Bernhard W. Wegener

Ist die Planung noch rational? Europäisches Naturschutzrecht und nationale Infrastrukturentwicklung

Das europäische Naturschutzrecht ist in die Kritik geraten. Seine Auslegung und Anwendung durch die Rechtsprechung des EuGH und des BVerwG soll eine rationale Infrastrukturentwicklung verhindern. In diesem Zusammenhang wird auch die Beteiligung der Naturschutzverbände scharf kritisiert. Der Beitrag weist diese Kritik unter Hinweis auf die Wirklichkeit der Infrastrukturentwicklung in Deutschland als unbegründet zurück. Hervorgehoben wird die positive Rolle der Naturschutzverbände bei der Kontrolle der Einhaltung des Naturschutzrechts. Aufgezeigt werden aber auch irrationale Ergebnisse der Auseinandersetzung zwischen Infrastrukturplanung und Naturschutz. Sie resultieren vor allem aus dem strukturell bedingten und erfahrungsgesättigten Misstrauen gegenüber den mit der Infrastrukturplanung betrauten Behörden. Eine immer weiter gehende Verrechtlichung des Naturschutzes verspricht hier keine Lösung. Für den Naturschutz wie für die Infrastrukturentwicklung bessere Ergebnisse ließen sich durch Verhandlungen erzielen. Notwendig dafür wäre die Einrichtung eines die Naturschutzinteressen effektiv vertretenden Verhandlungspartners. Vorgeschlagen wird hierzu die europarechtliche Kreation eines »Naturerbe-Trusts«.

A. Das Naturschutzrecht in der planerischen Kritik

Seit einiger Zeit erfährt das europäische Naturschutzrecht eine zunehmend schärfer werdende Kritik. Seine Auslegung und Anwendung insbesondere durch die Rechtsprechung des EuGH und die nationalen Obergerichte wird für erhebliche Beschränkungen und Verzögerungen vor allem beim Infrastrukturausbau verantwortlich gemacht. Der niederländische Ministerpräsident Balkenende sah sich deshalb dazu veranlasst, die EU-Kommission in einem persönlichen Schreiben an Kommissionspräsident Barroso aufzufordern, Vorschläge für eine Aufweichung des Regimes der Vogelschutzrichtlinie[1] und der Richtlinie zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen (Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie, FFH-RL)[2] vorzulegen.[3] Eine ganz ähnliche Stoßrichtung hatten ein auf Antrag der hessischen Landesregierung zu Stande gekommener Bundesratsbeschluss[4] und ein vom Land NRW in Auftrag gegebenes Gutachten zur »Harmonisierung« der europäischen Naturschutzrichtlinien.[5]

Ungewöhnlich kritisch zum FFH-Naturschutz hat sich auch der zwischenzeitlich pensionierte Bundesverwaltungsrichter Vallendar geäußert. Vallendar, der selbst als Berichterstatter an dem maßgeblichen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zur Westumfahrung Halle[6] beteiligt war, bewertet das rechtliche System zur Steuerung der Konkurrenz von Naturschutz und Infrastrukturplanung als grundlegend fehlerhaft und »außer Kontrolle«. Es liefere in seiner Auslegung und Anwendung – auch durch das BVerwG selbst – »rational nicht mehr nachvollziehbare Ergebnisse«. Vallendar spricht des Weiteren von einer »Krise« oder »Misere« des Fachplanungsrechts, von »fehlender Planungssicherheit« und »Rechtsunsicherheit«, von einem »rasanten Anstieg der Fehleranfälligkeit der Planfeststellungen«, von »faktischen ‚Tabuzonen' für die Infrastrukturplanung« und davon, dass Infrastrukturvorhaben »künftig [...] in aller Regel nur noch mit Zustimmung der Naturschutzverbände zu verwirklichen« seien. Der Staat habe mit der Kombination von Verbandsklage und europäischem Naturschutzrecht »seine Planungshoheit im Kernbereich faktisch an private Vereine« abgetreten. Mit dem Rechtsstaats- und Demokratiegebot des Grundgesetzes sei dies nicht mehr vereinbar. Die Ergebnisse dieses Prozesses führten vielmehr »zu Ergebnissen, die schon an staatliche Willkür denken« ließen.[7]

Die planerische Kritik am europäischen Naturschutzrecht hat damit einen in dieser Qualität wohl einmalig dramatischen Grundtenor erreicht.

1 Richtlinie 79/409/EWG des Rates v. 2.4.1979 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten, ABl. 1979, L 103, S. 1.

2 Richtlinie 92/43/EWG des Rates v. 21.5.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, ABl. 1992, L 206, S. 7.

3 Schreiben v. 13.7.2009, Nr. 3080107; im Internet zu finden unter: http://www.geldersemilieufederatie.nl/repository/Brief%20Balkenende.pdf. Nach Presseberichten hat *Barroso* die Forderung inzwischen zurückgewiesen, vgl. http://www.eu-koordination.de/index.php?page=23&vorlage=fuenfb&id=1246. Auch die aktuelle Mitteilung der Kommission: »Optionen für ein Biodiversitätskonzept und Biodiversitätsziel der EU für die Zeit nach 2010«, KOM(2010) 4 endg. lässt keine Tendenz zur Aufweichung des FFH-Regimes erkennen.

4 BR-Beschluss v. 9.11.2007, BR-Drs. 768/07.

5 Wesentliche Ergebnisse sind wiedergegeben in *Frenz*, Konkreter Reformbedarf der Natura-2000-Richtlinie, UPR 2009, 5 ff.; sehr kritisch zum rechtswissenschaftlichen Gehalt dieser Studie *Steeck*, in: http://www.naturschutzrecht.eu/frenz-walter-upr-2009-s-5-ffkonkreter-reformbedarf-der-natura-2000-richtlinie/.

6 *BVerwG*, Urt. v. 17.1.2007 – 9 A 20/05, NVwZ 2007, 1054; die Entscheidung knüpft insbesondere an das Urteil des *EuGH*, Rs. C-127/02, Urt. v. 7.9.2004 (Herzmuschelfischerei) an. Vgl. zu der Entscheidung des BVerwG die Anm. von *Bönsel/Hönig*, Erhöhung der Darlegungslast für FFH-Verträglichkeitsprüfung und Abweichungsentscheidung durch das BVerwG, NuR 2007, 796; *Dolde*, Europarechtlicher Artenschutz in der Planung, NVwZ 2007, 7; *Gatz*, Maßstäbe für Vorprüfung nach FFH-Richtlinie, jurisPR 03/08; *Günes/Fisahn*, Die Anforderungen des BVerwG an die FFH-Verträglichkeitsprüfung, EurUP 2007, 220; *Jarass*, Die Zulässigkeit von Projekten nach FFH-Recht, NuR 2007, 371; *Kremer*, Erhöhte Anforderungen an die FFH-Verträglichkeitsprüfung und nachfolgende Abweichungsentscheidungen – das Urteil des BVerwG zur A 143, ZUR 2007, 299; *Nolte*, Bau einer Autobahn durch ein FFH-Gebiet, jurisPR 10/07; *Stüer*, Westumfahrung Halle: Rote Ampeln vor Habitat- und Vogelschutz-Gebieten?, NVwZ 2007, 1147; zuvor im hier interessierenden Zusammenhang bereits *ders.*, Habitat- und Vogelschutz in der Fachplanung – Die niederländische Herzmuschelfischerei und ihre Folgen für die Grünbrücken über deutschen Autobahnen, DVBl. 2007, 416.

7 *Vallendar*, Großprojekte und Anforderungen des Europäischen Naturschutzrechts, EurUP 2007, 275 ff.; ganz ähnlich auch *ders.*, Europäisches Naturschutzrecht: Die Verbandsklage – Risiken und Nebenwirkungen für Infrastrukturvorhaben, UPR 2008, 1 ff. Das BVerwG hat die Kritik *Vallendars* an der unzulänglichen wissenschaftlichen Forschungslage im Naturschutz inzwischen aufgegriffen und aus ihr auf eine erweiterte Einschätzungs- und Bewertungsbefugnis der Planungsbehörden geschlossen, vgl. *BVerwG*, Urt. v. 9.7.2008 – 9 A 14.07 (Nordumfahrung Bad Oeynhausen), Rn. 64 f.

B. Hintergrund: Die europäische Aufwertung des Naturschutzes

Hintergrund und Gegenstand dieser Kritik ist die spektakuläre Aufwertung, die der Naturschutz durch das europäische Unionsrecht erfahren hat. Zunächst die Vogelschutzrichtlinie und an sie anschließend die FFH-Richtlinie der EU haben dem vormals zahnlosen Naturschutzrecht einen Biss verschafft, den nicht wenige Projektplanungen inzwischen zu spüren bekommen.[8]

I. Die EuGH-Rechtsprechung zur Vogelschutzrichtlinie

Ausgangspunkt ist die entschieden naturschützerische Auslegung, die der Europäische Gerichtshof den Schutzbestimmungen der Vogelschutzrichtlinie gegeben hat.[9] Art. 4 der Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten, die für die Erhaltung bestimmter Vogelarten »zahlen- und flächenmäßig geeignetsten Gebiete zu Schutzgebieten« zu erklären und Maßnahmen zu treffen, um die Beeinträchtigung dieser Schutzgebiete zu vermeiden. Die Mitgliedstaaten waren diesen Verpflichtungen zunächst ersichtlich nicht im ausreichenden Umfang nachgekommen. Daraufhin entschied der EuGH, dass sich die Ausweisung von Vogelschutzgebieten grundsätzlich allein an ornithologischen Kriterien zu orientieren habe.[10] Fehle es an einer hinreichenden Ausweisung, so stünden die entsprechenden Gebiete als sog. »faktische Vogelschutzgebiete« unter dem unmittelbaren rechtlichen Schutz der Richtlinie. Als Orientierung für die Identifikation dieser faktischen Vogelschutzgebiete zog der Gerichtshof unter anderem die von Vogelschützern in Zusammenarbeit mit der EU-Kommission erstellten sog. »IBA-Listen«[11] heran. In ausgewiesenen wie in faktischen[12] Vogelschutzgebieten sollten nach der EuGH-Rechtsprechung Projekte nur noch dann zulässig sein, wenn sie mit den allein unter Vogelschutzgesichtspunkten zu bestimmenden Erhaltungszielen dieser Gebiete zu vereinbaren seien. Konkurrierende Belange hielt der Gerichtshof lediglich in sehr engen Grenzen für beachtlich. Insbesondere sollten wirtschaftliche und soziale Gründe des Gemeinwohls keine Beeinträchtigung von Vogelschutzgebieten rechtfertigen können.[13] Anders als dies nach nationalem Recht zuvor der Fall gewesen war, waren damit Planungs- und Projektentscheidungen erstmals unter einen naturschutzrechtlichen Vorbehalt geraten, der die ornithologisch wertvollen Flächen weithin sakrosankt erscheinen ließ.

