

Die Artenschutzprüfung in der Vorhabengenehmigung – Eine Aufgabe des Vorhabenträgers?

Dr. Dominik Snjka/Karolin Jung, Bonn*

Der Beitrag befasst sich mit der Vorlagepflicht von Artenschutzgutachten in der Vorhabengenehmigung. Dabei geht er anhand einer überblickhaften Zusammenstellung dem Zusammenspiel der Regelungen in den verschiedenen Genehmigungsregimen sowie der Frage nach, inwieweit für den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsatz der Amtsermittlung nach § 24 Abs. 1 VwVfG aufgrund von zahlreichen spezialgesetzlichen Beibringungspflichten im Umwelt- und Planungsrecht überhaupt noch Raum bleibt. Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass die Zulassungsbehörden sich (mittlerweile) fast vollständig auf die nachvollziehende Prüfung der vorgelegten Unterlagen zurückziehen (können).

A. Problemstellung

Die Biodiversität erfährt nach den Fachprognosen seit Jahrzehnten bislang nie dagewesene Verluste, die auf anthropogene Einflüsse zurückzuführen sind.¹ Vor dem aktuellen Hintergrund der jüngsten Förderprogramme für den Ausbau der Windenergie mag man vermuten, dass sich dieser Trend vorerst nicht wesentlich ändern wird. Daher überrascht es nicht, wenn das zum 1.2.2023 in Kraft getretene sog. „Wind-an-Land-Gesetz“, mit dem das Zwei-Prozent-Flächenziel aus dem derzeitigen Koalitionsvertrag 2021 umgesetzt werden soll,² von den Naturschutzverbänden dahingehend kritisiert wird, dass dem Artenschutz durch die Öffnung von Landschaftsschutzgebieten für den Bau von Windrädern nicht ausreichend Rechnung getragen werde.³

Freilich ist das Spannungsfeld zwischen Infrastrukturausbau einerseits sowie Natur- und Artenschutz andererseits kein neues Phänomen. Insbesondere die unionsrechtlich begründeten Anforderungen des besonderen Gebietsschutzes (§ 34 BNatSchG) und des besonderen Artenschutzes (§§ 44, 45 BNatSchG) haben im letzten Jahrzehnt zu einem

„intensiven Arbeitsbeschaffungsprogramm“⁴ im Bereich der Planungs- und Umweltwissenschaften – einschließlich des Umweltrechts – geführt, und die Artenschutzprüfung stellt bei jeglicher Infrastrukturplanung längst einen der kosten- und zeitintensivsten Faktoren dar.⁵ In der Praxis scheuen die Vorhabenträger aus Sorge um die Vorhabenzulassung – und damit vor allem aus Angst um die damit verbundenen Investitionen – keine Kosten, um durch intensive naturschutzfachliche Begutachtungen im Vorfeld größtmögliche Rechtssicherheit zu erreichen.⁶ Zunehmend sehen sich auch kleinere Investoren und private Bauherren mit der gesteigerten Naturschutzsensibilität der Genehmigungsbehörden konfrontiert. Wie selbstverständlich gehen alle Beteiligten (mitunter in Bagatellfällen) davon aus, dass durch den jeweiligen Antragsteller umfangreiche und kostspielige Gutachten vorzulegen seien, um nachzuweisen, dass z.B. eine signifikante Beeinträchtigung relevanter Arten durch das Vorhaben *nicht* erfolgt. Dies verwundert, liegt doch nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen die Darlegungslast für belastende hoheitliche Maßnahmen – wie Auflagen zum Ergreifen von vorgezogenen Ausgleichsmaßnahmen oder anderen Kompensationsmaßnahmen – in erster Linie bei der öffentlichen Hand.⁷

Vor diesem Hintergrund möchte der vorliegende Beitrag dazu beitragen, die *verfahrensrechtliche* Frage zu ordnen, ob bzw. inwieweit die Artenschutzprüfung in der Vorhabengenehmigung eine Aufgabe des Vorhabenträgers darstellt.

B. Der Untersuchungsgrundsatz und die Mitwirkungspflichten der Vorhabenträger

I. Der Untersuchungsgrundsatz gemäß § 24 Abs. 1 VwVfG

Gemäß § 24 Abs. 1 VwVfG gilt im Verwaltungsverfahren der Untersuchungsgrundsatz, wonach die Behörde den

* Der Autor und die Autorin sind Rechtsanwalt bzw. Rechtsanwältin der Sozietät Redeker Sellner Dahs am Standort Bonn.

¹ Vgl. nur UFZ (Hrsg.), Das Millennium Ecosystem Assessment und seine Relevanz für Deutschland, Leipzig 2006, S. 20 ff.

² Mehr Windenergie für Deutschland, bundesregierung.de, <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/klimaschutz/wind-anland-gesetz-2052764>, Abruf v. 14.2.2023.

³ Dake, Windkraft und Artenschutz – ein Widerspruch?, tagesschau.de, <https://www.tagesschau.de/inland/windkraft-artenschutz-101.html>, Abruf v. 14.2.2023.

⁴ So Klement/Sauerer, in: Reh binder/Schink (Hrsg.), Grundzüge des Umweltrechts, 5. Aufl. 2018, § 5 Rn. 132.

