

Der gemeinschaftsrechtliche Habitatschutz nach der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zur Westumfahrung Halle

I. Einleitung

Meine Damen und Herren,

woran denken Sie, wenn der Name der Stadt Halle fällt? Die meisten werden antworten: an Händel und Halloren, und eventuell noch die Franckeschen Stiftungen nennen. Fragen Sie aber einen Straßenplaner, wird er vermutlich in einem Atemzug mit diesen Stichworten auch die Westumfahrung Halle nennen. Als die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 17. Januar 2007 erging, mit der die geplante Westumfahrung Halle der Autobahn A 143 vorerst auf Eis gelegt wurde, wirkte dies auf deutsche Fachplaner und Planungsrechtler wie ein Paukenschlag. Straßenplaner seien bei dem Stichwort „Westumfahrung“ in Schreckstarre verfallen, hieß es; das Wort von einer Zeitenwende im Verhältnis von Naturschutz und Infrastrukturplanung machte die Runde, und die damals gerade in das Bundesfernstraßengesetz und andere Verkehrswegegesetze aufgenommenen Verzeichnisse von Vorhaben, die in die erstinstanzliche Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts fallen, wurden als *„Rote Listen gefährdeter Großprojekte“* apostrophiert. War das Panikmache? Oder steuerte die Rechtsprechung des 9. Senats des obersten deutschen Verwaltungsgerichts auf eine faktische Planungsblockade zu?

Inzwischen sind drei Jahre vergangen, in denen die besagte Schreckstarre ruhigerem Nachdenken weichen konnte. In diesen Jahren mussten sich die im Westumfahrungs-Urteil entwickelten Grundsätze dem Praxistest stellen. Die Zeit für eine Bestandsaufnahme scheint mir daher reif zu sein. Im Mittelpunkt der Betrachtung sollen das Urteil selbst und seine Kernaussagen stehen. Gestatten Sie mir dabei auch ein paar Rückblicke auf die Phase vor der Entscheidung. Traf sie die Planer wirklich wie ein Blitz aus heiterem Himmel? Zogen nicht bereits vorher dunkle Gewitterwolken von Westen - aus dem fernen Luxemburg - heran, die als Vorboten des nahenden Unwetters ernstgenommen werden mussten?

Es soll heute aber nicht nur um das Urteil vom 17. Januar 2007 und seine Wurzeln gehen. Unser Thema ist ja etwas ambivalent formuliert: Der gemeinschaftsrechtliche Habitatschutz *nach* der Entscheidung zur Westumfahrung meint sicherlich den Schutz gemäß diesem Urteil. Er kann aber auch verstanden werden als der Schutz, wie er in der seitherigen Fortentwicklung der Rechtsprechung Gestalt gewonnen hat. Soweit die Zeit es erlaubt, will ich diese Entwicklung mit einbeziehen.

II. Gegenstand und Ergebnis des Westumfahrungs-Urteils

Rufen wir uns zunächst in Erinnerung, worum es im Westumfahrungs-Urteil ging. Der Kläger, ein anerkannter Naturschutzverein, wandte sich mit seiner Klage gegen den PFB für den Bau der Westumfahrung Halle im Zuge der Autobahn A 143. Die projektierte Trasse führt durch einen Korridor zwischen zwei Teilgebieten des FFH-Gebiets „Muschelkalkhänge westlich Halle“ und quert im weiteren Verlauf das FFH-Gebiet „Porphyrkuppenlandschaft nordwestlich Halle“.

Zur Erläuterung für die Zuhörer, für die FFH-Gebiete bislang noch weiße Flecken auf ihrer juristischen Landkarte sind: Diese Gebiete gehen zurück auf die im Jahr 1992 vom Rat der Europäischen Gemeinschaften zur Wahrung des gemeinsamen europäischen Naturerbes erlassene Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie (kurz: Habitatrictlinie). Ihr liegt das Konzept zugrunde, unter dem Namen „Natura 2000“ ein Netz von Schutzgebieten zu knüpfen, die der Wahrung oder Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands bedrohter Lebensräume und Arten dienen. Diese Lebensräume und Arten werden in den Anhängen I bzw. II der Richtlinie aufgelistet. Die Regelungen der Richtlinie sind mit dem Bundesnaturschutzgesetz als Rahmengesetz und den Naturschutzgesetzen der Länder in nationales Recht umgesetzt worden. Die Schutzgebietsauswahl erfolgt nach Art. 4 der Habitatrictlinie in einem gestuften Verfahren, in dem die Europäische Kommission aus den Gebietsvorschlägen der Mitgliedstaaten die geeignetsten Gebiete auswählt und diese in der sog. Kommissionsliste zusammenstellt. Die Mitgliedstaaten haben sodann die gelisteten Gebiete als besondere Schutzgebiete auszuweisen. Bereits mit ihrer Listung erlangen die Gebiete den Status von Gebieten von gemeinschaftlicher Bedeutung. Nach Art. 4 Abs. 5 der Habitatrictlinie greift dann das besondere

