

## Bundesverwaltungsgericht

### Vorbescheid und erste Teilgenehmigung für das Trianel-Kraftwerk in Lünen rechtskräftig aufgehoben

Art. 6 Abs. 3 FFH-RL; § 34 BNatSchG; § 48d LG NRW

**Überschreitet schon die Vorbelastung eines Natura-2000-Gebiets mit Schadstoffen die durch Critical Loads markierte Erheblichkeitsschwelle des Art. 6 Abs. 3 FFH-RL, so sind zur Beurteilung der Frage, ob Zusatzbelastungen des Gebiets durch ein zur Genehmigung gestelltes Projekt ausnahmsweise irrelevant und damit gebietsverträglich sind, neben den Auswirkungen dieses Projekts summativ auch diejenigen anderer bereits hinreichend verfestigter Projekte zu berücksichtigen.**

BVerwG, Beschluss vom 05.09.2012 – 7 B 24.12 – (OVG NRW, Urteil vom 01.12.2011 – 8 D 58/08.AK – LS = DVBl 2012, 344 f. mit Anmerkung Stüer/Stüer S. 345 ff.)

Der Kl., ein anerkannter Naturschutzverein, wendet sich gegen den Vorbescheid und die 1. Teilgenehmigung für die Errichtung und den Betrieb eines Steinkohlekraftwerks in Lünen. Auf die hiergegen erhobene Klage hat das OVG NRW beide Regelungen aufgehoben (Urteil vom 01.12.2012 – 8 D 58/08.AK – BauR 2012, 181 = NuR 2012, 342 = DVBl 2012, 244). Sie seien rechtswidrig, weil die Verträglichkeit des Vorhabens der Beigeladenen mit den Schutzzwecken des im Einwirkungsbereich der Anlage betroffenen Natura-2000-Gebiets »Wälder bei Cappenberg« nicht feststellbar sei. An den meisten der in der FFH-Verträglichkeitsprüfung untersuchten Beurteilungspunkte überschreite bereits die Vorbelastung die durch Critical Loads (CL) bestimmten ökologischen Belastungsgrenzen für die Versauerung. Für die Bewertung der zusätzlichen Schadstoffbelastung des Schutzgebiets durch das Vorhaben der Beigeladenen könne zwar von einer Relevanzschwelle ausgegangen werden, die bei 3 % des CL-Wertes liege. Für versauernde Einträge werde diese Schwelle aber überschritten, da die Auswirkungen des Vorhabens im Zusammenwirken mit anderen Plänen und Projekten zu beurteilen seien. Nach dem Prioritätsprinzip müssten auch die Auswirkungen der Kraftwerksvorhaben Datteln und Herne berücksichtigt werden, für die bereits Vorbescheide erteilt seien. In der Summe steigere sich die Belastung um mehr als 3 % der CL.

**Gründe:** [4] Die Beschwerde ist unbegründet. Die geltend gemachten Zulassungsgründe liegen nicht vor.

[5] **1.** Es besteht keine Divergenz (§ 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO) des angefochtenen Urteils zu der Entscheidung des BVerwG vom 14.04.2010 – BVerwG 9 A 5.08 – (BVerwGE 136, 291 = Buchholz 451.91 EuropUmweltR Nr. 45).

[6] Eine die Revision eröffnende Divergenz ist nur dann gegeben, wenn die Vorinstanz einen inhaltlich bestimmten, die angef. Entscheidung tragenden abstrakten Rechtssatz aufgestellt hat, der einem in der Rechtsprechung des BVerwG, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des BVerfG aufgestellten und deren Entscheidung tragenden Rechtssatz in Anwendung derselben Rechtsvorschrift widerspricht (Beschlüsse vom 21.06.1995 – BVerwG 8 B 61.95 – Buchholz 310 § 133 [n.F.] VwGO Nr. 18 und vom 13.07.1999 – BVerwG 8 B 166.99 – Buchholz 310 § 132 Abs. 2 Ziff. 2 VwGO Nr. 9). Ein solcher rechtlicher Auffassungsunterschied zur Anwendung derselben Rechtsvorschrift ist in der von der Beschwerde geltend gemachten Hinsicht zu verneinen.

[7] **a)** Das OVG ist ausgegangen von der Rechtsprechung des BVerwG, wonach es für die Erheblichkeit der Beeinträchtigung eines Gebiets von gemeinschaftlicher Bedeutung im Sinne des Art. 3 Abs. 1 FFH-RL bzw. § 34 Abs. 1 Satz 1 BNatSchG darauf ankommt, ob diese Beeinträchtigung einem für das Gebiet festgelegten Erhaltungsziel (Art. 6 Abs. 1 FFH-RL) zuwiderläuft; in diesem Falle ist jede Überschreitung eines Wertes, der die Grenze der nach naturschutzfachlicher Einschätzung für das Erhaltungsziel unbedenklichen Auswirkungen markiert, als erheblich anzusehen. CL sind als naturwissenschaftlich begründete Belastungsgrenzen in diesem Sinne zu verstehen; sie sollen die Gewähr dafür bieten, dass an dem Schutzgut auch langfristig keine signifikant schädlichen Effekte auftreten (Urteil vom 12.03.2008 – BVerwG 9 A 3.06 – Buchholz 451.91 EuropUmweltR Nr. 30 Rdnr. 111 f.; Beschluss vom 10.11.2009 – BVerwG 9 B 28.09 – Buchholz 406.400 § 34 BNatSchG 2002 Nr. 3 Rdnr. 6). Werden solche Grenzen bereits von der Vorbelastung ausgeschöpft oder sogar überschritten, so folgt daraus, dass prinzipiell jede Zusatzbelastung mit dem Erhaltungsziel unvereinbar und deshalb erheblich ist, weil sie die kritische Grenze überschreitet oder schon mit der Vorbelastung verbundene Schadeffekte verstärkt (Urteil vom 14.04.2010 – BVerwG 9 A 5.08 – BVerwGE 136, 291 Rdnr. 91 f.). Allerdings steht eine eventuelle Zielunverträglichkeit unter einem Bagatellvorbehalt, der seine Rechtfertigung im unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz findet (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EUV). Wann eine Zusatzbelastung Bagatellcharakter hat, ist eine zuvörderst naturschutzfachliche Frage.

