

## Verbandsbeteiligung bei der FFH-Verträglichkeitsprüfung

Urteilsanmerkung zu den Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts vom 10.4.2013 – 4 C 3.12 - und des OVG Magdeburg vom 26.9.2013 – 2 L 95/13 -

Rechtsanwalt Peter Kremer, Berlin

Die Urteilsanmerkung ist in der Zeitschrift „Natur und Recht“ 2014, S. 108-110.

Die endgültige Publikation ist erhältlich bei Springer über <http://dx.doi.org/10.1007/s10357-014-2589-4>.

Mit Urteil vom 10.4.2013<sup>1</sup>, hatte das BVerwG über die Mitwirkung anerkannter Naturschutzvereinigungen vor der Durchführung militärischer Tiefflüge über einem Vogelschutzgebiet zu entscheiden. Der klagende Verband, eine anerkannte Naturschutzvereinigung im Land Sachsen-Anhalt, hatte mittels Eilbeschluss durch das OVG Magdeburg<sup>2</sup> die vorläufige Einstellung der Flüge erwirkt. Im Hauptsacheverfahren war der Verband vor dem Verwaltungsgericht Magdeburg<sup>3</sup> und dem OVG Magdeburg<sup>4</sup> unterlegen. Das BVerwG hatte das Berufungsurteil des OVG Magdeburg aufgehoben und die Sache zur Sachaufklärung zurück verwiesen.<sup>5</sup> Mit erneutem Berufungsurteil<sup>6</sup> gestand das OVG Magdeburg dem klagenden Verband das geltend gemachte Mitwirkungsrecht zu, schränkte dies allerdings – insoweit über den konkreten Fall hinausgehend – dahingehend ein, dass ein Mitwirkungsrecht nicht schon bei der FFH-Verträglichkeitsprüfung besteht, sondern erst dann, wenn nach erfolgter FFH-Verträglichkeitsprüfung ein Projekt unter Inanspruchnahme der Abweichungsvoraussetzungen des § 34 Abs. 3 BNatSchG verwirklicht werden soll. Gegen diese Entscheidung hat der klagende Verband Zulassung der Revision beantragt, über die noch nicht entschieden ist.

---

<sup>1</sup> BVerwG, Urt. v. 10.4.2013 - 4 C 3.12, NuR 2013, 656.

<sup>2</sup> OVG Magdeburg, 21.4.2008 - 2 M 94/08, NuR 2008, 517; das VG Magdeburg hatte den Eilantrag mit vorhergehendem Beschl. v. 21.4.2008 - 1 B 122/08 MD, abgelehnt.

<sup>3</sup> VG Magdeburg, 1.3.2010 - 1 A 246/08, NuR 2010, 372.

<sup>4</sup> OVG Magdeburg, Urt. v. 12.5.2011 - 2 L 30/10, NuR 2011, 581.

<sup>5</sup> BVerwG, Urt. v. 10.4.2013 - 4 C 3.12, NuR 2013, 656.

<sup>6</sup> OVG Magdeburg, Urt. v. 26.9.2013 - 2 L 95/13, NuR 2014, 127

Das Revisionsurteil des BVerwG vom 10.4.2013 klärt einige offene Fragen sowohl des Habitatschutzrechts als auch der Mitwirkung der anerkannten Vereinigungen.

Das BVerwG (Rdnr. 9 und Rdnr. 22) stellt klar, dass der in § 63 Abs. 2 Nr. 5 BNatSchG verwendete Begriff der „Befreiung“ auch Abweichungsentscheidungen nach § 34 Abs. 3 (und ggf. Abs. 4) BNatSchG<sup>7</sup> erfasst.<sup>8</sup> Eine Schutzgebietsverordnung nach nationalem Recht, von der formell befreit werden müsste, ist für das Mitwirkungsrecht nicht erforderlich. Materiell beinhaltet der in § 63 Abs. 2 Nr. 5 BNatSchG enthaltene Befreiungsbegriff die Bejahung des Vorliegens der Abweichungsvoraussetzungen aus § 34 Abs. 3 und 4 BNatSchG; formell muss das Vorliegen dieser Abweichungsvoraussetzungen seitens der zuständigen Behörde festgestellt werden. Eine formelle Befreiungsentscheidung, beispielsweise durch einen entsprechenden Bescheid, ist für die Pflicht zur Verbandsbeteiligung keine Voraussetzung.