II. Der Kompromiss FFH-Richtlinie

Die Mitgliedstaaten, die wenigstens in ihrer Mehrheit von dieser Interpretation der von ihnen einstimmig im Rat verabschiedeten Vogelschutzrichtlinie überrascht wurden, suchten in der Folge nach Möglichkeiten, eine Abschwächung des Vogelschutzes zugunsten konkurrierender Gemeinwohlbelange, insbesondere auch solcher wirtschaftlicher und sozialer Art, zu erreichen. Die Eigentümlichkeiten des europäischen Gesetzgebungsprozesses machen solche Korrekturen allerdings schwierig. Sie sind nämlich einerseits von einer entsprechenden Initiative der Kommission abhängig. Die Kommission hatte aber ihrerseits in den vorgängigen Aufsichtsverfahren gegen die Mitgliedstaaten durchweg auf eine strikte Auslegung und Anwendung des europäischen Vogelschutzregimes gedrungen. Zum anderen benötigten die Korrekturen, die schließlich 1992 in Gestalt der FFH-Richtlinie erfolgten, unter der Geltung der seinerzeitigen Ermächtigungsgrundlage des Art. 130s Abs. 1 EGV[14] der Einstimmigkeit im Ministerrat und damit auch der Zustimmung von betont naturschutzfreundlichen Mitgliedstaaten.

Der unter diesen Vorzeichen erreichte Kompromiss sah einerseits eine Einbeziehung des Vogelschutzregimes in das gegenüber dem bisherigen Rechtszustand abgeschwächte Schutzregime der neuen FFH-Richtlinie vor. Ausnahmsweise zulässig sollten danach auch solche Eingriffe in Vogelschutz- und FFH-Gebiete sein, die sich »trotz negativer Ergebnisse der Verträglichkeitsprüfung aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art« als erforderlich und alternativlos erwiesen.[15] Zugleich wurde aber andererseits der Geltungsbereich des europäischen Naturschutzes entscheidend ausgedehnt. Statt wie bislang ausschließlich um den Schutz von Vögeln geht es seitdem um den Schutz umfangreicher Listen bedrohter Arten und Biotopformen. Den Naturschützern gelang es zudem, anspruchvolle Anforderungen hinsichtlich der künftigen Ausweisung von FFH-Gebieten und eine kaum minder anspruchvolle FFH-Verträglichkeitsprüfung hinsichtlich der diese Gebiete berührenden Vorhaben durchzusetzen.

III. Die Rechtsprechung zur FFH-Richtlinie

Auch die Ausweisung der neuen FFH-Gebiete verzögerte sich allerdings in der Folge. Die Mitgliedstaaten überschritten die ihnen eingeräumten zeitlichen Spielräume zur Identifizierung und Meldung der Gebiete zum Teil deutlich. Auch hier griff die Rechtsprechung mit der Anerkennung sog. »faktischer FFH-Gebiete« korrigierend ein.[16] Erst dieser richterliche Druck schuf dann das hinreichende Eigeninteresse der Mitgliedstaaten an einer ordnungsgemäßen Meldung der Gebiete.

Nach dem Abschluss der Meldephase haben sich die Auseinandersetzungen um das richtige Verständnis des europäischen Naturschutzregimes jetzt auf die Fragen nach dem ordnungsgemäßen rechtlichen Schutz und hier besonders auf die Frage nach dem richtigen Umgang mit möglichen Beeinträchtigungen der Schutzgebiete verlagert. Mit Blick auf die hier interessierenden Infrastrukturvorhaben müssen im Wesentlichen zwei Phasen unterschieden werden: So geht es zum einen um die Erfassung und Bewertung und nach Möglichkeit die Vermeidung der von einem Vorhaben potentiell ausgehenden Beeinträchtigungen von Schutzgebieten. Zweitens sind, wenn solche Beeinträchtigungen feststehen, die Fragen der ausnahmsweisen Zulässigkeit des Vorhabens und der notwendigen Ausgleichsmaßnahmen zu beantworten.

---

8 Für eine positive und zugleich relativierende Bewertung dieser Entwicklung vgl. *Mayr*, Fakten statt Mythen – Europäische Schutzgebiete sind auch in Deutschland ein Erfolg und kein Hemmnis wirtschaftlicher Entwicklung, EurUP 2008, 187 ff.

9 Vgl. dazu bereits *Wegener*, Gebietsauswahl und Gebietsausweisung für das Schutzgebietsnetz 'Natura 2000', in: Erbguth (Hrsg.), Rostocker Umweltrechtstag 1999, Rostocker Schriften zum Seerecht und Umweltrecht, Bd. 10, 2000, S. 49 ff. m.w.N.

10 *EuGH*, Rs. C-44/95, Urt. v. 11.7.1996 (Lappel Bank); vgl. dazu *Winter*, ZUR 1996, 254 ff.

11 IBA = Important Bird Areas, zu deren Heranziehung vgl. insbesondere *EuGH*, Rs. C-3/96, Urt. v. 19.5.1998 (Kommission/Niederlande), Rn. 68 ff.

12 Vgl. dazu insbesondere *EuGH*, Rs. C-355/90, Urt. v. 2.8.1993 (Santoña); dazu *Winter*, Zur Nichteinhaltung von EWGRL 409/79 Art. 4 durch das Königreich Spanien, ZUR 1994, 308 ff.

13 *EuGH*, Rs. C-57/89, Urt. v. 28.2.1991 (Leybucht); vgl. dazu *Winter*, Der Säbelschnäbler als Teil für Ganze, NuR 1992, 21 ff.

14 Heute Art. 192 Abs. 1 AEU (ex-Art. 175 Abs. 1 EGV) und danach ordentliches Gesetzgebungsverfahren mit Mehrheitsentscheidungen in Rat und Parlament; vgl. zur Entstehungsgeschichte der Norm *Kahl*, in: Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 175 EGV Rn. 1 ff.

15 Der normative Kern der mehrfach gestuften und an vielfältige verfahrensrechtliche Voraussetzungen geknüpften Eingriffsregelung findet sich in Art. 6 FFH-RL bzw. in Art. 34 BNatSchG und den diese bundesrechtliche Rahmenvorgabe umsetzenden entsprechenden landesrechtlichen Regelungen.

16 Vgl. etwa *BVerwG*, Urt. v. 19.5.1998 – 4 A 9/97 (A 20 Ostseeautobahn); *BVerwG*, Urt. v. 7.10.2000 – 4 A 18/99 (A 71); *BVerwG*, Urt. v. 31.1.2002 – 4 A 15/01 (A 20 Ostseeautobahn); vgl. auch *Gellermann*, Was sind faktische bzw. potenzielle Natura 2000-Gebiete?, NVwZ 2002, 1202 ff.; *Fisahn*, ZUR 2000, 196 ff.

Schon die Erfassung, Bewertung und mögliche Vermeidung der Beeinträchtigungen erweist sich dabei als durchaus anspruchsvoll. Nach der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH sind insoweit nämlich die »besten einschlägigen wissenschaftlichen Erkenntnisse« zu berücksichtigen.[17] Soll die Verträglichkeit eines Projektes bejaht werden, darf »aus wissenschaftlicher Sicht kein vernünftiger Zweifel daran« bestehen, dass es keine negativen Auswirkungen hat.[18] Vor allem die Konsequenz aus dieser Vorgabe hat das BVerwG in der Entscheidung Westumfahrung Halle entfaltet, die als Leitentscheidung derzeit (noch) die Debatte bestimmt. Die hier entwickelten anspruchsvollen Vorgaben erschweren den Planfeststellungsbehörden den in der Vergangenheit oft unternommenen Versuch, schon die Beeinträchtigung in Abrede zu stellen. Der Schwerpunkt der Auseinandersetzungen verlagert sich deshalb zunehmend auf die Abweichungsprüfung und hier auf die Frage nach den Ausgleichmaßnahmen.[19]

C. Von der Rationalität des europäischen Naturschutzrechts

Setzt man sich vor diesem Hintergrund mit der beispielhaft von Vallendar formulierten planerischen Kritik am europäischen Naturschutzrecht auseinander, dann erweist sich diese in ihren beiden zentralen Elementen als ungerechtfertigt. Weder verhindert die Auslegung und Anwendung des Naturschutzrechts einen angemessenen Infrastrukturausbau, noch hat der Staat seine Entscheidungsverantwortung in unzulässiger Weise an die Naturschutzverbände abgetreten.

I. Keine Verhinderung von Infrastrukturvorhaben

Am einfachsten ist dabei der Vorwurf der Verhinderung des Infrastrukturausbaus zu entkräften. Insbesondere die Rede von entsprechenden »Tabuzonen« entbehrt jeder tatsächlichen Grundlage.[20] Eine auch nur ansatzweise flächendeckende Verhinderung von Infrastrukturvorhaben gelingt dem europarechtlich unterfütterten Naturschutz gerade nicht. Dabei könnte (und sollte) ein wenigstens gelegentlicher Infrastrukturstopp ja durchaus ein rationales Ergebnis der Abwägung der widerstreitenden Belange von Naturschutz und Infrastrukturplanung sein. Schließlich stellt die Verhinderung von Beeinträchtigungen der Schutzgebiete nach dem im FFH-Regime vorgesehenen Entscheidungsprogramm die rechtliche Regel dar.

