

Zeitschrift für Umweltrecht

Das Forum für Umwelt und Recht

Herausgeber: Verein für Umweltrecht e.V.

in Kooperation mit:

Forschungsstelle Umweltrecht, Universität Hamburg (Geschäftsführung Prof. Dr. Hans-Joachim Koch)

Forschungsstelle für Europäisches Umweltrecht, Universität Bremen (Prof. Dr. Gerd Winter)

Institut für Umweltrecht, Fakultät Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld (Prof. Dr. Gertrude Lübke-Wolff)

Institut für Umweltrecht GbR, Bremen (Dr. Hubertus Baumeister und Dr. Niels Griem)

52002

12. Jahrgang • Seiten 313-376

Gerd Winter

Die Dogmatik der Direktwirkung von EG-Richtlinien und ihre Bedeutung für das EG-Naturschutzrecht

Die Direktwirkung von EG-Richtlinien¹ ist rechtsdogmatisch immer noch im Fluss. In der Rechtsprechung des EuGH haben sich gewisse Fallgruppen herausgeschält, für die mit einiger Sicherheit gesagt werden kann, wie sie zu entscheiden sind. Es fehlt jedoch nach wie vor an einer rechtsdogmatisch stimmigen Begründung der Direktwirkung, von der aus noch bestehende Widersprüchlichkeiten ausgeräumt werden könnten. Im Folgenden werden verschiedene Varianten einer solchen Begründung untersucht. Dies dient als Vorarbeit für die anschließende Frage, wie die unmittelbare Anwendbarkeit der Vogelschutz- und der FFH-Richtlinie zu verstehen ist.

A. Direktwirkung von Richtlinien allgemein

Wenn eine EG-Richtlinie nicht bis zum vorgesehenen Zeitpunkt umgesetzt ist, kommt in Betracht, sie unmittelbar anzuwenden. Das entgegenstehende nationale Recht wird verdrängt. Voraussetzung ist neben Fristablauf die Genauigkeit und Unbedingtheit der fraglichen Richtlinienvorschrift. Zusätzlich gilt eine Voraussetzung, die ich als X bezeichnen möchte, weil die Rechtsprechung des EuGH diesbezüglich nicht ganz eindeutig ist.

X ist vor allem in der deutschen Rechtsdogmatik so wahrgenommen worden, dass eine Richtlinie, um unmittelbar anwendbar zu sein, die Schaffung einer im Vergleich zum bestehenden nationalen Recht vorteilhaften Position für Einzelne vorsehen muss²: Der Vorteil kann in der Begründung eines subjektiven Rechts oder der Beseitigung einer Belastung bestehen.³ Die Destinatäre können sich dann gegen ihren umsetzungsunwilligen Staat auf die Vorschrift berufen, wobei dies prozessual nicht geltend gemacht werden muss, sondern von Amts wegen zu berücksichtigen ist. Die Doktrin ist insofern schlüssig, als sie dem Grundsatz der unzulässigen Rechtsausübung entspricht, den der EuGH verschiedentlich zur Abstützung der Direktwirkung anklängen lässt.⁴ Danach handelt ein Mitgliedstaat treuwidrig, wenn er einem Einzelnen Vorteile aus der Richtlinie verweigert, obwohl er seine Rechtsnormen längst hätte ändern müssen. Diese subjektivierende Doktrin vermag auch zu erklären, warum Direktwirkung in solchen Fällen abgelehnt wird, in denen die Richtlinie die Position des Bürgers gemessen am nationalen Recht verschlechtert (Fall Kolpinghuis⁵). Denn in solchen Fällen erwächst dem Bürger kein Recht (sondern allenfalls eine Pflicht) aus der Richtlinie.

Die subjektivierende Doktrin hat jedoch zwei Mängel: Erstens erklärt sie nicht, warum die Rechtsprechung direkte Anwendbarkeit

auch in »objektiven« Fällen annimmt, d.h. wenn aus der Richtlinie nur Handlungspflichten für den Staat folgen, die nur ihn selbst treffen, Einzelne dagegen nicht begünstigen und auch nicht benachteiligen (z.B. Verpflichtungen der öffentlichen Hand aus Angestelltenverhältnissen). Zweitens stellt sie kein Kriterium zur Verfügung, das entscheidbar macht, ob die unmittelbare Anwendbarkeit auch dann gelten soll, wenn eine Richtlinie zugleich Rechte der einen und Pflichten der anderen Privaten schafft, sei es in »vertikalen« (verwaltungsrechtlichen) Konstellationen (z.B. UVP bei Projekten Privater wie im Fall Großkrotzenburg⁶) oder »horizontalen« (privatrechtlichen) Konstellationen (z.B. privatrechtliche Verbraucherschutzregeln wie im Fall Dori⁷).

Eine zweite Doktrin für X stützt Direktwirkung auf die aus der Richtlinie folgende Verpflichtung des Mitgliedstaates. Dieser solle keinen Vorteil daraus ziehen, dass er eine solche Verpflichtung nicht fristgemäß erfüllt hat. Da diese Verpflichtung nach Art. 249 Abs. 3 EGV nur den Mitgliedstaat treffe, nicht dagegen seine Bürger, sei Direktwirkung solcher Richtlinien ausgeschlossen, die rechtliche Verpflichtungen gegenüber Einzelnen begründen wollten.⁸ Diese Doktrin vermag Direktwirkung sowohl in Begünstigungsfällen (Typ Becker) als auch in Fällen allein staatlicher Verpflichtungen (Typ Marshall) zu erklären, desgleichen auch den Ausschluss von Direktwirkung in Fällen der Belastung Einzelner (Typ Kolpinghuis). Sie kommt jedoch zu einer krassen Ungleichbehandlung von Begün-

1 »Direktwirkung« und »unmittelbare Anwendbarkeit« verwende ich im Folgenden als Synonym. Manchmal wird hier zwar ein Unterschied insofern gesehen, als die Direktwirkung die Wirkung im innerstaatlichen Bereich bezeichne und die unmittelbare Anwendbarkeit die Anwendung durch Staatsorgane wie z.B. Gerichte im Einzelfall, doch scheint mir die Unterscheidung jedenfalls für das deutsche Recht gekünstelt, weil innerstaatlich wirkendes Recht schon auf Grund von Art. 20 GG immer auch von den Staatsorganen anzuwenden ist.

2 Vgl. G. Winter, Direktwirkung von Richtlinien, DVBl. 1991, S. 657 ff.

3 Vgl. EuGH, Urteil v. 19.1.1982, Rs. 8/81 (Becker), Slg. 1982, 66 (Rdnr. 25).

4 EuGH, Urteil v. 19.1.1982, Rs. 8/81 (Becker), Slg. 1982, 66 (Rdnr. 24).

5 EuGH, Urteil v. 8.10.1987, Rs. 80/86 (Kolpinghuis), Slg. 1987, 3982: das nationale Recht ermöglicht Ausschank von Leitungswasser als Mineralwasser, eine Richtlinie verbietet dies.

