

# Vom „unerheblichen“ Töten

## Aktuelle Judikatur zum artenschutzrechtlichen Tötungsverbot

DOI: 10.35011/tirup/2021-11

### Inhaltsübersicht

I.	Einleitung .....	112
II.	Das Tötungsverbot des europäischen Artenschutzes .....	113
	A. Verbotstatbestand .....	114
	B. Ausnahmemöglichkeit .....	115
	1. Fehlende Alternativlösung .....	115
	2. Ausnahme- bzw Rechtfertigungsgrund .....	116
	3. Erhaltungszustand .....	117
III.	Erheblichkeitsschwellen in der Judikatur zum Tötungsverbot .....	117
	A. Relevantes Risiko für den Erhaltungszustand .....	118
	1. GA: Risiko für den Erhaltungszustand als Kriterium des Inkaufnehmens .....	119
	2. EuGH: Risiko für den Erhaltungszustand als zusätzliches Kriterium .....	120
	B. Signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos .....	121
	1. BVwG: Signifikante Erhöhung als zusätzliches Tatbestandsmerkmal .....	121
	2. VwGH: Signifikante Erhöhung als Kriterium der Absichtlichkeit .....	123
IV.	Geklärte Fragen und offene Punkte .....	124
	A. Erhaltungszustand für Anwendbarkeit des Tötungsverbots unerheblich .....	124
	B. Auswirkungen der Tötung für Verwirklichung des Verbots (un)erheblich? .....	125
	1. Auswirkungen auf den artbezogenen Erhaltungszustand unerheblich .....	125
	2. Auswirkungen auf das individuenbezogene Tötungsrisiko erheblich? .....	126
V.	Zusammenfassung .....	127

**Abstract:** Als Teil des europäischen Artenschutzrechts beschäftigt das Tötungsverbot weiterhin die Gerichte. In der aktuellen Judikatur werden verschiedenartige Erheblichkeitsschwellen thematisiert, unterhalb derer das Tötungsverbot nicht zur Anwendung kommen bzw nicht als verwirklicht gelten soll. Auf diesem Weg sollen artenschutzrechtlich relevante Fragestellungen va zugunsten wirtschaftlicher Tätigkeiten aufgelöst werden können. Überzeuge können diese Erheblichkeitsschwellen, die in den europäischen Rechtsgrundlagen nicht explizit angelegt sind, aber nur bedingt. Sie sind, wenn überhaupt, nur teilweise mit der Systematik des Artenschutzrechts vereinbar. Vor allem aber an ihrer (rechtlichen) Notwendigkeit darf gezweifelt werden.

**Rechtsquelle(n):** FFH-RL, VSch-RL

**Entscheidung(en):** VwGH 15.10.2020, Ro 2019/04/0021 ua, EuGH 4.3.2021, verb Rs C-473/19 und C-474/19, *Föreningen Skydda Skogen*

**Schlagworte:** Biodiversität, Artenschutz, Gebietsschutz, Tötungsverbot, Absichtlichkeit, Infrastrukturprojekte, öffentliche Interessen

## I. Einleitung

Feldhamster, Ziesel, Triel. Rechtlich streng geschützte, wildlebende Tierarten wie diese sind in den vergangenen Jahren wiederkehrend ins Zentrum der allgemeinen Aufmerksamkeit getreten. Dann nämlich, wenn ihr Vorkommen auf Projektarealen Infrastrukturprojekte verzögert<sup>1</sup> oder auch teilweise gestoppt hat.<sup>2</sup> Die dahinterstehenden rechtlichen Regelungen wurden deshalb in der Vergangenheit bereits überspitzt als „*Totschlagkeule für Projekte aller Art*“ bezeichnet.<sup>3</sup>

Dass das Artenschutzrecht überhaupt weitreichende praktische Bedeutung für die Umsetzung von Projekten entfaltet, ist zentral der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) geschuldet. Erst seine Judikatur hat klargestellt, dass die europäischen Rechtsgrundlagen überhaupt auf diese Art von

---

1 ZB *Ungerboeck*, Gefährdeter Vogel Triel bremst Autobahnbauer aus, derstandard.at, 11.1.2019; *Marits*, Geschützte Tiere auf dem Bau, Die Presse, 31.1.2016.

2 ZB Bild.de-Redaktion, Zehn um Zehn: zehn tierische „Baustopper“ <https://www.bild.de/10um10/2013/10-um-10/hitliste-um-zehn-10-tierische-baustopper-31985354.bild.html> (Stand 1.9.2013).

3 *Reichel*, Artenschutz – Der Albtraum aller Betonierer?, RdU-U&T 2012/3, 7 (11).

Tätigkeit anzuwenden sind. Insgesamt hat seine fortlaufende Judikatur das Verständnis eines strengen artenschutzrechtlichen Schutzsystems geprägt.

Der Strenge dieses Schutzsystems mag es geschuldet sein, dass sich die Gerichte in der EU – auf nationaler und auf EU-Ebene – wiederkehrend mit dem Artenschutzrecht zu beschäftigen haben. Dabei fällt auf, dass in der Judikatur verstärkt zum Ausdruck gebracht wird, das strenge Schutzsystem könnte möglicherweise *zu streng* sein. Besonders klare Worte hat der VwGH jüngst in seinem Erk zur 380-kV-Salzburgleitung gefunden. Dort bezeichnete er konkret das artenschutzrechtliche Tötungsverbot als „*eine unüberwindbare Hürde*“.<sup>4</sup> Ein ähnliches Verständnis implizieren auch die SA von GA Kokott im VorabE-Verfahren *Föreningen Skydda Skogen*.<sup>5</sup>

In beiden Fällen wurde versucht, mittels Erheblichkeitsschwellen die Konflikte zwischen Artenschutz und wirtschaftlichen Tätigkeiten zugunsten letzterer aufzulösen. Während der EuGH von einer solchen Schwelle wenig überzeugt scheint, war sie für den VwGH ein notwendiger Weg, die Hürde doch zu nehmen.

Der vorliegende Beitrag widmet sich diesen aktuellen Judikaturbeispielen zu einer möglichen Erheblichkeitsschwelle im artenschutzrechtlichen Tötungsverbot. Er fokussiert dabei insb auf die vorgeschlagene Einordnung der Erheblichkeitsschwelle in den Verbotstatbestand und deren Begründung. Ausgehend von den Überlegungen der Gerichte diskutiert der Beitrag, inwiefern Erheblichkeitsschwellen rechtlich zulässig sein können. Ihre Zulässigkeit, va aber ihre rechtliche Notwendigkeit, bleibt schlussendlich fraglich.