⁵ Schober/Calabro, NVwZ 2022, 115 (116).

⁶ Wegener, ZUR 2010, 227 (227 ff.) zur Kritik an diesbezüglicher staatlicher Willkür.

⁷ Hünnekens, in: Johlen/Oerder, MAH Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2017, § 11 Rn. 12.

Sachverhalt von Amts wegen ermittelt. Gemäß § 26 Abs. 1 VwVfG kann sie sich dabei aller Beweismittel bedienen, die sie nach pflichtgemäßem Ermessen zur Ermittlung des Sachverhalts für erforderlich hält und hierbei u. a. auch Sachverständige heranziehen.

Allerdings muss die Behörde die fachliche Prüfung grundsätzlich selbst vornehmen. Sie kann eine externe Begutachtung der Genehmigungsvoraussetzungen regelmäßig nur dann durchführen lassen, wenn sie aufgrund des vorhandenen personellen Bestandes sowie dessen fachlicher Qualifikation oder der sächlichen Mittel außerstande ist, selbstständig eine Begutachtung durchzuführen. Die Beauftragung eines Gutachtens kommt etwa nur dann in Betracht, wenn es sich um Verfahren von außergewöhnlichem Umfang oder außergewöhnlicher Schwierigkeit handelt.⁸ Vor diesem Hintergrund dürfte eine systematische und flächendeckende Praxis des Einsatzes externer privater Sachverständiger für die Sachverhaltsermittlung im Ausgangspunkt unzulässig sein⁹ und würde – u. a. im Hinblick auf das Demokratie- und das Rechtsstaatsprinzip – auch verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen.¹⁰

II. Allgemeine Mitwirkungsobliegenheit gemäß § 26 Abs. 2 VwVfG

Nach § 26 Abs. 2 VwVfG *sollen* die am Verwaltungsverfahren Beteiligten bei der Ermittlung des Sachverhalts mitwirken. Sie sollen insbesondere ihnen bekannte Tatsachen und Beweismittel angeben. Hiernach kann der private Vorhabenträger beispielsweise gehalten sein, über ihm bekannte besonders geschützte Arten Auskunft zu geben. Die Vorhabenträger sind jedoch in der Regel nicht zu einer Mitwirkung verpflichtet.¹¹ Der Gesetzgeber wollte mit § 26 Abs. 2 VwVfG lediglich eine sog. Mitwirkungsobliegenheit statuieren, keine durch die Behörde rechtlich durchsetzbare Pflicht.¹²

Zurückzuführen ist diese Mitwirkungsobliegenheit auf die Annahme, dass derjenige, der etwas Günstiges – wie einen positiven Bescheid – erhalten will, alles ihm Bekannte vortragen wird, um das Gewünschte zu erreichen.¹³ Eine weitergehende Pflicht, bei der Ermittlung des Sachverhalts mitzuwirken, besteht nur, soweit sie durch Rechtsvorschrift vorgesehen ist. Die Verantwortung der Sachverhaltsermittlung bleibt folglich grundsätzlich bei der Behörde, ihre Ermittlungspflichten werden aber relativiert, indem die Norm eine Risikoverteilung vornimmt für die Beibringung solcher Tatsachen, die aus der Sphäre eines Beteilig-

ten stammen.¹⁴ Die Untersuchungspflicht der Behörde wird durch diese Mitwirkungsobliegenheit der Beteiligten begrenzt.¹⁵

Allerdings besteht die allgemeine Mitwirkungsobliegenheit – auch aus Gründen der Verhältnismäßigkeit – nur hinsichtlich solcher Umstände, die aus der Sphäre oder dem Erkenntnisbereich des Beteiligten stammen.¹⁶ Vor diesem Hintergrund dürfte es daher zu weit führen, eine grundsätzliche „Nachweispflicht“ über die Erfüllung der naturschutzrechtlichen Anforderungen schon aus allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen zu folgern. Denn hierbei handelt es sich weder um Informationen aus der Sphäre des Vorhabenträgers noch dürften sie beim Vorhabenträger (von Beginn an) vorhanden sein. Einem Vorhabenträger auf der Grundlage des allgemeinen Verwaltungsrechts die Informationsbeschaffung für die Artenschutzprüfung aufzuerlegen dürfte daher unzumutbar sein.¹⁷

C. Besondere Mitwirkungspflichten im Naturschutzrecht (§§ 17, 34, 44 BNatSchG)

Da sich somit aus dem allgemeinen Verwaltungsrecht keine allgemeine Rechtspflicht zur Ausarbeitung und Vorlage aller notwendigen Unterlagen ergibt, stellt sich die Frage, inwieweit direkt aus dem Naturschutzrecht entsprechende Anforderungen erwachsen, mit der Folge, dass auch unabhängig davon, ob das jeweilige Verfahrensregime eine Vorlagepflicht vorsieht, die Ausarbeitung und Vorlage der notwendigen Gutachten von der Behörde eingefordert werden kann.

