

tionalisierung der Materie. Der Verfasser dieser Schrift ist frei von solchen Tendenzen, die Arbeit frei von solchen Gefahren. Es handelt sich um eine grundsätzliche, von juristischer Disziplin bestimmte Monographie, die überdies noch andere gute Einsichten vermittelt. In diesem Zusammenhang konnte nämlich nur ein, wenn auch das wichtigste, Thema angesprochen werden. Auch die juristische Auswertung der materiellen und prozessualen Konsequenzen des komplizierten Sportwettenurteils vom 28. 3. 2006 beeindruckt. Schließlich werden auch weitere

verfassungsrechtliche, europarechtliche und strafrechtliche (§ 284 StGB!) Implikationen des Glücksspielrechts sachgerecht behandelt, ja sogar Aspekte des Einigungsvertrages (»DDR-Genehmigungen«) berücksichtigt. Es ist von daher eine verdiente Anerkennung, dass dem Verfasser inzwischen die Bearbeitung von wichtigen Teilen des »Glücksspielrechts« im gleichnamigen Kommentar anvertraut wurde, der von Dietlein, Hecker und Ruttig herausgegeben wird.

Prof.(em.) Dr. *Herbert Bethge*, Passau

Rechtsprechung

Entscheidungen

■ 1. Bestandskraft von Zulassungsentscheidungen wird durch FFH-Regime durchbrochen

Art. 2 Abs. 3, Art. 4 Abs. 2, Art. 6 Abs. 3 und 4 RL 92/43/EWG (FFH-RL)

1. Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 1 der FFH-RL erlaubt es einem Mitgliedstaat nicht, sein Einvernehmen zur Aufnahme eines oder mehrerer Gebiete in einen von der Kommission erstellten Entwurf einer Liste der GGB aus anderen als naturschutzfachlichen Gründen zu verweigern.

2. Art. 6 Abs. 3 und 4 der FFH-RL ist dahin auszulegen, dass fortlaufende Unterhaltungsmaßnahmen in der Fahrrinne von Ästuarien, die nicht unmittelbar mit der Verwaltung des Gebiets in Verbindung stehen oder hierfür nicht notwendig sind und die bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist der FFH-RL nach nationalem Recht genehmigt wurden, bei ihrer Fortsetzung nach Aufnahme des Gebiets in die Liste der GGB gemäß Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 3 dieser RL einer Verträglichkeitsprüfung nach deren Art. 6 Abs. 3 und 4 zu unterziehen sind, soweit sie ein Projekt darstellen und das betreffende Gebiet erheblich beeinträchtigen könnten.

3. Wenn diese Unterhaltungsmaßnahmen u. a. im Hinblick darauf, dass sie wiederkehrend anfallen, auf ihre Art oder auf die Umstände ihrer Ausführung als einheitliche Maßnahme betrachtet werden können, insbesondere, wenn sie den Zweck haben, eine bestimmte Tiefe der Fahrrinne durch regelmäßige und hierzu erforderliche Ausbaggerungen beizubehalten, können sie als ein einziges Projekt im Sinne von Art. 6 Abs. 3 der FFH-RL angesehen werden.

EuGH, 2. K., Urteil vom 14. 1. 2010 – C-226/08 –

[1] Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 2 Abs. 3, Art. 4 Abs. 2 und Art. 6 Abs. 3 und 4 der RL 92/43/EWG des Rates vom 21. 5. 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen (ABl. L 206 S. 7) in der durch die RL 2006/105/EG des Rates vom 20. 11. 2006 (ABl. L 363, S. 368) geänderten Fassung (im Folgenden:

FFH-RL). 2 Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines Verwaltungsrechtsstreits zwischen der Stadt Papenburg und der Bundesrepublik Deutschland wegen des Einvernehmens, das dieser Staat dem von der Europäischen Kommission erstellten Entwurf einer Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung (im Folgenden: GGB), die einen flussabwärts an der Ems gelegenen Teil des Gemeindegebiets dieser Stadt einschließt, zu erteilen beabsichtigt. [...]

[10] Die Stadt Papenburg ist eine Hafenstadt an der Ems in Niedersachsen und Standort einer Werft.

[11] Um die Ems zwischen der Werft und der Nordsee mit Schiffen mit einem Tiefgang von 7,3 m befahren zu können, muss sie durch »Bedarfsbaggerungen« vertieft werden. Durch einen Planfeststellungsbeschluss der Wasser- und Schifffahrtsdirektion Nordwest vom 31. 5. 1994 wurde es der Stadt Papenburg, dem Landkreis Emsland und dem Wasser- und Schifffahrtsamt Emden gestattet, den Fluss bei Bedarf auszubaggern. Dieser Beschluss ist bestandskräftig und bedeutet nach deutschem Recht, dass zukünftige »Bedarfsbaggerungen« als genehmigt gelten. [...]

Zu den Vorlagefragen

Zur ersten Frage

Erlaubt es Art. 4 Abs. 2 Unterabsatz 1 der RL 92/43/EWG des Rates vom 21. 5. 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen einem Mitgliedstaat sein Einvernehmen zu dem von der Kommission erstellten Entwurf einer Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung im Hinblick auf ein oder mehrere Gebiete aus anderen als naturschutzfachlichen Gründen zu verweigern?

[27] Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 1 der FFH-RL sieht vor, dass auf der Grundlage der in Anhang III Phase 2 dieser RL festgelegten Kriterien die Kommission jeweils im Einvernehmen mit den Mitgliedstaaten den Entwurf einer Liste der GGB für jede der in Art. 1 Buchst. c Ziff. iii der RL erwähnten biogeografischen Regionen aus den Listen der Mitgliedstaaten erstellt.

[28] Anhang III der FFH-RL, der die Kriterien zur Auswahl der Gebiete enthält, die als GGB bestimmt und als besondere Schutzgebiete ausgewiesen werden können, zählt, was die Phase 2 dieses Anhangs betrifft, Kriterien für die Beurteilung der gemeinschaftlichen Bedeutung der in den nationalen Listen enthaltenen Gebiete auf.

[29] Diese Beurteilungskriterien sind anhand des Ziels der Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, die in den Anhängen I oder II der FFH-RL aufgeführt sind, sowie des Ziels der Kohärenz von Natura 2000, dem in Art. 3 Abs. 1 der FFH-RL vorgesehenen europäischen ökologischen Netz besonderer Schutzgebiete, definiert worden.

[30] Folglich sieht Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 1 der FFH-RL als solcher nicht vor, dass andere Anforderungen als die in Bezug auf die Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen oder die Errichtung des Netzes Natura 2000 zu beachten sind, wenn die Kommission jeweils im Einvernehmen mit den Mitgliedstaaten den Entwurf einer Liste der GGB erstellt.

[31] Wäre es den Mitgliedstaaten in der in Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 1 der FFH-RL geregelten Phase des Einstufungsverfahrens erlaubt, ihr Einvernehmen aus anderen als naturschutzfachlichen Gründen zu verweigern, gefährdete dies die Erreichung des in Art. 3 Abs. 1 der FFH-RL angestrebten Ziels der Errichtung des Netzes Natura 2000, das aus Gebieten besteht, die die natürlichen Lebensraumtypen des Anhangs I der RL sowie die Habitate der Arten des Anhangs II der RL umfassen, und das den Fortbestand oder gegebenenfalls die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands dieser natürlichen Lebensraumtypen und Habitate der Arten in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet gewährleisten muss.

[32] Dies wäre insbesondere der Fall, wenn die Mitgliedstaaten ihr Einvernehmen aufgrund wirtschaftlicher, gesellschaftlicher und kultureller Anforderungen sowie regionaler und örtlicher Besonderheiten verweigern könnten, auf die Art. 2 Abs. 3 der FFH-RL verweist, der im Übrigen, wie die Generalanwältin in Nr. 38 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, keine eigenständige Abweichung von der durch diese RL aufgestellten allgemeinen Schutzregelung darstellt.

[33] Auf die erste Frage ist daher zu antworten, dass Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 1 der FFH-RL es einem Mitgliedstaat nicht erlaubt, sein Einvernehmen zur Aufnahme eines oder mehrerer Gebiete in einen von der Kommission erstellten Entwurf einer Liste der GGB aus anderen als naturschutzfachlichen Gründen zu verweigern. Zur zweiten, zur dritten und zur vierten Frage

[34] In Anbetracht der Antwort auf die erste Frage sind die zweite, die dritte und die vierte Frage nicht zu beantworten.

