

# VERWALTUNGSGERICHT OLDENBURG



Az.: 1 A 510/08

## BESCHLUSS

In der Verwaltungsrechtssache

der Stadt Papenburg, vertreten durch den Bürgermeister,  
Hauptkanal rechts, 26871 Papenburg,

Klägerin,

Proz.-Bev.: Rechtsanwälte Füßer und andere,  
Thomaskirchhof 17, 04109 Leipzig, - 00006-08/KF/KR/nh/007 -

g e g e n

die Bundesrepublik Deutschland,  
vertreten durch das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit  
(BMU) - vertreten durch den Bundesminister -,  
Robert-Schumann-Platz, 53175 Bonn,

Beklagte,

Proz.-Bev.: Rechtsanwälte Weißleder und andere,  
Walkerdamm 4 - 6, 24103 Kiel, - 238+239/08 Le/dg -

Streitgegenstand: FFH Gebiet

hat das Verwaltungsgericht Oldenburg - 1. Kammer - in der mündlichen Verhandlung vom  
13. Mai 2008 beschlossen:

Dem Europäischen Gerichtshof werden folgende Fragen zur  
Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Erlaubt es Art. 4 Abs. 2 Unterabsatz 1 der Richtlinie 93/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen einem Mitgliedstaat sein Einvernehmen zu dem von der Kommission erstellten Entwurf einer Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung im Hinblick auf ein oder mehrere Gebiete aus anderen als naturschutzfachlichen Gründen zu verweigern?

2. Wenn Frage 1 bejaht wird: Zählen zu diesen Gründen auch Belange von Gemeinden und Gemeindeverbänden, insbesondere deren Planungen, Planungsabsichten und andere Interessen im Hinblick auf die weitere Entwicklung des eigenen Gebietes?

3. Wenn die Fragen zu 1 und 2 bejaht werden: Verlangen der 3. Erwägungsgrund der Richtlinie 92/43/EWG oder Art. 2 Abs. 3 dieser Richtlinie oder andere Vorgaben des Gemeinschaftsrechts sogar, dass derartige Gründe von den Mitgliedstaaten und der Kommission bei der Erteilung des Einvernehmens und bei der Erstellung der Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung berücksichtigt werden?

4. Wenn Frage 3 bejaht wird: Könnte - aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht - eine von der Aufnahme eines bestimmten Gebietes in die Liste betroffene Gemeinde nach der endgültigen Festlegung der Liste in einem gerichtlichen Verfahren geltend machen, die Liste verstoße gegen Gemeinschaftsrecht, weil ihre Belange nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt wurden?

5. Sind fortlaufende Unterhaltungsmaßnahmen in der Fahrrinne von Ästuarien, die bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie 92/43/EWG nach nationalem Recht endgültig genehmigt wurden, bei ihrer Fortsetzung nach Aufnahme des Gebietes in die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung einer Verträglichkeitsprüfung nach Art. 6 Abs. 3 bzw. 4 der Richtlinie zu unterziehen?

Bis zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs wird das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht ausgesetzt.