[8] Das OVG hat weiterhin berücksichtigt, dass sich die Verträglichkeitsprüfung nach § 34 Abs. 1 BNatSchG bzw. nach § 48d Abs. 1 Satz 1 LG NRW (Art. 6 Abs. 3 FFH-RL) auch auf solche Beeinträchtigungen der Erhaltungsziele eines Gebiets zu erstrecken hat, die sich durch Pläne und Projekte im Zusammenwirken mit anderen Plänen und Projekten ergeben können. Dazu müssen die Auswirkungen der anderen Pläne und Projekte und damit das Ausmaß der Summationswirkung jedoch verlässlich absehbar sein (Urteile vom 21.05.2008 – BVerwG 9 A 68.07 – Buchholz 406.400 § 34 BNatSchG 2002 Nr. 1 Rdnr. 21 und vom 14.07.2011 – BVerwG 9 A 12.10 – BVerwGE 140, 149 = Buchholz 406.400 § 61 BNatSchG 2000 Nr. 13 [Rdnr. 81]; Beschluss vom 09.12.2011 – BVerwG 9 B 44.11 – NuR 2012, 125).

[9] **b)** Entgegen der Beschwerde weicht das Urteil des OVG bei Prüfung einer Überschreitung der Relevanzschwelle nicht von der Rechtsprechung des BVerwG ab. Dieses hat sich zu der Frage, ob Zusatzbelastungen im Rahmen der Relevanzschwelle ausschließlich vorhabenbezogen oder wiederum in einer Summationsbetrachtung unter Berücksichtigung weiterer zeitgleich anstehender, bereits genehmigter Kraftwerksvorhaben oder anderer Projekte zu erfolgen hat, bisher noch nicht verhalten. Zu Unrecht beruft sich die Beschwerde auf das Urteil vom 14.04.2010 (– BVerwG 9 A 5.08 – BVerwGE 136, 291 – BVerwGE 136, 291 Rdnr. 94), in dem bei Erläuterung der Relevanzschwelle von 3 % von »vorhabensbedingten Zusatzbelastungen« die Rede ist. Denn in den weiteren Gründen dieser Entscheidung (Rdnr. 95) wird ausschließlich Bezug genommen auf den Neubau der Bundesautobahn A 44 und auf geschützte Waldlebensräume, deren projektbedingte Zusatzbelastung (Rdnr. 93) an keiner Stelle über die Relevanzschwelle von 3 % des CL-Wertes hinausgeht. Die Frage,

ob Zusatzbelastungen durch andere Projekte bei der Bagatellprüfung zu berücksichtigen sind, stellte sich mithin gar nicht. Verhalten hat sich die Rechtsprechung des BVerwG bisher lediglich allgemein dazu, dass bei der Prüfung einer Überschreitung der Erheblichkeitsschwelle im Sinne von § 34 Abs. 1 Satz 1 BNatSchG eine summative Betrachtung anstehender Projekte zu erfolgen hat, was sich bereits aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt.

[10] 2. Die Rechtssache weist keine grundsätzliche Bedeutung im Sinne von § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO auf.

[11] Die Fragen, ob ein Projekt verträglich im Sinne von Art. 6 Abs. 3 der FFH-Richtlinie ist, wenn die von einem Projekt selbst ausgehenden Auswirkungen – ohne Summation mit den Auswirkungen anderer Pläne und Projekte – naturschutzfachlich irrelevant sind und ob die Rechtsprechung des OVG zur Bagatellschwellenprüfung mit dem unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbar ist, obwohl dies zu einer absoluten Obergrenze für Auswirkungen durch neue Vorhaben führt, lassen sich anhand des Gesetzes und der einschlägigen Rechtsprechung beantworten, ohne dass es der Durchführung eines Revisionsverfahrens bedarf. Die Vorinstanz hat zu Recht die Auffassung vertreten, dass bei der Prüfung, ob projektbedingte Schadstoffeinträge die Relevanzschwelle überschreiten, kumulativ die Auswirkungen anderer Projekte zu berücksichtigen sind, soweit sich diese Auswirkungen konkret absehen lassen.

[12] a) Mit der Regelung in Art. 6 Abs. 3 FFH-RL, wonach Vorhaben, die ein Schutzgebiet »einzeln oder im Zusammenwirken mit anderen Plänen und Projekten beeinträchtigen könnten«, eine Verträglichkeitsprüfung erfordern, hat der Normgeber unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass die Verträglichkeit eines Projekts nicht isoliert anhand der von ihm selbst erzeugten Auswirkungen, sondern unter Einschluss der Auswirkungen anderer hinreichend verfestigter Pläne oder Projekte zu beurteilen ist. Wie von der Vorinstanz zutreffend ausgeführt, verfolgt diese Regelung das Ziel, eine schleichende Beeinträchtigung durch nacheinander genehmigte, jeweils für sich genommen das Gebiet nicht erheblich beeinträchtigende Projekte zu verhindern, soweit deren Auswirkungen sich in ihrer Summe nachteilig auf die Erhaltungsziele des Gebiets auswirken würden. Dieser Zielsetzung wird eine Verträglichkeitsprüfung nur dann konsequent gerecht, wenn sie Auswirkungen anderer hinreichend verfestigter Projekte auf das Gebiet auch bei der Beurteilung einbezieht, ob die Relevanzschwelle überschritten ist. Denn auch insoweit geht es darum, hinzutretende Beeinträchtigungen abzuwehren, die in der Summe die Erhaltungsziele nachteilig betreffen und damit nicht mehr als Bagatelle verstanden werden können. Andernfalls wäre auf längere Sicht eine nicht rückholbare erhebliche Beeinträchtigung des Schutzgebiets zu besorgen, die dem mit der besonderen Schutzgebietausweisung auf Dauer verfolgten Schutzziel diametral entgegenliefe und das unionsrechtliche Verschlechterungsverbot (vgl. hierzu Schumacher, in: Schumacher/Fischer-Hüftle, BNatSchG, 2. Aufl., § 34 Rdnr. 3) verletzte. Weshalb der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit es gebieten sollte, allein auf das einzelne Projekt bezogen die Überschreitung der Relevanzschwelle in Betracht zu nehmen, erschließt sich nicht. Die Annahme einer Relevanzschwelle ist Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, nicht aber das alleinige Abstellen auf das Emissionsverhalten eines Projekts

unter Außerachtlassung der Gefahr von Schadstoffeinwirkungen bereits genehmigter anderer Projekte.

