
**Aktuelle Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum FFH- und Artenschutz
A44-Entscheidung vom 14.04.2010**

*Von Rechtsanwältin Ursula Philipp-Gerlach und Rechtsanwalt Dirk Teßmer,
Frankfurt am Main*

Der 9. Senat des Bundesverwaltungsgerichts hat mit Urteil vom 14.04.2010 die Klage des BUND, Landesverband Hessen, gegen einen weiteren Abschnitt der Autobahnverbindung Kassel-Eisenach (A44, hier Teilabschnitt Hessisch Lichtenau-Ost bis Hasselbach (VKE 32)) abgewiesen (Az. 9 A 5/08)¹. Diese Entscheidung enthält grundlegende Aussagen zu verschiedenen Aspekten des FFH- und Artenschutzrechts.

Die Kernaussagen des Gerichts lauten:

1. Sind dem Gebietsschutz des Art. 6 FFH-RL unterfallende Vorkommen von Tierarten auf gebietsexterne Nahrungshabitate zwingend angewiesen, um in einem günstigen Erhaltungszustand zu verbleiben, so ist das FFH-Gebiet im Regelfall des Art. 4 Abs. 1 Satz 1 FFH-RL falsch abgegrenzt und muss auf diese Nahrungshabitate ausgedehnt werden. Dagegen wäre es systemwidrig, die Nahrungshabitate losgelöst von der Gebietsabgrenzung als durch die Erhaltungsziele des Gebiets mit umfasst zu behandeln.
2. Irrelevanzschwellen, die generalisierend Zusatzbelastungen FFH-rechtlich geschützter Lebensräume durch Stickstoffdepositionen bis zu einem bestimmten Prozentsatz der als Beurteilungswerte zugrunde gelegten Critical Loads für unbedenklich erklären, sind mit den habitatrechtlichen Vorgaben nicht ohne Weiteres zu vereinbaren. Jedenfalls in Fallgestaltungen, in denen die Vorbelastung den maßgeblichen Critical-Load-Wert um mehr als das Doppelte übersteigt, ist jedoch eine Irrelevanzschwelle von 3 % dieses Wertes anzuerkennen; sie findet unter Berücksichtigung einschlägiger naturschutzfachlicher Erkenntnisse ihre Rechtfertigung in dem Bagatellvorbehalt, unter dem jede Unverträglichkeit mit den Erhaltungszielen eines FFH-Gebiets steht (Fortentwicklung von BVerwG, Beschluss vom 10.11.2009 – BVerwG 9 B 28.09).
3. Im Falle eines ungünstigen Erhaltungszustands der Populationen der betroffenen Art sind Ausnahmen nach Art. 16 Abs. 1 FFH-RL zulässig, wenn sachgemäß nachgewiesen ist, dass sie weder den ungünstigen Erhaltungszustand dieser Populationen weiter verschlechtern noch die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands behindern; darüber hinaus müssen keine "außergewöhnlichen Umstände" vorliegen (zu EuGH, Urteil vom 14.06. 2007 - Rs. C-342/05 - "Wolfsjagd", Rn. 29 Satz 1).

Zum Leitsatz 1:

Aus der unter Leitsatz 1 zusammengefassten Aussage des BVerwG folgt, dass es weiterhin ein Schutzregime für potenzielle FFH-Gebiete gibt. D.h. Flächen, welche aufgrund der maßgeblichen naturschutzfachlichen Kriterien die Merkmale erfüllen, nach welchen das europäische Schutzgebietsnetz Natura-2000 zu bilden ist, die aber nicht an die Kommission zur Aufnahme in das Schutzgebietsnetz gemeldet wurden, dürfen nicht zerstört oder in einer Weise beeinträchtigt werden, welche die Meldewürdigkeit der Flächen beseitigt. Diese Rechtslage ist seit langem in der Rechtsprechung etabliert². Die fortdauernde Gültigkeit der Grundsätze zum Schutz potentieller FFH-Gebiete wurde indessen in jüngerer Vergangenheit seitens Vorhabenträger und Genehmigungsbehörden mit Verweis auf den Umstand der

¹ Die Entscheidungen sind im Volltext unter www.bundesverwaltungsgericht.de einzusehen. Die im folgenden Text in Klammern gesetzten Randnummer (RN xx) beziehen sich auf die entsprechenden Passagen der Entscheidung.

