

Bundesverwaltungsgericht

Nachmeldung eines Vogelschutzgebietes lässt strenges Schutzsystem der V-RL nicht im Nachhinein entfallen

Art. 4 Abs. 1, 2 und Abs. 4 Satz 1 V-RL, Art. 6 Abs. 3 und 4, Art. 7 FFH-RL, § 34 Abs. 1 und 3 bis 5, § 36 BNatSchG, § 1 Abs. 6 Nr. 7 Buchst. b, § 1a Abs. 4, § 214 Abs. 3 Satz 1 BauGB

Das strenge Schutzregime des Art. 4 Abs. 4 Satz 1 der V-RL für faktische Vogelschutzgebiete entfällt nicht »im Nachhinein« dadurch, dass das Land nach Inkraftsetzung eines Bebauungsplans, der in dem betreffenden Gebiet eine Straßentrasse festsetzt, ein Vogelschutzgebiet an die EU-Kommission nachmeldet, das an die Straßentrasse heranreicht, diese aber nicht in das Schutzgebiet einbezieht.

Das strenge Schutzregime für faktische Vogelschutzgebiete bezweckt auch, eine an ornithologisch-fachlichen Kriterien ausgerichtete Gebietsausweisung und -abgrenzung offen zu halten und nicht durch vorangehende beeinträchtigende Planungen unrealistisch werden zu lassen.

BVerwG, Urteil vom 27.03.2014 – 4 CN 3.13 – Esens-Bensersiel (Nds OVG, Urteil vom 22.05.2008 – 1 KN 149/05 –)

[1] **I.** Gegenstand des Normenkontrollverfahrens ist der Bebauungsplan Nr. 67 »Kommunale Entlastungsstraße Bensersiels« der Ag.

[2] Der Ast. ist Eigentümer einer der Ortslage von Bensersiel westlich vorgelagerten landwirtschaftlichen Hofstelle mit ca. 70 ha (teilweise verpachteten) Betriebsflächen, die durch die geplante, mittlerweile fertig gestellte Entlastungsstraße durchschnitten werden.

[7] Den Normenkontrollantrag des Ast. gegen den vom Rat am 02.09.2004 als Satzung beschlossenen Bebauungsplan Nr. 67 hat das Nds OVG mit Urteil vom 22.05.2008 abgelehnt. Der Bebauungsplan sei nicht unter dem Gesichtspunkt des europäischen Vogelschutzes fehlerhaft, weil das Land Niedersachsen inzwischen Vogelschutzgebiete nachgemeldet habe. Hiergegen hat das BVerwG mit Beschluss vom 17.06.2009 – 4 BN 28.08 – die Revision zugelassen.

[9] Zur Behebung etwaiger mit der Zulassungsfrage aufgezeigter Bedenken stellte die Ag. einen neuen Bebauungsplan Nr. 72 auf, der im Wesentlichen inhaltsgleich mit dem verfahrensgegenständlichen Bebauungsplan Nr. 67 war und zusätzlich eine 1,75 m hohe Lärmschutzwand enthielt.

[11] Nach erfolglosem Eilantrag des Ast. (Nds OVG, Beschluss vom 30.04.2010 – 1 MN 34/10) hat das Nds OVG den Bebauungsplan Nr. 72 – einschließlich dessen zwischenzeitlich in Kraft gesetzter 1. Änderung – mit Normenkontrollurteil vom 10.04.2013 für unwirksam erklärt, weil der Bebauungsplan zu einer unzulässigen Beeinträchtigung eines faktischen Vogelschutzgebiets führe und gegen Art. 4 Abs. 4 Satz 1 der V-RL verstoße. Die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision blieb ohne Erfolg (Beschluss vom 13.01.2014 – 4 BN 37.13 –).

[13] **II.** Die zulässige Revision ist begründet. Das angegriffene Normenkontrollurteil verletzt Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 VwGO). Es stellt sich auch nicht aus anderen Gründen

als richtig dar (§ 144 Abs. 4 VwGO). Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden (§ 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 VwGO); der Bebauungsplan Nr. 67 der Ag. ist für unwirksam zu erklären (§ 47 Abs. 5 Satz 2 VwGO).

[14] **1.** Das Nds OVG hat angenommen, der im Jahr 2004 als Satzung beschlossene und im Jahr 2005 bekannt gemachte Bebauungsplan Nr. 67 sei unter dem Gesichtspunkt des europäischen Vogelschutzes deshalb nicht fehlerhaft, weil das Land Niedersachsen im Jahr 2007 das Vogelschutzgebiet V 63 nachgemeldet habe. Zwar hätte die Ag. zum Zeitpunkt des Satzungsbeschlusses von einem faktischen Vogelschutzgebiet ausgehen müssen. Ihre gegenteilige Einschätzung sei aber durch die vom Land vorgenommene Abgrenzung des nachgemeldeten Vogelschutzgebiets V 63 nachträglich als »von vornherein plausibel« bestätigt worden. Diese Annahme verletzt Bundesrecht.

[15] **a)** Nicht zu beanstanden ist diese Annahme allerdings, soweit das Nds OVG davon ausgeht, das Plangebiet habe bei Satzungsbeschluss dem Schutz der Vogelschutz-RL unterstanden, der der Planung »an sich« entgegengestanden habe.

[16] Art. 4 Abs. 1 Satz 1 der RL 2009/147/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.11.2009 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten – Vogelschutzrichtlinie – V-RL (ABl. L 20/7), die an die Stelle der RL 79/409/EWG des Rates vom 02.04.1979 getreten ist, legt fest, dass hinsichtlich der in Anhang I der RL aufgeführten Arten besondere Schutzmaßnahmen hinsichtlich ihrer Lebensräume anzuwenden sind, um ihr Überleben und ihre Vermehrung in ihrem Verbreitungsgebiet sicherzustellen. Die Mitgliedstaaten sind insbesondere verpflichtet, die für die Erhaltung dieser Vogelarten zahlen- und flächenmäßig geeignetsten Gebiete zu besonderen Schutzgebieten zu erklären. Gemäß Art. 4 Abs. 2 der V-RL haben die Mitgliedstaaten entsprechende Maßnahmen für die in Anhang I der RL aufgeführten, regelmäßig auftretenden Zugvogelarten hinsichtlich ihrer Vermehrungs-, Mauser- und Überwinterungsgebiete sowie der Rastplätze in ihren Wanderungsgebieten zu treffen. Nach Art. 4 Abs. 4 Satz 1 der V-RL treffen die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen, um die Verschmutzung oder Beeinträchtigung der Lebensräume sowie die Belästigung der Vögel (unter bestimmten Voraussetzungen) in den Schutzgebieten zu vermeiden. Nur überragende Gemeinwohlbelange wie etwa der Schutz des Lebens und der Gesundheit von Menschen oder der Schutz der öffentlichen Sicherheit sind geeignet, das Beeinträchtigungs- und Störungsverbot des Art. 4 Abs. 4 Satz 1 der V-RL zu überwinden (Urteil vom 14.11.2002 – 4 A 15.02 – BVerwGE 117, 149 [152 f.] = DVBl 2003, 534 – B 173; EuGH, Urteil vom 28.02.1991 – Rs. C-57/89, Leybucht – Slg. 1991, I-883 Rdnr. 22 f.).

[17] Die Mitgliedstaaten haben das Beeinträchtigungs- und Störungsverbot auch dann zu beachten, wenn sie das betreffende Gebiet nicht zum Vogelschutzgebiet erklärt haben, obwohl dies hätte geschehen müssen (EuGH, Urteil vom 18.03.1999 – Rs. C-166/97 – Slg. 1999, I-1719 Rdnr. 38). Denn andernfalls könnten die Schutzziele nicht erreicht werden (EuGH, Urteil vom 02.08.1993 – Rs. C-355/90, Santona – Slg. 1993, I-4221 Rdnr. 22). Kommt ein Mitgliedstaat seiner Verpflichtung zur Ausweisung von Vogelschutzgebieten nicht nach, erfahren solche Gebiete als sog. faktische Vogelschutzgebiete bis zu ihrer ordnungsgemäßen Unterschutz-

stellung den strengen Schutz des Art. 4 Abs. 4 Satz 1 der V-RL (EuGH, Urteil vom 07.12.2000 – Rs. C-374/98 – Slg. 2000, I-10799 Rdnr. 47).

[18] Faktische Vogelschutzgebiete umfassen Lebensräume und Habitate, die für sich betrachtet in signifikanter Weise zur Arterhaltung in dem betreffenden Mitgliedstaat beitragen und damit zum Kreis der im Sinne des Art. 4 der V-RL geeignetsten Gebiete gehören (Urteil vom 22.01.2004 – 4 A 32.02 – BVerwGE 120, 87 [101] = DVBl 2003, 534 – B 173). Über die Abgrenzung dieser Gebiete gibt u.a. das aktualisierte IBA-Verzeichnis Aufschluss. Dieses Verzeichnis ist nach der Rechtsprechung des EuGH (z.B. EuGH, Urteil vom 19.05.1998 – Rs. C-3/96 – NuR 1998, 538 Rdnr. 68 ff.) und des BVerwGE 120, 87 [102] ein bedeutsames Erkenntnisinstrument. Es hat zwar keinen Rechtsnormcharakter, spielt aber als gewichtiges Indiz für die Zugehörigkeit eines Gebiets zu den im Sinne des Art. 4 der V-RL geeignetsten Gebieten eine maßgebliche Rolle. Seine Indizwirkung kann nur entkräftet werden, wenn der Mitgliedstaat wissenschaftliche Beweise dafür vorlegt, dass die Verpflichtungen aus Art. 4 Abs. 1 und 2 der V-RL durch andere als die in diesem Verzeichnis aufgeführten Gebiete erfüllt werden können (EuGH, Urteil vom 13.12.2007 – Rs. C-418/04 – Slg. 2007, I-10947 Rdnr. 51).

