

Stellungnahme

des BDI zum Stickstoffleitfaden Straße, Stand 11.11.2014

Viele Critical Loads (CL) sind durch Vorbelastungen auf 73 % der Flächen in Deutschland bereits deutlich überschritten, ein Abbau der Belastung und ein zukünftiges Unterschreiten der Critical Loads sind meist faktisch ausgeschlossen. Hieraus ergeben sich für die Zulassung von Projekten in der deutschen Industrie große Schwierigkeiten, da zu schützende Lebensräume zukünftig gegen jede Zusatzbelastung gesperrt sein könnten. Daher muss es in der Verwaltungspraxis Ausnahmemöglichkeiten und handhabbare Maßstäbe in Form von Bagatellschwellen und Abschneidekriterien geben.

Dokumenten Nr.
D 0695

Datum
24. März 2015

Seite
1 von 10

Aus Sicht der Industrie sollte das Problem zu hoher Stickstoffbelastungen zudem nicht einseitig zulasten neuer Vorhaben gelöst werden. Mehr als 50 Prozent der reaktiven Stickstoffverbindungen gelangen in Deutschland über die Landwirtschaft als Dünger in die Umwelt. Weitere Einträge erfolgen zu etwa gleichen Teilen durch Industrie, Verkehr und private Haushalte. 2012 betrug der Stickstoffüberschuss in der Gesamtbilanz Deutschlands immer noch 98 kg/N/ha. Aufgrund dieser Zahlen stellt sich für die deutsche Industrie die Frage, ob beispielsweise eine Diskussion über ein Abschneidekriterium von 0,1 kg/N/ha oder von 0,3 kg/N/ha tatsächlich zielführend ist.

Die vorliegende Stellungnahme beschränkt sich auf Kernanliegen der Industrie. Für den BDI ist die Positionierung zu den straßenverkehrsbedingten Einträgen von großer Bedeutung, da davon auszugehen ist, dass hier erfolgende methodische Festlegungen in weitere geplante und für die Industrie unmittelbar relevante Leitfäden übernommen werden.

1. Prüfschritte einer FFH-Verträglichkeitsprüfung

Beginnend mit Kapitel 3 werden die Prüfschritte einer FFH-Verträglichkeitsprüfung dargestellt. Auf Seite 28 (Kap. 3.1) findet sich eine schematische Übersicht der Prüfschritte.

- a) Hieraus geht nicht hervor, welche Prüfschritte noch Bestandteil einer FFH-Voruntersuchung oder bereits einer vertiefenden FFH-Verträglichkeitsuntersuchung sind. Jedenfalls ist die Anwendung der sogenannten Abschneidekriterien keinesfalls Bestandteil einer vertiefenden FFH-Verträglichkeitsuntersuchung. Die sollte klargestellt werden.

**Bundesverband der
Deutschen Industrie e.V.**
Mitgliedsverband
BUSINESSEUROPE

Telekontakte
T: +493020281582
F: +493020282582

Internet
www.bdi.eu

E-Mail
C.Schiffer@bdi.eu

- b) Des Weiteren fehlt in der schematischen Übersicht auf Seite 28 der Hinweis, dass die FFH-Verträglichkeitsuntersuchung keinesfalls beendet ist, wenn die 3 %-Bagatellschwelle überschritten wird. Es heißt dort (roter Kasten), dass dann im Regelfall ein Risiko für erhebliche Beeinträchtigungen durch Stickstoffantrag anzunehmen sei. Es ist jedoch anerkannt, dass auch bei Überschreiten der 3 %-Bagatellschwelle im Rahmen einer Einzelfallprüfung belegt werden kann, dass tatsächlich keine erhebliche Beeinträchtigung zu besorgen ist. Die schematische Übersicht auf Seite 28 sollte daher um einen 2. Teil der vertieften FFH-Verträglichkeitsuntersuchung ergänzt werden. Sonst entsteht schon rein optisch der Eindruck, bei Überschreitung der 3 %-Bagatellschwelle läge im Regelfall eine erhebliche Beeinträchtigung vor.