Zur fünften Frage

Sind fortlaufende Unterhaltungsmaßnahmen in der Fahrrinne von Ästuarien, die bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist der RL 92/43/EWG nach nationalem Recht endgültig genehmigt wurden, bei ihrer Fortsetzung nach Aufnahme des Gebietes in die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung einer Verträglichkeitsprüfung nach Art. 6 Abs. 3 bzw. 4 der RL zu unterziehen?

[35] Mit seiner fünften Frage möchte das vorliegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob fortlaufende Unterhaltungsmaßnahmen in der Fahrrinne des im Ausgangsverfahren betroffenen Ästuariums, die nicht unmittelbar mit der Verwaltung des Gebiets in Verbindung stehen oder

hierfür nicht notwendig sind und die bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist der FFH-RL nach nationalem Recht genehmigt wurden, bei ihrer Fortsetzung nach Aufnahme des Gebiets in die Liste der GGB gemäß Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 3 der FFH-RL einer Verträglichkeitsprüfung nach Art. 6 Abs. 3 und 4 dieser RL zu unterziehen sind, soweit sie das betreffende Gebiet erheblich beeinträchtigen könnten.

[36] Nach Art. 6 Abs. 3 Satz 1 der FFH-RL können Pläne oder Projekte, die das betreffende Gebiet erheblich beeinträchtigen könnten, nur dann genehmigt werden, wenn ihre Verträglichkeit für dieses Gebiet vorher geprüft worden ist (Urteil vom 7. 9. 2004, Waddenvereinigung und Vogelbeschermungsvereinigung, C-127/02, Slg. 2004, I-7405, Rdnr. 22).

[37] Daher ist zunächst zu prüfen, ob die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Ausbaggerungen unter den Begriff des »Plans« oder des »Projekts« im Sinne von Art. 6 Abs. 3 Satz 1 der FFH-RL fallen.

[38] Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof nach der Feststellung, dass die FFH-RL keine Bestimmung der Begriffe »Plan« und »Projekt« enthält, ausgeführt hat, dass der in Art. 1 Abs. 2 zweiter Gedankenstrich der RL 85/337/EWG des Rates vom 27. 6. 1985 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten (ABl. L 175, S. 40) enthaltene Begriff »Projekt« zur Ermittlung des Begriffs »Plan« oder »Projekt« im Sinne der FFH-RL erheblich ist (Urteil Waddenvereinigung und Vogelbeschermungsvereinigung, Rdnrn. 23, 24 und 26).

[39] Die Tätigkeit der Ausbaggerung einer Fahrrinne kann unter den Begriff »Projekt« im Sinne von Art. 1 Abs. 2 zweiter Gedankenstrich der RL 85/337 fallen, der »sonstige Eingriffe in Natur und Landschaft einschließlich derjenigen zum Abbau von Bodenschätzen« anführt.

[40] Eine solche Tätigkeit kann daher als vom Begriff »Projekt« in Art. 6 Abs. 3 der FFH-RL umfasst angesehen werden.

[41] Der Umstand, dass diese Tätigkeit vor Ablauf der Umsetzungsfrist der FFH-RL nach nationalem Recht endgültig genehmigt wurde, hindert als solcher nicht daran, diese Tätigkeit bei jedem Eingriff in die Fahrrinne als gesondertes Projekt im Sinne der FFH-RL anzusehen.

[42] Andernfalls wären diese Ausbaggerungen der betreffenden Fahrrinne, die nicht unmittelbar mit der Verwaltung des Gebiets in Verbindung stehen oder hierfür nicht notwendig sind, soweit sie dieses Gebiet erheblich beeinträchtigen könnten, einer Prüfung auf Verträglichkeit mit diesem Gebiet im Sinne des Art. 6 Abs. 3 der FFH-RL und dem in Art. 6 Abs. 4 vorgesehenen Verfahren von vornherein auf Dauer entzogen.

[43] Auch die Erreichung des Ziels der Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen im Sinne der FFH-RL könnte nicht vollständig gewährleistet werden.

[44] Entgegen dem Vorbringen der Stadt Papenburg und der Kommission hindern Gründe der Rechtssicherheit oder des Vertrauensschutzes nicht daran, die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Ausbaggerungen der Fahrrinne als gesonderte und sukzessive Projekte dem in Art. 6

Abs. 3 und 4 der FFH-RL vorgesehenen Verfahren zu unterwerfen, obwohl sie nach nationalem Recht endgültig genehmigt wurden.

[45] Was den Grundsatz der Rechtssicherheit angeht, so gebietet er insbesondere, dass eine Regelung, die nachteilige Folgen für Einzelne hat, klar und bestimmt und ihre Anwendung für die Einzelnen voraussehbar sein muss (Urteil vom 7. 6. 2005, VEMW u. a., C-17/03, Slg. 2005, I-4983, Rdnr. 80). Dies ist jedoch bei der FFH-RL im Hinblick auf die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Situation der Fall.

[46] Zum Grundsatz des Vertrauensschutzes ist festzustellen, dass nach ständiger Rechtsprechung eine neue Vorschrift unmittelbar für die künftigen Auswirkungen eines Sachverhalts gilt, der unter der Geltung der alten Vorschrift entstanden ist, und dass der Anwendungsbereich des Grundsatzes des Vertrauensschutzes nicht so weit erstreckt werden darf, dass die Anwendung einer neuen Regelung auf die künftigen Auswirkungen von unter der Geltung der früheren Regelung entstandenen Sachverhalten schlechthin ausgeschlossen ist (vgl. u. a. Urteil vom 29. 1. 2002, Pokrzeptowicz-Meyer, C-162/00, Slg. 2002, I-1049, Rdnr. 50 und 55).

[47] Schließlich ist festzustellen, dass die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Unterhaltungsmaßnahmen, wenn sie u. a. im Hinblick darauf, dass sie wiederkehrend anfallen, auf ihre Art oder auf die Umstände ihrer Ausführung als einheitliche Maßnahme betrachtet werden können, insbesondere, wenn sie den Zweck haben, eine bestimmte Tiefe der Fahrrinne durch regelmäßige und hierzu erforderliche Ausbaggerungen beizubehalten, als ein einziges Projekt im Sinne von Art. 6 Abs. 3 der FFH-RL angesehen werden können.

[48] In diesem Fall unterläge ein solches Projekt, wenn es vor Ablauf der Umsetzungsfrist der FFH-RL genehmigt wurde, nicht den Vorgaben über eine Ex-ante-Prüfung auf seine Auswirkungen auf das betreffende Gebiet (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 23. 3. 2006, Kommission/Österreich, C-209/04, Slg. 2006, I-2755, Rdnr. 53 bis 62).

[49] Gleichwohl fiel, wenn das betreffende Gebiet gemäß Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 3 der FFH-RL in der von der Kommission festgelegten Liste der Gebiete aufgeführt wäre, die als GGB ausgewählt wurden, die Ausführung eines solchen Projekts in den Bereich des Art. 6 Abs. 2 dieser RL, der es erlaubt, dem wesentlichen Ziel der Erhaltung und des Schutzes der Qualität der Umwelt einschließlich des Schutzes der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen zu entsprechen, und eine allgemeine Schutzpflicht festlegt, die darin besteht, Verschlechterungen und Störungen zu vermeiden, die sich im Hinblick auf die Ziele dieser RL erheblich auswirken könnten (vgl. Urteile Waddenvereinigung und Vogelbeschermungsvereinigung, Rdnr. 37 und 38, sowie vom 13. 1. 2005, Dragaggi u. a., C-117/03, Slg. 2005, I-167, Rdnr. 25). Vor Festlegung dieser Liste durch die Kommission dürfte ein solches Gebiet, soweit es bereits in einer der Gemeinschaftsliste übermittelten nationalen Liste aufgeführt wäre, gemäß Art. 4 Abs. 1 der FFH-RL keinen Eingriffen ausgesetzt werden, die seine ökologischen Merkmale

ernsthaft beeinträchtigen könnten (Urteil vom 14. 9. 2006, Bund Naturschutz in Bayern u. a., C-244/05, Slg. 2006, I-8445, Rdnr. 44 und 47).

[50] Nach alledem ist auf die fünfte Frage zu antworten, dass Art. 6 Abs. 3 und 4 der FFH-RL dahin auszulegen ist, dass fortlaufende Unterhaltungsmaßnahmen in der Fahrrinne von Ästuarien, die nicht unmittelbar mit der Verwaltung des Gebiets in Verbindung stehen oder hierfür nicht notwendig sind und die bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist der FFH-RL nach nationalem Recht genehmigt wurden, bei ihrer Fortsetzung nach Aufnahme des Gebiets in die Liste der GGB gemäß Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 3 dieser RL einer Verträglichkeitsprüfung nach deren Art. 6 Abs. 3 und 4 zu unterziehen sind, soweit sie ein Projekt darstellen und das betreffende Gebiet erheblich beeinträchtigen könnten.

