

Az.: 1 A 389/12  
3 K 1427/06

Ausfertigung



# SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

Im Namen des Volkes

## Urteil

In der Verwaltungsrechtssache

der  
vertreten durch die

- Klägerin -  
- Berufungsklägerin -

prozessbevollmächtigt:

gegen

die Landeshauptstadt Dresden  
vertreten durch die Oberbürgermeisterin  
Dr.-Külz-Ring 19, 01067 Dresden

- Beklagte -  
- Berufungsbeklagte -

wegen

Beseitigung geschützter Nistplätze der Mehlschwalbe  
hier: Berufung

hat der 1. Senat des Sächsischen Obergerverwaltungsgerichts durch den Vorsitzenden Richter am Obergerverwaltungsgericht Meng, die Richterin am Obergerverwaltungsgericht Schmidt-Rottmann und den Richter am Obergerverwaltungsgericht Dr. Pastor aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 27. September 2012

am 10. Oktober 2012

### **für Recht erkannt:**

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Dresden vom 10. Juni 2010 - 3 K 1427/06 - wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Die Revision wird nicht zugelassen.

### **Tatbestand**

1 Die Klägerin wendet sich gegen eine naturschutzrechtliche Anordnung der Beklagten, an dem Gebäude S....straße der Gemarkung D..... das Brüten der Mehlschwalben zu ermöglichen und dauerhaft keine Schwalbenabwehrmaßnahmen anzubringen.

2 An dem Gebäude S....straße befanden sich 92 Mehlschwalbennester. Mit Schreiben vom 25. Januar 2006 teilte die Klägerin der Beklagten mit, dass sie im Zuge der Hochwassersanierung beabsichtige, die Außenfassade zu sanieren, und beantragte eine naturschutzrechtliche Befreiung. Zur Fassadensanierung sei es geboten, die bestehenden Nistplätze von Mehlschwalben restlos zu entfernen und nach Abschluss der Fassadensanierung Schutzmaßnahmen gegen Nistplätze anzubringen. Ferner stelle die Einnistung der Mehlschwalben an einem Wohnhaus im Hinblick auf die Vogelgrippe eine Gefährdung der Gesundheit der Bewohner dar.

3 Die Beklagte erteilte mit Bescheid vom 23. März 2006 die beantragte Befreiung (Ziffer 1), verband diese aber mit Nebenbestimmungen (Ziffer 2). Die Nebenbestimmung in Ziffer 2.3 des Bescheides lautete wie folgt:

„Als Ersatz für die entfallenden Brutplätze in den Sparrenfeldern direkt über den Fenstern des Gebäudes S....straße sind alle nicht über den Fenstern gelege-

nen Sparrenfelder dauerhaft für das Brüten der Mehlschwalbe freizuhalten. Die Anbringung von Schwalbenabwehrmaßnahmen jeglicher Art ist in diesen Sparrenfeldern dauerhaft unzulässig.“

- 4 Zur Begründung führte die Beklagte aus, das Interesse der Klägerin an der Sanierung der Gebäudefassade sei mit dem Schutzcharakter der vorhandenen Lebensstätten der besonders geschützten Vogelart Mehlschwalbe abgewogen worden. Nach den Ergebnissen der Diplomarbeit „Grundlagen für ein Artenhilfsprogramm für die Mehlschwalbe im Dresdner Süden“ (Bondkowski, 2005), die durch das Umweltamt betreut worden sei, seien am Gebäude S.....straße mindestens 36 Brutnester der Mehlschwalbe nachgewiesen worden. Es sei bekannt, dass der Mehlschwalbenbestand von Jahr zu Jahr stark schwanke und nicht in jedem Jahr alle Nester besiedelt seien. Der Erhalt der Originallebens- und Niststätten an dem benannten Gebäude stelle eine unverhältnismäßige Härte dar, da die Klägerin die baulichen Arbeiten zur Hochwassersanierung nicht vollständig umsetzen könne. Außerdem sei bei der Entscheidung die Beeinträchtigung der Mieter durch Verschmutzungen der Mehlschwalbe an Fenstern berücksichtigt worden. Im Hinblick auf die Vogelgrippe gehe von den Schwalben keine Gefahr aus, da das H5N1-Vogelgrippevirus seit seinem ersten Auftreten 1997 noch nie bei Schwalben gefunden worden sei.
- 5 Gemäß § 36 Abs. 1 VwVfG könne ein Verwaltungsakt mit Nebenbestimmungen versehen werden. Die Abweichung vom Verbot des § 42 BNatSchG 2002 sei aufgrund der erlassenen Nebenbestimmung zum Verbot der Anbringung von Schwalbenabwehrmaßnahmen in jeder Form an allen Sparrenfeldern außer unmittelbar über den Fenstern und den Hauseingängen mit den Belangen des Naturschutzes vereinbar, da so der dauerhafte Erhalt der ersatzweise erforderlich werdenden Brutbereiche gesichert sei. Die erste Brut der Mehlschwalben werde durch die bauzeitlichen Einwirkungen zwar verhindert, es sei jedoch davon auszugehen, dass nach dem Abschluss der Fassadensanierung die zweite Jahresbrut ab Juli erfolgreich zum Abschluss gebracht werden könne. Die bauzeitlichen Einwirkungen könnten so mit den Naturschutzbelangen in einem Kompromiss in Übereinstimmung gebracht werden. Zur Begründung der Nebenbestimmungen führt die Beklagte aus:

