

dass sie einen statistisch einmal in 100 Jahren auftretendem Hochwasserereignis, dem so genannten Bemessungshochwasser, gerecht werden, kann insoweit als Maßstab bildend angesehen werden. Orientiert sich eine Planfeststellungsbehörde daher an § 31 b WHG und ergibt sich aus dem jeweiligen Landesdeichrecht nichts anderes, wird man ihr nicht vorhalten können, Risiken zu leichtfertig in der Planungsentscheidung abgehandelt zu haben. Andererseits wird man auch nicht von einer Abwägungsfehlbewertung ausgehen können, wenn die Planfeststellungsbehörde ein statistisch einmal in zweihundert Jahren auftretendes Hochwasserereignis ihrer Planungsentscheidung zugrunde legt³⁰.

IV. Ausblick

Inbesondere wenn die deutschen Seehäfen wettbewerbsfähig bleiben sollen, wird es erforderlich sein, sich den Anforderungen der Reeder zu stellen und Fahrwassertiefen zur Verfügung zu stellen, die internationalen Standards entsprechen. Im Hinblick darauf, dass bereits das Post-Panmax-Zeitalter erreicht ist, ist es schwierig abzuschätzen, wohin die weitere Entwicklung führen wird. Tiefseehäfen ähnlich dem Jade-Weser-Port können zwar für die Anbindung der Bundesrepublik Deutschland an den internationalen Seehandel, nicht aber für die betroffenen Seehafenstädte eine Alternative sein. Andererseits muss man sich auch dessen bewusst sein, dass der weitere Ausbau einer Wasserstraße von Mal zu Mal insbesondere technisch schwierigere Fragen nach zieht, die juristisch nur begrenzt abgebildet werden können.

„FFH 3.2.“: Neuestes zur FFH-Verträglichkeitsprüfung und den sonstigen Implikationen von „NATURA 2000“ für die Realisierung von Großvorhaben

Von Klaus Füller

I. Einleitung und Arbeitsprogramm

Die Richtlinie 92 / 43 / EWG des Rates zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wild lebenden Tiere und Pflanzen¹ (im Folgenden: FFH-RL) bezweckt den Erhalt der Biodiversität in Europa durch die Errichtung eines kohärenten ökologischen Netzes besonderer Schutzgebiete mit der Bezeichnung „NATURA 2000“ (vgl. Art. 3 I FFH-RL). Dabei handelt es sich um die wohl bedeutendste europäisch intendierte Naturschutzmaßnahme. Das FFH-Recht sorgt regelmäßig für Streitstoff und beschäftigt nicht enden wollend sowohl den Europäischen Gerichtshof als auch die nationalen Gerichte. Integraler Bestandteil dieses Schutzregimes ist die so genannte FFH-Verträglichkeitsprüfung (im Folgenden: FFH-VP), geregelt in Art. 6 III, IV FFH-RL (§ 34 BNatSchG). Art. 6 III u. IV FFH-RL, an denen sich auch das nationale Recht zu orientieren hat, lauten im hier interessierenden Zusammenhang:

„(3) Pläne oder Projekte (...), die ein solches Gebiet (...) einzeln oder im Zusammenwirken mit anderen Plänen und Projekten erheblich beeinträchtigen könnten, erfordern eine Prüfung auf Verträglichkeit mit den für dieses Gebiet festgelegten Erhaltungszielen. Unter Berücksichtigung der Ergebnisse der Verträglichkeitsprüfung und vorbehaltlich des Absatzes 4 stimmen die zuständigen einzelstaatlichen Behörden dem Plan bzw. Projekt nur zu, wenn sie festgestellt haben, dass das Gebiet als solches nicht beeinträchtigt wird, und nachdem sie gegebenenfalls die Öffentlichkeit angehört haben.“

(4) Ist trotz negativer Ergebnisse der Verträglichkeitsprüfung aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer und wirtschaftlicher Art ein Plan oder Projekt durchzuführen und ist eine Alternative nicht vorhanden, so ergreift der Mitgliedstaat alle notwendigen Ausgleichsmaßnahmen, um sicherzustellen, dass die globale Kohärenz von NATURA-2000 geschützt ist. (...)

¹ Richtlinie 92 / 43 / EWG des Rates vom 21.5.1992, ABl. EG L 206, 7; zuletzt geändert durch die Richtlinie des Rates vom 8.11.1997, ABl. EG L 305, 62.

³⁰ OVG Koblenz, Urt. vom 5.8.2004 – 1 A 11787 / 03 – NuR 2005, 53.

Ist das betreffende Gebiet ein Gebiet, das einen prioritären natürlichen Lebensraumtyp und / oder eine prioritäre Art einschließt, so können nur Erwägungen im Zusammenhang mit der Gesundheit des Menschen und der öffentlichen Sicherheit oder im Zusammenhang mit maßgeblichen günstigen Auswirkungen für die Umwelt oder, nach Stellungnahme der Kommission, andere zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses geltend gemacht werden.“

Der Textbefund eröffnet erhebliche Interpretationsspielräume und so ist es nicht verwunderlich, dass diese Regelung regelmäßig Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen ist. Einige Fragestellungen konnten inzwischen jedoch geklärt werden, so dass sie als gesichert gelten können. Anderes ist jedoch nach wie vor offen. Die Darstellung der insoweit neuesten Entwicklungen ist Gegenstand der nachstehenden Betrachtung. Dabei sollen auch Aspekte mit einbezogen werden, die zwar nicht unmittelbar mit der FFH-VP zu tun haben, aber gleichwohl mit ihr im Zusammenhang stehen.

Bei den nachstehenden Ausführungen beschränke ich mich auf die Perspektive eines dogmatisierenden Rechtssoziologen, der darüber Auskunft geben möchte, was unter Berücksichtigung der derzeit schon ergangenen Rechtsprechung und des Diskussionsstandes in der Rechtswissenschaft in der Community und bei Gericht noch als „gut vertretbar“ gelten kann.²

II. Unmittelbare Anwendung und Maßgeblichkeit der Richtlinie

Soweit im Rahmen der in der Bundesrepublik erlassenen Vorschriften zur Umsetzung des FFH-Schutzregimes Defizite verbleiben³, stellt sich die Frage nach der Direktanwendung der entsprechenden Vorschriften. Nach der gängigen Definition des EuGH ist eine Richtlinienbestimmung nach Ablauf der Umsetzungsfrist unmittelbar anwendbar, wenn sie unbedingt und hinreichend bestimmt ist.⁴ Diese Voraussetzungen treffen insbesondere für die Vorschriften des Art. 4 V i. V. m. Art. 6 II bis IV, Art. 12 I lit. b) bis d) sowie Art. 16 I lit. c) FFH-RL zu, so dass zumindest sämtliche öffentliche Stellen der Bundesrepublik Deutschland – ob als Vorhabenträger, Planungs- oder als Zulassungsbehörde – gehalten sind, den zwingenden Vorgaben der Richtlinie durch eine Direktanwendung dieser Vorschriften Rechnung zu tragen. Die dadurch möglicherweise bewirkte Schlechterstellung im Vergleich zu den einschlägigen materiellrechtlichen Zulassungstatbeständen bzw. anwendbaren Verfahrensvorschriften des nationalen Rechts ist für den Fall öffentlich-rechtlicher Vorhabenträger

² So schon in meiner letzten Abhandlung zu diesem Thema: *Fiffner*, ZUR 2005, 458 (459).

³ Vgl. EuGH, Urt. vom 10.1.2006 – Rs C-98 / 03 –, Kommission / BRD.

⁴ EuGH, Urt. vom 26.1.1994 – Rs.301 / 82 –, „SA Clin Midy“.

weitgehend bedenkenfrei. Anders bei privaten Vorhabenträgern: Insoweit hat der EuGH zwar stets betont, dass die Bestimmungen einer Richtlinie gegenüber dem Einzelnen nur Rechte begründen, aber keine Verpflichtung aufbürden können.⁵ Doch hat der EuGH dem Gesichtspunkt, dass verhindert werden müsse, dass der Staat aus seiner Nichtbeachtung des Gemeinschaftsrechts in irgendeiner Weise Nutzen ziehen kann⁶, große Bedeutung beigemessen und bereits mehrfach festgestellt, dass der Direktanwendung von Bestimmungen einer Richtlinie bloße negative Auswirkungen auf die Rechte Dritter – selbst wenn sie gewiss sind – nicht entgegenstehen⁷. Doch sollte diese Rechtsprechung im Hinblick auf den auch gemeinschaftsrechtlich geltenden Grundsatz des Vertrauensschutzes⁸ überdacht werden. Im Übrigen ist zu beachten, dass die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien nicht pauschal beantwortet werden kann, sondern immer nur für eine konkrete Richtlinienbestimmung.⁹ Der EuGH hält sich dem folgend auch im Großen und Ganzen zurück, klare, generalisierende Aussagen zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinienbestimmungen zu treffen.¹⁰

III. Gebietsbezogener Artenschutz

Das FFH-Recht hat – wie bereits erwähnt – den Schutz der Arten und die Bewahrung der Biodiversität zum Ziel. Dabei verfolgt es sowohl einen gebietsbezogenen als auch einen exemplarbezogenen Ansatz. Die FFH-VP gemäß Art. 6 III, IV FFH-RL ist Bestandteil des gebietsbezogenen Artenschutzes. Die Details der FFH-VP sind weitgehend noch nicht verbindlich geklärt.

1. Gesicherte Rechtsfragen

Auf der Grundlage der schon vorliegenden Rechtsprechung des EuGH wie auch der nationalen Gerichte und insbesondere des Bundesverwaltungsgerichts können indes einige Rechtsfragen als bereits weitgehend gesichert gelten.

⁵ Siehe nur EuGH, Urt. vom 26.2.1968, – Rs. 152 / 84 – „Marshall“, Rdnr. 48.

⁶ EuGH, siehe Fn. 5, Rdnr. 49.

⁷ Zuletzt EuGH, Urt. vom 7.1.2004, – Rs. C-201 / 02 – „Wells“, Rdnr. 57.

⁸ Siehe nur *Spreiz*, Europarecht, 6. Aufl. 2003, Rdnr. 369.

⁹ Vgl. EuGH, Urt. vom 15.5.1986, – Rs. 222 / 84 – „Johnston“.