[51] Wenn diese Unterhaltungsmaßnahmen u. a. im Hinblick darauf, dass sie wiederkehrend anfallen, auf ihre Art oder auf die Umstände ihrer Ausführung als einheitliche Maßnahme betrachtet werden können, insbesondere, wenn sie den Zweck haben, eine bestimmte Tiefe der Fahrrinne durch regelmäßige und hierzu erforderliche Ausbaggerungen beizubehalten, können sie als ein einziges Projekt im Sinne von Art. 6 Abs. 3 der FFH-RL angesehen werden. [. . .]

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Zweite Kammer) für Recht erkannt (s. oben LS):

1. Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 1 der RL 92/43/EWG des Rates vom 21. 5. 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen in der durch die RL 2006/105/EG des Rates vom 20. 11. 2006 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass er es einem Mitgliedstaat nicht erlaubt, sein Einvernehmen zur Aufnahme eines oder mehrerer Gebiete in einen von der Europäischen Kommission erstellten Entwurf einer Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung aus anderen als naturschutzfachlichen Gründen zu verweigern.

2. Art. 6 Abs. 3 und 4 der RL 92/43 in der durch die RL 2006/105 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass fortlaufende Unterhaltungsmaßnahmen in der Fahrrinne von Ästuarien, die nicht unmittelbar mit der Verwaltung des Gebiets in Verbindung stehen oder hierfür nicht notwendig sind und die bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist der RL 92/43 in der durch die RL 2006/105 geänderten Fassung nach nationalem Recht genehmigt wurden, bei ihrer Fortsetzung nach Aufnahme des Gebiets in die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung gemäß Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 3 dieser RL einer Verträglichkeitsprüfung nach diesen Vorschriften zu unterziehen sind, soweit sie ein Projekt darstellen und das betreffende Gebiet erheblich beeinträchtigen könnten.

Wenn diese Unterhaltungsmaßnahmen u. a. im Hinblick darauf, dass sie wiederkehrend anfallen, auf ihre Art oder auf die Umstände ihrer Ausführung als einheitliche Maßnahme betrachtet werden können, insbesondere, wenn sie den Zweck haben, eine bestimmte Tiefe der Fahrrinne durch regelmäßige und hierzu erforderliche Ausbaggerungen beizubehalten, können sie als ein einziges Projekt im Sinne von Art. 6 Abs. 3 der RL 92/43 in der durch die RL 2006/105 geänderten Fassung angesehen werden.

Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 14.1.2010 – C-226/08 – Bestandskraft von Zulassungsentscheidungen wird durch FFH-Regime durchbrochen

Es gibt Prozesse, die fängt man tunlichst erst gar nicht an. Spätestens, wenn jedem Insider klar ist, dass man sie nicht gewinnen kann, ist man gut beraten, sie durch Klagerücknahme sofort zu beenden – vor allem wenn Kollateralschäden in nicht abschätzbarem Umfang drohen, die über die Klageabweisung noch erheblich hinausgehen. Von einem solchen Fall aus dem beschaulichen Emsland ist hier zu berichten.

Seit dem Jahre 1795 baut die Meyer-Werft in Papenburg Schiffe – zunächst Holzschiffe und ab 1874 auch Eisenschiffe. In den vergangenen Jahrzehnten hat sich die Werft auf Fähren, Gastanker und vor allem Kreuzfahrtschiffe spezialisiert. Als die Luxus-Liner immer größer wurden und die Ems aufgrund ihres damaligen Ausbauzustandes eine Überführung nicht mehr zuließ, standen zunächst Baggermaßnahmen auf dem Programm, für die der Bund in der Verantwortung stand. Die Ems wurde für Bemessungsschiffe mit einem Tiefgang von 6,80 m tief gehende Schiffe ausgebagert. Die Schiffe konnten in einer sog. Zwei-Tiden-Fahrt vom Dock der Papenburger Meyer Werft und der Schleuse in Papenburg mit einem Liegeplatz bei Leerort auf die offene See überführt werden.

Durch den Planfeststellungsbeschluss der Wasser- und Schifffahrtsdirektion Nordwest (WSD) in Aurich vom 31. 5. 1994 (Schulze/Stüer, ZfW 1996, 269) wurde die Grundlage für die Überführung der Oriana und ihr folgender 7,30 m tief gehenden Bemessungsschiffe geschaffen. Der Planfeststellungsbeschluss wurde nicht beklagt. Die Naturschutzverbände erhielten dafür die Zusicherung auf Einrichtung einer Naturschutzstiftung mit einem Kapital von 10 Mio. DM (dazu Vallendar, EurUP 2007, 275; Stüer, DVBl 2007, 416; ders., NVwZ 2007, 1147).

Das Baggern reichte allerdings für die immer größeren Schiffe nicht aus. Durch den Bau des Emssperrwerks (Bezirksregierung Weser-Ems, Planfeststellungsbeschluss für das Emssperrwerk und Bestickfestsetzung vom 14. 8. 1998) wurde die Grundlage für die Überführung noch größerer Schiffe gelegt. Dabei sollte das Stauen grundsätzlich Vorrang vor dem Baggern haben. Im Winterhalbjahr darf die Ems auf 2,70 m und für 52 Stunden je Überführungsfall gestaut werden. Aus ökologischen Gründen sind allerdings für die Einleitung und Aufrechterhaltung des Staus Randbedingungen für den Sauerstoffgehalt und die Salinität der Ems festgelegt worden. Für die Sommermonate darf grundsätzlich nur für 12 Stunden auf eine Stauhöhe von 1,75 m aufgestaut werden (Stüer, NdsVBl. 2000, 25; ders., Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 4. Aufl. 2009, Rdnr. 3827, 4775). Baggern und Stauen greifen dabei Hand in Hand. Die Ems muss nach dem 7,30 m-Beschluss ausgebagert werden, zudem wird sie auf die vorgenannten Höhen eingestaut.

Der Sperrwerksbeschluss von 1998, der von den Gerichten zunächst außer Vollzug gesetzt wurde (VG Oldenburg, B. v. 24. 11. 1998 – 1 B 3334/98 u. a. –; OVG Lüneburg, B. v. 1. 2. 1999 – 3 M 5512/98 u. a. –) und der durch einen Ergänzungsbeschluss repariert wurde (Bezirksregierung Oldenburg, Planergänzungsbeschluss vom 22. 7. 1999) –

hiergegen gerichtete Eilanträge blieben erfolglos (VG Oldenburg, B. v. 26. 10. 1999 – 1 B 3319/99 – BUND/NABU; B. v. 26. 10. 1999 – 1 B 3212/99 – LBU; B. v. 5. 11. 1999 – 1 B 3140/99 – Leer; OVG Lüneburg, B. v. 6. 7. 2000 – 3 M 561/00 – NVwZ-RR 2001, 362) – ist, nachdem bereits die Klagen in den Vorinstanzen abgewiesen wurden (VG Oldenburg, Urte. vom 16. 5. 2001 – 1 A 3558/98 –; OVG Lüneburg, Urte. v. 2. 12. 2004 – 7 LA 305301 –), seit einem vor dem BVerwG geschlossenen Vergleich bestandskräftig (BVerwG, Vergleich v. 5. 12. 2005 – 7 B 63.05 –; Stüer, NdsVBl. 2009, 185). Das Kapital der bereits aus Anlass der zum 7,30 m-Beschluss zugesagten Ems-Stiftung wurde um 4 Mio. Euro aufgestockt. Ein Sperrwerksbeschluss 2009 (Niedersächsischer Landesbetrieb für Wasserwirtschaft, Küstenschutz und Naturschutz vom 3. 4. 2009) hat auf der Grundlage von zwei Probestaus (NLWKN, Wasserrechtliche Erlaubnis vom 18. 7. 2008) jeweils eine Überführung im Sommer 2009 und 2011 mit Aufstauhöhen von 2,20 m am Pegel Gandersum zugelassen. Auch wurde die Gesamtjahresstauzeit entsprechend angepasst.