6 EuGH, Urteil v. 11.8.1995, Rs. C-431/92 (Großkrotzenburg), Slg. 1995, I-2189: die UVP-Pflicht belastet den Betreiber und begünstigt die von dem Projekt betroffenen Dritten.

7 EuGH, Urteil v. 14.7.1994, Rs. C-91/92 (Dori), Slg. 1994, I-3325: das Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften belastet den Kaufmann und begünstigt den Kunden.

8 Vgl. die Formulierung im Urteil Marshall, EuGH, Rs. 152/84, Slg. 1986, 723 (Rdnr. 48).

stigten und Belasteten in den Dreierkonstellationen (Typen Großkrotzenburg und Dori). Auch ist das Ergebnis häufig von Zufällen abhängig, d.h. davon, ob der aus einem Rechtsverhältnis Verpflichtete ein Hoheitsträger oder ein Privater ist.

Dies liegt daran, dass die Doktrin nicht zwischen zwei verschiedenen Ebenen von Verpflichtungen unterscheidet: Dem Pflichtenverhältnis des Mitgliedstaates gegenüber der EG, dessen Gegenstand die Umsetzungsverpflichtung ist, und dem Pflichtenverhältnis gegenüber den Bürgern, dessen Gegenstände sich aus der Richtlinie ergeben (z.B. Kündigungsschutz für Angestellte). Der EuGH stellt auf das letztere Pflichtenverhältnis ab. Doch kann einer Gemeinde, die z.B. den durch Richtlinie vorgesehenen Kündigungsschutz nicht praktiziert, kaum vorgeworfen werden, dass die Richtlinie noch nicht umgesetzt ist. Der »Schuldige« ist der Mitgliedstaat Bundesrepublik, aber der ist im angenommenen Fall nicht der aus der Richtlinie verpflichtete Arbeitgeber.

Eine dritte Doktrin für X stellt weder auf subjektive Rechte Einzelner noch auf objektive Pflichten der Staaten aus der Richtlinie ab, sondern setzt auf der höheren Ebene des Verhältnisses Mitgliedstaat – EG an. Sie begründet Direktwirkung mit der Suprematie des Gemeinschaftsrechts gegenüber dem nationalen Recht.⁹ Sedes materiae ist hiernach Art. 249 Abs. 3 EGV. Den Mitgliedstaaten wird ein Umsetzungsspielraum eingeräumt, der aber durch genaue und unbedingte Formulierungen der Richtlinie begrenzt ist. Wird die Grenze überschritten, so ist der Mitgliedstaat insoweit gebunden und die Vorgabe der Richtlinie unmittelbar anwendbar. Diese Doktrin geht vom Vorrang des Gemeinschaftsrechts aus, der von allen nationalen Organen auch gegen ihr eigenes Recht zu beachten sei. Sie wird zusätzlich von dem Gedanken des *effet utile* zugunsten des Gemeinschaftsrechts gestützt.

Als Kronzeuge dieser Suprematie-These kann das Urteil des EuGH in Sachen Kraaijeveld gelten. Kraaijeveld, eine Wasserbaufirma, die durch einen geplanten Deichbau ihren Zugang zum offenen Wasser verlieren sollte, machte gegen den Plan geltend, es sei keine UVP durchgeführt worden. Das holländische Gericht legte dem EuGH die Frage vor, ob der Deichbau nach der UVP-RL UVP-pflichtig war und ob sich der Kläger ggf. hierauf berufen könne. Der EuGH antwortete, die Niederlande hätten gegen ihr Umsetzungsermessen verstoßen, indem sie für Deiche in allen Fällen Befreiung von der UVP vorgesehen hätten. Die entsprechende nationale Vorschrift dürfe vom nationalen Gericht und den nationalen Behörden nicht angewendet werden. Dies könne auch der Kläger geltend machen. Die Unanwendbarkeit sei aber in Ermangelung eines entsprechenden Klägervortrags auch von Amts wegen zu berücksichtigen.¹⁰ Wichtiger als diese ausdrücklich erwähnte Konsequenz ist die unausgesprochene materiellrechtliche Lage, nach der der Kläger als Wasserbauunternehmer nicht zu den von der Richtlinie geschützten Personen gehört, also nur zufällig und reflexartig aus der Richtlinie einen Vorteil erfährt und aus ihr folglich kein subjektives Recht ableiten kann.

Die Suprematie-These kann besser als die beiden anderen Lehren erklären, warum Direktwirkung auch in den »objektiven« Fällen anzunehmen ist, in denen die Richtlinie keine unmittelbaren Rechtsbeziehungen zu Einzelnen definiert. Sie trifft die Kasuistik des EuGH jedoch insofern nicht, als sie nicht erklären kann, warum der Gerichtshof Direktwirkung in den Belastungsfällen (Typ Kolpinghuis und Dori) verneint. Denn auch in diesen Fällen müsste ja eigentlich der Vorrang des Gemeinschaftsrechts gelten.

M.E. hilft alles dogmatische Konstruieren nicht über die Erkenntnis hinweg, dass die Rechtsprechung des EuGH widersprüchlich ist. Die Lösung kann nur in der Anerkennung von Direktwirkung »rundum« liegen, also auch in Belastungsfällen im Zweier- wie im Dreierverhältnis. Allein bei strafrechtlichen Sanktionen sollte eine Ausnahme gelten, weil der Grundsatz *nulla poena sine lege*, der auch im Gemeinschaftsrecht Verfassungsrang hat, besondere Klarheit über

das geltende Recht verlangt und als Verfassungssatz bei der Auslegung des Art. 249 Abs. 3 EGV zu berücksichtigen ist.¹¹

Diese Lösung ist am besten auf die drittgenannte Doktrin zu stützen. Abgesehen von ihrer theoretischen Schlüssigkeit spricht für sie, dass der EuGH Direktwirkung in Belastungsfällen unter der Hand jedenfalls für verwaltungsrechtliche Vertikalverhältnisse bereits anerkannt hat, so etwa bei der Direktwirkung der UVP-Pflicht¹², die ja immerhin für den Betreiber, der mit erheblichen Kosten Daten produzieren muss, eine Belastung darstellt, weiter bei der Direktwirkung von Vergaberichtlinien, die demjenigen, der regelwidrig den Zuschlag erhalten hat, diese günstige Position wieder aus den Händen schlägt¹³, und schließlich auch, wenn bei der Suspension nationaler technischer Vorschriften, die entgegen der Notifizierungsrichtlinie 98/34/EG nicht notifiziert worden sind, zugleich Rechtspositionen, die die nationale Vorschrift verleiht, in Mitleidenschaft gezogen werden.¹⁴ Subjektive Rechte sind nach der objektivierenden Doktrin folgerichtig nicht Voraussetzung der Direktwirkung, vielmehr können sie, wie auch das BVerwG festgestellt hat¹⁵, als Folge der Direktwirkung entstehen.