Das BVerwG (Rdnr. 20) stellt außerdem fest, dass die Geltung des Habitatschutzrechts und dessen Verfahrensanforderungen nicht davon abhängen, dass das nationale Recht hierfür ein Verfahren zur Verfügung stellt. Im Fall der militärischen Tiefflüge hatte die Bundeswehr eine Ausnahmeentscheidung nach § 30 Abs. 1 Satz 3 LuftVG<sup>9</sup> zu treffen, da die sogenannte Sicherheitsmindesthöhe nach § 6 Abs. 1 LuftVO bei den Tiefflügen unterschritten wird. Das BVerwG verlangt von der Bundeswehr, dass sie bei dieser Ausnahmeentscheidung auch die habitatschutzrechtlichen Prüfungen vornimmt und die entsprechenden Verfahrensschritte (Vorprüfung, Verträglichkeitsprüfung, Prüfung und Bejahung der Abweichungsvoraussetzungen) durchläuft.

Die Feststellung des BVerwG, dass formelles und materielles Recht im Rahmen des § 34 BNatSchG untrennbar miteinander verwoben sind (Rdnr. 20), gilt verallgemeinernd für sämtliche Projekte, bei denen es zur Beeinträchtigung von FFH- oder Vogelschutzgebieten kommen kann. Die Notwendigkeit einer förmlich durchzuführenden Verträglichkeitsprüfung (Rdnr. 20) besteht demnach völlig unabhängig vom zugrunde liegenden Verwaltungsverfahren.<sup>10</sup> Ob man – mit dem BVerwG in Rdnr. 22 – Vorprüfung, Verträglichkeitsprüfung und Abweichungsentscheidung als habitatschutzrechtliche

---

<sup>7</sup> § 60 Abs. 2 Nr. 5 BNatSchG 2002

<sup>8</sup> Zur gegenteiligen Ansicht siehe OVG Lüneburg, Beschl. v. 15.12.2008 - 4 ME 315/08, NuR 2009, 130.

<sup>9</sup> § 30 Abs. 1 LuftVG: (1) <sup>1</sup>Die Bundeswehr sowie die auf Grund völkerrechtlicher Verträge in der Bundesrepublik Deutschland stationierten Truppen dürfen von den Vorschriften des Ersten Abschnitts dieses Gesetzes - ausgenommen die §§ 12, 13 und 15 bis 19 - und den zu seiner Durchführung erlassenen Vorschriften abweichen; soweit dies zur Erfüllung ihrer besonderen Aufgaben unter Berücksichtigung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung erforderlich ist. <sup>2</sup>Das in § 8 vorgesehene Planfeststellungsverfahren entfällt, wenn militärische Flugplätze angelegt oder geändert werden sollen. <sup>3</sup>Von den Vorschriften über das Verhalten im Luftraum darf nur abgewichen werden, soweit dies zur Erfüllung hoheitlicher Aufgaben zwingend notwendig ist.

<sup>10</sup> Diese Anforderungen des Habitatschutzrechts gelten selbst dann, wenn gesetzlich vom jedwedem Verwaltungsverfahren dispensiert ist, wie beispielsweise in § 48 WaStrG; siehe *Crusius*, NVwZ 2013, 1351

Verfahrensschritte bezeichnet oder ob es sich hierbei letztendlich um das in einer bestimmten Abfolge durchzuführende materiellrechtliche Prüfungsprogramm handelt, dürfte keine Rolle spielen, denn die Zulassung eines Projekts, das ein FFH- oder Vogelschutzgebiet beeinträchtigen kann, verlangt nach materiellem Recht – und damit verfahrensunabhängig - das Vorliegen einer ordnungsgemäßen FFH-Verträglichkeitsprüfung nach der im Habitatschutzrecht geltenden Beweislast und die fehlerfreie Feststellung des Vorliegens der Abweichungsvoraussetzungen. Die nach Habitatschutzrecht erforderliche Dokumentation<sup>11</sup> dieser Prüfung ist Teil der materiellrechtlichen Anforderung und demgemäß auch dann anzufertigen, wenn es sich um eine ansonsten behördeninterne Entscheidung handelt. Eine solche Dokumentation war seitens der Bundeswehr nicht vorgelegt worden.