Die Auftragsbücher der Meyer-Werft sind gegenwärtig bis zum Jahre 2012 prall gefüllt. Vor allem ist es die Aida-Serie der mit 35 % Marktanteil in Deutschland und 3 200 Mitarbeitern führenden Rostocker Kreuzfahrt-Reederei Aida Cruises der Carnival Corporation mit ihren 8,00 m-Schiffen Tiefgang, die den Werftangehörigen Arbeit und zugleich ihren Familien Brot gibt.

Da kommt ein Richterspruch aus Luxemburg, der die Daumenschrauben zugunsten des Naturschutzes stärker anzieht, gar nicht zu pass. Denn nach dem EuGH-Urteil sind selbst bestandskräftige Planfeststellungsbeschlüsse wie der Beschluss der WSD Nordwest für 7,30 m tiefgehende Schiffe vom 31. 5. 1994 nicht mehr vor einem später in Kraft tretenden Europarecht gefeit. Soweit die laufenden Maßnahmen ein neues Projekt darstellen, unterfallen sie in vollem Umfang der Verträglichkeits- und Abweichungsprüfung des Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-RL (Storost, DVBl 2009, 673; Stüer, DVBl 2009, 1). Solche Maßnahmen dürfen trotz eines bestandskräftigen Planfeststellungsbeschlusses erst nach einer entsprechenden neuen Zulassungsentscheidung ausgeführt werden, bei der die FFH-Belange in vollem Umfang abgeprüft werden. Aber auch wenn die ursprüngliche Zulassung künftige Maßnahmen als Teil eines einheitlichen Projektes bereits umfasst hat, sind zusätzliche Anforderungen eines später ausgewiesenen FFH-Gebiets zu erfüllen. Bereits mit seiner Meldung darf das Gebiet von gemeinschaftlicher Bedeutung keinen Eingriffen ausgesetzt werden, die seine ökologischen Merkmale ernsthaft beeinträchtigen könnten (Art. 6 Abs. 1 FFH-RL). Mit der Aufnahme in die Kommissionsliste müssen nach Art. 6 Abs. 2 FFH-RL Verschlechterungen und Störungen vermieden werden, die sich im Hinblick auf die Ziele dieser Richtlinie erheblich auswirken können. Das hatte bereits die EU-Kommission in ihrer Stellungnahme zum Ausdruck gebracht (Sitzungsbericht C-226.08).

Mit diesem »Papenburger-Delta« (Differenz zwischen der Verträglichkeits- und Abweichungsprüfung nach Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-RL und den Erhaltungspflichten nach Art. 6 Abs. 1 und 2 FFH-RL) unterliegen zwar alte Zulassungsentscheidungen nicht unmittelbar und in vollem Um-

fang den Anforderungen der Verträglichkeits- und Abweichungsprüfung nach Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-RL. Sind die Zulassungen aber Grundlage für Projektteile, die erst nach Inkrafttreten der FFH-RL ausgeführt werden, entwickeln sich über Art. 6 Abs. 1 bzw. 2 FFH-RL ebenfalls Schutzpflichten. Der EuGH knüpft mit dieser Rechtsprechung an das Dragaggi-Urteil (Urt. v. 13. 1. 2005 – C-117/03 –) an, bei dem er für den Zeitraum zwischen Meldung eines Gebietes und dessen Aufnahme in die Kommissionsliste ein ähnliches Delta eines verminderten Schutzsystems ausgemacht hatte.

Wenn der EuGH für alte Zulassungsentscheidungen nicht unmittelbar nach Ablauf der Umsetzungsfristen der FFH-RL das Habitatschutzregime in vollem Umfang anwendet, so gibt er damit vor allem zeitlichen Aufschub. Die Verträglichkeits- und Abweichungsprüfung nach Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-RL muss vor Zulassung und Durchführung des jeweiligen Projektes erfolgen. Denn nach Art. 6 Abs. 3 FFH-RL stimmen die einzelstaatlichen Behörden dem Plan bzw. Projekt nur zu, wenn sie festgestellt haben, dass das Gebiet als solches nicht beeinträchtigt wird und nachdem sie gegebenenfalls die Öffentlichkeit angehört haben. Die Durchführung von Maßnahmen setzt daher eine vorherige Prüfung anhand des FFH-Prüfungssystems voraus. Die Verpflichtungen nach Art. 6 Abs. 1 und 2 FFH-RL können zwar auch im Zusammenhang mit konkreten Plänen oder Projekten stehen, sind aber den Zulassungsentscheidungen nicht in dem Sinne zeitlich vorgelagert, dass weitere Maßnahmen erst dann durchgeführt werden dürfen, wenn die Entscheidungen nach Art. 6 Abs. 1 und 2 FFH-RL getroffen sind.

Insoweit eröffnet das »Papenburg-Delta« ein zeitliches Moratorium, das der für die Zulassung der Baggermaßnahmen zuständigen WSD Nordwest Gelegenheit gibt, die erforderliche Anpassung an das FFH-Recht zu ermöglichen. Dabei dürfte es sich empfehlen, sogleich eine Verträglichkeits- und ggf. Abweichungsprüfung nach Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-RL durchzuführen. Denn wie groß das Delta zwischen den Verpflichtungen der Mitgliedstaaten aus Art. 6 Abs. 1 und 2 FFH-RL und der Verträglichkeits- und Abweichungsprüfung in Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-RL tatsächlich ist, das ist bisher nicht abschließend entschieden. Auch dürfte es sich empfehlen, bei UVP-pflichtigen Vorhaben die Öffentlichkeit einschließlich der Verbände zu beteiligen (Art. 6 Abs. 3 Satz 2 FFH-RL), um auch insoweit eine rechtssichere Grundlage für die künftigen Maßnahmen zu schaffen.

Der eigentliche Anlass für den Schlagabtausch in Luxemburg geht dabei schon fast unter. Die Stadt Papenburg hatte mit ihrer wohl gemeinten Klage erreichen wollen, dass die von der Bundesrepublik Deutschland nach Brüssel gemeldete Unterems nicht in die Kommissionsliste eingetragen werden sollte und sich dazu auf ihre kommunale Selbstverwaltung berufen. Dass dies vor dem EuGH nicht gelingen konnte, war von Anfang an klar. Denn bereits zu den Vogelschutzgebieten hatte das Gericht entschieden, dass die Gebietsauswahl allein nach naturschutzfachlichen Gesichtspunkten erfolgt (EuGH, E. v. 2. 8. 1993 – C-355/90 –, ZUR 1994, 305 – Santona; EuGH, E. v. 11. 7. 1996 – C-44/95 – ZUR 1996, 251 = NUR 1997, 36).

Das entspricht auch der ständigen Rechtsprechung des BVerwG (B. v. 24. 8. 2000 – 6 B 23.00 –, DVBl 2001, 375 = NVwZ 2001, 92 – Monbijou; Urt. v. 31. 1. 2002 – 4 A 15.01, 21.01, 24.01, 47.01, 77.01 –, DVBl 2002, 990 = NVwZ 2002, 1103 – A 20). Die kommunale Selbstverwaltung ist eben nicht europafest. Durch ihr Dach kann es in stürmischen Zeiten durchaus aus der europarechtlichen Großwetterlage hineinregnen. Kommunale Belange können in der Abweichungsprüfung bei den zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses zum Einsatz kommen. Das hat der EuGH zwar nicht ausdrücklich erwähnt, versteht sich aber sozusagen von selbst und wurde auch in den Schlussanträgen der Generalanwältin Eleanor Sharpston vom 9. 7. 2009 unterstrichen. Ein von Papenburg in einer ersten Reaktion auf die EuGH-Entscheidung erwogener Gang zum Schlossbezirk nach Karlsruhe dürfe die Stadt – wenngleich wohl ohne Aussichten auf ein vergleichbar vorzeigbares Eigentor – erneut zum zweiten Sieger werden lassen.

Die eigentliche Bedeutung des Papenburg-Urteils geht aber wohl weit über das Emsland und Ostfriesland hinaus. Auch für andere Pläne und Projekte, die vor Inkrafttreten der FFH-RL aufstellt bzw. zugelassen worden sind, steht nun ein Aufarbeitungsprogramm an. Und eines ist dabei auch klar: Selbst Planungs- und Zulassungsentscheidungen sind vor dem Europarecht nicht sicher. Es kann auch durchaus deren Bestandskraft durchbrechen, ist seit den Alkan-Entscheidungen klar (EuGH, Urt. v. 20. 3. 1997 – C 24/95 – EuGHG I 1997, 1591 = DVBl 1997, 951; BVerwG, Urt. v. 23. 4. 1998 – 3 C 13.97 – BVerwGE 106, 328 = DVBl 1999, 44; Stüer/Rieder, EurUP 2004, 13; Stüer/Spreen, VerwArch. 1/2005). Dort hatte sich eine Firma vergeblich auf die wegen Ablaufs der Jahresfrist nach § 48 Abs. 4 VwVfG nicht mehr bestehende Rückforderungsmöglichkeit für EU-Subventionen berufen. Deutsches Verfahrensrecht ist eben nicht europafest, hatte der EuGH bereits damals verkündet.