Schutzregime des Art 6 Abs. 2 - 4 der Habitatrichtlinie ein. Neben den FFH-Gebieten gehören auch die nach der Vogelschutzrichtlinie in einem abweichenden Verfahren auszuweisenden europäischen Vogelschutzgebiete zum Netz „Natura 2000“, auf die ich hier aber nicht weiter eingehen will. In Deutschland deckt das Netz rund 15 % der Landesfläche ab.

Den Schutzstatus nach Art. 6 der Habitatrichtlinie hatten bei Erlass des Planfeststellungsbeschlusses auch die von der Westumfahrung Halle betroffenen Gebiete inne, die bereits gelistet, wenn auch noch nicht als besondere Schutzgebiete ausgewiesen waren. Die deshalb durchgeführten Verträglichkeitsprüfungen waren zu dem Ergebnis gelangt, unter Berücksichtigung vorgesehener Grünbrücken und anderer Maßnahmen werde die Trassenführung die Erhaltungsziele unter den meisten Aspekten nicht erheblich beeinträchtigen; eine Ausnahme gelte lediglich für charakteristische Brutvogelarten in Teilbereichen des Gebiets „Porphyrkuppenlandschaft bei Halle“, die mehr als nur geringfügigen Lärmbelastungen ausgesetzt sein würden. Aufgrund einer gemäß Art. 6 Abs. 4 der Habitatrichtlinie durchgeführten Abweichungsprüfung war das Vorhaben gleichwohl planfestgestellt worden.

Die Klage des Naturschutzvereins hatte im Wesentlichen Erfolg. Das Bundesverwaltungsgericht wies zwar den auf Aufhebung des Planfeststellungsbeschlusses gerichteten Hauptantrag ab. Dem Hilfsantrag, mit dem der Kläger die Feststellung der Rechtswidrigkeit und Nichtvollziehbarkeit des Beschlusses begehrt hatte, gab es aber statt: Die Planfeststellung sei rechtswidrig, weil sie nicht den Anforderungen des Habitatrechts genüge. Die im Einzelnen festgestellten Mängel rechtfertigten jedoch nicht die Aufhebung des Beschlusses, denn es verblieben Heilungsmöglichkeiten in einem ergänzenden Verfahren.

III. Maßstäbe des Habitatschutzes bei der Projektzulassung

Auf die Wiedergabe der Gründe des 77 Seiten starken Westumfahrungs-Urteils im Detail soll hier verzichtet werden. Wichtiger als die Erwägungen, die der 9. Senat zu einzelnen Auswirkungen des Vorhabens und zu deren Bewältigung angestellt hat, sind für den Juristen die dort getroffenen generalisierenden Aussagen zu den

Maßstäben für die Verträglichkeitsprüfung und die ggf. nachfolgende Abweichungsprüfung.

Werfen wir zunächst einen Blick auf die Regelungen, von denen das Urteil auszugehen hatte: Nach § 34 Abs. 1 und 2 BNatSchG 2002 bzw. den entsprechenden landesrechtlichen Regelungen, die ich aus Gründen der Vereinfachung hier und nachfolgend weglasse, sind Projekte vor ihrer Zulassung auf ihre Verträglichkeit mit den Erhaltungszielen des betreffenden Gebiets zu überprüfen. Führt die Überprüfung zu einem negativen Ergebnis, so ist das Projekt grundsätzlich unzulässig. Es darf dann nur ausnahmsweise aufgrund einer Abweichungsprüfung zugelassen werden. Gefordert ist demnach eine stufenweise Prüfung, die zusätzlich eine der Verträglichkeitsprüfung vorgeschaltete „Prüfung der Prüfbedürftigkeit“ - sog. Vorprüfung oder Screening - einschließt. Auf alle drei Prüfstufen geht das Westumfahrungs-Urteil ein; ich will mich hier aber auf die zweite und dritte Stufe konzentrieren.