² beginnend mit dem Beschluss des BVerwG vom 13.03.2008 und dessen Urteilen vom 19.05.1998 und 27.01.2000; ebenfalls seitens des EuGH, Urt. v. 13.01.2005 und 14.09.2006.

Veröffentlichung der Natura-2000-Kommissionslisten³ in Frage gestellt. Diesen Listen sei – so die Vertreter der Argumentation – zu entnehmen, dass dort nicht aufgeführte Gebiete nicht zusätzlich in Natura-2000 aufgenommen werden müssen. Damit gebe es auf Grundlage dieser Maßgabe auch keine potentiellen FFH-Gebiete mehr, die irgendeinem besonderen Schutz unterlägen.

Dem Urteil des BVerwG vom 14.04.2010 ist klar zu entnehmen, dass auch nach der Veröffentlichung der Kommissionslisten weiterhin ein rechtlicher Schutz solcher Flächen gilt, die unter Verstoß gegen die Vorgaben der FFH-Richtlinie nicht oder jedenfalls unter Anwendung einer falscher Gebietsabgrenzung nicht zur Aufnahme in Natura-2000 an die Kommission gemeldet wurden. Unter den Rn. 34 - 38 der Urteilsbegründung führt das BVerwG aus, dass dann, *„wenn Gebiete, die nach ihren Eigenschaften in die Kommissionsliste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung nach Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 3 FFH-RL aufgenommen werden könnten oder gar müssten, diesen Status noch nicht erlangt haben oder in dieser Liste enthaltene Gebiete fehlerhaft zu klein abgegrenzt worden sind (...) für [diese] "geeignete Schutzmaßnahmen" geboten [sind], um die ökologischen Merkmale dieser Gebiete zu erhalten. (...).“* Die Mitgliedstaaten dürften keine Eingriffe zulassen, die die ökologischen Merkmale des Gebiets ernsthaft beeinträchtigen könnten; dies gelte insbesondere dann, wenn ein Eingriff die Fläche des Gebiets wesentlich verringern oder zum Verschwinden von in dem Gebiet vorkommenden prioritären Arten führen oder aber die Zerstörung des Gebiets oder die Beseitigung seiner repräsentativen Merkmale zur Folge haben könnte.

Das BVerwG stellt weiter klar, dass *„diese Grundsätze (...) in gleicher Weise Anwendung [finden], soweit es um Flächen geht, deren Einbeziehung in ein bereits gelistetes Gebiet in Rede steht. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Gebietserweiterung der Kommission bereits vorgeschlagen worden ist oder ob dies noch nicht geschehen ist, die Nachmeldung sich aber aufdrängt. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat über diese Fallgestaltungen zwar bisher nicht entschieden; es gibt aber keine stichhaltigen Gründe, sie abweichend zu behandeln.“*

Hinsichtlich der Maßstäbe für die Gebietsabgrenzung verweist das BVerwG auf Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Anhang III Phase 1 FFH-RL und führt aus: *„Diese Regelung findet nicht nur für die Identifizierung von FFH-Gebieten, sondern auch für deren konkrete Abgrenzung Anwendung (...). Maßgebend sind ausschließlich die in Anhang III Phase 1 genannten naturschutzfachlichen Kriterien; Erwägungen, die auf Interessen gesellschaftlicher oder wirtschaftlicher Art abstellen, sind nicht statthaft (...). Für die Anwendung der Kriterien ist den zuständigen Stellen ein fachlicher Beurteilungsspielraum eingeräumt; zwingend ist eine Gebietsmeldung nur, wenn und soweit die fraglichen Flächen die von der Habitatrichtlinie vorausgesetzte ökologische Qualität zweifelsfrei aufweisen (...). Dementsprechend dürfen Gebietsteile, die den Auswahlkriterien zweifelsfrei entsprechen, bei der Gebietsmeldung nicht ausgespart werden (...).“*