[19] Von diesen rechtlichen Maßstäben hat sich das Nds OVG (UA S. 18 f.) ersichtlich leiten lassen. Das ergibt sich nicht nur daraus, dass es auf die Rechtsprechung des BVerwG ausdrücklich Bezug genommen hat, sondern kommt etwa auch in der Formulierung zum Ausdruck, die Planung hätte bei gleichbleibendem Sachstand nur »gerettet« werden können, wenn die Annahme gutachtlich erhärtet worden wäre, dass das faktische Vogelschutzgebiet nicht bis an den Trassenbereich heranreicht (UA S. 19). Entgegen dem Vortrag der Ag. – auch in der mündlichen Verhandlung – ist dem angegriffenen Urteil auch zu entnehmen, dass das Plangebiet nach Auffassung des Nds OVG im faktischen Vogelschutzgebiet lag. Das lässt sich nicht nur aus dem Ergebnis der vorinstanzlichen Subsumtion rückschließen, wonach der Umstand, dass Norden-Esens als IBA-Gebiet anerkannt gewesen sei, der Planung »an sich zunächst« entgegen gestanden habe. Das Nds OVG (UA S. 18) hat auch ausdrücklich festgestellt, dass das »Gebiet« (nach der Nachmeldung des Vogelschutzgebiets V 63 durch das Land) »nicht (mehr) als sog. faktisches Vogelschutzgebiet unter unmittelbarem Schutz der Vogelschutz-RL« stehe, worin zweifelsfrei zum Ausdruck kommt, dass es nach Auffassung des Nds OVG ursprünglich unter diesem Schutz stand. Keinen Zweifel unterliegt ferner, dass das Nds OVG mit dem Begriff »Gebiet« das Plangebiet bezeichnet hat. Der Senat hat deshalb im Revisionsverfahren als bindende Tatsachenfeststellungen des Nds OVG (§ 137 Abs. 2 VwGO) zugrunde zu legen, dass das Gebiet Norden-Esens als IBA-Gebiet anerkannt war, dass das Plangebiet in diesem IBA-Gebiet lag und dass die Indizwirkung des IBA-Gebiets für das Vorliegen eines faktischen Vogelschutzgebiets seitens der Ag. nicht durch einen wissenschaftlichen Gegenbeweis entkräftet wurde. Im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH und des BVerwG hat das Nds OVG auf dieser Tatsachengrundlage angenommen, dass das strenge Schutzregime des Art. 4 Abs. 4 Satz 1 der V-RL für faktische Vogelschutzgebiete der Planung »an sich zunächst« entgegenstand, weil es ersichtlich keine Anhaltspunkte für das Vorliegen überragender Gemein-

wohlbelange gesehen hat, aufgrund derer das Beeinträchtigungs- und Störungsverbot des Art. 4 Abs. 4 Satz 1 der V-RL hätte überwunden werden können.

[20] **b)** Die weitere Annahme des Nds OVG, das strenge Schutzregime des Art. 4 Abs. 4 Satz 1 der V-RL sei im »Nachhinein« entfallen, weil das Land das Vogelschutzgebiet V 63 nach Abschluss der Planung nachgemeldet habe (UA S. 19), wobei das Schutzgebiet bis an die Trasse der Entlastungsstraße heranreiche, diese aber nicht mit einschließe, steht dagegen mit Bundesrecht nicht im Einklang. Richtig ist zwar, dass die gerichtliche Anerkennung eines faktischen Vogelschutzgebiets im Falle eines abgeschlossenen Gebietsauswahl- und -meldeverfahrens nur noch unter engen Voraussetzungen in Betracht kommt, nämlich dann, wenn der Nachweis geführt werden kann, dass die vorgenommene Gebietsabgrenzung auf sachwidrigen Erwägungen beruht. Dieser deutlich erhöhte Maßstab für die Anerkennung eines faktischen Vogelschutzgebiets kann indes nicht einer Planung zugute kommen, die zu einem Zeitpunkt aufgestellt wurde, als das Gebietsauswahl- und -meldeverfahren des Landes noch defizitär war. Das gilt bereits aus Rechtsgründen. Auf die vom Nds OVG im Normenkontrollverfahren gegen den Bebauungsplan Nr. 67 noch verneinte, im Normenkontrollverfahren gegen den Bebauungsplan Nr. 72 sodann aber bejahte Frage, ob die vorgenommene Abgrenzung des nachgemeldeten Vogelschutzgebiets V 63 auf sachwidrigen Erwägungen beruht, kommt es deshalb nicht an.

[21] **a)** Die in der Rechtsprechung des BVerwG entwickelten Maßstäbe für die gerichtliche Anerkennung eines faktischen Vogelschutzgebiets im Falle eines abgeschlossenen mitgliedstaatlichen Gebietsauswahl- und -meldeverfahrens hat das Nds OVG (UA S. 19 f.) zutreffend wiedergegeben.

[22] Der Umstand, dass ein Land die Auswahl seiner »Natura 2000«-Gebiete abgeschlossen hat, steht der rechtlichen Existenz »faktischer« Vogelschutzgebiete grundsätzlich nicht entgegen (Urteil vom 14.11.2002 – 4 A 15.02 – BVerwGE 117, 149 [154] = DVBl 2003, 534 – B 173). Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, alle Landschaftsräume zu besonderen Schutzgebieten zu erklären, die für die Erhaltung der betreffenden Vogelarten am geeignetsten erscheinen (EuGH, Urteil vom 19.05.1998 a.a.O. Rdnr. 62). Die Identifizierung Europäischer Vogelschutzgebiete hat sich ausschließlich an ornithologischen Kriterien zu orientieren; eine Abwägung mit anderen Belangen findet nicht statt (Urteil vom 14.11.2002 a.a.O. S. 156). Ob die Ausweisungs- und Meldepflichten erfüllt worden sind, unterliegt grundsätzlich der verwaltungsgerichtlichen Überprüfung. Ein Land kann die Diskussion um die Existenz »faktischer« Vogelschutzgebiete folglich nicht dadurch beenden, dass es sein Gebietsauswahlverfahren für abgeschlossen erklärt (Urteil vom 14.11.2002 a.a.O. S. 155).

[23] Art. 4 Abs. 1 Satz 4 der V-RL eröffnet jedoch den Mitgliedstaaten einen fachlichen Beurteilungsspielraum in der Frage, welche Gebiete nach ornithologischen Kriterien für die Erhaltung der zu schützenden Vogelarten »zahlen- und flächenmäßig« am geeignetsten sind (EuGH, Urteile vom 28.02.1991 – Rs. C-57/89, Leybucht – Slg. 1991, I-883, vom 02.08.1993 – Rs. C-355/90, Santona – Slg. 1993, I-4221 und vom 11.07.1996 – Rs. C-44/95 – NuR 1997, 36). Die Eignungsfaktoren mehrerer Gebiete sind vergleichend zu bewerten. Gehört ein Gebiet hiernach zu den für den Vogelschutz »geeig-

netsten« Gebieten, ist es zum Vogelschutzgebiet zu erklären. Unterschiedliche fachliche Wertungen sind allerdings möglich. Die Nichtmeldung eines Gebiets ist nicht zu beanstanden, wenn sie fachwissenschaftlich vertretbar ist.

[24] Diese Vertretbarkeitskontrolle umfasst auch die Netzbildung in den einzelnen Ländern, hat aber auch insoweit den fachlichen Beurteilungsspielraum des Mitgliedstaates zu beachten. In dem Maße, in dem sich die Gebietsvorschläge eines Landes zu einem kohärenten Netz verdichten, verringert sich die richterliche Kontrolldichte. Mit dem Fortschreiten des mitgliedstaatlichen Auswahl- und Meldeverfahrens steigen die prozessualen Darlegungsanforderungen für die Behauptung, es gebe ein (nicht erklärtes) »faktisches« Vogelschutzgebiet, das eine »Lücke im Netz« schließen soll (Urteil vom 14.11.2002 a.a.O. S. 155 f.). Entsprechendes gilt auch für die zu treffende Gebietsabgrenzung. Die gerichtliche Anerkennung eines faktischen Vogelschutzgebiets kommt im Falle eines abgeschlossenen Gebietsauswahl- und -meldeverfahrens deshalb nur in Betracht, wenn der Nachweis geführt werden kann, dass die Nichteinbeziehung bestimmter Gebiete in ein gemeldetes Vogelschutzgebiet auf sachwidrigen Erwägungen beruht. Das gilt selbst dann, wenn die betreffenden Gebiete im IBA-Verzeichnis aufgeführt sind (Gellermann, in: Landmann/Rohmer, BNatSchG, Stand 01.08.2013, Vor § 31–36 Rdnr. 15a.E.).

[25] Während also im Falle einer unterbliebenen Gebietsmeldung eine widerlegliche Vermutung dafür spricht, dass die im IBA-Verzeichnis aufgeführten Gebiete faktische Vogelschutzgebiete sind, greift im Stadium eines abgeschlossenen mitgliedstaatlichen Auswahl- und Meldeverfahrens umgekehrt eine Vermutung des Inhalts, dass ein faktisches Vogelschutzgebiet außerhalb des gemeldeten Vogelschutzgebiets nicht existiert, die nur durch den Nachweis sachwidriger Erwägungen bei der Gebietsabgrenzung widerlegt werden kann. Der vom Nds OVG für die nachträgliche Bestätigung einer »von vornherein plausiblen« Planung herangezogene Maßstab der vom Land nach Abschluss der Planung vorgenommenen Gebietsabgrenzung ist mithin kein dem Erkenntnismittel des IBA-Verzeichnisses äquivalenter, sondern ein für die Anerkennung faktischer Vogelschutzgebiete deutlich strengerer Maßstab.

[26] **bb)** Zu Unrecht hat das Nds OVG (UA S. 19) angenommen, dass die streitgegenständliche Straßenplanung, die bereits abgeschlossen war, als der Vorschlag für das nachgemeldete Vogelschutzgebiet V 63 erarbeitet wurde, von diesem für die Anerkennung faktischer Vogelschutzgebiete deutlich strengeren Maßstab rückwirkend profitieren könne.