Der Spruch aus Luxemburg betrifft nicht nur Projekte, sondern auch Pläne, die unter das Prüfungssystem des Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-RL fallen. Soweit Pläne vor Ablauf der Umsetzungsfrist der FFH-RL aufgestellt worden sind, können die sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergebenden Anforderungen allerdings in der Regel im jeweiligen Zulassungsverfahren abgearbeitet werden, wenn für die jeweiligen Projekte eine Verträglichkeitsprüfung nach Art. 6 Abs. 3 FFH-RL bzw. eine Abweichungsprüfung nach 6 Abs. 4 FFH-RL erfolgt. Eine Änderung der Pläne wird daher wohl nur dann erforderlich sein, wenn eine Zulassungsentscheidung mit einer entsprechenden FFH-Prüfung nicht nachfolgt. Das dürfte wohl auch für Bebauungspläne gelten, die vor Geltung des FFH-Regimes aufgestellt worden sind. Sollen nach Ablauf der Umsetzungsfrist der FFH-RL Maßnahmen durchgeführt werden, die auf der Grundlage einer Zulassungsentscheidung ohne FFH-Prüfung fußen, muss ggf. nach Maßgabe der FFH-Vorgaben nachgerüstet werden. Allerdings entsteht hier nach Meldung durch die Bundesrepublik oder die Aufnahme in die Kommissionsliste kein unmittelbarer Baustopp. Vielmehr sind die zuständigen Behörden verpflichtet, ein entsprechendes Prüfungsverfahren nach Art. 6

FFH-RL durchzuführen. Dabei empfiehlt es sich, sogleich eine Verträglichkeitsprüfung nach Art. 6 Abs. 3 und ggf. eine Abweichungsprüfung nach Art. 6 Abs. 4 FFH-RL durchzuführen.

Da sind wir wohl noch einmal mit dem Schrecken davon gekommen, war als erste Reaktion auch bei der Überführung der AIDAblu von Papenburg nach Emden von den mitreisenden Passagieren am Tage nach der Urteilsverkündung zu vernehmen. Sie ließen sich ihre ungetrübte Feierlaune trotz der aufziehenden Gewitterwolken vom Luxemburger Kirchberg wohl auch mit Hinweis auf das »Papenburger-Delta« nicht nehmen, verlautete am Rande der Schiffsüberführung aus Insiderkreisen. Und so wird die Meyer Werft wohl – ebenso wie die in Sichtweite des Emssperrwerks gelegene Gandersumer Kirche in ihrem Dorf – weiterhin in Papenburg bleiben, selbst wenn der Weg der eleganten Ozeanriesen über die Ems durch die Eisenbahn-Klappbrücke bei Weener, die gerade ertüchtigte Jann-Berghaus-Brücke bei Leer und das Emssperrwerk nicht immer ganz so einfach ist. Das Verhältnis von Baggern und Stauen wird im Lichte der FFH-Vorgaben vielleicht auch wieder einmal durch die Hand gehen (Stüer, NdsVBl. 2009, 185). Und die braven Emsländer werden mit festem Blick auf künftige Vertiefungsmaßnahmen wohl auch weiterhin von der aus der Toyota-Werbung entlehnten heimlichen Papenburger Firmenphilosophie träumen: »Nichts ist unmöglich: 9,90 m«

Rechtsanwalt und Notar Prof. Dr. Bernhard Stüer,
(Münster/Osnabrück)

Kein Bestandsschutz für rechtmäßig genehmigte Vorhaben im europäischen Naturschutzrecht? – Zu EuGH, Urt. v. 14. 1. 2010 – C-226/08 (Stadt Papenburg/ Deutschland)

Die Entscheidung des EuGH ist auf Grund ihrer Aussagen zum Bestandsschutz genehmigter Projekte gegenüber späteren unionsrechtlichen Regelungen von erheblicher Tragweite sowohl für das europäische Naturschutzrecht als auch für das Allgemeine Verwaltungsrecht.

I. Die Nichtberücksichtigung des Bestandsschutzes im Einstufungsverfahren

Die Aufnahme der seitens der Mitgliedstaaten gemeldeten Gebiete in die Liste von Schutzgebieten des Netzes Natura 2000 erfolgt nach Art. 4 Abs. 2 Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie (FFH-RL)¹ im Rahmen eines Auswahlverfahrens durch die Kommission, der hierbei ein durch die in Anhang III der Richtlinie genannten Kriterien strukturierter planerischer Entscheidungsspielraum zukommt.² Die Kommission übernimmt nicht alle gemeldeten Gebiete in das Netz Natura 2000, sondern trifft eine Auswahlentscheidung (vgl. UAbs. 3: »ausgewählt«), wobei lediglich vorhandene prioritäre Schutzgebiete zwingend aufzuneh-

men sind.³ Der endgültigen Listung muss auch der jeweils betroffene Mitgliedstaat zustimmen (»Einvernehmen« nach UAbs. 1). Daher stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Mitgliedstaat sein Einvernehmen verweigern darf. Der EuGH geht davon aus, dass die Berücksichtigung von nicht naturschutzfachlichen Auswahlkriterien im Einstufungsverfahren die Erreichung der Kohärenzziele nach Art. 3 Abs. 1 FFH-RL gefährden würde (Rdnr. 31). Er folgert hieraus, es sei »einem Mitgliedstaat nicht erlaubt, sein Einvernehmen zur Aufnahme eines oder mehrerer Gebiete in einen von der Kommission erstellten Entwurf einer Liste [...] aus anderen als naturschutzfachlichen Gründen zu verweigern« (Rdnr. 33).⁴ Insofern schließt das Urteil an die bisherige Rechtsprechungslinie⁵ an, die den Mitgliedstaaten die Kompetenz abgesprochen hatte, im Rahmen der vorgelagerten Gebietsmeldung andere als naturschutzfachliche Gründe zu berücksichtigen.⁶ Die Ausblendung sämtlicher nicht naturschutzfachlicher Belange im Auswahlverfahren der FFH-Gebietsliste bleibt freilich nicht folgenlos. Die Aufnahme von Gebieten in das Netz Natura 2000 führt schon auf Grund des strikten Schutzregimes häufig zu konkreten Konflikten mit anderen Nutzungsinteressen. Das Verschlechterungsverbot kann namentlich in Konflikt mit bestehenden wirtschaftlichen Nutzungen geraten oder geplanten Projekten entgegenstehen. Eine Ausblendung auf der Ebene der>Listenerstellung löst diese Konflikte nicht, sondern verlagert sie nur in die Umsetzungsphase der Unterschutzstellung durch die Mitgliedstaaten. Interessenkonflikte ventilieren sich daher meist im Rahmen der Frage, inwiefern das Schutzregime nach Art. 6 Abs. 4 FFH-RL projektbezogen überwunden werden kann.

Diese Verfahrensgestaltung beeinträchtigt sowohl eine Optimierung der Gebietsauswahl unter ökologischen Gesichtspunkten als auch einen angemessenen Grundrechtsschutz. Wird beispielsweise ein Gebiet allein aus naturschutzfachlichen Gründen ausgewählt, obwohl sich bereits

3 Vgl. EuGH, Urt. v. 13. 1. 2005 – C-117/03 (Dragaggi), Slg. 2005, I-167, Rdnr. 24; M. Gellermann, Natura 2000, 2. Aufl. (2001), S. 57 f.

4 So zuvor bereits Gellermann (Fußn. 3), S. 58; J. Kerkmann, in: ders. (Hrsg.), Naturschutzrecht in der Praxis, 2007, § 8, Rdnr. 64; M. Möstl, DVBl. 2002, 726 (729).

5 Vgl. für die Vogelschutzrichtlinie bereits EuGH, Urt. v. 2. 8. 1993 – C-355/90 (Kommission/Spanien), Slg. 1993, 4221, Rdnr. 19; Urt. v. 11. 6. 1996 – C-44/95 (Royal Society for the Protection of Birds), Slg. 1996, I-3805, Rdnr. 41 f.; BVerwGE 117, 149 (156).