## II. Das Tötungsverbot des europäischen Artenschutzrechts

Das europäische Artenschutzrecht gründet zentral in der FFH- und VSch-RL.<sup>6</sup> In beiden RL ist das Artenschutzrecht nach derselben Systematik, einem

---

4 VwGH 15.10.2020, Ro 2019/04/0021 ua, Rz 504.

5 SA GA Kokott 10.9.2020, verb Rs C-473/19 und C-474/19, *Föreningen Skydda Skogen*, Rz 81 ff.

6 RL 92/43/EWG v 21.5.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, ABI L 1992/206, 7 idF RL 2013/17/EU, ABI L 2013/158, 193 (FFH-RL); RL 2009/147/EG über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten, ABI L 2010/20, 7 idF VO 2019/1010, ABI L 2019/170, 115 (VSch-RL). Für das europäische Artenschutzrecht relevant sind überdies die handelsrechtlichen Regelungen der CITES-VO, VO 338/97 des Rates v 9.12.1996 über den Schutz von Exemplaren wildlebender Tier- und Pflanzenarten durch Überwachung des Handels, ABI L 1997/61, 1 idF VO 2017/160, ABL L 2017/27, 1 sowie die Bestimmungen der sog IGA-VO zum Schutz heimischer Arten vor invasiven gebietsfremden Arten, VO 1143/2014 v 22.10.2014 über die Prävention und das Management der Einbringung und Ausbreitung invasiver gebietsfremder Arten, ABI L 2014/317, 35 idF VO 2016/2031, ABI L 2016/317, 4).

Verbot-Ausnahme-System, verankert. Die Bestimmungen dieses Systems weisen wesentliche inhaltliche Parallelen auf. Es bestehen aber auch Unterschiede, die für den Schutz der jeweils erfassten Arten und ihrer Exemplare bedeutend sind. Beides zeigt sich am artenschutzrechtlichen Tötungsverbot.

## A. Verbotstatbestand

Die FFH- und VSch-RL verbieten das absichtliche Töten eines Exemplars einer geschützten Art.<sup>7</sup> Schon seinem Wortlaut nach bezieht sich das Tötungsverbot auf das einzelne Individuum einer Art. Das Verbot ist daher individuenbezogen zu beurteilen.

Näher bestimmt wird der Anwendungsbereich des artenschutzrechtlichen Tötungsverbots durch die Definition jener Arten, die ihm unterliegen. Hier unterscheiden sich FFH- und VSch-RL: Die FFH-RL verweist für die Arten, auf die das Artenschutzrecht Anwendung findet, auf ihren Anh IV a).<sup>8</sup> Dort sind diese Arten abschließend gelistet. Die VSch-RL hingegen stellt viel genereller auf alle „unter Artikel 1 fallenden Vogelarten“ ab.<sup>9</sup> Entsprechend sind dies sämtliche wildlebenden Vogelarten, die im Gebiet der EU-MS heimisch sind. Die in Anh I zur VSch-RL gelisteten, besonders schützenswerten Vogelarten sind hingegen nur eine Teilmenge.

Was den Anwendungsbereich des Tötungsverbots – in FFH- und VSch-RL – sehr weit gestaltet, ist, dass es einzig auf den Handlungserfolg abstellt, die Tötung.<sup>10</sup> Worauf das Verbot hingegen nicht abstellt, ist eine bestimmte Tätigkeit oder Handlung, die zu einer Tötung führt. Erst durch das Kriterium der Absichtlichkeit der Tötung wird der so potentiell sehr weite Anwendungsbereich näher definiert.

Ursprünglich wurde der Begriff der Absichtlichkeit im deutschsprachigen Raum einhellig iS seiner strafrechtlichen Bedeutung verstanden.<sup>11</sup> Auf entsprechend wenige Situationen fand das artenschutzrechtliche Tötungsverbot daher Anwendung.<sup>12</sup> In der Rs *Caretta caretta* ließ der EuGH zunächst iZm dem artenschutzrechtlichen Störungsverbot Zweifel am strafrechtlichen Verständnis der Absichtlichkeit aufkommen. Dort befand der EuGH, dass Griechenland seinen artenschutzrechtlichen Verpflichtungen nicht ausreichend nachgekommen war. Das Aufstellen von Fahrverbotsschildern an einem Fortpflanzungsstrand der Schildkrötenart *Caretta caretta* hätte das Befahren

---

7 Art 12 Abs 1 lit a FFH-RL; Art 5 Abs 1 lit a VSch-RL.

8 Art 12 Abs 1 FFH-RL.

9 Art 5 Abs 1 VSch-RL.

10 Madner, Anlagenrelevantes Umweltrecht – Naturschutzrecht, in *Holoubek/Potacs* (Hrsg), Handbuch Öffentliches Wirtschaftsrecht: Band II<sup>4</sup> (2019) 1342 (1374).

11 Vgl *Gellermann*, Das besondere Artenschutzrecht in der kommunalen Bauleitplanung, NuR 2007, 132 (133).

12 *Wolf*, Artenschutz und Infrastrukturplanung, Zeitschrift für Umweltrecht 2006, 505 (509).

des Strandes nicht derart verhindert, dass die Art nicht absichtlich gestört würde.<sup>13</sup> Wenig später wurde der EuGH noch konkreter.

In einem Vertragsverletzungsverfahren gegen Spanien hatte die EK argumentiert, die Praxis der Schlingenjagd auf Füchse verstoße gegen das artenschutzrechtliche Tötungsverbot. Zwar unterliege der Fuchs selbst als Art nicht dem europäischen Artenschutzrecht. In den ausgelegten Schlingen könnten sich aber sehr wohl Exemplare streng geschützter Arten, die in den relevanten Gebieten vorkommen, verfangen und so getötet werden. Im gegenständlichen Fall wäre das möglicherweise der Fischotter gewesen. Der EuGH folgte der Argumentation zur Absichtlichkeit und lies für ihr Vorliegen ein bewusstes Inkaufnehmen genügen.<sup>14</sup>

Ausschlaggebend für das absichtliche Töten ist damit zweierlei: das Wissen um den Handlungserfolg und das Inkaufnehmen seiner Verwirklichung beim Setzen der Handlung. Mit Blick zurück auf die strafrechtliche Terminologie ist also bereits der bedingte Vorsatz für das Vorliegen von Absichtlichkeit iSd Artenschutzrechts ausreichend.<sup>15</sup> Mit diesem Verständnis ist der Anwendungsbereich des artenschutzrechtlichen Tötungsverbots tatsächlich recht weit.

## B. Ausnahmemöglichkeit

Sind die Kriterien des Tötungsverbots erfüllt – absichtliches Töten eines Exemplars einer geschützten Art –, bedeutet das noch nicht, dass die Tätigkeit oder Handlung nicht durchgeführt werden kann. Stattdessen sehen beide RL eine Ausnahmemöglichkeit vor. Ähnlich wie im Gebietsschutz sind für diese Ausnahmemöglichkeit mehrere, kumulative Kriterien zu erfüllen. Auch hier unterscheiden sich aber FFH- und VSch-RL in mehreren Punkten.

### 1. Fehlende Alternativlösung

Gemeinsame Bedingung für eine Ausnahme von den artenschutzrechtlichen Verbotstatbeständen ist das Fehlen einer anderen „zufriedenstellende[n] Lösung“. <sup>16</sup> Für die Anforderungen an diese Alternativlösung wird in der Lit aufgrund der Komplementarität von Gebiets- und Artenschutz auf die Rspr zum Gebietsschutz zurückgegriffen.<sup>17</sup> Als Bezugspunkt für die Bewertung, ob eine Alternative vorliegt, fungiert daher grundsätzlich der Zweck jener Hand-

---

13 EuGH 30.1.2002, C-103/00, *Kommission/Griechenland (Caretta caretta)*, Rz 35 f.

14 EuGH 18.5.2006, C-221/04, *Kommission/Spanien*, Rz 71 ff. Da das Vorkommen des Fischotters im relevanten Gebiet nicht nachgewiesen war, der Behörde also nicht bewusst sein musste, stellte der EuGH keine Vertragsverletzung fest.