2. Kumulation bei der Bagatellschwelle

Die Prüfeempfehlung des Leitfadens gemäß Kapitel 3. geht dahin, die Stickstoffvorbelastung bzw. Hintergrundbelastung aus UBA-Daten, die Zusatzbelastung, die sich durch das Vorhaben unter Einbeziehung anderer Pläne und Projekte ergibt und schließlich die daraus resultierende künftige Gesamtbelastung zu ermitteln und diese in Relation zu dem jeweiligen Critical Load (CL) zu setzen. Liegt die Vorbelastung bzw. die zukünftige Gesamtbelastung oberhalb des relevanten CL, schließen sich weitere Prüfschritte an. Insoweit wird differenziert zwischen einem sogenannten Abschneidekriterium (0,3 kg N ha*a) und einer Bagatellschwelle (3 % des relevanten CL). Bei Anwendung der Bagatellschwelle sind kumulativ andere Pläne und Projekte einzubeziehen; sie erhöhen die Zusatzbelastung. Insoweit besteht Einvernehmen mit den Prüfeempfehlungen des Leitfadens.

Aus Sicht der Industrie grundsätzlich abzulehnen ist es jedoch, wenn nach dem Leitfaden bei Ermittlung der kumulativen Zusatzbelastung auch solche Pläne und Projekte mit einbezogen werden sollen, die nach der Gebietsmeldung des FFH-Gebietes bereits realisiert wurden (so Abbildung 3 auf Seite 30 und insbesondere Kapitel 3.5.2, Seite 79/80). Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um neue Pläne oder Projekte oder vorlaufende Änderungen desselben Projektes handelt.

Dabei wird zunächst der Startzeitpunkt für diese Ermittlung widersprüchlich definiert: Der Begriff der Gebietsmeldung (so auf S. 30, 79) ist fachlich belegt. Er bezeichnet den Vorgang der Meldung von FFH-Gebieten durch Deutschland an die EU-Kommission. Davon zu unterscheiden ist die Listung von FFH-Gebieten durch die EU-Kommission durch Aufnahme eines Gebiets in die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung (so die Formulierung auf Seite 80, 3. Abs.). Die meisten FFH-Gebiete wurden mit Veröffentlichung einer solchen Liste Ende 2004 gelistet. Der Vorgang der Gebietsmeldung durch Deutschland erfolgte in mehreren Tranchen um bis

zu mehrere Jahre vor diesem Stichjahr, je nachdem, um welches Gebiet es sich handelte. Es bleibt unklar, was nun gemeint ist. Der Unterschied ist erheblich.

Beide Konstellationen sind indes abzulehnen:

a) **Kein allgemein rechtlicher Grundsatz der Rechtsprechung**

Art. 6 Abs. 3 FFH-Richtlinie verlangt bei einer FFH-Verträglichkeitsprüfung die kumulative Berücksichtigung anderer Pläne und Projekte. Rechtlich kann dabei nur die kumulative Berücksichtigung solcher Pläne und Projekte gefordert werden, die planerisch verfestigt bzw. genehmigt, aber noch nicht umgesetzt sind. Bereits umgesetzte Projekte sind Bestandteil der Vorbelastung, die Grundlage für die Verträglichkeitsprüfung im Rahmen des Art. 6 Abs. 3 FFH-Richtlinie ist.

Rechtsgrund für eine Kumulationsbetrachtung in Art. 6 Abs. 3 der FFH-Richtlinie ist es, eine schleichende Beeinträchtigung durch nacheinander genehmigte, jeweils für sich genommen das Gebiet nicht erheblich beeinträchtigende Projekte zu verhindern. Dies wäre eine Salamtaktik, die der FFH-Richtlinie zuwider liefe (OVG Münster, Urteil vom 01.12.2011 - 8 D 58/08.AK - Kohlekraftwerk Trianel, Rz. 612). Dem ist zuzustimmen.

