

**PETER KREMER**  
RECHTSANWALT

PK

RA Kremer Heinrich-Roller-Straße 19 10405 Berlin

Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
Heinrich-Roller-Straße 19  
10405 Berlin

TEL: 030/288 76 783  
FAX: 030/288 76 788  
Funk: 0172 – 64 64 425

**Rechtsgutachterliche Stellungnahme**

**Rechtliche Kategorisierung der südlich des gemeldeten Vogelschutzgebiets  
V 64 „Marschen am Jadebusen“ gelegenen Flächen für Rastvögel**

**Vereinbarkeit mit der geplanten Küstenautobahn**

Im Auftrag des Schutz- und Klagefonds  
gegen die Planung und den Bau der Küstenautobahn A 22

Von Rechtsanwalt Peter Kremer

[www.peter-kremer.de](http://www.peter-kremer.de)  
[www.umweltschuetze.de](http://www.umweltschuetze.de)

eMail:  
[rechtsanwalt@peter-kremer.de](mailto:rechtsanwalt@peter-kremer.de)

Mo - Fr 9 - 16 Uhr

## Zusammenfassung

Die Flächen der „Südlichen Jader Marsch“ sind nach den Kriterien des EuGH und des BVerwG als faktisches Vogelschutzgebiet anzusehen.

Anhand der Daten des vom NABU Oldenburger Land e. V. und BUND Kreisgruppe Wesermarsch in Auftrag gegebenen Rastvogelgutachtens „Vorkommen und räumliche Verteilung von Rastvögeln zwischen Jaderberg und Rodenkirchen/Landkreis Wesermarsch“ vom 10. Juli 2009 sind entsprechende Überprüfungen durch die Landesbehörden vorzunehmen.

Durch Bau und Betrieb der Küstenautobahn A 22 würde es zu einer Beeinträchtigung von rund 22 % der ornithologisch wertvollen Flächen der „Südlichen Jader Marsch“ und rund 3 % der Flächen des zu erweiternden Vogelschutzgebiets kommen. Dies würde eine erhebliche Beeinträchtigung des Vogelschutzgebiets darstellen.

Damit wäre auch das Erheblichkeitskriterium des § 42 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG erfüllt. Die Voraussetzungen des § 43 Abs. 8 BNatSchG für eine Ausnahme liegen nicht vor, da sich der Erhaltungszustand der Population der Art verschlechtern würde und außerdem zumutbare Alternativen vorliegen. Bei Anwendung der Ausnahmenvoraussetzungen des Art 9 VS-RL, den die nationale Rechtsprechung ergänzend heranzieht, wäre eine Ausnahme von vornherein nicht zu rechtfertigen, da keiner der Ausnahmetatbestände (im Interesse der Volksgesundheit und der öffentlichen Sicherheit, im Interesse der Sicherheit der Luftfahrt, zur Abwendung erheblicher Schäden an Kulturen, Viehbeständen, Wäldern, Fischereigeieten und Gewässern, zum Schutz der Pflanzen- und Tierwelt) vorliegt.

### 1. Aufgabenstellung

Der Unterzeichner wurde beauftragt, die Ergebnisse der dieser Stellungnahme beigefügten Rastvogelkartierung rechtlich zu bewerten und insbesondere im Hinblick auf die geplante Küstenautobahn A 22 zu untersuchen.

Ziel der beigefügten Rastvogelkartierung war die Untersuchung verschiedener Flächen, die von der geplanten Autobahn direkt oder indirekt betroffen sein werden, hinsichtlich ihrer ornithologischen Wertigkeit für Rastvögel. Hintergrund dieser Untersuchung ist die Vermutung von Naturschutzverbänden, dass zahlreiche Flächen, die im Beeinträchtigungsband der Autobahn liegen, eine hohe Wertigkeit für Rastvögel besitzen und es dadurch zu einer Beeinträchtigung sowohl nahe gelegener Vogelschutzgebiete als auch der Bestimmungen nationalen und europäischen Artenschutzrechts kommen würde. Nach den Ergebnissen der Rastvogelkartierung hat sich dies insbesondere für die Flächen der sog. „Südlichen Jader Marsch“ bestätigt.

### 2. Bedeutung der Flächen „Südliche Jader Marsch“

Die herausgehobene Bedeutung des Teilgebietes „Südliche Jademarsch“, das direkt an die Flächen des Vogelschutzgebietes „Marschen am Jadebusen“ anschließt und von der Vorzugstrasse der A 22 gekreuzt würde, ergibt sich aus Ziff. 5.2., Tabelle 4 des Gutachtens. Hinsichtlich der Weißwangengans wurden in drei Wintern Vorkom-

men festgestellt, die das Gebiet zu einem Rastvogelgebiet internationaler Bedeutung machen. Hinsichtlich der Blässgans traf dies für zwei von drei untersuchten Wintern zu. Hinsichtlich der Pfeifente und der Sturmmöve wurden außerdem jeweils nationale Bedeutungsschwellen erreicht.

Die untersuchte Teilfläche „Südliche Jader Marsch“ muss nach den sog. IBA-Kriterien als Vogelschutzgebiet ausgewiesen werden und gilt demnach derzeit als sog. faktisches Vogelschutzgebiet. Im Rahmen der Erstellung der IBA-Gebietskulisse wurde diese Fläche bisher nicht untersucht, wie in dem Rastvogelgutachten unter Ziff. 5.9 dargestellt wird. Aus diesem Grund ist die Fläche bisher auch nicht in der IBA-Gebietskulisse enthalten. Aufgrund der aktuellen Untersuchungen ist jedoch zu erwarten, dass bei der nächsten Revision der IBA-Gebietskulisse, also zeitlich deutlich vor der Entscheidung über das entsprechende Teilstück der geplanten Küstenautobahn, das Gebiet in die Gebietskulisse aufgenommen ist.

Zur Aktualisierungspflicht der Mitgliedsstaaten unabhängig vom IBA-Verzeichnis siehe EuGH, Urteil vom 23. März 2006 - Rs. C-209/04 (Hervorhebungen durch den Unterzeichner):

44 Was das Vorbringen der österreichischen Regierung anbelangt, dass sie sich auf die 1995 vom Umweltbundesamt in Zusammenarbeit mit BirdLife durchgeführte Studie *Important Bird Areas in Österreich* als einzige verlässliche Bestandsaufnahme und wissenschaftliche Bewertung zur Zeit der Auswahl und Ausweisung des Lauteracher Rieds als BSG gestützt habe, genügt die Feststellung, **dass die Ausweisungsverpflichtung, wie die Kommission zu Recht geltend macht, nicht durch den Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse zu einem bestimmten Zeitpunkt beschränkt wird.**

45 In der Tat ist aus dem Akt ersichtlich, **dass weitere ornithologische Studien und Gutachten mit wissenschaftlichem Charakter sowie jüngere Überwachungsergebnisse als diejenigen, aufgrund deren die Ausweisung des BSG Lauteracher Ried erfolgte, vorliegen. Auf der Grundlage dieser Anhaltspunkte, deren Richtigkeit von der Republik Österreich nicht bestritten wird, musste also die Ausweisung dieses BSG überprüft werden.**

In dem Rastvogelgutachten wird gezeigt, dass es sich bei dem Gebiet um eines der geeignetsten Gebiete für die Weißwangengans und voraussichtlich auch für die Blässgans handelt, so dass auch nach den Kriterien der Vogelschutzrichtlinie das Gebiet als Vogelschutzgebiet ausgewiesen werden muss.