15 *Sobotta*, Artenschutz in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, NuR 2007, 642 (643).

16 Art 16 Abs 1 FFH-RL; Art 9 Abs 1 VSch-RL.

17 *Sobotta*, NuR 2007, 647.

lung, mit der der Verbotstatbestand verwirklicht wird.<sup>18</sup> Alternativen liegen deshalb auch dann vor, wenn diese mit gewissen Nachteilen für den Ausführenden verbunden sind. IdS besteht eine Alternative auch dann, wenn dabei bspw höhere Kosten, zeitliche Verzögerungen oder anderer Mehraufwand entstehen,<sup>19</sup> der Zweck aber weiterhin erreicht werden kann.

## 2. Ausnahme- bzw Rechtfertigungsgrund

Des Weiteren muss für eine Ausnahme von den artenschutzrechtlichen Verboten ein Ausnahme- bzw Rechtfertigungsgrund vorliegen. Diese Gründe werden in der FFH- und VSch-RL grundsätzlich abschließend genannt.<sup>20</sup> Die beiden RL beinhalten dabei über weite Strecken gleichlautende Gründe bzw Gründe, die dieselbe Stoßrichtung verfolgen. So nennen beide RL den Naturschutz,<sup>21</sup> die Schadensverhütung an Eigentum,<sup>22</sup> den Schutz der allgemeinen Gesundheit und öffentlichen Sicherheit,<sup>23</sup> sowie Forschungszwecke<sup>24</sup> und die selektive Nutzung<sup>25</sup> als mögliche Gründe für eine Ausnahme.

Dann aber zeigt sich, dass die FFH-RL die Ausnahmegründe vergleichsweise offener formuliert als die VSch-RL. Die FFH-RL verweist in ihren Ausnahmegründen auch auf andere zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses, ua solcher wirtschaftlicher Art.<sup>26</sup> In der FFH-RL eröffnet dieser Ausnahmegrund daher die Möglichkeit einer Interessenabwägung mit einem anderen öffentlichen Interesse als jenem am Artenschutz. Überwiegt dieses andere Interesse, liegt ein Ausnahmegrund vor.<sup>27</sup> In der VSch-RL ist ein solcher Ausnahmegrund hingegen nicht vorgesehen. Ein Analogieschluss wird mit Blick auf Abgeschlossenheit der Ausnahmegründe in der Lit zutreffenderweise abgelehnt.<sup>28</sup> Daraus folgt, dass die Ausnahmemöglichkeit der VSch-RL enger gefasst ist, als jene nach der FFH-RL.

---

18 *Philipp*, Artenschutz in Genehmigung und Planfeststellung, NVwZ 2008, 593 (596). Hingegen stellt – im Gebietsschutz – bspw *Winter* die Prüfung eines Ausnahmegrundes vor die Alternativenprüfung. Damit wird der Ausnahmegrund und das dort verwirklichte (öffentliche) Interesse zum Bezugspunkt für die Beurteilung über das Vorliegen einer Alternative, *Winter*, Alternativenprüfung und Natura 2000, NuR 2010, 601 (605).

19 *E. Wagner/D. Ecker*, Naturverträglichkeitsprüfung (2020) 75 f.

20 Für die VSch-RL EuGH 26.1.2012, C-192/11, *Kommission/Polen*, Rz 39 „*énumérés de manière exhaustive*“.

21 Art 16 Abs 1 lit a FFH-RL; Art 9 Abs 1 lit a TS 4 VSch-RL.

22 Art 16 Abs 1 lit b FFH-RL; Art 9 Abs 1 lit a TS 3 VSch-RL.

23 Art 16 Abs 1 lit c FFH-RL; Art 9 Abs 1 lit a TS 1 VSch-RL.

24 Art 16 Abs 1 lit d FFH-RL; Art 9 Abs 1 lit b VSch-RL.

25 Art 16 Abs 1 lit e FFH-RL; Art 9 Abs 1 lit c VSch-RL.

26 Art 16 Abs 1 lit c FFH-RL.

27 *Epiney*, Umweltrecht der Europäischen Union<sup>4</sup> (2019) 592.

28 *Kraemmer/Onz*, Handbuch Österreichisches Naturschutzrecht (2018) Rz 620.

### 3. Erhaltungszustand

Dann aber ist die Ausnahmemöglichkeit nach der FFH-RL auch wieder strenger gefasst als jene nach der VSch-RL. Die FFH-RL sieht nämlich ein weiteres Kriterium für eine Ausnahme vor. Sie verlangt, dass die Population der betroffenen Art trotz Ausnahme in einem günstigen Erhaltungszustand verweilt.<sup>29</sup> Dies bedeutet nicht, dass für eine Art, die sich schon vor der Ausnahmeerteilung in keinem günstigen Erhaltungszustand befindet, eine solche nicht erteilt werden kann. Wie der EuGH in der Rs *Finnische Wolfsjagd* festgehalten hat, ist in diesem Fall eine Ausnahmeerteilung sehr wohl „*ausnahmsweise*“ zulässig.<sup>30</sup> Sicherergestellt werden muss dabei aber, dass sich der ungünstige Erhaltungszustand der Population durch die Ausnahme nicht verschlechtert oder die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustandes nicht behindert wird.

Die VSch-RL nimmt in ihrer Ausnahmemöglichkeit keinen Bezug auf den Erhaltungszustand der betroffenen Population. Jedoch ist eine Überprüfungspflicht der EK vorgesehen, über die ua sichergestellt werden soll, dass die Auswirkungen der Ausnahmemöglichkeit mit der RL und ihrer Zielsetzung vereinbar bleiben.<sup>31</sup> In diesen Zielsetzungen wird auch auf den Erhaltungszustand Bezug genommen: Die Bestände der heimischen, wildlebenden Vogelarten sollen auf einem Stand gehalten bzw auf einen solchen gebracht werden, der insb den ökologischen, wissenschaftlichen und kulturellen Erfordernissen entspricht. Dabei soll den wirtschaftlichen und freizeitbedingten Erfordernissen Rechnung getragen werden.<sup>32</sup> Die unmittelbaren Konsequenzen dieser Zielsetzung für die artenschutzrechtliche Ausnahmemöglichkeit wurden bislang noch nicht diskutiert.

## III. Erheblichkeitsschwellen in der Judikatur zum Tötungsverbot

Durch die fehlende Einschränkung auf bestimmte Handlungen bzw Tätigkeiten und das weite Verständnis der Absichtlichkeit findet das artenschutzrechtliche Tötungsverbot potentiell auf eine Vielzahl von Sachverhalten Anwendung. Besonders für Infrastrukturprojekte, die aufgrund ihrer Größe besonders eingriffsintensiv sein und ihre Auswirkungen nicht immer auf Null reduzieren können, kann das Artenschutzrecht so zu einer Herausforderung werden.<sup>33</sup>

---

29 Art 16 Abs 1 FFH-RL.

30 EuGH 14.7.2007, C-342/05, *Kommission/Finnland*, Rz 29.

31 Art 9 Abs 4 VSch-RL.

32 Art 2 VSch-RL.

33 Jüngst, zB *Onz/Paulitsch*, Nach vielen Hürden am Ziel: VwGH entscheidet über die 380-kV-Salzburgleitung, RdU-U&T 2020/17, 77 (80); *Randl*, Naturschutz-

Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass Gerichte wiederkehrend mit Sachverhalten konfrontiert sind, in denen der Artenschutz anderen Nutzungsinteressen gegenübersteht. Um diese Sachverhalte aufzulösen, wird in der aktuellen Judikatur die Figur einer Erheblichkeitsschwelle ins Spiel gebracht. Unterhalb einer solchen Schwelle kommt das Tötungsverbot nicht zur Anwendung bzw wird es nicht verwirklicht. Sowohl der EuGH als auch der VwGH hatten jüngst jeweils einen Vorschlag für eine Erheblichkeitsschwelle zu beurteilen. Die Gerichte haben die rechtliche Zulässigkeit der jeweiligen Schwelle unterschiedlich beurteilt: Während der EuGH eine solche Erheblichkeitsschwelle abzulehnen scheint, ist sie für den VwGH ein Weg, eine andernfalls „unüberwindbare Hürde“ zu überwinden.<sup>34</sup> Die dafür ins Treffen geführten Argumente spielen letztlich auf eine – wohl faktische – Notwendigkeit an.

