

Immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren

§ 2, § 4, § 5 UmwRG; § 3, § 5, § 6, § 8, § 9, § 13 BImSchG; § 48d LG NRW; § 34 BNatSchG, Art. 6 FFH-RL (RL 92/43/EWG), Art. 10a UVP-RL (RL 85/337/EWG); § 7, § 8, § 9, § 10 WHG; § 10 9. BImSchV, 12. BImSchV, 22. BImSchV, 33. BImSchV, 39. BImSchV

1. Andere Pläne und Projekte sind dann in die Verträglichkeitsprüfung (Summationsprüfung) nach § 34 Abs. 1 Satz 1 BNatSchG einzubeziehen, wenn ihre Auswirkungen und damit das Ausmaß der Summationswirkung verlässlich absehbar sind. Das ist grundsätzlich nicht schon mit Einreichung prüffähiger Unterlagen oder der Auslegung der Unterlagen, sondern erst dann der Fall, wenn die erforderlichen Zulassungsentscheidungen erteilt sind (Bestätigung der st. Rspr. des BVerwG, etwa Ur. v. 21.05.2008 – 9 A 68.07, Buchholz 406.400 § 34 BNatSchG 2002 Nr. 1 und v. 09.02.2017 – 7 A 2.15, BVerwGE 158, 1 Rdnr. 219).

2. Der vorhabenbezogene Abschneidewert für eutrophierende Stickstoffeinträge i.H.v. 0,3 kg N/(ha*a) bedarf auch im Hinblick auf Summationswirkungen mehrerer Vorhaben keiner Korrektur.

3. Eine Rückbeziehung der Summationsprüfung auf den Zeitpunkt der Unterschutzstellung der FFH-Gebiete im Dezember 2004 ist in der Regel nicht geboten.

BVerwG, Ur. v. 15.05.2019 – 7 C 22.17, zu OVG NRW, Ur. v. 16.06.2015 – 8 D 99/13.AK, DVBl 2016, 1191 m. Anm. Stüer 1199 (Lünen-Trianel)

Zum Sachverhalt:

[1] Der Kläger, eine nach § 3 UmwRG anerkannte Umweltschutzvereinigung, wendet sich gegen einen der Beigeladenen erteilten Vorbescheid sowie gegen Teilgenehmigungen für den Neubau eines Steinkohlekraftwerks in Lünen auf einer ehemaligen Industriebrache am Datteln-Hamm-Kanal. Das Kraftwerk wurde zwischenzeitlich errichtet und läuft seit Januar 2014 im Regelbetrieb.

Aus den Gründen:

[16] Die zulässige Revision des Klägers ist begründet. Das Urteil des Oberverwaltungsgerichts beruht auf einem Verstoß gegen Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO). Es erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 144 Abs. 4 VwGO). Mangels hinreichender Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz ist die Sache an das Oberverwaltungsgericht zurückzuverweisen (§ 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 VwGO).

[17] **1.** Die Ausführungen des Oberverwaltungsgerichts zum Immissionsschutzrecht, Baurecht, Artenschutzrecht, Wasserrecht sowie zur Umweltverträglichkeitsprüfung haben die Beteiligten im Revisionsverfahren nicht beanstandet. Es besteht für den Senat daher insoweit kein Anlass zur Überprüfung.

[18] **2.** Die Erwägungen des Oberverwaltungsgerichts zur FFH-Verträglichkeitsprüfung genügen indes nicht in jeder

Hinsicht den bundesrechtlichen Anforderungen. Das gilt für die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Verträglichkeitsprüfung auf solche Beeinträchtigungen zu erstrecken ist, die sich »im Zusammenwirken mit anderen Plänen und Projekten« ergeben können (a), für die Bestimmung der im Rahmen dieser Prüfung anzuwendenden Abschneidekriterien (b) und für den zeitlichen Bezugspunkt der Summationsprüfung (c).

[19] **a) (aa)** Die Verträglichkeitsprüfung nach § 48d Abs. 3 Landschaftsgesetz (LG NRW), § 34 Abs. 1 BNatSchG und Art. 6 Abs. 3 der Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21.05.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen (FFH-RL – ABl. L 206 S. 7) darf sich nicht darauf beschränken, ob ein Plan oder Projekt wegen der von ihm selbst erzeugten Auswirkungen erhebliche Beeinträchtigungen der Erhaltungsziele eines Gebiets von gemeinschaftlicher Bedeutung verursachen kann. Sie ist vielmehr auch auf solche Beeinträchtigungen zu erstrecken, die sich »im Zusammenwirken mit anderen Plänen und Projekten« ergeben können. Die Kumulations- oder Summationsprüfung soll eine schleichende Beeinträchtigung durch nacheinander genehmigte, jeweils für sich genommen das Gebiet nicht beeinträchtigende Pläne und Projekte verhindern, soweit deren Auswirkungen in der Summe zu einer erheblichen Beeinträchtigung von Erhaltungszielen führen können (BVerwG, Beschl. v. 05.09.2012 – 7 B 24.12, Buchholz 406.403 § 34 BNatSchG 2010 Nr. 1 Rdnr. 12; vgl. auch EuGH, Ur. v. 24.11.2011 – C 404/09 [ECLI:EU:C:2011:768], Kommission/Spanien – Rdnr. 103 bis 107, 76 bis 78 und v. 26.04.2017 – C-142/16 [ECLI:EU:C:2017:301], Moorburg – Rdnr. 57 bis 61; vgl. auch Fellenberg, NVwZ 2019, 177 < 179>). Dazu müssen nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts die Auswirkungen der anderen Pläne und Projekte auf die Erhaltungsziele des Gebiets von gemeinschaftlicher Bedeutung verlässlich absehbar sein. Die gebotene Gewissheit ist grundsätzlich erst dann gegeben, wenn die Zulassungsentscheidungen für die anderen Pläne und Projekte erteilt sind (BVerwG, Ur. v. 21.05.2008 – 9 A 68.07, Buchholz 406.400 § 34 BNatSchG 2002 Nr. 1 Rdnr. 21, v. 14.06.2011 – 9 A 12.10, Buchholz 406.400 § 61 BNatSchG 2002 Nr. 13 Rdnr. 81, v. 24.11.2011 – 9 A 23.10, BVerwGE 141, 171 Rdnr. 40, v. 15.07.2016 – 9 C 3.16, Buchholz 406.403 § 34 BNatSchG 2010 Nr. 14 Rdnr. 56 und v. 09.02.2017 – 7 A 2.15, BVerwGE 158, 1 Rdnr. 219).

[20] Demgegenüber sind nach Auffassung des Oberverwaltungsgerichts die Auswirkungen eines Vorhabens in der Regel schon mit der Einreichung eines prüffähigen Antrags hinreichend konkret vorhersehbar. Finde eine Öffentlichkeitsbeteiligung statt, könne spätestens mit Auslegung der Unterlagen davon ausgegangen werden, dass der Antrag prüffähig sei. Später beantragte, aber inzwischen genehmigte Vorhaben seien nicht zu berücksichtigen. Das gelte auch, wenn sie bereits in Betrieb seien (Rdnr. 606). Zudem bleibe eine einmal erlangte Vorrangstellung selbst dann erhalten, wenn die entsprechende Genehmigung später aufgehoben werde, sofern nur der Vorhabenträger an seinem Projekt festhalte, es sei denn, aus dem aufhebenden Urteil ergebe sich, dass das Vorhaben an dem geplanten Standort endgültig nicht realisiert werden könne (Rdnr. 494 und 695).

[21] **(bb)** Der Auffassung des Oberverwaltungsgerichts kann nicht gefolgt werden. Sie steht mit den Anforderungen an die FFH-Verträglichkeitsprüfung, wie sie sich aus § 34 Abs. 1 BNatSchG und Art. 6 Abs. 3 FFH-RL ergeben, nicht in Einklang. Im Rahmen der FFH-Verträglichkeitsprüfung muss sich die Genehmigungsbehörde zum Zeitpunkt der Entscheidung, mit der das Projekt zugelassen wird, Gewissheit darüber verschaffen, dass aus wissenschaftlicher Sicht keine vernünftigen Zweifel daran bestehen, dass es sich auch im Zusammenwirken mit anderen Plänen und Projekten nicht nachteilig auf das Gebiet als solches auswirkt. Eine solche Prüfung darf nicht lückenhaft sein, sondern muss vollständige, präzise und endgültige Feststellungen enthalten (EuGH, Urt. v. 24.11.2011 – C-404/09, Rdnr. 103 bis 106, v. 17.04.2018 – C-441/17 [ECLI:EU:C:2018:255], Kommission/Polen – Rdnr. 114 und v. 08.11.2018 – C-461/17 [ECLI:EU:C:2018:883], Holohan u.a. – Rdnr. 33). Nur so wird dem Anliegen von Art. 6 Abs. 3 FFH-RL, die Auswirkungen im Genehmigungszeitpunkt möglichst realitätsnah zu erfassen, genügt.