Tatsächlich ist dies gemäß § 34 Abs. 1 Satz 3 BNatSchG im Bereich der sog. FFH-Verträglichkeitsprüfung der Fall. Danach hat der Projektträger die zur Prüfung der Verträglichkeit sowie der Ausnahmevoraussetzungen nach den Absätzen 3 bis 5 erforderlichen Unterlagen vorzulegen. Der Amtsermittlungsgrundsatz greift insoweit nicht.¹⁸ Kommt der Projektträger dieser Pflicht nicht nach, kann dem Antrag auf Zulassung des Betriebsplans nicht stattgegeben werden und die darauf beruhende Ungewissheit über die habitatschutzrechtliche Bewertung des Vorhabens geht zu seinen Lasten.¹⁹ Die Pflicht aus § 34 Abs. 1 Satz 3 BNatSchG erfordert jedoch nicht, das floristische und faunistische Inventar des betreffenden FFH-Gebiets flächendeckend und umfassend zu ermitteln und anzugeben; es genügt vielmehr, dass auf die für die Erhaltungsziele maßgeblichen Gebietsbestandteile abgestellt wird.²⁰

⁸ *VG Meiningen*, Urt. v. 30.3.1998, 5 K 37/96.Me, Rn. 24 – juris.

⁹ *Bay. VGH*, Urt. v. 12.3.2010, 22 B 09/1187, Rn. 27 f. – juris.

¹⁰ Hierzu näher *Scherzberg*, NVwZ 2006, 377 (383 ff.).

¹¹ *Erbguth*, LKV 1997, 233 (235 f.).

¹² BT-Drs. 7/910, 50.

¹³ Vgl. bereits *BVerwG*, Urt. v. 28.11.1969, VII C 18/69, Rn. 10 – juris.

¹⁴ *Engel/Pfau*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 2. Aufl. 2019, § 26 Rn. 53.

¹⁵ *OVG NRW*, Urt. v. 06.09.1993, 11 A 694/90, Rn. 57 – juris.

¹⁶ *Engel/Pfau*, (Fn. 14), § 26 Rn. 58.

¹⁷ Ausführlicher *Erbguth* (Fn. 11), S. 235.

¹⁸ *Stöckel/Müller-Walter*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 239. EL 2021, BNatSchG § 34 Rn. 10.

¹⁹ *BVerwG*, Beschl. v. 11.5.2015, 7 B 18/14, Rn. 20 – juris.

²⁰ *BVerwG*, Urt. v. 12.3.2008, 9 A 3/06, Rn. 72 ff. – juris.

Eine vergleichbare Regelung für die Artenschutzprüfung als solche sieht das Gesetz dagegen nicht vor; insbesondere können die für den Habitatschutz geltenden Anforderungen nicht unesehen und unterschiedslos auf den Artenschutz übertragen werden.²¹ Vor diesem Hintergrund weist die Fachliteratur – wie eingangs bereits erwähnt – zumeist darauf hin, dass die Prüfung der artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote grundsätzlich der zuständigen Behörde obliegt. Sie habe hierzu sämtliche entscheidungserhebliche Tatsachen und Umstände auf der Grundlage von wissenschaftlichen und ehrenamtlichen Datenbanken, Berichten und Literatur, Abfragen bei Fachbehörden sowie ggf. auch Erfassungen vor Ort zu ermitteln.²² Detaillierte Vorgaben an den Inhalt bzw. die Prüftiefe der Unterlagen existieren ebenfalls nicht.²³ Daher ist primär auf die in der Rechtsprechung aufgestellten Anforderungen zurückzugreifen, nach denen die Prüfung, ob einem Vorhaben naturschutzrechtliche Verbote, insbesondere solche nach § 44 BNatSchG, entgegenstehen, eine (maßgeblich von den naturräumlichen Gegebenheiten im Einzelfall abhängende) ausreichende – aber nicht lückenlose – Ermittlung und Bestandsaufnahme der im Vorhabensbereich vorhandenen Tierarten und ihrer Lebensräume voraussetzt.²⁴ Soweit die Antragsteller die Darlegungspflicht trifft, wirkt die staatliche Sachverhaltsermittlung dabei lediglich als „Auffangnetz bei unzulänglicher Darlegung des Antragstellers“.²⁵

Allerdings darf nicht übersehen werden, dass namentlich im Hinblick auf Kompensationsmaßnahmen für Eingriffe in Natur und Landschaft gemäß §§ 14 ff. BNatSchG (insbesondere Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen) der Vorhabenträger gemäß § 17 Abs. 4 BNatSchG verpflichtet ist, die für die Beurteilung des Eingriffs und der notwendigen Maßnahmen erforderlichen Angaben zu machen. Insbesondere kann die zuständige Behörde die Vorlage von Gutachten verlangen, soweit dies zur Beurteilung der Auswirkungen des Eingriffs und der Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen erforderlich ist. Zu den Kompensationsmaßnahmen gehören dabei u. a. auch die (artenschutzrechtlichen) sog. vorgezogenen Ausgleichsmaßnahmen gemäß § 44 Abs. 5 Satz 3 BNatSchG, mit denen Verstöße gegen die artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände schon vermieden werden sollen (sodass insbesondere keine Ausnahme gemäß §§ 45 Abs. 7 BNatSchG erforderlich wird). Die Darlegung der Anforderungen erfolgt dabei in aller Regel in Form einer „umweltfachlichen Stellungnahme“ oder eines „naturschutzfachlichen Fachbeitrags“ eines geeigneten Fachgutachters.