### A. Relevantes Risiko für den Erhaltungszustand

Im Zentrum des VorabE-Verfahrens *Föreningen Skydda Skogen* stand das Tötungsverbot der VSch-RL. Im schwedischen Artenschutzrecht bestanden mehrere Praktiken, die auch im Kontext des Tötungsverbots auf die Erheblichkeit einer Handlung für den Erhaltungszustand der betroffenen Art abstellten. Anlässlich von Abholzungsarbeiten stellten sich dem vorliegenden schwedischen Gericht mehrere Fragen zur Vereinbarkeit dieser Praktiken mit dem individuenbezogenen Tötungsverbot.

Nach einer ersten Praxis fand das Tötungsverbot lediglich auf Anh I-Arten Anwendung, deren Erhaltungszustand sich verschlechtert bzw auf ihre Bedrohung hinweist.<sup>35</sup> Auf Arten, in einem guten Erhaltungszustand fand das Tötungsverbot daher keine Anwendung. Eine zweite Praxis bezog sich speziell auf Maßnahmen, die nicht offenkundig auf das Töten eines Exemplars einer Vogelart abzielen. Im Falle solcher Maßnahmen wurde die Anwendung des artenschutzrechtlichen Tötungsverbots von einer Bedingung abhängig gemacht: Es muss ein Risiko bestehen, dass sich die Maßnahme negativ auf den Erhaltungszustand der Art auswirkt.<sup>36</sup> Die Praxis fordert also eine gewisse Erheblichkeit der Tötung eines Individuums für die Art. Damit unterstellt die Praxis dem individuenbezogenen Tötungsverbot eine Erheblichkeitsschwelle, die sich auf die betroffene Art bezieht (artbezogene Erheblichkeitsschwelle). Wird diese Erheblichkeitsschwelle nicht erreicht, kommt das Tötungsverbot nicht zur Anwendung.

---

recht, in *Ennöckl/N. Raschauer/Wessely* (Hrsg), Handbuch Umweltrecht<sup>3</sup> (2019) 524 (551).

34 VwGH 15.10.2020, Ro 2019/04/0021, Rz 504.

35 EuGH 4.3.2021, verb Rs C-473/19 und C-474/19, *Föreningen Skydda Skogen*, 1. Frage.

36 EuGH 4.3.2021, verb Rs C-473/19 und C-474/19, *Föreningen Skydda Skogen*, 2. Frage.



## 1. GA: Risiko für den Erhaltungszustand als Kriterium des Inkaufnehmens

In ihren SA sah GA Kokott zumindest die Stoßrichtung der schwedischen Praxis in der Logik der VSch-RL abgebildet. Um zu diesem Schluss zu kommen, unterstellte sie dem Tötungsverbot – notwendigerweise – eine Erheblichkeitsschwelle. Die Notwendigkeit dieses Verständnisses ergibt sich für die GA aus der strengen Fassung des Tötungsverbots der VSch-RL.

Anders als das Verbot der FFH-RL beziehe die VSch-RL das Tötungsverbot zunächst auf alle europäischen Vögel, also auch auf „Allerweltsarten“. Gerade solche Arten seien aber in einer modernen Gesellschaft schon durch alltägliche Aktivitäten Beeinträchtigungen ausgesetzt.<sup>37</sup> Dies scheine auch Art 2 VSch-RL anzuerkennen. Dort verweist die RL explizit drauf, dass der Stand, auf den die europäischen Vogelarten zu bringen sind, auch wirtschaftlichen Erfordernissen Rechnung tragen soll.<sup>38</sup> Die Ausnahmebestimmung in der VSch-RL biete – anders als in der FFH-RL – aber nicht die Möglichkeit, eine Ausnahme aufgrund wirtschaftlicher oder anderer öffentlicher Interessen zu erwirken. Dementsprechend können auf der Ebene der Ausnahmemöglichkeit die widerstreitenden Interessen nicht zum Ausgleich gebracht werden.<sup>39</sup> Daraus scheint die GA zu schließen, dass ein solcher „*angemessener Ausgleich*“ schon auf Ebene des Verbotstatbestandes erfolgen muss.<sup>40</sup>

Sie schlägt vor, den Begriff der Absichtlichkeit im Tötungsverbot der VSch-RL anders zu verstehen als in der FFH-RL: Bei Maßnahmen, die die Beeinträchtigung von Vögeln nicht unmittelbar bezwecken, sondern nur in Kauf nehmen, würde das Tötungsverbot nur dann schlagend werden, soweit dies notwendig ist, um diese Arten auf jenen Stand zu bringen, der in Art 2 VSch-RL umschrieben wird.<sup>41</sup> Damit bleibt die GA, wie auch die schwedische Praxis, bei einer artbezogenen Erheblichkeitsschwelle. Sie konstruiert diese Schwelle aber anders.

Mit ihrem Vorschlag erteilt die GA der ersten nationalen Praxis, nach der das Tötungsverbot auf Vogelarten in einem guten Erhaltungszustand keine Anwendung findet, eine Absage.<sup>42</sup> Der Erhaltungszustand der Art wird beim individuenbezogenen Tötungsverbot aus ihrer Sicht aber bei bedingt vorsätzlichen Handlungen relevant, insofern nämlich, als solche Handlungen eine

---

37 SA GA Kokott 10.9.2020, verb Rs C-473/19 und C-474/19, *Föreningen Skydda Skogen*, Rz 81.

38 SA GA Kokott 10.9.2020, verb Rs C-473/19 und C-474/19, *Föreningen Skydda Skogen*, Rz 82.

39 SA GA Kokott 10.9.2020, verb Rs C-473/19 und C-474/19, *Föreningen Skydda Skogen*, Rz 86.

40 SA GA Kokott 10.9.2020, verb Rs C-473/19 und C-474/19, *Föreningen Skydda Skogen*, Rz 89.

41 SA GA Kokott 10.9.2020, verb Rs C-473/19 und C-474/19, *Föreningen Skydda Skogen*, Rz 90.

42 SA GA Kokott 10.9.2020, verb Rs C-473/19 und C-474/19, *Föreningen Skydda Skogen*, Rz 90.

artbezogene Erheblichkeitsschwelle überschreiten müssen. MaW: Handlungen, die den Erhaltungszustand der betroffenen Art nicht in Frage stellen, und damit unter der Schwelle liegen, lösen das Tötungsverbot nicht aus. Zwar bezieht sich dieses Verständnis nur auf bedingt vorsätzliche Handlungen. Da die wenigstens artenschutzrelevanten Handlungen – außerhalb der Jagd oder Fischerei – aber vorsätzliche Handlungen sind, hätte das vorge-schlagene Verständnis weitreichende Konsequenzen.

