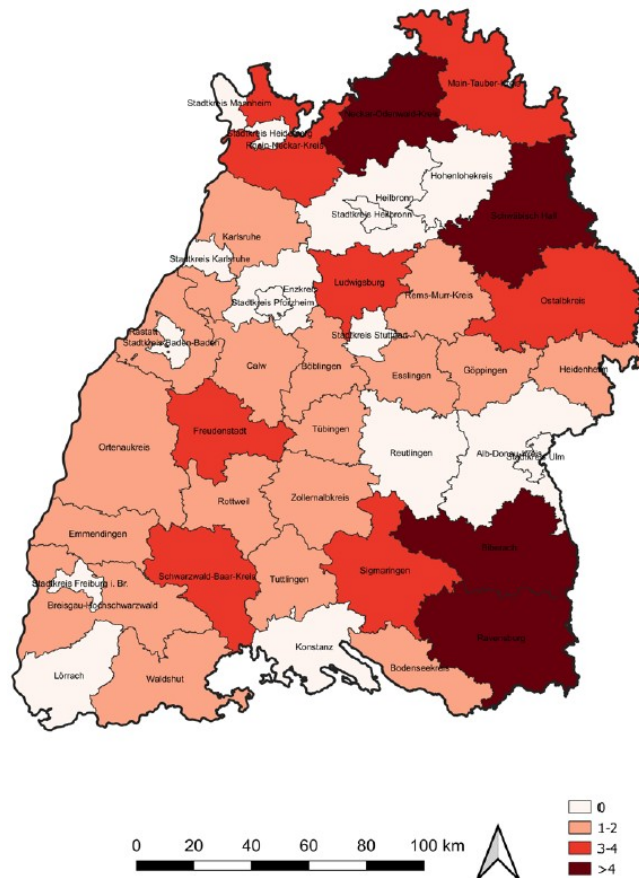
Die Wiederbesiedlung seines angestammten Brutgebiets in Baden-Württemberg durch den Schwarzstorch fällt zusammen mit einem steigenden Druck auf die heute noch verbliebenen potenziellen Lebensräume, vor allem durch Windenergieausbau, den Holzeinschlag und Freizeitaktivitäten im Wald. Als störungsempfindliche Vogelart mit sehr großem Raumanspruch ist der Schwarzstorch von solchen Entwicklungen naturgemäß besonders betroffen. Wir verweisen auch auf folgende Publikation der Ornithologischen Gesellschaft Baden-Württemberg e.V. aus dem Jahr 2022, in der die vorstehenden Abbildungen ebenfalls enthalten und erläutert sind:

[https://www.hoher-odenwald.de/wp-content/uploads/2024/01/OrnJh2022\\_Handschuh\\_Schwarzstorch-1.pdf](https://www.hoher-odenwald.de/wp-content/uploads/2024/01/OrnJh2022_Handschuh_Schwarzstorch-1.pdf)

In einem der drei dunkelrot markierten Hotspot-Gebiete liegt das hier gegenständliche Gebiet (dort S. 86):



Die Färbungsstärke ist relativ und eine Rasterzelle umso kräftiger rot gefärbt, je näher sie an einer höheren Anzahl an Schwarzstorchmeldungen liegt. Die Anzahl an Reviermittelpunkten des Schwarzstorchs in den Stadt- und Landkreisen Baden-Württembergs im Zeitraum 2015-2020 ist hier abgebildet:



Die meisten Vorkommen befinden sich in den Landkreisen Ravensburg, Neckar-Odenwald-Kreis, Schwäbisch Hall und Biberach. Im Verhältnis zur Flächengröße bestehen die höchsten Revierdichten im Odenwald, gefolgt vom Voralpinen Hügel und Moorland und vom flächenanteilmäßig kleinen Fränkischen Keuper-Lias-Land.

### 3.4 Gutachten des Fachbüros proreg aus Mai 2024

Das Fachbüro proreg hat im Mai 2024 eine „Fachliche Analyse und Beurteilung bezüglich der Erfordernis, regional bedeutsame Konfliktpotenziale des Arten- und Lebensraumschutzes sowie insbesondere den Status "Faktisches Vogelschutzgebiet (Östlicher) Odenwald" im Rahmen der Natura 2000-Schutzkulisse in der regionalplanerischen Fortschreibung des Teilregionalplans Windenergie (Verband Region Rhein-Neckar) zu berücksichtigen; räumlicher Fokus: südöstlicher Odenwald-Raum,

Baden-Württemberg“ erarbeitet und vorgelegt (**Anlage K 5**). Auf diese Ausführungen verweisen wir, insbesondere auf die S. 12 ff., weshalb wir diese hier wiedergeben:

### **Faktisches Vogelschutzgebiet - potenzielle FFH-Gebiete**

#### **Status "Faktisches Vogelschutzgebiet (Östlicher) Odenwald"**

Als zwingend erforderlich im Sinne der SUP-RL und der weiteren oben angeführten Kriterien erscheint uns für die Ebene der Regionalplanung die Einarbeitung der Schutzgebote bis hin zu absoluten Verschlechterungsverboten, die sich aus FFH- u. VS-RL sowie WRRL ergeben können, inklusive der noch einmal zusätzlich verschärften Bedingungen für "Faktische Vogelschutzgebiete" und unter spezifischen Bedingungen auch für "Potenzielle FFH-Gebiete".

In der vorliegenden gutachterlichen Ausarbeitung muss daher ein besonderes Augenmerk auf die Situation des Status eines "Faktischen Vogelschutzgebiets (Östlicher) Odenwald" auf Baden-Württembergischer Odenwald-Seite, den Rhein-Neckar-Kreis und den Neckar-Odenwald-Kreis betreffend, gelegt werden.