1. Verträglichkeitsprüfung

Zur Verträglichkeitsprüfung lassen sich dem Urteil folgende Kernaussagen entnehmen:

a) Beweisregel

Für den Gang und das Ergebnis der Verträglichkeitsprüfung gilt eine *Beweisregel* des Inhalts, dass die Behörde ein Vorhaben ohne Rückgriff auf Art. 6 Abs. 4 der Habitatrichtlinie nur dann zulassen darf, wenn sie zuvor *Gewissheit* darüber erlangt hat, dass dieses sich nicht nachteilig auf das Gebiet als solches auswirkt. Aus wissenschaftlicher Sicht darf *kein vernünftiger Zweifel* bestehen, dass erhebliche Beeinträchtigungen des Gebiets in seinen für die Erhaltungsziele maßgeblichen Bestandteilen ausbleiben werden. Gefordert ist also ein *Nachweis der Unbedenklichkeit*, den der Träger des Vorhabens zu führen hat.

Rein theoretische Besorgnisse begründen freilich keine vernünftigen Zweifel. Das gemeinschaftsrechtliche Vorsorgeprinzip verlangt nicht, die Verträglichkeitsprüfung auf ein "Nullrisiko" auszurichten.

**b) Standard der besten wissenschaftlichen Erkenntnisse;
Bewältigung von Kenntnislücken und Prognoserisiken**

Bei der Nachweisführung ist der *Standard der "besten einschlägigen wissenschaftlichen Erkenntnisse"* zugrunde zu legen; d.h. es sind alle einschlägigen wissenschaftlichen Mittel und Quellen auszuschöpfen.

Wissenschaftliche Unsicherheiten über Wirkungszusammenhänge, die sich auch bei Ausschöpfung dieser Erkenntnismittel nicht ausräumen lassen, müssen freilich kein unüberwindbares Zulassungshindernis darstellen. Insoweit ist es zulässig, Vorsorge durch ein nachgewiesenermaßen wirksames *Risikomanagement* zu treffen oder mit Prognosewahrscheinlichkeiten und Schätzungen, namentlich in Gestalt von *Worst-Case-Betrachtungen*, zu arbeiten; diese müssen kenntlich gemacht und begründet werden.

Dessen ungeachtet ist gerade die Kombination der Beweisregel und des Standards der besten wissenschaftlichen Erkenntnisse harsch kritisiert worden, weil damit überzogene Anforderungen an die Verträglichkeit des Vorhabens gestellt würden: Der Verweis auf die Erkenntnisse der Wissenschaft - so wird argumentiert - gehe nahezu ins Leere, da die Ökosystemforschung noch in den Kinderschuhen stecke; gesicherte Erkenntnisse und anerkannte Standards habe sie nur selten vorzuweisen. Daher könne einem Projekt, das ein FFH-Gebiet tangiere, das geforderte Unbedenklichkeitsattest kaum jemals ausgestellt werden. Das sei unverhältnismäßig. Man höre und staune: Selbst der Berichterstatter im Westumfahrungs-Prozess ist als Vertreter dieser Kritik zitiert worden. Bei genauem Hinsehen beruht dies indes auf einem Missverständnis. Nicht der 9. Senat des BVerwG, sondern der EuGH ist der Adressat seiner Kritik. Denn weder die Beweisregel noch der Standard der „besten wissenschaftlichen Erkenntnisse“ sind Erfindungen des 9. Senats. Vielmehr war dessen Rechtsprechung in diesen Punkten durch Judikate des EuGH klar vorgegeben. In der Herzmuschelfischerei-Entscheidung vom 7. September 2004 heißt es klipp und klar, die zuständigen Behörden könnten eine Tätigkeit nur dann

genehmigen, „wenn sie Gewissheit darüber erlangt haben, dass sie sich nicht nachteilig auf dieses Gebiet als solches auswirkt. Dies ist dann der Fall, wenn aus wissenschaftlicher Sicht kein vernünftiger Zweifel daran besteht, dass es keine solchen Auswirkungen gibt.“

c) Erheblichkeitsmaßstab

Ich will noch einen dritten Punkt herausgreifen, der für die VP von zentraler Bedeutung ist. Es geht um den *Erheblichkeitsmaßstab*. Die Verträglichkeitsprüfung richtet sich gemäß § 34 Abs. 2 BNatSchG 2002 auf die Frage, ob das Projekt zu *erheblichen* Beeinträchtigungen eines Gebiets von gemeinschaftlicher Bedeutung führen kann. In Planfeststellungsbeschlüssen findet man immer wieder die Formulierung, entscheidend sei, ob das Projekt die *Erhaltungsziele* des jeweiligen Gebiets erheblich beeinträchtigen könne. Das entspricht nicht der Position des Bundesverwaltungsgerichts. Nach dem Westumfahrungs-Urteil ist vielmehr jede Beeinträchtigung von Erhaltungszielen erheblich und muss als Beeinträchtigung des Gebiets als solchen gewertet werden.