Dieser Aspekt rechtfertigt jedoch nicht die rückwirkende Einbeziehung auch solcher Projekte, die schon in der Vorbelastung enthalten sind. Die FFH-Richtlinie enthält ein anderes Konfliktlösungsmodell. Sie sieht zur Vermeidung einer schleichenden Verschlechterung in Art. 6 Abs. 3 FFH-Richtlinie eine Kumulationsprüfung vor und betrachtet gleichzeitig in Art. 6 Abs. 2 FFH-Richtlinie vorhandene Belastungen unter dem Gesichtspunkt des Verschlechterungsverbots. Bereits aus dieser grundlegenden Differenzierung folgt, dass aus Sicht der FFH-Richtlinie vorhandene Belastungen nicht zusätzlich in der Kumulationsprüfung nach Art. 6 Abs. 3 FFH-Richtlinie aufaddiert werden dürfen.

Diese Abgrenzung der Regelungsinhalte des Art. 6 Abs. 2 und 3 FFH-Richtlinie hat der EuGH bereits in seiner Entscheidung zur Herzmuschelfischerei ausdrücklich bestätigt (Urteil vom 7.9.2004 – Rs. C-127/02, Rz. 38):

„Daher ist auf die zweite Frage zu antworten, dass Artikel 6 Absatz 3 der Habitatrichtlinie ein Verfahren einführt, das mit Hilfe einer vorherigen Prüfung gewährleisten soll, dass Pläne oder Projekte, die nicht unmittelbar mit der Verwaltung des betreffenden Gebietes in Verbindung stehen oder hierfür nicht notwendig sind, die dieses jedoch erheblich beeinträchtigen könnten, nur genehmigt werden, soweit sie dieses Gebiet als solches nicht beeinträchtigen; dagegen legt Artikel 6 Absatz 2 der Habitatrichtlinie eine allgemeine Schutzpflicht fest, die darin besteht, Ver-

schlechterungen und Störungen zu vermeiden, die sich im Hinblick auf die Ziele der Richtlinie erheblich auswirken könnten, und kann nicht gleichzeitig mit Artikel 6 Absatz 3 angewandt werden.“ (Hervorhebung diesseits)

Damit schließt der EuGH aus, dass bereits dem Verschlechterungsverbot gemäß Art. 6 Abs. 2 FFH-Richtlinie unterfallende Projekte zugleich auch als andere Projekte zum Gegenstand der Kumulationsprüfung gemäß Art. 6 Abs. 3 FFH-Richtlinie gemacht werden.

Auch nationale Gerichte weichen hiervon nicht ab.

Die verschiedentlich für den gegenteiligen Standpunkt angeführte Entscheidung des OVG Münster in Sachen Trianel enthält keinen anderen Rechtsstandpunkt. Dort wird zwar von der Unterschutzstellung von FFH-Gebieten als maßgeblichem Zeitpunkt für die Anwendung des Prioritätsprinzips im Rahmen der Kumulationsbetrachtung gesprochen (OVG Münster, wie vor, Rz. 735). Tatsächlich kumulativ wurden jedoch nur solche Projekte berücksichtigt, die bereits genehmigt, aber noch nicht umgesetzt waren. Das Gericht hat nur über diese, unstrittige, Konstellation entschieden. Aus der Entscheidung darf daher aus juristischer Sicht nicht der allgemeine rechtliche Grundsatz abgeleitet werden, auch alle seit der Unterschutzstellung schon realisierten Projekte seien in der Kumulationsprüfung aufzuaddieren. Im Gegenteil, auch das OVG Münster prüft bestehende Vorbelastungen im Zusammenhang mit der Bewertung des aktuellen Erhaltungszustandes (wie vor, Rz. 583, 596), bevor es zur Kumulationsprüfung kommt (wie vor, Rz. 608 ff.).