Es darf auf der Ebene der Regionalplanung als bekannt vorausgesetzt werden, dass bereits im Jahr 2014 ein Antrag von Seiten des NABU - damals zusammen mit BUND und LNV - erfolgte, wonach eine nachträgliche Ausweisung eines Teilraums im baden-württembergischen Buntsandstein-Odenwald als Vogelschutzgebiet als erforderlich im Sinne der unionsrechtlichen Natura 2000-Schutzkulisse betrachtet wurde. Es gab ab 2014 diverse Prüfungen und juristische Beurteilungen zu diesem Antrag, dessen Argumentation im Übrigen auch von der "Unteren Naturschutzbehörde" im Neckar-Odenwald-Kreis mehrfach aufgegriffen und bestätigt bzw. dessen Realisierung eingefordert wurde (unter anderem im Jahr 2016 zum damaligen "Vorhaben Windpark Markgrafenwald", dessen Antrag zurückgezogen wurde; heute auf's Neue als "Windpark Waldbrunn" projektiert).

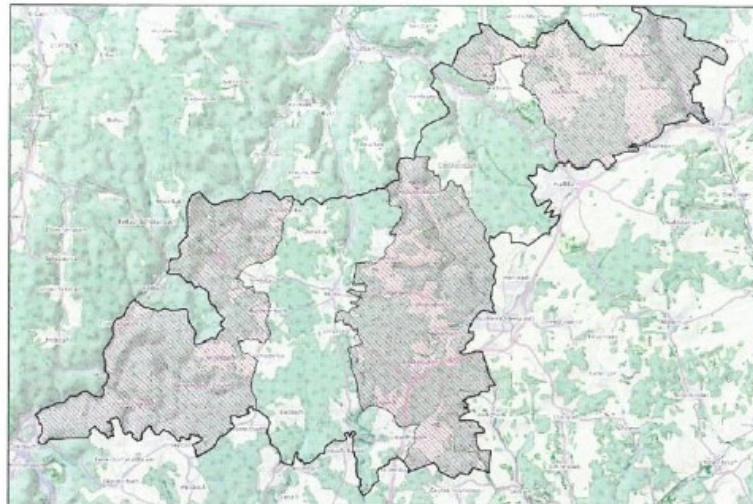
Die Gruppe für ökologische Gutachten (GÖG) bestätigte in einer gutachterlichen Stellungnahme mit Vorlage im August 2014 wie folgt:

#### **I. Faktisches Vogelschutzgebiet**

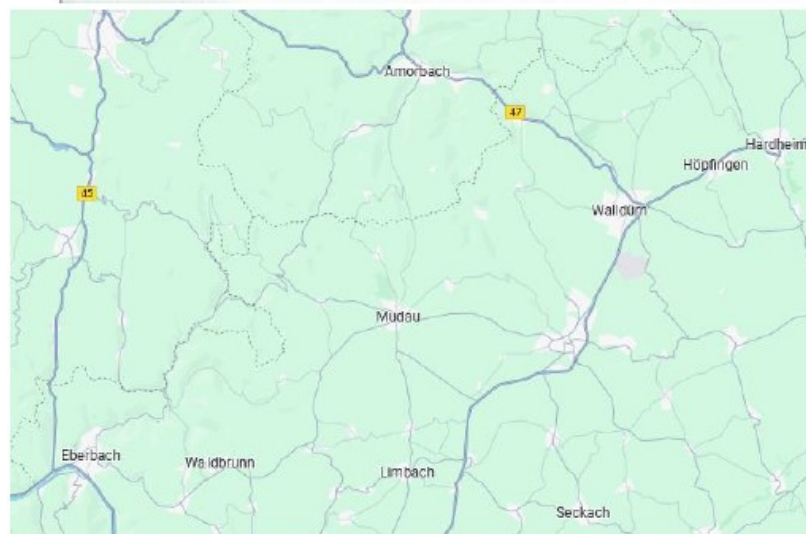
##### **1. Kriterien für ein faktisches Vogelschutzgebiet sind erfüllt (Fachkonzeption LUBW 2007).**

- a) Bezugsraum: Bundesland Baden-Württemberg (europäische Region)
- b) Schreiben der EU-Kommission (April 2003): Verzicht auf aktive Ausweisung von Gebieten für vorkommende Anhang I-Arten nicht statthaft
- c) Zahlen- und flächenmäßig geeignetste Gebiete gemäß Definition LUBW: Vorkommensschwerpunkt mit hoher Anzahl oder hoher Dichte und Stetigkeit der Vorkommen und einer qualitativ ausreichenden Habitatausstattung (Vorkommensschwerpunkt: eine im Gegensatz zur umgebenden Fläche räumliche Konzentration von Brutplätzen, Nahrungs- und Winterbeständen einer relevanten Art.)  
Bei sehr seltenen und nur an wenigen Stellen auftretenden Arten sind sämtliche Flächen mit stetigen Brutvorkommen dieser Art, die eine Habitatausstattung aufweisen, deren Qualität auch für die Zukunft den Erhalt der Bestände der zu schützenden Arten wahrscheinlich macht, als zahlen- und flächenmäßig geeignetste Gebiete zu werten.
- d) Mindestzielerfüllungsgrad für den Schwarzstorch gemäß LUBW: 80% (aktuell nur 1-2 BP (<20%) abgedeckt).

Es wurden zwei Kartenskizzen zur Eingrenzung vom NABU vorgelegt, die den projizierten Raum eines solchen "faktischen VSG" zeigen, zusätzlich unterteilt in drei Kernzonen. - Die zweite und genauere Karte gibt folgende Gebietskulisse explizit mit drei "Kernzonen besonders hoher Wertigkeit" vor:

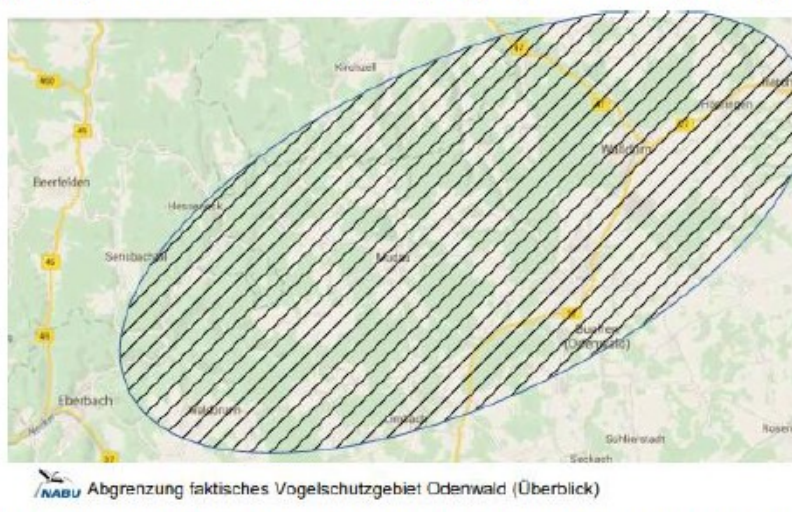


NABU Rhein-Neckar-Odenwald: Abgrenzungsvorschlag Vogelschutzgebiet Odenwald  
Schraffierte Bereiche: Kernzonen mit besonders hoher Wertigkeit



Karte unten: Verortung der Gebietskulisse auf Google Maps; man beachte zur Orientierung das aus Hessen in badisches Gebiet einragende Eduardsthal (ehem. Galmbach) nördlich von Waldbrunn.