[27] Das Nds OVG hat angenommen, dass der Bebauungsplan »an sich zunächst« dem strengen Schutzregime für faktische Vogelschutzgebiete nach Art. 4 Abs. 4 Satz 1 der V-RL unterstehe. In der Gebietsnachmeldung liege aber im Kern die Bestätigung von fachlichen Annahmen, die »von vornherein plausibel« gewesen seien. Dies beseitigt indes die Unwirksamkeit des Bebauungsplans nicht. Das Nds OVG erkennt bereits den für die Beurteilung der Rechtsgültigkeit von Rechtsnormen maßgeblichen Zeitpunkt. Rechtsnormen, die unter Verletzung (zwingenden) höherrangigen Rechts, das in dem für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit maßgeblichen Zeitpunkt zu beachten war, zustande gekommen sind, sind im Grundsatz von Anfang an (ex tunc) und ohne Weiteres (ipso iure) unwirksam (vgl. z.B. Gerhardt/Bier, in: Schoch/

Schneider/Bier, VwGO, Stand 4/2013, vor § 47 Rdnr. 6 und Kopp/Schenke, VwGO, 19. Aufl. 2013, § 47 Rdnr. 112 und 120), soweit sich nicht aufgrund gesetzlicher Sonderregelungen anderes ergibt (vgl. Beschluss vom 07.03.2002 – 4 BN 60.01 – Buchholz 406.13 § 5 ROG Nr. 3 S. 10). Dies gilt jedenfalls für den hier markierten Verstoß gegen Unionsrecht, da ausweislich des entsprechend anzuwendenden § 1a Abs. 4 BauGB der nationale Gesetzgeber die Unwirksamkeit von Bebauungsplänen anordnet, die unter Verstoß gegen Regelungen des Gebietsschutzes für »Natura 2000«-Gebiete erlassen worden sind. Welcher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit maßgeblich ist, ist im Gesetz nur in Ansätzen geregelt. Für die Abwägung bei Bebauungsplänen bestimmt § 214 Abs. 3 Satz 1 BauGB, dass die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Satzung maßgebend ist; ist der planenden Gemeinde in diesem Zeitpunkt ein beachtlicher Abwägungsfehler unterlaufen, kann der Bebauungsplan – vorbehaltlich etwaiger Planerhaltungsvorschriften (§§ 214, 215 BauGB) – auf der Grundlage dieses Satzungsbeschlusses nicht wirksam in Kraft treten. Ob dieser Zeitpunkt auch für die Beurteilung der Vereinbarkeit einer Planung mit Art. 4 Abs. 4 Satz 1 der V-RL maßgeblich ist, kann der Senat offen lassen. Denn spätester in Betracht kommender Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit ist der Zeitpunkt der Inkraftsetzung der Rechtsnorm, hier durch ortsübliche Bekanntmachung gemäß § 10 Abs. 3 Satz 1 BauGB. Verstößt die Rechtsnorm in diesem Zeitpunkt gegen Art. 4 Abs. 4 Satz 1 der V-RL, ist sie von Anfang an unwirksam (vgl. z.B. Kopp/Schenke, a.a.O.).

[28] Vorliegend wurde der Bebauungsplan Nr. 67 am 20.09.2004 als Satzung beschlossen und mit ortsüblicher Bekanntmachung im Amtsblatt für den Landkreis Wittmund am 28.02.2005 in Kraft gesetzt. Bis zur Inkraftsetzung des Bebauungsplans war die Meldepraxis des Landes nach den Feststellungen des Nds OVG (UA S. 19) defizitär; die von der EU-Kommission angemahnte Nachmeldung und Ausweisung des Gebiets »IBA Norden-Esens« als Besonderes Schutzgebiet lag noch nicht vor (UA S. 5); sie erfolgte erst im Jahre 2007. In dem für die Beurteilung der Rechtswirksamkeit des Bebauungsplans Nr. 67 spätestens maßgeblichen Zeitpunkt der Inkraftsetzung des Bebauungsplans konnte sich die Ag. auf die Abgrenzung des erst ca. zwei Jahre später nachgemeldeten Vogelschutzgebiets V 63 deshalb nicht berufen; als Erkenntnismittel war in diesem Zeitpunkt maßgeblich auf das IBA-Verzeichnis abzustellen. Da das Plangebiet nach den Feststellungen des Nds OVG im IBA-Gebiet »Norden-Esens« lag und die Annahme, dass das faktische Vogelschutzgebiet nicht bis an den Trassenbereich heranreicht, nicht gutachtlich erhärtet wurde, unterlag die Planung dem strengen Schutzregime des Art. 4 Abs. 4 Satz 1 der V-RL. Gegen dieses hat die Ag. verstoßen, weil überragende Gemeinwohlbelange, die geeignet gewesen wären, dieses strenge Schutzregime zu überwinden, nicht vorlagen. Da Unbeachtlichkeitsvorschriften (§ 214 Abs. 1 bis 3, § 215 Abs. 1 BauGB) insoweit nicht greifen, konnte der Bebauungsplan Nr. 67 im Zeitpunkt seiner ortsüblichen Bekanntmachung nicht wirksam in Kraft treten.

[29] Die Anerkennung eines rückwirkenden Maßstabswechsels bei der Frage der zu treffenden Abgrenzung eines faktischen Vogelschutzgebiets widerspräche auch dem Sanktionscharakter, den der EuGH dem strengen Schutzregime

des Art. 4 Abs. 4 Satz 1 der V-RL beimisst. Sobald ein Vogelschutzgebiet zu einem besonderen Schutzgebiet erklärt wird, treten gemäß Art. 7 der RL 92/43/EWG des Rates vom 21.05.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen (ABl. 206 vom 22.07.1992, 7) – FFH-RL – die Verpflichtungen nach Art. 6 der FFH-RL an die Stelle der Pflichten aus Art. 4 Abs. 4 Satz 1 der V-RL (EuGH, Urteil vom 07.12.2000 – Rs. C-374/98 – Slg. 2000, I-10799 Rdnr. 44). Dieser mit Ausweisung eines Vogelschutzgebiets eintretende Regimewechsel ermöglicht es dem Mitgliedstaat, aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art einen Plan oder ein Projekt durchzuführen, auch wenn sie ein Schutzgebiet erheblich beeinträchtigen können, sofern eine Alternativlösung nicht vorhanden und durch Ausgleichsmaßnahmen sichergestellt ist, dass die globale Kohärenz des »Natura 2000«-Netztes geschützt ist. Unterlässt der Mitgliedstaat die gebotene Schutzgebietsausweisung, bleibt es bei dem strengen Schutzregime des Art. 4 Abs. 4 Satz 1 der V-RL, wonach – wie dargelegt – das Beeinträchtigungs- und Störungsverbot des Art. 4 Abs. 4 Satz 1 der V-RL nur zugunsten überragender Gemeinwohlbelange, wie etwa der Schutz des Lebens und der Gesundheit von Menschen oder der Schutz der öffentlichen Sicherheit, überwunden werden kann. Diese Dualität der anwendbaren Regelungen sieht der EuGH (Urteil vom 07.12.2000 a.a.O. Rdnr. 50 ff.) als gerechtfertigt an, weil ein Mitgliedstaat aus der Missachtung seiner unionsrechtlichen Pflichten keinen Vorteil ziehen soll. Einen solchen Vorteil nimmt der EuGH an, wenn sich ein Mitgliedstaat, der unter Verstoß gegen die Vogelschutz-RL ein Gebiet nicht zum besonderen Schutzgebiet erklärt, obwohl dies nach fachlichen Gesichtspunkten erforderlich gewesen wäre, auf Art. 6 Abs. 3 und 4 der FFH-RL berufen könnte. Denn ohne den förmlichen Akt der Unterschutzstellung ist es für die Kommission besonders schwer, wirksam zu überprüfen, ob die Mitgliedstaaten das Verfahren nach Art. 6 Abs. 3 und 4 der FFH-RL angewandt haben, und gegebenenfalls festzustellen, dass gegen die daraus resultierenden Verpflichtungen verstoßen wurde. Insbesondere wäre die Gefahr wesentlich größer, dass Pläne und Vorhaben, die das Gebiet beeinträchtigen, von den nationalen Behörden unter Verstoß gegen das genannte Verfahren genehmigt werden, von der Kommission aber nicht überprüft werden können und entgegen den Erfordernissen der Erhaltung dieses Gebiets schwere oder sogar irreparable Umweltschäden verursachen. Darüber hinaus schafft das strenge Schutzregime nach Art. 4 Abs. 4 Satz 1 der V-RL für faktische Vogelschutzgebiete auch einen Anreiz für die Mitgliedstaaten, besondere Schutzgebiete auszuweisen, weil sie sich dadurch die Möglichkeit eröffnen, sich eines Verfahrens zu bedienen, das es ihnen erlaubt, auch aus Gründen sozialer oder wirtschaftlicher Art einen Plan oder ein Vorhaben zu beschließen, der oder das ein besonderes Schutzgebiet beeinträchtigt (EuGH, Urteil vom 07.12.2000 a.a.O. Rdnr. 56).

[30] Unter Zugrundelegung der Rechtsauffassung des Nds OVG würde der Mitgliedstaat auch im Fall einer Gebietsnachmeldung nach Abschluss einer beeinträchtigenden Planung aus der Missachtung seiner unionsrechtlichen Pflichten Vorteile ziehen. Die Vorteile gingen über die vom EuGH angenommenen Vorteile noch hinaus. Denn einem Maßstabs-