Auch das BVerwG nimmt in der darauf folgenden Nichtzulassungsbeschwerde in Sachen Trianel keinen anderen Standpunkt ein, sondern bestätigt eher die hier vertretene Auffassung. Denn das Gericht formuliert dort als maßgebliche Frage, „ob im Falle einer Vorbelastung, die die maßgeblichen CL überschreitet, die Relevanz einer Zusatzbelastung durch das zu beurteilende Vorhaben isoliert oder unter Einschluss der Auswirkungen weiterer, noch nicht in die Vorbelastung eingegangener Vorhaben zu bewerten ist.“ (Beschluss vom 05.09.2012 – 7 B 24.12 –, Hervorhebung diesseits).

Das BVerwG differenziert somit ebenfalls zwischen Vor- und Zusatzbelastung und schließt eine Einbeziehung von Vorhaben, die bereits in die Vorbelastung eingegangen sind, bei der Kumulationsprüfung nach Art. 6 Abs. 3 FFH-Richtlinie aus.

Dies bedeutet nicht, dass die Vorbelastung im Rahmen der Verträglichkeitsprüfung keine Rolle spielt. Bereits realisierte Projekte, die zur Vorbelastung beitragen, sind bei der Bewertung des aktuellen Erhaltungszustandes zu berücksichtigen. Gerade deshalb hat die Rechtsprechung im Zusammenhang mit dem CL-

Konzept festgestellt, dass bei einer die CL übersteigenden Vorbelastung FFH-Gebiete gegen jede Zusatzbelastung gesperrt sein und neue Belastungen nur noch unter engen Kriterien zugelassen werden können. Damit sind Projekte, die Bestandteil der Vorbelastung sind, bereits berücksichtigt und dürfen nicht noch einmal im Rahmen der Kumulationsprüfung aufaddiert werden.

Zwischenfazit: Es sind nur solche Pläne und Projekte kumulativ zu berücksichtigen, die planerisch verfestigt bzw. genehmigt, aber noch nicht umgesetzt sind.

b) Doppelte Berücksichtigung findet faktisch statt

Bei der im Leitfaden empfohlenen Vorgehensweise bei der Anwendung des CL-Konzeptes käme es zu einer nicht gerechtfertigten doppelten Berücksichtigung von Belastungen durch bereits realisierte Projekte, nämlich als Bestandteil der Vor- sowie der Zusatzbelastung. Eine doppelte Berücksichtigung von Belastungen ist rechtlich fehlerhaft.

Der Leitfaden bezeichnet dies als eine nur „vermeintliche Paradoxie“, weil es sich bei der Ermittlung der Vorbelastung und der Ermittlung der kumulativen Zusatzbelastung um zwei voneinander unabhängige Prüfschritte handele und daher nicht die Gefahr bestehe, dass Vorhaben doppelt einberechnet würden.

Das ist nicht richtig. Eine doppelte Berücksichtigung wäre in folgenden Konstellationen zwangsläufig:

- Die Anwendung der 3 %-Bagatellschwelle spielt nach der Rechtsprechung nur dann eine Rolle, wenn der relevante CL bereits durch die Vorbelastung überschritten ist. Denn dann könne es sein, dass das Gebiet gegen jede weitere Belastung gesperrt ist. Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit lässt das BVerwG in diesen Fällen jedenfalls bagatellhafte Zusatzbelastungen zu. In diesem Zusammenhang ist es durchaus vorstellbar, dass ein bereits realisiertes Projekt, insbesondere größere Emittenten aus der landwirtschaftlichen Intensivtierhaltung, zu einer Überschreitung des CL führt. Übersteigt dann ein neues Projekt das Abschneidekriterium, ist im Zuge der Anwendung der 3 %-Bagatellschwelle gemäß der Empfehlung des Leitfadens das vorgenannte, bereits realisierte Projekt in der Kumulationsprüfung erneut und im Ergebnis doppelt zu berücksichtigen.
- Überschreitet die kumulative Zusatzbelastung die 3 %-Bagatellschwelle, kommt es darauf an, ob die zukünftige Gesamtbelastung trotz Überschreitung des CL noch verträglich ist. Dies kann in einer Einzelfallprüfung belegt werden. Hierbei kommt es entscheidend darauf an, wie groß die Überschreitung des CL ist. Da sich die Gesamtbelastung aus der Vorbelastung und der kumulativen Zusatzbelastung zusammensetzt, kommt es auch hier zu einer unzulässigen doppelten

