

Gewährung rechtlichen Gehörs und das Rechtsstaatsprinzip für die Interessen des Unfallgeschädigten. Jedes Beweisverwertungsverbot beeinträchtigt nicht nur die im Rahmen der Zivilprozessordnung grundsätzlich eröffnete Möglichkeit der Wahrheitserforschung und damit die Durchsetzung der Gerechtigkeit und die Gewährleistung einer funktionstüchtigen Zivilrechtspflege, sondern auch durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Rechte der auf Durchsetzung ihres Anspruchs klagenden Parteien (vgl. Senatsurt. v. 10.12.2002 – VI ZR 378/01 – BGHZ 153, 165, 170 f.).

[55] Es besteht auch ein individuelles Interesse der Partei eines Zivilprozesses an der Findung der materiellen Wahrheit bis hin zur Abwehr eines möglichen Prozessbetruges (vgl. BGH, Beschl. v. 15.05.2013 – XII ZB 107/08 – FamRZ 2013, 1387 Rdnr. 24, dort offen gelassen; Ahrens, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl., vor § 286 Rdnr. 31 f.; Laumen, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 9. Aufl., § 284 Rdnr. 27).

[56] (7) Schließlich ist im Unfallhaftpflichtprozess zu beachten, dass das Gesetz selbst den Beweisinteressen des Unfallgeschädigten durch die Regelung des § 142 StGB, der auf § 22 des Gesetzes über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen (KFG) v. 03.05.1909 zurückgeht (RGBl. v. 12.05.1909, S. 437 ff.; vgl. nur Zopfs, ZIS 2016, 426, 427), ein besonderes Gewicht zugewiesen hat. Danach muss ein Unfallbeteiligter die Feststellung seiner Person, seines Fahrzeugs und die Art seiner Beteiligung durch seine Anwesenheit und durch die Angabe, dass er an dem Unfall beteiligt ist, ermöglichen. Nach § 34 StVO sind auf Verlangen der eigene Name und die eigene Anschrift anzugeben, der Führerschein und der Fahrzeugschein vorzuweisen sowie Angaben über die Haftpflichtversicherung zu machen. § 142 StGB hat den Schutz von privaten Vermögensinteressen zum Inhalt, nämlich das Interesse der Geschädigten und Unfallbeteiligten daran, das Unfallgeschehen im Straßenverkehr auf mögliche Rechtsbeziehungen hin festzuhalten und einer unmittelbaren und alsbaldigen Aufklärung zuzuführen (vgl. Kretschmer, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl., § 142 Rdnr. 6 m.w.N.; MünchKomm-StGB/Zopfs, 3. Aufl., § 142 Rdnr. 2, 3; BT-Drucks. 7/2434, S. 4 f.; BT-Drucks. 7/3503, S. 3; vgl. auch zu § 142 StGB a.F.: BVerfGE 16, 191, 193 f.). Dass von einem Unfallbeteiligten über diese Angaben hinaus der Unfallhergang, das Kraftfahrzeugkennzeichen und ggf. am Unfallort auch seine Person in einer kurzen Sequenz festgehalten werden, belastet ihn nicht entscheidend mehr als diese Regelung.

[57] cc) Soweit (auch) ein Eingriff in das Recht am eigenen Bild in Rede steht, führt das nicht zu einem abweichenden Abwägungsergebnis. Die Vorlage der Videoaufnahme bei Gericht als Beweismittel im Unfallhaftpflichtprozess und ihre Verwertung zu diesem Zweck erfüllen grundsätzlich nicht den Tatbestand des »Verbreitens« i.S.v. § 22 KUG. Insoweit ist von einem planwidrigen Fehlen eines Ausnahmetatbestandes auszugehen und eine Rechtsfortbildung im Wege der teleologischen Reduktion geboten (vgl. LG München I, ZD 2017, 36, 37; vgl. Senatsurt. v. 27.02.2018 – VI ZR 86/16 – zur Veröffentlichung vorgesehen, Umdruck Rdnr. 31; so im Ergebnis auch EGMR, NJW 2015, 1079 Rdnr. 41; vgl. BGH, Urt. v. 21.02.2017 – XI ZR 185/16 – VersR 2017, 623 Rdnr. 65 ff.). Die Regelung geht auf einen anstoßerregenden Vorfall (Aufnahmen Bismarcks auf dem Totenbett, vgl. RGZ

45, 170) und die daran anschließende rechtspolitische Diskussion (vgl. Verhandlungen des 27. DJT, 1904, 4. Band, S. 27 ff.) zurück und sucht einen angemessenen Ausgleich zwischen der Achtung der Persönlichkeit und den Informationsinteressen der Allgemeinheit herzustellen (vgl. Verhandlungen des Reichstages, 11. Legislaturperiode, II. Session, 1. Sessionsabschnitt 1905/1906, Nr. 30, S. 1526, 1540 f.; BVerfG, GRUR 2000, 446, 451). Sie soll also gerade nicht den hier vorliegenden Konflikt zwischen den Schutzgütern des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und des grundrechtsähnlichen Rechts auf Gewährung rechtlichen Gehörs gegenüber den Gerichten im Rahmen des Rechtsstaatsprinzips lösen. Der vorliegende Sachverhalt wird vom Normzweck der Regelungen in §§ 22, 23 KUG nicht erfasst. Damit wird der Abgebildete aber nicht schutzlos gestellt, denn in der Anfertigung, Vorlage und Verwertung der Aufnahme liegt ein Eingriff in das über den Bildnisschutz des § 22 KUG hinausgehende Schutzgut des Rechts am eigenen Bild (vgl. Senatsurt. v. 13.10.2015 – VI ZR 271/14, BGHZ 207, 163 Rdnr. 31), dessen Rechtswidrigkeit sich bei fehlender Einwilligung aus einer Güterabwägung der jeweiligen schutzwürdigen Interessen ergeben und einer Beweisverwertung entgegen stehen kann. Insoweit kann auf die vorstehenden Erwägungen Bezug genommen werden.

### III.

[58] Das Berufungsurteil kann daher keinen Bestand haben, sondern ist aufzuheben und mangels Entscheidungsreife zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO), damit die erforderlichen Feststellungen zur Schadensverursachung unter Verwertung der Videoaufnahme – ggf. mit Ergänzung des Sachverständigengutachtens – nachgeholt werden können.

## Bundesverwaltungsgericht

### BVerwG: A 43 (Recklinghausen) Planreparatur erforderlich

§§ 17, 17a FStrG; § 108 Abs. 1 Satz 2, § 127 Abs. 4, § 141 Satz 1 VwGO; Art. 6 Abs. 3 UVP-RL; § 9 Abs. 1b Satz 1, § 6 Abs. 2 UVPG 2010; § 19 Abs. 2 Satz 1, § 16 Abs. 4 UVPG 2017; § 46, § 73 Abs. 1 Satz 2, § 74 Abs. 2 Satz 2, § 75 Abs. 2 Satz 2 VwVfG; § 4 Abs. 1, 1a und 3 Satz 2 UmwRG; §§ 41, 42 BImSchG; § 1 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2 FStrAbG

**1. Die für ein Straßenbauvorhaben erstellte vorhabenbezogene Verkehrsuntersuchung stellt in der Regel einen entscheidungserheblichen Bericht i.S.v. § 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 UVPG dar, der im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung auszulegen ist.**

**2. Bei der vorhabenbezogenen Verkehrsprognose darf die Verwirklichung eines anderen Projekts, das im Bedarfsplan des Bundes als Vordringlicher Bedarf aufgeführt ist, unterstellt werden, solange nicht ausnahmsweise gewichtige Anhaltspunkte bestehen, die gegen eine Verwirklichung innerhalb des Prognosehorizonts sprechen.**

BVerwG, Urt. v. 15.02.2018 – 9 C 1.17 – (A 43 Recklinghausen) vorgehend OVG NRW, Urt. v. 28.04.2016 – 11 D 33/13. AK –

### Zum Sachverhalt

[1] Die Kläger wenden sich gegen den Planfeststellungsbeschluss für den sechsstreifigen Ausbau der Bundesautobahn 43 (A 43) zwischen dem Rhein-Herne-Kanal und der Anschlussstelle Recklinghausen/Herten. Sie sind Eigentümer eines Grundstücks, das mit einem von ihnen auch selbst genutzten Mehrfamilienhaus bebaut ist.

[4] Das Oberverwaltungsgericht hat den Beklagten verpflichtet, über den Hilfsantrag zu weiteren Lärmschutzaufgaben erneut zu entscheiden, und im Übrigen die Klage abgewiesen. [...] Die Trassierung sei nicht zu beanstanden. Fehlerhaft sei dagegen die Ermittlung der Verkehrsstärke. Eine Verwirklichung der A 52 dürfe erst angenommen werden, wenn hierfür ein Planfeststellungsverfahren eingeleitet worden sei. Es lasse sich nicht ausschließen, dass bei zutreffender Lärmermittlung weitergehende Lärmschutzmaßnahmen angeordnet worden wären.

[5] Mit der hinsichtlich des erfolgreichen Hilfsantrags vom Senat zugelassenen Revision macht der Beklagte geltend, für die Berücksichtigung in der Verkehrsprognose müsse genügen, dass ein Vorhaben – wie hier im Fall der A 52 – in den Bedarfsplan des Bundes aufgenommen worden sei. [...]

[7] Die Kläger haben Anschlussrevision eingelegt und beantragen, die Revision des Beklagten zurückzuweisen, unter Abänderung des Urteils des Oberverwaltungsgerichts den Planfeststellungsbeschluss des Beklagten vom 22.04.2013 aufzuheben, hilfsweise: festzustellen, dass der Planfeststellungsbeschluss rechtswidrig ist und nicht vollzogen werden darf.

### Aus den Gründen

[10] **1.** Revision und Anschlussrevision sind zulässig. Die Anschlussrevision ist gem. § 141 Satz 1 i.V.m. § 127 Abs. 4 VwGO ohne Zulassung statthaft und nicht an den Streitgegenstand des zugelassenen Rechtsmittels gebunden; erforderlich ist allerdings ein sachlicher Zusammenhang zwischen den gegenläufigen prozessualen Ansprüchen (BVerwG, Urt. v. 01.03.2012 – 10 C 5.11 – BVerwGE 142, 99 Rdnr. 10). Letzterer liegt hier vor, weil Revision und Anschlussrevision sich auf denselben Planfeststellungsbeschluss beziehen.

[11] **2.** Beide Revisionen haben auch in der Sache Erfolg. Da jeweils noch Feststellungen getroffen werden müssen, ist das angefochtene Urteil insgesamt aufzuheben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen (§ 137 Abs. 1 Nr. 1, § 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 VwGO).

[12] **a)** Begründet ist zunächst die Revision des Beklagten. Die Annahme des Oberverwaltungsgerichts, in der Verkehrsprognose für ein Vorhaben dürften andere im Bedarfsplan für die Bundesfernstraßen (Anlage zum Gesetz über den Ausbau der Bundesfernstraßen in der hier maßgeblichen Fassung des Gesetzes vom 20.01.2005 – BGBl. I, S. 201 – FStrAbG) ent-

haltene Projekte nur dann berücksichtigt werden, wenn für diese bereits ein Planfeststellungsverfahren eingeleitet worden sei, ist mit Bundesrecht nicht vereinbar (aa). Andererseits dürfen auch die im Bedarfsplan als Vordringlicher Bedarf aufgeführten Vorhaben nicht ausnahmslos in der projektbezogenen Verkehrsprognose als verwirklicht unterstellt werden (bb). Für die danach gebotene Betrachtung des Einzelfalls bedarf es vorliegend noch ergänzender Feststellungen des Tatsachengerichts (cc). Vorbehaltlich dessen kann die Klage keinen Erfolg haben, soweit sie den Antrag auf Aufhebung des Planfeststellungsbeschlusses bzw. Feststellung seiner Rechtswidrigkeit und Nichtvollziehbarkeit betrifft (dd). Zum Lärmschutzkonzept des Beklagten sind ebenfalls noch weitere Feststellungen erforderlich (ee).

[13] **aa)** Eine gesetzliche Vorgabe, nach welchen Methoden und unter Zugrundelegung welcher Annahmen Verkehrsprognosen als Grundlage für eine Abwägung nach § 17 FStrG, §§ 41, 42 BImSchG zu erstellen sind, gibt es nicht. Sie sind mit den zu ihrer Zeit verfügbaren Erkenntnismitteln unter Beachtung der dafür erheblichen Umstände methodisch fachgerecht zu erstellen. Die gerichtliche Überprüfung beschränkt sich darauf, ob eine geeignete fachspezifische Methode gewählt wurde, ob die Prognose nicht auf unrealistischen Annahmen beruht und ob das Prognoseergebnis einleuchtend begründet worden ist (stRspr, vgl. BVerwG, Urt. v. 07.07.1978 – 4 C 79.76 u.a. – BVerwGE 56, 110 <121> und v. 23.04.2014 – 9 A 25.12 – BVerwGE 149, 289 Rdnr. 30).

