

überobligationsgemäß – eine fachgerichtliche Überprüfung der Entscheidung und respektiert damit das Verhältnis von Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit. War es nämlich bisher sogar zwingend, Rechtsbehelfe einzulegen, die von der jeweiligen Fachgerichtsbarkeit als zweifelhaft angesehen wurden³³, so können damit nicht nun auch noch negative Wirkungen verbunden sein.

IV. Ausblick

Angesichts dieser Probleme in der Praxis sollte der Gesetzgeber daher besser auch bei der Verletzung anderer Verfahrensgrundrechte als Art. 103 Abs. 1 GG eine fachgerichtliche Rechtsschutzmöglichkeit in die jeweiligen Verfahrensordnungen aufnehmen³⁴. Denn sonst ist aufgrund der Ausführungen des BVerfG³⁵ im Hinblick auf

33 BVerfG NJW 2002, 3387; BVerfGE 91, 93.

34 Kopp/Schenke, § 152 a VwGO Rdnr. 18.

35 BVerfGE 107, 395 unter C IV 2 a und b.

den Grundsatz der Rechtsmittelklarheit davon auszugehen³⁶, dass ihn das BVerfG konsequenterweise auch bei anderen Verfahrensgrundrechtsverletzungen zu einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung auffordern wird³⁷. Die Beschränkung des Anhörungsrügensgesetzes auf Verletzungen rechtlichen Gehörs ist daher äußerst problematisch. Sie entspricht zwar der fristgebundenen Umsetzung der Mindestanforderungen des BVerfG, bleibt aber nicht nur rechtspolitisch auf halbem Wege stehen³⁸.

36 Kritisch daher Sternal, FGPrax 2004, 170 (174); Zöller/Vollkommer, § 321 a ZPO Rdnr. 1 (3); so auch neuerdings BFH vom 30. 11. 2005 VIII B 181/05.

37 So auch Nassall, ZRP 2004, 164 (168).

38 Stellungnahme der BRAK vom 18. 5. 2004 S. 3; Treber NJW 2005, 97 (100); Schenke, NVwZ 2005, 729 (734): »rechts- und verfassungspolitisch höchst bedauerenswert«; Berchtold, NZS 2006, 9 (15): »fragmentarische Umsetzung«; Zöller/Vollkommer, § 321 a ZPO Rdnr. 1: »in mehrfacher Hinsicht unvollständig und ergänzungsbedürftig«.

Artenschutz in der Fachplanung

– Rechtsprechungsbericht –

Von Rechtsanwalt und Notar Prof. Dr. Bernhard Stüer, Münster/Osnabrück, Richter am BGH-Senat für Anwaltssachen, und Richterin am VG Gabriela Bähr, Leipzig*

Der Artenschutz muss fachlich korrekt abgearbeitet werden. Für Eingriffe, die einen Verbotstatbestand des § 42 BNatSchG erfüllen, müssen auch in der Planfeststellung Befreiungen erteilt werden, die den Voraussetzungen des § 62 BNatSchG entsprechen. Erleichterungen nach §§ 19, 43 Abs. 4 BNatSchG kommen der Planfeststellung wohl nicht ohne Weiteres zugute. Zudem sind die Anforderungen des europäischen Artenschutzes einzuhalten, die sich aus Art. 12 bis 16 FFH-Richtlinie und Art. 5 bis 7, 9 Vogelschutz-Richtlinie ergeben. Nach Art. 12 FFH-Richtlinie verbotene Eingriffe in Anhang-IV-Arten sind nur unter den Ausnahmeveraussetzungen des Art. 16 FFH-Richtlinie zulässig. Zudem ist Art. 5 Vogelschutz-Richtlinie zu beachten. Ausnahmen können hier wegen der strengen Fassung des Art. 9 Vogelschutz-Richtlinie für Infrastrukturprojekte eher selten erteilt werden.

Die Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. 5. 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen¹ (Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie – FFH-RL) bildet zu-

sammen mit der Richtlinie 79/409/EWG des Rates vom 2. 4. 1979 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten² (Vogelschutzrichtlinie – VRL) ein umfassendes rechtliches Instrumentarium für einen grenzübergreifenden Arten- und Gebietsschutz in der Europäischen Union, das die dauerhafte Erhaltung der natürlichen Lebensräume und der Arten von gemeinschaftlichem Interesse gewährleisten soll³.

Anders als der Habitatschutz, der seit geraumer Zeit kontrovers erörtert wird, fristeten die artenschutzrechtlichen Bestimmungen des europäischen Naturschutzrechts sowie ihre Umsetzung und Anwendung im deutschen Recht bis vor kurzem in Rechtsprechung und Literatur eher ein Schattendasein. Die ersten auf Aspekte des Artenschutzes gestützten Einwendungen von Betroffenen und Naturschutzvereinen gegen geplante Infrastrukturprojekte führten bei Planfeststellungsbehörden und Gerichten demzufolge zu Unsicherheiten bei der Behandlung dieser Fragen. Dies geht bis hin zu der Befürchtung, das europäische Artenschutzrecht verhindere schließlich die Realisierung wichtiger Verkehrsprojekte. In den Artenschutz ist Bewegung gekommen. Er hat sich sogar in letzter Zeit geradezu zu einem Modethema des Fachplanungs- und Umweltrechts und vielleicht schon fast zu einer Spielwiese experimenteller Gedankenflüge entwickelt.

Drei Verwaltungsstreitsachen zu Infrastrukturvorhaben, die dem BVerwG aufgrund des Gesetzes zur Beschleunigung der Planungen für Verkehrswege in den neuen Ländern sowie im Land Berlin⁴ zur Entscheidung im ersten und letzten Rechtszug zugewiesen waren,

* Der Beitrag ist dem am 10.5.2006 verstorbenen Ri.OVG a. D. *Gerfried Schwermer*, Lüneburg, gewidmet, mit dem Stüer in der Schriftleitung dieser Zeitschrift über viele Jahre zusammen gearbeitet hat. Stüer lehrt in Vorlesungen und Seminaren u. a. an der Universität Osnabrück, am Westfälischen Studieninstitut für Kommunale Verwaltung in Münster und auf Einladung des Deutschen Volksheimstättenwerks sowie des Instituts für Städtebau in Berlin und München das Bau- und Fachplanungsrecht, das Umweltrecht sowie Kommunalrecht; Bähr ist als Wissenschaftliche Mitarbeiterin an das BVerwG abgeordnet und dort beim 9. Senat mit Fragen des Fachplanungs- und Umweltrechts befasst.

1 ABl. Nr. L 206 S. 7, zuletzt geändert durch Anhang III Nr. 30 ÄndVO (EG) 1882/2003 v. 29. 9. 2003 – ABl. Nr. L 284 S. 1.

2 ABl. Nr. L 103 S. 1, zuletzt geändert durch EU-Beitrittsakte 2003 v. 16. 4. 2003, ABl. Nr. L 236 S. 33.

3 1. und 15. Begründungserwägung zur FFH-Richtlinie.

4 Verkehrswegeplanungsbeschleunigungsgesetz – VerkPBG vom 16. 12. 1991 (BGBl. I S. 2174), zuletzt geändert durch Gesetz vom 22. 12. 2005 (BGBl. I S. 3691).

ermöglichen es nunmehr, vor dem Hintergrund einiger EuGH-Entscheidungen den Stand der höchstrichterlichen Rechtsprechung zusammenzufassen und Hinweise für die künftige Behandlung der artenschutzrechtlichen Problematik in den Verfahren der Fachplanung zu geben.

I. Gesetzliche Vorgaben des europäischen und deutschen Artenschutzrechts

Nach Art. 12 FFH-RL treffen die Mitgliedstaaten die notwendigen Maßnahmen, um ein strenges Schutzsystem für die in Anhang IV a) genannten Tierarten in deren natürlichen Verbreitungsgebieten einzuführen. Dieses verbietet: (a) alle absichtlichen Formen des Fangs und der Tötung von aus der Natur entnommenen Exemplaren dieser Arten, (b) jede absichtliche Störung dieser Arten, insbesondere während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten, (c) jede absichtliche Zerstörung oder Entnahme von Eiern aus der Natur, (d) jede Beschädigung oder Vernichtung der Fortpflanzungs- oder Ruhestätten. Nach Art. 13 Abs. 1 FFH-RL ergreifen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen, um ein striktes Schutzsystem für die in Anhang IV b) angegebenen Pflanzenarten aufzubauen. Wird ein Verbotstatbestand erfüllt, so ist das europäische Artenschutzrecht von »drakonischer Strenge«. Es besteht zwar dann unter den Voraussetzungen des Art. 16 FFH-RL die Möglichkeit einer Ausnahme. Die Trauben hängen hier aber für den Vorhabensträger und die Planfeststellungsbehörde schon recht hoch. Es darf keine anderweitige zufrieden stellende Lösung geben, die Population der betroffenen Art in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet muss trotz der Ausnahmeregelung in einem günstigen Erhaltungszustand verweilen und die Maßnahme muss u. a. im Interesse der Volksgesundheit und der öffentlichen Sicherheit oder aus anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses, einschließlich sozialer oder wirtschaftlicher Art oder positiver Folgen für die Umwelt geboten sein (Art. 16 Abs. 1 c FFH-RL). Zu den Ausnahmen legen die Mitgliedstaaten der Kommission alle zwei Jahre einen entsprechenden Bericht vor. In die Prüfung der Ausnahmeregelungen kann das Gericht nur einsteigen, wenn die Planfeststellungsbehörde entsprechende Befreiungen erteilt hat, zumal es sich um eine Ermessensentscheidung handelt.

Nach Art. 5 VRL treffen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen zur Schaffung einer allgemeinen Regelung zum Schutz aller unter Art. 1 der VRL fallenden Vogelarten, insbesondere das Verbot (a) des absichtlichen Tötens oder Fangens, ungeachtet der angewandten Methode, (b) der absichtlichen Zerstörung oder Beschädigung von Nestern und Eiern und der Entfernung von Nestern, (c) des Sammelns der Eier in der Natur und des Besitzes dieser Eier, auch in leerem Zustand, (d) ihres absichtlichen Störens, insbesondere während der Brut- und Aufzuchtzeit, sofern sich diese Störung auf die Zielsetzung der VRL erheblich auswirkt, (e) des Haltens von Vögeln der Arten, die nicht bejagt oder gefangen werden dürfen. Die Abweichungsmöglichkeiten in Art. 9 VRL sind sehr streng. Anders als in Art. 16 FFH-RL ist zugunsten von Infrastrukturprojekten eine Abweichung in der Regel nicht zulässig. Soweit die europarechtlichen Vorgaben.

