



An Frau
LH-Stv.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Astrid Rössler
Kaigasse 14
5010 Salzburg

An das
Amt der Salzburger Landesregierung
Landesamtsdirektion
Legislativ- und Verfassungsdienst
Chiemseehof
5010 Salzburg

Salzburg, am 26.11.2015

Zahl: 2003-UMWS/1003/229/2015

Betreff: Entwurf eines Gesetzes mit dem das Salzburger Naturschutzgesetz 1998
geändert wird

Ergänzende Begutachtung

des übersandten Entwurfs zur Änderung des Salzburger Naturschutzgesetzes durch die Landesumweltanwaltschaft Salzburg.

Ergänzend zu der bereits am 16.11.2015 übermittelten Begutachtung erlaubt sich die Landesumweltanwaltschaft Salzburg eine Ergänzung zu übermitteln. Einerseits werden in dieser Ergänzung weitere Vorschläge für Verbesserungen und Ergänzungen zum Naturschutzgesetz unterbreitet, andererseits haben sich bei näherer Auseinandersetzung mit dem Thema Artenschutz gemäß FFH- und VS-Richtlinie der EU weitere wesentliche Punkte ergeben, die im Rahmen der Weiterbehandlung des Entwurfs ergänzende berücksichtigt werden sollten.

Vorschläge für Konkretisierungen, Vereinfachungen bzw Verbesserungen:

Baustelleneinrichtungen

Im Zuge der Vorverfahren zu einer Erweiterung der Mönchsberggarage tauchte die Interpretation auf, dass die geplante mehrere tausend m² große Baustelle inklusive Lager- und Manipulationsflächen sowie Baustraßen innerhalb des bestehenden Landschaftsschutzgebietes als Baustelleneinrichtung und damit als bewilligungsfrei zu qualifizieren sei. Daneben ist außerdem von einer möglichen Betroffenheit geschützter Tierarten auszugehen und von einer möglichen mittelbaren Beeinträchtigung eines Naturdenkmals. Dazu wird durch die Naturschutzbehörde des Landes die Ansicht



vertreten, dass das Kriterium der "fachlichen Notwendigkeit" das Ausmaß der Baustelleneinrichtung bestimmt. Es kommt daher drauf an, ob aus technisch-fachlicher Sicht eine derartige Baustelleneinrichtung notwendig ist.

Dies würde bedeuten, dass Baustelleneinrichtungen in als auch außerhalb von Schutzgebieten ein unbegrenztes Ausmaß erreichen können, auch unabhängig von deren Dauer, solange eine fachliche Notwendigkeit behauptet wird.

Es wird daher dringend ersucht den Begriff der Baustelleneinrichtung sowohl innerhalb als auch außerhalb von Schutzgebieten und geschützten Lebensräumen bloß auf die üblicherweise kleinen Bereiche als bewilligungsfrei zu beschränken, größere Vorhaben aber aufgrund ihrer langandauernden Wirkung und ihrer flächenhaften Ausdehnung mit einem Schwellenwert und einer Bewilligungspflicht gemeinsam mit dem Vorhaben zu versehen. Dabei sollte zumindest innerhalb von Landschaftsschutzgebieten aufgrund der höheren Sensibilität ein Schwellenwert vorgegeben werden. Derzeit ist dort für erhebliche Bodenverletzungen oder Aufschüttungen ein Schwellenwert von **250 m²** vorgegeben. Angesichts der gleichartigen Maßnahmen bei Baustelleneinrichtungen ist dieser Schwellenwert daher als vergleichbar heranzuziehen. (Ein prominenter erst kürzlich medial beachteter Fall eines Bauvorhabens am Mattsee hätte so bspw geregelt bzw vermieden werden können).

Ökologische Bauaufsicht – ÖBA

Die derzeitige Regelung sieht eine Bestellung der ÖBA durch die Behörde, die Beauftragung und Bezahlung aber durch den Projektwerber vor. Damit entstehen nach der langjährigen Erfahrung mit diesem Instrument immer wieder in der Praxis klar erkennbare Abhängigkeitsverhältnisse und Befangenheiten: die ÖBA hat einerseits klar gesetzlich geregelte Verpflichtungen umzusetzen, diese andererseits aber auch notfalls gegen den eigenen Auftraggeber durchzusetzen: Die Ökologische Bauaufsicht rügt die Hand, die sie bezahlt. Dieses Abhängigkeitsverhältnis tritt regelmäßig in jenen Fällen zu Tage, welche kostenintensiv und/oder naturschutzfachlich problematisch sind. Die ÖBA ist dann idR dem Auftraggeber ausgeliefert.