Darüber hinaus wird in dem Gutachten gezeigt, dass das Vogelschutzgebiet V 64 „Marschen am Jadebusen“ seiner Funktion nicht gerecht werden kann, wenn es durch die geplante Autobahn zu der zu erwartenden Beeinträchtigung der Rastvogelflächen in dem Teiluntersuchungsgebiet „Südliche Jader Marsch“ kommt.

In dem Rastvogelgutachten wird gezeigt, dass die Gänse, die in dem Untersuchungsgebiet „Südliche Jader Marsch“ gesehen wurden, sowohl in überregionalen Austauschbeziehungen als auch und insbesondere in lokalen Austauschbeziehungen zu den Flächen des nachgemeldeten Vogelschutzgebiets „Marschen am Jadebusen“ stehen. Kleingewässer und die Wasserflächen der Jade in der „Südlichen Jader Marsch“ werden dabei auch direkt zum Schlafen aufgesucht. Auch wurde festgestellt, dass Gänse auf Nahrungsflächen übernachten. Von den zahlreichen Gänsen, deren

Einflug in die Flächen der „Südlichen Jader Marsch“ beobachtet werden konnten, kam ein großer Teil aus den Flächen des Vogelschutzgebiets.

Bei der Nachmeldung des Vogelschutzgebietes „Marschen am Jadebusen“ wies das Land Niedersachsen, wie in dem Gutachten dargestellt wird, darauf hin, dass die „Marschen am Jadebusen“ für die Weißwangengänse inzwischen eine eigene Gänseeregion, also eine lokale Population, darstellen. Es handelt sich auch nach Auffassung der Landesregierung Niedersachsen um ein international bedeutsames Rastgebiet. Auf die Funktion der Marschen als Nahrungs- und Rastflächen wird gesondert hingewiesen. Die besonders hohe Bedeutung der Flächen auch für die Blässgans sieht die niedersächsische Landesregierung in der weitgehenden Störungsfreiheit.

In dem Rastvogelgutachten wird unter Ziff. 6.4 dargelegt, dass regelmäßig mehr als 5.000 Individuen der Weißwangengänse und maximal bis zu 8.000 Weißwangengänse in der „Südlichen Jader Marsch“ rasten. Dies entspricht 18 bis 27 % der Populationsgröße, die für das Vogelschutzgebiet „Marschen am Jadebusen“ angenommen wird.

Hinsichtlich der Blässgänse werden regelmäßig mehr als 4.000 Individuen und maximal fast 10.000 Individuen rastend in den Flächen der „Südlichen Jader Marsch“ festgestellt. Dies entspricht zwischen 50 und knapp 100 % der Populationsgröße, deretwegen das Vogelschutzgebiet „Marschen am Jadebusen“ ausgewiesen worden ist.

Die Bedeutung dieser Zahlen wird vor allem deutlich, wenn man sich klar macht, dass die Fläche der „Südlichen Jader Marsch“ nur etwa 1/8 der Fläche des ausgewiesenen Vogelschutzgebietes „Marschen am Jadebusen“ beträgt. Multipliziert man also in einer einfachen Rechnung die Anteile der beobachteten rastenden und nahrungssuchenden Gänse mit dem Flächenanteil, also mit 8, dann wird deutlich, dass die Flächen der „Südlichen Jader Marsch“ eine mindestens gleichwertige, wenn nicht sogar höhere Bedeutung haben als zahlreiche Flächen des gemeldeten Vogelschutzgebiets.

### **3. Beeinträchtigung durch die geplante Küstenautobahn A 22**

Die geplante Küstenautobahn A 22 wäre mit diesen Feststellungen und den daraus schlusszufolgernden rechtlichen Vorgaben nicht vereinbar. So wird in dem Rastvogelgutachten unter Ziff. 7 dargestellt, dass durch den Bau der Autobahn 13 ha Rast- und Nahrungshabitate unmittelbar verloren gingen.

Das Umfeld von Straßen wird von Vögeln, insbesondere von Gänsen, gemieden. In der in dem Rastvogelgutachten zitierten Arbeit des KIFL wird von Effektdistanzen von 500 m beidseitig ausgegangen. Dies würde einen Verlust von 235 ha bedeuten.

Aus der FFH-VP des VSG „Marschen am Jadebusen“ (undatiert), Anlage 4.15 zur beantragten Linienbestimmung, geht hervor, dass die Niedersächsische Landesbehörde sogar von noch größeren Effektdistanzen ausgeht. So heißt es darin auf S. 17:

*„Die Grünlandflächen an der Jader Straße (L 862) und im Umfeld von Jader Altendeich werden nach den Untersuchungen in einem Abstand von mind. 500 m gemieden. Das entspricht auch den im Forschungsvorhaben zu „Vögel und Verkehrslärm“ postulierten Effektdistanzen (S. Kapp. 5.3).“*

Wenn bereits für die L 862 von einer Meidung von mindestens 500 m ausgegangen werden muss, dürfte diese Meidung für eine Autobahn noch deutlich darüber liegen.

Selbst wenn man davon ausgeht, dass nicht die komplette Effektdistanz mit 100 % in den Bewertungsverlust der Flächen eingeht, wäre auch bei einer abgestuften Beeinträchtigung je nach Entfernung von mindestens 100 bis 150 ha Fläche auszugehen, die für die Vögel als Rast- und Nahrungsfläche nicht mehr zur Verfügung stünden. Hinzu kommt die nicht quantifizierbare Beeinträchtigung der Vögel durch die Barrierewirkung der Autobahn.

Durch die Errichtung und Inbetriebnahme der Autobahn käme es daher zu einer Beeinträchtigung des Vogelschutzgebietes „Marschen am Jadebusen“. Es ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass auch Beeinträchtigungen von außen als Beeinträchtigung der Schutzgebiete zu werten sind, wenn diese Beeinträchtigungen von außen dazu führen, dass die Erhaltungsziele des Schutzgebietes nicht mehr erreicht werden können.

Die Bedeutung der Flächen der „Südlichen Jader Marsch“ für die Gänsevorkommen in dem gemeldeten Vogelschutzgebiet wird in dem Rastvogelgutachten hinreichend deutlich gezeigt. Dabei gilt dies nicht nur für die „Südliche Jader Marsch“, sondern für nahezu alle untersuchten Flächen, in denen es ebenfalls zu einer Beeinträchtigung durch die Autobahn kommen würde. So erreichte laut Rastvogelgutachten das direkt angrenzende Untersuchungsgebiet Mentzhausen ebenfalls die Schwelle internationaler Bedeutung für die Blässgans in einem von zwei untersuchten Wintern, das weiter nordöstlich direkt angrenzende Teiluntersuchungsgebiet Neustadt für die Weißwangengans in einem untersuchten Winter, das weiter östlich angrenzende Gebiet Frieschenmoor-Lockfleth für die Weißwangengans und die Blässgans in jeweils einem Winter. Insgesamt müsste von einem Verlust von Nahrungs- und Rastflächen für einen erheblichen Teil der Gänse ausgegangen werden, deretwegen das Vogelschutzgebiet ausgewiesen worden ist.