6 EuGH, Urt. v. 7. 11. 2000 – C-371/98 (First Corporate Shipping/ Secretary of State for the Environment), Slg. 2000, I-9235, Rdnr. 23 f.; ferner die h. M. BVerwGE 107, 1 (20); 110, 302 (308); D. Apfelbacher/U. Adenauer/K. Iven, NuR 1999, 63 (65); K. Berner, Der Habitatschutz im europäischen und deutschen Recht, 2000, S. 69; S. Bottin, Die Einrichtung von Biotopverbundsystemen, 2005, S. 118 f.; M. Gellermann, NVwZ 2001, 500 (501); U. Hösch, NuR 2004, 348 (349); J. Kerkmann (Fußn. 4), § 8, Rdnr. 41; V. Nies/B. Schröder, AgrarR 2002, 172 (173); T. Rödiger-Vorwerk, Die Fauna-Flora-FFH-Richtlinie der Europäischen Union und ihre Umsetzung in nationales Recht, 1998, S. 31 ff.; B. Stüer/H. Spreen, NdsVBl. 2003, 44 (48); V. Wirths, Naturschutz durch europäisches Gemeinschaftsrecht, 2001, S. 213.

1 Richtlinie 92/43/EWG des Rates v. 21. 5. 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen (ABl. L 206, S. 7), zuletzt geändert durch Richtlinie 2006/105/EG des Rates v. 20. 11. 2006 (ABl. L 363, S. 368).

2 Vgl. K. F. Gärditz, Europäisches Planungsrecht, 2009, S. 37.

abzeichnet, dass der Schutzstatus nach Art. 6 Abs. 4 FFH-RL einem geplanten Projekt weichen müssen, geht das Gebiet dem Netz Natura 2000 letztlich absehbar verloren. Dürften Kommission und Mitgliedstaaten dies bereits im Rahmen des Abstimmungsverfahrens nach Art. 4 Abs. 2 UAbs. 1 FFH-RL berücksichtigen, könnten sie im Interesse ökologischer Optimierung statt des vorbelasteten ein anderes gemeldetes Gebiet auswählen, das anderenfalls nicht in die Liste aufgenommen worden wäre. Vor diesem Hintergrund entsprach es bislang der überwiegenden Auffassung, dass Vorbelastungen eines Lebensraumes mit Nutzungen, die die Schutzwürdigkeit des Gebietes beeinträchtigen, bei der Gebietsauswahl berücksichtigt werden können.⁷ Die FFH-RL sieht keinen Mechanismus vor, der eine spätere Ergänzung der Gemeinschaftsliste als Kompensation für Gebiete ermöglichen würde, bei denen das Schutzziel nicht mehr erreicht werden kann (Umkehrschluss aus Art. 9 Satz 2 FFH-RL), etwa weil ein nach Maßgabe des Art. 6 Abs. 4 FFH-RL genehmigtes Projekt die Schutzwürdigkeit auf Dauer entfallen lässt. Die Verdrängung von Nutzungskonflikten auf die Umsetzungs- und Vollzugsebene verhindert insoweit eine optimale planerische Gestaltung des Netzes Natura 2000. Zugleich erschwert es die gestufte Verfahrensgestaltung, nachteilig Betroffenen angemessenen Grundrechtsschutz zu gewährleisten, da hierfür nur die letzte Stufe der Projektzulassung nach Art. 6 Abs. 3–4 FFH-RL verbleibt, in deren Rahmen die h. M. zu Unrecht⁸ individualgrundrechtliche Erwägungen nicht als zwingendes öffentliches Interesse anerkennt, das nach Abs. 4 eine Ausnahme vom Gebietsschutz zuließe.⁹

Die Auslegung des EuGH reduziert letztlich das nach Art. 4 Abs. 2 UAbs. 1 FFH-RL vorgesehene Einvernehmen des betroffenen Mitgliedstaats auf eine verfahrensrechtliche Sicherung naturschutzfachlicher Belange. Sachgerechter wäre es indes gewesen, das Einvernehmen als Instrument zu verstehen, die vertikale Kompatibilität der naturschutzfachlichen Planung der Union mit den Planungen der Mitgliedstaaten – vergleichbar dem Gegenstromprinzip nach § 1 Abs. 3 ROG – sicherzustellen.¹⁰ Vor diesem Hintergrund wäre es im Interesse sowohl einer optimalen Verwirklichung der Erhaltungsziele nach Art. 2 Abs. 1 FFH-RL als auch des Grundrechtsschutzes der betroffenen Grundstückseigentümer vorzugswürdig gewesen, eine Berücksichtigung von Vorbelastungen durch ge-

nehmigte wirtschaftliche Nutzungen oder Projekte bzw. Planungen, die später den Schutzstatus mit hinreichender Wahrscheinlichkeit überwinden werden, bei der Listenerstellung zuzulassen. Die Richtlinie hätte auch eine solche Auslegung zugelassen, da die bei der Listenerstellung zu beachtenden Auswahlkriterien nicht näher konturiert wurden. Dies spricht dafür, dass die Mitgliedstaaten entgegen dem EuGH jedenfalls die in Art. 2 Abs. 3 FFH-RL genannten wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und kulturellen Anforderungen sowie regionalen Besonderheiten als Hilfskriterien bei der Auswahl heranziehen dürfen.¹¹

II. Bestandsschutz und naturschutzrechtliches Verschlechterungsverbot

Beurteilt man dies mit dem EuGH anders, kommt es entscheidend darauf an, inwiefern Erwägungen des Bestandsschutzes bereits genehmigter wirtschaftlicher Tätigkeiten im Rahmen der nationalen Umsetzung der Gemeinschaftsliste Berücksichtigung finden dürfen. Das Verschlechterungs- und Störungsverbot nach Art. 6 Abs. 2 FFH-RL verpflichtet zwar nur, den bestehenden Zustand des gelisteten Gebietes zu erhalten und lässt vorgefundene Grundstücksnutzungen insoweit zunächst unberührt¹². Sind ausgeübte Nutzungen freilich geeignet, den Charakter des Schutzgebietes über die Vorbelastung des Status quo hinaus fortschreitend zu beeinträchtigen, ist es nicht ausgeschlossen, dass bereits vorhandene Nutzungen nachträglich eingeschränkt oder untersagt werden,¹³ was zum Problem des Vertrauensschutzes führt. Im zugrunde liegenden Ausgangsfall war die Ausbaggerung der Ems, die notwendig ist, hochseegängige Schiffe mit einem bestimmten Tiefgang von der ortsansässigen Werft zur Nordsee zu verbringen, der Stadt Papenburg und dem angrenzenden Kreis Emsland durch Planfeststellungsbeschluss dauerhaft als kontinuierlicher Vorgang genehmigt worden. Aus der Sicht des deutschen Fachplanungsrechts (vgl. § 14 WaStrG) wurde die Ausbaggerung also auch mit Wirkung für die Zukunft als einheitlicher Vorgang bewertet.

Ungeklärt war es bislang, ob künftige sukzessive Ausbaggerungen jeweils als neue Projekte im Sinne des Art. 6 FFH-RL anzusehen sind. Das VG Oldenburg hat diese Frage dem EuGH vorgelegt, wobei die Entscheidungserheblichkeit allenfalls dann plausibel ist, wenn hierdurch die (mit eher zweifelhaften Argumenten) geltend gemachte Verletzung der kommunalen Planungshoheit¹⁴ substantiiert werden soll. Der EuGH problematisiert dies nicht, da die Entscheidungserheblichkeit primär der Beurteilung durch das vorlegende Gericht obliegt.¹⁵ Er stellt vielmehr fest, dass die endgültige bestandskräftige Geneh-

7 Etwa Gellermann (Fußn. 3), S. 33; K. Iven, NuR 1996, 373 (374); Kerkmann (Fußn. 4), § 8, Rdnr. 42; A. Schink, GewArch 1998, 41 (46); W. Spannowsky, UPR 2000, 41 (45).

8 Zur Kritik W. Kahl/K. F. Gärditz, ZUR 2006, 1 ff.; R. Schmidt/W. Kahl, Umweltrecht, 7. Aufl. (2006), § 6, Rdnr. 67. Differenzierter auch OVG Lüneburg, ZUR 2006, 94 (96).