[13] b) Ein Klärungsbedarf für die aufgeworfenen Fragen ergibt sich auch nicht aus dem Hinweis der Beschwerde auf vom Habitatrecht abweichende Schutzvorgaben der TA Luft mit einer rein vorhabenbezogenen Irrelevanzprüfung zum Schutz der menschlichen Gesundheit in Nr. 4.2.1, 4.2.2 bzw. zum Schutz der Vegetation oder von Ökosystemen in Nr. 4.4.1, 4.4.2. Regelungen aus anderen Rechtsbereichen können nicht eine Handhabung der Verträglichkeitsprüfung rechtfertigen, die sich von den in Art. 6 Abs. 3 FFH-RL enthaltenen rechtlichen Vorgaben entfernt (vgl. in anderer Hinsicht bereits Urteil vom 14.04.2010 – BVerwG 9 A 5.08 – BVerwGE 136, 291 Rdnr. 92). Zudem ist der in § 34 Abs. 1 BNatSchG (bezüglich potenzieller Auswirkungen von Schadstoffeinträgen) verankerte Vorsorge- bzw. Besorgungsgrundsatz ausschließlich wirkungsbezogen konzipiert (vgl. Frenz, in: Frenz/Müggendorf, BNatSchG, § 34 Rdnr. 17).

[14] c) Soweit die Beschwerde sich für die von ihr geltend gemachte Klärungsbedürftigkeit der aufgeworfenen Rechtsfragen ergänzend auf das Urteil des Sächsischen OVG vom 15.12.2011 – 5 A 195/09 – (ZUR 2012, 445) und den Beschluss des Hessischen VGH vom 19.03.2012 – 9 B 1916/11 – (ZUR 2012, 440) beruft, die die Relevanzschwelle rein vorhabenbezogen verstanden, kann ihr nicht gefolgt werden. Keine der beiden zitierten Entscheidungen befasst sich mit der Frage, ob im Falle einer Vorbelastung, die die maßgeblichen CL überschreitet, die Relevanz einer Zusatzbelastung durch das zu beurteilende Vorhaben isoliert oder unter Einschluss der Auswirkungen weiterer, noch nicht in die Vorbelastung eingegangener Vorhaben zu bewerten ist.

#### **Anmerkung zu BVerwG, Beschluss vom 05.09.2012 – BVerwG 7 B 24.12 – Kraftwerk Trianel Lünen**

Nun ist es also rechtskräftig, das Urteil des OVG NRW zum Steinkohlekraftwerk Trianel in Lünen. Damit musste wohl auch gerechnet werden. Denn die tatsächlichen Feststellungen des OVG NRW zur Überschreitung der sog. Critical Loads (CL) und die sich daraus ableitende nicht nachgewiesene Verträglichkeit des 1,4 Mrd. Euro teuren, inzwischen weitgehend fertiggestellten Kraftwerksneubaus, wie sie sich als Ergebnis der dreitägigen Verhandlungs-Marathonsitzung des OVG NRW bei der Urteilsverkündung ergaben, konnten auch mit einer ausgezeichneten juristischen Argumentation revisionsrechtlich wohl kaum aus den Angeln gehoben werden (zur Bewertung Durner/Paus, NuR 2012, 325; Enderle/Thaysen, UPR 2012, 173; Stüer/Stüer, DVBl 2012, 245). Daran ließen auch die Leipziger Bundesrichter keinen Zweifel aufkommen.

Obwohl es vielleicht auf den ersten Blick nicht so scheint, bot das Verfahren allerdings Gelegenheit, in einem sog. »kleinen Revisionsurteil« eine rechtsgrundsätzliche Klärung zur Reichweite der Berücksichtigungserfordernisse von Summationswirkungen im Rahmen der FFH-Verträglichkeitsprüfung herbeizuführen. So gesehen hatte die Nichtzulassungsbeschwerde schon ihre Berechtigung. Ganz abgeschlossen ist die Entwicklung in der Rechtsprechung und in der wissenschaftlichen Diskussion allerdings wohl noch nicht.

**Verträglichkeitsprüfung.** Vom Ausgangspunkt ist bereits seit Langem klar: Vorhaben mit möglicherweise erheblichen

Auswirkungen auf ein Gebiet von gemeinschaftlicher Bedeutung können nur aufgrund einer Verträglichkeitsprüfung zugelassen werden, mit der der zweifelsfreie Nachweis gelingt, dass das Vorhaben gemessen an den Erhaltungszielen keine erheblichen Auswirkungen auf das Gebiet als Ganzes oder seine wesentlichen Bestandteile hat (EuGH, Urteil vom 07.09.2004 – C-127/02 – Slg. 2004, I-7405 – Herzmuschelfischerei; Urteil vom 20.09.2007 – C-304/05 – Kommission/Italien). Dies ist dann der Fall, wenn aus wissenschaftlicher Sicht kein vernünftiger Zweifel daran besteht, dass es keine solchen Auswirkungen gibt (EuGH, Urteil vom 03.07.2008 – C-215/06 – Kommission/Irland Windfarm; Urteil vom 24.11.2011 – C-404/09 – Kommission/Spainien – Alto Sil – Braunbär; zu geringeren Anforderungen bei der flächenmäßigen Inanspruchnahme von nicht wertbestimmenden Teilen eines Vogelschutzgebietes BVerwG, Urteil vom 24.11.2011 – BVerwG 9 A 23–27.2010 – DVBl 2012, 443 m. Anm. Stürer/Bergt DVBl 2012, 449 – A 281 – Bremer Wesertunnel). Hierfür tragen der Vorhabenträger und die zuständige Behörde die Darlegungs- und Beweislast (BVerwG, Urteil vom 17.01.2007 – BVerwG 9 C 20.05 – BVerwGE 128, 1 = DVBl 2007, 706 – Westumfahrung Halle; Vallendar EurUP 2007, 275; Stürer, NVwZ 2007, 1147; ders., DVBl 2007, 416; ders., DVBl 2009, 1; Stürer/Stürer, DVBl 2012, 245). Die Hürden sind sehr hoch und in der Praxis vielfach nur schwer zu überwinden.