wechsel hat das Nds OVG nur hinsichtlich der Frage der Abgrenzung des faktischen Vogelschutzgebiets das Wort geredet, während das angegriffene Urteil nicht erkennen lässt, dass die angegriffene Straßenplanung nach Ansicht des Nds OVG auch an dem mit der Gebietsnachmeldung erreichten Schutzstatus zu messen wäre. Das hätte hier aber nahegelegen, weil das nachgemeldete Vogelschutzgebiet V 63 nach den Feststellungen des Nds OVG an die Trasse der Entlastungsstraße heranreicht. Insoweit greift die Rechtsprechung des BVerwG (Urteil vom 17.01.2007 – 9 A 20.05 – BVerwGE 128, 1 = DVBl 2007, 706 – Rdnr. 77), auf die sich das Nds OVG in seiner Normenkontrollentscheidung über den Bebauungsplan Nr. 72 (Urteil vom 10.04.2013 – 1 KN 33/10 – NuR 2013, 424 [425]) nunmehr ausdrücklich gestützt hat, wonach im Einzelfall auch ökologische Beziehungsgefüge zwischen den Rand- und Pufferzonen des Gebiets und den an das Gebiet angrenzenden Flächen oder dort anzutreffenden Pflanzen- oder Tierarten für den günstigen Erhaltungszustand des Gebiets maßgeblich sein können. Hätte die Meldung oder Ausweisung des Vogelschutzgebiets V 63 bereits im Zeitpunkt der Straßenplanung vorgelegen, wäre die Ag. gemäß Art. 7 i.V.m. Art. 6 Abs. 3 der FFH-RL, § 34 Abs. 1 BNatSchG gehalten gewesen, die Auswirkungen der Straße auf diese Erhaltungsziele im Rahmen einer Verträglichkeitsprüfung zu untersuchen bzw. gemäß § 1 Abs. 6 Nr. 7 Buchst. b, § 1a Abs. 4 BauGB zu berücksichtigen. Entsprechende Planungsanforderungen hat das Nds OVG hinsichtlich des Bebauungsplans Nr. 67 nicht formuliert. Dem Nds OVG ist insoweit allerdings kein Vorwurf zu machen. Denn im maßgeblichen Zeitpunkt der Planung war der Schutzstatus des Gebiets noch gar nicht definiert (vgl. hierzu jüngst Urteil vom 08.01.2014 – 9 A 4.13 – juris LS 5 – A 14 Colbitz-Dolle) und konnte deshalb im Zeitpunkt des Satzungsbeschlusses (§ 214 Abs. 3 Satz 1 BauGB) auch nicht berücksichtigt werden. Unter Zugrundelegung der Rechtsauffassung des Nds OVG hätte die planende Gemeinde damit einen doppelten Vorteil: Sie würde einerseits von der Abgrenzung des nachgemeldeten Gebiets profitieren, andererseits könnten ihr die Erhaltungsziele und Schutzzwecke dieses nachgemeldeten Gebiets aber nicht entgegen gehalten werden. Diese doppelte Vorteilslage liefe der Sanktionsrechtsprechung des EuGH erst recht zuwider. Das gilt umso mehr, als das Land Niedersachsen die Abgrenzung des nachgemeldeten Vogelschutzgebiets V 63 nach eigenem Bekunden »unter Berücksichtigung des Bebauungsplans Nr. 67 vorgenommen« hat (vgl. Nds OVG, Urteil vom 10.04.2013 a.a.O. [428]). Damit tritt ein weiterer Zweck des strengen Schutzregimes für faktische Vogelschutzgebiete zu Tage, der darin besteht, eine an ornithologischfachlichen Kriterien ausgerichtete Gebietsausweisung und -abgrenzung offen zu halten und nicht durch vorangehende Planungen unrealistisch werden zu lassen. Ein Maßstabswechsel bei der Abgrenzung faktischer Vogelschutzgebiete kommt auch aus diesem Grunde erst mit der Meldung und Ausweisung eines Gebiets in Betracht.

[31] Die Forderung nach einer vorhergehenden Meldung und Ausweisung ist auch – entgegen der Auffassung der Ag. – keine bloße Förmerei. Vielmehr ist dem Vogelschutz in diesem Fall durch das Regelungskonzept des FFH-Rechts Rechnung zu tragen: Die über Art. 7 i.V.m. Art. 6 Abs. 3 und 4 der FFH-RL, § 36 i.V.m. § 34 Abs. 1 und 3 bis 5 BNatSchG eröffnete Möglichkeit, einen Plan aus zwingenden Gründen des über-

wiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art durchzuführen, auch wenn er ein Schutzgebiet erheblich beeinträchtigen kann, setzt die strikte Beachtung der habitatschutzrechtlichen Verfahrensanforderungen und gegebenenfalls der inhaltlichen Anforderungen an eine Abweichungsentscheidung voraus (vgl. hierzu Urteil vom 10.04.2013 – 4 C 3.12 – BVerwGE 146, 176 = DVBl 2013, 1047 – Rdnr. 10 ff.), die nach § 1a Abs. 4 BauGB auch in der Bauleitplanung einzuhalten sind. Ergibt eine durchzuführende Verträglichkeitsprüfung, dass die Erhaltungsziele des Vogelschutzgebiets V 63 beeinträchtigt werden können, ist insbesondere zu prüfen, ob die mit der Straßenplanung beabsichtigte Verkehrsentslastung als »zwingender Grund des überwiegenden öffentlichen Interesses« im Sinne des § 34 Abs. 3 BNatSchG anzuerkennen ist und ob zumutbare Planungsalternativen nicht gegeben sind. Liegen diese Voraussetzungen vor, sind gemäß § 34 Abs. 5 BNatSchG die zur Sicherung des Zusammenhangs des Netzes »Natura 2000« notwendigen Maßnahmen vorzusehen, andernfalls ist die Planung unzulässig. Diese verfahrens- und materiell-rechtlichen Planungsanforderungen sind für den Vogelschutz substantiell von Bedeutung. Sie entfielen, wollte man mit dem Nds OVG die nach Abschluss der Straßenplanung vorgenommene Gebietsnachmeldung als fachliche Bestätigung der »von vornherein plausiblen« Annahmen der Ag. zur Abgrenzung des faktischen Vogelschutzgebiets akzeptieren.

[32] **2.** Die Entscheidung des Nds OVG stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 144 Abs. 4 VwGO). Die vom Nds OVG (UA S. 20) offen gelassene Frage, ob die neuere Rechtsprechung des BVerwG (Urteil vom 12.03.2008 – 9 A 3.06 – BVerwGE 130, 299 = DVBl 2008, 1199 – Rdnr. 252 ff., 256) zum maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt bei (der gerichtlichen Überprüfung von) Planfeststellungsbeschlüssen auf Normenkontrollverfahren übertragen werden kann, ist zu verneinen.

[33] Nach dieser Rechtsprechung sind abweichend von dem Grundsatz, dass es für die gerichtliche Kontrolle eines Planfeststellungsbeschlusses auf die Sach- und Rechtslage bei dessen Erlass ankommt, Rechtsänderungen zu berücksichtigen, die zum Fortfall eines Rechtsverstoßes führen. Diese zum Fachplanungsrecht ergangene Rechtsprechung lässt sich auf Bebauungspläne nicht übertragen. Rechtsnormen, die unter Verletzung höherrangigen Rechts zustande gekommen sind, sind nicht nur – wie ausgeführt – von Anfang an (ex tunc) und ohne weiteres (ipso iure) unwirksam; sie bleiben es auch, soweit nicht aufgrund gesetzlicher Sonderregelungen ausnahmsweise etwas anderes gilt. Der Bebauungsplan Nr. 67 war – wie dargelegt – von Anfang an wegen Verstoßes gegen Art. 4 Abs. 4 Satz 1 der V-RL unwirksam. Planerhaltungsvorschriften kommen insoweit nicht in Betracht. Die Satzung kann deshalb auch nicht aufgrund einer späteren Rechtsänderung wieder »zum Leben erweckt« werden.

[34] **3.** Da die Nachmeldung des Vogelschutzgebiets V 63 somit unter keinem Gesichtspunkt zu der vom Nds OVG angenommenen »entscheidenden Veränderung« führt, kann der Senat auf der Grundlage der tatsächlichen Feststellungen des Nds OVG selbst entscheiden, dass die Planung gegen Art. 4 Abs. 4 Satz 1 der V-RL verstößt. Der Bebauungsplan Nr. 67 ist folglich gemäß § 47 Abs. 5 Satz 2 VwGO für unwirksam zu erklären.

Anmerkung zu BVerwG, Urteil vom 27.03.2014 – 4 CN 3.13 – Esens-Bensersiel

(Sind Schildbürger nicht überall?) Weil Krähen die frische Aussaat vom Gemeindeacker picken, sollen sie verscheucht werden. Damit der Gemeindevorsteher nicht die Saat zertrampelt, wird er in Schilda auf einer Plattform von vier Männern durch das Feld getragen. Ein im Westfälischen »Pütt« genannter Brunnen auf dem Marktplatz in Beckum soll von Schlamm gereinigt werden. Hierzu wurde eine Kette aus Männern in den Brunnen herabgelassen. Als der am obersten Ende hängende Mann nicht mehr konnte, sagte er zu den anderen: »Haltet Euch alle fest, ich muss mir mal eben in die Hände spucken.« Im Schöppinger Rathaus hatten die Bauleute die Feuerwehrspritze einfach eingemauert. Was haben diese Ereignisse in Schilda sowie im münsterländischen Beckum und Schöppingen mit dem ostfriesischen Nordseeheilband Bensersiel zu tun? Die am 17.06.2011 feierlich in Betrieb genommene ca. 2,3 km lange Entlastungsstraße am Rande des beschaulichen Nordsee-Küstenortes hat vielleicht das Zeug dazu, den vorgenannten Orten Konkurrenz zu machen, ja sogar als Aufmacher in eine Boulevard-Zeitung zu gelangen. Schildbürger sind wohl überall. Sie sitzen in den Amtsstuben, in den Parlamenten, in der Ministerialverwaltung, in Gutachterbüros, in Bürgerinitiativen und Naturschutzverbänden, in Ritzenbiotopen (Stürer, DVBl 1992, 1528, 1530) ebenso wie im gemeinen Volk, verstecken sich vielleicht sogar hinter Eigentümerinteressen und können neuerdings selbst unter schwarz- und rotbesamtenen Robenträgern nicht mehr ausgeschlossen werden.

(Paragrafenwald und wirkliches Leben). Die Entlastungsstraße Bensersiel ist zwar mit der zweimaligen damaligen Billigung des Nds OVG durch Urteil in einem Normenkontrollverfahren und einen Beschluss in einem Eilverfahren gebaut und an Ort und Stelle vorhanden, hat aber seit dem Spruch aus Leipzig keine tragfähige Rechtsgrundlage mehr. Denn beide Bebauungspläne, die zu ihrer Rechtfertigung aufgestellt worden waren, sind inzwischen vom Nds OVG und vom BVerwG für unwirksam erklärt worden. Fehlt aber einem Straßenbauvorhaben eine Rechtsgrundlage, so kann nach Maßgabe des Bargteide-Urteils des BVerwG (Urteil vom 30.01.1993 – 4 C 24.91 – BVerwGE 94, 100) durchaus ein Rückbau bzw. eine Nutzungseinschränkung in der Reichweite betroffener Abwehrrechte anstehen. Dies könnte den westlichen Teil der Entlastungsstraße treffen, während der östliche Teil unangefochten bliebe. Allerdings müsste erst das Flurbereinigungsverfahren durch das beim OVG Nds. ruhende Gerichtsverfahren wieder umgedreht werden. Zudem hat die Stadt Esens bereits vor der Leipziger Revisionsentscheidung einen weiteren Aufstellungsbeschluss zur Reparatur des vom BVerwG für unwirksam erklärten Bebauungsplans (Nr. 67) gefasst. Auch ist ein Beschluss zur Aufstellung von drei Bebauungsplänen (Nr. 78–80) bekannt gemacht, die sich auf die in zwei Teilstücke geteilte Straße und die räumlich davon getrennten Kompensationsmaßnahmen beziehen. Zugleich ist damit eine Veränderungssperre verbunden worden, nach deren Inhalt zwischenzeitliche Veränderungen der Straße nicht zulässig sind.