Rückmeldungen von einschlägigen Büros in Salzburg bestätigen diese Einschätzung und würden ebenso eine andere Form der Beauftragung und Bezahlung bevorzugen.

Es wird daher angeregt, die Bestellung, Beauftragung und Bezahlung der ÖBA bei der Behörde zusammen zu führen. Die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben wäre klar gegenüber der Behörde zu verantworten, ohne Einflussnahmen durch den Verpflichteten befürchten zu müssen. Die Kosten wären durch die Behörde vorzustrecken und durch Kostenbescheid an den Verpflichteten zurückzufordern.

Übermittlung existierender zeitlicher Regelungen – Erleichterungen zum Artenschutz

Im Anhang werden bezugnehmend auf die bereits erfolgte Stellungnahme existierende zeitliche Regelungen zum Artenschutz übermittelt, die eine Beurteilung sensibler Zeiten für die Behörden erleichtern könnten. Dazu zählt etwa §9 der OÖ Artenschutzverordnung bzw § 39 des dt. BNatSchG.



Ergänzende Ausführungen zum Entwurf im Bereich des Artenschutzes

Ergänzend zur bisherigen Begutachtung sind bei näherer Bearbeitung des Themenkomplexes Artenschutz nachfolgende Punkte aufgefallen, die im Rahmen der Novellierung zu berücksichtigen wären:

Der Artenschutz ist das wichtigste Instrument des (europäischen) Naturschutzes zum Erhalt der Biodiversität. Dafür sehen die EU-Richtlinien FFH und VS strenge Prüf- und Ausnahme-Verfahren vor. Der Entwurf argumentiert zwar vordergründig die Anpassung an die EU-Richtlinien und EuGH-Judikatur im EU-rechtlichen „Mindestausmaß“. Diese Anpassung an das Mindestausmaß führt aber zu einer Aufweichung von zum Teil bisher strengerer Regelungen.

Die klar erkennbare Zielsetzung des Entwurfs und in den Erläuterungen besteht darin, möglichst Ausnahme-Verfahren zu vermeiden. Auf die Einschränkungen des Artenschutzes im Rahmen des neuen vereinfachten Verfahrens wurde bereits hingewiesen.

§ 31 Abs 3 Z 1 Verfolgen, Fangen Töten von Tieren (ohne Vögel): Die Erläuterungen sehen im Fangen zu Umsiedlungszwecken keinen Verbotstatbestand verletzt. Mit dieser Auslegung wären zukünftig keine Ausnahme-Verfahren mehr erforderlich, bspw bei Betriebsansiedlungen

Dies ist inzwischen durch die Judikatur des dt. BVerwG **widerlegt** (Freiberg-Urteil vom 14.7.2011, 9 A 12.10). Demnach erfüllt auch eine geplante Baufeldfreimachung von Amphibien und Reptilien zu deren Umsiedlung den Tatbestand der Tötung hinsichtlich verbleibender und zurückkehrender Individuen. Dieser Individuen-bezogene Ansatz ist im Ggs zum Populationsansatz inzwischen gefestigte Rechtsprechung.

Zum Tötungsverbot von Tieren (ohne Vögel) verweisen die Erläuterungen des Entwurfs wiederum auf das BVerwG und das dort enthaltene Erfordernis des signifikant erhöhten Tötungsrisikos. Dieses gilt in Deutschland bisher aber nur bei großen Verkehrsinfrastrukturen hauptsächlich hinsichtlich Vögel und Fledermäuse. Vögel werden aber nunmehr gesondert behandelt. Für sonstige Tiere ist inzwischen nochmals auf das Freiberg-Urteil hinzuweisen, welches den Individuen-bezogenen Ansatz in der dt Judikatur gefestigt hat.

Mit der Auslegung gemäß den Erläuterungen des Entwurfs wäre die Durchführung eines Ausnahme-Verfahrens immer von einer vor Einleitung eines Verfahrens zu erstellenden Prognose abhängig, ohne dass die Öffentlichkeit/LUA beteiligt werden würde. Findet aufgrund der Prognose kein Verfahren statt, gibt es auch keine Überprüfungsmöglichkeit.

