

Schriftleitung

Prof. Dr. Hans-Werner Rengeling (Hauptschriftleitung; Abhandlungs- und Rezensionsteil),
Rechtsanwalt und Notar Prof. Dr. Bernhard Stüer (Abhandlungen und Berichte)

Europäischer Gebiets- und Artenschutz in ruhigeren Gefilden

– Von der Halle-Westumfahrung und Hessisch Lichtenau durch den Jagdbergtunnel und über die Hochmoselbrücke nach Bad Oeynhausen mit Schlingerkurs nach Hildesheim –

Von Rechtsanwalt und Notar Prof. Dr. *Bernhard Stüer*, Fachanwalt für Verwaltungsrecht,
Richter am BGH-Anwaltssenat, Münster/Osnabrück*

Der europäische Gebiets- und Artenschutz hat sich nach einigen Turbulenzen, die bei der Auslegung des BVerwG-Urteils zur Halle-Westumfahrung für die Praxis entstanden sind, konsolidiert. Vorhaben, die mit einem erheblichen Eingriff in ein FFH- oder Vogelschutzgebiet verbunden sind, bedürfen einer Abweichungsprüfung, deren Anforderungen jedoch nicht überspannt werden dürfen und die für die Praxis handhabbar sind. Das gilt sowohl für die Darlegung der zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses wie auch die Alternativenprüfung und die Kohärenzmaßnahmen. Eine Beteiligung der EU-Kommission ist nur erforderlich, wenn prioritäre Arten oder Lebensräume in Mitleidenschaft gezogen werden. Auch für den europäischen Artenschutz, der inzwischen durch die kleine Artenschutznovelle in das nationale Recht umgesetzt worden ist, hat das BVerwG handhabbare Maßstäbe entwickelt. Die Praxis hat dies mit Dank quittiert.

**I. Ausgangspunkte zum Gebietsschutz:
Westumfahrung Halle**

Schon seit einiger Zeit ist der europäische Gebiets- und Artenschutz in das Blickfeld einer interessierten Fach-

öffentlichkeit getreten. Vor FFH¹ und Vogelschutzgebieten² haben sich – so will es scheinen – »rote Ampeln« aufgestellt, die nicht so leicht zu überwinden sind. Greift ein Vorhaben etwa des Verkehrswegebbaus oder eine andere Infrastrukturmaßnahme in ein Gebiet von gemeinschaftlicher Bedeutung ein, so muss eine Verträglichkeitsprüfung erfolgen. Vorhaben, die gemessen an den Erhaltungszielen das Gebiet als Ganzes oder wesentliche Gebietsbestandteile betreffen, sind danach unzulässig. Sie können nur aufgrund einer Abweichungsprüfung zugelassen werden.

Das Vorhaben muss durch zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses gerechtfertigt sein, die in der konkreten Abwägung den Integritätsinteressen der FFH- und Vogelschutzbelange im Range vorgehen. Das Vorhaben muss sich allerdings in einem gebotenen Umfang gewisse Abstriche an der Zielverwirklichung gefallen lassen.³ Zumutbare Alternativen dürfen nicht zur Verfügung stehen. Die erforderlichen Kohärenzmaßnahmen zur Sicherung des Netzes »Natura 2000« sind zu ergreifen. Werden prioritäre Arten oder Lebensräume in Mitleidenschaft gezogen, ist zunächst die EU-Kommission zu beteiligen, bevor andere Gründe als die des Gebietsschutzes selbst, Leib und Leben und die Gesundheit des Menschen

* Der Beitrag wertet zugleich Vorträge aus, die der Verfasser im Rahmen der »Aktuellen Stunde« des Forschungsseminars des Arbeitskreises »Straßenrecht« und der Universität Bonn am 23. 9. 2008 im Universitätsclub Bonn (Leitung: Prof. Dr. Dr. Wolfgang Durner LL. M) und am 3. 12. 2008 an der Berliner Humboldt-Universität auf Einladung von Prof. Dr. Ulrich Battis, Prof. Dr. Klaus Finkelnburg und Prof. Dr. Michael Krautzberger gehalten hat. Der Verfasser war an der Erarbeitung von Planfeststellungsbeschlüssen und an Gerichtsverfahren zur Verkehrswegeplanung vor dem BVerwG und den OVG/VGH beteiligt.

1 Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. 5. 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen ABl. Nr. L 206 S. 7, zuletzt geändert durch Anhang III Nr. 30 ÄndVO (EG) 1882/2003 v. 29. 9. 2003 – ABl. Nr. L 284 S. 1.
2 Richtlinie 79/409/EWG des Rates vom 2. 4. 1979 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten ABl. Nr. L 103 S. 1, zuletzt geändert durch EU-Beitriffsakte 2003 v. 16. 4. 2003, ABl. Nr. L 236 S. 33.
3 BVerwG, Urteil vom 17. 5. 2002 – 4 A 28.01 –, BVerwGE 116, 254 = DVBl 2002, 1486. Zum Folgenden auch Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 4. Aufl. 2009, Rdnr. 3069.

wie etwa wirtschaftliche oder soziale Gründe zur Rechtfertigung des Vorhabens ihre Wirkungen entfalten können.

Im Urteil zur Westumfahrung Halle⁴ hat das BVerwG die Verträglichkeitsprüfung am Vortage von Kyrill mit einem kleinen rechtlichen Wirbelsturm eröffnet, der in der juristischen und naturschutzrechtlichen Fachwelt noch lange nachwirken sollte. Vorhaben sind danach nur verträglich, wenn keine vernünftigen Zweifel verbleiben, dass das Gebiet als Ganzes oder wesentliche Bestandteile gemessen an den Erhaltungszielen nicht erheblich beeinträchtigt werden. Dabei sind die besten fachwissenschaftlichen Erkenntnisse zugrunde zu legen. Verbleiben vernünftige Zweifel, ist das Vorhaben unverträglich. Für die Verträglichkeit eines Vorhabens tragen der Vorhabenträger und die Zulassungsbehörde die Darlegungs- und Beweislast.

Wenn es schon nach einem bisher nicht widerlegten Rechtsgrundsatz bereits bei zwei Juristen mindestens drei Meinungen gibt, dann wird es kaum eine naturschutzfachliche Fragestellung geben, zu der sich nicht unterschiedliche fachwissenschaftliche Meinungen bilden lassen. In der Tendenz wird daher eine einigermaßen erhebliche Beeinträchtigung von FFH- oder Vogelschutzbelangen, vor allem, wenn man darüber trefflich streiten kann, zu einem unverträglichen Eingriff führen. Und damit ist bei solchen Eingriffen – von Bagatelleingriffen abgesehen – in aller Regel der steinige Weg eine Abweichungsprüfung angesagt. Ansonsten geht das Vorhaben stumpf in den Boden, wie die Flieger sagen, wenn sich nicht noch die Europäische Union gnädig erweist.

Das Tor zur Abweichungsprüfung schien allerdings nach dem Urteil zur Westumfahrung Halle⁵ verschlossen, wenn die Verträglichkeitsprüfung in eine Schiefelage geraten war. Eine Abweichungsprüfung ist danach nur möglich, wenn die Beeinträchtigungen im Rahmen der Verträglichkeitsprüfung abschließend abgearbeitet wurden. Sind bei einer straßenrechtlichen Planfeststellung nicht zu sämtlichen sich konkret abzeichnenden Risiken, die das Vorhaben für Erhaltungsziele des Gebiets auslöst, die besten einschlägigen wissenschaftlichen Erkenntnisse abgerufen, dokumentiert und berücksichtigt worden, schlagen derartige Mängel notwendig auf eine Abweichungsentscheidung durch, so die durchaus markigen Worte des BVerwG. Harte Zeiten also für Vorhabenträger und Planfeststeller, die sich in einem Irrgarten von juristischen und fachlichen Fallstricken zu verheddern schienen.

Gelegentlich ist das Prüfungssystem des FFH-Gebiets- und Artenschutzes von kenntnisreichen richterlichen Akteuren der juristischen Szene bereits mit einem Hindernislauf in einem Reitturnier verglichen worden. Wenn sich Ross und Reiter in der Verträglichkeitsprüfung nicht bereits am Dreifachoxer sämtliche Beine gebrochen haben,

so gehen sie unweigerlich in der Abweichungsprüfung in einem großen Wassergraben unter. Wenn der Reiter dann aber auf die Idee kommen sollte, sich wie Freiherr von Münchhausen am eigenen Schopfe aus dem Wassergraben herauszuziehen, um dann nach seiner Vorstellung wie der tolle Bomberg über Tisch und Bänke zu reiten, dann versinkt er mitsamt seinem treuen faunistischen Wegbegleiter in einem umgebenden Sumpf des Artenschutzes. »Ach wären wir doch gar nicht erst zu dem Springreiten angetreten«, hat der auf Nimmerwiedersehen verschwindende Reiter als letzten Abschiedsgruß noch auf den Lippen.⁶ Angesichts dieser als desolat beschriebenen Lage wurde als Allheilmittel empfohlen, die Naturschutzverbände einfach herauszukaufen.⁷ Dieser Rat ist in seiner Originalität allerdings so schnell nicht zu übertrumpfen.

Und so ist es geradezu folgerichtig, dass die in den Anlagen zum Infrastrukturplanungsbeschleunigungsgesetz bezeichneten Vorhaben bereits als »rote Liste« der aus gebiets- und artenschutzrechtlichen Gründen nicht zu verwirklichenden Projekte bezeichnet worden sind.⁸ Exemplarisch dafür ist die Aussicht der Planfeststeller zur Westumfahrung Halle, im Umweltmonopoly kurz vor Erreichen der Schlossallee an der Aufforderung zu scheitern: »Gehe zurück an den Start und fange in der Rechtfertigung des Vorhabens und der Alternativenprüfung noch einmal wieder ganz von vorne an«⁹.

Projekte, die sich nicht mit dem goldenen Mäntelchen des Gemeinwohls schmücken können, fallen da regelmäßig von vornherein durch. Als Ausweg in einem solchen Dilemma ist wohl nur noch auf die allgemeine Lebenserfahrung zurückzugreifen: Wer nicht an seiner Dummheit oder Ehrlichkeit scheitert, dem wird es in aller Regel gelingen, die eigenen Interessen als die des Gemeinwohls auszugeben. Harte Zeiten aber für solche Projekte, die sich nicht trauen, einen solchen Gemeinwohlbonus für sich in Anspruch zu nehmen und denen es nicht gelingt, sich unter diesem Gemeinwohlmantel einigermaßen auskömmlich einzurichten.