Berücksichtigung bereits realisierter Projekte, wenn diese sowohl Gegenstand der Vor- als auch der kumulativen Zusatzbelastung sind.

c) **Aufwand unverhältnismäßig**

Die Einbeziehung bereits realisierter Projekte in die Kumulationsprüfung kann rechtlich auch deshalb nicht gefordert werden, weil sie einem Antragsteller unverhältnismäßige Ermittlungsanforderungen aufbürdet und zu einer nicht gerechtfertigten Überbewertung der kumulativen Zusatzbelastung führt.

Der Leitfaden gibt hierzu die Einschätzung (Seite 31), dass nur solche Daten einbezogen werden müssen, die von den Genehmigungsbehörden zu Verfügung gestellt werden können. Bei der Beschaffung von Daten von Planungen und Projekten Dritter sei die Verhältnismäßigkeit zu wahren. Liegen der Behörde keine ausreichenden Informationen vor, um eine verlässliche Depositionsberechnung vorzunehmen, könne hilfsweise eine überschlägige Abschätzung der Immissionen durch die Behörde vorgenommen werden, zum Beispiel auf Basis der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen. Eigenständige Ermittlungen der Emissionsdaten zur Einbeziehung von Projekten Dritter seien nicht erforderlich.

Damit sollen unverhältnismäßige Ermittlungsanforderungen für den Antragsteller vermieden werden. Dies wird aber so nicht funktionieren und ist zudem nicht ausreichend rechtssicher, wenn man von der Verpflichtung ausgeht, dass auch grundsätzlich alle seit der Unterschutzstellung realisierten Projekte in die Kumulationsbetrachtung einzubeziehen sind. Denn was an brauchbaren Daten bei den Behörden vorliegt, ist letztlich vom Zufall abhängig und überraschende Erkenntnisse hinsichtlich übersehener Projekte werden in Gerichtsverfahren sicher sein. Es ist zudem nicht davon auszugehen, dass die Genehmigungsbehörden die Kapazität besitzen und bereit sind, umfangreiche rückwirkende Ermittlungen vorzunehmen. Dies geht an der Realität vorbei. Die Darlegungs- und Ermittlungslast wird den Antragstellern aufgebürdet werden. Sie werden dazu schon faktisch gezwungen, wenn sie eine Genehmigung erhalten wollen und es nicht bei übertreibenden worst-case-Abschätzungen belassen wollen; so die Empfehlung des OVG Münster (wie vor, Rz. 643).

Bei großen Vorhaben mit umfangreichen Einwirkungsbereichen ist dementsprechend zunächst eine Vielzahl von Genehmigungsbehörden anzufragen.

Selbst wenn alle relevanten Pläne und Projekte bekannt sind, ist noch nicht gesichert, dass in allen Fällen Ausbreitungsbereich-

nungen für Stickstoffdepositionen vorliegen. Diese Berechnungen waren in den Jahren nach 2003 nicht verlangt und rückten erst in den letzten Jahren in den Fokus.

Den Gutachtern des Antragstellers kommt damit die Aufgabe zu, die notwendigen Berechnungen nachzuholen, wobei sich die Frage stellt, ob die Randbedingungen des in den jeweiligen Verfahren eingeschalteten Gutachters oder eigene Überlegungen zur Festlegung der Randbedingungen in die Berechnungen einfließen.