„Die mit der Befreiung festgesetzten Nebenbestimmungen sind insgesamt erforderlich, um die die Einhaltung der Voraussetzungen sicherzustellen, die die Erteilung der Befreiung überhaupt erst möglich machten. Die Befreiung für die

bauzeitliche Beseitigung aller und die dauerhafte Beseitigung für die unmittelbar über den Fenstern befindlichen Niststätten wird mithin erteilt.“

- 6 Die Klägerin erhob gegen die Nebenbestimmung in Ziffer 2.3 des Bescheides der Beklagten vom 23. März 2006 Widerspruch, mit dem sie im Wesentlichen geltend machte, dass der durch die Schwalben verursachte Lärm und die Verschmutzungen die Wohnverhältnisse beeinträchtigten und die Mieter zur Minderung des Mietzinses berechtigten. Die Intensität dieser Beeinträchtigungen gingen über den Bereich hinaus, den der Eigentümer im Rahmen der Sozialbindung des Eigentums zum Schutze der Natur hinnehmen müsse.
  
- 7 Den Widerspruch wies das damalige Regierungspräsidium Dresden mit Widerspruchsbescheid vom 16. Juni 2006 zurück. Die von der Klägerin begehrte Befreiung, die den ersatzlosen Verlust sämtlicher Nistbereiche der Mehlschwalbe am Gebäude S....straße zur Folge hätte, stünde nicht im Einklang mit § 62 BNatSchG 2002. Da die Mehlschwalbe in Mitteleuropa ihre Nester überwiegend unter die Dächer an die Außenwände von Gebäuden baue, liege keine Härte vor, die der Gesetzgeber nicht beabsichtigt hätte. Auf eine unzumutbare Beeinträchtigung von Mietern oder Wohnungseigentümern könne sich die Klägerin nicht berufen, da die Beklagte in ihrer Entscheidung bereits Abwehrmaßnahmen oberhalb von Fenstern und Hauseingängen zugelassen habe. Die Beseitigung der Vogelnester, ohne dass die Möglichkeit der Wiederansiedlung der ortstreuen Tiere gegeben wäre, sei nicht mit den Belangen von Naturschutz und Landschaftspflege zu vereinbaren.
  
- 8 Die hiergegen am 11. Juli 2006 erhobene Klage, die im Hauptantrag auf eine isolierte Anfechtung der Nebenbestimmung in Ziffer 2.3 des Ausgangsbescheides in der Gestalt des Widerspruchsbescheides und im Hilfsantrag auf eine Verpflichtung der Beklagten zur Erteilung der Befreiung ohne Nebenbestimmungen gerichtet war, wies das Verwaltungsgericht Dresden mit Urteil vom 10. Juni 2010 - 3 K 1427/06 - ab. Die Klage sei im Hauptantrag zulässig, aber unbegründet. Zwar habe § 62 Abs. 1 BNatSchG 2002 die Möglichkeit einer Befreiung unter Auflagen nicht ausdrücklich vorgesehen. Diese könne aber schon deshalb mit Nebenbestimmungen versehen werden, weil so das Verbot des § 42 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG 2002 nicht vollumfänglich, sondern nur in einzelnen Beziehungen außer Kraft gesetzt werde. Der Hilfsantrag habe keinen Erfolg, weil Ausgangs- und Widerspruchsbescheid rechtmäßig seien.

9 Der Senat hat mit Beschluss vom 24. Mai 2012 - 1 A 623/10 - die Berufung der Klägerin zugelassen.

10 Zur Begründung der Berufung trägt die Klägerin vor, dass die Beklagte in der angefochtenen Nebenbestimmung eine Erst- oder Wiederansiedlung von Mehlschwalben angeordnet habe, für die es keine Rechtsgrundlage gebe. Das Naturschutzrecht greife erst dann, wenn eine Besiedlung vorhanden sei. Dies sei aber nach der Beseitigung der ursprünglichen Mehlschwalbennester nicht mehr der Fall. Da es nicht verboten sei, die Ansiedlung geschützter Tier- und Pflanzenarten durch gezielte Maßnahmen zu verhindern, könne der Klägerin auch nicht aufgegeben werden, Teile des Gebäudes für eine Wiederbesiedlung freizuhalten. Der Senat habe in seinem Urteil vom 6. Dezember 2001 - 1 B 54/99 - eine Anordnung zur Ersatzpflanzung an der fehlenden Ermächtigungsgrundlage scheitern lassen; der vorliegende Fall sei insoweit vergleichbar, wobei die Beseitigung der Schwalbennester noch nicht einmal rechtswidrig erfolgt sei. Die von der Beklagten verfügte Nebenbestimmung sei auch unverhältnismäßig. Das Verwaltungsgericht habe dabei das extreme Maß der Beeinträchtigung des Eigentums verkannt. Als milderer Mittel sei die Errichtung eines sogenannten Schwalbenturmes in Betracht gekommen. Die Beklagte habe auch nicht hinreichend berücksichtigt, dass die Klägerin Einwendungen aus dem Gesundheitsschutz erhoben habe, insbesondere im Hinblick auf Infektionskrankheiten, die von der Mehlschwalbe übertragen würden.