II. Europäischer Gebietsschutz

Hatte das BVerwG zunächst im Urteil zur Westumfahrung Halle einige gewichtige juristische Felsbrocken aus dem europäischen Steinbruch des Habitat- und Vogel-

6 Stüer/Hönig, DVBl 2008, 700.

7 Vallendar, EurUP 2007, 275. Der Autor bezog sich dabei auf den Vergleich zum Emssperrwerk vom 5. 12. 2006, bei dem es dem Land gelungen war, die Naturschutzverbände mit einem in eine niedersächsische Landesstiftung einzuzahlenden »Schweigegeld« von insgesamt 9 Mio. Euro erst einmal ruhig zu stellen, zu den Vorinstanzen VG Oldenburg, Urt. v. 16. 5. 2001 – 1 A 3558/98 –, Emssperrwerk; OVG Lüneburg, Urt. v. 2. 12. 2004 – 7 LA 3053/01 –. Das juristische Spiel wird allerdings im Rahmen der weiteren Anpassungsvorhaben zum Sommerstauregime des Emssperrwerks wieder neu eröffnet.

8 Hermes, DVBl 2007, 1485; Stüer, DVBl 2007, 1544.

9 Zum Rechtsschutz gegen Maßnahmen der Fachplanung im europäischen Vergleich Hien, DVBl 2007, 393; Silbermann, DVBl 2007, 424.

4 BVerwG, Urteil vom 17. 1. 2007 – 9 C 20.05 –, BVerwGE 128, 1 = DVBl 2007, 706 – Halle Westumfahrung; Stüer, DVBl 2007, 416; ders., NVwZ 2007, 1147; Vallendar, EurUP 2007, 275.

5 BVerwG, Urteil vom 17. 1. 2007 – 9 C 20.05 –, BVerwGE 128, 1 = DVBl 2007, 706 – Halle Westumfahrung.

schutzes herausgebrochen¹⁰ und auf die völlig überraschte Praxis herabstürzen lassen, so waren die weiteren Entscheidungen des BVerwG in der Tendenz eher auf Schadensbegrenzung und Entwarnung angelegt. Die im Urteil zur Westumfahrung Halle aufgezeigten hohen Hürden der Verträglichkeitsprüfung haben danach zwar auch weiterhin Geltung. Die Abweichungsprüfung muss aber durch die juristischen Schneisen, die das Gericht in das durchaus verminte Gebiet mit geschickter Hand gelegt hat, nicht mehr als auswegloser Irrgarten empfunden werden. Es lohnt sich daher für Vorhabenträger und Planfeststeller, sich in kritischen Fällen auf den Weg einer vorsorglich durchgeführten Abweichungsprüfung zu begeben, statt durch das Beharren auf der Verträglichkeit des Vorhabens alles auf eine Karte zu setzen und nicht selten einfach vor die Wand zu fahren.

1. Hessisch Lichtenau II

Die sehr strengen Maßstäbe im Urteil zur Halle-Westumfahrung mussten sich inzwischen auch an Verfahrensmessen, die bereits in der zweiten Runde das BVerwG erreichten. So hatte der 4. Senat in der ersten Runde die Aufhebung des Planfeststellungsbeschlusses durch das OVG Koblenz¹¹ zur Hochmoselbrücke bestätigt.¹² Auch den Planfeststellungsbeschluss zur Nordumfahrung der A 44 in Hessisch Lichtenau hatte das BVerwG im ersten Durchgang für unwirksam erklärt.¹³ In beiden Verfahren hatte das Gericht allerdings Prüfaufträge erteilt, die in einem ergänzenden Verfahren zu beachten seien. Der Planfeststellungsbeschluss zur Hochmoselbrücke sei wegen eines nicht berücksichtigten faktischen Vogelschutzgebietes und der damit verbundenen Veränderungssperre unwirksam. Bei Hessisch Lichtenau habe die Planfeststellungsbehörde Alternativen von Südumfahrungen auf ihre Verträglichkeit mit dem FFH-Gebietsschutz nicht ausreichend abgeprüft.

Im zweiten Durchgang hat das BVerwG das Autobahnprojekt bei Hessisch Lichtenau¹⁴ nach langem Ringen offenbar nicht nur der Verfahrensbeteiligten am Ende doch noch durchgewunken und die Rechtsgrundsätze zur Westumfahrung Halle auf festem juristischen Boden behutsam fortentwickelt. Eine Vorlage an den EuGH hat man auch wegen des hohen Zeitbedarfs bewusst vermeiden, sondern die Spielräume, die noch nicht durch entsprechende Entscheidungen des EuGH eingeengt sind, im Sinne einer Fortentwicklung der Rechtsprechung ausgenutzt. Das verdient Anerkennung.

Nach wie vor werden an die Verträglichkeitsprüfung allerdings hohe Anforderungen gestellt. Verbleiben vernünftige Zweifel, ist das Vorhaben auch weiterhin unver-

träglich. Diese strengen Maßstäbe sind offenbar den europarechtlichen Anforderungen geschuldet, die der EuGH in der Entscheidung zur Herzmuschelfischerei aufgestellt hat.¹⁵

Hätte das BVerwG auf diesem Gebiete die Zügel lockern wollen, so wäre wohl eine juristische Landpartie nach Luxemburg unausweichlich gewesen. Und dies hätte für das hessische Prestigeprojekt – einschließlich einer Zurückverweisung an das BVerwG – nicht nur einen Zeitverzug von mindestens zwei Jahren bedeutet, sondern wäre wohl auch mit einem etwas ungewissen Ausgang verbunden gewesen. Denn dass der EuGH seine nach französischem Vorbild auf eine Aneinanderreihung von thesenhaften Leitsätzen gegründete Rechtsprechung einfach geändert und die Anforderungen an die Verträglichkeitsprüfung reduziert hätte, das kann wohl nicht unbedingt erwartet werden.

Die Lösung konnte daher nur in einer sachgerechten Handhabung der Abweichungsprüfung liegen. Hier hat das BVerwG zugleich mit Vorstellungen aufgeräumt, dass die durchaus strengen Anforderungen an die Verträglichkeitsprüfung bruchlos in die Abweichungsprüfung übernommen werden können und auch hier für alles und jedes eine absolute Sicherheit gegeben sein müsse, bevor das Projekt zugelassen werden kann. Vielmehr sind hier zu Recht deutliche Erleichterungen angesagt. Die Ampel für eine Abweichungsprüfung wird bereits dann auf »grün« gestellt, wenn im Rahmen der Verträglichkeitsprüfung alle entscheidungserheblichen Sachverhalte ermittelt und ihrer Bedeutung entsprechend bewertet worden sind. Das Tor zu einer Abweichungsprüfung wird nicht dadurch verschlossen, dass die Bewertung des festgestellten Sachverhalts an weniger strengen Maßstäben erfolgt ist und daher ein Vorhaben für verträglich angesehen wurde, obwohl es nach den an eine solche Prüfung anzulegenden strengen fachlichen Kriterien bereits als unverträglich zu gelten hat. Das überzeugt. Anderenfalls würde die Behörde bzw. der Vorhabenträger das Risiko einer Fehlbeurteilung rechtlicher Maßstäbe tragen und damit auch in Grenzfällen den »schwarzen Peter« dafür in der Hand behalten, dass das Projekt vom Gericht als unverträglich bezeichnet wird. Sind die wesentlichen Sachverhalte ermittelt, ist eine Abweichungsprüfung auch dann möglich, wenn die Behörde aufgrund weniger strenger Maßstäbe von einer Verträglichkeit des Vorhabens ausgeht. Es reicht aus, dass der Sachverhalt und die Betroffenheit der FFH-Belange zutreffend ermittelt worden ist. Auch kann die Behörde mit Wahrunterstellungen in dem Sinne arbeiten, dass sie von einem nicht wahrscheinlichen »Worst case« ausgeht und auf einem solchen Fall ihre vorsorglich durchgeführte Abweichungsprüfung aufbaut.

Zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses gehen vom Grundsatz her nicht über die Recht-

10 *Domgörgen* auf dem Forschungsseminar des Arbeitskreises Straßenrecht am 23. 9. 2008 im Universitätsclub Bonn.

11 OVG Koblenz, Urteil vom 8. 11. 2007 – 8 C 11523/06.OVG –, DVBl 2008, 72 = NuR 2008, 181; *Gellermann*, DVBl 2008, 283.

12 BVerwG, Urteil vom 1. 4. 2004 – 4 C 2.03 –, BVerwGE 120, 276 = DVBl 2004, 1115 – Hochmoselbrücke.

13 BVerwG, Urteil vom 17. 5. 2002 – 4 A 28.01 –, BVerwGE 116, 254 = DVBl 2002, 1486.

14 BVerwG, Urteil vom 12. 3. 2008 – 9 A 3.06 – Hessisch Lichtenau.

15 EuGH, Urteil vom 7. 9. 2004 – Herzmuschelfischerei. In dem Streit der Watvögel (Limikolen) gegen die Pariser Feinschmecker um die Herzmuscheln hatten sich die Luxemburger Richter auf die Seite der Herzmuscheln und der Watvögel geschlagen und sich gegen hohe Fischereiquoten ausgesprochen, solange deren Verträglichkeit nicht einwandfrei nachgewiesen sei.

fertigungsgründe für Enteignungen hinaus. Gemeinwohlbelange, die eine Enteignung nach Art. 14 Absatz 3 GG rechtfertigen, sind in der Regel auch für das Abweichungsverfahren ausreichend.¹⁶ Allerdings besteht hier nach der Systematik der FFH-RL eine gewisse Abstufung. Wirkt sich das Vorhaben unverträglich auf prioritäre Arten oder Lebensräume aus, sind die Anforderungen für eine Überwindung derart betroffener Belange gesteigert: Verfahrensrechtlich ist bei derartigen Betroffenheiten die EU-Kommission zu beteiligen, wenn das Projekt nicht der Wahrung von Leib und Leben, der Gesundheit des Menschen oder dem Gebietsschutz selbst dient und etwa wirtschaftliche oder soziale Gründe zur Rechtfertigung des Vorhabens eingebracht werden sollen.

Zugleich ergeben sich aus dieser in der FFH-RL angelegten Systematik erhöhte materielle Rechtfertigungsanforderungen. Prioritäre Arten oder Lebensräume entwickeln gegenüber unverträglichen Eingriffen eine erhöhte Abwehrkraft. Der hervorgehobenen Bedeutung ist durch ein qualifiziertes Begründungs- und Abwägungserfordernis und in einer qualifizierten Alternativenprüfung Rechnung zu tragen. Werden solche in den Anhängen zur FFH-RL mit besonderem Gewicht versehenen Belange betroffen, verschieben sich auch die Prüfungsraster beim Alternativenvergleich.

