

Vergleicht man das Urteil mit dem Beschluss des Senates vom 07.06.2012 (Az.: 4 BN 6.12 – juris –, ZfBR 2012, S. 578), so reduziert sich der »feine Unterschied« auf die »Öffenbarkeit« der Fenster«. In dem einen Fall waren die Fenster starr eingebaut, also nicht maßgeblicher Immissionsort, für die Lärmbeurteilung in dem anderen Fall trotz erhöhtem Schalldämmmaß und Belüftung zu öffnen und damit als architektonische Selbsthilfe ungeeignet.

Am Rande sei erwähnt, dass das Kriterium »geöffnetes Fenster« nur in messtechnischer Hinsicht gewährleistet, dass Schallreflektionen ausgeschlossen werden.

Die Sache wurde zurückgewiesen. Das weitere Verfahren kann weitere Überraschungen hervorrufen. Das BVerwG folgt nämlich dem Argument, dass nur diejenigen Immissionen in die Konfliktbewertung einzustellen sind, die auch »erlaubt« sind, also nicht die, die z.B. unter Missachtung des Standes der Lärminderungstechnik entstehen.

Denkbar ist es also, dass am Ende zwar der Nachbar die Fenster öffnen kann, aber der Betrieb seine Hallentore geschlossen halten muss.

Eckhard David, Fachanwalt f. Verwaltungsrecht, Hannover

## Oberverwaltungsgerichte und Verwaltungsgerichtshöfe

### Grünes Licht für Ortsumgehung Datteln

Art. 1 e), i), Art. 6, Art. 12, Art. 16 FFH-RL; Art. 5, Art. 9 Vogelschutz-RL; § 17, § 17e Abs. 6 Satz 2 FStrG; § 7 Abs. 2 Nr. 12, 13, § 10 Abs. 2, § 34 Abs. 1, § 44 Abs. 1 und 5, § 45 Abs. 7, § 64 Abs. 1 BNatSchG; § 73 Abs. 4 VwVfG; § 2 Abs. 1 und 3 UmwRG

**1. Wird ein Planfeststellungsbeschluss geändert oder ergänzt, wird daraus eine einheitliche Planungsentscheidung. Will der Kl. weiterhin Rechtsschutz gegen die Planung erreichen, muss er gegen die Entscheidung in ihrer geänderten Form vorgehen und die Klage entsprechend umstellen (wie BVerwG, Urteil vom 18.03.2009 – 9 A 31.07 – NVwZ 2010, 63 = Buchholz 310 § 74 VwGO Nr. 15, S. 2, m.w.N. – Ratingen/Velbert).**

**2. Eine vollmachtlose Vertretung im Verwaltungsverfahren kann auch nach Erlass des Planfeststellungsbeschlusses rückwirkend genehmigt werden (wie BVerwG, Urteil vom 03.05.2011 – 7 A 9.09 – NVwZ 2012, 47 = Buchholz 455.5 § 14 WaStrG Nr. 12, S. 7).**

**3. Durch eine Änderung oder Ergänzung eines Planfeststellungsbeschlusses wird eine bereits eingetretene Präklusion nur dann durchbrochen, wenn im ergänzenden Verfahren Einwendungsmöglichkeiten wieder neu eröffnet sind, weil über eine Bestätigung der bisherigen Ergebnisse hinaus entscheidungserhebliche neue Sachverhalte eingeführt worden sind oder eine grundlegende Neubewertung stattgefunden hat.**

**4. Verkehrsprognosen sind lediglich daraufhin zu überprüfen, ob sie methodisch einwandfrei erarbeitet worden sind, nicht auf unrealistischen Annahmen beruhen und ob das Prognoseergebnis einleuchtend begründet worden ist**

(wie BVerwG, Urteil vom 09.06.2010 – 9 A 20.08 – DVBI 2011, 36 = Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr. 208, S. 146 – Querspanne Bochum).

**5. Die artenschutzrechtliche Bestandsaufnahme muss nicht ein lückenloses Arteninventar umfassen. Vorkommen können dabei in »Gilden« zusammengefasst werden. Darüber hinausgehende Untersuchungen – quasi »ins Blaue hinein« für das Vorkommen aller europäischen Vogelarten sind nicht erforderlich.**

**6. Verbleiben Zweifel, ob Verbotstatbestände des § 44 Abs. 1, 5 BNatSchG erfüllt sind, kann das Vorhaben unter den Voraussetzungen des § 45 Abs. 7 BNatSchG vorsorglich durch Ausnahmeerteilungen zugelassen werden. (Nichtamtl. Leitsätze)**

OVG NRW, Urteil vom 18.01.2013 – 11 D 70/09.AK –

[61] Der Kl. (BUND) ist ein in NRW anerkannter Naturschutzverein. Er wendet sich gegen die Planfeststellung für den Neubau eines Abschnitts der B 474n als Ortsumgehung Datteln. Das (ehemalige) Ministerium für Bauen und Verkehr des Landes NRW stellte mit Beschluss vom 31.03.2009 den Plan für den Neubau der B 474n – Ortsumgehung Datteln – fest. Die (nunmehr zuständige) Bezirksregierung Münster erließ unter dem 04.05.2011 einen Planergänzungsbeschluss, der im Wesentlichen zusätzliche Regelungen zum Artenschutz zum Gegenstand hat und sich zu weiteren Einzelfragen verhält, wie etwa erneut zur Verträglichkeit des Vorhabens mit dem europäischen Gebietsschutz und zur Variantenprüfung. Unter dem 11.01.2013 erließ die Bezirksregierung Münster einen (weiteren) Planergänzungsbescheid, mit dem insbesondere die FFH-Verträglichkeit des Vorhabens mit einem Initialstadium des Lebensraumtyps 91F0 östlich des Damms der Lippebrücke der B 235 bejaht wurde. [. . .]

**Gründe: [94] B. Streitgegenstand nach Planergänzungen**

[95] Streitgegenstand der vorliegenden Klage ist der Planfeststellungsbeschluss vom 31.03.2009 in der Gestalt des Planergänzungsbeschlusses vom 04.05.2011 und des Planergänzungsbescheides vom 11.01.2013.

[96] Der Kl. konnte die Planergänzungen in das Verfahren einbeziehen. Die prozessuale Situation, die Anlass zu deren Einbeziehung gibt, ist dadurch bestimmt, dass der festgestellte Plan und die nachträglichen Änderungen zu einem einzigen Plan in der durch die Änderungen erreichten Gestalt verschmelzen. Dieser geänderte Plan beruht zwar im Entstehungsvorgang auf mehreren Entscheidungen. Indem der Planergänzungsbeschluss und der Planergänzungsbescheid dem ursprünglichen Planfeststellungsbeschluss »anwachsen«, kommt es aber inhaltlich zu einer einheitlichen Planungsentscheidung. Das hat zur Folge, dass sich der Planfeststellungsbeschluss in seiner Ursprungsfassung prozessual erledigt und das Rechtsschutzinteresse für ein gegen ihn gerichtetes Klagebegehren entfällt. Will der Kl. weiterhin Rechtsschutz gegen die Planung erreichen, bleibt ihm also keine andere Wahl, als gegen die Entscheidung in ihrer geänderten Fassung vorzugehen (vgl. BVerwG, Urteil vom 18.03.2009 – 9 A 31.07 – NVwZ 2010, 63 = Buchholz 310 § 74 VwGO Nr. 15, S. 2, m.w.N. – Ratingen/Velbert). [. . .]

[118] **D. Begründetheit der Klage**

[119] Die zulässige Klage hat keinen Erfolg. Der Kl. kann weder die mit dem Hauptantrag begehrte Aufhebung des Planfeststellungsbeschlusses in der Gestalt des Planergän-

zungsbeschlusses und des Planergänzungsbescheides noch die hilfsweise verfolgte Feststellung seiner Rechtswidrigkeit und Nichtvollziehbarkeit verlangen. Der Planfeststellungsbeschluss in seiner zur gerichtlichen Prüfung gestellten Form leidet an keinem Rechtsfehler, der den Kl. in Rechten verletzt, die er zu rügen befugt ist, und die Aufhebung des Beschlusses bzw. die Feststellung seiner Rechtswidrigkeit und Nichtvollziehbarkeit rechtfertigt.

#### [120] I. Planrechtfertigung

[121] Sofern der Kl. mit seinen Rügen gegen die Richtigkeit der Verkehrsprognosen und die fehlende Notwendigkeit der B 474n die Planrechtfertigung des Vorhabens in Zweifel zieht, dringt er hiermit nicht durch. Nach § 61 Abs. 2 Nr. 1 BNatSchG 2002 ist ein Naturschutzverein ebenso wie gemäß § 64 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG 2009 darauf beschränkt, einen Verstoß des Planfeststellungsbeschlusses gegen die dort erwähnten naturschutzrechtlichen Vorschriften geltend zu machen (vgl. etwa BVerwG, Beschluss vom 23.11.2007 – 9 B 38.07 – DVBl 2008, 198 = Buchholz 406.400 § 61 BNatSchG 2002 Nr. 7, S. 5 ff., m.w.N. – Ortsumgehung Celle). [ . . ]

[124] Gleiches gilt nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UmwRG.

[125] Ob Naturschutzverbände trotz ihrer beschränkten Rügebefugnis das Fehlen der Planrechtfertigung zum Gegenstand einer Klage machen können, mag hier offen bleiben (ebenso BVerwG, Urteile vom 17.01.2007 – 9 A 20.05 – BVerwGE 128, 1, 13 = DVBl 2007, 706 – Halle Westumfahrung, und vom 12.03.2008 – 9 A 3.06 – BVerwGE 130, 299, 317 f. = DVBl 2008, 1199 – Hessisch Lichtenau, sowie Beschluss vom 28.12.2009 – 9 B 26.09 – DVBl 2010, 395 = Buchholz 406.400 § 61 BNatSchG 2002 Nr. 10, S. 15 ff., jeweils m.w.N. – B 27). [ . . ]

[127] Denn die Planrechtfertigung für das streitige Vorhaben folgt aus der gesetzlichen Bedarfsfeststellung (vgl. etwa BVerwG, Urteile vom 12.03.2008 – 9 A 3.06 – BVerwGE 130, 299, 318 = DVBl 2008, 1199 – Hessisch Lichtenau, und vom 09.06.2010 – 9 A 20.08 – Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr. 208, S. 135 f., jeweils m.w.N.). [ . . ]

#### [139] II. FFH-Gebietsschutz betreffend Lebensraumtypen [ . . ]

[141] Mit den Einwendungen betreffend eine Beeinträchtigung von Lebensraumtypen ist der Kl. im Klageverfahren allerdings im Wesentlichen präkludiert, weil er sie im Verwaltungsverfahren nicht geltend gemacht hat. Keine Präklusion ist eingetreten, soweit sich das Vorbringen des Klägers auf einen – unabhängig von dessen Qualifizierung – Lebensraumtyp östlich der B 235 am Fuß der Lippebrücke bezieht, weil insoweit infolge des im Dezember 2012 eingeleiteten Planergänzungsverfahrens Einwendungsmöglichkeiten (neu) eröffnet worden sind.