§ 31 Abs 2 Z 2 Störung – Einführung einer „Erheblichkeitsschwelle“

Der Begriff der „Erheblichkeit“ kommt in der FFH-RL nur im Zusammenhang mit der Störung von Schutzgebieten, aber nicht einzelnen Arten vor (Art 6). Die EK geht aber davon aus, dass auch auf Individuenebene „*gewisse negative Einflüsse*“ vorhanden sein



müssen, um den Störungstatbestand zu verwirklichen. Die EK fordert dazu einen artspezifischen Ansatz. Die EK legt daher die Störung wie folgt aus:

„So sind Störungen für eine geschützte Art z. B. schädlich, wenn sie die Überlebenschancen, den Fortpflanzungserfolg oder die Reproduktionsfähigkeit vermindern. Da verschiedene Arten unterschiedlich auf potenziell störende Aktivitäten reagieren, ist ein artspezifischer Ansatz erforderlich.“

Die Erläuterungen des Entwurfs geben diese Definition der EK unvollständig wieder. Die Definition der EK sieht die Erheblichkeitsschwelle bereits dort, wo es gewisse negative Einflüsse gibt. Der Begriff „Erheblichkeit“ ist diesbezüglich zu stark gefasst. Gemäß der Auslegung des Entwurfs durch Abstellen auf eine „Erheblichkeit“ wären negative Einflüsse auf geschützte Arten unter der Erheblichkeit nicht erfasst. Diesbezüglich fehlt aber auch der artspezifische Ansatz.

Der Prüfaufwand durch die Behörde und einen ASV vertieft sich hinsichtlich der Erheblichkeit, somit liegt keine Vereinfachung vor.

Die Folge wäre, dass zwar negative Einflüsse auf geschützte Arten zutreffen, dass es unter der nicht näher definierten Erheblichkeitsschwelle aber zu keinem Ausnahme-Verfahren kommt.

§ 31 Abs 2 Z 4 Verbot der Vernichtung von Fortpflanzungs- und Ruhestätten: Auslegung der Aufrechterhaltung der ökologischen Funktionalität:

Die Erläuterungen sehen vor, dass eine Vernichtung nicht vorliegt, wenn durch vorgezogene CEF- oder Ausgleichsmaßnahmen die Funktionalität aufrecht erhalten werden kann. Nach Ansicht der Verfasser habe dies der VwGH bestätigt.

Als Konsequenz dieser Auslegung wäre kein Ausnahmeverfahren durchzuführen, wenn die Aufrechterhaltung der ökologischen Funktionalität nachgewiesen werde. Dabei stellt sich die Frage, wer dies nachweist und wer dies überprüft? In der Folge wäre kein Verfahren erforderlich und keine Überprüfungsmöglichkeit gegeben.

Im zitierten Erkenntnis 2011/07/0190 (Pölzleitner Weitwörth) hat der VwGH überdies nichts bestätigt, sondern die bekämpfte Entscheidung aufgehoben und den Prüfumfang für das zu wiederholende Verfahren vorgegeben. Die darin genannte bundesdeutsche Judikatur bezieht sich auf die ökologische Funktionalität im Sinne der Richtlinie und den Vorgaben der EU-Kommission betreffend CEF- bzw Ausgleichsmaßnahmen:

CEF-Maßnahmen zur Erhaltung der ökologischen Funktion im Sinne des VwGH und der dort zitierten deutschen Rechtsprechung müssen daher folgende Voraussetzungen erfüllen:

- keine Vernichtung von Fortpflanzungs- und Ruhestätten
- räumlicher Zusammenhang
- mindestens die gleiche (oder eine größere) Ausdehnung
- eine gleiche (oder bessere) Qualität



- Sachverständiger Nachweis über die Wirksamkeit
- Nachgewiesene Wirksamkeit bereits vor Projektumsetzung
- Überwachung der Maßnahmen

Ausgleichsmaßnahmen zur Erhaltung der ökologischen Funktion im Sinne des VwGH und der dort zitierten deutschen Rechtsprechung müssen daher folgende Voraussetzungen erfüllen:

- Vernichtung von Fortpflanzungs- und Ruhestätten
- Durchführung eines Ausnahmeverfahrens unter Prüfung der vier Fragen
 - a) Vorliegen eines Ausnahmegrundes (§34 Abs 1 NSchG)
 - b) Fehlen einer anderen zufriedenstellenden Alternativlösung § 34 Abs 3 Z 1)
 - c) Verweilen in einem günstigen Erhaltungszustand (§ 34 Abs 3 Z 2)
 - d) Keine Verschlechterung des Bestands im Bereich des Eingriffs (§ 34 Abs 3 Z 3)
- räumlicher Zusammenhang
- negative Auswirkungen wettmachen durch mindestens die gleiche (oder eine größere) Ausdehnung und eine gleiche (oder bessere) Qualität
- Sachverständiger Nachweis über die Wirksamkeit, Erfolgsaussichten, bewährte Praktiken
- Nachgewiesene Wirksamkeit bereits vor oder spätestens im Zeitpunkt der Projektumsetzung
- Garantie des Erreichens eines günstigen Erhaltungszustands
- Überwachung der Maßnahmen

§ 31 Abs 3 – Gesonderte Regelung der Vögel:

Die gesonderte Regelung der Vögel stellt zwar eine „Anpassung“ an die Vogelschutzrichtlinie dar, ist bezogen auf die bisherige Regelung des NSchG eine Verschlechterung und bezogen auf die fachlichen Anforderungen seit Erlass der VS-RL im Jahre 1979 nicht mehr zeitgemäß. Die VS-RL wurde zwar 2009 neu verlautbart, aufgrund von Aufweichungstendenzen wurde aber nicht in den bereits veralteten Text eingegriffen.

Mit der Sonderregelung der Vögel entfällt bspw der weitergehende Schutz der Fortpflanzungs- und Ruhestätte. Bleibt ein einziger Spechtbaum bestehen, so ist der Schutz des Nestes gewahrt, die Fortpflanzungs- und Ruhestätte im Umfeld aber zerstört. Dies hätte laut Entwurf aber keine Konsequenz im Hinblick auf den Artenschutz.



§ 31 Abs 3 Z 2 Zerstören oder Entfernen von Nestern

Die angeführte Judikatur des EuGH C-252/85 lautet wie folgt:

„Zum ersten Teil dieser Rüge ist festzustellen, daß die in Artikel 5 Buchstaben b und c der Richtlinie ausgesprochenen Verbote ohne zeitliche Beschränkung gelten müssen. Es ist nämlich ein ununterbrochener Schutz des Lebensraums der Vögel erforderlich, weil zahlreiche Arten jedes Jahr die in den vorangegangenen Jahren gebauten Nester wieder benutzen. Eine Aussetzung dieses Schutzes während einer ganzen Zeit des Jahres kann deshalb nicht als mit den genannten Verboten vereinbar angesehen werden.“

Die Auslegung der Erläuterungen ist daher falsch, wenn nur auf aktuell (nicht) belegte Nester abgestellt wird. Es bedarf vielmehr eines artspezifischen Ansatzes für bestimmte standorttreue Vogelarten, die nicht das Nest, aber sehr wohl den Brutplatz wiederverwenden. Auf die bisherigen Ausführungen in der Erstbegutachtung wird verwiesen.

§ 31 Abs 3 Z 4 Störung von Vögel – Neue Einschränkung der erheblichen Auswirkung auf die „Erhaltung“ der Vogelarten

Artikel 5 lit d) VS-RL lautet: *„Verbot ihres absichtlichen Störens, insbesondere während der Brut und Aufzuchtzeit, sofern sich diese Störung auf die Zielsetzung dieser Richtlinie erheblich auswirkt;“*

Der Entwurf spricht hier nur von „Erhaltung“ der Vogelarten. Die Ziele der Richtlinie sind aber in Artikel 2 und 3 enthalten:

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 3

(1) Die Mitgliedstaaten treffen unter Berücksichtigung der in Artikel 2 genannten Erfordernisse die erforderlichen Maßnahmen, um für alle unter Artikel 1 fallenden Vogelarten eine ausreichende Vielfalt und eine ausreichende Flächengröße der Lebensräume zu erhalten oder wieder herzustellen.

(2) Zur Erhaltung und Wiederherstellung der Lebensstätten und Lebensräume gehören insbesondere folgende Maßnahmen:

- a) Einrichtung von Schutzgebieten;*
- b) Pflege und ökologisch richtige Gestaltung der Lebensräume in und außerhalb von Schutzgebieten;*
- c) Wiederherstellung zerstörter Lebensstätten;*
- d) Neuschaffung von Lebensstätten.*



Die Ziele der Richtlinie gehen daher weiter als der Begriff der „Erhaltung“ im Entwurf. Diese einschränkende Auslegung führt zu einer reduzierten Betrachtung des Vogelschutzes im Verfahren, welche nicht mit den Zielen der RL im Einklang steht.