Zur Ergänzung hier die erste Karte des NABU, vorgelegt mit der Antragstellung:



Auszug aus zwei Stellungnahmen von Rechtsanwalt Dr. Rico Faller, Caemmerer Lenz Sozietät, sowie Rechtsanwalt Dr. Kolbeck, Baumann Rechtsanwälte:

Rechtsanwalt Dr. Rico Faller ergänzt hierzu wie folgt:

*„... Anders als bei potenziellen FFH-Gebieten sieht es bei faktischen Vogelschutzgebieten aus – also bei europäischen Vogelschutzgebieten, die nicht als solche identifiziert wurden, obwohl die tatbestandlichen Voraussetzungen dafür vorliegen, oder die zwar ausgewählt, aber innerstaatlich noch nicht ausreichend unter Schutz gestellt worden sind.*

*Für diese gilt nicht Art. 6 FFH-RL, sondern das strikte Verschlechterungsverbot des Art. 4 Abs. 4 VRL, vom dem der EuGH nur aus überragenden Gemeinwohlgründen Abstriche zulässt, wie sie etwa in § 34 Abs. 4 BNatSchG normiert sind. ...“*

Mitteilung v. RA Dr. Kolbeck, Baumann RAe:

*„...Darüber hinaus obliegen faktische Vogelschutzgebiete dem strengen Schutzregime der Vogelschutzrichtlinie (V-RL). Nach Art. 4 Abs. 4 Satz 1 der V-RL treffen die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen, um die Verschmutzung oder Beeinträchtigung der Lebensräume sowie die Belästigung der Vögel (unter bestimmten Voraussetzungen) in den Schutzgebieten zu vermeiden. Nur überragende Gemeinwohlbelange wie etwa der Schutz des Lebens und der Gesundheit von Menschen oder der Schutz der öffentlichen Sicherheit sind geeignet, das Beeinträchtigungs- und Störungsverbot des Art. 4 Abs. 4 Satz 1 der V-RL zu überwinden.*

*Diese Gesichtspunkte sind sowohl bei der Regionalplanung als auch dem immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren zu beachten. Hierbei bedarf es einer eingehenden Prüfung und Begründung, ob das Projekt mit den Schutzziele des Schutzgebietes vereinbar ist und im Falle der Beeinträchtigung die Voraussetzungen für eine Ausnahme vorliegen (vgl. § 34 Bundesnaturschutzgesetz/ BNatSchG). ...“*

*Indessen sei natürlich bei der Regionalplanung sowie im BImSch-Verfahren „... genau zu prüfen, ob die Projekte mit den Schutzziele des Vogelschutzgebietes vereinbar sind, d.h. geeignet sind, das Gebiet erheblich zu beeinträchtigen und ob ggf. die Voraussetzungen für eine Ausnahme vorliegen. ...“*

Auf den S. 17 ff. heißt es weiter:

In einer IHO-Stellungnahme an den VRRN im Jahr 2019 wird auf einen zusätzlichen Aspekt, den Status eines "Faktischen Vogelschutzgebiets" betreffend - hingewiesen:

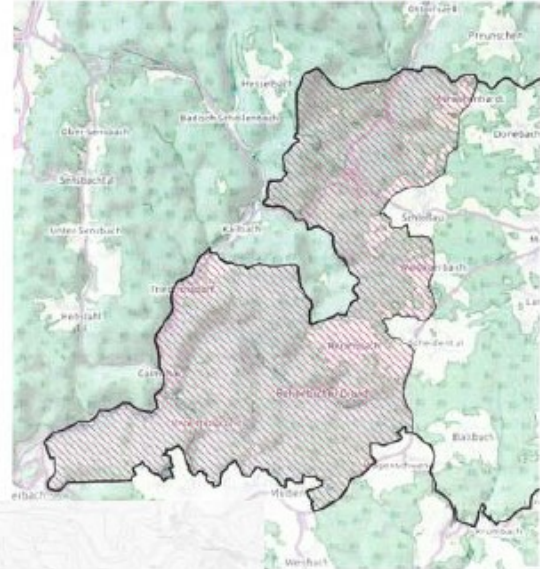
Parallel zum Antrag des NABU, BUND und LNV hat auch die mittlerweile als Umweltvereinigung anerkannte IHO am 12. Dezember 2013 in einem Schreiben an das Regierungspräsidium Karlsruhe und die zuständigen unteren Naturschutzbehörden auf die Situation aufmerksam gemacht, dass die „... in Nordbaden an das bereits ausgewiesene Vogelschutzgebiet 6420-450 angrenzende Teilregion mit einem herausragend artenreichen Dichtezentrum rund um das Wald-Bach-System Reisonbach-Höllbach-Itter (FFH-Fließgewässer) sowie den von diesen Gewässern eingeschlossenen bzw. flankierten Bergrücken als **faktisches Vogelschutzgebiet** zu werten sei, da die bisherige Abgrenzung des europäischen VSG „Südlicher Odenwald“ nicht nach ornithologischen Kriterien, sondern lediglich entlang von Landesgrenzen erfolgt ist. ....“

(Auszug: Stellungnahme der Umweltvereinigung IHO, 2019)