¹⁰ So auch *Nebelsieck / Schrotz*, ZUR 2006, 122 (125).

a) Begriff der Pläne oder Projekte

Der sachliche Anwendungsbereich des Art. 6 III FFH-RL beschränkt sich auf „Pläne oder Projekte“. Insoweit hat der EuGH klargestellt, dass der Kreis der einer Haupt-FFH-VP nach Art. 6 III 1 2.Hs. FFH-RL unterliegenden Pläne und Projekte unter Berücksichtigung des Vorsorgegrundsatzes (Art. 174 II Ua.1 EG) solche Maßnahmen umfasst, bei denen nicht schon im Rahmen des FFH-Screening nach Art. 6 III 1 1.Hs. FFH-RL allein anhand leicht ermittelbarer Umstände ausgeschlossen werden kann, dass das fragliche Gebiet hierdurch erheblich beeinträchtigt wird, wobei im Zweifel eine entsprechende Prüfung geboten ist.¹¹ Die Extension des inhaltlich unkonturierten Begriffs paares „Pläne oder Projekte“ ist dabei denkbar weit zu verstehen. So führt Generalanwalt Tizzano in seinen Schlussanträgen vom 24. November 2005 aus, dass mit „Pläne oder Projekte“ alle Maßnahmen und Tätigkeiten erfasst sind, die einzeln oder zusammen mit anderen potentiell schädlich für besondere Schutzgebiete sind.¹² Damit dürften im Zweifel alle menschlichen Aktivitäten umfasst sein, die entweder direkt auf dauerhafte Umgestaltung der Umwelt gerichtet oder typischerweise mit Umweltwirkungen verbunden sein können und aufgenommen bzw. genehmigt werden, nachdem gemäß Art. 4 V i. V. m. Art. 6 III, IV FFH-RL durch Veröffentlichung der betreffenden Gebietsliste im Amtsblatt der EG die Pflicht zur Durchführung einer FFH-VP begründet worden ist.¹³ Damit besteht keine Bindung an mitgliedstaatliche Kategorien wie „Bestandskraft“, „Bestandsschutz“ etc.; auch Verlängerungen von Genehmigungen für Tätigkeiten in FFH-Gebieten, die routinemäßig über einen längeren Zeitraum befristet erteilt worden sind, fallen hierunter.¹⁴ Im Übrigen ist es offenbar auch unerheblich, ob es sich um ein Vorhaben innerhalb eines FFH-Gebietes handelt oder dieses „nur“ von außen beeinträchtigt werden könnte. Nicht der Standort, sondern die Auswirkungen eines Vorhabens sind maßgebend.¹⁵

Insgesamt kann damit festgehalten werden, dass dieser weite Projektbegriff vor allem bei umfangreichen Unterhaltungsmaßnahmen auf der Grundlage vorliegender Planfeststellungen in FFH-Gebieten zu Problemen führen kann, insbesondere dann, wenn – wie häufig – die ursprüngliche Zulassungsentscheidung ohne Durchführung einer FFH-VP erfolgte.¹⁶ Insofern schränkt § 10 I Nr. 11b

¹¹ EuGH, Urt. vom 7.9.2004, – Rs. C-127/02 – „Muschelfischer“, Rdnr. 44.

¹² GA Tizzano, Schlussanträge vom 25.11.2005 – Rs. C-98/03 –, Rdnr. 37.

¹³ Vgl. auch GA in *Kokott*, Schlussanträge vom 29.1.2004 – Rs.C-127/02 –, Rdnr. 33 ff.

¹⁴ EuGH, siehe Fn. 11, Rdnr. 24 ff.

¹⁵ *Marzig / Willrich*, BNatSchG-Kommentar, 2003, § 34 Rdnr. 7.

¹⁶ Eindrucksvolles Beispiel: Die Ausführungen in der von der EG-Kommission vorgelegten Interpretation note on Estuaries (unveröffentlicht, Stand April 2005) und die

und c BNatSchG den Anwendungsbereich der FFH-VP dahingehend unzulässig ein, als diese Regelungen bestimmte Projekte außerhalb besonderer Schutzgebiete von der Prüfpflicht generell ausnehmen.¹⁷ Unzulässig ausgenommen sind gemäß § 10 I Nr. 11b i. V. m. § 18 BNatSchG des weiteren Projekte, die nicht die Gestalt oder Nutzung von Grundflächen oder den mit der belebten Bodenschicht in Verbindung stehenden Grundwasserspiegel ändern, gemäß § 10 Nr. 11c 1.Hs. BNatSchG nicht genehmigungsbedürftige Anlagen nach dem BImSchG sowie gemäß § 10 I Nr. 11c 2.Hs. BNatSchG nicht erlaubnis- oder bewilligungsbedürftige Gewässernutzungen nach dem Wasserhaushaltsgesetz.

b) FFH-Screening

Was das der eigentlichen FFH-VP vorausgehende Screening gemäß Art. 6 III 1 1. HS FFH-RL angeht, so kann auf die in Art. 4 II i. V. m. Anhang II UVP-RL¹⁸ vorgegebenen Kriterien zurückgegriffen werden.¹⁹ Die für die Durchführung des Vorhabens vorgesehenen Maßnahmen zur Schadensbegrenzung dürfen dabei aus Vorsichtsgründen noch nicht berücksichtigt werden.²⁰

c) Inhaltlicher Prüfungsmaßstab, „Erheblichkeitschwelle“

Nach Art. 6 III 1 FFH-RL erfordern nur Pläne oder Projekte, die ein besonderes Schutzgebiet „erheblich beeinträchtigen könnten“, eine FFH-VP. Insoweit wird mit Blick auf Art. 6 III 2 FFH-RL, wonach die zuständigen einzelstaatlichen Behörden unter Berücksichtigung der Ergebnisse der FFH-VP dem Plan bzw. Projekt nur zustimmen, wenn sie festgestellt haben, dass das Gebiet als

dortigen Ausführungen zu Unterhaltungsmaßnahmen im Rahmen strombaulicher Maßnahmen an Wasserstraßen: „With regard to ongoing (maintenance), activities, (...) the Court judgement made it clear, that such works would normally be considered to be plans or projects in the terms of the Directive and an assessment of their potential impacts would therefore normally be required as a precondition to the permitting process.“

¹⁷ EuGH, Urt. vom 10.1.2006, – Rs. C-98/03 –.

¹⁸ Richtlinie 85/337/EWG des Rates vom 27.6.1985 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten, ABl. EG Nr. L 175/40, geändert durch die Richtlinie 97/11/EG vom 3.3.1997, ABl. EG Nr. L 73/5 und durch die Richtlinie 2003/35/EG vom 26.5.2003, ABl. EG Nr. L 156/17.

¹⁹ EuGH, Urt. vom 7.9.2004 – Rs.C-127/02 – „Muschelfischer“, Rdnr. 42 mit Verweis auf Urt. vom 29.4.2004 – Rs. C-117/02 –, Kommission/Portugal.

²⁰ Europäische Kommission – GD Umwelt, Prüfung der Verträglichkeit von Plänen und Projekten mit erheblichen Auswirkungen auf NATURA-2000-Gebiete – Methodische Leitlinien zur Erfüllung der Vorgaben des Art. 6 III und IV der Habitatrichtlinie 92/43/EWG, 2001, 10.

solches nicht beeinträchtigt wird, zum Teil angenommen, dass sich das Merkmal der Erheblichkeit auf „das Gebiet als solches“ bezieht.²¹ Dem kann indes nicht gefolgt werden, da die FFH-VP nicht losgelöst von deren materiellem Ziel, nämlich der Errichtung des kohärenten europäischen ökologischen Netzes „NATURA 2000“, betrachtet werden darf. Insoweit sieht aber Art. 6 II FFH-RL vor:

„Die Mitgliedstaaten treffen die geeigneten Maßnahmen, um in den besonderen Schutzgebieten die Verschlechterung der natürlichen Lebensräume und der Habitate der Arten sowie Störungen von Arten, für die die Gebiete ausgewiesen worden sind, zu vermeiden, sofern solche Störungen *sich im Hinblick auf die Ziele dieser Richtlinien erheblich auswirken könnten.*“

Damit ist die Ausrichtung der FFH-RL auf die Vermeidung einer erheblichen Beeinträchtigung der für das Gebiet *maßgeblichen Erhaltungsziele* angesprochen. Folglich bezieht sich das Merkmal der Erheblichkeit nicht auf „das Gebiet als solches“, sondern auf die in ihm verfolgten Erhaltungsziele. Insoweit kommt es im Rahmen der Haupt-FFH-VP für das Vorliegen einer „erheblichen Beeinträchtigung“ allenfalls im Sinne eines ersten Anhaltspunktes oder einer tatsächlichen Vermutung – positiv wie negativ – darauf an, ob das Projekt bzw. der Plan das geschützte Gebiet unmittelbar flächenmäßig beansprucht. Vielmehr ist es allein entscheidend, ob die für das Gebiet maßgeblichen Erhaltungsziele im Hinblick auf die Wahrung oder die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustandes der vorkommenden natürlichen Lebensraumtypen des Anhangs I oder der Arten des Anhangs II bezogen auf das konkrete Gebiet und im Hinblick auf seine Funktion im Rahmen des Netzes „NATURA 2000“ erheblich negativ betroffen werden.²² Umgekehrt begründet der Umstand, dass der Plan bzw. das Projekt außerhalb des Gebietes verwirklicht wird, auch unter Berücksichtigung der im nationalen Zulassungsverfahren geltenden allgemeinen Vorschriften zur Minderung der Umweltwirkungen („Stand der Technik“) keine Vermutung dafür, dass keine erheblichen negativen Wirkungen auf das Gebiet eintreten werden.²³ Die Wendung „als solches“ in Art. 6 III 2 FFH-RL markiert vor

²¹ Zuletzt Gellermann, ZUR 2005, 581 (582 f.).

²² So auch Gain Kokott, siehe Fn. 13, Rdnr. 81: „Der Begriff der Erheblichkeit beschreibt ein Vergleichsmaß, hier das Verhältnis bestimmter Beeinträchtigungen zu einem Schutzgebiet. Das Schutzgebiet wird durch seine Erhaltungsziele definiert.“ Soweit Gellermann, ZUR 2005, 581 (583) der Passage „die Prüfung muss sich auf die Verträglichkeit des Planes oder des Projektes mit den für das Gebiet festgelegten Erhaltungszielen beziehen“ aus dem „Muschelfischer“-Urteil des EuGH entnehmen will, dass sich das Merkmal der Erheblichkeit auf das „Gebiet als solches“ bezieht, weil von einer Verträglichkeit nur gesprochen werden könne, wenn die Erhaltungsziele nicht (unabhängig von einer irgendwie gearteten Erheblichkeit) in negativer Weise berührt werden, kann dem allenfalls dann gefolgt werden, wenn man dasselbe enge Verständnis von „Verträglichkeit“ wie Gellermann verfolgt.

²³ Vgl. EuGH, Urt. vom 10.1.2006 – Rs. C-98 / 03 –, Kommission / BRD.

diesem Hintergrund keinen Flächenbezug, sondern bezieht sich auf den natur-schutzfachlichen Wert des Gebietes im Lichte der Erhaltungsziele.²⁴ Im Rahmen der Prüfung des Vorliegens erheblicher Beeinträchtigungen sind schließlich die unmittelbar auf die Ausgestaltung des Projektes oder Planes bezogenen bzw. die am Ort des Eingriffs mit vorgesehenen Schadensbegrenzungsmaßnahmen bei der Beurteilung der Frage mit einzubeziehen, ob effektiv eine erhebliche Beeinträchtigung vorliegt.²⁵

d) Gewissheit hinsichtlich des Ausgeschlossenseins der Beeinträchtigung

Die FFH-VP dient letztlich gemäß Art. 6 III 2 FFH-RL den zuständigen nationalen Behörden als Entscheidungshilfe dafür, ob ein besonderes Schutzgebiet erheblich beeinträchtigt wird. Bei der Auslegung des Art. 6 III 2 FFH-RL ist begrifflich zwischen materiell-naturschutzfachlichen („beeinträchtigt“) und epistemischen („festgestellt“) Begriffen zu unterscheiden. Fest steht, dass – im Hinblick auf den Vorsorgegrundsatz – Erkenntnisunsicherheiten zu Lasten des zu prüfenden Projektes bzw. Planes gehen. Hierbei verlangt die insoweit vom EuGH²⁶ geforderte „Gewissheit“ darüber, dass sich der Plan oder das Projekt nicht erheblich nachteilig auf das betreffende Gebiet mit seinen Erhaltungszielen auswirkt, keine absolute Sicherheit. Es ist nur gefordert, dass aus *wissenschaftlicher Sicht* kein *vernünftiger* Zweifel daran besteht, dass es keine solchen Auswirkungen gibt.²⁷ Das insoweit vom EuGH geforderte Abstellen auf das Schweigen vernünftiger Zweifel „aus wissenschaftlicher Sicht“ ist insbesondere dem deutschen Recht fremd. Kennzeichnend für das rechtmäßige Treffen einer Entscheidung ist im deutschen Recht die persönliche Überzeugung des Entscheidungsorgans.²⁸ Dieser in § 286 ZPO, § 261 StPO und § 108 I VwGO niedergelegte Grundsatz gilt im deutschen Rechtsstaat überall dort, wo es um – im weitesten Sinne – behördliche bzw. gerichtliche Tatsachenfeststellungen geht und damit auch im Verwaltungsverfahren.²⁹

²⁴ Dazu bereits Füßer, siehe Fn. 2, 462.