[14] Das Oberverwaltungsgericht ist zutreffend von diesen Grundsätzen ausgegangen (UA S. 54). Es hat aber im Rahmen der Prüfung, ob die konkrete Verkehrsprognose »nicht auf unrealistischen Annahmen beruht«, die Auffassung vertreten, die Netzbeeinflussung durch den Verkehr auf einer weiteren geplanten Bundesstraße (hier: ein bestimmter Abschnitt der A 52) könne – jedenfalls dann, wenn diese andere Straße prognostisch zu einer Entlastung führen soll (hier: in Bezug auf den planfestgestellten Abschnitt der A 43) – frühestens dann als vorhersehbare Entwicklung berücksichtigt werden, wenn für diese weitere Straße ein Planfeststellungsverfahren bereits eingeleitet worden sei. Diese schematische Betrachtung verstößt gegen Bundesrecht. Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

[15] **(1)** Es ist zunächst zu unterscheiden zwischen der für die Bundesverkehrswegeplanung erstellten, auf das Fernstraßennetz bezogenen deutschlandweiten Verflechtungsprognose für die großräumigen Netzbeeinflussungen einerseits und den für die Planung einzelner Vorhaben erstellten (projektbezogenen) Verkehrsuntersuchungen andererseits. Zwar beziehen sich in der Regel beide auf denselben Prognosezeitraum. Letztere betrachten aber einen deutlich kleineren Planungsraum. In sie fließen zudem Daten über Verkehrsbeziehungen im regionalen und lokalen Straßennetz ein (vgl. BVerwG, Urt. v. 27.04.2017 – 9 A 30.15 – UPR 2017, 384 Rdnr. 21).

[16] **(2)** Projektbezogene Verkehrsprognosen sind die zentrale Grundlage für den Neubau oder die Änderung eines Straßenvorhabens. Auf ihnen beruht nicht nur die Planung der technischen Ausstattung der Straße, sondern insbesondere auch das Lärmschutzkonzept, das sich an den gesetzlichen Vorgaben der §§ 41 bis 43 BImSchG i.V.m. der 16. BImSchV

zu orientieren hat. Projektbezogene Verkehrsuntersuchungen müssen daher in einem sehr frühen Verfahrensstadium erstellt werden. Der Prognosehorizont der vorliegenden, aus dem Jahre 2009 stammenden Verkehrsuntersuchung ist das Jahr 2025. Hiervon ausgehend ist offensichtlich, dass ein anderes Straßenprojekt innerhalb des Prognosehorizonts grundsätzlich auch dann verwirklicht sein kann, wenn das Planfeststellungsverfahren hierfür später als im Jahre 2009 eingeleitet wird.

[17] (3) Die Auswirkungen anderer Projekte müssen unabhängig davon, ob sie voraussichtlich zu Belastungen oder Entlastungen führen, nach gleichen Maßstäben beurteilt werden. Die vom Oberverwaltungsgericht erwogene Differenzierung zwischen Straßen mit entlastenden Effekten, die nur dann in der Verkehrsprognose berücksichtigt werden dürfen, wenn das Planfeststellungsverfahren bereits eingeleitet wurde, und solchen mit belastenden Effekten, die auch in einem früheren Stadium in die Verkehrsuntersuchung einbezogen werden dürfen, weil dies allenfalls zu einem »Zuviel an Lärmschutz« führe, ist schon wegen der typischen Gemengelage unterschiedlicher Betroffenheiten nicht praktikabel: Was für bestimmte Betroffene entlastend wirkt, kann sich für andere als eine Belastung darstellen.

[18] Auch das Bedürfnis, Lärmbetroffene für den Fall zu schützen, dass sie entlastende andere Vorhaben später nicht verwirklicht werden, nötigt nicht zur Sichtweise der Vorinstanz. Gem. § 75 Abs. 2 Satz 2 bis 4 VwVfG können nach Planverwirklichung weitere Schutzvorkehrungen verlangt werden, wenn nicht voraussehbare Wirkungen des Vorhabens auftreten. Eine erhöhte Lärmbelastung aufgrund ausbleibender Realisierung eines anderen Vorhabens kann grundsätzlich zu solchen nicht voraussehbaren Wirkungen gehören. Voraussehbar sind solche Wirkungen, deren Eintritt im Zeitpunkt der Entscheidung gewiss ist oder sich mit hinreichender Zuverlässigkeit prognostisch abschätzen lässt. Alle diese Wirkungen sollen Gegenstand der nach § 17 Abs. 1 Satz 2 FStrG gebotenen Abwägung sein. Demgegenüber sind mit den nicht voraussehbaren Wirkungen i.S.d. § 75 Abs. 2 Satz 2 VwVfG solche gemeint, die sich erst später zeigen und mit denen die Beteiligten bei der Planfeststellung verständigerweise nicht rechnen konnten (BVerwG, Urt. v. 07.03.2007 – 9 C 2.06 – BVerwGE 128, 177 Rdnr. 18 ff.; s.a. Beschl. v. 25.05.2005 – 9 B 41.04 – Rdnr. 11).

[19] **bb)** Vor diesem Hintergrund kann auch der Auffassung des Beklagten, sämtliche in den Bedarfsplan in der Stufe des Vordringlichen Bedarfs aufgenommenen Vorhaben seien stets und ausnahmslos in der projektbezogenen Verkehrsuntersuchung als realistische Annahme zu berücksichtigen, nicht uneingeschränkt gefolgt werden. Zwar würde dies eine leicht handhabbare Vorgabe bedeuten. Der Senat hält sie aber für nicht sachgerecht, weil sie nicht – auch nicht ausnahmsweise – eine Einzelfallbewertung zuließe.

[20] Der Beklagte kann für seine Auffassung weder die Vorschrift des § 1 Abs. 1 Satz 2 FStrAbG noch die von der Forschungsgesellschaft für Straßen- und Verkehrswesen im Jahr 1996 herausgegebene Richtlinie für die Anlage von Straßen – RAS – Teil: Querschnitte RAS – Q 96 – ins Feld führen. Nach der erstgenannten Norm wird das Netz der Bundesfernstraßen nach dem Bedarfsplan für die Bundesfernstraßen ausgebaut. Die gesetzliche Bedarfsfeststellung ist

zwar gem. § 1 Abs. 2 Satz 2 FStrAbG für die Linienbestimmung und für die Planrechtfertigung einer Straße verbindlich, lässt jedoch bei der Frage der Verwirklichung des Vorhabens einer ergebnisoffenen Abwägung Raum (BVerwG, Urt. v. 27.10.2000 – 4 A 18.99 – BVerwGE 112, 140 <154>). Zu der hier in Rede stehenden Frage, wann im Rahmen einer projektbezogenen Verkehrsprognose die Verwirklichung von Bedarfsplanvorhaben realistischerweise angenommen werden kann, verhält sich die Vorschrift ebenso wenig wie die o.g. Richtlinie RAS – Q 96, die lediglich erläutert, dass zur Ermittlung der Prognoseverkehrsstärke zwei Verfahren zur Verfügung stehen, die Modellprognose und die Trendprognose.

[21] Allerdings kann bei einem Projekt, das im Bedarfsplan des Bundes in der Kategorie des Vordringlichen Bedarfs aufgeführt ist, regelmäßig von seiner Verwirklichung im Geltungszeitraum des Bedarfsplans ausgegangen werden. Denn durch diese Einstufung gibt der Gesetzgeber seinen Willen zur beschleunigten Verwirklichung dieser Vorhaben zu erkennen. Bestehen jedoch ausnahmsweise gewichtige Anhaltspunkte für die gegenteilige Annahme, muss in der projektbezogenen Verkehrsuntersuchung ein Bedarfsplanvorhaben trotz der Einordnung in den Vordringlichen Bedarf unberücksichtigt bleiben. Bessere Erkenntnisse des Einzelfalls können eine Abweichung von den der Bundesverkehrswegeplanung zugrunde liegenden Annahmen rechtfertigen und erfordern (vgl. BVerwG, Urt. v. 10.10.2012 – 9 A 19.11 – Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr. 228 Rdnr. 25). Denn der Planfeststellungsbeschluss muss – wie oben bereits im Zusammenhang mit § 75 Abs. 2 Satz 2 bis 4 VwVfG erläutert – alle voraussehbaren Konflikte bewältigen; nur wegen nicht voraussehbarer Auswirkungen können Betroffene nachträglich Schutzauflagen verlangen.

[22] Dem Senat ist bewusst, dass dies für den Verkehrsplaner mit gewissen Schwierigkeiten verbunden ist. Denn er kann großräumigere Netzbeeinflussungen im Falle einer von der bundesweiten Verflechtungsprognose abweichenden Beurteilung der Verwirklichung einer einzelnen Fernstraße nur noch grob abschätzen. Die damit zwangsläufig verbundene Unschärfe der Verkehrsprognose muss dabei im Einzelfall in Kauf genommen werden.

[23] **cc)** Anhand der soeben dargestellten Maßgaben hat das Oberverwaltungsgericht noch ergänzende Feststellungen dazu zu treffen, ob die Annahme der Planfeststellungsbehörde, der Lückenschluss der A 52 werde bis Ende 2025 verwirklicht, noch vom Prognosespielraum gedeckt ist oder auf nicht realistischen Grundlagen beruht.

[24] Gewichtige Anhaltspunkte, die die Vermutung einer alsbaldigen Verwirklichung erschüttern und deshalb einer näheren Überprüfung bedürfen, ergeben sich zum einen daraus, dass den Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts zufolge ein Weiterbau nach dem politischen Willen des Landes nur im Einvernehmen mit der Stadt Gladbeck erfolgen soll. Dazu ist aufzuklären, ob diese Hürde voraussichtlich überwunden werden kann, sei es, dass zwischenzeitlich ein Einvernehmen mit der Stadt hergestellt werden konnte, sei es, dass die Erteilung einer bundesaufsichtlichen Weisung (Art. 90 Abs. 2, Art. 85 Abs. 3 GG) konkret in Betracht kommt. Zum anderen bedarf der Aufklärung, ob die Annahme des Beklagten zutrifft, vor allem die Verwirklichung des nördlichen

Abschnittes der A 52 (vom Kreuz Essen-Nord bis zur Anschlussstelle Gelsenkirchen-Buer-West) sei maßgeblich für die entlastende Wirkung auf die A 43. Nach der Klarstellung in der Revisionsinstanz kann insoweit nunmehr zu Grunde gelegt werden, dass das streitgegenständliche Verkehrsgutachten einen durchgehenden Lückenschluss der A 52 unterstellt hat.

[25] Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt hierfür ist grundsätzlich der Zeitpunkt des Ergehens des Planfeststellungsbeschlusses. Bei der Überprüfung einer Prognose hängt deren Rechtmäßigkeit nicht davon ab, ob sie durch die spätere Entwicklung eher bestätigt oder widerlegt wird. Mit der eingeschränkten gerichtlichen Kontrolldichte von Prognosen ist nicht vereinbar, dass die Verwaltungsgerichte auf der Grundlage einer »Aktualisierung« eine eigene Prognose stellen (BVerwG, Urt. v. 07.07.1978 – 4 C 79.76 u.a. – BVerwGE 56, 110 <121 f.> und v. 08.07.1998 – 11 A 53.97 – BVerwGE 107, 142 <146>). Das bedeutet, dass vorliegend die projektbezogene Verkehrsuntersuchung anhand des Bundesverkehrswegeplans 2004 zu beurteilen ist, in dem noch der gesamte Lückenschluss der A 52 im Vordringlichen Bedarf aufgeführt war. Der Umstand, dass der südliche Abschnitt (vom Kreuz Essen-Nord bis zum Autobahndreieck Essen-Ost) im aktuellen Bundesverkehrswegeplan in den Weiteren Bedarf abgestuft worden ist (Ifd. Nr. 924 der Anlage zu § 1 Abs. 1 Satz 2 FStrAbG i.d.F. vom 23.12.2016 – BGBl. I, S. 3354), bleibt grundsätzlich außer Betracht.

[26] Abweichend von diesen Grundsätzen sind bei Planfeststellungsbeschlüssen allerdings nachträglich eingetretene Umstände zu Gunsten des Vorhabens zu berücksichtigen (vgl. BVerwG, Urt. v. 11.10.2017 – 9 A 14.16 – Rdnr. 20 m.w.N., zur Veröffentlichung in BVerwGE vorgesehen). Wenn in einem Fall wie hier zum Zeitpunkt des Ergehens des Planfeststellungsbeschlusses Anhaltspunkte gegen eine zeitgerechte Verwirklichung des anderen Vorhabens sprachen, diese aber im Zeitpunkt der (erneuten) Befassung des Oberverwaltungsgerichts ausgeräumt sind, besteht kein Anlass, die Verkehrsprognose und die darauf aufbauende Lärmermittlung zu beanstanden. Betroffene sind nicht schutzwürdig, wenn sich der Planfeststellungsbeschluss ihnen gegenüber im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung als rechtmäßig erweist.