Von der Verträglichkeit des Lünener Steinkohlekraftwerks am Stummhafen zeigten sich die Richter in Münster nicht überzeugt. Da das FFH-Gebiet »Wälder bei Cappenberg« durch die Emissionen von Schwefeldioxyd bereits erheblich geschädigt und die Belastungsgrenze bereits deutlich überschritten sei, dürften zusätzliche Schadstoffeinträge eine Bagatellschwelle in Höhe von 3 % der Grenzbelastung (sog. »Critical Loads« – CL) nicht überschreiten (BVerwG, Urteil vom 14.04.2010 – BVerwG 9 A 5.08 – BVerwGE 136, 291; Beschluss vom 10.11.2009 – BVerwG 9 B 28.09 – DVBl 2010, 176 = NVwZ 2010, 319; Stürer, DVBl 2010, 178 – Nolte, jurisPR-BVerwG 5/2010 Anm. 6, 6/2010 Anm. 6 – FFH-Verträglichkeitsprüfung – Hildesheim-Himmelsthür; Stürer/Stürer, DVBl 2012, 245).

**Summationswirkungen.** In die Beurteilung sind auch andere Projekte und Pläne einzubeziehen, die sich in der Gesamtbilanz auf die Verträglichkeit des Vorhabens auswirken können (Art. 6 Abs. 3 FFH-RL). Hierzu hatte das OVG NRW neben den Trianel-Schadstoffauswirkungen die Säureeinträge der geplanten Kraftwerke in Datteln 4 (E.ON) und Herne V (Evonik-Steag) gerechnet. Die Klagen gegen das Steag-Kraftwerk sind inzwischen durch das BVerwG (Beschluss vom 12.10.2010 – BVerwG 7 B 22.10 –; OVG NRW, Urteil vom 09.12.2009 – 8 D 6/08.AK –; Seibert, DVBl 2011, 391) rechtskräftig abgewiesen worden. Allerdings soll das Kraftwerk in Herne dem Vernehmen nach nicht mehr gebaut werden.

**Datteln 4.** Die Betrachtung der Summationswirkungen für Datteln 4 ist zwar irgendwie folgerichtig. Gleichwohl ist allerdings bemerkenswert, dass das OVG NRW den zugrunde liegenden Bebauungsplan u.a. wegen erheblicher Abweichung von dem in der Landesplanung vorgesehenen Standort und wegen eines Verstoßes gegen die nicht ausreichende Berücksichtigung der SEVESO II-RL mit dem Segen des BVerwG kassiert hat (OVG NRW, Urteil vom 03.09.2009 –

10 D 121/07.NE – DVBl 2009, 1385; BVerwG, Beschluss vom 16.03.2010 – BVerwG 4 BN 66.09 – DVBl 2010, 793 = NVwZ 2010, 1246). Den immissionsschutzrechtlichen Vorbescheid für Datteln 4 hat das OVG NRW inzwischen ebenfalls aufgehoben (OVG NRW, Urteil vom 12.06.2012 – 8 D 38/08.AK – NuR 2012, 722). Trotz der für die alten Kraftwerksblöcke (Datteln 1–3) im Jahre 2006 abgegebenen Verzichtserklärung dürfen diese Kraftwerksblöcke nach einem am 02.11.2012 erzielten Übereinkommen von Landesregierung NRW, Bezirksregierung Münster und E.ON wegen der Versorgung von 20 Prozent des deutschen Bahnstroms mit 300 MW zunächst einmal weiterbetrieben werden. Den Widerruf der Verzichtserklärung nach § 20 Abs. 3 Satz 1 der 13. BImSchV hatte das OVG NRW für unzulässig erklärt (OVG NRW, Urteile vom 14.03.2012 – 8 D 47.11.AK, 48.11.AK –). Dem hat sich das BVerwG inzwischen angeschlossen (Urteile vom 15.11.2012 – BVerwG 7 C 15.12, 16.12 – Herne und Datteln).

Der im Landesentwicklungsplan NRW vom 11.05.1995 für das Kraftwerk Datteln 4 ursprünglich ausgewiesene, ca. 5 km nördlich der Baustelle gelegene Standort ist in der 6. Änderung des Regionalplans für den Regierungsbezirk Münster (Teilabschnitt Emscher-Lippe) als Verbund industrieller Unternehmen (»NewPark«) mit anschließendem landesplanerischem Zielabweichungsverfahren ausgewiesen worden. Der Standort, an dem das Kraftwerk Datteln 4 südlich der Ortslage Datteln tatsächlich errichtet worden ist, soll durch ein inzwischen eingeleitetes 7. Regionalplan-Änderungsverfahren und ein anschließendes Zielabweichungsverfahren landesplanerisch abgesichert werden. Und auch die Neuaufstellung eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans in Datteln hat etwas an Fahrt aufgenommen. Gleichwohl: Es werden Summationswirkungen von Kraftwerksprojekten in Herne und Datteln geprüft, von denen niemand verlässlich sagen kann, ob sie jemals ans Netz gehen.

**Genehmigte Vorhaben.** Um die Auswirkungen anderer Pläne und Projekte und damit das Ausmaß der Summationswirkung verlässlich abzuschätzen zu können, muss hierfür grundsätzlich bereits eine Zulassung erteilt sein (BVerwG, Urteil vom 12.03.2008 – BVerwG 9 A 3.06 – BVerwGE 130, 299 = DVBl 2008, 1199 – A 44 VKE 20 Hessisch Lichtenau II; Urteil vom 24.11.2011 – BVerwG 9 A 23–27.2010 – A 281 – Bremer Wesertunnel). Ob auch Pläne und Projekte in einem früheren Verfahrensstadium einzubeziehen sind, war bisher noch nicht abschließend geklärt (BVerwG, Urteil vom 21.05.2008 – BVerwG 9 A 68.07 – Buchholz 406.400 § 34 BNatSchG 2002 Nr. 1 – A 281: Summationswirkungen aus einer noch nicht genehmigten Windkraftanlage).