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass die Tiere dann auf andere Flächen ausweichen könnten. Zum einen fehlt es für eine solche Einschätzung derzeit an allen Untersuchungen. Zum zweiten wird durch die oben skizzierte überdurchschnittliche Bedeutung der Rast- und Nahrungsflächen insbesondere in der „Südlichen Jader Marsch“ deutlich, dass andere geeignete Ausweichflächen nicht zur Verfügung stehen. Denn die Entfernung zwischen den Schlafplätzen der Gänse innerhalb des Vogelschutzgebietes und den Nahrungs- und Rastflächen in der „Südlichen Jader Marsch“ beträgt bis zu 12 km. Von der Südspitze des Jadebusens (nord-nordöstlicher Bereich des betroffenen Teilgebietes des V64) bis zur Südspitze der untersuchten Teilfläche „Südliche Jader Marsch“ sind es 10 km. Von der Nordwestecke des betroffenen Teilgebietes des V64 (am Südwestrand des Jadebusens) bis zur Südspitze der untersuchten Teilfläche „Südliche Jader Marsch“ sind es 12 km.

Alleine daraus lässt sich entnehmen, dass es sich bei diesen Flächen um ornithologisch bedeutsame Flächen handeln muss, für die es in der näheren Umgebung keinen Ersatz gibt. Denn würde es andere Flächen in der näheren Umgebung geben, würden die Vögel nicht derart weite Entfernungen für die Nahrungssuche auf sich nehmen.

Durch die Trassenführung der A22 durch das Gebiet der Südlichen Jader Marsch wird die Aufnahmekapazität des Gesamttraumes am Südlichen Jadebusen signifikant verkleinert. Kleinräumige Ausweichmöglichkeiten stehen in adäquater Qualität nicht zur Verfügung. Die verringerte Aufnahmekapazität des Gebietes kann zu großräumigem Ausweichverhalten in Richtung Westen führen. Dieser Zusammenhang wirkt sich insbesondere in Wintern mit Frostperioden, wenn das Gras nur langsam nachwächst und entsprechend knapp wird, negativ aus. Ausweichen nach Westen bedeutet längere Zugzeiten in die arktischen Brutgebiete und damit einen höheren Energieverbrauch mit der Folge einer geringeren Vitalität im Brutgebiet. Geringerer Brut-erfolg ist dann wahrscheinlich.

Somit ist festzustellen, dass durch Bau und Inbetriebnahme der Küstenautobahn bereits das gemeldete Vogelschutzgebiet beeinträchtigt würde.

#### 4. „Südliche Jader Marsch“ als faktisches Vogelschutzgebiet

Hinzu kommt, dass die Flächen der „Südlichen Jader Marsch“ selbst als Vogelschutzgebiet gemeldet werden müssen. Es käme dann zu einer Beeinträchtigung dieses Vogelschutzgebietes, die mit den Erhaltungszielen nicht vereinbar wäre. Diesbezüglich gilt das zum gemeldeten Vogelschutzgebiet soeben ausgeführte.

Zu den Kriterien für die Annahme faktischer Vogelschutzgebiete hat sich der EuGH in der Entscheidung vom 13.12.2007, C-418/04, ausführlich geäußert (Hervorhebungen durch den Unterzeichner):

46 Insofern ist daran zu erinnern, dass Art. 4 der Vogelschutzrichtlinie eine besonders gezielte und verstärkte Schutzregelung für die in Anhang I aufgeführten Arten und die Zugvogelarten vorsieht, die dadurch gerechtfertigt ist, dass es sich um die Arten handelt, die am stärksten bedroht sind bzw. ein gemeinsames Erbe der Gemeinschaft darstellen (Urteil vom 13. Juli 2006, Kommission/Portugal, C-191/05, Slg. 2006, I-6853, Randnr. 9 und die dort angeführte Rechtsprechung). Im Übrigen ergibt sich aus dem neunten Erwägungsgrund dieser Richtlinie, dass Schutz, Pflege oder Wiederherstellung einer ausreichenden Vielfalt und einer ausreichenden Flächengröße der Lebensräume für die Erhaltung aller Vogelarten unentbehrlich ist. Die Mitgliedstaaten sind daher verpflichtet, die zur Erhaltung dieser Arten erforderlichen Maßnahmen zu erlassen (Urteil vom 28. Juni 2007, Kommission/Spanien, C-235/04, Slg. 2007, I-0000, Randnr. 23).

47 Zu diesem Zweck ist eine **Aktualisierung der wissenschaftlichen Daten** erforderlich, um die Lage der am meisten bedrohten Arten und der Arten, die ein gemeinsames Erbe der Gemeinschaft darstellen, zu ermitteln, damit die geeignetsten Gebiete zu BSG erklärt werden.

(...)

84 Denn nach ständiger Rechtsprechung unterliegen die Gebiete, die nicht zu BSG erklärt wurden, obwohl dies erforderlich gewesen wäre, weiterhin der Regelung des Art. 4 Abs. 4 Satz 1 der Vogelschutzrichtlinie, da sonst die in dieser Richtlinie genannten Schutzziele, wie sie im neunten Erwägungsgrund ausdrücklich angeführt sind, nicht erreicht werden könnten (vgl. Urteile vom 2. August 1993, Kommission/Spanien, Randnr. 22, sowie vom 7. Dezember 2000, Kommission/Frankreich, C-374/98, Slg. 2000, I-10799, Randnrn. 47 und 57).

(...)

124 Die Kommission macht geltend, dass Irland seiner Verpflichtung aus Art. 4 Abs. 1 und 2 der Vogelschutzrichtlinie nicht nachgekommen sei, weil es bestimmte Gebiete nur teilweise als BSG ausgewiesen habe. In zahlreichen Fällen seien die Grenzen der BSG so gezogen worden, dass **angrenzende gleichwertige Zonen von ornithologischem Interesse**, die im IBA 2000 aufgeführt worden seien, ausgeschlossen worden seien. Diese Beanstandungen erhebt die Kommission in Bezug auf insgesamt 37 Gebiete.

125 **Die Grenzen der BSG seien nach ornithologischen und nicht nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten festzulegen**; die irischen Behörden hätten jedoch im Gegensatz dazu die BSG in vielen Fällen auf im Eigentum der öffentlichen Hand stehende Flächen beschränkt und eine Ausweisung von Gebieten unterlassen, wenn dem wirtschaftliche Interessen ernsthaft entgegengestanden hätten.

(...)