Was aber ist unter den besagten Erhaltungszielen zu verstehen? Als Erhaltungsziele gelten gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 9 BNatSchG 2002 die Festlegungen zur Erhaltung oder Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands der dort näher bezeichneten Lebensräume und Arten, soweit sie in einem FFH-Gebiet vorkommen. Maßgebliches Bewertungskriterium für die Erheblichkeitsprüfung ist danach der *günstige Erhaltungszustand* der zum Gegenstand von Erhaltungszielen gemachten Lebensräume und Arten. Es ist zu fragen, ob sicher ist, dass ein günstiger Erhaltungszustand *stabil* bleibt. Was mit einem günstigen Erhaltungszustand gemeint ist, hat der Richtliniengeber in Art. 1 der Habitatrichtlinie sowohl für Lebensräume (Buchst. e) als auch für Arten (Buchst. i) definiert.

Das Bundesverwaltungsgericht hat in der Westumfahrungs-Entscheidung darauf hingewiesen, dass die Legaldefinition für den günstigen Erhaltungszustand von *Lebensräumen*, die auf die Beständigkeit deren Umfangs abhebt, den Schluss nahelegt, *jeder direkte Flächenverlust* sei erheblich. Letztlich ließ es die Frage aber offen. Zu einer Klärung kam es erst in der zweiten Entscheidung zum Lichtenauer

Hochland vom 12. März 2008, in der der 9. Senat des Gerichts unter Berufung auf den gemeinschaftsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Flächenverluste mit *Bagatellcharakter* als unerheblich einstufte und dabei als Orientierungshilfe zur Bestimmung der Bagatellgrenze eine im Auftrag des Bundesamts für Naturschutz (BfN) erarbeitete Fachkonvention heranzog. Auf Einzelheiten dieser Studie will ich nicht eingehen; das ist das Metier von Herrn Bernotat, der uns in seinem Korreferat dieses Musterbeispiel einer naturschutzfachlichen Standardbildung gewiss näher vorstellen wird.

Erheblichkeitskriterien für *Tier- und Pflanzenarten* sind im Anschluss an die Legaldefinition der Habitatrichtlinie dem Urteil zur Westumfahrung Halle zufolge das *Verbreitungsgebiet* und die *Populationsgröße*; dabei werden Flächenverluste der von der jeweiligen Art genutzten Habitate nur als relevant angesehen, wenn die Art nicht in der Lage ist, sie kraft ihrer Standortdynamik – z.B. durch Ausweichen auf andere Flächen - zu meistern. Insoweit hat das zweite Urteil zum Lichtenauer Hochland die BfN-Empfehlungen, die auch für Arten auf Flächenverluste abstellen, seiner Beurteilung nicht zugrunde gelegt.

Auch das Verständnis des Erheblichkeitsmaßstabs ist nicht frei von Vorprägung durch den EuGH. In dem Herzmuschelfischerei-Urteil setzt der Gerichtshof die erhebliche Beeinträchtigung eines Gebiets gleich mit der Beeinträchtigung der dafür festgelegten Erhaltungsziele. Das entspricht dem Verständnis der Westumfahrungs-Entscheidung.

Resümierend lässt sich also festhalten: Für alle drei Kernaussagen dieser Entscheidung zur Verträglichkeitsprüfung liegt das Urheberrecht beim EuGH. Wenn sich Planer über die rigide verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zur Verträglichkeitsprüfung beschweren, kann das Bundesverwaltungsgericht dieser Beschwerde schon mit Rücksicht auf die Vorlagepflicht des Art. 234 Abs. 3 EG nicht abhelfen; richtige Beschwerdeinstanz ist insoweit allein der EuGH.

2. Abweichungsprüfung

Angesichts der hohen Anforderungen an die Verträglichkeitsprüfung stellt sich umso dringlicher die Frage, wie die Chancen stehen, die Zulassung eines nicht

verträglichen Projekts im Wege der Abweichungsentscheidung zu erreichen. Um es vorwegzunehmen: Auch dieser Weg ist dornenreich.

Die Abweichungsprüfung umfasst drei Schritte:

- die abwägende Beurteilung von *Abweichungsgründen*,
- die Prüfung, ob weniger beeinträchtigende *Alternativen* zur Verfügung stehen, und
- die Ermittlung notwendiger *Kohärenzsicherungsmaßnahmen*.

a) Verhältnis Verträglichkeitsprüfung – Abweichungsprüfung

Bevor ich auf diese Schritte näher eingehe, zunächst einige Worte zum Verhältnis von Verträglichkeitsprüfung und Abweichungsprüfung.