Dennoch fehlt es an Belegen für eine auch nur einzelfallbezogene Blockade des Infrastrukturausbaus durch das FFH-Recht. Dies zeigt schon ein flüchtiger Blick auf die einschlägige Rechtsprechung. Zwar kann man unter der Geltung des europäischen Naturschutzrechts nicht mehr, wie unter der Geltung der nationalen naturschutzrechtlichen Eingriffsregel, davon sprechen, das Eingriffe in die besonders geschützten Gebiete gerichtlicherseits ausnahmslos für zulässig erklärt werden. Die Zahl der Entscheidungen, mit denen infrastrukturbezogene Verwaltungsentscheidungen wegen Verstößen gegen das europäische Naturschutzrecht aufgehoben worden sind, ist aber nach wie vor mehr als überschaubar.[21] Eine endgültige Verhinderung eines ein FFH-Gebiet beeinträchtigenden Vorhabens kann dem vorliegenden Fallmaterial bislang nicht entnommen werden.[22] Selbst das von Vallendar zum Anlass seiner Polemik genommene und in seiner Konsequenz eher exzeptionelle Urteil ist für die letztlich immer infrastrukturfreundliche Rechtspraxis ein gutes Beispiel. Zwar hat das BVerwG den Planfeststellungsbeschluss zur Westumfahrung Halle als rechtswidrig bezeichnet. Es hat jedoch darauf verzichtet, ihn aufzuheben, sondern seine Nachbesserung ausdrücklich für zulässig und möglich erklärt. Hier – wie in den allermeisten anderen gleichartigen Verfahren – lässt sich prognostizieren: am Ende wird die Autobahn gebaut werden,[23] wenn auch um den Preis erheblich intensivierter gutachterlicher Begleitung, wesentlich ausgebauter Kompensationsmaßnahmen und beträchtlicher zeitlicher Verzögerungen.[24]

II. Die positive Rolle der Naturschutzverbände

Entschieden zurückzuweisen ist auch die Kritik an der Beteiligung der Naturschutzverbände. Auch an ihr ist schon tatsächlich fast alles falsch. Infrastrukturvorhaben sind auch unter der Geltung des europäischen Umweltrechts keineswegs von der Zustimmung der Umweltschutzverbände abhängig. Noch immer ist die Rolle der institutionell vergleichsweise schwachen Verbände in Planungsverfahren nämlich eine untergeordnete. Der in vielerlei Hinsicht überlegenen Ausstattung, dem Sachverstand und den rechtlichen Privilegien der Planungsbehörden und der Projektentwickler haben die Verbände nur in Ausnahmefällen wirksam etwas entgegenzusetzen. Noch immer ist ihre Rolle damit weithin auf eine naturschutzfachliche und juristische Fehlerevidenzkontrolle beschränkt. Ein Blick auf die gerichtlichen Auseinandersetzungen der letzten Jahre genügt denn auch, um festzustellen, dass diese Vorhaben im Gegenteil ganz regelmäßig gegen den entschiedenen Widerstand dieser Verbände durchgesetzt wurden. Die Planungshoheit lag und liegt dabei ganz selbstverständlich auch weiterhin in den Händen der zuständigen staatlichen Stellen bzw. der privaten Projektentwickler.

Zutreffend ist allerdings, dass das nationale und entschiedener noch das europäische Umweltrecht den Umweltschutzverbänden eine gegenüber früheren Rechtszuständen gesteigerte Bedeutung auch in den Verfahren der Infrastrukturentwicklung zubilligen. Deutscher und europäischer Gesetzgeber gehen dabei von der Erwägung aus, dass der gesetzlich angeordnete Naturschutz zu seiner effektiven Verteidigung eines ergänzenden Fürsprechers auch im Gerichtsverfahren bedarf. Die Erfahrungen der Vergangenheit haben eben gerade gezeigt, dass der Schutz des naturschützerischen

17 *EuGH*, Rs. C-127/02, Urt. v. 7.9.2004 (Herzmuschelfischerei), Rn. 54.

18 *EuGH*, Rs. C-127/02, Urt. v. 7.9.2004 (Herzmuschelfischerei), Rn. 59.

19 Vgl. dazu *Spieth/Appel*, Genehmigungsprojekte unter dem Damoklesschwert der FFH-Abweichungsprüfung, NuR 2009, 669 ff. sowie *BVerwG*, Urt. v. 9.7.2009 – 4 C 12.07 (Flughafen Münster/Osnabrück).

20 Kritisch zu Vallendars Äußerungen deshalb auch *Czybulka*, EurUP 4/2008, Editorial.

21 Vgl. auch die entsprechenden Zahlenangaben in der Antwort der Bundesregierung auf eine Anfrage der FDP zu »Kosten und Nutzen von Maßnahmen des Umwelt- und Naturschutzes bei Infrastrukturmaßnahmen«, BT-Drs. 16/7608 v. 18.12.2007, danach wurden nur vier Bundesfernstraßenvorhaben aus Gründen des Naturschutzes von den Gerichten vorübergehend gestoppt. Aufgegeben werden musste kein Vorhaben.

22 Im Gegenteil sind die bekannten Fälle, in denen die Gerichte Planfeststellungsbeschlüsse unter Berufung auf das FFH-Recht zunächst aufgehoben hatten, im »zweiten Durchgang« für zulässig erachtet worden, vgl. dazu *BVerwG*, Urt. v. 12.3.2008 – 9 A 3.06 (Hessisch-Lichtenau II); *OVG Koblenz*, Urt. v. 8.11.2007 – 8 C 11523/06.OVG, DVBl. 2008, 72; *BVerwG*, Beschl. v. 17.7.2008 – 9 B 15.08 (Hochmoselbrücke II). Derzeit noch offen ist das weitere Schicksal einer geplanten vierspurigen Ortsumgehung nördlich von Hildesheim: das Verfahren war zunächst vom *BVerwG* mit Urt. v. 27.1.2000 – 4 C 2.99, BVerwGE 110, 302 = DVBl. 2000, 814 gestoppt worden; auch der ergänzende Planfeststellungsbeschluss v. 28.2.2007 wurde vom *OVG Lüneburg* mit Urt. v. 11.9.2008 – 7 KS 1269/00 (Hildesheim) als rechtswidrig und nicht vollziehbar erklärt. Allerdings bleibt auch in diesem Fall eine Ergänzung des Planfeststellungsbeschlusses möglich.

23 Auch aus der Sicht des Leiters des Fachgebiets FFH im Bundesamt für den Naturschutz konnten »zahlreiche Verkehrsprojekte des Bundesverkehrswegeplans« trotz FFH-Relevanz »ohne nennenswerte Probleme [...] realisiert werden«; Probleme seien nur wegen planerischer Verfahrensfehler aufgetreten, vgl. *Ssymank*, Fachliche Aspekte der Umsetzung von Natura 2000 in Deutschland, EurUP 2008, 158 (162).

24 Ungefähre Angaben zu Kosten und Verzögerungen finden sich in der bereits o. erwähnten BT-Drs. 16/7608 v. 18.12.2007, danach schätzt die Bundesregierung, »dass in der Regel zwei bis fünf Prozent der Investitionskosten allein für naturschutzrechtlich erforderliche Maßnahmen ausgegeben werden«. In Einzelfällen können die Prozentsätze danach allerdings auch erheblich höher liegen. Für die menschenorientierte Lärmvorsorge werden ca. vier Prozent der Baukosten ausgegeben.

Allgemeininteresses von der unter konkreten Sachzwängen stehenden und erheblichen konkreten politischen Einflussnahmen ausgesetzten Verwaltung nur eingeschränkt zuverlässig wahrgenommen wird. Der nationale wie der europäische Gesetzgeber haben den Umweltschutzverbänden deshalb eine ergänzende Kontrollbefugnis zugesprochen. Diese Entwicklung steht überdies im Einklang mit den entsprechenden international-rechtlichen Vorgaben, die sich aus der sog. Århus-Konvention ergeben. Schon heute ist abzusehen, dass das internationale und das europäische Recht eine Fortentwicklung des derzeit noch teilweise defizitären Stands der Verbandsklagebefugnisse in Deutschland erzwingen werden.[25] Der verstärkte Gebrauch, den die Umweltschutzverbände von diesen Befugnissen in der Vergangenheit gemacht haben, entspricht also der vom Gesetzgeber intendierten Zielsetzung, dem Naturschutz einen ergänzenden »Anwalt« zu verschaffen. Die hierzu vorliegenden empirischen Untersuchungen zeigen im Übrigen, dass die Umweltverbände von den ihnen eingeräumten Befugnissen einen sehr begrenzten und verantwortungsvollen Gebrauch machen.[26]

Vor diesem Hintergrund ist auch die von planerischer Seite aufgestellte rechtliche These, die Erweiterung der Verbandsklagerechte sei mit dem Demokratieprinzip nicht zu vereinbaren, zurückzuweisen. Sie vermag aus zwei Gründen nicht zu überzeugen: zum einen geht die Einführung der Verbandsklagerechte ihrerseits auf Entscheidungen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers zurück.[27] Zum anderen können gerade die traditionellen deutschen Beschränkungen der Klagebefugnis hinsichtlich der Verteidigung von Allgemeininteressen wie dem Naturschutz mit guten Gründen als demokratieprinzipwidrig angesehen werden. Sie verwehren es Einzelnen oder Verbänden nämlich, sich vor Gericht für die Durchsetzung des demokratisch legitimierten Gesetzes einzusetzen und beschränken sie damit auf ihren vordemokratischen Status als »bourgeois«, dem allein an der Durchsetzung seiner eigenen Rechte gelegen sein darf.[28]

D. Irrationale Elemente

Auch wenn demnach die beiden wesentlichen Elemente der planerischen Kritik am geltenden europäischen Naturschutzrecht zurückzuweisen sind, bleibt doch zu fragen, ob sich nicht tatsächlich irrationale Elemente der rechtlich angeleiteten Auseinandersetzung zwischen Planern und Naturschützern identifizieren lassen.

I. Der zweifelhafte Analyseaufwand

Problematisch erscheint insoweit zunächst der durch das FFH-Regime in seiner derzeitigen verwaltungsgerichtlichen Interpretation ausgelöste Erfassungs-, Analyse- und Bewertungsaufwand.[29] Er spiegelt sich schon in der Umfänglichkeit der verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen selbst.

1. Das Beispiel der Entscheidung zur Westumfahrung Halle

Beispielhaft sei hier nochmals auf die BVerwG-Entscheidung zur Westumfahrung Halle verwiesen, die allein aus 23 Leitsätzen und 164 Randnummern besteht. Die hier entfalteten Erwartungen an die FFH-Verträglichkeitsprüfung sind beeindruckend.[30]

Verlangt wird etwa die Berücksichtigung der Ergebnisse aktueller Forschungsergebnisse zu nach einzelnen Vogelarten differenzierenden Lärmempfindlichkeitsschwellen. Verlangt wird die Berücksichtigung etwaiger besonderer Auswirkungen des spezifischen Lärms der Bauphase und die »Optimierung des Bauplans unter diesem Aspekt«. Die im Planfeststellungsbeschluss unter anderem zu diesem Zweck vorgesehene sog. »fach- und ortskundige Umweltbaubegleitung«, im Fachjargon UBB genannt, durch ein unabhängiges Planungsbüro könne diese Optimierung nicht gewährleisten, weil es an einem anerkannten Regelwerk für den Brutvögelschutz in der Bauphase fehle, an dem sich die UBB orientieren könne.[31]