137 Sodann geht aus den Akten hervor, dass die Kommission ein ornithologisches Gutachten der Dublin Bay Watch vom November 2002 vorgelegt hat, das sich auf der Grundlage einer Bewertung der ornithologischen Auswirkungen des Auffüllungsvorhabens für eine Einbeziehung dieser Gebiete in das BSG Sandymount Strand and Tolka Estuary aussprach. In dieser von den irischen Behörden nicht bestrittenen Studie wird dargelegt, wie die Generalanwältin in Nr. 72 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, dass verschiedene Arten das ausnahmsweise trocken fallende Gelände **überdurchschnittlich stark nutzen**. Außerdem fallen zumindest **einige Flächen** auch bei weniger extremen Gezeiten trocken und **können von Vögeln genutzt werden**. Schließlich wird die Fläche nicht nur von Wattvögeln, sondern z. B. auch von Seeschwalben genutzt, die auf das Trockenfallen nicht angewiesen sind.

138 Es ist festzustellen, dass das erste in Rede stehende Gebiet integraler Bestandteil des Feuchtgebiets ist und als BSG hätte ausgewiesen werden müssen. Infolgedessen ist die Klage in Bezug auf das erste Gebiet, das vom ursprünglichen Vorhaben zur Erweiterung des BSG Sandymount Strand and Tolka Estuary ausgenommen wurde, begründet.

139 Das zweite Gebiet bestand aus einem 2,2 ha großen Wattgebiet an der Mündung der Tolka, das der Kommission zufolge beim Bau des Hafentunnels von Dublin, der von der Dublin Corporation (die zum Dublin City Council [Stadtverwaltung von Dublin] geworden ist) getragen wird, zerstört wurde. Die Kommission trägt vor, dass das ausgenommene Gebiet zwar klein gewesen sei, aber Eigenschaften aufgewiesen habe, die denen eines vollständigen Ökosystems, d. h. den Eigenschaften von Wattflächen, ähnelten, **und es sei regelmäßig von Vögeln, die von dem gesamten Ökosystem abhängig seien, nämlich vom Austernfischer (*Haematopus ostralegus*) und vom Rotschenkel, genutzt worden**. Die stückweise Herausnahme von Teilen eines integrierten Feuchtgebiets untergrabe die Ziele der Vogelschutzrichtlinie.

140 Irland vertritt die Auffassung, dass sich nur eine sehr geringe Zahl von Austernfischern und Rotschenkeln in dem 2,2 ha großen Wattgebiet aufhalte, das als Nahrungsgebiet nur für sehr kurze Zeiträume trocken falle. Das Gebiet werde daher für die Einbeziehung in das betreffende BSG nicht als bedeutend angesehen. Die bei der Entscheidungsfindung angewendeten Kriterien seien wissenschaftlich einwandfreie ornithologische Kriterien gewesen. Der Auffassung der Kommission, wonach der Verlust des 2,2 ha großen Gebiets eine erhebliche Beeinträchtigung der Lebensräume der Vögel und eine Störungsquelle darstelle, könne nicht gefolgt werden; die Kommission habe für ihre Auffassung keinen wissenschaftlichen oder objektiv nachprüfbaren Beweis vorlegen können.

141 Hinsichtlich des zweiten Gebiets ist daran zu erinnern, dass die Ausweisung von Gebieten als BSG nach der in Randnr. 39 des vorliegenden Urteils zitierten Rechtsprechung **ausschließlich den in der Vogelschutzrichtlinie festgelegten ornithologischen Kriterien gehorcht**.

142 Die Kommission vertritt daher zu Recht die Auffassung, dass die Ausweisung eines BSG **nicht das Ergebnis einer isolierten Prüfung des ornithologischen Werts jeder einzelnen der in Rede stehenden Flächen sein kann, sondern unter Berücksichtigung der natürlichen Grenzen des Feuchtgebiets erfolgen muss und dass die ornithologischen Kriterien, auf denen die Ausweisung ausschließlich zu beruhen hat, wissenschaftlich begründet sein müssen**. Denn die Ver-

wendung fehlerhafter, angeblich ornithologischer Kriterien könnte auf eine falsche Festlegung der Grenzen von BSG hinauslaufen.

143 Im vorliegenden Fall steht fest, dass die in Rede stehende Fläche durch eine den Fluss querende Straße vom restlichen Mündungsgebiet getrennt wird und als Watt die gleichen Eigenschaften aufweist wie das gesamte Gebiet der Bucht von Dublin.

144 Außerdem ergibt sich aus der im Juli 1998 veröffentlichten Umweltverträglichkeitsprüfung, auf die sich beide Parteien während des Verfahrens gestützt haben, dass diese Fläche **von einem Teil der Wildvögel**, die in dem BSG Sandymount Strand and Tolka Estuary vorkommen, **als Nahrungsgebiet genutzt wird**.

145 **Es ist daher festzustellen, dass das zweite Gebiet von drei der neun Vogelarten, die dafür ausschlaggebend sind, dass die Bucht von Dublin als Gebiet von ornithologischer Bedeutung eingestuft wird, als Nahrungsgebiet genutzt wird. Das Gebiet wird von diesen Art in dem zu erwartenden durchschnittlichen Umfang, wenn nicht sogar darüber hinaus genutzt. Folglich ist dieses Gebiet integraler Bestandteil des Feuchtgebiets und hätte deshalb ebenfalls als BSG ausgewiesen werden müssen.**

146 Folglich ist die Klage hinsichtlich des zweiten Gebiets, das nicht in das BSG Sandymount Strand and Tolka Estuary einbezogen worden ist, begründet.

(...)

153 Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs verpflichtet Art. 4 Abs. 1 und 2 der Vogelschutzrichtlinie die Mitgliedstaaten dazu, die BSG mit einem rechtlichen Schutzstatus auszustatten, der geeignet ist, u. a. das Überleben und die Vermehrung der in Anhang I aufgeführten Vogelarten sowie die Vermehrung, die Mauser und die Überwinterung der nicht in Anhang I aufgeführten, regelmäßig auftretenden Zugvogelarten sicherzustellen (Urteil vom 18. März 1999, Kommission/Frankreich, C-166/97, Slg. 1999, I-1719, Randnr. 21 und die dort angeführte Rechtsprechung).

159 **Wie in Randnr. 64 des vorliegenden Urteils ausgeführt, hat der Gerichtshof außerdem entschieden, dass der Genauigkeit der Umsetzung bei der Vogelschutzrichtlinie insofern besondere Bedeutung zukommt, als die Verwaltung des gemeinsamen Erbes den Mitgliedstaaten für ihr jeweiliges Hoheitsgebiet anvertraut ist.**

(...)

169 Die Kommission trägt vor, dass es Irland seit 1981 versäume, sicherzustellen, dass die Bestimmungen des Art. 4 Abs. 4 Satz 1 der Vogelschutzrichtlinie auf Gebiete angewandt würden, **die nach dieser Richtlinie als BSG hätten ausgewiesen werden müssen, bei denen dies aber unterblieben sei**. In Anbetracht des Umfangs der unzureichenden Ausweisung von BSG seitens der irischen Behörden könne diese Unterlassung erhebliche Auswirkungen auf die Erhaltung der betreffenden Vogelarten haben.

