

C-137124



BVwG

Bundesverwaltungsgericht
Republik Österreich

Postadresse:
Erdbergstraße 192 – 196
1030 Wien
Tel: +43 1 601 49 – 0
Fax: +43 1 711 23 – 889 15 41
E-Mail: einlaufstelle@bvwg.gv.at
www.bvwg.gv.at

7

Geschäftszahl (GZ):

W104 2227635-1/149Z

(bitte bei allen Eingaben anführen)

Eingetragen in das Register des Gerichtshofes unter der Nr. 1283044	
Luxemburg, den 19. 02. 2024	Der Kanzler, im Auftrag
Fax/E-mail: [Signature]	Daniel Dittert Referatsleiter
eingegangen am: 16.02.2024	

B E S C H L U S S

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Christian Baumgartner als Vorsitzenden und die Richter Dr. Werner Andrä und Dr. Günther Grassl als Beisitzer über die Beschwerden

- der Umweltorganisation VIRUS – Verein Projektwerkstatt für Umwelt und Soziales,
- der Bürgerinitiative „Nein zur Spange Wörth“ und der Umweltorganisation Verein Lebenswertes Traisental,
- der Umweltorganisation FG LANIUS – Forschungsgemeinschaft für regionale Faunistik und angewandten Naturschutz,
- von A. H., J. K., A. und M. H., L. S., K. S., M. L., F. J., W. G., L. M., M. F., A. und T. R., E. und K. S., J. S., B. K., G. K., A. H., R. W., M. K., F. L., J. H., A. G., E. B., J. A., L. und B. S., W. H., A. G., C. H., F. S., A. P., F. P., J. H., F. und K. W.,

gegen den Bescheid der Niederösterreichischen Landesregierung vom 12.11.2019, Zl. WST1-U-663/045-2019, mit dem dem Land Niederösterreich, vertreten durch das Amt der Niederösterreichischen Landesregierung, Abteilung Landesstraßenplanung (ST3), die Genehmigung für das Vorhaben „Landesstraße L 5181, Spange Wörth“ gemäß Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz 2000 erteilt wurde, beschlossen:

Dem Europäischen Gerichtshof werden gemäß Art. 267 AEUV folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist Artikel 5 der Richtlinie 2009/147/EG (Vogelschutzrichtlinie) dahingehend auszulegen, dass der Tatbestand des absichtlichen Störens in lit. d dieses Artikels nicht erfüllt ist, wenn es

zwar zu einer Störung einzelner Exemplare bestimmter Arten kommen kann, jedoch durch Maßnahmen, die rechtzeitig und in angemessener Form wirksam durchgeführt werden, jede Auswirkung auf die Zielsetzung des Artikels 2 der Richtlinie vermieden wird?

2. Wenn die Antwort auf die erste Frage „Ja“ lautet: Muss an der Wirksamkeit der Maßnahmen jeder wissenschaftliche Zweifel in dem Sinn ausgeschlossen sein, dass die gut begründete fachliche Einschätzung eines gerichtlich bestellten Experten dazu ausreicht, oder muss vielmehr eine objektive wissenschaftliche Dokumentation erfolgreicher praktischer Erfahrungen mit diesen Maßnahmen vorliegen?

Begründung:

I. Vorlageberechtigung und Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits:

1. Dieses Vorabentscheidungsersuchen wird vom Bundesverwaltungsgericht der Republik Österreich gestellt, einem Gericht i.S.d. Art. 267 AEUV.

2. Im Beschwerdeverfahren geht es u.a. um die Frage, ob eine Straße mit einer prognostizierten Verkehrsstärke von durchschnittlich ca. 12.000 Kraftfahrzeugen täglich und einer Länge von ca. 1,69 km eine Störung des Mittelspechts (*Leipicus medius*) und gegebenenfalls weiterer Waldvogelarten verursacht, die sich auf die Zielsetzungen der Vogelschutzrichtlinie erheblich auswirkt.

3. In Zusammenhang mit diesem Rechtsstreit stellt sich eine Frage der Auslegung der Richtlinie 2009/147/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. November 2009 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten (im Folgenden: Vogelschutzrichtlinie), zu der der Gerichtshof noch nicht entschieden hat, die nicht klar aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs abgeleitet werden kann und deren Beantwortung Raum für vernünftige Zweifel lässt.

II. Parteien des Ausgangsrechtsstreits:

4. Parteien des Ausgangsrechtsstreits sind:

- a) Die Niederösterreichische Landesregierung als Behörde, die den vor dem antragstellenden Gericht bekämpften Bescheid erlassen hat,
- b) das Land Niederösterreich, Abteilung Landesstraßenplanung ST3, als Projektwerberin,

sowie

c) die Umweltorganisation „VIRUS – Verein Projektwerkstatt für Umwelt und Soziales“, die Bürgerinitiative „Nein zur Spange Wörth“, die Umweltorganisation „Verein Lebenswertes Traisental“, die Umweltorganisation „FG LANIUS – Forschungsgemeinschaft für regionale Faunistik und angewandten Naturschutz“, sowie die Einzelpersonen A.H., J.K., A. und M. H., L.S., K.S., M.L., F.J., W.G., L.M., M.F., A. und T. R., E. und K. S., J. S., B. K., G. K., A. H., R. W., M.K., F. L., J. H., A. G., E. B., J. A., L. und B. S., W. H., A. G., C. H., F. S., A. P., F. P., J. H., F. und K. W., als Beschwerdeführer und Beschwerdeführerinnen gegen den Bescheid der Niederösterreichischen Landesregierung vor dem antragstellenden Gericht.