[27] **b)** Auch die Anschlussrevision der Kläger ist begründet. Das Oberverwaltungsgericht hätte, ohne den Klägern eine Präklusion entgegenzuhalten (aa), die fehlende Auslegung der Verkehrsuntersuchung nicht unbeanstandet lassen dürfen (bb). Der Auslegungsmangel wurde den Klägern gegenüber nicht geheilt (cc). Zur Beurteilung der Frage, ob der Verfahrensfehler unbeachtlich ist, müssen noch tatrichterliche Feststellungen getroffen werden (dd). Die Unbeachtlichkeit unterstellt, hat das Oberverwaltungsgericht einen materiellen Planungsfehler ohne Bundesrechtsverstoß verneint (ee).

[28] **aa)** Vorschriften über eine materielle Präklusion von Einwendungen dürfen entgegen der Auffassung des Oberverwaltungsgerichts bei UVP-pflichtigen Vorhaben wie hier nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 15.10.2015 (C-137/14 [ECLI:EU:C:2015:683] – Rdnr. 78 ff.) generell nicht und damit auch nicht hinsichtlich der Auslegung des Verkehrsgutachtens angewendet werden (s. nunmehr § 7 Abs. 4 UmwRG sowie bereits BVerwG, Beschl. v. 29.06.2017 – 9 A 8.16 – UPR 2017, 518 Rdnr. 5).

[29] **bb)** Gem. § 9 Abs. 1b Satz 1 UVPG in der zum Zeitpunkt der Einleitung des Planfeststellungsverfahrens gültigen Fassung vom 24.02.2010 (BGBl. I, S. 94 – im Folgenden UVPG 2010) hatte die Planfeststellungsbehörde die Unterlagen nach § 6 UVPG 2010 über die Umweltauswirkungen des Vorhabens (Nr. 1) sowie darüber hinaus die vorhandenen entscheidungserheblichen Berichte und Empfehlungen betreffend das Vorhaben (Nr. 2) auszulegen. Nach heutiger Gesetzeslage ergeben sich entsprechende Anforderungen aus § 19 Abs. 1 Satz 2 UVPG in der Fassung des Gesetzes vom 20.07.2017 (BGBl. I, S. 2808 UVPG 2017). Die Norm des § 9 Abs. 1b UVPG 2010 enthielt somit eine spezielle Regelung dazu, welche Unterlagen die Planfeststellungsbehörde zur Einsicht auszulegen hatte. Die Verweisung auf das Fachrecht in § 6 Abs. 2 UVPG 2010 (vgl. jetzt § 16 Abs. 4 UVPG 2017) bezog sich dagegen auf diejenigen Unterlagen, die vom Träger des Vorhabens der Planfeststellungsbehörde vorzulegen waren.

[30] Zwar mag zweifelhaft sein, ob eine Verkehrsprognose zu den Unterlagen über die Umweltauswirkungen nach § 9 Abs. 1b Satz 1 Nr. 1 i.V.m. § 6 Abs. 1 UVPG 2010 gehört, weil sie nicht unmittelbar umweltrelevant ist. Jedenfalls gehört sie aber regelmäßig zu den entscheidungserheblichen Berichten und Empfehlungen betreffend das Vorhaben gem. § 9 Abs. 1b Satz 1 Nr. 2 UVPG 2010. Hierfür spricht bereits der Wortlaut, weil die Verkehrsuntersuchung für Straßenplanungen die voraussichtliche Verkehrsstärke ermittelt und damit nicht nur Basis für die Dimensionierung der Straße ist, sondern auch die Daten für die Lärmprognose und das gesamte darauf aufbauende Lärmkonzept sowie die Grundlagendaten für die Luftschadstoffprognose liefert.

[31] Die mit dem späteren § 9 Abs. 1b UVPG 2010 gleichlautende Bestimmung wurde durch das Gesetz vom 09.12.2006 (BGBl. I, S. 2819) eingefügt. Mit ihr wollte der Gesetzgeber Art. 6 Abs. 3 der UVP-Richtlinie (i.d.F. der Richtlinie 2003/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.05.2003 über die Beteiligung der Öffentlichkeit bei der Ausarbeitung bestimmter umweltbezogener Pläne und Programme und zur Änderung der Richtlinien 85/337/EWG und 96/61/EG des Rates in Bezug auf die Öffentlichkeitsbeteiligung und den Zugang zu den Gerichten – ABl. L 156 S. 17) umsetzen (siehe BT-Drucks. 16/2494, S. 22). Danach sollen der betroffenen Öffentlichkeit im Sinne einer effektiven und transparenten Öffentlichkeitsbeteiligung (vgl. Erwägungsgrund 3 zur Richtlinie 2003/35/EG) neben den Unterlagen der UVP-Prüfung die »wichtigsten Berichte und Empfehlungen« zugänglich gemacht werden. Im nationalen Gesetzgebungsverfahren wurde dies im Interesse einer Präzisierung durch die Formulierung »entscheidungserhebliche« Berichte und Empfehlungen ersetzt (siehe BT-Drucks. 16/2933, S. 2). Dem entspricht heute wortgleich § 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 UVPG 2017. Der Gesetzgeber hatte dabei im Blick, dass auch Fachgutachten zu den Unterlagen über die zu erwartenden Umweltauswirkungen des Vorhabens gehören können. Er empfiehlt, nur die wichtigsten Inhalte der Fachgutachten in den UVP-Bericht zu übernehmen und im Hinblick auf die Einzelheiten auf das betreffende Gutachten zu verweisen, das ebenfalls auszulegen sei (so zum heutigen Recht BT-Drucks. 18/11499, S. 88). Vor diesem Hintergrund kann es an der Entscheidungserheblichkeit i.S.d. § 9 Abs. 1b Satz 1 Nr. 2 UVPG 2010 (bzw. des

§ 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 UVPg 2017) zwar fehlen, wenn bestimmte Gutachten lediglich Detailfragen betreffen oder auf sie in anderen – ihrerseits ausgelegten – Gutachten Bezug genommen wird. Solche Gutachten gehören gegebenenfalls auch nicht zu den wichtigsten Berichten und Empfehlungen i.S.v. Art. 6 Abs. 3 UVP-Richtlinie. Eine Verkehrsuntersuchung für ein Straßenbauvorhaben ist hiernach aber jedenfalls dann auszulegen, wenn – wie vorliegend – die Ermittlung der Verkehrszahlen im ausgelegten Erläuterungsbericht nicht hinreichend nachvollziehbar dargestellt ist.

[32] Im Übrigen musste die Verkehrsuntersuchung hier auch auf der Grundlage des § 17a FStrG i.V.m. § 73 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 Satz 1 VwVfG ausgelegt werden, um eine genügende Anstoßwirkung zu erzielen. Zwar muss danach die Auslegung nicht alle Unterlagen umfassen, die zur vollständigen Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Planung erforderlich sind, sondern kann sich auf diejenigen beschränken, deren der Einzelne bedarf, um den Grad seiner Betroffenheit abzuschätzen und sich das Interesse, Einwendungen zu erheben, bewusst machen zu können. Dazu gehören Gutachten dann, wenn nach den Gegebenheiten des Einzelfalls ohne deren Kenntnis der mit der Auslegung bezweckte Anstoß zur Erhebung von Einwendungen verfehlt würde (BVerwG, Urt. v. 08.06.1995 – 4 C 4.94 – BVerwGE 98, 339 <344 f.> und v. 03.03.2011 – 9 A 8.10 – BVerwGE 139, 150 Rdnr. 19). Das ist etwa der Fall, wenn die Behörde erkennt oder erkennen muss, dass ohne diese Unterlagen Betroffenheiten nicht oder nicht vollständig geltend gemacht werden können (BVerwG, Urt. v. 06.10.2010 – 9 A 12.09 – Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr. 212 Rdnr. 12). Aus dem hier vom Oberverwaltungsgericht in Bezug genommenen ausgelegten Erläuterungsbericht ergibt sich zwar, dass für das Prognosejahr 2025 weitere Verkehrssteigerungen erwartet werden. Ohne das Verkehrsgutachten konnten die Kläger hieraus aber nicht den Anstoß entnehmen, die angenommene Verkehrsbelastung in Bezug auf den unterstellten Entlastungseffekt der A 52 zu hinterfragen.

[33] **cc)** Der Verfahrensfehler ist nicht dadurch geheilt worden, dass den Klägern die Verkehrsuntersuchung nach dem Ende der Einwendungsfrist in digitalisierter Form übersandt worden ist. Um eine heilende Wirkung zu entfalten, muss die Nachholung der unterbliebenen Verfahrenshandlung derart ausgestaltet sein, dass der Betroffene so steht, wie er bei einem von Anfang an korrekten Verfahren gestanden hätte (Hufen/Siegel, Fehler im Verwaltungsverfahren, 6. Aufl. 2018, Rdnr. 954). Dies erfordert bei unterbliebener Auslegung eines Gutachtens neben der späteren Übersendung etwa den Hinweis, dass zu dem Gutachten innerhalb einer bestimmten Frist nachträglich Stellung genommen werden kann (BVerwG, Urt. v. 05.12.1986 – 4 C 13.85 – Buchholz 442.40 § 8 Luft-VG Nr. 6 S. 15 – in BVerwGE 75, 214 insoweit nicht abgedruckt). Hieran fehlt es. Denn die Planfeststellungsbehörde hat bei der Übersendung des Gutachtens nicht deutlich gemacht, dass eine eventuelle Stellungnahme zu dem Gutachten wie eine fristgerecht erhobene Einwendung behandelt und im Planfeststellungsbeschluss beschieden wird (vgl. § 74 Abs. 2 Satz 1 VwVfG).

[34] **dd)** Es bedarf noch weiterer Feststellungen des Tatsachengerichts zu der Frage, ob der Verfahrensfehler gem. § 4 Abs. 1a UmwRG i.V.m. § 46 VwVfG unbeachtlich ist. Diese

Vorschriften kommen zur Anwendung, weil kein absoluter Verfahrensfehler i.S.d. § 4 Abs. 1 Satz 1 UmwRG vorliegt. Die unterbliebene Auslegung der Verkehrsuntersuchung stellt keinen Fehler dar, der nach Art und Schwere mit dem Unterbleiben einer erforderlichen Umweltverträglichkeitsprüfung oder mit dem Ausfall einer erforderlichen Öffentlichkeitsbeteiligung vergleichbar ist (§ 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b) UmwRG). Vielmehr hat eine Öffentlichkeitsbeteiligung mit der Auslegung wesentlicher Unterlagen stattgefunden, deren Defizit lediglich darin bestand, dass eine weitere – wenn auch ebenfalls wichtige – Unterlage nicht der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden ist (zur Einordnung eines derartigen Fehlers vgl. auch BT-Drucks. 18/5927, S. 10).

[35] Die Aufhebung eines Verwaltungsaktes bzw. die Feststellung seiner Rechtswidrigkeit kann wegen eines relativen Verfahrensfehlers i.S.d. § 4 Abs. 1a UmwRG nicht beansprucht werden, wenn offensichtlich ist, dass die Verletzung der Verfahrensvorschrift die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat (§ 46 VwVfG). Zur Aufklärung dieser Frage hat das Gericht im Rahmen seiner Pflicht zur Erforschung des Sachverhalts von Amts wegen (§ 86 VwGO) alle verfügbaren Erkenntnismöglichkeiten auszuschöpfen. Lässt sich nicht aufklären, ob der Verfahrensfehler die Entscheidung in der Sache beeinflusst hat, wird eine Beeinflussung nach § 4 Abs. 1a Satz 2 UmwRG vermutet. Dem Rechtsbehelfsführer darf in keiner Form die Beweislast für die Frage auferlegt werden, ob die angegriffene Entscheidung ohne den Verfahrensfehler anders ausgefallen wäre (BVerwG, Urt. v. 21.01.2016 – 4 A 5.14 – BVerwGE 154, 73 Rdnr. 41 und v. 16.06.2016 – 9 A 4.15 – Buchholz 407.4 § 17a FStrG Nr. 12 Rdnr. 19).

[36] Es ist Aufgabe des Tatsachengerichts, sich gem. § 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO die Überzeugung zu verschaffen, dass ein Verfahrensfehler sich nicht ausgewirkt hat. Ein Verfahrensfehler ist beachtlich, wenn nach den Umständen des Falles die konkrete Möglichkeit besteht, dass ohne den Fehler eine andere Entscheidung getroffen worden wäre; eine nur abstrakte Möglichkeit einer anderen Entscheidung genügt nicht. Nach § 4 Abs. 1a UmwRG i.V.m. mit § 46 VwVfG unbeachtlich ist er nur, wenn das Tatsachengericht anhand der Akten und Planunterlagen und der sonst erkennbaren oder nahe liegenden Umstände zu der Feststellung in der Lage ist, dass die angegriffene Entscheidung ohne den Verfahrensfehler nicht anders ausgefallen wäre (BVerwG, Urt. v. 21.01.2016 – 4 A 5.14 – BVerwGE 154, 73 Rdnr. 43; Beschl. v. 21.06.2016 – 9 B 65.15 – Buchholz 406.254 UmwRG Nr. 20 Rdnr. 21; s. dazu auch BVerfG, Kammerbeschl. v. 24.10.2017 – 1 BvR 1026/13 – DVBl 2018, 175 Rdnr. 47 f.).