Allerdings bestünden dann, wenn die Phase 2 des Auswahlverfahrens abgeschlossen sei und ein konkretes FFH-Gebiet also bereits von der Kommission in die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung aufgenommen wurde, erhöhte Anforderungen an die Darlegung einer fehlerhaften Gebietsabgrenzung. Für eine gerichtliche Prüfung sei aber weiterhin Raum, da sich trotz der Fachkunde der mit dem Auswahlprozess betrauten Stellen Fehleinschätzungen nie völlig ausschließen lassen und die dynamische Entwicklung der Natur zu veränderten Verhältnissen führen kann. Mit Rücksicht auf die durch den Auswahlprozess verbürgte hohe Richtigkeitsgewähr der Gebietsabgrenzung bedürften Einwände gegen die Sachgerechtigkeit der Abgrenzung aber einer besonderen Substantiierung.

³ Veröffentlichung der Natura-2000-Gebietslisten im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft

In der Sache weist das BVerwG darauf hin, dass die Gebietsabgrenzung die für die zum Gegenstand von Erhaltungszielen gemachten Arten wichtigen Habitats-elemente einbeziehen muss (Art. 4 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Anhang III Phase 1 Buchst. B.b FFH-RL). Für Arten, die große Lebensräume beanspruchen, lasse Art. 4 Abs. 1 Satz 2 FFH-RL es demgegenüber genügen, wenn die für ihr Leben und ihre Fortpflanzung ausschlaggebenden physischen und biologischen Elemente unter Schutz gestellt werden. Letzteres rechtfertige den Gegenschluss, dass für die unter Art. 4 Abs. 1 Satz 1 FFH-RL fallenden Arten, zumindest soweit sie für die Gebietsmeldung ausschlaggebend sind, alle wichtigen Habitats-elemente vom Gebiet umfasst sein müssen. Dazu zählten auch Jagdhabitats in einem Umfang, der die zur Wahrung oder Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands der betreffenden Art im Gebiet notwendige Nahrungsgrundlage sicherstellt. Dabei sei zu berücksichtigen, dass das Konzept des Gebietsschutzes sich auf die Errichtung eines Schutzgebietsnetzes richtet. Der angestrebten Vernetzung liege die Erkenntnis zugrunde, dass geschützte Arten in isolierten Reservaten insbesondere wegen des notwendigen genetischen Austauschs, oft aber auch wegen ihrer Lebensgewohnheiten im Übrigen nicht auf Dauer erhalten werden können. Deshalb sei der Schutz der Austauschbeziehungen zwischen verschiedenen Gebieten und Gebietsteilen unverzichtbar. Beeinträchtigungen dieser Austauschbeziehungen, z.B. durch Unterbrechung von Flugrouten und Wanderkorridoren, unterfallen mithin dem Schutzregime des Gebietsschutzes (...).

In Bezug auf den vorliegenden Fall der Planfeststellung des beklagten Abschnittes der A44 führt das BVerwG sodann aus, dass die der Abgrenzung des verfahrensgegenständlichen FFH-Gebiets zugrundeliegende naturschutzfachliche Einschätzung, aufgrund der konkreten Umstände des Sachverhaltes nicht zu beanstanden sei.

Vor dem Hintergrund der Fortexistenz eines rechtlichen Schutzregimes für potentielle FFH-Gebiete erteilte das BVerwG dem Ansatz eine Absage, den Gebietsschutz mit Blick auf Folgewirkungen von Beeinträchtigungen gebietsexterner Flächen über die Gebietsgrenzen auszudehnen. Gebietsexterne Flächen, die von im Gebiet ansässigen Vorkommen geschützter Tierarten zur Nahrungssuche genutzt werden, seien nicht in den Gebietsschutz einzubeziehen. Sind die dem Gebietsschutz unterfallenden Vorkommen auf die betreffenden gebietsexternen Nahrungshabitats zwingend angewiesen, um in einem günstigen Erhaltungszustand zu verbleiben, so sei das Gebiet im Regelfall des Art. 4 Abs. 1 Satz 1 FFH-RL, falsch abgegrenzt und müsse auf diese Nahrungshabitats ausgedehnt werden. Dagegen wäre es systemwidrig, die Habitats losgelöst von der Gebietsabgrenzung als durch die Erhaltungsziele des Gebiets mitumfasst zu behandeln.