III. Sachverhalt und bisheriges Verfahren:

5. Mit Schreiben vom 23.12.2014 beantragte das Land Niederösterreich, vertreten durch die Abteilung Landesstraßenplanung ST3 des Amtes der Niederösterreichischen Landesregierung die Genehmigung für das Vorhaben „Landesstraße L 5181, Spange Wörth“ gemäß § 5 des Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetzes 2000 (UVP-G 2000). Für das Vorhaben war von der Behörde eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen.

6. Nach Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung erließ die belangte Behörde den mit 12.11.2019 datierten Bescheid, mit dem die Genehmigung für Errichtung und Betrieb des Vorhabens erteilt wurde (im Folgenden: „angefochtener Bescheid“).

7. Gegen diesen Bescheid wurden rechtzeitig Beschwerden, u.a. durch die Umweltorganisation Virus, eingebracht, in denen insbesondere Fragen des Artenschutzes gemäß Richtlinie 2009/147/EG und Richtlinie 92/43/EWG geltend gemacht wurden.

8. Auf Grund der dagegen erhobenen Beschwerden ist vom Gericht u.a. zu prüfen, ob die darin geltend gemachten nachteiligen Auswirkungen des Vorhabens auf Vögel tatsächlich zu erwarten sind und wie sich diese auf die Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens auswirken.

9. Mögliche Brutreviere der Bodenbrüter Feldlerche, Rebhuhn und Wachtel im offenen Ackerland liegen im zu erwartenden Auswirkungsbereich des Vorhabens durch Grundinanspruchnahme und Lärm. Auch auf weit verbreitete Waldvögel sind Auswirkungen durch Lärm zu erwarten. Betroffen sind davon die Arten Amsel, Blaumeise, Buchfink, Buntspecht, Buchfink, ev. Gelbspötter, Girlitz, Goldammer, Grauschnäpper, Grünfink, Grünspecht, Halsbandschnäpper, Heckenbraunelle, ev. Hohлтаube, Kernbeißer, Kleiber, Kohlmeise, Kuckuck, Misteldrossel, Mittelspecht, Mönchsgrasmücke, Pirol, Rotkehlchen, Schwanzmeise, Schwarzspecht, Singdrossel, Sommergoldhähnchen, Star, Stieglitz,

Tannenmeise, Waldbaumläufer, Waldlaubsänger, Wintergoldhähnchen, Zaunkönig und Zilpzalp.

10. Für die betroffenen Vogelarten ist nach dem Gutachten eines vom Gericht herangezogenen naturschutzfachlichen Sachverständigen die Wirksamkeit der im Projekt vorgesehenen Bauzeitbeschränkung auf bestimmte Monate und von Lebensraumverbessernden Maßnahmen auf Flächen außerhalb des Immissionsbereiches zu erwarten, die als Auflagen formuliert werden können.

11. Strittig ist im Verfahren insbesondere die Wirksamkeit der von der Projektwerberin vorgeschlagenen Maßnahmen der Waldverbesserung und Altbaumsicherung in einer Entfernung von der Straße von mindestens 300 m mit einer Gesamtfläche von 6,6 ha in einem regionalen Maßnahmenraum zu Gunsten des Mittelspechts und anderer Waldvogelarten.

12. Bei Verwirklichung dieser vorgeschlagenen Maßnahmen kommt es nach den Gutachten der beiden im Verfahren beigezogenen Sachverständigen zu keiner Störwirkung für die betroffenen Arten, die sich auf die Ziele der Vogelschutzrichtlinie erheblich auswirken könnte. Es ist jedoch nicht möglich, durch die Maßnahmen die Störwirkung für die einzelnen Individuen im konkret vom Vorhaben betroffenen Wald zu vermindern, und zwar schon deshalb, weil die Lebenszeit der meisten betroffenen Waldvögel überhaupt nicht ausreicht, um eine Störung dieser Individuen tatsächlich herabzusetzen. Es werden aber gemäß Beurteilung durch die Sachverständigen durch die vorgeschlagenen Maßnahmen der Lebensraum und die Voraussetzungen für das Vorkommen der Arten als Brutvögel gesichert.

13. Diese Ansicht der gerichtlich beigezogenen Sachverständigen wird von den Beschwerdeführern und Beschwerdeführerinnen bestritten.

14. Vor dem antragsstellenden Gericht hat im Rechtsstreit eine mündliche Verhandlung in mehreren Tagsatzungen stattgefunden, in der der Sachverhalt mit den Parteien erörtert wurde und die Parteien ihre Standpunkte vorbrachten.