**Noch nicht genehmigte Vorhaben.** Auch noch nicht genehmigte Vorhaben sind – so das OVG NRW – in die Verträglichkeitsprüfung einzubeziehen, wenn sie durch prüffähige Unterlagen konkretisiert sind. Dabei stellt das Gericht auf den Prioritätsgrundsatz ab (Schütte, NuR 2008, 142; Riese/Dieckmann, UPR 2009, 371). Mit dem Vorliegen prüffähiger Unterlagen haben solche Projekte einen zeitlichen Vorteil. Mit der Einreichung solcher Unterlagen und insbesondere mit Einleitung der Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung erreicht der Ast, danach eine Vorrangstellung hinsichtlich der verträglichen Eingriffe, die ihm durch ein zeitlich nachfolgendes Projekt nicht wieder entzogen werden kann.

Für erst später durch prüffähige Unterlagen konkretisierte Projekte (wie etwa vor Ort eine Erweiterung des Kraftwerks Steag in Lünen oder Betriebsansiedlungen im geplanten Industriegebiet NewPark), sind die sich daraus ergebenden möglichen Summationseffekte – so das OVG NRW – nicht zu berücksichtigen. Zuvor beantragte Vorhaben ohne Auswirkungen auf die Vorhabenverträglichkeit können unberücksichtigt bleiben (wie etwa die Ortsumgehung Datteln der B 474n, die wegen der Offenlage der Unterlagen im Jahre 2005 hinsichtlich der Summationsbetrachtung sogar in zeitlicher Hinsicht den günstigsten Platz einnimmt). Vorrangig sind danach alle im Zeitpunkt der Zulassungsentscheidung bereits zuvor genehmigten Vorhaben und solche, für die zeitlich früher prüffähige Unterlagen eingereicht worden waren.

**Wirkfaktoren.** Der Prioritätsgrundsatz gilt nicht nur für Summationswirkungen im Bereich der Bagatellgrenzen, sondern nach der Konzeption des OVG NRW für den gesamten Bereich der Verträglichkeitsprüfung. Dabei ist die Prüfung auf die einzelnen Wirkfaktoren bezogen und an den jeweiligen Beurteilungsparametern ausgerichtet. Die Beeinträchtigung einzelner Arten der Fischfauna etwa ist dabei von einem Schadstoffeintrag beispielsweise in Waldlebensraumtypen zu unterscheiden. Ein zuvor bereits genehmigtes oder wegen prüffähiger Antragsunterlagen zeitlich vorrangiges Vorhaben kann daher hinsichtlich eines Wirkfaktors die Verträglichkeit des Vorhabens sperren, im Hinblick auf andere Wirkfaktoren nicht. Folgerichtig ist auch das OVG NRW der Summationsbetrachtung im Hinblick auf die  $\text{NO}_x$ -Belastung und die Bagatellschwellen für noch zulässige Schadstoffbelastungen besonders nachgegangen.

Das BVerwG hat zum Kraftwerk Trianel Lünen die Konzeption des OVG NRW zu einer summierenden Betrachtung noch nicht genehmigter Vorhaben und zum Prioritätsgrundsatz bestätigt.

**Verträglichkeit von Vorhaben kann bei Summationswirkungen für zeitlich nachrangige Projekte schwieriger werden.** Eines ist allerdings auch klar: Stehen mehrere Vorhaben unter dem Gesichtspunkt der Summationswirkungen zu einer Beurteilung an, kann der Verträglichkeitsnachweis nach dem Trianel-Beschluss des BVerwG in der Tendenz für später konkretisierte Projekte schwieriger werden, je weiter diese Projekte in zeitlicher Hinsicht nach hinten verschoben sind und je umfangreicher die Vorbelastungen der zeitlich vorgehenden Projekte eingeschätzt werden müssen. Ist eines der zeitlich vorrangigen Projekte wegen Überschreitens der Bagatellschwelle bereits unverträglich, kann diese von einem zeitlich nachrangigen Projekt nicht mehr in Anspruch genommen werden. Diese Grundsätze gelten unabhängig von den Bagatellschwellen auch für andere Bereiche der Verträglichkeitsprüfung. Durch die neue Summationsrechtsprechung des OVG NRW läuft das Schwergewicht der Zulassungsentscheidung daher für zeitlich nachfolgende Projekte wohl noch ein Stück weit mehr als bisher vermutet – mit den sich daraus ergebenden höheren Anforderungen – auf eine Abweichungsprüfung hinaus.

Die Tendenz, Projekte bei nicht nachgewiesener Verträglichkeit in die Abweichungsprüfung zu verweisen, entspricht dem besonderen Schutzstatus der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung und schreibt auch im Bereich der Bagatellschwellen die strengen Maßstäbe des BVerwG-Urteils zur Halle-

Westumfahrung (BVerwGE 128, 1) fort. Und eines hat das BVerwG auch klar gemacht: Die Bagatellschwellen können nur einmal ausgenutzt werden. Dabei sind alle anstehenden Projekte zusammen zu betrachten. Reißt auch nur eines der zeitlich vorrangigen Projekte diese Marke, sind alle zeitlich späteren, damit in Zusammenhang stehenden Vorhaben, auch wenn sie lediglich geringfügige zusätzliche Beeinträchtigungen im Bereich dieser Wirkfaktoren erzeugen, nicht mehr verträglich. So gesehen kann bei dieser summativen Betrachtung jedes einzelne Vorhaben mit den negativen Auswirkungen eines bereits zugelassenen oder im Verfahrensstand zeitlich vorrangigen Vorhabens belastet werden.