Damit dürfte sich die Fragestellung im Hinblick auf die einzureichenden Unterlagen letztlich dahingehend verkürzen, inwieweit die Einreichung artenschutzfachlicher Beiträge auch dann erforderlich ist, wenn eine (Vor-)Prüfung

ergeben hat, dass ausgleichs- oder ausnahmpflichtige Beeinträchtigungen insoweit nicht zu erwarten sind. Die Pflicht zur Vorlage einer solchen „Negativbescheinigung“ dürfte sich also – was insbesondere für kleinere Bauvorhaben relevant sein könnte – allenfalls aus spezielleren Unterlagenbebringungs- und Planfeststellungs- und Anlagenehmigungsrechts ergeben.

D. Spezialgesetzliche Bebringungsspflichten im Genehmigungsrecht

Wie vorstehend kurz erläutert besteht eine über die Angabe der bekannten Tatsachen und Beweismittel hinausgehende Mitwirkungspflicht nach der Konzeption des § 26 Abs. 2 VwVfG nur, wenn diese spezialgesetzlich geregelt ist.²⁶ Für den Großteil der Vorhaben lassen sich hier Erfordernisse zur Bebringung von aussagekräftigen Unterlagen bereits direkt den Bestimmungen des Bundesnaturschutzgesetzes entnehmen. Gerade in den jeweiligen Gesetzen zur Genehmigung größerer (und damit vor allem auch artenschutzfachlich relevanter) Vorhaben finden sich aber darüber hinausgehende konkretisierende bzw. klarstellende Vorschriften über den Umfang der beizubringenden, prüffähigen Unterlagen.

I. Einreichung des Plans im Planfeststellungsverfahren u. a. gemäß § 73 VwVfG

Hauptvertreter der „großen“ Vorhabengenehmigungen ist das Planfeststellungsrecht gemäß §§ 72 ff. VwVfG, dem der Großteil aller raumgreifenden Bauvorhaben – insbesondere linienförmige Infrastrukturen (Straßen, Schienen, Pipelines, Stromkabel), Deponien sowie größere Bergbauvorhaben und Windenergieanlagen auf See – nach Maßgabe der jeweiligen spezialgesetzlichen Ausgestaltung unterworfen ist (z. B. § 17 FStrG und § 38 StrWG NRW, § 18 AEG, § 43 EnWG, § 35 Abs. 2 KrWG, § 52 Abs. 2a BBergG, § 68 WindSeeG 2023).

Im Hinblick auf die Antragsunterlagen muss dabei nach der „Grundregel“ des § 73 Abs. 1 VwVfG der Vorhabenträger einen Plan mit Zeichnungen und Erläuterungen einreichen, die das Vorhaben, seinen Anlass und die vom Vorhaben betroffenen Grundstücke und Anlagen erkennen lassen. Dabei muss der Antragsteller alle wesentlichen baulichen und technischen Aspekte des Vorhabens darlegen, ohne deren Kenntnis eine Beurteilung des Vorhabens nicht möglich ist. Die Unterlagen müssen der Planfeststellungsbehörde – die sich den Plan durch die Planfeststellung letztlich zu eigen macht – die Gesamtbeurteilung des Vorhabens ermöglichen, und zwar einschließlich der naturschutzrechtlichen Betroffenheiten.²⁷ Die Prüftiefe ergibt sich dabei

²¹ BVerwG, Urt. v. 9.7.2008, 9 A 14/07, Rn. 56 – juris.

²² Gellermann, in: Landmann/Rohmer UmweltR, 99. EL 2022, BNatSchG § 44 Rn. 23 m. w. N.

²³ Schober/Calabro, (Fn. 5), S. 117.

²⁴ Vgl. etwa BVerwG, Urt. v. 9.7.2008, 9 A 14/07, Rn. 53 ff. – juris.

²⁵ BVerfG, Urt. v. 7.5.1998, 2 BvR 1876/91, BVerfGE 98, 83 Rn. 124.

²⁶ Schneider, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, 3. EL 2022, VwVfG § 26 Rn. 28 ff. mit zahlreichen Beispielen.

²⁷ Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs, 10. Aufl. 2022, VwVfG § 73 Rn. 18 ff.

