

VGH Baden-Württemberg Urteil vom 14.3.2011, 5 S 644/09

Leitsätze

1. Zu den Voraussetzungen für die Erteilung einer Befreiung nach § 78 Abs. 1 Nrn. 1 bis 3 NatSchG.
2. Der Befreiungstatbestand des § 78 Abs. 1 Nr. 3 NatSchG setzt ebenso wie der des § 78 Abs. 1 Nr. 2 NatSchG ("und die Abweichung mit öffentlichen Belangen vereinbar ist") voraus, dass zwingende Vorschriften des Europäischen Naturschutzrechts der Erteilung einer Befreiung nicht entgegen stehen.
3. Deckt sich der Schutzzweck einer Naturschutzverordnung i.S.v. § 26 NatSchG weitgehend nicht mit den Natura-2000-bezogenen Erhaltungszielen, so liegt insoweit keine "strengere Regelung" i.S.v. § 39 NatSchG vor mit der Konsequenz, dass die Anwendung des § 38 NatSchG (Durchführung der Verträglichkeitsprüfung) in diesem Umfang nicht ausgeschlossen ist.
4. Die Festsetzung von Schutzmaßnahmen, mit denen im Rahmen des Vollzugs einer Eingriffsmaßnahme mögliche erhebliche Beeinträchtigungen eines Europäischen Vogelschutzgebiets ausgeschlossen werden sollen, macht die Durchführung einer Verträglichkeitsprüfung i.S.v. § 38 Abs. 1 Satz 1 NatSchG nicht entbehrlich. Es ist gerade der Sinn der Verträglichkeitsprüfung, die Notwendigkeit etwaiger Schutzkonzepte aufzuzeigen.

Tenor

Das Urteil des Verwaltungsgerichts Freiburg vom 17.02.2009 - 3 K 805/08 - wird geändert. Es wird festgestellt, dass der Bescheid des Regierungspräsidiums Freiburg vom 08.04.2008 über die Erteilung einer naturschutzrechtlichen Befreiung zur Durchführung von Maßnahmen zum Auskühlen von Kormorangelegen im Naturschutzgebiet „Radolfzeller Aachried“ rechtswidrig gewesen ist.

Der Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

- 1 Der Kläger, ein anerkannter Naturschutzverein, begehrt die Feststellung der Rechtswidrigkeit einer naturschutzrechtlichen Entscheidung des Beklagten zur Zulassung der im Frühjahr 2008 durchgeführten Maßnahmen zur Bekämpfung des Kormoranbestandes im südwestlichen Teil des Bodensees (Untersee).
- 2 Die Kormoranbestände am Untersee haben - hierbei einer landes- und bundesweiten Entwicklung folgend - vor allem in den 1990er Jahren stark zugenommen. Während bis zum Jahr 1997 dort nahezu ausschließlich überwinternde Kormorane beobachtet werden konnten, die im Frühjahr wieder in ihre nördlicher gelegenen Sommerquartiere weiterzogen, hat sich seit 1998 eine in der Tendenz ständig anwachsende Sommerpopulation etabliert. Ebenfalls seit 1998 hat sich in dem Naturschutzgebiet „Radolfzeller Aachried“ (ausgewiesen durch Verordnung des Regierungspräsidiums Freiburg vom 09.12.1990, GBl. 1991, S. 25, im folgenden: VO NSG), das westlich von Radolfzell in unmittelbarer Nähe des Zeller Sees liegt, eine Brutkolonie entwickelt. Diese umfasste im Juni 2007 mindestens 98 besetzte Nester.
- 3 Nach einer Stellungnahme der Fischereiforschungsstelle des Landes Baden-Württemberg aus dem Jahre 2006 ruft die hohe Kormoranpräsenz am Untersee dort nicht nur fischereiwirtschaftliche Schäden hervor, sondern beeinträchtigt auch den Bestand einheimischer Fischarten (Äsche, Hecht, Flussbarsch [= Eglj] und Felchen) erheblich. Denn der Kormoran, der sich - bei einem Nahrungsbedarf von täglich 400 bis 600 g - ausschließlich von Fisch ernährt und zu Jagdzwecken bis zu 60 m tief zu tauchen vermag, kann den Untersee - anders als den viel tieferen Obersee - wegen dessen geringer Tiefe auf der gesamten Fläche als Jagdrevier nutzen.

- 4 Auswirkungen hat dies vor allem auf den Bestand der Äsche, einen Kaltwasserfisch, welcher im Bodensee fast ausschließlich im Untersee vorkommt und sein Laichgebiet in den Flachwasserzonen des Untersees hat. Da diese Fischart keine Unterstände bevorzugt, ist sie für den Kormoran leicht zu fangen. Der Äschenbestand im Untersee ist in den letzten Jahren - u.a. wegen des Hitzesommers 2003 und der dadurch bedingten Zunahme der Wassertemperatur - zurückgegangen und in seinem Bestand bedroht. Die Art wird mittlerweile auf der Roten Liste der stark gefährdeten Tierarten geführt.
- 5 Nachdem sich deutsche und schweizerische Berufsfischer am Untersee bereits längere Zeit über fischereiwirtschaftliche Schäden beklagt hatten, die sie auf die Zunahme des Kormoranbestandes zurückführen, erteilte das Regierungspräsidium Freiburg in den Jahren 2004, 2005, 2006 und 2007 jeweils artenschutzrechtliche Erlaubnisse gem. § 48 Abs. 8 Nrn. 1 und 2 BNatSchG a.F. zum sog. Vergrämungsabschuss von Kormoranen am Untersee in der Zeit von September bis März. Diese Maßnahme zielte darauf ab, die im Spätherbst als Überwinterer am Bodensee eintreffenden Kormorane zum Weiterzug zu bewegen und sie zumindest von den fängisch ausliegenden Netzen der Fischer fernzuhalten. Eine Vergrämung gestützt auf § 2 der Verordnung der Landesregierung zur Abwendung erheblicher fischereiwirtschaftlicher Schäden durch Kormorane sowie zum Schutz der heimischen Tierwelt vom 04.05.2004 (GBl. S. 213, Kormoranverordnung) kam nicht in Betracht, weil der Untersee des Bodensees - einschließlich des Radolfzeller Aachrieds - als Gebiet nach der Richtlinie 79/409/EWG des Rates vom 02.04.1979 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten (ABl. EG Nr. L 103, S. 1, im Folgenden: Vogelschutzrichtlinie) der EU-Kommission gemeldet und im Bundesanzeiger vom 11.06.2003 bekannt gemacht wurde (vgl. § 2 Abs. 4 und 5 der Kormoranverordnung). Aufgrund der Verordnung des Ministeriums für Ernährung und Ländlichen Raum Baden-Württemberg vom 05.02.2010 zur Festlegung von Europäischen Vogelschutzgebieten (GBl. 2010, S. 37; VSG-VO) ist das Radolfzeller Aachried auch förmlich (vgl. § 36 Abs. 1 bis 3 NatSchG) als besonderes Schutzgebiet im Rahmen des ökologischen Netzes Natura 2000 ausgewiesen.
- 6 Mit Schreiben vom März 2006 an das Regierungspräsidium Freiburg wiesen der Fischereiverein Untersee und Rhein e.V., der Schweizerische Fischereiverein Untersee und Rhein, der Landesfischereiverband Baden e.V. und die Schweizerischen Unterseefischer u.a. darauf hin, dass durch die Etablierung einer rapide wachsenden Sommerpopulation im Naturschutzgebiet Aachried ein neues, zusätzliches Problem für die Fischerei entstanden sei, zu dessen Lösung eine Wintervergrämung nicht ausreiche. Man könne am Untersee nicht so lange warten, bis natürlicherweise eine Populationssättigung durch Begrenzung der Nahrungsmenge eintrete. Denn dann seien die mittleren Fischgrößen, so wie z.B. am Alten Rhein zwischen Basel und Breisach, praktisch verschwunden. In einem Radius von 15 km um den Untersee seien 30 Kormoranbrutpaare mit den dazugehörigen Jungvögeln auch in Jahren mit geringen Jahrgangsstärken bei Barsch, Felchen und Äsche als Obergrenze gerade noch tragbar. Da auch die schweizerische Fischerei durch den deutschen Schutz der Übersommerer erheblich beeinträchtigt werde, beantrage man die Erstellung eines bilateralen Kormoran-Management-Plans Bodensee-Untersee, der u.a. die Reduktion von adulten Vögeln und Jungvögeln, die Vergrämung mittels Lasereinsatz in nicht jagdbaren Gebieten, die Beibehaltung der Wintervergrämung und die Verhinderung weiterer Kolonienbildungen umfasse.
- 7 Das Regierungspräsidium setzte daraufhin eine Arbeitsgruppe ein, bestehend aus deutschen und schweizerischen Behördenvertretern, Naturschutzverbänden - u.a. dem Kläger - sowie Vertretern der Fischerei. Diese verwarf ausweislich ihres Abschlussprotokolls aus dem Jahre 2007 eine Reihe bestimmter Maßnahmen (u.a. Nestlingsabschüsse, Brutvogelabschüsse während der Brutphase und ganzjährige Jungvogelabschüsse), schloss aber insgesamt vier Maßnahmen (1. Brutvogelabschuss während der Nestbelegungsphase, 2. optische/akustische Störung während der Brutphase, 3. Abschuss nichtbrütender Übersommerer an Schlafplätzen und 4. erweiterter Vergrämungszeitraum auf den Netzen) „nicht von vornherein grundsätzlich aus“. Lediglich die letztgenannte Maßnahme fand zwar methodisch allgemeine Zustimmung, wurde von der Fischerei aber als nicht ausreichend angesehen.
- 8 Nach verwaltungsinterner Diskussion unter Beteiligung schweizerischer Stellen beschloss der Beklagte, in der Kormorankolonie „Radolfzeller Aachried“ in einer Aprilmacht des Jahres 2008 während der Erbrütungsphase eine „gezielte Störung“ durchzuführen. Zu diesem Zweck sollten die Nester in einer ausreichend kalten Nacht mit einer stark gebündelten Halogenlampe angestrahlt werden mit dem Ziel, die brütenden Elterntiere kurzzeitig zu vertreiben und hierdurch eine Unterbrechung der Eientwicklung zu bewirken. Bei einer gleichgelagerten Aktion in Brandenburg wurde auf diese Weise die Schlupfrate um 90 % vermindert. Maßgeblich für die Entscheidung des Beklagten war, dass die Methode „unblutig, wenig aufwändig und praktisch ohne Nebenwirkungen“ sei. Mit

Schreiben vom 28.02.2008 hörte das Regierungspräsidium die Naturschutzvereine - darunter den Kläger - zu der beabsichtigten Maßnahme an. Mit Schreiben vom 07.03.2008 zeigte sich der Kläger entsetzt über die „beabsichtigte Auslöschung der einzigen Kormorankolonie am deutschen Bodenseeufer“ und wies darauf hin, dass dieses Vorgehen aus Sicht des Tierschutzes indiskutabel sei, weil die Elternvögel unter erheblichem Stress am Ausleben ihres Brutinstinktes gehindert würden. Außerdem werde das nächtliche Bestrahlen auch streng geschützte Vogelarten wie Kolbenenten und Rohrweihen, die zu diesem Zeitpunkt brüteten, voraussichtlich beeinträchtigen. Der Landesnaturschutzverband e.V. (zugleich im Namen des Landesfischereiverbandes) sowie der Landesjagdverband stimmten der geplanten Maßnahme zu. Das Max-Planck-Institut für Ornithologie (Vogelwarte Radolfzell) wies in seiner Stellungnahme darauf hin, dass der Nachweis erheblicher fischereiwirtschaftlicher Schäden durch den Kormoran im Raum Radolfzell/Untersee bisher nicht erbracht sei. Die geplante Aktion sei nicht durchführbar, weil der Kormoran in diesem Jahr schon sehr früh mit der Brut begonnen habe. In einigen Nestern müssten bereits Jungvögel vermutet werden, die der Gefahr ausgesetzt würden zu verhungern. Außerdem könne eine nachhaltige Vergrämung nur bei mehr als einer nächtlichen Aktion erreicht werden, was aber möglicherweise die vollständige Aufgabe der Kolonie - und deren Verlagerung in andere Bereiche - zur Folge habe. Schließlich seien Störungen und Brutverluste bei benachbart brütenden wertgebenden Arten wie Rotmilan, Schwarzmilan und Baumfalke zu befürchten. Die Entwicklung der Größe der Kormorankolonie in den letzten Jahren lege zudem nahe, dass keine weitere Bestandszunahme mehr zu erwarten sei.

- 9 Am 01.04.2008 ließ das Regierungspräsidium unter Beteiligung eines Vertreters der Vogelwarte Radolfzell und des Klägers eine Gebietsbegehung durchführen. Ausweislich einer hierüber vorliegenden Aktennotiz konnten außer einem Paar Löffelenten keine weiteren relevanten Vögel, insbesondere keine Greifvögel beobachtet bzw. keine Horste festgestellt werden. Weitere Brutplätze anderer Vögel waren nicht zu identifizieren. Mit Schreiben vom 06.04.2008 wies der Kläger unter Bezugnahme auf Beobachtungen am 05. und 06.04.2008 darauf hin, dass in der Kormorankolonie die ersten Jungvögel geschlüpft seien; außerdem könne eine Brut von Schwarzmilanen nachgewiesen werden; direkt unterhalb der Kolonie im Altwasser hätten jeweils 2 Paare Wasserrallen und Zwergtaucher gerufen. Daraufhin veranlasste das Regierungspräsidium erneut eine Nachschau unter Beteiligung eines Vertreters des Klägers. Ausweislich des vorliegenden Protokolls wurde während der Beobachtungszeit am 07.04.2008 zwischen 14.20 und 17.00 Uhr kein Fütterungsverhalten in der Kormorankolonie festgestellt und trug der überwiegende Teil der Vögel Nistmaterial bei sich. Zwar wurde ein Paar Schwarzmilane beobachtet; ein Horst wurde jedoch nicht ausgemacht.
- 10 Am 08.04.2008 erteilte das Regierungspräsidium den antragstellenden Vereinen unter Bezugnahmen auf deren gemeinsamen Antrag vom März 2006 und das Ergebnis der deutsch-schweizerischen Arbeitsgruppe eine naturschutzrechtliche Befreiung gem. § 7 der VO NSG i.V.m. §§ 79 und 78 NatSchG Baden-Württemberg (im Folgenden: NatSchG) unter Einschluss einer Ausnahme nach § 43 Abs. 8 Nrn. 1 und 2 BNatSchG für die im April 2008 geplante Maßnahme zum Auskühlen von Kormorangelegen im Bereich der Kormoranbrutkolonie. Für die fachgerechte Durchführung wurde die Fischereibehörde beim Regierungspräsidium als Verantwortliche bestimmt. Die Entscheidung erging unter folgenden Maßgaben:
- 11 1. Die Maßnahme darf nur in 1 bis 2 Nächten während der Erbrütungsphase bis Mitte April 2008 bei möglichst kalter Nacht erfolgen.
- 12 2. Durch fachkundige Beobachtungen am Tag vor dem Einsatz der Halogenlampen ist zu prüfen, ob
- 13 - Bruten von anderen Vogelarten im Einwirkungsbereich der Strahler vorhanden sind. Es ist insl nicht gänzlich ausgeschlossen, dass Rot- und Schwarzmilane in den Brutbäumen der Kormora unmittelbarer Nähe brüten;
- Futterflüge und frisch geschlüpfte Jungvögel in der Kormorankolonie beobachtet werden könne
- 14 Sollten wider Erwarten solche Aktivitäten festgestellt werden, darf die Maßnahme nicht durchgeführt werden.
- 15 3. Es dürfen nur stark bündelnde Halogenscheinwerfer benutzt werden. Die Verwendung von Laser-Geräten ist nicht zulässig. Bei der Maßnahme ist darauf zu achten, dass nur gezielt in die Brutbäume geleuchtet wird. Jeglicher Lärm oder sonstige Störungen anderer Brutvögel im Schutzgebiet sind zu vermeiden.