Will man den Gedanken der unzulässigen Rechtsausübung zum Zuge kommen lassen, so sollte er nicht auf das Rechtsverhältnis des Mitgliedstaates zum Einzelnen, sondern auf das des Mitgliedstaates zu den anderen Mitgliedstaaten und den Gemeinschaftsorganen, oder zusammengefasst zu dem Gesamtinteresse der Gemeinschaft, bezogen werden. In diesem Verhältnis ist es in der Tat treuwidrig, wenn der Mitgliedstaat sein nationales Recht noch anwendet, obwohl er es längst hätte ändern müssen. Dies gilt gerade auch in solchen Fällen, in denen die Richtlinie die Position der Einzelnen verschlechtern will; denn der säumige Mitgliedstaat verschafft seinen Bürgern dann einen Wettbewerbsvorteil im Vergleich zu den Bürgern der umsetzungstreuen Mitgliedstaaten.¹⁶

9 So J. Jans, *European Environmental Law*, Groningen 2000 S. 173 f., 188 ff., S. Prechal, *Does direct effect still matter?*, CMLR 2000, S.1047 ff. S. auch zur französischen Perspektive, die diese Variante ebenfalls vertritt, S. Hein, *Unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien im deutschen und französischen Recht am Beispiel des Umweltsrechts*, 1999, S. 117 ff.

10 *EuGH*, Urteil v. 24.10.1996, Rs. C-72/95 (Kraaijeveld), Slg. 1996, I-5431. Ähnlich *EuGH*, Urteil v. 19.9.2000, Rs. C-287/98 (Linster): der Eigentümer eines Trassengrundstücks kann sich auf die Unterlassung einer UVP für die geplante Straße berufen, obwohl der Schutzzweck der UVP eigentlich nicht auf ihn ausgerichtet ist.

11 S. ebenfalls mit besonderer Betonung der strafrechtlichen Dimension *EuGH*, Urteil v. 26.9.1996, Rs. C-168 (Luciano Arcaro), Slg. 1996, I-4705 (Rdnr. 38 u. 42).

12 *EuGH*, Urteil v. 30.5.1995, Rs. C-431/92 (Großkrotzenburg), Slg. 1995, 2189.

13 *EuGH*, Urteil v. 22.6.1989, Rs. 103/88 (Fratelli Costanzo); Urteil v. 20.9.1988, Rs. C-31/87 (Beentjes), Slg. 1988, 4652. Dass manchmal die öffentliche Hand die Drittbelastete ist, wie etwa bei Infrastrukturvorhaben (vgl. BVerwGE 100, 238, 242), ändert nichts an der Tatsache, dass geklärt werden muss, wie zu urteilen ist, wenn Private betroffen sind.

14 *EuGH*, Urteil v. 26.9.2000, Rs. C-443/98 (Unilever Italia). Das Urteil nimmt insofern eine Sonderstellung ein, als die betroffene Rechtsposition in der Richtlinie gar nicht vorgezeichnet ist, weil die Richtlinie sich auf das Verfahren des Zustandekommens des nationalen Rechtsakts bezieht. Deshalb eignet sich das Urteil nicht als Kronzeuge einer Tendenz des EuGH zur Anerkennung von Direktwirkung in Belastungsfällen. Besser wäre folgende Sicht: Die Notifizierungsrichtlinie enthält eine Verpflichtung zu einer Schleife »nach Brüssel«, die das nationale Gesetzgebungsverfahren auszuführen hat. Diese Verpflichtung muss gar nicht in nationales Recht gefasst werden. Sie gehört zu den Rechtsverhältnissen zwischen EG-Organen und Mitgliedstaat, die Richtlinien häufig enthalten (andere Beispiele sind Berichtspflichten, Pflichten zur Weiterreichung von Dossiers, etc.) und die unmittelbar beachtet werden müssen, ohne einer Umsetzung in nationale Rechtsnormen zu bedürfen. Es handelt sich um eine gemeinschaftsrechtliche Ausgestaltung des nationalen Gesetzgebungsverfahrens mit *lex perfecta*-Charakter, deren Nichtbeachtung zur Unanwendbarkeit des nationalen Gesetzes führt. Verfassungspolitisch wäre allerdings aus Rechtssicherheitsgründen wünschenswert, wenn die Notifizierungsrichtlinie dahin ergänzt würde, dass Notifizierungen und die darauf folgenden Erklärungen der Kommission nach Art. 9 der Richtlinie zu öffentlichen sind. (Diese Überlegung verdanke ich einem Gespräch mit PD Dr. K.-E. Hain, z.Zt. Bremen).

15 BVerwGE 100, 238, 242.

16 G. Winter, *Direktwirkung von Richtlinien*, DVBl. 1991, S. 657 ff., 665 f.

Insgesamt ergibt sich folglich für die Voraussetzung X, dass neben den Kriterien der Genauigkeit und Unbedingtheit nichts weiteres mehr zu prüfen ist, mit der alleinigen Ausnahme von strafrechtlichen Pflichten. X bedeutet also: Eine Direktwirkung ist zu verneinen, wenn die Richtlinie eine strafrechtlich bewehrte Pflicht Einzelner einführen will.

Abschließend ist noch auf einen Aspekt der Direktwirkungsdoktrin hinzuweisen, der erst jüngst von J. Jans und J. Prinsen aufgebracht wurde.¹⁷ Die Autoren machen darauf aufmerksam, dass das Gemeinschaftsrecht die Prozeduren und Organisation seiner Durchsetzung grundsätzlich den Mitgliedstaaten überlässt, wobei die beiden Grundsätze der Gleichbehandlung und Effektivität zu beachten sind. Dieses Prinzip gelte auch für die Doktrin der Direktwirkung von Richtlinien. Es bedeute hier u.a., dass die Mitgliedstaaten über das gemeinschaftsrechtliche Minimum der Doktrin hinausgehen können, wenn ihr Verfassungsrecht dies erlaubt oder sogar fordert. Manche Mitgliedstaaten akzeptieren z.B. die unmittelbare Anwendbarkeit von völkervertragsrechtlichen Vorschriften, die genau und unbedingt formuliert sind, und zwar teils auch in der Weise, dass sie dann Vorrang vor dem nationalen Recht haben. Auch das Gemeinschaftsrecht akzeptiert einen solchen Vorrang unmittelbar anwendbarer völkervertragsrechtlicher Vorschriften.¹⁸ Warum sollten solche Mitgliedstaaten nicht auch (und erst recht) die Direktwirkung von genauen und unbedingten Richtlinienbestimmungen akzeptieren, und zwar gerade auch im Hinblick auf solche Bestimmungen, die Pflichten für Einzelne schaffen? Auch im deutschen Verfassungsrecht ist eine solche »self-executing«-Wirkung völkervertragsrechtlicher Vorschriften anerkannt, und zwar ebenfalls ohne Rücksicht auf ihren begünstigenden oder belastenden Charakter. Warum sollte dies nicht auch für Richtlinien gelten? Zwar kommt den self-executing-Vorschriften völkerrechtlicher Verträge nach deutschem Verfassungsrecht kein Vorrang vor dem nationalen Gesetz zu, aber könnte dies sich nicht für EG-Richtlinien anders verhalten, da Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG doch die Übertragung von Hoheitsrechten, d.h. auch von Geltungsvorrängen, gestattet?

