

Peter Kremer

## Erhöhte Anforderungen an die FFH-Verträglichkeitsprüfung und nachfolgende Abweichungsentscheidungen – das Urteil des BVerwG zur A 143

*In seinem Grundsatzurteil zur A 143 bringt das BVerwG Ordnung in die ausufernde Diskussion um die Maßstäbe für FFH-Verträglichkeitsprüfungen, die Erheblichkeit von Beeinträchtigungen und die Abwägung im Rahmen einer Abweichungsentscheidung. Die lehrbuchmäßig aufgebaute und ausführliche Entscheidung enthält zahlreiche Definitionen bisher umstrittener Rechtsbegriffe. Der Beitrag zeigt insbesondere die praktische Relevanz des Urteils sowie die Folgerungen für die Behörden- und Genehmigungspraxis.*

### A. Einleitung und Sachdarstellung

Mit der Entscheidung<sup>1</sup> zur A 143, der Westumfahrung der Stadt Halle, liegt nun die schon überfällige Entscheidung des BVerwG zur praktischen Anwendung der Vorgaben aus der FFH- und der VS-RL vor. Das Gericht entwickelt in dieser Entscheidung quasi einen eigenen Leitfaden zur FFH-Verträglichkeitsprüfung und klärt zahlreiche Streitfragen. Nachdem über Jahrzehnte außerdem

ein Rückgang der Kontrolldichte im Verwaltungsrecht zu verzeichnen war – unterstützt durch zunehmende Fehler-Irrelevanz-Regelungen in nahezu allen Fachgesetzen<sup>2</sup> –, werden zumindest im Anwendungsbereich der FFH- und der VS-RL wieder stärker die Gerichte das letzte Wort haben. Insofern wird es nicht übertrieben sein, die A-143-Entscheidung als Trendwende in der Naturschutzrechtsprechung des BVerwG zu bezeichnen.

Die Konstellation, die der Entscheidung zugrunde liegt, bot zahlreiche Fragestellungen der Anwendung des europäischen Naturschutzrechts auf. Die geplante Autobahntrasse – das letzte noch fehlende Teilstück des beabsichtigten Ringschlusses um die Stadt Halle – quert ein FFH-Gebiet. Ein zweites FFH-Gebiet wird nicht direkt berührt, die Trasse verläuft aber nahe zwischen zwei

<sup>1</sup> In diesem Heft, S. 307 ff.

<sup>2</sup> Siehe zuletzt »Gesetz zur Beschleunigung von Planungsvorhaben«, BGBl. I 2006, 2833 ff.

Teilgebieten des FFH-Gebiets hindurch. Die Gebiete sind von der Kommission bestätigt worden<sup>3</sup>, die Umsetzung in nationale Schutzgebietskategorien steht aber – wie bei den meisten FFH-Gebieten – noch aus. Erhaltungsziele sind noch nicht formuliert, es liegen lediglich die Standarddatenbögen der Gebietsmeldung vor.

Hinsichtlich der geschützten FFH-Lebensräume waren sowohl direkter Flächenentzug als auch indirekte Beeinträchtigungen zu prüfen. Für die geschützten Arten machte der Kläger, ein anerkannter Naturschutzverband im Land Sachsen-Anhalt, sowohl die Beeinträchtigung von Arten nach Anhang II, die in den Standarddatenbögen genannt waren, als auch die Beeinträchtigung der in den geschützten Lebensräumen vorkommenden charakteristischen Tierarten geltend. Es standen sowohl direkte Beeinträchtigungen der Arten durch Lebensraumentzug als auch indirekte Beeinträchtigungen über die Zerschneidungswirkung der Trasse oder ein zu befürchtendes Kollisionsrisiko auf dem Prüfstand.

Obwohl die Trasse nicht in einem Vogelschutzgebiet liegt, machte der Kläger auch eine Beeinträchtigung der Avifauna geltend, und zwar rechtlich über zwei Ansatzpunkte, nämlich Brutvögel als ebenfalls charakteristische Tierarten der geschützten Lebensräume und über den gebietsunabhängigen Artenschutz aus Art. 5 der VS-RL. Hier stand die Beeinträchtigung durch Lärm im Vordergrund.

Der Kläger hatte außerdem den Bedarf der Autobahn angezweifelt, dies gutachterlich untermauern lassen und vor diesem Hintergrund auch eine Alternativtrasse vorgeschlagen, die allerdings nicht als Autobahn ausgeführt worden wäre, sondern in Form einer Bundesstraße für den entfernteren Verkehr und einer stadtnahen Umfahrung.

Trotz mehrfachen Vorhalts des Klägers und auch des Gerichts hatte sich der Vorhabenträger geweigert, die Grundlagen für seine Verkehrsprognose, eine sog. Verflechtungsmatrix, beizubringen. Zu zahlreichen Vorhaltungen des Klägers erwiderte die beklagte Behörde nicht schriftlich, sondern ließ erst in der mündlichen Verhandlung Gutachter vortragen.

## B. Konkretisierung der Prüfungsanforderungen aus der FFH-RL

Mit der lehrbuchmäßig aufgebauten Entscheidung entwickelt das BVerwG einen rechtlichen Leitfaden zur FFH-Verträglichkeitsprüfung, der im Folgenden für eine praktische Handhabung erläutert werden soll.

### I. Vorliegen erheblicher Beeinträchtigungen

Voraussetzung für die Notwendigkeit einer FFH-Verträglichkeitsprüfung (FFH-VP) ist, dass es durch einen Plan oder ein Projekt zu erheblichen Beeinträchtigungen eines FFH-Gebiets kommen kann (Art. 6 Abs. 3 FFH-RL, § 34 Abs. 2 BNatSchG und die jeweiligen landesrechtlichen Umsetzungen).