[142] Darüber hinaus ist, selbst wenn der Kl. mit seinen Einwendungen hinsichtlich der übrigen Lebensraumtypen nicht ausgeschlossen wäre, keine erhebliche Beeinträchtigung von Lebensraumtypen zu befürchten.

#### [143] 1. Einwendungsausschluss

##### [144] a) Maßgebliche Präklusionsregelungen

[145] Maßgeblich für den Einwendungsausschluss in Bezug auf das ursprüngliche Anhörungsverfahren ist der bis

zum 28.02.2010 geltende § 61 Abs. 3 BNatSchG 2002. Hiernach ist ein Verein, der im Verwaltungsverfahren Gelegenheit zur Äußerung gehabt hat, im Verfahren über den Rechtsbehelf mit allen Einwendungen ausgeschlossen, die er im Verwaltungsverfahren nicht geltend gemacht hat, aber auf Grund der ihm überlassenen oder von ihm eingesehenen Unterlagen zum Gegenstand seiner Äußerung hätte machen können. [ . . ]

[147] Mit der Regelung sollen die anerkannten Vereine angehalten werden, bereits im Verwaltungsverfahren ihre Sachkunde einzubringen. Auch sollen von einer Verwaltungsentscheidung Begünstigte vor einem überraschenden Prozessvortrag geschützt werden (vgl. BVerwG, Urteil vom 22.01.2004 – 4 A 4.03 – DVBl 2004, 655 = Buchholz 406.400 § 61 BNatSchG 2002 Nr. 4, S. 27 – Südharzautobahn, und Beschluss vom 12.04.2005 – 9 VR 41.04 – DVBl 2005, 916, Rdnr. 29 = juris, jeweils m.w.N.). [ . . ]

[149] Inhaltlich sind von einem Naturschutzverein zumindest Angaben dazu erforderlich, welches Schutzgut durch ein Vorhaben betroffen wird und welche Beeinträchtigungen ihm drohen. Auch die räumliche Zuordnung eines Vorkommens oder einer Beeinträchtigung ist zu spezifizieren, wenn sie sich nicht ohne weiteres von selbst versteht. Je umfangreicher und intensiver die vom Vorhabenträger bereits erfolgte Begutachtung und fachliche Bewertung insbesondere im Landschaftspflegerischen Begleitplan ausgearbeitet ist, umso intensiver muss auch die Auseinandersetzung mit dem vorhandenen Material ausfallen. Dabei geht es nicht um die zutreffende rechtliche Einordnung nach Landes-, Bundes- oder europäischem Recht. Erforderlich ist aber eine kritische Auseinandersetzung mit dem vorhandenen Material unter naturschutzfachlichen Gesichtspunkten. Denn wegen ihrer besonderen Fachkunde auf diesem Gebiet hat der Gesetzgeber den anerkannten Vereinen ihre besonderen Mitwirkungsbefugnisse eingeräumt. Zugleich soll durch ihre Beteiligung im Verwaltungsverfahren Vollzugsdefiziten auf dem Gebiet des Naturschutzes und der Landschaftspflege entgegengewirkt werden. Diese Anliegen erfordern rechtzeitige fundierte Stellungnahmen der Vereine. Dem Vorhabenträger und der entscheidenden Behörde muss hinreichend deutlich werden, aus welchen Gründen nach Auffassung des beteiligten Vereins zu welchen im Einzelnen zu behandelnden Fragen weiterer Untersuchungsbedarf besteht oder einer Wertung nicht gefolgt werden kann. Auch der Aufgabenverteilung zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichten und den jeweils durchzuführenden Verfahren wird es nicht gerecht, wenn die anerkannten Vereine das Schwergewicht ihrer fachlichen Kritik erst im gerichtlichen Verfahren vortragen (vgl. BVerwG, Urteile vom 22.01.2004 – 4 A 4.03 – DVBl 2004, 655 = Buchholz 406.400 § 61 BNatSchG 2002 Nr. 4, S. 27 f. – Südharzautobahn, sowie Beschlüsse vom 12.04.2005 – 9 VR 41.04 – DVBl 2005, 916, Rdnr. 29 = juris, Rdnr. 31, vom 23.11.2007 – 9 B 38.07 – DVBl 2008, 198 = Buchholz 406.400 § 61 BNatSchG 2002 Nr. 7, S. 11 – Ortsumgehung Celle, und vom 09.08.2010 – 9 B 10.10 – Buchholz 406.400 § 61 BNatSchG 2002 Nr. 12, S. 25 f. – Westtangente Rosenheim, jeweils m.w.N.).

[151] Einer so verstandenen Präklusion steht europäisches Gemeinschaftsrecht nicht entgegen (vgl. BVerwG, Urteil vom 14.04.2010 – 9 A 5.08 – BVerwGE 136, 291, 315 f. = DVBl

2010, 1055 – VKE 32 Hesselbach, und Beschlüsse vom 09.08.2010 – 9 B 10.10 – Buchholz 406.400 § 61 BNatSchG 2002 Nr. 12, S. 26 – Westtangente Rosenheim, sowie vom 17.06.2011 – 7 B 79.10 – Buchholz 406.254 URG Nr. 3, S. 14 ff. – 380-kw-Hochspannungsfreileitung Datteln). [ . . ]

[153] Soweit der Kl. seine Klage auch auf § 2 Abs. 1 UmwRG stützen kann, folgt die Präklusion insoweit aus § 2 Abs. 3 UmwRG. Diese Bestimmung steht im Einklang mit europäischem Gemeinschaftsrecht (vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 11.11.2009 – 4 B 57.09 – NuR 2010, 339 ff., vom 14.09.2010 – 7 B 15.10 – NUR 2011, 53 = Buchholz 406.254 URG Nr. 2, S. 5 ff., und vom 17.06.2011 – 7 B 79.10 – Buchholz 406.254 URG Nr. 3, S. 14 ff. – 380-kw-Hochspannungsfreileitung Datteln). [ . . ]

[155] **b) Wirksamkeit der Einwendungserhebung als solcher**

[156] Der Kl. hat im Anhörungsverfahren wirksam Einwendungen erhoben, obwohl das Schreiben vom 31.12.2005 nicht von einer originär zur Vertretung des Vereins berufenen Person unterzeichnet worden ist. Die Erhebung von Einwendungen durch einen im Zeitpunkt der Einwendungserhebung möglicherweise vollmachtlosen Vertreter ist jedenfalls infolge nachträglicher Genehmigung als wirksam zu bewerten (§ 184 Abs. 1 BGB). Zwar dürften die hier im ursprünglichen Anhörungsverfahren maßgebliche Einwendungsfrist des § 62 Abs. 3 BNatSchG 2002 ebenso wie etwa die Präklusionsvorschriften des § 73 Abs. 4 Satz 1 VwVfG eine gesetzliche Ausschlussfrist sein (vgl. zur Präklusion nach § 73 Abs. 4 VwVfG BVerwG, Gerichtsbescheid vom 16.03.1998 – 4 A 31.97 – NuR 1998, 647, 649, wonach eine nachträgliche Genehmigung vollmachtlosen Handelns in aller Regel ausgeschlossen ist, vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 24.06.1999 – 7 C 20.98 – BVerwGE 109, 169, 171 f. – VermögensG). [ . . ]

[161] Unbeschadet dessen folgt der erkennende Senat aus Gründen der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der (neueren) Judikatur des BVerwG, wonach in Planfeststellungsverfahren eine vollmachtlose Vertretung im Verwaltungsverfahren auch nach Erlass des angegriffenen Planfeststellungsbeschlusses in analoger Anwendung des § 177 BGB rückwirkend genehmigt werden kann (so BVerwG, Urteil vom 03.05.2011 – 7 A 9.09 – NVwZ 2012, 47 = Buchholz 445.5 § 14 WaStrG Nr. 12, S. 7). [ . . ]

[164] **c) Präklusion der Einwendungen zur Beeinträchtigung von Lebensraumtypen**

[165] Ausgehend von den vorstehend dargelegten Grundsätzen ist der Kl. mit den im Klageverfahren vorgebrachten Einwendungen zu einer erheblichen Beeinträchtigung von Lebensraumtypen ausgeschlossen. Hiervon ausgenommen sind lediglich die Einwendungen betreffend Beeinträchtigungen des Lebensraumtyps, der Gegenstand des im Dezember 2012 eingeleiteten Planergänzungsverfahrens war. [ . . ]

[170] Der eingetretene Einwendungsausschluss ist nicht dadurch hinfällig geworden, dass der Vorhabenträger im Zuge des Planergänzungsverfahrens nach Klageerhebung die Ergänzende Prüfung zur FFH-Verträglichkeit 2010 und die Ergänzende Dokumentation zur FFH-Verträglichkeit 2011 hat erstellen lassen. Denn diese Unterlagen führten nicht zu

einer grundlegenden Neubewertung der bereits bejahten FFH-Verträglichkeit oder gar zu einer Planänderung, die zu neuen oder anderen Belastungen für das FFH-Gebiet »Lippeau« geführt und damit für den Kl. neue Einwendungsmöglichkeiten eröffnet hätten (vgl. zu einem vergleichbaren artenschutzrechtlichen Fall BVerwG, Beschluss vom 23.11.2007 – 9 B 38.07 – DVBl 2008, 198 = Buchholz 406.400 § 61 BNatSchG 2002 Nr. 7, S. 10 – Ortsumgehung Celle). [ . . ]

[173] Soweit dem Kl. in dem Planergänzungsverfahren die Möglichkeit zu Einwendungen eröffnet worden ist und diese in dem Planergänzungsbeschluss vom 04.05.2011 zurückgewiesen worden sind, konnte sich hierdurch am Eintritt der Präklusionswirkung nichts ändern (vgl. zu § 17 Abs. 4 FStrG a.F. BVerwG, Beschluss vom 11.01.2000 – 4 VR 17.99 – juris, Rdnr. 26). [ . . ]

[175] **2. Keine erhebliche Beeinträchtigung von Lebensraumtypen** [ . . ]