(Tote werden nicht wieder lebendig). Nach Auffassung des BVerwG ist ein Bebauungsplan, der im Geltungsbereich eines möglichen faktischen Vogelschutzgebietes verabschiedet wird, von Anfang an unwirksam und kann auch nicht durch

eine nachträgliche Planreparatur »zum Leben erweckt« werden. Tote werden, auch wenn sie nur juristisch tot sind, nicht wieder lebendig, lautet dazu wohl die Botschaft aus Leipzig – auch wenn sie sich nur auf ein Papierwerk bezieht. Juristische Beerdigungsunternehmer, deren Kunden sich ja erfahrungsgemäß ohnehin nicht wirklich beschweren (Stüer, AnwBl 2007, 431), werden auch mit Papierleichen fertig. Zugleich grenzt sich der 4. Senat im Bereich der Bauleitplanung zur Planfeststellung im Fachplanungsrecht ab, bei der nach Behebung des (formalen) Mangels die Tür für eine Planreparatur nicht zugeschlagen wird. Die Weste muss dort auch weiterhin nur bis zu dem Knopf wieder aufgeknöpft werden, bei dem der Fehler aufgetreten ist (Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 4. Auflage 2009, Rdnr. 1288; BVerwG, Beschluss vom 04.07.2012 – 9 VR 6.12 – DVBl 2012, 1163 – Ratingen/Velbert m. Anm. Stüer, DVBl 2012, 1164). Eine maßgeschneiderte neue Weste ist da nicht erforderlich. Das bleibt für das Fachplanungsrecht auch weiterhin so, weil sich der 4. Revisionssenat von dieser übereinstimmenden Rechtsprechung der drei Planungsenate (4., 7. und 9. Senat) nicht distanziert hat. Sonst hätte wohl auch der Große Senat (§ 11 VwGO), zumindest aber die »Frühstücksrunde« des BVerwG einberufen werden müssen. Dieser Gedanke einer möglichen Fehlerheilung und Planrettung, der auch die Unbeachtlichkeits- und Fehlerheilungsregelungen in §§ 214, 215 BauGB kennzeichnet (zur Selbstkorrektur der Rechtsprechung Schlichter, ZfBR 1985, 107), rückt allerdings nach Auffassung des BVerwG für einen Bebauungsplan etwas in eine wohl schon transzendente Ferne, weil er, wenn er im Zeitpunkt des Satzungsbeschlusses gegen europarechtliche Vorgaben verstößt, nicht mehr repariert werden kann, sondern für immer tot ist. Das ist in dieser Konstellation neu und keinesfalls selbstverständlich, muss aber wohl für die Praxis vorbehaltlich neuerer Erkenntnisse, für die gerade dieser Fall lehrbuchreife Schulbeispiele liefert, so hingenommen werden – schadet aber auch nicht wirklich. Ähnliches müsste dann wohl auch für Bebauungspläne gelten, die nach § 1 Abs. 4 BauGB gegen Ziele der Raumordnung verstoßen. Auch damit würde die Praxis wohl fertig.

(Wer bestimmt das Leben?) Zugleich gilt aber wohl auch die allgemeine Lebenserfahrung: Die Toten können nicht auf Dauer die Zukunft der Lebenden bestimmen, haben uns auch die Deutschen Staatsrechtslehrer auf ihrer Greifswalder Tagung 2013 übermittelt (Stüer, DVBl 2013, 1577). Und selbst die Heiligen im Mittelalter konnten zwar in der Gnadengabe der Multilokation aus dem Jenseits an mehreren Orten erscheinen, tatsächlich anwesend sein konnten die Jenseitigen im Diesseits allerdings nicht (Immanuel Kant, Kritik der reinen Vernunft, Erster Teil: Transzendente Logik, bereits in der 1. Aufl. 1781). Das bestätigen auch heute noch die Notare, die bei ihren Beurkundungen nicht auf die Anwesenden, sondern auf die Erschienenen abstellen und deren Willen in die Verhandlungsprotokolle aufnehmen und die Urkunde auch nur von diesen und nicht von jenen unterschreiben lassen.

(Wechselseitige Schuldzuweisungen). So ist eine Lage entstanden, die alle Akteure geradezu dazu anreizt, sich das Debakel um das viele Jahre andauernde Tauziehen gegenseitig in die Schuhe zu schieben. Die Stadt Esens, die im Vertrauen auf die Wirksamkeit von zwei vom Nds OVG in einem Normenkontrollverfahren und nochmals in einem Eilverfahren bestätigten Bebauungsplänen die Straße unter großem Termin-

druck gebaut und hierdurch das mehr als 8 Mio. Euro teure Bauwerk mit Fördergeldern von ca. 7 Mio. Euro im Interesse der Fremdenverkehrsgemeinde gut angelegt hat, wie sie meint. Der Grundstückseigentümer hat zwar ein höchstrichterliches Urteil für sich erstritten und formal Recht bekommen, nennt aber nach wie vor Grünland mit wehrfähigen Wiesenbrütern, Rastvögeln und entsprechenden Bewirtschaftungseinschränkungen (BVerwG, Urteil vom 12.03.2008 – 9 A 3.06 – BVerwGE 130, 299 = DVBl 2008, 1199 – Hessisch Lichtenau) sein Eigen. Die Naturschutzverbände, die sich innerhalb der Jahresfrist nicht gegen den Ursprungsbebauungsplan gewehrt haben und die auch in einem eigenen Rechtsstreit gegen den Reparatur-Bebauungsplan im Eilverfahren unterlegen sind (OVG Nds., Beschluss vom 15.02.2010 – 1 MN 31/10 – NABU) – ihr Interesse steht angesichts der im Trassenbereich zerstörten Natur wohl auch nur auf dem Papier. Und auch die Gerichte mit ihrem teilweise durchaus vorzeigbaren Schlingerkurs. Sie alle stehen wohl irgendwie vor einem Scherbenhaufen. Da könnte es nahe liegen, die Unterschiede zwischen der real existierenden Straße und dem in den Büchern ausgewiesenen faktischen Vogelschutzgebiet zu den Akten zuzunehmen, darüber einfach Gras wachsen zu lassen und sich anderen wichtigen Themen zuzuwenden. Getreu der Juristenweisheit: »Quod non in actis, non est in mundo.« (»Was nicht in den Akten ist, gibt es in der Welt auch nicht«). Das eine ist eben die Paragraphenwelt und das andere ist das wirkliche Leben. Und beide Welten haben vielfach nichts miteinander zu tun, ohne dass dies stets jemandem auffällt oder gar irgendeinen stört. Vielfach richtet man sich in beiden Welten auch durchaus auskömmlich ein.

(Doppelleben von Aktenwelt und Realität). Aber ganz so einfach ist dieses juristische und fachliche Doppelleben eben auch nicht immer. Kratzen etwa die Gerichte an dem juristischen Lack, kann der »autogerechte« Ferienort schon einige Schrammen davontragen. Aber auch der Grundstückseigentümer, dem es in Wahrheit wohl nicht um Rechthaberei, sondern zunächst um dem Ausgleich der an seinem Grundeigentum entstandenen Schäden und seit einiger Zeit wohl auch um die Wahrung der Natur geht, sieht sich irgendwie in einer vorzeigbaren Abseitsfalle. Der Boden darf nicht umgebrochen werden. Entwässerungsmaßnahmen wie Drainagen sind ebenfalls untersagt. Die Grundstücke dürfen nur noch unter Einhaltung der guten fachlichen Praxis betreten und bewirtschaftet werden. Nicht einmal der sprichwörtliche Hofhund darf noch frei und ungebunden auf den landwirtschaftlichen Grundstücken umherlaufen und sich seiner faunistischen Freiheiten erfreuen, sondern liegt stattdessen an der Kette des Naturschutzes. Das könnte sich noch erweitern, wenn die Gebietsausweisung in Richtung Ortslage weiter ausgedehnt wird. Gibt es einen Ausweg aus dieser Misere oder stecken alle in einer Falle, aus der es am Ende für keinen der Akteure ein Entrinnen gibt und nicht einmal das aus dem Monopoly-Spiel von der Schlossallee bekannte, befreiende »Gehe zurück auf Los« einen Ausweg bietet?

(Kann bei einem »Frühstart« nur durch einen Rückbau der Straße dauernder Rechtsfrieden hergestellt werden?) Die eigentliche Kernfrage ist, ob das Straßenbauprojekt durch einen (neuen) Bebauungsplan eine eigenständige Rechtsgrundlage finden kann oder ob dies überhaupt nicht oder erst dann möglich ist, wenn die Straße zunächst einmal abge-

brochen wird. Getreu der Ansage am Roulette-Tisch: »Nichts geht mehr.« Und erst nach einem Rückbau heißt es dann vergleichsweise hoffnungsvoll: »Es wechselt die Hand. Ich bitte das Spiel neu zu machen«. Wird eine planende Gemeinde mit einem »Frühstart« (VRiOVG Sören Claus in der mündlichen Verhandlung vom 10.04.2013 – 1 KN 33/10 –) erst einmal aus dem Rennen geworfen und muss die Untröstliche jenseits der inzwischen eingetretenen Realitäten nach einem kompletten Rückbau wieder ganz von vorn beginnen?

(Kompletter Neustart). Eines ist allerdings auch klar: Würde die Straße zurückgebaut und der Urzustand der Landschaft wiederhergestellt, könnte die Straße nach Ausweisung des Gebietes als Landschaftsschutzgebiet und einem dadurch bewirkten Übergang in das mildere FFH-Schutzsystem einer Verträglichkeits- und Abweichungsprüfung unterzogen und voraussichtlich problemlos zugelassen werden, wenn sich das Vorhaben mit den Erhaltungszielen als verträglich erweist oder es durch zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses, fehlende zumutbare Alternativen und die erforderlichen Kohärenzmaßnahmen den Anforderungen an eine Abweichungsentscheidung nach Art. 6 Abs. 4 FFH-RL entspricht. Vielleicht kann ja in derartigen Fällen eine »Frühstart-Maschine« zum Einsatz kommen, die das Straßenbauwerk vorne abbricht, um es gleich hinter sich wieder aufzubauen, wie wir es ansonsten allenfalls von den Schrottimobilien kennen (§ 179 BauGB; Krautberger/Stüer, BauR 2012, 874; dies. ZfBR 2013, 529).