Das BVerwG verortet in § 34 Abs. 1 S. 1 BNatSchG die Verpflichtung zu einer Vorprüfung, einem Screening, und entnimmt der Norm gleichzeitig die Prüfschwelle für eine solche Vorprüfung.<sup>4</sup>

Eine gestufte Herangehensweise entspricht der Praxis, hat allerdings keine große rechtliche Bedeutung. Denn die Unterscheidung zwischen einer Vorprüfung und der eigentlichen FFH-VP lässt sich nicht schematisch treffen. Die Intensität des ersten Prüfungsschritts, mit dem geprüft wird, ob es überhaupt zu einer Beeinträchtigung eines Erhaltungsziels kommen kann, hängt ausschließlich davon ab, ab welcher Prüftiefe diese Feststellung getroffen werden kann.

Das BVerwG macht hierzu unter Bezugnahme auf die Entscheidung des EuGH zur Herzmuschelfischerei<sup>5</sup> klar, wann es bei einer

Vorprüfung sein Bewenden haben kann: nämlich nur dann, wenn sicher feststeht, dass es zu keinen Beeinträchtigungen der Erhaltungsziele kommen wird. Die Beweislast für diese Gewissheit liegt, wie weiter unten noch zu zeigen ist, bei der genehmigenden Behörde.

Eine begrüßenswerte Klarstellung – und angesichts zahlreicher Entscheidungen zur Frage der Erheblichkeit wohl auch eine wirkliche Neuerung – ist die dann folgende Aussage, dass grundsätzlich jede Beeinträchtigung von Erhaltungszielen erheblich ist und als Beeinträchtigung des Gebiets als solches gewertet werden muss. Im Einklang mit dem EuGH grenzen sich damit die höchsten deutschen Verwaltungsrichter nicht nur von einem Kommissionsvorschlag ab, die Erheblichkeitsschwelle sehr viel höher anzusetzen, sondern auch von der überwiegenden Verwaltungspraxis in Deutschland.

Rechtstechnisch geht es dem Gericht dabei erkennbar um Folgendes: Es ist ohne Weiteres festzustellen, dass eine einigermaßen einheitliche Definition der Erheblichkeit einer Beeinträchtigung bisher nicht gelungen ist. Der Konventionsvorschlag des Bundesamtes für Naturschutz<sup>6</sup> hat sich bisher nicht allgemein durchgesetzt, Rechtsprechung und Verwaltungspraxis sind uneinheitlich.

Da aber der Erheblichkeitsbegriff ausschlaggebend für die Anwendbarkeit der FFH-RL ist, verlegt das BVerwG nahezu die komplette materiellrechtliche Prüfung in die Abweichungsentcheidung nach Art 6 Abs. 3, 4 FFH-RL bzw. § 34 Abs. 3, 4 BNatSchG. Die eigentliche Einzelfallprüfung findet also nicht (mehr) bei der Prüfung der Erheblichkeit statt, sondern bei der Gegenüberstellung der zu erwartenden Beeinträchtigung der Erhaltungsziele mit den für den Plan oder das Projekt sprechenden zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses.

Festzuhalten ist daher als für die praktische Anwendung wichtiges Zwischenergebnis: Jede Folge eines Plans oder Projekts, die sich nachteilig auf die Erhaltungsziele eines Gebiets auswirken kann, gilt als erheblich. Nur wenn es der genehmigenden Behörde gelingt, im Rahmen einer Vorprüfung den Gegenbeweis zu führen, liegt eine erhebliche Beeinträchtigung nicht vor.

## II. Erhaltungsziele von FFH-Gebieten

Solange die Erhaltungsziele eines FFH-Gebiets nicht im Rahmen der – in vielen Fällen noch ausstehenden – Schutzgebietsausweisung enthalten sind, orientiert sich das Gericht an den Festlegungen in den Standarddatenbögen. Über den Schutz der in den Standarddatenbögen enthaltenen FFH-Lebensraumtypen (LRT) sind automatisch auch die darin vorkommenden charakteristischen Arten, also insbesondere die Tierarten<sup>7</sup>, erfasst.

In den Standarddatenbögen der hier in Rede stehenden FFH-Gebiete waren auch einige Vogelarten aufgeführt. Diese waren unter Ziffer 3.2a mit der Überschrift »Vögel, die im Anhang I der Richtlinie 79/409/EWG aufgeführt sind«, unter Ziffer 3.2b »Regelmäßig vorkommende Zugvogelarten, die nicht im Anhang I der Richtlinie 79/409/EWG aufgeführt sind«, sowie unter Ziffer 3.3

3 Entscheidung der Kommission vom 7.12.2004, ABl EG Nr. L 382, S. 1 ff. vom 28.12.2004.

4 Dem Wortlaut der Bestimmung kann dies nicht ohne Weiteres entnommen werden, weil § 34 Abs. 1 S. 1 BNatSchG bereits die komplette Überprüfung eines Plans oder Projekts auf dessen Verträglichkeit mit den Erhaltungszielen verlangt, während § 34 Abs. 2 BNatSchG, dem das BVerwG die Pflicht zur eigentlichen Verträglichkeitsprüfung entnimmt, die Konsequenzen aus der Verträglichkeitsprüfung behandelt.

5 EuGH vom 7.9.2004, C-127/02, Slg. 2004, I-7405.

6 »Ermittlung von erheblichen Beeinträchtigungen im Rahmen der FFH-Verträglichkeitsuntersuchung«, Endbericht April 2004, FuE-Vorhaben im Rahmen des Umweltforschungsplanes des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Bundesamt für Naturschutz FKZ 801 82 130.

7 Pflanzenarten dürften dagegen in aller Regel bereits über den FFH-LRT als solchen erfasst sein, da die Charakterisierung eines FFH-LRT nach typischen Pflanzengesellschaften erfolgt.

»Andere bedeutende Arten der Fauna und Flora« in den Standarddatenbögen gelistet. Der 9. Senat vertritt, wohl teilweise abweichend vom 4. Senat in den Schönefeld-Entscheidungen<sup>8</sup>, die Auffassung, dass auch diese genannten Vogelarten als charakteristische Tierarten der FFH-LRT mitgeschützt sind und deshalb Auswirkungen mindestens auf die Brutvogelarten mitbetrachtet werden müssen.