Als unzureichend verworfen wird auch die zur Bewältigung der Zerschneidungswirkung der Autobahntrasse geplante sog. Grünbrücke. Zwar entspreche die Grünbrücke grundsätzlich dem Stand der Technik. Auch sei sie gerade im Bereich der höchsten Dichte sog. Trittsteinbiotope vorgesehen. Positiv vermerkt wird auch, dass der Planfeststellungsbeschluss eine besonders artengerechte Gestaltung, eine dauerhafte Pflege und ein fortlaufendes sog. Monitoring der Grünbrücke vorsehe. Zudem trete die solcherart ökologisch aufgerüstete Grünbrücke an die Stelle der derzeit an dieser Stelle intensiv landwirtschaftlich genutzten Ackerflächen, die den zu schützenden Arten jedenfalls auf den ersten Blick aktuell vergleichsweise schlechtere Lebensbedingungen böten. Die Grünbrücke könne die Zerschneidungswirkung der Trasse aber nur hinsichtlich der sich erdgebunden bewegenden Säugetierarten und der flugfähigen Tierarten hinreichend sicher kompensieren. Hinsichtlich der sog. Wirbellosen lägen insoweit aber nur erste Felduntersuchungen für Laufkäfer, Heuschrecken, Spinnen und Tagfalter vor. Das Erfahrungswissen, wie zum populationswirksamen Schutz dieser Arten Grünbrücken eingesetzt werden können, sei derzeit noch lückenhaft. Die Wissenschaft sei insoweit weitgehend auf Analogieschlüsse zu Beobachtungen angewiesen, die sich auf das Verhalten einzelner Arten in ihren speziellen Lebensräumen beschränken. Insofern müssten Prognosen über die Kompensationswirkung von Grünbrücken bei Wirbellosen gegenwärtig als unsicher gelten. Die Grünbrücke sei deshalb, was die Erhaltung des vorhandenen Lebensraumkorridors für Wirbellose angehe, als ein Experiment mit ungewissem Ausgang zu bezeichnen. Der beklagten Behörde sei nicht der Nachweis gelungen, dass mit den derzeit im Planfeststellungsbeschluss getroffenen Regelungen die Risiken dieses Experiments hinreichend beherrschbar sind.[32]

Für nicht hinnehmbar hat das BVerwG des Weiteren den Verlust einer Fläche des sog. LRT 8230, »Silikatfelskuppen mit Pioniervegetation des Sedo-Scleranthion oder des Sedo albi-Veronicion dillenii« angesehen. Zwar sei der ökologisch wertgebende Rasenbewuchs der konkret betroffenen Felskuppe weniger als 100 qm groß.

25 Vgl. zum Ganzen *Wegener*, Rechtsschutz im europäischen (Umwelt-)Recht – Sekundär- und richterrechtliche Bausteine einer gemeinschaftlichen Dogmatik, in: Hendler/Marburger/Reiff/Schröder (Hrsg.), Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts, UTR 98 (2008), S. 319 ff. m.w.N.

26 Vgl. *Koch*, Die Verbandsklage im Umweltrecht, NVwZ 2007, 369 (372); sowie monografisch *Radespiel*, Die naturschutzrechtliche Verbandsklage – Theoretische Grundlagen und empirische Analyse, 2008; zuvor bereits *Bizer/Ormond/Riedel*, Die Verbandsklage im Naturschutzrecht, 1990; *Blume/Schmidt/Zschiesche*, Verbandsklagen im Umwelt- und Naturschutz in Deutschland 1997-1999, 2001; *Gassner*, Treuhandklage zugunsten von Natur und Landschaft, 1984; *Schmidt/Zschiesche/Rosenbaum*, Die naturschutzrechtliche Verbandsklage in Deutschland, 2004.

27 Dies gilt ungeachtet der (zu) weit gehenden Relativierungen des BVerfG im Urteil zum Zustimmungsgesetz zum Lissabonner Vertrag selbstverständlich auch für die europäische Rechtsetzung.

28 Vgl. dazu bereits *Wegener*, Rechtsschutz für gesetzlich geschützte Gemeinwohlbelange als Forderung des Demokratieprinzips?, http://www.humboldt-forum-recht.de/deutsch/3-2000/index.html.

29 Behandelt wird im Folgenden nur der sich aus dem FFH-Gebietsschutz ergebende Aufwand. Besondere praktische Schwierigkeiten bringt daneben der sog. artenschutzrechtliche Fachbeitrag mit sich.

30 Das Urteil ist aus der Sicht des Naturschutzes zunächst weithin positiv aufgenommen worden. Es soll nach *Günes/Fisahn* (o. Fn. 6), EurUP 2007, 220 (220, 229) nicht nur »eine der wichtigsten und inhaltlich umfassendsten Entscheidungen [...] zu Rechtsfragen des europäischen Naturschutzes« darstellen und dabei »wichtige Streitfragen [...] in meist überzeugender Weise entschieden« haben. Mit ihm ziehe das Gericht »die Interpretations- und Deutungshoheit [im Spannungsfeld von Planungs- und Naturschutzrecht] wieder an sich«. Es schaffe »einen ausführlichen Orientierungsrahmen« und »verbessere« den »Schutz des Netzes Natura 2000«.

31 *BVerwG*, Urt. v. 17.1.2007 – 9 A 20/05, NVwZ 2007, 1054 (Westumfahrung Halle), Rn. 82.

32 *BVerwG*, Urt. v. 17.1.2007 – 9 A 20/05, NVwZ 2007, 1054 (Westumfahrung Halle), Rn. 84 ff.

Auch mache er damit weniger als zwei Promille des im gesamten FFH-Schutzgebiet vorkommenden Bestandes dieses Lebensraumtyps aus. Der konkret betroffenen Fläche komme aber trotz ihrer geringen Größe eine wesentliche Trittsteinfunktion für die wirbellosen Arten zu. Die Bagatellschwelle für den Verlust solcher Flächen sei mit 0 qm anzusetzen, also im Ergebnis ganz zu verneinen.[33] Akzeptabel wird der Verlust der Fläche nach Auffassung des BVerwG auch nicht dadurch, dass der Planfeststellungsbeschluss eine Verschiebung der Felskuppe und darüber hinaus eine Schaffung neuer und größerer Flächen des betreffenden Lebensraumtyps vorsehe. Angesichts der in der FFH-Verträglichkeitsuntersuchung und dem Landschaftspflegerischen Begleitplan aufgezeigten Bedenken, ob und wann gegebenenfalls die Rekultivierung erfolgreich sein werde, räume das von der Planfeststellungsbehörde entwickelte Risikomanagement vernünftige Zweifel am Erfolg der Entwicklungs- und Unterhaltungspflege nicht überzeugend aus.[34]

Das BVerwG hat den Planfeststellungsbeschluss auch deshalb als rechtswidrig bezeichnet, weil in ihm nicht ausreichend berücksichtigt worden sei, dass bestimmte Tagfalter und Heuschrecken durch die Überhitzung der Fahrbahn angelockt werden und auf der Trasse in eine sog. Kollisionsfalle geraten könnten. Zwar habe die FFH-Verträglichkeitsuntersuchung die Problematik als solche erkannt und entsprechende Gegenmaßnahmen entwickelt. Der behördlich bestellte Sachverständige habe in der Verhandlung vor dem Senat aber einräumen müssen, dass das Problem der von einer überhitzten Straße ausgehenden Lock- oder Fallenwirkung bisher lediglich vereinzelt Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchungen geworden sei. Der verfügbare Wissensstand sei deshalb als lückenhaft zu bezeichnen. Auch die einschlägigen Feststellungen der FFH-Verträglichkeitsuntersuchung waren dem BVerwG insoweit zu wenig aussagekräftig. So würden weder die in Trassennähe vorhandenen Vorkommen der gefährdeten Arten, ihr Aktionsradius und ihr sonstiges artspezifisches Verhalten noch das sich daraus etwa ergebende Risiko, auf die Trasse zu geraten, hinreichend dokumentiert und gewürdigt.[35]

Schließlich erscheint dem BVerwG auch die Behandlung der von der Autobahn ausgehenden Schadstoffeinträge durch den Planfeststellungsbeschluss und die zu Grunde liegende FFH-Verträglichkeitsuntersuchung als unzureichend. Beide begnügten sich mit einer Grobanalyse und berücksichtigten nicht die besten einschlägigen wissenschaftlichen Erkenntnisse. In der Sache geht es vor allem um die Frage von Vegetationsveränderungen, die sich ergeben, weil der Autoverkehr einen steigenden Nährstoffeintrag für benachbarte Flächen mit sich bringt. Sog. Magerstandorte mit der für sie typischen Flora und Fauna können unter diesem Einfluss ihre Eigenarten verlieren. Die planfeststellende Behörde wird vom BVerwG unter diesem Gesichtspunkt darauf verpflichtet, die von ihr verspätet eingeholte Luftschadstoffuntersuchung durch eine qualitativ dem wissenschaftlichen Stand des sog. »critical loads«-Konzepts entsprechende bewertende Analyse zu ergänzen.[36] Dabei müsse insbesondere die regionalspezifische Vorbelastung des Gebiets mit Nährstoffeinträgen in Rechnung gestellt werden. Aus ihr könne sich ergeben, dass das Schutzgebiet möglicherweise für jede Zusatzbelastung gesperrt sei.[37] Zu berücksichtigen seien Faktoren wie die Prognosewerte für verkehrsbedingte NOx-Emissionen, der Einfluss einer eventuellen Phosphatlimitierung auf den Nährstoffhaushalt der Pflanzen an den betroffenen Standorten und die Möglichkeit, durch Beweidung oder Mahd einen Nährstoffverlust der Pflanzen herbeizuführen. Das BVerwG rügte insoweit eigens, dass eine extensive Schafbeweidung von dem Planfeststellungsbeschluss bislang nur für einige neu zu schaffende Magerstandorte angeordnet oder empfohlen worden sei.[38]

Hinsichtlich des Aussagewertes der von ihm angemahnten »critical loads«-Studie zeigte sich das BVerwG in seinem Urteil allerdings selbst wenig überzeugt. Zweifelhaft sei, ob die Anwendung sog. empirischer Critical Loads einer Anwendung sog. modellierter Critical Loads vorzuziehen sei oder ob gerade dies einen methodischen Fehler darstelle, weil nur eine Kombination beider Verfahren zu wissenschaftlich haltbaren Ergebnissen führe. Für die weitere Sachbehandlung wies der Senat ausdrücklich darauf hin, dass die Bemühungen, unter Heranziehung der Critical Loads zu einer Einschätzung der Risiken des verkehrsbedingten Schadstoffeintrags zu gelangen, derzeit noch einen experimentellen Charakter hätten. Die an sich wünschenswerte Entwicklung standardisierter Reaktions- und Belastungsschwellen sei insoweit noch nicht abgeschlossen. Erhebliche Unsicherheiten ergäben sich daraus, dass sich das Konzept der Critical Loads lediglich auf Kurzzeitbeobachtungen stütze, während methodisch nur Langzeitstudien zuverlässige Aussagen über Vegetationsveränderungen erbringen könnten. In dieser Situation sei es denkbar, dass für die Risikoeinschätzung verschiedene methodische Ansätze zur Verfügung stünden, ohne dass sich die eine oder andere Methode von vornherein dem Vorwurf der Unwissenschaftlichkeit aussetze. Entscheide sich die Planfeststellungsbehörde in dieser Situation dafür, eine dieser Methoden zu bevorzugen, gehöre es zum wissenschaftlichen Standard, die Methodenwahl nachvollziehbar zu begründen. Ob dies gelungen sei, unterliegt im Streitfall einer zukünftigen tatrichterlichen Würdigung.[39]

2. *Rechtlich-naturwissenschaftliche Feinsteuerung der Planung?*

All diese hier nur beispielhaft wiedergegebenen Anforderungen an die Genauigkeit der Verträglichkeitsprüfung entspringen einem fundamentalen und angesichts des vorliegenden Fallmaterials auch berechtigten Misstrauen gegenüber den Planfeststellungsbehörden. Weil und soweit diese sich mit der Verwirklichung des von ihnen zu betreibenden Vorhabens zu sehr identifizieren, neigen sie dazu, die gegenläufigen Belange des Naturschutzes systematisch gering zu achten, ihre Beeinträchtigung in Abrede zu stellen und in der planerischen Abwägung zu vernachlässigen. Die Gerichte, allen voran der EuGH und das BVerwG bemühen sich deshalb um die Entwicklung strikter Prüfungs- und Ausgleichsvorgaben. Den Behörden soll nur ein nach Möglichkeit verengter, weitgehend gerichtlich überprüfbarer Entscheidungsspielraum verbleiben. Die Entscheidung soll damit aus der Offenheit bzw. kritisch gesprochen der Beliebigkeit der planerischen Erfassung, Analyse, Bewertung und Abwägung herausgeholt werden, in der sie der Natur des Planfeststellungsverfahrens nach eigentlich steckt.