## 2. EuGH: Risiko für den Erhaltungszustand als zusätzliches Kriterium

Angesichts des Vorschlags der GA wurde die Entscheidung des EuGH mit Spannung erwartet.<sup>43</sup> Die Spannung blieb auch nach seiner E bestehen, denn der EuGH ging nicht explizit auf die Argumente der GA ein.

In seinem U bestätigt der EuGH zwar zunächst, dass das Tötungsverbot der VSch-RL auf alle europäischen Vogelarten Anwendung findet, nicht nur auf Anh I-Arten, und unabhängig vom Erhaltungszustand der Art.<sup>44</sup> Die nachfolgenden Fragen prüft er dann aber am Maßstab der FFH-RL. Der EuGH versteht die nationale Regelung, die nicht zwischen den Arten der FFH-RL und jenen der VSch-RL unterscheidet, nämlich als strengere nationale Umsetzung der FFH-RL, die den MS offensteht.<sup>45</sup> Dieses Vorgehen lässt die Frage offen, ob die darauffolgenden Feststellungen des EuGH unmittelbar auf die VSch-RL übertragen werden können.

Für den Absichtlichkeitsbegriff der Verbotstatbestände in der FFH-RL setzt der EuGH – wenig überraschend – seine bisherige Rspr fort. Er wiederholt, dass eine Handlung absichtlich ist, wenn die Tötung eines Exemplars einer geschützten Art gewollt oder zumindest in Kauf genommen wird.<sup>46</sup> Auf eine Maßnahme wie die verfahrensgegenständliche Abholzung kann das Tötungsverbot deshalb sehr wohl Anwendung finden.<sup>47</sup>

Sodann widmet sich der EuGH den Voraussetzungen für die Anwendung des individuenbezogenen Tötungsverbots. Dabei hält er explizit fest, dass ein Risiko, die Maßnahme könne sich negativ auf den Erhaltungszustand der betroffenen Art auswirken, keine solche Voraussetzung ist. Die Auswirkung auf den Erhaltungszustand der Population ist vielmehr erst im Rahmen der

---

43 ZB *Gellermann/Schumacher*, Schützt den Wald! – Das Verfahren “Skydda Skogen” und seine artenschutzrechtlichen Folgen, NuR 2021, 182. Zum Urteil siehe auch *R. Weiß*, Natura 2000: EuGH 4.3.2021, C-473/19 und C-474/19: Kein Kahlschlag in Lebensraum geschützter Arten, TiRuP 2021/R, 1, doi: 10.35011/tirup/2021-2.

44 EuGH 4.3.2021, verb Rs C-473/19 und C-474/19, *Föreningen Skydda Skogen*, Rz 44 f; 66.

45 EuGH 4.3.2021, verb Rs C-473/19 und C-474/19, *Föreningen Skydda Skogen*, Rz 46 ff.

46 EuGH 4.3.2021, verb Rs C-473/19 und C-474/19, *Föreningen Skydda Skogen*, Rz 51.

47 EuGH 4.3.2021, verb Rs C-473/19 und C-474/19, *Föreningen Skydda Skogen*, Rz 53.

Ausnahmemöglichkeit zu prüfen.<sup>48</sup> Würde der Erhaltungszustand bereits auf Ebene des Verbotstatbestandes geprüft, mit der Konsequenz, dass Sachverhalte nicht mehr in dessen Anwendungsbereich fallen, würde der Ausnahmemöglichkeit ihre praktische Wirksamkeit genommen.<sup>49</sup> Folglich kann die Anwendung des Tötungsverbots der FFH-RL nicht vom Risiko einer negativen Auswirkung auf den Erhaltungszustand der Art abhängig gemacht werden.<sup>50</sup> Auch der Wortlaut der Bestimmung deutet eben nicht darauf hin, dass das Verbot auf Arten in einem guten Erhaltungszustand nicht anzuwenden sei.<sup>51</sup> Der Erhaltungszustand der Art ist deshalb aus Sicht des EuGH für die Anwendbarkeit und Verwirklichung des individuenbezogenen Tötungsverbots unerheblich. Damit erteilt er der vorgeschlagenen artbezogenen Erheblichkeitsschwelle – im Anwendungsbereich der FFH-RL – eine Absage.

## **B. Signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos**

Das Tötungsverbot hat anlässlich der UVP-Genehmigung zur 380-kV-Salzburgleitung alle entscheidenden Instanzen beschäftigt.<sup>52</sup> Fraglich war dabei, ob dieses Verbot durch die Leitungsanlage und ihre Nebenbauten verwirklicht wird.

Die Genehmigungsbehörde hatte diese Frage im Hinblick auf Vögel, insb Uhu, Wanderfalke, Auerhuhn, und Fledermäuse geprüft und verneint. Im daraufhin eingeleiteten Beschwerdeverfahren bestätigte das BVwG dieses Ergebnis. Dafür machte das Gericht die Verwirklichung des Verbots davon abhängig, ob sich durch die Handlung das Tötungsrisiko für Individuen einer Art signifikant erhöht. Anders als die GA in *Föreningen Skydda Skogen* formulierte das BVwG so eine individuenbezogene Erheblichkeitsschwelle. Die erstmalige Beurteilung dieser Erheblichkeitsschwelle durch den VwGH weist dennoch starke Parallelen mit jener der GA auf.

### **1. BVwG: Signifikante Erhöhung als zusätzliches Tatbestandsmerkmal**

In seinem Erk macht das BVwG die Verwirklichung des Tötungsverbots von drei Tatbestandsmerkmalen abhängig. Neben der Absichtlichkeit und dem Individuenbezug sei nach Ansicht des BVwG auch die Signifikanz der Tötung

---

48 EuGH 4.3.2021, verb Rs C-473/19 und C-474/19, *Föreningen Skydda Skogen*, Rz 57 f.

49 EuGH 4.3.2021, verb Rs C-473/19 und C-474/19, *Föreningen Skydda Skogen*, Rz 60.

50 EuGH 4.3.2021, verb Rs C-473/19 und C-474/19, *Föreningen Skydda Skogen*, Rz 61.

51 EuGH 4.3.2021, verb Rs C-473/19 und C-474/19, *Föreningen Skydda Skogen*, Rz 66.

52 Zu den UVP-relevanten Aspekten der Entscheidung, zB *Höfinger/Neubauer*, VwGH schwimmt mit dem Strom: Genehmigung der 380-kV-„Salzburgleitung“ ist rechtmäßig, ÖZW 2021, 36.