## G r ü n d e

### I.

1. Die Klägerin ist eine Hafenstadt an der Ems. Flussabwärts ihres Gemeindegebietes gelegene Teile des Flusses wurden von der Beklagten am 17. Februar 2006 der Europäischen Kommission unter der Bezeichnung „Unterems und Außenems (DE 2507-331)“ als mögliches Gebiet von gemeinschaftlicher Bedeutung im Sinne der Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 (nachfolgend: FFH-Richtlinie) gemeldet. Damit sollten die von der Kommission gerügten Defizite bei der Meldung des Lebensraumtyps "Ästuar" (LRT 1130) behoben werden (vgl. Mitteilung der Regierung der Bundesrepublik Deutschland an die Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 17. Februar 2006, Bl. 250 - 352 d. Beiakte A im Verfahren VG Oldenburg, 1 B 512/08, v. a. Bl. 290 - 292).
2. Die Kommission hat das Gebiet in ihren Entwurf einer Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung in der atlantischen Region aufgenommen und die Beklagte gebeten, hierzu nach Art. 4 Abs. 2 Unterabsatz 1 FFH-Richtlinie ihr Einvernehmen zu erteilen (vgl. Schreiben der Europäischen Kommission, Generaldirektion Umwelt, vom 15. März 2007, ENV B.2 PM/AK D(2007) 4774, mit Annex 1, Bl. 182 - 207 d. Beiakte A im Verfahren VG Oldenburg, 1 B 512/07). Die Beklagte möchte das Einvernehmen erteilen.
3. Die Klägerin hat am 20. Februar 2008 Klage erhoben. Sie begehrt, dass die Beklagte zur Unterlassung der Einvernehmenserteilung verurteilt wird. Sie ist der Auffassung, ihr innerstaatlich durch Art. 28 Abs. 2 GG geschütztes Selbstverwaltungsrecht würde durch die Erteilung des Einvernehmens verletzt. Als Seehafen- und Werftstandort seien ihre Planungen und Investitionen sowie ihre wirtschaftliche Entwicklung davon abhängig, dass die Befahrbarkeit der Ems mit großen Seeschiffen gesichert bleibt.
4. Vor allem geht es ihr um die "Bedarfsbaggerungen", die jeweils vor der Überführung eines besonders großen Schiffs aus der im Gemeindegebiet ansässigen Werft in die Nordsee erfolgen. Durch einen Planfeststellungsbeschluss der Wasser- und Schifffahrtsdirektion Nordwest vom 31. Mai 1994 (Anlage K 11 zur Klageschrift) wurde es der Klägerin, dem Landkreis Emsland und dem Wasser- und Schifffahrtsamt Emden gestattet, die eigentlich nur für Schiffe mit einem Tiefgang bis 6,30 m ausgebaute Ems bei Bedarf so auszubaggern, dass ein 7,30 tief gehendes Schiff vom Gebiet der Klägerin in die Nordsee

überführt werden kann. Diese Planfeststellung ersetzt nach deutschem Recht alle notwendigen öffentlich-rechtlichen Genehmigungen; mit ihrer Unanfechtbarkeit steht endgültig fest, dass das Vorhaben öffentlich-rechtlich zulässig ist (vgl. § 75 Abs. 1 S. 1 VwVfG (BGBl. 2003 I, 102 ff.)). Die konkrete Baggerung im einzelnen Bedarfsfall bedarf daher nach deutschem Recht keiner weiteren Zulassung oder Genehmigung mehr. Die Klägerin und der Landkreis Emsland hatten mit der Beklagten zunächst in einem Vertrag vom 21. März 1994 (Anlage K 12 zur Klageschrift) vereinbart, dass die Klägerin und der Landkreis die Baggerungen durchführen. In einem weiteren Vertrag vom 13. Oktober 1996 (Anlage K 13 zur Klageschrift) verpflichtete sich dann aber die Beklagte, ab dem 1. Januar 1997 die Arbeiten durch ihre Wasser- und Schifffahrtsverwaltung (Wasser- und Schifffahrtsamt Emden) vornehmen zu lassen.

5. Die Klägerin fürchtet, diese Maßnahmen müssten bei einer Aufnahme der Unter- und Außenems in die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung zukünftig in jedem Einzelfall einer Prüfung nach Art. 6 Abs. 3, 4 FFH-Richtlinie unterzogen werden. Deren Ausgang sei völlig ungewiss; jedenfalls würden Aufwand und Kosten erheblich steigen.

6. Die Beklagte beantragt die Abweisung der Klage. Sie ist der Ansicht, die Berücksichtigung der von der Klägerin geltend gemachten Interessen bei der Entscheidung über das Einvernehmen würde Gemeinschaftsrecht verletzen. Sie - die Beklagte - dürfe nach Art. 4 Abs. 2 Unterabsatz 1 FFH-Richtlinie allein anhand naturschutzfachlicher Kriterien über ihr Einvernehmen entscheiden. Hilfsweise argumentiert sie, dass, wenn die FFH-Richtlinie die Berücksichtigung kommunaler Interessen doch ermöglichen sollte, die Klägerin deren Nichtberücksichtigung auch noch nach Verabschiedung der Liste vor Gericht geltend machen könnte. Für eine "präventive" Untersagung des Einvernehmens gebe es daher kein Bedürfnis.

7. Prioritäre Arten oder Lebensraumtypen kommen in dem Gebiet nicht in signifikanter Weise vor. Zwar ist das Gebiet im Kommissionsentwurf als prioritär ausgewiesen (vgl. Bl. 188 der Beiakte A im Verfahren VG Oldenburg, 1 B 512/08). Der Vertreter der Beklagten hat hierzu aber in der mündlichen Verhandlung erklärt, dass dies auf einem Versehen beruhe. Die Beklagte und die Kommission seien sich einig, dass die Einstufung des Gebietes als "prioritär" korrigiert werden müsse; ein entsprechendes Verfahren sei bereits im Gange.