[176] Darüber hinaus könnte die Klage selbst dann nicht durchdringen, wenn der Senat die nunmehr im Klageverfahren vorgetragenen Einwendungen des Klägers zu einer erheblichen Beeinträchtigung von Lebensraumtypen nicht als präkludiert ansehen und hierbei auch dem Umstand Rechnung tragen wollte, dass im Planergänzungsverfahren hinsichtlich einer Beeinträchtigung von Lebensraumtypen durch die Erhöhung der Critical Loads vorsorglich nochmals eine Überprüfung stattgefunden hat (vgl. hierzu BVerwG, Urteil vom 14.04.2010 – 9 A 5.08 – BVerwGE 136, 291, 305 f. = DVBl 2010, 1055 – VKE 32 Hesselbach). [ . . ]

[178] Der Planfeststellungsbeschluss in der Fassung seiner Ergänzungen verneint zu Recht eine erhebliche Beeinträchtigung von Lebensraumtypen des FFH-Gebietes »Lippeau« durch das hier streitige Vorhaben. Die vom Kl. geltend gemachte erhebliche Beeinträchtigung von Lebensraumtypen durch die Immissionen eines von ihm behaupteten Mehrverkehrs auf der B 235, der kausal durch den Neubau der B 474n verursacht werden soll, ist ebenfalls nicht zu erkennen. [ . . ]

[184] **b) Rechtliche Grundlagen der Verträglichkeitsprüfung** [ . . ]

[190] Der seit dem 01.03.2010 unmittelbar geltende § 34 Abs. 1 BNatSchG 2009 normiert, dass Projekte vor ihrer Zulassung oder Durchführung auf ihre Verträglichkeit mit den Erhaltungszielen eines Natura 2000-Gebiets zu überprüfen sind, wenn sie einzeln oder im Zusammenwirken mit anderen Projekten oder Plänen geeignet sind, das Gebiet erheblich zu beeinträchtigen, und nicht unmittelbar der Verwaltung des Gebiets dienen (Satz 1). Soweit ein Natura 2000-Gebiet ein geschützter Teil von Natur und Landschaft im Sinne des § 20 Abs. 2 BNatSchG 2009 ist, ergeben sich die Maßstäbe für die Verträglichkeit aus dem Schutzzweck und den dazu erlassenen Vorschriften, wenn hierbei die jeweiligen Erhaltungsziele bereits berücksichtigt wurden (Satz 2). Nach Absatz 2 dieser Vorschrift ist ein Projekt unzulässig, wenn die Prüfung der Verträglichkeit ergibt, dass es zu erheblichen Beeinträchtigungen des Gebiets in seinen für die Erhaltungsziele oder den Schutzzweck maßgeblichen Bestandteilen führen kann. [ . . ]

[192] Sind nach den Ergebnissen der Verträglichkeitsprüfung erhebliche Beeinträchtigungen zu besorgen, ist das Projekt vorbehaltlich einer Abweichungsprüfung unzulässig. Pro-

jekte können ein Gebiet erheblich beeinträchtigen, wenn sie drohen, die für das Gebiet festgelegten Erhaltungsziele zu gefährden. Maßgebliches Kriterium ist der günstige Erhaltungszustand der geschützten Lebensräume und Arten im Sinne der Legaldefinitionen des Art. 1 Buchstaben e) und i) der FFH-Richtlinie. Ein günstiger Erhaltungszustand muss trotz Durchführung des Vorhabens stabil bleiben. Dass keine erheblichen Beeinträchtigungen auftreten, muss gewiss sein. Nur wenn insoweit keine vernünftigen Zweifel bestehen, darf die Verträglichkeitsprüfung mit einem positiven Ergebnis abgeschlossen werden (vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 14.07.2011 – 9 A 12.10 – BVerwGE 140, 149, 158 = DVBl 2012, 34 – Ortsumgebung Freiberg, m.w.N., insbesondere unter Bezugnahme auf EuGH, Urteil vom 07.09.2004 – C-127/02 – NVwZ 2004, 788, 791 – Herzmuschelfischerei). [ . . . ]

#### [195] c) FFH-Verträglichkeit

[196] Für das FFH-Gebiet »Lippeaue« ist eine Verträglichkeitsprüfung durchgeführt worden. Nach deren Ergebnissen durfte der Bekl. davon ausgehen, dass das Vorhaben mit den Erhaltungszielen des Gebiets verträglich ist.

[197] (1) Bereits der Planfeststellungsbeschluss vom 31.03.2009 geht davon aus, dass keine erhebliche Beeinträchtigung des FFH-Gebiets »Lippeaue« zu erwarten ist, und verweist auf die zum Gegenstand der Planfeststellung gemachte FFH-Verträglichkeitsuntersuchung. [ . . . ]

[200] (2) Die im ersten Planergänzungsverfahren im Jahr 2010 vorgenommene nochmalige Überprüfung der FFH-Verträglichkeit hinsichtlich des Gebietschutzes, die zu keiner Änderung der Planung geführt, sondern nur einer Verifizierung bereits vorliegender Ergebnisse gedient hat, kommt erneut zu dem Ergebnis, dass keine erhebliche Beeinträchtigung von Lebensraumtypen des FFH-Gebiets zu erwarten ist, insbesondere keine Erhöhung der Critical Loads erfolgt. [ . . . ]

[206] Lebensraumtypen stellen außerrechtliche Kategorien dar, die – wie für Typen kennzeichnend – eine Bandbreite von Erscheinungsformen aufweisen. Den Fachgutachtern des Vorhabenträgers ist insoweit eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative zuzuerkennen und die gerichtliche Prüfung zurückzunehmen vgl. BVerwG, Urteil vom 12.03.2008 – 9 A 3.06 – BVerwGE 130, 299, 327 f. = DVBl 2008, 1199 – Hessisch Lichtenau).

[207] Im Ergebnis kann die Frage indes auf sich beruhen, weil auch insoweit keine erhebliche Beeinträchtigung eines Lebensraumtypen zu befürchten ist. [ . . . ]

[209] (3) Die Planfeststellungsbehörde hat in rechtlich nicht zu beanstandender Weise eine Beeinträchtigung von Lebensraumtypen in der Lippeaue durch eine Erhöhung der Critical Loads verneint. [ . . . ]

#### [222] d) Mangelnde Fehler der Verkehrsprognose

[223] Die Einschätzung, es komme zu keiner Erhöhung der Critical Loads, weil kein mengenmäßig gesteigertes Verkehrsaufkommen auf der Lippebrücke der B 235 infolge der Realisierung der Ortsumgebung Datteln zu erwarten sei, unterliegt nach der vorliegenden Verkehrsprognose keinen Zweifeln.

[224] **aa) Verkehrsprognosen unterliegen nur einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle.** Sie sind lediglich daraufhin zu überprüfen, ob sie methodisch einwandfrei erarbeitet worden sind, nicht auf unrealistischen Annahmen beruhen und ob das Prognoseergebnis einleuchtend begründet worden ist (vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 09.06.2010 – 9 A 20.08 – DVBl 2011, 36 = Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr. 208, S. 146 – Querspanne Bochum). [ . . . ]

[233] **cc)** Die gewählten Methoden der Prognoseerstellung sind nicht zu beanstanden. [ . . . ]

#### [246] e) Summationswirkungen

[247] Da auf Grund des Neubaus der B 474n das FFH-Gebiet »Lippeaue« keinen signifikanten Zusatzbelastungen ausgesetzt sein wird, musste die Planfeststellungsbehörde Summationswirkungen mit anderen Projekten, etwa dem geplanten Neubau der Kraftwerke in Datteln und Lünen, unbeschadet der Frage nicht vertiefend berücksichtigen, ob mögliche Auswirkungen bereits verlässlich absehbar waren (vgl. BVerwG, Beschluss vom 05.09.2012 – 7 B 24.12 – DVBl 2012, 1568 = NuR 2012, 784, 785 – Lünen Trianel), was der Planergänzungsbescheid vom 11.01.2013 mit beachtlichen Argumenten verneint.

[249] Im Übrigen verneinen die Fachgutachter des Vorhabenträgers auch bei nochmaliger Bewertung unter Berücksichtigung der Kraftwerke Datteln und Lünen das Entstehen relevanter Zusatzbelastungen. Hinsichtlich des Folgeabschnitts der Weiterführung der B 474n als Ortsumgebung Waltrop, der nach bisheriger Prognose wohl zu einem Verkehrszuwachs auch auf der B 235 im Bereich der Lippebrücke führen wird, ist es in der Vorschau unbedenklich, wenn jedenfalls im Sinne eines »vorläufigen positiven Gesamturteils« dem Folgeabschnitt aus Gründen des FFH-Gebietsschutzes keine unüberwindlichen Hindernisse entgegenstehen, weil zumindest eine Abweichungsentscheidung nach § 34 Abs. 3 BNatSchG 2009/§ 48d Abs. 5 LG NRW möglich erscheint (vgl. hierzu BVerwG, Urteil vom 14.04.2010 – 9 A 5.08 – BVerwGE 136, 291, 313 f. = DVBl 2010, 1055 – VKE 32 Hesselbach). [ . . . ]

#### [252] f) Beweisanregungen zur Beeinträchtigung von Lebensraumtypen

[253] Der Kl. hat im Zusammenhang mit dem Schutz von Lebensraumtypen drei Beweisanträge schriftsätzlich angekündigt, im Termin zur mündlichen Verhandlung jedoch nicht gestellt. Diesen als Beweisanregungen zu wertenden Beweisanträgen musste der Senat auf Grund der ihm gemäß § 86 Abs. 1 VwGO obliegenden Pflicht, den Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen, nicht weiter nachgehen.

[254] Liegen bereits Gutachten oder Auskünfte zu einer entscheidungserheblichen Tatsache vor, steht es nach den §§ 98 VwGO, 173 Satz 1 VwGO i.V.m. den §§ 404 Abs. 1, 412 Abs. 1 ZPO im Ermessen des Tatsachengerichts, ob es zusätzliche Auskünfte oder Sachverständigengutachten einholt; das Tatsachengericht kann sich dabei ohne Verstoß gegen seine Aufklärungspflicht auf Gutachten oder gutachterliche Stellungnahmen, die von einer Behörde im Verwaltungsverfahren eingeholt wurden, stützen. Eine Pflicht zur Einholung eines weiteren Gutachtens besteht nur dann, wenn sich die fehlende Eignung der vorliegenden Gutachten aufdrängt.