Das Gericht verdeutlicht außerdem, dass auch Gebietsbestandteile, die nicht unter die im Standarddatenbogen genannten FFH-LRT fallen, geschützt sind, wenn sie aufgrund ökologischer Beziehungsgefüge maßgeblich für den günstigen Erhaltungszustand sind.

In einem obiter dictum (Rz. 117) klärt das Gericht außerdem die Streitfrage, ob für die Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 4 Uabs. 2 FFH-RL bzw. § 34 Abs. 4 BNatSchG die Beeinträchtigung von prioritären LRT oder prioritären Arten konkret in Rede stehen muss oder ob es ausreicht, dass in dem Gebiet prioritäre LRT oder Arten lediglich vorkommen. Die Feststellung ist klar: Es reicht allein das Vorhandensein prioritärer LRT bzw. Arten aus, um eine vorab eingeholte Stellungnahme der Kommission zwingend erforderlich zu machen. Das BVerwG leitet dies aus der Rechtsprechung des EuGH<sup>9</sup> ab und gesteht der Kommission hier ein vorbeugendes »Wächteramt«<sup>10</sup> zu.

Das BVerwG stellt klar, dass die landesrechtlichen Umsetzungen der §§ 32 ff. BNatSchG europarechtsfreundlich im Sinne einer genauen Umsetzung der FFH-RL ausgelegt werden müssen. Damit kommt der Rechtsprechung des EuGH besondere Bedeutung zu.

Dieser Grundsatz der europarechtsfreundlichen Umsetzung dürfte auch für das Bundesrecht gelten. Damit wird zumindest zweifelhaft, ob die Bestimmung in § 34 Abs. 1 S. 2 BNatSchG noch europarechtskonform ausgelegt werden kann. Denn hier wird für den Verträglichkeitsmaßstab und den Schutzzweck auf die Festlegungen in den nationalen Schutzgebietskategorien verwiesen, sobald die FFH-Gebiete entsprechend umgesetzt sind. Es ist aber in vielen Fällen zweifelhaft, ob die nationalen Schutzgebietskategorien geeignet sind, den besonderen Anforderungen der FFH-RL gerecht zu werden.

### III. Der günstige Erhaltungszustand als Maßstab für die naturschutzfachliche Prüfung

Nur der in Art. 1 lit. e)<sup>11</sup> und i)<sup>12</sup> FFH-RL definierte günstige Erhaltungszustand ist für das BVerwG der geeignete Maßstab für die naturschutzfachliche Fragestellung. Unter Bezugnahme auf eine Handhabung der Kommission<sup>13</sup> wird ein günstiger Erhaltungszustand angenommen, wenn ein Lebensraum oder eine Art qualitativ und quantitativ »gut abschneiden«<sup>14</sup> und dies auch in Zukunft tun werden. Eine entsprechende Stabilität nimmt das BVerwG an, wenn der Lebensraum oder die Art nach einer Störung wieder zum ursprünglichen Gleichgewicht zurückkehren. Dabei wird klargestellt, dass die Frage des günstigen Erhaltungszustands spezifisch für einzelne Lebensräume und Arten zu ermitteln ist.

Bei der folgenden Präzisierung der Reaktions- und Belastungsschwelle für geschützte Arten oder Lebensraumtypen vor dem Maßstab des günstigen Erhaltungszustands schränkt das BVerwG dann faktisch seine Aussage, jeder potentiell nachteilige Einfluss auf die Erhaltungsziele sei als erhebliche Beeinträchtigung zu werten, wieder ein, allerdings unter strenger Orientierung an der naturschutzfachlichen Fragestellung.

Für geschützte Arten nennt das Gericht als Prüfkriterien das Verbreitungsgebiet und die Populationsgröße. Keine Verschlechterung des Erhaltungszustands sieht das Gericht beim Verlust eines lokalen Vorkommens oder Reviers, wenn die Art eine entsprechende Standortdynamik aufweist. Auch eine kurzfristige Rückentwicklung einer Population ist mit dem günstigen Erhaltungszustand vereinbar, wenn der frühere Zustand wieder erreicht wird.

Das gilt auch für Flächenverluste des FFH-Gebiets, wenn die Art das ausgleichen kann. Allerdings müssen in diesem Fall geeignete Ausweichhabitate geschaffen werden.

Als Reaktions- und Belastungsschwellen für geschützte Lebensraumtypen nennt das Gericht ausschlaggebend ebenfalls die Prognose einer kurzfristigen Regeneration. Dabei sind nicht nur die LRT an sich, also in erster Linie die einen LRT charakterisierenden Pflanzengesellschaften, in den Blick zu nehmen, sondern auch die Eignung der LRT für deren charakteristische Tierarten.

Allerdings dürfen alle diese Einschränkungen nur im Zusammenhang mit der vom Gericht geforderten Prognosesicherheit und der entsprechenden Beweislastverteilung gesehen werden. Für die erforderliche Prognosesicherheit reichen lediglich Gefährdungsabschätzungen nicht aus.<sup>15</sup> In Anlehnung an die bereits zitierte Entscheidung des EuGH<sup>16</sup> müssen die besten wissenschaftlichen Erkenntnisse angewandt werden. Bleiben trotz Anwendung dieses Maßstabs vernünftige Zweifel an der Prognose bestehen, muss eine Abweichungsentscheidung durchgeführt werden (dazu unten).

Die Anwendung von Bagatellschwellen sieht das Gericht kritisch. Eine klare Absage erteilt es der Anwendung von Bagatellschwellen aus den Kartieranleitungen, die es mittlerweile in zahlreichen Ländern gibt. Diese haben eine andere Funktion und können daher nicht herangezogen werden.