§ 31 Abs 6 Ausnahmen für Landwirtschaft, Forst, Jagd und Fischerei

Diese Ausnahme gilt bezüglich gefährdeter Arten an deren Erhaltung aus Gründen des Naturschutzes ein öffentliches Interesse steht. Sie gilt nicht für EU-geschützte Arten.

Es ist nicht nachvollziehbar, warum gefährdete Arten gewissen Nutzungen schutzlos ausgeliefert sein sollen.

§ 34 Abs 1 Z 11 Ausnahmebewilligung – Neuer Zweck: Entnahme von Exemplaren

Der neue Zweck entspricht der Richtlinie nicht wortgetreu und eröffnet andere Interpretationsweisen und -spielräume:

Die Erläuterungen im Entwurf des Jahres 2013/14 interpretierten dazu noch entgegen der Richtlinie dieser Zweck solle Rechtsgrundlage für das Übersiedeln oder Absiedeln von Tieren (Amphibien, Schlangen, etc) sein. Dies wurde nun aus den Erläuterungen gestrichen. Die Interpretationsmöglichkeit bleibt aber.

Das Übersiedeln oder Absiedeln kann niemals ein eigener Ausnahme-Zweck, da diese Tätigkeit selbst keinen Zweck verfolgt, sondern immer nur die FOLGE eines geplanten Eingriffes sein kann (Anlagen, Vorhaben im sonstigen öffentlichen Interesse).

Laut dem Leitfaden der Kommission dient dieser Ausnahme-Zweck hauptsächlich jagdlichen Interessen, weshalb er bisher auch nicht in das NSchG aufgenommen wurde.

Ein Übersiedeln oder Absiedeln unter diesem Ausnahme-Zweck wäre EU-rechtswidrig!

§ 34 Abs 3 lit a) und b) Aufspaltung in FFH- und Vogelarten widerspricht VS-RL

Die hier vorgenommene Aufspaltung bedeutet für die Vögel zukünftig einen geringeren Schutz, da bisher bei allen Tierarten auf den günstigen Erhaltungszustand abgestellt wurde.

Bei Vögel soll zukünftig eine „*nicht mehr als nur unbedeutend abträgliche Beeinträchtigung*“ die Schwelle der Zulässigkeit eines Eingriffes bilden. Dies widerspricht der VS-RL Artikel 13, wonach es bei den Vogelarten in allen Verfahren nicht zu einer Verschlechterung der derzeitigen Lage führen darf.

§ 34 Abs 3 Entfall des Schutzes im Bereich des Eingriffes widerspricht FFH-RL

Die bisherige Bewilligungs-Voraussetzung, wonach sich der Bestand der Tier- und Pflanzenarten auch im Bereich des Eingriffes nicht verschlechtern darf entfällt ersatzlos. Die Erläuterungen argumentieren, dass dieser Begriff zu „unbestimmt“ gefasst war und nicht tauglich war.



Dies ist insofern falsch, als auch die EU-Kommission im Leitfaden auf den Bereich des Eingriffs, also die lokale Population, abstellt. Wenn nämlich eine geschützte Art allgemein im günstigen Erhaltungszustand verweilt, aber die lokale Population eine Verschlechterung erfährt, kann diese trotzdem zu einer Versagung nach den Bestimmungen der FFH-RL führen. EK-Leitfaden S 68 ff.

Der Entfall dieser Bestimmung widerspricht daher der Auslegung durch die EK.

Zum Wolfsurteil und dem ungünstigen Erhaltungszustand wird auf die Ausführungen in der Erstbegutachtung verwiesen.

Auf Basis der aufgezeigten Aufweichungstendenzen im Europäischen Artenschutz ist gegenläufig dazu aus Sicht der Landesumweltanwaltschaft zu fordern:

- ✓ Durchführung eines behördlichen Ausnahme-Verfahrens in ausnahmslos allen Fällen von Betroffenheiten geschützter Arten.
- ✓ Das Ergebnis dieses Verfahrens kann dann auch eine Befreiung vom Verbotstatbestand sein oder eine Ausnahme-Bewilligung.
- ✓ Es muss sich in allen Fällen um ein überprüfbares Verfahren handeln (LUA bzw Öffentlichkeitsbeteiligung)
- ✓ Sicherstellung von Bewilligungsverfahren auch für CEF-Maßnahmen

Mit freundlichen Grüßen

Für die Landesumweltanwaltschaft:

i.A. Mag. Markus Pointinger