**Prioritäre Arten oder Lebensraumtypen.** Sind prioritäre Arten oder Lebensraumtypen wie etwa die »Wälder bei Cappenberg« \*(91E0) (Erlen-, Eschen- und Weichholz-Auenwälder) betroffen und handelt es sich dabei etwa wegen eines nicht durchgängigen Überflutungsgeschehens nicht lediglich um einen nicht prioritären LRT (91F0) (Eichen-Ulmen-Eschen-Hartholz-Auenwälder), wird bei einer Überschreitung der Verträglichkeitsgrenze, auch wenn dies (lediglich) aus einer summierenden Betrachtung mit bereits genehmigten oder wegen ihres Verfahrensstandes zeitlich vorrangiger Vorhaben folgt, eine Beteiligung der EU-Kommission erforderlich, wenn das Vorhaben ausschließlich auf wirtschaftliche oder soziale Gründe gestützt werden kann. Die fortentwickelte Summations-Rechtsprechung erweitert daher in der Tendenz auch das Erfordernis, vor Zulassung des Vorhabens zunächst die EU-Kommission in Brüssel einzuschalten.

**Abweichungsprüfung.** Ist die Verträglichkeit des Projektes nicht zweifelsfrei belegt, kann es nur aufgrund einer Abweichungsprüfung zugelassen werden. Das Vorhaben muss durch zurechtbegründete Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses gerechtfertigt sein, wobei gewisse Abstriche an dem Vorhaben hinzunehmen sind (BVerwG, Urteil vom 27.01.2000 – BVerwG 4 C 2.99 – BVerwGE 110, 302 – Hildesheim; Urteil vom 12.03.2008 – BVerwG 9 A 3.06 – BVerwGE 130, 299 – Hessisch Lichtenau II). Zumutbare Alternativen dürfen nicht zur Verfügung stehen. Die erforderlichen Kohärenzmaßnahmen zur Sicherung des Netzes »Natura 2000« müssen getroffen werden. Werden prioritäre Arten oder Lebensraumtypen in Mitleidenschaft gezogen (BVerwG, Urteil vom 09.07.2009 – BVerwG 4 C 12.07 – BVerwGE 134, 166), können andere Gründe als die der Wahrung von Leib und Leben oder Gründe einer günstigen Auswirkung auf die Umwelt – und damit vor allem wirtschaftlichen oder sozialen Gründe – erst nach einer Stellungnahme der EU-Kommission herangezogen werden (Art. 6 UA 2 FFH-RL) (Stüer, NuR 2010, 677).

**Nur eigene Beiträge zu Summationswirkungen Gegenstand der Abweichungsprüfung.** Mit der Frage, ob die Summationswirkungen auch in der Abweichungsprüfung zu berücksichtigen sind und wie mit den ggf. konkurrierenden Beeinträchtigungen dort zu verfahren ist, hatten sich das OVG NRW und die Leipziger Richter nicht zu befassen. Denn Trianel und die Bezirksregierung Arnberg als zuständige Immissionsschutzbehörde hatten keine Abweichungsprüfung durchgeführt. Das Gericht kann aber eine fehlende Abweichungsprüfung des Vorhabenträgers und der Planfeststellungs- oder Zulassungsbehörde nicht ersetzen, sondern lediglich feststellen, dass dieser Prüfungsschritt nicht erfolgt ist.

Die FFH-Richtlinie beschränkt die Prüfung des Zusammenwirkens mit anderen Plänen und Projekten allerdings nach ihrem Wortlaut auf die Verträglichkeit des Vorhabens (Art. 6 Abs. 3 FFH-RL). Die Abweichungsprüfung (Art. 6 Abs. 4 FFH-RL) steht nicht unter diesem Vorbehalt. Die hohen Hürden einer Verträglichkeitsprüfung, in die auch Summationswirkungen von anderen Vorhaben eingehen, sollen dem europäischen Gebietsschutz einen besonders wehrfähigen Status verleihen. Die Abweichungsprüfung ist demgegenüber an einer Interessenabwägung und damit an dem Gedanken der Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit im Sinne einer Gesamtbetrachtung der Auswirkungen des einzelnen Vorhabens ausgerichtet, zugleich aber auf die Frage beschränkt, ob das einzelne Vorhaben mit seinen Auswirkungen die Abweichungsvoraussetzungen erfüllt. Von einem Zusammenwirken mit anderen Plänen und Projekten ist in Art. 6 Abs. 4 FFH-RL nicht die Rede. Vielmehr muss das einzelne zur Prüfung anstehende Vorhaben mit seinen eigenen Beiträgen zur Unverträglichkeit die Anforderungen der Abweichungsprüfung erfüllen.

**Nur projektbezogene Überwindungslasten.** Bei der Abweichungsprüfung behält die Frage, ob das zur Beurteilung anstehende Vorhaben ohne eine Summationsbetrachtung für sich verträglich wäre und etwa die Bagatellschwellen einhält, daher weiterhin eine durchaus beachtliche Bedeutung. Vorhaben mit nur geringen negativen Auswirkungen auf die Erhaltungsziele mögen zwar durch andere in Summation zu betrachtende Vorhaben nicht mehr das Prädikat der Verträglichkeit für sich in Anspruch nehmen können, weil sie sozusagen von den Belastungen eines bereits genehmigten oder zeitlich vorrangigen Projektes in die Unverträglichkeit mitgenommen werden. In der Abweichungsprüfung stehen dann aber wieder nur die eigenen Beiträge des Vorhabens zur Prüfung an. Vergleichsweise geringe eigene Beiträge zu den im Rahmen der Verträglichkeitsprüfung in Summation zu betrachteten Gesamtbeeinträchtigungen können dann in der Abweichungsprüfung entsprechend leichter durch überwiegende öffentliche Interessen überwunden werden, ohne dass es hier auf den Anteil der Beiträge anderer Vorhaben auf die Summationswirkungen ankommt.

Denn das einzelne Vorhaben muss in der Abweichungsprüfung nicht zugleich Überwindungslasten für andere Pläne oder Projekte auf sich nehmen, deren nachteilige Auswirkungen es nicht verursacht hat. Hier wird jedes einzelne Projekt vielmehr daran gemessen, ob die mit ihm verbundenen Eingriffe in der jeweiligen Projektgesamtschau durch zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses gerechtfertigt sind. Auch bei einer summierenden Betrachtung ist jedes Projekt für seinen eigenen Beitrag zu der Gesamtbelastung verantwortlich. Die Beurteilung der projektbezogenen Auswirkungen und die Einschätzung, ob eine Ausnahmeprüfung gelingt, ist daher den jeweils eigenständigen Prüfverfahren vorbehalten (zur Möglichkeit der sachgerechten Lastenverteilung bei der Konfliktbewältigung BVerwG, Beschluss vom 17.02.1984 – BVerwG 4 B 191.83 – BVerwGE 69, 30 = DVBl 1984, 343 – Reuter-Kraftwerk).