Der nationale Artenschutz ist in §§ 42, 43, 62 BNatSchG geregelt. Nach § 42 Abs. 1 BNatSchG ist es verboten, (1) wild lebenden Tieren der besonders geschützten Art nachzustellen, sie zu fangen, zu verletzen, zu töten oder ihre Entwicklungsformen, Nist-, Brut-, Wohn- oder Zufluchtstätten der Natur zu entnehmen, zu beschädigen oder zu zerstören, (2) wild lebende Pflanzen der besonders geschützten Arten oder ihrer Teile oder Entwicklungsformen abzuschneiden, abzupflücken, aus- oder abzureißen, auszugraben, zu beschädigen oder zu vernichten, (3) wild lebende Tiere der streng geschützten Arten und der europäischen Vogelarten an ihren Nist-, Brut-, Wohn- oder Zufluchtstätten durch Aufsuchen, Fotografieren, Filmen oder ähnliche Handlungen zu stören, (4) Standorte wild lebender Pflanzen der streng geschützten Arten durch Aufsuchen, Fotografieren oder Filmen der Pflanzen oder ähnliche Handlungen zu beeinträchtigen oder zu zerstören.

§ 43 BNatSchG enthält eine Reihe von Ausnahmeregelungen, die sich u. a. auf Besitz- und Vermarktungsverbote beziehen. Ausgenommen von dem Verbotskatalog des § 42 BNatSchG sind auch

die gute fachliche Praxis in der land-, forst- und fischereiwirtschaftlichen Bodennutzung. Ebenso ausgenommen sind Eingriffe bei Ausführung eines nach § 19 BNatSchG zugelassenen Eingriffs, soweit hierbei Tiere einschließlich ihrer Nist-, Brut-, Wohn- und Zufluchtstätten und Pflanzen der besonders geschützten Arten nicht absichtlich beeinträchtigt werden.

Von den Verboten des § 42 BNatSchG kann nach § 62 BNatSchG auf Antrag eine Befreiung gewährt werden, wenn (1) die Durchführung der Vorschriften im Einzelfall (a) zu einer nicht beabsichtigten Härte führen würde und die Abweichung mit den Belangen des Naturschutzes und der Landschaftspflege zu vereinbaren ist oder (b) zu einer nicht gewollten Beeinträchtigung von Natur und Landschaft führen würde oder (2) überwiegende Gründe des Gemeinwohls die Befreiung erfordern und die Art. 12, 13 und 16 der FFH-RL oder die Art. 5 bis 7 und 9 der VRL nicht entgegenstehen.

Die Regelungen haben es allerdings durchaus in sich. Anhang-IV-Arten der FFH-RL unterliegen den Verbotstatbeständen des Art. 12 FFH-RL. Dies gilt für absichtliche Eingriffe aber auch jede Beschädigung der Fortpflanzungs- oder Ruhestätten. Immerhin kann unter den Voraussetzungen des Art. 16 FFH-RL von den Verbotstatbeständen eine Ausnahme zugelassen werden. Das Schutzsystem der VRL ist sogar noch strenger. Wird der Verbotstatbestand des Art. 5 VRL erfüllt, sind Infrastrukturprojekte in der Regel unzulässig. Eine Ausnahmemöglichkeit nach Art. 9 VRL bestehen nur, wenn der Eingriff etwa zur Wahrung von Leib und Leben erforderlich ist.

Der nationale Artenschutz nimmt zwar formal die nach § 19 BNatSchG zugelassenen Projekte von den Verboten des § 42 BNatSchG aus. Allerdings dürfen die Eingriffe nicht absichtlich geschehen. Zudem sind die europarechtlichen Anforderungen an den Artenschutz der FFH-RL und der VRL einzuhalten, was immer darunter zu verstehen ist. Vor allem stellt sich die Frage, ob Infrastrukturprojekte ganz allgemein einen artenschutzrechtlichen Persilschein haben oder gar als absichtliche Eingriffe uneingeschränkt dem strengen Schutzsystem des europäischen und deutschen Artenschutzes unterliegen.

II. Entscheidungen des EuGH

Vor diesem Hintergrund soll zunächst über einige Entscheidungen des EuGH berichtet werden, die in der Fachwelt gelegentlich zu Unsicherheiten, jedenfalls aber zu einem verschärften Nachdenken geführt haben.

1. EuGH: *Caretta-Urteil*

In einem Vertragsverletzungsverfahren gegen die Republik Griechenland wegen des Schutzes der Meeresschildkröte *Caretta caretta* hat sich der EuGH⁵ u. a. mit der Frage befasst, unter welchen Voraussetzungen von einer absichtlichen Störung der Meeresschildkröte i. S. des Art. 12 Abs. 1 b FFH-RL auszugehen ist. Nach den Feststellungen der Kommission wurden Strände und Buchten der griechischen Insel Zakynthos, die der Meeresschildkröte als Fortpflanzungsstätte dienen, mit Mopeds bzw. Tretbooten und sonstigen Booten befahren, obwohl das Gebiet nach griechischem Recht den Status einer absoluten Schutzzone hatte, Schilder aufgestellt worden waren, die auf das Vorhandensein von Schildkrötennestern hinwiesen und der Verkehr von Mopeds auf den Fortpflanzungsstränden verboten war. Der EuGH stufte diese Handlungen als »absichtliche Störungen der betroffenen Tierart während der Fortpflanzungszeit i. S. des Art. 12 Abs. 1 b der Richtlinie« ein. Griechenland habe nicht innerhalb der gesetzten Frist alle erforderlichen Maßnahmen ergriffen, um die absichtliche Störung der Meeresschildkröte während der Fortpflanzungszeit sowie die Beschädigung oder Vernichtung ihrer Fortpflanzungsstätten (durch das Vorhandensein illegaler Bauwerke) zu verhindern und hierdurch gegen seine Verpflichtungen aus Art. 12 Abs. 1 b und d FFH-RL verstoßen⁶.

5 EuGH, Urteil vom 30. 1. 2002 – C-103/00 –, Slg. 2002 I-1163.

6 EuGH, Urteil vom 30. 1. 2002 – C-103/00 –, Slg. 2002 I-1163, Rdnr. 39–40.

Diese Entscheidung wird in der Literatur überwiegend und zum Teil auch in der obergerichtlichen Rechtsprechung dahin verstanden, dass aus der Sicht des EuGH alle Handlungen den Absichtsbegriff des Gemeinschaftsrechts erfüllen, die in Kenntnis des Vorkommens geschützter Arten bzw. Lebensstätten und im Bewusstsein ihrer negativen Wirkungen auf die entsprechenden Schutzgüter vorgenommen werden⁷. Der VGH Mannheim⁸ hat dagegen gehalten, die in der Carretta-Entscheidung des EuGH angeführten Beeinträchtigungen seien besonderer Art. Eine Vertragsverletzung Griechenlands sei festgestellt worden, weil es gegen nach griechischem Recht verbotene Handlungen Dritter an einer für die Fortpflanzung einer Meeresschildkrötenart außerordentlich wichtigen Stelle nicht genügend eingeschritten war. Wenn der EuGH in diesem Zusammenhang den Motorradverkehr auf dem Strand und das Vorhandensein von Booten in Strandnähe als »absichtlich« bezeichne, habe er damit ersichtlich allein bewusste, in Kenntnis der Zweckrichtung der Verbote begangene Verstöße als »absichtlich« eingestuft, nicht aber jegliches eine Art beeinträchtigendes Handeln im Rahmen des Baurechts eines Mitgliedstaates⁹. Caretta hin oder her. Offenbar geht der EuGH doch eher von einer weiten Auslegung des Absichtsbegriffs aus, sodass auch Infrastrukturprojekte an den Verbotstatbeständen des europäischen Artenschutzrechts zu messen sein könnten und artenschutzrechtlich nicht einfach ungeschoren davonkommen.

2. EuGH: Vertragsverletzungsverfahren gegen das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland

Im Rahmen eines gegen das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland gerichteten Vertragsverletzungsverfahrens hat sich der EuGH¹⁰ erneut mit der Frage der Auslegung des in Art. 12 Abs. 1 FFH-RL verwendeten Absichtsbegriffs befasst. Die der Umsetzung der Art. 12, 13 und 16 FFH-RL dienenden Verbotstatbestände sollten nach nationalem Recht nicht eingreifen, »wenn die in Frage stehende Handlung im Zusammenhang mit einer rechtmäßigen Tätigkeit vorgenommen« wird. Danach waren »Handlungen, die den Tod von Tieren der geschützten Arten oder die Beschädigung oder Zerstörung ihrer Fortpflanzungs- und Ruhestätten verursachen, zulässig, wenn diese Handlungen als solche rechtmäßig sind«. Der EuGH beanstandete diese Regelung mit der Begründung, dass »eine solche Ausnahme, die auf der Rechtmäßigkeit der Handlung beruht, ... dem Geist und Zweck der Richtlinie und dem Buchstaben von Artikel 16 der Richtlinie zuwider läuft«. Art. 12, 13 und 16 der Richtlinie bilden danach ein geschlossenes Schutzsystem. Jede mit der Richtlinie unvereinbare Ausnahme zu den Artenschutzbestimmungen verletzt daher nach Auffassung des EuGH sowohl die Verbote der Artikel 12 oder 13 als auch die Ausnahmebestimmung des Artikels 16 FFH-RL¹¹. Und eines wird durch die Entscheidung wohl auch klar: Auch ein zugelassenes Infrastrukturvorhaben könnte einen absichtlichen Eingriff in besonders geschützte Arten zur Folge haben – kein gutes Omen für solche Vorhaben, die bei Erfüllung der Verbotstatbestände durch das Nadelöhr der Ausnahmetatbestände gefädelt werden müssen.