Überhaupt kommt der Alternativenvergleich im Ausgangspunkt eher formal daher (»Bube sticht König«). In den Vergleich der Abweichungsprüfung sind nur solche Alternativen einzubeziehen, die in der Systematik der FFH-Betroffenheiten eine qualitativ geringere Betroffenheit aufweisen. Löst das geplante Vorhaben an der vorgesehenen Stelle Unverträglichkeiten von (einfachen) FFH-Belangen aus, sind nur Alternativen in den FFH-Vergleich einzubeziehen, die nicht ihrerseits zu unverträglichen Beeinträchtigungen von (einfachen) FFH-Belangen führen. Erst recht scheiden für den FFH-Vergleich Alternativen aus, die mit einer Beeinträchtigung prioritärer Arten oder Lebensräume verbunden sind. Werden durch das Vorhaben prioritäre Arten oder Lebensräume beeinträchtigt, so verbleiben in dem Vergleichspool vom Ansatz her alle Alternativen oder Varianten, die nicht ebenfalls zu einer unverträglichen Beeinträchtigung von prioritären Arten und Lebensräumen führen und damit alle Alternativen, die gemessen an diesem Stufensystem nur einen geringeren Beeinträchtigungsgrad erreichen. Das Merkmal der prioritären Betroffenheiten hat daher eine besondere Steuerungsfunktion. Nach Möglichkeit sind Lösungen zu verwirklichen, die nicht zu einer Beeinträchtigung prioritärer Arten oder Lebensräume führen. Solche Lösungen haben unter einer reinen FFH-Sicht einen abstrakten Vorteil.

Durch dieses an der Qualität der betroffenen FFH-Belange ausgerichtete Prüfungsschema hat das BVerwG den Projektträgern und zulassenden Behörden offenbar bewusst einen Bewertungsfreiraum zugestanden, was die Praxis dem Gericht auf diesem verminten Gelände durch-

aus als Pluspunkt anrechnen wird. Sind auch mit den Alternativen Beeinträchtigungen auf gleicher Stufe (unverträgliche Beeinträchtigungen für FFH-Belange oder qualifiziert für prioritäre Arten oder Lebensräume) verbunden, so sind sie aus FFH-Sicht nicht in die weitere Prüfung mitzunehmen, sondern scheiden bereits auf dieser Stufe aus.

Durch diese bei der Alternativenauswahl vorzunehmende Blickrichtung gerät allerdings die Prüfung im Einzelfall anhand anderer betroffener Belange nicht unter die Räder. Vielmehr handelt es sich bei diesem Prüfungsschritt nur um ein erstes Auswahlkriterium. Und dies gilt in beiden Blickrichtungen. Sind beim Alternativenvergleich andere Lösungen ebenfalls mit einem unverträglichen Eingriff verbunden, so scheiden sie zwar gegenüber der Vorzugsvariante, die nicht zu einer Beeinträchtigung prioritärer Arten oder Lebensräume führt, als FFH-Alternativen aus. Sie sind allerdings ggf. in dem (einfachen) fachplanerischen Alternativenvergleich mit entsprechenden autonomen, kontrollfreien Gestaltungsspielräumen abzuarbeiten.

Hat die Behörde eine solche aus FFH-Sicht nicht in den Alternativenvergleich einzustellende Lösung nicht gewählt, so wird sie sich in aller Regel auch gerichtlich nicht durchsetzen lassen, wenn nicht im fachplanerischen Alternativenvergleich für sie offenbare Vorteile streiten. Die Behörde hat hier den Beurteilungs- und Wertungsspielraum, der aus dem allgemeinen Abwägungsvorgang bekannt ist und nur bei eindeutiger Widerlegbarkeit oder offensichtlicher Fehlsamkeit gerichtlich korrigiert werden kann.¹⁷

Die Kehrseite dieser Medaille ist bei näherem Hinsehen ebenfalls durchaus vorzeigbar. Alternativen, die mit geringeren Beeinträchtigungen von FFH-Belangen verbunden sind, müssen nicht sozusagen automatisch gewählt werden. Hier setzt vielmehr das über die naturschutzfachliche Sicht durchaus hinausgehende Prüfungssystem ein, das in eine Gesamtabwägung der Alternativen mündet. So kann eine Alternative, die aus der isolierten naturschutzfachlichen Sicht vorzuziehen wäre, aus einer übergreifenden Sicht so nachteilig sein, dass sie trotz gewisser Abstriche an dem Vorhaben im Ergebnis doch nicht vorzugswürdig ist. In diesem Zusammenhang können nicht nur die jeweiligen wirtschaftlichen Auswirkungen eingebracht werden. Eine solche aus FFH-Sicht geringerwertige qualitative Betroffenheit von Belangen kann auch wegen erheblicher Nachteile für FFH-Belange oder andere Naturschutzbelange scheitern. So kann etwa eine vergleichsweise geringfügige erhebliche Betroffenheit von prioritären Arten

16 BVerwG, Urteil vom 16. 3. 2006 – 4 A 1075.04 –, BVerwGE 125, 116 = DVBl 2006, 1373 – Schönfeld; BVerwG, Urteil vom 21. 6. 2006 – 9 A 28.05 –, BVerwGE 126, 166 – Stralsund.

17 BVerwG, Urteil vom 12. 12. 1969 – IV C 105.66 –, BVerwGE 34, 301 = DVBl 1970, 414; Beschluss vom 9. 11. 1979 – 4 N 1.78 –, BVerwGE 59, 87 = DVBl 1980, 233; Urteil vom 17. 1. 2007 – 9 C 1.06 –, BVerwGE 128, 76 = DVBl 2007, 641 – Bad Laer; Urteil vom 15. 1. 2004 – 4 A 11.02 –, BVerwGE 120, 1 = DVBl 2004, 642 – Vierzehnheiligen: »Am schmerzlichsten hat der Senat den Eingriff in das Landschaftsbild empfunden, wie es sich vom Parkplatz an der Kreisstraße . . . bei einem Blick in Richtung Nordosten darstellt.«; vgl. dazu auch die Beratungen der 28. Umweltrechtlichen Fachtagung mit dem Rechtsprechungsbericht von Hien am 5./6. 11. 2004 in Leipzig, zum Beratungsverlauf Stüer, DVBl 2004, 1531; Hien, DVBl 2005, 1341.

oder Lebensräumen hinzunehmen sein, wenn bei der Alternative zwar eine Beeinträchtigung prioritärer FFH-Belange ausgeschlossen ist, dafür aber einfache FFH-Belange massiv betroffen sind. Besonders deutlich wird dies etwa, wenn die Beeinträchtigung von prioritären Arten oder Lebensräumen zwar gerade noch die Bagatellschwelle überschreitet und sie sich in die Unverträglichkeit hineintastet, auf der anderen Seite aber massive Beeinträchtigungen von einfachen FFH-Belange stehen, selbst wenn prioritäre Arten oder Lebensräume nicht in Mitleidenschaft gezogen sind. Wenn etwa mit der Alternative zwar keine prioritären Arten oder Lebensräume betroffen würde, jedoch das Gebiet in seinem Kern und damit seine Meldewürdigkeit zerstört würde, dann darf auch eine (vergleichsweise geringfügige) Beeinträchtigung eines prioritären Lebensraums oder einer prioritären Art an anderer Stelle in Kauf genommen werden. Lösungen, die bereits aus naturschutzfachlichen Gesichtspunkten eindeutig in eine Schieflage geraten, sind auch europarechtlich nicht geboten.

Für Verkehrsprojekte wurde in der Entscheidung zu Hessisch Lichtenau zudem klargestellt, dass die entscheidende Prüfung des europäischen Gebietsschutzes in der Planfeststellung ihren Platz findet. Fehlt eine solche Prüfung in den vorgelagerten Verfahren, so kann die erforderliche Prüfung noch in der Planfeststellung erfolgen. Dabei muss auch keine umfassende, über alle Abschnitte erarbeitete Dach-FFH-VP erstellt werden, deren Fehlen bzw. Lückenhaftigkeit bereits zu einem Stopp des gesamten weiteren Planungsprozesses nötigen würde (Rdnr. 32). Hier konnte das Gericht an die Rechtsprechung zur A 20 anknüpfen.¹⁸ Auch hat das BVerwG das ergänzende Verfahren einschließlich der durchgeführten Verbandsbeteiligung abgesegnet (Rdnr. 35).¹⁹ Einen ergänzenden Planfeststellungsbeschluss haben die Gerichte auch noch in der mündlichen Verhandlung einer Tatsacheninstanz entgegengenommen und ihrer Beurteilung zugrunde gelegt. Im Revisionsverfahren geht dies allerdings aus Rechtsgründen nicht.

Zum faktischen Vogelschutzgebiet hat das BVerwG im Urteil zu Hessisch Lichtenau seine Rechtsprechung im Urteil zur Hochmoselbrücke²⁰ bestätigt, dass nur die fachlich geeignetsten Gebiete zu melden und durch entsprechende Ausweisung in nationalem Recht unter europäischen Naturschutz zu stellen sind. Dabei haben die Mitgliedstaaten einen fachlichen Bewertungsspielraum (Rdnr. 55). Allerdings stehen nicht ordnungsgemäß ausgewiesene faktische Vogelschutzgebiete nach wie vor unter einer »juristischen Käseglocke«. Solche Gebiete unterliegen einer weitgehenden Veränderungssperre, bis das Gebiet etwa in einer Naturschutzgebietsverordnung oder durch Gesetz jeweils mit Bestimmung der Erhaltungsziele in nationales Recht umgesetzt worden ist. Bis dahin steht die Ampel erst einmal auf »rot«.

18 BVerwG, Urteil vom 19. 5. 1998 – 4 A 9.97 –, BVerwGE 107, 1 = DVBl 1998, 900 – Ostseeautobahn A 20; *Stüer*, DVBl 2002, 940.

19 Vgl. auch den ergänzenden Planfeststellungsbeschluss vom 28. 2. 2008.

20 BVerwG, Urteil vom 1. 4. 2004 – 4 C 2.03 –, BVerwGE 120, 276 = DVBl 2004, 1115 = NVwZ 2004, 1114 – Hochmoselbrücke.

Beim FFH-Gebietsschutz stellt das Gericht im Urteil zu Hessisch Lichtenau klar, dass im Rahmen der Verträglichkeitsprüfung keine umfassende und flächendeckende Ermittlung des floristischen und faunistischen Inventars erforderlich ist (Rdnr. 72). Das wird auch durch die Entscheidung Bad Oeynhausen zur A 30²¹ bestätigt. Die Erfassungs- und Bewertungsmethodik sei nicht gesetzlich festgelegt, sodass hier gewisse fachliche Spielräume verbleiben, die auch bei der Bestandsbewertung bestehen (Rdnr. 75). Der Standard-Datenbogen kann dabei eine wichtige Orientierungshilfe bilden, ist aber nicht strikt bindend (Rdnr. 78). Auch das ermöglicht für die Praxis fachlich angemessenes Handeln.