Gutachten und fachtechnische Stellungnahmen sind dann ungeeignet, wenn sie grobe, offen erkennbare Mängel oder unlösbare Widersprüche aufweisen, wenn sie von unzutreffenden sachlichen Voraussetzungen ausgehen oder wenn Anlass zu Zweifeln an der Sachkunde oder der Unparteilichkeit des Gutachters besteht (vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 09.06.2010 – 9 A 20.08 – DVBl 2011, 36 = Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr. 208, S. 156 – Querspanne Bochum). [ . . . ]

[256] Insbesondere besteht kein Anlass, die Sachkunde und Unparteilichkeit des Sachverständigenbüros des Vorhabenträgers in Zweifel zu ziehen (vgl. OVG NRW, Urteil 11.02.2009 – 11 D 45/06.AK – juris, Rdnr. 138; siehe auch BVerwG, Urteil vom 09.06.2010 – 9 A 20.08 – DVBl 2011, 36 = Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr. 208, S. 156 – Querspanne Bochum). [ . . . ]

[258] **III. FFH-Gebietsschutz für Arten (Anhang II der FFH-Richtlinie) und Vögel**

[259] Die Anforderungen an den FFH-Gebietsschutz für Arten und Vögel sind gewahrt. [ . . . ]

[262] **1. FFH-Gebietsschutz für Arten nach Anhang II der FFH-Richtlinie**

[263] Der ursprüngliche Planfeststellungsbeschluss vom 31.03.2009 verneint eine erhebliche Beeinträchtigung der durch die NaturschutzVO »Lippeaue« zum Gegenstand von Erhaltungszielen des FFH-Gebietes gewordenen Tierarten des Anhangs II der FFH-Richtlinie, weil Arten von gemeinschaftlichem Interesse nicht beeinträchtigt werden. Die im ersten Planergänzungsverfahren auch in dieser Hinsicht vorgenommene nochmalige Bewertung der FFH-Verträglichkeit kommt unter Hinweis auf die aktualisierten fachgutachterlichen Stellungnahmen hinsichtlich dieser Tierarten zu keinem anderen Ergebnis und wurde in dem weiteren Planergänzungsverfahren bestätigt. [ . . . ]

[287] **2. FFH-Gebietsschutz für Vogelarten**

[288] Erhebliche Beeinträchtigungen der im konkreten Bereich des FFH-Gebietes »Lippeaue« vorkommenden und vom Gebietsschutz erfassten Vogelarten sind nicht zu erwarten.

[289] Sämtliche überhaupt in Betracht kommende Vogelarten wurden in der fachgutachterlichen Prüfung im Planergänzungsverfahren gesehen. [ . . . ]

[292] **IV. Artenschutz**

[293] Der Planfeststellungsbeschluss in der Fassung seiner Ergänzungen weist keine Mängel der artenschutzrechtlichen Prüfung auf, derentwegen der Kl. die Aufhebung oder zumindest die Feststellung der Rechtswidrigkeit und Nichtvollziehbarkeit der Planungsentscheidung verlangen kann.

[294] **1. Fehlende Präklusion der Einwendungen**

[295] Der Kl. ist unbeschadet der Frage, ob er alle nunmehr im Klageverfahren gerügten Verstöße gegen artenschutzrechtliche Bestimmungen hinsichtlich einzelner Tierarten der Sache nach bereits ausreichend im ursprünglichen Planaufstellungsverfahren geltend gemacht hat, nicht als präkludiert anzusehen.

[296] In dem ergänzenden Verfahren ist der umfangreiche Artenschutzrechtliche Fachbeitrag vom Januar 2010 zum Gegenstand des Verfahrens und später auch des Ergänzungsplanfeststellungsbeschlusses vom 04.05.2011 gemacht worden. Damit wurde eine neue umfassende Bewertung der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände in das Verfahren eingeführt und der Artenschutz gewissermaßen nochmals in der Gesamtheit auf den Prüfstand gestellt. Spiegelbildlich betrachtet, ermöglichte dies dem Kl., entsprechende Einwendungen zu erheben (vgl. hierzu BVerwG, Beschluss vom 23.11.2007 – 9 B 38.07 – DVBl 2008, 198 = Buchholz 406.400 § 61 BNatSchG 2002 Nr. 7, S. 10 – Ortsumgehung Celle). [ . . . ]

[300] **2. Rechtlicher Maßstab**

[301] Der Ergänzungsplanfeststellungsbeschluss vom 04.05.2011 bejaht zutreffend die Anwendbarkeit neuen Rechts und stützt hierauf auch die vorsorgliche Erteilung von Ausnahmen. [ . . . ]

[303] Unabhängig davon hat sich – soweit hier von Relevanz – der sachliche Gehalt der Artenschutzbestimmungen des Bundesnaturschutzgesetzes 2002 in der Fassung der sog. Kleinen Artenschutznovelle auf Grund der Neufassung des Bundesnaturschutzgesetzes 2009 außer einer Umstellung einzelner Tatbestände in seiner materiell-rechtlichen Bedeutung nicht geändert (vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 09.06.2010 – 9 A 20.08 – DVBl 2011, 36 = Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr. 208, S. 137 – Querspanne Bochum; Louis, Das neue Bundesnaturschutzgesetz, NuR 2010, 77, 87; Storost, Artenschutz in der Planfeststellung, DVBl. 2010, 737, 739). [ . . . ]

[310] **3. Bestandsaufnahme**

[311] Die Bestandsaufnahme, die der Planfeststellung zur Prüfung der Frage zu Grunde liegt, ob artenschutzrechtliche Verbotstatbestände erfüllt sind, ist nach Methodik und Umfang nicht zu beanstanden.

[312] **a) Rechtliche Anforderungen an die Bestandsaufnahme**

[313] Die Prüfung, ob ein Vorhaben gegen artenschutzrechtliche Verbote verstößt, setzt eine ausreichende Bestandsaufnahme der im Trassenbereich vorhandenen Arten, die in den Anwendungsbereich der Verbote fallen, und ihrer Lebensräume voraus. Das verpflichtet die Behörde nicht, ein lückenloses Arteninventar zu fertigen. Welche Anforderungen an Art, Umfang und Tiefe der Untersuchungen zu stellen sind, hängt vielmehr von den naturräumlichen Gegebenheiten im Einzelfall sowie von Art und Ausgestaltung des Vorhabens ab. Erforderlich, aber auch ausreichend ist – auch nach den Vorgaben des europäischen Gemeinschaftsrechts – eine am Maßstab praktischer Vernunft ausgerichtete Prüfung. [ . . . ]

[314] Die notwendige Bestandsaufnahme wird sich regelmäßig aus zwei wesentlichen Quellen speisen, nämlich der Auswertung bereits vorhandener Erkenntnisse und einer Bestandserfassung vor Ort, deren Methodik und Intensität von den konkreten Verhältnissen im Einzelfall abhängt. Erst durch eine aus beiden Quellen gewonnene Gesamtschau kann sich die Planfeststellungsbehörde regelmäßig die erforderliche hinreichende Erkenntnisgrundlage verschaffen. Lassen allgemeine Erkenntnisse zu artspezifischen Verhaltenswei-

sen, Habitatsprüchen und dafür erforderlichen Vegetationsstrukturen sichere Rückschlüsse auf das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein bestimmter Arten zu, ist es nicht zu beanstanden, wenn die Planfeststellungsbehörde daraus entsprechende Schlussfolgerungen zieht. Diese bedürfen ebenso wie sonstige Analogieschlüsse der plausiblen, naturwissenschaftlich begründeten Darlegung. Ebenso ist es zulässig, mit Wahrscheinlichkeiten der Prognose, Schätzungen und, sofern der Sachverhalt dadurch angemessen erfasst werden kann, mit Worst-Case-Betrachtungen zu arbeiten. Da die Bestandserfassung und die daran anschließende Beurteilung, ob und inwieweit naturschutzrechtlich relevante Betroffenheiten vorliegen, auf ökologische Bewertungen angewiesen sind, für die normkonkretisierende Maßstäbe und verbreitet auch gesicherte naturwissenschaftliche Erkenntnisse und Standards fehlen, steht der Planfeststellungsbehörde insoweit eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative zu. Die in diesem Rahmen getroffenen, auf fachgutachtliche Stellungnahmen gestützten Annahmen der Planfeststellungsbehörde unterliegen gerichtlicher Prüfung nur dahin, ob sie im Einzelfall naturschutzfachlich vertretbar sind und nicht auf einem Bewertungsverfahren beruhen, das sich als unzulängliches oder gar ungeeignetes Mittel erweist, um den gesetzlichen Anforderungen gerecht zu werden (vgl. BVerwG, Urteil vom 12.08.2009 – 9 A 64.07 – BVerwGE 134, 308, 316 f. = DVBl 2010, 395 – Bielefeld-Steinhagen, m.w.N.). [ . . ]

#### [316] b) Bestandsaufnahme der Planfeststellung

[317] Die der angegriffenen Planungsentscheidung zu Grunde liegende Bestandsaufnahme genügt diesen Maßstäben. [ . . ]

[342] Die weitere Rüge des Klägers, die Bestandserfassung habe sich nur auf planungsrelevante Arten bezogen, greift nicht durch. Der Fachgutachter des Vorhabenträgers hat im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat auch nochmals ausdrücklich klargestellt, dass auch die Vorkommen der nicht planungsrelevanten Arten untersucht und sodann für die weitere Bewertung in »Gilden« zusammengefasst worden seien. Darüber hinausgehende Untersuchungen – quasi »ins Blaue hinein« – für das Vorkommen aller europäischen Vogelarten unabhängig von Anhaltspunkten für ihr Vorkommen sind nicht erforderlich.

[343] Sonstige vom Kl. gerügte Erfassungslücken hinsichtlich einzelner Arten sind jedenfalls nicht geeignet, Methodik oder Umfang der Bestandsaufnahme zur Avifauna insgesamt oder hinsichtlich einzelner Vogelarten als ungeeignet erscheinen zu lassen. Es handelt sich allenfalls um Detailfragen, ohne dass hierdurch die gesamte Methodik in Frage gestellt wäre. Den »wahren« Bestand von Fauna und Flora eines Naturraums vollständig abzubilden, ist weder tatsächlich möglich noch rechtlich geboten, vgl. BVerwG, Urteile vom 09.07.2008 – 9 A 14.07 – BVerwGE 131, 274, 294 = DVBl 2009, 259 – Bad Oeynhausen, und vom 12.08.2009 – 9 A 64.07 – juris, Rdnr. 48, insoweit nicht in BVerwGE 134, 308 = DVBl 2010, 395 – Bielefeld-Steinhagen, abgedruckt). [ . . ]

#### [352] 4. Kein Verstoß der Planfeststellung gegen artenschutzrechtliche Verbote

[353] Auf der Grundlage der Bestandsaufnahmen zu den einzelnen Tierarten geht der angegriffene Planfeststellungsbe-

schluss in der Fassung seiner Ergänzungen zu Recht davon aus, dass dem Vorhaben die artenschutzrechtlichen Verbotsstatbestände des § 44 Abs. 1 BNatSchG 2009 nicht entgegenstehen. Unter Berücksichtigung der angeordneten landschaftspflegerischen Begleit- und Vermeidungsmaßnahmen werden die notwendigen Regelungen getroffen bzw. – soweit Verbotstatbestände als erfüllt anzusehen sind – die erforderlichen Ausnahmen gegeben.