11 Die Klägerin beantragt,

die Beklagte unter Aufhebung ihres Bescheides vom 23. März 2006 und des Widerspruchsbescheides des damaligen Regierungspräsidiums Dresden vom 16. Juni 2006 zu verpflichten, der Klägerin die beantragte naturschutzrechtliche Befreiung ohne die Nebenbestimmung in Ziffer 2.3 zu erteilen,

hilfsweise

den Bescheid der Beklagten vom 23. März 2006 in Gestalt des Widerspruchsbescheides des damaligen Regierungspräsidiums Dresden vom 16. Juni 2006 hinsichtlich der Nebenbestimmung Ziffer 2.3 aufzuheben.

12

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

- 13 Die Klägerin gehe unzutreffend davon aus, dass durch die angefochtene Auflage eine Erst- oder Wiederansiedlung erzwungen werden solle. Da am Gebäude S....straße bereits eine Kolonie mit 92 Brutplätzen der besonders geschützten Vogelart Mehlschwalbe bestanden habe, habe die Befreiung vom Verbot der Zerstörung der Nistplätze nur erteilt werden können, weil sie mit der streitgegenständlichen Nebenbestimmung versehen gewesen sei. Die Vereinbarkeit mit den Belangen des Natur- und Artenschutzes sei nur dann anzunehmen, wenn Lebensstätten aktuell nicht besetzt seien und wenn für dauerhafte Lebensstätten - wie dies bei der Mehlschwalbe der Fall sei - Ersatz geschaffen werde. Im Hinblick auf die von der Klägerin angesprochenen Schwalbentürme seien diese kein geeignetes Mittel, weil sie von den Mehlschwalben nicht angenommen würden, wenn höhere Gebäude vorhanden seien. Bei den Ausführungen der Klägerin zum Gesundheitsschutz handele es sich um rein theoretische Erwägungen.
- 14 Mit nachgereichtem Schriftsatz vom 28. September 2012 hat sich die Klägerin zu der in der mündlichen Verhandlung mit den Beteiligten erörterten Frage, ob vorliegend die (isolierte) Anfechtungs- oder die Verpflichtungsklage die richtige Klageart sei, sowie dazu geäußert, welche Fassung des Bundesnaturschutzgesetzes für die rechtliche Beurteilung des Klagebegehrens maßgeblich sei.
- 15 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakten (2 Bände) sowie die Verwaltungsvorgänge (2 Heftungen) verwiesen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind.

### **Entscheidungsgründe**

- 16 Die zulässige Berufung ist unbegründet. Das Verwaltungsgericht hat die Klage im Ergebnis zu Recht abgewiesen.
- 17 Die Klägerin hat keinen Anspruch auf die mit dem Hauptantrag begehrte Erteilung der naturschutzrechtlichen Befreiung ohne die angefochtene Nebenbestimmung in Ziffer 2.3 des Ausgangsbescheides und auch keinen Anspruch auf Neubescheidung, da der Bescheid der Beklagten vom 23. März 2006 in der Gestalt, die er durch den Widerspruchsbescheid des damaligen Regierungspräsidiums Dresden vom 16. Juni 2006 gefunden hat, rechtmäßig ist und die Klägerin nicht in ihren Rechten verletzt (§ 113

Abs. 5 VwGO). Der Hilfsantrag ist unzulässig, da das Klagebegehren - wie im Hauptantrag geschehen - im Wege der Verpflichtungsklage geltend zu machen ist.

## I.

- 18 Die Klage ist im Hauptantrag zulässig. Die von der Klägerin in der mündlichen Verhandlung auf Hinweis des Senats vorgenommene Umstellung der Anträge dergestalt, dass der im erstinstanzlichen Verfahren noch hilfsweise gestellte Verpflichtungsantrag im Berufungsverfahren als Hauptantrag weiterverfolgt und dafür der vor dem Verwaltungsgericht noch als Hauptantrag gestellte Anfechtungsantrag vor dem Obergericht nur noch hilfsweise geltend gemacht wurde, war sachdienlich; im Übrigen ist ihr auch die Beklagte nicht entgegen getreten.
- 19 Die von der Klägerin begehrte Befreiung von dem Verbot der Zerstörung von Nist- und Brutplätzen der Mehlschwalbe am Gebäude S....straße der Gemarkung D..... ohne die in Ziffer 2.3 des Ausgangsbescheides enthaltene Auflage ist im Wege der Verpflichtungsklage (§ 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO) geltend zu machen.
- 20 Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Urt. v. 22. November 2000, BVerwGE 112, 221) ist es zwar grundsätzlich eine Frage der Begründetheit, ob ein Anfechtungsbegehren zur isolierten Aufhebung einer belastenden Nebenbestimmung eines Verwaltungsakts führen kann, so dass eine isolierte Anfechtungsklage gegen eine Auflage grundsätzlich zulässig ist. Dies gilt jedoch nicht, sofern eine isolierte Aufhebbarkeit offenkundig von vorneherein ausscheidet (BVerwG, a. a. O.). Das ist vorliegend der Fall. Die Beklagte hat in ihrem Bescheid ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die mit der Befreiung festgesetzten Nebenbestimmungen insgesamt erforderlich seien, um die Einhaltung der Voraussetzungen sicherzustellen, die die Erteilung der Befreiung überhaupt erst möglich gemacht hätten. Die Beklagte hätte daher die Befreiung, über deren Erteilung sie nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden hatte, ohne die Berücksichtigung der in den Nebenbestimmungen enthaltenen Umstände nicht erteilt, weil aus ihrer Sicht dann der Tatbestand, der die Ermessensausübung zu Gunsten der Klägerin ermöglichte, nicht erfüllt gewesen wäre. Daraus folgt, dass die belastende Nebenbestimmung von dem die Klägerin begünstigenden Verwaltungsakt nicht getrennt werden kann, ohne dass der Sachverhalt, der der Ermes-