Zugleich hält das Gericht es für erforderlich, aktuelle Erkenntnisse, die bei den zuständigen Behörden zwischenzeitlich aufgelaufen sind, bis zum Erlass des Planfeststellungsbeschlusses zu berücksichtigen. Das gilt offenbar auch dann, wenn die Planfeststellungsbehörde selbst über diese Erkenntnisse nicht verfügt hat, sondern sie bei anderen Behörden verfügbar sind (Rdnr. 90). Das ist wohl auch etwas den europarechtlichen Vorgaben geschuldet. Unter Berücksichtigung dieses aktuellen, nur bei der nachgeordneten Naturschutzbehörde vorliegenden Datenmaterials beurteilt das BVerwG das Autobahnprojekt Hessisch Lichtenau als teilweise unverträglich (Rdnr. 93). Erhebliche Beeinträchtigungen werden für die Lebensraumtypen (LRT) 6140 (Pfeifengraswiesen) als auch des LRT 6510 (extensive Mähwiesen) angenommen (Rdnr. 95).

Bei den Pfeifengraswiesen geht das Gericht im Urteil zu Hessisch Lichtenau wegen der Stickstoffeinträge von einer erheblichen Beeinträchtigung aus (Rdnr. 107). Es ist allerdings zweifelhaft, ob die bereits vorhandene Überschreitung von Critical Loads stets dazu führt, dass jede Mehrbelastung eine Unverträglichkeit des Eingriffs bewirkt. Die Brandenburger Vollzugshilfe kennt Irrelevanzschwellen, bei deren Einhaltung einem Vorhaben die Verträglichkeit selbst dann attestiert werden kann, wenn in dem fraglichen Bereich bereits durch die Vorbelastung die Critical Loads überschritten sind. Damit hat sich das BVerwG nicht befasst. Zudem ist offen, ob die Brandenburger Liste auch in Brüssel angewendet wird oder dort eine zu empfindlichere großzügigere Betrachtung erfolgt.

Strenge Anforderungen hat das Gericht in Hessisch Lichtenau am Beispiel der Flachlandmähwiesen (LRT 6510, Rdnr. 119) an die Verträglichkeit einer Flächeninanspruchnahme gestellt. Grundsätzlich sei jeder direkte Flächenverlust oberhalb von Bagatellschwellen als erheblich zu werten (Rdnr. 124). Dabei werden die niedrigen Bagatellschwellen des Bundesamtes für Naturschutz herangezogen, die von einem Orientierungswert von 100 qm ausgehen. Flächenverluste oberhalb dieser Bagatellschwelle werden daher vom BVerwG grundsätzlich als erheblich eingestuft, wenn nicht etwas anderes im konkreten Fall dargelegt werden kann (Rdnr. 126). Für die Unverträglichkeit eines Vorhabens reicht dabei, dass mögliche Beeinträchtigungen nicht sicher ausgeschlossen werden können (Rdnr. 127). Hier wird die Linie des Halle-Urteils ohne Abstriche fort-

21 BVerwG, Urteil vom 9. 7. 2008 – 9 A 14.07 – Bad Oeynhausen.

geschrieben. Allerdings können Schadensminderungsmaßnahmen eine erhebliche Beeinträchtigung ausschließen. Der Dunkle Wiesenknopf-Ameisenbläuling (*Maculinea Nausithous*) konnte sich über dieses Ergebnis freuen (Rdnr. 134, 136).²²

Angesichts der dargestellten Unverträglichkeiten stand in Hessisch Lichtenau eine Abweichungsprüfung an, die in einem in der mündlichen Verhandlung überreichten Planergänzungsbeschluss²³ mündete, den das BVerwG im Ergebnis abgesegnet hat. Es hat zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher wirtschaftlicher oder sozialer Art angenommen, zumutbare Alternativen ausgeschlossen und die erforderlichen Kohärenzmaßnahmen als angeordnet angesehen. Die Beteiligung der EU-Kommission war bereits erfolgt.²⁴ Die verschärften materiellen Anforderungen an die Abweichungsgründe sind allerdings in Fortentwicklung des Halle-Urteils nur dann einzuhalten, wenn – anders als hier – zumindest die Möglichkeit der Beeinträchtigung prioritärer Elemente im Gebiet besteht (Rdnr. 152) oder anders ausgedrückt, prioritäre Arten oder Lebensräume in Mitleidenschaft gezogen sind.²⁵

Das BVerwG verlangt allerdings eine konkrete Abwägung zwischen den Vorhabeninteressen und den Integritätsinteressen, die in dem ergänzenden Planfeststellungsbeschluss erfolgt ist. Soweit sich in diesem Bereich Fehler ergeben, können diese auch noch während eines Gerichtsverfahrens geheilt werden (Rdnr. 155). Bei der Abwägung der Vorhabeninteressen mit den Integritätsinteressen kann auch die im ergänzenden Planfeststellungsbeschluss dargestellte Überlegung eine Rolle spielen, dass viele der angenommenen möglichen Beeinträchtigungen nur vorsorg-

lich berücksichtigt würden, weil insoweit noch Erkenntnislücken vorlägen und das Gewicht der Belange entsprechend mit geringerem Gewicht zu versehen sei (Rdnr. 163).

Auch hinsichtlich der Anforderungen an den Alternativenvergleich hat das BVerwG im Anschluss an seine bisherigen Entscheidungen²⁶ nur solche Alternativen als prüfungsbedürftig bezeichnet, die das Planungsziel – wengleich unter gewissen Abstrichen – noch wahren. (Rdnr. 170).

Auch hinsichtlich der Untersuchungstiefe hat das BVerwG Entwarnung gegeben. Die jeweilige Prüfungstiefe muss nur so weit gehen, wie eine fachgerechte Beurteilung der Alternativen vor dem Hintergrund der Planungsziele möglich ist. Dabei kann durchaus auch eine Grobanalyse ausreichen (Rdnr. 176). Als zugleich für das Eisenbahnrecht zuständiger Senat hat das Gericht in der eisenbahnrechtlichen Planfeststellung eine Sperre gesehen, bei der auch das Naturschutzrecht auf Granit beißt (Rdnr. 193).²⁷ Das dürfte auch für andere vorrangige Fachplanungen in vergleichbaren Fällen gelten.

Die Kohärenzsicherungsmaßnahmen hat das Gericht ebenfalls als ausreichend bezeichnet (Rdnr. 197) und ist damit Überlegungen nicht gefolgt, die Fragen des erforderlichen Kohärenzausgleichs erst einmal dem Luxemburger Gericht vorzulegen. Die Kohärenz sei funktionsbezogen und müsse sich an der Wahrung des Netzes »Natura 2000« ausrichten, erklären die Richter (Rdnr. 199). Dabei müssen die Maßnahmen so angesetzt werden, dass die betroffenen Schutzgüter nicht irreversibel geschädigt werden (Rdnr. 200). Hier bestehen fachliche Bewertungsspielräume und die Anforderungen an das Gelingen der Maßnahmen sind nicht so streng, wie sie an die zielsichere Vorhersage der Verträglichkeit eines Vorhabens gestellt werden. Gewissheit wird auf diesem Felde nicht verlangt. Vielmehr ist hier fachlich konzeptioneller Entwurfs- und Erfindergeist gefragt, wobei an die Beurteilungs- und Planungsspielräume angeknüpft werden kann, die das Gericht der Planfeststellung im Rahmen der Umsetzung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung eingeräumt hat (Rdnr. 201).²⁸ Das überzeugt und gibt der Praxis eine Entlastung, die sie höchst dankbar entgegennimmt. Auch hat das höchste deutsche Verwaltungsgericht die Chance genutzt, auf einem Felde eigene Vorstellungen zur Auslegung des europäischen Richtlinienrechts zu entwickeln, in dem sich der EuGH noch nicht (gegenteilig) geäußert hat.

2. Hochmoselbrücke II

Auch für die Hochmoselbrücke steht der erste Spatenstich bevor. Den ergänzenden Planfeststellungsbeschluss²⁹ seg-

22 Die seltene Falterart legt im Frühjahr in die Blüten der Dunklen Wiesenknöpfe Larven, die – weil sie einen so süßlichen Duft verbreiten – von den Ameisenbläulingen nicht gleich – wie es ansonsten nahe gelegen hätte – verspeist, sondern als Wintervorrat mit in ihren Ameisenbau genommen werden. Wenn sich die Larven nach ihrer Überwinterung an behüteter Stelle zu Faltern wandeln, fliegen sie davon und die ihnen hinterherlaufenden Ameisen haben das Nachsehen.

23 Ergänzender Planfeststellungsbeschluss vom 28. 2. 2008 zum Planfeststellungsergänzungs- und -änderungsbeschluss vom 22. 12. 2005.

24 Die Kommission hatte in ihrer Stellungnahme vom 23. 6. 2007 auf die Anfrage der Ständigen Vertretung der Bundesrepublik vom 15. 6. 2007 an der Verträglichkeit des Vorhabens keine Zweifel angemeldet und war auch davon ausgegangen, dass prioritäre Arten oder Lebensräume nicht in Mitleidenschaft gezogen würden, sodass eine Kommissionsbeteiligung nicht für erforderlich gehalten wurde: »Das bloße Vorhandensein von prioritären Arten und/oder prioritären Lebensräumen in einem Gebiet reicht daher nicht aus, um den zweiten Unterabsatz von Art. 6 Absatz 4 FFH-RL zur Anwendung zu bringen, sondern die prioritären Lebensraumtypen oder Arten müssen auch von dem Plan oder Projekt in Mitleidenschaft gezogen werden.« Eine vergleichbare Auskunft hatte die EU-Kommission am 1. 8. 2007 auch auf eine Anfrage des Landes Rheinland-Pfalz zur Hochmoselbrücke erteilt.

25 So die Stellungnahme der EU-Kommission in den Beteiligungsverfahren zur A 44 (Hessisch Lichtenau) und zur B 50n (Hochmoselbrücke).

26 BVerwG, Urteil vom 27. 1. 2000 – 4 C 2.99 –, BVerwGE 110, 302 = DVBl 2000, 814 – Hildesheim; Urteil vom 17. 5. 2002 – 4 A 28.01 –, BVerwGE 116, 254 = DVBl. 2002, 1486 = NVwZ 2002, 1243 – A 44 – Hessisch Lichtenau.

27 Unter Hinweis auf BVerwG, Urteil vom 16. 12. 1988 – 4 C 48.86 – BVerwGE 81, 111 = DVBl 1989, 458 – Eisenbahnvorrang.

28 BVerwG, Urteil vom 17. 1. 2007 – 9 C 1.06 –, BVerwGE 128, 76 = DVBl 2007, 641 – Bad Laer.

29 Vom 21. 10. 2006.

nete das OVG Koblenz Ende 2007 ab.³⁰ Das BVerwG hat diese Entscheidung inzwischen durch Nichtzulassung der Revision bestätigt.³¹ Das planfestgestellte Vorhaben sei – so urteilten bereits die Koblenzer Richter – mit dem europäischen und nationalen Vogel-, Habitat- und Artenschutzrecht vereinbar. Das Vorhaben führe nicht zu erheblichen Beeinträchtigungen der Erhaltungsziele des europäischen Vogelschutzgebietes »Wälder zwischen Wittlich und Cochem«. Zumindest lägen die Voraussetzungen für eine Abweichung vor. Gleiches gelte für die FFH-Gebiete »Tiefenbachtal« und »Kautenbachtal« sowie für das potenzielle FFH-Gebiet »Mesenberg und Ackerflure bei Wittlich«. Darüber hinaus stehe das Vorhaben auch mit dem europäischen und nationalen Artenschutzrecht im Einklang. Prioritäre Arten oder Lebensräume waren hier nach den Feststellungen des OVG Koblenz ebenfalls nicht beeinträchtigt.