²⁵ BVerwG, Urt. vom 27.2.2003 – 4 A 59 / 01 –, zitiert nach juris, dort Rdnr. 31; Nds. OVG, Urt. vom 1.12.2004 – 7 LB 44 / 02 –, zitiert nach juris, dort Rdnr. 173.

²⁶ EuGH, Urt. vom 7.9.2004 – Rs. C-127 / 02 –, „Muschelfischer“, Rdnr. 59.

²⁷ EuGH, siehe Fn. 26, mit Verweis auf EuGH, Urt. vom 9.9.2003 – Rs. C-236 / 01 –, „gentechnisch veränderte Lebensmittel“.

²⁸ Siehe nur BGH, Urt. vom 26.10.1993 – VI ZR 155 / 92 –, NJW 1994, 801 (802); BGH, Beschl. vom 7.6.1979 – 4 StR 441 / 78 –, NJW 1979, 2318; Kuntze, in: Bader / Funke-Kaiser / Kuntze / von Albedyll, VwGO, 2. Aufl. 2002, § 108 Rdnr. 8.

²⁹ Engelhardt, in: Obermayer, VwVfG, 3. Aufl. 1999, § 24 Rdnr. 211, 215.

Was kann vor diesem Hintergrund sinnvollerweise mit dem Abstellen auf (nicht bestehende) „wissenschaftliche Zweifel“ gemeint sein? Wann sind wissenschaftliche Zweifel an der Aussage ausgeschlossen:

„Die baurechtlichen Wirkungen des Vorhabens V im Einwirkungsgebiet g hat nicht vermittelt des denkbaren Kausalnexus k auf die Population der Anhang II-Art α im Zeitraum n bis m eine bestandsmindernde Wirkung“?

Geht es hierbei um hinreichend erforschte deterministische Zusammenhänge, müsste das Urteil durch entsprechende Darlegungen auf der Grundlage der einschlägigen Naturgesetze – ggf.: Berechnungen – untermauert werden können. Was soll freilich gelten, wenn – wie im Bereich der Wirkungen zumal von Großvorhaben auf wildlebende Tiere und Pflanzen – bloß ungenaue Aussagen möglich sind, z. B. auf Grund von nur partiell erforschten Naturgesetzen oder erforschten stochastischen Zusammenhängen, die sich allenfalls in statistischen Aussagen wiedergeben lassen?

Naheliegender scheint zunächst eine gleichsam wissens- oder wissenschaftssoziologische Auflösung: Ein solcher Zweifel ist dann und nur dann ausgeschlossen, wenn sämtliche befragten kompetenten Fachbehörden und im Verfahren herangezogenen Wissenschaftler sich dahingehend äußern, sie hielten eine entsprechende kausale Wirkungskette zwar für vorstellbar, praktisch aber für real ausgeschlossen bzw. gänzlich unwahrscheinlich, und sich auch in der betreffenden Wissenschaft keine andere Äußerungen finden, die die praktische Wirksamkeit des in Rede stehenden Kausalmechanismus ernsthaft behaupten. Freilich ist dieses Kriterium äußerst vage und kann in verschiedener Weise interpretiert werden: Wer zählt als „kompetentler“ Wissenschaftler, nur solche mit Publikationen zum Thema, institutioneller Verankerung an einem (wie?) anerkannten Fachinstitut etc? Was genau ist gemeint, wenn gesagt wird, entsprechende Wirkungen seien „real ausgeschlossen“ bzw. „kaum denkbar“?

Was das erstgenannte Problem angeht, wäre genauer der Frage nachzugehen, wie innerwissenschaftlich gleichsam die Spreu vom Weizen getrennt wird. So ist bspw. nicht jede Publikation in einer Fachzeitschrift, die – zum Beginn der Anhörung für ein umstrittenes Großvorhaben: den Gegnern wohlfeil – Behauptungen über entsprechende Wirkbeziehungen enthält oder in den Raum stellt, ohne weiteres geeignet, entsprechende wissenschaftliche Zweifel zu begründen.³⁰

³⁰ Hier wäre ein Ausflug in die Wissenschaftssoziologie und ein Blick darauf hilfreich, wie innerhalb der jeweiligen Wissenschaft die wissenschaftliche Spreu vom Weizen getrennt, durch peer-Review (von Veröffentlichungen), Fördermittelvergabe (für Forschungsprojekte) entschieden wird, wer als „anerkannt“ und wer als „Außenreiter“ gilt, welche Thesen als „Stand der Wissenschaft“ und welche als „haltlose Spekulation“ zu gelten haben.

Was die letztgenannte Frage angeht, ist es lohnend, der Herkunft der vom EuGH verwendeten Formel näher nachzugehen: Das Abheben des EuGH auf eine wissenschaftliche – und damit verstärkt objektivierbare – Sicht entstammt offenbar dem skandinavischen Recht; denn der EuGH verweist in seinem „Muschelfischer“-Urteil auf eine Entscheidung vom 9. September 2003 in der Rechtssache – C-236/01 – („gentechnisch veränderte Lebensmittel“), die sich wiederum an ein Urteil des EFTA-Gerichtshofs vom 5. April 2001 anlehnt.³¹ Die EFTA und somit auch deren Gerichtshof sind aber weitgehend vom skandinavischen Recht geprägt. Ein Abheben auf die persönliche Überzeugung des Entscheidungsorgans kennt das skandinavische Recht nicht, vielmehr wird die Entscheidung in der Tatfrage, also die rechtsverbindliche Feststellung von Tatsachen, als reines Wahrheitsurteil angesehen.³² Das beruht auf der Erkenntnis, dass der Beweis als Rekonstruktion historischer Vorgänge die Wahrheit nie wird zu Tage fördern können, sondern die „Wahrheit“ streng genommen nur ein mit dem höchsten Grad von Wahrscheinlichkeit identischer Grenzwert ist. Deshalb ist es nicht Aufgabe der im Rechtsstaat geforderten freien Beweiswürdigung, zur Überzeugung davon zu führen, was Wahrheit ist, sondern auf Grund einer Wahrscheinlichkeitsrechnung das Vorliegen relevanter Fakten zu beurteilen.³³ In diesem Rahmen hat die zur Entscheidung berufene Person frei zu entscheiden, ob der für einen Beweis erforderliche Wahrscheinlichkeitsgrad erbracht ist. Der höchste Grad an Wahrscheinlichkeit – im schwedischen Recht „uppenbart“, wortwörtlich übersetzt: „offenbar“ – könnte dabei dem in der deutschen Rechtsprechung und Lehre verwendeten „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ entsprechen.³⁴ Ob wirklich genau dieser Maßstab vom EuGH gemeint ist, lässt sich angesichts der sehr kryptischen Hinweise im Muschelfischer-Urteil nicht mit letzter Sicherheit feststellen. Es spricht aber alles dafür, dass das erforderliche Maß an Sicherheit jedenfalls deutlich über die Behauptung hinausgeht, man sei sich seiner Sache mit bloß „überwiegender Wahrscheinlichkeit“ sicher. Richtigerweise dürfte das „Ausgeschlossensein wissenschaftlicher Zweifel“ mit einer „ganz überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ zu übersetzen sein.

Wie lässt sich praktisch prüfen, ob die anerkannten Wissenschaftler oder Fachinstitutionen erhebliche Beeinträchtigungen mit diesem Gewissheitsgrad ausschließen können? Meines Erachtens scheint insofern der Rückgriff auf Überlegungen der modernen Wissenschaftstheorie sinnvoll, deren Praktikabilität sich alljährlich im Rahmen der Versicherungswirtschaft und der ihr zuarbeitenden

³¹ Siehe EuGH, Urt. vom 9.9.2003 – Rs. C-236/01 – „gentechnisch veränderte Lebensmittel“, Rdnr. 106.

³² Vgl. Huber, Das Beweismaß im Zivilprozess, 1983, 26.

³³ Vgl. Huber, siehe Fn. 32.

³⁴ Vgl. Huber, siehe Fn. 32, 28.

ten Versicherungsmathematik erweist: Nach einer verbreiteten Ansicht³⁵ lassen sich Aussagen, die den Eintritt oder Nicht-Eintritt von bestimmten Ereignissen mit Worten wie „praktisch sicher“ oder ähnlichen Ausdrücken voraussagen, in Wahrscheinlichkeitsurteile übersetzen³⁶. Die Stärke der durch den Ausdruck vermittelten Sicherheit der Aussage lässt sich dann als Wahrscheinlichkeitsausgabe dahingehend interpretieren, dass bei einem vielfach – z. B. 1.000.000-mal – wiederholten Versuch das Ereignis allenfalls in einer sehr geringen Anzahl von Fällen eintreten würde; die skandinavische Rechtstradition liegt insbesondere ganz auf der Linie moderner Wissenschaftstheorie. Versicherungen nutzen diese Überlegung für die Kalkulation ihrer Prämien für die Versicherung des Eintritts eines bestimmten Ereignisses, des versicherten „Risikos“. Die Prämie stellt letztlich – vereinfacht – nichts anderes als den auf lange Sicht gemittelten mittleren Schaden dar, der sich aus dem Eintreten des Risikos bei angenommenem (geschätzter) Wahrscheinlichkeit ergibt. Der Sache nach stellen Versicherungen damit Wetten aus, wetten nämlich – ihr Streben nach Erzielung von Gewinn unterstellt – gegen ihre Kunden darauf, dass die reale mittlere Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts jedenfalls nicht höher ist als diejenige, die der Kalkulation der Prämie zugrunde liegt. In ähnlicher Weise könnte auch die Frage operationalisiert werden, wie sicher ein anerkannter Wissenschaftler sich seiner Aussage über den Eintritt oder Nicht-Eintritt eines bestimmten Ereignisses (ggf. abhängig von einer bestimmten Handlung oder der Realisierung eines bestimmten Vorhabens) ist: Mit je ungünstigerer Quote er mit dem Einsatz eigener Mittel zu wetten bereit wäre, dass das betreffende Ereignis eintritt (oder nicht eintritt), desto sicherer ist er erkennbar hinsichtlich des angenommenen Maßes an Eintritts- (bzw. Nichteintritts-) Wahrscheinlichkeit. Die Bereitschaft zum Abschluss von Wetten grundsätzlich unterstellt, würde ein Wissenschaftler, der bloß mit einer Quote knapp über „1:1“ auf den Eintritt (oder Nichteintritt) des interessierenden Ereignisses zu wetten bereit ist, deutlich machen, dass er gerade einmal von einer „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ ausgeht³⁷. Je deutlicher sich seine Aussagen der Sicherheit anerkannter deterministischer Na-

³⁵ Grundlegend *Hempel*, Aspekte wissenschaftlicher Erklärung, 1977, S. 67 ff.