Die Prüfung kann sich auf die Frage konzentrieren, ob die durch das jeweilige Vorhaben verursachten Beiträge zu der Gesamtbelastung durch zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses gerechtfertigt sind. Die Vorteile

des Vorhabens müssen nicht zugleich die Kraft haben, auch die Beeinträchtigungen der Erhaltungsziele durch andere in die Summationsbetrachtung geratende Vorhaben zu rechtfertigen.

Auch kann ein zeitlich später aufgelegtes Vorhaben nicht mit der Verpflichtung belegt werden, alle zeitlich vorrangigen, ggf. bereits verwirklichten Vorhaben nochmals auf ihre Zulassungsmöglichkeit im Abweichungsverfahren durch die Hand gehen zu lassen und bei einer entsprechenden summativen Betrachtungen auch die Rechtfertigung für die nachteiligen Auswirkungen anderer Vorhaben zu liefern.

**FFH-System hält eigenes Prüfprogramm bereit.** Diese Konzeption der jeweils eigenständigen Prüfung der Abweichungsvoraussetzungen ist auch mit dem FFH-Recht vereinbar, weil dieses in der Auslegung des EuGH ein eigenes Prüfprogramm bereit hält, durch das die Einhaltung der Anforderungen der FFH-RL sicher gestellt werden kann. Soweit die Vorhaben bereits zugelassen worden sind und die FFH-RL im Zeitpunkt der Zulassung anwendbar war, musste in diesem Zulassungsverfahren eine Verträglichkeits- und ggf. Abweichungsprüfung durchgeführt werden. Die umfassende Beachtung der FFH-Belange musste daher in diesem Verfahren abgeprüft werden.

Wurde das Vorhaben vor Inkrafttreten der Umsetzungsfristen der FFH-RL zugelassen, war dafür zwar eine Verträglichkeits- und Abweichungsprüfung nicht erforderlich, weil die FFH-RL in diesem Zeitpunkt für die Vorhabenzulassung noch nicht zu beachten war und daher auch Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-RL für das Projekt nicht galten (EuGH, Urteil vom 14.10.2010 – Rs. C-226/08 – DVBl 2010, 242 m. Anm. Stür DVBl 2010, 245 – Papenburg).

Dauern die Auswirkungen des Projektes jedoch über den Zeitpunkt des Inkrafttretens der FFH-RL an, ergeben sich für den Mitgliedstaat Schutzpflichten eines Verschlechterungsverbotes nach Art. 6 Abs. 2 FFH-RL. Aus diesen Schutzpflichten kann sich der Mitgliedstaat allerdings durch eine (nachgeholt) Verträglichkeits- und ggf. Abweichungsprüfung befreien (EuGH, Urteil vom 24.11.2011 – C-404/09 – Kommission/Spanien – Alto Sil – Braunbär). Die für zuvor genehmigte Projekte nicht durchgeführte Verträglichkeits- und Abweichungsprüfung muss daher ggf. in einem eigenständigen Verfahren nachgeholt werden.

Das später hinzutretende Vorhaben kann damit nicht belastet werden, weil es hierzu keinen eigenständigen Beitrag geleistet hat und auch die Abweichungsgründe hierfür nicht liefern muss. Sind die zeitlich vorangehenden Vorhaben im Zeitpunkt der Zulassung des Projektes noch nicht durch eine Zulassungsentscheidung endgültig abgeschlossen, müssen die Fragestellungen einer Vereinbarkeit mit dem Habitatschutzrecht ohnehin in den jeweiligen Zulassungsverfahren beantwortet werden. Solche Projekte haben auch durch die frühere Einreichung prüffähiger Unterlagen in der Abweichungsprüfung keine Vorteile gegenüber anderen Vorhaben.

Die Abweichungsprüfung ermöglicht, bei entsprechenden Gründen auch solche Vorhaben zuzulassen, die dem Verschlechterungsverbot des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL (so ausdrücklich EuGH, Urteil vom 24.11.2011 – C-404/09 – Kommission/Spanien – Alto Sil – Braunbär; vgl. bereits Urteil vom 14.10.2010 – Rs. C-226/08 – DVBl 2010, 242 m.

Anm. Stüer DVBl 2010, 245 – Papenburg) aber auch dem Verbesserungsgebot des Art. 6 Abs. 1 FFH-RL nicht entsprechen. Müsste das einzelne Projekt auch alle anderen Lasten der zusammenwirkenden Pläne und Projekte tragen, ohne hierfür einen eigenen Beitrag geleistet zu haben, würde die Abweichungsprüfung überfordert, zumal eine abschließende Beurteilung der Abweichungsvoraussetzungen wohl nur jeweils plan- oder projektbezogen gelingen kann.

**Die nächste Runde ist bereits angelaufen.** Trianel hat inzwischen die Unterlagen für die Verträglichkeitsprüfung aktualisiert und vorsorglich eine Abweichungsprüfung hinzugefügt, auf deren Grundlage im Spätsommer/Herbst 2012 eine allgemeine Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung stattgefunden hat. Die Erörterung der eingegangenen 63 Einwendungen wird noch in diesem Jahr abgeschlossen. Dann steht eine erneute Entscheidung der Bezirksregierung Arnsberg zu den verschiedenen immissionsschutzrechtlichen und in parallelen Genehmigungsverfahren durchzuführenden anderen Zulassungsentscheidungen an. Dagegen wird wohl wiederum der Klageweg beschritten werden – Ausgang ungewiss.