IV. Vorbringen der Parteien:

15. Vorbringen der Projektwerberin:

16. Durch die Umsetzung des Vorhabens komme es zu keiner direkten flächigen Beanspruchung von Revieren des Mittelspechts und somit zu keinem Habitatsverlust. Auf Grund der Nähe der geplanten Trasse zu Revieren sei von temporären Störwirkungen auf den Hauptlebensraum in den Waldinnenbereichen mit einer gewissen Effektdistanz auszugehen,

in welcher es zu einer Abnahme der Habitateignung kommen werde.

17. Die geplante Außernutzungsstellung von Altbäumen sei sofort wirksam: die betreffenden Bäume könnten nicht mehr gefällt werden. Somit verblieben sie sowohl als bestehende oder potenzielle Fortpflanzungsstätte als auch zur Nahrungssuche im Bestand und könnten durch den Mittelspecht dauerhaft genutzt werden. Es erfolge dadurch eine langfristige Sicherung von Fortpflanzungs- und Nahrungsressourcen. Aufgrund des hohen Alters eines entsprechend funktionsfähigen Waldes sei eine kurzfristige Wirksamkeit und damit Zulassung als „CEF-Maßnahme“ nur durch die Entwicklung und Sicherung vorhandener hochwertiger Bestände möglich. Der Nutzungsverzicht hiebreifer Bestände bzw. Altbäume diene (häufig in Verbindung mit temporären künstlichen Nisthilfen) insbesondere der kurzfristigen Bereitstellung von Quartieren und Brutplätzen. Der Nutzungsverzicht sei nur dann kurzfristig wirksam und somit als „CEF-Maßnahme“ geeignet, wenn die Waldbestände oder Einzelbäume in den nächsten 3-5 Jahren aufgrund ihres Reifegrades zwar forstwirtschaftlich genutzt werden könnten, dies aber durch die „CEF-Maßnahme“ unterbleibt. Eine Fällung des Altbaubestands sei auf den für die Maßnahme vorgesehenen Flächen jederzeit möglich, da die Waldflächen ihre Umtriebszeit (80 bis 120 Jahre) erreicht hätten. Einzelstammentnahmen seien ohne weitere forstliche Bewilligungen jederzeit möglich.

18. Bei den Altbäumen sei die Ausbildung von Höhlen, Totholz und das Belassen von abgestorbenen Ästen gegeben, wodurch die zusätzliche Ausbildung weiterer Habitatparameter des Mittelspechts kurz- bis mittelfristig möglich sei. Die Anforderungen an den Maßnahmenstandort (ausreichende Entfernung zu potenziellen Stör- und Gefahrenquellen, Lage der Maßnahmen im Umfeld bestehender Mittelspechtreviere, Lage der Maßnahmen in Beständen mit aktuell hohem Habitatpotenzial für den Mittelspecht, Anforderungen an Qualität und Menge der Altbäume) sowie die zeitliche Wirksamkeit seien erfüllt. Die Maßnahme sei von der Artökologie her plausibel und die für den Maßnahmentyp relevanten Ansprüche der Art seien gut bekannt, wobei wissenschaftliche Literatur angeführt wird. Die benötigten Strukturen stünden kurzfristig bereit. Die Waldflächen seien in ausreichendem Ausmaß vorhanden und ein Anschluss an bestehende Vorkommen sei gegeben. Insgesamt komme es zu einer Verbesserung der Lebensraumeignung gegenüber dem Zustand ohne das Vorhaben.

19. Hinsichtlich weiterer weniger sensibler waldbewohnender Vogelarten könnten durch die Maßnahmen ebenfalls negative Beeinträchtigungen der jeweiligen Art ausgeschlossen werden.

20. Argumente der Beschwerdeführer und Beschwerdeführerinnen:

21. Die Beschwerdeführer und Beschwerdeführerinnen bestreiten die Habitatqualität der für die Maßnahme vorgesehenen Flächen sowohl in Bezug auf die Anzahl der vorhandenen Altbäume als auch die Menge des notwendigen Totholzes. In erster Linie bestreiten sie jedoch, dass die Maßnahme der Außernutzungsstellung und Totholzsisicherung sofort wirksam wird. Unter Berufung auf wissenschaftliche Literatur bringen sie vor, dass die Maßnahmen frühestens mittelfristig, innerhalb von 5 bis 10 Jahren, und somit erst lange nach Inbetriebnahme der Straße, wirksam werden könnten.

22. Der zuletzt gerichtlich bestellte Sachverständige geht unter der Bedingung, dass von den Maßnahmen bestimmte Parameter eingehalten werden, von einer vollen Wirksamkeit der Maßnahmen aus, Störungen zu vermeiden. Er stützt sich dabei im Wesentlichen auf eigene Erfahrungswerte und auf Leitfäden deutscher Behörden, die nach seinen Angaben die von den Beschwerdeführern und Beschwerdeführerinnen eingebrachte Literatur berücksichtigen.