9 C. Carlsen, in: MURL (Hrsg.), Neue Entwicklungen im Umweltrecht, 1997, S. 197 (216); M. Gellermann, NVwZ 2001, 500 (504); H. D. Jarass, ZUR 2000, 183 (187); ders., NuR 2007, 371 (376); Kerkmann (Fußn. 4), § 8, Rdnr. 187; K. Meßerschmidt, Bundesnaturschutzrecht, Stand: 2009, § 34 BNatSchG, Rdnr. 45; M. H. Müller/H. Stöckel, Naturschutzrecht, 2. Aufl. (2003), § 34 BNatSchG, Rdnr. 13; R. Müller-Terpitz, NVwZ 1999, 26 (29); J. Wrase, NuR 2004, 356 (357).

10 Hierfür Gärditz (Fußn. 2), S. 111.

11 Wie hier VG Frankfurt a. M., NVwZ 2001, 1188 (1189); J. Kerkmann, Natura 2000: Verfahren und Rechtsschutz im Rahmen der FFH-Richtlinie, 2004, S. 146 (jetzt abweichend, vgl. Fußn. 9).

12 Gellermann (Fußn. 3), S. 72; Rödiger-Vorwerk (Fußn. 6), S. 106 f.

13 Vgl. Berner (Fußn. 6), S. 208.

14 Hierzu VerfGH RP, ZUR 2006, 30 ff.; H.-P. Michler, VBIBW 2006, 449 ff.; M. Möstl, DVBl. 2002, 726 ff.

15 Vgl. nur M. Pechstein, EU-/EG-Prozessrecht, 3. Aufl. (2007), Rdnr. 823, m. w. N.

„migung nach nationalem Recht einer Qualifizierung als neues und damit jeweils an den Anforderungen des Art. 6 FFH-RL zu messendes Projekt nicht entgegenstehe (Rdnr. 41). Der Gerichtshof begründet dies damit, dass genehmigte Vorhaben einer Verträglichkeitsprüfung nicht »von vornherein und auf Dauer entzogen« sein dürften (Rdnr. 42). Gründe der Rechtssicherheit oder des Vertrauensschutzes stünden einer nachträglichen Überprüfung nicht entgegen (Rdnr. 44). Unter Bezugnahme auf frühere – obschon in ihrer Bedeutung eher undeutliche, namentlich nicht unmittelbar die Bestandskraft von Verwaltungsentscheidungen betreffende – Rechtsprechung¹⁶ stellt der EuGH klar, dass »eine neue Vorschrift unmittelbar für die künftigen Auswirkungen eines Sachverhalts gilt, der unter der Geltung der alten Vorschrift entstanden ist, und dass der Anwendungsbereich des Grundsatzes des Vertrauensschutzes nicht so weit erstreckt werden darf, dass die Anwendung einer neuen Regelung auf die künftigen Auswirkungen von unter der Geltung der früheren Regelung entstandenen Sachverhalten schlechthin ausgeschlossen ist« (Rdnr. 46). Unausgesprochen ist dies eine Bezugnahme auf den Grundsatz der Unionstreue (Art. 4 Abs. 3 EUV) und das darin enthaltene Effektivitätsgebot, das die Bestandskraft von Verwaltungsentscheidungen relativieren kann.¹⁷ Ein bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist der FFH-RL genehmigtes Projekt könne zwar nicht mehr einer Verträglichkeitsprüfung ex ante unterzogen werden.¹⁸ Das Störungs- und Verschlechterungsverbot des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL greife indes auch in diesen Fällen ein, sobald von den nachgelagerten Tätigkeiten Störungen ausgingen, die den Erhaltungszustand beeinträchtigen könnten (Rdnr. 48 f.). In der Sache bedeutet dies also, dass auch Altprojekte, die bereits abschließend genehmigt wurden, einer nachträglichen Verträglichkeitsprüfung unterworfen und auf ihre fortgesetzte Genehmigungsfähigkeit nach Art. 6 Abs. 3–4 FFH-RL überprüft werden müssen.¹⁹ Immerhin akzeptiert der EuGH, dass auch sukzessiv ver-

wirklichte Projekte im Rahmen der nachträglichen Genehmigung als ein einziges Projekt betrachtet werden können (Rdnr. 51), d. h. nur eine einmalige Prüfung am Maßstab des Art. 6 FFH-RL gefordert ist.

III. Folgeprobleme

Das Erfordernis einer nachholenden Genehmigung führt zu schwierigen Folgeproblemen. Die Bedeutung der Entscheidung greift hierbei weit über das europäische Naturschutzrecht hinaus. Denn der allgemein formulierte Anspruch des EuGH, bestandskräftige Genehmigungen dürften die Verwirklichung nachträglich erlassenen Unionsrechts nicht generell ausschließen, stellt letztlich jede, und zwar auch jede rechtmäßige, Genehmigung unter den Vorbehalt nachträglicher Einschränkung. Auf die Europäisierung der Rücknahme (§ 48 VwVfG)²⁰ folgt nun die bislang weitgehend ausgebliebene²¹ Europäisierung des Widerrufs (§ 49 VwVfG). Der damit einhergehende Verlust an Rechtssicherheit ist beträchtlich. Auch eine Einpassung in das deutsche Verwaltungsrecht ist mit erheblichen Unsicherheiten verbunden. Der Widerruf einer alten Genehmigung wegen einer veränderten Rechtslage (§ 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwVfG), die nachträglich ergangenes Gemeinschaftsrecht²² fraglos bewirkt, scheidet in der Regel daran, dass der Betroffene von der Begünstigung bereits Gebrauch gemacht hat. Letztlich lässt sich ein Widerruf, soweit er nicht explizit vorbehalten ist (§ 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VwVfG), wohl nur auf eine unionsrechtskonforme Auslegung des Begriffs der schweren Nachteile für das Gemeinwohl (§ 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 VwVfG) stützen. Soweit spezifisches Fachrecht einen Widerruf ausschließt,²³ verschärfen sich die Probleme zusätzlich, da dann ggf. die Spezialvorschrift dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts weichen muss und der (unionsrechtskonform auszulegende) § 49 VwVfG wieder auflebt.

Ohne konkrete Konturen bleibt es schließlich, wie dem auch unionsrechtlich anerkannten Vertrauensschutz²⁴ Betroffener zur Durchsetzung verholfen werden kann. Im nationalen Recht trägt immerhin die Entschädigungspflicht nach § 49 Abs. 6 Satz 1 VwVfG dem Vertrauensschutz auf Sekundärebene Rechnung. Entschädigung kann jedoch nur ein subsidiäres Instrument sein und lässt wirksamen Grund-

16 EuGH, Urt. v. 29. 1. 2002 – C-162/00 (Pokrzeptowicz-Meyer), Slg. 2002, I-1049, Rdnr. 50, 55. Siehe ferner EuGH, Urt. v. 14. 1. 1987 – 278/84 (Deutschland/Kommission), Slg. 1987, 1, Rdnr. 36; Urt. v. 29. 6. 1999 – C-60/98 (Butterfly Music), Slg. 1999, I-3939, Rdnr. 25.

17 Vgl. stellv. EuGH, Urt. v. 19. 9. 2006 – C-392/04 u. a. (i-21 Germany/Arcor), Slg. 2006, I-8559, Rdnr. 57 ff.

18 Siehe bereits EuGH, Urt. v. 23. 3. 2006 – C-209/04 (Kommission/Österreich), Slg. 2006, I-2755, Rdnr. 56 f.

19 Vgl. für sukzessive Genehmigungen bereits EuGH, Urt. v. 7. 9. 2004 – C-127/02 (Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee), Slg. 2004, I-7405, Rdnr. 28: »Der Umstand, dass diese Tätigkeit seit vielen Jahren regelmäßig im betreffenden Gebiet ausgeübt wird und dass für ihre Ausübung jedes Jahr die Erteilung einer Lizenz notwendig ist, wobei jedes Mal aufs Neue beurteilt wird, ob und, wenn ja, in welchem Gebiet diese Tätigkeit ausgeübt werden darf, hindert nicht für sich allein daran, sie bei jeder Antragstellung als gesonderten Plan oder gesondertes Projekt im Sinne der Habitatrichtlinie zu betrachten.« Vgl. ferner für die Qualifizierung nachgelagerter Unterhaltungsmaßnahmen als Projekt die Schlussanträge von Generalanwältin Kokott v. 14. 9. 2006, C-418/04 (Kommission/Irland), Slg. 2007, I-10947, Rdnr. 175.

20 Stellv. T. von Danwitz, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, S. 550 ff.; K. F. Gärditz, NWVBl. 2006, 441 ff.; M. Sachs, in: P. Stelkens/H. J. Bonk/ders. (Hrsg.), VwVfG, 7. Aufl. (2008), § 48, Rdnr. 19 ff., 261.