B. Direktwirkung der Vogelschutz-RL

Die Direktwirkung der Vogelschutzrichtlinie wird in der Rechtsprechung des EuGH im Ergebnis bejaht. Danach besteht eine Verpflichtung zur Ausweisung der für die geschützten Vogelarten geeignetsten Gebiete, und zwar rein nach fachlichen, nicht nach ökonomischen Kriterien. Dabei ist ein Beurteilungsspielraum anerkannt, jedoch nur im Hinblick auf die Frage der Geeignetheit. Wird die Ausweisung versäumt, genießt das Gebiet als sog. faktisches Vogelschutzgebiet den direkt wirkenden gemeinschaftsrechtlichen Schutz.

Fraglich war bis vor kurzem nur noch, welches Beeinträchtigungsregime gilt: Die strengere Regelung nach Art. 4 Abs. 4 Vogelschutzrichtlinie, welche nach dem Leybucht-Urteil des EuGH Beeinträchtigungen praktisch nur zulässt, wenn sie Sicherheits- oder Gesundheitsinteressen oder der ökologischen Verbesserung dienen, oder aber die flexiblere Regelung des Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie, die auch Interessen wirtschaftlicher und sozialer Art zum Zuge kommen lässt, allerdings verbunden mit einer deutlichen Alternativenprüfung und strenger gefasst im Fall von prioritären Arten und Lebensräumen. Der EuGH hat den Streit in seinem Urteil *Basses Corbières* entschieden.¹⁹ Mit der Erwägung, dass die säumigen Mitgliedstaaten so zur Ausweisung der faktischen Gebiete gedrängt werden können, hält er das strengere Regime für anwendbar, bis die Ausweisung und nationale Unterschützstellung wirklich erfolgt ist. Damit ist für faktische Vogelschutzgebiete auch die Frage erledigt, ob für sie das nach Art. 6 Abs. 4 UA 2 FFH-Richtlinie für prioritäre Arten und Lebensräume errichtete strengere Beeinträchtigungsregime

gelten kann, m.a.W. ob es in jenem Sinne prioritäre Vogelarten gibt; in Konsequenz von »Basses Corbières« gilt das noch strengere »Leybucht«-Regime. Vom EuGH nicht entschieden ist dagegen noch die Frage, wie weit die Alternativenprüfung zu ziehen ist. Da sich diese Frage im FFH-Regime in gleicher Weise stellt und zu beantworten ist, soll sie hier offenbleiben.

So klar das Ergebnis ist, so unklar lässt der EuGH allerdings die dogmatische Konstruktion des »faktischen Vogelschutzgebiets«. Zunächst ist festzuhalten, dass in den genannten Fällen Direktwirkung (unausgesprochen, aber in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung) nicht nur für den Fall mangelnder Transformation in nationale Gesetze, sondern auch für den Bereich mangelnder Anwendung bei untergesetzlicher Rechtssetzung (hier: Naturschutzverordnungen) und bei Entscheidung über Einzelfälle (hier: Planfeststellung für Infrastrukturvorhaben) für möglich gehalten wird. Wichtiger im vorliegenden Zusammenhang ist jedoch, dass die Voraussetzungen der Direktwirkung nicht genannt und abgehandelt werden. Weder geht der EuGH auf die Voraussetzungen »Genauigkeit und Bestimmtheit« noch auf die (hier sogenannte) Voraussetzung X ein.

Versucht man, diese Voraussetzungen nachzuprüfen, so ergibt sich für »X«, dass die Direktwirkung auf der Grundlage der subjektivierenden Doktrin nicht begründbar wäre, weil die Vogelschutz-RL Einzelnen keine Vorteile verschaffen will, sondern die Natur als europäisches Gemeingut schützt. Gleiches gilt für die objektivierende Doktrin, denn im Hinblick auf das Kriterium der Verpflichtung des Mitgliedstaates aus der Richtlinie ist zwar festzustellen, dass der Mitgliedstaat zur Schaffung von Vogelschutzgebieten verpflichtet ist, aber die dann gemäß Art. 4 Abs. 4 der Richtlinie anzuwendenden Schutzregeln haben verpflichtende Wirkung auch für Einzelne, nämlich die betroffenen Grundstückseigentümer. Nur die Suprematie-Doktrin vermag den belastenden Effekt zu tragen. Wenn der EuGH diesen in Kauf nimmt, hat er die Doktrin, so scheint es, implizit akzeptiert. Die Voraussetzung X ist damit erledigt.

Im Hinblick auf die Voraussetzungen der Genauigkeit und Unbedingtheit ist bemerkenswert, dass der EuGH (unausgesprochen) Unbedingtheit der Richtlinie annimmt, obwohl diese den Schutzstatus eines Gebietes an sich von der Ausweisung durch den Mitgliedstaat abhängig macht. Bei den für den Vogelschutz geeignetsten Gebieten scheint er zu unterstellen, dass sie zu dem Kern gehören, der trotz Bedingtheit des Richtlinieninhalts doch als unbedingtes Minimum aus dem fachlichen Beurteilungsspielraum des Mitgliedstaates herausgelöst werden kann. Solche partielle Kontraktion eines Gestaltungsspielraumes hat der EuGH z.B. im Fall Becker angenommen, in dem eine Richtlinie dem nationalen Gesetzgeber Gestaltungsspielraum für die Umsatzsteuer eingeräumt hatte, wobei jedoch eindeutig war, dass jedenfalls Kreditvermittlung von der Steuer befreit sein sollte. Die entscheidende Passage lautet:

»Zwar lässt die Sechste Richtlinie den Mitgliedstaaten unbestreitbar einen mehr oder weniger weiten Gestaltungsspielraum zur Durchführung gewisser Bestimmungen, aber gleichwohl kann den einzelnen nicht versagt werden, sich auf diejenigen Bestimmungen zu berufen, die angesichts ihres Gegenstandes geeignet sind, aus dem Gesamtzusammenhang gelöst und gesondert angewendet zu werden. Diese Mindestgarantie zugunsten der durch die mangelnde Durchführung der Richtlinie beeinträchtigten Rechtsbürger ergibt sich aus dem zwingenden Charakter der Verpflichtung, die den Mitgliedstaaten durch Art. 189 Abs. 3 EWG-Vertrag auferlegt ist. Dieser Verpflichtung wäre jede Wirksamkeit genommen, wenn den Mitgliedstaaten gestattet würde, durch ihre Untätigkeit sogar diejenigen Wirkungen aufzuheben, die gewisse Bestimmungen einer Richtlinie aufgrund ihres Inhalts erzeugen können.«

17 J. H. Jans, J. M. Prinsen, Direct effect: convergence or divergence? A comparative perspective, in: J. H. Jans (ed.) *Direct Effect. Rethinking a classic of EC legal doctrine*, i.E.

18 *EuGH*, Urteil v. 14. 12. 2000, Rs. C-300/ und C-392/98 (Dior), Rdnr. 42 f.