sensentscheidung der Beklagten zu Grunde lag, nachträglich verändert würde. Die isolierte Aufhebung der Nebenbestimmung würde zu einem rückwirkend entstandenen Ermessensdefizit führen, da die Beklagte dann ex post bei ihrer Ermessensentscheidung von in Wahrheit nicht vorliegenden Tatsachen, der Umsetzung der in der Nebenbestimmung verfügten Maßnahmen, ausgegangen wäre und somit ein Ermessensfehlergebrauch vorläge, der automatisch zur Rechtswidrigkeit des gesamten Bescheides, d. h. auch der erteilten Befreiung führte. Die in der Literatur hierzu vertretene Auffassung, dass im Falle eines durch die isolierte Aufhebung einer Nebenbestimmung bewirkten Eingriffs in eine einheitliche Ermessensentscheidung zwar ein rechtswidriger „Entscheidungstorso“ zurückbleibe, die Rechtswidrigkeit des verbliebenen Restverwaltungsakts aber über § 48 Abs. 1 VwVfG zu lösen sei (Pietzcker, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Stand: Januar 2012, § 42 Abs. 1 Rn. 134) vermag nicht zu überzeugen, zumal die Zulässigkeit einer Anfechtungsklage gegen die Nebenbestimmung zugleich den Suspensiveffekt des § 80 Abs. 1 VwGO auslösen würde mit der Folge, dass von einer Begünstigung Gebrauch gemacht werden könnte, die in jedem Fall rechtswidrig ist (krit. insoweit auch Kopp/Ramsauer, VwVfG, 13. Aufl. 2012, § 36 Rn. 62; auch Pietzcker, a. a. O., Rn. 136, sieht dies als Nachteil, der aber über die Anordnung des Sofortvollzugs beseitigt werden könne). Dies ist im vorliegenden Fall auch eingetreten, denn die Klägerin hat die Brutstätten der Mehlschwalben bereits zerstört ohne die Nebenbestimmung zu erfüllen, obwohl dies aus den vorgenannten Gründen in keinem Fall rechtmäßig sein kann. Denn unabhängig von der Frage, ob sich die von der Klägerin angegriffene Nebenbestimmung als rechtswidrig erweist oder nicht, ist offenkundig, dass die Ermessensentscheidung der Beklagten zu Gunsten der Klägerin nur eine Befreiung unter Einhaltung der Nebenbestimmungen umfasst, sodass eine isolierte Aufhebung von vorneherein nicht zu einer Rechtmäßigkeit der Befreiung bzw. der Herstellung rechtmäßiger Zustände führen kann. Eine isolierte Aufhebbarkeit der Nebenbestimmung in Ziffer 2.3 des Ausgangsbescheides scheidet damit von vorneherein aus.

## II.

- 21 Die mit dem Hauptantrag verfolgte Verpflichtungsklage ist unbegründet. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf die Erteilung der begehrten naturschutzrechtlichen Befreiung ohne die ihr von der Beklagten auferlegte Nebenbestimmung. Da sich der Bescheid

der Beklagten in der Gestalt, die er durch den Widerspruchsbescheid gefunden hat, rechtmäßig ist, hat die Klägerin auch keinen Anspruch auf erneute Bescheidung ihres Antrags.

22 1. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf die Erteilung der begehrten naturschutzrechtlichen Befreiung. Das klägerische Begehren richtete sich zunächst auf die Erteilung einer Befreiung nach § 62 Abs. 1 Satz 1 BNatSchG in der bei Erlass der Bescheide geltenden Fassung des Gesetzes (nachfolgend: BNatSchG 2002), vom Verbot des § 42 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG 2002. Diese Vorschrift enthielt u. a. das Verbot, die Nist-, Brut-, Wohn- oder Zufluchtsstätten von wild lebenden Tieren der besonders geschützten Arten zu beschädigen oder zu zerstören. Da die Mehlschwalbe als „europäische Vogelart“ gemäß § 10 Abs. 2 Nr. 10 lit. b bb BNatSchG 2002 zu den besonders geschützten Arten zählte, war für die begehrte Beseitigung der 92 Brutplätze der Mehlschwalbe am Gebäude S....straße die beantragte Befreiung notwendig.