23. Die Beschwerdeführer und Beschwerdeführerinnen setzen dem entgegen, bei diesen Leitfäden im Auftrag von mit Straßenbau beschäftigten Behörden handle es sich um bloße Expertenmeinungen und setzen dem andere Expertenmeinungen bzw. ihre Interpretation dieser entgegen.

24. Auf Befragung des Sachverständigen durch das Gericht hat dieser ausgeführt, es gebe aus seiner Sicht keine der Eignung der Maßnahmen für den Mittelspecht widersprechenden Arbeiten und auch keine Hinweise aus der Artökologie des Mittelspechts, welche die Maßnahmenwirksamkeit als unplausibel erscheinen lassen würden. Es bestehe daher kein ausreichend begründeter Zweifel an der Wirksamkeit dieser Maßnahmen. Das einzige, was noch ausstehe, sei ein umfassendes und fachlich fundiertes Monitoring, das nicht nur jeden Zweifel ausräumen würde, sondern auch die Maßnahmenwirksamkeit beweisen könnte. Auf die Frage des Gerichts, ob es einen einzigen zuverlässig dokumentierten Fall gibt, in dem die geplanten Maßnahmen der Außernutzungsstellung dazu geführt haben, dass eine Störung des Mittelspechts durch ein Vorhaben hintangehalten wurde oder sogar der Erhaltungszustand der Art sich im Vorhabensraum verbessert hat, antwortete der Sachverständige, er habe trotz intensiver Recherchen und auch Erfahrungsaustausch mit Kollegen keine derart eindeutige Studie gefunden.

V. Rechtlicher Rahmen:

Unionsrecht:

25. Richtlinie 2009/147/EG:

„Artikel 2

Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um die Bestände aller unter Artikel 1 fallenden Vogelarten auf einem Stand zu halten oder auf einen Stand zu bringen, der insbesondere den ökologischen, wissenschaftlichen und kulturellen Erfordernissen entspricht, wobei den wirtschaftlichen und freizeitbedingten Erfordernissen Rechnung getragen wird.“

„Artikel 5

Unbeschadet der Artikel 7 und 9 erlassen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen zur Schaffung einer allgemeinen Regelung zum Schutz aller unter Artikel 1 fallenden Vogelarten, insbesondere das Verbot

- a) des absichtlichen Tötens oder Fangens, ungeachtet der angewandten Methode;
- b) der absichtlichen Zerstörung oder Beschädigung von Nestern und Eiern und der Entfernung von Nestern;
- c) des Sammelns der Eier in der Natur und des Besitzes dieser Eier, auch in leerem Zustand;
- d) ihres absichtlichen Störens, insbesondere während der Brut- und Aufzuchtzeit, sofern sich diese Störung auf die Zielsetzung dieser Richtlinie erheblich auswirkt;
- e) des Haltens von Vögeln der Arten, die nicht bejagt oder gefangen werden dürfen.“

Nationales Recht:

26. Niederösterreichisches Naturschutzgesetz 2000, LGBl. 8500-0:

„§ 18

Artenschutz

(1) Die Vorschriften zum Artenschutz dienen dem Schutz und der Pflege der wildlebenden Tier- und Pflanzenarten in ihrer natürlichen und historisch gewachsenen Vielfalt. Der Artenschutz umfasst

1. den Schutz der Tiere und Pflanzen und ihrer Lebensgemeinschaften vor Beeinträchtigungen durch den Menschen, insbesondere durch den menschlichen Zugriff,
2. den Schutz, die Pflege, die Entwicklung und die Wiederherstellung der Lebensräume wildlebender Tier- und Pflanzenarten sowie die Gewährleistung ihrer sonstigen Lebensbedingungen und
3. die Ansiedlung von Tieren und Pflanzen verdrängter wildlebender Arten in geeigneten Biotopen innerhalb ihres natürlichen Verbreitungsgebietes.

(2) Wildwachsende Pflanzen oder freilebende Tiere, die nicht Wild im Sinne des NÖ Jagdgesetzes 1974, LGBl. 6500, sind, deren Bestandsschutz oder Bestandspflege

1. wegen ihrer Seltenheit oder der Bedrohung ihres Bestandes,
2. aus wissenschaftlichen oder landeskundlichen Gründen,
3. wegen ihres Nutzens oder ihrer Bedeutung für den Naturhaushalt oder
4. zur Erhaltung von Vielfalt oder Figenart von Natur und Landschaft erforderlich ist, sind durch Verordnung der Landesregierung gänzlich oder, wenn es für die Erhaltung der Art ausreicht, teil- oder zeitweise unter Schutz zu stellen. In der Verordnung können die Tier- und Pflanzenarten, deren Vorkommen im Landesgebiet vom Aussterben bedroht ist, bestimmt werden.

(3) Durch Verordnung können nichtheimische Arten besonders geschützten heimischen Arten gleichgestellt werden, wenn deren Bestandsschutz erforderlich ist, um im Geltungsbereich dieses Gesetzes Ursachen ihres bestandsgefährdenden Rückgangs zu beschränken oder auszuschließen, und die

1. in einem anderen Bundesland oder in ihrem Herkunftsland einen besonderen Schutz genießen,
2. in internationalen Übereinkommen, denen Österreich beigetreten ist, mit einer entsprechenden Kennzeichnung aufgeführt sind oder
3. nach gesicherten Erkenntnissen vom Aussterben bedroht sind, ohne in ihrem Herkunftsland geschützt zu sein.