#### [354] a) Fledermäuse

[355] Fledermäuse gehören zu den gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 13b) aa) BNatSchG 2009 besonders geschützten und nach § 7 Abs. 2 Nr. 14b) BNatSchG 2009 streng geschützten Arten.

#### [356] aa) Tötungsverbot

[357] Es ist nicht zu erwarten, dass infolge des Vorhabens bau- oder betriebsbedingt gegen das Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG 2009 verstoßen wird.

[358] (1) Einer möglichen Verwirklichung des Tötungsverbots bereits im Rahmen der Baufeldfreimachung durch das Fällen von Bäumen mit aktuell besetzten Fledermausquartieren begegnen die planfestgestellten Regelungen mit geeigneten Maßnahmen. Potentiell geeignete Bäume werden vor der Baufeldfreimachung auf Fledermausbesatz kontrolliert. Sollten Tiere in einer Baumhöhle festgestellt werden, muss abgewartet werden, dass sich das Tier von selbst entfernt. Eine Entfernung potentieller Quartierbäume erfolgt nur bei Temperaturen über 10° C, zudem geschieht die Entfernung potentiell als Fortpflanzungsstätte genutzter Höhlenbäume außerhalb der Wochenstubenzeit (außerhalb der Zeit von April bis August). Nur höchst vorsorglich hat bei Fällarbeiten ein Fledermausfachmann zur Versorgung von eventuell verletzten Fledermäusen anwesend zu sein. Mit Blick auf diese Maßnahmen bzw. die Tatsache, dass eine Kartierung von tatsächlichen und potentiellen Höhlenbäumen stattgefunden hat und sich nur drei Höhlenbäume im Waldgebiet »Die Deipe« im unmittelbaren Trassenbereich befinden und daher gefällt werden müssen, steht entgegen der Kritik des Klägers die Einschätzung der Fachgutachter des Vorhabenträgers nicht in Frage, die Baufeldfreimachung lasse eine Tötung von Fledermäusen nicht erwarten. Denn es sind nach fachlicher Einschätzung alle in Betracht kommenden Risiken erkannt worden, damit keine Fledermäuse während des Winterschlafes oder der Wochenstubenzeit in Mitleidenschaft gezogen werden. Restrisiken wurden ebenfalls abgedeckt. Die vom Kl. der Sache nach geforderte vollkommene Sicherheit kann es in Fällen der gegebenen Art nie geben, sie ist rechtlich auch nicht gefordert. [ . . ]

[360] (2) Ein Verstoß gegen das Tötungsverbot infolge des Betriebs der B 474n kann gleichfalls nicht erkannt werden, weil das Risiko kollisionsbedingter Tötungen hinreichend reduziert wird. Es ist zwar bei einem Straßenbauvorhaben nie mit völliger Sicherheit auszuschließen, dass Fledermäuse bei einer Querung der Fahrbahn infolge von Kollisionen mit Kraftfahrzeugen getötet werden. Der Tatbestand des Tötungsverbots ist allerdings erst dann erfüllt, wenn das Vorhaben dieses Risiko in einer für die betroffene Tierart signifikanten Weise erhöht. Dabei sind Maßnahmen, mittels derer solche Kollisionen vermieden werden (wie etwa Überflughilfen, Leitstrukturen u. Ä.), in die Betrachtung einzubeziehen.

Der Tatbestand ist nicht erfüllt, wenn das Risiko kollisionsbedingter Verluste von Einzelexemplaren in einem Risikobereich verbleibt, der mit einem Verkehrsweg im Naturraum immer verbunden ist (vgl. BVerwG, Urteile vom 09.07.2008 – 9 A 14.07 – BVerwGE 131, 274, 301 f. = DVBl 2009, 259 – Bad Oeynhausen, und vom 12.08.2009 – 9 A 64.07 – BVerwGE 134, 308, 320 = DVBl 2010, 395 – Bielefeld-Steinhagen, jeweils m.w.N.). [ . . ]

[362] Umstände, die für die Beurteilung der Signifikanz eine Rolle spielen, sind insbesondere artspezifische Verhaltensweisen, häufige Frequentierung des durchschnittlichen Raums und die Wirksamkeit vorgesehener Schutzmaßnahmen. Für die fachliche Beurteilung ist der Planfeststellungsbehörde eine Einschätzungsprärogative eingeräumt. [ . . ]

[373] **bb) Beschädigungs- und Zerstörungsverbot**

[374] Die Regelungen des planfestgestellten Artenschutzrechtlichen Fachbeitrages Januar 2010 stellen ebenfalls sicher, dass hinsichtlich der Fledermäuse keine Verstöße gegen die Beschädigungs- und Zerstörungsverbote des § 44 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 und Nr. 3 BNatSchG 2009 gegeben sind. Soweit im Untersuchungsraum gesichert vorkommende oder dort vorsorglich auch nur vermutete Fledermausarten artbedingt Quartierstandorte in Baumhöhlen haben, können sie von der Beseitigung von Höhlenbäumen betroffen sein. Zwar werden drei als Höhlenbäume identifizierte Bäume vorhabenbedingt gefällt. Deren Beseitigung erfolgt nach den bereits beschriebenen planfestgestellten Maßnahmen aber so, dass keine aktuell von Fledermäusen besetzten Bäume gefällt werden. [ . . ]

[375] Im Übrigen sind Beschädigungs- und Zerstörungsverbote nicht erfüllt, wenn etwa bei Fledermäusen, die einen Verbund von mehreren Höhlenbäumen nutzen, zwischen denen sie regelmäßig wechseln, im Falle der Rodung einzelner Bäume dieses Verbundes deren Funktion von den verbleibenden Bäumen oder durch vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen im räumlichen Zusammenhang weiter erfüllt werden kann (vgl. BVerwG, Urteil vom 13.05.2009 – 9 A 73.07 – Buchholz 451.91 Europ. UmwR Nr. 39, S. 251). [ . . ]

[377] Ein Verstoß gegen Art. 12 und 16 der FFH-Richtlinie kann in einer so verstandenen Auslegung des § 44 Abs. 5 Satz 2 und 3 BNatSchG 2009 nicht gesehen werden (vgl. BVerwG, Urteil vom 14.07.2011 – 9 A 12.10 – BVerwGE 140, 149, 172 f. = DVBl 2012, 34 – Ortsumgehung Freiberg). Die vorgezogene Ausgleichsmaßnahme sieht Altholzschutzmaßnahmen im Waldgebiet »Die Deipe« einschließlich der Anbringung von 30 Fledermauskästen vor. [ . . ]

[381] **cc) Störungsverbot**

[382] Vorhabenbedingte Störungen im Sinne des § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG 2009 durch bau- oder betriebsbedingte Licht- und Schallimmissionen bleiben unter Berücksichtigung der vorgesehenen Vermeidungs-, Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen nach der nicht zu beanstandenden fachgutachterlichen Einschätzung des Artenschutzrechtlichen Fachbeitrages 2010 ebenfalls unter der in dieser Vorschrift durch die Verschlechterung des Erhaltungszustands der lokalen Population einer Art bestimmten Schwelle der Erheblichkeit. Mit den Vorgaben der FFH-Richtlinie steht diese Tatbestandseinschränkung in Einklang, weil der entsprechende

Tatbestand des Art. 12 Abs. 1 Buchstabe b) der FFH-Richtlinie nur Störungen der »Art« im Gegensatz zur Tötung von »Exemplaren dieser Arten« in Art. 12 Abs. 1 Buchstabe a) der FFH-Richtlinie erfasst und daher ebenfalls einen art- bzw. populationsbezogenen Ansatz aufweist (vgl. BVerwG, Urteil vom 09.07.2008 – 9 A 14.07 – BVerwGE 131, 274, 305 f. = DVBl 2009, 259 – Bad Oeynhausen). [ . . ]

[385] **b) Vögel**

[386] Eine Verwirklichung der Verbotstatbestände des § 44 Abs. 1 BNatSchG 2009 durch bau- oder betriebsbedingte Gefährdungen besonders geschützter (europäischer) Vogelarten (§ 7 Abs. 2 Nr. 12 und Nr. 13b) BNatSchG 2009 i.V.m. Anhang 1 der Vogelschutzrichtlinie) ist im Grundsatz nicht zu gewärtigen. Nur bezüglich einzelner Vogelarten mag ein artenspezifisch erhöhtes Kollisionsrisiko bestehen bzw. im Einzelfall ein Habitatverlust zu befürchten sein. Insofern sind entsprechende Ausnahmen erteilt worden. [ . . ]

[387] **aa) Tötungsverbot**

[388] Eine Verwirklichung des Tötungsverbotes aus § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG 2009 ist bei einer Zulassung des Vorhabens für die meisten Arten nicht zu bejahen. [ . . ]

[389] **(1)** Zur Vermeidung von baubedingten Vogeltötungen infolge einer Zerstörung von Nestern und Eiern erfolgt die Baufeldräumung außerhalb der Brut- und Aufzuchtzeiten – 01.03. bis 30.09 –.

[390] **(2)** Trotz der planfestgestellten Vermeidungsmaßnahmen verbleibt bei der Schleiereule, dem Steinkauz, dem Waldkauz und der Waldohreule nach Auffassung der Fachgutachter – für die ersten zwei Arten gerade bei Jungvögeln – die Gefahr kollisionsbedingter Tötungen. Ob das verbleibende Risiko des Verlustes von Einzelexemplaren bereits ein beachtliches »signifikant gesteigertes Risiko von Kollisionschäden« darstellt und damit ein Verstoß gegen das Tötungsverbot zu bejahen ist, mag offenbleiben. Jedenfalls ist insofern im Ergänzungsplanfeststellungsbeschluss vorsorglich eine Ausnahme gemäß § 45 Abs. 7 BNatSchG 2009 erteilt worden. [ . . ]

[393] Soweit der Kl. eine Verwirklichung des Tötungsverbotes für weitere Vogelarten befürchtet, sind seine Einwände nicht substantiiert genug. Dies gilt etwa für die von den Fachgutachtern des Vorhabenträgers in »Gilden« zusammengefassten Arten, und insbesondere für die vom Kl. ausdrücklich hervorgehobenen Arten Gelbspötter oder Grünspecht. Eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos folgt nicht allein aus der möglichen Durchschneidung eines Reviers.