23 Mit In-Kraft-Treten des Gesetzes über Naturschutz und Landschaftspflege (Bundesnaturschutzgesetz - BNatSchG) vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2542) am 1. März 2010 (nachfolgend: BNatSchG 2010) haben sich im Hinblick auf die Notwendigkeit einer Befreiung von einem naturschutzrechtlichen Verbot bei der Beseitigung der Brutplätze für Mehlschwalben am Gebäude S....straße jedenfalls keine Änderungen zugunsten der Klägerin ergeben, denn § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG 2010 verbietet nun, Fortpflanzungs- oder Ruhestätten der wild lebenden Tiere der besonders geschützten Arten zu zerstören, und die Mehlschwalbe ist als wild lebendes Tier (vgl. § 7 Abs. 2 Nr. 1 lit. a BNatSchG 2010) und europäische Vogelart (§ 7 Abs. 2 Nr. 12 BNatSchG 2010) eine besonders geschützte Art (§ 7 Abs. 2 Nr. 13 lit. b bb). Die Möglichkeit einer Befreiung von den Verboten des § 44 BNatSchG 2010 ist in § 67 Abs. 2 BNatSchG 2010 geregelt.

24

Der maßgebliche Zeitpunkt für die rechtliche Beurteilung des Verpflichtungsbegehrens der Klägerin ergibt sich grundsätzlich aus dem materiellen Recht (vgl. BVerwG, Urt. v. 28. April 2010, BVerwGE 137, 1; Urt. v. 13. Dezember 2007, BVerwGE 130, 113). Der materiell-rechtliche Bezugspunkt der Klägerin ist dabei in Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG, Art. 31 Abs. 1 Satz 1 SächsVerf zu sehen, da der Artenschutz ihr vorliegend Einschränkungen beim Umgang mit dem in ihrem Eigentum stehenden Gebäude

aufgelegt. Inhalt und Schranken des Eigentums werden gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG, Art. 31 Abs. 1 Satz 2 SächsVerf jedoch durch die Gesetze bestimmt, so dass - wie dies etwa auch bei Veränderungen der Sach- und Rechtslage in Bezug auf die Erteilung einer Baugenehmigung der Fall ist - vorliegend auf den Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung im Berufungsverfahren abzustellen und damit zu prüfen ist, ob die Klägerin zum Zeitpunkt der Entscheidung (noch) einen Anspruch auf die begehrte Befreiung hat.

25 Gemäß § 67 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG 2010 kann von den Verboten des § 44 BNatSchG 2010 auf Antrag Befreiung gewährt werden, wenn die Durchführung der Vorschriften im Einzelfall zu einer unzumutbaren Belastung führen würde. Die Befreiung kann gemäß § 67 Abs. 3 Satz 1 BNatSchG 2010 mit Nebenbestimmungen versehen werden, ferner finden gemäß § 67 Abs. 3 Satz 2 BNatSchG 2010 § 15 Abs. 1 bis 4 und Absatz 6 sowie § 17 Abs. 5 und 7 BNatSchG 2010 auch dann Anwendung, wenn kein Eingriff in Natur und Landschaft im Sinne des § 14 BNatSchG 2010 vorliegt.

26 Da die Erteilung einer Befreiung nach § 67 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG 2010 im pflichtgemäßen Ermessen der zuständigen Behörde steht, setzt ein Anspruch der Klägerin auf Erteilung der Befreiung eine Ermessensreduktion auf Null voraus. Zwar ist auch die Beklagte im Hinblick auf die von der Klägerin beabsichtigte hochwasserbedingte Sanierung der Außenfassade des Gebäudes S....straße davon ausgegangen, dass das Verbot, die vorhandenen 92 Brutplätze der Mehlschwalbe zu zerstören, zu einer unzumutbaren Belastung geführt hätte, so dass sie in ihrem Bescheid nicht auf den Erhalt der 92 Originalbrutplätze bestanden hat. Eine Ermessensreduktion auf Null im Sinne des Begehrens der Klägerin erforderte darüber hinaus aber auch, dass die Befreiung nicht mit der Nebenbestimmung in Ziffer 2.3 des Ausgangsbescheides hätte versehen werden dürfen. Dies ist nicht der Fall. Zunächst stellt § 67 Abs. 3 Satz 1 BNatSchG 2010 - anders als § 62 BNatSchG 2002 in der bis zum 17. Dezember 2007 und damit bei Erlass der Bescheide gültigen Fassung - ausdrücklich klar, dass die Befreiung mit Nebenbestimmungen versehen werden kann. Der Senat teilt dabei nicht die Auffassung der Klägerin, dass dies eine materielle Änderung der Rechtslage im Vergleich zu der bei Bescheiderlass geltenden Vorschrift des § 62 BNatSchG 2002 darstelle. Darüber hinaus findet über § 67 Abs. 3 Satz 2 BNatSchG aber die Vorschrift des § 15