Im Fall der Westumfahrung hatte die Planfeststellungsbehörde ihrem Beschluss Verträglichkeitsprüfungen zugrunde gelegt, die eine erhebliche Gebietsbeeinträchtigung nur unter einem Aspekt - dem der Störeffekte auf geschützte Tierarten - bejaht, unter zahlreichen anderen Aspekten aber nach gerichtlicher Auffassung zu Unrecht verneint hatten. Das warf die Frage nach dem *Verhältnis von Verträglichkeitsprüfung und Abweichungsprüfung* auf: Infizierten die Fehler auf der vorgelagerten Prüfebene die Abweichungsprüfung oder blieb diese davon unberührt?

Das Westumfahrungs-Urteil betont die *innere Verknüpfung* der Abweichungsprüfung mit der vorgängigen Verträglichkeitsprüfung. In der Entscheidung heißt es dazu:

„Sind bei einer straßenrechtlichen Planfeststellung ... nicht zu sämtlichen sich konkret abzeichnenden Risiken die besten einschlägigen wissenschaftlichen Erkenntnisse abgerufen, dokumentiert und berücksichtigt worden ..., schlagen derartige Mängel notwendig auf eine Abweichungsentscheidung durch. Die fehlgeschlagene FFH-Verträglichkeitsprüfung führt nämlich zum einen dazu, dass der Planfeststellung nicht bescheinigt werden kann, alle notwendigen Kohärenzsicherungsmaßnahmen zu umfassen ... Zum anderen lässt sich auch nicht feststellen, dass die zu fordernde behördliche Abwägung den zuvor genannten Vorgaben genügt. Letzteres wirkt sich auch auf den Nachweis der Alternativlosigkeit des Vorhabens aus.“

Ferner sieht der Senat die allgemeine fachplanerische Abwägung durch eine fehlerhafte Verträglichkeitsprüfung infiziert.

An diesen Grundsätzen hat das Gericht in seiner weiteren Rechtsprechung festgehalten. Dennoch müssen Fehler der vorangehenden Prüfungsstufe nicht zwangsläufig auf die nachfolgende durchschlagen: Erstens bleibt es der Behörde unbenommen, im Rahmen von § 17e Abs. 6 Satz 2 Halbs. 1 FStrG eine *Fehlerheilung* in einem prozessbegleitenden ergänzenden Verfahren herbeizuführen. Zweitens bleibt die Abweichungsprüfung – wie in dem zweiten Urteil zum Lichtenauer Hochland erstmals festgestellt wird – von Fehlern der Verträglichkeitsprüfung unberührt, soweit die Behörde der Abweichungsentscheidung im Wege der *Wahrunterstellung* hilfsweise die tatsächlich in Rechnung zu stellenden Beeinträchtigungen qualitativ und quantitativ zutreffend zugrunde gelegt hat. Drittens hat der 9. Senat in der letztgenannten Entscheidung die im Urteil zur Westumfahrung Halle noch offen gelassene Frage bejaht, ob Fehler der Abweichungsentscheidung, die keine Ergebnisrelevanz haben, in Anwendung des § 17 Abs. 6 Satz 1 FStrG *unbeachtlich* sind. Im Einzelfall kann dies auch für Fehleinschätzungen in der Verträglichkeitsprüfung gelten.

b) Abweichungsgründe

Art. 6 Abs. 4 der Habitatrichtlinie und ihm folgend § 34 Abs. 3 und 4 BNatSchG 2002 legen ein *"gestuftes System der Rechtfertigung"* für die Abweichungsentscheidung zugrunde. Für den *"Normalfall"* einer erheblichen Beeinträchtigung fordert § 34 Abs. 3 Nr. 1 BNatSchG 2002, dass das Projekt aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses, einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art, notwendig ist. Geht es um den Schutz *prioritärer* Lebensräume oder Arten, so können nach § 34 Abs. 4 BNatSchG 2002 ohne Weiteres nur zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses im Zusammenhang mit der Gesundheit des Menschen, der öffentlichen Sicherheit, einschließlich der Landesverteidigung und des Schutzes der Zivilbevölkerung, oder den maßgeblich günstigen Auswirkungen des Projekts auf die Umwelt geltend gemacht werden; sonstige Gründe i.S.d. Abs. 3 Nr. 1 können nur nach Einholung einer Kommissionsstellungnahme Berücksichtigung finden.