[37] Der Senat vermag den Ausführungen der Vorinstanz, die Einwände der Kläger betreffend die Verkehrsbelastung seien nicht geeignet, die Möglichkeit aufzuzeigen, die Planfeststellungsbehörde hätte bei höherer Verkehrsbelastung eine konzeptionell andere Entscheidung getroffen und es bestehe ohne weiteres die Möglichkeit weitergehender Schallschutzmaßnahmen, keine den o.g. Anforderungen gerecht werdenden Feststellungen dafür zu entnehmen, dass der Verfahrensfehler sich nicht auf das Ergebnis ausgewirkt hat. Die Ausführungen betreffen den Fehler bei der Abwägung der Lärmbelange, sie stehen nicht in Zusammenhang mit der Behandlung eines Verfahrensfehlers.

[38] **ee)** Vorbehaltlich der Prüfung, ob der vorgenannte Verfahrensfehler beachtlich ist, hat das Oberverwaltungsgericht einen materiellrechtlichen Fehler, der zur Aufhebung des Planfeststellungsbeschlusses oder zur Feststellung seiner Rechtswidrigkeit und Nichtvollziehbarkeit führen könnte, ohne Bundesrechtsverstoß verneint. Das Oberverwaltungsgericht nimmt an, dass die Variantenprüfung nicht zu Lasten der Kläger abwägungsfehlerhaft ist, weil sich keine andere als die gewählte Linienführung unter Berücksichtigung aller erheblichen Belange eindeutig als die bessere darstellt. Hierzu ist mit Bindungswirkung für die Revisionsinstanz (§ 137 Abs. 2 VwGO) festgestellt, dass eine kleinräumige Verschiebung der A 43 nach Osten nur im Bereich der Kläger wegen der einzuhaltenden Planungsregeln für Kurvenradien nicht möglich ist. Ferner hat sich das Vordergericht mit den Einwänden gegen die Länge der südlichen Auffahrtsspur auseinander gesetzt (UA S. 44 f.) und auch ausführlich begründet, weshalb die im Planfeststellungsbeschluss vorgesehene Böschungsgestaltung den anerkannten technischen Entwurfsmerkmalen entspricht und dass der Beklagte unabhängig davon auch aus Kostengründen von einer anderen Herstellung Abstand nehmen durfte. Zu allen genannten Punkten setzt die Anschlussrevision lediglich ihre eigene Bewertung an die Stelle der Abwägung im Planfeststellungsbeschluss und der gerichtlichen Abwägungskontrolle. Das Angebot des Beklagten schließlich, im Vergleichswege eine teurere und steilere Böschung zu errichten, macht die vorangegangene Abwägung nicht fehlerhaft.

[39] Die Behauptung, in der unmittelbar an das klägerische Grundstück östlich angrenzenden Böschungszone finde sich Baumbestand, der Habitateignung für Fledermäuse aufweise, kann nicht dartun, dass das Oberverwaltungsgericht die §§ 34, 44 BNatSchG fehlerhaft angewendet hat. Die Kläger stellen auch insoweit den Feststellungen im angegriffenen Urteil dazu (§ 137 Abs. 2 VwGO) lediglich ihre abweichende Bewertung gegenüber.

[40] Ohne Verstoß gegen Bundesrecht geht die Vorinstanz davon aus, dass die Einwände der Kläger zur Lärm- und Luftschadstoffproblematik ungeachtet der Frage, ob die Verkehrsprognose fehlerhaft ist, nicht zur Aufhebung bzw. Feststellung der Rechtswidrigkeit des Planfeststellungsbeschlusses führen. Lässt sich eine im Planfeststellungsbeschluss nicht angeordnete oder unzureichende Schutzauflage nachholen, ohne dass dadurch die Gesamtkonzeption der Planung in einem wesentlichen Punkt berührt und ohne dass in dem Interessengeflecht der Planung nunmehr andere Belange nachteilig betroffen werden, so korrespondiert der objektiven Rechtswidrigkeit des Planfeststellungsbeschlusses nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts allein ein Anspruch auf Planergänzung (vgl. nur Urte. v. 07.07.1978 – 4 C 79.76 – BVerwGE 56, 110 <133>, v. 05.03.1997 – 11 A 25.95 – BVerwGE 104, 123 <129> und v. 03.03.2011 – 9 A 8.10 – BVerwGE 139, 150 Rdnr. 59). Auf der Grundlage der Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts liegen die Dinge hier so. Danach wird zwar der maßgebliche Lärmgrenzwert für die Nachtzeit an verschiedenen Immissionsorten des Wohnhauses der Kläger um 0,5 bis 2,3 dB(A) überschritten; ohne Berücksichtigung des Ausbaus der A 52 sei mit einer noch höheren Lärmbelastung auf der A 43 zu rechnen. Zugleich hat das Oberverwaltungsgericht aber festgestellt, dass die Anordnung weitergehender Maßnahmen des

aktiven Schallschutzes oder einer Ausweitung des Anspruchs auf Aufwendungsersatz für passiven Schallschutz ohne weiteres möglich wäre.

[41] Hinsichtlich der Luftschadstoffe hält die Vorinstanz die Abwägung im Planfeststellungsbeschluss in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. Urte. v. 10.10.2012 – 9 A 19.11 – Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr. 228 Rdnr. 38) für fehlerfrei. Die nach der 39. BImSchV maßgeblichen Grenzwerte seien sowohl für Stickstoffdioxid als auch für Feinstaub unterschritten. Selbst wenn ein neues Gutachten zur künftigen Verkehrsbelastung auf der A 43 erforderlich sei und dies zur Annahme einer höheren Verkehrsmenge führe, sei nicht mit einer so erheblichen Verschlechterung der Luftschadstoffsituation zu rechnen, dass ihr nicht mehr durch Maßnahmen der Luftreinhalteplanung begegnet werden könnte.

[42] Allerdings enthält das angegriffene Urteil – nach seinem Rechtsstandpunkt konsequent – bisher keine Feststellungen zu der von den Klägern in mehrerer Hinsicht beanstandeten behördlichen Abwägung zwischen aktiven und passiven Schallschutzmaßnahmen auf der Grundlage der §§ 41, 42 BImSchG. Die Kläger verlangen die Prüfung nach innen zur Fahrbahn gebogener Lärmschutzwände, einer Lärmschutzwand auf dem Mittelstreifen sowie einer Geschwindigkeitsbeschränkung. Gegebenenfalls sind die Feststellungen nachzuholen.

**Anmerkung zu BVerwG, Urte. v. 15.02.2018 – 9 C 1.17 – (A 43 Recklinghausen)**

**(Turnen am juristisches Hochreck).** Das Planfeststellungsverfahren zur A 43 zwischen dem Rhein-Herne-Kanal und der Anschlussstelle Recklinghausen/Herten muss nach dem Recklinghausen-Urteil des BVerwG eine Reparaturschleife einlegen. Vor dem OVG NRW waren die Kläger im ersten Rechtszug vom Grundsatz her nicht erfolgreich (OVG NRW, Urte. v. 28.04.2016 – 11 D 33/13.AK – juris). Allerdings hatte das OVG NRW eine angenommene Entlastungswirkung für ein im Zeitpunkt des Planfeststellungsbeschlusses noch nicht eingeleitetes Planfeststellungsverfahren für die Verwirklichung der A 52 beanstandet. Entlastungswirkungen anderer Autobahnprojekte könnten zu Lasten der Planbetroffenen nur berücksichtigt werden, wenn sie im Zeitpunkt des Planfeststellungsbeschlusses bereits eingeleitet worden seien, lautete die Botschaft vom Aegidiikirchplatz. Wie im umgekehrten Fall zu verfahren sei, könne offenbleiben. Nach einer Revisionszulassung zu dieser Frage durch das BVerwG (Beschl. v. 04.05.2017 – 9 B 60.17 –) traten die Kläger erneut auf den Plan und wollten in einer Anschlussrevision ihre bisherigen Klageziele einer Aufhebung des Planfeststellungsbeschlusses und hilfsweise die Feststellung erreichen, dass der Planfeststellungsbeschluss rechtswidrig sei und nicht vollzogen werden darf. Das BVerwG hat in einem geradezu salomonischen Urteil beiden Parteien teilweise Recht gegeben und den Rechtsstreit zur Aufklärung beider Fragen an das OVG NRW zurückverwiesen. Das Gericht soll nun klären, ob ausgeschlossen werden kann, dass die Nichtoffenlage der vorhabenbezogenen Verkehrsprognose im Beteiligungsverfahren Einfluss auf das Ergebnis des Planfeststellungsverfahrens hatte. Zugleich soll das OVG NRW der Frage nachgehen, ob ausnahmsweise

gewichtige Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die von der Planfeststellungsbehörde angenommene, aus dem Bedarfsplan abgeleitete Entlastungswirkung durch den Bau der A 52 wegen einer vielleicht eher vagen Projektverwirklichungsaussicht innerhalb des Prognosezeitraums am Ende doch eher in den Sternen steht. Damit wird das Tatsachengericht gewiss fertig.

**(Rechtsgrundsätzliches).** Wichtiger sind aber vielleicht noch die rechtsgrundsätzlichen Fragen, die das BVerwG geklärt und dabei die bisherige Rechtsprechung durchaus fortentwickelt hat. Die zusätzlichen Erkenntnisse liegen vor allem in drei Bereichen: (1) Die vorhabenbezogene Verkehrsuntersuchung ist künftig als entscheidungserheblicher Bericht i.S.v. § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 UVPG auszulegen. In der Praxis wird das inzwischen ohnehin schon so gehandhabt. Für die zurückliegenden Fälle sind Fehler nur dann nicht bedeutsam, wenn ausgeschlossen werden kann, dass sie sich auf das Ergebnis ausgewirkt haben. Dafür darf die Beweislast dem Planbetroffenen nicht zugeschoben werden. (2) Vorhaben des Vordringlichen Bedarfs im Bedarfsplan des Bundes sind grundsätzlich auch dann, wenn das Planfeststellungsverfahren für sie noch nicht eingeleitet worden ist, bei der jeweiligen Planfeststellung einzurechnen, solange nicht ausnahmsweise gewichtige Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das andere, im Bedarfsplan ausgewiesene Vorhaben innerhalb des Prognosezeitraums nicht verwirklicht wird. (3) Die bedeutendste Fortentwicklung des BVerwG liegt aber wohl in der Klarstellung, dass auch bei der Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Tatsachengericht die beschränkten gerichtlichen Kontrollmöglichkeiten gelten, die das BVerwG im Bereich seiner erstinstanzlichen Zuständigkeit für die Reparatur fehlerbehafteter Planfeststellungsbeschlüsse entwickelt hat.

**(Verkehrsuntersuchung muss offengelegt werden).** Im Gegensatz zu früheren Einschätzungen (BVerwG, Urt. v. 09.06.2010 – 9 A 20.08 – Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr. 208, S. 134 f.) muss die Verkehrsuntersuchung Gegenstand der Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung sein. Diese Anforderungen sind in der Praxis bereits angekommen. Das alles ist für sie kein wirkliches Problem. Altfälle können mit der Kausalitätsrechtsprechung, wie sie auch im Recklinghausen-Urteil dargestellt ist, für alle Beteiligten auskömmlich abgearbeitet werden.

Bei der Prüfung der Ergebnisrelevanz eines Abwägungsfehlers müssen die Gerichte allerdings stets dem Umstand Rechnung tragen, dass die Anwendung der Fehlerunbeachtlichkeitsregel umso mehr den Rechtsschutz der Betroffenen einschränkt, je weniger gewiss die Unerheblichkeit eines festgestellten Abwägungsfehlers für das Abwägungsergebnis ist. Die Ergebnisrelevanz kann nur solange verneint werden, als konkrete Anhaltspunkte dafür nachweisbar sind, dass die Planfeststellungsbehörde gleichwohl die gleiche Entscheidung getroffen hätte (BVerfG, Beschl. v. 16.12.2015 – 1 BvR 685/12 – DVBl 2016, 1044 m. Anm. Stür, 1053 – Wesertunnel; EuGH, Urt. v. 15.10.2015 – C 137/14 – DVBl 2015, 1514 m. Anm. Stür/Buchsteiner, 1518).