ein Tatbestandsmerkmal des Tötungsverbots. Wie auch in der Judikatur des dt BVerwG argumentiert werde das Tötungsverbot daher erst dann erfüllt, wenn sich das Tötungsrisiko für Individuen einer geschützten Art signifikant erhöhe. Diese Erheblichkeitsschwelle wäre dann erreicht, wenn das individuenbezogene Tötungsrisiko über dem allgemeinen Lebensrisiko liegt; jenem Risiko, das ohnehin im Naturraum besteht, bspw durch Verkehrswege. Dies ergäbe sich insb auch aus dem Schlingenjagd-U des EuGH.<sup>53</sup> Für die hier relevanten Arten sei nach dem BVwG, insb aufgrund der vorgesehenen Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen, aber von keiner signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos auszugehen. Das BVwG bestätigte daher, dass das artenschutzrechtliche Tötungsverbot durch das Leitungsvorhaben nicht verwirklicht würde.<sup>54</sup>

In der gegen das Erk des BVwG eingebrachten Rev stellte eine der revisionswerbenden Parteien die Unionsrechtskonformität dieses Verständnisses in Frage. Diese Partei argumentierte, dass die Bezugnahme auf eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos den Individuenbezug des Verbotstatbestandes aufweichen würde. Erst auf Ebene der Ausnahmeregelung würden die unionsrechtlichen Grundlagen auf den Erhaltungszustand der Population Bezug nehmen. Ein Populationsbezug wäre daher erst auf dieser Ebene zulässig. Würde dieser Populationsbezug bereits bei der Frage der Verwirklichung des Tötungsverbots unterstellt, würde die Ausnahmemöglichkeit umgangen werden.<sup>55</sup> Zudem lasse sich der EuGH-Judikatur, die das BVwG zur Stützung des Kriteriums der signifikanten Erhöhung heranzieht, kein Anhaltspunkt entnehmen, dass die Sichtweise des BVwG vom EuGH geteilt wird.<sup>56</sup>

In seiner Revisionsbeantwortung argumentierte das BVwG, dass das Abstellen auf eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos und damit eine Erheblichkeitsschwelle notwendig sei. Andernfalls, wie es auch das dt BVerwG festhalte, würde das Tötungsverbot zu einem „*unverhältnismäßigen Planungshindernis*“.<sup>57</sup> Gerade weil es ansonsten zu Behinderungen für wirtschaftliche Tätigkeiten in der EU käme, sei dieses Verständnis einer Erheblichkeitsschwelle auch unionsrechtlich unbedenklich. Mit dieser Erheblichkeitsschwelle werde der Individuenbezug des Tötungsverbots aber jedenfalls nicht aufgeweicht. Für die Beurteilung der signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos werde nämlich auf artspezifische Risikofaktoren und die konkrete Konstellation Bezug genommen.<sup>58</sup> Das BVwG versteht die formulierte Erheblichkeitsschwelle also als individuenbezogene Erheblichkeitsschwelle.

---

53 BVwG 26.2.2019, W155 2120762-1, 314.

54 BVwG 26.2.2019, W155 2120762-1, 315.

55 VwGH 15.10.2020, Ro 2019/04/0021 ua, Rz 459 f. Das Argument ist damit ähnlich formuliert wie in der Rs *Föreningen Skydda Skogen*, wo der EuGH jedoch ein populationsbezogenes Kriterium zu beurteilen hatte.

56 VwGH 15.10.2020, Ro 2019/04/0021 ua, Rz 462.

57 VwGH 15.10.2020, Ro 2019/04/0021 ua, Rz 483.

58 Ibid.

## 2. VwGH: Signifikante Erhöhung als Kriterium der Absichtlichkeit

In seinem Erk bestätigte der VwGH – im Ergebnis – das Verständnis des BVwG zum artenschutzrechtlichen Tötungsverbot. Der VwGH ordnet das Kriterium der signifikanten Erhöhung jedoch anders in den Tatbestand ein und begründet dessen Notwendigkeit vergleichsweise umfassender. Eine zentrale Rolle in der Begründung des VwGH spielt der Individuenbezug des Tötungsverbots.

Zunächst scheint der VwGH dem BVwG tatsächlich zu widersprechen. Der VwGH weist nämlich darauf hin, dass das Tötungsverbot individuenbezogen zu verstehen ist. Für die Verwirklichung des Tötungsverbots ist deshalb nicht darauf abzustellen, ob eine bestimmte Anzahl von Exemplaren von der Tötung betroffen ist oder ob von einer Auswirkung für den Erhaltungszustand der Population auszugehen ist.<sup>59</sup> Dann aber untersucht der VwGH die Tatbestandsmerkmale des Tötungsverbots näher und bezieht sich auf den Begriff der Absichtlichkeit.

Der VwGH wiederholt die Rspr des EuGH zur Absichtlichkeit und unterstreicht, dass dementsprechend auch ein Inkaufnehmen der Tötung reicht, um das Tötungsverbot zu erfüllen. Wann aber von einem solchen Inkaufnehmen auszugehen ist bzw welcher Grad an Sicherheit oder Wahrscheinlichkeit der Tötung dafür vorliegen muss, ist noch fraglich.<sup>60</sup> Die sog Signifikanzjudikatur des dt BVerwG, der sich auch das BVwG bedient hat, ist aus Sicht des VwGH aber geeignet, diese Frage zu lösen. Im Sinne dieser Rspr führt die Tötung eines Exemplars einer geschützten Art für sich alleine noch nicht zur Verwirklichung des Tötungsverbots. Vielmehr ist nur dann von einem Inkaufnehmen der Tötung auszugehen, wenn es zu einer signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos kommt. Soweit bei der Beurteilung der Risikoerhöhung auf das Individuum Bezug genommen wird, wird auch der Individuenbezug des Tötungsverbots nicht untergraben.<sup>61</sup> Auf diese Weise stärkt der VwGH das Verständnis einer individuenbezogenen Erheblichkeitsschwelle.

Der VwGH sieht diese Erheblichkeitsschwelle, die er – im Ergebnis – dem Absichtlichkeitsbegriff unterstellt, mit dem System der FFH- und VSch-RL vereinbar; er erachtet sie wohl gar als faktisch notwendig. Für den VwGH wird auf diese Weise ein besseres Gleichgewicht zwischen Gebiets- und Artenschutz erzielt. Für wirtschaftliche Tätigkeiten wie die hier gegenständliche gäbe es im Gebietsschutz schließlich eine Möglichkeit, erhebliche Beeinträchtigungen von Schutzgebieten mit öffentlichen Interessen, auch wirtschaftlicher Art, zu rechtfertigen. Der Artenschutz hingegen würde bei einem uneingeschränkten Verständnis der Absichtlichkeit „in vielen Fällen eine unüberwindbare Hürde“.<sup>62</sup> In diesem Fall käme aus Sicht des VwGH dem Artenschutz eine weit größere Bedeutung zu als dem Gebietsschutz. Diese

59 VwGH 15.10.2020, Ro 2019/04/0021 ua, Rz 499.

60 VwGH 15.10.2020, Ro 2019/04/0021 ua, Rz 501.

61 VwGH 15.10.2020, Ro 2019/04/0021 ua, Rz 502.

62 VwGH 15.10.2020, Ro 2019/04/0021 ua, Rz 504.

Aussage impliziert, dass der VwGH wohl mit Blick auf Gebiets- und Artenschutz von einer (zumindest) Gleichwertigkeit der beiden Schutzsysteme ausgeht; aber wohl auch von einer Parallelität der Eingriff-Ausnahme-Systeme. Die Begründung für diese Sichtweise schiebt der VwGH sodann nach.