Aber auch die Anwendung der Bagatellschwellen aus dem FuE-Vorhaben<sup>17</sup> ist nicht ohne Weiteres möglich. Kennzeichen dieser Bagatellschwellen ist, dass sie in Relation zum Gesamtbestand eines LRT in Deutschland entwickelt wurden. In dem konkreten Fall befand sich ein Teil-LRT direkt auf der geplanten Trasse, es war somit von einem Totalverlust auszugehen. Das BVerwG weist einerseits auf die Funktion dieses Teil-LRT als Trittsteinbiotop hin, andererseits auf die naturschutzfachliche Unsicherheit, diesen Teil-LRT an anderer Stelle wiederherstellen zu können. Aus diesem Grund sei von einer Bagatellschwelle Null auszugehen. Auch hier orientiert sich die rechtliche Bewertung also an der Fragestellung, ob die verloren gegangenen Funktionen eines LRT kurzfristig wie-

8 BVerwG, 16.3.2006, 4 A 1075.04, BVerwGE 125, 116 ff.

9 EuGH, 13.1.2005, C-117/03, Slg. 2005, I-167, Rn. 27.

10 Unter Bezug auf *Ramsauer*, NuR 2000, 601, 610.

11 »Erhaltungszustand eines natürlichen Lebensraums«: die Gesamtheit der Einwirkungen, die den betreffenden Lebensraum und die darin vorkommenden charakteristischen Arten beeinflussen und die sich langfristig auf seine natürliche Verbreitung, seine Struktur und seine Funktionen sowie das Überleben seiner charakteristischen Arten in dem in Artikel 2 genannten Gebiet auswirken können. Der »Erhaltungszustand« eines natürlichen Lebensraums wird als »günstig« erachtet, wenn sein natürliches Verbreitungsgebiet sowie die Flächen, die er in diesem Gebiet einnimmt, beständig sind oder sich ausdehnen und die für seinen langfristigen Fortbestand notwendige Struktur und spezifischen Funktionen bestehen und in absehbarer Zukunft wahrscheinlich weiter bestehen werden und der Erhaltungszustand der für ihn charakteristischen Arten im Sinne des Buchstabens i) günstig ist.

12 »Erhaltungszustand einer Art«: die Gesamtheit der Einflüsse, die sich langfristig auf die Verbreitung und die Größe der Populationen der betreffenden Arten in dem in Artikel 2 bezeichneten Gebiet auswirken können. Der Erhaltungszustand wird als »günstig« betrachtet, wenn auf Grund der Daten über die Populationsdynamik der Art anzunehmen ist, dass diese Art ein lebensfähiges Element des natürlichen Lebensraumes, dem sie angehört, bildet und langfristig weiterhin bilden wird, und das natürliche Verbreitungsgebiet dieser Art weder abnimmt noch in absehbarer Zeit vermutlich abnehmen wird und ein genügend großer Lebensraum vorhanden ist und wahrscheinlich weiterhin vorhanden sein wird, um langfristig ein Überleben der Populationen dieser Art zu sichern.

13 Guidance document on the strict protection of animals species of community interest provided by the »Habitats« Directive 92/43/EEC in der Entwurfsversion aus April 2006.

14 So wohl die wörtliche Übersetzung des bisher nur in englischer Sprache vorliegenden Dokuments.

15 Insofern fehlerhaft also die Entscheidungen des VG Dresden und des OVG Sachsen zur geplanten Waldschlösschenbrücke in Dresden, siehe Beschlüsse vom 7.7.2005, AZ 3 K 922/04, ÖffBauR 2005, 124-125 (VG Dresden) und vom 8.12.2005, AZ 5 BS 185/05, LKV 2006, 364-371 (OVG Sachsen).

16 Fn. 5.

17 Fn. 6.

derhergestellt werden können. Das kann als Maßstab festgehalten werden. Eine verallgemeinerungsfähige schematische Äußerung, wie mit diesen Bagatellschwellen umgegangen werden kann, enthält die Entscheidung aber nicht.

#### IV. Keine erheblichen Beeinträchtigungen bei wirksamen Schutz- und Kompensationsmaßnahmen

Schutz- und Kompensationsmaßnahmen können grundsätzlich bereits bei der Frage einer erheblichen Beeinträchtigung berücksichtigt werden, sodass eine Art Saldierung zulässig ist.

Die Anforderungen an wirksame Schutz- und Kompensationsmaßnahmen sind allerdings hoch. Das betrifft zunächst den Zeitpunkt der Wirksamkeit. Die Maßnahmen müssen zum Zeitpunkt der Beeinträchtigung bereits wirken, also bei baulichen Beeinträchtigungen zum Beginn der Bauarbeiten, bei betriebsbedingten Beeinträchtigungen bei Inbetriebnahme.

Man wird allerdings nicht folgern dürfen, dass die Schutz- und Kompensationsmaßnahmen zu diesem Zeitpunkt die Beeinträchtigung auch schon komplett ausgeglichen haben müssen. Denn bei der Untersuchung, wann eine Beeinträchtigung des günstigen Erhaltungszustands vorliegt, lässt das Gericht eine Regeneration zu, wenn sie »kurzfristig« erfolgt. Es darf also wohl ein bestimmter Zeitraum zwischen der Beeinträchtigung und der verlangten Wiederherstellung des günstigen Erhaltungszustands liegen. Dass allerdings, wie in der Praxis üblich, auf »planerisch relevante Zeiträume von 25 Jahren« abgestellt wird, ist mit der geforderten »Kurzfristigkeit« nicht zu vereinbaren. Schematische Zeiträume werden sich zwar auch hier nicht angeben lassen. In allen Fällen, in denen die Wiederherstellung – beispielsweise bei der Anlegung von Magerbiotopen – Jahrzehnte dauert, ist diese Schwelle aber sicher überschritten.