(...)

172 Wie bereits in Randnr. 84 des vorliegenden Urteils ausgeführt, **könnten die in der Vogelschutzrichtlinie genannten Schutzziele**, wie sie im neunten Erwägungsgrund dieser Richtlinie ausdrücklich angeführt sind, nicht erreicht werden, **wenn die Mitgliedstaaten die sich aus Art. 4 Abs. 4 dieser Richtlinie ergebenden Verpflichtungen nur in den Fällen einhalten müssten, in denen zuvor ein BSG ausgewiesen wurde**.

173 Wie sich außerdem aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt, bestimmt Art. 7 der Habitatrichtlinie, dass Art. 6 Abs. 2 bis 4 dieser Richtlinie ab dem Datum für die Anwendung der Habitatrichtlinie bzw. ab dem Datum, zu dem das betreffende Gebiet von einem Mitgliedstaat entsprechend der Vogelschutzrichtlinie zum BSG erklärt wird, an die Stelle von Art. 4 Abs. 4 Satz 1 der Vogelschutzrichtlinie tritt. **Die Gebiete, die nicht zu BSG erklärt wurden, obwohl dies erforderlich gewesen wäre, unterliegen somit offenkundig weiterhin der Regelung des Art. 4 Abs. 4 Satz 1 der Vogel-**



**schutzrichtlinie (Urteil vom 7. Dezember 2000, Kommission/Frankreich, C-374/98, Randnrn. 46 und 47).**

(...)

254 **Unter Berücksichtigung insbesondere des Vorsorgegrundsatzes**, der eine der Grundlagen der Politik eines hohen Schutzniveaus ist, die die Gemeinschaft im Bereich der Umwelt gemäß Art. 174 Abs. 2 Unterabs. 1 EG verfolgt, und in dessen Licht die Habitatrichtlinie auszulegen ist, ist bei Zweifeln hinsichtlich des Fehlens erheblicher Auswirkungen eine solche Prüfung vorzunehmen (vgl. Urteil Waddenvereinigung und Vogelbeschermingsvereinigung, Randnr. 44).

(...)

276 Nach alledem ist festzustellen, dass Irland dadurch gegen seine Verpflichtungen aus Art. 4 Abs. 1, 2 und 4 und Art. 10 der Vogelschutzrichtlinie sowie gegen Art. 6 Abs. 2 bis 4 der Habitatrichtlinie verstoßen hat, dass es versäumt hat

- seit dem 6. April 1981 gemäß Art. 4 Abs. 1 und 2 der Vogelschutzrichtlinie alle Gebiete auszuweisen, die zahlen- und flächenmäßig am geeignetsten sind für die in Anhang I genannten Arten, mit Ausnahme der zur Erhaltung der grönländischen Blessgans bestimmten Gebiete, und für in Anhang I nicht genannte regelmäßig auftretenden Zugvogelarten, mit Ausnahme der zum Schutz des Kiebitzes, des Rotschenkels, der Bekassine und des Großen Brachvogels bestimmten Gebiete;
- seit dem 6. April 1981 sicherzustellen, dass die Bestimmungen des Art. 4 Abs. 4 Satz 1 der Vogelschutzrichtlinie auf Gebiete angewandt werden, die gemäß dieser Richtlinie als BSG auszuweisen sind,
- die Erfordernisse des Art. 4 Abs. 4 Satz 2 der Vogelschutzrichtlinie vollständig und ordnungsgemäß in nationales Recht umzusetzen und anzuwenden,

(...)

Aus dieser Entscheidung des EuGH geht hervor, dass schon bei einem deutlich geringeren „Verzahnungsgrad“ zwischen den Flächen eines Vogelschutzgebiets und den umliegenden Flächen diese mit zum Vogelschutzgebiet gerechnet werden müssen und deshalb dem Status eines faktischen Vogelschutzgebiets unterliegen.

Hinzu kommt, dass die Beeinträchtigung faktischer Vogelschutzgebiete nicht dem verminderten Schutzstandard der FFH-RL unterliegt. Denn der Übergang in das Schutzregime der FFH-RL setzt voraus, dass die Flächen außenverbindlich und rechtswirksam als Vogelschutzgebiete festgesetzt worden sind und entsprechende Rechtsvorschriften zur Erreichung der Erhaltungsziele erlassen worden sind. Solange dies nicht der Fall ist, sind die rechtlichen Hürden für Planungen innerhalb dieses Gebietes noch deutlich höher.

Der Feststellung, dass insbesondere die Flächen der „Südlichen Jader Marsch“ als faktisches Vogelschutzgebiet anzusehen sind, steht auch die Entscheidung des BVerwG zur A 4 bei Jena, , 13.3.2008, 9 VR 9/04, nicht entgegen. Die in diesem Fall strittigen Flächen erreichen bei weitem nicht die ornithologische Bedeutung der Flächen der „Südlichen Jader Marsch“ (Hervorhebungen durch den Unterzeichner):

13

Nach Art. 4 Abs. 1 Satz 4 VRL erklären die Mitgliedstaaten insbesondere die für die Erhaltung der im Anhang I aufgeführten Vogelarten zahlen- und flächenmäßig geeignetsten Gebiete zu Schutzgebieten, wobei die Erfordernisse des Schutzes dieser Arten in dem geographischen Meeres- und Landge-

biet, in dem die Richtlinie Anwendung findet, zu berücksichtigen sind. Art. 4 Abs. 2 VRL ergänzt diese Bestimmung dahin, dass die Mitgliedstaaten unter Berücksichtigung der Schutzerfordernisse die entsprechenden Maßnahmen für die nicht in Anhang I aufgeführten, regelmäßig auftretenden Zugvogelarten hinsichtlich ihrer Vermehrungs-, Mauser- und Überwinterungsgebiete sowie der Rastplätze in ihren Wanderungsgebieten treffen.

