

Thesenpapier

zum Vortrag

**„Entwicklungen in Praxis und Rechtsprechung zur FFH-/
Vogelschutzrichtlinie“**

im Rahmen der
Sächsischen Verwaltungsrechtstage 2011

am 16. und 17. September 2011
im Sächsischen Obergerverwaltungsgericht

von Klaus Füßer, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht
(Leipzig, www.fuesser.de)

Thesen

- (1) Durch die Rechtsprechung – insbesondere des Bundesverwaltungsgerichts, zum Teil auch des Europäischen Gerichtshofs – sind eine Vielzahl von noch bis Mitte der 2000er Jahre problembehaftete Fragen der Anwendung des europäischen Naturschutzrechts¹ inzwischen für die Zwecke der Instanzverwaltungsgerichtlichen Praxis sowie die Planungs- und Entscheidungspraxis von Fachplanungsträgern, Planfeststellungs- und Genehmigungsbehörden geklärt. Dies betrifft insbesondere
- den Schutzstatus von potentiellen FFH-Gebieten² und die Anwendung des Art. 7 FFH-RL auf ausgewählte Vogelschutzgebiete³
 - das Verhältnis des sogenannten FFH-Screening und der eigentlichen FFH-Verträglichkeitsprüfung⁴;
 - bezogen auf die FFH-Verträglichkeitsprüfung den materiell-rechtlichen Prüfmaßstab, die Beweislast und hierbei zu beachtende Vorgaben über das Beweismaß („Gewissheit“)⁵.

¹ Zu den Unsicherheiten direkt nach der Jahrtausendwende vgl. beispielhaft nur *Füßer, in Ziekow* (Hrsg.), Flughafenplanung, Planfeststellungsverfahren, Anforderungen an die Planungsentscheidung, Berlin 2002, 407, 413 ff. mwN.

² Schutz nur der die Meldewürdigkeit des Gebietes ausmachenden Merkmale; vgl. BVerwG, Beschl. v. 17.4.2010 – 9 B 5/10 – juris, Rdnr. 13 = NJW 2010, 2534 (2536); BVerwG Ur. v. 22.1.2004 – 4 A 32/02 – BVerwGE 120, 87 (103f.); *Füßer*, NVwZ 2005, 628

³ Innerstaatlich rechtsverbindliche Benennung des Gebiets mit Angabe des Schutzzweckes reicht; vgl. BVerwG, Beschl. v. 14.4.2011 – 4 B 77/09 – juris, Rdnr. 62; in der Sache so schon *Füßer*, in Ziekow (oben Fn. 1), 417 sowie *ders.* NVwZ 2005, 144, ihm ausdrücklich folgend noch die Vorinstanz: HessVGH, Ur. v. 21.08.2009 - 11 C 318/08 -, Rz. 43.

⁴ Vgl. dazu zuletzt nur *Steeck/Lau*, NVwZ 2008, 854 ff.

⁵ Vgl. dazu nur *Lau*, NVwZ 2011, 461, 462 f. mit umfangreichen Nachweisen.

Die Auseinandersetzungen konzentrieren sich zuletzt auf fachliche Detailfragen, z.B. bei der Frage der Erheblichkeit von Emissionen und Immissionen auf die Sinnhaftigkeit der Vorstellung allgemein für bestimmte Lebensraumtypen und Arten anzunehmender Grenz- und Schwellenwerte (z.B.: Vögel und Lärm; Stickstoffeinträge und critical loads für bestimmte Lebensraumtypen).⁶

- (2) Es spricht viel dafür, dass sich entsprechend verschiedener Andeutungen in der Rechtsprechung insbesondere des 9. Senats des Bundesverwaltungsgerichts die Tendenz verfestigen wird, der Verwaltung bei der Beurteilung naturschutzfachlicher Fragestellungen einen Beurteilungsspielraum zuzugestehen, namentlich dazu
- wie fachlich der Bestand geschützter Lebensräume und Arten in einem Natura 2000-Gebiet zu bewerten ist;
 - ob und in welchem Umfang erhebliche Beeinträchtigungen des jeweiligen Natura 2000-Gebiets bzw. der für es maßgeblichen Schutz- und Erhaltungsziele zu besorgen ist.⁷