Als *Gemeinsamkeit* beider Teilregelungen hat das Bundesverwaltungsgericht herausgestellt, dass die Abweichungsgründe *zwingend* sein müssen. Zwingende Gründe in diesem Sinne setzen nach den hierzu entwickelten Grundsätzen zwar nicht das Vorliegen *unausweichlicher Sachzwänge* voraus. Eine pauschale Betrachtungsweise reicht für die Annahme eines Abweichungsgrundes nach beiden Teilregelungen aber nicht aus. Vielmehr müssen die Gegebenheiten des Einzelfalls näher ermittelt werden, um eine Bewertung und Abwägung der wechselseitigen Belange - also des Interesses an der Integrität des Schutzgebiets einerseits und des für eine Abweichung streitenden Interesses andererseits - in ihrer konkreten Ausformung und Betroffenheit zu ermöglichen. Wie der 4. Senat des BVerwG noch jüngst in seinem Urteil zum Flughafen Münster-Osnabrück unter Hinweis auf den EuGH entschieden hat, ist bei dieser Gewichtung der Ausnahmecharakter des Art. 6 Abs. 4 der Habitatrichtlinie zu berücksichtigen; er gebietet eine enge Auslegung. Soviel zu den Gemeinsamkeiten der Teilregelungen.

Um deren *Unterschiede* näher zu beleuchten, fehlt uns hier leider die Zeit. Diejenigen von Ihnen, die gerade zu diesem Punkt Klärungsbedarf haben, möchte ich deshalb auf die Diskussion verweisen.

c) Alternativenprüfung

Erweist sich das Vorhaben gegenüber dem Interesse an der Integrität des Schutzgebiets als durchsetzungsfähig, hängt seine Zulassungsfähigkeit gemäß § 34 Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG 2002 weiter davon ab, dass es *keine zumutbaren Alternativen* gibt, den mit dem Projekt verfolgten Zweck an anderer Stelle ohne oder mit geringeren Beeinträchtigungen zu erreichen. Zur Alternativenprüfung hat das Westumfahrungs-Urteil keine Aussagen von fallübergreifender Bedeutung getroffen. Ergiebiger sind insoweit das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zur Umgehung Hildesheim vom 27. Januar 2000 und seine beiden Urteile zum Lichtenauer Hochland vom 17. Mai 2002 und 12. März 2008. Wie der 4. Senat in den ersten beiden Entscheidungen erkannt hat, erfüllt die habitatrechtlich gebotene Alternativenprüfung eine andere Funktion als die durch das Abwägungsgebot geforderte Alternativenprüfung. Lassen sich die Planungsziele an einem nach dem Schutzkonzept der Habitatrichtlinie günstigeren Standort verwirklichen, so muss der

Projektträger von dieser Möglichkeit Gebrauch machen. Ein Gestaltungsspielraum ist ihm nicht eingeräumt.

Das Urteil vom 17. Mai 2002 gibt Aufschluss auch zum *Alternativenbegriff*, den es vom *aliud* (also einem anderen Projekt) abgrenzt. Entscheidendes Abgrenzungskriterium ist die *Eignung zur Zielerreichung*: Eine Alternativlösung ist nur gegeben, wenn sich die verfolgten Planungsziele auch mit ihr erreichen lassen. Bleibt das Zielbündel als solches erreichbar, so sind Abstriche am Grad der Zielvollkommenheit als typische Folge des Gebots, Alternativen zu nutzen, hinnehmbar.

Eine Alternative kann sich nach den rechtlichen Vorgaben des § 34 Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG 2002 nur dann als vorzugswürdig erweisen, wenn die mit dem Projekt verfolgten Ziele an anderer Stelle *ohne oder mit geringeren Beeinträchtigungen* zu erreichen sind. Mit diesem (in der Habitatrichtlinie nicht ausdrücklich erwähnten) Tatbestandsmerkmal stellt das Bundesnaturschutzgesetz nach dem Kontext der Regelung ab auf *habitatrechtlich erhebliche Beeinträchtigungen*. Berühren sowohl das geplante Vorhaben als auch eine Planungsalternative Schutzgebiete, so geht es danach – wie das zweite Urteil zum Lichtenauer Hochland (unter Verweis auf das erste Urteil zu diesem Gebiet) ausgeführt hat, nicht an, die Beeinträchtigungspotenziale beider Gebiete unbesehen gleichzusetzen. Abzustellen ist vielmehr auf die *nach Maßgabe der Differenzierungsmerkmale des Art. 6 der Habitatrichtlinie bestimmte Schwere der Beeinträchtigung*. Dabei kommt es entscheidend darauf an, ob es eine Alternative gibt, bei der keine zum Gegenstand von Erhaltungszielen gewordenen Lebensräume oder Arten erheblich beeinträchtigt werden oder ob, wenn dies zu verneinen ist, eine Alternative der geplanten Lösung wenigstens dadurch überlegen ist, dass sie prioritäre Lebensräume und Arten verschont. Einer weitergehenden Differenzierung innerhalb der genannten Gruppen nach *Wertigkeit und Anzahl der beeinträchtigten Lebensräume und Arten sowie der jeweiligen Beeinträchtigungsintensität* (oberhalb der Erheblichkeitsschwelle) bedarf es hingegen nicht.