(4) Es ist für die nach den Abs. 2 und 3 besonders geschützten Arten verboten:

1. Pflanzen oder Teile davon auszugraben oder von ihrem Standort zu entfernen, zu beschädigen oder zu vernichten, in frischem oder getrocknetem Zustand zu erwerben, zu verwahren, weiterzugeben, zu befördern oder feilzubieten. Dieser Schutz bezieht sich auf sämtliche ober- und unterirdische Pflanzenteile;
2. Tiere zu verfolgen, absichtlich zu beunruhigen, zu fangen, zu halten, zu verletzen oder zu töten, im lebenden oder toten Zustand zu erwerben, zu verwahren, weiterzugeben, zu befördern oder feilzubieten;
3. Eier, Larven, Puppen oder Nester dieser Tiere oder ihre Nist-, Brut-, Laich- oder Zufluchtstätten zu beschädigen, zu zerstören oder wegzunehmen sowie
4. Störungen an den Lebens-, Brut- und Wohnstätten der vom Aussterben bedrohten und in der Verordnung aufgeführten Arten, insbesondere durch Fotografieren oder Filmen, zu verursachen.“

VI. Rechtsprechung des Gerichtshofs zu den Vorlagefragen:

27. Zur ersten Vorlagefrage:

28. Unter Bezugnahme auf seine Vorjudikatur hat der EuGH in dem zum Gebietsschutz nach der Richtlinie 92/43/EWG (Habitatrichtlinie) ergangenen Urteil vom 12. April 2018 in der Rs C-323/17, *People Over Wind u.a.*, ECLI:EU:C:2018:244, festgehalten, dass 6 Abs. 3 dieser Richtlinie dahin auszulegen ist, dass für die Feststellung, ob es erforderlich ist, anschließend eine Prüfung der Verträglichkeit eines Plans oder Projekts mit einem betroffenen Gebiet durchzuführen, Maßnahmen, die die nachteiligen Auswirkungen dieses Plans oder Projekts auf das betroffene Gebiet vermeiden oder vermindern sollen, während der vorhergehenden Vorprüfungsphase nicht berücksichtigt werden dürfen.

29. Der Gerichtshof hat in diesem Urteil ausdrücklich darauf hingewiesen, dass Art. 6 Abs. 3 Habitatrichtlinie unterschiedliche Phasen vorsieht und die Zweifel des vorlegenden Gerichtes nur die Vorprüfungsphase - somit die Feststellung, ob eine Verträglichkeitsprüfung erforderlich ist - betreffen (Rn. 29 ff). Das Erfordernis einer Verträglichkeitsprüfung hängt davon ab, ob die Wahrscheinlichkeit oder Gefahr besteht, dass der Plan bzw. das Projekt das betreffende Gebiet erheblich beeinträchtigt wird; der notwendige Grad an Wahrscheinlichkeit ist dann erreicht, wenn eine derartige erhebliche Beeinträchtigung anhand objektiver Umstände nicht ausgeschlossen werden kann (Rn. 34). Eine vollständige und genaue Analyse der Maßnahmen, die geeignet sind, mögliche erhebliche Auswirkungen auf das betroffene Gebiet zu vermeiden oder zu verhindern, muss im Stadium der angemessenen Prüfung - und nicht in der Vorprüfungsphase durchgeführt werden (Rn. 36). Die Berücksichtigung solcher (Vermeidungs)Maßnahmen bereits in der Vorprüfungsphase könnte die praktische Wirksamkeit der Richtlinie sowie die Prüfungsphase beeinträchtigen bzw. bestünde die Gefahr einer Umgehung dieser Prüfungsphase (Rn. 37).

30. In seinem Urteil vom 17. April 2018 in der Rs C-441/17, *Kommission/Polen*, ECLI:EU:C:2018:255 (Rn. 262 und 263) hat der Gerichtshof im Zusammenhang mit der Prüfung der Verbotstatbestände des Art. 5 Vogelschutzrichtlinie mit Hinweis auf Vorjudikatur festgehalten, dass die Schutzpflichten schon bestehen, bevor eine Abnahme der Vogelzahl festgestellt worden ist oder bevor sich die Gefahr des Aussterbens einer geschützten Vogelart konkretisiert hat, und dass diese Erwägungen, die die allgemeine Regelung zum Schutz der Vögel gemäß Art. 4 Abs. 4 der Vogelschutzrichtlinie betreffen, erst recht für den speziellen Schutz gemäß Art. 5 lit. b und d der Vogelschutzrichtlinie gelten. Die Übertragung der Ausführungen zum Gebietsschutz auf den Artenschutz betraf dort somit das Bestehen von Schutzpflichten bereits vor einer Abnahme der Vogelzahl bzw. die fehlende Maßgeblichkeit des Vorbringens, wonach eine Population stabil geblieben sei. Aus diesem Urteil ist nicht abzuleiten, dass die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Unzulässigkeit der Berücksichtigung von schadensvermeidenden und -mindernden Maßnahmen während der (den Gebietsschutz

betreffenden) Vorprüfungsphase der Berücksichtigung derartiger Maßnahmen bei der Beurteilung entgegensteht, ob ein artenschutzrechtlicher Verbotstatbestand erfüllt ist.