[22] **(1)** Hiermit ist es nicht vereinbar, wenn das Oberverwaltungsgericht meint, bei der Summationsbetrachtung des »vorrangigen Vorhabens« dürften die Auswirkungen von »nachrangigen Vorhaben« allein deswegen unberücksichtigt bleiben, weil diese Projekte später beantragt worden sind, als das zur Genehmigung anstehende Vorhaben. Mit dieser vom Oberverwaltungsgericht aus dem Prioritätsprinzip abgeleiteten Privilegierung des zeitlich zuerst beantragten Vorhabens wird im maßgeblichen Zeitpunkt der Genehmigungsentscheidung für das »vorrangige Vorhaben« ein Teil der aufgrund der inzwischen erteilten Genehmigungen für »nachrangige Vorhaben« feststehenden bzw. hinreichend sicher voraussehbaren Auswirkungen, die zu Beeinträchtigungen der Erhaltungsziele führen können, bewusst ausgeblendet. Damit wird eine lückenhafte und unvollständige Summationsprüfung für das zuletzt genehmigte Projekt in Kauf genommen. Dies gilt in besonderer Weise, wenn – wie durch das Oberverwaltungsgericht geschehen – dem früher beantragten Vorhaben zeitlich unbegrenzt Vorrang eingeräumt wird. Dem kann nicht dadurch begegnet werden, dass nach dem Ansatz des Oberverwaltungsgerichts die absehbaren Belastungen des zuerst beantragten und damit vorrangigen Vorhabens in den Genehmigungsverfahren der nachrangigen Vorhaben zu berücksichtigen sind. Ein solcher »Konflikttransfer« in ein später beantragtes, aber zeitlich früher abgeschlossenes Genehmigungsverfahren kann nicht mit der erforderlichen Verlässlichkeit verhindern, dass nicht nur in Ausnahmefällen Lücken bei der Erfassung und Bewertung kumulativer Wirkungen auftreten können.

[23] Mit der Vorlage prüffähiger Unterlagen sind zwar alle zur Prüfung der Vereinbarkeit mit der FFH-Richtlinie und zur Prüfung der Umweltverträglichkeit erforderlichen Unterlagen einzureichen und durch die Genehmigungsbehörde auf Ihre Vollständigkeit zu prüfen (vgl. §§ 4 und 4e VO über das Genehmigungsverfahren – 9. BImSchV). Damit steht aber noch nicht fest, ob die Unterlagen den inhaltlichen Anforderungen der FFH-Richtlinie in allen Punkten entsprechen und die darin vorgenommene Prüfung vollständige, präzise und endgültige Feststellungen enthält, die den besten einschlägigen wissenschaftlichen Erkenntnissen entsprechen

(vgl. Lau, NuR 2016, 149 <151>). Im Zeitpunkt der Einreichung der prüffähigen Unterlagen bildet die Verträglichkeitsuntersuchung des vorrangigen Vorhabens mithin noch keine ausreichende Grundlage, um die Auswirkungen dieses Projekt in die Summationsbetrachtung eines anderen Projekts einzustellen.

[24] Nichts anderes gilt bis zum Abschluss des Genehmigungsverfahrens des vorrangigen Vorhabens. Nach Einreichung der Unterlagen ist das Verfahren der Behörden- und Öffentlichkeitsbeteiligung (§ 10 Abs. 3 und 5 BImSchG) durchzuführen. Die Stellungnahmen der Behörden und die Einwendungen der Öffentlichkeit einschließlich der Verbände werden häufig Anlass zu neuen und vertieften naturschutzfachlichen Untersuchungen geben. Nicht auszuschließen ist auch, dass sich – dies gilt insbesondere für Großvorhaben wie das vorliegende – im Laufe des sich über einen längeren Zeitraum hinziehenden Genehmigungsverfahrens aus wirtschaftlichen Gründen oder wegen technischer Weiterentwicklungen ein Änderungsbedarf an der zur Genehmigung gestellten Anlage selbst oder an Anlagenteilen ergibt. Modifikationen der Anlage, insbesondere Änderungen der Anlagenkapazität beeinflussen wiederum regelmäßig Art und Ausmaß der von der Anlage ausgehenden Emissionen und der Immissionen. Speziell in Bezug auf die FFH-Verträglichkeit wird dies häufig Änderungen bei dem Schutzkonzept und etwaigen Kohärenzmaßnahmen nach sich ziehen. Soweit das Oberverwaltungsgericht dem durch Worst-case-Betrachtungen zu den Auswirkungen des zeitlich vorrangigen Vorhabens begegnen will, überzeugt dies nicht. Zum einen besteht die Gefahr, dass durch wiederholte und weitgehende Worst-case-Szenarien sowohl die Auswirkungen eines Projekts als auch die tatsächlichen Beeinträchtigungen eines FFH-Gebiets überschätzt werden und damit für alle späteren Vorhaben die Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen erschwert wird (vgl. Fellenberg, NVwZ 2019, 177 <181>). Zum anderen ist es nicht gerechtfertigt, die zu bewältigenden Probleme, die sich aus der noch nicht hinreichend verfestigten Planung des vorrangigen Vorhabens ergeben, einseitig dem nachrangigen, aber früher genehmigungsreifen Projekt aufzubürden. Dies gilt insbesondere für Vermeidungs-, Schutz- und Kohärenzmaßnahmen, die zur Kompensation der summierten Auswirkungen erforderlich werden.

[25] **(2)** Diese Überlegungen gelten auch für den Fall, dass die früher beantragten – also nach Auffassung des Oberverwaltungsgerichts in die Summationsbetrachtung einzustellenden – Projekte erst nach dem später beantragten Projekt genehmigt werden. Auch in dieser Konstellation fußt die Summationsprüfung für das später beantragte, aber früher genehmigungsreife Projekt zwangsläufig auf vorläufigen Erkenntnissen bezogen auf die früher beantragten Vorhaben. Dieser Umstand kann ebenfalls zu Worst-case-Annahmen nötigen, die möglicherweise Abweichungsprüfungen und Kohärenzmaßnahmen nach sich ziehen, obwohl die Genehmigungsfähigkeit der früher beantragten Vorhaben nicht feststeht.

[26] **(3)** Der Ansatz des Oberverwaltungsgerichts, der in erster Linie nicht auf die Erfordernisse des Gebietsschutzes, sondern auf Vertrauensschutz für die Vorhabenträger zielt, entspricht folglich nicht den Vorgaben des Art. 6

Abs. 3 FFH-RL. Daher vermögen auch die vom Oberverwaltungsgericht angestellten Praktikabilitätsabwägungen an der Maßgeblichkeit des Abschlusses des Genehmigungsverfahrens für die Einbeziehung eines Projekts in die Summationsprüfung nichts zu ändern. Ungeachtet dessen kann der »Prioritätsansatz« auch in der Sache nicht auf die Annahme größerer Praktikabilität gestützt werden. Das Oberverwaltungsgericht geht zutreffend davon aus, dass für die Beurteilung der FFH-Verträglichkeit die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung maßgeblich ist und deshalb die nach Einreichen eines prüffähigen Antrags erfolgten Änderungen, Modifikationen etc. der früher beantragten Projekte ebenso zu berücksichtigen sind wie die aktuelle Beschaffenheit und Entwicklung des FFH-Gebiets. Den mit diesen rechtlichen Vorgaben verbundenen praktischen Schwierigkeiten ist – unabhängig vom jeweiligen Ansatz – jede Summationsprüfung ausgesetzt. Namentlich das Problem der Vergleichbarkeit und Verwertbarkeit älterer Verträglichkeitsuntersuchungen stellt sich losgelöst davon, ob eine Genehmigung bereits erteilt worden ist oder das Genehmigungsverfahren noch andauert. Zwar ist es nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht Aufgabe der Genehmigungsbehörde, im Rahmen der Summationsbetrachtung die FFH-Verträglichkeitsprüfung für andere Vorhaben inzident auf ihre Rechtmäßigkeit im Zeitpunkt der Genehmigungserteilung zu überprüfen (BVerwG, Urt. v. 09.02.2017 – 7 A 2.15, BVerwGE 158, 1 Rdnr. 223). Grundsätzlich können die darin festgestellten Auswirkungen des Vorhabens der Summationsprüfung daher zugrunde gelegt werden. Haben sich zwischenzeitlich neue wissenschaftliche oder naturschutzfachliche Erkenntnisse und/oder Methoden insbesondere hinsichtlich der einzelnen Wirkfaktoren und Wirkzusammenhänge ergeben, sind diese aber bei der Summationsbetrachtung, die auf der Grundlage einer aktuellen Bestandserfassung die Auswirkungen aller zu berücksichtigenden Vorhaben nach einheitlichen Maßstäben beurteilen muss, zu beachten. Gleiches gilt für die erzielten Fortschritte bei der Standardsetzung etwa durch Forschungsvorhaben, die in Fachkonventionen und sonstige Arbeitshilfen gemündet sind. Die Summationsbetrachtung für das zuletzt genehmigte Vorhaben muss die besten wissenschaftlichen Erkenntnisse zugrunde legen. Dabei sind Friktionen mit Blick darauf, dass die Summationskulissee bis zur Vorhabenzulassung nicht »tagesaktuell« nachgehalten werden kann, nicht zu vermeiden. Ihnen kann aber bis zu einem gewissen Grad durch vorausschauende Planung begegnet werden. Erfahrungsgemäß sind zeitlich konkurrierende Projekte, die für die Summationsprüfung relevant sind oder künftig werden können, in der Regel schon frühzeitig bekannt oder auf Nachfrage bei den zuständigen Behörden ermittelbar.