**(Im Bedarfsplan ausgewiesene Vorhaben sind grundsätzlich in die Planfeststellung von Einzelvorhaben einzustellen).** Das BVerwG hat an dem Rechtsgrundsatz festgehalten, dass die im Bedarfsplan des Bundes ausgewiesenen Vorhaben in die Planfeststellung der Einzelvorhaben einzustellen sind.

Davon kann nur abgewichen werden, wenn im Ausnahmefall überzeugende Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, dass das andere Projekt nicht verwirklicht werden kann und deshalb bei der Projektplanung unberücksichtigt bleiben muss. Dafür müssen gleiche Grundsätze gelten unabhängig davon, ob sich durch andere Projekte belastende oder entlastende Auswirkungen für das jeweils zur Planfeststellung anstehende Vorhaben ergeben. Zudem hat das BVerwG entsprechende Spielräume der Planfeststellungsbehörde betont: Wenn von der Vermutung der im Planfeststellungsbeschluss ausgewiesenen Rechtfertigung abgewichen werden soll, dann muss der dadurch in seinen Rechten nachteilig Betroffene darlegen und im Zweifelsfall auch beweisen, dass der Bedarfsplan wegen besonderer Einzelfallumstände nicht angewendet werden kann.

**(Durch Revisionsrecht beschränkte Zurückverweisung).** Die eigentliche Fortentwicklung der Rechtsprechung liegt aber wohl darin, dass auch im Falle einer Zurückverweisung des Rechtsstreits vom Revisionsgericht an das Tatsachengericht die gerichtlichen Prüfungserfordernisse durch eine Verschränkung des Revisionsrechts mit dem eingeschränkten Zurückverweisungsrecht beschränkt sind.

Ist ein Planfeststellungsbeschluss reparaturbedürftig, so muss er nur hinsichtlich der fehlerhaften Teile repariert werden. Im Übrigen ist er bestandkräftig. Aus den Vorschriften zur Planerhaltung hat die Rechtsprechung insbesondere zum Fachplanungsrecht zudem eigene Prozessgrundsätze entwickelt. Nach ständiger Rechtsprechung des BVerwG beschränkt sich im Falle des § 75 Abs. 1a Satz 2 VwVfG die Rechtskraft eines Urteils mit dem Ausspruch, dass ein Planfeststellungsbeschluss rechtswidrig und nicht vollziehbar ist, nicht auf die Feststellung, dass ein bestimmter Rechtsfehler gegeben ist und im ergänzenden Verfahren behoben werden kann, sondern umfasst auch die Feststellung, dass weitere Fehler des Beschlusses nicht vorliegen. Die durch das rechtskräftige Urteil erlangte Rechtssicherheit wird grundsätzlich nur insoweit aufgegeben, als es zur Beseitigung der gerichtlich festgestellten Mängel im ergänzenden Verfahren erforderlich ist (BVerwG, Beschl. v. 17.07.2008 – 9 B 15.08 – Buchholz 451.91 Europ. UmweltR Nr. 35 Rdnr. 28; Vorlage- und Hinweisbeschl. v. 11.07.2013 – 7 A 20.11 – DVBl 2013, 1450 m. Anm. Stür/Stür 1457 – Weservertiefung; Urt. v. 08.01.2014 – 9 A 4.13 – BVerwGE 149, 31 Rdnr. 28 und v. 28.04.2016 – 9 A 9.15 – BVerwGE 155, 91 Rdnr. 39 jeweils m.w.N.; Stür/Stür, DVBl 2018, 587).

Durch das Recklinghausen-Urteil des BVerwG ist klargestellt, dass dies auch dann gilt, wenn durch ein Revisionsurteil das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an die Vorinstanz zurückverwiesen wird (§ 144 Abs. 3 Nr. 2 VwGO). Das Gericht, an das die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen ist, hat seiner Entscheidung die rechtliche Beurteilung des Revisionsgerichts zugrunde zu legen (§ 144 Abs. 6 VwGO). Das gilt auch für die Reichweite der noch prüfungsfähigen Fragen und bewirkt eine entsprechende Beschränkung des Prozessstoffes. Soweit das Urteil des Tatsachengerichts keinen Verstoß gegen Bundesrecht enthält und das BVerwG den klägerischen Vortrag als nicht durchgreifend zurückgewiesen hat, ist die Prüfungsbefugnis des Tatsachengerichts entsprechend eingeschränkt.

Die bisherige Praxis einiger Gerichte (OVG Münster, Urt. v. 18.01.2013 – 11 D 70/09.AK – DVBl 2013, 374 m. Anm. Stürer/Stürer, 382; BVerwG, Beschl. 18.11.2013 – DVBl 2014, 237 m. Anm. Stürer/Stürer, 241; OVG Münster, Urt. v. 29.03.2017 – 11 D 70/09.AK – Ortsumgehung Datteln; Urt. v. 13.05.2015 – 11 D 7/12.AK –, BVerwG, Beschl. v. 21.06.2016 – 9 B 65.15 – DVBl 2016, 1121 m. Anm. Stürer 1125 –; OVG Münster, Urt. v. 17.11.2017 – 11 D 12/12.AK – B 51 – Ortsumgehung Münster), erneut in eine Komplettprüfung aller im ersten und im zweiten Durchgang vortragener Gesichtspunkte einzutreten, hat das BVerwG wohl eine deutliche Absage erteilt.

Prof. Dr. Bernhard Stürer & Dr. Eva-Maria Stürer,  
Münster/Osnabrück\*

\* Die Rechtsanwaltskanzlei Stürer & Stürer war an dem Gerichtsverfahren auf Seiten des Landes NRW beteiligt.

## Lufreinhalteplan und Dieselfahrverbot in Düsseldorf

Art. 13 Abs. 1 und Art. 23 Abs. 1 RL 2008/50/EG; §§ 40, 47 und 48a Abs. 1 BImSchG; §§ 1, 2 und 3 35. BImSchV; § 3 Abs. 1 und § 27 39. BImSchV; §§ 41, 45 Abs. 1 f. und Abs. 4 StVO

**1. Erweist sich ein auf bestimmte Straßen oder Straßenabschnitte beschränktes Verkehrsverbot für (bestimmte) Dieselfahrzeuge als die einzig geeignete Maßnahme zur schnellstmöglichen Einhaltung der Stickstoffdioxid-Grenzwerte, verlangt Art. 23 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie 2008/50/EG, diese Maßnahme zu ergreifen.**

**2. Die Anordnung eines Verkehrsverbotes muss dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Ein streckenbezogenes Verbot für (bestimmte) Dieselfahrzeuge geht seiner Eingriffsintensität nach nicht über straßenverkehrsrechtlich begründete Durchfahr- und Halteverbote hinaus, mit denen Autofahrer und Anwohner stets rechnen und die sie grundsätzlich hinnehmen müssen. Sondersituationen, insbesondere für Anwohner, ist durch Ausnahmeregelungen Rechnung zu tragen.**

BVerwG, Urt. v. 27.02.2018 – 7 C 26.16 –

### Aus den Gründen:

#### I.

[1] Der Kläger, eine bundesweit tätige, nach § 3 UmwRG anerkannte Umweltvereinigung, begehrt die Fortschreibung des Lufreinhalteplans für die beigeladene Stadt Düsseldorf um Maßnahmen zur Einhaltung von Immissionsgrenzwerten für Stickstoffdioxid.

[2] Für Düsseldorf besteht seit 2013 ein Lufreinhalteplan, der den 2008 aufgestellten ersten Lufreinhalteplan fortschreibt und ersetzt. Er sieht zahlreiche Maßnahmen zur Minderung der Feinstaub- und Stickstoffdioxidbelastungen vor. An den Messpunkten in der Cornelius- und der Merowingerstraße prognostiziert der Plan bis 2015 Immissions-

reduktionen, geht aber nicht von der Einhaltung des Grenzwertes für Stickstoffdioxid (NO<sub>2</sub>) aus. 2015 lag der Messwert für NO<sub>2</sub> in der Corneliusstraße bei 59 µg/m<sup>3</sup>.

[3] Am 18.11.2015 hat der Kläger Klage erhoben. [...]

[4] Mit Urteil vom 13.09.2016 hat das Verwaltungsgericht der Klage stattgegeben und den Beklagten verurteilt, den Lufreinhalteplan Düsseldorf 2013 so zu ändern, dass dieser die erforderlichen Maßnahmen zur schnellstmöglichen Einhaltung des über ein Kalenderjahr gemittelten Immissionsgrenzwertes für Stickstoffdioxid i.H.v. 40 µg/m<sup>3</sup> im Stadtgebiet der Beigeladenen enthält. [...]

[6] Mit einer vom Verwaltungsgericht zugelassenen und mit Zustimmung des Klägers eingelegten Sprungrevision macht der Beklagte geltend: Ein Dieselfahrverbot sei rechtlich unzulässig. Für die Anordnung eines (beschränkten) Fahrverbots für Dieselfahrzeuge auf Landesebene fehle eine Rechtsgrundlage. [...]

#### II.

[11] Die zulässige Revision ist überwiegend nicht begründet. In Übereinstimmung mit Bundesrecht hat das Verwaltungsgericht entschieden, dass der Beklagte den Lufreinhalteplan Düsseldorf 2013 so fortzuschreiben bzw. zu ergänzen hat, dass dieser die erforderlichen Maßnahmen zur schnellstmöglichen Einhaltung des über ein Kalenderjahr gemittelten Immissionsgrenzwertes für Stickstoffdioxid (NO<sub>2</sub>) i.H.v. 40 µg/m<sup>3</sup> im Stadtgebiet der Beigeladenen enthält. Im Rahmen dieser Fortschreibung hat der Beklagte ein ganzjähriges Verkehrsverbot für Kraftfahrzeuge mit Dieselmotoren in Betracht zu ziehen. Die Revision ist jedoch insoweit begründet, als das Verwaltungsgericht bei der Prüfung der Zulässigkeit und Ausgestaltung eines Verkehrsverbotes dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht in vollem Umfang Rechnung getragen hat.

[12] **A.1.** Werden durch eine Rechtsverordnung nach § 48a Abs. 1 BImSchG festgelegte Immissionsgrenzwerte überschritten, hat die zuständige Behörde nach § 47 Abs. 1 Satz 1 BImSchG einen Lufreinhalteplan aufzustellen, der die erforderlichen Maßnahmen zur dauerhaften Verminderung von Luftverunreinigungen festlegt. Nach § 47 Abs. 1 Satz 3 BImSchG müssen die Maßnahmen eines Lufreinhalteplans geeignet sein, den Zeitraum einer Überschreitung von bereits einzuhaltenden Immissionsgrenzwerten so kurz wie möglich zu halten.

[13] Nach § 3 Abs. 1 der 39. Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes – Verordnung über Luftqualitätsstandards und Emissionshöchstmengen (39. BImSchV) vom 02.08.2010 (BGBl. I, S. 1065), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 10.10.2016 (BGBl. I, S. 2244), beträgt zum Schutz der menschlichen Gesundheit der über eine volle Stunde gemittelte Immissionsgrenzwert für Stickstoffdioxid (NO<sub>2</sub>) 200 µg/m<sup>3</sup> bei 18 zugelassenen Überschreitungen im Kalenderjahr. Der über ein Kalenderjahr gemittelte Immissionsgrenzwert für Stickstoffdioxid (NO<sub>2</sub>) der zum Schutz der menschlichen Gesundheit beträgt 40 µg/m<sup>3</sup> (§ 3 Abs. 2 der 39. BImSchV).

[14] Die 39. BImSchV dient unter anderem der Umsetzung der Richtlinie 2008/50/EG des Europäischen Parlaments und



## Ortsumgehung Datteln kann gebaut werden

§§ 17 ff. FStrG; §§ 34, 44, 45 BNatSchG; § 86 VwGO

**1. Der Tatbestand des Tötungsverbots (§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG) ist im Hinblick auf bau- und betriebsbedingte Gefahren eines Straßenbauvorhabens erst dann erfüllt, wenn das Vorhabenunabhängige Grundrisiko dadurch signifikant erhöht wird (im Anschluss an die ständige Rechtsprechung).**

**2. Die der Planfeststellungsbehörde bei Anwendung des § 44 Abs. 1 BNatSchG zustehende naturschutzfachliche Einschätzungsprerogative schließt die Beurteilung ein, ob und inwieweit auf eine raumbezogene Bestandsaufnahme und Prüfung bei »Allerweltsvogelarten« verzichtet werden kann.**

**3. Ist über eine bestimmte artenschutzrechtliche Ausnahme (§ 45 Abs. 7 BNatSchG) trotz objektiver Ausnahmelage vernehmlich nicht entschieden worden, so ist dieser Mangel dann unerheblich, wenn unter Berücksichtigung aller Umstände ausgeschlossen werden kann, dass dem Vorhabenträger die fehlende Ausnahme versagt worden wäre (wie BVerwG, Urt. v. 14.04.2010 – 9 A 5.08 – BVerwGE 136, 291).**

BVerwG, Beschl. v. 08.03.2018 – 9 B 25.17 – Ortsumgehung Datteln (vorgehend Oberverwaltungsgericht NRW, Urt. v. 29.03.2017 – 11 D 70/09.AK)

### I.

[1] Der klagende Umweltverband wendet sich gegen den Planfeststellungsbeschluss vom 31.03.2009 in der Gestalt des Planergänzungsbeschlusses vom 04.05.2011 und des Planergänzungsbescheides vom 11.01.2013. Geplant ist der Neubau eines Abschnitts der B 474n als Ortsumgehung Datteln. Das rund 4 km lange Straßenstück soll u.a. das Waldgebiet »Deipe« queren und im Nordosten der Stadt in die vorhandene Trasse der B 235 münden, die ihrerseits im weiteren Verlauf auf einer Brücke die Lippe quert. Entlang der Lippe erstreckt sich das gemeinschaftsrechtlich festgelegte FFH-Gebiet »Lippeaue«. Die geplante B 474n schleift rund 300 m vor der Grenze dieses FFH-Gebiets in die B 235 ein. Der Neubau der Ortsumgehung Datteln ist im Bedarfsplan für die Bundesfernstraßen als zweistreifige Bundesstraße in der Kategorie des vordringlichen Bedarfs dargestellt. Ebenfalls als vordringlicher Bedarf ausgewiesen ist der südlich angrenzende Abschnitt der B 474n bis zur A 2, der als Ortsumgehung Waltrop vierstreifig gebaut werden soll.