31. In seinem Urteil vom 4. März 2021 in der Rs C-473/19, *Föreningen Skydda Skogen*, ECLI:EU:C:2021:166 (Rn. 86) bezog sich der Gerichtshof auf die „kontinuierliche ökologische Funktionalität“, die im natürlichen Lebensraum einer betroffenen Art in einem einzelnen Gebiet trotz Vorsorgemaßnahmen durch Beschädigung, Zerstörung oder Verschlechterung, unmittelbar oder mittelbar, einzeln oder kumulativ mit anderen Maßnahmen verloren geht, und verwehrt sich dagegen, dass das in Art. 12 Abs. 1 lit. d der Habitatrichtlinie verankerte Verbot erst dann Anwendung finde, wenn sich der Erhaltungszustand der betroffenen Art zu verschlechtern droht.

32. Weitere Judikatur des Gerichtshofs zur Zulässigkeit der Berücksichtigung von schadensvermeidenden und -mindernden Maßnahmen bei der Beurteilung, ob ein artenschutzrechtlicher Verbotstatbestand nach der Vogelschutzrichtlinie erfüllt ist, existiert, soweit ersichtlich, nicht.

33. Zur zweiten Vorlagefrage:

34. In Zusammenhang mit der Zustimmung zu Plänen und Programmen gemäß Art. 6 Abs. 3 Satz 2 der Habitatrichtlinie verwendet der Gerichtshof das Kriterium, dass jeder vernünftige wissenschaftliche Zweifel bzw. jeder aus wissenschaftlicher Sicht vernünftige Zweifel ausgeschlossen sein muss. Nach der Rechtsprechung darf diese Prüfung nicht lückenhaft sein und muss vollständige, präzise und endgültige Feststellungen enthalten, die geeignet sind, jeden vernünftigen wissenschaftlichen Zweifel hinsichtlich der Auswirkungen der in dem betreffenden Gebiet geplanten Arbeiten auszuräumen (Urteil vom 19. Jänner 2023 in der Rs C-721/21, *Eco Advocacy CLG*, ECLI:EU:C:2023:477, Rn. 38 und 39 mit weiteren Nachweisen).

35. Die Generalanwältin legt in ihren Schlussanträgen vom 19. Jänner 2023 zu der eben zitierten Entscheidung (Rn. 92) dar, dass diesbezüglich (nur) auf Zweifel nicht einzugehen sei, die aus wissenschaftlicher Sicht nicht vernünftig sind und nennt dabei Zweifel, die jeder wissenschaftlichen Grundlage entbehren, wie etwa der Einwand, dass ein Vorhaben die Geister der Ahnen erzürne.

36. Eine Rechtsprechung zur notwendigen Qualifikation von schadensvermeidenden und -mindernden Maßnahmen zwecks Erhalt einer kontinuierlichen ökologischen Funktionalität im Rahmen des Artenschutzes ist nicht ersichtlich.

VII. Überlegungen des Gerichts zu den Vorlagefragen:

37. Zur ersten Vorlagefrage:

38. Nach Ansicht des vorlegenden Gerichts besteht kein Anhaltspunkt dafür, dass die Ausführungen des Gerichtshofs zum Verbot einer Berücksichtigung von schadensvermeidenden und -mindernden Maßnahmen auf den Bereich des Artenschutzes übertragbar sind. Die jeweiligen Regelungen unterscheiden sich nämlich insoweit maßgeblich, als im Bereich des Gebietsschutzes der Genehmigung (Art. 6 Abs. 3 Satz 2 Habitatrichtlinie) eine Verträglichkeitsprüfung bzw. eine Vorprüfungsphase (hinsichtlich der Erforderlichkeit der Durchführung einer derartigen Verträglichkeitsprüfung) vorgeschaltet ist (Art. 6 Abs. 3 erster Satz Habitatrichtlinie). Demgegenüber sind im Bereich des Artenschutzes Verbotstatbestände normiert, die durch ein Projekt nicht verwirklicht werden dürfen, bzw. müssen andernfalls die Voraussetzungen für eine Ausnahmegewilligung erfüllt sein. Eine mit Art. 6 Abs. 3 erster Satz Habitatrichtlinie vergleichbare Vorprüfungsphase gibt es im Bereich des Artenschutzes nicht.

39. Wenn der Gerichtshof eine vollständige Analyse - somit unter Einbeziehung der Vermeidungs- bzw. Verminderungsmaßnahmen - für die Prüfungsphase vorsieht (und nicht auf die im Bereich des Gebietsschutzes ebenfalls vorgesehene Ausnahmeregelung nach Art. 6 Abs. 4 Habitatrichtlinie verweist), dann besteht kein Grund zur Annahme, dass im Bereich des Artenschutzes derartige Vermeidungs- bzw. Verminderungsmaßnahmen nicht in der Prüfungsphase (nämlich der Prüfung, ob ein Verbotstatbestand verwirklicht ist), sondern erst bei der Prüfung der Ausnahmetatbestände berücksichtigt werden dürfen.