[27] (4) Angesichts dieses Befundes kommt es auf die Überlegungen des Oberverwaltungsgerichts zum Vertrauensschutz nicht entscheidend an. Beides kann es nur im Rahmen des rechtlich Erlaubten geben. Im Übrigen ist die Überlegung des Oberverwaltungsgerichts, durch die Anknüpfung an die Einreichung prüffähiger Unterlagen bei der Summationsprüfung werde verhindert, dass größere Projekte durch andere (»kleinere«) emissionsintensive Projekte im Laufe des aufwendigen Genehmigungsverfahrens »ausgebremst« werden könnten, nicht tragfähig.

[30] **b)** Das Urteil verstößt auch gegen Bundesrecht, soweit das Oberverwaltungsgericht einen eigenen, deutlich unter dem von der Genehmigungsbehörde angenommenen Abschneidewert liegenden Wert für eutrophierende und versauernde Stickstoffeinträge festgelegt hat.

[31] **aa)** Das Oberverwaltungsgericht hat bundesrechtswidrig den Abschneidewert für vorhabenbedingte Zusatzbelastungen durch eutrophierende Stickstoffeinträge i.H.v. 0,3 kg N/(ha*a) bei Summationsbetrachtungen als zu hoch angesehen und einen projektbezogenen Abschneidewert von 0,05 kg N/(ha*a) zugrunde gelegt.

[32] Es geht davon aus, dass das Konzept der Critical Loads bei der FFH-Verträglichkeitsprüfung für eutrophierende Stickstoffeinträge einen tauglichen Maßstab darstellt und rechtlich nicht zu beanstanden ist. Weiterhin hält es die Anwendung eines vorhabenbezogenen Abschneidewerts für fachlich und rechtlich gerechtfertigt. Diese Bewertung der Stickstoffbelastung mit Hilfe von Critical Loads und eines Abschneidewerts i.H.v. 0,3 kg N/(ha*a) Stickstoff hat in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG, Urt. v. 23.04.2014 – 9 A 25.12, BVerwGE 149, 289 Rdnr. 34 ff.), das allerdings in der Vergangenheit keinen Anlass hatte, zwischen Abschneidekriterium und Bagatellschwelle zu unterscheiden, Billigung gefunden. Die Abschneidewerte wie sie sowohl im BAST-Bericht 2013 (Balla et al., »Untersuchung und Bewertung von straßenverkehrsbedingten Nährstoffeinträgen in empfindliche Biotope«, Bericht zum FE-Vorhaben 84.0102/2009 der Bundesanstalt für Straßenwesen, Forschung Straßenbau und Straßenverkehrstechnik Bd. 1099, November 2013 – FE-Bericht Stickstoff –) als auch im aktuellen Stickstoffleitfaden 2019 (Hinweise zur Prüfung von Stickstoffeinträgen in der FFH-Verträglichkeitsprüfung für Straßen 2019 [H PSE] S. IX, 74), aufgeführt sind, spiegeln die besten wissenschaftlichen Erkenntnisse zur Ermittlung der Belastung durch Stickstoffeinträge in geschützte Lebensräume wider (vgl. zum BAST-Bericht 2013 BVerwG, Urt. v. 23.04.2014 – 9 A 25.12, BVerwGE 149, 289 Rdnr. 37 <noch ohne Differenzierung von Abschneidewert und Bagatellschwelle> und v. 27.11.2018 – 9 A 8.17, Rdnr. 79). Nicht gefolgt werden kann dem Oberverwaltungsgericht, soweit es den Abschneidewert von 0,3 kg N/(ha*a) mit Blick auf die notwendige Summationsprüfung für zu hoch erachtet und von einem projektbezogenen Abschneidewert von 0,05 kg N/(ha*a) ausgeht sowie zusätzlich für Ausnahmefälle einen schutzgutbezogenen Abschneidewert von 0,5 % des Critical Loads des jeweiligen (konkret) in Betracht kommenden Lebensraumtyps annimmt (Rdnr. 605 bis 611).

[33] (1) Das Abschneidekriterium dient der Bestimmung des Einwirkungsbereichs einer geplanten Anlage und damit des Untersuchungsraums und -umfangs der FFH-Verträglichkeitsprüfung. Zugleich werden hierdurch die in die Summationsbetrachtung einzubeziehenden Vorhaben bestimmt (vgl. OVG Magdeburg, Urt. v. 08.06.2018 – 2 L 11.16, Rdnr. 140). Es ist systematisch der Prüfung von Bagatellschwellen vorgelagert und unabhängig von diesen zu ermitteln. Liegt der Abschneidewert bei sehr niedrigen Critical Loads oberhalb der 3 % – Bagatellschwelle, ist nach dem Abschlussbericht des Forschungs- und Entwicklungsvorhabens des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtent-

wicklung (BASt-Bericht), der sich selbst als Fachkonvention begreift, dem Abschneidewert der Vorrang einzuräumen, weil Zusatzbelastungen und Nachweisgrenze lediglich theoretischer Natur sind.

[34] (2) Entgegen der Auffassung des Oberverwaltungsgerichts ist der Abschneidewert von 0,3 kg N/(ha*a) auch in den Fällen kumulativer Stickstoff-Belastungen durch mehrere Vorhaben zugrunde zu legen (offen gelassen in BVerwG, Urt. v. 27.11.2018 – 9 A 8.17).

[35] (2.1) Der Abschneidewert von 0,3 kg N/(ha*a) ist nach den Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts an der Messunsicherheit orientiert (Rdnr. 593). Unterhalb dieser Grenze ist die zusätzliche von einem Vorhaben ausgehende Belastung nicht mehr mit vertretbarer Genauigkeit bestimmbar bzw. nicht mehr eindeutig von der Hintergrundbelastung abgrenzbar. Stickstoffeinträge unterhalb des Abschneidewerts können nicht mehr mit Messungen belegt und die modellierten Werte damit nicht validiert werden. Es geht dabei um so geringe Größenordnungen, dass konkrete Effekte in Vegetationsbeständen nicht beobachtet worden sind. Der BASt-Bericht spricht von theoretischen Zusatzbelastungen, die auch unter konservativen Annahmen einem Vorhaben nicht zugeordnet werden können. Unter Zugrundelegung der niedrigsten Nachweisgrenze liegt der Abschneidewert für Stickstoffeinträge umgerechnet bei einer Größenordnung von 0,5 kg N/(ha*a) (Rdnr. 563). Um auf der sicheren Seite zu sein, ist der Abschneidewert in der Größenordnung der (gerundet) halben Nachweisgrenze von 0,3 kg N/(ha*a) festgelegt worden (Rdnr. 563).

[36] (2.2) Ausgehend von dieser Ableitung ist es nicht gerechtfertigt, den Abschneidewert von 0,3 kg N/(ha*a) für eutrophierende Stickstoffeinträge im Hinblick auf Summationswirkungen mehrerer Vorhaben abweichend von dem BASt-Bericht niedriger festzusetzen und zusätzlich in Einzelfällen schutzgutbezogene Sonderprüfungen vorzunehmen. Die Verträglichkeitsprüfung nach § 48d Abs. 3 LG NRW, § 34 Abs. 1 BNatSchG und Art. 6 Abs. 3 FFH-RL knüpft an die Eignung eines Projekts oder Planes an, das Natura-2000 Gebiet zu beeinträchtigen. Es bedarf insoweit nicht des Nachweises eines ursächlichen Zusammenhangs zwischen dem Projekt oder Plan und der erheblichen Beeinträchtigung der Erhaltungsziele. Eine gewisse Wahrscheinlichkeit einer solchen Störung muss aber gegeben (»nachweisbar«) sein (EuGH, Urt. v. 14.01.2016 – C-141/14 [ECLI:EU:C:2016:8], Kommission/Bulgarien – Rdnr. 58 und v. 24.11.2011 – C-404/09, Rdnr. 142; BVerwG, Urt. v. 23.04.2014 – 9 A 25.12, BVerwGE 149, 289 Rdnr. 45). Rein theoretische Besorgnisse sind daher nicht zu berücksichtigen. Das unionsrechtliche Vorsorgeprinzip, das in Art. 6 Abs. 3 FFH-RL seinen Niederschlag gefunden hat (Art. 191 Abs. 2 Satz 2 AEUV, vgl. EuGH, Urt. v. 07.09.2004 – C-127/02 [ECLI:EU:C:2004:482], Raad van State/Niederlande – Rdnr. 58), verlangt auch nicht, die Verträglichkeitsprüfung auf ein Nullrisiko auszurichten, weil hierfür ein wissenschaftlicher Nachweis nicht geführt werden könnte. Ein Projekt ist vielmehr dann zulässig, wenn nach Abschluss der Verträglichkeitsprüfung aus wissenschaftlicher Sicht kein vernünftiger Zweifel verbleibt, dass erhebliche Beeinträchtigungen vermieden werden. Um

