

12. 9. 08

Beglaubigte Abschrift

Rechtsanwälte

Füßer & Kollegen 12/09/08
F

kk

Klaus Füßer
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Sven Kreuter
Rechtsanwalt

Marcus Lau
Rechtsanwalt

Füßer & Kollegen, Thomaskirchhof 17, 04109 Leipzig

Vorab per Telefax: 00352-433766

Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften

Kanzlei

L-2925 Luxemburg

Eingetragen in das Register des	
Gerichtshofes unter der Nr. <u>804 052</u>	
Luxemburg, den <u>12. 09. 2008</u>	
Fax / E-mail: <u>12. 9. 08</u>	Der Vorsitzende
eingegangen am: <u>12. 9. 08</u>	Präsident Füßer

Leipzig, den 10. September 2008

Unser Zeichen: 00006-08/KF/SS/ML/dt/jk/nh/069

www.fuesser.de

**Stellungnahme zum Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 23 II des
Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes in der Rechtssache C-226/08**

der Stadt Papenburg, Hauptkanal rechts 68/69, 26871 Papenburg, vertreten durch
den Bürgermeister Jan Peter Bechtluft

– Klägerin –

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Füßer & Kollegen, Thomaskirchhof 17,
04109 Leipzig

gegen

die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das Bundesministerium für Umwelt,
Naturschutz und Reaktorsicherheit, dieses vertreten durch den Bundesminister Herrn
Sigmar Gabriel, Robert-Schumann-Platz, 53175 Bonn

– Beklagte –

wegen: FFH-Gebiet

Namens und Kraft Vollmacht der Stadt Papenburg schlagen wir eine Beantwortung der vorgelegten Fragen wie folgt vor:

1. Art. 4 II UAbs. 2 der Richtlinie 93/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen *erlaubt* es 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. Zu diesen – in Ziffer 1 erwähnten – Gründen zählen auch wirtschaftliche Belange von Gemeinden und Gemeindeverbänden, insbesondere deren Planungen, Planungsabsichten und andere – auch: wirtschaftliche – Interessen im Hinblick auf die weitere Entwicklung des eigenen Gebietes.
3. Weder der dritte Erwägungsgrund der Richtlinie 92/43/EWG noch Art. 2 III dieser Richtlinie oder andere Vorgaben des Gemeinschaftsrechtes *verlangen*, dass derartige – in Ziffer 1 und 2 erwähnte – 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. Aus diesem Grund kann auch eine von der Aufnahme eines bestimmten Gebietes in die Liste betroffene Gemeinde nach der endgültigen Festlegung der Liste nicht in einem gerichtlichen Verfahren geltend machen, die Liste verstoße gegen Gemeinschaftsrecht, weil ihre Belange nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt wurden.
5. Fortlaufende Unterhaltungsmaßnahmen in der Fahrrinne von Ästuarien, die bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie 92/43/EWG nach nationalem Recht endgültig genehmigt wurden, sind bei ihrer Fortsetzung nach Aufnahme des Gebietes in die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung einer Verträglichkeitsprüfung nach Art. 6 III bzw. IV der Richtlinie nicht zu unterziehen.

Der besseren Lesbarkeit und Übersichtlichkeit stellen wir folgende

Inhaltsübersicht

I. Recht der Mitgliedstaaten zur Verweigerung ihres Einvernehmens gemäß	
Art. 4 II UAbs. 1 FFH-RL aus nicht-naturschutzfachlichen Gründen	4
1. Wortlaut des Art 4 II UAbs. 1 FFH-RL	4
2. Art. 2 III FFH-RL und dessen systematische Stellung	6
3. Sonderregelung des Art. 4 II UAbs. 2 FFH-RL	7
4. Art. 6 Abs. 4 UAbs. 1 FFH-RL als spezielle Regelung	8
5. Vergleich von Art. 2 III FFH-RL mit Art. 2 VS-RL.....	9
6. Tendenz in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs.....	11
7. Berücksichtigungsmöglichkeit wirtschaftlicher Planungsbelange von Gemeinden und Gemeindeverbänden im Rahmen der Einvernehmenserteilung.....	12
II. Keine zwingende Berücksichtigung von anderen als naturschutz-fachlichen Gründen im Rahmen des Gemeinschaftsrechtes	12
1. Keine europarechtliche Pflicht der Europäischen Kommission zur Berücksichtigung nicht-naturschutzfachlicher Belange.....	13
2. Keine europarechtliche Pflicht für die Mitgliedstaaten zur Berücksichtigung nichtnaturschutzfachlicher Belange bei der Einvernehmenserteilung.....	15
3. Kein gemeinschaftsrechtlicher Rechtsschutz	16
III. Keine Erforderlichkeit einer Verträglichkeitsprüfung nach Art. 6 III bzw. IV FFH-RL für vor Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie nach nationalem Recht endgültig genehmigte Maßnahmen	16
IV. Abschließende Bemerkungen	19

voran.

I. Recht der Mitgliedstaaten zur Verweigerung ihres Einvernehmens gemäß Art. 4 II UAbs. 1 FFH-RL aus nicht-naturschutzfachlichen Gründen

- (1) Art. 4 II UAbs. 1 der Richtlinie 92/43/EWG (im Folgenden: FFH-RL) ist so auszulegen, dass neben der Berücksichtigung ökologischer Kriterien bei der Einvernehmenserteilung auch eine Berücksichtigung wirtschaftlicher und regionaler Belange zulässig ist. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 4 II UAbs. 1 FFH-RL (sogleich 1.), der Vorschrift des Art. 2 III FFH-RL und ihrer systematischen Stellung (anschließend 2.), dem systematischen Regelungszusammenhang in Bezug auf Art. 4 II UAbs. 2 FFH-RL (nachfolgend 3.), einer Betrachtung des Art. 6 Abs. 4 UAbs. 1 FFH-RL, welcher nicht gegen einen systematischen Rückgriff auf die Grundsätze des Art. 3 III FFH-RL im Rahmen der Einvernehmenserteilung spricht (anschließend 4.), einem Vergleich von Art. 2 III FFH-RL mit Art. 2 der Richtlinie 79/409/EWG des Rates vom 2. April 1979 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten (im Folgenden: VS-RL) (sodann 5.) und der Tendenz der bisherigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (danach 6.). Schließlich tragen wir zur Berücksichtigungsfähigkeit der wirtschaftlichen Belange von Gemeinden und Gemeindeverbänden, insbesondere deren Planungen, Planungsabsichten und andere Interessen im Hinblick auf die weitere Entwicklung des eigenen Gebietes gesondert vor (abschließend 7.). Hierzu im Einzelnen:

1. Wortlaut des Art 4 II UAbs. 1 FFH-RL

- (2) Der Wortlaut des Art. 4 II UAbs. 1 FFH-RL steht einem Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten bei der Einvernehmenserteilung und der Möglichkeit der Berücksichtigung anderer als naturschutzfachlicher Kriterien nicht entgegen.

Art. 4 II UAbs. 1 FFH-RL bestimmt seinem Wortlaut nach eindeutig eine Zuständigkeit der Kommission zur Erstellung des Listenentwurfs¹. Diese soll auf

„Grundlage der in Anhang III (Phase 2) festgelegten Kriterien und im Rahmen der fünf in Artikel 1 Buchstabe c) Ziffer iii) erwähnten biogeografischen Regionen sowie des in Artikel 2 Absatz 1 genannten Gesamtgebietes [...] aus den Listen der Mitgliedstaaten den Entwurf einer Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung [...]“

erstellen.

- (3) Neben der Berücksichtigung naturschutzfachlicher Kriterien bedarf die Kommission des Einvernehmens der Mitgliedstaaten, welches auch in der Entstehungsgeschichte der FFH-Richtlinie als strikte Beteiligungsform gewollt war². Indem die Regelung in ihrer Formulierung sich an die Kommission und nicht an die Mitgliedstaaten wendet, lässt sich aus dem Wortlaut nichts dafür entnehmen, dass auch die Mitgliedstaaten an die in Anhang III (Phase 2) festgelegten Kriterien gebunden wären³. Vielmehr führt die rein grammatikalische Auslegung der Norm zu dem Ergebnis, dass die Mitgliedstaaten hinsichtlich der Einvernehmenserteilung nicht ausdrücklich auf bestimmte Kriterien beschränkt sind und ihnen ein Ermessensspielraum zusteht, welcher nicht durch die sprachliche Fassung des Art. 4 II UAbs. 1 FFH-RL eingeschränkt wird⁴. Für den Mitgliedstaat werden weder rechtliche Vorgaben oder Bedingungen

¹ Vgl. *Füßer & Kollegen*, Rechtsgutachten zur Frage der Zulässigkeit der Meldung und Unterschutzstellung des Gebietes „Unterems und Außenems“ (DE 2507-331) als Gebiet von gemeinschaftlicher Bedeutung nach Art 4 FFH-Richtlinie – Materiell-rechtliche Überprüfung und prozessuale Konsequenzen, (2007), S. 61 m. w. N, abrufbar unter http://www.fuesser.de/fileadmin/dateien/service/aktuelles/Einvernehmenserteilung/Rechtsgutachten_Weser.pdf.

² *Füßer & Kollegen*, siehe Fn. 1, S. 43.

³ Dafür, dass der Wortlaut sich möglicherweise allein auf die Kommissionsentscheidung beziehen könnte siehe *Jarass*, Rechtsgutachten zum Einvernehmen zur FFH-Gebietsliste und die Rechte kommunaler Gebietskörperschaften, (2007), S. 39, beigefügt der Klageschrift v. 20.2.2008 im Ausgangsverfahren vor dem VG Oldenburg – 1 A 510/08 -, dort als Anlage K 18, auch abrufbar unter: http://www.fuesser.de/fileadmin/dateien/service/aktuelles/Einvernehmenserteilung/Jarass_Gutachten.pdf.

⁴ *Nettesheim*, Rechtsgutachten zur Erteilung des mitgliedstaatlichen Einvernehmens nach Art. 4 Abs. 2 UAbs. 1 der FFH-Richtlinie, (2007), S. 25, beigefügt der Klageschrift v. 20.2.2008 im Ausgangsverfahren vor dem VG Oldenburg – 1 A 510/08 -, dort als Anlage K 19, auch abrufbar unter: http://www.fuesser.de/fileadmin/dateien/service/aktuelles/Einvernehmenserteilung/Gutachten_Einvernehmen_FFH.pdf.

noch sonstige begrenzende Leitlinien für die Erteilung des Einvernehmens formuliert⁵. Obwohl die Wortlautbetrachtung keine Bindung der Mitgliedstaaten postuliert, ergibt sich insoweit freilich - wie bei jedem gemeinschaftsbezogenen Verhalten - eine Grenze bei der Ausübung des Ermessens für die Mitgliedstaaten aus dem allgemeinen Gebot gemeinschaftsfreundlichen Verhaltens (Art. 10 EG)⁶.

2. Art. 2 III FFH-RL und dessen systematische Stellung

- (4) Der allgemeine Grundsatz des Art. 2 III FFH-RL findet Anwendung auf
„die auf Grund dieser Richtlinie getroffenen Maßnahmen“.
- (5) Als eine solche Maßnahme ist auch das Einvernehmen durch die Mitgliedstaaten anzusehen. Im Ergebnis kann es dahinstehen, ob der Begriff „Maßnahmen“ weit oder eng auszulegen ist.
- (6) Bei Annahme einer weiten Auslegung wäre der Begriff umfassend zu verstehen und würde sich grundsätzlich auf alle Handlungen und Entscheidungen, welche auf Grund der FFH-Richtlinie erfolgen, beziehen. In diesem Fall könnten die Kriterien von Art. 2 III FFH-RL im Rahmen der Einvernehmenserteilung – für welche Art. 4 II UAbs. 2 FFH-RL keine speziellen rechtlichen Vorgaben formuliert – Berücksichtigung finden⁷. Gerade das Erfordernis der Einvernehmenserteilung durch die Mitgliedstaaten schafft dann an dieser Stelle einen Anwendungsbereich für Art. 2 III FFH-RL im mehrstufigen Gebietsausweisungsverfahren.
- (7) Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass Art. 2 III FFH-RL – wenn er schon für die Einvernehmenserteilung gelte – für alle Phasen der Gebietsausweisung eingreifen müsste, denn Art. 2 III FFH-RL kann als allge-

⁵ *Nettesheim*, siehe Fn. 4, S. 28.

⁶ Hierzu *Füßer & Kollegen*, siehe Fn. 1, S. 49, m. w. N.

⁷ *Nettesheim*, siehe Fn. 4, S. 33.

meiner Grundsatz nur dort zum Tragen kommen, wo es einen speziellen – diesen allgemeinen Grundsatz verdrängenden – Rechtssatz nicht gibt.

- (8) In Phase 1, welche der rein naturschutzfachlichen Informationsbeschaffung dient, ist in Art. 4 I FFH-RL – welcher seinem Wortlaut nach an die Mitgliedsstaaten adressiert ist – geregelt, dass die Vorlage einer Gebietsliste anhand der in Anhang III (Phase 1) festgelegten Kriterien und einschlägiger wissenschaftlicher Informationen zu erfolgen hat. Dieser spezielle Maßstab führt dazu, dass in der ersten Phase des Gebietsausweisungsverfahrens gemäß Art. 4 I FFH-RL wirtschaftliche und infrastrukturelle Belange außer Betracht zu lassen sind⁸. Erst in Phase 2 besteht – insbesondere im Rahmen der Einvernehmenserteilung durch die Mitgliedstaaten – die Möglichkeit, auf die Grundsätze aus Art. 2 III FFH-RL zurückzugreifen⁹.
- (9) Wird hingegen eine enge Auslegung des Begriffes „Maßnahme“ zu Grunde gelegt, so könnte grundsätzlich eine Beschränkung auf Handlungen anzunehmen sein, welche eine endgültige Schutzgebietsausweisung bereits voraussetzen und die Rechtsfolgen bzw. den Schutzbereich der Art. 6 ff. FFH-RL betreffen, da hauptsächlich in diesen Vorschriften der Richtlinie der Begriff „Maßnahme“ verwendet wird¹⁰. Allerdings durchbräche dann Art. 21 FFH-RL diesen Grundsatz, indem dieser die Erstellung der Gemeinschaftsliste über die Verweisung in Art. 4 III FFH-RL als „Maßnahme“ deklariert, wodurch auch für die Mitgliedstaaten bei der Einvernehmenserteilung eine Möglichkeit eröffnet wäre, die Belange aus Art. 2 III FFH-RL in ihre Abwägung mit einzustellen¹¹.

3. Sonderregelung des Art. 4 II UAbs. 2 FFH-RL

- (10) Art. 4 II UAbs. 2 FFH-RL, wonach

⁸ Vgl. EuGH, Urteil v. 7.11.2000 – C-371/98 –, *The Queen ./. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions*, Slg. 2000, I-9249.

⁹ *Nettesheim*, siehe Fn. 4, S. 43.

¹⁰ *Kerkmann*, *Natura 2000: Verfahren und Rechtsschutz im Rahmen der FFH-Richtlinie*, (2004), S. 63.

¹¹ *Kerkmann*, siehe Fn. 10, S.146; *Füßer & Kollegen*, siehe Fn. 1, S. 62.

„die Mitgliedstaaten, bei denen Gebiete mit einem oder mehreren prioritären natürlichen Lebensraumtypen und einer oder mehreren prioritären Arten flächenmäßig mehr als fünf Prozent des Hoheitsgebiets ausmachen“,

im Einvernehmen mit der Kommission beantragen können,

„dass die in Anhang III (Phase 2) aufgeführten Kriterien bei der Auswahl aller in ihrem Hoheitsgebiet liegenden Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung flexibler angewandt werden“

können, steht einer möglichen Berücksichtigung anderer als naturschutzfachlicher Erwägungen im Rahmen der Einvernehmenserteilung gemäß Art. 4 II UAbs. 1 FFH-RL nicht entgegen.

- (11) Aus der Regelung in Art. 4 II UAbs. 2 FFH-RL kann nicht der Schluss gezogen werden, dass – vorausgesetzt andere als rein naturschutzfachliche Erwägungen dürfen bei der Einvernehmenserteilung durch die Mitgliedstaaten berücksichtigt werden – allein die Belastung durch eine so große Fläche mit prioritären Arten eine Einvernehmensverweigerung rechtfertigen könne. Es besteht kein Widerspruch zwischen Art. 4 II UAbs. 1 und Art. 4 II UAbs. 2 FFH-RL. Die Vorschriften ergänzen sich vielmehr. Aufgrund der Flächenklausel eröffnet sich den Mitgliedstaaten, welche große Gebietsflächen mit prioritären Lebensraumtypen und Arten, aber keine darlegbaren konkreten – einer Gebietsausweisung entgegenstehenden – Interessen haben, die Möglichkeit, eine flexiblere Anwendung der naturschutzfachlichen Auswahlkriterien allein aufgrund der Größe der in Betracht kommenden Flächen zu erreichen. Art. 4 II UAbs. 2 FFH-RL schränkt die Mitgliedstaaten im Rahmen der Einvernehmenserteilung nicht auf den dort enthaltenen Einwand ein, sondern lässt daneben Raum für die Grundsätze des Art. 2 Abs. 3 FFH-RL¹².

4. Art. 6 Abs. 4 UAbs. 1 FFH-RL als spezielle Regelung

- (12) Eine ausdrückliche Erwähnung von

¹² *Nettesheim*, siehe Fn. 4, S. 43.

„zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art“

in Art. 6 IV UAbs. 1 steht einer Anwendbarkeit der Grundsätze aus Art. 2 III FFH-RL im Rahmen der Einvernehmenserteilung durch die Mitgliedstaaten gemäß Art. 4 II UAbs. 1 FFH-RL nicht entgegen. Zwar könnte sich bei oberflächlicher Betrachtung die Frage stellen, warum eine explizite Erwähnung sozialer und wirtschaftlicher Belange in Art. 6 IV UAbs. 1 erfolgen sollte, wenn Art. 2 III FFH-RL bereits allgemeine Geltung beanspruchen sollte. Jedoch ist Art. 6 IV UAbs. 1 FFH-RL im Zusammenhang mit Art. 6 IV UAbs. 2 FFH-RL zu sehen.

- (13) Der Richtliniengeber hat an dieser Stelle eine abgestufte spezielle Regelung geschaffen, welche der Generalklausel des Art. 2 III FFH-RL in diesem Fall vorgeht. Die Erwähnung der wirtschaftlichen und sozialen Interessen in Art. 6 IV UAbs. 1 FFH-RL dient der klarstellenden Präzisierung des Begriffs des „überwiegenden öffentlichen Interesses“, welcher in Art. 6 IV UAbs. 2 gerade die wirtschaftlichen und sozialen Interessen nicht umfasst. Hätte der Richtliniengeber eine Beschränkung des Grundsatzes aus Art. 2 III FFH-RL nur auf das Verfahren nach Art. 6 FFH-RL gewollt, hätte er dies ausdrücklich geregelt¹³.

5. Vergleich von Art. 2 III FFH-RL mit Art. 2 VS-RL

- (14) Eine Berücksichtigung der Grundsätze aus Art. 2 III FFH-RL im Rahmen der Einvernehmenserteilung durch die Mitgliedstaaten gemäß Art. 4 II UAbs. 1 FFH-RL lässt sich auch nicht im Hinblick auf einen Vergleich mit Art. 2 VS-RL ablehnen, obgleich unstreitig im Rahmen der Vogelschutzgebietsauswahl gemäß Art. 4 I UAbs. 4 VS-RL ein rein fachlich-ornithologischer Maßstab zu Grunde zu legen und ein Rückgriff auf nichtfachliche Kriterien ausgeschlossen ist¹⁴.

¹³ Vgl. *Nettesheim*, siehe Fn. 4, S. 38.

¹⁴ Vgl. *Füßer*, NuR 2004, 701 (704) m. w. N.

- (15) Gemäß Art. 2 VS-RL treffen die Mitgliedstaaten zwar die erforderlichen Maßnahmen,
- „um die Bestände aller unter Artikel 1 fallenden Vogelarten auf einem Stand zu halten oder auf einen Stand zu bringen, der insbesondere den ökologischen, wissenschaftlichen und kulturellen Erfordernissen entspricht, wobei den wirtschaftlichen und freizeitbedingten Erfordernissen Rechnung getragen wird.“
- (16) Aus der Bezugnahme auf Art. 1 VS-RL ergibt sich aber, dass der in Art. 2 VS-RL niedergelegte allgemeine Grundsatz
- „die Erhaltung sämtlicher wildlebender Vogelarten, die im europäischen Gebiet der Mitgliedstaaten, auf welches der Vertrag Anwendung findet, heimisch sind“
- betrifft.
- (17) Auf die Schutzgebietserklärung gemäß Art. 4 VS-RL findet dieser allgemeine Grundsatz deshalb keine Anwendung, da sich Art. 4 VS-RL als spezielle Vorschrift nur auf die in Anhang I aufgeführten Arten bezieht und speziell regelt, dass allein die fachlich-ornithologischen Kriterien der „zahlen- und flächenmäßig geeignetsten“ Gebiete für die Benennung relevant ist.
- (18) Ähnlich ist auch das Verhältnis zwischen Art. 2 III FFH-RL und Art. 4 I FFH-RL ausgestaltet. Bei der Vorlage der Gebietslisten gilt als spezielle Regelung, dass die Gebietsauswahl ausschließlich „anhand der in Anhang III (Phase 1) festgelegten Kriterien und einschlägiger wissenschaftlicher Informationen“ zu erfolgen hat. Für Art. 2 III FFH-RL verbleibt in *dieser* Phase kein Raum¹⁵.
- (19) Demgegenüber ist das Verhältnis zwischen Art. 2 III FFH-RL und Art. 4 II UAbs. 1 FFH-RL insofern ein anderes, als bezüglich der Einvernehmenserteilung keine – die Grundsätze aus Art. 2 III FFH-RL verdrängenden – speziellen Maßstäbe festgelegt sind. Hier zeigt sich der grundsätzliche Unterschied zwischen der Vogelschutzrichtlinie, welche den Mitgliedstaaten aus-

¹⁵ Vgl. EuGH, Urt. v. 7.11.2000 – C-371/98 –, The Queen ./ Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, Slg. 2000, I-9249 Rdnr. 25.

schließlich materiell-rechtliche Vorgaben macht und dem gestuften Verfahren der Verwaltungskooperation zwischen mitgliedstaatlichen Behörden und Europäischer Kommission im Rahmen der FFH-Richtlinie¹⁶.

6. Tendenz in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs

- (20) Auch dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 7. November 2000 – C 371/98 – lässt sich entnehmen, dass der Europäische Gerichtshof für Phase 2 der Gebietseinstufung Raum für andere Interessen – wie diejenigen aus Art. 2 III FFH-RL – lässt. Hierüber wurde zwar nicht ausdrücklich entschieden, jedoch deutet sich dieses Ergebnis dadurch an, dass sich der Europäische Gerichtshof zum gesamten Verfahren der Gebietseinstufung äußert, obgleich lediglich eine Entscheidung über Phase 1 des Gebietseinstufungsverfahrens zu treffen war. Mit seiner Äußerung zum gesamten Verfahren nimmt der Europäische Gerichtshof Bezug auf die Schlussanträge von Generalanwalt *Leger*, in welchen dieser sich ausdrücklich für die mögliche Einbeziehung wirtschaftlicher und sozialer Kriterien bei der Abstimmung mit den Mitgliedstaaten in Phase 2 ausspricht¹⁷. Dass der Europäische Gerichtshof den Schlussanträgen von Generalanwalt *Leger* diesbezüglich nicht widerspricht, lässt sich daraus ersehen, dass das Gericht ausführt:

„über dies sieht Artikel 4 der Habitatrichtlinie zur Einstufung von Gebieten als besondere Schutzgebiete ein Verfahren vor, dass in mehrere Phasen gegliedert ist, an die jeweils bestimmte rechtliche Wirkungen geknüpft sind; dieses Verfahren soll, wie sich aus Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie ergibt, insbesondere die Verwirklichung des Netzes „Natura 2000“ ermöglichen“¹⁸

- (21) Gerade durch die Verwendung des Wortes „insbesondere“ lässt der Europäische Gerichtshof Raum für andere Interessen, wie diejenigen aus Art. 2 III FFH-RL. Wäre es dem Europäischen Gerichtshof darum gegangen,

¹⁶ *Nettesheim*, siehe Fn. 4, S. 9 und S. 34.

¹⁷ *GA Leger*, Schlussanträge v. 7.3.2000 – C-371/98 –, Slg. 2000, I-9235 Rdnr. 51.

¹⁸ EuGH, Ur. v. 7.11.2000 – C-371/98 –, *The Queen ./. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions*, Slg. 2000, I-9249 Rdnr. 20.

keine anderen Interessen im Auswahlverfahren als zulässig anzusehen, hätte er statt des Wortes „insbesondere“ das Wort „ausschließlich“ verwendet.

7. Berücksichtigungsmöglichkeit wirtschaftlicher Planungsbelange von Gemeinden und Gemeindeverbänden im Rahmen der Einvernehmenserteilung

- (22) Über die Berücksichtigungsfähigkeit wirtschaftlicher Belange im Sinne von Art. 2 III FFH-RL im Rahmen der Einvernehmenserteilung gemäß Art. 4 II UAbs. 1 FFH-RL steht den Mitgliedstaaten europarechtlich die Möglichkeit offen, kommunale Planungsbelange mit zu berücksichtigen¹⁹.
- (23) Die in Art. 28 II GG geschützte kommunale Planungshoheit umfasst auch die Befugnis von Gemeinden und Gemeindeverbänden, Programme und Pläne für die wirtschaftliche Entwicklung zu erarbeiten²⁰. Ebenfalls zu den von Art. 28 II GG geschützten Belangen gehören auch die Befugnis zur Förderung der örtlichen Wirtschaftsstruktur und zur Schaffung oder Erhaltung von Arbeitsplätzen sowie die Erfüllung von städtebaulichen Aufgaben, bei welchen insbesondere auch wirtschaftliche Belange zu berücksichtigen sind²¹.

II. Keine zwingende Berücksichtigung von anderen als naturschutzfachlichen Gründen im Rahmen des Gemeinschaftsrechtes

- (24) Eine Nichtberücksichtigung anderer als naturschutzfachlicher – beispielsweise wirtschaftlicher – Belange bei der Erstellung des Listenentwurfs stellt keinen Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht dar. Aus den Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts, insbesondere dem dritten Erwägungsgrund der FFH-Richtlinie und Art. 2 III FFH-RL ergibt sich für die Europäische Kommission – wenn überhaupt – höchstens die Möglichkeit, aber keine gemeinschaftsrechtliche

¹⁹ Füßer & Kollegen, siehe Fn. 1, S. 66.

²⁰ Jarass, siehe Fn. 3, S. 22.

²¹ BVerwG, Urt. v. 15.12.1989, – 7 C 6/88 –, BVerwGE 84, 236 (239).

Pflicht zur Berücksichtigung wirtschaftlicher, sozialer, kultureller, regionaler und örtlicher Besonderheiten (sogleich 1.). Das Erfordernis der Einvernehmenserteilung gemäß Art. 4 II UAbs. 1 FFH-RL eröffnet den Mitgliedstaaten europarechtlich die Möglichkeit, die in Art. 2 III FFH-RL genannten Belange zu berücksichtigen. Eine Pflicht hierzu ergibt sich jedoch nur auf Ebene des nationalen und nicht auf der des Europarechts (anschließend 2.). Daher kann eine von der Aufnahme eines bestimmten Gebietes in die Liste betroffene Gemeinde nach der endgültigen Festlegung der Liste in einem gerichtlichen Verfahren nicht geltend machen, die Liste verstoße gegen Gemeinschaftsrecht, weil ihre Belange nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt wurden (abschließend 3.). Hierzu im Einzelnen:

1. Keine europarechtliche Pflicht der Europäischen Kommission zur Berücksichtigung nicht-naturschutzfachlicher Belange

- (25) Eine Pflicht der Kommission, andere als die rein naturschutzfachlichen Kriterien zu berücksichtigen, besteht nach Sinn und Zweck des kooperativen Verfahrens zur Gebietsausweisung für diese nicht, da der Mitgliedstaat es im Rahmen der Einvernehmenserteilung in der Hand hat, gegenläufige Anliegen über Art. 2 III FFH-RL einzubringen²². Zwingend hat die Kommission bereits nach dem Wortlaut des Art. 4 II UAbs. 1 FFH-RL nur die in Anhang III (Phase 2) formulierten Kriterien anzuwenden. In Bezug auf die Berücksichtigung von Erwägungen im Sinne des Art. 2 III FFH-RL liegt es im Ermessen der Kommission, ob und wie weit sie diese aufgrund der ihr zur Verfügung stehenden Informationen bei der Formulierung ihrer Verhandlungspositionen einfließen lässt²³. Aus der Draggagi-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs ergibt sich ebenfalls nur, dass die Kommission *berechtigt* ist, von der Aufnahme eines Gebietes in die Liste Abstand zu nehmen, wenn diesem ihrer Ansicht nach die Eignung fehlt²⁴. Von einer Prüfungspflicht oder einer eventuellen Prü-

²² *Nettesheim*, siehe Fn. 4, S. 27.

²³ *Nettesheim*, a. a. O.

²⁴ EuGH, Ur. v. 13.1.2005 – C-117/03 –, „Draggagi“, Slg. 2005, I-167 Rdnr. 24.

fungsdichte ist in der Entscheidung selbst mit Blick auf für die Errichtung des Netzes Natura 2000 grundlegende Frage der Gebietseignung keine Rede. Dann muss gleiches um so mehr für die Frage der Pflicht zur Berücksichtigung solcher Belange gelten, denen für die Frage der Aufnahmewürdigkeit eines vom Mitgliedstaat in Phase 1 gemeldeten Gebiets in das Netz nur ergänzende Funktion zukommt.

- (26) Gegen eine Pflicht der Kommission zur europaweiten Berücksichtigung einzelner Partikularinteressen sprechen bereits praktische Gründe der Durchführbarkeit, da eine entsprechende Informationsgrundlage für die Kommission nicht existiert. Neben Standarddatenbögen und eventuellen Stellungnahmen der Mitgliedstaaten stehen der Kommission keine ausreichend konkreten Informationen zur Verfügung, um einer gerichtlich überprüfbaren Berücksichtigung der nichtnaturschutzfachlichen Belange gerecht werden zu können. Insbesondere ein dann nahe liegendes Beteiligungsverfahren unter Berücksichtigung sämtlicher betroffener privaten und öffentlichen Interessen würde die Möglichkeiten der Kommission deutlich übersteigen.
- (27) Zudem besteht auf europäischer Ebene kein dem Selbstverwaltungsrecht der Kommunen entsprechender Schutz²⁵. Somit können speziell kommunale Rechte – auch wenn diese wirtschaftlicher Natur sind – nur nach Maßgabe des nationalstaatlichen Rechts im Rahmen der Einvernehmensentscheidung des Mitgliedstaates Berücksichtigung finden, soweit das Europarecht hierzu einen Raum lässt.
- (28) Sinn und Zweck des kooperativen Zusammenwirkens zwischen Europäischer Kommission und den Mitgliedstaaten bei der Erstellung des Listenentwurfes gemäß Art. 4 II UAbs. 1 FFH-RL ist es daher gerade, dass die Möglichkeit der Berücksichtigung anderer als naturschutzfachlicher Belange den Mitgliedstaaten überlassen sein soll, welche hierfür über bessere und detaillierter Informationen als Entscheidungsgrundlage verfügen.

²⁵ Löwer, in: von Münch/Kunig, GG-Komm., 5. Aufl. (2001), Art. 28 Rdnr. 96, 100.

2. Keine europarechtliche Pflicht für die Mitgliedstaaten zur Berücksichtigung nichtnaturschutzfachlicher Belange bei der Einvernehmenserteilung

- (29) Da der Mitgliedstaat bei der Erstellung des Listenentwurfes durch die Kommission gemäß Art. 4 II UAbs. 1 FFH-RL lediglich durch die Einvernehmenserteilung *mitwirkt*, kann er europarechtlich keiner weitergehenden Bindung unterliegen, als dies für die Kommission gilt²⁶. Da aber bereits die Kommission keine europarechtlich intendierte Pflicht zur Berücksichtigung von nichtnaturschutzfachlichen Belangen hat, besteht eine solche auch für die Mitgliedstaaten im Rahmen der Einvernehmenserteilung nicht. Dass das Gemeinschaftsrecht eine Möglichkeit bietet, die im betreffenden Mitgliedstaat vorhandenen Besonderheiten in die weitere Ausformung der abstrakt vorgegebenen Ziele der Ausgestaltung einzubringen spricht nicht dafür, dass hieraus eine europarechtliche Verpflichtung erwächst. Durch die Mitwirkungsbefugnisse soll es den Mitgliedstaaten lediglich ermöglicht werden, eigene Rechtstraditionen und nationale Be- und Empfindlichkeiten bei der Errichtung eines einheitlichen Schutzregimes einzubringen²⁷.
- (30) Eine noch weitergehenden Ansicht mit dem gleichen Ergebnis vertritt *Nettesheim*, nach welcher sich aus Art. 4 II UAbs. 1 FFH-RL überhaupt keine zwingende Pflicht der Mitgliedstaaten ergibt, sich zu den im Listenentwurf aufgenommenen Gebieten zu äußern, da das Einvernehmensverfahren keine zwingende indisponible Verfahrensbeteiligung darstellte²⁸.
- (31) Steht es den Mitgliedstaaten aber frei, sich nicht zu äußern – mit der Folge, dass der Kommission bei der Erstellung des Listenentwurfes keine Hindernisse im Weg stehen²⁹ –, kann im Rahmen der Einvernehmenserteilung für die Mitgliedstaaten keine europarechtliche Pflicht zur Berücksichtigung bestimmter

²⁶ *Füßer & Kollegen*, siehe Fn. 1, S. 50.

²⁷ *Füßer & Kollegen*, siehe Fn. 1, S. 64.

²⁸ *Nettesheim*, siehe Fn. 4, S. 27.

²⁹ *Nettesheim*, a. a. O.

Interessen bestehen. Eine entsprechende Pflicht kann sich nur aus nationalrechtlichen Bindungen ergeben, welche selbst nicht Maßstab einer europarechtlichen Überprüfung durch die Gerichte der Gemeinschaft sind. Das entspricht auch der Auffassung innerstaatlicher Gerichte, die sich inzwischen mit diesem Problem beschäftigt haben³⁰.

3. Kein gemeinschaftsrechtlicher Rechtsschutz

- (32) Für die Klägerin im Ausgangsverfahren ergibt sich aus den bisherigen Ausführungen, dass sich eine Nichtberücksichtigung kommunalwirtschaftlicher Belange im Rahmen der Einvernehmenserteilung nur als Verletzung nationalen Rechts darstellen und daher auch nicht in einem gerichtlichen Verfahren geltend gemacht werden kann, die Liste verstoße aus diesem Grund gegen Gemeinschaftsrecht. Eine Pflicht der Kommission zur Berücksichtigung nationaler Belange besteht nicht, weshalb sich somit der Gebietslistenentwurf – am Maßstab des Europarechts gemessen – auch dann als rechtmäßig erweist, wenn die Einvernehmenserteilung unter Verstoß gegen nationales Recht erfolgte³¹.

III. Keine Erforderlichkeit einer Verträglichkeitsprüfung nach Art. 6 III bzw. IV FFH-RL für vor Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie nach nationalem Recht endgültig genehmigte Maßnahmen

- (33) Art. 6 III 1 FFH-RL ist dahingehend auszulegen, dass der Begriff des „Projektes“ solche – auch wiederkehrende – Maßnahmen nicht umfasst, welche nach nationalem Recht bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist der FFH-Richtlinie dauerhaft genehmigt wurden.
- (34) Dem steht nicht entgegen, dass der Europäische Gerichtshof im sogenannten „Herzmuschelfischerurteil“ bereits für Recht erkannt hat, dass:

³⁰ OVG Bremen, Urt. v. 31.5.2005 – 1 A 346/02 –, NuR 2005, 654 (657).

³¹ Zum Verweis auf die Pflicht der Mitgliedstaaten effektiven Rechtsschutz zur Verfügung zu stellen vgl. EuG, Beschl. v. 19.9.2006 – T 122/05 –, zitiert nach eur-lex, dort Rdnr. 50.

„die mechanische Herzmuschelfischerei, die seit vielen Jahren ausgeübt wird, für die jedoch jedes Jahr eine Lizenz für einen begrenzten Zeitraum erteilt wird, wobei jedes Mal aufs Neue beurteilt wird, ob und, wenn ja, in welchem Gebiet diese Tätigkeit ausgeübt werden darf“

als „Plan“ oder „Projekt“ gemäß Art. 6 III FFH-RL anzusehen ist³².

- (35) Zwar kann – so die Befürchtung der Klägerin im Ausgangsverfahren – das zitierte Urteil des Europäischen Gerichtshofs ebenso dahingehend interpretiert werden, dass auch nach nationalem Recht endgültig genehmigte Maßnahmen unter den Begriff des Projekts im Sinne des Art. 6 III FFH-RL zu subsumieren seien und bei jeder künftigen Vornahme einer Verträglichkeitsprüfung unterzogen werden müssten. Auch führte Generalanwältin *Kokott* in ihren Schlussanträgen zur Rechtssache C-418/04 vom 14. September 2006 aus, dass der Begriff des Projekts im Sinne des Art. 6 III FFH-RL die Einrichtung von baulichen oder sonstigen Anlagen sowie sonstiger Eingriffe in Natur und Landschaft einschließlich derjenigen zum Abbau von Bodenschätzen umfasse sowie:

„Auch Unterhaltungsmaßnahmen können Eingriffe in Natur und Landschaft darstellen, insbesondere wenn sie – wie im vorliegenden Fall – zur Verschlechterung eines Lebensraums führen, der für den Schutz von Vögeln am Besten geeignet ist.“³³

Dem hat sich der Europäische Gerichtshof angeschlossen³⁴.

- (36) Der hiesige Fall ist jedoch anders gelagert; es geht um vor Ablauf der Umsetzungsfrist und damit vor Anwendbarkeit der FFH-Richtlinie nach nationalem Recht endgültig – also bestandskräftig – genehmigte Maßnahmen.
- (37) Das Institut der Bestandskraft aber, das aus dem auch gemeinschaftsrechtlich etablierten Aspekt der Rechtssicherheit hergeleitet wird, ist auch gemein-

³² EuGH, Urt. v. 7.9.2004 – C-127/02 –, „Herzmuschelfischer“, Sig. 2004, I-7405 Rdnr. 29.

³³ GA *Kokott*, Schlussanträge v. 14.9.2006 – C-418/04 –, zitiert nach eur-lex, dort Rdnr. 175.

³⁴ EuGH, Urt. v. 13.12.2007 – C-418/04 –, Kommission ./I. Irland, zitiert eur-lex, dort Rdnr. 248 ff.

schaftsrechtlich anerkannt³⁵. In Einzelfällen vermag freilich der in Art. 10 EG verankerte Grundsatz der Gemeinschaftstreue in Verbindung mit dem jeweiligen sekundären Gemeinschaftsrecht die gemeinschaftsrechtlich ebenso wie nationalrechtlich abgesicherte Bestandskraft einer Verwaltungsentscheidung zu durchbrechen. Auch hat der Europäische Gerichtshof den Fall des Hineinwirkens einer Richtlinie in eine bereits vor Anwendbarkeit der betreffenden Richtlinie getroffene endgültige innerstaatliche Verwaltungsentscheidung noch nicht entschieden. Doch hat der Europäische Gerichtshof in der Konstellation der sich ändernden Erkenntnis über sekundäres Gemeinschaftsrecht äußerst strenge Voraussetzungen an die Durchbrechung der Bestandskraft gestellt. So verlange Art. 10 EG die erneute Überprüfung einer bestandskräftigen Verwaltungsentscheidung, um der mittlerweile vom Europäischen Gerichtshof vorgenommenen Auslegung einer einschlägigen Bestimmung Rechnung zu tragen, nur wenn

- die Behörde nach nationalem Recht befugt ist, diese Entscheidung zurückzunehmen,
- die Entscheidung in Folge eines Urteils eines in letzter Instanz entschiedenen nationalen Gerichts bestandskräftig geworden ist,
- das Urteil, wie eine nach seinem Erlass ergangene Entscheidung des Gerichtshofs zeigt, auf einer unrichtigen Auslegung des Gemeinschaftsrechts beruht, die erfolgt ist, ohne dass der Gerichtshof um Vorabentscheidung ersucht wurde, obwohl der Tatbestand des Art. 234 III EG erfüllt war und
- der Betroffene sich, unmittelbar nachdem er Kenntnis von der besagten Entscheidung des Gerichtshofs erlangt hat, an die Verwaltungsbehörde gewandt hat³⁶.

(38) Nach alledem ist hier nichts dafür ersichtlich, auch die vor Anwendbarkeit der FFH-Richtlinie endgültig genehmigten, von der Bestandskraft der zugrunde liegenden Verwaltungsentscheidung erfassten Maßnahmen der Erforderlichkeit einer Verträglichkeitsprüfung nach Art. 6 III bzw. IV FFH-RL zu unterwerfen.

³⁵ Vgl. nur EuGH, Urt. v. 13.1.2004 – C-453/00 –, „Kühne & Heitz“, Slg. 2004, I-837; hierzu auch *Epinay*, NVwZ 2006, 407 (410 f.).

³⁶ EuGH, Urt. v. 13.1.2004 – C-453/00 –, „Kühne & Heitz“, Slg. 2004, I-837 Rdnr. 28; vgl. auch *Epinay*, siehe Fn. 35; *dies.*, NVwZ 2007, 1012 (1016 f.).

Vielmehr hätte diese Tatsache bei der Gebietsauswahl als bestehende Vorbelastung berücksichtigt werden müssen.

- (39) Im Übrigen liegt der hier gestellten Vorlagefrage die vom Europäischen Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung vertretene Prämisse zugrunde, dass eine gleichzeitige Anwendung der allgemeinen Schutznorm des Art. 6 II FFH-RL neben dem Verfahren nach Art. 6 III FFH-RL überflüssig sei³⁷. Sollte der Gerichtshof in Bezug auf die hier gestellte Frage von dieser Prämisse abweichen wollen und insoweit Art. 6 II FFH-RL einen neben Art. 6 III bzw. IV FFH-RL eigenständigen Regelungsgehalt zuerkennen, so wäre die fünfte Vorlagefrage im Wege der Auslegung dahingehend zu erweitern, ob nach nationalem Recht endgültig genehmigte Maßnahmen sich an Art. 6 II FFH-RL messen lassen müssen.
- (40) Auch dies ist zu verneinen. Der auf den Aspekt der Rechtssicherheit gestützte Gedanke der rechtlichen Vorbelastung trägt hier genauso wie im Zusammenhang mit Art. 6 III bzw. IV FFH-RL. Art. 6 II FFH-RL verpflichtet die Mitgliedstaaten lediglich dazu, in den besonderen Schutzgebieten die *Verschlechterung* der natürlichen Lebensräume und der Habitate der Arten zu vermeiden. Von einer Verschlechterung kann jedoch bei bereits vor Anwendbarkeit der FFH-Richtlinie endgültig genehmigten Maßnahmen nicht die Rede sein; vielmehr schweben diese damokleschwertgleich von Anfang an über dem betreffenden Gebiet.

IV. Abschließende Bemerkungen

- (41) Ausführungen hinsichtlich möglicher rechtstatsächlicher und politischer Konsequenzen der durch den Europäischen Gerichtshof zu entscheidenden Fragen, bleiben der mündlichen Verhandlung vorbehalten.

³⁷ Zuletzt EuGH, Urt. v. 13.12.2007 – C-418/04 –, Kommission ./. Irland, zitiert nach eur-lex, dort Rdnr. 250.

- (42) Dieser Stellungnahme sind fünf beglaubigte Abschriften für das Gericht, eine beglaubigte Abschrift für die Bundesrepublik Deutschland sowie eine beglaubigte Abschrift für die Kommission beigefügt.

Klaus Füßer
Rechtsanwalt

Beglaubigt

Rechtsanwalt