3. EuGH: Europarechtswidrigkeit des BNatSchG

Aber es sollte noch etwas heftiger kommen. In einem Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland erklärte der EuGH¹² auch noch verschiedene Regelungen des BNatSchG für eu-

roparechtswidrig. § 43 Abs. 4 BNatSchG dürfe nicht kurzerhand Eingriffe, die nach § 19 BNatSchG zugelassen worden seien, von den Anforderungen in Art. 16 FFH-RL freistellen. Vielmehr seien auch solche Eingriffe an den Verbotstatbeständen der Art. 12 und 13 FFH-RL und an den Ausnahmevoraussetzungen des Art. 16 FFH-RL zu messen. § 43 Abs. 4 BNatSchG mache die Zulassung von Ausnahmen nämlich nicht von der Erfüllung sämtlicher Voraussetzungen des Art. 16 FFH-RL abhängig, sondern sehe als einzige Voraussetzung vor, dass Tiere, einschließlich ihrer Nist-, Brut-, Wohn- oder Zufluchtstätten, und Pflanzen der besonders geschützten Arten nicht absichtlich beeinträchtigt werden¹³.

Die deutschen naturschutzrechtlichen Regelungen sind vor diesem Hintergrund mit der Begründung für europarechtswidrig erklärt worden, dass der Gesetzgeber die artenschutzrechtlichen Vorschriften des Europarechts auf nationaler Ebene nicht so richtig mit Leben erfüllt habe. Querverweise – so die Botschaft aus Luxemburg – reichen da wohl nicht aus. Der nationale Gesetzgeber muss die rahmenrechtlichen Regelungen des Brüsseler Gesetzgebers mit seinem eigenen Farbkasten jeweils bunt malen.

III. Konsequenzen für das bundesdeutsche Artenschutzrecht?

Nach der Entscheidung des EuGH vom 10. 1. 2006 ist § 43 Abs. 4 Satz 1 BNatSchG nicht mit dem sekundären Gemeinschaftsrecht des Art. 16 FFH-RL vereinbar. Der EuGH hat ein echtes (gesetzliches) Umsetzungsdefizit und nicht lediglich ein (behördliches) Vollzugsdefizit festgestellt. Das Gemeinschaftsrecht besitzt grundsätzlich Vorrang gegenüber dem nationalen Recht. Aus europarechtlicher Sicht ergibt sich dies aus den Gründungsverträgen (Art. 249 Abs. 3 EGV). Aus staatsrechtlicher Sicht folgt der Vorrang des Gemeinschaftsrechts aus der Zustimmung des Gesetzgebers zu den Gemeinschaftsverträgen und der Integrationsermächtigung des Art. 24 Abs. 1 GG. Vorrang des Gemeinschaftsrechts bedeutet jedoch keinen Geltungsvorrang, sondern einen bloßen Anwendungsvorrang. Die deutsche Rechtsvorschrift, die mit einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung nicht vereinbar ist, ist daher nicht nichtig, sondern lediglich im Einzelfall unanwendbar¹⁴.

Aus den gleichen Gründen wird man auch von der Europarechtswidrigkeit des § 43 Abs. 4 Satz 1 BNatSchG im Hinblick auf Art. 5 bis 7 und 9 VRL auszugehen haben, ohne dass es hierfür einer Vorlage nach Art. 234 EGV bedarf. Denn auch hier gilt: Der Verweis auf einen nach § 19 BNatSchG zugelassenen Eingriff macht nicht hinreichend klar und bestimmt¹⁵ deutlich, ob bei der Zulassung des Vorhabens die Verbots- und Ausnahmeregelungen der VRL beachtet worden sind. Dies ergibt sich weder aus den in § 43 Abs. 4 Satz 1 BNatSchG noch aus den in § 19 BNatSchG genannten Voraussetzungen. Ist der Ausnahmetatbestand daher zu unbestimmt, ist – wie der EuGH zu Recht feststellt – einzige Voraussetzung des § 43 Abs. 4 Satz 1 BNatSchG die nicht absichtliche Beeinträchtigung der dort genannten Schutzobjekte. Für diese Sichtweise spricht auch, dass nach der Rechtsprechung des 9. Senats des BVerwG die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung in erster Linie Kompensationsmodell und nicht vorrangig Zulassungsschranke für umweltrelevante Vorhaben¹⁶, mithin für die Durchsetzung zwingenden Artenschutzes nicht geeignet ist. Denn die Voraussetzungen des Art. 16 FFH-RL – insbesondere keine andere zufrieden stellende Lösung, Abweichen

7 Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht-Kommentar Bd. IV, Stand: 1. 9. 2005, § 43 BNatSchG Rdnr. 22, und NuR 2005, 504 (505); VGH Kassel, Urteile vom 24. 11. 2003 – 3 N 1080/03 –, NuR 2004, 393 (394) und 25. 2. 2004 – 3 N 1699/03 –, NVwZ-RR 2004, 732 (733).

8 VGH Mannheim, Urteil vom 2. 11. 2005 – 5 S 2662/04 –.

9 Zitiert nach juris – Ziffer II. 3 der Entscheidungsgründe.

10 EuGH, Urteil vom 20. 10. 2005 – C 6/04 –, Tenor veröffentlicht in ABl. C 315 vom 10. 12. 2005, S. 5.

11 EuGH, Urteil vom 20. 10. 2005 – C 6/04 –, Rdnr. 112.

12 EuGH, Urteil vom 10. 1. 2006 – C 98/03 –, NuR 2006, 166.

13 EuGH, Urteil vom 10. 1. 2006 – C 98/03 –, NuR 2006, 166, 168 (Rdnr. 61 f.).

14 BVerwG, Urteil vom 29. 11. 1990 – 3 C 77.87 –, BVerwGE 87, 154 (158 ff.) = unter Hinweis auf EuGH, Urteil vom 4. 4. 1968 – Rs. 34/67 –, Slg. 1968, 363 (373) und Urteil vom 9. 3. 1978 – Rs. 106/77 –, Slg. 1978, 629 (646) und BVerfG, Beschluss vom 8. 4. 1987 – 2 BvR 687/85 – BVerfGE 75, 223 (244) = DVBl 1988, 38; Maurer, Allg. VerwR, 15. Aufl. 2004, § 4 Rdnr. 65.

15 EuGH, Urteil vom 10. 1. 2006 – C 98/03 –, NuR 2006, 166, 168 (Rdnr. 59/60).

16 BVerwG, Urteil vom 9. 6. 2004 – 9 A 11.03 –, BVerwGE 121, 72 <80> = DVBl 2004, 1546 – Michendorf.

aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses – sind nicht Bestandteil des Prüfungsprogramms der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung¹⁷. § 19 Abs. 3 Satz 2 BNatSchG, der die Zulässigkeit des Eingriffs immerhin von zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses abhängig macht, greift nur ein, wenn die vorgelagerten Pflichten zur Vermeidung, zum Ausgleich und zum Ersatz nicht oder nicht vollständig erfüllbar sind¹⁸. Er ist zudem nur Rahmenrecht, das noch nicht überall in Landesrecht umgesetzt ist¹⁹. Ebenso wenig ist die artenschutzrechtliche – besonders strenge – Ausnahmeregelung des Art. 9 VRL Prüfungsbestandteil der Eingriffsregelung. Auch Art. 5 bis 7 und 9 VRL bilden ein geschlossenes Schutzsystem, sodass jede mit der Richtlinie unvereinbare Ausnahme sowohl die Verbots- als auch die Ausnahmebestimmung verletzt²⁰.

Da der nationale Gesetzgeber nach der Entscheidung des EuGH vom 10. 1. 2006 zur ordnungsgemäßen Umsetzung der artenschutzrechtlichen Regelungen der FFH-RL verpflichtet ist²¹, wäre es auch weder praktikabel noch sinnvoll, den Schutz der europäischen Vogelarten weiterhin einer Ausnahmebestimmung zu unterwerfen, die nur noch für eine Übergangszeit gelten würde. Dabei muss auch das Risiko eines weiteren Vertragsverletzungsverfahrens berücksichtigt werden. § 43 Abs. 4 Satz 1 BNatSchG ist demnach auch im Bereich des Artenschutzes nach der VRL unanwendbar. Daraus folgt eine Nichtanwendungskompetenz – keine Verwerfungskompetenz – der Gerichte.

IV. Entscheidungen des BVerwG

Das BVerwG hat sich in letzter Zeit bei drei Projekten in den neuen Ländern eingehend mit Fragen des Artenschutzes befasst: Zwei Straßenbauprojekte bei Grimma und Stralsund sowie der Flughafen Schönefeld waren Schauplätze des juristischen Schlagabtausches.

1. Ortsumgebung Grimma

Gegenstand des Planfeststellungsbeschlusses des Regierungspräsidiums Leipzig vom 2. 9. 2004 war die Verlegung der Bundesstraße B 107 aus dem Stadtgebiet von Grimma als westliche Umfahrung.

a) Beschluss vom 12. 4. 2005

Der Antrag eines in Sachsen anerkannten Naturschutzvereins blieb allerdings im Eilverfahren ohne Erfolg²². Die in Vollzug eines Planfeststellungsbeschlusses unvermeidbaren Beschädigungen und Beeinträchtigungen besonders geschützter Tier- und Pflanzenarten würden grundsätzlich nicht »absichtlich« geschehen und seien daher nach § 43 Abs. 4 Satz 1 BNatSchG von den artenschutzrechtlichen Verbotregelungen freigestellt. Zur Begründung berief sich der inzwischen für das Straßenrecht zuständige 9. Senat auf ein Urteil des 4. Senats²³ zum Polizeipräsidium Magdeburg, wonach die Frage,

wann eine absichtliche Beeinträchtigung anzunehmen sei, sich nicht mit Hilfe strafrechtlicher Vorsatzbegriffe beschreiben lasse. Deshalb sei es unerheblich, ob ein Bauherr erkenne, dass die Ausführung seines Vorhabens zu Beeinträchtigungen geschützter Lebensstätten führen werde. Der Begriff »absichtlich« sei vielmehr in einem objektivierenden Sinne zu verstehen. Mit dem Schutzzweck unvereinbar seien gezielte Beeinträchtigungen von Tieren und Pflanzen. Nicht absichtlich seien dagegen Beeinträchtigungen, die sich als unausweichliche Konsequenz rechtmäßigen Handelns ergeben.

b) Kritik an der Auslegung des Absichtsbegriffs

Die Eilentscheidung des BVerwG zur Ortsumgebung Grimma ist auf Kritik gestoßen²⁴. Sowohl in der Literatur als auch teilweise in der Rechtsprechung der Instanzgerichte wurde bezweifelt, dass eine solche Auslegung des Absichtsbegriffs in § 43 Abs. 4 BNatSchG mit den europarechtlichen Vorgaben vereinbar ist²⁵.