Zum Gegenmodell wird dafür das der naturschutzfachlich weitestgehend determinierten Entscheidung erhoben. Welche Beein-

33 Diese Rechtsprechung hat das *BVerwG* mit Urteil vom 12.3.2008 (Az.: 9 A 3.06, »Hessisch-Lichtenau II«, NuR 2008, 633 ff.) fortentwickelt und nunmehr die Unerheblichkeit von Flächenverlusten, die lediglich Bagatellcharakter haben, unter Hinweis auf den auch für das Gemeinschaftsrecht geltenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der eine Beurteilung am Maßstab praktischer Vernunft gebiete, bejaht.

34 *BVerwG*, Urt. v. 17.1.2007 – 9 A 20/05, NVwZ 2007, 1054 (Westumfahrung Halle), Rn. 92 ff.

35 *BVerwG*, Urt. v. 17.1.2007 – 9 A 20/05, NVwZ 2007, 1054 (Westumfahrung Halle), Rn. 98 ff.

36 Für eine entsprechende Prüfung vgl. *OVG Lüneburg*, Urt. v. 28.8.2008 – 7 K 1269/00, EurUP 2009, 311 ff. (Hildesheim); näher dazu auch *Thyssen*, Wann ist erheblich »erheblich?, NuR 2010, 9 (16).

37 Unter anderem die ungeklärte Vor- und Zusatzbelastung mit Stickstoffen des FFH-Schutzgebiets »Lippeauen« veranlassten das *OVG Münster* den Bebauungsplan für das Kohlekraftwerk in Datteln als unwirksam zu erklären und einen Baustopp zu verhängen, vgl. Urt. v. 3.9.2009 – 10 D 121/07.NE; dazu *Versteyl*, NuR 2009, 819 ff.

38 *BVerwG*, Urt. v. 17.1.2007 – 9 A 20/05, NVwZ 2007, 1054 (Westumfahrung Halle), Rn. 101 ff.

39 *BVerwG*, Urt. v. 17.1.2007 – 9 A 20/05, NVwZ 2007, 1054 (Westumfahrung Halle), Rn. 109 ff.

trächtigungen eines geschützten Habitates und/oder geschützter Arten zu erwarten sind, wie diese zu vermeiden, zu vermindern und ggfs. auszugleichen sind, soll eine wissenschaftlich zu beantwortende Frage sein.

Die Wissenschaft vom Naturschutz hat auf diese rechtlich induzierte Nachfrage institutionell und inhaltlich reagiert.[40] Dennoch muss sie die Antworten auf die so gestellten Fragen wenigstens teilweise schuldig bleiben. Das liegt grundlegend schon an den philosophisch unabweisbaren Unsicherheiten bei der Ermittlung des in die Abwägung einzustellenden »Wertes der Natur«.[41] Aber auch im Detail fehlt es vielfach an rationalen Maßstäben und Erkenntnisverfahren.[42] Angesichts der Vielzahl der potentiell beeinträchtigten Arten und Habitate[43] und der ihnen drohenden Veränderungen[44] ist dies auch kein Wunder. Das Beispiel[45] der als vergleichsweise best erforschten geltenden Fragestellung[46] nach dem artenbezogenen Lärmschutz soll dies veranschaulichen. Schon für den Menschen bestehen erhebliche wissenschaftliche Kontroversen hinsichtlich seiner Belastbarkeit bzw. hinsichtlich der Folgen des auf ihn einwirkenden Verkehrslärms. Schwellenwerte sind insoweit erst sehr spät und in einer von vielen Fachleuten bis heute als defizitär bezeichneten Weise festgesetzt worden.[47] Wie vor diesem Hintergrund die Ermittlung von Lärmgrenzwerten für die unterschiedlichsten Tier- (und ggfs. Pflanzenarten) erfolgen können soll, ist zweifelhaft. Als problematisch erweist sich insoweit nicht nur die unterschiedliche Empfindlichkeit der verschiedenen Arten. Problematisch ist auch die Bestimmung der Schwellenwerte für Subjekte, mit denen – anders als mit Menschen – der Naturwissenschaftler nicht direkt kommunizieren kann.[48]

Aber auch soweit die Naturwissenschaft Antworten auf die Frage nach Beeinträchtigungen geschützter Arten und Habitate bereit hält oder aktuell entwickelt, müssen diese Antworten nicht immer rationale Ergebnisse zeitigen. Der gerichtliche Zwangsverweis auf die »besten wissenschaftlichen Erkenntnisse« bringt insoweit erhebliche Risiken mit sich. Er fordert und fördert den wissenschaftlichen Forschungsdrang auch in eher abgelegenen und diffizilen Kontexten. Schon heute wird ungeachtet des dafür zu leistenden Aufwandes und der sachnotwendigen wissenschaftlichen Erkenntnisdefizite die Entwicklung einer nach sämtlichen Arten der FFH-RL differenzierenden TA-Lärm-FFH gefordert.[49] Auch zu zahlreichen weiteren Detailfragen entstehen derzeit entsprechende Regelwerke bzw. sollen solche geschaffen werden. Die Anleitungen zur Berechnung der potentiellen Auswirkungen von Schad- und Nährstoffeinträgen auf Magerstandorte füllen schon heute, wenn noch keine Bibliotheken, so doch Bücherregale und Gerichtsentscheidungen.[50] Ohne dass dies hier weiter ausgeführt werden könnte: die Forderung nach der Entwicklung und Beachtung der besten wissenschaftlichen Erkenntnisse führt in ein extrem unsicheres, aber zugleich extrem aufwändiges Begutachtungswesen. Dessen technokratische und ökonomische Eigendynamik trifft auf eine technokratische Tradition der Planfeststellung und auf in erheblicher Höhe bereitstehende, regelmäßig öffentliche Mittel. Schon heute geht ein erheblicher Teil der für den infrastrukturbegleitenden Naturschutz bereitgestellten Mittel in die Begutachtung und kommt damit dem Naturschutz als solchem gar nicht mehr zu Gute.[51]

II. Das artifizielle Habitat

Erhebliche Fehlentwicklungen zeigen sich auch mit Blick auf die Vermeidungs- und Ausgleichsmaßnahmen. Anzusprechen ist hier vor allem die allzu häufig unhinterfragte Kosten-Nutzen-Relation. Auch wenn hier manches plakativ übertrieben wird: in einer Reihe von Fällen konnte unter Aufwendung von Millionenbeträgen ein nur zweifelhafter Erfolg für wenige Exemplare einer gefährdeten Art erreicht werden.[52] In der öffentlichen Debatte haben diese

40 In den letzten Jahren ist die Zahl der entsprechenden »Fachkonventionen«, »Guidelines«, »Standarddatenbögen«, »Bewertungsschemata« und »Kartierungen« entsprechend gewachsen. »Experten für die jeweiligen Arten und Lebensraumtypen«, »Bund-Länder-Arbeitsgruppen«, die »Länderarbeitsgemeinschaft Naturschutz«, die Landesämter und das Bundesamt für den Naturschutz, die »Amtschefkonferenz« sowie bei Wäldern zusätzlich die »Forstchefkonferenz« erarbeiten und bestätigen die einschlägigen Bewertungsschemata. Der jeweilige Erhaltungszustand wird hier nach Parametern wie »Habitatstrukturen«, »lebensraumtypisches Arteninventar« und »Beeinträchtigungen« bewertet. Beschrieben werden »lebenstypische Wertstufen« und »Schwellenwerte«. Auf europäischer Ebene kommen weitere Akteure wie der bei der Kommission angesiedelte »Habitatausschuss« und die Europäische Umweltagentur hinzu, die ihrerseits »Berichtsformulare mit EU-Bewertungsschemata« und »Guidelines zum Erstellen der Berichte« verfassen, vgl. dazu *Ssymank*, o. Fn. 23, EurUP 2008, 158 (159 ff.).

41 Vgl. dazu im hier interessierenden Zusammenhang *Meyer*, Der Wert der Natur, 2003; zu den Debatten um die Begründung teilweise konkurrierender Ziele des Naturschutzes auch SRU-Sondergutachten 2002, Für eine Stärkung und Neuorientierung des Naturschutzes, BT-Drs. 14/9852, S. 1 (16 ff.). Dem arten- und biotopschutzrechtlichen Ansatz des FFH-Regimes wird teilweise eine Grundentscheidung hinsichtlich einer der zentralen Auseinandersetzungen über die Grundkonzeption des Naturschutzes entnommen. Danach soll es grundsätzlich nicht mehr zulässig sein, Schutzgebiete im Sinne eines »dynamischen« Schutzkonzeptes weitestgehend sich selbst und damit dem natürlichen Veränderungsprozess zu überlassen. Im Gegenteil soll der vorbefindliche und für die Ausweisung ausschlaggebende Habitat- und Artenbestand durch aktive Pflege- und Erhaltungsmaßnahmen gesichert werden müssen. Dies soll auch und gerade dann gelten, wenn der zu erhaltende Zustand seinerseits erst das Ergebnis menschlicher Eingriffe ist. Eine Ausnahme soll allein für bestimmte Waldökosysteme denkbar sein, die sich in einem stabilen natürlichen Zustand befinden; in diesem Sinne *Ssymank* (o. Fn. 23), EurUP 2008, 158 (161 f.)