Die Bundesrichter in Leipzig hatten an diesem Ergebnis nichts auszusetzen. Ein EU-Mitgliedstaat sei nicht verpflichtet, in die Festlegung der Erhaltungsziele für ein Vogelschutzgebiet alle im Standard-Datenbogen aufgeführten Vogelarten einzubeziehen. Vielmehr komme es darauf an, inwieweit den Auflistungen im Standarddatenbogen die Erklärung zu entnehmen sei, dass das Gebiet gerade aufgrund bestimmter Vogelarten ausgewählt wurde.

Ebenso wie im Verfahren Hessisch Lichtenau ist auch bei der Hochmoselbrücke eine vorsorglich durchgeführte Abweichungsprüfung für möglich und ggf. für tragend angesehen worden. Werde einem Vorhaben in der Planfeststellung die Verträglichkeit attestiert, so hindere dies nicht daran, vorsorglich eine Ausnahmeprüfung durchzuführen. Nach den Erfahrungen empfiehlt sich ein solches Vorgehen bereits immer dann, wenn letzte Zweifel an der Verträglichkeit eines Vorhabens nicht sicher ausgeschlossen werden können. Ein solches gestuftes Vorgehen hat vor allem den Charme, dass viele Fragen zu den Auswirkungen des Vorhabens im Grenzbereich zur Verträglichkeitsschwelle letztlich offen bleiben können, wenn vorsorglich eine überzeugende Abweichungsprüfung durchgeführt worden ist.

Und es wird damit zugleich die Kontrollüberlegung wirksam, dass Vorhaben, die den erhöhten Anforderungen an eine Abweichungsprüfung genügen, im Hinblick auf den Gebietsschutz auch europarechtlich nicht unzulässig sind. Eine vorsorglich durchgeführte Abweichungsprüfung erweist sich daher als verlässlicher Ratgeber in allen Fällen, in denen über die Verträglichkeit des Vorhabens gestritten werden kann.

3. Hildesheim bleibt weiterhin in der Warteschleife

Weniger erfreulich ist für die Befürworter das Reparaturverfahren zur B 1 Ortsumgehung Himmelsthür nördlich von Hildesheim ausgegangen. Das Vorhaben wurde zehn Jahre nach Erlass des Planfeststellungsbeschlusses und

acht Jahre nach der Revisionsentscheidung durch das BVerwG³² wieder in die Warteschleife geschickt.³³ Der ca. 3,5 km lange westliche Teil einer geplanten künftigen vierspurigen Ortsumgehung sei mit wesentlichen Erhaltungszielen eines gelisteten FFH-Gebietes nicht vereinbar, urteilten die Lüneburger Richter. Entgegen der Annahme des Planfeststellungsbeschlusses sei nicht mit hinreichender Sicherheit auszuschließen, dass der Erhaltungszustand des europarechtlich streng (»prioritär«) geschützten Lebensraumtypes »Naturnahe Kalk-Trockenrasen und deren Verbuschungsstadien, besondere Bestände mit bemerkenswerten Orchideen« durch Stickstoffeinträge erheblich beeinträchtigt werde. Die strengen Voraussetzungen für eine Ausnahme ohne Kommissionsbeteiligung seien nicht abgeprüft und auch in der Sache nicht gegeben.

Das Gewicht der öffentlichen Interessen am Bau der Ortsumgehung erlaube es allenfalls – und selbst dies erscheint nach Aussage des Gerichts nicht unproblematisch –, von der im FFH-Schutzgebiet mehrfach stattfindenden Beeinträchtigung solcher Lebensraumtypen und Tierarten Ausnahmen zuzulassen, die europarechtlich nicht als »prioritär« eingestuft sind. Weitere Eingriffe seien nur nach Einholung einer Stellungnahme der EU-Kommission möglich, was bisher nicht geschehen ist. Wenn das Gericht den Planfeststellungsbeschluss nicht gleich komplett aufgehoben, sondern trotz einiger in der mündlichen Verhandlung erörterten Bedenken lediglich für »rechtswidrig und nicht vollziehbar« erklärt hat, dann ist das für die Planfeststeller wohl nur ein schwacher Trost. Denn mit dem Erfordernis einer völligen Runderneuerung und einer vorherigen Kommissionsbeteiligung sind die rechtlichen Hürden nur sehr schwer zu nehmen und ist der Weg zu einer Verwirklichung des Vorhabens recht steinig. Der Kurswagen nach Hildesheim steht daher nach einem jahrelangen Schlingerkurs vorläufig weiter auf dem Abstellgleis. Die Planfeststeller und deren glücklose Fachgutachter sehen sich daher in ähnlicher Lage wie die zur Westumfahrung Halle, die seit dem Urteil des BVerwG vom 17. 1. 2007 an einer Neuauflage des Planfeststellungsbeschlusses herumbasteln. Ende offen.

III. Artenschutz

Neben dem Schutz der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung stellt auch der europäische Artenschutz nicht unerhebliche Anforderungen, die sich aus Art. 12 und 16 FFH-RL und Art. 5 und 9 Vogelschutz-EL ergeben. Werden die Verbotstatbestände der Art. 12 FFH-RL oder des Art. 5 der Vogelschutz-RL erfüllt, so sind Eingriffe nur unter den Voraussetzungen der Art. 16 FFH-RL bzw. Art. 9 Vogelschutz-RL zulässig.³⁴ Im Vertragsverletzungs-

30 OVG Koblenz, Urteil vom 8. 11. 2007 – 8 C 11523/06.OVG –, DVBl 2008, 72 = NuR 2008, 181.

31 BVerwG, Beschluss vom 17. 7. 2008 – 9 B 15.08 – Hochmoselbrücke.

32 BVerwG, Urteil vom 27. 1. 2000 – 4 C 2.99 –, BVerwGE 110, 302 = DVBl 2000, 814 – Hildesheim.

33 OVG Lüneburg, Urteil vom 11. 9. 2008 – 7 KS 1269/00 – Hildesheim zum ergänzenden Planfeststellungsbeschluss vom 28. 2. 2007.

34 EuGH, Urteil vom 30. 1. 2002 – C-103/00 – Slg. 2002 I-1163 – caretta caretta; Urteil vom 20. 10. 2005 – C 6/04 – Tenor veröffentlicht in ABl. C 315 vom 10. 12. 2005, S. 5. Zum Folgenden

verfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland hat der EuGH in Verfolg dieser Rechtsprechung verschiedene Teile der §§ 42, 43 und 62 BNatSchG für europarechtswidrig erklärt³⁵. Die deutschen Rechtsvorschriften, die mit gemeinschaftsrechtlichen Regelung nicht vereinbar sind, sind danach allerdings nicht nichtig, sondern wegen des Anwendungsvorrangs des Europarechts (lediglich) im Einzelfall unanwendbar.^{36 37}

Durch das Erste Änderungsgesetz zum BNatSchG hat der Gesetzgeber das Artenschutzrecht auf eine neue gesetzliche Grundlage gestellt.³⁸ Was vorher in der Gefahr stand, im Sumpf europarechtlicher und nationaler Regelungen unterzugehen, das hat jetzt durch die Ende 2007 in Kraft getretene Novelle eine neue Rechtsgrundlage erhalten.³⁹ Die gesetzlichen Regelungen zu artenschutzrechtlichen Eingriffen enthält ein Prüfungssystem in vier Schritten: Besonders geschützte Arten und streng geschützte Arten (nationale geschützte Arten) sowie geschützte Arten nach Anhang IV der FFH-RL und die nach der Vogelschutz-RL geschützten Vögel (europarechtlich geschützte Arten) werden durch die Verbotstatbestände in § 42 Absatz 1 BNatSchG geschützt (1. Schritt). Sonderregelungen gelten u. a. für Eingriffe, die auf der Grundlage des § 19 BNatSchG oder des BauGB (§ 42 Absatz 5 BNatSchG) erfolgen (2. Schritt). Es schließt sich ggf. die Prüfung von Ausnahmen (§ 43 Absatz 8 BNatSchG) (3. Schritt) bzw. Befreiungen (§ 62 BNatSchG) (4. Schritt) an.

1. Verbotstatbestände (§ 42 Absatz 1 BNatSchG)

Die Verbotstatbestände sind in § 42 Absatz 1 BNatSchG neu gefasst und an den europarechtlichen Rahmen angeglichen (1. Schritt). Danach ist es verboten, (1) wild lebenden Tieren der besonders geschützten Arten nachzustellen, sie zu fangen, zu verletzen oder zu töten oder ihre Entwicklungsformen aus der Natur zu entnehmen, zu beschädigen oder zu zerstören, (2) wild lebende Tiere der streng geschützten Arten und der europäischen Vogelarten während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Mauser-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten erheblich zu stören; eine erhebliche Störung liegt vor, wenn sich durch die

auch Stür, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 4. Aufl. 2008, Rdnr. 3119.

35 EuGH, Urteil vom 10. 1. 2006 – C 98/03 –, NuR 2006, 166 – Bundesrepublik Deutschland.

36 BVerwG, Urteil vom 29. 11. 1990 – 3 C 77.87 –, BVerwGE 87, 154 unter Hinweis auf EuGH, Urteil vom 4. 4. 1968 – Rs. 34/67 –, Slg. 1968, 363 und Urteil vom 9. 3. 1978 – Rs. 106/77 – Slg. 1978, 629 und BVerfG, Beschluss vom 8. 4. 1987 – 2 BvR 687/85 –, BVerfGE 75, 223 = DVBl 1988, 38; VGH Mannheim, Urteil vom 2. 11. 2005 – 5 S 2662/04 –.

37 Zum Artenschutz auch BVerwG, Urteil vom 9. 6. 2004 – 9 A 11.03 –, BVerwGE 121, 72 = DVBl 2004, 1546 – Michendorf; Gassner, NuR 2004, 560; Gellermann, ZUR 2004, 87; Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht-Kommentar Bd. IV, Stand: 1. 9. 2005, § 43 BNatSchG Rdnr. 22, und NuR 2005, 504; VGH Kassel, Urteil vom 24. 11. 2003 – 3 N 1080/03 –, NuR 2004, 393 und 25. 2. 2004 – 3 N 1699/03 –, NVwZ-RR 2004, 732.