[394] **bb) Störungsverbot**

[395] Die auf der naturfachlichen Einschätzung der vom Vorhabenträger beauftragten Fachgutachter beruhende Bewertung der Planfeststellungsbehörde, projektbedingte Störungen der Vogelwelt im Sinne des § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG 2009 seien nicht zu erwarten, unterliegt keinen rechtlichen Bedenken. [ . . ]

[396] Relevante Störungen der Avifauna können vor allem durch bau- und betriebsbedingte Beeinträchtigungen der geschützten Tierarten in Gestalt von akustischen und optischen Störwirkungen erfüllt werden. [ . . ]

**[408] cc) Zerstörungsverbot**

[409] Die Planfeststellung verneint bei der überwiegenden Anzahl der untersuchten Vogelarten einen Verstoß gegen das in § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG 2009 normierte Verbot, Fortpflanzungs- oder Ruhestätten zu beschädigen bzw. zu zerstören. Dies ist von Rechts wegen mit Blick auf die überzeugenden Darlegungen in dem Artenschutzrechtlichen Fachbeitrag Januar 2010 nicht zu beanstanden. [ . . ]

[410] (1) Diese Feststellung gilt zunächst für die untersuchten und als Gehölzbrüter qualifizierten Vogelarten. Eine Inanspruchnahme von Bruthabitaten wird zwar bejaht, nach fachgutachterlicher Einschätzung dem Verlust einzelner Brutstandorte bzw. von Teilen der Nahrungsräume allerdings keine durchgreifende Bedeutung beigemessen, weil die ökologische Funktion der Lebensstätten im räumlichen Zusammenhang erhalten bleiben.

[411] (2) Nur bei einzelnen Arten wird davon ausgegangen, das Zerstörungsverbot könne vorhabenbedingt bei bestimmten Vogelarten erfüllt sein, weil einzelne Brutreviere zerstört werden und deren ökologische Funktion im räumlichen Zusammenhang nicht mehr gegeben sei. [ . . ]

[413] Die ökologische Funktion der Habitate wird indes infolge vorgezogener Ausgleichsmaßnahmen im räumlichen Zusammenhang weiterhin sichergestellt (vgl. zu § 42 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 5 Satz 2 und 3 BNatSchG a.F. BVerwG, Urteil vom 12.08.2009 – 9 A 64.07 – BVerwGE 134, 308, 322 f. = DVBl 2010, 395 – Bielefeld-Steinhagen, m.w.N.). [ . . ]

**[420] dd) Rechtmäßigkeit der zugelassenen Ausnahmen von Zugriffsverboten**

[421] Der Ergänzungsplanfeststellungsbeschluss vom 04.05.2011 hat hinsichtlich der vom Tötungsverbot als betroffen angesehenen Arten Schleiereule, Steinkauz, Waldkauz und Waldohreule und wegen des dem Zerstörungsverbot zuwiderlaufenden Verlustes von Brutrevieren für die Arten Kiebitz und Nachtigall sowie von Höhlenbäumen für baumbewohnende Arten des Waldgebietes »Die Deipe« eine Ausnahme erteilt. Diese Ausnahmeerteilung begegnet keinen rechtlichen Bedenken. [ . . ]

[422] (1) Nach § 45 Abs. 7 BNatSchG 2009 können die nach Landesrecht für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörden – wegen der Konzentrationswirkung des Planfeststellungsbeschlusses also auch die Planfeststellungsbehörde – im Einzelfall Ausnahmen von den Verboten des § 44 BNatSchG 2009 aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer und wirtschaftlicher Art zulassen. Darüber hinaus erfordert eine Ausnahme nach Satz 2, dass zumutbare Alternativen nicht gegeben sind und sich der Erhaltungszustand der Populationen einer Art nicht verschlechtert; weitergehende Anforderungen des Art. 16 Abs. 1 der FFH-Richtlinie sind zu beachten. Ferner sind nach Satz 3 Art. 16 Abs. 3 der FFH-Richtlinie und Art. 9 Abs. 2 der Vogelschutz-Richtlinie zu beachten. § 45 Abs. 7 BNatSchG 2009 steht mit den Bestimmungen der Art. 5 Buchstabe d) und Art. 9 Abs. 1 der Vogelschutz-Richtlinie in Einklang (vgl. zu § 43 Abs. 8 BNatSchG a.F. BVerwG, Urteil vom 09.06.2010 – 9 A 20.08 – DVBl 2011, 36 = Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr. 208, S. 140 – Querspange Bochum). [ . . ]

[424] Hängt die artenschutzrechtliche Zulässigkeit eines Vorhabens von Ausnahmen für mehrere Beeinträchtigungen ab, die dieselbe Art betreffen, so sind die Ausnahmevoraussetzungen in einer Gesamtschau der artenschutzwidrigen Beeinträchtigungen zu prüfen, weil sich nur so das für den Ausnahmegrund zu berücksichtigende Gewicht der Beeinträchtigungen und deren Auswirkungen auf den Erhaltungszustand der Populationen sachgerecht erfassen lassen (vgl. zu § 43 Abs. 8 BNatSchG a.F. BVerwG, Urteil vom 14.07.2011 – 9 A 12.10 – BVerwGE 140, 149, 174 = DVBl 2012, 34 – Ortsumgehung Freiberg). [ . . ]

[426] Auch bei einer solchen Gesamtbetrachtung liegen die Ausnahmevoraussetzungen vor.

[427] (2) Die Verwirklichung eines Tötungsverbotes für die Arten Schleiereule, Steinkauz, Waldkauz und Waldohreule ist nur auf Grund einer Worst-Case-Betrachtung angenommen worden, insbesondere weil bei einigen Arten trotz der Überquerungshilfen im Waldgebiet »Die Deipe« ein Abtauchen von Jungvögeln in den Trassenbereich nach Auffassung der Fachgutachter nicht gänzlich ausgeschlossen ist. Die Habitatverluste des Kiebitzes und der Nachtigall sind ebenfalls nur von beschränktem Ausmaß. Gleiches gilt für den Verlust von Höhlenbäumen für baumbewohnende Vogelarten. Das Gewicht dieses Verlustes wird zusätzlich durch die Schaffung umfangreicher Ausgleichshabitate bzw. die Aufwertung von weiteren Flächen relativiert.

[428] (3) Das Planvorhaben kann auch zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses für sich in Anspruch nehmen, die Ausnahmen von den Verboten des § 44 Abs. 1 Nr. 1 und 3 BNatSchG 2009 rechtfertigen. Voraussetzung dieses Ausnahmegrundes ist nicht, dass Sachzwänge vorliegen, denen niemand ausweichen kann. Es reicht vielmehr ein durch Vernunft und Verantwortungsbewusstsein geleitetes staatliches Handeln aus (vgl. zu § 43 Abs. 8 BNatSchG a.F. BVerwG, Urteil vom 14.07.2011 – 9 A 12.10 – BVerwGE 140, 149, 174 ff. = DVBl 2012, 34 – Ortsumgehung Freiberg, m.w.N.). [ . . ]

[430] Diese Voraussetzungen sind hier gegeben.

[431] (4) Auf Grund der zum Gegenstand der Planungsentscheidung gemachten artenschutzrechtlichen Untersuchung ist der Bekl. zu dem Ergebnis gelangt, dass zumutbare Alternativen im Sinne des § 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG 2009 fehlen. Die Planfeststellungsbehörde darf von einer Alternativlösung Abstand nehmen, die technisch an sich machbar und rechtlich zulässig ist, aber anderweitige, auch naturschutzexterne Nachteile aufweist, die außer Verhältnis zu dem mit ihr erreichbaren Gewinn für Natur und Umwelt stehen (vgl. BVerwG, Urteil vom 09.06.2010 – 9 A 20.08 – DVBl 2011, 36 = Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr. 208, S. 141 – Querspange Bochum). [ . . ]

[433] Vermeidungsmaßnahmen, mit denen die verbotswidrigen Einwirkungen an Ort und Stelle ausgeschlossen werden könnten, stehen nicht zur Verfügung. [ . . ]

[435] (5) Die für eine Ausnahmeerteilung erforderliche weitere Voraussetzung, dass sich der Erhaltungszustand der Populationen einer Art nicht verschlechtern darf, ist ebenfalls erfüllt. Anders als für den Verbotstatbestand des § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG 2009 kommt es für die Erteilung einer Aus-



nahme nicht speziell auf den Erhaltungszustand des von dem Vorhaben unmittelbar betroffenen lokalen Vorkommens an. Vielmehr ist eine Gesamtbetrachtung anzustellen, die auch die anderen Populationen der betroffenen Art in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet in den Blick nimmt. Entscheidend ist, ob die Gesamtheit der Populationen in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet, das über das Plangebiet hinausreicht, als lebensfähiges Element erhalten bleibt. Für die Beurteilung, ob dies zutrifft, ist der Planfeststellungsbehörde ein Beurteilungsspielraum eingeräumt (vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 09.06.2010 – 9 A 20.08 – DVBl 2011, 36 = Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr. 208, S. 142 – Querspanne Bochum). [ . . ]

[437] Mögen auch einzelne vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen nicht in unmittelbarem räumlichen Zusammenhang mit der Trasse liegen, so ist gegen die Bewertung, die Gesamtheit der in Rede stehenden Populationen bleibe in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet erhalten, nichts zu erinnern. Denn bei der entsprechenden Beurteilung ist der Planfeststellungsbehörde ein Beurteilungsspielraum einzuräumen. Dies gilt auch für die Entscheidung, an welchem Standort Maßnahmen zum Ausgleich des vorhabenbedingten Verlustes ergriffen werden sollen. Das Ziel, den Verlust von Individuen und Lebensstätten auszugleichen und den Erhaltungszustand der betroffenen Art zu stabilisieren, erfordert es nicht, dass die Ausgleichsmaßnahmen am Ort des Eingriffs ergriffen werden müssen. Die anzustellende gebietsbezogene Betrachtung erlaubt es dem Vorhabenträger und der Planfeststellungsbehörde vielmehr, das natürliche Verbreitungsgebiet der betroffenen Art großräumiger in den Blick zu nehmen und auch solche Orte für Ausgleichsmaßnahmen zu wählen, die keine unmittelbaren Rückwirkungen auf den von dem Vorhaben betroffenen Siedlungsraum erwarten lassen. Mit Blick auf den Zweck der Maßnahme ist daher jeder Standort innerhalb des natürlichen Verbreitungsgebietes der Art, an dem die Planfeststellungsbehörde durch entsprechende Festsetzungen im Planfeststellungsbeschluss den Kompensationserfolg herbeiführen kann, als geeignet anzusehen (vgl. etwa BVerwG, Urteile vom 09.06.2010 – 9 A 20.08 – DVBl 2011, 36 = Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr. 208, S. 142 – Querspanne Bochum). [ . . ]