8. Das Gericht hat der Klägerin mit rechtskräftigem Beschluss vom 31. März 2008, 1 B 512/08, NVwZ 2008, 586 ff., vorläufigen Rechtsschutz gewährt. Der Beklagten ist damit bis zur Entscheidung über die Klage die Erteilung des Einvernehmens untersagt.

## II.

9. Die im Tenor genannten Fragen werden dem EuGH gemäß Art. 234 Abs. 2 EG vorgelegt. Es handelt sich um zulässige Vorlagegegenstände. Die Fragen betreffen die Auslegung des 3. Erwägungsgrundes sowie der Art. 2 Abs. 3, Art. 4 Abs. 2 Unterabsatz 1 und Art. 6 Abs. 3, 4 der FFH-Richtlinie (Art. 234 Abs. 1 b) EG). Frage 3 betrifft darüber hinaus auch die Auslegung des primären Gemeinschaftsrechts (Art. 234 Abs. 1 a) EG).

10. Die Beantwortung der Fragen durch den EuGH ist im Sinne des Art. 234 Abs. 2 EG "zum Erlass [des] Urteils" im vorliegenden Rechtsstreit "erforderlich". Die Fragen sind nach Ansicht der Kammer entscheidungserheblich. Je nach der Antwort des EuGH ist der Klage entweder stattzugeben oder sie ist abzuweisen. Die richtige Antwort ist nicht aufgrund der bisherigen Rechtsprechung des EuGH oder aufgrund anderer Umstände offensichtlich.

11. Die Klage kann nur unter folgenden rechtlichen Voraussetzungen erfolgreich sein: Der Klägerin steht auf der Ebene des materiellen nationalen Rechts grundsätzlich ein Anspruch darauf zu, dass die Beklagte die Planungen, Planungsabsichten und anderen Interessen der Klägerin im Hinblick auf die weitere Entwicklung des eigenen Gebietes bei der Entscheidung über die Einvernehmenserteilung berücksichtigt. Für den Grad der Berücksichtigung ist von Bedeutung, inwiefern das Schutzregime der FFH-Richtlinie die Unterhaltungsarbeiten beeinträchtigt, die für die Aufrechterhaltung des Schiffsverkehrs vom Gebiet der Klägerin in die Nordsee notwendig sind. Darauf zielt Frage 5 ab. Zweitens dürfte der nach nationalem Recht der Klägerin grundsätzlich zustehende Anspruch auf Berücksichtigung ihrer Interessen nicht durch vorrangiges Gemeinschaftsrecht verdrängt sein. Die FFH-Richtlinie dürfte es also der Beklagten nicht verbieten, die Erteilung oder Verweigerung des Einvernehmens auch von den Interessen der Klägerin abhängig zu machen. Hierauf zielen die Fragen 1 und 2 ab. Wenn sich aus den Antworten auf diese Fragen ergeben sollte, dass ein nationalrechtlicher Anspruch der Klägerin auf Berücksichtigung ihrer Interessen besteht und nicht durch Gemeinschaftsrecht verdrängt ist, wäre drittens zu klären, ob die Klägerin ihn nach nationalem Prozessrecht schon jetzt – also präventiv vor der Erteilung des Einvernehmens – geltend machen kann, oder ob sie sich auf eine spätere Klage nach Inkrafttreten der Gemeinschaftsliste verweisen lassen muss.

Dies hängt davon ab, inwiefern es das später allein als materieller Prüfungsmaßstab in Betracht kommende Gemeinschaftsrecht der Klägerin erlaubt, ihre Interessen der Gemeinschaftsliste entgegen zu halten. Darauf zielen die Fragen 3 und 4 ab.

12. Im Hinblick auf den ersten Problemkreis – ob der Klägerin nach nationalem Recht ein Anspruch auf Berücksichtigung ihrer Interessen bei der Entscheidung über das Einvernehmen zusteht – gilt folgendes: In Deutschland gehört zu dem in Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG (BGBl. 1949, 1 ff.) verfassungsrechtlich garantierten kommunalen Selbstverwaltungsrecht auch ein Recht der Gemeinden darauf, dass ihre Interessen berücksichtigt werden, wenn überörtliche Maßnahmen die Entwicklung der Gemeinde nachhaltig beeinflussen oder eine hinreichend konkrete und verfestigte Planung der Gemeinde nachhaltig stören (st. Rspr. vgl. BVerwG, Urteil vom 27.10.1998, 11 A 10-98, NVwZ-RR 1999, 225, 226; Urteil vom 14. Dezember 1994, 11 C 18/93, BVerwGE 97, 203, 211 f.; Urteil vom 15.12.1989, 4 C 36/86, BVerwGE 84, 209, 215; Urteil vom 18. März 1987, 7 C 28/85, BVerwGE 77, 128, 133 f.). Dies gilt auch für Maßnahmen außerhalb des Gemeindegebietes, sofern die Gemeinde trotz der geographischen Entfernung ersichtlich besonders betroffen ist (vgl. VG Oldenburg, Beschluss vom 31. März 2008, 1 B 512/08, NVwZ 2008, S. 586, 590).

13. Als Hafen- und Werftstandort, von dem aus regelmäßig sehr große Seeschiffe in die Nordsee überführt werden, wird die Klägerin nach der bisherigen Einschätzung der Kammer von der Aufnahme der Unter- und Außenems in die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung nachhaltig in ihrer Entwicklung und in ihren Planungen betroffen (vgl. VG Oldenburg, Beschluss vom 31. März 2008, 1 B 512/08, NVwZ 2008, 586, 590).

14. Besonders stark wäre diese Betroffenheit, wenn sich aus der Antwort auf Frage 5 ergebe, dass die Vertiefungen, die vor der Überführung besonders großer Schiffe notwendig sind, dann einer Verträglichkeitsprüfung nach Art. 6 Abs. 3, 4 FFH-Richtlinie bedürften. Denn allein schon das Erfordernis eines solchen weiteren Genehmigungsverfahrens würde – unabhängig von seinem Ausgang – den für die wirtschaftliche Entwicklung der Klägerin zentralen Werftbetrieb mit erheblichen Unsicherheiten belasten.

15. Sowohl die Klägerin als auch die Beklagte sind der Auffassung, dass eine solche Prüfung nicht erforderlich ist, da die Bedarfsbaggerungen schon vor Ablauf der Umsetzungsfrist der FFH-Richtlinie mit dem Planfeststellungsbeschluss vom 31. Mai 1994 nach nationalem Recht endgültig genehmigt wurden. Die Klägerin fürchtet aber unter Berufung auf die Rechtsansicht der Europäischen Kommission und mehrerer Naturschutzverbände, dass sich diese Interpretation nicht durchsetzt. Die Kommission führt in ihrer "Interpretation

Note on Estuaries" zum Thema "Ongoing (maintenance) activities" (Anlage K 16 zur Klageschrift) unter Berufung auf das Urteil des EuGH vom 7. September 2004, Rs. C-127/02, aus, dass derartige Arbeiten, wenn sie nach der Aufnahme des Gebietes in die Gemeinschaftsliste fortgesetzt werden sollen, als "Pläne und Projekte" einer FFH-Verträglichkeitsprüfung bedürfen (S. 2 der Interpretation Note). Diese Ansicht wird gerade für die Bedarfsbaggerungen in der Ems von mehreren Naturschutzverbänden geteilt (vgl. Bl. 99 d. A.).

16. Die bisherige Rechtsprechung des EuGH ist nicht eindeutig. Der Gerichtshof hat in seinem vorgenannten Urteil, Rn. 24 - 29, den Begriff des "Projektes" i. S. d. Art. 6 Abs. 3 FFH-Richtlinie als "Eingriff in Natur und Landschaft" definiert und darunter auch solche Tätigkeiten fallen lassen, die seit vielen Jahren im betreffenden Gebiet ausgeübt werden, für die jedoch jedes Jahr erneut eine befristete Genehmigung erteilt wird. Unklar ist, ob mit dem letzten Halbsatz wiederkehrende Eingriffe, die nach nationalem Recht bereits endgültig und unbefristet genehmigt wurden, aus dem „Projektbegriff“ ausgeschlossen werden sollen, oder ob er lediglich der Tatsache geschuldet ist, dass im damaligen Vorlageverfahren nur nach der Beurteilung befristet genehmigter Eingriffe gefragt worden war (vgl. EuGH, aaO., Rn. 19). Die Schlussanträge der Generalanwältin Kokott vom 29. Januar 2004 in dieser Rechtssache sprechen dafür, dem Umstand, dass die Baggerungen in der Ems nach nationalem Recht dauerhaft genehmigt wurden und nun ohne weitere Genehmigung im Einzelfall durchgeführt werden können, keine Bedeutung für die Anwendbarkeit des Art. 6 Abs. 3 FFH-Richtlinie beizumessen. Die Generalanwältin vertritt in Rn. 30 - 39 die Ansicht, der Begriff des "Projektes" sei weit auszulegen. Er müsse alle potentiell schädlichen Maßnahmen umfassen, auch wenn sie schon seit vielen Jahren in dieser Form praktiziert würden. Dabei sei es nicht entscheidend, ob die Maßnahme nach nationalem Recht wiederkehrend befristet genehmigt wird oder einmal dauerhaft genehmigt wurde.

17. Die Kammer hat diese Frage als Frage 5 nachgestellt und in keine konditionale Beziehung zu den Fragen 1 bis 4 gesetzt, weil ihre Bejahung zwar zu einer besonders starken und damit im Rahmen der Entscheidung besonders gewichtigen Betroffenheit der Klägerin führen würde, aber auch bei ihrer Verneinung immer noch eine – wenn auch schwächere – nachhaltige Betroffenheit gegeben sein dürfte.

18. Sollte die Kammer bei ihrer abschließenden Entscheidung unter Berücksichtigung der Antwort auf Frage 5 zu dem – nach derzeitigem Verfahrensstand zu erwartenden – Ergebnis kommen, dass die Klägerin durch die Aufnahme der Unter- und Außenems in die

Gemeinschaftsliste nachhaltig in ihren Planungs- und Entwicklungsinteressen gestört wird, wäre eine Einvernehmenserteilung derzeit nach nationalem Recht rechtswidrig. Denn die Beklagte hat die dann durch Art. 28 Abs. 2 GG gebotene Abwägung zwischen dem Naturschutzinteresse und den Interessen der Klägerin noch nicht vorgenommen (vgl. VG Oldenburg, Beschluss vom 31. März 2008, 1 B 512/08, NVwZ 2008, 586, 589 f.).

19. Die hier nach nationalem Recht aller Voraussicht nach bestehende Pflicht der Beklagten, ihr Einvernehmen nur nach einer Abwägung der Interessen der Klägerin mit den Interessen des Naturschutzes zu erteilen, würde aber von Art. 4 Abs. 2 Unterabsatz 1 FFH-Richtlinie als vorrangiger gemeinschaftsrechtsrechtlicher Vorschrift verdrängt werden, wenn dieser die Berücksichtigung kommunaler Interessen bei der Einvernehmenserteilung nicht erlaubt. Dies ist in der Rechtsprechung des EuGH noch nicht geklärt.

20. Dass Belange der wirtschaftlichen und infrastrukturellen Entwicklung in der ersten Phase des Gebietsausweisungsverfahrens, den mitgliedstaatlichen Gebietsmeldungen (Art. 4 Abs. 1 FFH-Richtlinie), außer Betracht bleiben müssen, ist gesichert (vgl. EuGH, Urteil vom 7. November 2000, Rs. C- 371/98; BVerwG, Urteil vom 19. Mai 1998, 4 A 9/97, BVerwGE 107, 1, 24; Urteil vom 27. Januar 2000, 4 C 2/99, BVerwGE 110, 302 ff.). Ob dies aber auch für die zweite Phase, die Erstellung der Gemeinschaftsliste nach Art. 4 Abs. 2 FFH-Richtlinie gilt, ist umstritten (Meßerschmidt/Schumacher, Bundesnaturschutzrecht, Stand: November 2007, BNatSchG § 33 Rn. 38). Eine Ansicht will auch hier nur die Berücksichtigung ökologischer Kriterien erlauben. Andere Interessen könnten erst später berücksichtigt werden, wenn nach Art. 6 Abs. 4 FFH-Richtlinie über die ausnahmsweise Zulässigkeit eines schädigenden Vorhabens entschieden werde (vgl. Wirths, Naturschutz durch europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 145 f., 151; Rödiger-Vorwerk, Die FFH-Richtlinie der Europäischen Union und ihre Umsetzung in nationales Recht, S. 31; Gellermann, NVwZ 2001, 500, 502; Louis, Bundesnaturschutzgesetz, 2. Aufl., § 19b Rn. 6). Aber auch die andere Ansicht, die eine Berücksichtigung wirtschaftlicher und regionaler Belange in Phase 2 zulässt, wird vertreten (vgl. Kerkmann, Natura 2000: Verfahren und Rechtsschutz im Rahmen der FFH-Richtlinie, S. 130 ff.; VG Frankfurt, Beschluss vom 2. März 2001, 3 G 501/01, NVwZ 2001, 1188, 1189). Ihr hat sich für nicht prioritäre Gebiete der Generalanwalt beim EuGH in einem *obiter dictum* angeschlossen (Schlussanträge des Generalanwaltes Léger vom 7. März 2000 in der Rs C-371/98, Rn. 30, 51 ff.). Einer ersten Phase, in der die Mitgliedstaaten nach rein naturschutzfachlichen Gesichtspunkten alle als Schutzgebiete in Betracht kommenden Flächen melden, stünde dann eine zweite Phase gegenüber, in der Kommission und Mitgliedstaat im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung einvernehmlich entscheiden, was letztendlich unter Schutz gestellt

werden soll. Für diese Auffassung spricht der Wortlaut der FFH-Richtlinie: Nach Art. 2 Abs. 3 tragen alle aufgrund der Richtlinie getroffenen Maßnahmen den Anforderungen von Wirtschaft, Gesellschaft und Kultur sowie den regionalen und örtlichen Besonderheiten Rechnung. Der dritte Erwägungsgrund der Richtlinie spricht davon, dass "die wirtschaftlichen [...] und regionalen Anforderungen berücksichtigt werden sollen" (vgl. zur Begründung die Schlussanträge des Generalanwaltes Léger vom 7. März 2000 in der Rs. C-371/98, Rn. 46 ff.). Der EuGH hat hierzu noch nicht Stellung bezogen. In seinem Urteil vom 7. November 2000, Rs. C-371/98 war dafür keine Gelegenheit, da die Vorlagefrage nur Phase 1 der Gebietsausweisung betraf (EuGH, aaO., Rn. 12).

21. Sollte der EuGH die Fragen 1 und 2 nun bejahen, wäre dies für den Erfolg der Klage allerdings noch nicht ausreichend. Dann wäre zwar geklärt, dass der nach nationalem Recht (Art. 28 Abs. 2 GG) materiell bestehende Anspruch der Klägerin auf Berücksichtigung ihrer Interessen nicht durch entgegen stehendes Gemeinschaftsrecht verdrängt wird. Noch offen wäre jedoch, ob dieser Anspruch prozessual mit einer Klage der vorliegenden Art geltend gemacht werden kann.

22. Nach der Terminologie des deutschen Verwaltungsprozessrechts handelt es sich bei der vorliegenden Klage um so genannten "vorbeugenden Rechtsschutz". Die Klägerin wendet sich nicht gegen eine bereits durchgeführte Maßnahme der Beklagten, sondern präventiv gegen eine erst zukünftig drohende. Eine solche Klage ist nach deutschem Recht nur ausnahmsweise zulässig. Im Regelfall muss ein Kläger erst die Maßnahme - hier: die Erteilung des Einvernehmens - abwarten und das Gericht dann nachträglich anrufen. Eine präventive Klage ist nur möglich, wenn der Kläger seine Rechte später nicht mehr effektiv verfolgen könnte (vgl. dazu bspw. Nds. OVG, Beschluss vom 12. Juli 2000, 3 M 1605/00, NuR 2000, 711). Es kommt hier also darauf an, ob die Klägerin ihre Interessen auch noch nach der Erteilung des Einvernehmens der Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung entgegen halten könnte.

23. Rechtsschutz nach Festlegung der Gemeinschaftsliste wäre dergestalt möglich, dass die Klägerin sich vor deutschen Gerichten gegen die Handlungen deutscher Behörden wendet, die die Liste umsetzen und vollziehen. Solche Klagen wären nach deutschem Recht unproblematisch zulässig. Das Problem liegt auf der Ebene des materiellen Rechts, das die Gerichte in einem solchen Verfahren zugrunde zu legen hätten: Sie dürften wegen des Vorrangs, den die Liste als Gemeinschaftsrechtsakt vor allem nationalen Recht genießt, nicht prüfen, ob die Aufnahme der Unter- und Außenems in die Liste gegen nationales Recht, wie z. B. Art. 28 Abs. 2 GG, verstößt (vgl. VerfGH Rheinland-Pfalz, Urteil

vom 11. Juli 2005, VGH N 25/04, NVwZ 2006, 206, 207 f.; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 23. Januar 2008, 8 A 154/06, juris Rn. 61 - 63, 77 - 81). Sie könnten nur dem EuGH nach Art. 234 Abs. 1 b) EG die Frage vorlegen, ob die Liste ungültig ist, weil Kommission und Mitgliedstaaten die Interessen der Klägerin nicht in der *durch das Gemeinschaftsrecht* (z. B. den 3. Erwägungsgrund oder Art. 2 Abs. 3 der FFH-Richtlinie) gebotenen Weise berücksichtigt haben, als sie die Unter- und Außenems in die Liste aufnahmen (vgl. zu dieser prozessualen Möglichkeit Nds. OVG, Beschluss vom 21. März 2006, 8 LA 150/02, NuR 2006, 391; Beschluss vom 12. Juli 2000, 3 M 1605/00, NuR 2000, 711; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 23. Januar 2008, 8 A 154/06, juris Rn. 77 - 81). Wenn ein solches Verfahren grundsätzlich Aussicht auf Erfolg hätte, müsste sich die Klägerin nach deutschem Verwaltungsprozessrecht auf diese Rechtsschutzmöglichkeit verweisen lassen. Frage 3 und 4 zielen daher darauf ab, ob (neben dem nationalen Recht) auch das Gemeinschaftsrecht der Klägerin einen Anspruch darauf gibt, dass ihre Interessen bei der Entscheidung über die Aufnahme von Unter- und Außenems in die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung berücksichtigt werden.

24. Dies ergibt sich nicht schon automatisch aus den Antworten auf die Fragen 1 und 2. Wenn diese bejaht werden, steht nur fest, dass die Beklagte aus Sicht des Gemeinschaftsrechts die Interessen der Klägerin bei der Entscheidung über das Einvernehmen berücksichtigen darf. Ob sie dazu auch gemeinschaftsrechtlich verpflichtet ist und ob die mangelnde Berücksichtigung dieser Interessen zur Ungültigkeit der Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung führen würde, wäre aber noch offen. Es könnte durchaus sein, dass das Gemeinschaftsrecht es allein dem betroffenen Mitgliedstaat überlässt, inwieweit er die in seinem Territorium bestehenden wirtschaftlichen und örtlichen Interessen der Aufnahme eines bestimmten Gebietes in die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung entgegen halten will.

25. Ob aus der FFH-Richtlinie eine Pflicht zur Berücksichtigung der Interessen der Klägerin bei der Entscheidung über die Aufnahme von Unter- und Außenems in die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung folgt, ist offen: In den Schlussanträgen des Generalanwaltes Léger vom 7. März 2000 in der Rs C-371/98, Rn. 30, 51 ff. ist nur davon die Rede, dass solche Interessen in Phase 2 berücksichtigt werden *können*. Dass sie berücksichtigt werden *müssen*, so dass ihre mangelnde Berücksichtigung zur Ungültigkeit der Liste führt, lässt sich den Schlussanträgen nicht entnehmen. Auch der im 3. Erwägungsgrund der FFH-Richtlinie benutzte Terminus "sollen" ist nicht eindeutig in Bezug auf die Frage, ob es sich um eine strikt einzuhaltende Rechtspflicht oder nur um eine vage politische Leitlinie handelt. Bislang war der EuGH jedenfalls eher zurückhaltend, wenn er

komplexe Entscheidungen von Gemeinschaftsorganen und Mitgliedstaaten, in die Bewertungen unterschiedlicher Natur einfließen, überprüfen sollte (vgl. Epiney/ Sollberger, Zugang zu Gerichten und gerichtliche Kontrolle im Umweltrecht, S. 393 f. m. w. N.). Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichts erster Instanz spricht sogar deutlich gegen die Annahme, dass aus der FFH-Richtlinie ein Anspruch einer Gemeinde auf Berücksichtigung ihrer Belange im Gebietsausweisungsverfahren folgt. Im Beschluss vom 19. September 2006, T 80/05, Rn. 71, 74 führt das EuG aus, die rechtliche Situation einer Gemeinde unterscheide sich nicht von der Situation jeder anderen innerstaatlichen Behörde, die mit der Umsetzung der Habitat-Richtlinie betraut ist. Die Kommission sei beim Erlass der angefochtenen Entscheidungen (dort: Verabschiedung der Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung) nicht aufgrund einer Rechtsnorm verpflichtet gewesen, die Position der klagenden Gemeinde zu berücksichtigen.

26. Aus dem primären Gemeinschaftsrecht dürfte eine solche Pflicht ebenfalls nicht folgen. Hier unterscheidet sich die Rechtsposition einer Gemeinde möglicherweise von derjenigen eines betroffenen Grundeigentümers oder Gewerbetreibenden. Denn während Grundrechte Privater im Gemeinschaftsrecht als ungeschriebene allgemeine Rechtsgrundsätze anerkannt sind, an denen sich jeder Sekundärrechtsakt messen lassen muss, ist gleiches für die kommunale Selbstverwaltung nicht anzunehmen. Die kommunale Selbstverwaltung wird weder in der EMRK, der wichtigsten Erkenntnisquelle der Gemeinschaftsgrundrechte (vgl. Art. 6 Abs. 2 EU), noch in der Grundrechtecharta erwähnt. Angesichts der Vielgestaltigkeit der Staats- und Verwaltungsstrukturen in den 27 Mitgliedstaaten kann sie auch unter dem Aspekt der allen Staaten "gemeinsamen Verfassungsüberlieferung" kaum ein allgemeiner europäischer Rechtsgrundsatz sein. Eine ausdrückliche Verankerung kommunaler Rechte im geschriebenen Primärrecht fehlt ebenfalls.

27. Sollte der Gerichtshof die Fragen 1 und 2 bejahen, die Fragen 3 und 4 aber verneinen, so könnte folgende Situation eintreten: Sowohl die Aufnahme eines Gebietes in die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung als auch die mit kommunalen Belangen begründete Verweigerung des Einvernehmens in Bezug auf dieses Gebiet könnten gemeinschaftsrechtlich gleichermaßen rechtmäßig sein; beides wäre vom Entscheidungsspielraum der Kommission und der Mitgliedstaaten gedeckt. In beiden Alternativen bliebe ein nachträglich eingeleitetes Gerichtsverfahren - einmal ein Anfechtungsprozess der Gemeinde gegen den Vollzug der Gemeinschaftsliste, einmal ein Vertragsverletzungsverfahren der Kommission gegen die Verweigerung des Einvernehmens - erfolglos. Für die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten bestünde die Möglichkeit, den eigenen Staatsorganen vorzuschreiben, welche der beiden gemeinschaftsrechtskonformen Optionen - Ertei-

lung oder Verweigerung des Einvernehmens - sie wählen müssen. Hiervon hätte die deutsche Rechtsordnung mit Art. 28 Abs. 2 GG Gebrauch gemacht; nur die diejenige Handlungsoption, die kommunale Interessen hinreichend berücksichtigt, wäre für deutsche Staatsorgane verfassungsrechtlich zulässig. Dies müsste prozessual mit einer vorbeugenden Klage gegen die Einvernehmenserteilung durchgesetzt werden, da im Nachhinein nur noch das gegenüber kommunalen Interessen indifferente Gemeinschaftsrecht Prüfungsmaßstab wäre. Der Klage wäre unter diesen Prämissen stattzugeben, denn bislang hat die Beklagte Interessen der Klägerin nicht in ihren Entscheidungsprozess einbezogen.

28. Sollte der EuGH dagegen die Fragen 1 und 2 verneinen, würde die aus Art. 28 Abs. 2 GG folgende Pflicht zur Berücksichtigung kommunaler Interessen durch die gemeinschaftsrechtliche Pflicht verdrängt, das Einvernehmen ohne Rücksicht auf kommunale Interessen zu erteilen. Sollten die Fragen 1 und 2 zwar bejaht werden, die Fragen 3 und 4 aber ebenfalls, so müsste die Klägerin sich darauf verweisen lassen, ihre Rechte nach der Verabschiedung der Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung unter Berufung auf das Gemeinschaftsrecht geltend zu machen. In beiden Fällen wäre die Klage abzuweisen.

29. In entsprechender Anwendung des § 94 VwGO ist das Verfahren bis zur Entscheidung des EuGH über die ihm vorgelegten Fragen auszusetzen (vgl. Middeke, in: Rengeling/ Middeke/ Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 2. Aufl., § 10 Rn. 72 m. w. N.).

30. Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 146 Abs. 2 VwGO analog; vgl. Kopp/ Schenke, VwGO, 15. Aufl., § 94 Rn. 22).