38 Erstes Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes vgl. BT-Drucks. 16/5100; BT-Drucks. 16/6780; BR-Drucks. 733/07.

39 Zur Bewertung Gellermann, NuR 2007, 783.

Störung der Erhaltungszustand der lokalen Population einer Art verschlechtert, (3) Fortpflanzungs- oder Ruhestätten der wild lebenden Tiere der besonders geschützten Arten aus der Natur zu entnehmen, zu beschädigen oder zu zerstören, (4) wild lebende Pflanzen der besonders geschützten Arten oder ihre Entwicklungsformen aus der Natur zu entnehmen, sie oder ihre Standorte zu beschädigen oder zu zerstören (Zugriffsverbote). Das Tötungsverbot kann hinsichtlich möglicher Zusammenstöße mit dem Straßenverkehr nur erfüllt sein, wenn sich das Kollisionsrisiko durch das Vorhaben deutlich erhöht. Entstehende Risiken etwa für Fledermäuse können ggf. durch Überflughilfen im Querungsbereich sowie Pflanzungen von hochwüchsigen Gehölzen und Bäumen oder dichte Unterpflanzungen verhindert werden, die vor allem dem Schutz niedrige fliegender Fledermausarten wie etwa den Bechsteinfledermäusen dienen.⁴⁰

Mit den Zugriffsverboten führt das Gesetz einen Erheblichkeitsmaßstab ein, der an die Verschlechterung der lokalen Population geknüpft ist. Die artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände werden hierdurch stärker an die Terminologie der FFH-Richtlinie angelehnt. Das in § 42 Absatz 1 Nr. 2 BNatSchG geregelte Störungsverbot stellt nunmehr wie in der FFH-Richtlinie auf bestimmte Zeiträume und nicht mehr – wie bisher – auf bestimmte Örtlichkeiten ab. Wird die lokale Population nicht verschlechtert, sind Störungen zu den vorgenannten Zeiten allerdings nicht erheblich. Ob der EuGH das allerdings absegnet, ist noch nicht ganz ausgemacht.

2. Ökologische Funktionalität bei Eingriffen im Bereich des Bau- und Fachplanungsrechts (§ 42 Absatz 5 BNatSchG)

Sonderregelungen enthält § 42 Absatz 5 BNatSchG für nach § 19 BNatSchG sowie nach den Vorschriften des BauGB zulässige Eingriffe. Für Anhang IV-Tier- und Pflanzenarten der FFH-RL und europäische Vogelarten nach der Vogelschutz-RL liegt ein Verstoß gegen das Störungsverbot und bei unvermeidbaren Eingriffen gegen das Tötungsverbot nicht vor, soweit die ökologische Funktion der betroffenen Fortpflanzungs- oder Ruhestätten im räumlichen Zusammenhang weiterhin erfüllt wird. Zu einer Vermeidung der Eingriffswirkung können auch vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen (CEF-Maßnahmen)⁴¹ beitragen. Für national geschützte Arten gilt weiterhin die bereits zuvor geregelte Freistellung.

Bleibt die ökologische Funktionalität der Lebensstätten im räumlichen Zusammenhang gewahrt, liegt seit der Neuregelung kein Verstoß gegen das Verbot mehr vor. Die Verletzung oder Tötung einzelner Exemplare soll daher in solchen Fällen auch bei Anhang IV-Arten und geschützten europäischen Vogelarten den Verbotstatbestand nicht erfüllen. Damit ist der bisher im Europarecht angelegte strenge Schutz auch einzelner Exemplare

40 BVerwG, Beschluss vom 13. 3. 2008 – 9 VR 9.07 – A 4 Jagdberg-tunnel.

41 Guidance document on the strict protection of animal species of community interest provided by the habitats directive.

in der FFH-RL und der Vogelschutz-RL auf das Verbot der Beeinträchtigung der ökologischen Funktion zurückgeschraubt sein. Gerade bei CEF-Maßnahmen, deren Wirksamkeit einen größeren Zeitraum in Anspruch nimmt, könnte es sich empfehlen, über deren Zulassung vorweg in einer eigenen Entscheidung zu befinden, wenn ein positives Gesamturteil des Gesamtvorhabens in Aussicht steht. Ebenso können aber CEF-Maßnahmen auch in der abschließenden Zulassungsentscheidung angeordnet werden.

3. Ausnahmeprüfung (§ 43 Absatz 8 BNatSchG)

Erfüllt der Eingriff den Verbotstatbestand des § 42 Absatz 1 BNatSchG und ist er auch nicht nach § 42 Absatz 5 BNatSchG unbeachtlich, so schließt sich nach § 43 Absatz 8 BNatSchG eine Ausnahmeprüfung an, die das gesamte Entscheidungsprogramm der FFH-RL und der Vogelschutz-RL aufgreift (3. Schritt). Die nach Landesrecht zuständigen Behörden können danach von den artenschutzrechtlichen Verboten im Einzelfall weitere Ausnahmen zulassen. Dazu rechnen auch zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer und wirtschaftlicher Art. Zumutbare Alternativen dürfen nicht zur Verfügung stehen; der Erhaltungszustand einer Population einer Art darf sich nicht verschlechtern. Nicht jeder Verlust einer lokalen Population ist allerdings mit einer Verschlechterung des Erhaltungszustandes gleichzusetzen. Für einen günstigen Erhaltungszustand genügt es vielmehr, wenn die betroffene Population als solche bei einer gebietsbezogenen Gesamtbetrachtung, also in einem Gebiet, das über das Plangebiet hinausgeht, als lebensfähiges Element erhalten bleibt. Auch stellt die Alternativenprüfung an die Ausnahmeentscheidung regelmäßig keine unüberwindbaren Hürden. Zwar sind gewisse Abstriche von dem Vorhaben hinzunehmen.⁴² Das Gesamtprojekt darf aber durch die artenschutzrechtlichen Anforderungen nicht aus den Fugen geraten. Die Praxis wird dies gewiss mit Beifall quittieren.

Allerdings hat der Gesetzgeber zugleich gespeist aus schmerzlichen Erfahrungen mit Vertragsverletzungsverfahren der EU-Kommission gegen Deutschland eine Angstklausel hinzugefügt: Art. 16 der FFH-RL und Art. 9 Vogelschutz-RL dürfen keine weitergehenden Anforderungen enthalten. Mit diesem Vorbehalt soll die Europatauglichkeit der Novelle sichergestellt werden.⁴³ Welche Anforderungen sich daraus allerdings für die Praxis ergeben, ist noch nicht abschließend geklärt. Vor allem wird es dabei um die Frage gehen, ob der europäische Artenschutz bei einem schlechten Erhaltungszustand einer Art strengere Anforderungen stellt und einen Eingriff insgesamt verbietet oder gar die Herstellung eines günstigen Erhal-

tungszustandes fordert. Jedenfalls werden Arten, die einen schlechten Erhaltungszustand aufweisen, größere Aufmerksamkeit für sich in Anspruch nehmen können.

Zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses können es rechtfertigen, eine Abweichung auch von den Verboten der Vogelschutz-RL zuzulassen. Solche Gründe liegen jedenfalls vor, wenn das Vorhaben den strengeren Anforderungen des Enteignungsrechts entspricht. Denn es könnte trotz aller Unkenrufe einiges dafür sprechen, dass die Lebensstätten des Menschen nicht deutlich geringer als die der Tiere auf dem deutschen und europäischen Schutzprogramm stehen.

4. Befreiungen (§ 62 BNatSchG)

Der vierte Prüfungsschritt einer Befreiung (§ 62 BNatSchG) konnte sehr viel schlanker als bisher gefasst werden, weil das europarechtlich gebotene Prüfungsprogramm in diesem abschließenden Prüfungsstadium bereits weitgehend abgearbeitet ist: Auch bei einem nicht durch Ausnahmen zu rechtfertigenden Verstoß gegen die artenschutzrechtlichen Verbote kann eine Befreiung erteilt werden, wenn die Durchführung der Vorschriften zu einer unzumutbaren Belastung führen würde. Hier hat der auch im Europarecht geltende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Art. 5 Absatz 3 EGV) seinen Standort.⁴⁴ Bei der Beurteilung der Erheblichkeit muss der Behörde ebenso wie beim EU-Gebietsschutz auch im Bereich des Artenschutzes ein fachlicher Spielraum zukommen, der nur einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle zugänglich ist.

An die Erstellung der Gutachten dürfen keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden. Es ist durchaus sachgerecht, dass die Zulassungsbehörde Gutachten verwertet, die vom Antragsteller in Auftrag gegeben worden sind, solange die Ergebnisse nachvollziehbar und plausibel sind. Bestehen ernstliche Zweifel, hat die Behörde ein ergänzendes Gutachten einzuholen.

5. Bauplanungsrecht und Artenschutz

Mit der Abarbeitung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung ist allerdings die artenschutzrechtliche Prüfung noch nicht erfolgt. Denn anders als bei der Eingriffsregelung (§ 21 BNatSchG) sind die artenschutzrechtlichen Regelungen der §§ 42, 43, 62 BNatSchG auch für Vorhaben im Geltungsbereich des BauGB anwendbar. Soweit erforderlich, können auch hier vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen festgesetzt werden. Die CEF-Maßnahmen können nach den Modellen des § 1 a Absatz 3 BauGB im Bebauungsplan festgesetzt oder in städtebaulichen Verträgen vereinbart werden.⁴⁵ Diese Möglichkeit dürfte auch im Innenbereich bestehen. Da die artenschutzrechtliche Prüfung mit der planungsrechtlichen Zulässigkeit des Vorhabens nicht abgeschlossen ist, sondern gesondert nach §§ 42, 43 und 62 BNatSchG erfolgt, können Einzelfragen im bau- oder immissionschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren feinjustiert werden.

42 BVerwG, Urteil vom 27. 1. 2000 – 4 C 2.99 –, BVerwGE 110, 302 – Hildesheim; Urteil vom 17. 5. 2002 – 4 A 28.01 –, BVerwGE 116, 254 = DVBl. 2002, 1486 = NVwZ 2002, 1243 – A 44 – Hesisch Lichtenau.

43 In der ersten Runde des Vertragsverletzungsverfahrens hat der EuGH einen pauschalen Verweis auf das europäische Richtlinienrecht allerdings nicht grenzenlos anerkannt, EuGH, Urteil vom 10. 1. 2006 – Rs. C-98/03 –, NVwZ 2006, 319.

44 Stüer, NVwZ 2007, 1054.

45 BVerwG, Urteil vom 19. 9. 2002 – 4 CN 1.02 –, DVBl. 2003, 204 = BauR 2003, 209.

Bei der Aufstellung eines Bebauungsplans muss daher über die allgemeine Abwägung hinaus der Artenschutz abgeprüft werden. Diese Prüfung gilt auch für Innen- und Außenbereichsvorhaben. Vor allem sind auch die Innenbereichsvorhaben nicht automatisch von den artenschutzrechtlichen Verbotstatbeständen freigestellt, wie bereits spätestens seit dem Urteil des BVerwG zum Polizeipräsidium Magdeburg⁴⁶ klar ist.