14

Aus diesen Regelungen folgt jedoch nicht, dass sämtliche Landschaftsräume unter Schutz gestellt werden müssen, in denen vom Aussterben oder sonst bedrohte Vogelarten vorkommen. Vielmehr haben die Mitgliedstaaten die Gebiete auszuwählen, die im Verhältnis zu anderen Landschaftsteilen am besten die Gewähr für die Verwirklichung der Richtlinienziele bieten. Schutzmaßnahmen sind danach zu ergreifen, soweit sie erforderlich sind, um das Überleben und die Vermehrung der in Anhang I aufgeführten Vogelarten und der in Art. 4 Abs. 2 VRL angesprochenen Zugvogelarten sicherzustellen. Die Auswahlentscheidung hat sich ausschließlich an diesen ornithologischen Erhaltungszielen zu orientieren. Eine Abwägung mit anderen Belangen findet nicht statt. Unter Schutz zu stellen sind die Landschaftsräume, die sich nach ihrer Anzahl und Fläche am ehesten zur Arterhaltung eignen. Welche Gebiete hierzu zählen, legt das Gemeinschaftsrecht nicht im Einzelnen fest. Jeder Mitgliedstaat muss das Seine zum Schutz der Lebensräume beitragen, die sich auf seinem Hoheitsgebiet befinden. Entscheidend ist die ornithologische Wertigkeit, die nach quantitativen und nach qualitativen Kriterien zu bestimmen ist. Je mehr der im Anhang I aufgeführten oder in Art. 4 Abs. 2 VRL genannten Vogelarten in einem Gebiet in einer erheblichen Anzahl von Exemplaren vorkommen, desto höher ist der Wert als Lebensraum einzuschätzen. Je bedrohter, seltener oder empfindlicher die Arten sind, desto größere Bedeutung ist dem Gebiet beizumessen, das die für ihr Leben und ihre Fortpflanzung ausschlaggebenden physischen und biologischen Elemente aufweist. Nur Lebensräume und Habitate, die unter Berücksichtigung dieser Maßstäbe für sich betrachtet in signifikanter Weise zur Arterhaltung beitragen, gehören zum Kreis der im Sinne des Art. 4 VRL geeignetsten Gebiete (vgl. EuGH, Urteil vom 2. August 1993 - Rs. C-355/90 - a.a.O. Rn. 26 ff.; BVerwG, Urteil vom 21. Juni 2006 - BVerwG 9 A 28.05 - BVerwGE 126, 166 <168 f.>; Beschlüsse vom 24. Februar 2004 - BVerwG 4 B 101.03 - juris Rn. 13 und vom 12. Juni 2003 - BVerwG 4 B 37.03 - NVwZ 2004, S. 98; Urteil vom 31. Januar 2002 - BVerwG 4 A 15.01 - Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr. 168 S. 95 f.).

15

Ob eine Ausweisung als Vogelschutzgebiet aus sachfremden Erwägungen unterblieben ist, ist gerichtlich voll überprüfbar. Die Identifizierung europäischer Vogelschutzgebiete in den Bundesländern unterliegt dagegen nur einer eingeschränkten Überprüfung durch die Verwaltungsgerichte. Art. 4 Abs. 1 Satz 4 VRL eröffnet den Mitgliedstaaten nämlich einen fachlichen Beurteilungsspielraum in der Frage, welche Gebiete nach ornithologischen Kriterien für die Erhaltung der in Anhang 1 der Richtlinie aufgeführten Vogelarten "zahlen- und flächenmäßig" am geeignetsten sind (EuGH, Urteile vom 28. Februar 1991 - Rs. C-57/89 - a.a.O. Rn. 20, vom 2. August 1993 - Rs. C-355/90 - a.a.O. Rn. 26 und vom 23. März 2006 - Rs. C-209/04 - Slg. 2006, I-2755 Rn. 33; BVerwG, Urteile vom 21. Juni 2006 - BVerwG 9 A 28.05 - a.a.O. und vom 14. November 2002 - BVerwG 4 A 15.02 - BVerwGE 117, 149 <155>).

16

Das Melde- und Gebietsausweisungsverfahren hat einen fortgeschrittenen Stand erreicht, so dass zwischenzeitlich in Deutschland das von der Vogelschutzrichtlinie angestrebte zusammenhängende Netz der Vogelschutzgebiete entstanden ist (vgl. Art. 4 Abs. 3 VRL). Dementsprechend verringert sich die gerichtliche Kontrolldichte und unterliegt Parteivorbringen, es gebe ein faktisches Vogelschutzgebiet, das eine "Lücke im Netz" schließe, besonderen Darlegungsanforderungen (vgl. Urteile vom 21. Juni 2006 - BVerwG 9 A 28.05 - a.a.O. S. 170 und vom 14. November 2002 - BVerwG 4 A 15.02 - a.a.O. S. 155 f.). Derzeit zeichnet sich nicht ab, dass ein Nachweis dafür geführt werden kann, dass - wie die Antragstellerin vermutet - sachfremde Erwägungen dafür ausschlaggebend waren, das Waldgebiet "Doberau" nicht in das Vogelschutzgebiet Nr. 33 einzubeziehen. Vielmehr spricht Vieles dafür, dass die Abgrenzung des Vogelschutzgebietes Nr. 33 auch aus ornithologischer Sicht vertretbar ist.

17

Zwar ist der Antragstellerin darin zuzustimmen, dass das Waldgebiet "Doberau" als naturschutzfachlich wertvoll einzuschätzen ist, wie sich das auch dem Landschaftspflegerischen Begleitplan entnehmen lässt. Insbesondere ist dort festgehalten, dass die von der Neubautrasse durchschnittenen Waldstrukturen ein wichtiges Verbindungselement für den Lebensraumverbund zwischen den Waldflächen

des Leutratales und den Waldflächen im Raum Nennsdorf darstellen. Jedoch ist nicht jedes Gebiet, auch wenn es als naturschutzfachlich wertvoll einzuschätzen ist, dort schützenswerte Vogelarten vorfinden oder diese Vogelarten dort zumindest einen Funktionsraum vorfinden, als ein faktisches Vogelschutzgebiet zu betrachten, sondern vielmehr nur ein solches, das die oben genannten Kriterien erfüllt.

18

Wenn bei der Auswahl und Abgrenzung eines Vogelschutzgebietes nach ornithologischen Kriterien vorzugehen ist, besagt dies zwar, dass die Notwendigkeit besserer Verkehrsverbindungen als Rechtfertigung für diese Entscheidungen untauglich ist (vgl. EuGH, Urteil vom 2. August 1993 - Rs. C-355/90 - a.a.O. Rn. 37). Die mit der Vogelschutzrichtlinie verfolgte Zielsetzung verbietet es jedoch nicht, dass ornithologische Gesichtspunkte, die für eine bestimmte Abgrenzung sprechen, mit sonstigen raumordnerischen Gründen zusammenfallen. Der von der Antragstellerin geäußerte Verdacht, dass das Gebiet westlich von Oßmaritz nur deswegen ausgespart worden sei, um die Neubauvariante zu ermöglichen, ist auf der Grundlage des derzeitigen Erkenntnisstandes nicht zu erhärten.