³⁶ Obgleich dieses vor allem in der Versicherungsmathematik für sich erkannte Vorgehen im deutschen Recht auf Grund des Abhebens auf die persönliche Überzeugung des Entscheidungsorgans auf den ersten Blick eher systemfremd erscheint, hat das mathematische Ermitteln der Eintrittswahrscheinlichkeit eines bestimmten Erfolges auch in der deutschen Rechtsprechung bereits vereinzelt Platz gefunden, siehe beispielsweise OVG NRW, Ur. vom 1.10.2001 – 20 A 1945/99 –, zitiert nach juris, dort insbes. Rdnr. 117; OVG HH, Ur. vom 22.3.2000 – 5 Bf 22/96 –, DVBl. 2000, 1868; Hess VGH, Ur. vom 25.3.1997 – 14 A 3083/89 –, zitiert nach juris, dort Rdnr. 161 ff.

³⁷ Hierzu OVG HH, Ur. vom 22.3.2000 – 5 Bf 22/96 –, zitiert nach juris, dort Rdnr. 62 f., wonach eine bei numerischer Betrachtung gegebene Eintrittswahrscheinlichkeit von 30% noch keine überwiegende Wahrscheinlichkeit darstellt; ausdrücklich offen lassend, ob eine überwiegende Wahrscheinlichkeit eine statistische Eintrittswahrscheinlichkeit von mehr als 50% voraussetzt (!).

turgesetze annähern, müsste sich seine Bereitschaft erhöhen, mit immer ungünstigeren Quoten zu wetten.³⁸ Die Parallele zu einer probabilistischen Formulierung für die Annahme eines „Restrisikos“ liegt auf der Hand.

Alles in allem bedeutet dies, dass nach der Rechtsprechung des EuGH bei Urteilen über den Eintritt erheblicher Beeinträchtigungen der wissenschaftliche Wissens- und Methodenstand berücksichtigt werden muss, was die Berücksichtigung wissenschaftlicher Mindermeinungen nicht ausschließt. Entscheidend sind dabei die im Zeitpunkt der Prüfung verfügbaren Erkenntnismittel; wissenschaftliche Grundlagenforschung im Rahmen von Zulassungsverfahren ist aber nicht erforderlich.³⁹ Erkenntnislücken geben insoweit zwar grundsätzlich zu Lasten des Vorhabens, können aber durch einen Rückgriff auf Erfahrungen geschlossen werden. Diese Erfahrungen müssen nicht „bis ins Letzte“ explizierbar sein. Trotz erheblicher Erkenntnisdefizite insbesondere zur Autoökologie vieler der in Anhang II der FFH-RL genannten geschützten Tier- und Pflanzenarten ist es daher für die verlangte „Gewissheit“ als hinreichend anzusehen, wenn die im maßgeblichen Fachgebiet anerkannten Sachverständigen bzw. die Vertreter einer für die zu beurteilende Frage kompetenten Behörde, auf deren Urteil die zur FFH-VP verpflichtete Behörde sich stützt, mit einer – für sie – ungünstigen Quote darauf wetten würden, dass die für eine erhebliche Beeinträchtigung maßgeblichen abiotischen Faktoren bzw. biologischen Wirkzusammenhänge nicht auftreten werden. Hierbei reicht es, wenn sie auf der Basis des vorhandenen Wissensstandes im Fachgebiet und ihres einschlägigen Erfahrungswissens einschließlich möglicher Analogeschlüsse aus der Beurteilung anderer Fälle verbal-argumentativ ihre dahingehende Zweifelsfreiheit darlegen können; eine „streng naturwissenschaftlich-mathematische Ableitung“ ist nicht erforderlich.⁴⁰

e) Alternativenprüfung

Fällt die FFH-VP negativ aus, so schließt sich – wie Art. 6 IV 1 FFH-RL entnommen werden kann – die Prüfung möglicher Alternativen für das Vorhaben an. Hierbei kann als gesichert gelten, dass die gemäß Art. 6 IV 1 FFH-RL vorgegebene Alternativenprüfung zu Lasten des Vorhabenträgers sich zwar –

³⁸ Man verdeutliche sich das an folgendem Beispiel: Die Wette darüber, wann am nächsten Morgen spätestens am östlichen Horizont an einem gegebenen Ort die Sonne sichtbar werden wird („Sonnenaufgang“), müsste von einschlägig kundigen Wissenschaftlern mit einer zu ihren Lasten potentiell gegen Unendlich konvergierenden Quote angenommen werden, glauben sie nicht zugleich an göttlichen Eingriff („Wunder“), die Veränderung der Naturgesetze durch Extraterrestrische (unvergleichlich dazu *Levi*, Die neue Kosmogonie, in: ders., Nacht und Schimmel, 1976, S. 137 ff.) oder ähnliches.

³⁹ Nds. OVG, siehe Fn. 25, Rdnr. 184.

⁴⁰ So auch für das nationale Recht: OVG NRW, siehe Fn. 36.

wie im allgemeinen Fachplanungsrecht anerkannt – an den vom Vorhabenträger vorgegebenen Planungszielen orientiert, die aber – insofern abweichend – durchaus den Verweis des Vorhabenträgers auf Vorhabens-, Trassen- oder Ausführungsalternativen mit geringeren Eingriffen in NATURA-2000-Gebiete zulässt, wenn damit nur geringfügige Einbußen bei der Zielerreichung verbunden sind.⁴¹ Im Übrigen können denkbare Alternativen außer Betracht bleiben, wenn sie auch unter Beachtung des gemeinschaftsrechtlich anerkannten Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf die erstrebte Vermeidung von Beeinträchtigungen hinsichtlich technischen Aufwands und dafür aufzuwendender Kosten völlig außer Verhältnis stehen.⁴²

f) „Zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses“

Des Weiteren steht fest, dass im Rahmen der Rechtfertigung einer erheblichen und auch alternativlosen Beeinträchtigung die hierfür angeführten Argumente als „zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses“ im Sinne des Art. 6 IV UAbs. 1 FFH-RL einer gesicherten Prognosebasis auf der Grundlage des der Genehmigungsbehörde verfügbaren fachwissenschaftlichen Wissens bedürfen.⁴³ Bezüglich der eine erhebliche Beeinträchtigung eines Gebietes im Hinblick auf die dortigen Vorkommnisse von prioritären Lebensraumtypen oder prioritären Arten rechtfertigenden Erwägungen im Zusammenhang mit der Gesundheit des Menschen und der öffentlichen Sicherheit oder im Zusammenhang mit maßgeblichen günstigen Auswirkungen für die Umwelt im Sinne von Art. 6 IV UAbs. 2 FFH-RL bedürfen indes einer besonders gesicherten Erkenntnisbasis, insbesondere wenn es nicht unmittelbar um den Schutz von Leib und Leben bzw. anderen der genannten Zwecke dienende Maßnahmen geht, sondern entsprechende Vorteile nur mittelbar erreicht werden sollen.⁴⁴

Schließlich kann als gesichert gelten, dass im Falle der erheblichen – alternativlosen – Beeinträchtigung von gemäß Art. 7 FFH-RL „übergeleiteter“ Vogel- schutzgebieten gemäß Art. 4 I Vogelschutzrichtlinie („VSR-RL“)⁴⁵ sämtliche

⁴¹ BVerwG, Urt. vom 17.5.2002 – 4 A 28 / 01 –, ZUR 2003, 22 (23).

⁴² BVerwG, Urt. vom 27.1.2000 – 4 C 2 / 99 –, BVerwGE 110, 302 (310 f.); möglicherweise a. A.: Europäische Kommission – GD Umwelt, Prüfung der Verträglichkeit von Plänen und Projekten mit erheblichen Auswirkungen auf NATURA-2000-Gebiete – Methodische Leitlinien zur Erfüllung der Vorgaben des Art. 6 II und IV der Habitat-Richtlinie 92 / 43 / EWG, November 2001, Ziff. 3.3.1.

⁴³ Vgl. nur Europäische Kommission, siehe Fn. 42.

⁴⁴ Vgl. BVerwG, Urt. vom 21.1.2000 – 4 C 2 / 99 –, BVerwGE 110, 302 ff.

⁴⁵ Richtlinie 79 / 409 / EWG des Rates vom 2.4.1979 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten, ABl. EG L 103, 1; zuletzt geändert durch Richtlinie 97 / 49 / EG vom 29.7.1997, ABl. EG L 223, 9.

„FFH 3.2.“: Neues zur FFH-Verträglichkeitsprüfung

Vogelarten wie nicht prioritäre Arten im Sinne des Anhangs II FFH-RL zu behandeln sind.⁴⁶

g) *Regelung der Kohärenzmaßnahmen*

Lässt sich eine erhebliche – alternativlose – Beeinträchtigung eines besonderen Schutzgebietes gemäß Art. 6 IV FFH-RL rechtfertigen, so ist unbedingte Rechtsfolge dieses gerechtfertigten Eingriffs der Kohärenzausgleich. Geklärt ist in diesem Zusammenhang, dass Kohärenzmaßnahmen geeignet sein müssen, funktional die durch den erheblichen Eingriff bewirkte Schädigung des Netzes „NATURA 2000“ auszugleichen, wobei hinsichtlich der Tauglichkeit der Kompensationsmaßnahmen die Wahrung der Funktionsfähigkeit des beeinträchtigten Gebietes maßgebend ist.⁴⁷

h) *Fehlerhafte Prognosen*

Schließlich sei noch erwähnt, dass im Hinblick auf nachträglich als fehlerhaft erwiesene Prognosen über – vermeintlich – bloß unerhebliche Beeinträchtigungen durch ein Projekt oder einen Plan bzw. – insbesondere in Bezug auf Vor-schädigungen durch vor Geltung des Art. 4 V i. V. m. Art. 6 III FFH-RL – „be-standgeschützte“ Maßnahmen mit nachteiligen Auswirkungen auf NATURA-2000-Gebiete eine ergänzende Verpflichtung des Mitgliedstaates gemäß Art. 6 II FFH-RL zu entsprechenden Sanierungsmaßnahmen bestehen kann.⁴⁸

2. Offene Rechtsfragen

Diskussionsoffen sind hingegen nach dem derzeitigen Stand insbesondere der Rechtsprechung des EuGH im Hinblick auf die FFH-VP die folgenden Fragen:

a) *Die so genannte Summationsprüfung*

Fraglich ist zunächst, wie weit der im Rahmen der gemäß Art. 6 III I FFH-RL vorgegebenen Summations- bzw. Kumulationsprüfung – „Pläne oder Projekte, (...) die ein solches Gebiet jedoch einzeln oder im Zusammenwirken mit

⁴⁶ NdsOVG, Urt. vom 1.12.2004 – 7 LB 44 / 02 –, zitiert nach juris, dort Rdnr. 137 ff.