Auch für die Prognosesicherheit der Wirksamkeit von Schutz- und Kompensationsmaßnahmen gilt der gleich noch näher darzulegende strenge Maßstab, wonach bei Anwendung der besten wissenschaftlichen Methoden keine vernünftigen Zweifel an deren Wirksamkeit verbleiben dürfen, die Beweislast bei der genehmigenden Behörde liegt und Unsicherheiten zwingend zur Notwendigkeit einer Abweichungsentscheidung führen.

Der häufigen Praxisauffassung, wonach Unsicherheiten durch ein nachfolgendes Monitoring begegnet werden kann, erteilt das Gericht eine weitgehende Absage. Das ist nur dann möglich, wenn zum Zeitpunkt der Genehmigung feststeht, welche (anderen) wirksamen Maßnahmen getroffen werden, falls sich die Schutz- und Kompensationsmaßnahmen nicht als ausreichend wirkungsvoll erweisen. Es muss außerdem sicher prognostiziert werden, dass diese alternativen Maßnahmen dann wirksam sind. Außerdem muss sich all dies innerhalb des erlaubten »kurzfristigen« Regenerationszeitraums abspielen, sodass einem Monitoring praktisch keine große Bedeutung mehr zukommen dürfte.

#### V. Untersuchungstiefe und Beweislast

Die Anforderungen an die Untersuchungstiefe, ebenfalls in Anlehnung an die EuGH-Entscheidung zur Herzmuschelfischerei<sup>18</sup>, sind eine der wohl praktisch bedeutsamsten Konsequenzen aus der Entscheidung des BVerwG.

Das Gericht konkretisiert zunächst die vom EuGH verlangte »Berücksichtigung der besten einschlägigen wissenschaftlichen Erkenntnisse«. Es verlangt die Ausschöpfung aller wissenschaftlichen Mittel und Quellen. Dabei sind unter Mittel die besten Untersuchungsmethoden, unter Quellen vorhandene Erkenntnisse zu verstehen.

Das Gericht verlangt zunächst die fachliche Selbstverständlichkeit, dass wissenschaftliche Erkenntnisse auf den konkreten Fall

angewandt werden. Dies fordert die Umsetzung wissenschaftlicher Erkenntnisse auf den konkreten Fall, also die Durchführung von Untersuchungen zur Gewinnung der entscheidungsrelevanten Daten. Dies muss vollständig erfolgen, was bedeutet, dass sämtliche mit dem Projekt verbundene Beeinträchtigungen benannt und quantifiziert werden und dann sämtlichen Erhaltungszielen gegenübergestellt werden müssen.

Die Ergebnisse dieser Prüfung müssen in der Entscheidung lückenlos dokumentiert sein. Ohne eine solche Dokumentation ist die Entscheidung rechtswidrig. Diese Dokumentation – und evtl. aus ihren Ergebnissen resultierende Änderungen des Vorhabens – müssen spätestens zum Zeitpunkt der Zulassungsentscheidung vorliegen.

Ein Nachschieben dieses Nachweises im gerichtlichen Verfahren ist nicht zulässig. Zwar darf die Behörde im gerichtlichen Verfahren durch ergänzenden Vortrag untermauern, um auf die Klage zu reagieren. Erforderlicher neuer Vortrag kann aber nur durch ein ergänzendes Verfahren nachgeholt werden. Der Kläger hatte in dem der Entscheidung zugrunde liegenden Verfahren für alle aus seiner Sicht entscheidungsrelevanten Punkte, die nach seiner Auffassung nicht hinreichend aufgeklärt waren, Beweisanträge gestellt. Diese hatte das Gericht sämtlich abgelehnt unter Verweis darauf, dass es, salopp formuliert, nicht Aufgabe des Gerichts sei, die Arbeit der Behörde durch Beweiserhebung vorzunehmen.

Das Gericht verweist außerdem auf die grundsätzliche Weitergeltung der Unbeachtlichkeitsvorschrift des § 17e Abs. 6 S. 1 FStrG. Die praktische Bedeutung dieser Vorschrift dürfte allerdings angesichts der nach der FFH-RL umfassenden Entscheidungsrelevanz aller potentiellen Beeinträchtigungen für die Erhaltungsziele äußerst gering sein. Dem Kläger wird insofern allerdings die Aufgabe zugewiesen, in substantiiertem Maße die Entscheidungsrelevanz aller von ihm für ausschlaggebend erachteten Gesichtspunkte im Verwaltungs- und Gerichtsverfahren aufzuzeigen.

Nicht entscheidungsrelevant und damit bei der Behördenprüfung auch nicht zu berücksichtigen sind Besorgnisse, die lediglich rein theoretisch bestehen. Allerdings ist auch hierfür der Maßstab hoch, denn darunter fallen nur Beeinträchtigungen, die nicht offensichtlich ausgeschlossen werden können. Wann das der Fall ist, dürfte auch vom Gegenvortrag des Einwenders und späteren Klägers abhängen. Der Prüfpflicht der Behörde korrespondiert also eine Vortragspflicht des Einwenders/Klägers, der potentielle Beeinträchtigungen für den konkreten Fall und dessen spezifischer Beeinträchtigungsempfindlichkeit aufzeigen muss.

Für ein konkretes Projekt kann außerdem keine wissenschaftliche Grundlagenforschung verlangt werden. Die wissenschaftlichen Mittel müssen aktuell verfügbar sein. Konsequenzen hieraus werden über die Beweislastverteilung erfasst.

Das Gericht räumt der Behörde gewisse Erleichterungen bei der Nachweisführung ein. So ist es zulässig, mit Prognosewahrscheinlichkeiten und Schätzungen zu arbeiten, wenn sie kenntlich gemacht und begründet werden. Diese Begründungspflicht verlangt dann allerdings, dass dargestellt wird, warum nur Wahrscheinlichkeiten oder Schätzungen angegeben werden können. Solche Methoden können also immer nur ultima ratio sein, wenn bessere Methoden nicht zur Verfügung stehen. Gleiches gilt für Analogieschlüsse und die Verwendung von Schlüsselindikatoren sowie die Anwendung einer Worst-Case-Betrachtung. Der schon inflationären Verwendung dieser Methoden setzt das Gericht insbesondere durch die Begründungspflicht eine klare Grenze. Auch hier wird es Aufgabe eines Einwenders/Klägers sein, darzustellen, dass bessere Methoden vorhanden sind bzw. dass die von der Behörde vorgeschlagenen Methoden nicht zu einem belastbaren Ergebnis führen.