letztlich aus dem betroffenen Fachrecht. Denn gemäß § 75 Abs. 1 Satz 1 VwVfG hat der Planfeststellungsbeschluss Konzentrationswirkung und umfasst daher auch alle notwendigen Genehmigungen, einschließlich etwaig erforderlicher naturschutzrechtlicher Ausnahmebescheide, wobei aber das materielle Fachrecht maßgeblich bleibt. Dabei ist erneut festzuhalten, dass das Naturschutzrecht in § 17 Abs. 4 Sätze 3 bis 5 BNatSchG eigens detaillierte Angaben über die vorzulegenden Unterlagen im Rahmen von Planverfahren enthält: Danach hat bei einem Eingriff, der auf Grund eines nach öffentlichem Recht vorgesehenen Fachplans – zu dem auch Planfeststellungen gehören – vorgenommen werden soll, der Planungsträger die erforderlichen Angaben entweder im Fachplan selbst oder in einem sog. landschaftspflegerischen Begleitplan in Text und Karte darzustellen. Der Begleitplan wird Bestandteil des Fachplans und soll – soweit für das Vorhaben von Belang – auch Angaben zu den zur Sicherung des Zusammenhangs des Netzes Natura 2000 notwendigen Maßnahmen nach § 34 Abs. 5 BNatSchG sowie zu vorgezogenen Ausgleichsmaßnahmen nach § 44 Abs. 5 BNatSchG enthalten. Besonders ausdifferenziert sind die Regelungen über die Vorlage der Antragsunterlagen für die Planfeststellung von – für die Energiewende entscheidenden – Vorhaben des (beschleunigten) Stromnetzausbaus gemäß §§ 18 ff. NABEG. Es wird hier – in Ergänzung der Regelungen der §§ 43 ff. EnWG – gemäß § 19 NABEG ein besonderes Antragsverfahren eingeführt, das noch vor der Konkretisierung des Vorhabens ansetzt und eher einer sog. planerischen Mitteilung entspricht, dass ein Verfahren eingeleitet werden soll. Der Antrag beinhaltet in diesem Stadium aber noch kein endgültig festgelegtes Vorhaben, sondern (lediglich) einen Vorschlag für den beabsichtigten Trassenverlauf sowie in Frage kommende Alternativen und Erläuterungen zur Auswahl zwischen den in Frage kommenden Alternativen unter Berücksichtigung der erkennbaren Umweltauswirkungen (§ 19 Satz 4 Nr. 1 und 2 NABEG).²⁸ Erst im Anschluss werden auf Grundlage der sog. Antragskonferenz von der Bundesnetzagentur als Planfeststellungsbehörde der maßgebliche Untersuchungsrahmen für das weitere Planfeststellungsverfahren und der erforderliche Inhalt der nach § 21 NABEG einzureichenden Unterlagen festgelegt. Dabei kann die Planfeststellungsbehörde gemäß § 21 Abs. 3 NABEG von dem Vorhabenträger die Vorlage von Gutachten verlangen *oder* – als Ausfluss des Amtsermittlungsgrundsatzes²⁹ – auch selbst Gutachten einholen. Vor allem hat die Behörde die eingereichten Unterlagen innerhalb eines Monats auf Vollständigkeit sowie Plausibilität zu prüfen und – soweit sie dies nicht bestätigen kann – den Vorhabenträger unverzüglich aufzufordern, die Unterlagen innerhalb einer angemessenen Frist zu ergänzen (§ 21 Abs. 5 NABEG). Im Ergebnis liegt also im Planfeststellungsrecht die Beibringungslast nahezu vollständig beim Vorhabenträger, der

der Behörde die nachvollziehende Überprüfung der (artenschutz-)rechtlichen Anforderungen im Hinblick auf das – in aller Regel höchst komplexe und vielschichtige – Vorhaben in einem kommunikativen Wechselspiel zu ermöglichen hat und ggf. auch den „Negativbeweis“ zu erbringen hat, dass die artenschutzrechtlichen Anforderungen nicht verletzt sind.

II. Vorlage der Antragsunterlagen gemäß § 10 BImSchG

Nicht wesentlich anders stellt sich die Situation für immisionsschutzrechtliche Genehmigungen gemäß §§ 4 ff. BImSchG dar, nach deren Maßgaben u. a. auch – wie der Großteil aller Industrieanlagen – Windenergieanlagen an Land in aller Regel (d. h. ab einer Gesamthöhe von mehr als 50 Metern) zu genehmigen sind (vgl. Ziffer 1.6 der Anlage 1 der 4. BImSchV).

Eine Pflicht zur Vorlage der notwendigen Unterlagen zur Prüfung, ob ein Verstoß gegen die artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote vorliegt oder die Voraussetzungen für eine Ausnahme oder Befreiung gegeben sind, ergibt sich hier ausdrücklich aus § 10 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 4 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 der 9. BImSchV: Danach bestimmen sich die Anforderungen an den Inhalt der Unterlagen nach den naturschutzrechtlichen Vorschriften.³⁰ Dies ist schlüssig, weil auch der BImSchG-Genehmigung gemäß § 13 BImSchG (weitgehende) Konzentrationswirkung zukommt und daher u. a. naturschutzrechtliche Eingriffserlaubnisse und artenschutzrechtliche Ausnahmen „miterteilt“ werden.

Die notwendigen „Unterlagen“ im Sinne von § 10 Abs. 1 Satz 2 BImSchG umfassen regelmäßig auch Analysen und Prognosen in Form von Fachgutachten. Ob Unterlagen vorzulegen sind, bestimmt sich danach, ob unter Berücksichtigung der Besonderheiten des jeweiligen Vorhabens und seiner Auswirkungen Zweifel an der Genehmigungsfähigkeit bestehen und eventuell Nebenbestimmungen zur Genehmigung geboten sein können. Die Behörde kann folglich verlangen, dass der Antragsteller die Erfüllung bestimmter Anforderungen durch Sachverständigengutachten nachweist.³¹

III. Erarbeitung des UVP-Berichts gemäß § 16 UVPG

Auch im Anwendungsbereich des Gesetzes über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG) gelten weitreichende Mitwirkungspflichten der Vorhabenträger, wobei die maß-

²⁸ Keienburg, in: Theobald/Kühling, Energierecht, 116. EL 2022, NABEG § 19 Rn. 1.