zu einer verlässlichen Beurteilung zu gelangen, muss die Verträglichkeitsprüfung die »besten einschlägigen wissenschaftlichen Erkenntnisse« berücksichtigen und setzt somit die »Ausschöpfung aller wissenschaftlichen Mittel und Quellen« voraus (BVerwG, Urt. v. 28.03.2013 – 9 A 22.11, BVerwGE 146, 145 Rdnr. 41; EuGH, Urt. v. 26.10.2006 – C-239/04 [ECLI:EU:C:2006:6653], Kommission/Portugal – Rdnr. 20). Hieran gemessen kann es für die Festlegung des Untersuchungsgebietes einer FFH-Verträglichkeitsprüfung und damit der in der Summationsprüfung zu berücksichtigenden Projekte nicht auf einen messtechnisch nicht erfassbaren Stickstoffeintrag ankommen.

[37] (2.3) Ein aufgrund von Rechenmodellen ermittelter, empirisch aber weder nachweisbarer noch wirkseitig zuordenbarer Eintragswert, stellt eine rein theoretische Besorgnis dar. Entgegen der Auffassung des Oberverwaltungsgerichts ist dieser dem BASt-Bericht zugrunde liegende Ansatz nicht nur plausibel, soweit er sich auf ein Vorhaben bezieht. Auch eine Vielzahl nicht mess- und validierbarer Besorgnisse führt nicht auf einen wirkseitig einem Projekt anzulastenden Betrag. Messunsicherheiten kumulierender Projekte lassen sich daher entgegen der Annahme des Oberverwaltungsgerichts nicht addieren. Eine Addition unterhalb der Nachweisgrenze liegender modellierter und damit hypothetischer Einträge änderte an dem mangelnden Wirknachweis in Bezug auf ein Projekt nichts. Solange sich nicht klären lässt, ob, und wenn ja, in welcher Höhe, Einträge überhaupt existieren und welchen Quellen sie entstammen, lässt sich auch keine hinreichende Wahrscheinlichkeit einer erheblichen Beeinträchtigung feststellen. Solche »Einträge« wirken vielmehr diffus und sind allenfalls als Teil der Hintergrundbelastung abbildbar (vgl. Balla, Bernotat, Frommer, Garniel, Geupel, Hebbinghaus, Lorentz, Schlutow, Uhl, Stickstoffeinträge in der FFH-Verträglichkeitsprüfung: Critical Loads, Bagatellschwelle und Abschneidekriterium, Waldökologie, Landschaftsforschung und Naturschutz, 2014 S. 43 <51>). Es ist aber nicht Gegenstand der Verträglichkeitsprüfung, vorhabenbezogenen Maßnahmen zur Verbesserung der Hintergrundbelastung durch Stickstoff zu prüfen und festzusetzen. Dies ist vielmehr Aufgabe des Gebietsmanagements (vgl. auch Weuthen, ZUR 2017, 215).

[38] (2.4) Dass unterhalb der Nachweisgrenze von 0,3 kg N/(ha*a) liegende Flächen bei der FFH-Verträglichkeitsprüfung auch dann unberücksichtigt bleiben, wenn in einem räumlichen Zusammenhang mehrere Projekte verwirklicht werden sollen, ist vor dem Hintergrund des unionsrechtlichen Vorsorgeprinzips nicht zu beanstanden. Das Abschneidekriterium trägt diesem dadurch Rechnung, dass es einen deutlich unterhalb der Nachweisgrenze liegenden Wert verwendet und hierdurch bereits selbst die Betrachtung der Auswirkungen des Projekts in einen hypothetischen Bereich vorverlagert und damit den einzubeziehenden Untersuchungsraum vorsorglich wesentlich vergrößert. Dass der verwendete Abschneidewert von 0,3 kg N/(ha*a) weit unterhalb einer sicheren Ursache-Wirkung-Relation liegt, verdeutlicht auch der Umstand, dass die meisten experimentellen wissenschaftlichen Studien zu den Einflüssen zusätzlicher Stickstoffeinträge auf die Vegetation mit Stickstoffabgaben in Stufen von mindestens 5 bis 10 kg N/(ha*a) arbeiten (OVG, Rdnr. 558).

[39] **(2.5)** Dem Oberverwaltungsgericht kann auch nicht darin gefolgt werden, dass es eine Reduzierung des Abschneidewerts mit Blick auf die Sonderfälle für geboten erachtet, in denen der Abschneidewert von 0,3 kg N/(ha*a) der 3 % – Bagatellschwelle entspricht oder sogar darüber liegt. Auch für Lebensraumtypen mit sehr niedrigen Critical Loads genügen rein theoretische Besorgnisse nicht, um einer Vorhabenzulassung entgegengehalten werden zu können. An der fehlenden Validierbarkeit modellhaft ermittelter Einträge und der fehlenden Unterscheidbarkeit von zufälligen Variationen der Hintergrundbelastung ändert sich auch in diesen Fällen nichts.

[40] **(3)** Aus dem Urteil des EuGH v. 07.11.2018 – C-293/17 [ECLI:EU:C:2018:882], Raad von State – zum niederländischen »Verrechnungsmodell« bei der Stickstoffprüfung in Natura 2000-Gebieten ergibt sich nicht, dass das Abschneidekriterium von 0,3 kg N/(ha*a) mit den unionsrechtlichen Anforderungen aus Art. 6 Abs. 3 FFH-RL unvereinbar ist. Das Verfahren betraf ein anderes Konzept (vgl. BVerwG, Urt. v. 27.11.2018 – 9 A 8.17, Rdnr. 81). Dem Urteil des EuGH lag ein nationales Programm der Niederlande zur Bekämpfung von übermäßigen Stickstoffablagerungen in Natura 2000-Gebieten zugrunde, das gleichzeitig die Fortführung oder Entwicklung neuer wirtschaftlicher Tätigkeiten ermöglichen soll, indem bei Rückgang von Stickstoffablagerungen die Hälfte dieses prognostizierten Rückgangs als »Puffer« für neue wirtschaftliche Tätigkeiten angesehen wird. In diesem Zusammenhang wird eine Zusatzbelastung mit Stickstoff von 1 mol/ha*a als Schwellenwert für eine Ausnahme von der Einzelgenehmigungspflicht normiert.

[41] Dieser im Vergleich zu dem Abschneidewert des BAST-Berichts, aber auch im Vergleich zu dem vom Oberverwaltungsgericht angenommenen Abschneidewert noch einmal deutlich niedrigere Wert ist eine rechnerische Größe, die sich aus der Konzeption des Programms erklärt. Sie beruht auf der Prämisse, die Stickstoffbelastungen gingen zukünftig aufgrund bestimmter Maßnahmen in einem bestimmten, rechnerisch ermittelten Umfang zurück. Das niederländische Modell stellt ein Bewirtschaftungsprogramm dar, das im Rahmen einer programmatischen Globalprüfung Stickstoffeinträge »koordiniert«, indem es auf der Grundlage einer im Voraus durchgeführten Prüfung eine bestimmte Menge an Stickstoff festlegt, die in dem betreffenden Schutzgebiet abgelagert werden kann. Im Rahmen dieses Modells wird der Beitrag der Emissionsquellen, die der Nutzer in das System eingibt, zu den Stickstoffablagerungen errechnet und so festgestellt, ob das Projekt eine erhebliche Beeinträchtigung eines FFH-Gebiets verursacht (EuGH, Urt. v. 07.11.2018 – C-293/17, Rdnr. 30 bis 39 sowie 104, 112). Bei einem solchen rein rechnerischen Modellansatz, der zudem noch eine Reduktion der Stickstoffeinträge durch Maßnahmen des Gebietsmanagements unterstellt, ist es systemgerecht, auch lediglich rechnerisch ermittelbare Kleinstbeiträge einzubeziehen. Mit den Abschneidewerten, wie sie als beste wissenschaftliche Erkenntnisse in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts anerkannt sind, sind diese Werte nicht vergleichbar.