(Erneute Planungsentscheidung völlig frei und ungebunden?) Ein solcher zeitgleicher Rückbau und Neubau könnte selbst dann erfolgen, wenn man wegen der formalen Barrieren der Planung die Binde der Justitia oder Scheuklappen in dem Sinne anlegen müsste, dass sie bei dem erneuten Planverfahren völlig frei und ungebunden und unter Verkennung der Realitäten des bereits vollzogenen Straßenausbaus wieder ans Werk gehen müsste. Ist es etwa europarechtlich geboten, die Trasse völlig unabhängig von den geschaffenen Fakten zu planen oder darf so ganz nebenbei auch berücksichtigt werden, dass die Straße bereits gebaut ist? Oder darf dies keinerlei Rolle spielen, weil sie zwar tatsächlich vorhanden, aber nicht in den Akten ist? Wer bestimmt eigentlich wen? Die Paragrafenwelt das wirkliche Leben oder umgekehrt das wirkliche Leben die Paragrafenwelt?

(Europaskepsis?) Altbundespräsident Roman Herzog hat Mitte Juni 2014 einen Brandbrief an Bundeskanzlerin Angela Merkel und die Abgeordneten des Deutschen Bundestages aufgesetzt und darin »Abwehrrechte gegen den Kompetenzexpansionismus der EU-Institutionen« gefordert. Die EU stecke wegen ausufernder Bürokratie und Regelungswut »in einer tiefen Krise«. Deshalb müsse die Eigenverantwortlichkeit der Mitgliedstaaten und von deren Parlamenten gestärkt werden. In einer Blitzzumfrage erhielt der ehemalige Präsident des BVerfG, der sich als Vorsitzender des Vereins »Konvent für Deutschland« und damit zugleich für Hans-Hugo Klein, Jutta Limbach, Klaus von Dohnanyi, Rupert Scholz, Wolfgang Gerhardt und Christine Scheel zu Wort gemeldet hatte, dafür noch am Tage des Bekanntwerdens dieses Appells eine überwältigende Zustimmung von der Bevölkerung. Ist uns Europa eigentlich so viel wert, dass etwa eine bereits hergestellte und von den Verkehrsteilnehmern angenommene Straße oder auch ein ganzes, fast fertiggestelltes Kraftwerk wegen

eines formalen Verstoßes gegen Gemeinschaftsrecht erst einmal abgerissen werden muss, um es anschließend an demselben Standort problemlos wieder errichten zu können? Spielen also die mit einem gerichtlichen Persilschein versehenen getätigten Investitionen angesichts der strengen europäischen Vorgaben überhaupt keine Rolle? Sind die Wiesenbrüter und Watvögel (Limikolen) sowie Rastgäste mit ihren von der Landwirtschaft beklagten jährlich in die Millionen gehenden Flurschäden inzwischen doch tausendmal wichtiger als städtebauliche Interessen der Kommunen, die Ruhebedürfnisse der verkehrslärmgeplagten Ortslagen oder die Mobilitätsinteressen der Bevölkerung? Und müssen nicht gerade die Europabefürworter ein Interesse daran haben, dass Schilda nicht wirklich überall ist und unverzichtbare Gaga-Gefühle nur oder doch wenigstens vornehmlich von Pop-Giganten der Musikszene wie The Queen (»Radio Ga Ga« 1984), der ihren Künstlernamen daraus ableitenden Stefani Germanotta (»Lady Gaga«) oder von vergleichbaren Pop-Ikonen wie Madonna (Ciccone) oder Michael Jackson verbreitet werden?

(Bauleitplanung und Planfeststellung). Scheinbar käme man aus dem Dilemma eher heraus, wenn statt eines Bebauungsplans ein straßenrechtliches Planfeststellungsverfahren aufgelegt würde, das sich ja bestätigt durch das Bengersiel-Urteil weiterhin der Unbeachtlichkeits- und Fehlerheilungsmöglichkeiten der §§ 45, 46, 75 Abs. 1a, 114 VwVfG erfreuen darf. Dann wäre es wohl so wie bei der Auslegungsbekanntmachung, an die das BVerwG bei Bauleitplänen unter Bezug auf die Århus-Konvention hohe Anforderungen stellt (BVerwG, Urteil vom 18.07.2013 – 4 CN 3.12 – BVerwGE 147, 206 = DVBl 2013, 1321 – Stuttgart m. Anm. Stüer/Stüer, DVBl 2013, 1324), während das alles im Fachplanungsrecht offenbar wegen der eingeschränkten Rügemöglichkeiten und ggf. wegen fehlender Kausalität des Verfahrensfehlers für das Ergebnis (BVerwG, Urteil vom 21.11.2013 – 7 A 28.12 – DVBl 2014, 520 – Oldenburg m. Anm. Stüer, DVBl 2014, 525) trotz Altrip (EuGH, Urteil vom 07.11.2013 – C 1/12 – DVBl 2013, 1 557 m. Anm. Stüer/Stüer, DVBl 2013, 1601) keine Rolle zu spielen scheint. Und dann könnte eine Straße durch Planfeststellung nachträglich repariert werden, während ein Kraftwerk wie das in Datteln (OVG NRW, Urteil vom 03.09.2009 – 10 D 121/7.NE – DVBl 2009, 1385 – Bebauungsplan Datteln, m. Anm. Stüer, DVBl 2010, 333; nachgehend BVerwG, Beschluss vom 16.03.2010 – 4 BN 66.09 – DVBl 2010, 793 = NVwZ 2010, 1246; OVG NRW, Urteil vom 12.06.2012 – 8 D 38/08.AK – BauR 2012, 1883 – Vorbescheid; nachgehend BVerwG, Beschluss vom 26.06.2013 – 7 B 42.12 –; OVG NRW, Urteil vom 14.03.2012 – 8 D 47 und 48/11.AK – DVBl 2012, 708 – Verzichtserklärung; nachgehend BVerwG, Beschluss vom 08.08.2012 – 7 B 28.12 –; Urteil vom 15.11.2012 – 7 C 15.12 – NVwZ-RR 2013, 304) vom Stromkunden bezahlt wird. Ähnlich würde es dem fast fertiggestellten Kohlekraftwerk Lünen ergehen (OVG NRW, Urteil vom 01.12.2011 – 8 D 58/08.AK – DVBl 2012, 244 – Trianel m. Anm. Stüer/Stüer, DVBl 2012, 245; BVerwG, Beschluss vom 05.09.2012 – 7 B 24.12 – DVBl 2012, 1568), das von der abgewickelten WestLB, den hinter ihr stehenden Sparkassen und ihren Gewährträgern und damit letztlich vom Steuerzahler unter einem finanziellen Aufwand von jeweils 1,4 Mrd. Euro zweimal errichtet und einmal abgebrochen werden müsste. Denn dass auch im Fachplanungsrecht für

die Planreparatur solche Hürden aufgebaut sind, wie sie nunmehr für die Bauleitplanung zu gelten scheinen, hat das BVerwG nicht gesagt.

(Reichweite der fachlichen Einschätzung). Angesichts der Tatsache, dass das Vogelschutzgebiet nach neueren fachlichen Untersuchungen durch die Entlastungsstraße lediglich randlich angeschnitten würde, spricht nach den Maßstäben des BVerwG-Urteils zur Bremer Weserquerung (BVerwG, Urteil vom 24.11.2011 – 9 A 23.10 – BVerwGE 141, 171 = DVBl 2012, 443 m. Anm. Stürer/Bergt, DVBl 2012, 449) sogar Überwiegendes dafür, dass das Straßenbauvorhaben verträglich mit den Erhaltungszielen des Vogelschutzgebietes wäre. Denn im Vergleich zu dem strengeren Schutz etwa der Lebensraumtypen eines FFH-Gebietes geht es bei den Vogelschutzgebieten um den Schutz der Vögel, die, wenn man etwa von den 40 flugunfähigen Vogelarten wie den Straußen oder den Pinguinen absieht, in aller Regel fliegen können (zur Abgrenzung von Vermeidungs- und Kohärenzmaßnahmen EuGH, Urteil vom 15.05.2014 – Rs. C- 521/12 – Briels – Minister van Infrastructuur en Milieu).

(Blick über den juristischen Tellerrand). Der eine fragt, »was kommt danach«. Der andere fragt nur »ist es recht?« So unterscheidet sich der Freie von dem Knecht. Dieser Traktat von Theodor Storm – wo hätte er auch für den Grundstückseigentümer mehr Berechtigung als hier? Nach einem alten römischen Rechtsgrundsatz kann nicht herausverlangt werden, was zugleich wieder zurückzuerstatten wäre »Dolo facit, qui petit, quot statim redditurus est«, wissen wir nicht erst von den Digesten des spätantiken Kaisers Justinian. Liegen daher die Voraussetzungen für einen Übergang eines Vogelschutzgebietes in das FFH-System vor und gelingt eine im Anschluss daran durchgeführte Verträglichkeits- oder sogar auch eine Abweichungsprüfung, dann findet die Straße auch europarechtlich ihre Rechtfertigung. Und alles ist gut.

(Der Maria-Theresia-Taler). Aber wo sich zwei Juristen treffen, gibt es bekanntlich mindestens drei Meinungen. Beim BVerwG an der Berliner Hardenbergstraße 31 ist dazu seiner Zeit, wie wir aus verlässlicher Quelle wissen, der Maria Theresia-Taler hoch in die Luft geworfen und nach dem Fall der Münze Kopf oder Zahl das Urteil gesprochen worden (Sandler, DÖV 1991, 521; Stürer, DVBl 2010, 1028). In Lüneburg soll es auch in anderen Fällen vorgekommen sein, dass in derselben Rechtssache abwechselnd die eine und die andere Seite gewinnt (jüngstes Beispiel vielleicht auch das bei der Geschäftsstelle liegende, noch nicht verkündete Urteil des Nds OVG vom 02.06.2014 im Gegensatz zum vorherigen Beschluss im Eilverfahren vom 08.11.2012 – 1 MN 153/12 – Straßenplanung Vechta). Der Grundsatz »Res judicata« wird da nicht immer groß geschrieben. Und auch der unvergessene Vizepräsident Johannes Oppenheimer hat die für die Rechtsschutzmöglichkeiten des enteigneten Eigentümers grundlegende Senatsentscheidung (BVerwG, Urteil vom 18.03.1983 – 4 C 80.79 – BVerwGE 67, 74 = DVBl 1983, 899 – Wittenberg), gegenüber dem unterlegenden, enttäuschten Anwalt entwaffnend mit den Worten kommentiert: »Junge, seien Sie doch nicht so traurig. 50 % der Verfahren gewinnen bei uns die Anwälte und 50 % verlieren sie eben«.