19 *EuGH*, Urteil v. 7. 12. 2000, Rs. C-374/98 (Basses Corbières), ZUR 2001, S. 75.

Diese Passage lässt sich verallgemeinern, wobei, wie im Übrigen der Verweis auf Art. 189 Abs. 3 EGV und den *effet utile* belegt, die subjektivierenden Formulierungen des ersten Satzes nicht entscheidend sind. Man kann die Parallele zwischen »Becker« und der Vogelschutz-RL wie folgt konkretisieren: In »Becker« haben die Mitgliedstaaten Spielraum hinsichtlich aller möglichen Steuerpflichtigen, sind aber im Hinblick auf das Segment Kreditvermittler gebunden. In der Vogelschutz-RL haben die Mitgliedstaaten Spielraum hinsichtlich aller möglichen Vogelarten (z.B. gem. Art. 4 Abs. 2 auch der Zugvogelarten), sind aber im Hinblick auf das Segment der geeignetsten Gebiete gebunden.

Auch soweit es das Beeinträchtigungsregime angeht, geht der EuGH großzügig mit den Voraussetzungen der Genauigkeit und Unbedingtheit der Richtlinie um. Zwar ist Art. 4 Abs. 1 der Vogelschutz-RL an sich recht genau formuliert, aber doch so ausnahmslos streng auf die Vermeidung von Beeinträchtigungen der Lebensräume ausgerichtet, dass der EuGH sich im bekannten Leybucht-Urteil bemüht fühlte, einen Ausnahmekatalog zu entwickeln. Es ist eigentlich erst dieses Miteinander von grundsätzlichem Beeinträchtigungsverbot und Ausnahmemöglichkeiten, das Zweifel an der Genauigkeit der Richtlinie aufkommen lässt. Doch sind die Kriterien richterrechtlich so präzise umschrieben, dass die Genauigkeit letztlich bejaht werden kann.

C. Direktwirkung der FFH-RL

Im Unterschied zur Vogelschutzrichtlinie hat der EuGH zu einer möglichen unmittelbaren Anwendbarkeit der FFH-Richtlinie noch nicht Stellung nehmen können. Stattdessen sind nationale Gerichte tätig geworden.

In der britischen und irischen Judikatur wird eine solche unmittelbare Anwendbarkeit im Grundsatz bejaht, wobei die hier bekannten Urteile allerdings, jeweils in der Anwendung auf den konkreten Sachverhalt, aus tatsächlichen Gründen keine Verletzung der Richtlinie angenommen haben. So hat der Scottish Court of Sessions durch den Richter Lord Nimmo Smith auf Klage des WWF gegen die Genehmigung einer Skibahntrasse in einem nicht gemeldeten wertvollen schottischen Naturgebiet angenommen, dass die Genehmigung rechtswidrig und aufzuheben sei, wenn das fragliche Gebiet als Habitat nach Art. 4 FFH-Richtlinie hätte gemeldet werden müssen (was der Richter im Ergebnis jedoch verneinte) und wenn das Projekt das Gebiet erheblich beeinträchtigte (was der Richter – eine Meldung des Gebietes unterstellend – ebenfalls verneinte).²⁰ In ähnlicher Weise befürwortete der Englische High Court durch den Richter Maurice Kay die unmittelbare Anwendbarkeit von Schutzanforderungen (des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL, den der Richter nicht zitiert, aber vermutlich meint) auf von Ölbohrungsprojekten bedrohte Korallenriffe, die das Vereinigte Königreich nicht gemeldet hatte.²¹ Dagegen hat der Irische Supreme Court auf Klage gegen gewisse Vorhabengenehmigungen in Wicklow County zwar auch zunächst erörtert, ob das fragliche Gebiet hätte als Habitat gemeldet werden müssen, dann aber im Sinne einer »erst recht«-Argumentation festgestellt, der Beeinträchtigungsschutz des Art. 6 FFH-Richtlinie komme jedenfalls erst dann zur Anwendung, wenn das Gebiet im Verfahren des Art. 4 der Richtlinie förmlich in die Liste aufgenommen worden sei.²² Die Vorwirkungsproblematik wird in diesem Urteil nicht angesprochen.

Ähnlich unklar ist die Lage in den Niederlanden. Der niederländische Staatsrat hat eine Direktwirkung des Art. 6 FFH-RL auf nicht gemeldete Gebiete verneint, während ein niederländisches Berufungsgericht sie auf nicht gemeldete Gebiete erstreckt hat.²³ In einem neueren Urteil hat der Staatsrat die Direktwirkung auf gemeldete, aber noch nicht in die Liste Natura 2000 aufgenommene Gebiete dagegen bejaht.²⁴

In der ausländischen Literatur gibt es Zustimmung²⁵ wie Ablehnung.²⁶

Das BVerwG hat im A 20-Urteil noch hypothetisch²⁷ und im Urteil zur Hildesheimer Ortsumgebung definitiv²⁸ eine Vorwirkung der FFH-Richtlinie angenommen.

Hinsichtlich der rechtsdogmatischen Begründung für oder gegen die Annahme einer unmittelbaren Anwendbarkeit der FFH-Richtlinie halten sich die genannten Gerichte – ähnlich wie der EuGH zur Vogelschutzrichtlinie – zurück. Am ergiebigsten ist insoweit das BVerwG mit seiner Doktrin der Vorwirkung. Im Anschluss an das Urteil des EuGH im Fall *Inter-Environnement Wallonie*²⁹ konstruiert es diese als ein auf Art. 10 Abs. 2 EGV gründbares Verbot, den Zweck der Richtlinie durch Schaffung vollendeter Tatsachen zu vereiteln.³⁰ Die Vorwirkung besteht in einer Art Stillhaltepflicht insoweit, als Veränderungen des Gebietes die Verwirklichung des Netzes Natura 2000 gefährden.

Soweit es das Beeinträchtigungsregime bei potentiellen Schutzgebieten angeht, hat das BVerwG zunächst die recht strengen Regeln des Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-Richtlinie direkt angewendet³¹, ist davon inzwischen aber abgerückt und stellt nur noch darauf ab, ob die Gebiete »zerstört oder anderweitig so nachhaltig beeinträchtigt werden, dass sie für eine Meldung nicht mehr in Betracht kommen.« Maßgeblich für diese Abmilderung der Beeinträchtigungskontrolle war der Gedanke, dass es sich lediglich um »gewisse vorgezogene Verhaltenspflichten« handele, die »noch nicht dem Niveau des Art. 6 FFH-Richtlinie« entsprächen.³²

Die Annahme einer Vorwirkung ist überzeugend, soweit sie sich auf den Zeitraum bis zum Ablauf der dreijährigen Meldefrist gemäß

20 Scottish Court of Sessions, Decision v. 27. 10. 1998, [1998] ScotCS 38. (www.courtservice.gov.uk/judgments).

21 R v. Secretary of State for Trade and Industry ex parte Greenpeace, High Court, Queen's Bench Division, *Maurice Kay J*, v. 5. 11. 1999. Die Entscheidung ist zugleich diejenige, in der erstmals eine Erstreckung der Habitat-RL auf die Ausschließliche Wirtschaftszone der Mitgliedstaaten bejaht wurde. Schon weil das Vereinigte Königreich dies übersehen hatte, hatte es selbstverständlich auch das Korallenriff nicht als Schutzgebiet gemeldet. Vgl. die hinsichtlich der Annahme von Direktwirkung kritische Urteilsbesprechung von J. Jans, in: *Journal of Environmental Law* 2000, S. 385 ff.