[42] **bb)** Der vom Oberverwaltungsgericht angenommene Abschneidewert für die Zusatzbelastungen durch versauernde Einträge im Rahmen der Summationsbetrachtung von

0,05 % des jeweiligen Critical Loads oder umgerechnet 4 eq begegnet den gleichen – oben dargestellten – grundsätzlichen bundesrechtlichen Bedenken. Auch insoweit ist keine Veränderung des Abschneidewertes mit Blick auf andere Pläne oder Projekte vorzunehmen. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob das Oberverwaltungsgericht – wie die Beigeladene im Rahmen ihrer Gegenrüge (zur Zulässigkeit vgl. Eichberger/Buchheister, in: Schoch/Schneider/Bier (Hrsg.), VwGO, Stand April 2013, § 137 Rdnr. 239 ff.) geltend macht – verfahrensfehlerhaft, weil unter Außerachtlassung des vom LANUV angesetzten Wertes für versauernde Einträge von 30 eq, zu dem Ergebnis gekommen ist, der »isolierte« Abschneidewert sei mit dem BAST-Bericht lediglich auf 24 eq festzusetzen und enthalte auch einen Anteil für versauernde Schwefeleinträge (Rdnr. 614 f.)

[43] **c)** Dem Oberverwaltungsgericht kann auch nicht darin gefolgt werden, dass als weitere Zusatzbelastung alle Vorhaben seit der Unterschutzstellung eines Gebiets zu berücksichtigen sind.

[44] Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sind die Auswirkungen bereits umgesetzter Vorhaben oder bisheriger Nutzungen, die in den Ist-Zustand eingegangen sind, nicht in die Summationsprüfung einzustellen, sondern der Vorbelastung zuzuordnen (vgl. BVerwG, Urt. v. 15.07.2016 – 9 C 3.16, Buchholz 406.403 § 34 BNatSchG 2010 Nr. 14 Rdnr. 55 und v. 09.02.2017 – 7 A 2.15, BVerwGE 158, 1 Rdnr. 220).

[45] Die Einbeziehung bereits realisierter Vorhaben in die Vorbelastung bewirkt in der Regel keine unzulässige Reduzierung des Schutzniveaus. Vorbelastungen können den Erhaltungszustand so verschlechtern, dass nur noch geringe Zusatzbelastungen toleriert werden können (BVerwG, Urt. v. 09.02.2017 – 7 A 2.15, BVerwGE 158, 1 Rdnr. 220). Allerdings kann allein durch die Betrachtung der Vorbelastung nicht stets eine schleichende Verschlechterung eines FFH-Gebiets und der darin vorkommenden Lebensraumtypen und geschützten Arten insbesondere durch wiederholte Inanspruchnahmen von Bagatellschwellen erkannt und verhindert werden (»Tod durch 1 000 Schnitte«, vgl. Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston vom 22.11.2012 – C-258/11 [ECLI:EU:C:2012:743] – Rdnr. 67 und Schlussanträge der Generalanwältin Kokott v. 25.07.2018 – C-293/17 und C-294/17 [ECLI:CU:C:2018:622] – Rdnr. 107).

[46] Eine solche ergänzende Prüfung kann insbesondere dann erforderlich sein, wenn – wie beim Stickstoff – die vorhabenbedingten Auswirkungen erst zeitverzögert im Erhaltungszustand der Lebensraumtypen und geschützten Arten ihren Niederschlag finden (siehe Lau, NuR 2016, 149 <151>) und zwischen der Bewertung des Zustandes eines Gebiets im Rahmen des Gebietsmanagements und der Beurteilung der Beeinträchtigung im Rahmen der Vorhabenzulassung kein direkter Zusammenhang besteht (siehe Fellenberg, NVwZ 2019, 177 <182>). Dem Oberverwaltungsgericht ist aber nicht zu folgen, soweit es eine Rückbeziehung der Prüfung auf den Zeitpunkt der Unterschutzstellung der FFH-Gebiete im Dezember 2004 (vgl. Entscheidung der Kommission v. 07.12.2004 – 2004/813/EG – ABl. L 387 S. 1) für erforderlich erachtet. Zwar kann sich dieser Ansatz auf das unions-

rechtliche Vorsorgeprinzip stützen; er berücksichtigt aber nicht genügend den ebenfalls unionsrechtlich begründeten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

[47] **aa)** Dem Ansatz des Oberverwaltungsgerichts liegt, soweit es um eutrophierende und versauernde Stickstoffeinträge geht, der Gedanke einer »Kontingentierung« zugrunde, wonach die Bagatellschwelle – unabhängig vom jeweiligen Erhaltungszustand und der Entwicklung der Stickstoffeinträge – ab der Unterschutzstellung des FFH-Gebiets nur einmal ausgeschöpft werden kann. Hierfür kann zwar angeführt werden, dass eine mehrfache Ausnutzung der Bagatellschwelle zu einer insgesamt nicht mehr bagatellhaften und damit erheblichen Beeinträchtigung führen kann. Insoweit trägt der Ansatz dem Vorsorgeprinzip im Rahmen des Habitatrechts Rechnung. Allerdings sind auch bei mehrfacher Inanspruchnahme der Bagatellschwelle erhebliche Beeinträchtigungen nicht zwangsläufig die Folge. Maßgeblich für die Beurteilung der Frage, ob ein Projekt einzeln oder im Zusammenwirken mit anderen Projekten ein FFH-Gebiet erheblich beeinträchtigen kann, sind die festgelegten Erhaltungsziele des Schutzgebiets. Ein Plan oder Projekt kann nach § 34 Abs. 2 BNatSchG, Art. 6 Abs. 3 Satz 2 FFH-RL nur zugelassen werden, wenn die zuständigen nationalen Behörden unter Berücksichtigung der besten einschlägigen wissenschaftlichen Erkenntnisse Gewissheit darüber erlangt haben, dass sich der Plan oder das Projekt auch im Zusammenwirken mit anderen Plänen oder Projekten nicht nachteilig auf das Gebiet als solches auswirkt. Das ist – wie bereits ausgeführt – dann der Fall, wenn aus wissenschaftlicher Sicht kein vernünftiger Zweifel daran besteht, dass es keine solchen Auswirkungen gibt (EuGH, Urt. v. 07.09.2004 – C-127/02, Rdnr. 54 ff. und v. 26.04.2017 – C-142/16, Rdnr. 33; BVerwG, Urt. v. 17.01.2007 – 9 A 20.05, BVerwGE 128, 1 Rdnr. 62).

[48] Dieses Prüfprogramm erfordert weder zwingend eine starre Kontingentierung der 3 % – Bagatellschwelle noch eine Rückbeziehung der Summationsprüfung auf den Zeitpunkt der Unterschutzstellung. § 34 Abs. 1 BNatSchG und Art. 6 Abs. 3 Satz 1 FFH-RL fordern – wie oben dargelegt – einen Zusammenhang zwischen dem Stickstoffeintrag eines Vorhabens und einer erheblichen Beeinträchtigung der Erhaltungsziele eines FFH-Gebiets. Hiervon ausgehend ist es unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit nicht gerechtfertigt, eine Bagatellschwelle nach ihrer Ausnutzung zeitlich unbegrenzt als »verbraucht« anzusehen. Eine solche Sichtweise würde zu unverhältnismäßigen Einschränkungen bei der Vorhabenzulassung führen und dem Grundsatz, dass realisierte Projekte in die Vorbelastung (Hintergrundbelastung) eingehen und hierdurch bei der Verträglichkeitsprüfung hinreichend abgebildet werden, widersprechen. Hohe Vorbelastungen eines Gebiets durch Stickstoff, die die Critical Loads teilweise um ein Mehrfaches überschreiten, können nicht mit Mitteln des Habitatschutzes, sondern nur durch eine effektive Luftreinhaltepolitik reduziert werden (vgl. BVerwG, Urt. v. 14.04.2010 – 9 A 5.08, BVerwGE 136, 291 Rdnr. 93). Lokal wirkende Maßnahmen, wie z.B. die Entnahme von stark stickstoffbindenden Pflanzen im Rahmen des Gebietsmanagements, können ebenfalls zu einer Verbesserung der Stickstoffbelastung führen (vgl. BVerwG, Urt. v. 06.11.2012 – 9 A 17.11, Buchholz 451.91

Europ. UmweltR Nr. 52 Rdnr. 93; weitere Maßnahmenbeispiele in den Schlussanträgen der Generalanwältin Kokott im Verfahren C-293/17 und C-294/17, Rdnr. 65). Auch nach Ausnutzen der Bagatellschwelle von 3 % des Critical Load durch ein oder mehrere nach dem Dezember 2004 genehmigte und realisierte Vorhaben muss sich die Belastungssituation nicht verstetigen oder gar verschlechtern, sondern sie kann sich aufgrund bestimmter globaler und regional wirkender Maßnahmen verbessern. Ist dies der Fall und zeigt die Stickstoffbelastung einen (eindeutig) rückläufigen Trend, wäre es mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht vereinbar, wenn ein nach besten einschlägigen wissenschaftlichen Erkenntnissen nicht ins Gewicht fallender erneuter Eintrag bis zu 3 % des Critical Loads von vornherein als unzulässig anzusehen wäre. Dies gilt umso mehr, je länger die erstmalige Ausnutzung der Bagatellschwelle zeitlich zurückliegt und je deutlicher sich die Vorbelastung verringert hat.