Dies ändert nichts daran, dass es den Gerichten obliegt zu überprüfen

- methodenkritisch die von der Verwaltungsbehörde ausgesprochene Beurteilung darauf, ob sie auch unter Berücksichtigung des gesamten ernst zu nehmenden wissenschaftlichen Meinungsstands, ernst zu nehmender Gegengutachten und Gegenmeinungen erfolgt ist⁸;
- ob die Behörde hierbei tatsächlich (nicht nur verbal, sondern auch substantiell) zum Ergebnis gekommen ist, dass mit hinreichender „Gewissheit“ erhebliche Beeinträchtigungen nicht zu besorgen sind bzw. die von ihr ggf. verwendeten „worst-case-Annahmen“ ausreichend sicher sind⁹.

Die damit verbundene Reduzierung der Rechtsprechung auf den kritischen Nachvollzug verbal-argumentativer Ableitungen ist solange sachgerecht, wie seitens der passenden Grundlagen- bzw. Hilfswissenschaften (hier wohl: Wissenschaftstheorie) für stochastische Zusammenhänge und die darüber gemachten Wahrscheinlichkeitsaussagen keine weitere präzisierenden Methoden - beispielsweise im Sinne von Kalkülen der Sicherheit von subjektivi-

⁶ BVerwG, Beschl. v. 14.4.2011 – 4 B 77/09 – juris, Rdnr. 99ff.; BVerwG, Urt. v. 14.4.2010 – 9 A 5/08 – juris, Rdnr. 92ff. = NVwZ 2010, 1225 (1236); BVerwG, Urt. v. 12.8.2009 – 9 A 64/07 – juris, Rdnr. 76ff. = BVerwGE 134, 308 und dazu *Lau, NVwZ 2011, 461, 643 mwN.*

⁷ *Lau*, UPR 2010, 169 ff., mit umfangreichen Rechtsprechungsnachweisen.

⁸ *Lau* a.a.O., S. 174; ähnlich bereits *Füßer*, in: *Ziekow* (Hrsg.), *Aktuellen Fragen des Fachplanungs-, Raumordnungs- und Naturschutzrechts*, Berlin 2007, 339, 346.

⁹ Vgl. dazu *Lau*, UPR 2010, 169, insbesondere 170 ff.

ven Aussagewahrscheinlichkeiten – erarbeitet worden sind, im Übrigen die für die einschlägigen Fragen zuständigen Wissenschaften noch in den Kinderschuhen stecken.

- (3) In der Praxis zeigt sich zunehmend die Schwierigkeit der bislang in der höchstrichterlichen Rechtsprechung verwendeten Formel für die Anwendung von § 34 III Nr. 1 BNatSchG, Art. 6 IV UAbs. 1 FFH-RL, wonach lediglich „ein durch Vernunft und Verantwortungsbewusstsein geleitetes staatliches Handeln vorausgesetzt sei, welches zu einer bipolaren Abwägung führe, bei der das Gewicht der für das Vorhaben streitenden Gemeinwohlbelange auf der Grundlage der Gegebenheiten des Einzelfalls nachvollziehbar bewertet und mit den gegenläufigen Belangen des Habitatschutzes abgewogen werden“ müsse¹⁰. Sinnvoll dürfte zunächst ein strikte Trennung der Fragen sein, ob
- überhaupt im Rahmen des betreffenden Vorhabens eine hinreichende formale Legitimation für die Verfolgung des betreffenden Ziels vorliegt¹¹;
 - die geltend gemachten Interessen – regelmäßig in Gestalt zu erreichender per se wünschenswerter Zielzustände¹² und der zu ihrer Beförderung für sinnvoll gehaltenen konkreten Planungsziele¹³ – auch „überwiegen“, was auf eine rein normative Bewertung im Vergleich zum Integritätsinteresse des betroffenen Gebiets zielt;

¹⁰ Vgl. z. B. nur BVerwG, Urt. v. 9.7.2009 - 4 C 12/07 – BVerwGE 134, 166 (171 f.) m.w.N., Ausbau Verkehrsflughafen Münster/Osnabrück.