Die Feststellungen des BVerwG (Rdnr. 29 f.) zum Projektbegriff gehen ebenfalls über den konkreten Fall hinaus. Das BVerwG stellt fest, dass der Projektbegriff wirkungsbezogen zu verstehen ist (Rdnr. 29), es also nicht darauf ankommt, dass es zu baulichen Veränderungen oder einer Veränderung des Bodens kommt. Die Frage, ob ungeplante Tätigkeiten – im konkreten Fall einzelne, ad hoc angeordnete Flüge – dem Projektbegriff des § 34 BNatSchG unterfallen, ließ das BVerwG offen (Rdnr. 30), weil es darauf wegen der „Rahmenplanung“ für die Tiefflüge nicht ankam. Der Hinweis des BVerwG, dass Tätigkeiten mangels planmäßigen Einwirkens kein Projekt im Sinne des § 34 BNatSchG sein könnten und deshalb auch nicht der Verbandsmitwirkung des § 63 Abs. 2 Nr. 5 BNatSchG unterlägen, verkennt allerdings, dass § 33 Abs. 1 Satz 2 BNatSchG für derartige Nicht-Projekte auf § 34 Abs. 3 BNatSchG verweist. Da das Mitwirkungsrecht der Vereinigungen an den Befreiungsbegriff im Sinne der habitatschutzrechtlichen Abweichungsentscheidung nach § 34 Abs. 3 BNatSchG anknüpft, dürfte nichts anderes gelten, wenn ein Nicht-Projekt über § 33 Abs. 1 Satz 2 BNatSchG und die Inanspruchnahme der Abweichungsvoraussetzungen des § 34 Abs. 3 BNatSchG ausnahmsweise zugelassen werden soll.

In Bezug auf die Bundeswehr hat das BVerwG in Rdnr. 19 festgestellt, dass diese nicht aufgrund ihres Verteidigungsauftrags vom Habitatschutzrecht bzw. dem habitatschutzrechtlichen Prüfprogramm freigestellt ist. Dieses seitens der Bundeswehr vorgetragene Argument wäre auch mit § 34 Abs. 4 BNatSchG nicht vereinbar gewesen. Darin wird die Verteidigung als besonderer Abweichungsgrund genannt. Die FFH-Richtlinie verankert demnach die Verteidigung als Sondergrund im Prüfprogramm, nimmt sie aber nicht vom Geltungsbereich des Habitatschutzrechts aus. Das von der Bundeswehr beanspruchte Sonderrecht existiert demnach nicht, ihr steht lediglich ein Beurteilungsspielraum hinsichtlich des Vorliegens der Abweichungsvoraussetzungen zu. Bei Gefahr im Verzug oder der

---

<sup>11</sup> BVerwG, Urt. v. 17.1.2007 - 9 A 20.05, NuR 2007, 336 Rdnr. 69 ff.; OVG Bremen, Urt. v. 4.6.2009 - 1 A 9/09.

Notwendigkeit der Geheimhaltung kann sich die Bundeswehr – wie jede andere Verwaltung auch – auf §§ 28 und 29 VwVfG berufen.

Für die Mitwirkung der Vereinigungen im Habitatschutzrecht stellt das BVerwG in Rdnr. 23 klar, dass es keines Verwaltungsverfahrens im Sinne des § 9 VwVfG, also einer nach außen wirkende Tätigkeit einer Behörde, bedarf. Das in § 63 Abs. 2 Nr. 5 BNatSchG geregelte Mitwirkungsrecht der Vereinigungen ist also kein an ein wie auch immer geartetes Verfahren anknüpfendes, sondern ein an ein materielles Entscheidungsprogramm angebundenes Recht.

Nach der Zurückverweisung an das OVG Sachsen-Anhalt war der klagende Verband mit seinem Feststellungsbegehren, bereits im Rahmen der FFH-Verträglichkeitsprüfung beteiligt zu werden, gescheitert. Das OVG Sachsen-Anhalt<sup>12</sup> sieht die Verpflichtung zur Verbandsbeteiligung nicht bereits bei der FFH-Verträglichkeitsprüfung, sondern erst dann, wenn diese abgeschlossen ist und mit dem Ergebnis endet, dass erhebliche Beeinträchtigungen nicht ausgeschlossen werden können, und wenn das Projekt unter Inanspruchnahme der Abweichungsvoraussetzungen trotzdem zugelassen werden soll.

Folgt man der Entscheidung des OVG, hat dies zur Konsequenz, dass die FFH-Verträglichkeitsprüfung ohne Mitwirkung der Vereinigungen stattzufinden hat.<sup>13</sup> Die Beteiligung der Vereinigungen hätte nur bei der Prüfung der Abweichungsvoraussetzungen nach § 34 Abs. 3 BNatSchG zu erfolgen. Dies wiederum setzt voraus, dass die – ohne Beteiligung der Vereinigungen erfolgte – FFH-Verträglichkeitsprüfung zu dem Ergebnis gekommen ist, die erhebliche Beeinträchtigung eines FFH- oder Vogelschutzgebiets könne nicht ausgeschlossen werden.