22 *Murphy v. Wicklow County Council* [2000] IESC 3 (28th January 2000); dabei ist bemerkenswert, dass die irischen Ausführungsbestimmungen zur FFH-RL die Anwendbarkeit des Beeinträchtigungsregimes gemäß Art. 6 FFH-RL bereits für den Zeitpunkt der Meldung, also nicht erst für den der Aufnahme in die Liste vorsehen.

23 Vgl. die Nachweise bei J. Jans, *European Environmental Law*, Groningen (Europa Law Publishing), 2. Aufl. 2000, S. 182 f.

24 Beschluss der Afdeling bestuursrechtsspraak van den Raad van State v. 11.7.2001, Az. 200004042/1. Der Fall betraf die Genehmigung einer Deponee in einem nach Art. 4 Abs. 1 FFH-RL gemeldeten Gebiet. Das Gericht stellte fest, das Prinzip der Gemeinschaftstreu (Art. 10 EGV) gebiete es, dass die Mitgliedstaaten nach Meldung und vor Aufnahme eines Gebietes in die Natura 2000 Liste alles unterließen, was die endgültige Unterschutzstellung verhindere. Da die Genehmigungsbehörde dies nicht berücksichtigt habe, sei die Genehmigung unwirksam: »De Afdeling is van oordeel dat het beginsel van de gemeenschapstrouw (artikel 10 van het EG-Verdrag) meebrengt dat de lidstaten en hun organen zich in een geval als dit gedurende de termijn tussen de inzending van een lijst als bedoeld in artikel 4, eerste lid, van de Habitatrichtlijn en de vaststelling van de lijst door de commissie, dienen te onthouden van activiteiten die het bereiken van het door de richtlijn voorgeschreven resultaat ernstig in gevaar kunnen brengen. Verweerders hebben dit een en ander niet in hun besluitvorming betrokken. Daarom is het bestreden besluit niet zorgvuldig voorbereid en in strijd met artikel 3:2 van de Algemene wet bestuursrecht.«

25 N. de Sadeleer, in: *Revue Française de Droit Administratif*, Mai 2000, S. 614; G. Winter, in: *Revue Européenne de Droit de l'Environnement* 1999, S. 187.

26 J. Jans, *The Habitats Directive*, *Journal of Environmental Law* 2000, S. 385 ff., 388.

27 BVerwGE 107, 1, 21.

28 BVerwGE 110, 302, 308.

29 *EuGH*, Urteil v. 18. 12. 1997, Rs. C-129/96 (*Inter-Environnement Wallonie*), Slg. 1997, I-7435.

30 So G. Gaentzsch, *Zur Entwicklung des Bauplanungsrechts in der Rechtsprechung des BVerwG*, NVwZ 2001, S. 990, 993.

31 BVerwGE 110, 302, 308.

32 BVerwG, DVBl. 2001, S. 386, 390 (A 71).

Art. 4 Abs. 1 FFH-RL, also das Jahr 1995, sowie – für die gemeldeten Gebiete – auf die weitere dreijährige Frist für die Erstellung der EG-Liste nach Art. 4 Abs. 2, also das Jahr 1998, bezieht. War vor 1995 ein nicht gemeldetes bzw. vor 1998 ein gemeldetes potentielles FFH-Gebiet durch ein Vorhaben bedroht, so traf den Mitgliedstaat die Pflicht, das Ziel einer möglichen Aufnahme in die Liste nicht zu vereiteln. Diese Pflicht war nicht Sanktion für Missverhalten, sondern Gebot vorlaufender Gemeinschaftstreue, denn vor den genannten Terminen galten die Vorschriften der Richtlinie für die genannten Fallgestaltungen (nicht gemeldete bzw. gemeldete Gebiete) an sich noch nicht.

Um solche Fälle geht es aber in keinem derjenigen Sachverhalte, anhand derer das BVerwG seine Vorwirkungslehre entwickelt hat. Die entschiedenen Fälle – A 20 erster Bauabschnitt, B1 bei Hildesheim, A 71 bei Münnerstadt, A 20 zweiter Bauabschnitt – betreffen sämtlich nicht gemeldete Gebiete und sind jünger als 1995, die beiden letztgenannten sogar jünger als 1998. In diesen Fällen wurde nicht gegen »an sich« noch gar nicht wirksame, vielmehr nur per Gemeinschaftstreue zu beachtende Pflichten verstoßen, sondern es wurden »fällige« Pflichten verletzt. Für eine Säumnis im Hinblick auf die 1995 einsetzende »fällige« Meldepflicht passt die Konstruktion der Vorwirkung nicht. Von Vorwirkung kann man nur dann sprechen, wenn man als Ende der Umsetzungsfrist die Aufnahme in die EG-Liste oder gar erst die anschließende tatsächliche Unterschätzung durch staatliches Recht annimmt. Dafür kann man sich jedoch nicht auf das Urteil »Inter-Environnement Wallonie« des EuGH berufen, denn dort ist nur von der in der Richtlinie selbst genannten Umsetzungsfrist die Rede, d.h. einer Vorwirkung aus dem Gedanken der Gemeinschaftstreue.

Es ist also eine andere rechtsdogmatische Konstruktion zu suchen. Hier liegt es nahe, an den Sanktionsgedanken anzuknüpfen, den das BVerwG in der Tat in den Urteilen A 20 (erster Bauabschnitt) und B1 heranzieht – freilich zu Unrecht dafür »Inter-Environnement Wallonie« zitierend³³, denn dort ist keine Rede von Sanktionen. In den Urteilen A 71 und A 20 (zweiter Bauabschnitt) erwähnt das BVerwG den Sanktionsgedanken dann jedoch nicht mehr, doch wird dies, wie gesagt, der Tatsache nicht gerecht, dass ja gerade nicht die Situation der Vorwirkung, sondern die der Säumnis gegeben war.