Mit der Neufassung des bundesdeutschen Artenschutzes – so die Kritik – sollten die früher vom EuGH festgestellte Umsetzungsdefizite²⁶ behoben werden²⁷. Die Verbote der Art. 12, 13 FFH-RL und Art. 5 VRL betreffen – sieht man von Art. 12 Abs. 1 d FFH-RL ab – durchweg absichtliche Beeinträchtigungen geschützter Arten und ihrer Lebensstätten, die nur im Einzelfall unter den restriktiven Bedingungen der Art. 16 FFH-RL bzw. Art. 9 VRL überwunden werden können. Mit einer zu engen Auslegung des Absichtsbegriffs könnten nicht sämtliche Infrastrukturprojekte weitgehend aus der Beachtung des europäischen Artenschutzes verabschiedet werden.

c) Erledigung des Hauptsacheverfahrens

Das Verfahren zur Ortsumgebung Grimma wurde nach einem siebenstündigen Tauschen in der mündlichen Verhandlung am 7. 12. 2005 unstreitig erledigt. Der Planfeststellungsbeschluss werde nicht vollzogen, soweit er den planfestgestellten Bauabschnitt südlich des Knotenpunkts der B 107 neu mit der S 11 betrifft, hatte der Vertreter des beklagten Freistaates Sachsen zu Protokoll erklärt. Vielmehr werde ein ergänzendes Verfahren einschließlich einer erneuten Variantenprüfung durchgeführt, in dem nach § 60 Abs. 2 BNatSchG auch der Kläger als anerkannter Naturschutzverein beteiligt werde.

In der mündlichen Verhandlung traten aus dem Bereich des Artenschutzes vor allem die vergleichsweise tief fliegenden Bechsteinflodermäuse (*myotis bechsteinii*) in den Vordergrund. Denn die geplante Trasse durchschneidet das Waldgebiet »Klosterholz«, sodass ein erhöhtes Verletzungs- oder gar Tötungsrisiko durch die Straße überfliegende Bechsteinflodermäuse nicht ausgeschlossen werden konnte²⁸. Daher lag in der mündlichen Verhandlung auch streckenweise durchaus eine Vorlage an den EuGH in der Luft, mit dem Ziel, in Luxemburg klären zu lassen, ob ein solches erhöhtes Verletzungs- und Tötungsrisiko den Verbotbestand des Art. 12 FFH-RL erfülle – ein Rechtszug, der das Projekt allerdings erst einmal für

17 Gassner, NuR 2004, 560 (563).

18 Gellermann, ZUR 2004, 87 (88).

19 Z. B. § 15 LNatG M-V i. d. F. der Bekanntmachung vom 22. 10. 2002, GVOBl. M-V 2003, S. 1, zuletzt geändert durch Gesetz v. 11. 7. 2005, GVOBl. M-V 2005, S. 326.

20 EuGH, Urteil vom 20. 10. 2005 – C-6/04 –, Rdnr. 112.

21 § 43 Abs. 4 Satz 1 BNatSchG ist zudem mit Art. 12 Abs. 1 d FFH-RL unvereinbar, weil das europarechtliche Verbot nicht auf absichtliche Handlungen beschränkt ist, EuGH, Urteil vom 10. 1. 2006 – C 98/03 –, NuR 2006, 166, 168 (Rdnr. 53–56).

22 BVerwG, Beschluss vom 12. 4. 2005 – 9 VR 41.04 –, DVBl 2005, 916 (920).

23 BVerwG, vom 11. 1. 2001 – 4 C 6.00 –, BVerwGE 112, 321 (330) = DVBl 2001, 646 zur Vorgängernorm des § 20 f Abs. 3 Satz 1 BNatSchG 1998. Der Entscheidung zugrunde lag die Klage eines Bauherrn gegen einen Bescheid, mit dem eine Baugenehmigung für ein Vorhaben im unbeplanten Innenbereich aus Gründen des naturschutzrechtlichen Artenschutzes zurückgenommen wurde.

24 Gellermann, NuR 2005, 504; Fischer-Hüftle, NuR 2005, 768.

25 Gassner, NuR 2004, 560 (562 f.); Gellermann, NuR 2003, 385 (387); ders., ZUR 2004, 87 (90); ders., NuR 2005, 504 (505); Louis, NuR 2004, 557 (559); VGH Kassel, Urteile vom 24. 11. 2003 – 3 N 1080/03 –, NuR 2004 393 (394) und vom 25. 2. 2004 – 3 N 1699/03 –, NVwZ-RR 2004, 732 (733). Die Auslegung des Absichtsbegriffs durch den 4. Senat des BVerwG halten hingegen für europarechtskonform: Müller/Stöckel/Lorz, 2. Aufl. 2003, § 43 BNatSchG Rdnr. 15; Müller, NuR 2005, 157 (162 f.).

26 EuGH, Urteil vom 17. 9. 1987 – Rs. 412/85 – Slg. 1987, 3514 Rdnr. 12 ff.

27 Gellermann, ZUR 2004, 87 (89).

28 Die Großen Mausohren (*myotis myotis*) würden wohl wegen ihrer größeren Überflughöhen und wegen ihres wesentlich größeren Jagdgebietes weitgehend aus der Schusslinie der Autofahrer geraten.

etwa zwei Jahre auf Eis gelegt hätte. Durch die abgegebenen Prozess-erklärungen hat die Sächsische Planfeststellung die Möglichkeit genutzt, die Ortsumgehung Grimma in einem ergänzenden Verfahren allerdings mit einer erneuten Klagemöglichkeit der Verbände zeitnah wieder an den Start zu bringen.

2. Ausbau des Verkehrsflughafens Berlin-Schönefeld und Ortsumgehung Stralsund

Weitere Erkenntnisse auch zum Artenschutz brachte das wohl bisher größte Verfahren des BVerwG, der Ausbau des Verkehrsflughafens Berlin-Schönefeld zum einzigen internationalen Verkehrsflughafen in der Region Brandenburg und der Autobahnzubringer von Stralsund zur A 20.

Der u. a. für luftverkehrsrechtliche Planfeststellungen zuständige 4. Senat des BVerwG hatte sich in den Musterklageverfahren wegen der Planfeststellung für den Ausbau von Schönefeld neben der im Vordergrund stehenden Lärmschutzproblematik ebenfalls mit artenschutzrechtlichen Fragen auseinander zu setzen. Der neue Airport Berlin-Brandenburg-International auf dem Gelände des in Brandenburg gelegenen Flughafens Schönefeld soll im Jahre 2011 fertig gestellt sein und als »Single-Flughafen« die Gesamtversorgung für den Berliner und angrenzenden Brandenburger Raum übernehmen. Zugleich sollen die beiden Westberliner Flughäfen Tempelhof im Jahre 2007 und Tegel im Jahre 2012 geschlossen werden. Die Start- und Landebahn Süd des Flughafens Schönefeld soll verlängert, eine vier km lange neue Bahn errichtet und die zugehörige Infrastruktur – von Rollbahnen über einen Bahnhof bis zu Hotels – gebaut werden. Die Erwartungen an das 2,5 Mrd. Euro-Projekt sind durchaus beachtlich: Die derzeit weniger als 200 000 Flugbewegungen im Jahr mit ca. 17 Mio. Passagieren sollen bis zum Jahr 2023 auf etwa 360 000 Flugbewegungen – etwa eine alle 90 Sekunden – mit gut 30 Mio. Fluggästen ansteigen. Ein durchaus ehrgeiziges Projekt, das den Widerstand von zunächst ca. 13 000 Einwohnern und einer Reihe von umliegenden Gemeinden hervorgerufen hat.

Die klagenden Anwohner machten neben der im Mittelpunkt stehenden Lärmschutzproblematik geltend, dass der Flugbetrieb mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zur Verschlechterung des Erhaltungszustandes gebietstypischer Vogelpopulationen führe und die Fortpflanzung des Fischotters beeinträchtige. Auch die übrigen mit dem Ausbauvorhaben verbundenen Eingriffe in Natur und Landschaft beeinträchtigten den Lebensraum zahlreicher besonders bzw. streng geschützter Tierarten, darunter eine Vielzahl von Vogelarten. Insofern bedürfe es einer artenschutzrechtlichen Befreiung nach § 62 BNatSchG, deren materielle Voraussetzungen indes nicht gegeben seien. Abgesehen davon, dass überwiegende Gründe des Gemeinwohls i. S. von § 62 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BNatSchG nicht ersichtlich seien, stünden einer Befreiung auch Art. 12, 13 und 16 FFH-RL bzw. Art. 5 bis 7 sowie 9 VRL entgegen²⁹.