Diesem eingeschränkten *materiellen Prüfprogramm* korrespondiert der insoweit gebotene *Untersuchungsaufwand*. Planungsalternativen brauchen daher nicht

erschöpfend, sondern nur so weitgehend ausgearbeitet und untersucht zu werden, dass sich einschätzen lässt, ob sie für – prioritäre oder nichtprioritäre – FFH-Schutzgüter ein *erhebliches Beeinträchtigungspotenzial* bergen. Zur Beurteilung dieser Fragestellung wird häufig eine bloße *Grobanalyse* ausreichen.

Der gemeinschaftsrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kann es darüber hinaus rechtfertigen, selbst naturschutzfachlich vorzugswürdige Alternativen aus *gewichtigen naturschutzexternen Gründen* auszuschneiden. Diese Einschränkung bringt § 34 Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG 2002 mit dem Erfordernis der *zumutbaren* Alternative zum Ausdruck. Das dem Planungsträger zugemutete Maß an Vermeidungsanstrengungen darf deshalb – wie das Bundesverwaltungsgericht seit seinem Urteil zur Ortsumgehung Hildesheim in ständiger Rechtsprechung betont hat – nicht außerhalb jedes vernünftigen Verhältnisses zu dem damit erzielbaren Gewinn für die betroffenen gemeinschaftsrechtlichen Schutzgüter stehen. In diesem Zusammenhang können neben *verkehrstechnischen* auch *finanzielle* Erwägungen den Ausschlag geben.

d) Kohärenzsicherung

Meine Damen und Herren, die Abweichungsentscheidung setzt schließlich als drittes Erfordernis die Kohärenzsicherung voraus. Hierbei geht es darum, durch Maßnahmen, die zu dem Projekt hinzutreten, die mit diesem verbundenen Funktionseinbußen des FFH-Gebiets zu kompensieren. Die Ausgestaltung der Kohärenzsicherungsmaßnahme hat sich deshalb *funktionsbezogen* an der jeweiligen erheblichen Beeinträchtigung auszurichten. Ich hoffe auf Ihren Beifall, wenn ich auf Einzelheiten zu dieser Abweichungsvoraussetzung, mit der sich am intensivsten das zweite Urteil zum Lichtenauer Hochland befasst hat, in Anbetracht der fortgeschrittenen Stunde verzichte.

IV. Fazit

Unverzichtbar ist dagegen eine Bilanz der bisherigen Rechtsprechung.

Dem Rechtsanwender ist mit dem Westumfahrungs-Urteil ein bemerkenswert ausdifferenziertes Instrumentarium an die Hand gegeben worden, um die Vorgaben des Habitatrechts im Einzelfall umzusetzen. Gewiss: Nachfolgende Entscheidungen haben dieses Instrumentarium noch ergänzt, und manche Stellschraube ist nachjustiert worden. Aber wesentliche Korrekturen an den rechtlichen Maßstäben sind ausgeblieben. Nehmen Sie das als Zeichen, dass das Bundesverwaltungsgericht der Ansicht ist, mit dem rechtlichen Handwerkszeug arbeiten zu können.

Dennoch bleibt diese Arbeit schwerfällig. Der Grund dafür liegt in dem Angewiesensein auf außerrechtliche - naturschutzfachliche - Maßstäbe. Der Weg des Rechtsanwenders über die Brücke des Standards der „besten wissenschaftlichen Erkenntnisse“ in das Reich der Ökologie endet oft in sumpfigem Gelände, manchmal gar im Nichts. In der Natur hängt vieles mit vielem zusammen. Angesichts der Komplexität der Ursache-Wirkungs-Beziehungen verwundert es nicht, dass die Ökosystemforschung oft die eindeutigen Antworten schuldig bleibt, die der Rechtsanwender für die gebotene Risikobeurteilung braucht. Die Lückenhaftigkeit der außerrechtlichen Standards kann deshalb mit Fug und Recht als die Achillessehne des Habitatrechts gelten.