[445] **ee) Nicht beeinträchtigte Vögel oder nicht planungsrelevante Vogelarten**

[446] Bestimmte planungsrelevante Vogelarten wurden im Untersuchungsraum nur gelegentlich gesichtet, ein Vorkommen nur unsicher vermutet oder aber sie werden in ihren Habitaten nicht oder in nicht relevanter Weise beeinträchtigt. Eine eingehende Prüfung der Zugriffsverbote war insoweit entbehrlich bzw. Verstöße gegen § 44 Abs. 1 BNatSchG konnten daher nach fachgutachterlicher Einschätzung mit Blick auf die planfestgestellten Vermeidungsmaßnahmen auch insoweit zu Recht ausgeschlossen werden. [ . . ]

[470] **d) National geschützte Arten**

[471] Die Einwände des Klägers, national geschützte Arten seien bei der Planung nicht hinreichend berücksichtigt worden, greifen nicht durch. Sie sind bereits nicht substantiiert genug, um ihnen weiter nachzugehen. Die bloße Behauptung, »wichtige Artengruppen«, wie »beispielsweise die artenreiche Gruppe der Wildbienen, Bockkäfer und Prachtkäfer«

seien nicht berücksichtigt worden, reicht hierzu nicht aus. [ . . ]

[474] **6. Fehlerfolgenregelung nach § 17e Abs. 6 Satz 2 FStrG**

[475] Die vom Kl. beantragte Aufhebung des angefochtenen Planfeststellungsbeschlusses in der Fassung seiner nachträglichen Ergänzungen oder die Feststellung seiner Rechtswidrigkeit und Nichtvollziehbarkeit wäre zudem nach § 17e Abs. 6 Satz 2 FStrG nicht gerechtfertigt. Einzelne möglicherweise gegebene Fehler in der artenschutzrechtlichen Prüfung würden die Ausgewogenheit der Gesamtplanung nicht in Frage stellen und könnten durch schlichte Planergänzung, etwa um zusätzliche Vermeidungs- und Ausgleichsmaßnahmen, behoben werden. Dies gilt auch bei der Klage eines anerkannten Naturschutzvereins. Dieser ist nämlich zur Erhebung einer Verpflichtungsklage auf Planergänzung befugt (vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 09.06.2006 – 9 A 11.03 – BVerwGE 121, 72, 80 ff.; Storost, Artenschutz in der Fachplanung, DVBl. 2012, 737, 745, m.w.N.). [ . . ]

[477] Einen entsprechenden Verpflichtungsantrag hat der Kl. aber nicht, auch nicht hilfsweise, gestellt. Ein erforderlicher Antrag auf Planergänzung ist in einem Planaufhebungsantrag indessen nicht inzident (als Minus) enthalten, sondern muss zumindest hilfsweise gestellt werden (vgl. BVerwG, Beschluss vom 10.07.1995 – 4 B 94.95 – Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr. 103, S. 45 f., und Urteil vom 18.04.1996 – 11 A 86.95 – BVerwGE 101, 73, 84 f. = DVBl 1996, 921 – Tiergartentunnel). [ . . ]

**Anmerkung zu OVG NRW, Urteil vom 18.01.2013 – 11 D 70/09.AK – B 474n – Ortsumgehung Datteln**

Das europäische **Gebiets- und Artenschutzrecht** hat durchaus seine Tücken (BVerwG, Urteil vom 17.01.2007 – 9 A 20.05 – BVerwGE 128, 1 = DVBl 2007, 706 – Halle Westumfahrung; OVG NRW, Urteil vom 01.12.2011 – 8 D 58/08/AK – m. Anm. Stüer/Stüer, DVBl 2012, 344; BVerwG, Beschluss vom 05.09.2012 – 7 B 24.12 – m. Anm. Stüer/Stüer, DVBl 2012, 1568 – Lünen Trianel), ist aber auch inzwischen kein »Buch mit sieben Siegeln« mehr, das sich der Praxis verschließt. Wenn es noch eines Beweises für diese Erkenntnis bedurfte hätte, dann hat sie das OVG NRW im Verfahren zur Ortsumgehung Datteln erbracht. Zugleich mit zwei weiteren klagabweisenden Urteilen vom 18.01.2013 – 11 D 73/09.AK; 11 D 74/09.AK –, die sich mit enteignungsrechtlichen Vorwirkungen, mit Zwangspunkten und mit Lärmbetroffenheiten von Privatklägern befassten, hat damit das Gericht trotz durchaus beachtlicher Argumente auf Seiten der Kl. grünes Licht für den Bau der Ortsumgehung Datteln gegeben.

Eingriffe mit möglicherweise erheblichen Auswirkungen auf ein Gebiet von gemeinschaftlicher Bedeutung bedürfen einer sorgfältigen und umfassenden **Verträglichkeitsprüfung**. Auswirkungen mit Bagatelldimensionen können dabei vernachlässigt werden. Werden die Erhaltungsziele erheblich beeinträchtigt, bedarf der Eingriff einer entsprechenden Rechtfertigung. Im **Artenschutz** sind die Verbotstatbestände des § 44 Abs. 1 und 5 BNatSchG auf der Grundlage einer ordnungsgemäßen Bestandsaufnahme abzuarbeiten. Werden Verbotstatbestände erfüllt oder verbleiben vernünftige Zweifel, kann für die Eingriffe unter den Voraussetzungen des § 45 Abs. 7

BNatSchG eine Ausnahme erteilt werden. Mit diesen Kernaussagen schafft das Urteil des OVG NRW zur Ortsumgehung Datteln für die Praxis des Planfeststellungs- und Immissionsschutzrechts Klarheit und gibt den Vorhabenträgern und den Zulassungsbehörden wichtige Orientierungshilfen auf einem juristischen Felde, das noch vor einigen Jahren kaum beackert war.

Zugleich weist das OVG NRW auf die **Mitwirkungslasten** vor allem auch der Naturschutzvereinigungen hin, die wegen ihrer besonderen Fachkunde in der Praxis eine herausgehobene fachliche Stellung in den Verwaltungsverfahren haben. Werden Einwendungen nicht rechtzeitig erhoben, sind sie für das Gerichtsverfahren präkludiert. Auch bei einer späteren Änderung oder Ergänzung der Zulassungsentscheidung leben präkludierte Einwendungsmöglichkeiten in aller Regel nicht wieder auf. Sie werden nur dann neu eröffnet, wenn im ergänzenden Verfahren über eine Bestätigung der bisherigen Ergebnisse hinaus entscheidungserhebliche neue Sachverhalte eingeführt worden sind oder eine grundlegende Neubewertung stattgefunden hat. Diese Erkenntnis ist für die Praxis von großer Bedeutung und nimmt den Vorhabenträgern und Zulassungsbehörden die Sorge, auf ein an sich für erforderlich gehaltenes Ergänzungsverfahren nur deshalb zu verzichten, weil mit der Planergänzung eine Neueröffnung sämtlicher Einwendungsmöglichkeiten befürchtet wird. Zudem wirkt die Ergänzung bei im Übrigen bestandskräftigem Planfeststellungsbeschluss nur zwischen den Beteiligten, die rechtzeitig Klage erhoben haben (BVerwG, Beschluss vom 04.07.2012 – 9 VR 6.12 – DVBl 2012, 1 163 m. Anm. Stürer/Stürer – Reparaturverfahren Ratingen/Velbert).

Auch die **Umweltverträglichkeitsprüfung** muss in derartigen Fällen ggf. mit einer erneuten Öffentlichkeitsbeteiligung nur dann erneut auf den Prüfstand, wenn der Plan in UVP-relevanter Weise geändert wird oder sich die zugrunde gelegten Annahmen grundlegend ändern, sodass eine erneute Vorprüfung nach §§ 3e, 3c UVPG erforderlich wird (BVerwG, v. 20.12.2011 – 9 A 31.10 – BVerwGE 141, 282 – A 3/A 44 – BUND; Stürer/Bergt, DVBl 2012, 443).

Die **Verträglichkeitsprüfung** kann mit einem für das Vorhaben positiven Ergebnis enden, wenn vernünftige Zweifel nicht verbleiben. Dafür gibt das OVG-Urteil ein gutes Beispiel (für den umgekehrten Fall einer von der EU-Kommission bescheinigten Verträglichkeit und einer vom BVerwG angenommenen Unverträglichkeit BVerwG, Urteil vom 12.03.2008 – 9 A 3.06 – BVerwGE 130, 299 = DVBl 2008, 1199 – Hessisch Lichtenau). Es räumt zugleich mit der Vorstellung auf, auch bei allen »Worst-Case-Betrachtungen« müsse eine absolute Sicherheit hinsichtlich der Wahrung der Erhaltungsziele gegeben sein. Ein Infrastrukturvorhaben ist eben kein Atomkraftwerk. Und selbst dort wird eine absolute Sicherheit nicht vermittelt (BVerfG, Beschluss vom 08.08.1978 – 2 BvL 8/88 – BVerfGE 49, 89 = DVBl 1979, 45 – Schneller Brüter Kalkar; BVerwG, Urteil v. 19.12.1985 – 7 C 65.82 – BVerwGE 72, 300 = DVBl 1986, 265 – Wyhl).

Für die Praxis bleibt gleichwohl die Empfehlung, sich in kritischen Fällen nicht auf die Überzeugungskraft einer durchgeführten Verträglichkeitsprüfung zu verlassen, sondern die Zulassung des Vorhabens vorsorglich auf das zweite (selbständig tragende) Standbein einer Abweichungsprüfung zu stellen (BVerwG, Urteil vom 12.03.2008 – 9 A 3.06 – BVerwGE

130, 299 = DVBl 2008, 1199 – Hessisch Lichtenau; Urteil vom 13.05.2009 – 9 A 72.07 – BVerwGE 134, 45 = DVBl 2009, 1307 – A 4 Düren/Kerpen). Denn »Gürtel und Hosenträger« halten eben besser. So haben Vorhabenträger und Planfeststellungsbehörde auch bei der Ortsumgehung Datteln mit einer Verträglichkeits- und Abweichungsprüfung im Sinne des Rates der umsichtigen, sich nicht nur auf das Glattbügeln verlassenden Hausfrau doppelt genäht und sind damit erwartungsgemäß gut gefahren. Ein solches Verhalten wird den Behörden nicht als widersprüchlich angekreidet, sondern von den Gerichten durchweg mit Verständnis aufgenommen.