Zusammengefasst: Auch nach Veröffentlichung der Kommissionslisten zum Schutzgebietsnetz Natura-2000 existiert weiterhin ein Schutzregime zugunsten potentieller FFH-Gebiete, die wegen unterbliebener Meldung oder fachlich unzutreffender Gebietsabgrenzung entgegen den Vorgaben aus der FFH-RL nicht in die Kommissionsliste aufgenommen wurden. An die Darlegung der Fehlerhaftigkeit der unterbliebenen Gebietsmeldung bzw. falschen Gebietsabgrenzung sind allerdings seit Veröffentlichung der Kommissionsliste erhöhte Anforderungen zu stellen.

Zum Leitsatz 2:

§ 34 Abs. 3 BNatSchG - Stickstoffeinträge

Die Naturschutzvereinigung hatte geltend gemacht, dass im Rahmen der Prüfung des § 34 BNatSchG der Planfeststellungsbeschluss zu Unrecht keine erheblichen Beeinträchtigungen von Lebensraumtypen durch die zusätzlichen Stickstoffeinträge anerkannt hat.

Die Zusatzbelastung der Stickstoffeinträge durch die geplante Autobahn wurde wie folgt ermittelt und vom Gericht bestätigt: weitgehend bei $\leq 0,1 \text{ kg N/ha} \cdot \text{a}$ kleinflächig bis zu $0,3 \text{ kg N/ha} \cdot \text{a}$.

Die Vorbelastung ist in einer Datenbank des Umweltbundesamtes erfasst. Danach war für die im FFH-Gebiet geschützten Waldlebensräume von einer Vorbelastung zwischen 37 und $48 \text{ kgN/ha} \cdot \text{a}$ und punktuell noch darüber auszugehen.

Die empirischen Critical Loads (nachfolgend: CL) werden für die in Rede stehenden Lebensräume von 10 bis $15 \text{ kg N/ha} \cdot \text{a}$ angegeben.

Die Verträglichkeitsprüfung, die dem Planfeststellungsbeschluss zugrunde gelegen hatte, wurde während des Gerichtsverfahrens bzgl. der Prüfung der Stickstoffeinträge nochmals durchgeführt. Der Sache nach ist die Zulassungsentscheidung hinsichtlich der Stickstoffproblematik auf eine neue Grundlage gestellt worden, was grundsätzlich nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts zu einer Fehlerheilung führen kann (Rn 89). Allerdings erkannte das Gericht auch weiterhin Fehler bei der Beurteilung der Stickstoffeinträge, die jedoch nicht zur Rechtswidrigkeit des Planfeststellungsbeschlusses führten, weil die Fehler keinen Einfluss auf die Entscheidung gehabt haben.

Was sind empirische Critical Loads (CL)?

Die CL sollen naturwissenschaftlich begründete **Belastungsgrenzen** für Vegetationstypen und andere Schutzgüter umschreiben, bei deren Einhaltung signifikant **schädliche Effekte** von Luftschadstoffdepositionen auch langfristig ausgeschlossen werden können. In Anbetracht der Unsicherheiten, denen die Beurteilung der durch ein Projekt für habitatrechtlich geschützte Lebensräume hervorgerufenen Stickstoffbelastungen unterliege, sei nach Auffassung des BVerwG gegen die Verwendung dieses Konzepts nichts einzuwenden (Rn 87).

Problematisch für alle Vorhabensträger ist, dass nahezu flächendeckend die CL in der Bundesrepublik bezüglich der Lebensraumtypen bereits heute überschritten sind. Dies geht aus der Vorbelastungsdatenbank des Umweltbundesamtes hervor (OSIRIS). Hieraus hat sich in der Vergangenheit die Frage entwickelt, ob nicht bereits jede Zusatzbelastung zu der Bejahung einer erheblichen Beeinträchtigung des jeweiligen Lebensrautyps, welcher in einem FFH-Gebiet zu schützen ist, resultiert.

Muss die Vorbelastung bei der projektbezogenen Prüfung der zusätzlichen Stickstoffeinträge berücksichtigt werden?

