

Sachgebiet:

BVerwGE: nein  
Fachpresse: ja

Straßen- und Wegerecht, mit Ausnahme von Streitigkeiten über Sondernutzungen

Rechtsquelle/n:

FStrG	§§ 17 ff.
BNatSchG	§ 34, §§ 44 f.
VwGO	§ 86

Titelzeile:

Planfeststellung Straßenrecht

Stichworte:

Planfeststellung; Ortsumgehung; Verkehrsprognose; Verkehrsbelastung; Verkehrsgesamtbelastung; Tötungsverbot; Tötungsrisiko; Signifikanz; Störungsverbot; Zerstörungsverbot; Artenschutz; Habitatschutz; planungsrelevante Arten; Beurteilungsspielraum; Einschätzungsprärogative; Ausnahme; objektive Ausnahmelage.

Leitsätze:

1. Der Tatbestand des Tötungsverbots (§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG) ist im Hinblick auf bau- und betriebsbedingte Gefahren eines Straßenbauvorhabens erst dann erfüllt, wenn das vorhabenunabhängige Grundrisiko dadurch signifikant erhöht wird (im Anschluss an die ständige Rechtsprechung).
2. Die der Planfeststellungsbehörde bei Anwendung des § 44 Abs. 1 BNatSchG zustehende naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative schließt die Beurteilung ein, ob und inwieweit auf eine raumbezogene Bestandsaufnahme und Prüfung bei "Allerweltsvogelarten" verzichtet werden kann.
3. Ist über eine bestimmte artenschutzrechtliche Ausnahme (§ 45 Abs. 7 BNatSchG) trotz objektiver Ausnahmelage versehentlich nicht entschieden worden, so ist dieser Mangel dann unerheblich, wenn unter Berücksichtigung aller Umstände ausgeschlossen werden kann, dass dem Vorhabenträger die fehlende Ausnahme versagt worden wäre (wie BVerwG, Urteil vom 14. April 2010 - 9 A 5.08 - BVerwGE 136, 291 Rn. 147).

Beschluss des 9. Senats vom 8. März 2018 - BVerwG 9 B 25.17



- I. OVG Münster vom 29. März 2017  
Az: OVG 11 D 70/09.AK



# **BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

## **BESCHLUSS**

BVerwG 9 B 25.17  
OVG 11 D 70/09.AK

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 9. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
am 8. März 2018

durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Bier,  
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Bick  
und den Richter am Bundesverwaltungsgericht Steinkühler

beschlossen:

Die Beschwerde des Klägers gegen die Nichtzulassung der Revision im Urteil des Oberverwaltungsgerichts des Landes Nordrhein-Westfalen vom 29. März 2017 wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 30 000 € festgesetzt.

#### G r ü n d e :

I

- 1 Der klagende Umweltverband wendet sich gegen den Planfeststellungsbeschluss vom 31. März 2009 in der Gestalt des Planergänzungsbeschlusses vom 4. Mai 2011 und des Planergänzungsbescheides vom 11. Januar 2013. Geplant ist der Neubau eines Abschnitts der B 474n als Ortsumgehung Datteln. Das rund 4 km lange Straßenstück soll u.a. das Waldgebiet "Deipe" queren und im Nordosten der Stadt in die vorhandene Trasse der B 235 münden, die ihrerseits im weiteren Verlauf auf einer Brücke die Lippe quert. Entlang der Lippe erstreckt sich das gemeinschaftsrechtlich festgelegte FFH-Gebiet "Lippeaue". Die geplante B 474n schleift rund 300 m vor der Grenze dieses FFH-Gebiets in die B 235 ein. Der Neubau der Ortsumgehung Datteln ist im Bedarfsplan für die Bundesfernstraßen als zweistreifige Bundesstraße in der Kategorie des vordringlichen Bedarfs dargestellt. Ebenfalls als vordringlicher Bedarf ausgewiesen ist der südlich angrenzende Abschnitt der B 474n bis zur A 2, der als Ortsumgehung Waltrop vierstreifig gebaut werden soll.
- 2 Das Oberverwaltungsgericht hat mit Urteil vom 18. Januar 2013 - 11 D 70/09.AK - (zum Teil veröffentlicht in DVBl. 2013, 374 = Langtext in juris) die Klage abgewiesen und die Revision nicht zugelassen. Das Bundesverwal-