[2] Das Oberverwaltungsgericht hat mit Urt. v. 18.01.2013 (– 11 D 70/09.AK – DVBl 2013, 374) die Klage abgewiesen und die Revision nicht zugelassen. Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Beschl. v. 28.11.2013 (– 9 B 14.13 – DVBl 2014, 237) das Urteil aufgehoben und den Rechtsstreit zur anderweitigen Entscheidung zurückverwiesen. Das Oberverwaltungsgericht habe sich im angefochtenen Urteil nicht hinreichend mit Teilen des Klagevorbringens auseinandergesetzt, soweit es um das artenschutzrechtliche Tötungsverbot und das Zerstörungsverbot in Bezug auf zahlreiche verbreitete (»ubiquitäre«) Vogelarten gehe.

[3] Nach dieser Zurückverweisung hat das Oberverwaltungsgericht mit weiterem Urteil vom 29.03.2017 die Klage erneut

abgewiesen und die Revision nicht zugelassen. Dagegen richtet sich die Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers.

### II.

[4] Die Beschwerde, die auf die Zulassungsgründe der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache (§ 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) und eines Verfahrensmangels (§ 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO) gestützt ist, hat keinen Erfolg.

[5] **1.** Der Rechtssache kommt keine grundsätzliche Bedeutung i.S.v. § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO zu.

[7] **a)** [...] Der Senat hat bereits in seinem dasselbe Verfahren betreffenden Beschl. v. 28.11.2013 – 9 B 14.13 – (DVBl 2014, 237 Rdnr. 7 f.) ausgeführt, dass jede in Bezug auf ein Verkehrsprojekt durchgeführte FFH-Verträglichkeitsprüfung zunächst von einer methodengerechten, auf realistischen Annahmen beruhenden und nachvollziehbar begründeten Verkehrsprognose auszugehen hat, die für die sich im Rahmen der Prüfung konkret stellenden Fragen hinreichend belastbare Aussagen enthalten muss. Nichts anderes gilt für die Prüfung der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände, die ebenfalls eine nach den genannten Maßstäben erstellte Verkehrsprognose voraussetzt. Die maßgebliche Aussage eines Verkehrsgutachtens besteht in der für das Projekt ermittelten Verkehrsbelastung, der für die straßentechnische Ausstattung eine besondere Bedeutung zukommt. Bei einer abschnittsweise zu bauenden Straße ist Projekt – auch i.S.d. § 34 Abs. 1 BNatSchG – der jeweils geplante Abschnitt (stRspr, s. nur BVerwG, Urt. v. 14.04.2010 – 9 A 5.08 – BVerwGE 136, 291 Rdnr. 103). Die Prognose dieser Verkehrsbelastung hat weitere geplante Abschnitte grundsätzlich dann einzubeziehen, wenn deren Verwirklichung innerhalb des Prognosezeitraums ebenfalls zu erwarten ist. Dies liegt auf der Hand und bedarf keiner weiteren Klärung in einem Revisionsverfahren. Dementsprechend hat auch die vorliegende projektbezogene Verkehrsprognose die Verkehrsbelastung für den Planfall P 3.2.3, also einschließlich der Weiterführung der B 474n über die Ortsumgehung Waltrop bis zur Anschlussstelle Mengeder Heide der A 2 im Knotenpunkt mit der A 45, ermittelt, und der Planfeststellungsbeschluss hat die so ermittelten »Prognoseverkehrsmengen 2020« der straßentechnischen Planung zugrunde gelegt (vgl. OVG, UA S. 84 und Planfeststellungsbeschluss S. 61).

[8] Aus dem Vorstehenden folgt indes nicht ohne Weiteres, dass naturschutzrechtliche Konflikte, die im nachgelagerten Straßennetz erst zu einem späteren Zeitpunkt nach Hinzutreten weiterer Projekte voraussichtlich entstehen und ihre Ursache dann unter anderem auch in dem vorliegenden Projekt haben werden (hier: Stickstoffbelastung des FFH-Gebietes im Bereich der Lippebrücke), schon aus Anlass dieses Projektes gelöst werden müssen. Der Planungsträger hat die durch die Planungsentscheidung geschaffenen oder ihr sonst zurechenbaren Konflikte zu bewältigen. Die durch das Vorhaben selbst innerhalb seines Wirkungsbereichs unmittelbar hervorgerufenen, im Prognosezeitraum zu erwartenden Beeinträchtigungen werden ihm zwar regelmäßig ohne Weiteres zugerechnet. Das gilt aber nicht zwingend auch für mittelbare Beeinträchtigungen, die durch das Straßenbauvorhaben als einer raumbedeutsamen Maßnahme (mit) ausgelöst werden, allerdings außerhalb seines direkten Wirkungsbereichs an anderer Stelle auftreten (zu dieser Unterscheidung vgl. in anderem Zusammenhang

auch BVerwG, Urt. v. 17.03.2005 – 4 A 18.04 – BVerwGE 123,152 <155 ff., 157>). Es gibt keinen Rechtssatz, der den Planungsträger verpflichten würde, derartige Konflikte, die an einem anderen Ort durch das Zusammenwirken mehrerer Projekte entstehen, stets schon dem ersten Projekt zuzuordnen und bereits in diesem Zusammenhang zu bewältigen. Ob dies überhaupt möglich und ob es zweckmäßig ist, richtet sich vielmehr – auch im Hinblick auf ein bestimmtes Straßenbauvorhaben, das abschnittsweise verwirklicht wird – stets nach den Umständen des Einzelfalls. Von Bedeutung ist dabei neben der Entfernung zwischen dem Projekt und dem Ort der Beeinträchtigung sowie der Anzahl der das jeweilige Verkehrsaufkommen vermittelnden Knotenpunkte insbesondere, welche weiteren Projekte außerdem noch von Einfluss auf den zu erwartenden Konflikt sind oder doch möglicherweise sein werden. Insoweit verbietet sich eine verallgemeinernde Antwort.

[9] Davon unberührt bleibt die Verpflichtung der Behörde, sich bei der Planfeststellung des Abschnitts einer Fernstraße nach Art eines vorläufigen positiven Gesamturteils Rechenschaft darüber abzulegen, ob nachteilige Wirkungen auf ein außerhalb gelegenes FFH-Gebiet, die der abschnittsweise geplante Verkehrsweg als solcher in seiner Gesamtheit hervorruft, bei der Verwirklichung weiterer Abschnitte voraussichtlich bewältigt werden können (vgl. dazu bereits BVerwG, Beschl. v. 28.11.2013 – 9 B 14.13 – DVBl 2014, 237 Rdnr. 13 m.w.N.). Einen weiteren Klärungsbedarf dazu zeigt die Beschwerde nicht auf.

[10] **b)** Die Frage, welcher Prüfungsmaßstab für die Beurteilung eines signifikant gesteigerten Tötungsrisikos im artenschutzrechtlichen Verbotstatbestand des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG zur Anwendung kommt und wie dieser Maßstab gegebenenfalls im Rahmen der artenschutzrechtlichen Prüfung zu konkretisieren ist, [...] bedarf ebenfalls nicht der Zulassung der Revision.

[11] **aa)** Die [...] Frage ist, soweit sie einer abstrakten Klärung zugänglich ist, in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bereits geklärt. Danach ist der Tatbestand des Tötungsverbots mit Blick auf die bei einem Straßenbauvorhaben nie völlig auszuschließende Gefahr von Kollisionen geschützter Tiere mit der Trasse erst dann erfüllt, wenn das Vorhaben dieses Risiko in einer für die betroffene Tierart signifikanten Weise erhöht. Dabei sind Maßnahmen, mittels derer solche Kollisionen so weit vermieden werden können, dass sie innerhalb des Risikobereichs verbleiben, der mit einem Verkehrsweg im Naturraum immer verbunden ist, in die Betrachtung miteinzubeziehen (stRspr, vgl. BVerwG, Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14.07 – BVerwGE 131, 274 Rdnr. 91, v. 14.07.2011 – 9 A 12.10 – BVerwGE 140, 149 Rdnr. 99 und v. 06.04.2017 – 4 A 16.16 – DVBl 2017, 1039 Rdnr. 73 f.). Der Signifikanzansatz gilt nicht nur für das betriebsbedingte Risiko von Kollisionen mit der Trasse, sondern auch für bau- und anlagebezogene Risiken (BVerwG, Urt. v. 08.01.2014 – 9 A 4.13 – Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr. 235 Rdnr. 99 <insoweit nicht abgedruckt in BVerwGE 149, 31> und v. 06.04.2017 – 4 A 16.16 – DVBl 2017, 1039 Rdnr. 73). Das anhand einer wertenden Betrachtung auszufüllende Kriterium der Signifikanz trägt dem Umstand Rechnung, dass für Tiere bereits vorhabenunabhängig ein allgemeines Tötungsrisiko besteht, welches sich nicht nur aus dem allgemeinen Naturgeschehen ergibt, sondern auch dann sozialadäquat und deshalb hinzunehmen ist, wenn es zwar vom Menschen verursacht ist, aber nur einzelne Individuen betrifft. Denn tierisches

Leben existiert nicht in einer unberührten, sondern in einer vom Menschen gestalteten Landschaft. Nur innerhalb dieses Rahmens greift der Schutz des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG. Das bedeutet nicht, dass gerade in einem Umfeld, in dem bereits aufgrund anderweitiger Vorbelastungen ein erhöhtes Tötungsrisiko besteht, eine umso größere Gefährdung zulässig wäre. Umstände, die für die Beurteilung der Signifikanz eine Rolle spielen, sind vielmehr insbesondere artspezifische Verhaltensweisen, häufige Frequentierung des durchschnittlichen Raums und die Wirksamkeit vorgesehener Schutzmaßnahmen, darüber hinaus gegebenenfalls auch weitere Kriterien im Zusammenhang mit der Biologie der Art (BVerwG, Urt. v. 28.04.2016 – 9 A 9.15 – BVerwGE 155, 91 Rdnr. 141, v. 10.11.2016 – 9 A 18.15 – Rdnr. 83 f. <insoweit nicht abgedruckt in BVerwGE 156, 215> und v. 06.04.2017 – 4 A 16.16 – DVBl 2017, 1039 Rdnr. 74 f., jeweils m.w.N.).

[12] Für diese fachliche Beurteilung ist der Planfeststellungsbehörde eine Einschätzungsprärogative eingeräumt (stRspr, vgl. BVerwG, Urt. v. 14.07.2011 – 9 A 12.10 – BVerwGE 140, 149 Rdnr. 99 und v. 06.04.2017 – 4 A 16.16 – DVBl 2017, 1039 Rdnr. 58, jeweils m.w.N.). Die in diesem Rahmen getroffenen, auf fachgutachterliche Stellungnahmen gestützten Annahmen der Planfeststellungsbehörde unterliegen gerichtlicher Prüfung nur dahin, ob sie im Einzelfall naturschutzfachlich vertretbar sind und nicht auf einem unzulänglichen oder gar ungeeigneten Bewertungsverfahren beruhen (stRspr, vgl. zu den Anforderungen etwa BVerwG, Urt. v. 28.03.2013 – 9 A 22.11 – BVerwGE 146, 145 Rdnr. 114, v. 28.04.2016 – 9 A 9.15 – BVerwGE 155, 91 Rdnr. 128 und v. 06.04.2017 – 4 A 16.16 – DVBl 2017, 1039 Rdnr. 58, jeweils m.w.N.).