[49] Gegen eine wiederholte Anwendung der Bagatellschwelle bestehen keine unionsrechtlichen Bedenken. Aus dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 07.11.2018 – C-293/17 (Rdnr. 104, 112) zum niederländischen »Verrechnungsmodell« bei der Stickstoffprüfung in FFH-Gebieten ergibt sich, dass Art. 6 Abs. 3 FFH-RL einer Berücksichtigung des Rückgangs übermäßiger Stickstoffablagerungen in FFH-Gebieten zur Ermöglichung der Fortführung oder Entwicklung neuer wirtschaftlicher Tätigkeiten nicht entgegensteht, soweit sich die zuständigen Behörden Gewissheit verschafft haben, dass aus wissenschaftlicher Sicht kein vernünftiger Zweifel daran besteht, dass keines der erlaubten Projekte schädliche Auswirkungen auf das betreffende Gebiet hat (vgl. BVerwG, Urt. v. 27.11.2018 – 9 A 8.17, Rdnr. 81; vgl. auch Schlussanträge Generalanwältin Kokott vom 25.07.2018 – C-293/17 und C-294/17, Rdnr. 79 f.).

[50] **bb)** Unabhängig davon, dass eine auf das Jahr 2004 bezogene starre Kontingentierung von Bagatelleinträgen nicht gerechtfertigt ist, begegnet der Ansatz des Oberverwaltungsgerichts auch deshalb Bedenken, weil bei einer bis auf das Jahr 2004 zurückreichenden Prüfung der Bestandsentwicklung der betroffenen Arten und Lebensraumtypen, der jeweiligen Auswirkungsprognosen und insbesondere der Inanspruchnahme der Bagatellschwelle schon die Ermittlung der heranzuziehenden Projekte mit zunehmendem zeitlichen Abstand mit wachsenden Schwierigkeiten und Unsicherheiten verbunden sein wird. Die in älteren Genehmigungen enthaltenen Bestandsaufnahmen sowie Emissions- und Immissionsprognosen werden zudem immer weniger eine belastbare und aussagekräftige Grundlage für eine Rückbetrachtung der Entwicklung des Gebiets und der geschützten Arten und Lebensraumtypen darstellen. Es liegt auf der Hand, dass die den älteren Genehmigungen zugrunde liegenden Untersuchungen auf einem Gebietszustand beruhen, der mit dem aktuellen Zustand nur noch eingeschränkt vergleichbar ist (Weuthen, ZUR 2017, 215 <221>). Bereits die Ermittlung des Ausgangszustands der FFH-Gebiete wird wegen der im Zeitpunkt der Unterschutzstellung vielfach fehlenden oder lückenhaften Datenbasis und der primär nicht auf den Erhaltungszustand, sondern die Meldewürdigkeit des Gebiets gerichteten Angaben in den Meldeunterlagen (vgl. hierzu Feltenberg, NVwZ 2019, 177 <181>) erheblichen Schwierigkei-

ten begegnen. Hinzu kommt, dass Bestandsaufnahmen vor Ort nur Momentaufnahmen von Fauna und Flora darstellen (BVerwG, Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14.07, BVerwGE 131, 274 Rdnr. 62 – Bad Oeynhausen) und die Vergleichbarkeit der älteren Genehmigungsunterlagen mit den aktuellen Erkenntnissen durch wissenschaftliche und naturschutzfachliche Erkenntnisfortschritte sowie die seit der Unterschutzstellung erzielten Fortschritte bei der Standardsetzung erschwert wird. So wird bei einem starren Rückbezug auf das Jahr 2004 in der Praxis u.a. ein fast beliebiger Methodenmix beklagt, der die Ergebnisse unvergleichbar mache (Fellenberg, NVwZ 2019, 177 <180>).

[51] **cc)** Dem Anliegen, Beeinträchtigungen von FFH-Gebieten durch die wiederholte Inanspruchnahme der 3 % – Bagatellschwelle auszuschließen, könnte gegebenenfalls durch einen Rückgriff auf die UBA-Datensätze Rechnung getragen werden. Nach dem aktuellen Stickstoffleitfaden Straße (Hinweise zur Prüfung von Stickstoffeinträgen in der FFH-Verträglichkeitsprüfung für Straßen 2019 [H PSE] S. 35) erfassen die Datensätze seit einigen Jahren deutschlandweit und flächendeckend die Hintergrundbelastung mit Stickstoffdepositionen. Die hierfür verwendeten Eingangsdaten beziehen sich jeweils auf ein Jahr und werden zu Mehrjahresmittelwerten zusammengefasst, um meteorologische Schwankungen über einen längeren Zeitraum zu glätten. In den Datensätzen mit einer räumlichen Auflösung von 1 × 1 km sind alle für die Ermittlung der Hintergrundbelastung relevanten Emissionsquellen und Depositionseinflüsse berücksichtigt. Sie stellen nach Auffassung des Leitfadens für Deutschland die besten einschlägigen wissenschaftlichen Kenntnisse zur Bestimmung der Vorbelastung (Hintergrundbelastung) dar. Gegen die Verwendung der UBA-Datensätze kann nicht mit Erfolg eingewandt werden, dass sie zwangsläufig zu einer Verfestigung und Verschlechterung der Stickstoffbelastung führe. Wie dargelegt, kommt eine wiederholte Anwendung des 3 % – Wertes nur dann in Betracht, wenn sich – bspw. aus den UBA-Datensätzen – eine (eindeutige) positive Entwicklung der Vorbelastung ableiten lässt. Dabei wird auch zu prüfen sein, ob sich schleichende Verschlechterungen aufgrund von Projektauswirkungen ergeben können, die noch keinen Niederschlag in diesen Datensätzen gefunden haben (sog. korrigierte Vorbelastung). Ob die UBA-Datensätze insoweit eine hinreichende Entscheidungsgrundlage darstellen und dies gleichermaßen für eutrophierende und versauernde Stickstoffeinträge gilt, ist zuvörderst eine naturschutzfachliche Frage und hier nicht abschließend zu entscheiden.

[52] **3.** Mangels Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts zu den Immissionsbeiträgen durch die Erweiterung des Kupferrecyclingbetriebs der A. AG sowie sonstige nach Einreichung der vollständigen prüffähigen Antragsunterlagen am 31.03.2007 und vor Erteilung der Genehmigung für das Vorhaben der Beigeladenen am 20.11.2013 genehmigte Vorhaben zur Vor- oder Zusatzbelastung, kommt weder eine Zurückweisung der Revision nach § 144 Abs. 4 VwGO noch eine Sachentscheidung des Senats (§ 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 VwGO) in Betracht, so dass die Sache an das Oberverwaltungsgericht zurückzuverweisen ist (§ 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 VwGO). Dabei ist das Vorhaben Datteln 4 jedenfalls nicht zu berücksichtigen. Zum maßgeblichen Zeitpunkt der Genehmigungsentscheidung

für das streitgegenständliche Vorhaben am 20.11.2013 war das Kraftwerk Datteln 4 noch nicht genehmigt. Auf den vom Oberverwaltungsgericht für zulässig erachteten Abzug der Schadstoffeinträge der abgeschalteten Kraftwerksblöcke Datteln 1 bis 3 von den Einträgen des geplanten Kraftwerks Datteln 4 als Schadensminderungsmaßnahmen im Rahmen der Summationsprüfung kommt es daher nicht an.

[53] Ebenfalls nicht in die Summationsbetrachtung einzustellen ist das Biomassekraftwerk Lünen, das nach den Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts mit Bescheiden vom 12.03. und 17.06.2004 genehmigt wurde, während die Unterschutzstellung der FFH-Gebiete zum 07.12.2004 erfolgte. Es ist als Altvorhaben der Vorbelastung zuzuordnen, weil davon auszugehen ist, dass sich seine Auswirkungen bereits in den aktuellen Erhaltungszuständen der betroffenen Arten und Lebensraumtypen widerspiegeln. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Urteil des EuGH vom 26.04.2017 – C-142/16. Ungeachtet der in dieser Entscheidung allgemein gehaltenen Formulierungen (Rdnr. 62), ging es in diesem Verfahren konkret um die Prüfung, ob ein lange vor 2004 genehmigtes Pumpspeicherkraftwerk die positiven Wirkungen einer nur wenige Kilometer stromab geplanten Fischeufstiegsanlage in einem Ausmaß mindert, das deren Eignung als Schadensminderungsmaßnahme infrage stellt (vgl. BVerwG, Urt. v. 29.05.2018 – 7 C 18.17, NVwZ 2018, 1734 Rdnr. 47). Hinweise darauf, dass bereits seit langem genehmigte und in Betrieb befindliche Anlagen, nicht mehr der Vorbelastung zugeordnet werden können, ergeben sich aus dieser Entscheidung nicht.