²⁹ Keienburg, (Fn. 28), § 21 Rn. 6.

³⁰ Auch *OVG NRW*, Urt. v. 18.9.2018, 8 A 1886/16, Rn. 80 – juris.

³¹ *OVG Sachsen-Anhalt*, Urt. v. 20.4.2016, 2 L 64/14, Rn. 78 – juris; *Jarass*, BImSchG, 14. Aufl. 2022, § 10 Rn. 31.

gebliche Prüftiefe weiterhin durch das zugrundeliegende Fachrecht bestimmt wird (vgl. § 3 UVPG).³²

Im Hinblick auf die Beibringung hat der Vorhabenträger eines UVP-pflichtigen Vorhabens (§§ 5 ff. i. V. m. Anlagen 1 ff. UVPG) – z. B. die Errichtung einer Windfarm mit 20 oder mehr Anlagen (Ziffer 1.6. der Anlage 1 zum UVPG) – eine sehr weitreichende Ermittlungsverantwortung, auch wenn die zuständigen Behörden verpflichtet sind, bereits vorliegende Informationen, die für die Erarbeitung des UVP-Berichts zweckdienlich sind, zur Verfügung zu stellen.³³ Schon zu Beginn hat der Vorhabenträger der zuständigen Behörde geeignete Unterlagen zu den Merkmalen des Vorhabens, einschließlich seiner Größe oder Leistung, und des Standorts sowie zu den möglichen Umweltauswirkungen vorzulegen, damit die Behörde den maßgeblichen Untersuchungsrahmen für die sich anschließenden fachgutachterlichen Untersuchungen bestimmen kann (sog. Unterrichtung gemäß § 15 UVPG). Gemäß § 16 Abs. 1 UVPG hat der Vorhabenträger dann einen Bericht zu den voraussichtlichen Umweltauswirkungen des Vorhabens (UVP-Bericht) vorzulegen, der die in der Vorschrift im Einzelnen bezeichneten Mindestinhalte aufweisen muss, u. a. eine Beschreibung der zu erwartenden erheblichen Auswirkungen des Vorhabens auf die Umwelt (Nr. 5). Soweit dies für das Vorhaben relevant ist, muss der UVP-Bericht gemäß Ziffern 9 und 10 der Anlage 4 zum UVPG auch eine Beschreibung der Auswirkungen auf Natura 2000-Gebiete sowie die besonders geschützten Arten im Sinne des § 44 BNatSchG enthalten.³⁴

Unter anderem die Artenschutzprüfung obliegt damit im Anwendungsbereich des UVPG den Vorhabenträgern. Gleichzeitig soll die Beibringungslast der Vorhabenträger aber nicht uferlos, sondern zielgerichtet sein. Der UVP-Bericht hat daher (nur) diejenigen Angaben zu enthalten, die die zuständige Behörde in die Lage versetzen, eine begründete Bewertung der Umweltauswirkungen des Vorhabens zu erstellen.³⁵ Auf dieser Grundlage kontrolliert die Behörde dann (im Rahmen der Amtsermittlung) die vorgelegten Angaben auf Richtigkeit und Vollständigkeit und stellt im Zweifelsfall eigene Ermittlungen an (vgl. § 24 Abs. 1 UVPG).³⁶ Sie ist dabei aber verpflichtet, die Unterlagen einer *eigenständigen* rechtlichen Prüfung zu unterziehen³⁷ und selbst eine zusammenfassende Darstellung der Umweltauswirkungen zu erarbeiten.³⁸

IV. Beibringungspflichten nach dem Bauordnungsrecht in Nordrhein-Westfalen

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen erscheinen die Beibringungspflichten im Baugenehmigungsverfahren vergleichsweise diffizil.³⁹ Zwar sind auch gemäß § 70 Abs. 2 Satz 1 BauO NRW mit dem Bauantrag alle für die Beurteilung des Bauvorhabens und die Bearbeitung des Bauantrags erforderlichen Unterlagen (Bauvorlagen) gemäß BauPrüfVO NRW einzureichen; gemäß § 1 Abs. 2 Satz 2 BauPrüfVO NRW kann die Bauaufsichtsbehörde in begründeten Einzelfällen zudem weiterführende Unterlagen einfordern (vgl. auch § 71 Abs. 3 Satz 3 BauO NRW). Allein vom Wortlaut her betrachtet, unterscheiden sich diese Regelungen also nicht wesentlich von den Regelungen im Planfeststellungs- und Immissionsschutzrecht. Wesentlicher Unterschied ist aber die fehlende Konzentrationswirkung der Baugenehmigung. Die Einforderung von Unterlagen kann nur so weit reichen, wie sie Gegenstand der behördlichen Beurteilung des Bauvorhabens sind. Hier ist der behördliche Prüfraum im Einzelnen zu betrachten: Die Bauaufsichtsbehörde prüft gemäß §§ 74 Abs. 1, 64 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 bzw. 65 Satz 1 Nr. 3 BauO NRW zwar auch die Vereinbarkeit mit sonstigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften, dies aber nur soweit deren Einhaltung nicht in einem anderen Genehmigungs-, Erlaubnis- oder sonstigen Zulassungsverfahren geprüft wird.