In dem vom 9. Senat des BVerwG zu entscheidenden straßenrechtlichen Verfahren wandten sich die Kläger gegen den Planfeststellungsbeschluss des Wirtschaftsministeriums Mecklenburg-Vorpommern vom 7. 6. 2005 für den letzten Teilabschnitt des Neubaus der Ortsumgehung Stralsund (B 105/B 96), die Stralsund mit der Autobahn A 20 verbinden soll. Die Kläger sind Eigentümer bzw. Pächter bisher landwirtschaftlich genutzter Flächen, die am Oberlauf der Barthe und damit ca. 7 km von der geplanten Trasse entfernt liegen. Diese Flächen sollen teilweise für den Ausgleich des mit dem Vorhaben in der Lüssower Senke verbundenen Eingriffs in Natur und Landschaft in Anspruch genommen werden. Dort ist die Entwicklung einer »Wachtelkönigausgleichsfläche« geplant. In dem Verfahren spielte neben dem Einwand der Beeinträchtigung eines fak-

tischen Vogelschutzgebietes³⁰ vor allem der Schutz der europäischen Vogelarten und damit die Avifauna eine Rolle. Mit ihrem weitergehenden, den Schutz auch der übrigen Fauna und Flora betreffenden Vorbringen waren die Kläger nach § 17 Abs. 4 Satz 1 FStrG präkludiert. Denn die jeweiligen Belange müssen in den Einwendungen rechtzeitig thematisiert sein. Einer rechtlichen Einordnung etwa unter dem Gesichtspunkt des Artenschutzes bedarf es allerdings nicht.

a) Prüfungsumfang

Soweit die Grundstücke der Kläger durch den Planfeststellungsbeschluss enteignend in Anspruch genommen werden, findet eine umfassende gerichtliche Kontrolle statt³¹. Dies ist auch in den Schönefeld-Urteilen bestätigt worden³². Demnach können Enteignungsbetroffene grundsätzlich mit Erfolg rügen, dass das planfestgestellte Vorhaben nicht im Einklang mit artenschutzrechtlichen Vorschriften steht. Zu unterscheiden von dieser »Vollprüfung« des Planfeststellungsbeschlusses ist die Frage der Reichweite des Klagebegehrens. So sind die Abwehrmöglichkeiten eines Eigentümers, dessen Grundstück für die Durchführung naturschutzrechtlicher Ausgleichs- oder Ersatzmaßnahmen in Anspruch genommen wird, nach den Schönefeld-Urteilen beschränkt. Der Eigentümer kann nur den Zugriff auf sein Grundstück verhindern. Er hat jedoch keinen Anspruch darauf, dass die Aufhebung den Planfeststellungsbeschluss als Ganzes erfasst³³. Wegen der klageabweisenden Urteile konnte diese Frage im Stralsund-Urteil offen bleiben. Letztlich hängt dies mit der Teilbarkeit des Planfeststellungsbeschlusses im Einzelfall (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO: »soweit«) zusammen. Der nicht enteignungsrechtlich Betroffene hat ohnehin traditionell geringere Rechts-

30 Nach Art. 4 Abs. 1 UA. 4 VRL erklären die Mitgliedstaaten die für die Erhaltung der in Anhang I zur Vogelschutzrichtlinie aufgeführten Arten zahlen- und flächenmäßig geeignetsten Gebiete zu Schutzgebieten. Kommen die Mitgliedstaaten dieser Verpflichtung nicht nach, handelt es sich nach der Rechtsprechung des EuGH, der das BVerwG gefolgt ist, um sog. faktische Vogelschutzgebiete, in denen das besonders strenge Schutzregime des Art. 4 Abs. 4 Satz 1 VRL gilt. Im Gegensatz zu den erklärten Vogelschutzgebieten, in denen gem. Art. 6 Abs. 3 und 4 und Art. 7 FFH-Richtlinie Infrastrukturvorhaben ausnahmsweise zugelassen werden können, sind die Verbote des Art. 4 Abs. 4 Satz 1 VRL aus wirtschaftlichen Gründen, die sich für solche Projekte in der Regel nur anführen lassen, nicht überwindbar (EuGH, Urteil vom 2. 8. 1993 – C-355/90 –, Slg. 1993 I-4272 Rdnr. 19 – Sautoña; BVerwG, Urteil vom 1. 4. 2004 – 4 C 2.03 –, BVerwGE 120, 276 <289> = DVBl 2004, 1115 – Hochmoselquerung). Im Stralsund-Verfahren gehörte die Lüssower Senke – so das BVerwG unter Hinweis auf eine Stellungnahme der Kommission vom 10. 4. 2006 – nicht zu den »geeignetsten« Gebieten (zur Auslegung dieses Merkmals: zuletzt EuGH, Urteil vom 23. 3. 2006 – C-209/04 –, Rdnr. 32 ff. – Vertragsverletzungsverfahren gegen die Republik Österreich). Denn hierunter sind nur solche Habitats zu verstehen, die aus ornithologischen Gründen in Bezug auf den Vogelschutz einen besonders geeigneten Lebensraum bieten. Den Mitgliedstaaten kommt bei der Anwendung dieser Kriterien für die Bestimmung der Vogelschutzgebiete ein fachlich begründeter »Ermessenspielraum« zu (EuGH, Rdnr. 33). Die Ortsumgehung Stralsund und der Flughafenbau Schönefeld sind zugleich Schulbeispiele dafür, wie europarechtlich geprägter Habitatschutz und Artenschutz (jeweils gesondert) und daneben die ausschließlich im nationalen Recht vorkommende Eingriffsregelung eigene zwingende Rechtsregime enthalten, die im Planfeststellungsverfahren abgearbeitet werden müssen.

31 St. Rspr. seit BVerwG, Urteil vom 18. 3. 1983 – 4 C 80.79 –, BVerwGE 67, 74 (76 f.) = DVBl 1983, 899, bestätigt durch die Schönefeld-Urteile und BVerwG, Urteil vom 21. 6. 2006 – 9 A 28.05 –, Lüssower Senke.

32 Allerdings muss ein Kausalzusammenhang zwischen dem Rechtsfehler und der Grundstücksinanspruchnahme bestehen (Schönefeld-Urteil, Rdnr. 511 m. w. N.).

33 Schönefeld-Urteil – 4 A 1075.04 –, Rdnr. 514.

29 So der im Wesentlichen gleich lautende Vortrag der klagenden Naturalparteien, s. Urteile vom 16. 3. 2006 – 4 A 1075.04 –, UA Rdnr. 26, – 1073.04 –, UA Rdnr. 26, 1078.04 – UA Rdnr. 29. Im Folgenden beschränken sich die Zitate auf das Urteil im Verfahren 4 A 1075.04 (Schönefeld-Urteil), das zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung vorgesehen ist.

schutzmöglichkeiten. Er kann sich nur auf eine Verletzung seiner eigenen Belange (etwa Lärmbelastungen oder andere unzumutbare Immissionen) berufen³⁴ mit der Folge, dass einem berechtigten Klagebegehren vielfach ohne generelles In-Frage-Stellen des Vorhabens mit Schutzauflagen Rechnung getragen werden kann (§ 74 Abs. 2 VwVfG).

b) *Erfüllung von Verbotstatbeständen des § 42 Abs. 1 BNatSchG*

In den Schönefeld-Urteilen erwies sich das Artenschutzrecht für den geplanten Flughafenausbau am Ende allerdings nicht als unüberwindbares Hindernis³⁵. Immerhin waren über die eigentliche Inanspruchnahme von Flächen für den Flughafenausbau hinaus aus Gründen der Flugsicherheit Gehölzrodungen erforderlich, durch die Nist-, Brut-, Wohn- oder Zufluchtstätten i. S. des § 42 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG zerstört werden. Auch während der Betriebsphase mussten Störungen durch Fluglärm und sonstige Immissionen i. S. des § 42 Abs. 2 Nr. 3 BNatSchG eingeräumt werden³⁶.

Im Verwaltungsverfahren zur Ortsumgehung Stralsund hatte sich die Planfeststellungsbehörde ursprünglich gar nicht mit den speziellen Belangen des Artenschutzes befasst. Die mit dem Vorhaben verbundenen erheblichen Einwirkungen auf die Lebensstätten gefährdeter Vogelarten in der Lüssower Senke wurden im Rahmen der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung abgearbeitet und führten zur Festsetzung der »Wachtelkönigausgleichsfläche« auf den 7 km entfernten Grundstücken der Kläger. Nach einer im Gerichtsverfahren vorgelegten naturschutzfachlichen Untersuchung der geschützten Arten droht den im Trassenbereich beheimateten europäischen Vogelarten der Verlust und die Schädigung von Brutstätten. Zudem sind danach bau- und betriebsbedingte akustische und optische Störwirkungen zu erwarten. Damit waren auch im Stralsund-Verfahren die Verbotstatbestände des § 41 Abs. 1 Nr. 1 und 3 BNatSchG erfüllt. Eine Beschädigung bzw. Zerstörung von Lebensstätten im Sinne der Nr. 1 kann dabei auch für Zugvögel angenommen werden.

Allerdings hatte die beklagte Behörde in der mündlichen Verhandlung den Planfeststellungsbeschlusses durch Schutzmaßnahmen ergänzt. Nach Beendigung der Brutsaison (August/September) bzw. vor Beginn der nächsten Brutsaison (März) wird entlang des Trassenabschnitts, der im folgenden Sommer (Brutzeit) zur Bebauung vorgesehen ist, eine Baufeldbefreiung durchgeführt. Alle relevanten Vegetations- und Reliefstrukturen werden entfernt, sodass eine Brutansiedlung bodenbrütender Arten im Trassenbereich verhindert wird und somit keine Möglichkeit des Verlustes und der Zerstörung von Nestern und Eiern nach Beginn der Bauarbeiten besteht. Das Abräumen nicht mehr benötigter, verwaister Lebensstätten ist aber europarechtlich nicht verboten. Und wo der Landschaftsraum ausgeräumt und auch ansonsten nichts mehr zu holen ist, da hat nicht nur der Kaiser, sondern selbst der Wachtelkönig sein Recht verloren.