40. Die Europäische Kommission schlägt in ihrem Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG aus 2021 (C[2021] 7301 final, Rn. 2-67 bis 2-73) vor, dass Maßnahmen, die die kontinuierliche ökologische Funktionalität einer Stätte garantieren (sog. „CEF-Maßnahmen“), die Anforderungen von Art. 12 Abs. 1 lit. d der Habitatrichtlinie erfüllen. Darunter seien Maßnahmen zu verstehen, die darauf abzielen, die negativen Auswirkungen einer Tätigkeit auf Fortpflanzungs- oder Ruhestätten geschützter Arten zu minimieren oder sogar zu beseitigen. Sie könnten jedoch auch darüber hinausgehen und Maßnahmen umfassen, mit denen eine bestimmte Fortpflanzungs- oder Ruhestätte aktiv verbessert wird, sodass ihre ökologische Funktionalität zu keinem Zeitpunkt geringer wird oder verloren geht. Als Beispiel dafür wird die Erweiterung der Stätte oder die Schaffung neuer Lebensräume innerhalb oder in direktem funktionalem Zusammenhang mit einer Fortpflanzungs- oder Ruhestätte, um deren Funktionalität aufrechtzuerhalten, genannt. Funktionserhaltende Maßnahmen seien dann eine Option, wenn eine Tätigkeit potenziell nur Teile einer Fortpflanzungs- oder Ruhestätte

beeinträchtigt. Behält die Fortpflanzungs- oder Ruhestätte dank funktionserhaltender Maßnahmen mindestens ihre vorherige Größe (oder wird sie größer) und weist sie für die fragliche Art dieselbe (oder eine bessere) Qualität auf, so liege keine Verschlechterung der Funktion, der Qualität oder der Integrität der Stätte vor. Entscheidend sei, dass die kontinuierliche ökologische Funktionalität der Stätte aufrechterhalten oder verbessert wird.

41. Für das erkennende Gericht besteht kein Grund, diesen Grundsatz nicht auch auf den Verbotstatbestand des Art. 5 lit. d der Vogelschutzrichtlinie auszudehnen.

42. Dafür spricht auch der Wortlaut dieser Bestimmung, wonach nur Störungen verboten sind, die sich auf die Zielsetzung dieser Richtlinie erheblich auswirken. Diesem Tatbestand ist somit die Prüfung dieser Voraussetzung inhärent. Störungen, die sich nicht auf die Zielsetzung der Richtlinie auswirken, können nicht zum Erfordernis einer Ausnahmegenehmigung nach Art. 9 der Vogelschutzrichtlinie führen.

43. Die Zielsetzung der Vogelschutzrichtlinie ist in ihrem Art. 2 festgelegt: Die Bestände aller unter Art. 1 fallenden Vogelarten sind auf einem Stand zu halten oder auf einen Stand zu bringen, der insbesondere den ökologischen, wissenschaftlichen und kulturellen Erfordernissen entspricht, wobei den wirtschaftlichen und freizeitbedingten Erfordernissen Rechnung getragen wird. Störungen sind nur relevant, soweit sie sich auf dieses Ziel auswirken. Es spricht aus Sicht des vorlegenden Gerichts nichts dagegen, Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen bereits bei der Prüfung des Vorliegens der Tatbestandsmerkmale zu berücksichtigen.

43. Zur zweiten Vorlagefrage:

44. In dem oben angesprochenen Leitfaden der Kommission wird angeführt, die Aufrechterhaltung oder Verbesserung der ökologischen Funktionalität, die für die betreffende Art mit solchen Maßnahmen einherginge, müsste natürlich „eindeutig nachgewiesen“ werden. Solche Maßnahmen seien nur möglich, wenn eine Genehmigungs- oder Planungsregelung mit förmlichen Verfahren besteht und die zuständigen Behörden beurteilen können, ob die Maßnahmen, die zur Wahrung der Fortpflanzungsfunktion oder Ruhefunktion einer Stätte getroffen wurden, ausreichend sind. Zur Einhaltung von Art. 12 Abs. 1 lit. d der Habitatrichtlinie müsse ein hohes Maß an Sicherheit bestehen, dass die Maßnahmen ausreichen, um jede Beschädigung oder Vernichtung zu vermeiden, und die Maßnahmen müssten rechtzeitig und in angemessener Form wirksam durchgeführt werden, sodass jede Beschädigung oder Vernichtung vermieden wird. Die Beurteilung der Erfolgsaussichten müsse

auf der Grundlage objektiver Informationen und unter Berücksichtigung der Merkmale und spezifischen Umweltbedingungen der betreffenden Stätte vorgenommen werden.