Dass wir es nicht mit Vorwirkung, sondern mit Nichterfüllung »fälliger« Pflichten zu tun haben, führt in die allgemeine Direktwirkungslehre zurück.³⁴ Dort, so scheint es mir, ist die geeignete Konstruktion zu suchen. Bei Zugrundelegung der subjektivierenden Doktrin ergeben sich freilich wie bei der Vogelschutzrichtlinie auch hier Probleme, weil aus der FFH-RL kaum subjektive Rechte Einzelner abzuleiten sind. Ähnliche Schwierigkeiten ergeben sich auch bei Anwendung der objektivierenden Doktrin, denn ein »potenzielles FFH-Gebiet« führt ähnlich wie ein »faktisches Vogelschutzgebiet« zu belastenden Pflichten der betroffenen Grundstücksnutzer. Den Ausweg bietet wiederum die Suprematie-These. Sie ist auch unter dem Gesichtspunkt der im Verhältnis zur EG und den anderen Mitgliedstaaten unzulässigen Rechtsausübung stimmig, denn der säumige Mitgliedstaat Deutschland verschafft sich Vorteile dadurch, dass er seine Infrastruktur ausbaut, während die rechtstreuen anderen Mitgliedstaaten darauf zum Schutz der Gemeinschaftsnatur verzichten. Hinzukommen zwei Gesichtspunkte, die aus dem Urteil des EuGH zu den Basses Corbières³⁵ extrapoliert werden können: Die Nichtausweisung von Gebieten hindert die Kommission daran, ihre Rechtsaufsicht auszuüben, und die Annahme einer strengen Direktwirkungslehre (im Fall war es die Anwendung des strengeren Art. 4 Abs. 4 Vogelschutz-RL auf nicht gemeldete Gebiete, die nach Meldung dem weichen Regime des Art. 6 Abs. 2 bis 4 FFH-RL unterliegen) bietet einen Anreiz, den Melde- und Ausweisungspflichten nachzukommen. All diese Erwägungen passen insofern zusammen, als sie sämtlich auf der Ebene des Rechtsverhältnisses Staat – Ge-

meinschaft/ andere Mitgliedstaaten angesiedelt sind. Der Gesichtspunkt »X« ist damit erledigt.

Auch im Hinblick auf die Voraussetzungen der Genauigkeit und Unbedingtheit hält sich die Rechtsprechung zur FFH-Richtlinie zurück. Als genau und unbedingt können zunächst die Anforderungen des Art. 6 Abs. 3 (Verträglichkeitsprüfung) und Abs. 4 (Prüfmaßstäbe) angesehen werden. Für die Verträglichkeitsprüfung entspricht diese Annahme der Tatsache, dass der EuGH auch für die RL zur Umweltverträglichkeitsprüfung Direktwirkung angenommen hat.³⁶ Für die Beeinträchtigungskontrolle entspricht sie dem Umstand, dass der EuGH Direktwirkung für seine selbstentwickelten Kriterien zum Beeinträchtigungsregime der Vogelschutz-RL angenommen hat, die durch Art. 6 Abs. 4 FFH-RL ja weitgehend adaptiert werden.

Ob das Gebiet, auf das die Kriterien anzuwenden sind, ein Schutzgebiet ist, ist dagegen anders als im Falle der Vogelschutz-RL nicht nur von der Entscheidung der Mitgliedstaaten abhängig, sondern auch von der im Regelungsausschussverfahren zu treffenden Entscheidung der Kommission. Wir haben es also mit einer doppelten Bedingtheit der Richtlinie (Meldung durch den Mitgliedstaat und Entscheidung der Kommission) zu tun. Doch ändert das nichts daran, dass es auch im Bereich der FFH-RL jedenfalls ein Kernsegment der geeignetsten Lebensräume gibt, für die der Schutz der Richtlinie unmittelbar gelten kann. Es handelt sich dann nicht nur um ein potentielles, sondern um ein »faktisches FFH-Gebiet«. Man könnte noch einwenden, dass das Segment wegen der doppelten Bedingtheit der Aufnahme in die Liste enger zu fassen ist als bei der Vogelschutz-RL. Das trifft jedoch nicht zu. Denn erstens ergibt sich das Kernsegment aus materiellen Kriterien, an die auch die Kommission bei ihrer Entscheidung gebunden wäre, und zweitens ist angesichts der Zögerlichkeit der Meldungen der Mitgliedstaaten ohnehin kaum damit zu rechnen, dass die Kommission manche gemeldeten Gebiete nicht in die Liste Natura 2000 aufnimmt. Die zweite Bedingtheit hat also wenig inhaltliche Bedeutung in negativer Richtung. Eher ist damit zu rechnen, dass die Kommission gem. Art. 5 FFH-RL auf eine Erweiterung der Liste drängen wird.

Folgt man der hier vorgeschlagenen Verortung der Figur des »potenziellen« oder besser »faktischen« FFH-Gebiets als Fall von Direktwirkung, ergibt sich zugleich, dass Direktwirkung auch noch greifen kann, wenn die erste Tranche der Meldungen nach Art. 4 Abs. 1 FFH-RL im weiteren Verfahren als vollständig angesehen wird, sich aber später auf Grund von Veränderungen oder neuen Erkenntnissen auf Grund von Art. 4 Abs. 1 Satz 4 mit Art. 11 FFH-RL die Notwendigkeit einer Ergänzung ergibt.³⁷

Offene Fragen stellen sich weiterhin hinsichtlich des Beeinträchtigungsregimes nach Art. 6 Abs. 4 FFH-Richtlinie, soweit es anwendbar ist. Insbesondere ist klärungsbedürftig, wie weit der Kreis der zu prüfenden Alternativen zu ziehen ist.

Das BVerwG³⁸ unterscheidet zwischen grundsätzlichen Alternativen (manchmal Konzept- oder Systemalternativen genannt) und konkreten Alternativen (z.B. Varianten der Projektverwirklichung). Im A 20-Urteil (erster Bauabschnitt) hat das BVerwG die Nordumfahrung Lübecks im Vergleich zu der gewählten Südumfahrung als

33 BVerwGE 107, 1, 22; 110, 302, 308. Ich bekenne mich mitschuldig, weil ich als Klägervertreter genau diese Parallele zu »Inter-Environnement Wallonie« reklamiert hatte.

34 Ebenso W. Mecklenburg, Anmerkungen zur Rechtsfigur des potentiellen FFH-Gebietes, UPR 2002, S. 124, 127.

35 EuGH, Urteil v. 7.12.2000, Rs. C-374/98, ZUR 2001, S. 75 (Rdnr. 53 u. 56). Vgl. auch oben zu Fn. 19.

36 Zwar fehlt es voraussetzungsgemäß an einer Festlegung von Erhaltungszielen, doch lassen sich diese auch aus dem Gebietscharakter, Anhang III und den Schutzziele der Art. 2 und 3 FFH-RL ableiten. S. dazu W. Mecklenburg, UPR 2002, S. 128, der als Basis eines direkt wirkenden Beeinträchtigungsregimes Art. 6 Abs. 2 heranzieht.

37 So auch W. Mecklenburg, UPR 2002, S. 126. A. A. – auf Grundlage der Annahme einer Vorwirkung- konsequent Gaentzsch, NVwZ 2001, S. 993.