Anders verhält es sich mit den von den Vögeln ganzjährig bewohnten Nestern oder auch mit den in den Folgejahren benutzten Brutplätzen, die auch während der winterlichen Abwesenheit der Zugvögel geschützt sind³⁷. Allerdings ist auch hier eine funktionale Betrachtung geboten. Können die geschützten Vögel ohne nachhaltige Schädigung auf andere Standorte ausweichen, in denen sie Nist- und Brutplätze vorfinden oder sich zumutbar neu schaffen können, dann ist der Eingriff bei entsprechend überwiegenden Gemeinwohlgründen gerechtfertigt. Denn auch in Europa gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit³⁸. Tröstlich zu wissen: Auch Vögel können

sich mit ihren Interessen nicht einseitig über die der Menschen hinwegsetzen.

c) *Ausnahme nach § 43 Abs. 4 Satz 1 BNatSchG*

In den Verfahren zum Flughafen Schönefeld konnte das BVerwG offen lassen, ob § 43 Abs. 4 Satz 1 BNatSchG zugelassene Eingriffe generell von den artenschutzrechtlichen Verbotstatbeständen ausnehmen kann. Vor allem sei dabei fraglich, »ob die Regelungspaare der Art. 12 und 16 FFH-RL bzw. der Art. 5 und 9 VRL es zulassen, das Komplementärverhältnis, das zwischen den Verbotstatbeständen des § 42 Abs. 1 BNatSchG und der Befreiungsvorschrift des § 62 Abs. 1 BNatSchG besteht, in der Weise aufzulösen, wie dies im Planfeststellungsbeschluss unter Berufung auf § 43 Abs. 4 Satz 1 BNatSchG geschieht«³⁹.

d) *Bedeutung des Absichtsbegriffs?*

In den Schönefeld-Urteilen zieht das BVerwG diese Konsequenz aus der EuGH-Entscheidung vom 10. 1. 2006 zwar nicht aus dogmatischen Erwägungen⁴⁰, wendet aber im Ergebnis § 43 Abs. 4 Satz 1 BNatSchG gleichwohl nicht an. Die Divergenzen zwischen nationaler Eingriffsregelung und europäischem Artenschutz werden zunächst herausgearbeitet⁴¹. Auch werden sodann Bedenken zur Auffassung geltend gemacht, auch ein nach § 19 BNatSchG zugelassener Eingriff unterliege den Verbotstatbeständen des § 42 BNatSchG⁴². Der 4. Senat bezieht sich hierzu auch auf die Schlussanträge der Generalanwältin Kokott vom 15. 12. 2005 in der Rechtssache C-221/04 (Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich Spanien). Gegenstand dieses Vertragsverletzungsverfahrens waren die Anforderungen an eine behördliche Zulassungsentscheidung. Nach der in den Schlussanträgen vertretenen Auffassung ist entscheidend, »ob die zuständigen Stellen davon ausgehen müssen, dass das genehmigte Verhalten die nach Artikel 12 Abs. 1 FFH-RL zu untersagenden Schäden verursachen wird. In einem solchen Fall darf die betreffende Genehmigung nur nach Maßgabe der in Artikel 16 FFH-RL vorgesehenen Ausnahmen erteilt werden. Anderenfalls würden die zuständigen Stellen mittelbar die Verbote des Artikels 12 Absatz 1 FFH-RL verletzen«⁴³.

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

Die Ausnahmetatbestände des Art. 16 I FFH-RL stellen zum überwiegenden Teil gerade auf zielgerichtete Handlungen, wie die Entnahme von Eiern oder das gezielte Fangen bzw. Töten von Exemplaren (vgl. insbes. Art. 16 I b), d), e) FFH-RL) ab.⁴⁴ Ferner folgt auch aus dem Vergleich zu anderssprachigen Versionen der Richtlinie, dass die Begriffe »intentionell« (französische Version), bzw. »deliberate« (englische Version), die normalerweise in strafrechtlichen Kontexten benutzt werden, dem deutschen Begriff mutwillig

34 BVerwG, Urt. v. 14. 2. 1975 – IV C 21.74 –, BVerwGE 48, 56 = DVBl 1975, 713.

35 Schönefeld-Urteil, Rdnr. 554.

36 Schönefeld-Urteil, Rdnr. 555.

37 VG Berlin, Urteil vom 29. 9. 2003 – VG 1 A 21.02 –, Grundeigentum 2004, 1598; VG Potsdam, Beschluss vom 18. 2. 2002 – 4 L 648/01 –, NuR 202, 567 (568); Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht Bd. IV, § 42 BNatSchG Rdnr. 7.

38 BVerwG, Urt. v. 27. 1. 2000 – 4 C 2.99 –, BVerwGE 110, 302 = DVBl 2000, 814 – Hildesheim.

39 BVerwG, Schönefeld-Urteil, Rdn 558.

40 So aber jetzt BVerwG, Urt. v. 21. 6. 2006 – 9 A 28.05 –, S. 18.

41 BVerwG, Urteil vom 16. 3. 2006 – 4 A 1075.04 –, Rdnr. 558.

42 BVerwG, Schönefeld-Urteil, Rdnr. 559, 560.

43 BVerwG, Schönefeld-Urteil, Rdnr. 65; der EuGH hat in seinem inzwischen ergangenen Urteil vom 18. 5. 2006 – C-221/04 –, festgestellt, das Tatbestandsmerkmal der Absichtlichkeit in Art. 12 Abs. 1 a) FFH-Richtlinie könne nur verwirklicht sein, wenn nachgewiesen ist, dass der Handelnde den Fang oder die Tötung eines Exemplars einer geschützten Tierart gewollt oder zumindest in Kauf genommen hat (Rdnr. 71).

44 Baum, NuR 2006, 145, 151.

nahe stehen.⁴⁵ Somit hat ein eng ausgelegter Absichtsbegriff, der auch vom BVerwG im Grimma-Beschluss⁴⁶ zugrunde gelegt wurde, nicht ganz seinen Charme verloren.

Von der Einholung einer Vorabentscheidung gemäß Art. 234 EGV konnten der 4. Senat und der 9. Senat in den Schönefeld- und Stralsund-Verfahren allerdings absehen, weil sie zugunsten der Kläger unterstellt haben, dass die artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände erfüllt sind und das Zulassungsprivileg des § 19 Abs. 3 BNatSchG nicht greift.

e) Befreiung nach § 62 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BNatSchG

Nahe liegende Folge der Unvereinbarkeit des § 43 Abs. 4 Satz 1 BNatSchG mit EG-Artenschutzrecht und des Anwendungsvorrangs von Gemeinschaftsrecht ist die unmittelbare Anwendung von Art. 12, 13 und 16 FFH-RL sowie Art. 5 bis 7 und 9 VRL als Prüfungsmaßstäbe für die Zulassung von Vorhaben. Die Richtlinienvorschriften sind hinreichend bestimmt. Ihr Gehalt kann allerdings in die Auslegung der artenschutzrechtlichen Befreiung nach § 62 BNatSchG eingebracht werden.

Nach § 62 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BNatSchG kann von den Verboten des § 42 BNatSchG Befreiung gewährt werden, wenn überwiegende Gründe des Gemeinwohls die Befreiung erfordern und die Art. 12, 13 und 16 FFH-RL oder die Art. 5 bis 7 und 9 VRL nicht entgegenstehen. Hierbei handelt es sich ebenfalls um unmittelbar geltendes Recht (§ 11 Satz 1 BNatSchG). Zweifel an der Vereinbarkeit mit EG-Artenschutzrecht bestehen nicht, weil § 62 BNatSchG die einschlägigen Verbots- und Ausnahmetatbestände in das nationale Recht einbezieht.

f) Überwiegende Gründe des Gemeinwohls

Im Schönefeld-Verfahren hat das BVerwG überwiegende Gründe des Gemeinwohls, die eine Befreiung von den Verboten des § 42 Abs. 1 Nr. 1 und 3 BNatSchG rechtfertigen, angenommen. Der geplante Flughafenausbau stehe im Einklang mit den Zielsetzungen des Luftverkehrsgesetzes und erfülle zugleich die Qualität an Gemeinwohlerfordernissen, die eine Enteignung nach Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG rechtfertigen. Dann seien aber zugleich auch zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses i. S. des Art. 16 Abs. 1 c FFH-RL gegeben. Im Rahmen des Art. 9 Abs. 1 a VRL seien diese Belange unter den Aspekten der Sicherheit der Luftfahrt im Besonderen und der öffentlichen Sicherheit im Allgemeinen beachtlich und geeignet, sich gegenüber dem mit Art. 5 VRL verfolgten Schutzziel durchzusetzen⁴⁷.

Im Stralsund-Verfahren war der Autobahnzubringer als vordringlicher Bedarf im Bedarfsplan ausgewiesen⁴⁸. Mit der danach gegebenen Planrechtfertigung liegen zwar nicht sozusagen automatisch auch überwiegende Gemeinwohlgründe vor. Die gesetzliche Bedarfsfeststellung hat aber bei dieser Prüfung ein erhebliches Gewicht⁴⁹. Zudem ist der Artenschutz aufgrund des vom Planfeststellungsbeschluss verfolgten Kompensationskonzeptes⁵⁰ nicht mit unwiederbringlichen Einbußen belastet.

Auch in der Literatur wird keine über diese Abwägung hinausgehende Alternativenprüfung gefordert. Danach kommen als überwiegende Gründe des Gemeinwohls sämtliche öffentlichen Belange und Interessen auch wirtschaftlicher Art in Betracht. Ob die Gründe des Gemeinwohls überwiegen, ist anhand einer Abwägung zwischen den betroffenen Belangen des Artenschutzes und den für die Befreiung streitenden anderweitigen Gemeinwohlgründen zu beurteilen.

45 Baum, NuR 2006, 145, 151.

46 BVerwG, Urt. v. 12. 4. 2005 – 9 VR 41.04, S. 17.

47 BVerwG, Urteil vom 16. 3. 2006 – 4 A 1075.04 –, Rdnr. 566.

48 Anlage nach § 1 Abs. 1 Satz 2 des Fernstraßenausbaugesetzes – FStrAbG – i. d. F. des 5. FStrAbÄndG vom 4. 10. 2004 (BGBl. I 2574).

49 BVerwG, Urteil vom 8. 7. 1998 – 11 A 53.97 –, BVerwGE 107, 142 <145> = DVBl 1998, 1188.

50 »Versetzung« der von der Trasse beanspruchten Hochstaudenflur an die Obere Barthe.

Hierbei wird als genügend erachtet, wenn das Vorhaben vernünftigerweise geboten ist, den Gemeinwohlbelangen mit Hilfe einer Befreiung zur Umsetzung zu verhelfen⁵¹.

g) Entgegenstehende Verbotstatbestände der Art. 12, 13 FFH-RL oder Art. 5 bis 7 VRL

Im Schönefeld-Verfahren hat der 4. Senat des BVerwG die Verbotsstatbestände der Art. 12 FFH-RL und 5 VRL wegen der Zerstörung von Lebensstätten durch Gehölzrodungen als erfüllt angesehen.