⁴⁷ Zum Ganzen siehe Köck, ZUR 2005, 466 (468 ff.).

⁴⁸ Vgl. insbesondere EuGH, Urt. vom 7.9.2004 – Rs. C-127 / 02 – „Muschelfischer“.

anderen Plänen und Projekten erheblich beeinträchtigen könnten“ – zu berücksichtigende Kreis „anderer Pläne und Projekte“ insbesondere in zeitlicher Hinsicht zu ziehen ist. Hierbei spricht einiges dafür, dass dies nur solche Maßnahmen sein können, die ihrerseits – insbesondere in zeitlicher Hinsicht – in den Anwendungsbereich von Art. 6 III 1 FFH-RL fallen, so dass sämtliche Maßnahmen, die genehmigt und durchgeführt wurden, bevor der Auswahlprozess gemäß Art. 4 II FFH-RL abgeschlossen wurde und die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung (Art. 4 III FFH-RL) im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften veröffentlicht wurde, nicht mit eingestellt werden müssen. Die Frage, wie der Genehmigung bzw. Durchführung solcher Maßnahmen im Rahmen der Sanierungsverpflichtung gemäß Art. 6 II FFH-RL Rechnung zu tragen ist⁴⁹, stellt sich dann unabhängig davon; denn auch nach Auffassung des EuGH ist insoweit strikt zwischen der aus Art. 6 II FFH-RL fließenden allgemeinen Pflicht zum Schutz der besonderen Schutzgebiete vor Verschlechterung und der besonderen Pflicht zur Durchführung einer FFH-VP gemäß Art. 6 III 1 FFH-RL zu unterscheiden.

Das darf indes nicht darüber hinwegtäuschen, dass Vorbelastungen des Gebietes generell zu berücksichtigenden sind und als Beschreibung des Ist-Zustandes in die in der UVP zu formulierende „Null-Variante“ eingehen, vor deren Hintergrund die spezifischen Wirkungen des zu prüfenden Projektes oder Plans zu prüfen sind. Dies schließt abgeschlossene Vorhaben aus der Vergangenheit ein.⁵⁰

Fraglich ist auch, ob bei der Summationsprüfung im Sinne des Prioritätsprinzips sich die Betrachtung anderer Pläne und Projekte unter Summationsgesichtspunkten auf solche Maßnahmen beschränken kann, die nach dem nationalen Verfahrensrecht als vorrangig gelten und auf die Berücksichtigung anderer – nachrangiger und in diesem Sinne bloß „beabsichtigter“ – Pläne und Projekte deshalb verzichtet werden kann, weil diese ihrerseits entsprechende Kumulationswirkungen zu berücksichtigenden haben.

b) Details zur Alternativenprüfung

Eine ganze Reihe ungeklärter Fragen ergeben sich auch hinsichtlich der Alternativenprüfung nach Art. 6 IV 1 FFH-RL, insbesondere deshalb, weil bislang Aussagen des EuGH zur Methodik der Alternativenprüfung fehlen. Fraglich ist zunächst, ob die Alternativenprüfung auch so genannte „Systemalternativen“ bzw. bei Infrastrukturvorhaben mit Bedeutung über den Mitgliedstaat hinaus großräumige Standortalternativen einschließt und / oder die Verfolgung

zumindest kleinräumiger wirtschaftspolitischer Zielsetzungen – im Sinne des im Rahmen der Planfeststellung gängigen Verweises auf regionalwirtschaftliche Zielstellungen am Ort der Maßnahme – ausgeschlossen oder nur unter gestreigten Voraussetzungen zulässig ist.⁵¹

Ähnliche Zweifel gelten hinsichtlich einer möglichen räumlichen Beschränkung der Alternativenprüfung bei der Bauleitplanung auf den Bereich der jeweiligen Kommune. Meines Erachtens zweifelhaft hat der Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz⁵² insoweit judiziert, dass sich die Alternativenprüfung bei der Bauleitplanung grundsätzlich nur auf das jeweilige Gemeindegebiet beziehen kann, weil der Kommune darüber hinaus – von dem Abschluss eines städtebaulichen Vertrages oder der Bildung eines Planungsverbandes abgesehen – keine Planungsmöglichkeiten offen stünden. Ein vergleichbares Problem stellt sich bei großen Infrastrukturvorhaben mit gesamturopäischer Bedeutung: Erstreckt sich hier der Suchraum für mögliche Alternativlösungen über die Grenzen des jeweiligen Mitgliedsstaates hinaus („Hubs“ im Bereich von Flugverkehr, Seeschifffahrt)?

Des Weiteren ist unklar, wie im Einzelnen methodisch vorzugehen ist, wenn alle bzw. mehrere der zur Zielerreichung verfügbaren Alternativen mit erheblichen Beeinträchtigungen von NATURA-2000-Gebieten verbunden sind. Methodisch können solche Problemlagen derzeit nur verbal-argumentativ unter Berücksichtigung der für den Grad der Erheblichkeit allgemein maßgeblichen Topoi bewältigt werden. Vor diesem Hintergrund wäre die Entwicklung entsprechender Bewertungsschemata zumindest im Sinne einer ordinalen Skalierung durchaus wünschenswert.⁵³

c) Details hinsichtlich der Rechtfertigung

In Bezug auf die zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses im Sinne des Art. 6 IV FFH-RL ist fraglich, ob bzw. unter welchen (weiteren) Voraussetzungen kommunale oder regionale Zielstellungen bzw. zeitlich begrenzte Zielstellungen als *überwiegende* bzw. unmittelbar privatnützige Vorhaben als *öffentliche* Interessen gelten können. Laut dem Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz können auch nur kommunale Zielstellungen wie städtebauliche Planungsanliegen einer Gemeinde zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses darstellen, „wenn sie nur von hinreichendem Gewicht

⁵¹ In diese Richtung: Europäische Kommission, siehe Fn. 42.

⁵² VerfGH Rh-Pf, Urt. vom 11.7.2005 – VGH N 25/04 –, S. 25.

⁵³ Insoweit instruktiv: *Mittler-Pfannenstiel / Wächter / Günnewig*, NuL 2005, 150 (154 ff.).

⁴⁹ Dazu bereits oben III.1.h).

⁵⁰ Ausführlich dazu *Füller*, siehe Fn. 2, 463.

sind“.⁵⁴ Auch können nach dem so genannten Boxberg-Urteil des Bundesverfassungsgerichtes⁵⁵, nach dem selbst eine Enteignung für privatnützige Vorhaben nicht von vornherein ausgeschlossen ist, aus nationalem Blickwinkel durchaus unmittelbar privatnützige Vorhaben als öffentlichen Interessen dienend angesehen werden. Das gilt umso mehr, als das Bundesverwaltungsgericht in seinen Schönfeld-Urteilen⁵⁶ ausgeführt hat, dass der streitgegenständliche Flughafenbau die Qualität von Gemeinwohlerfordernissen, die eine Enteignung nach Art. 14 III 1 GG rechtfertigen, und damit zugleich auch *die zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses im Sinne des Art. 16 I lit. c) FFH-RL* erfüllen.⁵⁷ Ob sich diese Sichtweise auch auf europäischer Ebene etabliert, lässt sich derzeit jedoch nicht mit Sicherheit sagen.

d) Anforderungen an Kohärenzmaßnahmen

Hinsichtlich des nach Art. 6 IV 1 FFH-RL für gerechtfertigte erhebliche, alternativen Beeinträchtigungen vorzunehmenden Kohärenzausgleichs ist unklar, welche Anforderungen in sachlicher und zeitlicher Hinsicht an die zwingend mit einem gerechtfertigten Eingriff verbundenen Kohärenzmaßnahmen zu stellen sind und ob – und wenn ja: unter welchen Voraussetzungen – die Zulässigkeit eines Planes bzw. Projektes in Betracht kommt, wenn hinreichende Kohärenzmaßnahmen nicht möglich sind. Für die Zulässigkeit von Vorhaben auch bei Unmöglichkeit eines Kohärenzausgleichs spricht, dass der Kohärenzausgleich eine Folgepflicht und keine Tatbestandsvoraussetzung für die Durchführung eines Planes bzw. Projektes ist.⁵⁸ Dem wird jedoch entgegengehalten, dass der Kohärenzausgleich lediglich Flexibilität schaffen soll, ohne den Grundsatzanspruch an „NATURA 2000“ aufzugeben, was aber im Wege der Aushöhlung bei Zulassung von Projekten ohne den notwendigen Ausgleich durchaus geschehen könnte.⁵⁹

Fraglich ist auch, ob die Festsetzung von Kohärenzmaßnahmen nach Art. 6 IV FFH-RL im Planfeststellungsverfahren gemäß § 74 III VwVfG verlangt werden kann. Das Bundesverwaltungsgericht scheint dies zu bejahen.⁶⁰

⁵⁴ VerfGH Rh-Pf, siehe Fn. 52.

⁵⁵ BVerfG, Urt. vom 24.3.1987, – 1 BvR 1046 / 85 –, zitiert nach juris.

⁵⁶ Urt. vom 16.3.2006, – 4 A 1075 / 04 –, – 4 A 1073 / 04 –, – 4 A 1078 / 04 –.

⁵⁷ Siehe nur BVerwG, Urt. vom 16.3.2006, – 4 A 1075 / 04 –, zitiert nach juris, dort Rdnr. 566.

⁵⁸ *Dürner*, NuR 2001, 601 (609).

⁵⁹ *Köck*, siehe Fn. 47, S. 468 f.

⁶⁰ BVerwG, Beschl. vom 31.1.2006 – 4 B 49 / 05 –, NVwZ 2006, 823 (826).

e) Der Schutz „potentieller“ FFH-Gebiete

Was schließlich die – freilich nicht unmittelbar mit der FFH-VP zusammenhängende, aber dennoch auch insofern nicht unbedeutende – Frage angeht, welchen Schutz die Gebiete genießen, die als Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung betrachtet werden könnten bzw. die bereits von den Mitgliedstaaten gemäß Art. 4 I FFH-RL an die Kommission gemeldet wurden, aber noch nicht von der Kommission in die von ihr zu erstellende Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung aufgenommen worden sind, so ist trotz des jüngst auf einen Vorlagebeschluss des BayVGH im ergangenen Urteils des EuGH⁶¹ nach wie vor keine abschließende, rechtlich und rechtspolitisch haltbare Klärung erfolgt. Insbesondere bleibt weiterhin ungeklärt, ob die so genannte Vorwirkungsrechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ganz oder teilweise überdacht werden muss. Hierbei sprach nach dem „Dragaggi“-Urteil des EuGH⁶², wonach die Mitgliedstaaten nach der Richtlinie lediglich verpflichtet seien, „geeignete“ Schutzmaßnahmen zur Wahrung bereits gemeldeter Gebiete zu ergreifen, vieles dafür, dass entsprechende „Vorwirkungen“ nur insofern in Betracht kommen, als Maßnahmen, die nach der Gebietsmeldung gemäß Art. 4 I FFH-RL durch den Mitgliedstaat vorgenommen oder genehmigt werden, im Sinne des vom Bundesverwaltungsgericht für alle so genannten potentiellen FFH-Gebiete postulierten Grundschatzes (nur) darauf hin überprüft werden müssen, ob sie das gemeldete Gebiet so wesentlich verschlechtern, dass es nicht – oder nur noch mit unverhältnismäßigem Wiederherstellungsaufwand – ermessenskonform gemäß Art. 4 II FFH-RL in das Netz „NATURA 2000“ integriert werden kann. Entgegen der Ansicht des Bundesverwaltungsgerichtes müssen aber für nicht gemeldete Gebiete außer in Fällen erkennbar höchst schutzwürdiger Gebiete („nationales ökologisches Tafelsilber“) nach richtiger Auffassung keinerlei entsprechende Überlegungen angestellt werden.⁶³

Jedenfalls sicher schien in Fällen, in denen entsprechende Gebiete bereits gemeldet, aber noch nicht in die Liste der Kommission aufgenommen sind, eine vorsorgliche Anwendung der Art. 6 III, IV FFH-RL.⁶⁴ Insofern hat der EuGH⁶⁵

⁶¹ Urt. vom 14.9.2006, – Rs. C-244 / 05 –.