[13] Der Gesetzgeber hat den Signifikanzansatz inzwischen durch das Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes vom 15.09.2017 (BGBl. I, S. 3434) in die Neufassung des § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG aufgenommen. Danach liegt ein Verstoß gegen das Tötungs- und Verletzungsverbot nicht vor, wenn die Beeinträchtigung durch den Eingriff oder das Vorhaben auch unter Berücksichtigung von Vermeidungsmaßnahmen das Tötungs- und Verletzungsrisiko für Exemplare der betroffenen Arten nicht signifikant erhöht und diese Beeinträchtigung unvermeidbar ist. Hierzu heißt es in der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 18/11939, S. 17):

»Der in der Praxis bewährte Signifikanzansatz nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu § 44 Absatz 1 Nummer. 1 soll mit der Regelung bestätigt werden. In der Praxis der Planung und Zulassung von Projekten und Eingriffen ist eine Konkretisierung des Signifikanzansatzes erforderlich. Die Bewertung, ob die Individuen der betroffenen Arten durch das Vorhaben einem signifikant erhöhten Tötungs- und Verletzungsrisiko ausgesetzt sind, erfordert eine Berücksichtigung verschiedener projekt- und artbezogener Kriterien sowie weiterer naturschutzfachlicher Parameter. Die erarbeiteten Konzepte zur Bewertung der Mortalität wildlebender Tiere sowie für die Vermeidbarkeit von Beeinträchtigungen sollten praxisbezogen weiterentwickelt werden.« [...]

[16] **c)** [...] Ob Erkenntnisse und Bewertungen der Fachgutachter bzw. der Planfeststellungsbehörde, hier in Bezug auf die artenschutzrechtliche Bestandsaufnahme sowie in Bezug auf die Prüfung von Verbotstatbeständen nach Art. 5 VRL, hinreichend aussagekräftig und valide sind, um im gerichtlichen

Verfahren bestätigt werden zu können, oder ob sie – hier etwa mit Blick auf das Fehlen von Rohdaten oder Brutvogelkartierungen, die vom Kläger vorgelegten Kartiererergebnisse oder aufgrund geänderter Prüfvoraussetzungen – unvollständig und ergänzungsbedürftig sind, ist eine Frage des Einzelfalls und kann nicht nach abstrakten Grundsätzen beantwortet werden.

[17] Gleiches gilt für die Frage, ob eine konkret geplante Maßnahme (hier: ein Wild- bzw. Kollisionsschutzzaun mit einer bestimmten Höhe und Maschenweite) für bestimmte Arten (hier: Kleinvögel) als geeignete Vermeidungsmaßnahme bewertet werden kann. Dass die Wirksamkeit bestimmter Maßnahmen fachwissenschaftlich nicht abschließend geklärt ist, steht ihrer Berücksichtigung als zusätzliche Schadensvermeidungsmaßnahme nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht entgegen. Auch bei der Festsetzung von Schadensvermeidungsmaßnahmen hat die Planfeststellungsbehörde einen fachwissenschaftlichen Beurteilungsspielraum. Dieser ist erst verletzt, wenn die behördlich getroffenen Annahmen fachlich nicht mehr vertretbar sind, weil sich in der Wissenschaft die gegenteilige Meinung als Stand der Wissenschaft durchgesetzt hat (BVerwG, Urt. v. 28.04.2016 – 9 A 9.15 – BVerwGE 155, 91 Rdnr. 144).

[18] Abgesehen davon liegt es auf der Hand und bedarf keiner grundsätzlichen Klärung, dass die Behörde eine ihr zustehende naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative keineswegs »ohne jedwede Kontrollmöglichkeit (...) uneingeschränkt und nicht rückholbar auf einen externen Parteigutachter übertragen« darf. Vielmehr muss jede naturschutzfachliche Annahme auf einer nachvollziehbaren Grundlage beruhen. Dies folgt ohne Weiteres aus dem gerichtlichen Kontrollumfang, der unter b) aa) näher dargelegt wurde.

[19] **d)** [...] Das OVG hat auf die [...] bereits bestehende Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts hingewiesen, nach der die für den Habitatschutz geltenden Anforderungen nicht unbesehen und unterschiedslos auf den allgemeinen Artenschutz übertragen werden können (UA S. 128 = Rdnr. 538 unter Bezugnahme auf BVerwG, Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14.07 – BVerwGE 131, 274 Rdnr. 56; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 28.04.2016 – 9 A 9.15 – BVerwGE 155, 91 Rdnr. 132 und s. ferner BVerwG, Urt. v. 06.04.2017 – 4 A 16.16 – DVBl 2017, 1039 Rdnr. 88). [...]

[22] **f)** [...] Nach § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG können die nach Landesrecht für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörden – wegen der Konzentrationswirkung des Planfeststellungsbeschlusses also auch die Planfeststellungsbehörden – im Einzelfall Ausnahmen von den Verboten des § 44 BNatSchG aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art zulassen. Das Tatbestandsmerkmal des »Überwiegens« des öffentlichen Interesses kann aber regelmäßig nur geprüft werden, wenn das Gewicht des beeinträchtigten artenschutzrechtlichen Integritätsinteresses konkret feststeht. Danach darf die Frage, welche Verbotstatbestände für eine Art betroffen sind, grundsätzlich ebenso wenig offen bleiben wie die Qualität und Quantität der jeweiligen Übertretungen. Im Einzelnen hängt das aber stets von den konkreten Gegebenheiten ab.

Eine hiervon zu trennende Frage ist allerdings die nach der Kausalität etwaiger Fehler in diesem Bereich. Letztlich zielt

die Beschwerde auf diese – der Ausnahmeprüfung nachgelagerte – Frage, denn sie wendet sich gegen die mehrfache Aussage des Oberverwaltungsgerichts, etwaige Fehler im Zusammenhang mit der Erteilung von Ausnahmen seien nicht kausal geworden (vgl. Beschwerdebeurteilung S. 58 unter Hinweis auf UA S. 154 f. = Rdnr. 682 ff. zum Waldkauz, UA S. 155 f. = Rdnr. 685 zur Waldohreule und UA S. 202 f. = Rdnr. 885 zum Steinkauz). Die hiermit verbundenen Fragen sind aber, soweit sie überhaupt einer grundsätzlichen Klärung zugänglich sind, in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts geklärt. Danach ist der Mangel, der darin liegt, dass trotz objektiver Ausnahmelage versehentlich keine Ausnahme erteilt worden ist, dann unerheblich, wenn in der konkreten Situation – insbesondere unter Berücksichtigung der dem Vorhabenträger erteilten Ausnahmen und der Vergleichbarkeit der Begleitumstände – nach Aktenlage ausgeschlossen werden kann, dass die Planfeststellungsbehörde ihm gerade die fehlende Ausnahme versagt hätte (BVerwG, Urt. v. 14.04.2010 – 9 A 5.08 – BVerwGE 136, 291 Rdnr. 147 und v. 28.03.2013 – 9 A 22.11 – Rdnr. 143 <insoweit nicht abgedruckt in BVerwGE 146, 145>). Es bedarf konkreter Anhaltspunkte dafür, dass die Planfeststellungsbehörde bei ordnungsgemäßer Abwägung die gleiche Entscheidung getroffen hätte; das Gericht darf die fehlende behördliche Abwägung nicht durch eine eigene ersetzen (vgl. auch BVerwG, Urt. v. 10.02.2016 – 9 A 1.15 – BVerwGE 154, 153 Rdnr. 30). Ob der Fehler im Einzelfall kausal geworden ist oder nicht, entzieht sich einer allgemeinen Klärung. [...]

[25] Wie oben unter 1. b) aa) dargelegt, ist bereits geklärt, dass der Planfeststellungsbehörde im Rahmen des § 44 Abs. 1 BNatSchG ein naturschutzfachlicher Beurteilungsspielraum zusteht, der sich sowohl auf die Erfassung des Bestandes der geschützten Arten als auch auf die Bewertung der Risiken bezieht, denen diese bei der Realisierung des Vorhabens ausgesetzt sind. Diese Einschätzungsprärogative gilt nur solange, bis sich in der Wissenschaft ein bestimmter Maßstab durchgesetzt hat und gegenteilige Meinungen nicht mehr vertretbar sind. Auch bis dahin bleibt das Gericht stets verpflichtet zu überprüfen, ob die konkreten artenschutzrechtlichen Untersuchungen in ihrem methodischen Vorgehen und in ihrer Ermittlungstiefe ausreichen, um die Behörde in die Lage zu versetzen, die Voraussetzungen der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände sachgerecht zu überprüfen (vgl. BVerwG, Urt. v. 21.11.2013 – 7 C 40.11 – Buchholz 406.25 § 6 BImSchG Nr. 6 Rdnr. 16, 19 f. m.w.N.).

[26] Ob in Anbetracht dessen die Ermittlungen, die der Beklagte hier auf der Grundlage der – das Gericht nicht bindenden – VV-Artenschutz NRW angestellt hat, die rechtlichen Anforderungen erfüllen, entzieht sich einer grundsätzlichen Klärung. Der Senat hat in dem den Rechtsstreit zurückverweisenden Beschl. v. 28.11.2013 – 9 B 14.13 – (DVBl 2014, 237 Rdnr. 20) bereits ausgeführt, dass die nach der VV-Artenschutz NRW planungsrelevanten Arten eine naturschutzfachlich begründete Auswahl derjenigen geschützten Arten sind, die bei einer Artenschutzprüfung im Sinne einer Art-für-Art-Betrachtung einzeln zu bearbeiten sind. Demgegenüber kann bei den übrigen Arten – hierzu zählen entweder unstete Vorkommen, wie in Nordrhein-Westfalen ausgestorbene Arten, Irrgäste sowie sporadische Zuwanderer oder Allerweltsarten mit einem landesweit günstigen Erhaltungszustand und einer großen Anpassungsfähigkeit – im Regelfall davon ausgegan-

gen werden, dass nicht gegen die Verbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG verstoßen wird. In diesem Zusammenhang hat der Senat (a.a.O.) weiter angemerkt, dass auch die in der Verwaltungsvorschrift nicht generell als planungsrelevant eingestuft Arten im Rahmen des Planungs- oder Zulassungsverfahrens durchaus zu berücksichtigen sind: Das Nichtvorliegen der Verbotstatbestände ist für diese Arten in geeigneter Weise zu dokumentieren. Im Ausnahmefall sind die Verbotstatbestände im Einzelnen zu prüfen, etwa bei Arten, die gemäß der Roten Liste im entsprechenden Naturraum bedroht sind, oder bei bedeutenden lokalen Populationen mit nennenswerten Beständen im Bereich des Plans oder Vorhabens.

[27] Bei der Unterscheidung zwischen den in diesem Sinne generell planungsrelevanten und den sonstigen Arten handelt es sich – wie vom Senat (Beschl. v. 28.11.2013 – 9 B 14.13 – DVBl 2014, 237) ebenfalls bereits dargelegt – um eine naturschutzfachliche Bewertungsfrage. Das zeigt sich auch daran, dass das Landesamt für Natur, Umwelt und Verbraucherschutz (LANUV) die für Nordrhein-Westfalen planungsrelevanten Arten nach einheitlichen naturschutzfachlichen Kriterien bestimmt (VV-Artenschutz NRW S. 19). Nach solchen Kriterien richtet sich auch, ob und inwieweit auf eine raumbezogene Bestandsaufnahme und eine raumbezogene Prüfung der artenschutzrechtlichen Verbote für die nicht generell planungsrelevanten Brutvogelarten verzichtet werden darf und die raumbezogene Prüfung durch eine Gildebildung ersetzt werden kann. [...]

**Anmerkung zu BVerwG, Beschl. v. 08.03.2018 – 9 B 25.17 – Ortsumgehung Datteln**

**(Zwei Gerichtsrunden).** Die Ortsumgehung Datteln hat die Gerichte in insgesamt vier Instanzen beschäftigt. In der ersten Gerichtsrunde hatte das OVG NRW (Urteil vom 18.01.2013 – 11 D 70/09.AK – DVBl 2013, 374 m. Anm. Stürer/Stürer) die Klage des BUND NRW gegen das Land NRW mit der Begründung abgewiesen, dass der angefochtene Planfeststellungsbeschluss vom 31.03.2009 Rechte der Klägerin nicht verletze. Das BVerwG (Beschl. v. 28.11.2013 – 9 B 14.13 – DVBl 2014, 237 m. Anm. Stürer/Stürer) hat dieses Urteil aufgehoben und den Rechtsstreit an das OVG NRW zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen. Das Oberverwaltungsgericht habe sich im angefochtenen Urteil nicht hinreichend mit Teilen des Klagevorbringens auseinandergesetzt, soweit es um das artenschutzrechtliche Tötungsverbot und das Zerstörungsverbot in Bezug auf zahlreiche verbreitete (»ubiquitäre«) Vogelarten gehe. Auf die erneute Verhandlung hat das OVG NRW (Urt. v. 29.03.2017 – 11 D 70/09.AK –) nach erneuter Prüfung des Streitstoffes die Klage wiederum abgewiesen und die Revision nicht zugelassen. Mit dem zweiten Datteln-Beschl. des BVerwG ist das Gerichtsverfahren rechtskräftig abgeschlossen (eingehend Bick, jurisPR-BVerwG 13/2018 Anm. 6).