38 BVerwG 107, 1, 14.

»anderes Projekt« bezeichnet und dementsprechend als Konzeptalternative angesehen. Zwar hat es diese enge Sicht in den Urteilen zum zweiten Bauabschnitt revidiert³⁹, aber die Struktur der Unterscheidung von Konzeptalternativen und Projektvarianten bleibt bestehen. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass das Projektziel, welches das Spektrum der zu erwägenden Alternativen umgrenzt, durch den zur Entscheidung stehenden Plan verbindlich konkretisiert wird.⁴⁰ Es ist aber gerade fraglich, ob das Gemeinschaftsrecht eine solche Konkretisierung des Projektziels akzeptiert. M.E. akzeptiert es lediglich eine Eingrenzung und Abschtichtung in gestuften Verfahren, wobei jedoch gesichert sein muss, dass auf den höheren Stufen das Gewicht des von der FFH-RL vorgeschriebenen Naturschutzes beachtet worden ist. Wenn also auf einer höheren Stufe sichtbar ist, dass ein Vorhaben ein FFH-Gebiet erheblich beeinträchtigen wird, müssen auf dieser Stufe Alternativen – und das heißt auch Konzeptalternativen – geprüft werden. Ist dies nicht geschehen, gibt es keine wirksame Abschtichtung im Sinne einer Verengung auf bloße Ausführungsalternativen auf der Planfeststellungsebene.

Inwieweit auf den höheren Stufen Konzeptalternativen erwogen worden sind, ist von dem gegen die Planfeststellung angerufenen Gericht inzident zu prüfen. Dabei gilt die Direktwirkung der Richtlinie einschließlich Alternativenprüfung auch gegenüber einer vorstufigen Festlegung durch Gesetz, wie etwa durch das Fernstraßenausbaugesetz. Das Gesetz ist wegen Verstoßes gegen die Richtlinie unanwendbar, wenn es nicht auf einer Prüfung der Konzeptalternativen aufbaut. Denn anders als die UVP-RL, nach der eine Alternativenprüfung auf der Genehmigungsstufe ausreicht, bezieht die FFH-RL das gesamte Staatshandeln ein, auch die Gesetzgebung.

D. Richtlinienkonforme Auslegung statt Direktwirkung oder Vorwirkung?

In der deutschen Rechtsprechung und Literatur zur Direktwirkung des europäischen Naturschutzrechts wird manchmal nicht ausreichend präzisiert und anscheinend häufig unterstellt, ob bzw. dass das nationale Recht eine richtlinienkonforme Lösung an sich aus-

schließt, so dass die unmittelbare Anwendbarkeit (gleich ob via Direktwirkung oder Vorwirkung) nur als eine solche contra legem nationalem in Betracht kommt. Dies ist jedoch nicht zwingend. Man müsste dann §§ 19 a ff. BNatSchG so interpretieren, dass sie einen Schutzstatus einschließlich Beeinträchtigungsregime ausschließen, wenn er nicht genau auf der Grundlage dieser Bestimmungen errichtet worden ist. Dafür spricht nichts. Es könnte z. B. durch Landesrecht ein zusätzlicher Schutzstatus für nicht gemeldete Gebiete eingeführt werden, der in seiner Intensität dem des § 19 b BNatSchG gleichkäme. Bundesrechtlich ist nur der Schutzstatus für gemeldete Gebiete geregelt. Alles andere bleibt offen. Offen bleibt insbesondere auch das Planfeststellungsrecht. Dieses ist rechtlicher Ausgangspunkt bei raumgreifenden Infrastrukturvorhaben wie auch einer Bundesautobahn und durch ein offenes Abwägungsprogramm charakterisiert, auf das in unabgeschlossener Zahl Optimierungsgebote und Planungsleitsätze einwirken können. Zu diesen können die Interpretation auch die Vorgaben der Vogelschutz- und FFH-RL gerechnet werden. Es ist deshalb m.E. vertretbar, die ganze Problematik der unmittelbaren Anwendbarkeit der FFH-RL als eine Frage der richtlinienkonformen Auslegung des Fachplanungsrechts zu verstehen, und zwar wegen der Verbindlichkeit der Vorgaben als zusätzlichen Planungsleitsatz.

39 Urteile des BVerwG in Sachen 4 A 21.01 und 4 A 15.01 v. 31.1.2002, je Abschnitt 3.2.1. S. vorher bereits BVerwG Buchholz 407.4, § 17 FStrG Nr. 144.
40 So U. Ramsauer, Die Ausnahmeregelungen des Art. 6 Abs. 4 der FFH-Richtlinie, NuR 2000, S. 601, 606.

Prof. Dr. Gerd Winter

Leiter der Forschungsstelle für Europäisches Umweltrecht im Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Bremen;
Mathildenstr. 81, 28203 Bremen.

Aktuelle Veröffentlichungen: *Welthandelsrecht und Umweltschutz*, in: K.-P. Dolde (Hrsg.), *Umweltrecht im Wandel*, 2001, 71 ff.; *Umwelt-Ressource-Biosphäre. Ansichten von Natur im Recht, Gaia 2000*, 196 ff.; (Hrsg.) *Das Öffentliche heute*, Baden-Baden 2001.

Ludger-Anselm Versteyl

Altölnovelle 2002: 12 Jahre Anlauf und dennoch zu kurz gesprungen

Die Altölverordnung aus dem Jahre 1977 bedurfte seit etwa einem Jahrzehnt der Novellierung, die redaktionellen Fehlern, der Vorgabe der Altöl-Richtlinie 75/439/EWG mit dem Gebot der Priorisierung der stofflichen Verwertung und nicht zuletzt dem Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz geschuldet war. Erst die Verurteilung der Bundesrepublik Deutschland vom 9.9.1999 und die drohende Pönalezahlung führten zur Novelle, die die Bundesregierung eher unfreiwillig beschloss, die aber immer noch nicht der stofflichen Verwertung hinlänglichen Vorrang einräumt.

A. Die Entwicklung des deutschen Altölrechts

Seit jeher fällt schon die Definition dessen schwer, was unter dem Altöl zu verstehen ist. Zwar hatte das frühere Altölgesetz¹ in § 3 Abs. 2 und das Abfallgesetz von 1986² in § 5a Abs. 1 Satz 1 eine

Legaldefinition gegeben, wonach Altöle gebrauchte halbflüssige oder flüssige Stoffe, die ganz oder teilweise aus Mineralöl oder synthetischem Öl bestehen, einschließlich ölhaltiger Rückstände aus Behältern, Emulsionen und Öl-Wasser-Gemische (nach dem alten Altölgesetz mit mindestens 4 % Ölgehalt) sind, aber in der Praxis erwies sich dieser Begriff in vielerlei Hinsicht als unzulänglich und auch die an das europäische Recht angelehnte Formulierung aus § 1 a der neuen AltöIV bleibt strittig (dazu die Erl. zu § 1 a). Allgemeiner gefasst, ist daher unter Altöl jedes Öl zu verstehen, das außerhalb seiner ursprünglichen Bestimmung anfällt, sei es infor-

1 Gesetz über Maßnahmen zur Sicherung der Altölbeseitigung – Altölgesetz – in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. 12. 1979, BGBl. I, 2113.

2 Gesetz über die Vermeidung und Entsorgung von Abfällen vom 27.8.1986, BGBl. I, 1410.