⁶² Urt. vom 13.1.2005, – Rs. C-117 / 03 –, „Dragaggi“.

⁶³ *Füßler*, NVwZ 2005, 628 ff.; daran anschließend *derselbe*, ZUR 2005, 458 ff.; *da-gegen Gellermann*, ZUR 2005, 581 ff.; *Klooth / Louis*, NuR 2005, 438 ff.; *Louis / Schumacher*, NuR 2005, 770 ff.; offen gelassen in BVerwG, Beschl. vom 7.9.2005 – 4 B 49 / 05 –, NUR 2006, 38 ff. („A380-Wartungshalle“); bestätigt durch Beschl. in selber Sache v. 31.1.2006 – 4 B 49 / 05 –, NVwZ 2006, 823 ff.

⁶⁴ BVerwG, siehe Fn. 63; ähnlich *Louis / Schumacher*, siehe Fn. 63, jeweils mit Verweis auf ein Schreiben der EG-Kommission v. 24.5.2005; im Übrigen auch *GA Geel-hoed*, Schlussanträge v. 18.5.2006, – Rs. C-244 / 05 –, Rdnr. 34.

⁶⁵ EuGH, Urt. vom 14.9.2006, – Rs. C-244 / 05 –.

jedoch geurteilt, dass die Kommission Gewissheit darüber haben müsse, dass sie über ein umfassendes Verzeichnis der als besondere Schutzgebiete in Betracht kommenden Gebiete verfügt, da aus diesen ein kohärentes europäisches ökologisches Netz errichtet werden solle und daher die von den Mitgliedstaaten ausgewählten Gebiete in dem Moment, in dem die von der Kommission zu treffende Entscheidung ergeht, die Situation widerspiegeln müsse, die den wissenschaftlichen Beurteilungen der potentiellen Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung zugrunde lag. Die Mitgliedstaaten dürften daher keine Eingriffe zulassen, die „die ökologischen Merkmale eines als FFH-Gebiet in Betracht kommenden Gebiets ernsthaft beeinträchtigen“ könnten.⁶⁶ Von einer entsprechenden Anwendung auch des Art. 6 IV FFH-RL ist nicht die Rede, was auf die Annahme eines absoluten Verschlechterungsverbot hindeutet.

Bedenkt man, dass bereits nach dem Zeitplan, wie er von der FFH-RL aufgestellt wird, der Kommission drei Jahre eingeräumt werden, um anhand der Vorschläge der Mitgliedstaaten eine Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung zu erstellen, die in „NATURA 2000“ aufgenommen werden, so ist dies unhaltbar; denn damit würden im Ergebnis auf Jahre hin eine ganze Reihe auch ökologisch unter Umständen höchst bedeutsamer Flächen jeglicher Verfügbarkeit entzogen. Das ist nicht nur politisch untragbar⁶⁷, sondern auch rechtlich problematisch, da gemäß Art. 2 III FFH-RL die auf Grund dieser Richtlinie getroffenen Maßnahmen auch den Anforderungen von Wirtschaft, Gesellschaft und Kultur sowie den regionalen und örtlichen Besonderheiten Rechnung zu tragen haben. Soweit der Europäische Gerichtshof betont, dass bei einer Veränderung der in Frage kommenden Gebiete die Gefahr einer Verfälschung des gemeinschaftlichen Entscheidungsprozesses bestünde, weil dann der Kommission unter Umständen nicht mehr zutreffende Daten vorlägen, kann dem Rechnung getragen werden, indem sich die Kommission (regelmäßig) bei den Mitgliedstaaten über den Zustand der gemeldeten und aus ihrer Sicht für die Aufnahme in die Gemeinschaftsliste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung geeigneten Gebiete informiert.

Hinsichtlich der Frage, welches Schutzregime für noch nicht gemeldete, aber als Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung möglicherweise in Betracht kommende Gebiete gelten soll, hat der EuGH sich auch in seiner neueren Entscheidung – dies wäre in einem *obiter dictum* durchaus möglich gewesen – nicht geäußert.

⁶⁶ EuGH, siehe Fn. 65, Rdnr. 46.

⁶⁷ Was das angeht, sprach Bundesumweltminister Gabriel erst jüngst anlässlich der Verteilung des Deutschen Umweltpreises am 29.10.2006 davon, dass die Ökonomen ökologischer, aber andererseits auch *die Ökologen ökonomischer* denken müssen.

IV. Exemplarbezogener Artenschutz

Einige Neuerungen haben sich auch im Bereich des exemplarbezogenen Artenschutzes ergeben. Der Europäische Artenschutz ist in Art. 12, 13 und 16 FFH-RL und Art. 5-7 sowie 9 VS-RL geregelt. Diese Vorschriften sehen ein strikt einzuhaltendes Verbot bestimmter Handlungen und einzelfallbezogene Ausnahmen von diesen Verböten – sofern die dafür vorgesehenen materiellen Voraussetzungen vorliegen – vor. Am weitestreichenden und strengsten sind dabei die Artenschutzregelungen der Vogelschutzrichtlinie. So schreibt Art. 5 VS-RL unter anderem vor, dass die Mitgliedstaaten Regelungen zu treffen haben, die die absichtliche Zerstörung oder Beschädigung von Nestern und Eiern und die Entfernung von Nestern sowie – sofern sich das auf die Zielsetzung der Vogelschutzrichtlinie erheblich auswirkt – ein absichtliches Stören, insbesondere während der Brut- und Aufzuchtzeit verbieten. Die Verbote des Art. 5 VS-RL gelten für sämtliche europäische Vogelarten, also nicht nur für die in Anhang I der Vogelschutzrichtlinie gelisteten Arten. Vor diesem Hintergrund verwundert es, dass die Ausnahmeregelung in Art. 9 VS-RL trotz der Regelung des Art. 2 VS-RL, wonach die Maßnahmen des europäischen Naturschutzrechts auch den Anforderungen von Wirtschaft, Gesellschaft und Kultur Rechnung zu tragen haben, keine Ausnahmen aus wirtschaftlichen oder sozialen Gründen vorsieht.

Im Gegensatz dazu gelten die ansonsten im Großen und Ganzen ähnlich ausgestalteten Verbote der Art. 12, 13 FFH-RL nur für bestimmte gelistete Arten, die so genannten Anhang-IV-Arten. Ein weiterer Unterschied zur Vogelschutzrichtlinie besteht darin, dass die artenschutzrechtlichen Regelungen der FFH-Richtlinie nicht nur absichtliches Handeln, sondern auch „jede Beschädigung oder Vernichtung der Forpflanzungs- oder Ruhestätten“ bestimmter Tierarten umfasst (Art. 12 I lit. d) FFH-RL). Dafür lässt Art. 16 FFH-RL auch Ausnahmen von den Verböten der Art. 12, 13 FFH-RL aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses, einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art zu, macht dies aber davon abhängig, dass es keine anderweitige, für den Artenschutz günstigere Lösung gibt – es ist also auch hier eine Alternativenprüfung durchzuführen – und dass die Population der betroffenen Art in ihrem natürlichem Verbreitungsgebiet in einem günstigen Erhaltungszustand verbleibt.

1. Umsetzung in das nationale Artenschutzrecht

Das europäische Artenschutzrecht ist durch die §§ 42, 43 und 62 BNatSchG sowie durch § 10 II Nr. 10, 11 BNatSchG in nationales Recht umgesetzt worden. Vom Schutzbereich erfasst sind durch die nationalen Regelungen sämtliche europäische Vogelarten und die in Anhang IV der FFH-Richtlinie genannten

Tier- und Pflanzenarten. Obgleich das Bundesnaturschutzgesetz eine rahmenrechtliche Regelung ist, sind gemäß § 11 BNatSchG die Artenschutzverbote in § 42 BNatSchG unmittelbar anwendbares Recht. Gemäß § 42 I Nr. 1 BNatSchG ist die Verletzung von wildlebenden Tieren besonders geschützter Arten und die Beschädigung ihrer Nist-, Brut-, Wohn- und Zufluchtsstätten verboten, dasselbe gilt gemäß § 42 I Nr. 2 BNatSchG hinsichtlich der Beschädigung wild lebender Pflanzen besonders geschützter Arten. Daneben untersagt § 42 I Nr. 3 und 4 BNatSchG weitgehend jegliche Störung oder Beeinträchtigung der streng geschützten Tier- und Pflanzenarten. Eine Beschränkung des Artenschutzes auf absichtliche Handlungen sieht das nationale Recht – nahezu im Gegensatz zum europäischen Artenschutzrecht – nicht vor. Eingeschränkt werden diese weitreichenden Verbote allerdings durch die Regelungen der §§ 43 IV, 62 BNatSchG. Dabei nimmt § 43 IV BNatSchG Handlungen, die bestimmte Standards erfüllen und bei denen Beeinträchtigungen nicht absichtlich vorgenommen werden, bereits generell von den artenschutzrechtlichen Verboten aus. § 62 BNatSchG eröffnet demgegenüber lediglich eine Befreiungsmöglichkeit. Danach kann auf Antrag eine Befreiung gewährt werden, wenn die Durchführung der Vorschriften im Einzelfall

- zu einer nicht beabsichtigten Härte führen würde und die Abweichung mit den Belangen des Naturschutzes und der Landschaftspflege zu vereinbaren ist
- oder
- zu einer nicht gewollten Beeinträchtigung von Natur und Landschaft führen würde
- oder
- überwiegende Gründe des Gemeinwohls die Befreiung erfordern und die Art. 12, 13 und 16 FFH-RL oder die Art. 5-7, 9 VS-RL nicht entgegenstehen.

Mit Urteil vom 10. Januar 2006⁶⁸ hat der Europäische Gerichtshof jedoch festgestellt, dass die Freistellung in § 43 IV BNatSchG die FFH-Richtlinie aus mehreren Gründen nicht ordnungsgemäß umsetzt und somit gegen Europarecht verstößt. Zum einen verletze § 43 IV BNatSchG Art. 12 I lit. d) FFH-RL, der keine Beschränkung des Artenschutzes auf absichtliche Beschädigungen enthält, weil die deutsche Vorschrift von sämtlichen nicht absichtlichen Beeinträchtigungen freistellt.⁶⁹ Zum anderen entspreche § 43 IV BNatSchG aber auch insgesamt nicht den Anforderungen an die Ausnahmen vom Artenschutz gemäß Art. 16 FFH-RL, da jener die Freistellung nicht von den in Art. 16 FFH-RL ge-

⁶⁸ EuGH, Urt. vom 10.1.2006 – Rs. C-98/03 –.