[54] **4.** Zwar kommt es aufgrund der Zurückverweisung der Sache an das Oberverwaltungsgericht auf die geltend gemachten Verfahrensfehler nicht mehr an. Gleichwohl weist der Senat darauf hin, dass die Sonderfallprüfung hinsichtlich des FFH-Gebiets »Wälder bei Cappenberg« nicht an Verfahrensfehlern leidet.

Anmerkung zu BVerwG, Urt. v. 15.05.2019 – 7 C 22.17, Lünen Trianel

Nun sind die Akten des Trianel-Kraftwerks vom OVG NRW in Münster nach einem Zwischenstopp am Kirchberg in Luxemburg, einem Urteil aus Münster und einem Ausflug nach Leipzig wieder auf dem Richtertisch am Aegidiikirchplatz gelandet (OVG NRW, Beschl. v. 05.03.2009 – 8 D 58/08.AK, DVBl 2009, 654; EuGH, Urt. v. 12.05.2011 – C-115/09, DVBl 2011, 757; OVG NRW, Urt. v. 01.12.2011 – 8 D 58/08.AK, DVBl 2012, 244, Stür/Stür 245; BVerwG, Beschl. v. 05.09.2012 – 7 B 24.12, DVBl 2012, 1568, Stür 1569 – Lünen-Trianel; OVG NRW, Urt. v. 16.06.2016 – 8 D 99/13.AK; BVerwG, Urt. v. 15.05.2019 – 7 C 22.17).

Das Trianel-Urteil des OVG NRW hat das BVerwG bei einer Bestätigung im Übrigen im Bereich der Verträglichkeitsprüfung in den beiden entscheidenden Punkten der Summationswirkung und der Abschneidekriterien wohl auf ganzer Linie aufgehoben. Andere Pläne und Projekte sind nur dann in die Verträglichkeitsprüfung (Summationsprüfung) nach § 34 Abs. 1 Satz 1 BNatSchG einzubeziehen, wenn ihre Auswirkungen und damit das Ausmaß der Summationswirkung verlässlich absehbar sind. Das ist grundsätzlich nicht schon

mit der Einreichung prüffähiger Unterlagen oder der Auslegung der Unterlagen, sondern erst dann der Fall, wenn die erforderlichen Zulassungsentscheidungen erteilt sind. Der vorhabenbezogene Abschneidewert für eutrophierende Stickstoffeinträge i.H.v. 0,3 kg N/(ha*a) bedarf auch im Hinblick auf Summationswirkungen mehrerer Vorhaben keiner Korrektur. Damit ist das Verfahren wieder auf den Richtertisch am Aegidiikirchplatz in Münster gelangt – Ausgang ungewiss. Das Kohlekraftwerk läuft inzwischen in Lünen seit dem Jahre 2014 im Regelbetrieb – so what?

Die Ausführungen des Oberverwaltungsgerichts zum Immissionsschutzrecht, Baurecht, Artenschutzrecht, Wasserrecht sowie zur Umweltverträglichkeitsprüfung sind vom BVerwG nicht beanstandet worden. Das schließt auch die Aussage des OVG NRW zur Wirksamkeit des in die Jahre gekommenen Bebauungsplans mit ein. Diese Fragen sind daher sozusagen »rechtskräftig« entschieden und stehen daher im erneuten Gerichtsverfahren vor der ersten Instanz nicht mehr zur Diskussion (BVerwG, Urt. v. 15.02.2018 – 9 C 1.17, DVBl 2018, 1155 – A 43 Recklinghausen m. Anm. Stüer, DVBl 2019, 1161). Da derartige Verfahren vom BVerwG durchentschieden werden, bezieht sich die »Rechtskraft« einerseits auf die festgestellten Fehler, andererseits aber auch im Sinne einer doppelten »Rechtskraft« auf die vom Gericht für fehlerfrei bezeichneten Teile der Verwaltungsentscheidung.

Auf den ersten Blick schon etwas mutig war die gerichtliche Ansage der Erstinstanz, dass Gründe für eine Unwirksamkeit des inzwischen immerhin mehr als 30 Jahre alten Bebauungsplans nicht zu erkennen seien. Ziele der Raumordnung standen dabei im Gegensatz zum Kraftwerk Datteln, das im Bebauungsplan in einer Entfernung von 6 km von der raumordnerischen Festlegung ausgewiesen war (OVG NRW, Urt. v. 03.09.2009 – 10 D 121/07.NE, DVBl 2009, 1385 – Datteln), nicht entgegen. Aber auch eine fehlende FFH-Prüfung und eine unzureichende Berücksichtigung der allgemeinen Belange des Naturschutzes, der Landschaftspflege sowie des Bodenschutzes konnte dem Bebauungsplan für das Kraftwerk Lünen im Gegensatz zu dem im Jahre 2007 bekannt gemachten Bebauungsplan für das Kraftwerk Datteln nicht zum Verhängnis werden. Denn für das Trianel-Kraftwerk war nach Auffassung des OVG NRW damals keine Umweltprüfung, UVP oder FFH-Verträglichkeitsprüfung vorzunehmen. Das liegt für den Zeitpunkt der damaligen Planaufstellung (1983) auf der Hand. Die Umsetzungsfrist der UVP-RL lief erst am 03.07.1988 und die der FFH-RL am 22.07.1994 ab. Das hat das BVerwG so – wenn man so will mit Bestandskraft – mit einem Federstrich bestätigt.

Auch wird ein Bebauungsplan nicht nachträglich automatisch mit dem Europarecht aufgeladen. Daher hat bereits das OVG NRW im Ergebnis mit Recht eine Verpflichtung verneint, diese Prüfungen nach Ablauf der Umsetzungsfristen nachzuholen. Denn die Planung und Zulassung von Vorhaben erfolgt im Bereich bau- oder immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftiger Vorhaben zweistufig: Der Bebauungsplan liefert auf einer ersten Stufe die planungsrechtliche Grundlage. Sodann erfolgt auf einer zweiten Stufe die Zulassung des konkreten Vorhabens. Das Europarecht verlangt lediglich, dass die UVP und die FFH-Verträglichkeitsprüfung erfolgt, schreibt aber nicht vor, auf welcher Stufe der Pla-

nung oder Zulassung des Vorhabens dies geschieht. Das ist in der einstufigen Planfeststellung vom Prinzip her anders. Hier erfolgt die Gesamtprüfung der Planung und Zulassung sozusagen in einem Schritt, der zugleich die europarechtlichen Vorgaben der UVP und der FFH-Verträglichkeit komplett abarbeiten muss (Stüer, DVBl 2016, 1201). Das alles hat das BVerwG nicht beanstandet und ist daher im weiteren Gerichtsverfahren von Rechts wegen nicht mehr im Streit, sondern bindend festgestellt.

Das BVerwG hat allerdings in zweifacher Hinsicht klare Kante gezeigt: Zu berücksichtigten sind bei der Summationsprüfung nur Vorhaben, die im Zeitpunkt der Entscheidung bereits genehmigt waren – nicht solche, die sich noch im Zulassungsverfahren befanden. Das ist für die Praxis hilfreich. Denn die Vorverlegung des Berücksichtigungserfordernisses auf den Zeitpunkt des Vorliegens prüffähiger Unterlagen verschiebt das Prüfungserfordernis auf einen vielfach unsicheren Boden und kann vor allem eine Sperrwirkung auslösen, die für die Praxis problematisch ist.

Denn die mit der Vorlage prüffähiger Unterlagen nach der bisherigen Auffassung des OVG Münster eintretende Sperrwirkung kann zu unkalkulierbaren Unsicherheiten und Verzögerungen der zur Zulassung anstehenden Entscheidung führen. Die Unterlagen mögen zwar mit der Offenlage den Status der Prüffähigkeit erlangt haben. Genehmigt ist das nach Auffassung des OVG NRW die Sperrwirkung auslösende Vorhaben damit allerdings noch nicht – und das ist für das BVerwG mit überzeugender Begründung das Entscheidende.

Nicht selten sind solche Vorhaben trotz einer zunächst durchgeführten Offenlage von der Behörde am Ende wegen inzwischen aufgetretener Versagungsgründe doch noch abgelehnt worden. Das soll aber das Vorhaben nach Auffassung des OVG NRW als zu berücksichtigend auch dann nicht aus der Bahn werfen, wenn der Rechtsstreit um seine Genehmigungsfähigkeit in die nächsten Instanzen getrieben wird und daher die abschließende Entscheidung ggf. noch über Jahre offen ist. Solche Einschätzungen hätten für die Praxis Verfahrensentiefen und unkalkulierbaren Risiken hervorgerufen.