- 16 4. Es dürfen nur maximal 6 Personen bei der Begehung im Naturschutzgebiet mitwirken. Die Personen, die vor Ort an der Maßnahme teilnehmen, sind dem Referat 55 rechtzeitig vorher namentlich zu benennen.
- 17 5. Am Tag vor der Maßnahme sind die Betretungswege und Standplätze auf das Vorkommen von brütenden Vogelarten durch fachkundige Beobachtung zu prüfen. Erhebliche Störungen von am Boden und im Schilf brütenden Vogelarten dürfen bei der Begehung nicht eintreten.
- 18 6. Es ist über das Frühjahr 2008 eine Erfolgskontrolle durchzuführen. Das Ergebnis ist dem Referat 55 bis zum 01.09.2008 mitzuteilen.
- 19 7. Die sofortige Vollziehung dieser Entscheidung wird gem. § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO angeordnet.
- 20 Zur Begründung heißt es, zwar liege die Kormorankolonie in einem Naturschutzgebiet, das gleichzeitig Teil des Europäischen Vogelschutzgebietes „Untersee des Bodensees“ sei, auch sei es sowohl nach § 4 VO NSG als auch nach § 42 Abs. 1 BNatSchG verboten, im Schutzgebiet brütende Kormorane mutwillig zu beunruhigen und während ihrer Fortpflanzungs- und Aufzuchtzeit erheblich zu stören. Jedoch lägen hier die Voraussetzungen für eine Befreiung nach § 7 der VO NSG und eine Ausnahme nach § 43 Abs. 8 Nrn. 1 und 2 BNatSchG vor. Von den inzwischen auch übersommernden und am Untersee brütenden Kormoranen (inzwischen ca. 100 Brutpaare im NSG im Jahr 2006) gehe ein hoher Schadensdruck für die am Bodensee-Untersee noch existierenden Berufsfischer sowie für die heimischen Fischarten (v.a. Felchen und Äschen) aus. Mit der Maßnahme solle erreicht werden, dass eine Jahresbrut möglichst weitgehend ausfalle und dadurch die erheblichen Schäden im fischereiwirtschaftlichen Bereich sowie an heimischen Fischbeständen und -arten reduziert würden. Die Maßnahme sei das mildeste Mittel möglicher Managementmaßnahmen. Elterntiere kämen nicht unmittelbar zu Schaden; mit den Vorgaben zur konkreten Vorgehensweise werde sichergestellt, dass jeglicher Lärm oder sonstige erheblichen Störungen anderer Brutvögel im Schutzgebiet unterblieben. Es könne davon ausgegangen werden, dass sich trotz der Maßnahme der Erhaltungszustand der Kormoranpopulation am Untersee insgesamt nicht verschlechtere. Der Kormoran sei trotz seines Schutzstatus keine besonders gefährdete Tierart mehr. Erhebliche Beeinträchtigungen des Vogelschutzgebiets in seinen für die Erhaltungsziele maßgeblichen Bestandteilen könnten bei Beachtung der vorgegebenen Maßgaben ausgeschlossen werden. Einer Verträglichkeitsprüfung habe es deshalb nicht bedurft. Die Einschätzung des Klägers, dass durch die Maßnahme bereits geschlüpfte Jungvögel betroffen würden und erfrieren könnten, werde nicht geteilt. Nach den Beobachtungen vor Ort sei in der Brutkolonie erst am 22.03.2008 mit dem Brutgeschäft begonnen worden; es bestehe daher ein Zeitfenster bis Mitte April 2008.
- 21 Am späten Abend des 08.04.2008 wurde die Vergrämungsaktion von fachkundigen Personen unter Anleitung durch Mitarbeiter des Regierungspräsidiums mittels Halogenscheinwerfern durchgeführt. Ein großer Teil der brütenden Kormorane wurde zeitweise aus ihren Nestern vertrieben.
- 22 Gegen den Bescheid vom 08.04.2008 hat der Kläger am 30.04.2008 Fortsetzungsfeststellungsklage beim Verwaltungsgericht Freiburg erhoben. Zur Begründung hat er im Wesentlichen ausgeführt, die Klagebefugnis folge aus § 61 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG; das Fortsetzungsfeststellungsinteresse ergebe sich daraus, dass nach dem Antrag der Fischereiverbände vom März 2006 sowie nach den vorliegenden Ergebnissen der Arbeitsgruppe mit einer Wiederholung der Vergrämungsaktion zu rechnen sei. Die Voraussetzungen für eine Befreiung gem. §§ 78 und 79 NatSchG BW hätten weder in Form überwiegender öffentlicher Belange noch in Form einer unbeabsichtigten Härte vorgelegen. Es sei nicht nachgewiesen, dass durch die Kormoranpopulationen am Bodensee fischereiwirtschaftliche Schäden verursacht würden. Der Ertrag des „Brotfisches“ Felchen sei trotz Ansiedlung und Zunahme des Kormorans um etwa 15 % angestiegen; es lasse sich keine Kausalität zwischen Fangerträgen und Kormoranzahlen ableiten. Es lägen aber auch keine Schäden an der Fischfauna vor; insoweit fehle es an einer fachlichen Begründung für die Verantwortlichkeit des Kormorans, zumal das Wasser im Bodensee immer sauberer geworden sei und der dadurch bedingte Rückgang der Phosphatbelastung einer der Hauptgründe für den Rückgang der Fangerträge sei. Auch für den Rückgang der Äsche sei ein ganzes Ursachenbündel verantwortlich (v.a. Hitzeeinwirkungen), dieser könne nicht monokausal auf die Zunahme des Kormorans zurückgeführt werden. Auswirkungen auf andere Vogelarten seien in dem angefochtenen Bescheid nicht hinreichend berücksichtigt worden; die vorgenommenen Beobachtungen seien unzureichend gewesen; tatsächlich seien andere Vogelarten erheblich gestört worden. Als milderer Mittel hätten verschiedene Maßnahmen zur Verfügung gestanden, so z.B. die Vertreibung der Kormorane direkt an den Netzen bzw. deren Vergrämung direkt an den Laichorten der Äsche entsprechend dem Vorgehen der Schweizerischen „Kormoranwacht“.

Außerdem könnten die Fischer ihre Netze wie überall in der Welt erst abends ausbringen und in der Morgendämmerung wieder einholen, mithin in einer Zeit fischen, in der der Kormoran nicht aktiv sei. Die Voraussetzungen für eine Ausnahme nach § 43 Abs. 8 Nrn. 1 und 2 BNatSchG hätten ebenfalls nicht vorgelegen. Die Maßnahme sei weder zur Vermeidung gemeinwirtschaftlicher Schäden für die Fischereiwirtschaft noch zum Schutz der Tierwelt erforderlich gewesen. Schließlich entspreche der Bescheid auch nicht den Anforderungen an Natura-2000-Gebiete. Eine Beeinträchtigung von Arten nach Art. 4 Abs. 2 der Vogelschutzrichtlinie habe vorgelegen; unzulässigerweise sei aber keine Verträglichkeitsprüfung gem. § 34 Abs. 3 bis 5 BNatSchG durchgeführt worden.

- 23 Das Verwaltungsgericht hat in der mündlichen Verhandlung am 17.02.2009 mehrere vom Kläger bzw. dem Beklagten aufgebotene sachverständige Personen gehört und die Klage mit Urteil vom selben Tage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt: In Bezug auf die erteilte naturschutzrechtliche Befreiung sei der Kläger gem. § 61 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNatSchG klagebefugt. Ob ihm auch in Bezug auf die erteilte Ausnahme nach § 43 Abs. 8 BNatSchG über den Wortlaut des § 61 Abs. 1 BNatSchG hinaus eine Klagebefugnis zukomme, könne offenbleiben, da die Klage jedenfalls in der Sache keinen Erfolg habe. Die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen lägen vor, insbesondere bestehe angesichts der Gefahr, dass die Vergrämungsaktion wiederholt werde, trotz zwischenzeitlicher Erledigung der Maßnahme ein Interesse des Klägers an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des Bescheides. Sowohl die naturschutzrechtliche Befreiung als auch die artenschutzrechtliche Ausnahme seien jedoch rechtmäßig. Rechtsgrundlage für die naturschutzrechtliche Befreiung seien §§ 79, 78 NatSchG, ohne dass es eines Rückgriffs auf den Befreiungstatbestand in § 7 VO NSG bedürfe. Zwar sei in der Entscheidung nicht angegeben, auf welche Nummern des § 78 Abs. 1 NatSchG sie sich stütze, da die artenschutzrechtliche Ausnahme sich aber auf § 43 Abs. 8 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 BNatSchG stütze, sei Rechtsgrundlage für die naturschutzrechtliche Befreiung die funktionsgleiche Regelung in §§ 78 Abs. 1 Nr. 2 und 3, 79 NatSchG. Die „Härte“ i.S.d. §§ 78 Abs. 1 Nr. 2, 79 NatSchG bzw. der „erhebliche fischereiwirtschaftliche Schaden“ i.S.v. § 43 Abs. 8 Satz 1 Nr. 1 BNatSchG sei hier im „Schadensdruck“ für die Berufsfischer am Untersee zu sehen. In diesem Zusammenhang kämen drei Gesichtspunkte in Betracht: (1.) Die Zerstörung der Netze, wenn die Kormorane auf Jagd nach darin gefangenen Fischen gingen, (2.) der dadurch eingetretene Fangverlust, sei es, dass die Fische aus den Netzen herausgerissen würden, sei es, dass sie angepickt würden und nicht mehr verwertet werden könnten sowie (3.) die Reduktion der Fangmenge als Folge der Abnahme des Fischbestandes im Untersee aufgrund des Prädationsdrucks der Kormorane. Ausweislich eines Berichts der Fischereiaufsicht des Kantons Thurgau vom 08.12.2003 über die Erhebung der durch Kormorane verursachten Schäden in der Netzfischerei am Untersee in den Jahren 1996 bis 2003 hätten sich die bei einem Teil der ausgelegten Netze konkret ermittelten Schäden auf 1.742 EUR pro Jahr und Fischer belaufen. Die Annahme des Beklagten, dass der Kormoran durch Löcher in den Netzen und nicht mehr verwertbare Fische Schäden in der Größenordnung von 2.000 EUR verursache, sei damit in Übereinstimmung zu bringen. Zwar bezögen sich die vom Kanton Thurgau ermittelten Zahlen auf die Winterfischerei, die Kammer gehe jedoch davon aus, dass die Schäden im Sommer ein vergleichbares Ausmaß erreichten. Indessen sei die Kammer nicht davon überzeugt, dass die Prädation - entsprechend dem oben unter (3.) genannten Gesichtspunkt - durch den Kormoran zu einer Verringerung der Fangmenge der Berufsfischer führe, denn es könne keine Gleichung der Art aufgestellt werden, dass jeder Fisch, den der Kormoran weniger fresse, den Fischern mehr ins Netz gehe. Auffallend sei, dass sich die Gesamtfangmenge am Bodensee bis 1999 mit 311.594 kg trotz bereits Ende der 1990-er Jahre deutlich einsetzender Zunahme des Kormoranbestandes gegenüber dem vom Kormoran weitgehend unbeeinflussten Ertrag in 1997 (112.137) fast verdreifacht habe und auch im Jahr 2000 mit 257.959 kg deutlich über dem Durchschnitt der Jahre 1987 bis 1996 gelegen habe. Die Einschätzung des Klägers, dass der Ertrag der Fischer von zahlreichen weiteren Faktoren maßgeblich beeinflusst werde (Abnahme der Fischmenge in Folge der Reoligotrophierung des Bodensees, Menge der ausgesetzten Jungfische, von den Fischern betriebener Fangaufwand), sei durchaus naheliegend. Die beschriebenen Gesichtspunkte (1.) und (2.) seien jedoch als „Härte“ i.S. des § 78 Abs. 1 Nr. 2 NatSchG BW bzw. als „erheblicher fischereiwirtschaftlicher Schaden“ i.S.v. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNatSchG anzusehen, denn auf eine absolute Schadenshöhe komme es insoweit nicht an. Maßgeblich sei, ob die Schäden eine die Berufsfischerei gefährdende Höhe erreichten und das eigentumsrechtlich geschützte Recht am Gewerbebetrieb verletzen könnten. Dies sei der Fall. Zwar sei die Angabe des Beklagten, der jährliche Ertrag der Fischer liege im Durchschnitt vor Abzug der Unkosten unter 20.000 EUR, deutlich nach oben zu korrigieren, da dieser Zahl die Großmarktpreise für Fische zugrunde lägen, während insbesondere die noch ausschließlich vom Fischfang lebenden Fischer ihren Fang zum großen Teil selbst weiter verarbeiteten, vermarkteten und damit höhere Erträge erzielten. Auch dann stellten die Schäden in Relation zur Höhe der Gesamteinnahmen aber eine beträchtliche Größenordnung dar, die den Gewinn zahlreicher

Fischereibetriebe unter die Rentabilitätsschwelle drücke. Die „Härte“ sei auch unbeabsichtigt, weil der Normgeber im Zeitpunkt des Erlasses der VO NSG nicht vorausgesehen habe, dass der Schutz der Kormorane jedenfalls mit dazu beitrage, fischereiwirtschaftliche Schäden zu verursachen. Mit den öffentlichen Belangen des Naturschutzes sei die Befreiung ebenfalls vereinbar, weil der Kormoranbestand in den letzten Jahren massiv zugenommen habe.