Abs. 2 Satz 1 BNatSchG 2010 Anwendung, wonach der Verursacher einer unvermeidbaren Beeinträchtigung von Natur und Landschaft verpflichtet ist, diese Beeinträchtigungen durch Maßnahmen des Naturschutzes und der Landschaftspflege auszugleichen oder sie zu ersetzen. Da es sich bei der beantragten Zerstörung von 92 Brutplätzen der besonders geschützten Art Mehlschwalbe bei Durchführung der Sanierung der Außenfassade des Gebäudes S....straße um eine von der Klägerin verursachte unvermeidbare Beeinträchtigung handelte, hätte sie nicht nur keinen Anspruch auf Erteilung der Befreiung ohne Nebenbestimmungen, sondern wäre umgekehrt eine Befreiung, die keine Auflage im Sinne einer Ausgleichsmaßnahme enthielte, rechtswidrig. Zweck einer Ausgleichsmaßnahme ist, die Beeinträchtigung zu kompensieren (vgl. Sauthoff, in: Schlacke, GK-BNatSchG, § 67 Rn. 42), so dass die von der Klägerin erstrebte Befreiung eine Kompensation der Zerstörung der Brutplätze, wie sie etwa in der Nebenbestimmung Ziffer 2.3 des Ausgangsbescheides durch die Beklagte angeordnet worden ist, zwingend enthalten müsste.

27 Dem steht auch nicht der Gesundheitsschutz der Bewohner des Gebäudes S....straße entgegen, da die Klägerin keine spezifischen, auf den Einzelfall bezogene Gesundheitsgefahren, sondern nur abstrakte Gefahren durch Verschmutzungen geltend gemacht hat, die aus der geschützten Lebensweise und insbesondere dem Nisten der Mehlschwalbe unter den Dächern von hohen Wohngebäuden resultieren, und daher auch nicht zur kompensationslosen Beseitigung der Brutstätten führen können.

28 Soweit die Klägerin auf das extreme Maß der durch die insgesamt 92 Brutplätze der Mehlschwalbe entstehenden Beeinträchtigung ihres Eigentums hingewiesen und namentlich Mietminderungen sowie einen geminderten Verkehrswert der Wohnungen vorgetragen hat, weist der Senat darauf hin, dass dem durch die Beklagte teilweise schon Rechnung getragen worden ist, indem sich die Verpflichtung zur Freihaltung der Dachsparren für eine Wiederansiedlung der Mehlschwalben gemäß der Nebenbestimmung in Ziffer 2.3 des Ausgangsbescheides nun auf die Bereiche beschränkt, die nicht unmittelbar über den Fenstern und Hauseingängen liegen. Zum anderen bestünde aber selbst dann, wenn die der Klägerin auferlegte Beschränkung ihres Eigentums tatsächlich zu einer unzumutbaren Belastung führen sollte, kein Anspruch auf Erteilung einer Befreiung ohne Kompensation, sondern wäre diese auf einen Entschädigungsanspruch auf § 68 Abs. 1 BNatSchG 2010 zu verweisen.

29 Eine Ermessensreduktion auf Null im Sinne eines Anspruchs auf Erteilung einer Befreiung gemäß § 67 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG 2010 ohne belastende Nebenbestimmung liegt damit im Ergebnis nicht vor.

30 Offen bleiben kann, ob § 67 BNatSchG 2010 vorliegend überhaupt Anwendung findet oder ob die von der Klägerin begehrte Befreiung auf Grund des Geltungsvorrangs des Unionsrechts unmittelbar auf ihre Vereinbarkeit mit der Richtlinie 79/409/EWG (nachfolgend: Vogelschutzrichtlinie - VRL) und dem dort normierten Schutz europäischer Vogelarten, zu denen die Mehlschwalbe zählt (Art. 1 Abs. 1 VRL), zu prüfen ist. Letzteres wäre dann der Fall, wenn aus dem Umstand, dass die nach Unionsrecht in Art. 9 Abs. 1 VRL zugelassenen Abweichungen von den Verboten des Art. 5 VRL, zu denen gemäß Art. 5 lit. b VRL auch die absichtliche Zerstörung oder Beschädigung von Nestern und Eiern und die Entfernung von Nestern zählt, eine Befreiung mit der alleinigen Voraussetzung, dass eine unzumutbare Belastung vorliege, nicht vorsehen, gefolgert würde, dass die Richtlinie unzureichend umgesetzt worden ist (vgl. Sauthoff, a. a. O., Rn. 7). Für die Klägerin bedeutete dies, dass sie in diesem Fall nicht nur keinen Anspruch aus § 67 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG 2010 auf Befreiung hätte, sondern dass diese Vorschrift bereits als Rechtsgrundlage für die begehrte Befreiung ausscheiden würde.

31 2. Die Klägerin hat auch keinen Anspruch auf Neubescheidung, weil ihr Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung bereits mit den angefochtenen Bescheiden erfüllt wurde; diese sind rechtmäßig und verletzen die Klägerin daher auch nicht in ihren Rechten.