tungsgericht hat mit Beschluss vom 28. November 2013 - 9 B 14.13 - (NuR 2014, 361 = Langtext in juris) das Urteil aufgehoben und den Rechtsstreit zur anderweitigen Entscheidung zurückverwiesen. Das Oberverwaltungsgericht habe sich im angefochtenen Urteil nicht hinreichend mit Teilen des Klagevorbringens auseinandergesetzt, soweit es um das artenschutzrechtliche Tötungsverbot und das Zerstörungsverbot in Bezug auf zahlreiche verbreitete ("ubiquitäre") Vogelarten gehe.

- 3 Nach dieser Zurückverweisung hat das Oberverwaltungsgericht mit weiterem Urteil vom 29. März 2017 die Klage erneut abgewiesen und die Revision nicht zugelassen. Dagegen richtet sich die Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers.

## II

- 4 Die Beschwerde, die auf die Zulassungsgründe der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache (§ 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) und eines Verfahrensmangels (§ 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO) gestützt ist, hat keinen Erfolg.

- 5 1. Der Rechtssache kommt keine grundsätzliche Bedeutung im Sinne von § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO zu.

- 6 Grundsätzlich bedeutsam im Sinne dieser Vorschrift ist eine Rechtssache nur, wenn für die angefochtene Entscheidung der Vorinstanz eine konkrete fallübergreifende und bislang ungeklärte Rechtsfrage des revisiblen Rechts von Bedeutung war, deren Klärung im Revisionsverfahren zu erwarten ist und zur Erhaltung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung oder zur Weiterentwicklung des Rechts geboten erscheint. Den Darlegungen der Beschwerde lässt sich nicht entnehmen, dass diese Voraussetzungen im vorliegenden Fall erfüllt sind.

- 7 a) Die Fragen,

ob es der Projektbegriff des § 34 Abs. 1 Satz 1 BNatSchG gebietet, für eine in mehreren Abschnitten geplante Straße als Teil einer Straßengesamtplanung bei der Prüfung einer erheblichen Beeinträchtigung der Erhaltungsziele eines Natura-2000-Gebiets funktionsbezogen für jeden der Ab-

schnitte die prognostizierte Verkehrsgesamtbelastung bei Realisierung der Gesamtstrecke zugrunde zu legen,

und ob es die artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände des § 44 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BNatSchG gebieten, für eine in mehreren Abschnitten geplante Straße als Teil einer Straßengesamtplanung funktionsbezogen für jeden der Abschnitte die prognostizierte Verkehrsgesamtbelastung bei Realisierung der Gesamtstrecke zugrunde zu legen,