- 24 Auch die Voraussetzungen für eine Befreiung nach §§ 78 Abs. 1 Nr. 3, 79 NatSchG lägen vor, weil die Durchführung der Verbotsvorschrift des § 4 Abs. 2 Nr. 9 VO NSG zu einer nicht gewollten Bedrohung des Bestandes der Äsche am Untersee führe. Insoweit seien auch die Voraussetzungen für die Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme nach § 43 Abs. 8 Satz 1 Nr. 2 BNatSchG gegeben. Angesichts des vollständigen Niedergangs der Äschenpopulation am Untersee - einer Population von nationaler Bedeutung - seit dem Hitzesommer 2003 müsse jede weitere nachteilige Einwirkung auf den Bestand verhindert werden, um der Äsche nicht auch noch die verbleibende Überlebenschance zu nehmen. Die Prädation durch den Kormoran stelle für diese Population eine erhebliche Gefahr dar, denn in den flachen Laichgewässern sei die Äsche für ihn eine leichte Beute. Besonders nachteilig wirke sich aus, wenn der Kormoran Äschen fange, bevor sie abgelaicht hätten. Die Befreiungs- bzw. Ausnahmeentscheidung stehe im Ermessen der Behörde. Die hier getroffene Ermessensentscheidung sei nicht zu beanstanden. Auch die Anforderungen aus § 43 Abs. 8 Satz 2 BNatSchG i.V.m. Art. 16 Abs. 1 FFH-RL seien beachtet. Eine zumutbare Alternative gebe es nicht. Die Kormoranpopulation verbleibe angesichts der stetigen Populationszunahme in der gesamten Bodenseeregion in einem günstigen Erhaltungszustand. Entgegen der Auffassung des Klägers sei das strenge Beeinträchtigungs- und Störungsverbot aus Art. 4 Abs. 4 der Vogelschutzrichtlinie hier nicht Prüfungsmaßstab, weil es sich bei dem NSG Aachried um kein faktisches Vogelschutzgebiet handele. Zwar sei dieses vom Bundesumweltministerium gem. § 10 Abs. 6 BNatSchG als europäisches Vogelschutzgebiet bekannt gemacht und veröffentlicht worden; in diesem Fall werde das Schutzregime nach Art. 4 Abs. 4 Vogelschutzrichtlinie aber durch das erleichterte Schutzregime nach Art. 6 Abs. 2 bis 4 FFH-RL ersetzt. Diesem sei hier Genüge getan, da bereits die bestehende Ausweisung als Naturschutzgebiet mit den umfassenden Verbotsvorschriften aus § 4 VO NSG einen ausreichenden Schutz i.S.d. § 36 Abs. 4 Satz 7 BNatSchG gewährleiste. Einer Verträglichkeitsprüfung nach § 38 Abs. 1 Satz 1 BNatSchG habe es nicht bedurft, da die Entscheidung unter zahlreichen Maßgaben erteilt worden sei, deren Beachtung eine erhebliche Beeinträchtigung des Schutzgebietes gerade ausschließe. Soweit der Kläger geltend mache, zahlreiche Vogelarten seien durch die durchgeführte Aktion stark beeinträchtigt worden und die angeordneten Kontrollen seien unter fachlichen Gesichtspunkten ungeeignet gewesen, rüge er nicht die Rechtswidrigkeit der Befreiung, sondern ihres Vollzugs. Vollzugsfehler könnten im Rahmen der vorliegenden Klage aber nicht berücksichtigt werden, weil nur die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts zu prüfen sei.
- 25 Am 06.03.2009 hat der Kläger die vom Verwaltungsgericht in seinem Urteil zugelassene Berufung eingelegt. Zu deren Begründung führt er im wesentlichen aus: Das Fortsetzungsfeststellungsinteresse für die Klage sei nach wie vor zu bejahen, obwohl sich die Rechtslage hinsichtlich des naturschutzrechtlichen Befreiungstatbestandes durch die Neufassung des BNatSchG zum 01.03.2010 geändert habe. Denn trotz Änderung des Wortlauts seien die rechtlichen Maßstäbe dieselben geblieben. Gleiches gelte hinsichtlich der artenschutzrechtlichen Ausnahme nach §§ 44, 45 BNatSchG n.F.. Auch die vom Verwaltungsgericht angenommene Klagebefugnis hinsichtlich der naturschutzrechtlichen Befreiung sei durch die Neufassung nicht entfallen. Eine Klagebefugnis liege aber auch vor im Hinblick auf die artenschutzrechtliche Ausnahme, denn zum einen handele es sich vorliegend um eine von § 63 Abs. 2 Nr. 5 i.V.m. § 64 BNatSchG n.F. erfasste Regelung des BNatSchG, zum anderen sei die naturschutzrechtliche Befreiungsentscheidung in der Sache nicht von der artenschutzrechtlichen Ausnahmeentscheidung zu trennen. Die naturschutzrechtliche Entscheidung schließe die artenschutzrechtliche mit ein. In jedem Fall liege eine Klagebefugnis in analoger Anwendung des § 61 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNatSchG a.F. bzw. §§ 63 Abs. 2 Nr. 5, 64 BNatSchG n.F. vor. In der Sache sei die Entscheidung des Beklagten bereits deshalb rechtswidrig, weil die antragstellenden Fischereivereine keine eigenen Rechte und Interessen geltend machen könnten. Sie seien weder selbst Berufsfischer noch eine Berufsorganisation der Berufsfischer, um deren Interessen es hier allein gehe. Infolgedessen habe den Vereinen die Antragsbefugnis nach § 22 VwVfG gefehlt; auf ihren Antrag hin hätte die Entscheidung deshalb nicht ergehen dürfen. Darüber hinaus hätten auch die Voraussetzungen für die Erteilung einer naturschutzrechtlichen Befreiung nicht vorgelegen. Das Verwaltungsgericht habe es versäumt darzulegen, worin die besondere „Atypik“ bestehe, die für eine Befreiungsentscheidung erforderlich sei. Da sich die angegriffene Maßnahme auf ein Naturschutzgebiet beziehe, in dem grundsätzlich alle zu einer Veränderung des Schutzgebiets führenden Handlungen verboten seien und gleichzeitig ein besonders schutzwürdiges ausgewiesenes Vogelschutzgebiet in Rede stehe, sei dem Schutz von Flora und Fauna eine sehr hohe Bedeutung beizumessen und seien Eingriffe ermöglichende

Befreiungsentscheidungen sehr restriktiv zu handhaben. Eine solche Handhabung sei hier nicht zu erkennen. Der Umstand, dass sich der Kormoran in den genannten Gebieten vermehrt habe, begründe jedenfalls keinen atypischen Fall, der einen Eingriff rechtfertige. Auch das Tatbestandsmerkmal der „offenbar nicht beabsichtigten unzumutbaren Härte“ i.S.v. § 78 Abs. 1 Nr. 2 NatSchG bzw. der „unzumutbaren Belastung im Einzelfall“ i.S.v. § 67 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BNatSchG n.F. liege nicht vor. Soweit es um Schäden der Berufsfischerei infolge der Zerstörung von Netzen durch jagende Kormorane und den dadurch eingetretenen Fangverlust gehe, sei bereits zweifelhaft, ob sich die Fischereivereine als Adressaten der Regelung überhaupt auf den aus Art. 14 GG abgeleiteten Eigentumsschutz berufen könnten. Zudem sei offensichtlich, dass der Bestand der Kormorane die Rentabilität eines Gewerbebetriebes nicht unmittelbar beeinflusse. Selbst wenn man davon ausgehe, dass Kormorane Schäden in der vom Verwaltungsgericht unterstellten Höhe verursachten, wäre an Entschädigungs- bzw. Kompensationsleistungen durch den Staat zu denken, um die Interessen der Berufsfischer zu wahren. Das Verwaltungsgericht habe auch nicht festgestellt, dass die von ihm angenommene „unzumutbare Härte“ für die Fischer durch die in Rede stehende Maßnahme effektiv beseitigt werde. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts könne der Nachweis einer Existenzbedrohung der Berufsfischer nicht mit dem von ihm erwähnten Bericht der Fischereibehörde des Kantons Thurgau geführt werden. Dieser Bericht sei von jemandem verfasst worden, der einseitig die Berufsinteressen der Fischer im Auge habe, und sei auch methodisch zweifelhaft zustande gekommen. Denn an den Erhebungen zur Schadenshöhe hätten von 26 Berufsfischern nur 19 teilgenommen. Zudem sei von den ausgeteilten Erhebungsbögen nur ein Teil zurückgekommen; die zurückgegebenen Erhebungsbögen seien nur zum Teil aufgefüllt gewesen. Die auf dieser Basis ermittelten Ergebnisse seien daher nicht repräsentativ. Auch sei es nicht sachgerecht, die in dem Bericht für die Winterfischerei ermittelten Ergebnisse auf die Sommerfischerei zu übertragen, denn die Sommerpopulation der Kormorane sei jedenfalls kleiner als die Winterpopulation. Der durch den Kormoran bei der Sommerfischerei verursachte Schaden sei im Verhältnis zum Gesamteinkommen der Berufsfischer als nicht erheblich zu betrachten. Letztendlich sei dieser Schaden bezogen auf das Jahr 2008 aber gar nicht konkret ermittelt worden. Die vom Verwaltungsgericht getroffene Feststellung, die Schäden stellten jedenfalls eine Größenordnung dar, die den Gewinn zahlreicher Fischereibetriebe unter die Rentabilitätsschwelle drücke, entbehre der tatsächlichen Grundlage, zumal die zurückgehende Rentabilität auch ohne weiteres auf den geringeren Nährstoffgehalt des Bodensees und die dadurch zurückgehende Fangmenge zurückzuführen sei. Zuzustimmen sei dem Verwaltungsgericht hingegen in seiner Einschätzung, dass die Prädation durch den Kormoran nicht allgemein zu einer Verringerung der wirtschaftlich verwertbaren Fangmenge führe. Die naturschutzrechtliche Befreiung habe auch nicht mit Blick auf den Schutz der Äschenbestände nach § 78 Abs. 1 Nr. 3 NatSchG bzw. § 67 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNatSchG n.F. erteilt werden dürfen. Nach der aktuellen Roten Liste der Tierarten sei nicht davon auszugehen, dass Äschen mittelfristig in Deutschland ausstürben. Ihr Rückgang im Bodensee sei auf den Hitzesommer 2003, den allgemeinen Temperaturanstieg auch am Bodensee und die stellenweise für diese Fischart zu geringe Wasserqualität zurückzuführen, nicht jedoch auf das Fressverhalten des Kormorans. Der Äschenbestand sei bereits vor dem Anwachsen der winterlichen Kormoranpopulation und lange vor der ersten Kormoranbrut am Bodensee zurückgegangen. Außerdem hätten sich die Äschenbestände inzwischen wieder erholt. Die streitgegenständliche Störaktion sei auch weder zur Abwehr fischereiwirtschaftlicher Schäden noch zum Schutz der Äschenbestände verhältnismäßig gewesen. Es sei bereits offen, ob mit der beabsichtigten Reduktion von Jungvögeln tatsächlich eine signifikante Reduzierung fischereilicher Schäden herbeigeführt werden könne, denn ein punktueller Brutrückgang werde sofort durch vermehrte Brutaktivität und Nachzug aus anderen Revieren ausgeglichen. Die Möglichkeit anderweitiger, milderer Maßnahmen (so z.B. veränderte Fischzeiten, Abdeckung der Fangnetze, Vergrämung durch Seeadlerlärme) sei überhaupt nicht erwogen worden. Zum Schutz der Äschenbestände hätte es ausgereicht, den Vogel - nach dem Vorbild der schweizerischen „Kormoranwacht“ - am Laichort der Fische zu vergrämen. Als Alternative komme auch in Frage, den Vogel außerhalb des Naturschutzgebietes zu bejagen. Entgegen der Annahme des Verwaltungsgerichts hätten die Voraussetzungen für die Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme ebenfalls nicht vorgelegen. Wie sich aus den Ausführungen zur naturschutzrechtlichen Befreiung ergebe, sei eine solche Ausnahme weder zur Abwendung erheblicher fischereiwirtschaftlicher Schäden (§ 43 Abs. 8 Nr. 1 BNatSchG a.F. und § 45 Abs. 7 Nr. 1 BNatSchG n.F.) noch zum Schutz der natürlich vorkommenden Tierwelt (Äsche) notwendig (§ 43 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG a.F., § 45 Abs. 7 Nr. 2 BNatSchG n.F.). Außerdem lägen zumutbare Alternativen i.S.v. § 43 Abs. 8 Satz 2 BNatSchG bzw. § 45 Abs. 1 Satz 2 BNatSchG n.F. vor. Die angegriffene Entscheidung sei schließlich wegen Verstoßes gegen die Vorgabe zur Durchführung einer FFH-Verträglichkeitsprüfung i.S.v. Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-RL (§ 38 NatSchG a.F., §§ 32, 33 BNatSchG n.F.) rechtswidrig. Der Beklagte habe eine Verträglichkeitsprüfung hier nicht durchgeführt, obwohl eine solche bereits dann erforderlich sei, wenn die erhebliche Beeinträchtigung eines

Gebiets von gemeinschaftlicher Bedeutung oder eines Vogelschutzgebiets wissenschaftlich nicht einwandfrei ausgeschlossen werden könne. Hier habe die konkrete Möglichkeit der Beeinträchtigung anderer brütender Vogelarten im Einwirkungsbereich der Strahler bestanden. Die behördliche Vorgabe, nur gezielt die Kormoran-Brutbäume anzuleuchten und andere Vogelarten nicht zu stören, sei in Anbetracht der vorhandenen Brutdichte von vornherein nicht einzuhalten gewesen. Bereits vor der Durchführung der Störaktion habe die Vogelwarte Radolfzell den Beklagten mit Schreiben vom 02.04.2008 über diesen Sachverhalt informiert. Auch das im Nachgang vom Regierungspräsidium Freiburg in Auftrag gegebene ornithologische Gutachten vom 25.11.2009 bestätige die eingetretenen Beeinträchtigungen zahlreicher Tierarten rückblickend noch einmal. Soweit das Verwaltungsgericht darauf verweise, dass Vollzugsprobleme im Rahmen der vorliegenden Klage nicht gelten gemacht werden könnten, verkenne es, dass diese bereits vor dem Erlass des Bescheides vorhersehbar gewesen seien und deshalb bereits im Bescheid hätten gelöst werden müssen.