Die Berechnungsergebnisse hängen von den Festlegungen in den Modelleingangsdaten ab, die durch den Gutachter im Einzelfall festgelegt werden. Es besteht damit die Gefahr, dass eine Nachrechnung andere, letztlich nicht vorhersagbare Ergebnisse liefert. In jedem Fall wird eine Nachrechnung auf der Grundlage von genehmigten Emissionsgrenzwerten zu einer Verfälschung der tatsächlichen Situation führen. Denn im realen Betrieb der Anlage werden die tatsächlichen Immissionen unter den genehmigten Grenzwerten bleiben. Nur durch die tatsächlichen Immissionen ist die Umwelt aber belastet. Wird also für jedes einzelne Projekt die Grenzwertbelastung zu Grunde gelegt, erfolgt eine Überbewertung der tatsächlichen Belastung.

Aus praktischer Sicht ist es im Ergebnis schlicht unmöglich, alle relevanten Projekte zu ermitteln, deren Belastung mit angemessenem Aufwand, valide und den tatsächlichen Verhältnissen entsprechend nachzurechnen. Die Empfehlung des Leitfadens bedeutet, jedes kumulativ zu betrachtende Neubauvorhaben und jedes kleine Änderungsvorhaben im Regelfall zurückgehend bis 2004 zu ermitteln; und dieser Vorgang wäre auf unbestimmte Zeit erforderlich, sodass sich die Zahl der auflaufenden und in die Berechnung einzustellenden Projekte zukünftig noch erhöht. Sowohl der Arbeitsschritt der Ermittlung anderer Projekte, als auch der Arbeitsschritt der Berechnung der Gesamtbelastung würde vor diesem Hintergrund so viele Fehlerquellen enthalten, dass eine den realen Verhältnissen wenigstens nahekommende und einigermaßen rechtssichere Betrachtung unmöglich ist. Es besteht ein hohes Klagerisiko und die hohe Wahrscheinlichkeit, dass ein Gericht die Prüfung beanstandet, weil nicht alle Projekte ermittelt und bewertet wurden.

Teilweise wird eingewandt, dass kleinere bis mittlere Projekte schon aufgrund der Anwendung der Abschneidekriterien herausfielen und bei größeren Vorhaben dem Antragsteller auch ein Mehr an Vorarbeit und Sachermittlung zugemutet werden dürfte. Diese Überlegung spielt jedoch keine Rolle, selbst wenn sie zuträfe. Denn es bleibt auch dann, wenn hiervon nur größere Vorhaben betroffen wären, bei einer methodisch unzulässigen Vermischung von Vor- und Zusatzbelastung und gerade bei größeren Vorhaben besteht ein hohes Interesse an Rechtssicherheit, die nicht gegeben wäre.

Dies gilt umso mehr, als mit den Daten des Umweltbundesamtes (UBA) Angaben vorliegen, die die tatsächliche Gesamtbelastung realitätsnah abbilden und eine aufwändige Einzelbetrachtung von Projekten jedenfalls bis zum Stand des Datensatzes des UBA entbehrlich machen. Es erschließt sich nicht, weshalb nicht jedenfalls auf diesen Datenstand abgestellt werden kann.

Der Vorteil einer Berücksichtigung des jeweils aktuellen Datenstandes des UBA ist zudem, dass bis zu seiner Aktualisierung auch sämtliche Entlastungen im betroffenen Raum Eingang in die Betrachtung finden würden. Sowohl durch allgemeine Verbesserungen der Umweltsituation, beispielsweise durch eine Absenkung von Grenzwerten im Verkehrsbereich, als auch durch die Stilllegung einzelner Anlagen, hat sich in den vergangenen Jahren die Gesamtbelastung durch Stickstoff deutlich verringert. Der Effekt solcher Entlastungen bliebe bei einer Kumulationsbetrachtung, wie sie hier im Leitfaden gefordert wird, völlig außer Betracht. Es muss aber zumindest auch die Berücksichtigung aller Entlastungseffekte möglich sein.