18 Fn. 5.

An mehreren Stellen der Entscheidung stellt das Gericht fest, dass die verfügbaren Kenntnisse oft nicht ausreichen, um das Auftreten oder die Reichweite von Beeinträchtigungen sicher prognostizieren zu können. Für diese Fälle trifft die Entscheidung eine klare Beweislastregelung: Sämtliche verbleibende Unsicherheiten gehen zu Lasten des Projekts.

Die Ausführungen des Gerichts zum Vorsorgeprinzip stellen ebenfalls eine Ausprägung der Beweislast dar. Das Vorsorgeprinzip verlangt danach, dass anhand objektiver Umstände eine Beeinträchtigung des Gebiets nicht ausgeschlossen werden kann. Damit ist die Frage angesprochen, wer das Vorliegen einer Beeinträchtigung nachweisen bzw. ausschließen muss. Wenn objektive Umstände auf die Möglichkeit einer Beeinträchtigung hinweisen, muss seitens der Behörde der Gegenbeweis nach den o.g. Kriterien geführt werden.

Das Gericht stellt schließlich klar, dass die Anforderungen an die Untersuchungstiefe und die Beweislast auch für Schutz- und Kompensationsmaßnahmen gelten. Auch für diese muss demnach die erforderliche Prognosesicherheit erreicht werden.

### **C. Anforderungen an die Abweichungsentscheidung nach Art. 6 Abs. 3, 4 FFH-RL bzw. § 34 Abs. 3, 4 BNatSchG**

Da in dem zu untersuchenden Fall eine Beeinträchtigung nicht objektiv ausgeschlossen werden konnte, stellte das Gericht – quasi in einem zweiten Theorieteil – die Maßstäbe für eine Abweichungsentscheidung<sup>19</sup> nach Art. 6 Abs. 3, 4 FFH-RL und die nationalen Umsetzungen dar.

#### **I. Vollständige Ermittlung und Dokumentation der für das Vorhaben sprechenden öffentlichen Interessen**

Eine mit den Vorgaben der FFH-RL zu vereinbarende Abweichungsentscheidung kann nur getroffen werden, wenn das Maß der durch den Plan oder das Projekt zu erwartenden Beeinträchtigungen aller Erhaltungsziele vollständig erfasst und dokumentiert worden ist. Diese Feststellung des Gerichts hat erhebliche praktische Konsequenzen. Es lässt die häufige Praxis, aufgrund einer lediglich oberflächlich durchgeführten Prüfung der zu erwartenden Beeinträchtigungen gleich in die Abweichungsentscheidung zu gehen, künftig nicht mehr zu. Die vielfach von Vorhabenträgern und Behörden vertretene Auffassung, dass ohne ausreichende Prüfung eine erhebliche Beeinträchtigung eingestanden werden könne, weil der Plan oder das Projekt ohnehin über das Vorliegen überwiegender zwingender öffentlicher Interessen genehmigt werde, gehört somit der Vergangenheit an.

Das Gericht verlangt im Rahmen der Abweichungsentscheidung eine vollständige Gegenüberstellung der mit dem Projekt einhergehenden Beeinträchtigungen einerseits und der ggf. für das Projekt sprechenden öffentlichen Interessen andererseits. Nur mit diesem vollständig ermittelten Material kann die erforderliche Abwägung getroffen werden. Das bedeutet zum einen, dass Mängel in der FFH-Verträglichkeitsprüfung bei der Ermittlung oder Bewertung der Beeinträchtigungen von vornherein zur Rechtswidrigkeit der Abweichungsentscheidung führen. Zum zweiten verlangt dies aber, dass der o.g. Maßstab für die Ermittlungstiefe und die Beweislast auch für die öffentlichen Interessen gilt, die den Plan oder das Projekt genehmigungsfähig machen sollen.

#### **II. Anforderungen an die Geltendmachung günstiger Auswirkungen auf die Gesundheit des Menschen**

Eine Entscheidung, die sich auf günstige Auswirkungen im Zusammenhang mit der Gesundheit des Menschen beruft, muss diese Auswirkungen (beispielsweise die Verminderung von Lärm und

Abgasen oder die Entschärfung von Unfallschwerpunkten) konkret benennen und prognostizieren. Voraussetzung dafür ist die Erfassung der bestehenden Situation, bei Abgasen also etwa entsprechende Schadstoffmessungen. Der 9. Senat schließt sich damit der Entscheidung des 4. Senats zur Ortsumgehung Hildesheim<sup>20</sup> an. Verlangt werden nicht nur die vollständige Ermittlung der aktuellen Situation und eine nachvollziehbare Prognose der Auswirkungen des im Streit stehenden Vorhabens, sondern auch die Untersuchung, ob die ins Feld geführten öffentlichen Interessen nicht auch auf anderem Weg erreicht werden können. Anders formuliert: Der Vorhabenträger muss ein vollständiges Verkehrskonzept vorlegen, aus dem sich ergibt, dass der Plan oder das Projekt hinsichtlich des geltend gemachten öffentlichen Interesses alternativlos ist.