26 Der Kläger beantragt,

27 das Urteil des Verwaltungsgerichts Freiburg vom 17.02.2009 - 3 K 805/08 - zu ändern und festzustellen, dass der Bescheid des Regierungspräsidiums Freiburg vom 08.04.2008 rechtswidrig gewesen ist.

28 Der Beklagte beantragt,

29 die Berufung zurückzuweisen.

30 Er trägt vor: Das Aufscheuchen brütender Kormorane von den Nestern und das Auskühlenlassen der angebrüteten Eier solle die Schlupfrate von Jungvögeln reduzieren. Auf diese Weise werde nicht nur der aktuelle Nahrungsbedarf der Elterntiere für die Jungenaufzucht, sondern auch der Nahrungsbedarf der ohne diese Aktion geschlüpften Jungvögel reduziert. Da Kormorane recht ortstreu seien, werde durch eine solche Aktion auch das Potential reduziert, das sich mit der Sommerpopulation im nächsten Jahr wieder einfinde. Es werde nicht behauptet, dass der Kormoran der überwiegende Grund für den Rückgang der Fangerträge im Bodensee-Obersee sei; der Untersee sei jedoch auf der gesamten Fläche durch den Kormoran befischbar, weshalb der Fraßdruck auf die Fischbestände dort erheblich sei. Das Fangpotential des Untersees sei im jährlichen Durchschnitt der Jahre 2004 bis 2008 von der Berufsfischerei mit 150 t, von der Angelfischerei mit 20,1 t und vom Kormoran mit 69,4 t (Kormoranpräsenz X 0,5kg Fisch/Tag) genutzt worden. Am Untersee betrage allein der Wegfraß durch die Kormorane im Durchschnitt der vergangenen Jahre 46,3 % des Berufsfischerertrages, wobei der Quotient im Laufe der Jahre auf bis 58 % in 2008 angestiegen sei. Da Kormorane neben fangfähigen auch kleine Fische fräßen, lasse sich nicht direkt bestimmen, welcher Ertrag der Berufsfischerei durch den Wegfraß entgehe. Der Vergleich der Kormoranprädatation mit Fangerträgen der Fischerei sei aber ein anerkannter Maßstab, um Auswirkungen von Kormoranen auf Fischbestände und Fischerträge in Gewässern Mitteleuropas beurteilen zu können und regulative Maßnahmen am Kormoranbestand zu begründen. Hinzu komme, dass aufgrund zurückgehender Nährstoffgehalte im Untersee ein Wechsel der Fischartenzusammensetzung stattgefunden habe. Während früher der Anteil der Weißfische, unter denen es fischereiwirtschaftlich unbedeutende Fischarten gebe, deutlich höher gewesen sei, dominierten heute die sog. „Edelfischarten“. Dadurch stünden die Kormorane heute in deutlich stärkerer direkter Konkurrenz zur Berufsfischerei als früher. Im Untersee sei der Barsch eine der Fischarten, die im Freiwasser leicht zur Beute des Kormorans würden. Nahrungsanalysen hätten ergeben, dass der Barschanteil an der Kormorannahrung zwischen 13 und 29 % liege. Da die Barschbestände auch durch die rückläufigen Nährstofffrachten zurückgingen, seien die zusätzlichen Entnahmen durch Kormorane für die Berufsfischerei besonders bedeutsam, zumal der Barsch am Markt den höchsten Preis erziele. Zwischen 1950 und 1964 (im 15-Jahreszeitraum vor der allgemeinen Nährstoffzunahme im Bodensee) seien im Untersee zwischen 23 und 39 t Barsche gefangen worden, in dem Zeitraum von 1995 bis 2009 - mit vergleichbarer Nährstoffsituation, aber mit spürbarem und steigendem Kormoraneinfluss - habe sich der Barschertrag nur noch zwischen 3,2 und 35,6 t jährlich bewegt. Für den niedrigsten Ertrag von 3,2 t im Jahre 2005 liege kein anderer Erklärungsansatz als die Entnahme durch den Kormoran vor. Der Felchen hingegen habe bisher nicht zum typischen Beutespektrum des Kormorans gehört, weshalb bis jetzt praktisch auch kein Zusammenhang zwischen Felchenertrag und Kormoranbestandsgröße bestanden habe. Es lägen nun aber neue Berichte vor, nach welchen Kormorane in Ansammlungen von bis zu 100 Vögeln Felchenschwärmen gezielt nachstellten. Magenanalysen hätten dies bestätigt. Vermutet werde, dass dieses für die Kormorane energieintensive und deshalb anstrengende Jagdverhalten auf die zurückgehenden Dichten anderer Beutefische wie Barsche und Weißfische zurückzuführen ist. Generell sei anzumerken, dass eine genaue Berechnung von Schäden an Fischbeständen in früheren und

zukünftigen Jahren in einem so dynamischen Gefüge wie dem Bodensee nur mit Abstrichen und gewissen Unsicherheiten möglich sei. Nach dem Vorsorgeprinzip dürfe dies aber ein angemessenes Handeln der Verwaltung nicht in Frage stellen. Beim Schutz der Flora und Fauna müsse der Schaden nicht erst erheblich und damit eingetreten sein. Entgegen den Ausführungen des Klägers hätten die Voraussetzungen für die auf der Grundlage von § 7 VO NSG i.V.m. §§ 78, 79 NatSchG ergangene und die artenschutzrechtliche Ausnahme nach § 43 Abs. 8 Nr. 1 und 2 BNatSchF a.F. einschließende naturschutzrechtliche Befreiung vorgelegen. Auf den Inhalt der Entscheidung und den Inhalt der Verfahrensakte werde insoweit verwiesen. Bei der Ermessensentscheidung sei der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachtet worden. Die Entscheidung verstoße auch nicht gegen § 32 BNatSchG a.F.. Die Erheblichkeitsabschätzung gem. § 34 Abs. 1 BNatSchG, in die Vororterkundigungen und die festgelegten Rahmenbedingungen einbezogen worden seien, habe zu dem Ergebnis geführt, dass keine erheblichen Beeinträchtigungen des Vogelschutzgebiets in seinen für die Erhaltungsziele oder den Schutzzweck maßgeblichen Bestandteilen zu erwarten seien. Weder vor noch nach der durchgeführten Maßnahme habe es - ausweislich der durchgeführten Kontrolle durch Fachleute vor Ort - entsprechende fachliche Erkenntnisse gegeben. Das Störpotential der Aktion sei vergleichbar gewesen mit zulässigen Handlungen wie Jagdausübung, fischereilicher Nutzung, Pflegemaßnahmen oder ornithologischer Begehungen.

- 31 Dem Senat haben die einschlägigen Akten des Regierungspräsidiums Freiburg vorgelegen. Wegen der Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die gewechselten Schriftsätze, die von den Beteiligten vorgelegten zahlreichen fachlichen Stellungnahmen und Informationen, die Gerichts- und Behördenakten und das Protokoll über die mündliche Verhandlung am 14.03.2011 samt Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

- 32 Die nach Zulassung durch das Verwaltungsgericht statthafte Berufung ist auch im Übrigen zulässig. Die Berufungsbegründung wurde form- und fristgerecht innerhalb der Berufungsbegründungsfrist (§ 124a Abs. 6 i.V.m. Abs. 3 Satz 3 VwGO) vorgelegt.
- 33 Die zulässige Berufung ist auch begründet. Das Verwaltungsgericht hat die Fortsetzungsfeststellungsklage des Klägers zwar zu Recht als zulässig angesehen (dazu A.); die Voraussetzungen für die Erteilung der naturschutzrechtlichen Befreiung haben aber nicht vorgelegen (dazu B.). Auf die Berufung des Klägers war das verwaltungsgerichtliche Urteil deshalb zu ändern und die Feststellung zu treffen, dass die mit Bescheid vom 08.04.2008 erteilte naturschutzrechtliche Befreiung rechtswidrig gewesen ist (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO i.V.m. § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO in analoger Anwendung).
- A.
- 34 Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist - bezogen auf den insoweit maßgeblichen Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Senat - zulässig.
- 35 Die Entscheidung des Beklagten vom 08.04.2008 hat sich in der Hauptsache jedenfalls durch Fristablauf erledigt. Zwar war sie nicht förmlich (vgl. § 43 Abs. 2 LVwVfG i.V.m. § 36 Abs. 1 Nr. 1 LVwVfG) mit einer Befristung versehen. Ihrem Inhalt nach legalisierte sie die in Rede stehenden Maßnahmen aber nur innerhalb eines begrenzten Zeitfensters bis Mitte April 2008 (vgl. Maßgabe Nr. 1 des Bescheides) mit der Konsequenz, dass mit Ablauf der Frist jegliche Rechtswirkungen der Zulassungsentscheidung entfallen sind. Dahingestellt bleiben kann, ob sich der Bescheid vom 08.04.2008 darüber hinaus mit Blick auf den Vollzug der zugelassenen Maßnahme erledigt hat.
- 36 Der Fortsetzungsfeststellungsklage steht hier nicht entgegen, dass die Erledigung bereits vor Klageerhebung eingetreten ist (BVerwG, Urt. v. 14.07.1999 - 6 C 7.98 -, NVwZ 2000, 63,64). Die Klagefrist des § 74 Abs. 1 Satz 2 VwGO ist - unabhängig von der umstrittenen Frage, ob deren Einhaltung bei einer Erledigung vor Klageerhebung überhaupt zu verlangen ist - jedenfalls eingehalten. Auch ein - bezogen auf den Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Senat fortbestehendes - Fortsetzungsfeststellungsinteresse steht dem Kläger unter dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr zur Seite. Der Beklagte hat stets zu erkennen gegeben, dass die zugelassene „gezielte Störung“ der Kormoranbrutkolonie als Einzelmaßnahme Bestandteil eines umfassenderen

Kormoranmanagements ist und zukünftig zusätzlich zur Winterver-grämung wiederholt werden soll. Sie ist in 2009 und 2010 lediglich wegen des laufenden Klageverfahrens unterblieben.

37 Obwohl der Kläger nicht die Verletzung in eigenen Rechten geltend macht, steht ihm als im Rahmen des § 60 BNatSchG a.F. bzw. § 63 Abs. 2 BNatSchG in der Fassung vom 29.07.2009 (BGBl. I S. 2542, im folgenden BNatSchG n.F.) nach landesrechtlichen Vorschriften anerkanntem Verein eine Klagebefugnis zu. Unerheblich ist, dass der Kläger möglicherweise noch unter der Geltung einer Vorgängerregelung des § 67 NatSchG anerkannt wurde, denn die frühere Anerkennung gilt jedenfalls im neuen Recht fort (§ 67 Abs. 3 NatSchG BW). Die Überleitung der Anerkennung in das neue Recht ohne erneute Einzelfallprüfung unterliegt keinen Bedenken (BVerwG, Urt. v. 12.03.2008 - 9 A 3.06 -, NuR 2008, 633, juris Rdnr. 23). Ob die Voraussetzungen für die Zuerkennung einer Klagebefugnis vorliegen, richtet sich, da das Vorliegen einer Sachurteilsvoraussetzung in Rede steht, nach den tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung, hier also nach der neuen, seit dem Inkrafttreten des BNatSchG n.F. geltenden Rechtslage (vgl. in Bezug auf das Vorliegen eines subjektiven Rechts i.S.v. § 42 Abs. 2 VwGO BVerwG, Urt. v. 16.12.1992 - 7 B 180.92 -, NVwZ 1993, 889). Gemäß § 64 Abs. 1 BNatSchG n.F. kann eine anerkannte Naturschutzvereinigung neben den Rechtsbehelfen nach § 2 Umweltrechtsbehelfsgesetz, ohne in eigenen Rechten verletzt zu sein, Rechtsbehelfe nach Maßgabe der VwGO einlegen gegen Entscheidungen nach § 63 Abs. 1 Nrn. 2 bis 4 und Absatz 2 Nrn. 5 bis 7 BNatSchG n.F.. Nach Lage der Dinge kommt hier § 63 Abs. 2 Nr. 5 BNatSchG n.F. („Erteilung von Befreiungen von Geboten und Verboten zum Schutz von [...] Naturschutzgebieten“) in Betracht. Die weiteren Voraussetzungen des § 64 Abs. 1 Nrn. 1 bis 3 BNatSchG n.F. liegen ebenfalls vor: Der Kläger macht eine Verletzung naturschutzrechtlicher Normen in Form der VO NSG „Radolfzeller Aach“, des NatSchG (dort §§ 78, 79) und auch des BNatSchG (§§ 32, 34 und 42 BNatSchG a.F.) geltend. Es unterliegt keinem Zweifel, dass die angegriffene Entscheidung den satzungsgemäßen Aufgaben- und Tätigkeitsbereich des Klägers berührt. Schließlich hat der Kläger vor Erlass der angegriffenen Entscheidung durch Abgabe einer Stellungnahme am Verfahren mitgewirkt und sich zur Sache geäußert.

38 Fraglich ist indessen, ob die Klagebefugnis aus §§ 63, 64 BNatSchG n.F. sich zugleich auch auf die von der naturschutzrechtlichen Befreiung mit umfasste artenschutzrechtliche Ausnahme nach § 43 Abs. 8 BNatSchG a.F. bezieht. Da § 63 Abs. 1 und 2 BNatSchG n.F. (ebenso die Vorgängervorschrift in § 61 BNatSchG a.F.) dem Enumerationsprinzip folgen und die Verfahren und Entscheidungen abschließend auflisten, bezüglich derer den anerkannten Naturschutzverbänden ein Klagerecht zuerkannt wird, spricht einiges dafür, dass dies nicht der Fall ist. Denn die artenschutzrechtliche Ausnahme nach § 43 Abs. 8 BNatSchG a.F. bzw. § 45 Abs. 7 BNatSchG n.F. wird dort gerade nicht genannt (vgl. auch BayVGh, Urt. v. 17.02.2008 - 14 BV 05.3079 -, NuR 2008, 668ff; Gassner/Heugel, Das neue Naturschutzrecht, 1. Aufl. 2010, Rdnr. 162). Letztlich kann die Frage der Erstreckung der Klagebefugnis auf die artenschutzrechtliche Ausnahmeentscheidung hier offen bleiben, weil diese Entscheidung vorliegend in den - formal zur Aufhebung beantragten - Bescheid vom 08.04.2008 inkorporiert und dieser bereits in seinem naturschutzrechtlichen Teil rechtswidrig ist.