Es kommt also ein weiterer Aspekt zur Antragstellung des NABU und seiner Partner hinzu: Im Dezember 2013 wurde von Seiten der ab 2017 gemäß § 3 UmwRG anerkannten Umweltvereinigung IHO gegenüber dem Regierungspräsidium Karlsruhe auf eine offenbar fehlerhafte Ausweisung des VSG Südlicher Odenwald (6420-450) im Jahr 2004 hingewiesen, die sich damals rein an der Landesgrenze zwischen Hessen und Baden-Württemberg, statt an ornithologischen oder naturräumlichen bzw. biogeographischen Kriterien orientierte. Dabei handelt es sich unserer Einschätzung nach um einen fachlich und unionsrechtlich nicht nachvollziehbaren Sachstand, der nach unserer Auffassung zusätzlich die Annahme eines "faktischen Vogelschutzgebiets" für die östlich an die hessisch-badische Landesgrenze unmittelbar anschließenden Lebensräume und Biozönosen (Lebensgemeinschaften) nach sich zieht und zumindest eine Neubetrachtung und

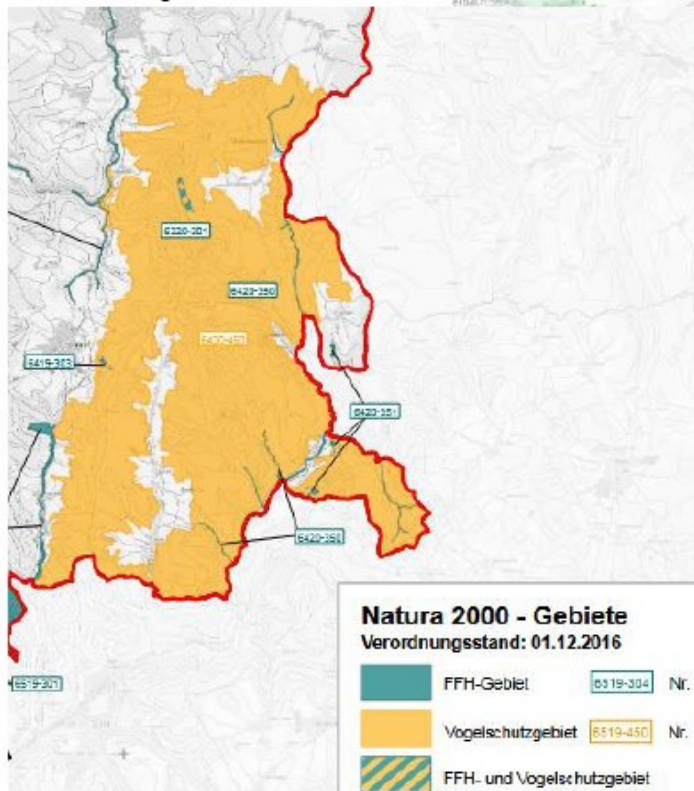
Prüfung der damaligen Herangehensweise erfordert. - Bei dem betreffenden Raum an der badisch-hessischen Landesgrenze handelt es sich um die westliche Kernzone im Entwurf des NABU für ein "Faktisches VSG (Östlicher) Odenwald.

Der Kartenauszug (Quelle: NABU) zeigt noch einmal diese westliche Kernzone des beantragten Schutzgebiets, mit derzeitigem Status "faktisches Vogelschutzgebiet".



Karte: NABU

Westlich anschließend befindet sich das VSG Südlicher Odenwald auf hessischer Gemarkung.



<https://www.hlnug.de/fileadmin/dokumente/naturschutz/natura2000/Gebietskarten/2017/Odenwaldkreis.pdf>

Wir können somit *unter bisher zwei Kriterien* davon ausgehen, dass wir es bei einem Teilraum des Odenwälder Gebiets, das jetzt erneut für die Regionalplanung des VRRN bezüglich der Vorranggebiete für die Windenergie zur Debatte steht, mit einem Faktischen Vogelschutzgebiet im Bereich der oben gezeigten Karten zu tun haben. Die westliche "Kernzone" ist - wie ausgeführt - auf zweifache Weise besonders relevant, da hier zur Antragsargumentation des NABU auch eine unserer Auffassung nach fehlerhafte Abgrenzung an der Landesgrenze erfolgte.

Schließlich spricht noch ein weiteres, also *ein drittes Kriterium* für eine erforderliche Prüfung und Neubetrachtung der früheren Ausweisung von Vogelschutzgebieten und FFH-Gebieten im Raum Odenwald nach Vorgaben der Natura 2000-Schutzkulisse. Es handelt sich hierbei um die im Zuge der Windenergie-Planung erfolgte faktische Entwertung der Landschaftsschutzgebiets-Verordnungen (LSG-VO), welche jedoch nicht zuletzt Lebensgemeinschaften und Lebensstätten explizit durch die LSG-Verordnung zu schützen hatten und "hätten", was offensichtlich - eine andere Deutung lassen unsere Kenntnisse hierfür nicht zu - genau dadurch seinerzeit *nicht* zu weiteren Ausweisungen großräumiger Vogelschutzgebiete gemäß Natura 2000 im Odenwald geführt hatte, obwohl im hessischen Nachbargebiet der "Sandstein-Odenwald" frühzeitig als Important Bird Area (IBA) gemeldet war, woraus - wenn auch wiederum räumlich verkleinert - das formelle VSG Südlicher Odenwald entwickelt wurde.

Die *westliche Kernzone* ist somit gewissermaßen das Kernstück, das sich anhand *dreier Kriterien* begründen lässt.