Der 9. Senat hat hingegen im Stralsund-Verfahren einen Verstoß gegen die Verbote des Art. 5 VRL verneint. Art. 5 b VRL setzt die Zerstörung oder Beschädigung von Nestern und Eiern und die Entfernung von Nestern voraus⁵². Der Beklagte hat dazu verbindlich erklärt, die Trassenräumung außerhalb der Brutzeit der Zugvögel vorzunehmen. Durch die Entfernung der relevanten Vegetations- und Reliefstrukturen wird zudem eine erneute Ansiedlung bodenbrütender Arten im Trassenbereich verhindert. Anders als § 42 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG, der die Brut- und Niststätten unter Schutz stellt, schützt Art. 5 b VRL ganz konkret nur die (einzelnen) Nester und Eier und ist damit enger als die nationale Verbotsnorm. Europarechtlich führt demnach die winterliche Abwesenheit der Zugvögel und der Umstand, dass die im Vorhabensbereich beheimateten Arten jeweils zu Beginn jeder Brutzeit ihre Nester neu bauen, dazu, dass der Verbotstatbestand ausscheidet.

Art. 5 d VRL enthält das Verbot, europäische Vogelarten, insbesondere während der Brut- und Aufzuchtzeit, zu stören, sofern sich diese Störung auf die Zielsetzung dieser Richtlinie erheblich auswirkt. Da die Bestände der europäischen Vogelarten nach Art. 1 und 2 VRL dauerhaft erhalten werden sollen und Art. 13 VRL ein Verschlechterungsverbot beinhaltet, lösen solche Störungen die Verbotsfolgen aus, die negative Rückwirkungen auf die Bestandssituation einzelner Arten haben können⁵³. Im Fall der Ortsumgehung Stralsund widersprechen die vorhabenbedingten Störungen nicht der Zielsetzung der VRL, weil sie sich entweder aufgrund des Gefährdungs- oder Empfindlichkeitsprofils oder wegen der im Rahmen der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung angeordneten Kompensationsmaßnahmen nicht auf die jeweilige Population auswirken. Der Planfeststellungsbehörde ist dabei ein naturschutzfachlicher Beurteilungsspielraum einzuräumen. Im Verfahren zur Ortsumgehung Stralsund kam es demnach auf das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Ausnahme nach Art. 9 VRL nicht an.

h) Ausnahmetatbestände der Art. 16 FFH-RL und Art. 9 VRL

Beim Ausbau des Flughafens Schönefeld stellte sich die Frage, ob von den Verboten der Art. 12 FFH-RL und Art. 5 VRL abgewichen werden konnte, sodass die Befreiungsvoraussetzungen nach § 62 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BNatSchG erfüllt waren.

Der 4. Senat hat hierzu ausgeführt: Für die durch das Vorhaben aufgeworfenen artenschutzrechtlichen Probleme gebe es i. S. des Art. 16 Abs. 1 FFH-RL und des Art. 9 Abs. 1 VRL keine anderweitige zufrieden stellende Lösung. Der Alternativstandort Sperenberg erweise sich schon aus naturschutzfachlicher Sicht nicht als schonendere Alternative⁵⁴. Die Populationen der in Anhang IV der FFH-RL genannten Arten verweilen in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet trotz der Befreiung auch in einem günstigen Erhaltungszustand. Der Erhalt der betroffenen Tierarten, zu denen u. a. verschiedene Fledermausarten, die Knoblauchkröte, der Moorfrosch und einige Käferarten gehören, sei in dem durch das Planvorhaben betroffenen Naturraum durch Umsiedlungsmaßnahmen sowie durch die Neuanlage

51 Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht Bd. IV, § 62 BNatSchG, Rdnr. 9.

52 Das Verbot des Art. 5 b VRL ist dabei individuen- und nicht etwa nur populationsbezogen, wie insbesondere der Vergleich mit Art. 5 d VRL zeigt.

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

54 BVerwG, Urteil vom 16. 3. 2006 – 4 A 1075.04 –, Rdnr. 567 f.

und die Sanierung von Kleingewässern gewährleistet. Auch der Erhaltungszustand der durch Maßnahmen i. S. des Art. 5 VRL beeinträchtigten Vogelarten werde wegen der orts- und zeitnahen Schaffung und des Vorhandenseins von Ausweichhabitaten nicht gefährdet. Das Schutzregime der Art. 5, 9 und 13 VRL stelle nicht auf den Erhalt jedes einzelnen Exemplars oder jedes vorhandenen Reviers einer Vogelart ab. Andernfalls wären Großvorhaben, bei denen sich negative Einwirkungen i. S. des Art. 5 VRL schlechterdings nicht verhindern lassen, aus artenschutzrechtlichen Gründen von vornherein zum Scheitern verurteilt. Dies liefe ersichtlich den Intentionen des Europarechts zuwider, das nicht allein auf die Wahrung umweltrechtlicher Belange fixiert sei (vgl. Art. 174 ff. EGV), sondern auch einen Beitrag zur Verbesserung der Verkehrsinfrastruktur leiste (vgl. Art. 154 ff. EGV). Auch Art. 2 Abs. 3 FFH-RL und Art. 2 VRL machten deutlich, dass der Naturschutz in Einklang u. a. mit den wirtschaftlichen Erfordernissen zu bringen ist⁵⁵. Auch die Luftfahrtsicherheit kann dabei ein Grund nach Art. 9 Abs. 1 VRL dafür sein, von den artenschutzrechtlichen Verboten der VRL abzuweichen.

Wäre hingegen im Fall der Ortsumgehung Stralsund ein Verbotstatbestand nach Art. 5 VRL erfüllt gewesen, hätte Art. 9 VRL einer Befreiung entgegengestanden. In Anlehnung an die Rechtsprechung des 4. Senats zu Art. 6 Abs. 4 FFH-RL⁵⁶, der die ausnahmsweise Zulassung der Beeinträchtigung eines FFH-Schutzgebiets u. a. nur dann vorsieht, wenn »eine Alternativlösung nicht vorhanden« ist, stellt auch die Alternativenprüfung in Art. 16 Abs. 1 FFH-RL, Art. 9 Abs. 1 VRL strengere Anforderungen als die der fachplanerische Variantenprüfung. Lässt sich das Vorhaben an einem nach dem Schutzkonzept günstigeren Standort oder mit geringerer Eingriffsintensität verwirklichen, so muss der Projektträger von dieser Möglichkeit Gebrauch machen. Ein irgendwie gearteter Gestaltungsspielraum wird ihm nicht eingeräumt⁵⁷. Es ist bereits zweifelhaft, ob die Planfeststellung für die Ortsumgehung Stralsund diesen Anforderungen genügt hätte. Jedenfalls aber dürften bei Straßenbauvorhaben anders als bei Luftverkehrsprojekten die in Art. 9 Abs. 1 VRL genannten Gründe für eine Abweichung von den Verboten des Art. 5 VRL in der Regel nicht vorliegen.

i) Nachträgliche Erteilung der Befreiung

Weder der 4. noch der 9. Senat des BVerwG beanstanden, dass die Befreiungen jeweils erst nach Erlass des Planfeststellungsbeschlusses in einem ergänzenden Verfahren erteilt wurden. Das BVerwG sieht es als maßgebend an, dass in diesem Zeitpunkt die Befreiungsvoraussetzungen objektiv gegeben waren⁵⁸. Einer nachvollziehbaren Entscheidung über die Erteilung der Befreiung bedarf es grundsätzlich, weil der Behörde in § 62 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BNatSchG ein Ermessen eingeräumt ist.

V. Artenschutz macht keinen Ausflug nach Luxemburg

Die Entscheidungen zum Flughafen-Ausbau Schönefeld, die nicht nur wegen der mehr als 4.000 Klageverfahren, des fast dreiwöchigen kräftezehrenden Verhandlungsmarathons und der jeweils ca. 250 Seiten starken Urteile als rekordverdächtige Akkordarbeit des 4. Senats in die Annalen der Justiz eingehen werden⁵⁹, und

das für den Artenschutz nicht weniger bedeutsame Urteil des 9. Senats zur Ortsumgehung Stralsund geben wichtige Hinweise zur künftigen Handhabung des Artenschutzes in der Fachplanung.⁶⁰ Danach können die Planfeststellungsbehörden Rechtsverstöße vermeiden, wenn sie die Verbotstatbestände des § 42 Abs. 1 BNatSchG weit verstehen, die Ausnahmeregelung in § 43 Abs. 4 Satz 1 BNatSchG unangewendet lassen und stattdessen die durch § 62 BNatSchG in das nationale Recht einbezogenen Vorschriften des europäischen Artenschutzes (Art. 12, 13 und 16 FFH-RL sowie Art. 5 bis 7 und 9 VRL) im Einzelnen unter Inanspruchnahme naturschutzfachlichen Sachverständes abarbeiten. Hierbei empfiehlt sich in tatsächlicher Hinsicht eine »worst-case-Betrachtung«, d. h. die Zugrundelegung der durch das Planvorhaben schlimmstenfalls zu befürchtenden Beeinträchtigungen der geschützten Arten⁶¹.

Ist hiermit von der Rechtsprechung für eine Übergangszeit ein pragmatischer Lösungsweg für die Verwirklichung von Infrastrukturmaßnahmen aufgezeigt worden, enthebt dies den nationalen Gesetzgeber jedoch nicht von der Verpflichtung, das durch das EuGH-Urteil⁶² festgestellte Umsetzungsdefizit zu beseitigen. Der bloße Querverweis in § 62 BNatSchG auf das Europarecht reicht danach auf Dauer nicht aus. Der deutsche Gesetzgeber ist vielmehr aufgefordert, ein den Maßstäben des europäischen Artenschutzes entsprechendes geschlossenes Schutzsystem von Verbots- und Ausnahme- bzw. Befreiungstatbeständen zu schaffen. Soweit er hierbei von Art. 176 EGV Gebrauch macht, also über die von der EG beschlossenen Schutzmaßnahmen hinaus verstärkten Artenschutz beibehält oder ergreift, wird sich der Gesetzgeber auch mit dessen Verhältnis zur Fachplanung auseinandersetzen müssen.