Im Bereich des Naturschutzrechts ergibt sich damit folgendes Bild:

Bezüglich des FFH-Schutzes (§ 34 BNatSchG) entscheidet die Baugenehmigungsbehörde gemäß § 53 Abs. 2 LNatSchG als Behörde, die das Projekt zulässt, im Benehmen mit der Naturschutzbehörde über die Verträglichkeit eines Projektes mit den Erhaltungszielen eines Natura 2000-Gebietes bzw. die Zulassung des Projektes im Wege der Ausnahme. Zudem entscheidet sie über die Anforderungen des Eingriffsfolgenregimes der §§ 14, 15 BNatSchG gemäß § 17 Abs. 1 BNatSchG i. V. m. § 33 Abs. 1 LNatSchG NRW.

Auch im Rahmen des besonderen Artenschutzes bleibt die Baugenehmigungsbehörde bei bauordnungsrechtlich zu genehmigenden Vorhaben zunächst zuständig, weil sie gemäß §§ 70 Abs. 2 Satz 1 und 74 Abs. 1 BauO NRW auf Grundlage der Antragsunterlagen auch über etwaige Verstöße gegen die artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände des § 44 BNatSchG entscheidet; gemäß § 18 Abs. 3 BNatSchG im Benehmen mit der Naturschutzbehörde, die die Baubehörde durch ihre fachkundige Stellungnahme unterstützen wird. In diesem Rahmen ist es folglich nicht zu beanstanden, wenn die Baubehörde die für die Beurteilung notwendigen Unterlagen einfordert. Hingegen ist die untere Naturschutzbehörde gemäß § 2 Abs. 4 und 6 LNatSchG NRW für Ausnahmeentscheidungen im Rahmen des besonderen Artenschutzes der §§ 44, 45 BNatSchG sowie für die Erteilung von Befreiungen gemäß § 67

³² Namentlich die Artenschutzprüfung sowie die FFH-Verträglichkeitsprüfung sind daher eigenständige Institute, die zwar auch im Rahmen einer UVP umgesetzt werden können, aber ein eigenständiges Anforderungsprofil aufweisen.

³³ Hilgers, NVwZ 2021, 438 (440).

³⁴ Reidt/Augustin, in: Schink/Reidt/Mitschang, UVPG, UmwRG, 2. Aufl. 2023, UVPG § 16 Rn. 31.

³⁵ OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 23.07.2019, OVG 11 S 80.18, Rn. 11 – juris; Reidt/Augustin, (Fn. 34), § 16 Rn. 29.

³⁶ Wulfhorst, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, 99. EL 2022, § 24 UVPG Rn. 26.

³⁷ BVerwG, Urt. v. 24.3.2011, 7 A 3/10, Rn. 85 – juris.

³⁸ Wulfhorst, (Fn. 36), Rn. 10.

³⁹ Vgl. zu dieser Frage aus landesrechtlicher Sicht bereits *Erbguth*, (Fn. 11), 233 ff.

BNatSchG i. V. m. § 75 LNatSchG NRW zuständig. Im Rahmen dieses Ausnahme- bzw. Befreiungsverfahrens könnte also (zumindest rein dogmatisch) lediglich die Naturschutzbehörde die Beibringung der erforderlichen Unterlagen einfordern (vgl. etwa § 33 Abs. 3 Satz 1 LNatSchG NRW). In der Praxis werden freilich die vom Vorhabenträger eingeholten Fachgutachten ohnehin, soweit Beeinträchtigungen besonders geschützter Arten festgestellt werden, auch Ausführungen zu geeigneten Alternativen sowie Vermeidungs- und Ausgleichsmaßnahmen enthalten. Im Ergebnis lässt sich also auch für das Bauverfahren resümieren, dass der zuständigen Baubehörde die Befugnis zukommt, von dem Vorhabenträger die notwendigen habitat- und artenschutzfachlichen Gutachten einzufordern.

E. Folgen einer zurückhaltenden Mitwirkung der Vorhabenträger

Angesichts dieser weitreichenden Mitwirkungspflichten und -obliegenheiten stellt sich die Frage nach den rechtlichen Folgen einer unzureichenden oder fehlenden Mitwirkung des Vorhabenträgers.