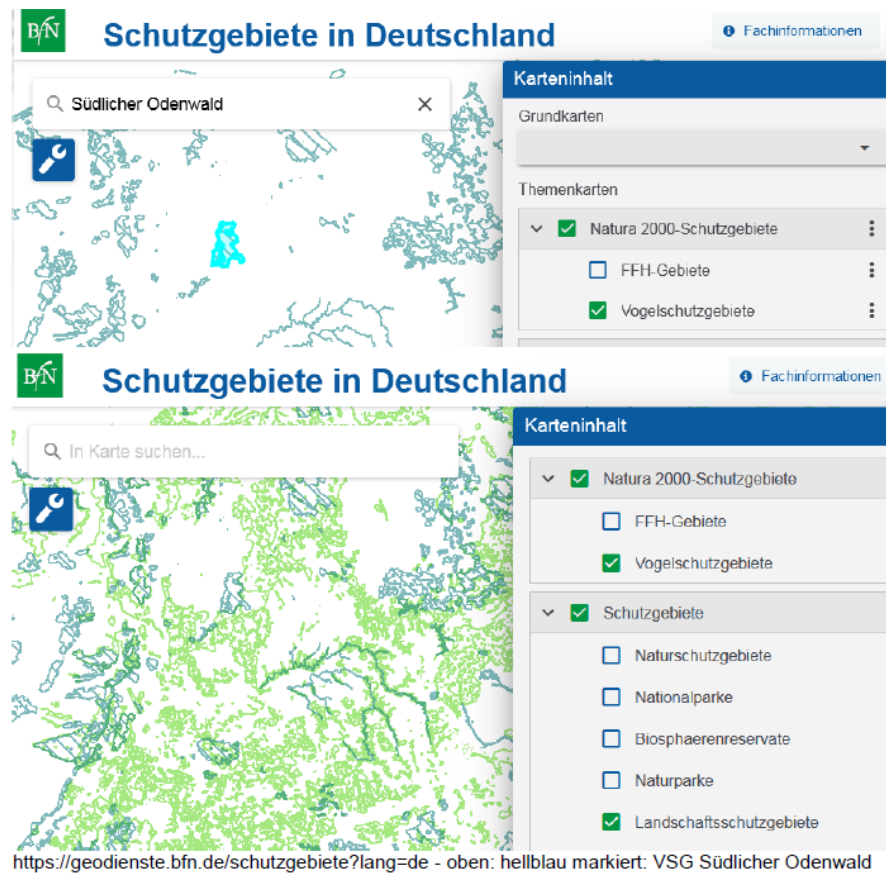
Ergänzend möchten wir die folgenden Ausführungen in diesem Gutachten hervorheben:

*„[auf S. 19] Man hatte sich im badischen Odenwaldraum vermutlich darauf "verlassen", dass der Schutz der Habitate und Lebensgemeinschaften - und damit der Schutz der Vogelarten gemäß Vogelschutz-RL - bereits durch die Landschaftsschutzgebiete (LSG) im nationalen Rahmen geregelt sei. Heute hat sich dieser Sachverhalt allerdings gravierend verändert, denn die großräumigen LSG-Schutzkulissen mit ihren strengen Verordnungen können gegenwärtig nicht mehr dazu dienen, die betreffenden Lebensräume vor industrieller Überformung zur Energiegewinnung zu schützen.“*

*„[auf S. 19 ff.] Exkurs: In diesem Kontext ist des Weiteren zu hinterfragen, warum seinerzeit der Bergrücken zwischen den heutigen FFH-Fließgewässern Höllbach und Reisenbach (ein Teilgebiet des Höhenzugs wird als "Markgrafenwald" bezeichnet) generell nicht in die Landschaftsschutzgebiets-*

*Kulisse der benachbarten Umgebung einbezogen wurde, warum also lediglich der westliche Bereich, bekannt als "Augstel", den LSG-Status erhielt. Diese Vorgehensweise auf nationaler Ebene der Unterschutzstellung ist auch Jahrzehnte später fachlich nicht nachvollziehbar, zumal die forstwirtschaftliche Komponente ja für dieses offenkundige Defizit kein ausreichendes Argument darstellen würde, schon deshalb, weil Forstwirtschaft auch in den kommunalen und in den anderen privaten Waldgebieten stattfindet, die ja überwiegend sehr wohl in den LSG-Status integriert wurden. Aus naturräumlichen, biogeographischen oder faunistischen Gründen erscheint diese Vorgehensweise bzgl. LSG-Ausweisung auch heute noch mindestens sehr ungewöhnlich und im Sinne des nationalen Naturschutzes nicht akzeptabel. - Man erkennt im Nachhinein, dass dadurch auch Defizite im Rahmen der unionsrechtlichen Schutzgebietsausweisungen erfolgt sein können, wenn man sich die ursprüngliche Vernetzung der IBA mit den LSG im Rahmen der Natura 2000-Schutzkulisse vor Augen führt. Diese vernetzte Sichtweise bei der unionsrechtlich geforderten VSG-Ausweisung, die dem Anschein nach unter Einbeziehung der nationalen LSG und anderer nationaler Schutzkulissen erfolgt war, soll nachfolgend detaillierter analysiert werden:*

*Ein Blick auf die Karten zeigt zunächst einmal, dass es explizit im Raum Odenwald schlichtweg keine räumlich und avifaunistisch bzw. ornithologisch angemessene Ausweisung von Vogelschutzgebieten im Kontext der Natura 2000-Kulisse gibt. Es springt dem Betrachter geradezu ins Auge, dass in dieser Region, die natürlich auch vor zwanzig Jahren mit avifaunistischer Artenvielfalt und relevanten Lebensräumen sehr gut ausgestattet und folglich besonders schützenswert war, scheinbar viel zu wenige bzw. flächenmäßig viel zu klein dimensionierte Vogelschutzgebiete vorgeschlagen und schließlich ausgewiesen wurden. - Der Odenwald zeigt sich weitgehend als "weiße Fläche":*



<https://geodienste.bfn.de/schutzgebiete?lang=de> - oben: hellblau markiert: VSG Südlicher Odenwald

*Auf der oberen Karte des Bundesamts für Naturschutz (BfN) werden nur die Vogelschutzgebiete gezeigt; ausgewählt und hellblau markiert erscheint das VSG Südlicher Odenwald. Auf der unteren Karte, die dem oberen Auszug in etwa entspricht sind nun die Overlays der Vogelschutzgebiete und der Landschaftsschutzgebiete zu sehen: Die flächenhaften Landschaftsschutzgebiete der nationalen Naturschutzkulisse sind im Odenwald offensichtlich - im Verhältnis zu den geradezu "kärglich" ausgewiesenen VSG der EU - einigermaßen stark vertreten.*

*Eine derartig fragmentarische Berücksichtigung im Rahmen des EU-rechtlichen Vogelschutzes kann naturschutzfachlich und unionsrechtlich nicht überzeugen. Erscheinen die VSG-Ausweisungen auf hessischer Seite bereits viel zu kleinräumig, so scheint es, als habe man auf badischer Seite des Odenwaldes nahezu gar keinen Bedarf gesehen bzw. vertreten, den*