Damit hat das BVerwG nun aufgeräumt. Nur durch eine förmliche Behördenentscheidung zugelassene Vorhaben gehen in die Summationsprüfung ein. Diese Einschätzung gilt allerdings auch umgekehrt. Vorhaben, die später als das zur Entscheidung anstehende Vorhaben beantragt aber inzwischen vor diesem genehmigt worden sind, müssen daher berücksichtigt werden. Denn es soll auch in anderen Fällen Situationen geben, bei denen jemand nach einem in die Drehtür hineingeht, aber vor einem wieder herauskommt. Solche »Drehtürvorhaben« sind in die Summationswirkung einzubeziehen, wenn sie am Ende des Tages im Zeitpunkt der anstehenden Behördenentscheidung bereits zugelassen worden waren.

Die Konturen der zu berücksichtigenden Verwaltungsentscheidungen sind indes nach dem BVerwG-Urteil zu Lünen-Trianel sehr viel klarer vorgezeichnet. Zu berücksichtigen sind lediglich abschließende Zulassungsentscheidungen, nicht jedoch noch in der behördlichen Prüfung befindliche

Vorhaben, die diesen Verfahrensstand einer abschließenden Entscheidung noch nicht erreicht haben.

Die zweite klare Kante hat das BVerwG für den vorhabenbezogenen Abschneidewert für eutrophierende Stickstoffeinträge aufgezeigt. Es bleibt auch bei mehreren Vorhaben hinsichtlich der Stickstoffbelastung bei dem Abschneidewert i.H.v. 0,3 kg N/(ha*a). Ein weiteres Herunterbrechen dieses Wertes bei Summationsbetrachtungen, wie es das OVG NRW vorgenommen hatte, erschien dem BVerwG wohl doch etwas gekünstelt. Das gibt den FFH-relevanten Vorhaben durchaus einen etwas größeren Spielraum.

Zu diesen Zusammenhängen ist bereits damals kritisch angemerkt worden (Stüer, DVBl 2016, 1201): »Das Trianel-Urteil des OVG NRW schwächt diese Absicht nicht unerheblich, indem es einen sehr viel niedrigeren Abschneidewert von nur 50 g N/ha*a annimmt. Rechnerisch wird damit für sechs in Summation verwirklichungsfähige Vorhaben mit einer Belastung von jeweils 50 g N/h*a ein Puffer geschaffen. Warum aber gerade für sechs? Machen nicht bereits drei (tres faciunt collegium) ein kollegial entscheidendes Gremium aus? Und gibt es nicht vier Evangelisten, sechs Krüge mit rotem Wein, sieben Sakramente, zehn Gebote Gottes und zwölf Apostel, wie wir aus den früher auch auf dem Aegidiikirchplatz stattfindenden Münsteraner Lambertusspielen wissen? Bei der naturwissenschaftlichen Bewertung spielt sich das alles allerdings in einem Minimalbereich ab, der im Vergleich mit der tatsächlichen Belastung, die in Industriebereichen wie dem Ruhrgebiet häufig deutlich über 70 kg N/ha*a liegt, in keinem Verhältnis steht. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob das Rechnen mit derartigen Kleinbeträgen hinter dem Komma, die in der Fläche nicht mehr messbar nachgewiesen werden können, die Wirklichkeit der Schadstoffbelastung noch einigermaßen realistisch abbildet. Auch geeichte Kassen- oder Thekenwaagen nicht nur beim Metzger sind vielfach auf ein Abschneidekriterium von 2 g oder gar 5 g eingestellt und zeigen Zwischenwerte sowie Fliegen- oder gar Minifliegengewichte, wie wir sie nicht nur aus dem Boxsport kennen, nicht mehr an – wohl auch dann nicht, wenn sich im Zeitpunkt des Wiegevorgangs zufällig mehrere (Super-) Fliegen auf der Waage niedergelassen haben.«

Das BVerwG hat klargestellt, dass der Abschneidewert auch in Fällen der Summationserfordernisse bei dem bisherigen Wert verbleibt und sich bei der Betrachtung mehrerer Vorhaben nicht am Ende sogar dezimiert. Einer Zurückverweisung des Verfahrens an die Vorinstanz bedurfte es insoweit allerdings nicht, da die von ihr entwickelten Anforderungen durch das BVerwG nicht verschärft, sondern gelockert worden sind und die Klägerseite hierdurch keine zusätzlichen Punkte für sich generieren konnte.

Wie geht es nun weiter? Die erste Instanz wird nach der Zurückverweisung durch das BVerwG nunmehr aufzuklären haben, ob die veränderten Beurteilungskriterien für die Summation von Vorhaben zu veränderten Erkenntnissen hinsichtlich der Verträglichkeit des Lünener Steinkohlekraftwerks führen. Sollten sich hier gravierende abweichende Einschätzungen ergeben, müsste entweder die Belastungsschwelle ggf. durch entsprechende Schutzmaßnahmen unter die Unverträglichkeitsgrenze gedrückt werden oder es müsste sich eine Abweichungsprüfung anschließen. Diese sollte man allerdings nicht

in allen Fällen wie der Teufel das Weihwasser fürchten (Stüer, DVBl 2016, 1199).

Ist ein Vorhaben unverträglich, muss es sich den gestiegenen Anforderungen einer Abweichungsprüfung stellen. Allerdings muss das Projekt nur seine eigenen Konflikte, nicht die der anderen lösen (grundlegend BVerwG, Beschl. v. 17.02.1984 – 4 B 191.83, BVerwGE 69, 30 = DVBl 1984, 343 – Reuter Kraftwerk). Auch die Anforderungen an die Abweichungsprüfung müssen nur für das zur Beurteilung anstehende Vorhaben erfüllt sein. Gemeinwohlgründe müssen nur im Verhältnis zu den eigenen (negativen) Auswirkungen des Vorhabens gegeben sein. Auch die Kohärenzmaßnahmen müssen nur die eigenen Eingriffe ausgleichen. Auch eine Kommissionsbeteiligung ist nur erforderlich, wenn das eigene Vorhaben prioritäre Arten oder Lebensraumtypen in Mitleidenschaft zieht (BVerwG, Urt. v. 12.03.2008 – 9 A 3.06, BVerwGE 130, 299 = DVBl 2008, 1199 – A 44 VKE 20 Hessisch Lichtenau II). So gesehen führt der Wechsel von der Verträglichkeit eines Vorhabens in eine Abweichungsprüfung in aller Regel nicht in völlig unkalkulierbare Untiefen, sondern ist alles in allem durchaus überschaubar, weil das jeweilige Projekt auch bei einer summativen Betrachtung nur seine eigenen Probleme bewältigen muss. Das wird durch die gebotene Umstellung des Zeitpunkts des Vorliegens von prüf-fähigen Unterlagen, wie sie das OVG NRW angenommen hat, auf Zulassungsentscheidungen, die nach dem Spruch aus Leipzig allein entscheidend sind, zusätzlich unterstrichen. Denn in die Summationsbeurteilung sind danach nur Vorhaben einzustellen, die im Zeitpunkt der Entscheidung über das zur Zulassung anstehende Vorhaben bereits genehmigt worden sind. Fragen, wie mit noch nicht zugelassenen Vorhaben zu verfahren ist, stellen sich daher vor dem Hintergrund der aktuellen BVerwG-Rechtsprechung nicht.

Ist bei der Verträglichkeitsprüfung ein sehr strenger Maßstab anzulegen, für dessen Einhaltung der Vorhabenträger und die das Vorhaben zulassende Behörde die Darlegungs- und Beweislast trägt, dann ist es aus Behördensicht nicht ganz fernliegend, vorsorglich eine Abweichungsprüfung aufzusatzeln und sicherheitshalber zu prüfen, ob zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses das Vorhaben rechtfertigen, zumutbare Alternativen nicht vorhanden sind, die Kohärenzmaßnahmen zur Sicherung des Netzes »Natura 2000« getroffen worden können und prioritäre Arten oder Lebensraumtypen nicht in Mitleidenschaft gezogen werden. Dann wäre allerdings zunächst eine Reise nach Brüssel erforderlich, um dort eine Stellungnahme der EU-Kommission einzuholen (zu den einzelnen Prüfungsschritten BVerwG, Urt. v. 17.01.2007 – 9 A 20.05, BVerwGE 128, 1 = DVBl 2007, 706 – Halle-Westumfahrung; Urt. v. 12.03.2008 – 9 A 3.06, BVerwGE 130, 299 = DVBl 2008, 1199 – A 44 VKE 20 Hessisch Lichtenau II; Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 2015, Rdnr. 3367; Stüer/Probstfeld, Die Planfeststellung, 2. Aufl. 2016, Rdnr. 538).

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

* Die Anwaltskanzlei Stüer & Stüer war im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren auf Seiten der Trianel beratend beteiligt.