Der VwGH nimmt auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Bezug, um das Abstellen auf eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos unionsrechtlich zu begründen. Ohne dieses Abstellen, wenn also das Tötungsverbot immer dann verwirklicht würde, wenn die Gefahr der Tötung eines Individuums nicht restlos ausgeschlossen werden kann, hätte das Tötungsverbot „*unverhältnismäßige Folgen*“.<sup>63</sup> IdZ verweist der VwGH als Beispiel auf die Planung und Ausführung wirtschaftlicher Vorhaben. Dass aber gerade auch auf wirtschaftliche Interessen Rücksicht zu nehmen ist, ergebe sich schon aus den allgemeinen Bestimmungen sowohl der FFH-RL als auch der VSch-RL.<sup>64</sup> Einen dahinlautenden Ausnahmegrund gebe es im Artenschutzrecht aber nur in der FFH-RL. Daraus folgt für den VwGH wohl, dass es notwendig sei, auf Ebene des Verbotstatbestandes insb wirtschaftliche Interessen zu berücksichtigen und das Inkaufnehmen eingeschränkt zu verstehen.

## IV. Geklärte Fragen und offene Punkte

Die dargestellten Judikate eint ein gemeinsamer Ausgangspunkt: der Vorschlag, das artenschutzrechtliche Tötungsverbot in bestimmten Konstellationen weniger streng zu verstehen, um wirtschaftlichen Tätigkeiten mehr Raum zu geben. Systematische Überlegungen führen in beiden Fällen zu einer unterschiedlichen Bewertung der jeweiligen Vorschläge. Trotz dieser unterschiedlichen Ergebnisse erlauben die angestellten Überlegungen generellere Schlüsse dazu, welche Aspekte für das Verständnis des Tötungsverbots beachtlich oder – um das Motiv der Erheblichkeitsschwelle wieder aufzugreifen – „erheblich“ sind. Sie lassen aber weiterhin auch Fragen offen.

### A. Erhaltungszustand für Anwendbarkeit des Tötungsverbots unerheblich

Aus beiden Entscheidungen ergibt sich klar, dass der Erhaltungszustand einer Art für die Anwendbarkeit des Tötungsverbots unerheblich ist. Das Tötungsverbot greift, unabhängig davon, ob sich eine Art in einem günstigen oder ungünstigen Erhaltungszustand befindet. Dies leiten beide Gerichte letztlich daraus ab, dass das Tötungsverbot auf das Individuum, nicht aber auf die Art abstellt. Zumal sich dieser Individuenbezug aus den Bestimmungen beider RL ergibt, drängt sich eine Unterscheidung zwischen FFH-RL und

---

63 VwGH 15.10.2020, Ro 2019/04/0021 ua, Rz 505.

64 Ibid.

VSch-RL nicht auf. Anders könnte dies für die Verwirklichung des Tötungsverbots sein.

## **B. Auswirkungen der Tötung für Verwirklichung des Verbots (un)erheblich?**

Die Bedeutung der Auswirkung der Tötung für die Verwirklichung des Tötungsverbots haben die Gerichte nicht nur im Ergebnis entgegengesetzt beurteilt. Die (mögliche) Einordnung dieses Kriteriums erfolgte auch unter dogmatischen Gesichtspunkten unterschiedlich. Die dahinterstehenden Begründungen lassen einige Fragen unbeantwortet.

### **1. Auswirkungen auf den artbezogenen Erhaltungszustand unerheblich**

Überzeugend hat der EuGH für die Verwirklichung des Tötungsverbots nach der FFH-RL ein zusätzliches Kriterium, das auf die Auswirkungen der Tötung auf den Erhaltungszustand abstellt, abgelehnt. Das zentrale Argument des EuGH für diese Position ist ein systematisches: Die FFH-RL nennt die Auswirkungen auf den Erhaltungszustand als eigenes Kriterium für eine artenschutzrechtliche Ausnahmegenehmigung. Dort wird geprüft, inwiefern sich eine Handlung oder Tätigkeit negativ auf den Erhaltungszustand auswirkt. Dieses Argument lässt sich aber nur schwer auf die VSch-RL übertragen.

Die VSch-RL weist nicht dieselbe Systematik auf wie die FFH-RL. Im Anwendungsbereich der VSch-RL werden die Auswirkungen auf den Erhaltungszustand iZm der Ausnahmemöglichkeit von der EK und mit Blick auf das RL-Ziel zu überwacht,<sup>65</sup> dies insgesamt und nicht notwendigerweise für jede einzelne Ausnahmegenehmigung. Aufgrund dieser Überwachungsbezugnis werden die MS die Auswirkungen auf den Erhaltungszustand bei der Handhabung der Ausnahmemöglichkeit zwar mitbedenken müssen, um kein Vertragsverletzungsverfahren zu riskieren. Eine mit der FFH-RL gleichwertige Berücksichtigung der Auswirkungen auf den Erhaltungszustand ergibt sich so aber nicht. Können diese Auswirkungen aber deshalb einfach auf Ebene des Verbotstatbestandes berücksichtigt werden?

Das systematische Argument des EuGH scheint diesem Vorschlag nicht direkt zu widersprechen. Es wird schließlich gerade kein bestehendes Kriterium in der Prüfreihefolge vorgezogen. Überzeugen kann der Vorschlag dennoch nicht. Einerseits verweist der Text der VSch-RL im Tötungsverbot eben nicht explizit auf den Erhaltungszustand einer Art. Andererseits würden auch hier durch das zusätzliche Kriterium wieder Sachverhalte der Ausnahmemöglichkeit entzogen werden. Dass diese Ausnahmemöglichkeit in der VSch-RL zu eng wäre, wie es die GA argumentierte, hat der EuGH nicht bestätigt, allerdings auch nicht dementiert.<sup>66</sup> Ob daraus Schlüsse gezogen

---

65 Art 9 Abs 4 VSch-RL.

66 Siehe dazu sogleich unten, IV.B.2.

werden können, bleibt unklar. Die Tatsache, dass der EuGH die Argumentation der GA zur Erheblichkeitsschwelle nicht bestätigt hat, lässt zumindest vermuten, dass er sie nicht überzeugend fand. Dass er der Argumentation jedoch nicht entgegengetreten ist, kann darauf hindeuten, dass sich der EuGH diesen Weg für künftige Fälle offenhalten möchte.

## 2. Auswirkungen auf das individuenbezogene Tötungsrisiko erheblich?

Anders als der EuGH hatte der VwGH die Zulässigkeit einer individuenbezogenen Erheblichkeitsschwelle zu beurteilen. Diese Erheblichkeitsschwelle hat er dem Absichtlichkeitsbegriff des Tötungsverbots unterstellt: Für den VwGH ist nur dann von Absichtlichkeit bzw einem Inkaufnehmen auszugehen, wenn sich das individuenbezogene Tötungsrisiko erhöht. Nur dann ist das Tötungsverbot verwirklicht.