Hier wird man klar resümieren können, dass sich die auf den fehlenden oder unvollständigen Unterlagen beruhende Ungewissheit zu Lasten des Vorhabenträgers auswirkt.⁴⁰ Missachtet der Vorhabenträger eine Mitwirkungspflicht oder -obliegenheit, indem er beispielsweise ein nicht hinreichend aussagekräftiges Gutachten vorlegt, kann bzw. muss die Behörde ihn (etwa im Rahmen einer Vollständigkeitsprüfung) zunächst zur Ergänzung der Unterlagen auffordern.⁴¹ Unterlässt der an einer Begünstigung Interessierte daraufhin die Konkretisierung der Unterlagen und trägt er nicht alles dazu bei, die Voraussetzungen des Begünstigungstatbestandes darzulegen, kann bzw. muss die Behörde letztlich – wenn sie die gesetzlichen Voraussetzungen der Erteilung nicht feststellen kann – die Begünstigung (d. h. die Genehmigung) versagen.⁴²

In der Praxis müssen Vorhabenträger freilich vor allem mit massiven Verzögerungen rechnen: So läuft beispielsweise im Anwendungsbereich des BImSchG für die genehmigungsbedürftigen Anlagen bei fehlenden Unterlagen gemäß § 7 der 9. BImSchV die Frist zur Prüfung der Unterlagen ebenso wenig an, wie die Frist für die Erteilung der Genehmigung gemäß § 10 Abs. 6a BImSchG. Bei konkurrierenden, sich gegenseitig ausschließenden oder einschränkenden Vorhaben kann das Fehlen prüffähiger Unterlagen auch zur Folge haben, dass nach dem Prioritätsprinzip demjenigen Vorhaben, für das bereits die vollständigen Unterlagen vorliegen, der Vorrang gewährt wird.⁴³

⁴⁰ *BVerwG*, Beschl. v. 11.5.2015, 7 B 18/14, Rn. 20 – juris.

⁴¹ *OVG NRW*, Urt. v. 5.2.2001, 7 A 410/01, Rn. 3 – juris; *OVG Sachsen-Anhalt*, Urt. v. 20.4.2016, 2 L 64/14, Rn. 80 – juris.

⁴² Vgl. *BVerwG*, Urt. v. 24.11.1998, 1 C 33/97, Rn. 44 – juris.

⁴³ *OVG NRW*, Urt. v. 18.9.2018, 8 A 1886/16, Rn. 51 ff. – juris.

F. Ergebnis

In der Vorhabenplanung verzeichnet sich eine Verschiebung der Amtsermittlung hin zu weitreichenden, spezialgesetzlich geregelten Mitwirkungspflichten und Argumentationslasten der Vorhabenträger.⁴⁴ Namentlich im Recht der größeren Vorhabengenehmigungen (Planfeststellungsrecht, Immissionsschutzrecht, UVP-Recht) obliegt die Sachverhaltsermittlung (traditionell) weitestgehend dem Vorhabenträger, wengleich die Behörde (im Rahmen der Amtsermittlung) die vorgelegten Angaben auf Richtigkeit und Vollständigkeit kontrollieren und im Zweifelsfall eigene Ermittlungen anstellen muss. Im Ergebnis hat aber auch der Blick in das Naturschutzrecht selbst und auch das Bauordnungsrecht in Nordrhein-Westfalen gezeigt, dass davon ausgegangen werden kann bzw. muss, dass von (privaten) Bauherren die Vorlage der notwendigen arten- und naturschutzfachlichen Gutachten verlangt werden kann.

Dieser Befund wird in der Literatur nicht durchweg positiv bewertet: Zum einen stellen spät oder unvollständig eingereichte Antragsunterlagen eine der Hauptursachen für Verzögerungen im Genehmigungsverfahren dar.⁴⁵ Zum anderen sei aber auch die Objektivität der beigebrachten Informationen teilweise in Frage gestellt,⁴⁶ wenn sich die Ergebnisse zu Lasten des Vorhabenträgers auswirken könnten. Nicht zuletzt belasten die Mitwirkungspflichten den Vorhabenträger auch in finanzieller Hinsicht: Er hat regelmäßig die Kosten für die Sachverhaltsermittlungen zu tragen,⁴⁷ ohne dass ihm ein Aufwendungsersatzanspruch gegen die Behörde zusteht.⁴⁸

Diese Erwägungen sind zwar in der Tat nicht von der Hand zu weisen. Es stellt sich aber auch die Frage nach den Alternativen: Denn es dürfte weder davon auszugehen sein, dass die fachliche Kontrolldichte höher wäre, nur weil die Untersuchungspflichten in behördlicher Hand verbleiben noch dass es durch behördliche Fachuntersuchungen zu erheblichen Verfahrensbeschleunigungen käme. Die beauftragten Umweltgutachter wären jedenfalls oftmals dieselben.

⁴⁴ So auch *Hufen/Siegel*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 7. Aufl. 2021, Rn. 202.

⁴⁵ *Ziekow*, Dauer von Zulassungsverfahren: eine empirische Untersuchung zu Implementation und Wirkungsgrad von Regelungen zur Verfahrensbeschleunigung, 2005, S. 83.

⁴⁶ *Hufen/Siegel*, (Fn. 44), Rn. 204; *Hilgers*, (Fn. 33), S. 440, der insofern von der „Gefahr“ spricht, dass dem Vorhabenträger „eine Filtrierung, Instrumentalisierung und Manipulation der Sachverhaltsermittlung für seine Belange eingeräumt wird“.

⁴⁷ So etwa nach § 52 Abs. 4 S. 3 BImSchG.

⁴⁸ *VG Frankfurt a.M.*, Urt. v. 22.12.1999, 15 E 3251/96 (V) – juris.