Auch am Kraftwerksstandort Lünen zeigen sich neue Entwicklungen. Statt der finnischen Firma Fortum wird die Steag den Kraftwerksbetrieb übernehmen. Zudem hat die Steag bei diesem Deal für das Kraftwerk Herne V niedrigere Belastungswerte auf dem Niveau von Trianel in Lünen und E.ON in Datteln zugesichert. Nachdem Herne V offenbar nicht mehr gebaut werden soll und Datteln 4 weiterhin auf etwas wackeligen Füßen steht, kann man sich inzwischen allerdings fragen, ob diese Vorhaben auch nach dem aktuellen Stand planungsrechtlich ausreichend verfestigt sind. Wie auch immer: Der Streit um das 750 Megawatt Steinkohlekraftwerk in Lünen und natürlich auch das weitere Schicksal von Datteln 4 sind nach wie vor in ihrem Ausgang offen. Und auch die Diskussion um die Reichweite der Erfordernisse von Summationsbetrachtungen ist wohl noch nicht ganz verstummt.

Prof. Dr. Bernhard Stüer, Rechtsanwalt & Notar, und  
Dr. Eva-Maria Stüer, Fachanwälte für Verwaltungsrecht,  
Münster/Osnabrück

## Oberverwaltungsgerichte und Verwaltungsgerichtshöfe

### Erfolgreiche Klage gegen Versuchsreihen des CERN

Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG

**Zur staatlichen Pflicht, sich schützend und fördernd vor gefährdetes menschliches Leben zu stellen (hier: Versuchsreihen des CERN)**

OVG NRW, Beschluss vom 16.10.2012 – 16 A 591/11 –  
(VG Köln – 13 K 5693/08 –)

Die Kl. ist deutsche Staatsangehörige mit Wohnsitz in A. in der Schweiz. [...] [Sie] begehrte zunächst im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes beim VG Köln erfolglos (Beschluss vom 08.09.2008 – 13 L 1123/08 –, nachgehend OVG NRW, Beschluss vom 11.11.2008 – 20 B 1433/08 –, jeweils juris, sowie BVerfG, Be-

schluss vom 18.02.2010 – 2 BvR 2502/08 –, NVwZ 2010, 702), der Bkl. aufzugeben, die in den Rat des CERN entsandten Delegierten zu einer Initiative gegen die weitere Inbetriebnahme des Protonenbeschleunigers LHC mit einer Energie von mehr als 2 bis 3,5 Tera-Elektronenvolt anzuweisen. Mit ihrer Klage verfolgte die Kl. ihr Begehren weiter. Das VG wies die Klage ab. Mit unanfechtbarem Beschluss lehnte das OVG den Antrag auf Zulassung der Berufung ab.

**Gründe:** Der Vortrag, die Kl. werde in ihrem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG dadurch verletzt, dass die Bkl. nicht mit den ihr zur Verfügung stehenden völkerrechtlichen Mitteln eine Beschlussfassung im CERN-Rat mit dem Ziel einer Begrenzung der Energie im Teilchenbeschleuniger herbeiführt, führt nicht zur Zulassung der Berufung.

Alle Stellen, die öffentliche Gewalt ausüben, sind nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG prinzipiell verpflichtet, sich schützend vor das durch das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG verbürgte Rechtsgut menschliches Leben zu stellen, es insbesondere vor rechtswidrigen Eingriffen Dritter zu bewahren. (Vgl. BVerfG, Urteile vom 25.02.1975 – 1 BvF 1/74 u.a. –, BVerfGE 39, 1, 41, und vom 16.01.1977 – 1 BvQ 5/77 –, BVerfGE 46, 160, 164; Beschlüsse vom 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 –, BVerfGE 49, 89, 141 f., vom 20.12.1979 – 1 BvR 385/77 –, BVerfGE 53, 30, 57, vom 14.01.1981 – 1 BvR 612/72 –, BVerfGE 56, 54, 78 ff., vom 26.01.1988 – 1 BvR 1561/82 –, BVerfGE 77, 381, 405, vom 30.11.1988 – 1 BvR 1301/84 –, BVerfGE 79, 174, 202, vom 28.02.2002 – 1 BvR 1676/01 –, NJW 2002, 1638, 1639, und vom 18.02.2010 – 2 BvR 2502/08 –, a.a.O.)

Die staatliche Schutzpflicht verlangt bei komplexen Sachverhalten, über die noch keine verlässlichen wissenschaftlichen Erkenntnisse vorliegen, auch von den Gerichten nicht, ungesicherten wissenschaftlichen Theorien zur Durchsetzung zu verhelfen. Dies gilt gerade dann, wenn wissenschaftlich und praktisch noch unerschlossenes Neuland betreten wird. Hier kommt es darauf an, sich eine möglichst breite Informationsgrundlage für eine möglichst rationale Risikoabschätzung zu verschaffen, wobei die unterschiedlichen Erkenntnismöglichkeiten im Rahmen eines gewaltenteiligen Systems berücksichtigt werden müssen. Dem liegt eine Verteilung der Verantwortung zur Beurteilung komplexer, wissenschaftlich umstrittener Sachverhalte zwischen Exekutive und Gerichten zugrunde, die den nach Funktion und Verfahrensweise unterschiedlichen Erkenntnismöglichkeiten beider Gewalten Rechnung trägt. Eine nur theoretisch herleitbare Gefährdung von Leben oder Gesundheit kann ausnahmsweise als Grundrechtseingriff angesehen werden. Dabei gilt: Je größer das Risikopotential für Leben oder Gesundheit ist, desto niedriger liegt die Schwelle der Wahrscheinlichkeit für die Prognose eines Schadenseintritts, bei deren Überschreitung wirksame staatliche Schutzmaßnahmen geboten sind. Hinsichtlich schwerer Schäden an Leben oder Gesundheit einer Vielzahl von Grundrechtsträgern genügt prinzipiell bereits eine im Vorfeld erkannte Realisierungstendenz, um Schutzpflichten des Staates auszulösen. Ein Schadensereignis apokalyptischen Ausmaßes muss als mögliche Konsequenz eines wissenschaftlichen Vorhabens nach dem Stand von Wissenschaft und Technik praktisch ausgeschlossen sein. Soweit bei Schäden mit katastrophalen oder gar apokalyptischen Ausmaßen nachvollziehbare, wissenschaftlich entweder diskutierte oder jedenfalls fachlich nicht vollständig ausschließbare Möglichkeiten des Eintritts bestehen, ist die öffentliche Gewalt zu geeigneten Vorkehrungen