Der ursprünglichen Verträglichkeitsprüfung (VP) erteilt das Bundesverwaltungsgericht eine Absage. Diese VP hatte allein die Zusatzbelastungen an den CL als Beurteilungswerte gemessen. Hierzu führt das Bundesverwaltungsgericht aus, dass die Beurteilung der Einwirkungen nicht losgelöst von den Einwirkungen, denen der betroffene Lebensraum im Übrigen unterliegt, vorgenommen werden kann. Maßstab für die Erheblichkeit von Gebietsbeeinträchtigungen seien die für das Gebiet maßgeblichen Erhaltungsziele, also die Festlegungen zur Erhaltung oder Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustandes der in einem FFH-Gebiet vorkommenden Lebensräume und Arten nach den Anhängen I bzw. II FFH-RL. Eine an den Erhaltungszielen orientierte Prüfung sei nicht möglich, ohne neben den vorhabensbedingten Einwirkungen auch Einwirkungen in den Blick zu nehmen, denen der geschützte Lebensraum oder die geschützte Art von anderer Seite ausgesetzt ist. Daher ist für eine am Erhaltungsziel orientierte Beurteilung der projektbedingten Zusatzbelastung die Berücksichtigung der Vorbelastung unverzichtbar (Rn 88).

Wann liegt eine erhebliche Beeinträchtigung vor?

Grundsätzlich bleibt das Bundesverwaltungsgericht bei seiner Einschätzung:

„Kommt es für die Erheblichkeit einer Beeinträchtigung darauf an, ob diese dem einschlägigen Erhaltungsziel zuwiderläuft, so ist grundsätzlich jede Überschreitung eines Wertes, der die Grenze der nach naturschutzfachlicher Einschätzung für das Erhaltungsziel unbedenklichen Auswirkungen bestimmter Art markiert, als erheblich anzusehen. Bei Zugrundelegung des CL-Konzepts für die Verträglichkeitsprüfung fungieren die CL als Beurteilungswerte in diesem Sinne. Werden sie bereits von der Vorbelastung ausgeschöpft oder sogar überschritten, so folgt daraus, dass prinzipiell jede Zusatzbelastung mit dem Erhaltungsziel unvereinbar und deshalb erheblich ist, weil sie die kritische Grenze überschreitet oder schon mit der Vorbelastung verbundene Schadeffekte verstärkt.“(Rn 91)

Soweit, so gut. Aber gilt dies auch für alle Zusatzbelastungen, mögen diese auch nur geringfügig sein?

Streit um geringfügige Zusatzbelastungen beigelegt?

- **Brandenburger Vollzugshilfe contra KifL** Hierzu hat nun das Bundesverwaltungsgericht seine bisherige Rechtsprechung konkretisiert bzw. einen in der Fachliteratur entbrannten

Streit über „Irrelevanzschwellen“ entschieden. Während die „Vollzugshilfe zur Ermittlung erheblicher und irrelevanter Stoffeinträge in Natura 2000-Gebiete“ des Landesumweltamtes Brandenburg vom November 2008 eine zusätzliche Stickstoffbelastung von 10% des CL-Wertes für irrelevant beurteilt, kommt das Kieler Institut für Landschaftsökologie (KifL) in seiner Studie „Bewertung von Stoffeinträgen im Kontext der FFH-Verträglichkeitsstudie“ (2008) zu einer Irrelevanzschwelle von 3%.

Das Bundesverwaltungsgericht setzt sich mit der Problematik der Irrelevanzschwellen ausführlich auseinander. Irrelevanzschwellen bedürften einer naturschutzfachlich fundierten Rechtfertigung, da solche mit den habitatrechtlichen Vorgaben nicht ohne weiteres vereinbar seien. Solche geforderten naturschutzfachlichen Gründe für die Anwendung einer 10%-Irrelevanzschwelle seien der Brandenburger Vollzugshilfe nicht zu entnehmen.

Geringfügige Zusatzbelastungen trotzdem hinzunehmen?