Sollen durch einen Bebauungsplan Eingriffe zugelassen werden, die artenschutzrechtliche Verbotstatbestände erfüllen, sind die Ausnahmeveraussetzungen des § 43 Absatz 8 BNatSchG abzuarbeiten. Bleiben unzumutbare Belastungen, kann nach § 62 BNatSchG eine Befreiung erteilt werden. Der Begriff »offenbar nicht beabsichtigten Härte«, wie er für die Befreiungen von den Festsetzungen des Bebauungsplans in § 31 Absatz 2 Nr. 3 BauGB verwendet wird, ist vom Gesetzgeber im Hinblick auf die sehr strenge baurechtliche Rechtsprechung wohl bewusst vermieden worden. Vielmehr soll für eine Befreiung ausreichend sein, dass die Belastung vor dem Hintergrund des auch das Europarecht kennzeichnenden allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes unzumutbar ist. Hier bestimmt eine nachvollziehende Abwägung mit entsprechenden behördlichen Spielräumen die Szene, in die neben naturschutzfachlichen auch wirtschaftliche Gesichtspunkte eingestellt werden können.⁴⁷ Für Vorhaben im Außenbereich sind die artenschutzrechtlichen Regelungen in §§ 42, 43, 62 BNatSchG in voller Breite anwendbar.

Der Bebauungsplan kann sich dabei auf die Grundsatzentscheidungen beschränken und die Einzelheiten einem nachfolgenden Zulassungsverfahren überlassen. Denn die Anforderungen im Naturschutzrecht sind nicht nur in der Bauleitplanung zu beachten, sondern richten sich auch an die Zulassungsverfahren, die dem Bebauungsplan nachfolgen und die einen Teil der artenschutzrechtlichen Probleme abarbeiten können.⁴⁸

6. Entscheidungen des BVerwG

Während das BVerwG in der Eilentscheidung zu einem Straßenbauprojekt in Grimma⁴⁹ die durch Fachrecht zuzulassenden Projekte weitgehend von den artenschutzrechtlichen Anforderungen freigestellt sah, mehrten sich im An-

schluss daran kritische Stimmen, dass auch solche Projekte an den europarechtlichen Vorgaben zu messen seien.⁵⁰

a) Grundlagen

In den Urteilen zum Flughafen Schönefeld⁵¹ wurde der Eingriff in die Vogelwelt mit den Erfordernissen des Luftverkehrs gerechtfertigt und eine Ausnahme nach Art. 9 Vogelschutz-RL anerkannt.

Im Stralsund-Urteil⁵² hat das BVerwG den Verbotstatbestand des Art. 5 Vogelschutz-RL hinsichtlich der Beeinträchtigung von Nestern deshalb nicht als erfüllt angesehen, weil die Freimachung des Baufeldes in den Wintermonaten stattfinden sollte und damit in einer Zeit, in denen der Wachtelkönig (*crex-crex*) im Urlaub in Afrika weilt.

Anders verhält es sich mit den von den Vögeln ganzjährig bewohnten Nestern oder auch mit den in den Folgejahren benutzten Brutplätzen, die auch während der winterlichen Abwesenheit der Zugvögel geschützt sind.⁵³ Allerdings ist auch hier eine funktionale Betrachtung geboten. Können die geschützten Vögel ohne nachhaltige Schädigung auf andere Standorte ausweichen, in denen sie Nist- und Brutplätze vorfinden oder sich zumutbar neu schaffen können, dann ist der Eingriff bei entsprechend überwiegenden Gemeinwohlgründen gerechtfertigt. Denn auch in Europa gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.⁵⁴

Eingehend hat sich das Gericht auch in Hessisch Lichtenau mit dem Artenschutz befasst. Dabei verhält sich das Urteil auch zur Europarechtskonformität der kleinen Artenschutznovelle 2007, die über den ergänzenden Planfeststellungsbeschluss dem Verfahren als Rechtsgrundlage zugrunde lag (Rdnr. 92). Es werden zwar in verschiedener Hinsicht Verbotstatbestände verletzt. Insoweit hat jedoch der ergänzende Planfeststellungsbeschluss die erforderlichen Ausnahmen erteilt. Folgerichtig ist dabei die Erkenntnis, dass bei einem Wechsel in der Rechtsgrundlage jeweils die für das Vorhaben günstigere Regelung zugrunde zu legen ist.

Auch im Verfahren Nordumgehung Bad Oeynhausen⁵⁵ hat das BVerwG die Anforderungen an den Artenschutz auf ein handhabbares Maß zurechtgeschnitten und die rechtlichen Maßstäbe für die Ermittlung und Bewertung der von einem Straßenbauvorhaben voraussichtlich verursachten artenschutzrechtlichen Beeinträchtigungen (außerhalb von Schutzgebieten nach der sog. Fauna-Flora-

46 BVerwG, Urteil vom 11. 1. 2001 – 4 C 6.00 –, BVerwGE 112, 321 = ZfBR 2001, 271 – Polizeipräsidium Magdeburg.

47 BVerwG, Urteil vom 17. 1. 2007 – 9 C 1.06 –, BVerwGE 128, 76 = DVBl 2007, 641 = NVwZ 2007, 581 – Bad Laer, im Anschluss an Urteil vom 27. 10. 2000 – 4 A 18.99 –, BVerwGE 112, 140 zu § 17 Absatz 6 c 2 FStrG a. F.

48 Zur Konfliktbewältigung in der Verteilung zwischen Bebauungsplan und Genehmigung bereits BVerwG, B. v. 17. 2. 1984 – 4 B 191.83 –, BVerwGE 69, 30 = DVBl 1984, 343 – Reuter Kraftwerk.

49 BVerwG, Beschluss vom 12. 4. 2005 – 9 VR 41.04 –, NVwZ 2005, 943 = DVBl 2005, 916. Zur Kritik *Fischer-Hüftle*, NuR 2005, 768; *Gassner*, NuR 2004, 560; *Gellermann*, NuR 2003, 385; *ders.*, ZUR 2004, 87; *ders.*, NuR 2005, 504; *Louis*, NuR 2004, 557; VGH Kassel, Urteil vom 24. 11. 2003 – 3 N 1080/03 – NuR 2004, 393 und 25. 2. 2004 – 3 N 1699/03 – NVwZ-RR 2004, 732. Die Auslegung des Absichtsbegriffs durch den 4. Senat des BVerwG halten hingegen für europarechtskonform: *Müller/Stöckel/Lorz*, 2. Aufl. 2003, § 43 BNatSchG Rdnr. 15; *Müller*, NuR 2005, 157.

50 Auf Umsetzungsdefizite hatte bereits der *EuGH*, Urteil vom 17. 9. 1987 – Rs. 412/85 – Slg. 1987, 3514 Rdnr. 12 ff. hingewiesen; vgl. auch *Gellermann*, ZUR 2004, 87.

51 BVerwG, Urteil vom 16. 3. 2006 – 4 A 1075.04 –, BVerwGE 125, 116 = DVBl 2006, 1373 – Schönefeld.

52 BVerwG, Urteil vom 21. 6. 2006 – 9 A 28.05 –, BVerwGE 126, 166 – Stralsund.

53 VG Berlin, Urteil vom 29. 9. 2003 – VG 1 A 21.02 – Grundeigentum 2004, 1598; VG Potsdam, Beschluss vom 18. 2. 2002 – 4 L 648/01 –, NuR 2002, 567; *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht Bd. IV, § 42 BNatSchG Rdnr. 7.

54 BVerwG, Urteil vom 27. 1. 2000 – 4 C 2.99 –, BVerwGE 110, 302 = DVBl 2000, 814 – Hildesheim.

55 BVerwG, Urteil vom 9. 7. 2008 – 9 A 14.07 – Bad Oeynhausen.

Habitat-Richtlinie) und deren gerichtliche Überprüfung präzisiert. Die dem Planfeststellungsbeschluss zugrunde liegenden fachgutachtlichen Ermittlungen und Bewertungen einschließlich der festgesetzten umfangreichen naturschutzrechtlichen (Begleit- und Vermeidungs-)Maßnahmen seien im Ergebnis nicht zu beanstanden.

Nicht jedes, sondern nur ein durch das Straßenbauvorhaben signifikant erhöhtes Kollisionsrisiko erfüllt danach den Tatbestand des artenschutzrechtlichen Tötungsverbots.

b) Bedeutung des Absichtsbegriffs

Durch die ausdrückliche Unterscheidung der Richtlinie in absichtliche und unabsichtliche Eingriffe werden allerdings erhöhte Anforderungen an den Absichtsbegriff deutlich.⁵⁶ Sieht der Gesetzgeber somit strengere Anforderungen an den Absichtsbegriff vor, so werden lediglich leicht fahrlässiges Verhalten nicht vom Tatbestand des Art. 12 Absatz 1 a)–c) FFH-Richtlinie erfasst. Vielmehr ist ein zielgerichtetes Handeln gefordert, so dass der restriktiv ausgelegte Absichtsbegriff vorzuzugswürdig ist.⁵⁷

c) Ausnahme nach § 43 Absatz 8 BNatSchG

Ist einer der Verbotstatbestände des § 42 Absatz 1 BNatSchG erfüllt und schließen diese auch die Sonderregelungen des § 42 Absatz 5 BNatSchG nicht aus, kann nach § 43 Absatz 8 BNatSchG eine Ausnahme erteilt werden. Die Regelung greift Elemente der früheren Befreiungsregelung in § 62 BNatSchG auf. Der Eingriff muss durch zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses gerechtfertigt sein. Zumutbare Alternativen dürfen nicht zur Verfügung stehen. Der Erhaltungszustand der Population darf sich nicht verschlechtern. Hierzu hat das BVerwG⁵⁸ in der Eilentscheidung zur A 4 bei Jena (Jagdbergtunnel) zwar hervorgehoben, dass der Begriff der »anderen zufriedenstellenden Lösung« ebenso wie der Begriff »Alternativlösung« in Art. 6 Absatz 4 FFH-RL in vollem Umfang gerichtlich überprüfbar und im Hinblick auf das Schutzregime der Vogelschutz-Richtlinie zu verstehen ist. Dabei sind Alternativlösungen vorzuziehen, die sich bei einer Berücksichtigung sämtlicher Belange als vorzugswürdig erweisen. Alternativlösungen, die sich bereits nach naturschutzfachlichen Kriterien als nachteiliger erweisen, können dabei ausgeschlossen werden.⁵⁹ Eine Planungsvariante, die der Planungsbehörde bereits auf der Grundlage einer Grobanalyse als weniger geeignet erscheint, kann schon in einem frühen Planungsstadium ausgeschieden werden. Auch können Alternativen ausgeschieden werden, die sich nur durch unverhältnismäßige Mehrkosten verwirklichen ließen.