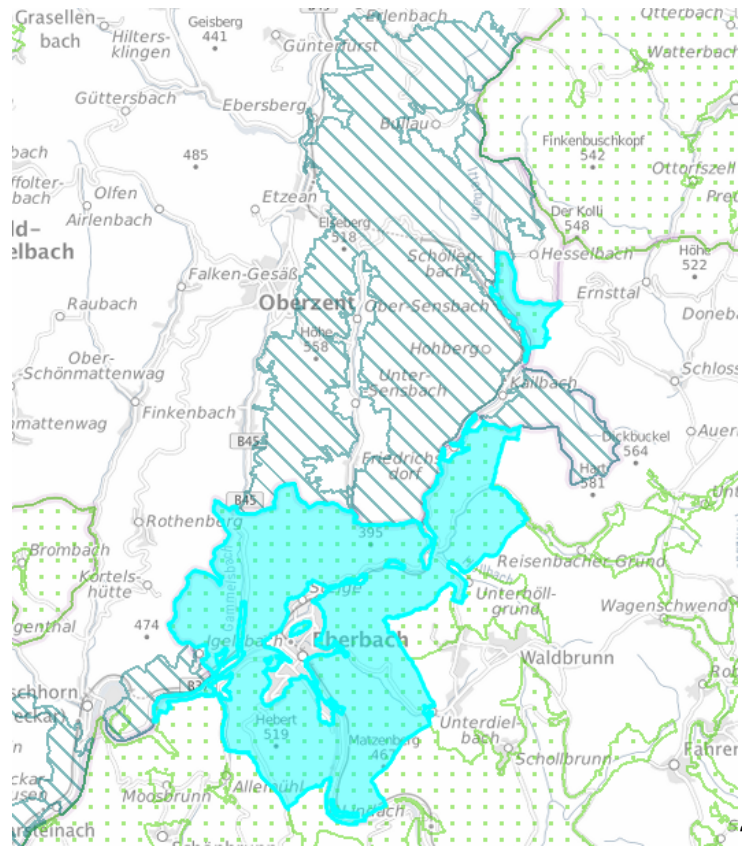
*unionsrechtlichen Vorgaben nachzukommen, was auch im heutigen Rückblick Fragen im Kontext der EU-Anforderungen aufwirft.*

*Auf diesen Kartenauszügen zeigt sich also eindrucksvoll und bemerkenswert, dass für den Raum Odenwald offenbar wenig Wert darauf gelegt wurde, Vogelschutzgebiete der Natura 2000-Kulisse auszuweisen, stattdessen aber flächenhafte Landschaftsschutzgebiete vermutlich einiges kompensieren sollten. Ohne an dieser Stelle in den 20 Jahre alten Protokollen nachzuforschen, was den Rahmen der vorliegenden gutachterlichen Analyse und Beurteilung sprengen würde, muss hierzu gesagt werden: Anders ist die damalige Vorgehensweise wohl nicht erklärbar als solcherart, dass die flächenhaften LSG mit ihren eindeutig Biodiversitäts-bezogenen Schutzverordnungen wie ein "missing link" die enorm unterrepräsentierten VSG-Ausweisungen insbesondere im badischen Buntsandstein-Odenwald gewissermaßen kompensieren sollten.*

*Bis zum gewissen Grad ist diese Vorgehensweise nachvollziehbar, handelte es sich doch bei den LSG-Verordnungen, die den Schutz der Lebensstätten und Lebensgemeinschaften explizit und im großräumigen Maßstab regelten, einstmals um relativ starke Instrumentarien des nationalen Habitatschutzes. Im Zuge des Windenergieausbaus und der daran gekoppelten mittlerweile stark modifizierten umweltpolitischen Situation könnte die damals möglicherweise auch im Kontext der Natura 2000-Erfordernisse noch legitime Vorgehensweise im Nachhinein als - gewissermaßen posthum aufgetretener - Verstoß gegen Unionsrecht eingestuft werden, eine Einschätzung, die natürlich auf der umweltrechtlichen Ebene nun erst weiter zu prüfen ist.*

*Im Mindesten muss es hierzu nach unserer Auffassung zu einer Prüfung und Nachbetrachtung der Legitimität hinsichtlich unionsrechtlicher Anforderungen aus der gegenwärtigen Perspektive kommen. Im Sinne der SUP-RL sowie der Anforderungen, die wir als Tabuzonen-Regelung eingeführt haben, gehen*

wir davon aus, dass diese Erfordernis einer eingehenden Prüfung des Sachverhalts auch auf Ebene der Regionalplanung zu berücksichtigen ist.



### 3.5 Raumnutzungsanalysen

Als **Anlage K 6** legen wir eine für den NABU erstellte Raumnutzungsanalyse bezüglich windkraftsensibler Großvogelarten im Markgrafenwald/Waldbrunn und Augstel/Eberbach vom 15. Januar 2022 vor. Und als **Anlage K 7** fügen wir eine Raumnutzungsanalyse vom 28. Januar 2021 bei, die ebenfalls im Auftrag des NABU erstellt wurde. Insgesamt ist daraus ersichtlich, dass eine intensive Raumnutzung und Überflugaktivität von Schwarzstorch, Wespenbussard, Rotmilan und Schwarzmilan im Gebiet anhand zahlreicher Sichtungen und Belegfotos nachgewiesen ist. Bezüglich des Schwarzstorchs sei darauf hingewiesen, dass in Baden-Württemberg aktuell von 40 bis 60 Brutpaaren ausgegangen wird. Der Odenwald ist dabei einer von vier