#### **III. Anforderungen an die Geltendmachung günstiger Auswirkungen auf die Umwelt**

Der Berufung auf maßgeblich günstige Auswirkungen auf die Umwelt setzt das Gericht in einem obiter dictum ebenfalls sehr enge Grenzen, wenngleich es sich offensichtlich noch nicht endgültig festlegen will. Es wird als »möglicherweise zutreffend« bezeichnet, dass günstige Auswirkungen auf die Umwelt im Sinne von Art. 6 Abs. 4 FFH-RL nur dann vorliegen, wenn diese Auswirkungen die konkreten Beeinträchtigungen durch den Plan oder das Projekt überkompensieren, sich also prognostisch der Zustand der Umwelt gerade für diejenigen geschützten LRT oder Arten, die beeinträchtigt werden, verbessern wird.

Der Senat musste dies hier nicht abschließend entscheiden, weil die Auffassung der Behörde, die günstigen Umweltauswirkungen seien eine Art allgemeiner Auffangtatbestand, keinesfalls vertretbar ist. Die Hinweise des Gerichts sind aber deutlich und dürften für künftige Fälle – in Anlehnung an die Leybucht-Entscheidung des EuGH<sup>21</sup> – den Maßstab setzen.

#### **IV. Sonstige zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses**

Die Berufung auf sonstige zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art in einem Gebiet mit prioritären Lebensräumen oder Arten ist grundsätzlich zulässig. Neben der Einholung (und Berücksichtigung) einer Stellungnahme der Kommission verlangt das Gericht allerdings eine strenge Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in Anbetracht der gesetzgeberischen Wertung, dass prioritären Lebensräumen bzw. Arten ein besonderer Schutz zukommt. Es nennt zwei Maßstäbe, nämlich den des Art 14. Abs. 3 S. 1 GG, wonach Enteignungen nur zum Wohl der Allgemeinheit zulässig sind, und den Vergleich zu den in Art. 6 Abs. 4 Uabs. 2 FFH-RL aufgeführten Gründen der Gesundheit des Menschen und der öffentlichen Sicherheit. Damit erteilt das Gericht vor allem der Auffassung, dass nach Einholung der Kommissionsstellungnahme die prioritären Lebensräume bzw. Arten ihren besonderen Schutz verlieren, eine Absage.

Bei Verkehrsinfrastrukturprojekten führt die Entscheidung zu einer Renaissance der kritischen Überprüfung des Verkehrsbedarfs. Es reicht eben nicht aus, sich auf die gesetzliche Bedarfsfeststellung im Bundesverkehrswegeplan zu berufen. Vielmehr muss der konkrete Bedarf prognostisch nachvollziehbar ermittelt wer-

<sup>19</sup> Der Begriff scheint sich in Anlehnung an eine Entscheidung des OVG Sachsen-Anhalt, 8.1.2007 (2 M 358/06), ZUR 2007, 246 ff., als eigenständig neben Ausnahmen und Befreiungen durchzusetzen; siehe hierzu meine Urteilsanmerkung in ZUR 2007, 246 ff., sowie Werner, Beteiligungsrechte der anerkannten Umweltverbände im Rahmen der Abweichungsentscheidung nach § 34 Abs. 3 BNatSchG, demnächst in Natur und Recht.

<sup>20</sup> BVerwG, 27.1.2000, AZ 4 C 2.99, ZUR 2000, 331 ff.

<sup>21</sup> EuGH, 28.2.1991, AZ C-57/89, Slg. 1991, I-883.

den, um im Rahmen der Abweichungsentscheidung mit den zu erwartenden Beeinträchtigungen abgewogen zu werden. In Auseinandersetzung mit dem Fernstraßenausbaugesetz stellt das Gericht fest, dass der Gesetzgeber mit der Aufnahme einer Straße in den vordringlichen Bedarf keine abschließende Entscheidung hinsichtlich des Vorrangs vor dem Habitatschutz treffen konnte und wollte. Zwar kommt einem solchen Vorhaben ein erhöhter Stellenwert auch in der im Rahmen der Abweichungsentscheidung vorzunehmenden Abwägung zu; trotzdem müssen insbesondere die zu erwartenden Verkehrsmengen nachvollziehbar dargelegt und – wenn sie angegriffen werden – entsprechend verteidigt werden. Die Überprüfung der Richtigkeit der Verkehrsprognose kann von einem Naturschutzverband geltend gemacht werden, weil es sich um einen notwendigen Teil der Naturschutzabwägung handelt.

Das Gericht verlangt diesbezüglich die Offenlegung sämtlichen Materials. Der unseligen Praxis, dass sich im Auftrag des Vorhabenträgers oder der Behörde tätige Gutachter auf ein Betriebsgeheimnis berufen und deshalb die zur Überprüfung erforderlichen Daten nicht vorlegen, wird damit definitiv ein Ende bereitet.

#### V. Anforderungen an die Alternativenprüfung

Einen eher projektfreundlichen Maßstab legt das Gericht hinsichtlich der Alternativenprüfung zugrunde.

Sobald zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses für ein Projekt vorliegen, muss die Null-Alternative nicht mehr geprüft werden. Auch fallen andere Lösungen heraus, wenn diese gegenüber der Gewählten unverhältnismäßig teuer sind. An dieser Stelle werden Vorhabenträger künftig allerdings nicht umhin kommen, die Kosten für aus Finanzgründen ausgesonderte Varianten nachprüfbar darzulegen.

In die Alternativenprüfung müssen außerdem solche Varianten nicht einbezogen werden, die dazu führen, dass mit dem Projekt verbundene »selbständige Teilziele« nicht mehr verwirklicht werden. Das wird wohl dazu führen, dass bei künftigen Vorhaben möglichst viele derartiger selbständiger Teilziele benannt werden, um die Alternativlosigkeit des Projekts zu erhöhen. Den Klägern steht es allerdings umgekehrt frei, die Realisierbarkeit solcher Ziele wiederum in Frage zu stellen, und die Beweislast liegt dann wiederum bei der genehmigenden Behörde. Konsequenz wird jedenfalls sein, dass künftig die Ziele eines Projekts und deren Realisierbarkeit wieder eine sehr viel größere Rolle spielen werden.