**(Keine FFH-Dach-Verträglichkeitsprüfung).** Bei einer abschnittsweise zu bauenden Straße ist Projekt – auch i.S.d. § 34 Abs. 1 BNatSchG – der jeweils geplante Abschnitt (stRspr, BVerwG, Urt. v. 14.04.2010 – 9 A 5.08 – BVerwGE 136, 291 Rdnr. 103). Dieser bedarf einer entsprechenden Planrechtfertigung, nicht andere Abschnitte, deren Planung und Verwirklichung noch nicht begonnen haben. Insofern steht jeder Abschnitt grundsätzlich für sich und ist nicht von der Rechtfertigung und Verwirklichung anderer Abschnitte abhängig. Etwas

anderes gilt nur, wenn der einzelne Abschnitt keinen eigenen Verkehrswert hat, sondern von der Verwirklichung eines anderen Abschnitts abhängig ist (BVerwG, Urt. v. 25.01.1996 – 4 C 5.95 – BVerwGE 100, 238 = DVBl 1996, 677 – Eifelautobahn A 60). Dann darf mit der Verwirklichung des ersten Abschnitts nur begonnen werden, wenn zugleich die Planfeststellungsbeschlüsse für die Folgeabschnitte ebenfalls vollziehbar sind.

Allerdings ist nach Auffassung des BVerwG eine übergreifende FFH-Verträglichkeitsprüfung im Sinne einer »Dach-VP«, mit der zugleich auch die Verträglichkeit aller Folgeabschnitte geprüft wird, nicht erforderlich. Vielmehr kann sich die Verträglichkeitsprüfung auf den jeweils planfestgestellten Abschnitt beschränken. Derzeit noch ungeklärte Fragen des Habitatschutzes zwingen daher nicht dazu, dass bei einer Planung eines Verkehrsweges auf das Instrument der Abschnittsbildung verzichtet wird, wenn in einem Folgeabschnitt voraussichtlich eine FFH-Verträglichkeitsprüfung stattfinden muss. Es gibt auch keine Beweisregel des Inhalts, dass das Habitatschutzrecht sich als ein unüberwindbares Planungshindernis erweist (BVerwG, Beschl. v. 23.11.2007 – 9 B 38.07 – NuR 2008, 176 = UPR 2008, 112; Nolte, jurisPR-BVerwG 2/2009 Anm. 5, 6/2009 Anm. 6, 7/2008 Anm. 1 – Ortsumgehung Celle); Stürer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 5. Aufl. 2015, Rdnr. 3408. Hat der planfestgestellte Abschnitt einen eigenen Verkehrswert, der ohne die Fortführung durch Folgeabschnitte gegeben ist, kann letztlich offen bleiben, ob Folgeabschnitte verwirklicht werden oder sich aus welchen Gründen auch immer verzögern oder gar ganz scheitern (OVG Koblenz, Urt. v. 08.11.2007 – 8 C 11523/06.OVG – DVBl 2008, 72 – Hochmoselbrücke). Vom Grundsatz her ist das bereits seit der ersten Entscheidung des BVerwG zur Ostseeautobahn klar (Urt. v. 19.05.1998 – 4 A 9.97 – BVerwGE 107, 1 = DVBl 1998, 900 – A 20; Urt. v. 31.01.2002 – 4 A 15.01, 21.01, 24.01, 47.01, 77.01 – DVBl 2002, 990 – A 20).

**(Signifikant erhöhtes Tötungsrisiko).** Fortgesetzt hat das BVerwG seine bisherige Rechtsprechung zum Tötungsverbot im Artenschutz, wonach nur ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko den Verbotstatbestand des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG erfüllt (BVerwG, Urt. v. 12.03.2008 – 9 A 3.06 – BVerwGE 130, 299 = DVBl 2008, 1199; Nolte, jurisPR-BVerwG 1/2010 Anm. 5, 2/2009 Anm. 5, 23/2008 Anm. 4, 5/2010 Anm. 6, 6/2009 Anm. 6, 6/2010 Anm. 6, 7/2010 Anm. 3; Gatz, jurisPR-BVerwG 24/2009 Anm. 5 – Lichtenauer Hochland II; Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14.07 – BVerwGE 131, 274 = DVBl 2009, 259). Der Gesetzgeber hat diese Rechtsprechung inzwischen durch eine Neufassung des § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG bestätigt).

**(Naturschutzfachlicher Beurteilungsspielraum).** Nochmals bestätigt hat das BVerwG seine Rechtsprechung, wonach die Planfeststellungsbehörde einen gerichtlich nur eingeschränkt kontrollierbaren Beurteilungsspielraum bei der Einschätzung naturschutzfachlicher Tatbestände hat. Das gilt auch für die Unterscheidung zwischen planungsrelevanten und nicht planungsrelevanten Arten, wie sie in der das Gericht nicht bindenden VV-Artenschutz NRW unterschieden werden. Auch hierbei handelt es sich um eine naturschutzfachliche Bewertungsfrage, die sich auch darauf bezieht, ob und inwieweit bei den nicht planungsrelevanten Arten auf eine raumbezogene Bestandsaufnahme und eine raumbezogene Prüfung der artenschutzrechtlichen Verbote verzichtet werden darf und die

raumbezogene Prüfung durch eine Gildenbildung ersetzt werden darf. Auch auf diesem naturschutzfachlichen Felde hat das BVerwG in seiner zweiten Datteln-Entscheidung den Ball wieder an die Richter der Tatsacheninstanz zurückgespielt.

**(Nachhaltige Trauerarbeit).** Zugleich hat das BVerwG einen Gedanken fortentwickelt, den die Planfeststeller schon in früheren Verfahren entwickelt und in ergänzenden Regelungen aufgegriffen haben. Sollten weitere Verbotstatbestände anzunehmen sein, wird mit Hinweis auf die auch insoweit gegebene Ausnahme- und Befreiungslage eine Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG erteilt (Urteil vom 12.03.2008 – 9 A 3.06 – BVerwGE 130, 299 = DVBl 2008, 1199 – Lichtenauer Hochland II; Urteil vom 09.07.2008 – 9 A 14.07 – BVerwGE 131, 274 = DVBl 2008, 259 – Bad Oeynhausen). Vergleichbar mit einer Traueranzeige, die den Hinweis erhält: »Sollte jemand aus Versehen keine Anzeige erhalten haben, so bitten wir diese als solche anzusehen. Von Hausbesuchen und Beileidsbekundungen am Grabe bitten wir Abstand zu nehmen.« Eine solche nachhaltige Trauerarbeit ist bereits aus anderen Zusammenhängen bekannt (Krautzberger/Stüer, DVBl 2004, 914). Die zweite Datteln-Entscheidung entwickelt den Gedanken der gesetzlich erforderlichen Ausnahmelage fort: Ist über eine bestimmte artenschutzrechtliche Ausnahme (§ 45 Abs. 7 BNatSchG) trotz objektiver Ausnahmelage versehentlich nicht entschieden worden, so ist dieser Mangel dann unerheblich, wenn unter Berücksichtigung aller Umstände ausgeschlossen werden kann, dass dem Vorhabenträger die fehlende Ausnahme versagt worden wäre (wie BVerwG, Urteil vom 14.04.2010 – 9 A 5.08 – BVerwGE 136, 291).

**(Keine naturschutzfachlichen Eskapaden).** Allzu große Luftsprünge können sich die Vorhabenträger und Planfeststeller allerdings nach wie vor nicht leisten. So führen eindeutige Fehlbeurteilungen naturschutzfachlicher Zusammenhänge nach wie vor dazu, dass der Planfeststellungsbeschluss für rechtswidrig und nicht vollziehbar erklärt wird (BVerwG, Ur. v. 27.01.2000 – 4 C 2.99 – BVerwGE 110, 302 = DVBl 2000, 814 = NVwZ 2000, 1171 – Hildesheim; Ur. v. 17.01.2007 – 9 A 20.05 – BVerwGE 128, 1 m. Anm. Stüer, DVBl 2007, 1147 – Halle-Westumfahrung; Ur. v. 14.07.2011 – 9 A 12.10 – BVerwGE 140, 149 = DVBl 2012, 34; Ur. v. 06.11.2013 – 9 A 14.12 – BVerwGE 148, 373 – A 20; Ur. v. 27.06.2013 – 4 C 1.12 – BVerwGE 147, 118 – Windenergieanlage; Ur. v. 09.02.2017 – 7 A 2.15 – BVerwGE 158, 1 – Elbevertiefung).

**(BVerfG-Entscheidung steht noch aus).** Ohnehin bleibt abzuwarten, ob das BVerfG in den beiden bei ihm anhängenden Verfassungsbeschwerden gegen die BVerwG-Urt. (v. 27.06.2013 – 4 C 1.12 – BVerwGE 147, 118 – Harzer Windmüller und v. 21.11.2013 – 7 C 40.11 – NVwZ 2014, 524 – e.n.o. energie), diese Auffassung als verfassungskonform bestätigt. Anderenfalls müsste der Gesetzgeber eine entsprechende Grundlage schaffen (Hien, DVBl 2018, 1029; Stüer, DVBl 2018, 423).

Prof. Dr. Bernhard Stüer & Dr. Eva-Maria Stüer,  
Münster/Osnabrück\*

\* Die Rechtsanwaltskanzlei Stüer & Stüer war an dem Gerichtsverfahren auf Seiten des Landes NRW beteiligt.

## Oberverwaltungsgerichte und Verwaltungsgerichtshöfe

### Besondere Ausgleichsregelung nach dem EEG 2012

EEG 2012 § 41, EEG 2012 § 41 Abs. 2a, EEG 2014 § 67 ff., ZPO § 240 Satz 1

**Dass ein Unternehmen unter der Geltung des EEG 2012 nicht auf die Daten eines vorangegangenen Unternehmens zurückgreifen kann, um in den Genuss der besonderen Ausgleichsregelung zu kommen, ist in der Rechtsprechung des Senats geklärt (Hess. VGH, Ur. v. 23.03.2017 – 6 A 414/17 – REE 2017, 80)**

Hess. VGH, Beschl. v. 22.05.2018 – 6 A 2146/16.Z –

#### Zum Sachverhalt:

#### I.

Der Kläger wendet sich als Insolvenzverwalter über das Vermögen der A.5fabrik AG gegen die Versagung der besonderen Ausgleichsregelung für das Begrenzungsjahr 2014. Die am 30.05.2012 durch notarielle Urkunde errichtete A.5fabrik AG nahm zum 01.06.2012 ihren Geschäftsbetrieb auf. Am 01.07.2013 beantragte sie bei der Beklagten die Begrenzung der EEG5Umlage und reichte zum Nachweis der Voraussetzungen die auf das Geschäftsjahr 2011 der A.5fabrik A. & Sohn GmbH & Co. KG in Insolvenz bezogenen Antragsunterlagen ein. Mit Bescheid vom 26.03.2014 lehnte das Bundesamt diesen Antrag ab, da in dem für die A.5fabrik AG maßgeblichen letzten Geschäftsjahr mangels erforderlichen Mindeststrombezugs die Anspruchsvoraussetzungen des § 41 Abs. 1 EEG 2012 nicht erfüllt seien.

Widerspruch, Klage und Antrag auf Zulassung der Berufung blieben ohne Erfolg.

#### Aus den Gründen:

Der Antrag ist zulässig (§ 124a Abs. 4 VwGO). Der zunächst gem. § 240 Satz 2 ZPO unterbrochene Rechtsstreit ist durch den Insolvenzverwalter wirksam gem. § 85 Abs. 1 Satz 1 InsO aufgenommen worden. In der Sache hat er jedoch keinen Erfolg. Die mit Schriftsatz vom 08.09.2016 geltend gemachten Zulassungsgründe der ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des erstinstanzlichen Urteils (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) und der besonderen tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten (§ 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO) rechtfertigen die Zulassung der Berufung nicht.

Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der angegriffenen Entscheidung sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Beschl. v. 23.06.2000 – 1 BvR 830/00 –, NVwZ 2000, 1163 und v. 10.09.2009 – 1 BvR 814/09 –, NJW 2009, 3642) dann begründet, wenn ein einzelner tragender Rechtssatz oder eine erhebliche Tatsachenfeststellung mit schlüssigen Gegenargumenten in Frage gestellt wird. Schlüssige Gegenargumente in diesem Sinne lassen sich den Ausführungen in der Zulassungsantragsbegründung vom 08.09.2016 und dem nach Fristablauf eingegangenen Schriftsatz vom 19.12.2016 nicht entnehmen.