Verbreitungsschwerpunkten. Bei dieser geringen Anzahl von Brutpaaren in Baden-Württemberg kann bereits der Verlust eines Altvogels zu einer Verschlechterung des Erhaltungszustandes der gesamten Schwarzstorchpopulation führen. Soweit es dort heißt, dass der Odenwald einer von vier Verbreitungsschwerpunkten ist, halten wir dies allerdings für unzutreffend. Denn richtigerweise (wie sich aus den ansonsten mit dieser Klageschrift vorgelegten Dokumenten ergibt) existieren lediglich zwei bedeutende Verbreitungsschwerpunkte für den Schwarzstorch in Baden-Württemberg, nämlich Oberschwaben und der Odenwald. Ergänzend fügen wir als **Anlage K 8** eine weitere Raumnutzungsanalyse (ebenfalls vom NABU beauftragt) bezüglich Markgrafenwald dem Jahr 2018 bei. Die fachgutachterliche Einschätzung über die Brutsaison 2017 führt dazu, dass mit einer Verschlechterung des Erhaltungszustands der lokalen Schwarzstorchpopulation im südöstlichen Odenwald zu rechnen ist. In diesem Zusammenhang verweisen wir auch auf das als **Anlage K 9** beigefügte Gutachten von Dr. Matthias Schreiber (7. August 2023), wo es auf S. 8 heißt:

*Die Untere Naturschutzbehörde stellte in ihrer Stellungnahme aus dem Jahr 2016 auf S. 16 fest: „Der Windpark hat daher eine außerordentliche Barrierewirkung auf die Flugkorridore zu den genannten regelmäßig genutzten Nahrungshabitaten. Durch die Meidung der Flüge zu diesen wird die Reproduktion zudem auch dadurch gestört, dass die Tiere weitere Wege fliegen müssten bzw. ihre essentiellen Nahrungshabitats möglicherweise aufgeben. Dies hätte eine längere Abwesenheit der Altvögel zur Folge, was Auswirkungen auf das Nahrungsangebot und die -aufnahme für die Jungvögel hat.“*

An all diesen Tatsachen ändert auch die Gesetzesänderung des Bundesnaturschutzgesetzes nichts. Denn § 45b BNatSchG ist eine fachlich nicht weiter begründete Setzung für den Bereich des Artenschutzes, kann jedoch nicht einfach auch auf den Habitatschutz, um den es hier geht, übertragen werden. Denn § 45b BNatSchG hat keine habitatschutzrechtliche Relevanz, weil er sich auf den Artenschutz beschränkt.

Auf die tatsächlichen Standorte der Horste kommt es im Übrigen nicht an, weil es innerhalb der Natura-2000-Gebiete im Gegensatz zum Artenschutz und der Eingriffsregelung auch darum geht, die Habitats der Erhaltungszielarten zu sichern bzw. zu entwickeln – jedenfalls nicht zu verschlechtern. Bei Genehmigung der WKA ist dies allerdings sicher der Fall, weshalb das Vorhaben unzulässig ist.

### **3.6 Gutachtliche Stellungnahme der GÖG aus August 2014**

Wir fügen als **Anlage K 10** eine weitere gutachtliche Stellungnahme der GÖG vom 14. August 2014 bei, beauftragt vom Regierungspräsidium Karlsruhe, aus der sich insbesondere folgendes ergibt:

- Die Kriterien für ein faktisches Vogelschutzgebiet sind erfüllt.
- Es besteht eine hohe Prognoseunsicherheit zur Wirksamkeit des Maßnahmenkonzepts.
- Aufgrund der erforderlichen formalrechtlichen Entscheidung zum Vogelschutzgebiet und des zu erbringenden Wirksamkeitsnachweises des Maßnahmenkonzepts ist nicht von einer kurzfristigen Realisierbarkeit des Windparks Markgrafenwald auszugehen.

### **3.7 Stellungnahme der Klägerin aus Juni 2017**

Auch die Stellungnahme der Klägerin vom 28. Juni 2017 fügen wir zur weiteren Erläuterung bei (**Anlage K 11**) und bitten auch insofern um Berücksichtigung.

### **3.8 Gutachterliche Stellungnahme von proreg aus September 2016**

Genauso bitten wir um Berücksichtigung der als **Anlage K 12** beigefügten Stellungnahme von proreg mit dem Titel „Hebert Landschaftsschutz“.

### **3.9 Stellungnahme der Klägerin aus März 2016**

Zum Standort Markgrafenwald überlassen wir als **Anlage K 13** auch eine Stellungnahme der IHO vom 18. März 2016.

### **3.10 Stellungnahme der Klägerin aus April 2019**

Die **Anlage K 14**, um deren Berücksichtigung wir ebenfalls bitten möchten, beinhaltet eine Stellungnahme der Klägerin vom 9. April 2019 zur Regionalplanung des Verbands Region Rhein-Neckar. Wir bitten insofern insbesondere um Beachtung der Ausführungen zum faktischen Vogelschutzgebiet, einschließlich der Karten mit dem Raum „Markgrafenwald/Katzenbuckel“ als „Kerngebiet“.

### **3.11 Rechtsgutachten von „Baumann Rechtsanwälte“ aus Juni 2016**

Als **Anlage K 15** fügen wir auch das Rechtsgutachten von Baumann Rechtsanwälte“ vom 6. Juni 2016 bei (insbesondere zum Naturschutz bzw. Artenschutz siehe dort S. 40 ff.).

### **3.12 Stellungnahme der unteren Naturschutzbehörde des Landratsamtes Neckar-Odenwald-Kreis**

Die untere Naturschutzbehörde des Landratsamtes Neckar-Odenwald-Kreis hat im Rahmen eines immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens bezüglich des Windparks in Buchen-Hainstadt (mit 4 WEA) am 22. September 2016 Stellung genommen

<https://www.hoher-odenwald.de/wp-content/uploads/2019/08/STN-UNB-WP-Welscheberg-Hainstadt-22-09-2016.pdf>

und dabei zum Status eines „faktischen Vogelschutzgebiets (Östlicher) Odenwald“ insbesondere folgendes ausgeführt:

*„Im Zuge verschiedener Vorermittlungen verdichteten sich insbesondere im Zusammenhang mit dem als windkraftempfindliche und streng geschützte Art anzusprechenden Schwarzstorch (Ciconia nigra) Hinweise auf das Vorliegen eines „faktischen Vogelschutzgebiets“. Die Rechtsprechung sieht bei*

*Vorliegen der naturschutzfachlichen Voraussetzungen die unmittelbare Geltung der Vogelschutzrichtlinie (V-RL; RICHTLINIE 2009/147/EG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 30. November 2009 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten) mit dem strengen Schutzregime des Art. 4 V-RL vor.*