32 Die Beklagte hat der Klägerin auf der Grundlage von § 62 BNatSchG 2002 in der bis zum 17. Dezember 2007 geltenden Fassung eine Befreiung von einem Verbot des § 42 BNatSchG 2002 erteilt. Eine solche Befreiung konnte auf Antrag gewährt werden, wenn „die Durchführung der Vorschrift im Einzelfall zu einer nicht beabsichtigten Härte führen würde und die Abweichung mit den Belangen des Naturschutzes und der Landschaftspflege zu vereinbaren ist“ (§ 62 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 lit. a BNatSchG 2002), „und die Artikel 12, 13 und 16 der Richtlinie 92/43/EWG oder die Artikel 5 bis 7 und 9 der Richtlinie 79/409/EWG nicht entgegenstehen.“ Die Beklagte hat das ihr insoweit zustehende Ermessen ausweislich der Begründung des Bescheides vom 23. März 2006

auch ausgeübt und in der Begründung ausgeführt, dass sie das Interesse der Klägerin an der Sanierung der Gebäudefassade mit dem Schutzcharakter der vorhandenen Lebensstätten der besonders geschützten Vogelart Mehlschwalbe abgewogen habe, und es als „unverhältnismäßige Härte“ angesehen hätte, wenn die Klägerin die baulichen Arbeiten zur Hochwassersanierung nicht vollständig hätte umsetzen können. Da tatbestandliche Voraussetzung für die Gewährung einer Befreiung gemäß § 62 Abs. 1 Nr. 1 lit. a BNatSchG 2002 aber auch eine Vereinbarkeit der Abweichung mit den Belangen des Naturschutzes und der Landschaftspflege ist, hat die Beklagte im Bescheid vom 23. März 2006 ausgeführt, dass die mit der Befreiung festgesetzten Nebenbestimmungen insgesamt erforderlich seien, um die Einhaltung der Voraussetzungen sicherzustellen. Die Beklagte hat somit eine Vereinbarkeit der Maßnahme Zerstörung der 92 Brutplätze der Mehlschwalben am Gebäude S....straße mit den Belangen des Naturschutzes und der Landschaftspflege nur unter der Voraussetzung angenommen, dass der Erhalt der ersatzweise erforderlich werdenden Brutbereiche, die in der von der Klägerin angegriffenen Ziffer 2.3 des Bescheides verfügt wird, gesichert ist. Dies wird auch im Widerspruchsbescheid ausdrücklich bestätigt. Auf der Grundlage dieser tatbestandlichen Voraussetzungen hat die Beklagte ihr Ermessen dahingehend ausgeübt, dass sie der Klägerin die Befreiung erteilt und damit erlaubt hat, die Originallebens- und Brutstätten der Mehlschwalben zu beseitigen.

33 Hierin vermag der Senat keinen Rechtsfehler zu erkennen. Zweifel bestehen allenfalls im Hinblick auf die Vereinbarkeit der erteilten Befreiung mit Art. 9 VRL, die aber im Ergebnis nur zu einer vollständigen Versagung der Befreiung führen könnten, so dass die Klägerin durch die von der Beklagten unter Auflagen erteilte Befreiung jedenfalls nicht in ihren Rechten verletzt ist.

34 Die Beklagte konnte die der Klägerin erteilte Befreiung mit Nebenbestimmungen versehen, auch wenn § 62 BNatSchG 2002 in der bei Erlass der Bescheide geltenden Fassung diesbezüglich noch keine ausdrückliche Regelung enthielt. Die Beklagte hat vielmehr zu Recht auf § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG i. V. m. § 1 SächsVwVfG/SächsVwVfZG zurückgegriffen, der bei Verwaltungsakten, deren Erlass im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde steht, die Verbindung mit einer Bestimmung erlaubt, durch die dem Begünstigten ein Tun, Dulden oder Unterlassen vorgeschrieben wird (Auflage), sofern dies dem Zweck des Verwaltungsakts nicht zuwiderläuft (§ 36 Abs. 3 VwVfG).

Letzteres ist im Hinblick auf die von der Klägerin gerügte Anordnung einer Erst- oder Wiederansiedlung von Mehlschwalben nicht der Fall, denn Zweck der erteilten Befreiung war nicht, durch die Zerstörung der Brutstätten den Zustand des Gebäudes S....straße wiederherzustellen, wie er vor der Besiedlung durch Mehlschwalben bestand (insofern geht auch der Hinweis auf das Urteil des Senats vom 6. Dezember 2001 - 1 B 54/99 - fehl), sondern es der Klägerin trotz der vorhandenen und naturschutzrechtlich geschützten Brutstätten zu ermöglichen, Sanierungsmaßnahmen an der Außenfassade durchzuführen, und dafür eine zeitweilige Einschränkung für die geschützten Brutstätten der Mehlschwalben in Kauf zu nehmen. Dies ergibt sich ohne Weiteres aus der Begründung des Bescheides der Beklagten, in dem ausgeführt wird, dass die bauzeitlichen Einwirkungen zwar dazu führten, dass die erste Brut der Mehlschwalben am Gebäude S....straße verhindert werde, jedoch davon auszugehen sei, dass nach dem Abschluss der Fassadensanierung die zweite Jahresbrut ab Juli erfolgreich zum Abschluss gebracht werden könne. In einem Kompromiss würden so die bauzeitlichen Einwirkungen mit den Naturschutzbelangen in Einklang gebracht. Der Senat teilt die damit zum Ausdruck gebrachte Auffassung der Beklagten, dass eine vollständige Beseitigung der Brut- und Nistplätze ohne die Möglichkeit der Wiederansiedlung der als ortstreu beschriebenen Mehlschwalben nicht mit den Belangen des Naturschutzes vereinbar wäre, sodass die Erteilung einer Befreiung nach § 62 Abs. 1 Satz 1 BNatSchG 2002 ohne die Auflage des Zulassens einer Wiederbesiedlung bereits tatbestandlich nicht in Betracht kam.