Der Erhaltungszustand der Population in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet darf sich nicht verschlechtern.

56 BVerwG, Urteil vom 16. 3. 2006 – 4 A 1075.04 –, BVerwGE 125, 116 = DVBl 2006, 1373 – Schönefeld, Rdnr. 558.

57 Stüer/Bähr, DVBl 2006, 1155.

58 BVerwG, Beschluss vom 13. 3. 2008 – 9 VR 9.07 – A 4 Jagdbergtunnel.

59 BVerwG, Urteil vom 25. 1. 1996 – 4 C 5.95 –, BVerwGE 100, 238 = DVBl 1996, 677 – Eifelautobahn A 60.

Im Hinblick auf das Ziel der FFH-RL, die Artenvielfalt zu sichern, kommt es hierbei – so das BVerwG⁶⁰ – nicht darauf ab, jede lokale Art an ihrem Ort zu schützen, sondern es bedarf einer gebietsbezogenen Betrachtung, für die der Behörde ein naturschutzfachlicher Einschätzungsspielraum eingeräumt ist.

Zugleich sind allerdings die europarechtlichen Verbotstatbestände in Art. 12 und 13 FFH-Richtlinie und Art. 5 bis 7 Vogelschutz-Richtlinie zu beachten. Während der Verbotstatbestand des Art. 12 FFH-Richtlinie die Anhang-IV-Arten der FFH-Richtlinie betrifft, setzt Art. 5 b Vogelschutz-Richtlinie die Zerstörung oder Beschädigung von Nestern und Eiern und die Entfernung von Nestern der europäischen Vogelarten voraus.⁶¹ Diesen Verbotstatbestand hat das BVerwG im Stralsund-Verfahren nicht als erfüllt angesehen, da die Trassenräumung nur außerhalb der Brutsaison der Zugvögel vorgenommen wurde.

Art. 5 d Vogelschutz-Richtlinie enthält das Verbot, europäische Vogelarten, insbesondere während der Brut- und Aufzuchtzeit, zu stören, sofern sich diese Störung auf die Zielsetzung dieser Richtlinie erheblich auswirkt. Da die Bestände der europäischen Vogelarten nach Art. 1 und 2 Vogelschutz-Richtlinie dauerhaft erhalten werden sollen und Art. 13 Vogelschutz-Richtlinie ein Verschlechterungsverbot beinhaltet, lösen solche Störungen die Verbotfolgen aus, die negative Rückwirkungen auf die Bestandssituation einzelner Arten haben können.⁶²

d) Ausnahmetatbestand des Art. 9 Vogelschutz-Richtlinie

Beim Ausbau des Flughafens Schönefeld hat das BVerwG das Vorliegen des Verbotstatbestandes des Art. 5 Vogelschutz-Richtlinie angenommen, zugleich aber wegen der Sicherheitsbedürfnisse des Flugverkehrs die Ausnahme des Art. 9 Vogelschutz-Richtlinie als erfüllt angesehen, sodass zugleich die Befreiungsvoraussetzungen nach § 62 Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 BNatSchG 2002 erfüllt waren.⁶³

Lässt sich das Vorhaben an einem nach dem Schutzkonzept günstigeren Standort oder mit geringerer Eingriffsintensität verwirklichen, so muss der Projektträger von dieser Möglichkeit Gebrauch machen. Ein irgendwie gearterter Gestaltungsspielraum wird ihm nicht eingeräumt.⁶⁴ Allerdings ist eine Ausnahme von den Verbotstatbeständen der Vogelschutz-RL nicht generell ausgeschlossen, wenn die Voraussetzungen des Art. 9 Vogelschutz-RL erfüllt werden, wie das BVerwG in der zweiten Gerichtsrunde zum Autobahnbauprojekt Hessisch Lichtenau dargestellt hat.⁶⁵

60 BVerwG, Beschluss vom 13. 3. 2008 – 9 VR 9.07 – A 4 Jagdbergtunnel.

61 Das Verbot des Art. 5 b Vogelschutz-Richtlinie ist dabei individuellen- und nicht etwa nur populationsbezogen, wie insbesondere der Vergleich mit Art. 5 d Vogelschutz-Richtlinie zeigt.

62 Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht vor § 39 BNatSchG Rdnr. 18.

63 BVerwG, Urteil vom 16. 3. 2006 – 4 A 1075.04 –, BVerwGE 125, 116 = DVBl 2006, 1373 – Schönefeld, Rdnr. 567 f.

64 BVerwG, Urteil vom 17. 5. 2002 – 4 A 28.01 –, BVerwGE 116, 254 = DVBl 2002, 1486.

65 BVerwG, Urteil vom 12. 3. 2008 – 9 A 3.06 – Hessisch Lichtenau.

e) *Nachträgliche Erteilung von Ausnahmen und Befreiungen möglich*

Erforderliche Ausnahmen nach § 43 Absatz 8 BNatSchG oder Befreiungen nach § 62 BNatSchG können auch noch nach Erlass des Planfeststellungsbeschlusses in einem ergänzenden Verfahren erteilt werden. Das BVerwG sieht es als maßgebend an, dass in diesem Zeitpunkt die Befreiungsvoraussetzungen objektiv gegeben waren.⁶⁶

7. *Trotz Konsolidierung ist Vorsicht geboten*

Alles in allem: Die aktuellen Urteile aus Leipzig bestätigen zwar im Kern die bisherige Rechtsprechung des BVerwG zum Gebiets- und Artenschutz. Dies gilt vor allem hinsichtlich der strengen Anforderungen an die Verträglichkeitsprüfung, die beim Gebietsschutz vorzunehmen ist. Verbleiben fachliche Zweifel an der Verträglichkeit, ist ein Vorhaben unverträglich. Diese strengen Anforderungen, die im Halle-Urteil an die Verträglichkeitsprüfung wohl aus Rücksichtnahme auf die europarechtlichen Vor-

gaben und die Rechtsprechung des EuGH gestellt werden, bleiben nach wie vor.

Das eigentlich Weiterführende der neueren Gerichtsentscheidungen ist aber die tröstliche Erkenntnis, dass damit die Großprojekte noch nicht vor die juristische Wand gefahren sind. Vielmehr bestehen Möglichkeiten, das Projekt durch eine fachlich korrekte Abweichungsprüfung über die Runden zu bringen. Dies setzt entsprechende Gründe zur Rechtfertigung des Projektes voraus, die sich in einer konkreten Abwägungsentscheidung gegenüber den naturschutzfachlichen Integritätsinteressen durchsetzen können. Auch bei der Alternativenprüfung und den Kohärenzmaßnahmen hat das BVerwG mit Augenmaß die rechtlichen Anforderungen neu justiert bzw. konkretisiert. Mit diesen Anforderungen, wie sie sich in den Entscheidungen zu Hessisch Lichtenau, Jena, zur Hochmoselbrücke und zu Bad Oeynhausen darstellen, kann die Praxis leben. Allerdings zeigt das Verfahren Hildesheim, das sich weiterhin in einem erst einmal abgehängten Kurswagen in der Warteschleife befindet, dass mit den europarechtlichen Vorgaben zum Gebiets- und Artenschutz auch nach den für die Praxis hilfreichen höchstrichterlichen Weichenstellungen nicht zu spaßen ist.

66 BVerwG, Urteil vom 16. 3. 2006 – 4 A 1075.04 –, BVerwGE 125, 116 – Schönefeld, Rdnr. 565.

Gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung zur elektronischen Verfahrensabwicklung (Art. 8 DLR) als Perspektive zur Etablierung eines Rechtsrahmens des eGovernment?

Von Dr. Sönke E. Schulz, Kiel*

Nach anfänglicher Nichtbeachtung bzw. einer Fokussierung der Diskussion auf das Herkunftslandprinzip sind mittlerweile auch die weiteren Inhalte der EU-Dienstleistungsrichtlinie und deren Auswirkungen auf das nationale Wirtschaftsverwaltungsrecht, die Verwaltungsorganisation und das Verwaltungsverfahren im Bewusstsein der zuständigen Entscheidungsträger angekommen. Die nachfolgenden Ausführungen greifen ein wesentliches Element der intendierten Verwaltungsvereinfachung – die Verpflichtung zur elektronischen Abwicklung wirtschaftsrelevanter Verfahren – auf, um dessen Bedeutung, die weit über die konkrete Richtlinienumsetzung hinausreicht, zu analysieren und die Funktion als Katalysator für eine längst überfällige Verrechtlichung des eGovernment zu veranschaulichen.

I. Einleitung

Die fortschreitende Orientierung von Politik und Verwaltung auf eGovernment ist überwiegend von Freiwillig-

keit geprägt. Sowohl bei der Etablierung als auch der Verwirklichung in concreto wurde in der Vergangenheit auf rechtsverbindliche Vorgaben verzichtet. Folge dieser Entwicklung ist ein Auseinanderfallen der Verlautbarungen über Erfolg und Verbreitung von eGovernment mit den tatsächlich erreichten Veränderungen¹. Vielfach wurden Einzelprojekte vorangetrieben², die sich in einer bloßen Elektrifizierung vorhandener Verwaltungsverfahren bzw. deren »Eins-zu-Eins-Übertragung« in die digitale Welt erschöpfen und den Einsatz von Informations- und Kommunikationstechnologien nicht in Verbindung mit organisatorischen Änderungen sehen. EGovernment kann jedoch nur dann einen »Sprung nach vorn«³ bedeuten und seiner Rolle als »Motor der Verwaltungsreform«⁴ gerecht werden, wenn ein weitergehendes Verständnis nicht nur zugrunde gelegt, sondern auch tatsächlich realisiert

* Der Verfasser ist geschäftsführender wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lorenz-von-Stein-Institut für Verwaltungswissenschaften (Christian-Albrechts-Universität zu Kiel). Der Beitrag wurde im Rahmen eines Forschungsprojektes des ISPRAT e. V. erstellt. Dank für wertvolle Hinweise gilt Prof. Dr. Utz Schliesky sowie Dr. Anika D. Luch.

1 Übersicht über die Aktivitäten der Bundesländer bei Schliesky (Hrsg.), eGovernment in Deutschland, 2006, S. 21 ff. Winkel, APuZ B 18/2004, 7 (7) spricht von der Notwendigkeit eines »Gegengewichts zur Ankündigungsrhetorik von Politikern«.

2 Vgl. Britz, DVBl 2007, 993 (995); s. auch Groß, VerwArch 95 (2004), 400 (413 f.).

3 Nolte, DÖV 2007, 941 ff.

4 Boehme-Neßler, NVwZ 2001, 374 (380); s. auch Büllsbach, DVBl 2005, 606 (611).