Schließlich ist auch nach dem Leitfaden eine Betrachtung der 3 %-Bagatellschwelle und eine damit im Zusammenhang stehende Kumulationsprüfung nur dann erforderlich, wenn die Vorbelastung den jeweiligen CL übersteigt. D. h., dass Belastungen durch andere Projekte seit 2004, wenn überhaupt, nur dann zu berücksichtigen wären, wenn zu diesem Zeitpunkt der CL durch die Vorbelastung bereits überschritten war. Dies lässt sich rückblickend praktisch nicht ermitteln. Auch insoweit ist festzustellen, dass die empfohlene Prüfmethodik zu einer unverhältnismäßigen Überbewertung der Belastung führen wird.

d) **3 %-Bagatellregelung liefere leer**

Nach der Prüfempfehlung des Leitfadens kann die 3 %-Bagatellregelung nur einmal ausgenutzt werden. Es ist jedoch davon auszugehen, dass bei Durchführung der empfohlenen Kumulationsprüfung die 3 %-Bagatellschwelle in vielen Fällen schon überschritten ist, so dass sich dann die weiteren Arbeitsschritte der FFH-Prüfung bis hin zu einer Ausnahmeprüfung als Regelfall anschließen werden. Das Ziel, mit Anerkennung einer Bagatellschwelle – trotz der heute weitgehend bestehenden Überschreitung der CL durch die Vorbelastung – neue Projekte jedenfalls bis zu einem gewissen Grad hin noch zu ermöglichen, wird damit deutlich verfehlt.

Es wird in methodischer Hinsicht der Schein einer Bagatellregelung zu Gunsten neuer Vorhaben erzeugt, der tatsächlich jedoch trügt. Werden bereits seit 2004 realisierte Projekte in die Zusatzbelastung einbezogen, ist davon auszugehen, dass die 3 %-Bagatellschwelle in den meisten Fällen bereits überschritten ist. Jedenfalls wird dies in den kommenden Jahren der Fall sein. Die Bagatellregelung läuft damit faktisch leer. Wenn bei der Kumulationsprüfung auf das Datum der Unterschutzstellung abgestellt

werden soll, müsste die Bagatellschwelle wesentlich höher liegen.

e) Verschiebung eines flächendeckenden Problems in Einzelgenehmigungsverfahren, die zur Problemlösung nicht taugen

Das Problem besteht in einer derzeit flächendeckenden zu hohen Stickstoffbelastung, die nur zu einem kleinen Teil durch Verkehr und Industrie verursacht ist. Die vermeintliche Problemlösung wird durch diese Maßgabe des Leitfadens einseitig zulasten neuer Vorhaben verschoben. Das FFH-Recht stellt demgegenüber jedoch auch Instrumente zur Verfügung, eine solche einseitige Benachteiligung zu vermeiden. Stellt die Überschreitung der CL durch die aktuelle Vorbelastung tatsächlich ein Problem dar, ist es Aufgabe staatlicher Stellen, durch eine entsprechende Managementplanung in den betroffenen FFH-Gebieten für Abhilfe zu sorgen. Die Aufgabe der Managementplanung wurde auch in Deutschland bisher nicht genügend ernst genommen und wird auch in diesem Zusammenhang noch immer nicht als das geeignete und rechtlich probate Mittel der Problemlösung erkannt. Selbst wenn man die Managementplanung nicht allein als ausreichend ansieht, können flächendeckende CL-Überschreitungen angemessen mit den Mitteln der allgemeinen Luftreinhaltung bekämpft werden bzw. damit, die eigentlichen Verursacher hierfür in die Pflicht zu nehmen. Die Problematik kann jedenfalls nicht in Genehmigungsverfahren für einzelne Vorhaben gelöst werden.