An einem Punkt verschärft das Gericht die Alternativenprüfung: Im Rahmen der Abweichungsentscheidung muss nachgewiesen werden, dass es keine in Bezug auf das europäische Naturschutzrecht weniger beeinträchtigende Variante gibt. Das erfordert wiederum eine konkrete Darlegung, in welchem Maß sich andere Lösungen auf die Schutzgüter der FFH- oder der VS-RL auswirken würden. Der 4. Senat<sup>22</sup> hat die Heranziehung der Interpretationshilfe der Kommission zu Art. 6 FFH-RL »Natura 2000 Gebietsmanagement – die Vorgaben des Art. 6 der Habitatrichtlinie 92/43/EWG« verlangt, in der klargestellt wird, dass im Rahmen der von der FFH-RL verlangten Alternativprüfung andere Kriterien den Umweltschutz nicht überwiegen können. In der Entscheidung zur A 44<sup>23</sup> unterstreicht dies der 4. Senat und macht deutlich, dass eine »suboptimale« Zielerreichung durch eine naturschutzfreundlichere Variante in Kauf genommen werden muss.

#### VI. Nachweis der Kohärenzsicherung

Die in Art. 6 Abs. 4 Uabs. 1 FFH-RL geforderten Kohärenzsicherungsmaßnahmen müssen spätestens zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Projekts verwirklicht sein. Die Frage, wann diese Maßnahmen wirksam werden müssen, lässt das Gericht offen. Es wird

aber deutlich, dass es sich tatsächlich um Maßnahmen zur Sicherung der Kohärenz, also des Zusammenhangs von Lebensräumen, handeln muss. Entgegen landläufiger Praxis wird also künftig strenger der Frage nachzugehen sein, ob eine Ausgleichsmaßnahme tatsächlich etwas zur Kohärenz beiträgt, wobei hinzukommen muss, dass sich die Kohärenzsicherung auch gerade auf die beeinträchtigte Funktion des Naturhaushalts bezieht.

#### D. Gebietsunabhängiger Artenschutz

Hinsichtlich des gebietsunabhängigen Artenschutzes aus Art. 12 ff. FFH-RL und Art. 5 und 9 VS-RL stellt das Gericht zunächst fest, dass im Landesrecht von Sachsen-Anhalt diese europarechtlichen Anforderungen korrekt umgesetzt worden sind.<sup>24</sup> Eine tiefer gehende Auseinandersetzung mit den Vorgaben des direkten Artenschutzes war in dem konkreten Fall nicht erforderlich und auch nicht möglich, weil die Fragestellungen im Planfeststellungsbeschluss nicht abgearbeitet worden waren. Allerdings weist das Gericht darauf hin, dass auch für den Artenschutz zunächst das Erfordernis der vollständigen Ermittlung sowohl des Arteninventars als auch aller potentiellen Beeinträchtigungen gilt, bevor eine Abweichungsentscheidung geprüft werden kann.

#### E. Zusammenfassung

Mit der Entscheidung zur A 143 kehrt das BVerwG wieder dahin zurück, die Interpretationsbefugnis über Rechtsbegriffe bei der hierfür zuständigen Rechtsprechung – und nicht bei der Verwaltung – anzusiedeln. Zumindest im Bereich des europäischen Naturschutzrechts wird damit die Kraft des Sacharguments gestärkt. Entscheidungen werden künftig wieder mehr auf sachlicher Grundlage als aufgrund von nicht überprüfbaren Entscheidungskompetenzen getroffen. Die Rechtsprechung ist damit ein Stück nachvollziehbarer und damit auch bürgerfreundlicher geworden.

Die Anforderungen an die naturschutzfachlichen Darlegungen und Prognosen bei Plänen oder Projekten sind – jedenfalls dann, wenn europäisches Naturschutzrecht tangiert wird – erheblich gestiegen. Gleichzeitig wird damit – im besten Sinne der Aarhus-Konvention – die Rolle der Naturschutzverbände und damit auch die Funktion bürgerschaftlichen Engagements gestärkt.

#### Peter Kremer

Rechtsanwalt, Heinrich-Roller-Straße 19, 10405 Berlin

eMail: rechtsanwalt@peter-kremer.de; Internet: www.peter-kremer.de

Tätigkeitsschwerpunkte: Umweltrecht, Kommunalrecht, allgemeines Verwaltungsrecht

Aktuelle Veröffentlichungen: »Städtebaurecht«, Bauplanungsrecht für KommunalpolitikerInnen, Kommunalverwaltungen, PlanerInnen und ArchitektInnen, Verlag C.H.Beck, 2000; »Gemeinden als Umweltschützer«, Überprüfungsbefugnisse der Kommunen nach § 36 BauGB, ZUR 2006, 190 ff.; »Klagemöglichkeiten von Umweltverbänden – Die Umsetzung der Öffentlichkeitsrichtlinie 2003/35/EG in Deutschland«, Zeitschrift für europarechtliche Studien (ZEuS) 2007, 93 ff.; Das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz und der »weite Zugang zu Gerichten – Zur Umsetzung der auf den Rechtsschutz in Umweltangelegenheiten bezogenen Vorgaben der sog. Öffentlichkeitsrichtlinie 2003/35/EG«, ZUR 2007, 57 ff.; Mitwirkungsrechte der Verbände bei faktischen FFH-Gebieten, Anmerkung zu OVG Sachsen-Anhalt vom 8.1.2007 (2 M 358/06), ZUR 2007, 246 ff.

<sup>22</sup> Beschluss vom 5.3.2003, AZ 4 B 70.02, NuR 2004, 520 ff.

<sup>23</sup> Urt. vom 17.5.2002, AZ 4 A 28/01, ZUR 2003, 22-26.

<sup>24</sup> § 19 NatSchG LSA verweist bereits in der Eingriffsregelung auf die entsprechenden Bestimmungen der FFH- und der VS-RL, die als Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Eingriffs eingehalten werden müssen.