Der VwGH begründet die Auslegung des Absichtlichkeitsbegriffs (konkret: des Inkaufnehmens) unter Rückgriff auf das Tötungsrisiko letztlich mit einer Notwendigkeit. Diese Notwendigkeit ergibt sich für den VwGH aus der Strenge des artenschutzrechtlichen Schutzsystems: Während beide RL auf die Bedachtnahme auf wirtschaftliche Tätigkeiten verweisen, sieht nur die FFH-RL auch einen dahingehenden artenschutzrechtlichen Ausnahmegrund vor. MaW: Die Ausnahmemöglichkeiten sind aus Sicht des VwGH zu eng gefasst, um wirtschaftliche Tätigkeiten nicht in großem Maße zu verhindern. Dabei verweist der VwGH zwar spezifizierend („insb“) auf die VSch-RL, schränkt aber seine Aussage nicht weiter ein. Entsprechend ist er wohl so zu verstehen, dass er den Absichtlichkeitsbegriff im Anwendungsbereich des gesamten Artenschutzrechts unter Bezugnahme auf das Tötungsrisiko verstehen wollen würde. Damit überzeugt der VwGH nicht gänzlich.

Die FFH-RL ermöglicht mit dem offenen Rechtfertigungsgrund explizit auch die Berücksichtigung wirtschaftlicher Interessen im Rahmen der Ausnahmemöglichkeit. Folglich ist im Anwendungsbereich der FFH-RL die Grundlage geschaffen, damit wirtschaftliche Tätigkeiten trotz Verwirklichung eines artenschutzrechtlichen Verbotstatbestandes durchgeführt werden können. Notwendig ist, dass die wirtschaftliche Tätigkeit im überwiegenden öffentlichen Interesse liegt. Dieses Überwiegen mag für einige wirtschaftliche Tätigkeiten eine Herausforderung darstellen. Die Schwelle ist aber im Gebietschutz ebenso hoch; auch dort wird ein überwiegendes öffentliches Interesse wirtschaftlicher Art gefordert, um einen erheblichen Eingriff zu rechtfertigen.<sup>67</sup> Das Gleichgewicht zwischen Gebiets- und Artenschutz, das der VwGH anstrebt, liegt also in Bezug auf die FFH-RL wohl vor. Bleibt die VSch-RL.

In Bezug auf die VSch-RL weist der VwGH, wie auch zuvor die GA,<sup>68</sup> darauf hin, dass dort die Ausnahmemöglichkeit wirtschaftliche Interessen nicht

---

67 Vgl. *Hollaus*, Naturschutzgesetze der Länder, in *Altenburger* (Hrsg), Kommentar zum Umweltrecht: Band 2<sup>2</sup> (2021) Rz 91 ff.

68 Siehe dazu oben, III.A.1.



als Rechtfertigungsgrund führt. Deshalb müsse der Ausgleich zwischen dem Interesse am Artenschutz und jenem an wirtschaftlichen Tätigkeiten eben schon auf Ebene des Verbotstatbestandes stattfinden. Den diesbezüglichen – artbezogenen – Vorschlag der GA hatte der EuGH dann aber aus systematischen Gründen abgelehnt.<sup>69</sup> Der Vorschlag des VwGH eines *individuenbezogenen* Tötungsrisikos scheint an diesen Gründen hingegen nicht zu scheitern.<sup>70</sup> Fraglich ist aber, inwiefern den EuGH die Notwendigkeit der Bezugnahme auf dieses Tötungsrisiko überzeugen würde.

Einerseits hat sich der EuGH in der Rs *Föreningen Skydda Skogen* dazu verschwiegen, ob er, wie die GA und der VwGH, die Ausnahmemöglichkeit der VSch-RL als zu eng empfindet.<sup>71</sup> Eine andere Ansicht ist durchaus denkbar. So haben erst kürzlich *Berl/Gaiswinkler* argumentiert,<sup>72</sup> dass für besonders kritische Infrastruktur, bspw für die Energiewende, die VSch-RL ohnehin andere Ausnahmegründe bereithält. Hier könne mit Blick auf den Klimawandel und seine Auswirkungen ua der Gesundheitsschutz geltend gemacht werden.

Der EuGH hat aber andererseits durch sein Vorgehen angedeutet, dass er die FFH-RL für strenger hält als die VSch-RL. Da er im Anschluss den Absichtlichkeitsbegriff der FFH-RL auslegt, kann sich dieses strengere Verständnis nur auf die Verbotstatbestände bzw den Absichtlichkeitsbegriff selbst beziehen. Dies würde bedeuten, dass beides in der VSch-RL vergleichsweise weniger streng verstanden werden könnte. Eine unterschiedliche Auslegung des Absichtlichkeitsbegriffs in FFH- und VSch-RL würde zwar verwundern; ihre Zielsetzung und Konzeption weist zentrale Parallelen auf. Der unterschiedlich gestaltete Anwendungsbereich könnte aber ein Argument für dieses Vorgehen sein. Letztlich wäre dieses Vorgehen auch das einzig überzeugende, da es nicht zur „Erfindung“ eines zusätzlichen Kriteriums führt.

## V. Zusammenfassung

Aufgrund ihres weiten Anwendungsbereichs sind die artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände für eine Vielzahl von Tätigkeiten eine potentielle Herausforderung. Die Judikatur zeigt, dass diese Herausforderung va für wirtschaftliche Tätigkeiten eine große ist, denn die Verwirklichung eines Verbotstatbe-

---

69 Siehe dazu oben, IV.B.1.

70 IdS auch *Fellenberg*, Die ausgefallene Revolution im Artenschutzrecht – das EuGH-Urteil in der Rechtssache *Skydda Skogen*, NVwZ 2021, 943 (944), sowie, dem Vorschlag der GA entgegentretend, *Gellermann/Schumacher*, Absicht ist nicht gleich Absicht? Anmerkung zu den Schlussanträgen der Generalanwältin *Kokott* vom 10.9.2020, i.d. Rs. C-473/19 und C-474/19, NuR 2020, 841 (845).

71 Siehe dazu oben, III.A.2.

72 *Berl/Gaiswinkler*, Artenschutzrechtliche Ausnahmen für die Energiewende, RdU-U&T 2021/12, 43 (46).

standes kann nicht immer gänzlich verhindert werden. Gleichzeitig ist es wirtschaftlichen Tätigkeiten nicht in jedem Fall möglich, einen Ausnahme- bzw Rechtfertigungsgrund geltend zu machen. Erheblichkeitsschwellen, wie sie sowohl der EuGH als auch der VwGH zu beurteilen hatten, suchen den bestehenden Interessenskonflikt aufzulösen, zulasten des Artenschutzes.

Bei der Frage der rechtlichen Zulässigkeit von Erheblichkeitsschwellen ist jedenfalls der Systematik des Artenschutzrechts Rechnung zu tragen. Die Berücksichtigung eines artbezogenen Risikos für den Erhaltungszustand als Voraussetzung für die Verwirklichung des Tötungsverbots hat der EuGH aus diesem Grund abgelehnt. Der Vorschlag des VwGH zum eingeschränkten Verständnis der Absichtlichkeit (konkret: des Inkaufnehmens) scheint mit dieser Systematik besser vereinbar zu sein; zumindest für den Anwendungsbereich der VSch-RL. Ob dies auch der EuGH so sieht, wird sich weisen, sollte er in der Zukunft mit dieser Frage befasst werden. Auch deshalb ist zu erwarten, dass das Artenschutzrecht weiterhin ein Fall für die Gerichte sein wird.

### **Korrespondenz:**

Dr.<sup>in</sup> *Birgit Hollaus*

Universitätsassistentin

Institut für Recht und Governance, Wirtschaftsuniversität Wien

Kontaktadresse: 1020 Wien, Welthandelsplatz 1

E-Mail: [birgit.hollaus@wu.ac.at](mailto:birgit.hollaus@wu.ac.at)