19

Die Einrichtung des Vogelschutzgebietes Nr. 33 steht im Zusammenhang mit dem Vertragsverletzungsverfahren der EU-Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland. Die Kommission hat von verschiedenen Bundesländern, darunter auch dem Antragsgegner, die Nachmeldung weiterer Vogelschutzgebiete gefordert (Akte EG-VSG Nr. 33 Unterlage 2 S. 21). **Das Verzeichnis der "Important Bird Areas" (IBA) für Thüringen, das die Fläche des Vogelschutzgebietes Nr. 33 nicht aufführte, wurde von der Kommission nicht als zureichende fachliche Referenz für die Auswahl von besonderen Schutzgebieten (Special Protection Areas - SPA) gemäß der Vogelschutzrichtlinie gewertet.** Daraufhin wurde von der Thüringer Landesanstalt für Umwelt und Geologie in Abstimmung mit dem Thüringer Ministerium für Landwirtschaft, Naturschutz und Umwelt ein Fachkonzept mit wissenschaftlichen Kriterien für die Bestimmung der am besten für den Vogelschutz geeigneten Gebiete erstellt (Akte EG-VSG Nr. 33 Unterlage 3) und an die Kommission übermittelt. Neben den ursprünglich ausgewiesenen 11 Vogelschutzgebieten wurden auf der Grundlage dieses Fachkonzepts in Thüringen weitere 33 Vogelschutzgebiete eingerichtet, mit denen die europarechtlich geforderte Mindestrepräsentanz Anhang-I-geschützter Arten erreicht werden konnte (Werres u.a., Ausweisung neuer EG-Vogelschutzgebiete - Thüringen schützt seine Vogelwelt in: Landschaftspflege und Naturschutz in Thüringen 2007, S. 66). Das Vogelschutzgebiet Nr. 33 wurde anhand des vorhandenen Datenmaterials, das über Jahre zusammengetragen worden war, festgelegt. Als wertgebende Vogelarten wurden Grauspecht, Heidelerche, Mittelspecht, Neuntöter, Rauhußkauz, Schwarzspecht, Sperlingskauz, Uhu, Wespenbussard und Ziegenmelker angesehen und bei der Gebietsabgrenzung die Häufigkeit ihres Vorkommens im Gebiet zugrunde legt. Die Gebietsabgrenzung berücksichtigt zudem das FFH-Gebiet "Leutratal-Cospoth-Schießplatz Rothenstein" (Nr. 129 = DE 5135 301). Dass von der Kommission weiterhin Einwände gegen die Ausweisung und Abgrenzung der Vogelschutzgebiete in Thüringen erhoben werden, wird von der Antragstellerin nicht dargelegt.

20

Soweit die Antragstellerin einwendet, gerade die im Gebiet "Doberau" vorhandene Brutvogelfauna fordere eine Erweiterung des Vogelschutzgebietes Nr. 33, kann sie damit voraussichtlich nicht durchdringen. **Die Ausweisung eines Vogelschutzgebietes setzt voraus, dass das betreffende Gebiet nach den "besten verfügbaren wissenschaftlich ermittelten Fakten" (so z.B. EuGH, Urteil vom 25. Oktober 2007 - Rs. C-334/04 - NuR 2007, S. 827 Rn. 32) die oben genannten Kriterien erfüllt und zu den geeignetsten Gebieten gehört.** Aus dem Vortrag der Antragstellerin ergibt sich nicht schlüssig, dass der Freistaat Thüringen bei der Gebietsmeldung für das Vogelschutzgebiet Nr. 33 die besten verfügbaren Quellen über hinreichend konstante Populationen der Anhang-I-Vogelarten ignoriert hätte. Allein die Tatsache, dass die Antragstellerin nunmehr aufgrund zum Teil erst im Frühjahr 2007 - also nach Erlass des Planfeststellungsbeschlusses - durchgeführter Begehungen das Vorkommen **einzelner Exemplare von Anhang-I-Vogelarten** darlegt, zwingt nicht zu dem Schluss, es handele sich um ein faktisches Vogelschutzgebiet.

21

**Zwar sind auch neuere wissenschaftliche Erkenntnisse für die Gebietsabgrenzungen zu berücksichtigen, so dass herausragende Gebiete für die Erhaltung der zu schützenden Arten ggf. auch dann noch unter Schutz zu stellen sind, wenn sich ihre herausragende Eignung erst nach**

**Umsetzung der Vogelschutzrichtlinie herausgestellt hat (vgl. EuGH, Urteile vom 23. März 2006 - Rs. C-209/04 - a.a.O. Rn. 43 und vom 25. Oktober 2007 - Rs. C-334/04 - a.a.O.).** So dürfte die Sache hier aber nicht liegen. Denn der Bereich des Waldgebietes "Doberau", der nur zu einem kleineren Teil auch von der Neubautrasse erfasst wird, beherbergt **nur eine geringe Anzahl von für das festgelegte Vogelschutzgebiet wertgebenden Vogelarten**, wie sich aus der von der Antragstellerin vorgelegten "Naturschutzfachlichen Bewertung der Avifauna des Waldgebietes 'Doberau'", Tab. 3 S. 8, ergibt: Mittelspecht 2 Brutpaare (BP), Neuntöter 2 BP, Schwarzspecht 2 BP, Grauspecht 1 BP, des Weiteren - nicht als wertgebend für das Vogelschutzgebiet angesehen - die Hohltaube mit 3 BP sowie die Misteldrossel mit 5 BP. Demgegenüber finden sich im gemeldeten Vogelschutzgebiet für den Mittelspecht 50 - 60 BP, den Neuntöter 60 - 90 BP, den Schwarzspecht 25 - 35 BP und den Grauspecht 15 - 25 BP (Akte EG-VSG Nr. 33 Unterlage 5). Die Behauptung der Antragstellerin, die Habitateignung der ausgesparten Flächen liege im Vergleich zu den anderen Flächen des Vogelschutzgebietes Nr. 33 im oberen Bereich, ist deshalb - auch unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Größenverhältnisse der Flächen - in Frage zu stellen. Die Bestandszahlen einmaliger Zählungen sind zudem für die Schutzgebietsausweisung nicht allein maßgebend. Vielmehr sind nach Art. 4 Abs. 1 Satz 3 VRL auch Tendenzen und Schwankungen der Bestände der Vogelarten zu berücksichtigen (vgl. Kerkmann, in: Kerkmann (Hrsg.), Naturschutzrecht in der Praxis, § 8 Rn. 14). Der mit der Richtlinie erstrebte Schutz der wildlebenden Vogelarten wird schließlich durch die insgesamt in Thüringen gemeldeten Vogelschutzgebiete und die Repräsentanz der geschützten Arten mit einiger Sicherheit bereits erreicht. Danach kann es voraussichtlich nicht beanstandet werden, dass der Antragsgegner das Gebiet "Doberau" nicht als zu den für die Erhaltung der in Anhang I aufgeführten Arten am geeignetsten angesehen hat (vgl. zum diesbezüglichen "Ermessensspielraum" EuGH, Urteil vom 23. März 2006 - Rs. C-209/04 - a.a.O. Rn. 33).

Der vom BVerwG hier angeführte Ermessensspielraum bezieht sich ausdrücklich nicht auf die Auswahl der Gebiete, sondern lediglich auf die Anwendung der ornithologischen Kriterien. Siehe EuGH, Urteil vom 23. März 2006 - Rs. C-209/04 (Hervorhebungen durch den Unterzeichner):

31 Nach Artikel 4 Absatz 1 Unterabsatz 4 dieser Richtlinie müssen die Mitgliedstaaten die für die Erhaltung der in Anhang I aufgeführten geschützten Arten zahlen- und flächenmäßig geeignetsten Gebiete zu BSG erklären. Dabei müssen sie die Erfordernisse des Schutzes dieser Arten in dem geografischen Meeres- und Landgebiet, in dem diese Richtlinie Anwendung findet, berücksichtigen. Nach Absatz 2 dieses Artikels müssen sie entsprechende Maßnahmen für die nicht in Anhang I aufgeführten regelmäßig auftretenden Zugvogelarten hinsichtlich ihrer Vermehrungs-, Mauser- und Überwinterungsgebiete sowie der Rastplätze in ihren Wanderungsgebieten treffen.