¹¹ Bsp.: Wirtschaftsförderung als Planungsziel für einen bestimmten Wirtschaftsstandort im Rahmen des Ausbaus der Verkehrsinfrastruktur.

¹² Beispiele aus der Praxis: Aufwertung/Sicherung der wirtschaftlichen Bedeutung einer Region durch Etablierung eines bestimmten Flughafens als internationaler Flughafen; Sicherung eines Hafenstandorts als Umschlagsplatz für Containerverkehre mit bestimmten Umschlagszahlen bzw. einer erwarteten Wertschöpfung; Schaffung und nachhaltige (mindestens n Jahre) Sicherung von y Arbeitsplätzen am Standort im Bereich der Holzverarbeitenden Industrie; Entlastung der Bebauung von bestimmten nachgeordneten Straßen von Lärm, Senkung der Verkehrsunfallzahlen um ein bestimmtes Maß; sichere Versorgung bestimmter Länder oder Regionen mit Erdgas.

¹³ Beispiele: Ausbau und Vorhaltung eines Flughafens mit bestimmten luftfahrttechnischen Qualitätsmerkmalen, Ausbau und Unterhaltung eines Flusses als Wasserstraße mit einem bestimmten tideunabhängig befahrbaren Tiefgangsprofil; Herstellung von strategisch in einer Waldgegend und verkehrsgünstig gelegenen Gewerbe- und Industrieflächen mit mindestens x ha Fläche; Schaffung einer direkten Ost-West-Verbindung zwischen BAB A X und BAB A Y; Bau und Vorhaltung einer Erdgasleitung zur Anlieferung von Erdgas in bestimmte Gebiete aus einem konkurrierenden Lieferstandort.

- ob die zu Grunde gelegten prognostischen Aussagen über den Zielerreichungsgrad bezogen auf die geltend gemachten Interessen auch hinreichend tragfähig – „zwingend“ i. S. d. § 34 III Ziff. 1 BNatSchG – sind¹⁴.

Wie die Auseinandersetzung um den Ausbau des Verkehrsflughafens Münster/Osnabrück zeigt, verbleiben jedenfalls vorbehaltlich räumlich umfassender, klarer, demokratisch ausreichend legitimierter und auf möglichst hoher – ggf. sogar: gemeinschaftsrechtlicher – Stufe schon mit den konkurrierenden Schutzansprüchen des Netzes Natura 2000 vorabgewogener und vorabgestimmter fachplanerischer Vorgaben schwierige – bislang nicht im Ansatz gelöste – Probleme, nämlich

- ob es einen Schwellenwert schlechthin oder jedenfalls bezogen auf Natura 2000-Gebiete mittlerer Art und Güte nicht ausreichender (= regelmäßig nicht „überwiegender“) Interessen gibt, z. B. mit Blick auf kleinräumige – etwa: kommunale (?!) – Projekte mit eben solchen beschränkt öffentlich nützlichen Wirkungen (wenige örtliche Arbeitsplätze etc.);¹⁵
- welches materiell-rechtliche Gewicht und wie viel formell-rechtliche Legitimation entsprechende Ziele haben müssen;
- in welchen und wie zu bezeichnenden Stufungen von Wahrscheinlichkeit erstrebte Zielzustände in Folge der Realisierung des Vorhabens eintreten müssen;
- wie das bipolar-abwägende Kalkül der damit sowohl auf der Haben-Seite (= erstrebte Zielzustände im Sinne des öffentlichen Interesses) als auf der Soll-Seite (= zu erwartende Beeinträchtigungen von Lebensraumtypen nach Anhang I und Arten nach Anhang II) zu verbuchenden Positionen vorbehaltlich einer rein verbalen „nachhaltigen Trauerarbeit mit echten Krokodilstränen“ abzuarbeiten ist;
- wie und mit welchem Gewicht hierbei die durch Kohärenzmaßnahmen für das Netz Natura 2000 insgesamt und spezifisch für die durch das Vorhaben beeinträchtigten Lebensraumtypen und Arten zu erwartenden günstigen Wirkungen „einzupreisen“ sind.¹⁶