B.

39 Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist auch begründet, da die mittlerweile erledigte Entscheidung des Beklagten vom 08.04.2008 rechtswidrig gewesen ist. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer naturschutzrechtlichen Befreiung ist, da die Entscheidung im Ermessen der Naturschutzbehörde steht und das materielle Recht keinen anderweitigen Beurteilungszeitpunkt bestimmt oder zumindest nahelegt, die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung. Zu prüfen ist daher, ob die streitgegenständliche naturschutzrechtliche Befreiung bezogen auf die Sach- und Rechtslage im April 2008 rechtmäßig war. Zum damaligen Zeitpunkt galt noch das BNatSchG a.F. und richtete sich die Befreiung von naturschutzrechtlichen Vorschriften der Länder nach Landesrecht, hier nach §§ 78, 79 NatSchG. Die (materiellrechtlichen) Vorschriften des erst zum 01.03.2010 in Kraft getretenen BNatSchG n.F. vom 20.07.2009, insbesondere dessen § 67, sind im vorliegenden Verfahren hingegen nicht in den Blick zu nehmen. Bezogen auf die Sach- und Rechtslage im April 2008 haben die Voraussetzungen der §§ 78, 79 NatSchG für die Erteilung einer naturschutzrechtlichen Befreiung nicht vorgelegen.

I.

40 In formeller Hinsicht ergeben sich allerdings keine Bedenken. Das Regierungspräsidium Freiburg war als die Behörde, die die Verordnung über das Naturschutzgebiet „Radolfzeller Aachried“ erlassen hat, für die

Entscheidung über eine Befreiung von den Vorschriften der Verordnung zuständig (§ 79 Abs. 2 NatSchG). Der Landesnaturschutzverband wurde vor der Entscheidung angehört (§ 79 Abs. 3 NatSchG). Entgegen der Auffassung des Klägers ist die ergangene Entscheidung nicht deshalb verfahrensfehlerhaft zustande gekommen, weil sie nicht auf Antrag der o.g. Fischereivereine hätte ergehen dürfen. Nach § 78 Abs. 1 NatSchG i.V.m. § 22 Satz 2 Nr. 2 LVwVfG durfte das Regierungspräsidium nur auf Antrag tätig werden. Zwar haben die genannten Vereine die Erteilung einer naturschutzrechtlichen Befreiung für die getroffene Maßnahme nicht ausdrücklich beantragt, ihr Antrag vom März 2006 zielte jedoch sowohl auf die Erarbeitung von Maßnahmen im Sinne eines Kormoranmanagements als auch auf Erteilung „notwendiger Genehmigungen ab sofort“ zur Bekämpfung der Kormoranbrutkolonie im NSG Aachried. Die streitgegenständliche Entscheidung bewegt sich jedenfalls innerhalb des beantragten Rahmens. Den Vereinen fehlte auch nicht die Antragsberechtigung. Es ist anerkannt, dass die Stellung eines Antrags bei der Behörde mit dem Ziel, ein Verfahren einzuleiten, in Anlehnung an § 42 Abs. 2 VwGO die Möglichkeit einer Rechtsbetroffenheit voraussetzt. Die mögliche Rechtsbetroffenheit fehlt nur dann, wenn schlechthin ausgeschlossen erscheint, dass dem Antragsteller im Hinblick auf die seinem Antrag zugrundeliegende Sache ein rechtliches Interesse zustehen kann (VGH Bad.-Württ., Urt. v. 07.02.1990 - 8 S 163/89 -, NJW 1990, 3291). Die Berechtigung, einen Antrag auf Erteilung einer naturschutzrechtlichen Befreiung zu stellen, hat unter diesen Umständen jeder, auf den sich die naturschutzrechtlichen Verbote bzw. Gebote auswirken, von denen befreit werden soll (Schuhmacher/Fischer-Hüftle, BNatSchG, § 62, Rdnr. 26). Bei den antragstellenden Vereinen war dies der Fall. Sie bezeichnen sich in dem Antragsschreiben vom März 2006 als „die Vertreter der deutschen bzw. schweizerischen Berufs- und Angelfischer“ und treten zudem als Vertreter diverser eingetragener Fischereivereine auf. Auch wenn nicht abschließend geklärt ist, welche Aufgaben den antragstellenden Vereinen satzungsgemäß im Einzelnen obliegen, so steht doch außer Frage, dass sie Fischereiausübungsberechtigte i.S.v. § 13ff FischereiG vertreten, die durch das Auftreten des Kormorans im Bodenseegebiet und die damit zusammenhängenden Fragen des „Kormoranmanagements“ in eigenen Interessen betroffen sein können. Darauf, ob sich die antragstellenden Vereine selbst auf den aus Art. 14 GG abgeleiteten Eigentumsschutz berufen können, kommt es entgegen der Rechtsauffassung des Klägers in diesem Zusammenhang nicht an.

II.

- 41 Rechtsgrundlage für die erteilte naturschutzrechtliche Befreiung ist § 7 VO NSG i.V.m. §§ 78, 79 NatSchG. § 7 VO NSG bestimmt, dass die höhere Naturschutzbehörde von den Vorschriften der Verordnung nach dem NatSchG Befreiung erteilen kann. Gemäß §§ 78, 79 NatSchG kann die Naturschutzbehörde auf Antrag Befreiung von den Vorschriften einer Naturschutzverordnung erteilen, wenn (1.) überwiegende Belange die Befreiung erfordern oder (2.) der Vollzug der Bestimmung zu einer offenbar nicht beabsichtigten Härte führen würde und die Abweichung mit öffentlichen Belangen vereinbar ist oder (3.) die Durchführung einer Vorschrift zu einer nicht gewollten Beeinträchtigung von Natur und Landschaft führen würde.
- 42 Das Verwaltungsgericht hat zu Recht festgestellt, dass in der Entscheidung nicht ausdrücklich angegeben wird, auf welche der genannten naturschutzrechtlichen Befreiungstatbestände sie sich stützt. Aus dem Umstand, dass die artenschutzrechtlichen Ausnahmetatbestände ausdrücklich benannt werden (§ 43 Abs. 8 Satz 1 Nrn. 1 und 2 BNatSchG a.F.), hat es den Schluss gezogen, dass daher die diesen Vorschriften „funktionsgleichen“ Befreiungstatbestände gem. § 78 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 NatSchG tatbestandliche Grundlage der ergangenen Befreiung sind. Dies überzeugt nicht. Bereits an dem Argument der „Funktionsgleichheit“ sind Zweifel angebracht, da Ausnahmetatbestände typischerweise bei Normerlass bekannte bzw. voraussehbare Fallgruppen betreffen, für die eine Regelung generell nicht passt, während es bei Befreiungstatbeständen um nicht vorhersehbare atypische Sonderfälle geht, denen im Einzelfall Rechnung getragen werden soll (Schuhmacher/Fischer-Hüftle, BNatSchG, § 62 Rdnr. 4-7; Rohlf/Albers Naturschutzgesetz in Baden-Württemberg, § 78 Rdnr. 1 und 2). Auch sind § 78 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 NatSchG einerseits und § 43 Abs. 8 Satz 1 Nrn. 1 und 2 BNatSchG a.F. andererseits weder vom Wortlaut her gesehen noch in Bezug auf die Systematik so miteinander in Deckung zu bringen, dass von einer „Funktionsgleichheit“ gesprochen werden könnte. Hinzu kommt, dass in dem zusammenfassenden Schreiben des Ministeriums für Ernährung und Ländlichen Raum vom 28.04.2008, das im Rahmen der Petitionsverfahren Nr. 14/02264 und Nr. 14/2275 erstellt wurde, in Bezug auf die streitgegenständliche Entscheidung vom 08.04.2008 davon die Rede ist, „überwiegende öffentliche Belange“ hätten eine naturschutzrechtliche Befreiung erfordert. Dies spricht ebenfalls dafür, dass jedenfalls (auch) § 78 Abs. 1 Nr. 1 NatSchG als Rechtsgrundlage herangezogen wurde.

- 43 Die angegriffene Maßnahme lässt sich aber auf keinen der Befreiungstatbestände des § 78 Abs. 1 NatSchG stützen.
- 44 1. Die Voraussetzungen für eine Befreiung nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 NatSchG haben nicht vorgelegen.
- 45 Bei der Frage, welche Voraussetzungen bei einer Befreiung aus Gründen „überwiegender öffentlicher Belange“ erfüllt sein müssen, kann auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Befreiung aus Gründen des Gemeinwohls (vgl. § 62 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG a.F. und § 20c Abs. 2 Satz 1 BNatSchG in der Vorgängerfassung) zurückgegriffen werden (VGH Bad.-Württ., Urf. v. 13.10.2005 - 3 S 2521/04 - juris Rdnr. 46). Denn § 78 Abs. 1 NatSchG entspricht § 62 BNatSchG a.F. (Rohlf/Albers a.a.O. Rdnr. 1). Danach müssen in Bezug auf die Befreiung aus überwiegender öffentlichen Belangen zwei Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sein: Zum einen setzt die Befreiungssituation einen so nicht vorgesehenen und deshalb singulären Einzelfall voraus, der sich vom gesetzlich geregelten Tatbestand durch das Merkmal der Atypik abhebt. Zum anderen bedarf es einer Abwägungsentscheidung. Im Tatbestandsmerkmal der „überwiegenden Gründe“ kommt der Bilanzierungsgedanke zum Ausdruck, wobei die öffentlichen Belange besonderes Gewicht haben müssen um sich im Rahmen der Abwägung gegenüber den mit der VO NSG verfolgten Belangen durchzusetzen (BVerwG, Urf. v. 26.03.1998 - 4 A 7.97 -, UPR 1998, 382; Beschl. v. 20.02.2002 - 4 B 12.02 -, BauR 2002, 1368; VGH Bad.-Württ. Urf. v. 13.10.2005, a.a.O.). Das Tatbestandsmerkmal der „öffentlichen Belange“ (bzw. der „Gemeinwohlgründe“ i.S. v. § 62 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG a.F.) schließt dabei private Belange, darunter auch solche von Interessengemeinschaften und Vereinen, von vornherein aus (Rohlf/Albers a.a.O. Rdnr. 3).
- 46 Hier ist das Interesse der Berufs- und Angelfischer an einer Verminderung der durch den Kormoran hervorgerufenen fischereiwirtschaftlichen Schäden als privater Belang anzusehen, der eine Befreiung nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 NatSchG BW schon von vornherein nicht zu rechtfertigen vermag. Dagegen handelt es sich bei dem vom Beklagten ebenfalls herangezogenen Gesichtspunkt des Schutzes der heimischen Fischbestände und -arten zweifellos um einen gewichtigen öffentlichen Belang i.S.v. § 78 Abs. 1 Nr. 1 NatSchG.
- 47 Ein Sachverhalt, der sich vom gesetzlich geregelten Tatbestand durch das Merkmal der Atypik abhebt, kann hier - anders als der Kläger meint - noch angenommen werden. Der Regelfall ergibt sich aus dem in § 3 VO NSG umschriebenen Schutzzweck für die Erhaltung des Schutzgebiets „Radolfzeller Aachried“. Danach soll das Schutzgebiet als „Feuchtgebiet, das zahlreichen, z.T. vom Aussterben bedrohten Pflanzen- und Tierarten Lebensraum bietet“ sowie „als ein die Kulturlandschaft der Aachniederung bereichernder naturhafter Landschaftsteil“ erhalten werden. Zu diesem Zweck verbietet § 4 VO NSG alle Handlungen, die zu einer Zerstörung, Beschädigung oder Veränderung des Schutzgebietes oder seiner Bestandteile, zu einer nachhaltigen Störung oder zu einer Beeinträchtigung der wissenschaftlichen Forschung führen können. Im Zeitpunkt der Unterschutzstellung des Radolfzeller Aachrieds im Dezember 1990 war dort keine Sommerpopulation von Kormoranen vorhanden. Unstreitig hat sich diese erst ab 1998 etabliert. Die nachträgliche Einwanderung der Sommerpopulation führt zwar nicht dazu, dass diese außerhalb des Schutzzwecks des § 3 VO NSG steht, denn die Verordnung schützt jedenfalls auch eine sich auf natürliche Art vollziehende Veränderung des Spektrums der dort lebenden Tierarten. Bei dem Fressverhalten der eingewanderten Sommerpopulation handelt es sich jedoch um Auswirkungen, die bei der Unterschutzstellung nicht berücksichtigt und demgemäß auch nicht in die zur Unterschutzstellung führenden Überlegungen einbezogen werden konnten, etwa durch eine partielle Abschwächung des in § 4 Abs. 2 Nr. 9 VO NSG aufgestellten Verbots oder eine Ausweitung der in § 5 VO NSG aufgeführten zulässigen Handlungen. Nachteilige Auswirkungen des Fressverhaltens der Kormoransommerpopulation auf vorhandene Fischarten und -bestände sind deshalb geeignet, eine - bezogen auf den in § 3 VO NSG umschriebenen Regelfall - atypische, unvorhergesehene Sondersituation zu begründen.
- 48 Es fehlt aber jedenfalls an der erforderlichen Abwägungsentscheidung. Der angefochtenen Entscheidung ist schon nicht zu entnehmen, dass überhaupt eine Abwägungsentscheidung - im Sinne einer bilanzierenden Gegenüberstellung der jeweils zu erwartenden Eingriffe und Folgen - stattgefunden hat. Auch eine Gewichtung des öffentlichen Interesses an einer Verminderung des durch die Kormorane verursachten Schadendrucks in Gegenüberstellung zu den Erhaltungszielen des NSG Radolfzeller Aachried wurde nicht vorgenommen. Erwägungen dazu, welche Schäden die Sommerpopulation des Kormorans bei den Fischarten und -beständen konkret verursacht, fehlen in dem angefochtenen Bescheid völlig. Lediglich außerhalb des Bescheides - in dem bereits genannten Schreiben des Ministeriums für Ernährung und Ländlichen Raum vom 28.04.2008 - finden sich hierzu Ausführungen. Es ist aber offen, ob diese in Überlegungen des Regierungspräsidiums eingeflossen sind,

wie sich schon an der jeweils unterschiedlichen rechtlichen Argumentation zeigt.