(Der würfelnde Richter). Am Landgericht einer traditionsreichen norddeutschen Hansestadt hat es dem Vernehmen nach bis vor einiger Zeit einen Richter gegeben, der seine Ent-

scheidungen ausgewürfelt hat. Mit einer solchen Methode ist immerhin nach der Wahrscheinlichkeitstheorie eine Richtigkeitsgewähr von 50 % gegeben. Ob das mit anderen Rechtsfindungsmethoden getoppt werden kann, ist wohl noch nicht bewiesen. Auf Rechtsprechungsnachweise legte der Richter erklärtermaßen keinen Wert. Dafür sei er schon zu häufig von den Obergerichten aufgehoben worden. BGH-Urteile würde er daher schon aus Prinzip nicht lesen. Das erhöht natürlich die Neutralität des Richters. Denn wer würfelt, fällt auf Argumente der Parteien, der Rechtsprechung, der Literatur oder der Wissenschaft nicht herein und muss deren Überzeugungskraft auch nicht erst prüfen oder sich gar vom Gegenteil überzeugen lassen. Auch der alte vielleicht doch etwas überzogene richterliche Grundsatz, erst einmal die Gegenseite anzuhören, wie er sich schon bei Seneca d. Ä. (Medea 2, 2, 199) oder Augustinus (De duabus animabus 22 / 78, 21) findet und auch heute noch im Friedenssaal des Rathauses zu Münster in ehernen Lettern eingemeißelt ist, hat bei einem würfelnden Richter viel von seinem Schrecken verloren. Vergleiche pflegte der Richter von der hanseatischen Wasserkante zunächst der Quote nach auszuhandeln, wobei er erst nach Einigung über die Quote die Höhe des Streitgegenstandes bekannt gab und erst dann feststand, ob man sich über eine überschaubare Vergleichssumme oder vielleicht unbemerkt doch über das Zehnfache davon geeinigt hatte. Immerhin ist das alles noch wesentlich besser und zielgenauer als die Planung, die ja bekanntlich – wie böse Zungen auch hier behaupten – den Zufall durch den Irrtum ersetzt (zur Abgrenzung von Zufall und Geschicklichkeit bei Pokerturnieren BVerwG, Urteil vom 22.01.2014 – 8 C 26.12 – Texas Holdem Wittenberg, wie Vizepräsident Klaus Rennert in der mündlichen Verhandlung an dem Unterschied zwischen Skat und Schach erläuterte).

(Tiefreunde unter sich). Viele Menschen haben den Wunsch, mit einem Tier zusammenzuleben. Aber sie sind noch unschlüssig, welcher der meist vierbeinigen kleinen Lebensgefährten am besten zu Ihnen passt. Vielleicht könnten die Einwohner von Benseniel ja Freunde unter den von Lorient bereits im Jahre 1976 entdeckten Steinläusen gewinnen (Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, erstmals 1983). Das possierliche, kleinste Nagetier unserer Heimat könnte am Rande des Niedersächsischen Wattenmeers mit seinem riesigen Appetit auf Beton die Spuren der Entlastungsstraße beseitigen. Denn von dem damals bekanntesten Verhaltens- und Tierforscher Westdeutschlands Bernhard Grzimek wissen wir, dass bereits ein geschlechtsreifes Exemplar dieser inzwischen allerdings eher selten gewordenen Art 28 kg Beton und Ziegelsteine am Tag verspeist. Und wenn die mit bloßem Auge nicht erkennbaren schützenswerten Betonvernichtungsmaschinen sich trotz der bestehenden Größenunterschiede auch noch mit den auf vergleichbarem Schutzniveau stehenden, wertbestimmenden Vogelarten der Weißsternigen Blaukehlchen, Goldregenpfeifer und Weißwängengänse und den im Gebiet vorkommenden Zugvogelarten der Schilfrohrsänger, der Großen Brachvögel, Lachmöwen und Sturmmöwen vertragen (so die faunistischen Bewohner und Feriengäste nach der Verordnung des Landkreises Wittmund vom 30.09.2010 über das Landschaftsschutzgebiet »Ostfriesische Seemarsch zwischen Norden und Esens im Bereich des Landkreises Wittmund«), wäre die Welt ja eigentlich wieder in Ordnung – sollte man meinen.

(Die Grüne Küstenstraße). Nur die Urlauber und Kurgäste müssten dann begleitet von ihren Kurschatten oder Zufallsbekanntschaften, aus denen ohne erklärbaren Grund durchaus nicht selten auch ein Bund fürs Leben hervorgeht, bei ihren Spaziergängen auf der Standpromenade, den Deich- und Hafenanlage, den Dünen, bei ihren Wattwanderungen und Heilbädern in der Ortsmitte von Benersiel wie früher einen wieder angestiegenen Autoverkehr in Kauf nehmen (dazu aus der Sicht der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung BVerwG, Urteil vom 17.01.2007 – 9 C 1.06 – BVerwGE 128, 76 = DVBl 2007, 265 – Bad Laer; aus der Sicht des europäischen Gebietsschutzes Urteil vom 17.01.2007 – 9 A 20.05 – BVerwGE 128, 1 = DVBl 2007, 706 – Halle-Westumfahrung, zum strengen Maßstab der Verträglichkeitsprüfung auch EuGH, Urteil vom 11.04.2013 – Rs. C-258/11 – Lough Corrib Irland; aus der Sicht des Artenschutzes Urteil vom 12.03.2008 – 9 A 3.06 – BVerwGE 130, 299 = DVBl 2008, 1199 – Hessisch Lichtenau und Urteil vom 09.07.2008 – 9 A 14.07 – BVerwGE 131, 274 = DVBl 2009, 259 – Bad Oeynhaus; Urteil vom 14.07.2011 – 9 A 12.10 – BVerwGE 140, 149 = DVBl 2012, 34 – Freiberg) – allerdings in der Zuversicht, dass die Entlastungsstraße dann, wenn die formalen Mängel beseitigt sind und die Ampel auf ein hoffnungsvolles »gelb« umspringt, wieder neu geplant und errichtet werden könnte. Nur bliebe dann noch die Frage, wie man die Steinlaus wieder los wird, um einer Kreislaufwirtschaft von Errichtung und Abbruch nicht für immer freien Lauf zu lassen.

(Goldene Worte). Die Lösung des BVerwG, die sich allerdings wohl erst auf den zweiten Blick erschließt, ist eine andere und zugleich eine sehr kluge. Von einem Rückbau der Straße ist da nicht die Rede. Es geht in der Entscheidung ja auch nicht um eine »Bestrafung« durch den Abbruch der Entlastungsstraße, sondern ausschließlich um die rechtlichen Planungsgrundlagen derselben. Ein Bebauungsplan muss im Zeitpunkt des Satzungsbeschlusses, mindestens aber im Zeitpunkt seiner Bekanntmachung die europarechtlichen Voraussetzungen strikt einhalten. Ist dies nicht der Fall, ist der Bebauungsplan unwirksam und kann auch nicht durch Planreparatur nachträglich mehr zum Leben erweckt werden. Er ist sozusagen im Sinne der früheren Terminologie von Anfang an »nichtig« (§ 47 Abs. 6 VwGO i.d.F. vom 24.08.1976). Mehr allerdings gibt das Urteil auch nicht her. Vor allem verpflichtet es nicht zu einem Rückbau oder zu einer Bestrafung der Beteiligten.

(Satzungen können im Gegensatz zum Verwaltungsakt nicht bestandskräftig werden). Der Schlüssel zum Verständnis des Benersiel-Urteils liegt nicht im Europarecht, das etwa die nachträgliche Schaffung von Planungsgrundlagen nach Durchführung des Vorhabens sperren würde, sondern in der unterschiedlichen Rechtsnatur des Bebauungsplans als Satzung und dem Planfeststellungsbeschluss als Verwaltungsakt. Bebauungspläne können nicht bestandskräftig werden – Verwaltungsakte wohl. Ist ein Verwaltungsakt unanfechtbar, dann sind nicht nur entsprechende Klagemöglichkeiten abgeschnitten, vielmehr erzeugt die dadurch eintretende Bestandskraft materielle Wirkungen. Das gilt auch für fehlerhafte Verwaltungsakte, die gegenüber dem Adressaten nicht mehr repariert werden müssen (BVerwG, Beschluss vom 04.07.2012 – 9 VR 6.12 – DVBl 2012, 1163 – Ratingen/Velbert m. Anm. Stürer, DVBl 2012, 1164). Wird etwa ein Planfeststellungsbeschluss in einem ergänzenden Verfahren repariert (§ 75 Abs. 1a VwVfG), so erfolgt dies nur gegenüber demjenigen, dem ge-

genüber eine Bestandskraft noch nicht eingetreten ist. Allen anderen gegenüber verbleibt es bei dem Planfeststellungsbeschluss in seiner bisherigen Fassung. So ist ausgeschlossen, dass Trittbrettfahrer im Fachplanungsrecht nachträglich noch auf den Zug eines von einem anderen Kl. gewonnenen Gerichtsverfahrens aufspringen, und die Früchte ernten, für die sie selbst nicht durch eigenen Einsatz die Grundlage gelegt haben (anders noch für die Vögel des Himmels und die Lilien des Feldes Matthäus 6, 25–34). Der in der Reparatur geänderte Planfeststellungsbeschluss bildet zwar mit dem ursprünglichen Planfeststellungsbeschluss eine Einheit (BVerwG, Urteil vom 12.12.1996 – 4 C 29.94 – BVerwGE 102, 331 = DVBl 1997, 714 – Nesselwang-Füssen). Gegenüber den ursprünglich Betroffenen wirkt jedoch die Bestandskraft des Ausgangsplanfeststellungsbeschlusses fort (BVerwG, Urteil vom 31.01.2002 – 4 A 15.01 – DVBl 2002, 990 = NVwZ 2002, 1103 – A 20; Stürer DVBl 2002, 940; ders., Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 4. Aufl. 2009, Rdnr. 4352). Deshalb sind auch viele andere Vorhaben, bei denen sich vergleichbare Fragen stellen könnten (VG Oldenburg, Urteil vom 16.05.2001 – 1 A 3558/98 – Emssperrwerk; Nds OVG, Urteil vom 02.12.2004 – 7 LA 3053/01 –; BVerwG, Vergleich vom 05.12.2005 – 7 B 63.05 – Emssperrwerk; EuGH, Urteil vom 14.01.2010 – C 226/08 – DVBl 2010, 242 – FFH-Gebietsausweisung Ems m. Anm. Stürer, DVBl 2010, 245; VG Oldenburg, Urteil vom 30.06.2014 – 5 A 4319/12 – Septemberstau; Stürer, Das Emssperrwerk, NdsVBl. 2000, 25; ders., Baggern oder Stauen?, NdsVBl. 2009, 185), bestandskräftig und damit nicht mehr angreifbar.