Ja! Dies folgt daraus, dass jedenfalls in Fallgestaltungen, in denen die Vorbelastung die CL um mehr als das Doppelte übersteigt, eine Irrelevanzschwelle von 3% des jeweiligen CL-Wertes anzuerkennen ist.

Das Bundesverwaltungsgericht begründet dies wie folgt: *„Eine so bemessene Schwelle findet ihre Rechtfertigung in dem Bagatellvorbehalt, unter dem jede Unverträglichkeit mit den Erhaltungszielen eines FFH-Gebiets steht. Als allgemeiner, im gemeinschaftsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EUV) wurzelnder Rechtsgedanke kann dieser Vorbehalt nicht nur bei direkten Flächenverlusten, sondern auch bei mittelbaren Einwirkungen auf einen Lebensraum wie den hier in Rede stehenden Stickstoffdepositionen zum Tragen kommen. Wann eine Einwirkung Bagatellcharakter hat, ist eine zuvörderst naturschutzfachliche Frage.“* (Rn 93).

Zwingend erscheint diese Argumentation nach den vom Bundesverwaltungsgericht zuvor gemachten Ausführungen des CL-Konzeptes nicht. Denn das CL-Konzept enthält Belastungswerte. Wenn bei einem Vegetationstyp der Belastungswert bereits überschritten ist, bedeutet dies nach den derzeitigen fachlichen Kenntnissen, dass langfristig mit Schäden zu rechnen ist. Daran ändert auch nichts, dass bislang noch keine Schäden aufgetreten sind. Die Anerkennung eines „Bagatellvorbehaltes“ ist daher aus fachlicher Sicht nicht sachgerecht.

Das Bundesverwaltungsgericht sieht dies allerdings unter Berufung auf KifL anders. Danach biete der von KifL erarbeitete Fachkonventionsvorschlag eine Orientierungshilfe, der unabhängig vom betroffenen Flächenumfang eine Schwelle von 3% empfiehlt. Ausweislich dieser naturschutzfachlich fundierten Ausarbeitung werde von konsultierten Experten eine Zusatzbelastung in der Größenordnung von 3% des CL übereinstimmend als nicht signifikant verändernd eingestuft. Das Gericht kommt zu der Einschätzung, dass mittlerweile ein fachwissenschaftlicher Konsens darüber bestehe, dass Zusatzbelastungen von nicht mehr als 3% des CL außerstand sind, signifikante Veränderungen des Ist-Zustandes auszulösen oder die Wiederherstellung eines günstigen Zustandes signifikant einzuschränken. Gemessen an der habitatrechtlichen Zielsetzung, einen günstigen Erhaltungszustand zu erhalten oder wiederherzustellen, würden sich damit vorhabensbedingte Zusatzbelastungen bis zu dieser Schwelle unabhängig vom Umfang der betroffenen Fläche als Bagatelle, die die Verträglichkeit des Vorhabens nicht in Frage stellen, erweisen.

Dies treffe jedenfalls auf die Fälle zu, wenn schon die Vorbelastung den CL-Wert um mehr als das Doppelte übersteigt. Das Bundesverwaltungsgericht bedient sich hierfür zweier Begründungsansätze:

1. Bei einer solchen Sachlage falle die Zusatzbelastung gegenüber der Vorbelastung sehr gering ins Gewicht.
2. Ein dem CL-Wert entsprechender Zustand lasse sich dann ohnehin nicht mit den spezifischen Mitteln des Habitatrechts, sondern nur durch eine effektive Luftreinhaltepolitik erzielen. Beide Argumente überzeugen nicht.

Ausgehend von dem Grundsatz, dass je eher die bereits bestehende Belastung für einen Lebensraumtyp ist, desto größer die Gefahr einer Schädigung ist, müsste gelten, dass je höher die Vorbelastung ist, desto weniger darf die Zusatzbelastung genehmigt werden. Die Problematik der Stickstoffeinträge auf die Luftreinhaltepolitik zu verlagern, scheint auf den ersten Blick bestechend, da großflächige Probleme, die multikausal zu erheblichen Luftschadstoffbelastungen führen, auch nur durch verschiedene Maßnahmen gelöst werden können. In Bezug auf das Habitatschutzrecht greift dieser Ansatz jedoch nicht, wenn eine neue Kausalbeziehung erst genehmigt werden soll, welche wiederum zu dem Schadstoffproblem beiträgt. Solange die Luftreinhaltepolitik keine Lösungen für die bereits vorhandene Vorbelastungssituation bereit hält und Konzepte entwickelt, die dazu beitragen könnten, dass kurz-, mittel- und langfristig die Belastungswerte des CL-Konzeptes erreicht werden, muss jegliche Zusatzbelastung – wenigstens in den FFH-Gebieten – unterbunden werden.