f) Kompromissvorschlag

Es ist bereits trotz der eingangs geschilderten rechtlichen Situation im Sinne eines Kompromisses vorgeschlagen worden, nur die bereits realisierten Projekte der kumulativen Zusatzbelastung zuzuordnen, die nach Veröffentlichung des jeweiligen Datensatzes des UBA umgesetzt wurden (s. Gutachten zu „Rechtsfragen bei der Entwicklung eines Konzepts zur Bewertung von Stickstoffeinträgen nach dem Maßstab sog. Critical Loads im Rahmen von FFH-Verträglichkeitsprüfungen“ im Auftrag des BDI, RA Dr. Fellenberg, Juli 2014).

Hierdurch würde vermieden, dass nicht rechtssicher und mit angemessenem Aufwand zu leistende Ermittlungen bis in die weite Vergangenheit zurück durchzuführen wären und es würden gleichermaßen Be- und Entlastungen berücksichtigt. Dagegen wurde als Kritik vorgebracht, dass die 3%-Bagatellschwelle dann mit jeder Aktualisierung des Datensatzes des UBA neu eröffnet würde. Dies überzeugt nicht: Was bei dieser Lösung der Vorbelastung zugerechnet wird, hängt zwar in der Tat vom Aktualisierungsdatum der Daten des UBA ab. Hierin mag man eine gewisse Zufälligkeit sehen. Diese wird jedoch auch in anderen Bereichen bei Umweltprüfungen hingenommen.

Die ggf. mögliche mehrfache Ausnutzung der 3%-Bagatellschwelle ist konsequente Folge und Gebot des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Für das BVerwG ist dieser aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EUV folgende Grundsatz Basis für die Anerkennung der Bagatellschwelle (BVerwG, Beschluss vom 5.9.2012 – 7 B 24.12, Rz. 7). Dies läuft nicht den Zielen der Richtlinie zuwider. Zum einen geht die Gesamtbelastung insgesamt zurück. Zum anderen verlangt die FFH-Richtlinie nicht, durch flächendeckende Überschreitungen von CL entstehende Probleme durch einzelvorhabensbezogene Genehmigungsverfahren zu lösen. Hierfür stehen andere Instrumente zur Verfügung, wie die FFH-Managementplanung in den FFH-Gebieten sowie die räumlich übergreifende Luftreinhalteplanung.

Schließlich wird eingewandt, dass Aktualisierungen des Datensatzes von Vorhabenträgern gezielt abgewartet werden könnten, um bei ihrer Prüfung von einer geringeren kumulativen Zusatzbelastung ausgehen zu können. Das kann im Regelfall ausgeschlossen werden. Besteht für ein Vorhaben ein nachgewiesener Bedarf, so wird es unabhängig von der Aktualisierungspraxis des UBA geplant und vorangetrieben. Was bleibt, sind Fälle gezielter Missbrauchs, denen mit einer Missbrauchsklausel begegnet werden kann.

Fazit:

Für eine Einbeziehung bereits realisierter Projekte in die Kumulationsprüfung gemäß Art. 6 Abs. 3 FFH-Richtlinie besteht keine Rechtsgrundlage. Bereits realisierte Projekte sind Teil der Vorbelastung und kennzeichnen den aktuellen Erhaltungszustand, der Grundlage der Verträglichkeitsprüfung ist. Sie unterliegen zudem dem allgemeinen Verschlechterungsverbot des Art. 6 Abs. 2 FFH-Richtlinie. Die anderslautende Prüfempfehlung des Leitfadens beruht auf einem rechtlichen Fehlverständnis und führt zu unverhältnismäßigen Ergebnissen. Sollte dennoch an dieser Empfehlung festgehalten und jede Kompromissmöglichkeit ausgeschlossen werden, muss auf eine ausdrückliche Klarstellung zum Anwendungsbereich der Kumulationsprüfung nach Art. 6 Abs. 3 FFH-Richtlinie hingewirkt werden.