⁶⁹ EuGH, siehe Fn. 68, Rdnr. 55.

nannten Voraussetzungen abhängig macht und auch die §§ 19 und 30 BNatSchG keinen dementsprechenden rechtlichen Rahmen vorsähen.⁷⁰ Damit hat die Ausnahmeregelung in § 43 IV BNatSchG unangewendet zu bleiben. Fraglich ist insoweit nur, ob § 43 IV BNatSchG noch ein Anwendungsbereich in Bezug auf das über den europarechtlich geforderten Artenschutz hinausgehende Verbot in § 42 I BNatSchG verbleibt. Das wird man wohl bejahen müssen, da nationale Rechtsvorschriften, die mit einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung nicht vereinbar sind, nicht nichtig, sondern lediglich im Einzelfall unanwendbar sind.⁷¹

2. Gesicherte und noch offene Rechtsfragen

Festzuhalten ist zunächst, dass Adressat der artenschutzrechtlichen Verbote derjenige ist, der durch eigenes Verhalten Exemplare besonders oder streng geschützter Arten schädigt oder stört. Fach- und Bauleitplanung verursachen indes lediglich mittelbar Störungen, indem sie – im Falle der Fachplanung – Beeinträchtigungen zulassen bzw. – im Falle der Bauleitplanung – vorbereiten und sind deshalb, zumindest dem Wortlaut der Verbotsnormen nach, nicht angesprochen. Trotzdem zeigen die Verbote bereits in der Planung ihre Wirkung. Angesichts der Tatsache, dass die artenschutzrechtlichen Verbote zwingend anzuwenden sind, begrenzen sie den planerischen Gestaltungsspielraum und sind in der Fachplanung als Planungsleitsätze zu beachten. In der Bauleitplanung entfallen die Verbote eine mittelbare Wirkung, die auf der Rechtsprechung beruht, dass eine Planung, der aus Rechtsgründen die Vollzugsfähigkeit fehlt, rechtsunwirksam ist.⁷² Dies beruht auf dem Grundsatz, dass eine vollzugsunfähige Bauleitplanung ihren gestaltenden Auftrag aus § 1 V I BauGB verfehlt und als solche im Sinne des § 1 III BauGB nicht erforderlich ist.⁷³ Die Träger der Fach- bzw. Bauleitplanung sind deshalb mittelbar Adressaten des § 42 I BNatSchG und damit auch der europarechtlichen Artenschutzvorschriften.

⁷⁰ EuGH, siehe Fn. 68, Rdnr. 61.

⁷¹ So schon BVerwG, Urt. vom 29.11.1990 – 3 C 77/87 –, BVerwGE 87, 154 (158 ff.); A. A. Köck, Auswirkungen des europäischen Artenschutzes auf die kommunale Bauleitplanung, erscheint demnächst in der ZUR, mit dem Verweis darauf, dass der EuGH § 43 IV BNatSchG nicht als Begrenzung auf den europarechtlich gebotenen Artenschutz, sondern als Ausnahme von diesem gewertet habe, weshalb die Vorschrift den Anforderungen von Art. 16 FFH-RL und Art. 9 VS-RL genügen müsse und somit selbst der unterschiedliche Artenschutz nur nach Maßgabe von Art. 16 FFH-RL und Art. 9 VS-RL eingeschränkt werden könne.

⁷² Siehe nur BVerwG, Beschl. vom 24.10.1990 – 4 NB 29/90 –, NVwZ 1991, 1074 f.

⁷³ BVerwG, Beschl. vom 25.8.1997 – 4 NB 12/97 –, NuR 1998, 135 (136); zum Ganzen siehe auch Köck, siehe Fn. 71.

Kenntnis von dem Vorhandensein zu schützender Vögel oder sonstiger Arten im Planungs- bzw. im vom Vorhaben betroffenen Gebiet wird die Planungs- / Zulassungsbehörde regelmäßig bereits dadurch erhalten, dass im Rahmen des Habitatschutzes der FFH-Richtlinie, der Umweltverträglichkeitsprüfung und der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung die entsprechenden Gebiete ohnehin naturschutzfachlich zu untersuchen sind. Werden im Zuge dessen mögliche artenschutzrechtliche Konflikte erkannt, sind auf der Grundlage dieser Kenntnis gegebenenfalls weitere spezifische Ermittlungen zur Aufklärung der artenschutzrechtlichen Betroffenheit vorzunehmen.⁷⁴

Da nun nach Feststellung der Europarechtswidrigkeit des § 43 IV BNatSchG die für die Praxis wichtigste artenschutzrechtliche Begrenzungsvorschrift wegen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts nicht mehr anwendbar ist und die gemeinschaftsrechtlichen Abweichungsmöglichkeiten gemäß Art. 16 FFH-RL bzw. Art. 9 VS-RL nur unter engen Voraussetzungen geben sind, ist es für die Auswirkung des europäischen Artenschutzes auf Planung und Vorhabenzulassung von elementarer Bedeutung, die Spielräume für die Bestimmung der Tatbestandsmäßigkeit der artenschutzrechtlichen Verbote auszuloten.⁷⁵

Dabei muss sich zunächst Klarheit darüber verschafft werden, was unter einem absichtlichen Handeln im Sinne der EU-Artenschutzregelungen zu verstehen ist. Insoweit hat das Bundesverwaltungsgericht⁷⁶ ausgeführt, dass der Begriff „absichtlich“ in einem objektivierenden Sinne zu verstehen sei, da mit dem Schutzzweck der artenschutzrechtlichen Vorschriften lediglich eine gezielte Beeinträchtigung von Tieren und Pflanzen unvereinbar sei. Nicht absichtlich seien dagegen Beeinträchtigungen, die sich als unausweichliche Konsequenz rechtmäßigen Handelns ergeben. Doch stufte der Europäische Gerichtshof bereits in seiner „Caretta“-Entscheidung das Fahren mit Mopeds auf den Fortpflanzungsstränden der besonders geschützten Schildkröte *Caretta caretta* und das Vorhandensein von Anlegestellen für Tretboote und andere Boote als „absichtliche Störungen der betroffenen Tierart während der Fortpflanzungszeit im Sinne des Art. 12 I lit. b) der Richtlinie“ ein, wenn auf das Vorhandensein der Schildkrötenester durch eine entsprechende Beschilderung aufmerksam gemacht wurde und Kraftfahrverbote verfügt worden sind.⁷⁷ Diese Entscheidung präzisierete der Europäische Gerichtshof später dahingehend, dass eine Ausnahme von den Artenschutzverboten, „die auf der Rechtmäßigkeit der Handlung beruht, (...) dem Geist und Zweck der Richtlinie und dem Buchstaben von Art. 16 der Richtlinie

⁷⁴ Vgl. Hess VGH, Urt. vom 25.2.2004 – 3 N 1699 / 03 –, NuR 2004, 397 (398).

⁷⁵ So auch Köck, siehe Fn. 71.

⁷⁶ BVerwG, Urt. vom 11.1.2001 – 4 C 6 / 00 –, BVerwGE 112, 321 (330).

⁷⁷ EuGH, Urt. vom 30.1.2002 – Rs. C-103 / 00 –, Rdnr. 39 f.

zuwiderläuft“.⁷⁸ Die fachrechtliche Zulässigkeit von Plänen und Projekten kann damit entgegen der vorgenannten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes nicht mehr gegen die artenschutzrechtlichen Regelungen angeführt werden, auch ein bereits zugelassenes Vorhaben kann einen absichtlichen Eingriff in besonders geschützte Arten zur Folge haben.⁷⁹ Das Tatbestandsmerkmal „absichtlich“ bietet demzufolge keine Spielräume.

Ein erster Ansatzpunkt könnte insoweit jedoch darin bestehen, sich von einem funktionsbezogenen Verständnis der artenschutzrechtlichen Verbote leiten zu lassen.⁸⁰ Dieser Ansatz lässt sich bereits Art. 5 VS-RL entnehmen, der ein absichtliches Stören von Vögeln, insbesondere während der Brut- und Aufzuchtzeit nur insofern verbietet, wie sich diese Störung auf die Zielsetzung der Vogelschutzrichtlinie erheblich auswirkt. Auch ist der funktionsbezogene Ansatz mittlerweile durch das EU-„Guidance document on the strict protection of animal species of community interest provided by the „Habitats“ Directive 92 / 43 / EEC“ für die Identifikation der Fortpflanzungs- oder Ruhestätten maßgebend geworden.⁸¹ In den Hinweisen der Länderarbeitsgemeinschaft Naturschutz, Landespflege und Erholung (LANA) „zur Anwendung des europäischen Artenschutzrechtes bei der Zulassung von Vorhaben und bei Planungen“ heißt es dementsprechend:

„Ziel der Regelung des Art. 12 I lit. d) FFH-RL ist es, die ökologische Funktion von Lebensstätten der geschützten Arten aufrecht zu erhalten. Von einer Beeinträchtigung oder Vernichtung einer Lebensstätte ist deshalb erst dann auszugehen, wenn durch die Schädigungshandlung die Funktion der Lebensstätte nicht mehr aufrechterhalten werden kann. Wird die Funktion der Lebensstätte trotz der Handlung gewahrt, sind mögliche Störungen oder Beeinträchtigungen, die mit der Verwirklichung des Vorhabens oder der Planung einhergehen, nicht tatbestandsmäßig im Sinne der Art. 12 I lit. a) bzw. b) FFH-RL, Art. 5 lit. b) bzw. d) VS-RL.“⁸²

Ein zweiter, eng damit in Zusammenhang stehender Ansatzpunkt besteht im Gedankens der Kompensation. So lässt sich durch vorgezogene kompensatorische Maßnahmen – zum Beispiel die Erweiterung oder Verbesserung eines Habitats – gewährleisten, dass es trotz beeinträchtigender Maßnahmen nicht zu einem qualitativen oder quantitativen Verlust bei den geschützten Arten kommt.⁸³

⁷⁸ EuGH, Urt. vom 20.10.2005 – Rs. C-6 / 04 –, Kommission / Vereinigtes Königreich, Rdnr. 112.

⁷⁹ So auch *Stier / Bähr*, Artenschutz in der Fachplanung – Rechtsprechungsbericht, erscheint demnächst in der DVBl.

⁸⁰ Köck, siehe Fn. 71.

⁸¹ Siehe Guidance document on the strict protection of animals species of community interest provided by the „Habitats“ Directive 92 / 43 / EEC, draft – Version 5 (April 2006), Ziff. II.3.4.b), Abs. 53.

⁸² LANA-Hinweise, S. 3.

⁸³ Vgl. Köck, siehe Fn. 71.