Zum Leitsatz 3:

§§ 44, 45 Abs. 7 BNatSchG (n.F.) - Ungünstiger Erhaltungszustand

Gem. Art. 16 Abs. 1 FFH-RL kann eine Ausnahme von artenschutzrechtlichen Verboten unter der Bedingung, dass die Populationen der betroffenen Art in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet trotz der Ausnahmeregelung ohne Beeinträchtigung in einem günstigen Erhaltungszustand verweilt. Nach dem Wortlaut dieser Regelung müsste angenommen werden, dass eine Ausnahme nur dann in Betracht kommt, wenn eine Population einer Art in einem **günstigen Erhaltungszustand** verweilt. Ausnahmen in Bezug auf Populationen von Arten, die bereits den ungünstigen Erhaltungszustand erreicht haben, dürften danach nicht erteilt werden.

Allerdings wurde 2007 vom Europäischen Gerichtshof entschieden, dass Ausnahmen auch bei **ungünstigen Erhaltungszuständen** von Populationen einer Art möglich sind. Der maßgebliche Satz in der deutschen Fassung des sog. Wolfsjagd-Urteils (EuGH, U. v. 14.06.2007 (C-342/05)) lautet: „Bei dieser Sachlage sind solche Ausnahmen unter außergewöhnlichen Umständen weiterhin zulässig, wenn hinreichend nachgewiesen ist, dass sie den ungünstigen Erhaltungszustand dieser Populationen nicht verschlechtern oder die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustandes nicht behindern können.“

Diese Rechtsprechung führte zu unterschiedlichen Betrachtungsweisen in der Rechtsprechung und Literatur. Unklarheiten ergaben sich bei der Auslegung, was der EuGH unter „außergewöhnlichen Umständen“ versteht. Außerdem stehen nach dem Wortlaut dieses Satzes aus dem EuGH-Urteil die Voraussetzungen für eine Ausnahme kumulativ („oder“) nebeneinander.

Der VGH Mannheim hatte in einer straßenrechtlichen Entscheidung (- B 31 -, U. v. 07.08.2009, 5 S 2348/08, Rn 84 nach juris) ausgeführt, dass sich keine weitere selbständige Einschränkung für die Zulassung einer Ausnahme aus der vermeintlichen Formulierung der „außergewöhnlichen Umstände“ ergeben würden. Aus den Entscheidungsgründen des EuGH sei zu entnehmen, dass die Zulassung einer Ausnahme im Falle des ungünstigen Erhaltungszustandes einer Population weder eine Gefährdung bestimmter Rechtsgüter noch die Verfolgung bestimmter Planungsziele voraussetze, sondern bereits dann zulässig sei, wenn „hinreichend nachgewiesen“ werde, dass die Ausnahme den ungünstigen Erhaltungszustand einer Population nicht verschlechtern bzw. die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustandes nicht behindert könne. In dem Begriff „außergewöhnliche Umstände“ komme damit lediglich zum Ausdruck, dass beim Vorliegen eines ungünstigen Erhaltungszustandes an den Nachweis der Neutralität des Eingriffs besondere Anforderungen zu stellen sind, die bereits in der Zulassung der Ausnahme selbst enthalten sein müssten. Bereits in der Entscheidung über die Nichtzulassung der Beschwerde wurde diese Rechtsprechung bestätigt und vom 9. Senat ausgeführt, dass die Entscheidung des EuGH vom 14.06.2007 fehlerhaft übersetzt worden sei (BVerwG, B. v. 17.04.2010, 9 B 5/10, Rn 7ff.).