- 49 2. Auch die Befreiungsvoraussetzungen des § 78 Abs. 1 Nr. 2 NatSchG haben im April 2008 nicht vorgelegen.
- 50 Die in § 78 Abs. 1 Nr. 2 NatSchG eingeräumte Befreiungsmöglichkeit will einer rechtlichen Unausgewogenheit begegnen, die sich ergeben kann, wenn aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls Anwendungsbereich und materielle Zielsetzung einer Vorschrift nicht miteinander übereinstimmen. In derartigen Sonderfällen soll der generelle und damit zwangsläufig auch schematische Geltungsanspruch der Vorschrift zugunsten der Einzelfallgerechtigkeit durchbrochen werden (VGH Bad.-Württ., Ur. v. 29.07.1999 - 5 S 1603/97 -, NuR 2000, 272; Ur. v. 07.02.1997 - 5 S 3223/95 - VBIBW 1997, 269; Ur. v. 13.10.2005 - 3 S 2521/94 -, juris Rdnr. 58 jeweils zu der wörtlich mit § 78 Abs. 1 Nr. 2 NatSchG übereinstimmenden Vorgängervorschrift des § 62 Abs. 1 Nr. 2 NatSchG BW a.F.).
- 51 a) Die mithin auch im Rahmen des § 78 Abs. 1 Nr. 2 NatSchG erforderliche Atypik ist hier noch anzunehmen. Sie liegt darin, dass nachteilige Auswirkungen, die von der im Radolfzeller Aachried siedelnden Kormoransommerpopulation ausgehen, bei der Unterschutzstellung des Gebietes nicht berücksichtigt werden konnten. Infolgedessen ist der Ordnungsgeber bei der Schutzgebietsausweisung auch nicht davon ausgegangen, dass Auswirkungen dieser Art zwangsläufige Folge der Unterschutzstellung sind und deshalb von den Rechtsunterworfenen typischerweise hingenommen werden müssen. Bezüglich des Fressverhaltens der Kormoransommerpopulation und dessen Auswirkungen auf Fischarten und -bestände wurde dies bereits ausgeführt. Nichts anderes gilt, soweit sich erweisen sollte, dass die von der VO NSG grundsätzlich geschützte Sommerpopulation in Radolfzeller Aachried fischereiwirtschaftliche Schäden verursacht. Denn anders als im Rahmen des § 78 Abs. 1 Nr. 1 sind bei der Befreiungsmöglichkeit nach § 78 Abs. 1 Nr. 2 NatSchG auch private Belange der Berufs- und Angelfischer berücksichtigungsfähig.
- 52 b) Eine „Härte“ i.S.v. § 78 Abs. 1 Nr. 2 NatSchG ist nur anzunehmen, wenn „der Vollzug der Bestimmungen“ bei dem Betroffenen eine Belastung auslöst, die für ihn einen unzumutbaren Grad erreicht. Konkret muss festzustellen sein, dass gerade die Aufrechterhaltung der Verbotswirkungen des § 4 VO NSG (insbesondere des in § 4 Abs. 2 Nr. 9 VO NSG verankerten Verbots, wilde Tiere zu beunruhigen, zu fangen, zu verletzen oder zu töten oder Eier oder Nester zu entfernen, beschädigen oder zu zerstören) bei den Berufs- und Angelfischern am Untersee zu einer unzumutbaren Härte führt. Es kommt auf einen Ursachenzusammenhang zwischen den genannten Verbotswirkungen und der behaupteten Sondersituation an (Schuhmacher/Fischer-Hüftle, BNatSchG, 1. Aufl. § 62 Rdnr. 13; ebenso Kommentierung zur 2. Aufl. zu § 67 BNatSchG Rdnr. 16). In den Blick zu nehmen ist damit nicht - wie es in der Argumentation des Beklagten immer wieder durchschimmert - die gesamte Kormoranpopulation am Bodensee, die sich irgendwie negativ auf die Ertragssituation der dortigen Fischerei auswirken kann, sondern nur die Kormoranpopulation, die zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt im April 2008 im NSG Radolfzeller Aachried vorhanden war. Denn nur diese wird von der Verbotswirkung der VO NSG erfasst. Die zur Größe dieser Population vorliegenden Zahlen schwanken und sind unter den Beteiligten auch in der mündlichen Verhandlung streitig geblieben. Der Beklagte geht - u.a. in dem angefochtenen Bescheid - von ca. 70 bis 100 Brutpaaren aus; in den im Verfahren von ihm selbst vorgelegten Tabellen ist z.T. von 140 Brutpaaren, also 280 Vögeln die Rede. Der Kläger geht hingegen von einer niedrigeren Populationszahl aus. In der mündlichen Verhandlung ist zu diesem Punkt deutlich geworden, dass die unterschiedlichen Zählergebnisse auf unterschiedlichen Zählmethoden (Kläger: Tagessynchronzählungen, Beklagter: Jahreszählungen) beruhen. Welcher Zählmethode der Vorzug zu geben ist, kann letztendlich dahingestellt bleiben. Denn selbst unter Zugrundelegung der höheren Bestandszahlen des Beklagten und unter Berücksichtigung des weiteren Umstands, dass in der Kormorankolonie im „Radolfzeller Aachried“ zusätzlich noch nichtbrütende Jungvögel vorhanden sind, die ebenfalls am bzw. im Untersee nach Fischen jagen, vermag der Senat den erforderlichen Ursachenzusammenhang nicht mit der notwendigen Überzeugungsgewissheit festzustellen:
- 53 aa) In Bezug auf die fischereiwirtschaftlichen Schäden, die den Unterseefischern infolge des „Wegfraßes“ von Fischen durch die Radolfzeller Population entstehen, lässt sich folgendes sagen: Unbestritten benötigt ein Kormoran zwischen 0,4 und 0,5 kg Fisch pro Tag, d.h. die Kolonie entnimmt ihrem mutmaßlichen Hauptjagdrevier, dem Untersee, im Höchstfall - also unter Zugrundelegung von 280 Vögeln entsprechend den Bestandszahlen des Beklagten - etwa (280 X 0,5 X 365) 51 t Fisch pro Jahr, zuzüglich des nicht näher bezifferbaren Verzehrs der noch nicht brütenden Jungvögel. Der Berufsfischerertrag am Untersee betrug nach Angaben der Fischereiaufsicht des Regierungspräsidiums Freiburg im Jahre 2008 140 t. Auffallend ist, dass die Berufsfischererträge am Untersee

nach 1998 trotz Vorhandenseins der Brutkolonie im Radolfzeller Aachried zunächst stark anstiegen (196 t in 1998, 311 t in 1999, 257 t in 2000), um dann auf 123 t (Tiefpunkt im Jahre 2007) abzufallen. Die von der Fischereiaufsicht genannten Kormoranzahlen (Anlage Nrn. 6 und 7 des Beklagten zum Verfahren 3 K 805/08; die Zahlen beziehen sich allerdings nicht auf die Kolonie im Radolfzeller Ried, sondern auf den Untersee insgesamt) schwanken jedoch nicht in gleicher Weise und korrelieren nicht mit dem entsprechenden Berufsfischerertrag. So erreichte sowohl die Sommerpopulation als auch die Zahl der Brutpaare am Untersee im Jahre 2008 im Vergleich zu den Vorjahren einen Höchststand, was in diesem Jahr an sich einen Rückgang der Fangerträge am Untersee erwarten ließe. Die Fangerträge 2008 (vgl. Anlage Nr. 8 des Beklagten zum Verfahren 3 K 805/08) liegen mit 140 t aber deutlich höher als in den Jahren 2006 und 2007 und in etwa bei dem Wert des Jahres 2003 (141 t). In 2003 jedoch lag die Zahl der Kormorane (Sommerpopulation und Brutpaare) deutlich niedriger (Anlage Nr. 6 des Beklagten zum Verfahren 3 K 805/08). Im Jahre 2009 erreichte die Fangmenge am Untersee trotz stetig zunehmender Zahl der Sommerkormorane und Brutpaare sogar einen neuen Höchststand seit 2002 (Tab. 1b zur Stellungnahme des Ministeriums für Umwelt, Naturschutz und Verkehr Baden-Württemberg vom 08.05.2010 zur LT-Drs. 14/6245). Aus diesen Zahlen lässt sich schon bezogen auf die Kormoranzahlen am gesamten Untersee nicht mit der notwendigen Sicherheit ein Ursachenzusammenhang zwischen den Berufsfischererträgen einerseits und dem Kormoranbestand andererseits feststellen. Erst recht kann der notwendige Ursachenzusammenhang zwischen der Verbotswirkung der VO NSG (welche sich nur auf die im Radolfzeller Aachried vorhandenen Kormoranpopulation bezieht) einerseits und der behaupteten Sondersituation der Unterseefischer andererseits nicht nachgewiesen werden. Der Beklagte geht im Übrigen selbst davon aus, dass jährliche Ertragsschwankungen in natürlichen Gewässern normal sind und als Ursache für Ertragsrückgänge vielfältige Ursachen in Frage kommen, so z.B. unterschiedliche Klimaabläufe, die Abnahme des Phosphorgehalts im Gewässer sowie veränderte Fangweisen (LT-Drs. 14/6245 S. 3 und LT-Drs. 14/2303 S. 4).

- 54 Soweit der Beklagte darauf abhebt, dass der Ertragsrückgang insbesondere bei den „Brotfischarten“ Hecht, Weißfisch und Barsch nicht allein durch den Nährstoffrückgang, sondern vielmehr mit dem Einfluss des Kormorans zu erklären sei (so auch LT-Drs. 14/6245 S. 4), ist dies vor dem Hintergrund, dass viele Einflussgrößen auf den Fischerertrag einwirken, wenig plausibel. So geht der Beklagte selbst davon aus, dass der Barschertrag bereits in den 80-er Jahren sehr stark schwankend gewesen sei und der kontinuierliche Rückgang der Barschpopulation bereits Anfang der 90-er Jahre - also weit vor Etablierung der Radolfzeller Kolonie - begonnen habe (LT-Drs. 14/2303 S. 4). Der Hinweis bezieht sich zwar auf den Obersee, nach Einschätzung des Beklagten sind die Verhältnisse im Obersee und im Untersee hinsichtlich der in flacheren Seebereichen lebenden Fischarten wie Barsch und Hecht jedoch vergleichbar (LT-Drs. 14/6245 S. 4). Auch ein direkter Vergleich der zum Untersee vorliegenden Zahlen lässt nicht den notwendigen Ursachenzusammenhang von Berufsfischerertragsrückgang und Kormoranbestand am Untersee - erst recht nicht zum Kormoranbestand im Radolfzeller Aachried - erkennen. Der Höchststand des Kormoransommerbestands am Untersee im Jahre 2008 (Anlage 6 des Beklagten zum Verfahren 3 K 805/08) ließe einen signifikanten Rückgang auch des Barschertrages in diesem Jahr erwarten. Dies ist jedoch nicht festzustellen. Ausweislich der Zusammenstellung des Beklagten zu den Berufsfischererträgen ab dem Jahr 1999 im Bodensee-Untersee (Tabelle 8 zum Protokoll der Arbeitsgruppe Regionales Kormoran-Management; fortgeschriebene Fassung als Bestandteil des bereits erwähnten Schreibens des Ministeriums für Umwelt, Naturschutz und Verkehr vom 08.05.2010; Anlage 1 [„Barschertrag“] zum Protokoll vom 14.03.2011) fällt der Barschertrag zwar von 1999 (23,4 t) bis zum Tiefpunkt im Jahre 2005 (3,2 t) kontinuierlich ab, steigt seitdem aber ungeachtet der in diesem Zeitraum ebenfalls wachsenden Kormoransommerpopulation am Untersee ebenso kontinuierlich bis auf 14,9 t im Jahre 2007 wieder an. Auffällig ist insbesondere, dass der recht abrupte Tiefpunkt des Barschertrages im Jahre 2005 (3,2 t, bei noch 8,8 t in 2004) nicht mit einem entsprechenden Sprung bei den Kormoranzahlen - oder gar mit einem Höchststand des Kormoranbestandes - korreliert. Eine solche Korrelation ist auch nicht zeitverzögert unter Einbeziehung der Folgejahre festzustellen (vgl. Anlage 1 [„Barschertrag“] zum Protokoll vom 14.03.2011). Der Barschertrag für das Jahr 2008 (12,9 t) liegt nur wenig unter dem Wert für 2007 und nur knapp unter dem 10jährigen Mittelwert von 13,1 t für die Jahre 1999 bis 2008.
- 55 bb) In Bezug auf die den Unterseefischern entstehenden Netz- und Fischschäden entstehen ist folgendes festzustellen: Die von der Fischereiaufsicht für die Jahre 1996 bis 2008 hierzu vorgelegten (Anlage Nr. 9 des Beklagten zum Verfahren 3 K 805/08) und in der mündlichen Verhandlung erläuterten Zahlen korrelieren mit den erwähnten Kormoranbestandszahlen nicht. So wurde für den Zeitraum 2003/2004 mit 479 Tieren eine (bisherige) Höchstzahl der Kormorane am Untersee angegeben. Nach den Ausführungen des Beklagten in der mündlichen Verhandlung handelt es sich hierbei um einen Jahresmittelwert aller am Untersee gezählter Kormorane, einschließlich der Winterpopulation. In den hierzu genannten passenden Zeiträumen (Winter 2003/04 und

2004/05) lagen die Netzschäden im Mehrjahresvergleich aber mit am niedrigsten (Anlage 9 des Beklagten zum Verfahren 3 K 805/08). Die genannten Schadenszahlen beziehen sich zudem nur auf während der Wintersaison erfasste Schäden; hinsichtlich der Sommersaison liegen keine Zahlen vor. Wie bereits ausgeführt, kommt es vorliegend aber maßgeblich auf den Verantwortungsanteil gerade der im Radolfzeller Aachried siedelnden Sommerpopulation an. Aus diesem Grunde sind auch die von dem Beklagten in der mündlichen Verhandlung vorgelegten Schadenszahlen zur Winterfischerei (Anlage 2 zum Protokoll vom 14.03.2011) nicht aussagekräftig. Dem vom Verwaltungsgericht maßgeblich herangezogenen Bericht der Fischereiaufsicht des Kantons Thurgau „über die Erhebungen der durch Kormorane verursachten Schäden in der Netzfischerei der Berufsfischer am Bodensee in den Jahren 1996 bis 2003“ kommt im vorliegenden Zusammenhang ebenfalls keine entscheidende Bedeutung zu. Zum einen bezieht sich dieser Bericht nur auf die Jahre 1996 bis 2003, zum anderen nur auf den „Winterbestand der Kormorane im Untersee und Rhein“ und die dadurch ausgelösten Schäden der *Winterfischerei*. Aussagen über die Schäden, die bezogen auf den hier maßgeblichen Zeitpunkt (April 2008) von der Kormoransommerpopulation im Radolfzeller Ried bei der Berufsfischerei verursacht wurden, lassen sich aus dem Bericht nicht ableiten. Dahingestellt bleiben kann deshalb, ob der Bericht auch den von dem Kläger geltend gemachten methodischen bzw. fachlichen Bedenken unterliegt.