¹⁴ Vorbildlich insofern OVG NRW, Urt. v. 31.5.2011 – 20 D 80/05.AK – Rdnr. 25ff, nachfolgend nach: BVerwG Urt. v. 9.7.2009 – 4 C 12/07 – Rdnr. 17ff. zum Verkehrsflughafen Münster/Osnabrück.

¹⁵ Vgl. insofern hoffnungsvoll VerfGH Rheinland-Pfalz, Urt. v. 11.7.2005 – N 25/04 –; zweifelnd schon *Füßer (oben Fn. 8)*, 354.

¹⁶ Vgl. dazu – differenzierend – BVerwG, Urt. v. 9.7.2009 – 4 C 12/07 – juris, Rdnr. 28 = BVerwGE 134, 166; dagegen erneut OVG NRW, Urt. v. 31.5.2011 – 20 D 80/05.AK – juris, Rdnr. 87.

- (4) Völlig offen und ungeklärt ist noch die Frage, welche Sicherungen für den Fall zu fordern sind, das im Rahmen von in Teilen (oder „Abschnitten“) verwirklichten Vorhaben sich hinreichende Gründe i. S. d. § 34 III Nr. 1 BNatSchG nur dem Gesamtvorhaben (oder der Realisierung eines qualifizierten Teiles desselben) zuschreiben lassen, wenn es konkret um die Zulassung eines Teils des Gesamtvorhabens geht, dessen erhebliche Beeinträchtigungen von Natura 2000-Gebieten durch die allein mit ihm voraussichtlich verbundenen erstrebenswerten Wirkungen („öffentlichen Interessen“) nicht zu rechtfertigen sind.¹⁷ Es erscheint zweifelhaft, ob insofern die allgemein-fachplanerisch für diese Konstellation entwickelten Vorkehrungen („vorläufiges positives Gesamturteil“) ausreichen, die Zielerreichung nicht auch durch geeignete Vorkehrungen abzusichern ist, analog der anerkannten Vorgehensweise zur Vermeidung eines Planungstorsos.
- (5) Probleme ergeben sich des Weiteren im Rahmen der der Prüfung gemäß § 34 III Nr. 1 BNatSchG logisch nachgeordneten Alternativenprüfung, insbesondere wenn es darum geht, die „(Un-)Zumutbarkeit“ i. S. d. § 34 III Nr 2 BNatSchG nicht mit der Verfehlung der dem Vorhaben zu Grunde liegenden Planungsziele zu begründen, sondern mit Rücksicht auf andere – üblicherweise als schutzwürdig anerkannte – andere Interessen (Beispiele: existenzielle Betroffenheit von Landwirten, erstrebter Immissionsschutz über das Mindestmass der 16. BImSchV hinaus, Schutz von für bedeutend gehaltenen Kulturgütern). Die FFH-Ausnahmeprüfung verweist auch insofern auf ein „offenes Ende“, das in der bislang nur lückenhaften Regelung der Anerkennung entsprechender Schutzgüter auf europäischer Ebene als hinreichend gewichtig beruht.

¹⁷ Bsp.: typischerweise Pipeline-Vorhaben; Autobahnprojekt, dass Entlastungs- oder neue Verbindungswirkungen nur nach Vollendung aller Bauabschnitte erbringt, bei denen aber – für sich bzw. bis dahin – wenig nützliche Abschnitte zu massiven Beeinträchtigungen von Natura 2000 Gebieten führen.