In dieser Situation liegt die Frage nahe, ob eine Zurücknahme der gerichtlichen Kontrollen durch Anerkennung von behördlichen Beurteilungsspielräumen ein sinnvoller Ausweg wäre.

Vorbilder dafür gibt es: Bezogen auf die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung hat das Bundesverwaltungsgericht unter Hinweis auf das Fehlen standardisierter Beurteilungsverfahren eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative der Verwaltung für die Bewertung von Eingriffs- und Kompensationswirkungen anerkannt. Auf die artenschutzrechtlichen Regelungen des Bundesnaturschutzgesetzes, die ja ebenso wie die des Habitatrechts ihre Wurzeln im Gemeinschaftsrecht haben, hat es diese Grundsätze übertragen. Im Habitatrecht war das Gericht bislang zurückhaltender; für die Verträglichkeitsprüfung hat es - im zweiten Urteil zum Lichtenauer Hochland - die Kontrolle lediglich insoweit zurückgenommen, als es bei der Bestandserfassung und -bewertung um die oft

komplizierte Zuordnung von Vegetationsflächen zu geschützten Lebensraumtypen geht.

M.E. ist es der Überlegung wert, eine vorsichtige Ausdehnung dieser Rechtsprechung auf den Bereich der eigentlichen Risikobewertung in Betracht zu ziehen. Mit der Beweisregel wäre es zwar unvereinbar, echte Erkenntnislücken der Wissenschaft mit Beurteilungsspielräumen der Verwaltung zuzudecken. Dort, wo die Ökologie keine Antworten gibt, muss grundsätzlich die Beweisregel Platz greifen. Gibt die Fachwissenschaft aber gleich mehrere Antworten in Gestalt unterschiedlicher Lehrmeinungen, die jeweils vertretbar erscheinen, so muss man sich ernsthaft fragen, ob die Verantwortung, hier als „Schiedsrichter“ zu fungieren, nicht besser bei der Verwaltung als bei den Gerichten liegen sollte. Für Risikoabschätzungen im Atomrecht und im Gentechnikrecht hat die Rechtsprechung dies bejaht. Ich sehe bisher nicht, warum europäisches Gemeinschaftsrecht dem auf dem Gebiet des Habitatschutzes entgegenstehen sollte. Die Generalanwältin beim EuGH Kokott hat jedenfalls in ihren Schlussanträgen vom 25. Juni 2009 zur Rechtssache C-241/08 zu erkennen gegeben, dass sie für wissenschaftliche Prognoseentscheidungen im Rahmen der Verträglichkeitsprüfung gewisse Beurteilungsspielräume als gegeben erachtet.

Wie dem auch sei: Betrachtet man Verträglichkeitsprüfung und Abweichungsprüfung zusammen, so erscheinen mir weder die Kassandrarufer mancher Planungsrechtler berechtigt, die nach dem Urteil zur Westumfahrung Halle die europäischen Schutzgebiete in den Stand planerischer Tabuzonen erhoben sahen und das Ende einer durchsetzungsfähigen Infrastrukturplanung prophezeiten, noch kann Naturschutzrechtlern beigeplichtet werden, die dem 9. Senat des Bundesverwaltungsgerichts vorwerfen, die im Urteil zur Westumfahrung eingenommenen Positionen im zweiten Urteil zum Lichtenauer Hochland eilfertig wieder geräumt zu haben. Das Prüfprogramm der Verträglichkeitsprüfung ist ausgesprochen ambitioniert, und daran hat das letztgenannte Urteil nichts Wesentliches geändert. Es ist deshalb schwer vorstellbar, dass eine Fernstraßenplanung, die ein Schutzgebiet durchschneidet, die Klippe der Verträglichkeitsprüfung nimmt. Andererseits ist nicht zu verkennen, dass die Abweichungsprüfung durchaus Möglichkeiten eröffnet, mit Projekten von hohem

Gewicht die Verbotswirkung des § 34 Abs. 2 BNatSchG 2002 zu überwinden. Diese Möglichkeiten sind in der Entscheidung zum Lichtenauer Hochland zugegebenermaßen stärker betont worden als in dem vorangegangenen Westumfahrungs-Urteil; gleichwohl sind sie immer noch eng begrenzt. Deshalb spricht manches dafür, dass den FFH-Gebietsschutz nicht das gleiche Schicksal ereilt wie die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung, dass er also nicht zu einer bloßen Kompensationsregelung "weichgespült" wird, sondern die Fähigkeit behält, das Integritätsinteresse der Natur effektiv zu sichern.