*Die Naturschutzverbände BUND und NABU haben dazu am 11. Dezember 2014 bei dem Ministerium für Ländlichen Raum und Verbraucherschutz Baden-Württemberg für den östlichen badischen Odenwald den Antrag auf Erklärung zum Vogelschutzgebiet vordringlich zum Schutz des Schwarzstorchs gestellt. Die relativ grobe räumliche Abgrenzung zu diesem Antrag beinhaltet die Annahme von 7 Revierpaaren und reicht vom nördlichen Stadtrand von Eberbach entlang der Landesgrenze von Hessen und Bayern bis zur Landkreisgrenze zwischen Neckar-Odenwald- und Main-Tauber-Kreis. Im hessischen Landesteil besteht im Anschluss daran schon das Vogelschutzgebiet 6420-450 „Südlicher Odenwald“ u.a. mit der V-RL Anhang I Vogelart Schwarzstorch (Bundesamt für Naturschutz).*

*[...]*

*Laut Bundesamt für Naturschutz (BfN) umfasst das „kohärente Netz Natura 2000“ sowohl die FFH- als auch die Vogelschutz-Gebiete. Ein (faktisches) Vogelschutzgebiet insbesondere für den Schwarzstorch würde sich insoweit funktional in den europäischen Kohärenz-Gedanken einfügen. Während die Ausweisung von Vogelschutzgebieten direkt auf den Schutz der jeweiligen Vogel-Art nach Anhang I V-RL bzw. den Schwarzstorch abzielt (z.B. durch Schutzmaßnahmen, die geeignet sind, den Erhalt und die positive Entwicklung zu sichern), werden durch die Erhaltungs- und Entwicklungsmaßnahmen in den FFH-Gebieten das potentielle Nahrungsangebot wie z.B. die Groppe und dadurch auch andere in klaren Fließgewässern beheimatete Fischarten, wie die Bachforelle, erhalten und gefördert. Zudem betrifft dies nicht nur die lokal ansässigen Populationen des Schwarzstorchs, sondern, da die Gebiete*

*auch als Trittstein während des Zuges genutzt werden, auch einen nicht unerheblichen Teil der nationalstaatlichen Gesamtpopulation. Damit ist das Schutzgebietsnetz für den Schwarzstorch als Endkonsument im Nahrungsnetz der Bachbiozönose essentiell. Der in dem Antrag angesprochene östliche Odenwald stellt mit seinen tief eingeschnittenen Tälern und seinen klaren, strukturreichen, von Erlen gesäumten Fließgewässern mit entsprechendem Fischbestand optimale Nahrungshabitate zur Verfügung.*

*Sehr viele dieser Fließgewässer sind auch als Landschaftsschutzgebiete geschützt. Die Bäche werden oftmals von größeren zusammenhängenden Waldgebieten begleitet, die dem Schwarzstorch auch die entsprechende Möglichkeit zum Bau von Horsten bieten. Darum hat in der Folge eine Wiederbesiedlung des Odenwalds durch den Schwarzstorch eingesetzt. Demnach erschließt sich aus fachlicher Sicht für die untere Naturschutzbehörde die ornithologische Eignung des umschriebenen Gebiets als schützenswerter Lebensraum für den Schwarzstorch, und darüber hinaus auch für weitere Arten des V-RL Anhangs I. Der beabsichtigte Windpark „Hainstadt-Buchen“ würde sich deutlich innerhalb des anzunehmenden faktischen Vogelschutzgebiets befinden.*

*Laut Art. 4 Abs. 1 V-RL sind „auf die in Anhang I aufgeführten Arten besondere Schutzmaßnahmen hinsichtlich ihrer Lebensräume anzuwenden, um ihr Überleben und ihre Vermehrung in ihrem Verbreitungsgebiet sicherzustellen.“ Damit ist nicht nur das Überleben der aktuell vorzufindenden Vögel zu sichern, sondern es ist auch die Vermehrung in ihrem Verbreitungsgebiet zu fördern. Die Population wird nur gestärkt, wenn sich die Menge der Individuen erhöht und dafür gleichzeitig genügend ungestörte Flächen sowie ein ausreichendes Nahrungsangebot zur Verfügung steht.*

*In Abs. 4 ist aufgeführt, dass „die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen treffen, um die Verschmutzung oder Beeinträchtigung der Lebensräume sowie die Belästigung der Vögel, sofern sich diese auf die Zielsetzungen dieses*

*Artikels erheblich auswirken, in den genannten Schutzgebieten zu vermeiden“. Die regionalplanerische Nutzung von Gebieten für die Windenergie kommt in bestimmten Schutzgebieten wegen deren besonderer Schutzbedürftigkeit nach Nr. 4.2.1 Windenergieerlass B-W nicht in Betracht; zu den weiteren Tabubereichen zählen Europäische Vogelschutzgebiete mit Vorkommen windenergieempfindlicher Vogelarten.*

*[...]*

*Die UNB konstatiert somit für das Vorhaben im „faktischen Vogelschutzgebiet“: Die Auslösung des Tötungs- und des Störungsverbots nach § 44 Abs. 1 Nr.1 und Nr. 2 BNatSchG schlägt nach Meinung der UNB - wie oben dargestellt - auch auf die Schutzwirkung des „faktischen Vogelschutzgebiets“ durch.*

*Das Beschädigungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG wird zwar nicht ausgelöst, jedoch sind wie oben erwähnt auch Funktionsverluste in dieser Hinsicht zu erwarten, die sich im Hinblick auf das „faktische Vogelschutzgebiet“ und das Schutzregime des Art. 4 Abs. 4 VS-R als „Belästigungen“ auswirken. Insgesamt widerspricht das Vorhaben somit den Bestimmungen der Vogelschutzrichtlinie und würde eine erhebliche Verschlechterung für die betr. Avifauna darstellen. Die Verwirklichung des Vorhabens wäre mithin geeignet, die endgültige Vogelschutzgebietsausweisung und -abgrenzung zu behindern und durch die WEA als beeinträchtigende Planung das Vogelschutzgebiet unrealistisch werden zu lassen.“*

  
Dr. Rico Faller  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht