

**Rechtswissenschaftliche Stellungnahme**

zu dem von

**Herrn Prof. Dr. iur Dr. phil. Dr. h.c. Jörg Berkemann**

**im Auftrag der RWE Power AG**

**erstatteten Rechtsgutachten zum Thema**

***„Über die habitatschutzrechtliche Beurteilung des Hambacher Forstes“***

erarbeitet im Auftrag des Bundes für Umwelt und Naturschutz Deutschland (BUND)  
Landesverband Nordrhein-Westfalen e.V.

von apl. Prof. Dr. habil. Martin Gellermann  
Westerkappeln

## I. Ausgangslage – Der Hambacher Forst als „potenzielles FFH-Gebiet“?

Der Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland (BUND) – Landesverband Nordrhein-Westfalen e.V. macht in mehreren Klageverfahren geltend, dass der Hambacher Forst, den die den Verfahren beigefugte RWE Power AG zum Zwecke der Fortführung des Tagebaus Hambach zu roden beabsichtigt, dem Rechtsregime zum Schutz so genannter potenzielle FFH-Gebiete unterfällt und daher nicht zerstört werden dürfe.

Das Verwaltungsgericht Köln hat in seinem Urteil vom 24.11.2017 (14 K 1282/15) betreffend die Klage gegen die Zulassung des 3. Rahmenbetriebsplans für die Weiterführung des Tagebaus und in seinem Beschluss vom 31.07.2018 (14 L 1440/18) den Eilantrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die Zulassung des Hauptbetriebsplans 2018 – 2020 abgewiesen.

Dagegen ließ das Obergerverwaltungsgericht Münster mit Beschlüssen vom 05.10.2018 im Verfahren betreffend die 3. Rahmenbetriebsplanzulassung die Berufung des BUND NRW gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln zu (11 A 1137/18) und gab der Beschwerde des Verbandes gegen die Abweisung seines Eilantrages betreffend die Vollziehung der aktuellen Hauptbetriebsplanzulassung im Wesentlichen statt (11 B 1129/18). Unter Abänderung des vorhergehenden Beschlusses des Verwaltungsgerichts Köln wurde die aufschiebende Wirkung der sich gegen die Zulassung des Hauptbetriebsplans für den Tagebau Hambach richtenden Klage insoweit wiederhergestellt, als dieser Hauptbetriebsplan in seinem südlichen bzw. südöstlichen Geltungsbereich die Anlegung einer erster Sohle unter Inanspruchnahme der bewaldeten Fläche des Hambacher Forstes zulässt. Der Begründung dieses Beschlusses ist zu entnehmen, dass der 11. Senat des OVG Münster es für möglich erachtet, dass der Hambacher Forst über den Status eines „potenziellen FFH-Gebietes“ verfügt.

Die den Rechtsstreitigkeiten beigefugte RWE Power AG beauftragte Herrn Prof. Dr. iur. Dr. phil. Dr. h.c. *Jörg Berkemann*, die gegenwärtige habitatschutzrechtliche Beurteilung des Vorhabengebietes namentlich im Hinblick auf das von der klagenden Umweltvereinigung thematisierte Vorkommen der in Anhang II FFH-RL gelisteten Bechsteinfledermaus (*Myotis bechsteinii*) näher zu untersuchen. In seinem Rechtsgutachten vom 29.08.2018 tritt *Berkemann* der Vorstellung der Umweltvereinigung entgegen, dass ein vom Land Nordrhein-Westfalen zu Unrecht nicht zum Aufbau des kohärenten europäischen ökologischen Netzes Natura 2000 gemeldetes Gebiet ein „potenzielles FFH-Gebiet“ sein könnte. Das hätte selbst dann zu gelten, wenn der Hambacher Forst über die gleiche oder sogar eine bessere ökologische Qualität verfügte, als die für die genannte Fledermausart gemeldeten Gebiete.

Da dieser Befund vor dem Hintergrund des zwischenzeitlich gewonnenen Erkenntnisstandes über die richterrechtlich entwickelte Rechtsfigur des „potenziellen FFH-Gebietes“ nicht unmittelbar einleuchtet, wurde der Unterzeichner vom Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen e.V., darum ersucht, die von *Berkemann* vertretenen Thesen auf ihre rechtliche Tragfähigkeit hin zu überprüfen.

## II. Rechtsgutachterliche Überlegungen im Überblick

Da das von *Berkemann* erstellte Rechtsgutachten als bekannt unterstellt werden darf, mag es genügen, seine Überlegungen knapp zu skizzieren und den Blick auf die von ihm vertretenen Kernthesen zu lenken.

Schon im Rahmen seiner Analyse des Begriffs des potenziellen FFH-Gebietes geht *Berkemann* davon aus, dass hiermit eine tatsächliche und rechtliche Lage angesprochen sei, die hinsichtlich eines bestimmten Zustandes in einer gedachten Entwicklung noch „*offen*“ ist (Rn. 11). Dem schließen sich Erläuterungen zu dem die Auswahl und Unterschutzstellung der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung betreffenden „*Phasen-Modell des Art. 4 FFH-RL*“ an (Rn. 12 ff.), die in die Aussage einmünden, die nach Art. 4 Abs. 1 FFH-RL bestehende Pflicht zur Gebietsmeldung würde aus Gründen der Erreichung des in Art. 3 Abs. 1 UA 1 FFH-RL beschriebenen Zielzustandes rechtlich irrelevant, wenn das kohärente europäische Netz besonderer Schutzgebiete errichtet worden ist (Rn. 36). Mitgliedstaatliches Fehlverhalten in der Phase der Gebietsmeldung könnte sich zwar – gemessen am Maßstab des Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Anhang III (Phase 1) FFH-RL – als rechtswidrig erweisen, indessen würde dieser Rechtsverstoß nicht dadurch sanktioniert, dass das zu Unrecht nicht gemeldete Gebiet nunmehr über den Schutzstatus eines potenziellen FFH-Gebietes verfügte (Rn. 23). Das hätte selbst dann zu gelten, wenn die ökologische Qualität des rechtswidrig nicht gemeldeten Gebietes besser sei, als jene der zum Aufbau des europäischen Gebietsverbundes vorgeschlagenen Gebiete (Rn. 45).

Auf der Basis des Ergebnisses seiner begrifflichen Analyse verleiht *Berkemann* sodann seiner Auffassung Ausdruck, es wäre „*sinnwidrig und widersprüchlich*“, nach einem Abschluss des in Art. 4 FFH-RL geregelten Melde- und Listungsverfahrens noch von potenziellen FFH-Gebieten zu sprechen (Rn. 49). Fraglich könnte allenfalls sein, ob es sich um eine abschließende Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung handelt, die den in Art. 3 Abs. 1 UA 1 FFH-RL beschriebenen Zielzustand eines Netzes Natura 2000 im Hinblick auf das „*betrachtete Gebiet des Mitgliedstaates (rechtmäßig) erreicht*“ (Rn. 49). Fehlt es daran, bestünde eine unionsrechtliche Pflicht zur Vervollständigung des Netzes; ist dagegen der Zielzustand bereits erreicht, ermangele es an einem rechtlichen Bedürfnis für einen rechtsbewahrenden „*Interimsschutz*“ (Rn. 53 f.).

Da Art. 4 FFH-RL keinen förmlichen Abschluss des Auswahlverfahrens vorsieht, hebt *Berkemann* auf eine tatsächliche Beendigung des dort umschriebenen Verfahrens ab, von der auszugehen sei, wenn der Mitgliedstaat und die Kommission ihre Arbeit als „*erledigt*“ betrachten (Rn. 48). Die darin zum Ausdruck kommende Annahme der Erreichung des in Art. 3 Abs. 1 UA 1 FFH-RL beschriebenen Ziels könne in tatsächlicher Hinsicht bezweifelt werden, indessen sei solchen Zweifeln mit dem vom Bundesverwaltungsgericht entwickelten „*Institut der tatsächlichen Vermutung*“ zu begegnen (Rn. 54), deren dogmatischer Hintergrund neben der „*normativen Kraft des Faktischen*“ eine unionale Vermutungsregel des Inhalts sei, dass die Kommission und die Mitgliedstaaten die Absicht hätten, den sich aus der betreffenden Richtlinie ergebenden Pflichten nachzukommen, wenn sie von dem ihnen zustehenden Gestaltungsspielraum Gebrauch machen (Rn. 60). Habe die Kommission durch das von ihr gezeigte Verhalten zum Ausdruck gebracht, das Netz Natura 2000 abschließend errichtet zu haben, „*impliziere dies die Annahme, dass das Netz vollständig und rechtmäßig errichtet worden ist*“ (Rn. 77). Widerlegt bzw. erschüttert werden könne dies nur, indem plausibel gemacht würde, dass der erreichte Zustand keine Zielerreichung im Sinne des Art. 3 Abs. 1 UA 1 FFH-RL darstelle und daher rechtswidrig sei (Rn. 79).

Vor diesem Hintergrund spricht *Berkemann* dem Vorbringen der klagenden Umweltvereinigung, die maßgeblich auf eine rechtswidrige Nichtmeldung des Hambacher Forstes hinweist, die Eignung zur Widerlegung der sich aus dem Verhalten der Kommission im Zusammenhang mit dem Vertragsverletzungsverfahren 2005/2006 (Rn. 70 ff.) ergebenden Vermutung des Abschlusses des Auswahlverfahrens ab (Rn. 85). Bestimmend ist dafür

die Erwägung, es wäre vom Kläger nicht nachvollziehbar aufgewiesen worden, „*dass die 2006 vorgenommene Schutzgebietsausweisung den zielsetzenden Anforderungen des Art. 3 Abs. 1 UA 1 Satz 2 FFH-RL durch die Aufnahme des ‚Nörvenicher Waldes‘ nicht genügte und die Ausweisung daher nach ihrem Inhalt, weil lückenhaft, materiell, also objektiv, rechtswidrig*“ sei (Rn. 85).

### III. Rechtliche Würdigung

Auch wenn hier nicht der Ort ist, die Überlegungen *Berkemanns* in all ihren Einzelheiten zu beleuchten, sollen doch zumindest seine vorstehend skizzierten Kernthesen einer näheren Betrachtung zugeführt werden.

#### 1. Das potenzielle FFH-Gebiet – „*Totgesagte leben länger*“

1.1 Den Ausgangspunkt bildet dabei das potenzielle FFH-Gebiet, das nach seiner „*Entdeckung*“ durch das Bundesverwaltungsgericht<sup>1</sup> den Gegenstand eines intensiven rechtswissenschaftlichen Diskurses bildete.<sup>2</sup> Das diesbezügliche Interesse erlahmte erst, nachdem in der Rechtsprechung vor dem Hintergrund des fortschreitenden Standes der Bemühungen um den Aufbau des kohärenten europäischen ökologischen Netzes Natura 2000 Tendenzen sichtbar wurden, die auf eine Verabschiedung dieser Rechtsfigur hindeuteten.<sup>3</sup> Trotz erkennbarer Zurückhaltung wurde dieser Schritt in der verwaltungsgerichtlichen Judikatur bis heute nicht vollzogen.<sup>4</sup> Dies aus gutem Grunde, zumal die Rechtsfigur des potenziellen FFH-Gebietes ihr Einsatzfeld weder gänzlich eingebüßt hat noch auf absehbare Zeit zu verlieren droht.

1.2 Das potenzielle FFH-Gebiet findet seine Rechtsgrundlage nicht in den Vorschriften der Habitat-Richtlinie, sondern in der mitgliedstaatlichen Loyalitäts- und Treupflicht,<sup>5</sup> die primärrechtlich in Art. 4 Abs. 3 EUV (Art. 10 EGV a.F.) verankert ist. Die Funktion der auf dieser Basis ruhenden Rechtsfigur besteht darin, Verfälschungen des Entscheidungsprozesses zur Auswahl der Gebiete des Netzes Natura 2000 auf der europäischen Ebene zu verhindern.<sup>6</sup> Sie kommt daher stets zum Tragen, wenn die Kommission in Anwendung des Art. 4 Abs. 2 FFH-RL über die Aufnahme eines Gebietes in den europäischen Gebietsverbund entscheidet.

Dieser Funktion entsprechend lässt sich das Einsatzfeld der Rechtsfigur nicht auf das Entscheidungsverfahren zum „*erstmaligen Aufbau*“ des Netzes Natura 2000 beschränken. Art. 4 Abs. 1 UA 1 S. 4 FFH-RL lässt erkennen, dass die Mitgliedstaaten Anpassungen der von ihnen erstellten Meldeliste vorschlagen, wenn die Ergebnisse

<sup>1</sup> BVerwG, Beschl. v. 21.01.1998, 4 VR 3.97 –, juris Rn. 94 ff.

<sup>2</sup> Nachweise bei *Heugel*, in: Lütkes/Ewer, BNatSchG, 2. Auf. 2018, § 33 Rn. 13; *Gellermann*, Natura 2000. Europäisches Habitatschutzrecht und seine Durchführung in der Bundesrepublik Deutschland, 2. Auf. 2001, S. 122 ff.

<sup>3</sup> Vgl. BVerwG, Beschl. v. 13.03.2008, 9 VR 10.07, NuR 2008, 495 Rn. 18; OVG *Koblenz*, Urt. v. 08.11.2007, 8 C 11523/06.OVG, NuR 2008, 181 (190); VGH *Kassel*, Urt. v. 17.06.2008, 11 C 1975/07.T, NuR 2008, 785 (788).

<sup>4</sup> Siehe nur BVerwG, Urt. v. 28.04.2016, 9 A 9.15, juris Rn. 101; OVG *Koblenz*, Urt. v. 26.07.2011, 1 A 10473/07, juris Rn. 116; OVG *Lüneburg*, Urt. v. 14.08.2015, 7 KS 121/12, juris Rn. 70; weitere Nachweise bei *Heugel*, in: Lütkes/Ewer (Fn. 2), § 33 Rn. 15.

<sup>5</sup> *Gellermann*, in Landmann/Rohmer, Umweltrecht II, Stand: 86. Lfg. 2018, Vor § 31 BNatSchG Rn. 21; *Rödiger-Vorwerk*, Die Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie der Europäischen Union und ihre Umsetzung in nationales Recht, 1998, S.53; allgemein zur Vorwirkung europäischer Richtlinien *Streinz*, in: ders., EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 4 EUV Rn. 43, 69.

<sup>6</sup> *EuGH*, Urt. v. 13.01.2005, C-117/03, *Dragaggi*, ECLI:EU:C:2005:16 Rn. 26-29; Urt. v. 14.09.2006, C-244/05, *Bund Naturschutz in Bayern*, ECLI:EU:C:2006:579 Rn. 38; Urt. v. 15.03.2012, C-340/10, *Kommission / Zypem*, ECLI:EU:C:2012:143 Rn. 44-46.

der Überwachung (Art. 11 FFH-RL) dies erfordern.<sup>7</sup> Da sich einem entsprechenden Vorschlag das Verfahren nach Art. 4 Abs. 2 FFH-RL anschließt, besteht auch in solchen Fällen ein Bedürfnis zur Absicherung des Entscheidungsprozesses auf europäischer Ebene, dem durch einen „*interimistischen Schutz*“ der gemeldeten Gebiete Rechnung getragen wird. Ein Mitgliedstaat, der mit Rücksicht auf die Ergebnisse der ihm obliegenden Überwachung ein Gebiet nachmeldet, verstieße gegen die ihn treffenden Loyalitätspflichten, wenn er ernsthafte Beeinträchtigungen dieses Gebietes zuließe, noch bevor die Kommission über dessen Einbindung in das Netz Natura 2000 befunden hat.

- 1.3 Selbst *Berkemann* bekennt sich zu der Auffassung, dass es nach einem – von der Kommission ausdrücklich erklärten oder in ihren Verhaltensweisen zum Ausdruck kommenden – Abschluss des Auswahlverfahrens dazu kommen kann, dass das Netz Natura 2000 – gemessen am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 UA 1 FFH-RL – lückenhaft ist. Wenn es solche Unvollständigkeiten nach seiner Auffassung aus unionsrechtlichen Gründen zu beheben gilt (Rn. 53), kann sich die gebotene „*Ausfüllung der Lücken*“ naturgemäß nur in den Bahnen des Art. 4 Abs. 1 FFH-RL vollziehen. Die Kommission kann eine derartige Vervollständigung nicht von sich aus vornehmen, sondern ist darauf angewiesen, von den Mitgliedstaaten über „*geeignete Kandidaten*“ (Rn. 17) informiert zu werden. Die erforderliche Nachmeldung setzt den Entscheidungsprozess erneut und nicht anders in Gang als in jenen Fällen, in denen sich ein Mitgliedstaat auf der Grundlage der Ergebnisse der Überwachung dazu entschließt, seine Meldeliste anzupassen. Ist die Nachmeldung erfolgt, müssen die hiervon umfassten Gebiete im Interesse des Schutzes des Entscheidungsprozesses auf europäischer Ebene vor erheblichen Beeinträchtigungen bewahrt werden. Es ist daher keineswegs sinnwidrig, sondern eine zwangsläufige Folge der primärrechtlichen Loyalitätspflicht (Art. 4 Abs. 3 EGV), die Nachmeldegebiete zu schützen und sie als potenzielle FFH-Gebiete zu behandeln.

Anders gewendet: Wer einer unionsrechtlichen Pflicht zur Ausfüllung etwaiger Unvollständigkeiten das Wort redet, muss anerkennen, dass in Erfüllung dieser Pflicht gemeldete Areale über den Status des potenziellen FFH-Gebietes verfügen. *Berkemann* ist daher uneingeschränkt beizupflichten, wenn er formuliert: „*Ein potenzielles FFH-Gebiet betrifft eine Situation, wenn ein rechtmäßiger Abschluss des Entscheidungsverfahrens noch nicht gegeben ist*“. Da aber genau dies der Fall ist, wenn eine verbliebene „*Lücke im Netz*“ feststellbar ist, kann nicht nachvollzogen werden, wieso die Annahme eines potenziellen FFH-Gebietes in der Phase der Bewältigung einer dem Recht zuwiderlaufenden Unvollständigkeit des Netzes sinnwidrig und widersprüchlich sein könnte.

## 2. Irrelevanz mitgliedstaatlichen Fehlverhaltens in der Meldephase – Die unvollständige Gebietsmeldung

- 2.1 Auf der Grundlage seiner Analyse geht *Berkemann* davon aus, dass zwischen den Phasen des erstmaligen Aufbaus des Netzes Natura 2000 und einer Fortschreibung des Gebietsverbundes zu unterscheiden sei. Hat die Durchführung des Auswahlverfahrens ihren Abschluss gefunden und ist der in Art. 3 Abs. 1 UA 1 FFH-RL umschrie-

<sup>7</sup> Hierzu *Möckel*, in: Schlacke, GK-BNatSchG, 2. Aufl. 2017, § 32 Rn. 52 f.; *Schumacher/Krüsemann/Rebsch/Becker/Niederstadt/Konold/Wattendorf*, Naturschutzrecht im Klimawandel, 2014, S. 97 f.

bene Zielzustand erreicht, soll mitgliedstaatliches Fehlverhalten in Gestalt einer unvollständigen Gebietsmeldung nach seiner Auffassung keine Rolle mehr spielen können (z.B. Rn. 23, 36, 45)

- 2.2 Schon die Unterscheidung zwischen einer Aufbau- und einer Fortschreibungsphase sieht sich erheblichen Bedenken ausgesetzt. Auch wenn nicht zu übersehen ist, dass die FFH-Richtlinie einen Zeitplan für die Aufstellung einer ersten Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung vorgibt, die binnen sechs Jahren nach Bekanntgabe der Richtlinie hätte erstellt werden müssen (Art. 4 Abs. 3 FFH-RL), berechtigt dies noch nicht zu dem Schluss, dass mit deren Erstellung der in Art. 3 Abs. 1 UA 1 FFH-RL beschriebene Zielzustand erreicht und das Netz Natura 2000 abschließend aufgebaut wäre, welches hernach nur noch fortgeschrieben werden müsste.

So optimistisch war der Richtliniengeber offensichtlich nicht, hat er den Mitgliedstaaten doch in Art. 4 Abs. 1 UA 1 S. 4 FFH-RL eine Anpassung ihrer Meldelisten im Lichte der Überwachung (Art. 11 FFH-RL) aufgegeben. Das trägt dem Umstand Rechnung, dass die Mitgliedstaaten nicht von vornherein über jene Kenntnisse über das Vorkommen und die Verteilung von natürlichen Lebensraumtypen und Arten verfügten, derer es zur ordnungsgemäßen Meldung von Gebieten bedarf, die für den Aufbau eines den Zielvorgaben des Art. 3 Abs. 1 UA 1 FFH-RL entsprechenden Gebietsverbundes in Betracht kommen. Dies nötigt zu einem sukzessiven Aufbau des Netzes Natura 2000, der dem sich fortschreitend im Rahmen der Überwachung verbessernden Erkenntnisstand Rechnung trägt. *Berkemann* macht in diesem Zusammenhang zu Recht auf Art. 4 Abs. 5 FFH-RL aufmerksam, dem gleichfalls die Aussage zu entnehmen ist, dass sich die Aufbauphase sukzessive vollziehen kann (Rn. 47).

Ein Endpunkt, ab dessen Erreichung sich die Phase der Fortschreibung des Netzes Natura 2000 anschließt, lässt sich dann allerdings schwerlich ausmachen. Während der eine Mitgliedstaat den ihm abverlangten Beitrag zum Aufbau des Netzes schon erbracht haben mag, hat ein anderer Mitgliedstaat noch nicht einmal die Meldeliste erstellt. Innerhalb eines Mitgliedstaates können sich nach erstmaliger Vorlage der Gebietsvorschläge und deren Übernahme in die Gemeinschaftsliste im Rahmen der Überwachung (Art. 11 FFH-RL) neue Erkenntnisse über das Vorkommen und die Erhaltungssituation maßgeblicher Schutzgüter ergeben, die zu der in Art. 4 Abs. 1 UA 1 S. 4 FFH-RL ausdrücklich erwähnten Anpassung der ursprünglichen Vorschlagsliste führen. Die Richtlinie hat diese Dynamik mitbedacht und kann daher nicht zum Zeugen für ein Modell berufen werden, das laut *Berkemann* strikt zwischen einer Aufbau- und Fortschreibungsphase unterscheidet.<sup>8</sup> Beide Phasen können einander überlagern, ohne dass die Richtlinie dem entgegenstehe.

Die Praxis bestätigt diesen Befund. Seit ihrer Entscheidung vom 7. Dezember 2004 zur Verabschiedung der anfänglichen Liste von Gebieten von gemeinschaftlicher Bedeutung hat die Kommission nicht weniger als elf Aktualisierungen vorgelegt,<sup>9</sup> dabei aber stets darauf aufmerksam gemacht, dass wegen bestehender Meldedefizite einiger Mitgliedstaaten sowie verbliebener Kenntnislücken hinsichtlich des Vorkommens und der Verteilung einiger Lebensraumtypen und Arten nicht davon ausgegangen

<sup>8</sup> In dieser Hinsicht auch *Möckel*, in: *Schlacke* (Fn. 7), § 32 Rn. 52.

<sup>9</sup> Eine Auflistung der bislang erfolgten Entscheidungen und Durchführungsbeschlüsse der Europäischen Kommission nach biogeografischen Regionen ist auf der Website des *Bundesamtes für Naturschutz* (BfN) unter der Adresse <https://www.bfn.de/themen/natura-2000/natura-2000-gebiete.html> abrufbar.

werden kann, dass das Natura 2000-Netz vollständig ist.<sup>10</sup> Aufbau, Anpassung und Fortschreibung des Netzes gehen erkennbar ineinander über, ohne dass ein Schlusspunkt bereits erreicht wäre.

2.3 Selbst wenn man annehmen wollte, dass sich zwischen einer das Netz Natura 2000 betreffenden Aufbau- und Fortschreibungsphase differenzieren ließe, kann dies nicht zur Folge haben, dass mitgliedstaatliches Fehlverhalten bei der Festlegung der Gebietsmeldungen folgenlos bleibt.

a. Der Hinweis auf den in Art. 3 Abs. 1 UA 1 FFH-RL umrissenen Zielzustand, der nach Abschluss des Auswahlverfahrens aus Sicht *Berkemanns* den allein entscheidenden Beurteilungsmaßstab bilden soll (Rn. 45), stellt dies nicht in Frage.

aa. Art. 3 Abs. 1 UA 1 FFH-RL umschreibt das kohärente europäische ökologische Netz Natura 2000 einschließlich der diesem Verbundsystem zugewiesenen Funktion. Die Vorschrift besagt aus sich heraus nicht, welche konkreten Gebiete in welcher räumlichen Verteilung und Zusammenstellung in das Netz Natura 2000 zu integrieren sind. Anders als Art. 4 Abs. 1 UA 4, Abs. 2 der Vogelschutz-Richtlinie trifft die Habitat-Richtlinie die diesbezügliche Entscheidung nicht aus sich heraus, sondern verweist sie in das mehrfach gestufte Verfahren des Art. 4 FFH-RL, an dem die Mitgliedstaaten, die Kommission und der Habitat-Ausschuss mit jeweils unterschiedlichen Aufgaben beteiligt sind. Art. 3 Abs. 1 UA 1 S. 2 FFH-RL gibt diesem Entscheidungsprozess lediglich die Richtung vor, indem die Vorschrift das Leitbild eines Verbundsystems aus einer nicht näher festgelegten Anzahl von Gebieten skizziert, die nach ihrer räumlichen Verteilung die Struktur eines Netzes ausbilden und in ihrer Gesamtheit und in ihrem Zusammenwirken Gewähr dafür bieten, dass ein günstiger Erhaltungszustand der natürlichen Lebensraumtypen des Anhangs I FFH-RL sowie der Habitate der Arten des Anhangs II FFH-RL gewahrt bleibt bzw. wiederhergestellt wird. Damit werden Eckpunkte eines anzustrebenden Zustandes genannt, deren Erreichung – wie sich nicht zuletzt aus den Definitionen des Art. 1 Buchst. e und i FFH-RL ergibt – in erheblichem Umfang von prognostischen Beurteilungen und Wertungen abhängt, die komplex und schwierig sind und daher den zum Aufbau des Netzes Natura 2000 berufenen Akteuren überantwortet wurden.

Allerdings hat es der Richtliniengeber mit der leitbildhaften Zielvorgabe sein Bewenden nicht haben lassen. Namentlich hat er die auf der mitgliedstaatlichen und europäischen Ebene zu treffenden Auswahlentscheidungen nicht dem Belieben der maßgeblichen Akteure überantwortet. In erster Linie ist von Belang, dass wirtschaftliche und soziale Belange grundsätzlich weder auf nationaler noch europäischer Ebene eine Rolle spielen dürfen;<sup>11</sup> bestimmend dürfen allein naturschutzfachliche Kriterien sein. Allerdings gibt der Richtliniengeber den Mitgliedstaaten und der Kommission auch insoweit keine freie Hand, sondern legt die maßgeblichen Kriterien phasenspezifisch in Anhang III FFH-RL fest. Bei deren Anwendung verfügen beide Akteure über einen „gewissen Spielraum“, den man als naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative bezeichnen mag. Das ändert aber nichts daran, dass die in der Richtlinie genannten

<sup>10</sup> Vgl. nur *Europäische Kommission*, Durchführungsbeschluss (EU) 2018/40 vom 12.12.2017 zur Annahme der elften aktualisierten Liste von Gebieten von gemeinschaftlicher Bedeutung in der atlantischen biogeografischen Region, ABl. EU Nr. L 15/125.

<sup>11</sup> *EuGH*, Urt. v. 07.11.2000, C-371/98, *First Corporate Shipping*, ECLI:EU:C:2000:600 Rn. 24; Urt. v. 14.01.2010, C-226/08, *Papenburg*, ECLI:EU:C:2010:10 Rn. 31 f.

Kriterien auf den getrennten Entscheidungsebenen nicht bloß zu berücksichtigen, sondern zu beachten sind.<sup>12</sup>

Die Gesamtkonzeption der Richtlinie folgt daher dem im Unionsrecht auch ansonsten geläufigen Muster einer Festlegung der Modalitäten des Entscheidungsverfahrens, die in der Erwartung erfolgt, dass die ordnungsgemäße und den Vorgaben entsprechende Durchführung des Entscheidungsverfahrens zu einem „richtigen“ und der leitbildartigen Vorgabe des Art. 3 Abs. 1 UA 1 FFH-RL gerecht werdenden Ergebnis führt. Vereinfachend lässt sich die Konzeption der Habitat-Richtlinie mit dem Stichwort „*Ergebnisrichtigkeit durch Verfahrensrichtigkeit*“ umschreiben. Die maßgeblichen Entscheidungen über die konkrete Gestaltung des Netzes Natura 2000 hat der Richtliniengeber nicht selbst getroffen, sondern den in Art. 4 FFH-RL genannten Akteuren überantwortet, den Weg der ihnen überlassenen Entscheidungsfindung aber vorstrukturiert und die dabei zu vollziehenden Schritte vorgezeichnet.

bb. Diesem Regelungsmuster will sich eine Vorstellung von der Irrelevanz mitgliedstaatlichen Fehlverhaltens während der Meldephase nicht fügen. Wenn ein Mitgliedstaat schon in der ersten Phase Gebiete nicht meldet, die unter Beachtung der Kriterien des Anhangs III (Phase 1) FFH-RL in die von ihm nach Art. 4 Abs. 1 S. 1 FFH-RL festzulegende und der Kommission mit gebietsbezogenen Informationen zuzuleitende Meldeliste aufzunehmen sind, reduziert er den „*Fundus*“, aus dem die Kommission mit dem Ziel der Entwicklung eines den Vorgaben des Art. 3 Abs. 1 FFH-RL entsprechenden Gebietsverbundes schöpfen kann. Die Gefahr einer Verfälschung des Entscheidungsprozesses auf europäischer Ebene besteht nicht bloß, wenn die ökologischen Merkmale gemeldeter Gebiete vor einer Entscheidung der Kommission ernsthaft beeinträchtigt werden,<sup>13</sup> sondern auch dann, wenn ein Gebiet, das die Kriterien des Anhangs III (Phase 1) FFH-RL erfüllt, über eine erhebliche ökologische Bedeutung für die Erhaltung natürlicher Lebensraumtypen oder Arten verfügt und daher zum Aufbau des Netzes Natura 2000 beitragen kann, gar nicht erst gemeldet und in den Entscheidungsprozess auf europäischer Ebene einbezogen wird. Auf diesem Wege verengt sich die Entscheidungsbasis der Kommission, die dann womöglich alle gemeldeten Gebiete in der fehlerhaften Annahme in das Netz Natura 2000 einbezieht, dass ihr keine Auswahlmöglichkeit verbleiben, wenn das Ziel des Art. 3 Abs. 1 FFH-RL erreicht werden soll.

Das Unterlassen der Meldung an sich zum Aufbau geeigneter Gebiete verringert die von der Richtlinie vorausgesetzte Möglichkeit des ökologischen Vergleichs zwischen verschiedenen von den Mitgliedstaaten vorgeschlagenen Gebieten,<sup>14</sup> reduziert damit das Spektrum denkbarer Entscheidungsoptionen und kann auf diesem Wege das Produkt der auf europäischer Ebene zu treffenden Entscheidung verfälschen. Das liegt schon auf der Hand, wenn Gebiete nicht gemeldet werden, die über die gleiche ökologische Qualität wie die der Kommission gemeldeten Gebiete verfügen, aber in anderen Teilen der biogeografischen Region liegen; wären sie gemeldet worden, hätte sich der Kommission die Möglichkeit geboten, ihre Auswahl auf jene Gebiete zu konzentrieren, die nach ihrer räumlichen Lage am ehesten zur Netzbildung geeignet sind (vgl. Anhang III (Phase 2) Buchst. b FFH-RL). Noch deutlicher wird es, wenn die ökologi-

<sup>12</sup> *EuGH*, Ur. v. 11.09.2001, C-67/99, *Kommission/Irland*, ECLI:EU:C:2001:432 Rn. 33.

<sup>13</sup> Vgl. nur *EuGH*, Ur. v. 13.01.2005, C-117/03, *Dragaggi*, ECLI:EU:C:2005:16 Rn. 26-29.

<sup>14</sup> Darauf abhebend *EuGH*, Ur. v. 15.03.2012, C-340/10, *Kommission / Zypern*, ECLI:EU:C:2012:143 Rn. 45.



sche Qualität der nicht gemeldeten Gebiete besser ist als jene der Meldegebiete, zumal der relative Wert eines Gebietes auf mitgliedstaatlicher Ebene und der ökologische Gesamtwert in der biogeografischen Region zu den Kriterien gehören, die die Kommission bei der Auswahl der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung zu beachten hat (vgl. Anhang III (Phase 2), Buchst. a und e FFH-RL). Die Unvollständigkeit der mitgliedstaatlichen Gebietsmeldung beeinflusst daher das Ergebnis der auf europäischer Ebene getroffenen Entscheidung, birgt die Gefahr einer Verfehlung der Zielvorgaben des Art. 3 Abs. 1 UA 1 FFH-RL in sich und stellt zu allem Überfluss auch noch die nützliche Wirkung der vom Richtliniengeber gewollten Mitwirkung der Kommission in Frage.

Wer – wie *Berkemann* (Rn. 28 f.) – die Eigenständigkeit und konstitutive Bedeutung der Auswahlentscheidung der Kommission betont, sollte sich des Umstandes bewusst sein, dass davon nur gesprochen werden kann, wenn die Kommission durch die mitgliedstaatliche Meldung auch tatsächlich in den Stand versetzt wird, eine substantielle Gebietsauswahl zu treffen. Ist sie dagegen wegen defizitärer Meldungen gezwungen, alles zu übernehmen, was von den Mitgliedstaaten zum Aufbau des Netzes Natura 2000 vorgeschlagen wird, kann sie von dem ihr normativ eröffneten „*Entscheidungs- bzw. „Ermessensspielraum“* nicht den richtliniengewollten Gebrauch machen. Da eine unvollständige Gebietsmeldung daher zur Folge haben kann, dass die darauf aufbauende Kommissionsentscheidung zu rechtlicher Beanstandung Anlass bietet, wird die Verletzung der durch Art. 4 Abs. 1 UA 1 FFH-RL begründeten mitgliedstaatlichen Pflicht keineswegs irrelevant, sondern „*infiziert*“ die auf Ebene der Union getroffenen Folgeentscheidungen. Anders formuliert: Fehler des Entscheidungsverfahrens in Gestalt eines Defizits der Meldegebiete können auf das Ergebnis der auf europäischer Ebene zu treffenden Entscheidung „*durchschlagen*“ und müssen daher im Interesse einer den Anforderungen des Art. 3 Abs. 1 UA 1 FFH-RL entsprechenden leitbildgerechten Gestaltung des Netzes Natura 2000 durch Nachmeldung behoben werden.

b. Unabhängig von den vorstehenden Erwägungen ist daran zu erinnern, dass die Mitgliedstaaten aus Gründen der unionsrechtlichen Loyalitäts- und Treuepflicht (Art. 4 Abs. 3 EUV) nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union gehalten sind, die rechtswidrigen Folgen einer Verletzung unionsrechtlicher Pflichten zu beheben.<sup>15</sup> Die zuständigen nationalen Behörden müssen daher sämtliche erforderlichen Maßnahmen treffen, um dem Verstoß gegen das Unionsrecht abzuwehren; zugleich hat der Mitgliedstaat etwaige Schäden zu beheben, die durch sein Fehlverhalten verursacht wurden. Die Loyalitäts- und Treuepflicht gebietet es daher, all jene Aktivitäten zu entfalten, derer es bedarf, um einen mit dem Unionsrecht übereinstimmenden Zustand herzustellen. Hat ein Mitgliedstaat bei der Festlegung der Meldeliste von der Aufnahme von Gebieten abgesehen, die – gemessen am Maßstab des Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Anhang III (Phase 1) – zum Aufbau des Netzes Natura 2000 hätten beitragen können und die der Kommission daher hätten gemeldet werden müssen, besteht die primärrechtlich begründete Pflicht, die zur Bewältigung des Verstoßes erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen. Die einzige Möglichkeit hierzu besteht in der Nachmeldung der Gebiete, die zu Unrecht nicht in die Meldeliste aufgenommen wur-

<sup>15</sup> vgl. nur *EuGH*, Urt. v. 07.01.2004, Rs. C-201/02, *Wells*, Slg. 2004, I-723 Rn. 64; Urt. v. 03.07.2008, C-215/06, *Kommission / Irland*, ECLI:EU:C:2008:380 Rn. 59; Urt. v. 28.02.2012, Rs. C-41/11, *Inter-Environnement Wallonie*, ECLI:EU:C:2012:103 Rn. 45-47; Urt. v. 26.07.2017, C-196/16, *Comune die Corridonia*, ECLI:EU:C:2017:589 Rn. 35 f.; Urt. v. 28.02.2018, C-117/17, *Comune die Castelbellino*, ECLI:EU:C:2018:129 Rn. 30.

den, zumal der Kommission einzig auf diesem Wege die Gelegenheit geboten wird, eine auf europäischer Ebene zuvor getroffene Auswahlentscheidung zu korrigieren.

Diesem Aspekt widmet *Berkemann* keinerlei Aufmerksamkeit, obwohl ihm für die Beantwortung der Frage nach dem rechtlichen Status der zu Unrecht gemeldeten Gebiete ersichtlich entscheidungserhebliche Bedeutung zukommt. Erfolgt der unionsrechtlich zur Fehlerbehebung gebotene Schritt der Nachmeldung, wird hierdurch das in Art. 4 FFH-RL geregelte Entscheidungsverfahren erneut in Gang gesetzt. Auf Grundlage der Nachmeldung hat die Kommission über die Aufnahme des nachgemeldeten Gebietes in den Bahnen des Art. 4 Abs. 2 FFH-RL unter Beachtung der Kriterien des Anhangs III (Phase 2) zu befinden. Selbst wenn das nachgemeldete Gebiet im Ergebnis nicht in die Gemeinschaftsliste aufgenommen werden sollte, ändert dies nichts daran, dass es jedenfalls bis zu einer Entscheidung der Kommission über die rechtliche Qualität eines potenziellen FFH-Gebietes verfügt. Das folgt schlicht aus der Funktion dieser Rechtsfigur, die darauf gerichtet ist, Verfälschungen des Entscheidungsprozesses auf europäischer Ebene zu verhindern. Das diesbezügliche Bedürfnis besteht bei jeder Meldung eines Mitgliedstaates, und zwar unabhängig davon, ob es sich um die erstmalige Übermittlung der Meldeliste oder um eine Nachmeldung handelt, die ein Mitgliedstaat vor dem Hintergrund der Ergebnisse seiner Überwachung (Art. 11 FFH-RL) oder eben aus Anlass der Bewältigung der Folgen einer ihm zuvor unterlaufenen Verletzung der Pflicht aus Art. 4 Abs. 1 FFH-RL vornimmt. Selbst wenn ein Mitgliedstaat der ihn treffenden Pflicht zur Nachmeldung noch nicht entsprochen hat, verfügen die Gebiete, zu deren Nachmeldung er – gemessen am Maßstab des Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Anhang III (Phase 1) FFH-RL – verpflichtet ist, über den Status eines potenziellen Gebietes, weil auch bei ihnen aufgrund der Habitat-Richtlinie und der mit ihr verfolgten Ziele nicht zugelassen werden darf, dass sie bis zu einer Entscheidung der Kommission über ihre Integration in das Netz Natura 2000 keinerlei Schutz genießen.<sup>16</sup>

c. Das fügt sich der Judikatur des Bundesverwaltungsgerichts im Übrigen zwanglos ein, wird doch in ständiger Rechtsprechung betont, dass sich die Maßstäbe für die Gebietsausweisung und -abgrenzung aus Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Anhang III (Phase 1) ergeben.<sup>17</sup> Wenn im unmittelbaren Anschluss daran von einem „*sich aufdrängenden Korrekturbedarf*“ gesprochen wird, der u.a. in Planfeststellungsverfahren berücksichtigt werden muss,<sup>18</sup> bezieht sich dies erkennbar auf Fehler bei der mitgliedstaatlichen Auswahl der Gebiete, mithin auf eine Verletzung der sich aus Art. 4 Abs. 1 FFH-RL ergebenden Pflichten. Da die Folgen dieser Pflichtverletzung aus Gründen des Art. 4 Abs. 3 EUV zu beheben und sämtliche mitgliedstaatlichen Stellen im Rahmen ihrer Möglichkeiten gefordert sind, Beiträge zur Bewältigung des Vertragsverstoßes zu erbringen, dürfen Planfeststellungsbehörden den „*Korrekturbedarf*“ naturgemäß nicht außer Acht lassen. Auch wenn ihnen nicht die Aufgabe der Gebietsmeldung zugewiesen ist, haben sie den primärrechtlich begründeten Nachmeldebedarf doch in Rechnung zu stellen und Sorge dafür zu tragen, dass der sich der unionsrechtlich gebotenen Nachmeldung anschließende Entscheidungsprozess auf europäischer Ebene nicht durch die Zulassung eines Eingriffsvorhabens verfälscht wird. Hier kommt die „*Vorwirkung*“ der Richtlinie zum Tragen, die es mit sich bringt, dass das nachzumel-

<sup>16</sup> In diesem Sinne *EuGH*, Urt. v. 15.03.2012, C-340/10, *Kommission / Zypern*, ECLI:EU:C:2012:143 Rn. 46.

<sup>17</sup> Vgl. nur *BVerwG*, Urt. v. 14.10.2010, 9 A 5.08, juris Rn. 38; Urt. v. 28.04.2016, 9 A 9.15, juris Rn. 99; Urt. v. 10.11.2016, 9 A 18.15, juris Rn. 67.

<sup>18</sup> *BVerwG*, Urt. v. 28.03.2013, 9 A 22.11, juris Rn. 36; Urt. v. 10.11.2016, 9 A 18.15, juris Rn. 67.

dende Gebiet als potenzielles FFH-Gebiet zu betrachten und in der Planfeststellung sowie bei sonstigen Eingriffsplanungen entsprechend zu behandeln ist.

d. Der gutachterlichen Aussage, nach der es in die Irre führt, die rechtliche Analyse allein an den fachlichen Kriterien des Art. 4 Abs. 1 S. 1 FFH-RL auszurichten (Rn. 51), ist vor diesem Hintergrund nachdrücklich zu widersprechen. Gerade weil unvollständige und rechtswidrige mitgliedstaatliche Gebietsmeldungen den Entscheidungsprozess auf europäischer Ebene verfälschen und sich auf das Ergebnis des Auswahlprozesses auszuwirken vermögen, ist stets der Frage nachzugehen, ob die durch Art. 4 Abs. 1 S. 1 FFH-RL begründete Pflicht in der Meldephase verletzt wurde. Führt diese Prüfung zu der Erkenntnis, dass die Meldeliste unvollständig war und „*potenzielle Kandidaten*“ für den Aufbau des Netzes der Kommission nicht gemeldet wurden, indiziert dies die Fehlerhaftigkeit der Gemeinschaftsliste und lässt den Schluss zu, dass der in Art. 3 Abs. 1 FFH-RL beschriebene Zielzustand nicht erreicht ist. Wird im Kontext der FFH-Richtlinie „*Ergebnisrichtigkeit durch Verfahrensrichtigkeit*“ hergestellt, können Mängel des Verfahrens nicht kurzerhand für rechtlich irrelevant erklärt werden.

### **3. Zur „*tatsächlichen Vermutung*“ der Vollständigkeit und Rechtmäßigkeit des Netzes Natura 2000**

3.1 Ausgehend von seinem Ansatz, vermöge dessen der in Erklärungen oder einem tatsächlichen Verhalten der Kommission zum Ausdruck kommende Abschluss des in Art. 4 FFH-RL normierten Auswahlverfahrens eine Zäsur bedeutet, versteht sich *Berkemann* zu der Auffassung, hernach käme es für die rechtliche Beurteilung allein darauf an, ob der in abschließenden Gemeinschaftslisten dokumentierte Zustand dem in Art. 3 Abs. 1 FFH-RL umschriebenen Zielzustand entspricht. Etwaigen Zweifeln begegnet er mit Bezug auf die in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts entwickelte „*tatsächliche Vermutung*“ hinsichtlich der Vollständigkeit der Gebietsmeldung und -abgrenzung (Rn. 54 ff.). Da die Annahme der Vollständigkeit indiziere, dass „*der in Art. 3 Abs. 1 UA 1 FFH-RL beschriebene Zustand rechtmäßig erreicht sei*“ (Rn. 56), müsse eine Beweisstrategie zur Widerlegung der Vermutung darauf gerichtet sein, plausibel zu machen, „*dass der bestehende Zustand keine Zielerreichung im Sinne des Art. 3 Abs. 1 UA 1 FFH-RL darstellt und daher rechtswidrig ist*“ (Rn. 79).

3.2 Die gutachterlichen Ausführungen geben zunächst Anlass, daran zu erinnern, dass Art. 3 Abs. 1 UA 1 FFH-RL einen gesamthaften Zustand umschreibt, den das Netz Natura 2000 einschließlich aller von ihm umfassten Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung auf europäischer Ebene sicherstellen muss. Von einer „*tatsächlichen Vermutung*“, nach der mit den in der aktuellen Gemeinschaftsliste aufgeführten Gebieten bereits ein Gebietsverbund etabliert wäre, der den Fortbestand oder ggf. die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustandes maßgeblicher Schutzgüter in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet im europäischen Gebiet der Mitgliedstaaten sicherstellt und als solcher den normativen Vorgaben des Art. 3 Abs. 1 UA 1 FFH-RL vollauf genüge, kann nach *Berkemanns* Einschätzung allenfalls ausgegangen werden, wenn die Kommission – durch ausdrückliche Erklärung oder sonstige Verhaltensweisen – zu erkennen gibt, dass der Auswahlprozess seinen Abschluss gefunden hat und das Ziel des Art. 3 Abs. 1 UA 1 FFH-RL erreicht ist.

Derartige Verhaltensweisen sind bis heute nicht nachweisbar. Die Europäische Kommission betont in den Begründungserwägungen ihrer Durchführungsbeschlüsse zur Annahme der aktualisierten Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung bis in

die jüngste Zeit hinein, dass einige Mitgliedstaaten noch immer nicht genug Gebiete vorgeschlagen haben, um die Anforderungen der FFH-Richtlinie zu erfüllen. Zugleich weist die Kommission auf Kenntnislücken im Hinblick auf die Existenz und Verteilung einiger Lebensraumtypen und Arten hin und macht darauf aufmerksam, dass hinsichtlich dieser Schutzgüter „*nicht davon ausgegangen werden (kann), dass das Natura-2000-Netz vollständig ist*“.<sup>19</sup> Wenn die Kommission sogar ausdrücklich erklärt, dass das europäische ökologische Netz Natura 2000 noch immer nicht fertiggestellt ist, fehlt der von *Berkemann* präferierten Vermutung die tatsächliche Basis.

- 3.2 Auf die Judikatur des Bundesverwaltungsgerichts kann sich *Berkemann* nicht berufen, zumal sich die in ständiger Rechtsprechung angenommene „*tatsächliche Vermutung*“ keineswegs auf die Vollständigkeit und Rechtmäßigkeit des auf europäischer Ebene zu etablierenden Gebietsverbundes bezieht. Stattdessen betont das Bundesverwaltungsgericht im Anschluss an seine Ausführungen zur Maßgeblichkeit des Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Anhang III (Phase 1) FFH-RL, nach der Entscheidung der Kommission über die Gebietslistung spräche eine tatsächliche Vermutung für die Richtigkeit der Gebietsausweisung und -abgrenzung, die der Mitgliedstaat in der Meldephase vorgenommen hat. Die Annahme der (naturschutzfachlichen) Richtigkeit indiziert, dass die mitgliedstaatliche Gebietsmeldung den Anforderungen des Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Anhang III (Phase 1) FFH-RL entspricht, so dass ein durch Nachmeldung zu bewältigender Korrekturbedarf nicht besteht. *Berkemanns* These, die Annahme der Vollständigkeit lege die Vereinbarkeit mit den Anforderungen des Art. 3 Abs. 1 UA 1 FFH-RL nahe, findet daher in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts keine Stütze.

#### 4. Zur „Widerlegung“ der tatsächlichen Vermutung

- 4.1 Ob die vom Bundesverwaltungsgericht befürwortete „*tatsächliche Vermutung*“ Beifall verdient oder mit Rücksicht darauf, dass die Kommission tatsächlich keine Überprüfung der Gebietsgrenzen vorgenommen hat und die Vollständigkeit der Gebietsmeldungen mangels einschlägiger Sachinformationen über nicht gemeldete Gebiete zu meist nicht einmal prüfen konnte,<sup>20</sup> mag dahinstehen. Aus Anlass der vorliegenden Überlegungen besteht jedenfalls kein Anlass zu detaillierter Betrachtung, zumal *Berkemann* sicher zu Recht darauf hinweist, dass keine Anzeichen dafür bestehen, dass das Bundesverwaltungsgericht seine diesbezügliche Judikatur verabschieden würde.
- 4.2 Ihrem Inhalt nach ist die „*tatsächliche Vermutung*“ – wie bereits bemerkt – auf die Vollständigkeit und Richtigkeit der mitgliedstaatlichen Gebietsmeldung gerichtet. Wenn der Mitgliedstaat seine Meldepflicht in der von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Anhang III (Phase 1) in richtlinienkonformer Weise erfüllt hat, besteht zu späterem Zeitpunkt – vorbehaltlich der Ergebnissen der Überwachung (Art. 11 FFH-RL) – kein Nachmeldebedarf. Dann hat der Mitgliedstaat im Sinne des Art. 3 Abs. 2 FFH-RL seinen Beitrag zur Errichtung des Netzes Natura 2000 erbracht.

Gebiete, von deren Meldung der Mitgliedstaat ohne Rechtsverstoß abgesehen hat, können daher selbst dann nicht über die Qualität eines potenziellen FFH-Gebietes verfügen, wenn dort Lebensraumtypen des Anhangs I FFH-RL oder Arten des Anhangs

<sup>19</sup> Vgl. nur *Europäische Kommission*, Durchführungsbeschluss (EU) 2018/40 vom 12.12.2017 zur Annahme der elften aktualisierten Liste von Gebieten von gemeinschaftlicher Bedeutung in der atlantischen biogeografischen Region, ABl. EU Nr. L 15/125, Erwägungsgrund (7).

<sup>20</sup> OVG Koblenz, Urt. v. 26.07.2011, 1 A 10473/07, juris Rn. 129; ebenfalls kritisch *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer (Fn. 5), Vor § 31 BNatSchG Rn. 23.

II FFH-RL vorkommen. Da diese Rechtsfigur der rechtlichen Sicherung des Auswahlprozesses auf europäischer Ebene dient, kommt sie auch nur in Ansehung solcher Gebiete zum Tragen, über deren Einbeziehung in das Netz Natura 2000 eine Entscheidung zu treffen ist. Genau dies ist bei Gebieten, die nicht gemeldet werden müssen, nicht der Fall.

4.3 Die „*tatsächliche Vermutung*“ ist mit den Worten des Bundesverwaltungsgerichts der Widerlegung zugänglich. Das erstaunt, zumal § 292 ZPO (i.V.m. § 173 VwGO) auf tatsächliche Vermutungen nicht anwendbar ist, indessen bedient sich das Gericht verschiedentlich auch des Begriffs der „*Erschütterung*“,<sup>21</sup> der im Kontext tatsächlicher Vermutungen der Sache eher gerecht wird. Jenseits der gewählten Terminologie ist entscheidend, dass einen Kläger erhöhte Substantiierungslasten treffen, wenn er Einwände gegen die Richtigkeit der mitgliedstaatlichen Gebietsauswahl oder die Abgrenzung der Gebiete erhebt.

a. Da sich die Vermutung entgegen der Annahme *Berkemanns* nicht auf die Vollständigkeit des Netzes Natura 2000, sondern – deutlich zurückhaltender – auf die Vollständigkeit und Richtigkeit der mitgliedstaatlichen Gebietsmeldung bezieht, erfordert ihre „*Widerlegung*“ bzw. „*Erschütterung*“ nicht, dass auf eine sich mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 UA 1 FFH-RL ergebende Unvollständigkeit („*Lücke*“) im europäischen Gebietsverbund plausibel hingewiesen wird. Erforderlich, aber auch ausreichend ist stattdessen, wenn in nachvollziehbarer Weise dargelegt wird, dass die bisherige mitgliedstaatliche Meldung unvollständig ist und in die der Kommission vorgelegte Meldeliste nicht alle Gebiete aufgenommen wurden, die bei Beachtung der Vorgaben des Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Anhang III (Phase 1) zum Aufbau des Netzes Natura 2000 hätten vorgeschlagen werden müssen.

aa. Bei der Auswahl der Meldegebiete steht den Mitgliedstaaten ein „*gewisses Ermessen*“ zur Verfügung, bei dessen Betätigung sie die Kriterien des Anhangs III (Phase 1) zu beachten haben.<sup>22</sup> Wirtschaftliche und soziale Erwägungen bei der Gebietsauswahl zu berücksichtigen, ist ihnen von Rechts wegen versagt.<sup>23</sup>

Wenn der Kläger Tatsachen behauptet und belegt, die den Schluss zulassen, dass sich der Mitgliedstaat bei seiner Auswahlentscheidung maßgeblich von Interessen gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Art hat leiten lassen, verweist dies auf die Fehlerhaftigkeit der auf nationaler Ebene erfolgten Auswahl der Meldegebiete. Das genügt für sich betrachtet allerdings noch nicht, um die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der mitgliedstaatlichen Gebietsmeldung zu widerlegen bzw. zu erschüttern. Damit ist wohl gesagt, dass von dem Auswahlermessen in rechtswidriger Weise Gebrauch gemacht wurde, nicht aber, dass einzelne oder mehrere Gebiete auch im Ergebnis zu Unrecht von der Meldung ausgenommen wurden, bei Vermeidung des Fehlers zum Aufbau des Netzes aber hätten vorgeschlagen werden müssen. Wird – um es am Beispiel zu verdeutlichen – ein Gebiet mit Restvorkommen eines Lebensraumtyps des Anhangs I FFH-RL vom Mitgliedstaat nachweislich mit Rücksicht auf eine gegenläufige kommunale Bauleitplanung oder das Ziel der Realisierung eines Ein-

<sup>21</sup> BVerwG, Urt. v. 14.10.2010, 9 A 5.08, juris Rn. 45 und Rn. 62; Urt. v. 08.01.2014, 9 A 4.13, juris Rn. 49.

<sup>22</sup> EuGH, Urt. v. 11.09.2001, C-67/99, *Kommission / Irland*, ECLI:EU:C:2001:432 Rn. 33; Urt. v. 03.04.2012, C-301/12, *Cascina Tre Pini*, ECLI:EU:C:2014:214 Rn. 27.

<sup>23</sup> EuGH, Urt. v. 07.11.2000, C-371/98, *First Corporate Shipping*, ECLI:EU:C:2000:600 Rn. 24; BVerwG, Urt. v. 28.04.2016, 9 A 9.15, juris Rn. 99.

griffsvorhabens nicht gemeldet, unterliegt die Entscheidung fraglos rechtlicher Beanstandung, ohne dass damit bereits beschlossen wäre, dass dieses Gebiet bei korrekter Anwendung der Kriterien des Anhangs III (Phase 1) zum Aufbau des Netzes Natura 2000 geeignet ist und als solches hätte gemeldet werden müssen. Da die Rechtswidrigkeit der mitgliedstaatlichen Auswahlentscheidung den Schluss auf eine Unvollständigkeit der tatsächlich erfolgten Gebietsmeldung noch nicht erlaubt, müssen zur Widerlegung der Vermutung weitere Umstände hinzutreten, die eine „Lückenhaftigkeit“ der Meldung plausibel erscheinen lassen.

Dennoch ist – dies sei zur Vermeidung von Missverständnissen ausdrücklich betont – der Umstand eines dem geltenden Recht zuwiderlaufenden Ausschlusses einzelner Gebiete keineswegs irrelevant. Hat sich der Mitgliedstaat bei seiner Auswahlentscheidung von rechtlich unzulässigen Kriterien leiten lassen, ist dies ein gewichtiger Anhaltspunkt dafür, dass Gebiete von der Meldung ausgenommen wurden, die bei einer korrekten Entscheidung womöglich hätten gemeldet werden müssen. Da der Fehler nur eben nicht zwangsläufig und gleichsam automatisch die Unvollständigkeit der Meldeliste nach sich gezogen haben muss, reicht ein entsprechendes Vorbringen für sich betrachtet noch nicht aus, um die Vermutung der Vollständigkeit zu widerlegen.

bb. Insoweit kommt es nach den Erkenntnissen des Bundesverwaltungsgerichts darauf an, „ob die fragliche Fläche die von der Habitatrichtlinie vorausgesetzte ökologische Qualität zweifelsfrei aufweist“ und in Ansehung des Spektrums der Meldegebiete ein sich „aufdrängender Korrekturbedarf“ besteht.<sup>24</sup> Das trägt dem Umstand Rechnung, dass die Mitgliedstaaten bei der Auswahl der Meldegebiete die Kriterien des Anhangs III (Phase 1) anzuwenden haben, hierbei aber über einen „gewissen Spielraum“ verfügen, der es ihnen erlaubt, von der Meldung solcher Gebiete abzusehen, bei denen dies unter Wahrung des maßgeblichen rechtlichen Rahmens aus naturschutzfachlicher Sicht vertretbar ist.

Den rechtlichen Rahmen, innerhalb dessen sich die mitgliedstaatliche Auswahlentscheidung zu bewegen hat, umschreibt der Gerichtshof der Europäischen Union in ständiger Rechtsprechung in der Weise, dass der Kommission im Interesse der Verwirklichung der Zielvorgabe des Art. 3 Abs. 1 UA 1 FFH-RL „ein umfassendes Verzeichnis der Gebiete“ vorgelegt werden muss, „denen auf nationaler Ebene erhebliche ökologische Bedeutung für das Ziel der Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Arten im Sinne der Habitatrichtlinie zukommt“.<sup>25</sup> Verantwortlich zeichnet dafür die Erwägung, dass allein auf diese Weise das in Art. 3 Abs. 1 FFH-RL gesetzte Ziel der Wahrung oder Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustandes zu erreichen ist.<sup>26</sup> Die Mitgliedstaaten haben daher in Anwendung der Kriterien des Anhangs III (Phase 1) eine Art Bestandsverzeichnis zu erstellen, das „möglichst vollständig“ Gebiete aufführt, die wegen des Vorkommens prioritärer oder sonstiger Lebensraumtypen und/oder Arten, des Repräsentativitätsgrades oder Erhaltungszustandes der Lebensraumtypen, der Populationsgröße und -dichte der Arten oder aus Gründen ihrer relativen Wertigkeit auf der mitgliedstaatlichen Ebene für eine Aufnah-

<sup>24</sup> BVerwG, Urt. v. 10.11.2016, 9 A 18.15, juris Rn. 67.

<sup>25</sup> EuGH, Urt. v. 07.11.2000, C-371/98, *First Corporate Shipping*, ECLI:EU:C:2000:600 Rn. 22; Urt. v. 11.09.2001, C-220/99, *Kommission / Frankreich*, ECLI:EU:C:2001:434 Rn. 31; Urt. v. 19.10.2017, C-281/16, *Vereniging Hoekschewaards Landschap*, ECLI:EU:C:2017:16 Rn. 32; Urt. v. 18.10.2018, C-669/16, *Kommission/ Vereinigtes Königreich*, ECLI:EU:C:2018:844 Rn. 62.

<sup>26</sup> EuGH, Urt. v. 14.09.2006, C-224/05, *Bund Naturschutz in Bayern*, ECLI:EU:C:2006:579 Rn. 39.

me in das europäische Schutzgebietsnetz in Betracht kommen. *Generalanwalt Léger* bringt dies auf den Punkt, wenn er formuliert, es wäre „*unerlässlich, dass die Mitgliedstaaten in der ersten Phase keine Gebiete ‚ausschließen‘, sondern alle Gebiete, die den Kriterien des Anhangs III entsprechen bzw. Lebensräume und Arten der Anhänge I und II beherbergen, so vollständig, objektiv und deskriptiv wie möglich verzeichnen*“.<sup>27</sup> Ohne ein derart umfassend angelegtes Bestandsverzeichnis fehlt der Kommission die erforderliche Sachverhaltsbasis, um ein Verbundsystem von Gebieten zu entwickeln, das dem in Art. 3 Abs. 1 UA 1 FFH-RL umschriebenen Ziel gerecht wird, die Wahrung oder Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustandes der natürlichen Lebensraumtypen und Habitate der Arten in ihrem die mitgliedstaatlichen Grenzen zumeist überschreitenden natürlichen Verbreitungsgebiet sicherzustellen.

Vor diesem Hintergrund ergibt sich ein sich „*aufdrängender Korrekturbedarf*“ im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts keineswegs erst dann, wenn ökologisch besonders wertvolle oder herausragende Gebiete von der mitgliedstaatlichen Meldung ausgenommen wurden. Stattdessen drängt sich der Nachmeldebedarf bei jedem Gebiet auf, das bislang nicht gemeldet wurde, dem in Ansehung seines Lebensraumtypen- bzw. Arteninventars auf nationaler Ebene aber eine erhebliche ökologische Bedeutung zukommt. Das betrifft all jene Gebiete, in denen Vorkommen von Lebensraumtypen oder Arten in einer mehr als „*signifikanten*“ Weise ausgeprägt sind und die daher aufgrund ihres relativen Wertes im weiteren Verlauf des Auswahlprozesses auf Ebene der Union als Gebiet von gemeinschaftlicher Bedeutung bestimmt werden könnten.

Bei der Beurteilung dieser „*Signifikanz*“, die der Gerichtshof der Europäischen Union als „*erhebliche ökologische Bedeutung*“ zu bezeichnen pflegt,<sup>28</sup> steht den Mitgliedstaaten ein naturschutzfachlicher Spielraum zu Gebote. Dessen ungeachtet drängt sich ein zur Nachmeldung nötiger Korrekturbedarf jedenfalls dann auf, wenn ein bislang nicht gemeldetes Gebiet über eine naturschutzfachliche Bedeutung verfügt, die der ökologischen Wertigkeit der tatsächlich zum Aufbau des Netzes Natura 2000 gemeldeten Gebiete mindestens gleichwertig oder sogar besser ist. Indem der Mitgliedstaat der Kommission Gebiete zur Aufnahme in die Gemeinschaftsliste vorschlägt, legt er selbst die „*Messlatte*“ fest, anhand derer beurteilt werden kann, ob ein Gebiet nach seiner fachlichen Einschätzung die Kriterien des Anhangs III (Phase 1) FFH-RL erfüllt. Gebiete, die nach ihrer ökologischen Ausstattung dieses vom Mitgliedstaat festgelegte Maß erreichen oder sogar überschreiten, gehören dem Kreis der „*geeigneten Kandidaten*“ an, die einen signifikanten Beitrag zum Aufbau des Netzes Natura 2000 erbringen können. Ihre Nachmeldung drängt sich auf, weil das vom Mitgliedstaat bislang erstellte Bestandsverzeichnis unvollständig war und die Gefahr der Verfälschung der Auswahlentscheidung auf europäischer Ebene mit sich brachte.

cc. Vor diesem Hintergrund genügt es zur Widerlegung der Vermutung einer vollständigen und rechtmäßigen Gebietsmeldung, wenn ein Kläger plausibel darlegt, dass der Mitgliedstaat auf der Grundlage der ihm im Meldezeitpunkt verfügbaren Sachinformationen über Vorkommen von Lebensraumtypen bzw. Arten nicht alle Gebiete in seine Meldeliste aufgenommen hat. Lässt sich anhand der schon im Meldezeitpunkt verfüg-

<sup>27</sup> GA Léger, SchIA v. 07.03.2000, C-371/98, *First Corporate Shipping*, ECLI:EU:C:2000:108 Rn. 49.

<sup>28</sup> Vgl. nur EuGH, Ur. v. 07.11.2000, C-371/98, *First Corporate Shipping*, ECLI:EU:C:2000:600 Rn. 22; zuletzt Ur. v. 18.10.2018, C-669/16, *Kommission / Vereinigtes Königreich*, ECLI:EU:C:2018:844 Rn. 62 m.w.N.

baren Informationen nachweisen, dass ein bestimmtes Gebiet – gemessen an den Kriterien des Anhangs III (Phase 1) FFH-RL – über einen ökologischen Wert verfügt, der mit jenem der vom Mitgliedstaat gemeldeten Gebiete mindestens vergleichbar oder womöglich sogar besser ist, drängt es sich auf, dass das der Kommission bislang übermittelte Bestandsverzeichnis unvollständig war und korrekturbedürftig ist. Die nach den Maßgaben des Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Anhang III (Phase 1) FFH-RL zu Unrecht unterlassene Meldung eines solchen Gebietes verweist auf eine „Lückenhaftigkeit“ des der Kommission übermittelten Gebietsvorschlages und widerlegt die auf eine Vollständigkeit der mitgliedstaatlichen Meldung lautende Vermutung.

## 5. Fallbezug

5.1 Im Fall des Hambacher Forstes macht die klagende Umweltvereinigung geltend, das Land Nordrhein-Westfalen habe in Reaktion auf die von der Kommission geforderte Nachmeldung von FFH-Gebieten (Begründete Stellungnahme vom 13.12.2005, 1995/2225 – K(2005) 5345) zu Unrecht davon abgesehen, den Hambacher Forst als Gebiet von gemeinschaftlicher Bedeutung u.a. für die Bechsteinfledermaus vorzuschlagen.

Einem Ergebnisvermerk vom 16.01.2006<sup>29</sup> sowie einem Schreiben der Landesanstalt für Ökologie, Bodenordnung und Forsten Nordrhein-Westfalen vom 16.01.2006<sup>30</sup> ist zu entnehmen, dass über die Meldefähigkeit des Hambacher Forstes als FFH-Gebiet für die Bechsteinfledermaus zwischen der Landesanstalt und den Naturschutzverbänden Einvernehmen herrschte. Ausweislich einer Antwort der Landesregierung auf eine Kleine Anfrage im Landtag Nordrhein-Westfalens hätte das Land trotz Kenntnis des dortigen Vorkommens zahlreicher Fledermausarten, zu denen auch die Bechsteinfledermaus gehört, von einer Meldung des Hambacher Forstes abgesehen, weil die Landesregierung 1977 den Braunkohleplan Hambach genehmigt habe und die im Jahr 1992 in Kraft getretene FFH-Richtlinie auf derartige „Altprojekte“ nicht anwendbar sei. Das stimmt mit den Angaben überein, die sich aus einem Schreiben des Umweltministeriums an die BUND-Kreisgruppe Rhein-Erft vom 16.03.2016 ergeben.<sup>31</sup>

Zudem weist die klagende Umweltvereinigung darauf hin, dass die anstelle des Hambacher Forstes erfolgte Nachmeldung des „Nörvenicher Waldes“ nicht im Stande gewesen sei, dem Meldedefizit in rechtskonformer Weise abzuhelpfen. Bestimmend ist dafür die Erwägung, dass die seit mindestens 2005 bekannten beiden Wochenstubenkolonien der Bechsteinfledermaus mit insgesamt über 80 Weibchen das Waldgebiet

<sup>29</sup> Dr. Verbücheln, Ergebnisvermerk vom 16.01.2006, II-9 – 616.06.05.04: „Für die Bechsteinfledermaus sehen die Verbände Nachmeldebedarf im Nörvenicher Wald und im Hambacher Forst. Im Falle dieser beiden Gebiete hatte auch die LÖBF berichtet, dass die fachlichen Kriterien für eine Nachmeldung gegeben seien“.

<sup>30</sup> Landesanstalt für Ökologie, Bodenordnung und Forsten Nordrhein-Westfalen (LÖBF), Schriftsatz vom 16.01.2006 an das Ministerium für Umwelt und Naturschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen, 31.bro/svo, S. 3: „*Myotis bechsteinii* (Bechsteinfledermaus). Die Gebietsneuvorschläge der Naturschutzverbände beziehen sich auf das auch dem LÖBF-Bericht/Vorschlag zugrunde liegende, von der RWE in Auftrag gegebene Gutachten. Über die Meldefähigkeit des Teilbereichs Hambacher Forst sowie von Teilen des Nörvenicher Waldes besteht Einvernehmen“.

<sup>31</sup> Ministerium für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen, Schreiben vom 16.03.2016, III-4-, S. 2: „Der Hambacher Forst (inkl. Buirer Bürgewald) entsprach zum Zeitpunkt der Gebietsauswahl in vielerlei Hinsicht den Anforderungen der FFH-Richtlinie. Es wurde jedoch nicht für eine Meldung als FFH-Gebiet in Betracht gezogen, weil der im Jahre 1977 genehmigte Braunkohlenplan seine völlige Inanspruchnahme vorsah und damit eine rechtliche Bindung vorlag“.



mit der größten Bedeutung für die Art in der atlantischen Region ist. Die bekannten Bestandsgrößen der Bechsteinfledermaus in den anderen für diese Art gemeldeten FFH-Gebieten blieben dahinter deutlich zurück.

5.2 Wird die Richtigkeit und Nachweisbarkeit dieser Angaben unterstellt, kann es vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen nicht zweifelhaft sein, dass der Hambacher Forst über den Status eines potenziellen FFH-Gebietes verfügt.

a. Die Rechtsfigur des potenziellen FFH-Gebietes dient der Absicherung des die Auswahl der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung betreffenden Entscheidungsprozesses auf europäischer Ebene. Sie kommt daher zum Tragen, wann immer die Kommission im Zusammenwirken mit den Mitgliedstaaten und dem Habitatausschuss über die Einbeziehung weiterer Gebiete in das Netz Natura 2000 zu befinden hat.

b. Sollte das Land Nordrhein-Westfalen in der Meldephase tatsächlich nicht alle Gebiete mit Vorkommen der Bechsteinfledermaus gemeldet haben, die der Kommission in Anwendung des Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Anhang III (Phase 1) FFH-RL zum Aufbau des Netzes Natura 2000 hätten vorgeschlagen werden müssen, ist die Meldeliste defizitär. Da Art. 4 Abs. 1 FFH-RL die Pflicht begründet, der Kommission ein möglichst vollständiges Bestandsverzeichnis sämtlicher Gebiete von erheblicher ökologischer Bedeutung zu übermitteln, müssen die rechtswidrigen Folgen des Verstoßes gegen das Unionsrecht aus Gründen der primärrechtlich in Art. 4 Abs. 3 EUV verankerten Loyalitätspflicht behoben und all jene Gebiete nachgemeldet werden, die in signifikanter Weise dazu beitragen können, einen günstigen Erhaltungszustand der Bechsteinfledermaus zu gewährleisten.

c. Nachdem die Kommission Ende 2006 das bis dahin u.a. der Meldedefizite hinsichtlich der Habitate der Bechsteinfledermaus wegen geführte Vertragsverletzungsverfahren einstellte und in einer Pressemitteilung erklärte, Deutschland hätte nunmehr genügend Schutzgebiete für das Netz Natura 2000 ausgewiesen, soll nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts an sich eine „*tatsächliche Vermutung*“ dafür streiten, dass die Meldedefizite auch in Ansehung der Habitate der Bechsteinfledermaus behoben sind. Die sich darauf gründende Annahme, dass die durch Art. 4 Abs. 1 FFH-RL begründete Pflicht ordnungsgemäß erfüllt ist und die Bundesrepublik Deutschland den ihr abverlangten Beitrag zum Aufbau des Netzes Natura 2000 erbracht hat (Art. 3 Abs. 2 FFH-RL), ist allerdings der Widerlegung zugänglich. Der Nachweis, dass die Nichtmeldung auf wirtschaftlichen Erwägungen beruht, ist dafür allein noch nicht genügend, lässt es aber jedenfalls möglich erscheinen, dass dieser Mangel zum Ausschluss von Gebieten geführt hat, die an sich hätten gemeldet werden müssen. Insoweit kommt es entscheidend darauf an, ob in Ansehung des Hambacher Forstes plausibel gemacht werden kann, dass dieses Waldgebiet über eine derart erhebliche ökologische Bedeutung verfügt, dass sich hinsichtlich der bisherigen Gebietsmeldung für die Bechsteinfledermaus ein Korrekturbedarf aufdrängt, dem durch Nachmeldung abzuhelpen ist.

Wird der Sachvortrag der klagenden Umweltvereinigung als richtig unterstellt, lässt sich dies kaum in Abrede stellen. Abgesehen davon, dass die Landesanstalt für Ökologie, Bodenordnung und Forsten Nordrhein-Westfalen die Meldefähigkeit aus ihrer naturschutzfachlichen Sicht bestätigte, ist dafür die Erwägung bestimmend, dass der Hambacher Forst wegen des Vorkommens zweier Wochenstubenkolonien mit über 80 Weibchen nicht bloß einen wichtigen Beitrag zur Gewährleistung eines günstigen Er-

haltungszustandes der Art erbringt, sondern im Vergleich mit den anderen Meldegebieten, die der Kommission in Phase 1 des bisherigen Auswahlverfahrens zum Schutz der Bechsteinfledermaus vorgeschlagen wurden, über den größten Fledermausbestand verfügt. Da das Land Nordrhein-Westfalen die Schwelle der „Signifikanz“ bzw. der „erheblichen ökologischen Bedeutung“ bereits als überschritten ansieht, wenn – wie im Nörvenicher Wald – acht Individuen nachgewiesen sind,<sup>32</sup> liegt auf der Hand, dass bei der Aufstellung des von Art. 4 Abs. 1 FFH-RL geforderten Bestandsverzeichnisses auf den Hambacher Forst mit seinem zehnfach größeren Fledermausbestand nicht hätte verzichtet werden dürfen.

d. Drängt sich der Korrekturbedarf danach auf, muss der Hambacher Forst zur Behebung des Vertragsverstoßes nachgemeldet werden. Bis die Kommission im Zusammenwirken mit dem Mitgliedstaat und dem Habitatausschuss über seine Aufnahme in den Gebietsverbund in Anwendung des Art. 4 Abs. 2 i.V.m. Anhang III (Phase 2) FFH-RL entschieden hat, greift die Vorwirkung der Richtlinie, die es mit sich bringt, dass der Hambacher Forst als potenzielles FFH-Gebiet zu betrachten und entsprechend zu behandeln ist.

## 6. Was wäre wenn?

6.1 Auch wenn der von *Berkemann* präferierte Ansatz aus den genannten Gründen und nicht zuletzt deshalb der Überzeugungskraft entbehrt, weil er von der primärrechtlich (Art. 4 Abs. 3 EUV) nicht haltbaren Vorstellung getragen ist, Mitgliedstaaten müssten die rechtswidrigen Folgen einer Verletzung der sich aus Art. 4 Abs. 1 FFH-RL ergebenden Pflichten nicht beheben, soll doch zumindest in der gebotenen Kürze der Frage nachgegangen werden, ob der Hambacher Forst – bei unterstellter Richtigkeit der gutachterlichen Annahmen – zur Bewältigung einer verbliebenen „Lücke“ im Netz nachgemeldet werden muss.

6.2 Den Ausgangspunkt bildet dabei die von *Berkemann* befürwortete tatsächliche Vermutung der Vollständigkeit und Rechtmäßigkeit der Errichtung des Netzes Natura 2000 (Rn. 77), die sich auf Verlautbarungen der Kommission aus dem Jahre 2006 gründet.

a. In Ansehung der Bechsteinfledermaus ist zunächst von Belang, dass sich diese Art des Anhangs II FFH-RL auch heute noch immer nicht in dem von Art. 3 Abs. 1 UA 1 FFH-RL angestrebten günstigen Erhaltungszustand befindet. Das European Topic Centre on Biological Diversity (EIONET) kennzeichnet den Zustand der Art in der hier interessierenden atlantischen Region als ungünstig. Im nationalen Bericht des Bundesamtes für Naturschutz (BfN) wird der Zustand in der atlantischen Region als ungünstig/schlecht und in der kontinentalen Region als ungünstig/unzureichend bezeichnet.<sup>33</sup> Das Landesamt für Natur, Umwelt und Verbraucherschutz (LANUV) stuft den Erhaltungszustand der Bechsteinfledermaus in beiden biogeografischen Regionen des Bundeslandes Nordrhein-Westfalen als ungünstig/schlecht (rot) ein, erkennt allerdings auf einen Trend zur Verbesserung der Erhaltungssituation, der aber noch nicht zur Einstufung in die Kategorie unzureichend/ungünstig (gelb) geführt hat.<sup>34</sup> Wenn selbst

<sup>32</sup> Die Angabe bezieht sich auf die im Nachmeldezeitpunkt verfügbaren Informationen.

<sup>33</sup> Bundesamt für Naturschutz (BfN), Nationaler FFH-Bericht 2013, Gesamttrend, im Internet abrufbar unter der Adresse: [https://www.bfn.de/fileadmin/MDB/documents/themen/natura2000/Nat\\_Bericht\\_2013/Arten/Arten\\_Erhaltungszustand\\_2007\\_2013\\_Gesamttrend\\_AuditTrail.pdf](https://www.bfn.de/fileadmin/MDB/documents/themen/natura2000/Nat_Bericht_2013/Arten/Arten_Erhaltungszustand_2007_2013_Gesamttrend_AuditTrail.pdf) (letzter Aufruf: 10.11.2018).

<sup>34</sup> Landesamt für Natur, Umwelt und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen (LANUV), Bechsteinfledermaus (*Myotis bechsteinii* (Kuhl,1818)), im Internet abrufbar unter der Adresse:

18 Jahre nach der für maßgeblich befundenen Verlautbarung der Kommission noch kein günstiger Erhaltungszustand der Bechsteinfledermaus erreicht ist und der vom LANUV angegebene Trend nichts daran geändert hat, dass sich der Zustand nach der Ampel-Bewertung nach wie vor als unzureichend/schlecht darstellt, ist schon dies ein gewichtiges Indiz dafür, dass die in den Gebietsverbund Natura 2000 für diese Art einbezogenen Gebiete nicht ausreichen, um den anzustrebenden Zielzustand des Art. 3 Abs. 1 UA 1 FFH-RL zu erreichen.

b. Noch gewichtiger erscheint allerdings der Umstand, dass sich die Vermutung der Vollständigkeit nach den Angaben des Kieler Instituts für Landschaftsökologie (KifL) im Jahre 2006 auf die Annahme gründete, von der Erreichung eines günstigen Erhaltungszustandes wäre auszugehen, wenn über 60% der bekannten Bestände der biogeografischen Region im jeweiligen Mitgliedstaat in die Natura 2000-Kulisse einbezogen sind.<sup>35</sup>

Genau diese Bedingung ist nach den aktuellen Erkenntnissen nicht erfüllt. Im nordrhein-westfälischen Teil der atlantischen biogeografischen Region existieren nach Angaben des KifL 12 Wochenstubenkolonien mit insgesamt 426 Weibchen.<sup>36</sup> Von diesen 12 Kolonien befinden sich nur fünf Kolonien in FFH-Gebieten, die wegen des Vorkommens von Wochenstuben der Bechsteinfledermaus gemeldet wurden. Diese fünf Kolonien umfassen insgesamt 184 Weibchen. Mit anderen Worten werden in dem der atlantischen biogeografischen Region zugehörigen nordrhein-westfälischen Teil des Netzes Natura 2000 lediglich 41% der Wochenstubenkolonien und 43% aller weiblichen Tiere geschützt, während der größere Teil der Wochenstuben mit 242 Weibchen von den Schutzmechanismen des Habitatschutzrechts nicht profitiert. Damit ist die seinerzeitige Annahme, die zu der Vorstellung eines für die Erreichung des Zielzustandes des Art. 3 Abs. 1 UA 1 FFH-RL ausreichenden Abdeckungsgrades geführt haben mag, in entscheidender Hinsicht in Frage gestellt. Wenn sich nicht einmal die Hälfte der für die dauerhafte Erhaltung der Art besonders wichtigen Wochenstuben innerhalb der Kulisse von FFH-Gebieten befindet, ist der vormaligen Annahme eines ausreichenden Abdeckungsgrades die tatsächliche Grundlage entzogen.

Zieht man überdies in Betracht, dass die dem Netz zugehörigen FFH-Gebiete, in denen die Bechsteinfledermaus zu den Schutzgütern gehört, es trotz eines mittlerweile 18 Jahre umfassenden Zeitraums nachweislich nicht vermocht haben, die Erhaltungssituation in substanzieller Weise zu verbessern, liegen hinreichende Tatsachen vor, die es plausibel erscheinen lassen, dass der vorhandene Gebietsbestand allenfalls zur Bewahrung des Status quo genügt,<sup>37</sup> aber jedenfalls nicht ausreicht, um die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustandes dieser stark gefährdeten Fledermausart<sup>38</sup> zu gewährleisten. Die tatsächliche Vermutung der Vollständigkeit ist damit in ausreichender Weise widerlegt bzw. erschüttert.

---

<http://ffh-arten.naturschutzinformationen.nrw.de/ffh-arten/de/arten/gruppe/saeugetiere/kurzbeschreibung/6511> (letzter Aufruf: 11.11.2018).

<sup>35</sup> *Kieler Institut für Landschaftsökologie* (KifL), Fachgutachterliche Stellungnahme zur Frage der Einbeziehung der Restflächen des Hambacher Forstes in die Gebietskulisse des europäischen ökologischen Netzes Natura 2000, 13.02.2018, S. 13.

<sup>36</sup> KifL (Fn. 34), Fachgutachterliche Stellungnahme, S. 14.

<sup>37</sup> Die Annahme stützt sich auf den vom LANUV dokumentierten Bestandstrend, indessen ist unklar, ob sich die Erhaltungssituation tatsächlich verbessert oder nur der Erkenntnisstand über Vorkommen der Art eine Verbesserung erfahren hat.

<sup>38</sup> Rote Liste NRW 1999/2010: Kategorie 2 = stark gefährdet.

c. Auch wenn von einer Unvollständigkeit des Netzes Natura 2000 auszugehen ist, verbindet sich damit noch nicht die Aussage, dass diese „Lücke“ zwangsläufig durch Nachmeldung des Hambacher Waldes geschlossen werden muss. Soweit *Berkemann* in diesem Zusammenhang die Möglichkeit in Erwägung zieht, „*andere geeignete Maßnahmen innerhalb des bestehenden Netzes*“ zu ergreifen (Rn. 35), liegt darin von vornherein keine zur „*Lückenfüllung*“ geeignete Ergänzung des vom Natura 2000-Netz umfassten Gebietsbestandes. Die Erfüllung der ohnedies bestehenden Pflicht aus Art. 6 Abs. 1 FFH-RL entbindet nicht von der Notwendigkeit, das Netz Natura 2000 für die Bechsteinfledermaus zu komplettieren.

In Erwägung zu ziehen ist aber, ob der defizitäre Zustand nicht durch die Nachmeldung anderer Gebiete mit Wochenstuben der Bechsteinfledermaus behoben werden kann. Das KifL benennt immerhin weitere Gebiete außerhalb der derzeitigen Kulisse des Natura 2000-Netzwerks, die hierfür aus seiner Sicht mit der Folge in Betracht kämen, dass sich die Einbeziehung des Hambacher Forstes nicht aufdrängte.<sup>39</sup> Die darin zum Ausdruck kommende Vorstellung, vermöge derer es mit der Integration einzelner Gebiete in das europäische Verbundsystem sein Bewenden haben könnte, lässt aber außer Acht, dass sich die Bechsteinfledermaus bei gesamthafter Betrachtung in der atlantischen Region in einem schlechten Erhaltungszustand befindet. Diese Gesamtbewertung ruht nach den Angaben des Nationalen Berichts nach Art. 17 FFH-Richtlinie auf der naturschutzfachlichen Einschätzung, dass sich die Population in schlechtem Zustand befindet, das Habitat der Bechsteinfledermaus unzureichend ist und sich die Zukunftsaussichten gleichfalls als unzureichend darstellen; zugleich ist dem Bericht zu entnehmen, dass eine günstige Gesamtpopulation „*viel größer als die aktuelle natürliche Population*“ sein müsste.<sup>40</sup> Um den auf die Wiederherstellung eines günstigen Zustandes gerichteten Zielzustand des Art. 3 Abs. 1 UA 1 S. 2 FFH-RL zu erreichen, müssen daher die vom Bundesamt für Naturschutz dokumentierten Defizite im Hinblick auf die aktuell ungünstige Situation der Habitate und die wesentlich zu geringe Größe der Population behoben werden. Es liegt auf der Hand, dass dies am ehesten erreichbar ist, wenn alle aktuell bekannten Wochenstubenkolonien einschließlich der für ihre Reproduktivität erforderlichen Strukturen und Funktionen in das Natura 2000-Netz integriert werden. Das sichert den derzeit noch schlechten Status quo, begründet aber die Erwartung, dass – ausgehend von dem noch deutlich zu niedrigen Niveau – eine erfolgreiche Reproduktion zur weiteren Stabilisierung der Population, zur Vergrößerung der Bestände und zur Ausbreitung bzw. Begründung weiterer Kolonien beiträgt, so dass sich die Zukunftsaussichten der Bechsteinfledermaus verbessern. Die Entscheidung darüber muss grundsätzlich der Kommission vorbehalten bleiben, die den Beitrag der einzelnen Gebiete in Anwendung der Kriterien des Anhangs III (Phase 2) zur Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustandes zu bewerten hat, indessen gibt es angesichts des relativen Gesamtwertes des Hambacher Forstes für die atlantische biogeografische Region (vgl. Anhang III (Phase 2) FFH-RL) keinen nachvollziehbaren Grund, warum gerade auf die Aufnahme dieses Waldgebietes bei Anwendung der ausschließlich maßgeblichen naturschutzfachlichen Erwägungen soll-

<sup>39</sup> KifL (Fn. 34), Fachgutachterliche Stellungnahme, S. 18 f.

<sup>40</sup> Bundesamt für Naturschutz (BfN), Nationaler Bericht nach Art. 17 FFH-Richtlinie in Deutschland (2013), Teil Arten (Annex B). Art: **(MAM) MYOTBECH: Myotis bechsteinii (Anh. II, IV)**. Biogeografische Region: **ATL: Atlantische Region**, im Internet abrufbar unter der Adresse: [https://www.bfn.de/fileadmin/MDB/documents/themen/natura2000/Nat\\_Bericht\\_2013/Arten/atlantisch\\_fledermaeuse\\_A\\_bis\\_N.pdf](https://www.bfn.de/fileadmin/MDB/documents/themen/natura2000/Nat_Bericht_2013/Arten/atlantisch_fledermaeuse_A_bis_N.pdf) (letzter Aufruf: 11.11.2018).

te verzichtet werden können. Dies umso weniger, als die Landesanstalt für Ökologie, Bodenordnung und Forsten schon im Jahre 2006 keinen Zweifel an der Meldefähigkeit des Gebietes sowie daran hatte, dass es einen Beitrag zum Aufbau des Netzes Natura 2000 erbringen kann. Zieht man überdies in Betracht, dass dieses Gebiet nach heutigem Erkenntnisstand gleich zwei Wochenstubenkolonien einen für sie geeigneten Lebensraum bietet, die zusammen zwischen 16,4% und 19,8%<sup>41</sup> des Gesamtbestandes der Weibchen in der atlantischen Region Nordrhein-Westfalens umfassen, drängt es sich auf, dass der Hambacher Forst – wenn auch nicht allein, so doch jedenfalls gemeinsam mit weiteren Gebieten – in das Netz Natura 2000 einzubeziehen ist, um im Sinne des Art. 3 Abs. 1 UA 1 FFH-RL zu gewährleisten, dass ein günstiger Erhaltungszustand der Bechsteinfledermaus wiederhergestellt werden kann.

- 6.3 Nach alledem bleibt festzuhalten, dass selbst der von *Berkemann* präferierte Ansatz im Ergebnis nichts daran ändert, dass der Hambacher Forst im Interesse der Vervollständigung in das Netz Natura 2000 einzubeziehen ist. Das Gebiet ist zu melden und genießt bis zu seiner Integration in das kohärente europäische ökologische Netz Natura 2000 den Schutz eines potenziellen FFH-Gebietes

Westerkappeln, den 15.11.2018

apl. Prof. Dr. Martin Gellermann

---

<sup>41</sup> Während KfL (Fn. 34) insgesamt 70 Weibchen angibt, ist bei *Guhlemann/Schreiber*, *Potenzielle FFH-Gebiete in Deutschland 2018*, *Naturschutz und Landschaftsplanung* 50 (2018), 147 (148) von 84 Weibchen die Rede.