- 56 Auch der Vortrag des Beklagten, jedem Berufsfischer entstünden durchschnittlich finanzielle Verluste von mehr als 2000 EUR pro Jahr durch die Kormorane, lässt nicht auf das Vorliegen des o.g. Ursachenzusammenhangs schließen. Die Mitarbeiter des Beklagten haben in der mündlichen Verhandlung plausibel erläutert, dass es sich hierbei um eine auf den einzelnen Fischer bezogene Umrechnung der o.g., für die Jahre 1996 bis 2008 ermittelten und vorgelegten Netz- und Fischschäden handelt. Der umgerechnete Schadensbetrag ist daher ebenso wenig aussagekräftig wie die Ursprungszahlen.
- 57 3. Schließlich haben im April 2008 auch die Befreiungsvoraussetzungen des § 78 Abs. 1 Nr. 3 NatSchG nicht vorgelegen.
- 58 a) Die Erteilung einer Befreiung nach § 78 Abs. 1 Nr. 3 NatSchG setzt ebenfalls das Vorliegen einer - hier allerdings anzunehmenden (s.o.) - atypischen Sondersituation voraus (Rohlf/Albers, Naturschutzgesetz Baden-Württemberg, § 78 Rdnr. 5) und verlangt darüber hinaus, dass die Durchführung einer Vorschrift - hier der Verbotswirkungen der VO NSG, insbesondere § 4 Abs. 2 Nr. 9 VO NSG - zu einer nicht gewollten Beeinträchtigung von Natur und Landschaft führen würde. Eine solche „Beeinträchtigung der Natur“ hat hier - bezogen auf den April 2008 - durchaus vorgelegen, weil jedenfalls auch die Kormoranpopulation im Radolfzeller Aachried den (Rest-)Bestand der Äschenpopulation im Untersee gefährdet. Allgemein lässt sich zur Situation der Äsche folgendes sagen: Nach Einschätzung des Bundesamts für Naturschutz, BfN (Rote Liste gefährdeter Tierarten, S. 312) herrscht „unter den befragten Experten Einigkeit darüber, dass stark erhöhter Fraßdruck vor allem durch Kormorane zu einer flächendeckend kritischen Situation der Äschenbestände in Deutschland geführt hat“. Auch wenn eine differenzierte Sicht der Dinge in dem Bericht angemahnt und noch erheblicher Forschungsbedarf festgestellt wird, bezeichnet es der BfN doch als „unbestritten“, dass Kormorane wesentlich zum Rückgang der Äsche beigetragen hätten, zumal Äschen besonders anfällig für die Prädation durch Kormorane seien, weil sie sich vorwiegend in offenen Fließgewässern aufhielten und kaum Unterstände nutzten. Dass die Äschenbestände ganz allgemein durch den Kormoran gefährdet werden, ergibt sich zudem aus dem vom Kläger - allerdings zum Nachweis des Gegenteils - in der mündlichen Verhandlung am 14.03.2011 vorgelegten Auszug aus BT-Drs. 17/980 (Anlage 4 zum Protokoll, dort S. 3 Mitte). Im Bodensee kommen Äschen fast ausschließlich im Untersee, seinem Auslauf und im Seerhein vor. Vor allem infolge des Hitzesommers sind die Bestände dort dramatisch zurückgegangen. So hat sich die Beifangmenge dieser Fischart von 2003 auf 2004 um 95,7 % vermindert. Seitdem hat sich der Bestand nicht wieder erholt (Landesfischereiverband, Stellungnahme vom 01.04.2008; LTDrs. 14/2704 S. 4/5), anders als im schweizerischen Hochrhein, wo sich die durch den Hitzesommer ebenfalls drastisch reduzierten Äschenbestände wieder auf dem vorherigen Niveau stabilisiert haben. Die Auffassung des Beklagten (LTDrs. 14/2704 S. 5), wonach diese Stabilisierung auf die am schweizerischen Hochrhein stattfindende „Kormoranwacht“ zurückzuführen sei (es werden Bootspatrouillen auf dem Wasser durchgeführt, um das Einfliegen der Vögel zu verhindern), erscheint plausibel und wird vom Kläger auch nicht substantiiert bestritten (zur signifikanten Reduzierung von Äschenverlustungen seit Beginn der Kormoranwacht vgl. Anlage 11 zur Stellungnahme der Jagd- und Fischereiverwaltung des Kantons Thurgau vom 12.08.2009). Dass insbesondere von den Kormoranen im NSG Radolfzeller Aachried ein hoher Fraßdruck auf die in ihrem Bestand gefährdete Äsche ausgeht, lässt sich der Untersuchung von Klein und Lieser (Vogelwarte Band 43, 2005, S. 267-270, vgl. Anlage 10 des Beklagten zum Verfahren 3 K 805/08) entnehmen. Aufgrund einer

Analyse der an den Kormoran-Schlafplätzen im NSG im Winter 2004/2005 gesammelten Speiballen wurde festgestellt, dass etwa 1,6 % aller gefressenen Fische Äschen waren. Auf den ersten Blick ist dies ein verschwindend geringer Anteil; er ist jedoch erheblich, wenn man den geringen Gesamtbestand der Äsche (deutlich unter 1 % der Fischartengemeinschaft des Untersees und seiner Ausläufe) sowie den Umstand berücksichtigt, dass die erwähnten 1,6 % einer Menge von etwa 0,2 - 0,8 t entsprechen. Entscheidend kommt hinzu, dass sich Kormorane bevorzugt auch zur Laichzeit an den Äschenlaichplätzen einfinden und dort Fische fressen, die noch nicht abgelaicht haben. Hierdurch wird der Bestand der Äsche in besonderer Weise zusätzlich gefährdet (LT-Drs. 14/2704 S. 5 und Stellungnahme der Fischereiforschungsanstalt des Landes Baden-Württemberg [ohne Datum], Behördenakte Heft 1 Bl. 357). Hierzu passt die Angabe der Vertreter des Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht, wonach die schweizerischen Kollegen sämtliche von ihnen abgeschossenen Kormorane geöffnet und in 80 % der Kormoranmägen Äschen festgestellt hätten. Die Zahl schwanke zwischen 1 und 5 Äschen pro Magen. Entgegen der Auffassung des Klägers ergibt sich aus dem von ihm vorgelegten Bericht des Kantons Schaffhausen („Angaben zur Fischerei 2008“) nichts Gegenteiliges. Die dortigen Fangmengenangaben beziehen sich nicht auf den Untersee, sondern auf alle Fischgewässer im Kanton Schaffhausen (vor allem „Rhein und Bäche“) und sind schon deshalb nicht aussagekräftig. Gleiches gilt hinsichtlich der vom Kläger in der mündlichen Verhandlung am 14.03.2001 vorgelegten Äschen-Fangstatistik Bodensee/Untersee (Anlage 3 zum Protokoll vom 14.03.2011). Die dort genannten Fangerträge für die Jahre 1960 bis 2009 belegen die allgemeine Tendenz, dass die Äschenvorkommen allgemein deutlich zurückgegangen sind (geringster Fangertrag im Jahre 2004). Der Umstand, dass die Fangerträge seit dem Tiefpunkt im Jahre 2004 bis zum hier maßgeblichen Jahre 2008 wieder deutlich angestiegen sind, spricht nicht gegen die Annahme einer Bestandsgefährdung, weil die auf den Untersee bezogenen Fangmengen in der Zeit nach dem großen Äschensterben im Jahre 2003 äußerst gering sind (2004: 27 kg; 2005: 226 kg; 2006: 266 kg; 2007: 171,5 kg; 2008: 217,1 kg).

- 59 Vor diesem Hintergrund konnte nach Auffassung des Senats bezogen auf den entscheidungserheblichen Zeitpunkt im April 2008 mit guten Gründen angenommen werden, dass jedenfalls auch von der Kormoranpopulation im NSG Radolfzeller Aachried ein Fraßdruck ausgeht, der den Bestand der Äsche am Untersee gefährdet. Dabei kommt es nicht auf die von den Beteiligten unterschiedlich beantwortete Frage an, ob der seit 2003 zu beobachtende dramatische Rückgang des Äschenbestandes am Untersee hauptsächlich auf Umweltfaktoren, v.a. die Wassererwärmung, oder auf den Prädationsdruck durch Kormorane zurückzuführen ist. Denn eine „Beeinträchtigung der Natur“ i.S.v. § 78 Abs. 1 Nr. 3 NatSchG liegt auch dann vor, wenn der Kormoran zwar nicht für den allgemeinen Rückgang der Äschenbestände verantwortlich gewesen sein sollte, nunmehr aber die Restbestände in einer Weise gefährdet, die ein Verschwinden der Äsche im Untersee befürchten lässt.
- 60 b) Die Erteilung einer auf § 78 Abs. 1 Nr. 3 NatSchG gestützten Befreiung scheidet hier jedoch daran, dass es dem Beklagten nicht gelungen ist plausibel darzulegen, dass und inwiefern die zugelassene - letztlich in seinem Ermessen stehende - Maßnahme verhältnismäßig ist. Die Erteilung einer naturschutzrechtlichen Befreiung muss zur Erreichung des damit bezweckten Zieles geeignet, erforderlich und angemessen sein. Bei der Erteilung einer Befreiungsentscheidung nach § 78 NatSchG besteht im Hinblick darauf, dass von der Einhaltung bestimmter Schutzvorschriften dispensiert wird, in besonderem Maße Veranlassung zu der Prüfung, ob der im Befreiungswege zugelassene - regelmäßig gewichtige - Eingriff überhaupt geeignet ist, einen effektiven Beitrag zur Erreichung des konkret damit bezweckten Zieles zu leisten und sich auch in Anbetracht des Gewichts der in Rede stehenden kollidierenden Schutzgüter als erforderlich und angemessen (verhältnismäßig i.e.S.) darstellt.
- 61 aa) Die zugelassene Maßnahme war hier schon nicht in dem genannten Sinne geeignet. Der Beklagte ist von vornherein davon ausgegangen, dass die „gezielte Störung“ der Brutkolonie im Radolfzeller Aachried lediglich mit dazu beiträgt, dass sich die Bestandssituation nicht noch weiter verschlechtert, mithin (nur) eine begrenzte Wirkung hat. Unter Einbeziehung früherer Erfahrungen des Landesumweltamts Brandenburg mit der Methode des nächtlichen Leuchtens hat der Beklagte im Januar 2009 festgestellt, dass die am 08.04.2008 durchgeführte Maßnahme „bei vorsichtiger Schätzung“ zu einer Reduktion der Jungvögel um (nur) ca. 20 % geführt hat (Stellungnahme Dr. Wetzlar, Anlage 19 des Beklagten zum Verfahren 3 K 805/08). Bereits im Vorfeld des Erlasses der Maßnahme gab es nicht zuletzt aufgrund der Stellungnahme der Vogelwarte Radolfzell vom 02.04.2008 Zweifel an der Geeignetheit der ins Auge gefassten Maßnahme. In der mündlichen Verhandlung haben die Vertreter des Klägers im Einzelnen ausgeführt, dass eine Reduzierung der Schlupfrate von Kormoranen, welche durch die zugelassene Maßnahme im Radolfzeller Aachried allenfalls erreicht werden könnte, sofort wieder durch zuziehende Vögel ausgeglichen wird. Die Vertreter des Beklagten sind diesem Vortrag nicht

nur nicht entgegen getreten, sondern haben vielmehr bestätigt, dass dies aufgrund des Zug- und Wanderungsverhaltens der Vögel wahrscheinlich ist. Bei dieser Sachlage aber war bereits bezogen auf den entscheidungserheblichen Zeitpunkt im April 2008 mehr als zweifelhaft, inwiefern eine so isolierte und nicht in ein Gesamtmaßnahmenpaket zum Schutz der Äschenpopulation eingebettete Maßnahme wie die Störaktion vom 08.04.2008 geeignet gewesen sein könnte, einen messbaren Beitrag zum Schutz der Äschenbestände im Untersee zu leisten. Dies gilt auch dann, wenn man - entsprechend dem Vortrag des Beklagten in der mündlichen Verhandlung am 14.03.2011 - nicht nur die in 2008 zugelassene und durchgeführte Maßnahme in den Blick nimmt, sondern unterstellt, dass vergleichbare Maßnahmen auch in den Folgejahren durchgeführt werden. Denn auch in diesem Falle ist wahrscheinlich, dass die bewirkte Bestandsminderung durch den Nach- bzw. Zuzug anderer Vögel zumindest wieder ausgeglichen wird.