32 Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes verpflichtet Artikel 4 Absätze 1 und 2 der Vogelrichtlinie die Mitgliedstaaten dazu, ein BSG mit einem rechtlichen Schutzstatus auszustatten, der geeignet ist, u. a. das Überleben und die Vermehrung der in Anhang I aufgeführten Vogelarten sowie die Vermehrung, die Mauser und die Überwinterung der nicht in Anhang I aufgeführten, regelmäßig auftretenden Zugvogelarten sicherzustellen (vgl. Urteil vom 18. März 1999 in der Rechtssache C-166/97, Kommission/Frankreich, Slg. 1999, I-1719, Randnr. 21 und die dort zitierte Rechtsprechung).

33 Außerdem hat der Gerichtshof entschieden, **dass sich der Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten bei der Auswahl der Gebiete, die für die Ausweisung als BSG am geeignetsten sind, nicht darauf bezieht, diejenigen Gebiete zu BSG zu erklären, die nach ornithologischen Kriterien am geeignetsten erscheinen, sondern nur auf die Anwendung dieser Kriterien für die Bestimmung der Gebiete, die für die Erhaltung der in Anhang I aufgeführten Arten am geeignetsten sind** (vgl. u. a. Urteil vom 19. Mai 1998 in der Rechtssache C-3/96, Kommission/Niederlande, Slg. 1998, I-3031, Randnr. 61).

## 5. Entgegenstehende Bestimmungen des gebietsunabhängigen Artenschutzes

Schließlich käme es durch die Verwirklichung der Autobahn auch zu einem Verstoß gegen § 42 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG bzw. der dahinter stehenden europarechtlichen Vorschriften. Nach § 42 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG ist es verboten, europäische Vogelarten während der in der Bestimmung genannten Zeiten erheblich zu stören. Eine erhebliche Störung soll vorliegen, wenn sich durch die Störung der Erhaltungszustand der lokalen Population einer Art verschlechtert.

Hinsichtlich der Frage, wann eine derartige Verschlechterung des Erhaltungszustands einer lokalen Population einer Art vorliegt, verweise ich auf die auch in dem Rastvogelgutachten zitierte Veröffentlichung Trautner/Jooss, „Die Bewertung erheblicher Störung nach § 42 BNatSchG bei Vogelarten“, Naturschutz und Landschaftsplanung 2008, S. 265 ff.

In dieser Untersuchung von Trautner und Jooss wird unter Bezugnahme auf vorhergehende fachliche Untersuchungen vorgeschlagen, für die Beurteilung erheblicher Störungen in Rast- und Überwinterungsgebieten sog. flächenbezogene Orientierungswerte zu verwenden. In Gebieten internationaler Bedeutung mit entsprechenden Artbeständen wird davon ausgegangen, dass bei einem wesentlichen Störfaktor, der sich auf mehr als 1 % der Fläche auswirkt, in der Regel eine erhebliche Störung im Sinne des § 42 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG vorliegt.

Die Fläche der „Südlichen Jader Marsch“ beträgt 1.053 ha. Selbst wenn nicht die komplette Effektdistanz mit 100 % in den Bewertungsverlust der Flächen eingeht und nur eine abgestufte Beeinträchtigung von rund 150 ha zugrunde gelegt wird, werden also etwa 15 % der Fläche der „Südlichen Jader Marsch“ beeinträchtigt. Rechnet man die „Südliche Jader Marsch“ und das EU-Vogelschutzgebiet zusammen, kommt man auf eine Fläche von 8.765 ha (das V 64 hat eine Größe von 7.712 ha, darin sind alle drei Teilflächen eingeschlossen). Eine Beeinträchtigung von 150 ha entspricht dann einer beeinträchtigten Fläche von 1,7 %.

Aller Voraussicht nach ist aber von noch größeren gemiedenen Flächen auszugehen. Legt man die Effektdistanz zugrunde, die in der FFH-VP VSG „Marschen am Jadebusen“ aus den Unterlagen zur Linienbestimmung angenommen wird, ist von einem Verlust von mindestens 235 ha auszugehen. Dies wären dann 22 % der Fläche der „Südlichen Jader Marsch“ und 2,7 % des Vogelschutzgebiets V 64 inkl. der Flächen der „Südlichen Jader Marsch“.

Die Beeinträchtigung liegt nach jeder Betrachtungsweise deutlich über dem 1 %-Kriterium.

Dabei weisen Trautner und Jooss in ihrem Aufsatz darauf hin, dass die Frage der erheblichen Störung zusätzlich festzumachen ist an der Bedeutung der Flächen, die gestört werden. Es wird in der Rastvogelkartierung gezeigt, dass die Flächen der „Südlichen Jader Marsch“ eine überdurchschnittliche Bedeutung innerhalb des gesamten Vogelschutzgebietes für die Vögel haben, so dass selbst bei einem Flächen-

verlust von weniger als 1 % bereits von einer erheblichen Störung ausgegangen werden müsste.

Hinsichtlich der Verwirklichung des Verbotstatbestands aus § 42 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Einschränkungen der Tatbestandsverwirklichung aus § 42 Abs. 5 BNatSchG für diesen Verbotstatbestand nicht gelten. Das Vorhaben der Küstenautobahn wäre demnach nur über eine Ausnahme nach § 43 Abs. 8 BNatSchG zu verwirklichen. Angesichts der Populationsentwicklungen der Gänse ist jedoch nicht davon auszugehen, dass sich der Erhaltungszustand der Population einer Art bei Verwirklichung der Autobahn nicht verschlechtert, so dass bereits aus diesem Grund die Ausnahmevoraussetzungen nicht vorliegen. Außerdem wurde bereits mehrfach darauf hingewiesen, dass insbesondere die sog. Verkehrsträgeralternative und der Ausbau vorhandener Straßen eine zumutbare Alternative für die A 22 darstellt.

Hinzu kommt, dass das BVerwG in der Entscheidung vom 12.3.2008 zur A 44 bei Hessisch-Lichtenau, Az. 9 A 3/06, in Ziff. 262 festgestellt hat, dass die Ausnahmeregelung des § 43 Abs. 8 BNatSchG hinsichtlich der Vereinbarkeit mit der europarechtlichen Vorgabe aus Art. 9 der VS-RL zweifelhaft ist, weil die VS-RL weitergehende Anforderungen stellt. Anders formuliert: Die nationale höchstrichterliche Rechtsprechung geht davon aus, dass die Vorgaben des Art. 9 der VS-RL umgesetzt werden müssen. Art. 9 VS-RL erlaubt Ausnahmen lediglich im Interesse der Volksgesundheit und der öffentlichen Sicherheit, nicht jedoch die sonstigen in § 43 Abs. 8 BNatSchG genannten zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses.

Berlin, im Juli 2009