(Begrenzte Reparaturmöglichkeiten von Bebauungsplänen). Eine derartige an die Rechtsmittelfristen anknüpfende Bestandskraftwirkung kennt das Satzungsrecht nicht. Auch wenn die Jahresfrist zur Erhebung einer Normenkontrolle abgelaufen ist (§ 47 Abs. 2 VwGO), kann ein von einer Rechtsnorm Betroffener die Unwirksamkeit (inzident) geltend machen. Dies ist der eigentliche Grund dafür, weshalb das BVerwG bei einer entsprechenden Fehlerqualität die (nachträgliche) Heilung eines Bebauungsplans nicht zulässt, während das Gericht ausdrücklich auf die Reparaturmöglichkeiten durch ein ergänzendes Verfahren im Fachplanungsrecht verweist (BVerwG, Urteil vom 12.03.2008 – 9 A 3.06 – BVerwGE 130, 299 = DVBl 2008, 1199 – Rdnr. 252 – Hessisch Lichtenau). Auf diese Unterschiede beschränkt sich jedoch die Aussage des BVerwG. Dass die Entlastungsstraße bereits errichtet ist, wird nur im Tatbestand kurz erwähnt, spielt aber in den Entscheidungsgründen erwartungsgemäß keine Rolle. Das Urteil wäre vielmehr genauso ausgefallen, wenn die Straße noch nicht errichtet gewesen wäre. Denn nicht die Tatsache, dass die Entlastungsstraße bereits gebaut und unter Verkehr ist, sperrt die Planreparatur, sondern der Umstand, dass die Grundlage ein Bebauungsplan ist, der in derartigen Fällen nicht repariert, sondern nur neu aufgelegt werden kann. An dieser Möglichkeit einer Neuaufstellung lässt das Gericht durch den Verweis auf das Fachplanungsrecht allerdings keinen Zweifel aufkommen (Rdnr. 33).

(Neues Spiel – neues Glück). Die Aufstellung eines neuen Bebauungsplans (»ex nunc«) ist dadurch allerdings nicht ausgeschlossen. Sind die Voraussetzungen für den Übergang vom strengen Vogelschutzregime in das weniger strenge Habitatschutzregime durch ordnungsgemäße Gebietsabgrenzung und nationale Ausweisung nach Art. 7 FFH-RL erfüllt,

kann eine Verträglichkeits- und ggf. Abweichungsprüfung erfolgen und auf dieser Grundlage ein neuer Bebauungsplan aufgestellt werden. Da schließt sich auch wieder der Kreis zur Hochmoselbrücke, die zunächst in einem faktischen Vogelschutzgebiet planfestgestellt wurde (BVerwG, Urteil vom 01.04.2004 – 4 C 2.03 – BVerwGE 120, 276 = DVBl 2004, 1115), nach Meldung und Ausweisung des Gebietes mit Billigung des OVG Koblenz (Urteil vom 08.11.2007 – 8 C 11523/06 – DVBl 2008, 321) und des BVerwG (Beschluss vom 17.07.2008 – 9 B 15.08 – DVBl 2008, 1199) erneut planfestgestellt wurde und sich heute mit 162 Höhe und 1,7 km Länge als größte Brücke Deutschland im Bau befindet. Es gibt zwar Brücken, die sind höher, dann sind sie aber nicht so lang – und es gibt Brücken, die sind länger, dann sind sie aber eben nicht so hoch.

(Größere Spielchancen). Dabei gibt das BVerwG für die Abgrenzung der europäischen Schutzgebiete erhebliche Spielräume. Ist die Gebietsmeldung abgeschlossen, setzt sie sich grundsätzlich auch gegenüber der – auch weitere Gebietsteile einbeziehenden – IBA-Liste durch. Nur wenn die Abgrenzung aus fachlicher Sicht offensichtlich fehlerhaft ist, kann sie durch die Gerichte korrigiert werden. Das gibt weit über die ostfriesische Küstenstadt hinaus erhebliche Entscheidungsfreiheiten, die lediglich an der Willkürgrenze enden. Die Praxis wird diese Worte mit großem Dank entgegennehmen.

(Weiteres Entscheidungsprogramm). Zugleich ist damit für die Entlastungsstraße Bensorsiel das Programm der weiteren Schritte vorgezeichnet: Neuabgrenzung des Vogelschutzgebietes nach ausschließlich fachlichen Kriterien und Meldung nach Brüssel sowie entsprechende Ergänzung der Landschaftsschutzverordnung durch den Landkreis Wittmund jeweils mit entsprechenden naturschutzfachlichen Spielräumen (EuGH, Beschluss vom 22.06.2006 – T-136/04 – ZUR 2006, 535 – Rasso Freiherr von Cramer-Klett und Rechtlerverband Pfronten gegen EU-Kommission). Sodann: Änderung des Flächennutzungsplans und Fortführung der eingeleiteten Bebauungsplanverfahren mit einer Verträglichkeits- und vorsorglichen Abweichungsprüfung. Dabei darf die Gemeinde durch die vorzeitige Aufstellung des Bebauungsplans – so das BVerwG – und den durchgeführten Bau der Entlastungsstraße keine Vorteile ziehen, muss allerdings auch keine Nachteile im Sinne einer »europarechtlichen Strafaktion« hinnehmen, weil sie zu früh mit der Bauleitplanung gestartet ist und auf dieser Grundlage bereits die Straße gebaut und unter Verkehr genommen hat. Bei der Verträglichkeitsprüfung wird der planungsrechtliche »Frühstart« nicht schmälern, sondern der inzwischen erfolgte Straßenausbau ausgeblendet und damit sozusagen neutralisiert. In der vorsorglichen Abweichungsprüfung verbleibt es allerdings bei der Möglichkeit, die mittel- und langfristige Perspektive einer Erweiterung der Ortslage mit einem durchaus vorzeigbaren Gewicht in die Abwägung einzubringen. Denn auch berechnete kommunale Planungsinteressen können unter dem Aspekt der überwiegenden öffentlichen Interessen in die Verhältnismäßigkeits- und Angemessenheitsprüfung der Abweichungsentcheidung eingebracht werden (OVG Nds., Urteil vom 17.04.2013 – 4 LC 34/11 – NVwZ-RR 2013, 1430 = DÖV 2013, 611 – Ems-FFH-Gebietsausweisung; ebenso VG Oldenburg, Urteil vom 22.11.2010 – 1 A 1428/10 –; so auch schon Eleonor Sharpston, Schlussanträge vom

09.07.2009 zu EuGH, Urteil vom 14.01.2010 – C-226/08 – DVBl 2010, 242 – 7,30-Beschluss zur Emsvertiefung m. Anm. Stüer, DVBl 210, 244 und Gärditz, DVBl 2010, 247).

(Sind sie nicht alle Lottogewinner?) In Leipzig jedenfalls und wohl auch in Lüneburg waren Schildbürger offenbar an den Geschehnissen nicht beteiligt. Und auch alle übrigen Beteiligten werden es nicht ganz so leicht haben, mit den Schildbürgern gleichzuziehen. Denn auch für die Entlastungsstraße in Bensorsiel gilt nach dem klärenden Spruch des höchsten deutschen Verwaltungsgerichts wohl die alte Erfahrung: »Totgesagte leben länger«. Und am Ende können sich noch alle wie der glückliche Erwin Lindemann fühlen, dessen Tochter – wie wir von Viktor von Bülow wissen – gemeinsam mit dem Papst in Wuppertal eine Herrenboutique eröffnen will. Die Zugvögel jedenfalls haben sich dem Vernehmen nach längst auf die neuen Verhältnisse eingestellt. Auch die Einwohner von Bensorsiel und die zahlreichen Urlauber wissen die Entlastungsstraße zu schätzen und tragen zur Ruhe in der Ortsmitte des Kurheilbades bei. Die Stadt Esens hätte durch den bereits erfolgten Straßenbau keine Vorteile, würde aber auch deshalb nicht einfach abgestraft. Und vielleicht werden sich nach einem fast 10-jährigen gerichtlichen Schlagabtausch jetzt auch die deutschlandweit bekannte Tourismusgemeinde mit ihrer Fährverbindung nach Langeoog und der Grundstückseigentümer auskömmlich arrangieren, ja sogar bei einer angemessenen Entschädigung für die in Anspruch genommenen Straßengrundstücke zuzüglich der vielleicht durch die Flurbereinigung abgemilderten Durchschneidungsschäden unter Mitwirkung der Wachtmeisterebene einen dauerhaften Frieden schließen. Opfer genug hat der Grundstückseigentümer durch den offenbar in Verkennung der Rechtlage von den Gerichten zunächst zu seinen Lasten abgesegneten Bau der Umgehungsstraße und durch die im Bensorsiel-Urteil des BVerwG ausgesprochene Sperre, bis auf Weiteres seine Grundstücke als Bauerwartungsland in die Verhandlungen einbringen zu können, ja schon gebracht. Und auch das OVG Nds. hat schließlich durch seine »Lüneburger Kurve«, für die es schon einige juristische Kraftanstrengungen auf sich nahm, eine durchaus vorzeigbare Rechtsgeschichte geschrieben und muss die daraus entstandenen kleineren Flurschäden wegen des Richterprivilegs nicht einmal im Kulanzwege erstatten (§ 839 Abs. 2 Satz 1 BGB). So hätten dann am Ende alle »Glück gehabt«, wie es auch der ehemalige Bundespräsident Christian Wulff mit dem ursprünglichen Titel seines Buches »Ganz oben – ganz unten« (Beck-Verlag 2014) vielleicht nicht ganz zu Unrecht für sich in Anspruch nimmt.

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

* Die Verf. der Anmerkung waren an den Planungs- und Gerichtsverfahren auf Seiten der Stadt Esens beteiligt.