42 In diese Richtung auch *Vallendar* (o. Fn. 7), EurUP 2007, 275 mit seinem Hinweis, der fachliche Rat der Wissenschaft führe insoweit »ins Nichts«; dazu unter Hinweis auf die angeblich zügige Fortentwicklung der Ökosystemforschung a. A. *Czybulka*, EurUP 4/2008, Editorial. A. A. auch *Ssymank* (o. Fn. 23), EurUP 2008, 158 (159 ff.), nach dessen Meinung die Bewertungsverfahren in den letzten Jahren erheblich verbessert werden konnten; heute stünde zumindest für bestimmte Lebensraumtypen »im Prinzip« eine bundesweit einheitliche Verfahrensweise zur Verfügung.

43 Auch traditionell naturschutzfreundliche Autoren sprechen gelegentlich von der fast unübersehbaren Fülle von Schutzgegenständen des Artenschutzes und fordern den Gemeinschaftsgesetzgeber dazu auf, hier »die wirklich schützenswerten Tatbestände zu identifizieren, d.h. die Spreu vom Weizen zu trennen«, so *Gassner*, Artenschutzrechtliche Differenzierungen, NuR 2008, 613.

44 Das konzeptionell konservativ angelegte Schutzmodell der FFH-RL sieht sich auch anderen als vorhabeninduzierten Herausforderungen gegenüber. Dies gilt insbesondere für den Klimawandel. Die hieraus resultierenden Veränderungen der Lebensbedingungen sollen die Gefährdung der FFH-Schutzgebiete noch verstärken und die entsprechenden Schutzerfordernisse folgerichtig weiter erhöhen; vgl. dazu *Bauch/Gruber/Henle*, EurUP 2008, 175 (179); *European Environment and Sustainable Development Advisory Council (EEAC)*, Climate Change and Biodiversity – meeting the challenge, 2006, abrufbar unter: http://www.eeac-net.org; vgl. auch *Araújo et al.*, Climate warming and the decline of amphibians and reptiles in Europe, Journal of Biogeography, Vol. 33, 2006, 1712-1728; *Pompe et al.*, Climate and land use change impacts on plant distributions in Germany, Biology Letters, 2008, im Druck (DOI:10.1098/rsbl.2008.0231); vgl. auch *Badeck et al.*, Schutzgebiete Deutschlands im Klimawandel – Risiken und Handlungsoptionen, in: Balzer/Dieterich/Beinlich (Hrsg.), Natura 2000 und Klimaänderungen, Naturschutz und Biologische Vielfalt 46, 2007, 149-166.

45 Vgl. im Übrigen etwa *Bauch/Gruber/Henle*, Natura 2000 aus Sicht der Naturschutzforschung, EurUP 2008, 175 (177 f., hinsichtlich der Defizite bei der »systematischen« Auswahl von Schutzgebieten); *Vallendar*, Die Wand im Groden – Land in Sicht für Infrastrukturvorhaben?, UPR 2010, 1 (6) für die Schwierigkeiten bei der Bestimmung von Fledermausvorkommen.

46 Vgl. dazu *Vallendar* (o. Fn. 7), EurUP 2007, 275 (277) hinsichtlich der Lärmempfindlichkeit von Vögeln.

47 Vgl. dazu die Ausführungen von *Paetow*, Lärmschutz in der aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung, 33. Umweltrechtliche Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht, 2009.

48 Als Beispiel für diese Schwierigkeiten kann auf Ausführungen des *OVG Lüneburg*, Urt. v. 5.3.2008 – 7 MS 114/07 (Jade-Weser-Port), Rn. 58, 63 ff. hinsichtlich der unklaren Lärmempfindlichkeit der Rohrdommel und den sich daraus abgeleiteten Notwendigkeiten für den Lärmschutz an einer Eisenbahnstrecke verwiesen werden. Im Ergebnis verlangt das OVG nach einer worst-case-Betrachtung in der eine besondere Lärmempfindlichkeit des Vogels unterstellt wird.

49 *Spieth/Appel* (o. Fn. 19), NuR 2009, 669 (670).

50 Vgl. *OVG Lüneburg*, Urt. v. 28.8.2008 – 7 K 1269/00, EurUP 2009, 311 ff. (Hildesheim); vgl. auch *OVG Münster*, Urt. v. 3.9.2009 – 10 D 121/07.NE (Datteln).

51 Die Beobachtung erheblich gestiegener Begutachtungskosten wird weithin geteilt, vgl. nur *Stüer* (o. Fn. 6), NVwZ 2007, 1147 (1149: »volle Auftragsbücher«, »Fachgutachter bestimmen die Szene«).

52 Vgl. dazu etwa die auch unter Naturschützern kontroverse Diskussion um die Rohrdommel-Lärmschutzwand im Groden, näher dazu *Vallendar* (o. Fn. 46), UPR 2010, 1 ff.; für das sog. »Bachneunauge« sieht der Planfeststellungsbeschluss zum Ausbau des Flughafens Münster/Osnabrück den Bau einer mit

Fälle das Anliegen des Naturschutzes in ernst zu nehmender Weise diskreditiert.[53]

Auch jenseits der öffentlichkeitswirksamen Einzelfälle muss das Verhältnis von naturschutzfachlichem Begleitaufwand und naturschützerischem Ertrag kritisch hinterfragt werden. Zwei Aspekte sind dabei vor allem hervorzuheben: zum einen der Zwang zur Herrichtung von Biotopen, die denen entsprechen, die das Vorhaben beeinträchtigt. Vor dem Hintergrund des arten- und habitatbezogenen Ansatzes der FFH-RL erscheint dieses Anliegen zunächst verständlich. Der Richtlinie geht es schließlich gerade um den Schutz bestimmter Lebensraumtypen und Arten. Die sich hieraus ableitenden Lösungen sind aber ihrerseits vielfach problematisch. In ihnen manifestieren sich ökologisch-planerische Machbarkeitsvorstellungen, die dem außenstehenden Betrachter irrational erscheinen müssen. Das eklatanteste Beispiel für solche Fehlentwicklungen ist sicherlich die Ausgleichmaßnahme, die die Planfeststellungsbehörden für die teilweise Zerstörung des Mühlenberger Lochs anlässlich der Startbahnverlängerung des Airbus-Werkes in Hamburg projektiert hatten. Weil es sich beim Mühlenberger Loch um ein tideabhängiges Süßwasserwatt handelte, sollte ein eben solches an anderer Stelle durch Abgrabungen von Grünland geschaffen werden. Der Behörde erschien es dabei hinnehmbar, dass es sich bei dem für das Neudesign der Landschaft in Anspruch genommenen Grünland um ihrerseits als FFH-Gebiet ausgewiesene Feuchtwiesen handelte, die selbst den Lebensraum für zahlreiche geschützte Arten darstellten. Die Zerstörung dieses Lebensraums sei im Interesse des Ausgleichs für die Zerstörung des Mühlenberger Lochs hinzunehmen, weil das neu zu schaffende Süßwasserwatt seinerseits naturschutzfachlich geringfügig wertiger sein werde als das Schutzgebiet in seinem aktuellen Zustand. Erst das OVG Schleswig vermochte dem Einhalt zu gebieten.[54]

Der hier aufscheinende Hang zur Schaffung artifizieller Habitate ist dem FFH-Vermeidungs- und -Ausgleichsregime ohnehin eigen. Felskuppen werden versetzt, Magerstandorte werden künstlich angelegt und durch regelmäßig wiederkehrende Beweidung oder sonstigen Nährstoffentzug dauerhaft unterhalten,[55] Feuchtbiotope werden in die Landschaft gegraben, Bachläufe wieder »entgradigt« (renaturiert) oder durch Flughafenrollbahnen mit »Fischaussichtsfenstern« überbrückt[56] und vieles andere mehr.

Auch hierbei muss kritisch nach dem Verhältnis von Aufwand und Ertrag gefragt werden. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Maßnahmen in unmittelbarer Nähe der Infrastruktur durchgeführt werden. Das FFH-Recht kennt, darin der deutschen Eingriffsregelung ähnlich,[57] einen grundsätzlichen Vorrang möglichst ortsnaher Ausgleichsmaßnahmen.[58] Das entsprechende Gebot entspringt, auch wenn dies nicht selten in Abrede gestellt wird, weniger einer echten ökologischen Notwendigkeit als vielmehr einem erfahrungsgesättigten Misstrauen der Naturschützer gegenüber einem allzu großflächig bemessenen Kompensationsraum. Was nicht vor Ort geschieht, so lautet die Befürchtung, geschieht überhaupt nicht oder nur in sehr defizitärer Art und Weise.[59] Eine zu ernst genommene ortsnahe Kompensation hat aber ihrerseits erhebliche Schwächen. Wer sich heute auf Ortsbegehungen der Randstreifen neuerlich realisierter Infrastrukturvorhaben begibt, kann die Auswüchse besichtigen. Macht es wirklich Sinn, Magerflächen eben dort anlegen und dauerhaft bewahren zu wollen, wo der Nährstoffeintrag durch die naheliegende Autobahn gerade besonders hoch getrieben worden ist? Soll für einen vergleichweise kleinen Populationsprozentsatz der Bachneunaugen tatsächlich mit Millionenaufwand eine Fortexistenz unter einer Flughafenrollbahn sichergestellt werden?[60] Was haben all die in die Autobahnnähe gestellten und dementsprechend dauerhaft verwaisten Ökodesign-Parkbänke mit dem Naturschutz zu tun? Ließe sich gelegentlich mit den Millioneninvestitionen in Grünbrücken und Leitvorrichtungen nicht andernorts womöglich Sinnvolleres erreichen?[61] Auch Naturschützer stellen sich zunehmend diese Fragen.[62]

III. Der ungesicherte Ausgleich

Abschließend sei noch auf die Probleme der Anrechnung und der Langzeitsicherung der Ausgleichsmaßnahmen hingewiesen. Die Erfahrungen mit der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung bieten insoweit Anschauungsmaterial für mögliche Fehlerquellen. Bei der Anrechnung geht es vor allem um die Frage, wie es sich verhindern lässt, dass Behörden Maßnahmen als Ausgleich für Beeinträchtigungen »verkaufen«, zu denen sie (naturschutz-)rechtlich ohnehin verpflichtet gewesen wären. Im FFH-Zusammenhang geht es hier insbesondere darum, zu verhindern, dass die für die Unterhaltung von FFH-Schutzgebieten erforderlichen Aufwendungen aus Kompensationsgeschäften mit infrastrukturell geschädigten anderen Gebieten erwirtschaftet werden.[63] Auf der Zeitschiene stellt sich die Frage der dauerhaften Sicherung der einmal definierten Kompensationsflächen und -maßnahmen. Hierfür fehlte es in der Vergangenheit schon an einer hinreichend verlässlichen Erfassung und Dokumentation der Ausgleichsmaßnahmen. Dies ermöglichte deren missbräuchliche Mehrfachverwertung.[64] Problematisch ist auch das vielfach verfolgte Konzept der vermeintlich immer höheren ökologischen Aufwertung von Flächen. Weil Ausgleichsflächen als solche nurmehr schwer zu beschaffen sind, werden auf den vorhandenen Flächen immer aufwändigere und kostspieligere ökologische »Optimierungen« vorgenommen.[65]

Lichtschächten versehenen Rollbahnbrücke über den Eltingmühlenbach vor, deren Kosten mit 10 Mill. Euro veranschlagt werden, vgl. dazu *Welt am Sonntag* v. 18.1.2004, http://www.welt.de/print-wams/article105360/Das_teure_Neunauge.html. Das *BVerwG*, Urt. v. 9.7.2009 – 4 C 12.07, Rn. 30 hat die Entscheidung des OVG Münster, die diese und andere Ausgleichsmaßnahmen noch für ausreichend angesehen hatte, inzwischen auch deswegen aufgehoben, weil die Ausführungen des OVG nicht erkennen ließen, welcher Beitrag hierdurch zum »Integritätsinteresse« des Bachneunauges geleistet werde.