21 Vgl. von Danwitz (Fußn. 20), S. 566 f.

22 Hier: Aufnahme in die Liste durch Entscheidung der Kommission (Art. 4 Abs. 2 UAbs. 3 FFH-RL).

23 Im Überblick B. Gayer, in: J. Bader/M. Ronellenfisch (Hrsg.), VwVfG, 2010, § 49, Rdnr. 8.

24 Etwa EuGH, Urt. v. 29. 2. 1996 – C-296/93 (Frankreich und Irland/Kommission), Slg. 1996, I-795, Rdnr. 59; Urt. v. 12. 5. 1998 – C-366/95 (Landbrugsministeriet/Steff-Houlberg Export u. a.), Slg. 1998, I-2661, Rdnr. 35; C-298/96 (Oelmühle und Schmidt Söhne), Slg. 1998, I-4767, Rdnr. 24 ff.; Urt. v. 14. 10. 1999 – C-104/97 (Atlanta), Slg. 1999, I-6983, Rdnr. 52; Urt. v. 19. 9. 2002 – C-336/00 (Martin Huber), Slg. 2002, I-7736, Rdnr. 56 f.; P. Craig, EU Administrative Law, 2006, S. 607 ff.; von Danwitz (Fußn. 20), S. 218 f.

rechtsschutz durch Bestandsschutz nicht entbehrlich werden. Der EuGH fordert freilich lediglich, dass die Verwirklichung des später ergangenen Unionsrechts nicht »schlechterdings ausgeschlossen« sein dürfe (Rdnr. 46). Ein Widerruf alter Genehmigungen ist also nicht generell geboten, sobald diese mit nachfolgendem Unionsrecht kollidieren. Es muss vielmehr lediglich eine hinreichende Verwirklichungschance für das Unionsrecht bestehen, damit dessen Wirksamkeit nicht von vornherein an vorgefundenen Besitzständen scheitert. Insoweit muss im Rahmen einer Entscheidung über einen Widerruf das Unionsinteresse an der Rechtsdurchsetzung mit hinreichendem Gewicht in die Güterabwägung eingestellt werden. Auch eine nachträgliche Befristung unbefristeter Zulassungen kann im Einzelfall schonende Übergangslösungen ermöglichen. Das spezifische Problem, inwieweit berechtigter Vertrauensschutz in das rigide Prüfungsprogramm des Art. 6 FFH-RL integriert werden kann, ist damit allerdings nicht gelöst. Notwendig ist hier eine primärrechtskonforme Auslegung, die ungeachtet der hoch zu gewichtenden Naturschutzbelange auch der europäischen Eigentumsgarantie und Berufsfreiheit (Art. 15, 17 GrCh) hinreichend Rechnung trägt.²⁵ Im Ausgangsfall der Emsvertiefung werden sich wohl zwingende wirtschaftliche Gemeinwohlbelange (regionale Wirtschaftsinfrastruktur, Vermeidung etwaiger Entschädigungsansprüche der Werfbetreiber) finden lassen, die über Art. 6 Abs. 4 FFH-RL einen Ausweg aus der verfahrenen Situation bieten. Eine klärende Entscheidung des EuGH zur generellen Wertigkeit des Vertrauens- und Grundrechtsschutzes im Rahmen des Art. 6 FFH-RL steht indes noch aus.

Prof. Dr. Klaus Ferdinand Gärditz, Bonn

■ 2. Recht der Ruhrkohle AG auf effektiven Rechtsschutz durch das BVerwG verletzt

Art. 2 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1, Art. 19 Abs. 4 GG; § 4 Abs. 4 ZuG 2007

Das Urteil des BVerwG vom 16. 10. 2007 – BVerwG 7 C 33.07 – verletzt die Bf in ihrem Grundrecht aus Artikel 19 Absatz 4 Satz 1 des Grundgesetzes. Das Urteil wird, soweit es die Bf betrifft, aufgehoben. Die Sache wird insoweit an das BVerwG zurückverwiesen.

BVerfG, 3. K. des 1. Senats, Beschluss vom 10. 12. 2009 – 1 BvR 3151/07 –

(BVerwG, Urteil vom 16. 10. 2007 – 7 C 33.07 –)

Gründe:

[. . .]

[51] 2. Die Vb ist nur teilweise begründet.

[52] a) Soweit sich die Vb gegen § 4 Abs. 4 ZuG 2007 in der Auslegung des BVerwG wendet, kann eine Verletzung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG nicht festgestellt werden.

[53] aa) Art. 19 Abs. 4 GG garantiert nicht nur das formelle Recht und die theoretische Möglichkeit, die Gerichte anzurufen, sondern auch die Effektivität des Rechtsschutzes. Der Bürger hat einen substantiellen Anspruch

auf eine möglichst wirksame gerichtliche Kontrolle in allen ihm von der Prozessordnung zur Verfügung gestellten Instanzen (vgl. BVerfGE 40, 272 [275]). Dazu gehört vor allem, dass der Richter – bezogen auf das als verletzt behauptete Recht – eine hinreichende Prüfungsbefugnis über die tatsächliche und rechtliche Seite des Rechtsschutzbegehrens hat sowie über eine zureichende Entscheidungsmacht verfügt, um einer erfolgten oder drohenden Rechtsverletzung wirksam abzuwehren. Unbeschadet normativ eröffneter Gestaltungs-, Ermessens- und Beurteilungsspielräume sowie der Tatbestandswirkung von Hoheitsakten schließt dies grundsätzlich eine Bindung der rechtsprechenden Gewalt an tatsächliche oder rechtliche Feststellungen seitens anderer Gewalten hinsichtlich dessen, was im Einzelfall rechtens ist, aus (vgl. BVerfGE 61, 82 [111]).

[54] (1) Allerdings kann die gerichtliche Überprüfung nicht weiter reichen als die materiellrechtliche Bindung der Exekutive. Die gerichtliche Kontrolle endet also dort, wo das materielle Recht der Exekutive in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise Entscheidungen abverlangt, ohne dafür hinreichend bestimmte Entscheidungsprogramme vorzugeben (vgl. BVerfGE 88, 40 [56]; 103, 142 [156 f.]). Insoweit hat die Verwaltung aufgrund normativer Ermächtigung die Befugnis zur Letztentscheidung (vgl. BVerfGE 61 [111, 114 f.]; Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 Rdnr. 185 [Februar 2003]).

[55] (2) Wann der Gesetzgeber der Verwaltung die Befugnis zur Letztentscheidung einräumt, ist durch Auslegung der betreffenden gesetzlichen Regelung zu ermitteln (vgl. Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 Rdnr. 187 [Februar 2003]). Verwendet ein Gesetz einen unbestimmten Rechtsbegriff, so kann daraus allein noch nicht auf die gesetzliche Einräumung einer Letztentscheidungsbefugnis der Verwaltung geschlossen werden (vgl. BVerfGE 84, 34 [49 f.]). Es existiert eine gleitende Skala der Normbestimmtheit oder -unbestimmtheit, wobei nicht von vorneherein feststeht, bei welchem Grad der Unbestimmtheit die richterliche Kontrollrestriktion einsetzen müsste. Maßgeblich ist vielmehr der jeweilige materiellrechtliche Regelungszusammenhang (vgl. Pache, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 73 f.; Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 Rdnr. 183 [Februar 2003]). Die Unbestimmtheit des gesetzlichen Maßstabs kann jedoch einen heuristischen Wert haben (vgl. Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 Rdnr. 184 [Februar 2003]). So können unbestimmte Rechtsbegriffe insbesondere wegen hoher Komplexität oder besonderer Dynamik der geregelten Materie so vage und ihre Konkretisierung im Nachvollzug der Verwaltungsentscheidung so schwierig sein, dass die gerichtliche Kontrolle an die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung stößt. Daher kann der rechtsanwendenden Behörde in solchen Fällen ohne Verletzung rechtsstaatlicher Grundsätze ein begrenzter Entscheidungsfreiraum zuzubilligen sein (vgl. BVerfGE 84, 34 [50]), weil sie aufgrund der ihr zur Verfügung stehenden Handlungsformen für die erforderlichen Anpassungen besser ausgerüstet ist als der Gesetzgeber und die Gerichte (vgl. BVerfGE 49, 89 [139 f.]).

²⁵ So bereits W. Kahl/K. F. Gärditz, ZUR 2006, 1 (5 ff.).