Das „Guidance document“ führt diese Möglichkeit ebenfalls an und spricht in soweit von „measures which ensure the continuous ecological functionality of a concrete breeding site / resting place (CEF-measures)“.⁸⁴ Damit solche vorgezogenen Kompensationsmaßnahmen ihrer zugeordneten Funktion aber auch gerecht werden können, müssen sie auf die jeweilige Art bezogen sein, mit dem jeweils betroffenen Bestand in räumlich-funktionalem Zusammenhang stehen und ohne „time lag“ bereits zum Eingriffszeitpunkt zur Verfügung stehen.⁸⁵

Beide Ansätze nimmt auch das Bundesverwaltungsgericht in seinem auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 10. Januar 2006⁸⁶ reagierenden Urteil „Ortsumgebung Stralsund“⁸⁷ auf. In dem dieser Entscheidung zu Grunde liegenden Fall hat die beklagte Behörde im Planfeststellungsbeschluss ergänzend vorgesehen, dass nach Beendigung der Brutzeit und vor Beginn der nächsten Brutzeit (Brutzeit) zur Bebauung vorgesehen ist, eine Baufeldbereinigung durchzuführen ist. Alle relevanten Vegetations- und Reliefstrukturen werden entfernt, so dass eine Brutansiedelung bodenbrütender Arten im Trassenbereich verhindert wird und somit keine Möglichkeit des Verlustes und der Zerstörung von Nestern und Eiern nach Beginn der Bauarbeiten besteht. Das Abräumen nicht mehr benötigter, verwaister Lebensstätten ist europarechtlich nicht verboten; denn anders als § 42 I Nr. 1 BNatSchG, der die Brut- und Niststätten unter Schutz stellt, schützt Art. 5 VS-RL ganz konkret nur die einzelnen Nester und Eier.⁸⁸ Im Übrigen war im Planfeststellungsbeschluss die Entwicklung einer „Wachtkönigsgleichfläche“ für den Ausgleich des mit dem Vorhaben verbundenen Eingriffs in Natur und Landschaft vorgesehen. Insoweit urteilte das Bundesverwaltungsgericht, dass die vorhabenbedingten Störungen nicht der Zielsetzung der Vogelschutzrichtlinie widersprechen, weil sie sich entweder auf Grund des Gefährdungs- oder Empfindlichkeitsprofils oder auf Grund der im Rahmen der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelungen angeordneten Kompensationsmaßnahmen nicht auf die jeweilige Population auswirken. Auf das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Ausnahme nach Art. 9 VS-RL kam es demnach gar nicht mehr an.

Ist jedoch trotz funktionsbezogenen Verständnisses der artenschutzrechtlichen Verbote und trotz vorgezogener Kompensationsmaßnahmen der Tatbe-

⁸⁴ Guidance document, Ziff. II.3.4.b), Rdnr. 73.

⁸⁵ So die LANA-Hinweise, S. 3 f.

⁸⁶ EuGH, Urt. vom 10.1.2006 – Rs. C-98 / 03 – (Kommission / BRD).

⁸⁷ BVerwG, Urt. vom 21.6.2006 – 9 A 28 / 05 –, NVwZ 2006, 1161 ff.

⁸⁸ Was das über die europarechtlichen Anforderungen hinausgehende Artenschutzverbot des § 42 I Nr. 1 BNatSchG angeht, stellen sich insoweit keine Probleme, da wie oben dargestellt diesbezüglich nach wie vor § 43 IV BNatSchG herangezogen werden kann.

stand der Verbote erfüllt, so hat bezüglich der Verbote der Art. 12 und 13 FFH-RL zunächst eine Alternativenprüfung zu erfolgen, wobei der Projektträger zwingend von der Möglichkeit Gebrauch machen muss, bei der sich das Vorhaben mit geringerer Eingriffsintensität oder an einem nach dem Schutzkonzept günstigeren Standort verwirklichen lässt.⁸⁹ Gibt es keine günstigere Alternative für das Vorhaben, kann nur noch die Ausnahmeregelung des Art. 16 FFH-RL herangezogen werden. Hinsichtlich der Verbote des Art. 5 VS-RL muss ehedem bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen sogleich auf Art. 9 VS-RL zurückgegriffen werden, der zudem eine Ausnahme nur in weit engeren Grenzen als Art. 16 FFH-RL zulässt.

Festzuhalten bleibt demnach, dass solange der bundesdeutsche Gesetzgeber noch keine den Anforderungen der FFH-Richtlinie bzw. der Vogelschutzrichtlinie genügenden Änderungen vorgenommen hat, Rechtsverstöße vermieden werden können, wenn die Ausnahmeregelung des § 43 IV BNatSchG unangewendet gelassen wird und stattdessen die durch § 62 BNatSchG in das nationale Recht imbezogenen Vorschriften des europäischen Artenschutzrechtes (Art. 12, 13 und 16 FFH-RL bzw. Art. 5-7 und 9 VS-RL) im Einzelnen unter Inanspruchnahme naturschutzfachlichen Sachverständes abgearbeitet werden.⁹⁰

V. Fazit

Vor dem Hintergrund all dieser teils geklärten, teils ungeklärten Rechtsfragen, lässt sich festhalten, dass der vom Bundesministerium für Verkehrs-, Bau- und Wohnungswesen erarbeitete „Leitfaden zur FFH-Verträglichkeitsprüfung im Bundesfernstraßenbau (2004)“ ein nützliches Hilfsmittel darstellt. Er ermöglicht die an den vorstehend herausgearbeiteten Leitlinien orientierte Prüfung bzw. das vorgelagerte Screening erheblicher Beeinträchtigungen von FFH-Gebieten. Das gleiche gilt für die von der LANA herausgegebene Empfehlung „Anforderungen an die Prüfung der Erheblichkeit von Beeinträchtigungen der NATURA-2000-Gebiete gemäß § 34 BNatSchG im Rahmen einer FFH-Verträglichkeitsprüfung (FFH-VP)“; letztere in enger Anlehnung an die Europäische Kommission – GD Umwelt „Prüfung der Verträglichkeit von Plänen und Projekten mit erheblichen Auswirkungen auf NATURA-2000-Gebiete – Methodische Leitlinien zur Erfüllung der Vorgaben des Art. 6 III, IV der Habitat-Richtlinie 92 / 43 / EWG“. Hingegen postuliert der vom Bundesamt für Na-

⁸⁹ BVerwG, Urt. vom 17.5.2002 – 4 A 28 / 01 –, BVerwGE 116, 254 (262).

⁹⁰ Vgl. Stier / Bähr, siehe Fn. 79.

turschutz erarbeitete Vorschlag⁹¹ deutlich über den Anforderungen des Art. 6 III FFH-RL liegende materiell-rechtliche Anforderungen und ist deshalb allenfalls in dem Sinne brauchbar, dass bei Unterschreitung der dort angegebenen – sehr geringen – Schwellenwerte für erhebliche Beeinträchtigungen schon im Rahmen des FFH-Screening kein Anlass für weitere Prüfungen besteht.

Aus Gründen der Rechtssicherheit wäre es wünschenswert, wenn im Rahmen der Ausweisung der besonderen Schutzgebiete (Art. 4 IV, 6 I und II FFH-RL, § 33 III BNatSchG bzw. entsprechendes Landesrecht) konkrete Ge- und Verbotste bezogen auf die Sicherung der zu Gunsten der zu schützenden Lebensraumtypen nach Anhang I und der Arten nach Anhang II erstrebten Erhaltungsziele festgesetzt würden und damit analog zur Überprüfung einer Befreiungslage bei sonstigen Schutzgebietsvorschriften bzw. gesetzlich geschützten Biotopen eine FFH-Verträglichkeitsprüfung auf vereinfachte Weise ermöglicht wird.⁹²

Im Übrigen ist es wahrscheinlich, dass die Europäische Kommission das Beteiligungerecht aus Art. 6 IV FFH-RL und den schon jetzt etablierten ständigen kritischen Dialog mit den Mitgliedstaaten über die Implementation der FFH-Richtlinie und Vogelschutzrichtlinie (vgl. die so genannten „Umweltpaketitzungen“) dazu nutzen wird, um auch ohne eine entsprechende ausdrückliche Befugnis ein inhaltliches Mitspracherecht bei großräumigen Infrastrukturmaßnahmen zu etablieren („Raumplanung über die Hintertür“).⁹³

Hinsichtlich des europäischen Artenschutzes ist die Anwendung des § 43 IV BNatSchG nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 10. Januar 2006⁹⁴ nicht mehr vertretbar, die dazu existierende Rechtsprechung⁹⁵ ist obsolet. Den Vorgaben insbesondere der Art. 12 I lit b) bis d), 16 I lit. c) FFH-RL dürfte im Rahmen der Planfeststellung bzw. Vorhabenzulassung durch eine richtlinienkonforme Auslegung des § 62 I Nr. 2 Satz 1 BNatSchG bzw. entsprechender landesrechtlicher Vorschriften Rechnung getragen werden können. Eine – notfalls über das europäische Parlament initiierte – Reform der Vogelschutzrichtlinie und der FFH-Richtlinie sollte mindestens zu folgenden Punkten in Erwägung gezogen werden:

⁹¹ *Lambrecht* u.a., Ermittlungen von erheblichen Beeinträchtigungen im Rahmen der FFH-Verträglichkeitsprüfung, FuE-Vorhaben im Rahmen des Umweltforschungsplanes des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit im Auftrag des Bundesamtes für Naturschutz, Hannover u.a., 2004.

⁹² Vgl. § 34 I 2 BNatSchG bzw. entsprechende Landesvorschriften.

⁹³ Ein Vorschmack dazu bietet das Grünbuch der EU-Kommission zur zukünftigen Meerespolitik (KOM 2006(275) endg. vom 7.6.2006) und die dort in den Raum gestellte Möglichkeit, die Werft- und Hafentätigkeiten zukünftig zum Schutz der optimalen Nachhaltigkeit einer Strategie zur Erhaltung von menschlichen Aktivitäten und Umwelt- wie Naturschutz auf wenige Standorte zu konzentrieren.

⁹⁴ EuGH, Ur. vom 10.1.2006 – Rs. C-98 / 03 – (Kommission / BRD).

⁹⁵ Vgl. nur BVerwG, Ur. vom 11.1.2001 – 4 C 6 / 00 –, NuR 2001, 385 ff.

- Erweiterung des Art. 9 FFH-RL („delisting“) um die Gründe gemäß Art. 2 VS-RL;
 - Festlegung eines zeitlichen Horizontes („Stichtages“) für die Auswahl gemäß Art. 4 I 4, II VS-RL;
 - Klärung des sachlichen Umfangs des Begriffs „Projektes“ hinsichtlich des Umfangs an Bestandsschutz für vorhandene bzw. schon genehmigte Nutzungen;
 - Klarstellung des weiten Spielraumes der nationalen Behörden bei der Anwendung des Art. 6 IV FFH-RL im Hinblick auf die Anwendung der Begriffe „zwingende Gründe des öffentlichen Interesses“ und
 - Klarstellung der Möglichkeit und der Voraussetzungen, unter denen Pläne und Projekte mit erheblichen negativen Wirkungen auch bei nicht hinreichenden Kohärenzmaßnahmen genehmigt werden können.
- Sollte sich die nummehr vom EuGH offenbar eingeschlagene Richtung in Bezug auf die sog. potentiellen FFH-Gebiete (absolutes Verschlechterungsverbot für bereits an die Kommission gemeldete Gebiete) tatsächlich durchsetzen und der EuGH dies bekräftigen, so wird sogar ernsthaft über die Aufhebung der FFH-RL – in ihrer derzeit vorliegenden Fassung – nachzudenken sein.