Bei streng formeller Betrachtungsweise würde sich die Mitwirkung der Vereinigungen in einem solchen Fall auf die Prüfung der Abweichungsvoraussetzungen beschränken, also das Vorliegen zwingender Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses, die Prüfung zumutbarer Alternativen und das Vorliegen von Kohärenzsicherungsmaßnahmen<sup>14</sup>. Dies sind zum größeren Teil keine naturschutzfachlichen Fragen. Zwar wäre es den Vereinigungen nicht verwehrt, zum Ergebnis der FFH-Verträglichkeitsprüfung und damit zu den

---

<sup>12</sup> OVG Magdeburg, Urt. v. 26.9.2013 - 2 L 95/13, NuR 2014, 127

<sup>13</sup> Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass dies praktisch nur dann eine Rolle spielt, wenn die Vereinigungen nicht ohnehin am Genehmigungsverfahren zu beteiligen sind, beispielsweise im Planfeststellungsverfahren oder im förmlichen immissionsschutzrechtlichen Verfahren.

<sup>14</sup> Zum Nachweis der Kohärenzsicherung als Zulassungsvoraussetzung siehe BVerwG, Urt. v. 28.3.2013 - 9 A 22.11, NuR 2013, 565, Rdnr. 97 und 112; Stellungnahme der EU-Kommission vom 28.9.2012 zur Autobahn A 143, Westumfahrung Halle.

prognostizierten erheblichen Beeinträchtigungen Stellung zu nehmen; dies würde sich aber auf eine bereits abgeschlossene FFH-Verträglichkeitsprüfung beziehen.

Gravierender ist der Befund, dass nach dem Judikat des OVG eine Mitwirkung der Vereinigungen selbst dann nicht erfolgen müsste, wenn eine FFH-Verträglichkeitsprüfung fehlerhaft zu dem Ergebnis kommt, dass keine erhebliche Beeinträchtigung vorliegt. In der Praxis dreht sich der Streit jedoch in der Regel gerade um diese Frage. Der Kern der Verbandsmitwirkung, die vom BVerwG in der Revisionsentscheidung (Rdnr. 24) nochmals betonte „Sachverständigspartizipation“, wäre nicht mehr gefragt.

Das OVG stützt sich für seine Auslegung auf die gesetzliche Formulierung in § 63 Abs. 2 Nr. 5 BNatSchG, wonach die Vereinigungen (erst) „vor der Befreiung“ zu beteiligen seien. Die Formulierung ist jedoch keineswegs eindeutig. Sie lässt auch die Auslegung zu, dass die Vereinigungen bereits dann zu beteiligen sind, wenn – im Rahmen einer FFH-Verträglichkeitsprüfung – zu untersuchen ist, ob ein FFH- oder Vogelschutzgebiet erheblich beeinträchtigt wird. Das BVerwG hat in dem Revisionsurteil durch seine Auslegung des Befreiungsbegriffs gezeigt, dass der Gesetzeswortlaut nicht eng zu verstehen ist. Trotz der lange bekannten Auslegungsschwierigkeiten sah sich der Gesetzgeber nicht veranlasst, klarstellend tätig zu werden.

Das BVerwG geht in dem Revisionsurteil offensichtlich davon aus, dass die Vereinigungen nicht erst dann zu beteiligen sind, wenn feststeht, dass eine Abweichungsentscheidung erforderlich ist. In Rdnr. 22 der Entscheidung heißt es, dass die Vereinigungen vor einer gegebenenfalls erforderlichen habitatschutzrechtlichen Abweichungsentscheidung Gelegenheit zur Stellungnahme und zur Einsicht in die einschlägigen Sachverständigengutachten erhalten müssen. Die Beteiligung hat also zu erfolgen, bevor die Entscheidung über die Notwendigkeit einer habitatschutzrechtlichen Abweichungsentscheidung getroffen worden ist, mithin im Rahmen der FFH-Verträglichkeitsprüfung. Das BVerwG betont an mehreren Stellen, dass die FFH-Verträglichkeitsprüfung und die Abweichungsentscheidung sachlich eng zusammen hängen.<sup>15</sup>

Art. 6 Abs. 3 FFH-RL lässt den generellen Ausschluss der Öffentlichkeitsbeteiligung – und damit der Vereinigungen als Teil der sog. betroffenen Öffentlichkeit – bei der FFH-

---

<sup>15</sup> Rdnr. 20: Wie ebenfalls ausgeführt, setzt auch die Zulassung einer habitatschutzrechtlichen Abweichung eine Verträglichkeitsprüfung voraus, weil diese die Informationen vermittelt, derer es bedarf, um das Vorliegen der materiellrechtlichen Abweichungsvoraussetzungen gemäß § 34 Abs. 3 bis 5 BNatSchG festzustellen.