- 35 Soweit die Klägerin im Berufungsverfahren vorgetragen hat, dass im Hinblick auf die Wiederansiedlung der Mehlschwalben mit der Errichtung sogenannter Schwalbentürme ein milderes Mittel zur Verfügung gestanden habe, vermag dies eine Rechtswidrigkeit der Entscheidung der Beklagten ebenfalls nicht zu begründen. Die Beklagte hat im gerichtlichen Verfahren durch Vertreter ihres Fachamts nachvollziehbar dargelegt, dass neben Wohngebäuden aufgestellte Schwalbenhäuser oder -türme nicht bzw. nahezu nicht besiedelt würden, und dies auf das Vorhandensein höherer Gebäude zurückzuführen sei. Die Errichtung eines Schwalbenhauses oder -turmes stelle sich daher nicht als gleich geeignete Maßnahme gegenüber dem Erhalt der Originalnistbereiche am Gebäude der Klägerin dar. Dem ist die Klägerin nicht entgegengetreten, und auch aus den von ihr vorgelegten Unterlagen, insbesondere des Naturschutzbund Deutschland e. V. (NABU), ergibt sich nichts Gegenteiliges. Der Senat geht vor diesem Hin-

tergrund davon aus, dass die fachliche Bewertung dieser Frage durch die Beklagte zutrifft und die in der Ziffer 2.3 des angefochtenen Bescheides enthaltene Auflage im Hinblick auf die alternative Errichtung von Schwalbenhäusern oder -türmen nicht unverhältnismäßig ist.

- 36 Ein Rechtsfehler liegt auch nicht darin, dass die Beklagte die von der Klägerin vorgebrachten Belange des Gesundheitsschutzes nicht dergestalt berücksichtigt hat, dass sie eine Befreiung ohne die Auflage in Ziffer 2.3 des Bescheides erteilt hätte. Der Senat folgt auch insoweit den Ausführungen der Beklagten, und teilt insbesondere deren Auffassung, dass die Verschmutzung der Bereiche unter den geschützten Nist- oder Brutstätten zu den natürlichen Lebensäußerungen der Tiere gehört und daher die von der Klägerin geltend gemachte abstrakte Gefahr für die Gesundheit der Bewohner keine Zerstörung der Brutstätten rechtfertigt, sondern es der Klägerin zuzumuten ist, entsprechende Vorkehrungen zu treffen, wie dies etwa durch das Anbringen von Kotbrettern der Fall ist.

### III.

- 37 Der hilfsweise gestellte Antrag, den Bescheid der Beklagten in der Gestalt des Widerspruchsbescheides hinsichtlich der Nebenbestimmung Ziffer 2.3 aufzuheben, ist aus den oben unter I. ausgeführten Gründen unzulässig. Richtige Klageart für das Begehren der Klägerin ist die Verpflichtungsklage, und nicht die im Hilfsantrag verfolgte isolierte Anfechtungsklage gegen die Nebenbestimmung.

#### IV.

- 38 Der nachgereichte Schriftsatz der Klägerin vom 28. September 2012 hat dem Senat keinen Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung (§ 104 Abs. 3 Satz 2 VwGO) gegeben. Das Verhältnis von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage war ebenso Gegenstand der Erörterung in der mündlichen Verhandlung wie die Rechtsfrage, welche Fassung des Bundesnaturschutzgesetzes für das Rechtsschutzbegehren maßgeblich ist.
- 39 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO.
- 40 Die Revision war nicht zuzulassen, weil keiner der in § 132 Abs. 2 VwGO genannten Gründe vorliegt. Die Entscheidung des Senats weicht insbesondere auch nicht von der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Frage der isolierten Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen ab.

#### **Rechtsmittelbelehrung**

Die Nichtzulassung der Revision kann durch Beschwerde angefochten werden.

Die Beschwerde ist beim Sächsischen Obergerverwaltungsgericht, Ortenburg 9, 02625 Bautzen, innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils einzulegen. Die Beschwerde muss das angefochtene Urteil bezeichnen.

Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils zu begründen. Die Begründung ist bei dem oben genannten Gericht einzureichen.

In der Begründung der Beschwerde muss die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt oder die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts, von der das Urteil abweicht, oder der Verfahrensmangel bezeichnet werden.

Für das Beschwerdeverfahren besteht Vertretungszwang; dies gilt auch für die Einlegung der Beschwerde und für die Begründung. Danach muss sich jeder Beteiligte durch einen Rechtsanwalt oder einen Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, der die Befähigung zum Richteramt besitzt, als Bevollmächtigten vertreten lassen.

Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich durch eigene Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt oder durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse vertreten lassen.

Ein Beteiligter, der zur Vertretung berechtigt ist, kann sich selbst vertreten.

gez.:  
Meng

Schmidt-Rottmann

Dr. Pastor

*Ausgefertigt:  
Bautzen, den  
Sächsisches Oberverwaltungsgericht*

*Schika  
Justizobersekretärin*