- (6) Auch wenn sich in der Planungspraxis und der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts eine anderslautende Linie durchgesetzt zu haben scheint¹⁸, bleibt es dabei: Auch im Bereich des Artenschutzrechts – namentlich: des sogenannten Tötungsverbots (§ 42 I Nr. 1 BNatSchG, Art. 12 I lit. a) FFH-RL, Art. 5 it. a) VRL) – besteht kein Anlass, unter Verflüssigung innerstaatlicher ordnungsrechtlicher Zuständigkeiten schon im Bereich der Planung bzw. Planfeststellung von Verkehrsanlagen Risikominimierung zu betreiben; bei richtigem Verständnis der gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen ist es vielmehr nur geboten, dafür zu sorgen, dass das für die nach dem europäischen Artenschutzrecht geschützten Tierarten bestehende Risiko, in Folge menschlichen Handelns getötet zu werden, jedenfalls bei nicht unzweifelhaft günstigem Erhaltungszustand der Art allgemein unter Kontrolle zu halten¹⁹, durch Einrichtung geeigneter Behörden, Beobachtung der Zustände und damit Vorhaltung entsprechender Informationen dafür zu sorgen, dass jeweils zuständige Behörden konkrete Risikolagen für geschützte Tierarten erkennen und sich um ihre Bewältigung kümmern²⁰. Für die Planfeststellung von Verkehrsanlagen bedeutet dies eine Handlungspflicht nur, wenn flagrante und im Rahmen des Betriebs des betreffenden Vorhabens nur noch schwerlich lösbare Konflikte heraufbeschworen werden.²¹
- (7) Mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist davon auszugehen, dass gemäß § 45 VII 2 BNatSchG sich die Anforderungen des Art. 16 I FFH-RL im Sinne dieser Vorschrift darauf beschränken, dass
- nachgewiesen wird, dass der betreffende Eingriff den Erhaltungszustand der Populationen nicht weiter verschlechtert;
 - die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands nicht behindert.²²

Hierbei kommt es auf den Erhaltungszustand der Populationen der Art in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet an, nicht auf die betreffende lokale Population.

- (8) Ob § 45 VII BNatSchG mit Art. 9 I VRL vereinbar ist, bleibt trotz bzw. angesichts schwankender bzw. zweifelnder und im Übrigen widersprüchlicher

¹⁸ BVerwG, Urt. v. 9.7.2008 – 9 A 14/07 -, juris, Rdnr. 64 ff. = BVerwGE 131, 274 (295f.), Nordumfahrung Bad Oeynhausen.

¹⁹ Vgl. jüngst EuGH, Urt. v. 9.6.2011 – C-383/09 – Kommission ././ Frankreich.

²⁰ Vgl. *Füßer/Lau*, NuR 2009, 445, 448 ff.

²¹ Versuch einer Typologisierung bei *Füßer/Lau*, aaO., 452.

²² BVerwG, NVwZ 2010, 1225, Rdnr. 140 f.; daran anschließend *Lau*, NVwZ 2011, 461, 466.

Rechtsprechung des 9. und des 4. Senats des Bundesverwaltungsgerichts²³ offen.

- (9) Die Verwaltungsgerichte – insbesondere: das Bundesverwaltungsgericht (vgl. Art. 267 III AEUV) – sollten den EuGH trotz einer dort unzweifelhaft feststellbaren Tendenz zu orakelhaften bzw. nichtssagenden Äußerungen gerade im Bereich „schwieriger“ Materien durch Vorabentscheidungsersuchen - notfalls: mehrmals infolge – in die Pflicht nehmen, seine Rolle als „oberstes Bundesgericht“ im Bereich der Anwendung des europäischen Naturschutzrechts auch wahrzunehmen.

²³ Dazu *Lau*, NVwZ 2011, 461, 466 f. m.w.N.