»Da sind wir wohl noch einmal davongekommen«, wird der eine oder andere Planfeststeller denken und sich schlussendlich auch über die tröstliche Nachricht für die deutsche Planungspraxis freuen: Der Artenschutz, mit dem wegen seiner europarechtlichen Vorgaben in der Tat nicht zu spaßen ist, bleibt vorläufig in Deutschland und macht bis auf Weiteres keinen zeitaufwändigen Ausflug nach Luxemburg. Aber auch die Anhang-IV-Arten der FFH-RL und die nach der VRL geschützten Vögel können sich von Herzen freuen. Ihnen wird in Zukunft vielfach eine Beachtung zuteil, wie sie selbst

60 Zum Flughafen Schönefeld ergaben sich noch nach der Urteilsverkündung durchaus knifflige Rechtsfragen. Denn die Kläger hatten sich, nachdem die Urteile gesprochen und sozusagen alle Messen gesungen waren, noch in den Kopf gesetzt, nicht nur in die den Parteien zugänglichen Gerichtsakten zu schauen, sondern auch noch über die Schultern der Richter Einblick in die Voten zu nehmen, die von jenen zur Vorbereitung der Senatsentscheidungen erarbeitet worden waren und – einer guten Tradition folgend – für künftige Richtergenerationen und zu späteren Forschungszwecken bei den Senatsunterlagen aufbewahrt werden.

61 Die Urteile des BVerwG zu Schönefeld und Stralsund haben eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung und stehen in einer Kette weiterer Verfahren, mit denen das BVerwG befasst ist. Die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung im Hinblick auf die Frage, ob dort Abwägungsspielräume bestehen oder es sich um eine gebundene, voll nachkontrollierbare Entscheidung handelt, ist Gegenstand eines gesonderten, beim 9. Revisionsssenat des BVerwG anhängigen Verfahrens (– 9 C 1.06 – Bad Laer). Die artenschutzrechtliche Thematik spielt auch in dem beim 9. Senat anhängigen Revisionsverfahren zum Planfeststellungsbeschluss zur A 44 Verkehrskostenabschnitt 20 (Hessisch-Lichtenau) eine Rolle (vgl. zur ersten Runde BVerwG, Urteil vom 17. 5. 2002 – 4 A 28.01 –, BVerwGE 116, 254 = DVBl 2002, 1486, zu den Sperrwirkungen eines faktischen Vogelschutzgebietes BVerwG, Urteil vom 1. 4. 2004 – 4 C 2.03 –, BVerwGE 120, 276 = DVBl 2004, 1115 – Hochmoselbrücke). Auch bei dem Revisionsverfahren zum Emssperrwerk (– 7 C 17.05 –, zur Vorinstanz OVG Lüneburg, Urteil vom 2. 12. 2004 – 7 LB 44/02 –, NuR 2006, 115) könnten sich Fragen des Artenschutzes stellen, wenn der Vortrag nicht präkludiert ist.

62 EuGH, Urteil vom 10. 1. 2006 – C-98/03 –, NuR 2006, 166.

55 BVerwG, Schönefeld-Urteil, Rdnr. 570 ff.

56 Auf diese wird auch in den Schönefeld-Urteilen Bezug genommen, Rdnr. 567.

57 BVerwG, Urteil vom 17. 5. 2002 – 4 A 28.01 –, BVerwGE 116, 254 (262) = DVBl 2002, 1486.

58 BVerwG, Urteil vom 16. 3. 2006 – 4 A 1075.04 –, Rdnr. 565.

59 Auch die Gerichtskasse hat recht ordentlich geklingelt. Und ebenso haben die beteiligten Anwälte – schon angesichts der hohen Klägerzahlen und der dadurch bewirkten durchaus auskömmlichen Gerichts- und Anwaltsgebühren jeweils in Millionenhöhe – ihr Schäfchen ins Trockene gebracht. Also: auch beim Fiskus und den Advokaten allenthalben lachende Gesichter.

den Menschen nicht immer beschieden ist. Denn diese müssen etwa weitgehend klaglos einem Braunkohlentagebau weichen⁶³ oder sich

63 VerFGH Münster, Urt. v. 29. 4. 1997 – VerFGH 9/95 – DVBl. 1997, 829 – Organstreit Garzweiler II; Urt. v. 9. 6. 1997 – VerFGH 20/95 – DVBl. 1997, 1107 – Gemeinden Garzweiler II; VerFGH Potsdam, Urt. v. 1. 6. 1995 – VfGBbG 6/95 – DVBl. 1996, 37 = UPR 1995, 354 – Horno.

einer neuen Autobahntrasse gegenüber geschlagen geben. Mit einer solchen Aufwertung ihrer Belange hätten aber dem Vernehmen nach vor den Grundsatzentscheidungen aus Luxemburg und Leipzig die Tier- und Pflanzenwelt und die Avifauna an deren Spitze nicht wirklich gerechnet.

Buchbesprechungen

■ *Christian Koenig / Jürgen Kühling / Nicolai Ritter, EG-Beihilfenrecht. 2. überarbeitete und ergänzte Aufl. 2005. 608 S. geb. Euro 79,00. Verlag Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main. ISBN 3-8005-1364-1.*

In den letzten Jahren ist erfreulicherweise eine Reihe von Handbüchern zum EG-Beihilfenrecht erschienen; zuvor war man auf die Kommentare zum EG-Vertrag, die Lehrbücher zum Europarecht und die zahlreichen Aufsätze und Monographien zu beihilferechtlichen Fragen angewiesen. Die im Jahre 2001 erschienene erste Auflage des Beihilfenrechts-Handbuches von *Koenig/Kühling/Ritter* war die erste systematische Darstellung dieses Rechtsbereiches in deutscher Sprache. Das Werk ist nunmehr in einer 2., überarbeiteten und ergänzten Auflage erschienen. Dies ist außerordentlich zu begrüßen, denn seit der ersten Auflage haben sich Rechtsprechung und Kommissionspraxis erneut kräftig weiterentwickelt. Erinnert sei z. B. an die grundlegenden Urteile der europäischen Gerichte in den Rechtssachen Preußenelektra, Stardust Marine, WestLB, Adria Pipeline und Altmark. Ferner hat die Europäische Kommission inzwischen mehrere neue Regelungen erlassen, insbesondere den neuen Multisektoralen Regionalbeihilferahmen für große Investitionsvorhaben, die Freistellungsverordnung für Beschäftigungsbeihilfen, eine geänderte Freistellungsverordnung für KMU-Beihilfen, neue Leitlinien für Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen sowie neue Verfahrensvorschriften. Auch in der Literatur sind seither zahlreiche Einzelfragen lebhaft diskutiert worden, wie z. B. die Gültigkeit der Beihilfemaßnahme im Falle eines Verstoßes gegen das beihilferechtliche Durchführungsverbot, vielfach unter aktiver Beteiligung der Autoren des Handbuches. Diese sind durch zahlreiche Veröffentlichungen als hervorragende Kenner der Materie ausgewiesen: Prof. Dr. *Christian Koenig* ist Direktor des Zentrums für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn, Prof. Dr. *Jürgen Kühling* ist Mitglied des Zentrums für angewandte Rechtswissenschaft der Universität Karlsruhe, und Rechtsanwalt Dr. *Nicolai Ritter* – wie Prof. *Kühling* ein früherer Mitarbeiter von Prof. *Koenig* am ZEI – ist Rechtsanwalt in Berlin. Die redaktionelle Koordination der 2. Auflage lag in den Händen von Rechtsanwalt *Stefan el-Baroudi*, ebenfalls Universität Karlsruhe.

Die vorgenannten neuen Entwicklungen haben ihren Niederschlag in der Neuauflage gefunden. Sie ist (wie die Voraufgabe) in zwei Teile gegliedert: Der erste Teil enthält eine systematische Darstellung des EG-Beihilfenrechts. Behandelt werden der Anwendungsbereich des Beihilfenrechts, das Verbot staatlicher Beihilfen, Ausnahmen vom Beihilfenverbot, das Verfahren der Beihilfenaufsicht, der Rechtsschutz und das gerichtliche Verfahren sowie die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen. Der zweite Teil bringt – wie in der Voraufgabe – »Rechtsquellen des EG-Beihilfenrechts«, d. h. Originaltexte des relevanten EG-Primär- und -Sekundärrechts, insbesondere die Leitlinien und Rahmen der Kommission für die Genehmigung von Beihilfen sowie die bisher erlassenen EG-Freistellungsverordnungen. Dieser Teil, der wiederum nahezu die Hälfte des Umfangs des Buches ausmacht, besteht somit aus Texten, die dem Leser ohne Weiteres durch das Internet bzw. das EU-Amtsblatt zugänglich sind. Zweifellos ist es praktisch, diese Texte als Teil des Buches sofort griffbereit zu haben. Das hat allerdings Auswirkungen auf den Preis des Buches (78 Euro). Ein weiteres Problem liegt in der Aufgabe, diesen Teil aktuell zu halten. Die Kommission hat in ihrem neuen »State Aid Action Plan« bereits umfangreiche Änderungen und Ergänzungen des beihilferechtlichen Instrumentariums angekündigt.

Schwerpunkte der Darstellung im 1. Teil sind das Tatbestandsmerkmal der Begünstigung, die Regeln für horizontale Beihilfen und die Rückforderung von Beihilfen. Manche Aspekte werden in der Neuauflage dankenswerterweise ausführlicher als in der ersten Auflage dargestellt, weil sie aufgrund der Entwicklung der Rechtsprechung verstärkt Interesse verdienen, wie z. B. die Regeln für Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (»Daseinsvorsorge«), die Darstellung des Ausschreibungsverfahrens als Mittel zum Ausschluss des Beihilfentatbestandes, Querverbindungen zum Vergaberecht und die Beurteilung von Infrastrukturvorhaben. Andere Abschnitte sind nach wie vor knapp gehalten wie z. B. die Ausführungen über sektorale Beihilfen (Schiffbau, Kohle) oder die Klagemöglichkeiten der Wettbewerber. Eine umfassende Darstellung aller Einzelaspekte des Beihilfenrechts, wie sie das wesentlich umfangreichere Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts von Haidenhein (1104 Seiten) anstrebt,