Diese deutsche Übersetzung ist nach Überzeugung des Bundesverwaltungsgerichts fehlerhaft. Der 9. Senat führt aus, dass bei einer Übersetzung der verbindlichen finnischen Fassung des oben genannten Satzes in der amtlichen Sammlung des Gerichtshofs in die deutsche Sprache unter Zuhilfenahme allgemein zugänglicher Hilfsmittel die Erteilung einer Ausnahme nicht vom Vorliegen außergewöhnlicher Umstände abhängig gemacht werde, sondern Ausnahmen dürfen „ausnahmsweise“ (poikkeuksellisesti) dann gewährt werden, wenn sachgemäß nachgewiesen ist, dass sie weder den ungünstigen Erhaltungszustand dieser Population weiter verschlechtern noch die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands dieser Population behindern. Auch wenn es etwas eigenartig anmutet, dass die Richter des 9. Senats eine eigenständige Übersetzung des finnischen Textes anstellen, ohne dass hier nochmals der Übersetzungsdienst des Europäischen Gerichtshofes angefragt wird, scheint die Auffassung des 9. Senates mit dem Aussagegehalt des Urteils des EuGH in Einklang zu stehen. In dem Urteil zur A44 führt der 9. Senat dies nochmals aus (Rn 141). Aus Sicht des 9. Senates muss dann, wenn eine Population einer Art in einem ungünstigen Erhaltungszustand verweilt nunmehr folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

Das Verbot einer weiteren Verschlechterung des ungünstigen Erhaltungszustandes und das Verbot einer Behinderung der Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustandes müssen kumulativ vorliegen. Darüber hinausgehende „außergewöhnliche Umstände“ sind jedoch für die Erteilung einer Ausnahme nicht erforderlich.

In dem der A44-Entscheidung zugrundeliegenden Fall war dieses Kriterium als erfüllt angesehen worden, weil durch die planfestgestellten Kompensationsmaßnahmen zumindest eine Verschlechterung des aktuellen (ungünstigen) Erhaltungszustandes der **Haselmaus** verhindert und die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustandes nicht behindert werde.

In dem Planfeststellungsbeschluss zur Verlegung der B 31 musste ein Bach verlegt werden, wodurch Bestände der **Bachmuschel** beeinträchtigt wurden. Dies erfüllte die Verbotstatbestände des § 42 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BNatSchG 2007. Die Bestände der Bachmuscheln wurden umgesiedelt. Aufgrund dieser Maßnahme wurden die Ausnahmeveraussetzungen des § 43 Abs. 8 BNatSchG 2007 bejaht, obwohl ein ungünstiger Erhaltungszustand der Bachmuschel vorgelegen hat.

Für die Beurteilung aktueller Planungen, die zu einem Verbot gem. § 44 Abs. 1 BNatSchG führen und wo die betroffene Art in einem ungünstigen Erhaltungszustand verweilt, muss **den Gutachtern der hinreichende Nachweis** gelingen, dass sich der Erhaltungszustand nicht weiter verschlechtert und die Wiederherstellung des günstigen Erhaltungszustandes nicht behindert wird.

Aufgabe derjenigen, die eine Planung kritisch begleiten, ist es, die Prognose, die die Gutachter für die Projektträger bezüglich des zukünftigen Erhaltungszustandes einer Art erstellen, fachlich fundiert zu beurteilen. Derzeit liegen keine methodischen Standards vor, die einen Stand der Wissenschaft abbilden würden. Aufgrund der großen wissenschaftlichen Unsicherheiten über das Gelingen sog. Kompensationsmaßnahmen für die durch ein Vorhaben betroffenen Arten ist derzeit aus fachlicher Sicht zweifelhaft, ob davon ausgegangen werden kann, dass bei den Planungen ein hinreichender Nachweis über die Erfolge der angeordneten Kompensationsmaßnahmen zum Zeitpunkt des Planfeststellungsbeschlusses zu erbringen ist. Eine begleitende Evaluation bereits angeordneter und durchgeführter Maßnahmen ist daher dringend erforderlich, um überprüfen zu können, inwieweit sich der Erhaltungszustand der streng zu schützenden Arten durch das jeweilige Vorhaben verändert.