Ein Stück weit Entwarnung kann auch im **Artenschutz** gegeben werden. Die Bestandsaufnahme muss nicht ein lückenloses Arteninventar umfassen, sondern kann sich im Schwerpunkt auf planungsrelevante Arten beziehen (vgl. auch OVG NRW, Beschluss vom 19.03.2012 – 11 A 701/10 – Ortsumgehung Troisdorf). Dabei können die Arten für die Bewertung in »Gilden« zusammengefasst werden. Den »wahren« Bestand von Fauna und Flora eines Naturraums vollständig abzubilden, ist weder tatsächlich möglich noch rechtlich geboten. Diese Hinweise des Gerichts, die sich auf entsprechende Überlegungen des BVerwG stützen können, sind für die Praxis außerordentlich wichtig, weil sie die Grenzen der Ermittlungspflichten aufzeigen und ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Aufwand und Ertrag gewährleisten.

Und noch eine weitere Erkenntnis ist wichtig: Bei der Prüfung der Verbotstatbestände haben die Zulassungsbehörden einen **fachlichen Beurteilungsspielraum**, der nur bei offensichtlicher Fehlsamkeit oder eindeutiger Widerlegbarkeit zu einer gerichtlichen Beanstandung führt. Die Formel ist schon seit den Zeiten der Gebietsreform bekannt (VerfGH NRW, Urteil vom 02.11.1973 – VerfGH 17/72 – DVBl 1974, 515, m. Anm. Stürer, KommPolBl 1973, 1112). Nur wenn die Verbotstatbestände eindeutig verletzt sind, muss unter den Voraussetzungen des § 45 Abs. 7 BNatSchG eine Ausnahme erteilt werden. Verbleibende Zweifel reichen im Gegensatz zur Verträglichkeitsprüfung im Bereich des europäischen Gebietsschutzes zur Erfüllung der Verbotstatbestände beim Artenschutz nicht aus.

Klar hat sich das Gericht auch für die Möglichkeit ausgesprochen, bei verbleibenden Zweifeln **vorsorglich eine Ausnahme** zu erteilen. Zugleich werden an die Ausnahmeerteilung nach § 45 Abs. 7 BNatSchG keine überzogenen Anforderungen gestellt. Bleibt offen, ob ein Verbotstatbestand überhaupt erfüllt ist und verbleiben insoweit lediglich nicht ganz auszuräumende Zweifel, dann sind an die zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses auch entsprechend geringe Anforderungen zu stellen. Vorhaben im Gemeininteresse haben daher in aller Regel die Kraft, die Erfüllung einzelner Verbotstatbestände zu überwinden – vor allem, wenn diese nur vorsorglich als erfüllt unterstellt werden.

Und auch die Formulierungen in den Planfeststellungsbeschlüssen zu den Autobahnprojekten in Hessisch Lichtenau (BVerwG, Urteil vom 12.03.2008 – 9 A 3.06 – BVerwGE 130, 299 = DVBl 2008, 1199) und Bad Oeynhaus (BVerwG, Urteil vom 09.07.2008 – 9 A 14.07 – BVerwGE 131, 274 = DVBl 2009, 259) können hier genutzt werden. Sollten einzelne weitere Verbotstatbestände erfüllt sein, dürfen auch für sie die in der Ausnahmeentscheidung bereits dar-

gelegten Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses vorliegen. Dasselbe dürfte in der Regel auch für die Alternativenprüfung gelten, die sich mit entsprechenden planerischen Entscheidungsspielräumen ohnehin nicht an einem lediglich artenschutzrechtlichen Vergleich orientiert, sondern vor dem Hintergrund einer Gesamtschau aller jeweils betroffenen Belange getroffen wird.

Dabei ist allerdings auch klar: Die Ausnahme für betriebsbedingte Beeinträchtigungen wird nicht nur für die im Zeitpunkt der Entscheidung bereits lebenden Tiere, sondern auch **für die Zukunft** erteilt und damit auch für Zugriffe, die sich auf eine erst künftig entstehende und sich ständig wandelnde Tierwelt beziehen. Gemessen an diesen geradezu kanonischen Zeiträumen (im Vatikan wird darunter bei der Wiedervorlage alter Folianten ein Zeitraum von 300 Jahren verstanden) kann auch die artenschutzfachliche Bestandsaufnahme nur eine Momentaufnahme und so gesehen nur ein unvollkommenes Stückwerk sein. Vergleichbare Probleme sind nicht nur von dem apostolischen Segen »Urbi et orbi« bekannt, der von Gläubigen auf der ganzen Welt vor den Rundfunkgeräten und Bildschirmen zu Weihnachten und zu Ostern gewonnen werden kann. Auch in Zeiten des von Papst Honorius III. im Jahre 1223 für Franz von Assisi gestifteten Portiunkula-Ablasses, bei dem es gelingen sollte, dem Bußfertigen die vollständige Vergebung zeitlicher Strafen für Sünden zu gewähren – und auch solcher, die er noch gar nicht begangen hatte, mussten im Dienste der guten Sache vergleichbare Hindernisse überwunden werden.

Zugleich ist das OVG-Urteil zur Ortsumgehung Datteln aber auch ein Beleg für die Gewissheit, dass die Belange des Naturschutzes vor allem im europäischen Gebietsschutz deutlich stärker als früher beachtet, jedenfalls aber in der Abwägung berücksichtigt werden müssen. Nur wenn das Vorhaben sich durch überzeugende Gründe rechtfertigt, ist ein Eingriff in Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung zulässig. Auch der europäische Artenschutz verdient in dem Sinne Beachtung, dass das Schutzsystem mit den Verbotstatbeständen und Ausnahmeregelungen fachgerecht abgearbeitet werden muss und die Vorhabeninteressen bei der gebotenen Abwägung überwiegen müssen.

Im Kern läuft die juristische Prüfung darauf hinaus, dass die mit der Projektverwirklichung verbundenen **Eingriffsfolgen** ordnungsgemäß ermittelt und dem Grundsatz der Angemessenheit entsprechen müssen. Letztlich ist hierdurch für den Bereich des Naturschutzes durch diese rechtlichen Anforderungen erreicht worden, dass er mit den betroffenen Eigentumsbelangen auf einer Augenhöhe steht. Dabei zeigt das Urteil des OVG NRW zur Ortsumgehung Datteln aber auch, dass die Belange des Naturschutzes nicht ein unantastbares Eigenleben führen, in deren Vergleich die Belange des Eigentümers oder auch der in seiner Gesundheit Betroffene nur ein Schattendasein führen. Folgerichtig hat sich das OVG NRW in den beiden weiteren Urteilen vom 18.01.2013 – 11 D 73/09.AK; 11 D 74/09.AK – in vergleichbar eingehender Weise auch mit den enteignungsrechtlichen Vorwirkungen der Ortsumgehung Datteln, mit Fragen der Zwangspunktbildung und mit den Lärmbetroffenheiten von Privatklägern befasst, sodass auch diese Belange in der richterlichen Prüfung trotz eines für die Kläger gewiss nicht erbaulichen Ergebnisses nicht zu kurz gekommen sind.

Der Ausbau der Verkehrsinfrastruktur und anderer Projekte im Interesse der Fortentwicklung des Wirtschaftsstandortes Deutschland müssen weder an enteignungsrechtlich betroffenen Privatinteressen noch an den Belangen des Naturschutzes scheitern. Allerdings ist ein sachgerechter Ausgleich in diesem vielfältigen Interessengeflecht geboten, der den Grundsätzen der Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit entsprechen muss. Dieses im Bereich des Naturschutzes und – in den beiden Parallelentscheidungen – auch an den betroffenen Eigentumsbelangen mit einem hohen richterlichen Arbeitsinsatz an einem praktischen Beispiel dargelegt zu haben – das ist das eigentliche Verdienst der drei OVG-Urteile.

Rechtsanwalt und Notar Prof. Dr. Bernhard Stüer,  
Richter am BGH-Senat für Anwaltsachen  
Rechtsanwältin Dr. Eva-Maria Stüer,  
Fachanwälte für Verwaltungsrecht, Münster/Osnabrück\*

## Ziele der landesweiten Raumordnung müssen im Regionalplan beachtet werden

4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ROG BW; 11 Abs. 2 Satz 2 und, 11 Abs. 3 Satz 1 und, 11 Satz 2 Nr. 5 LplG BW

**1. Eine Festlegung des Regionalplans, die ein in einem landesweiten Raumordnungsplan festgelegtes Ziel der Raumordnung nicht beachtet, verstößt gegen § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ROG.**

**2. Die Bindungswirkung nach § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ROG begrenzt den regionalplanerischen Spielraum zur Ausformung eines Zieles der Raumordnung des Landesentwicklungsplanes i.S. des § 11 Abs. 2 Satz 2 LplG auf Festlegungen, die den durch das Ziel festgelegten Rahmen nachvollziehend räumlich und sachlich verfeinern, soweit dieser Rahmen nicht selbst Spielraum für abweichende Ausgestaltungen im Regionalplan eröffnet.**

**3. Plansatz 3.3.7 Z Abs. 1 des Landesentwicklungsplans 2002 Baden-Württemberg (Verordnung der Landesregierung vom 23.07.2002, GBl. S. 301) gibt als Ziel der Raumordnung zur Konzentration der Standorte von Einzelhandelsgroßprojekten im Zentrale-Orte-System landesweit einen verbindlichen Differenzierungsrahmen in Gestalt einer Soll-/Regel-Ausnahme-Struktur ohne regionalplanerischen Abweichungsspielraum vor (Aufgabe der im Senatsbeschluss vom 09.12.2005 – 8 S 1754/05 – ZfBR 2006, 483 vertretenen Auffassung).**

**4. Ergänzende regionalplanerische Regelungen über Agglomerationen von Einzelhandelsbetrieben, die schädliche überörtliche Wirkungen entfalten, sind nach § 11 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. Satz 2 Nr. 5 LplG zulässig (im Anschluss an VGH BW, Urteil vom 21.09.2010 – 3 S 324/08 – NuR 2011, 149).**

VGH BW, Urteil vom 06.11.2012 – 8 S 2525/09 – (n.r.)

Der Landesentwicklungsplan 2002 BW (Verordnung der Landesregierung vom 23.07.2002, GBl. S. 301) – LEP 2002 – strukturiert

\* Die Anwaltskanzlei Stüer & Stüer war auf Seiten des Landesbetriebs Straßenbau NRW ([www.strassen.nrw.de](http://www.strassen.nrw.de)), als Teil eines Teams zur Planung der B 474n an der Vorbereitung des Planfeststellungsverfahrens und am Gerichtsverfahren beteiligt