- 62 bb) Durchgreifende Zweifel bestehen auch an der Erforderlichkeit und Angemessenheit der Maßnahme. Die Erforderlichkeits- und Angemessenheitsprüfung setzt notwendigerweise voraus, dass die Behörde Kenntnis von den konkret in Rede stehenden und zu beachtenden Rechtsgütern hat. Da vorliegend von den Verboten des § 4 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 9 VO NSG dispensiert, mithin im Einzelfall eine Verletzung des in § 3 VO NSG genannten Schutzzwecks zugelassen werden soll, war es bei der Erteilung einer Befreiungsentscheidung notwendig, diesen Schutzzweck konkret in den Blick zu nehmen und mit dem ihm eigenen Gewicht bei der Befreiungsentscheidung zu berücksichtigen. Da § 3 der VO NSG das Radolfzeller Aachried als „Feuchtgebiet“ schützt, das „zahlreichen zum Teil vom Aussterben bedrohten Pflanzen- und Tierarten Lebensraum bietet“, hätte sich der Beklagte schon vor der Zulassung der Maßnahme hinreichende Kenntnis darüber verschaffen müssen, welche Tierarten im Schutzgebiet vorkommen, vom Schutzzweck der Verordnung erfasst sind und durch die geplante Aktion möglicherweise ebenfalls gestört werden. Dies ist nicht ausreichend geschehen. Die beiden Begehungen am 01.04.2008 und am 07.04.2008 waren in diesem Zusammenhang schon deshalb nicht ausreichend, weil sie zur Tagzeit durchgeführt wurden, m.a.W. keine Feststellungen in Bezug auf nachtaktive Vögel (wie z.B. die Waldohreule) getroffen werden konnten, obwohl die gezielte Störaktion doch gerade zur Nachtzeit durchgeführt werden sollte.
- 63 4. Weitere (negative) Voraussetzung für die Erteilung einer Befreiung nicht nur nach § 78 Abs. 1 Nr. 2 NatSchG („und die Abweichung mit öffentlichen Belangen vereinbar ist“), sondern auch nach § 78 Abs. 1 Nr. 3 NatSchG ist, dass zwingende Vorschriften des Europäischen Naturschutzrechts ihr nicht entgegenstehen. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass § 78 Abs. 1 NatSchG der Sache nach § 62 BNatSchG a.F. entspricht und diese Negativvoraussetzung dort ausdrücklich für sämtliche Befreiungstatbestände benannt ist, zum anderen aus der allgemeinen Überlegung, wonach die Befreiung als eng auszulegende Korrekturmöglichkeit für atypische Sonderfälle sich nicht in Widerspruch zu etwaigen Zugriffsverboten des Europäischen Naturschutzrechts setzen darf.
- 64 Ein solcher Widerspruch liegt hier vor. Das Naturschutzgebiet Radolfzeller Aachried wurde vom Land Baden-Württemberg im Jahr 2001 über das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit zugleich als Teil des Europäischen Vogelschutzgebietes „Untersee des Bodensees“ (SPA-Nr. 8220/401) an die Europäische Kommission gemeldet. Im Bundesanzeiger vom 11.06.2003 wurde das Gebiet als Europäisches Vogelschutzgebiet bekannt gemacht (vgl. § 10 Abs. 6 BNatSchG a.F.). Bezogen auf den maßgeblichen Zeitpunkt des Erlasses der Befreiungsentscheidung war das Schutzgebiet zwar noch nicht förmlich durch Schutzgebietsverordnung i.S.v. § 36 Abs. 3 NatSchG ausgewiesen - die entsprechende Verordnung ist erst im Februar 2010 ergangen -, es unterlag in diesem Zeitpunkt aber gem. § 40 NatSchG demselben Schutz, der einem nach § 36 Abs. 3 NatSchG geschützten Gebiet zukommen würde. Infolgedessen galten für das gemeldete Gebiet bereits im April 2008 §§ 37 und 38 Abs. 1 und 2 NatSchG, wonach Veränderungen und Störungen, die zu erheblichen Beeinträchtigungen eines Gebiets von gemeinschaftlicher Bedeutung oder eines Europäischen Vogelschutzgebietes in ihren jeweiligen für die Erhaltungsziele maßgeblichen Bestandteilen führen können, unzulässig sind und vor der Zulassung von Projekten und Plänen eine entsprechende Verträglichkeitsprüfung durchzuführen ist.
- 65 a) § 39 NatSchG schließt die Notwendigkeit einer Verträglichkeitsprüfung hier nicht aus. Zwar ist nach dieser Vorschrift § 38 NatSchG für geschützte Teile von Natur und Landschaft - um einen solchen Teil handelt es sich beim Radolfzeller Aachried - nur insoweit anzuwenden als die Schutzvorschriften, einschließlich der Vorschriften über Ausnahmen und Befreiungen, keine strengeren Regelungen für die Zulassung von Projekten enthalten. Die Vorschriften der VO NSG stellen hier aber keine (durchgängig) „strengere Regelung“ in dem genannten Sinne dar. Bei der anzustellenden vergleichenden „Strenger-Prüfung“ kann nicht isoliert darauf abgestellt werden, dass § 4

VO NSG ein umfassendes Zerstörungs-, Beschädigungs- und Veränderungsverbot statuiert. Denn sowohl dieses Verbot als auch die im Rahmen der „Strenger-Prüfung“ ebenfalls in den Blick zu nehmende Befreiungsmöglichkeit nach § 7 VO NSG knüpfen ihrerseits sowohl an den Schutzgegenstand (§ 2 VO NSG) als auch an den Schutzzweck (§ 3 VO NSG) an und müssen vor diesem Hintergrund interpretiert werden. Schutzzweck ist hier neben dem Erhalt des Radolfzeller Aachrieds als eines „naturhaften Landschaftsteils“ - dessen Erhaltung als „Feuchtgebiet“, das zahlreichen Pflanzen- und Tierarten Lebensraum bietet. Dagegen ist Erhaltungsziel eines Europäischen Vogelschutzgebiets die gebietsbezogene Erhaltung des günstigen Erhaltungszustands der Bestände und Lebensräume bestimmter Vogelarten (Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 und 2, Art. 4 Abs. 1 Vogelschutzrichtlinie). Der Schutzzweck der VO NSG weist zwar insoweit eine mit den Erhaltungszielen des Vogelschutzgebiets parallele Schutzrichtung auf als dort auch „feuchtgebietstypische“ Vogelarten geschützt sind. Einen artbezogenen Lebensraumschutz hat die VO NSG aber nicht im Blick. Zudem werden andere – nicht feuchtgebietstypische – Vogelarten nicht von der VO NSG, sondern nur von dem Schutzzweck des Vogelschutzgebiets erfasst. Auch aus den konkret benannten - ersichtlich auch schon im Zeitpunkt der Gebietsmeldung an die Europäische Kommission ins Auge gefassten - Erhaltungszielen des Vogelschutzgebiets „Untersee des Bodensees“ (Anlage 1 zur Verordnung des Ministeriums für Ernährung und Ländlichen Raum zur Festlegung von Europäischen Vogelschutzgebieten vom 05.02.2010, GBl. 2010, S. 37), ergibt sich, dass diese erheblich weiter greifen als der Schutzzweck der NSG VO. Deckt sich der Schutzzweck einer Naturschutzverordnung i.S.v. § 26 NatSchG aber - wie hier - weitgehend nicht mit den Natura-2000-bezogenen Erhaltungszielen, so liegt insoweit keine „strengere Regelung“ i.S.v. § 39 NatSchG vor mit der Konsequenz, dass die Anwendung des § 38 NatSchG in diesem Umfang nicht ausgeschlossen ist. Insoweit kann dem Schutzzweck der VO NSG im Rahmen der Verträglichkeitsprüfung auch keine maßstabsbildende Bedeutung (vgl. § 38 Abs. 1 Satz 2 NatSchG) zukommen. Denn § 38 Abs. 1 Satz 2 NatSchG erfasst nicht den - vorliegenden - Fall, in dem die Schutzgebietsausweisung keinen hinreichenden Bezug zur Errichtung des Europäischen Ökologischen Netzes Natura 2000 aufweist (Schuhmacher/Fischer-Hüftle, BNatSchG, § 34 Rdnr. 28).

- 66 Auch der Beklagte ist bei der Erteilung der naturschutzrechtlichen Befreiung offensichtlich (noch) davon ausgegangen, dass § 39 NatSchG die Anwendung des § 38 NatSchG hier nicht sperrt (vgl. die Ausführungen auf S. 6 des Bescheides; LTDrs. 14/2519, S. 4).
- 67 b) Bei dem durch die Befreiungsentscheidung zugelassenen Eingriff handelt es sich um ein „Projekt“ i.S.v. § 38 Abs. 1 und 2 NatSchG. Denn die Maßnahme sollte in zulassungsbedürftiger Weise innerhalb eines (vorläufigem Schutz unterliegenden) Europäischen Vogelschutzgebiets durchgeführt werden, zudem noch durch die Behörde selbst (§ 14 Abs. 1 Nr. 13a NatSchG). Damit bedurfte es grundsätzlich der Durchführung einer Verträglichkeitsprüfung mit den Erhaltungszielen des (gemeldeten) Europäischen Vogelschutzgebietes „Untersee des Bodensees“. Allerdings ist anerkannt, dass der eigentlichen Verträglichkeitsprüfung eine Vorprüfung („Screening“) als Erheblichkeitseinschätzung vorgeschaltet werden darf. Führt diese bereits zu dem Ergebnis, dass erhebliche Beeinträchtigungen i.S.v. Art. 4 Abs. 4 Satz 1 der Vogelschutzrichtlinie bzw. § 37 Abs. 1 Satz 1 NatSchG ausgeschlossen werden können, so findet keine umfassende Verträglichkeitsprüfung mehr statt (zur Zulässigkeit dieser Verfahrensweise EuGH, Ur. v. 07.09.2004 - C-127/02 -, NuR 2004, 788; Ur. v. 10.01.2006 - C-98/03 -, NVwZ 2006, 319; BVerwG, Ur. v. 17.01.2007 - 9 A 20.05 -, NuR 2007, 336, juris Rdnr. 40; HessVGH, Ur. v. 05.07.2007 - 4 N 867/06 -, juris Rdnr. 38f). Zur Frage, nach welchen Kriterien sich der Ausschluss erheblicher Beeinträchtigungen im Rahmen der Vorprüfung bemisst, hat das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 17.01.2007 (a.a.O. unter Nr. 1.9 „Theoretische Besorgnisse, Nullrisiko“) unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 6 Abs. 3 der FFH-Richtlinie ausgeführt, dass eine Verträglichkeitsprüfung bereits dann geboten sei, wenn zumindest „vernünftige Zweifel am Ausbleiben von erheblichen Beeinträchtigungen bestehen“ und diese „nicht offensichtlich ausgeschlossen“ werden könnten. Ein „Nullrisiko“ sei jedoch schon deshalb nicht zu verlangen, weil ansonsten ein wissenschaftlicher Nachweis nie geführt werden könnte. Obgleich diese Rechtsprechung auch mit der Geltung des aus Art. 6 Abs. 3 der FFH-Richtlinie abgeleiteten gemeinschaftsrechtlichen Vorsorgeprinzips begründet wurde, können im vorliegenden Falle einer Vorprüfung zum Ausschluss eines erheblichen Eingriffs in die Erhaltungsziele eines gemeldeten Vogelschutzgebiets keine anderen Maßstäbe gelten.
- 68 Hier hat die Naturschutzbehörde es noch am 31.03.2008 nicht für ausgeschlossen gehalten (BA Heft 4 Bl. 451), dass im Umfeld der Kormorankolonie des Radolfzeller Aachrieds - wie vom Kläger im Rahmen des Anhörungsverfahrens vorgetragen - auch Kolbenenten, Rohrweihen, Zwergtaucher, Schwarzmilane, Rotmilane und Wasserrallen brüten und diese Vogelarten bei Durchführung der Maßnahme beeinträchtigt werden könnten.

Aufgrund dieser Einschätzung konnte das Nichtvorliegen einer erheblichen Beeinträchtigung nicht offensichtlich ausgeschlossen werden und hätte eine auf die Erhaltungsziele des gemeldeten Vogelschutzgebiets „Untersee des Bodensees“ bezogene Verträglichkeitsprüfung durchgeführt werden müssen.

- 69 Auch aufgrund der am 01.04. und am 08.04.2008 durchgeführten Gebietsbegehungen (von dem Beklagten als „Erheblichkeitsabschätzung“ bezeichnet) konnte nicht davon ausgegangen werden, dass erhebliche Beeinträchtigungen anderer für die Erhaltungsziele des gemeldeten Schutzgebiets wertgebender Vogelarten offensichtlich ausgeschlossen sind. Ein solcher Ausschluss hätte vorausgesetzt, dass der Beklagte bei der Veranlassung und Durchführung der Ortsbegehung hinreichend im Blick hat, welche konkreten Erhaltungsziele des Vogelschutzgebiets und Lebensraumtypen hier maßgebend und welche wertgebenden Arten demzufolge zu prüfen waren. Dass dies der Fall gewesen wäre, kann den vorgelegten Akten nicht entnommen werden.
- 70 Die beiden Gebietsbegehungen dienten ersichtlich nicht der erforderlichen systematischen Ermittlung der wertgebenden Arten. Wie sich aus den vorliegenden Protokollen, aber auch den ergänzenden Ausführungen der Vertreter des Beklagten in der mündlichen Verhandlung hierzu ergibt, beschränkte sich die Begehung darauf, die während einer begrenzten Beobachtungszeit am Tage eher zufällig gemachten Beobachtungen über das Brutverhalten der Kormorane und das Vorhandensein von Brutplätzen anderer Vogelarten festzuhalten. Dagegen wurden weder - wie oben bereits ausgeführt - Begehungen zur Nachtzeit durchgeführt noch wurde trotz Vorliegens entsprechender Anhaltspunkte einer Gefährdung anderer in dem Gebiet brütender Vogelarten (z.B. Schwarzmilane) näher nachgegangen.
- 71 c) Schließlich war die Durchführung einer vogelschutzgebietsbezogenen Verträglichkeitsprüfung auch nicht mit Blick auf die dem Bescheid vom 08.04.2008 beigelegten Maßgaben zum Vollzug der „gezielten Störung“ entbehrlich. Die Tatsache, dass der Beklagte solche auf die Vermeidung erheblicher Beeinträchtigungen - oder gar auf den völligen Ausschluss von Beeinträchtigungen - abzielenden Schutzmaßnahmen für nötig erachtet hat, belegt vielmehr, dass die Durchführung einer Verträglichkeitsprüfung gem. § 38 NatSchG hier nicht nach dem Offensichtlichkeitsmaßstab im Wege der Vorprüfung unterbleiben durfte. Es ist gerade der Sinn der Verträglichkeitsprüfung, die Notwendigkeit etwaiger Schutzkonzepte aufzuzeigen. Schutzmaßnahmen können deshalb sinnvollerweise nur im Rahmen der Verträglichkeitsprüfung erarbeitet und fachlich bewertet werden. Der Verzicht auf die Durchführung einer Verträglichkeitsprüfung lässt sich mit ihnen nicht begründen (ebenso OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 21.02.2011 - 8 S 1837/09 -, juris Rdnr. 56f).
- 72 5. Ob die naturschutzrechtliche Befreiung vom 08.04.2008 möglicherweise auch im Hinblick auf das Nichtvorliegen der Voraussetzungen für die Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahmeentscheidung rechtswidrig gewesen ist, ist demnach nicht mehr zu entscheiden.
- 73 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.
- 74 Die Revision ist nicht zuzulassen, weil keiner der Gründe der § 132 Abs. 2 VwGO gegeben ist.
- 75 **Beschluss**
- 76 Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird gem. §§ 47 Abs. 1, 52 Abs. 2 GKG auf 5.000,- EUR festgesetzt.
- 77 Dieser Beschluss ist unanfechtbar.