53 Vgl. dazu den Bericht »Die Baustopper«, in: *SZ* v. 19.10.2007.

54 *OVG Schleswig*, Urt. v. 24.6.2008 – 4 LB 15/06, NordÖR 2008, 400.

55 Zur Deckung der aus den Pflegenotwendigkeiten resultierenden Folgekosten wird eine »konsequente weitere Ausgestaltung der Finanzierungs- und Förderkulissen von Natura 2000 auf Landes-, Bundes- und EU-Ebene« gefordert, vgl. *Ssymank* (o. Fn. 23), EurUP 2008, 158 (164).

56 Vgl. die o. Fn. 53 berichtete Beeinträchtigungsminderungsmaßnahme beim Ausbau des Flughafens Münster/Osnabrück; streng genommen handelt es sich bei dem begünstigten Bachneunauge allerdings weder um einen Fisch, noch geht es um dessen Aussicht; Ziel der Belichtung ist vielmehr die Sicherstellung der Vermehrungsbedingungen dieses fischähnlichen Wirbeltieres.

57 Vgl. dazu etwa *Koch*, Die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung, in: Kerkmann (Hrsg.), Naturschutzrecht in der Praxis, 2007, § 4 Rn. 33 ff.

58 *Storost*, FFH-Verträglichkeitsprüfung und Abweichungsentscheidung, DVBl. 2009, 673 (680); danach ist der räumliche Bezug nach dem FFH-Recht allerdings insoweit unbestimmter, als es ausreichen soll, »wenn die Einbuße der Funktion des beeinträchtigten Gebiets für die biogeografische Verteilung der geschützten Lebensräume und Arten ausgeglichen« wird. Noch deutlicher relativierend *Ramsauer*, Die Ausnahmeregelungen des Art. 6 Abs. 4 der FFH-Richtlinie, NuR 2000, 601 (608).

59 Beispielhaft *Koch* (o. Fn. 57), Rn. 34, 42 und öfter; *Koch* sieht bei zu großzügiger Auslegung insbesondere den flächendeckenden Naturschutz als gefährdet an.

60 Vgl. die Angaben o. in Fn. 53. Nach den dort zit. Presseangaben sollen sich möglicherweise bis zu zwei Prozent der Bachneunaugen-Population NRWs in dem überbrückten Gewässer aufhalten.

61 Die Kosten von Grünbrücken werden vom ADAC mit 1-3 Mill. Euro (ADAC: Grüne Brücken für Bambi und Co, ADAC Motorwelt 2008, Heft 4, S. 76 f., vom BUND mit 2,5-5 Mill. Euro beziffert (http://vorort.bund.net/suedlicher-oberrhein/gruenbruecken-fehlplanung.html). Hinzu kommen nicht unerhebliche Unterhaltungskosten.

62 Vgl. etwa die kritische Darstellung des BUND hinsichtlich des Für und Wider des Baus von Grünbrücken, o. Fn. 61.

63 Zu diesen naheliegenden Bedenken *Koch* (o. Fn. 58), Rn. 39.

64 *Koch* (o. Fn. 57), Rn. 39, vgl. ebd. Rn. 61 f. auch zu den fortbestehenden Schwächen der zwischenzeitlich in den Ländern eingeführten Kompensationsflächenkataster.

65 Zum diesbezüglichen Zusammenhang zwischen fehlenden Ausgleichsflächen und dem gewissermaßen »kompensatorischen« Bau von Grünbrücken *BUND*, o. Fn. 62.

E. Sicherung und Flexibilisierung des FFH-Regimes

I. Grenzen der Verrechtlichung

Die angesprochenen irrationalen Elemente der rechtlich angeleiteten Auseinandersetzung zwischen Naturschutz und Infrastrukturplanung legen Reformen des FFH-Regimes nahe. Dabei muss es vor allem um die Stärkung pragmatischer Ansätze der Entscheidungsfindung und Konfliktlösung gehen. Wie bereits gezeigt werden konnte, gehen nahezu alle oben identifizierten irrationalen Erscheinungen auf das strukturell bedingte und praktisch bestätigte Misstrauen gegenüber den mit der Planfeststellung oder anderen Genehmigungen betrauten Behörden zurück. Diese identifizieren sich regelmäßig mit dem von ihnen betriebenen Infrastrukturvorhaben und neigen daher zu einer Vernachlässigung der gegenläufigen Belange des Naturschutzes. Um diesen Belangen das ihnen gebührende Gewicht zu verschaffen, haben Naturschützer, Gesetzgeber und Gerichte in der Vergangenheit auf die Entwicklung und Entfaltung stark verrechtlichter und von pseudowissenschaftlicher Detailversessenheit geprägter Standards und Lösungsangebote gesetzt. Mit ihnen sollten die Entscheidungsspielräume der Verwaltung verengt und die Durchführung angemessener Kompensationsmaßnahmen erzwungen werden.[66]

Wie hier gezeigt werden konnte, war dieser Ansatz nur teilweise erfolgreich. Er hat weder zu einer effektiven Verhinderung von Infrastrukturvorhaben in FFH-Gebieten beigetragen, noch hat er bei hinreichend nüchterner Betrachtung das unter Kosten-Nutzen-Aspekten Beste für den Naturschutz erreicht. Darüber wird man sich auch durch den Hinweis auf eine »listige Vernunft« im hegelschen Sinne nur teilweise hinwegtrösten können.[67] Die Komplexität des europäischen Naturschutzrechts und die Schwierigkeiten bei seiner »Abarbeitung« mögen vielleicht tatsächlich mit dazu beitragen, dass Bauvorhaben in FFH-Gebieten heute weniger leichtfertig als früher in Angriff genommen werden. Im Übrigen sind die beschriebenen Irrationalitäten aber dazu angetan, das naturschützerische Anliegen für die Zukunft zu diskreditieren.[68] Dieser Diskreditierungseffekt ist teilweise bereits eingetreten und zeitigt bereits erste auch rechtlich relevante Folgen. In der jüngeren Rechtsprechung des BVerwG und der OVG finden sich zahlreiche Ansätze, die zunächst selbst entwickelten strikten Anforderungen an die FFH-Verträglichkeitsprüfung wieder zu relativieren.[69] Die FFH-Verträglichkeitsprüfung droht eine ähnliche Entwicklung wie die Umweltverträglichkeitsprüfung zu nehmen, von deren materiellem Gehalt nach anfänglicher Euphorie heute nichts mehr übrig geblieben ist.[70] Sukzessive findet eine Rückkehr zum planerischen Ermessen und zur planerischen Abwägung im Naturschutz statt.

II. Ergänzende Elemente einer Verhandlungslösung

Will man die relativ zu traditionellen nationalen Rechtszuständen starke Stellung bewahren, die der Naturschutz mit den europäischen Richtlinien zum Vogel- und FFH-Schutz gewonnen hat, so muss der auf Verwissenschaftlichung und Verrechtlichung setzende Ansatz um rationalisierende Elemente einer Verhandlungslösung ergänzt werden. So könnten erhebliche Kosten eingespart und die freiwerdenden Mittel für tatsächlich sinnvolle Maßnahmen des Naturschutzes verwendet werden. Statt wie bislang Zeit, Energie und knappe finanzielle Ressourcen in ein immer aufwändigeres Begutachtungs- und Monitorings(un)wesen zu stecken und immer komplexere und in ihrer naturschützerisch-planerischen Hybris immer kühnere und nur vermeintlich rechtlich zwingende Kompensationsformen zu entwickeln, sollte ernsthaft über Möglichkeiten eines »Deals« im Naturschutzrecht nachgedacht werden.

III. Rahmenbedingungen einer Fortentwicklung des FFH-Rechts

Entsprechende Überlegungen können hier derzeit nur skizziert werden. Augenmerk ist dabei zunächst den einschlägigen Rahmenbedingungen einer Flexibilisierung des FFH-Regimes zu schenken. Als europäisches Recht ist die FFH-Richtlinie einer autonomen Veränderung durch den nationalen Gesetzgeber entzogen. Auch die interpretatorische Fortentwicklung der Richtlinienvorgaben liegt nur in sehr eingeschränktem Umfang in den Händen nationaler Gerichte. Das letzte Wort hat mit dem EuGH auch insoweit ein EU-Organ.[71] Grundlegende Veränderungen erforderten daher eine Neufassung der Richtlinie. Diese ist ihrerseits aber abhängig von einer entsprechenden Initiative der EU-Kommission. Trotz nicht unerheblichen Drucks aus den Mitgliedstaaten lässt die Kommission entsprechende Absichten bislang nicht erkennen. Im Gegenteil hat sie anlässlich der entsprechenden Initiative des niederländischen Premiers Balkenende noch einmal ausdrücklich auf die Spielräume hingewiesen, die die Richtlinie schon in ihrer derzeitigen Fassung biete.[72]

Vorschläge zur Flexibilisierung des FFH-Regimes dürfen daher – sollen sie überhaupt rechtlich zulässig bzw. politisch realistisch sein – das Niveau des bislang mit der FFH-Richtlinie erreichten Naturschutzstandards nicht unterschreiten. Nicht zu Unrecht wird das FFH-Regime von Naturschützern und von den EU-Organen als Erfolgsmodell bewertet und als solches verteidigt.[73] Es kann daher nicht um eine Abschwächung des hier erreichten Standards, sondern allein um die Korrektur von Defiziten und damit letztlich um eine Rationalisierung und Sicherung des Schutzregimes gehen.