Rdnr. 10: Die Zulassung im Rahmen des "Abweichungsregimes" (zum Begriff *Wolf*, a.a.O. § 34 Rdnr. 13 ff.) setzt ihrerseits voraus, dass zuvor eine den Anforderungen des § 34 Abs. 1 BNatSchG genügende Verträglichkeitsprüfung durchgeführt wurde, da diese die Informationen vermittelt, derer es bedarf, um das Vorliegen der Ausnahmevoraussetzungen festzustellen (...).

Verträglichkeitsprüfung ebenfalls nicht zu. Art. 6 Abs. 3 Satz 2 FFH-RL<sup>16</sup> sieht für bestimmte, nicht näher definierte Fälle die Öffentlichkeitsbeteiligung im Rahmen der FFH-Verträglichkeitsprüfung vor. Nach dem Judikat des OVG wäre dies unzulässig. Art. 6 Abs. 3 Satz 2 FFH-RL sieht die Beteiligung der Öffentlichkeit vor, wenn ein Vorhaben nach Prüfung der FFH-Verträglichkeit ohne Inanspruchnahme der Abweichungsvoraussetzungen zugelassen werden soll, mithin eine erhebliche Beeinträchtigung also gerade nicht festgestellt wurde. Demgegenüber sollen nach dem Urteil des OVG die Vereinigungen nur und erst dann beteiligt werden, wenn die erhebliche Beeinträchtigung feststeht. Die Bestimmung in § 63 Abs. 2 Nr. 5 BNatSchG (bzw. in der Vorgängerverfassung des § 59 Abs. 2 Nr. 5 BNatSchG 2002) erging ausdrücklich in Umsetzung der Vorgabe zur Öffentlichkeitsbeteiligung in Art. 6 Abs. 3 der FFH-RL.<sup>17</sup>

In der Rechtsprechung ist mittlerweile anerkannt, dass Art. 9 Abs. 3 – 5 der Aarhus-Konvention<sup>18</sup> jedenfalls als Auslegungsregel für Fragen der Öffentlichkeitsbeteiligung und damit auch der Beteiligung anerkannter Vereinigungen heranzuziehen sind.<sup>19</sup> Art. 9 Abs. 4 der Aarhus-Konvention verlangt, dass nicht nur angemessener und effektiver Rechtsschutz, sondern auch vorläufiger Rechtsschutz sichergestellt werden muss, und dass die entsprechenden Verfahren fair durchgeführt werden müssen. Insbesondere in den Fällen, in denen eine FFH-Verträglichkeitsprüfung (fehlerhaft) zu dem Ergebnis kommt, dass eine erhebliche Beeinträchtigung auszuschließen ist, wäre dies nach dem Judikat des OVG nicht gewährleistet. Die Vereinigungen würden in diesen Fällen von den Projekten zunächst nichts erfahren, so dass die Gefahr irreparabler Beeinträchtigungen bestünde. Für den Vortrag, dass eine erhebliche Beeinträchtigung nicht auszuschließen ist und deshalb das Projekt ohne Abweichungsentscheidung nicht hätte zugelassen werden dürfen, wären die Vereinigungen – ohne Kenntnis der Unterlagen – auf die sogenannte

---

<sup>16</sup> Art. 6 Abs. 3 Satz 2 FFH-RL: 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.

<sup>17</sup> Gesetzesbegründung zum BNatSchG 2002, BT-Drs. 14/6378 vom 20.6.2001, S. 60: Die Einbeziehung der sonstigen nach § 33 Abs. 2 ausgewiesenen Schutzgebiete trägt der besonderen Bedeutung dieser Gebiete im Hinblick auf den Erhalt des gemeinschaftlichen Naturerbes Rechnung. Außerdem entspricht dies auch der in Art. 6 Abs. 3 S. 2 der FFH-RL angesprochenen Beteiligung der Öffentlichkeit.

<sup>18</sup> Übereinkommen über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten

<sup>19</sup> EuGH, Urt. v. 8.3.2012 - C-240/09 (slowakischer Braunbär) NuR 2011, 346; BVerwG, Urt. v. 5.9.2013 - 7 C 21.12.

Umgehungsrechtsprechung<sup>20</sup> angewiesen. Dies wäre mit Art. 9 Abs. 3 – 5 der Aarhus-Konvention schwerlich vereinbar.

---

<sup>20</sup> BVerwG, Urt. v. 7.12.2006 - 4 C 16.04, BVerwGE 127, 208-230.