45. Dieser Vorschlag der Kommission in ihrem Leitfaden würde es nach seinem Wortlaut ermöglichen, die Wirksamkeit entsprechender Maßnahmen auf Grundlage von Einschätzungen behördlich bzw. gerichtlich befragter Experten (Sachverständiger) zu beurteilen, sofern diese nach aktuellem Erkenntnisstand fachlich vertretbar und ausführlich begründet sind. Im hier zu beurteilenden Fall haben zwei gerichtlich bestellte Sachverständige die voraussichtliche Eignung der von der Projektwerberin vorgeschlagenen Maßnahmen in diesem Sinn prognostiziert (auch wenn diese von den Beschwerdeführerinnen fachlich bestritten wird).

46. Wendet man allerdings das vom Gerichtshof entwickelte Kriterium für Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen nach Art. 6 Abs. 3 Habitatrichtlinie an, wonach jeder vernünftige wissenschaftliche Zweifel bzw. jeder aus wissenschaftlicher Sicht vernünftige Zweifel an der Maßnahme ausgeschlossen sein muss, diese Prüfung nicht lückenhaft sein darf und vollständige, präzise und endgültige Feststellungen enthalten muss, die geeignet sind, jeden vernünftigen wissenschaftlichen Zweifel hinsichtlich der Auswirkungen der in dem betreffenden Gebiet geplanten Arbeiten auszuräumen, und die Darlegungen der Generalanwältin in ihren Schlussanträgen zum Urteil in der Rechtssache C-721/21, dass diesbezüglich (nur) auf Zweifel nicht einzugehen sei, die aus wissenschaftlicher Sicht nicht vernünftig sind wie etwa der Einwand, dass ein Vorhaben die Geister der Ahnen erzürne, so ergibt sich ein anderes Bild.

47. Aus Sicht des Gerichts besteht zunächst kein Grund, diese Anforderung des Gerichtshofs nicht auch auf CEF-Maßnahmen im Rahmen des Artenschutzes zu übertragen. Sowohl der Gebiets- als auch der Artenschutz sind in denselben Richtlinien geregelt, in beiden Fällen handelt es sich um mögliche, eng auszulegende Ausnahmen in einem strengen Schutzsystem.

48. Die Formulierungen, die der Gerichtshof in Bezug auf diese Anforderung verwendet, legen es nahe, dass bloße Experteneinschätzungen, die -- mögen sie auch schlüssig und nachvollziehbar begründet sein -- nicht genügen, um den Verbotstatbestand zu vermeiden. Vielmehr scheint hinzutreten zu müssen, dass die Erfolgsaussichten der Maßnahme aus ihrer praktischen Anwendung so umfassend wissenschaftlich dokumentiert sind, sodass kein vernünftiger Zweifel an ihrer Wirksamkeit obwalten kann. In diesem Sinn scheint sich das Kriterium „kein vernünftiger wissenschaftlicher Zweifel“ etwa an die Erfordernisse an die „besten verfügbaren Techniken“ des Art. 3 Z 10 der Richtlinie 2010/75/EU über

Industrieemissionen anzunähern, wonach diese Techniken „verfügbar“, d.h. ihre Wirksamkeit erprobt und erwiesen sein muss, was durch das Verfahren gemäß Art. 13 dieser Richtlinie, in dem die BAT-Schlussfolgerung zustande kommen, gesichert wird.

49. Dies würde im hier zu beurteilenden Fall allerdings bedeuten, dass die vorgeschlagenen Maßnahmen für den Mittelspecht nicht als „CEF-Maßnahme“ anerkannt werden könnten, da keine wissenschaftliche Dokumentation ihrer Wirksamkeit existiert.

VIII. Information an die Parteien:

50. Gemäß § 17 VwGVG i.V.m. § 38a AVG darf das Verwaltungsgericht, wenn es dem Gerichtshof der Europäischen Union eine Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt hat, bis zum Einlangen der Vorabentscheidung nur solche Handlungen vornehmen oder Entscheidungen und Verfügungen treffen, die durch die Vorabentscheidung nicht beeinflusst werden können oder die die Frage nicht abschließend regeln und keinen Aufschub gestatten. Eine förmliche Aussetzung des Verfahrens durch einen selbständig anfechtbaren Akt ist nicht vorgesehen.

Die Rechtswirkungen des § 38a AVG treten ex lege im Zeitpunkt der Stellung des Antrags ein und dauern bis zum Einlangen der Vorabentscheidung (vgl. *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 38a, Stand 1.4.2021, rdb.at, Rn 12).

51. Eine Bekämpfbarkeit der Antragstellung zur Vorabentscheidung beim Gerichtshof der Europäischen Union ist in Hinblick auf die unionsrechtlich angeordnete grundsätzliche Kompetenz des Gerichtshofs der Europäischen Union, über die Vorlageberechtigung zu entscheiden, zu verneinen (vgl. VwGH, 22.02.2001, ZI. 2001/04/0034 mwN, VwGH, 28.10.2008, ZI 2008/05/0129).

BUNDESVERWALTUNGSGERICHT
Gerichtsabteilung W104, am 15.2.2024

Dr. Christian Baumgartner
(Richter)