IV. Der »Naturerbe-Trust«

Ein wesentlicher Baustein hierzu könnte im »Trust«- oder Treuhand-Gedanken liegen. Zahlreiche der Probleme, die der Konflikt von FFH-Gebietsschutz einerseits und Infrastrukturausbau andererseits aufwirft, haben ihre tiefere Ursache darin, dass den an der Vorhabensverwirklichung orientierten Planungsbehörden ein naturschützerisch orientiertes Gegenüber fehlt, mit dem Absprachen über die Bewertung, Vermeidung und den Ausgleich von Beeinträchtigungen der Schutzgebiete getroffen werden könnten. Zwar erfüllen die Naturschutzbehörden, die in den einschlägigen Verfahren zu beteiligen sind, zum Teil diese Aufgabe. Sie sind aber ihrerseits in die Verwaltung eingebunden. Zudem fehlt es ihnen an einer auch nach außen hin zu kommunizierenden Identität und an einem wirkungsmächtigen institutionellen Eigeninteresse und

66 In der grundsätzlichen Analyse ähnlich *Vallendar* (o. Fn. 45), UPR 2010, 1 (3).

67 In diesem Sinne die Präsidentin des Bundesverwaltungsgerichts *Eckertz-Höfer*, in: Dokumentation zur 32. wissenschaftlichen Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht, 2008, S. 27 (28).

68 Das Grußwort der die BVerwG-Rechtsprechung zum europäischen Naturschutz doch gerade verteidigenden BVerwG-Präsidentin gibt von diesem Effekt selbst unfreiwillig Zeugnis, wenn sie von naturschutzfachlichen Äußerungen wie der von den »Pfeifengraswiesen ganz ohne Pfeifengras« und von dem »diffusen Verbreitungsbild« des Neuntöters berichtet, vgl. *Eckertz-Höfer*, in: Dokumentation zur 32. wissenschaftlichen Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht, 2008, S. 27 (29 f.).

69 *Gellermann*, Europäischer Gebiets- und Artenschutz in der Rechtsprechung, NuR 2009, 8 (10 ff.); vgl. auch *Stüer*, Europäischer Gebiets- und Artenschutz in ruhigeren Gefilden, DVBl. 2009, 1 ff.

70 Klar verneinend zu einem materiell-rechtlichen Gehalt der UVP-RL *BVerwG*, Beschl. v. 10.10.2006 – 9 B 27.05, Rn. 18. Damit soll nicht die Bedeutungslosigkeit der UVP als verfahrensrechtliches Instrument unterstellt werden.

71 Dieser – selbstentlastende – Hinweis findet sich mit bemerkenswerter Regelmäßigkeit in den einschlägigen Publikationen insbesondere der Richter des BVerwG, vgl. etwa *Vallendar* (o. Fn. 45), UPR 2010, 1 (3, 5 f.); *Storost* (o. Fn. 58), DVBl. 2009, 673 ff.

72 Vgl. dazu *Mayr*, http://www.eu-koordination.de/index.php?page=23&vorlage=fuenfb&id=1246.

73 *Mayr* (o. Fn. 8), EurUP 2008, 187 ff.

damit an grundlegenden Voraussetzungen, eigenverantwortliche Absprachen überhaupt treffen zu können.

Die Bestimmung der notwendigen Vermeidungs- und Ausgleichsmaßnahmen bei Beeinträchtigungen von FFH-Schutzgebieten ließe sich deshalb unter Umständen am ehesten rationalisieren, wenn man sie einem Verhandlungsprozess zwischen den Planungsbehörden und einem auf den FFH-Schutzgedanken verpflichteten, unabhängigen »Trust« anvertraute. Dieser »Naturerbe-Trust« könnte, untergliedert in einen EU-Muttertrust und in rechtlich selbstständige nationale (und ggfs. regionale) Untereinheiten, als Verhandlungspartner für die Ermittlung, Bewertung, Vermeidung und den Ausgleich drohender Beeinträchtigungen von FFH-Schutzgebieten fungieren.

Ein solches Modell ist nicht ohne Vorbild. Im Rahmen der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung nach dem Bundesnaturschutzgesetz sind es schon heute vielfach die Naturschutzstiftungen der Länder, die die notwendigen Ausgleichs- oder Ersatzmaßnahmen entwickeln und dauerhaft betreuen.[74] In Großbritannien ist die Sicherung des Kultur- und Naturerbes gleichfalls wenigstens in Teilen unabhängigen Einrichtungen wie dem »National Trust« anvertraut.[75]

Die Struktur und die Tätigkeit der Landes-Naturschutzstiftungen im Rahmen der Eingriffsregelung weist allerdings auch erhebliche Defizite auf, die im Zuge einer möglichen künftigen Schaffung des »Naturerbe-Trusts« vermieden werden müssten. So sollte insbesondere sichergestellt sein, dass der europäische »Naturerbe-Trust« hinreichend unabhängig von den nationalen Verwaltungen agieren kann. Anders als bei den derzeitigen Stiftungen sollte sein Führungspersonal daher nicht allein oder in erster Linie aus den Reihen der nationalen Verwaltungen zusammengesetzt werden. Vielmehr wäre insoweit auf eine pluralistische Besetzung unter Einschluss insbesondere der Naturschutzinteressen zu achten. Zudem sollte der Trust einzig auf die Schaffung, Verwaltung und Bewahrung der Schutzgebiete des europäischen Netzwerkes Natura 2000 verpflichtet sein. Zur Sicherstellung dieser Aufgabe sollten dem Trust die betroffenen Gebiete – analog zum eigentumsorientierten Grundgedanken des englischen National Trust – jedenfalls dann grundsätzlich übereignet werden, wenn sie sich bereits derzeit im Eigentum der öffentlichen Hand befinden. Übertragen werden sollte grundsätzlich auch das Eigentum an den im Zuge der Verwirklichung beeinträchtigender Vorhaben auszuweisenden Ausgleichsflächen. Infrastrukturvorhaben, die die FFH-Schutzgebiete beeinträchtigen, sollten grundsätzlich nur mit Zustimmung des Trusts bzw. einer seiner Untergliederungen verwirklicht werden dürfen. Dort wo der Trust seine Zustimmung verweigerte, sollte den Planfeststellungsbehörden die Möglichkeit offen stehen, diese Zustimmung unter Hinweis auf das von ihnen entwickelte Schutz- und Ausgleichskonzept gerichtlich zu erzwingen. Gerichtlich überwacht werden sollte die Tätigkeit des Trusts auch durch Klagen von Naturschutzverbänden, die so als Wächter der Amtsführung des Trusts fungieren könnten. Auf diese Weise ließe sich auch dem mit Blick auf die Tätigkeit des Trusts sicher zu erwartenden Vorwurf des Ablasshandels[76] am wirksamsten gegensteuern.

Der hier entwickelte Gedanke eines europäischen »Naturerbe-Trust« ist derzeit sicherlich noch ein hoch spekulativer Vorschlag. Insbesondere können Zweifel an seiner kompetenzrechtlichen und rechtspolitischen Realisierbarkeit angemeldet werden. Es erscheint unsicher, ob sich die EU-Mitgliedstaaten auf eine Lösung verständigen könnten, die ihnen die unmittelbare eigentumsrechtliche Verfügungsbefugnis über einen nicht unerheblichen Teil des Landes entzöge und diese auf eine neue, ganz dem Naturschutz verpflichtete Einrichtung übertrüge.[77] Man sollte den »Naturerbe-Trust« aber auch nicht vorschnell als illusorisch abtun. Das Rationalisierungspotential, das seine Einrichtung verspricht, ist beträchtlich und aus der Sicht sowohl des Naturschutzes wie der Infrastrukturplanung von erheblichem Reiz. Der Trust könnte den europäischen Naturschutz aus einer Fehlentwicklung hin zu immer weniger pragmatischen Konfliktlösungen befreien und ihm zugleich ein wirkmächtiges und für die öffentlichkeitswirksame Vermittlung der Anliegen des Naturschutzes attraktives Antlitz geben. Die Geschichte des europäischen Naturschutzrechts war schon bislang von revolutionären Fortentwicklungen gekennzeichnet. Der »Naturerbe-Trust« könnte die nächste sein.

Prof. Dr. Bernhard W. Wegener
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, E-Mail: sekretariat.wegener@jura.uni-erlangen.de.
Tätigkeitsbereiche: Völker- und Europarecht, Umweltrecht, Informationsfreiheitsrecht, Geschichte des Öffentlichen Rechts.
Aktuelle Veröffentlichungen: Rechtsschutz im europäischen (Umwelt-)Recht, in: Hendler u.a. (Hrsg.), Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts UTR 98 (2008), S. 319 ff.; Die Zukunftsfähigkeit des europäischen Umweltrechts, ZUR 2009, 459 ff.; Die Novelle des EU-Emissionshandelssystems, ZUR 2009, 283 ff.; Die Freiheit stirbt mit der Glühbirne, ZUR 2009, 169 f.; Umweltschutz und öffentliche Auftragsvergabe, NZBau 2010 (i.E.); Europäisches Umweltverwaltungsrecht, in: Terhechte (Hrsg.), Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2010 (i.E.).

74 Die Stiftungen haben dazu meist in privatrechtlicher Form organisierte Tochtergesellschaften, sog. »Flächenagenturen«, gegründet, vgl. dazu etwa den Internetauftritt der Flächenagentur Brandenburg GmbH, http://www.flaechenagentur.de/.

75 Zu diesem: http://www.nationaltrust.org.uk/main/. Der National Trust ist in erster Linie der Bewahrung des kulturellen Erbes verpflichtet, nimmt aber ergänzend auch naturschützerische Aufgaben wahr.

76 Aktuell wird dieser Vorwurf vor allem mit Blick auf einen vor dem BVerwG mit Datum v. 5.12.2006 ausgehandelten Vergleich erhoben, nach dem sich die klagenden Verbände gegen eine Zahlung von insgesamt etwa 9 Mio. Euro an eine niedersächsische Landesstiftung zur Rücknahme der Klagen gegen das Emssperrwerk bereiterklärt hatten, kritisch dazu insbes. *Stüer* (o. Fn. 69), DVBl. 2009, 1 (2, Fn. 7 der insoweit von einem »Schweigegeld« spricht). *Stüer* hat nach Angaben des ehemaligen BVerwG-Richters *Vallendar* (o. Fn. 45), UPR 2010, 1 (5, Fn. 55) den Vergleich als Vertreter der Gegenseite allerdings mitgetragen.

77 Immerhin sind in den vergangenen Jahren unter dem Leitgedanken der Sicherung des nationalen Naturerbes vergleichsweise große naturschutzrelevante Flächen aus dem Eigentum des Bundes auf Stiftungen des Natur- und Umweltschutzes übertragen worden, vgl. dazu http://www.bmu.de/pressearchiv/16_legislaturperiode/pm/44508.php.