rechtfertigen nicht die Zulassung der Revision. Der Senat hat bereits in seinem dasselbe Verfahren betreffenden Beschluss vom 28. November 2013 - 9 B 14.13 - (NuR 2014, 361 Rn. 7 f.) ausgeführt, dass jede in Bezug auf ein Verkehrsprojekt durchgeführte FFH-Verträglichkeitsprüfung zunächst von einer methodengerechten, auf realistischen Annahmen beruhenden und nachvollziehbar begründeten Verkehrsprognose auszugehen hat, die für die sich im Rahmen der Prüfung konkret stellenden Fragen hinreichend belastbare Aussagen enthalten muss. Nichts anderes gilt für die Prüfung der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände, die ebenfalls eine nach den genannten Maßstäben erstellte Verkehrsprognose voraussetzt. Die maßgebliche Aussage eines Verkehrsgutachtens besteht in der für das Projekt ermittelten Verkehrsbelastung, der für die straßentechnische Ausstattung eine besondere Bedeutung zukommt. Bei einer abschnittsweise zu bauenden Straße ist Projekt - auch im Sinne des § 34 Abs. 1 BNatSchG - der jeweils geplante Abschnitt (stRspr, s. nur BVerwG, Urteil vom 14. April 2010 - 9 A 5.08 - BVerwGE 136, 291 Rn. 103). Die Prognose dieser Verkehrsbelastung hat weitere geplante Abschnitte grundsätzlich dann einzubeziehen, wenn deren Verwirklichung innerhalb des Prognosezeitraums ebenfalls zu erwarten ist. Dies liegt auf der Hand und bedarf keiner weiteren Klärung in einem Revisionsverfahren. Dementsprechend hat auch die vorliegende projektbezogene Verkehrsprognose die Verkehrsbelastung für den Planfall P 3.2.3, also einschließlich der Weiterführung der B 474n über die Ortsumgehung Waltrop bis zur Anschlussstelle Mengeder Heide der A 2 im Knotenpunkt mit der A 45, ermittelt, und der Planfeststellungsbeschluss hat die so ermittelten "Prognoseverkehrsmengen 2020" der straßentechnischen Planung zugrunde gelegt (vgl. OVG, UA S. 84 und Planfeststellungsbeschluss S. 61).

- 8 Aus dem Vorstehenden folgt indes nicht ohne Weiteres, dass naturschutzrechtliche Konflikte, die im nachgelagerten Straßennetz erst zu einem späteren Zeitpunkt nach Hinzutreten weiterer Projekte voraussichtlich entstehen und ihre Ursache dann unter anderem auch in dem vorliegenden Projekt haben werden (hier: Stickstoffbelastung des FFH-Gebietes im Bereich der Lippebrücke), schon aus Anlass dieses Projektes gelöst werden müssen. Der Planungsträger hat die durch die Planungsentscheidung geschaffenen oder ihr sonst zurechenbaren Konflikte zu bewältigen. Die durch das Vorhaben selbst innerhalb seines Wirkungsbereichs unmittelbar hervorgerufenen, im Prognosezeitraum zu erwartenden Beeinträchtigungen werden ihm zwar regelmäßig ohne Weiteres zugerechnet. Das gilt aber nicht zwingend auch für mittelbare Beeinträchtigungen, die durch das Straßenbauvorhaben als einer raumbedeutsamen Maßnahme (mit) ausgelöst werden, allerdings außerhalb seines direkten Wirkungsbereichs an anderer Stelle auftreten (zu dieser Unterscheidung vgl. in anderem Zusammenhang auch BVerwG, Urteil vom 17. März 2005 - 4 A 18.04 - BVerwGE 123,152 <155 ff., 157>). Es gibt keinen Rechtssatz, der den Planungsträger verpflichten würde, derartige Konflikte, die an einem anderen Ort durch das Zusammenwirken mehrerer Projekte entstehen, stets schon dem ersten Projekt zuzuordnen und bereits in diesem Zusammenhang zu bewältigen. Ob dies überhaupt möglich und ob es zweckmäßig ist, richtet sich vielmehr - auch im Hinblick auf ein bestimmtes Straßenbauvorhaben, das abschnittsweise verwirklicht wird - stets nach den Umständen des Einzelfalls. Von Bedeutung ist dabei neben der Entfernung zwischen dem Projekt und dem Ort der Beeinträchtigung sowie der Anzahl der das jeweilige Verkehrsaufkommen vermittelnden Knotenpunkte insbesondere, welche weiteren Projekte außerdem noch von Einfluss auf den zu erwartenden Konflikt sind oder doch möglicherweise sein werden. Insoweit verbietet sich eine verallgemeinernde Antwort.
- 9 Davon unberührt bleibt die Verpflichtung der Behörde, sich bei der Planfeststellung des Abschnitts einer Fernstraße nach Art eines vorläufigen positiven Gesamturteils Rechenschaft darüber abzulegen, ob nachteilige Wirkungen auf ein außerhalb gelegenes FFH-Gebiet, die der abschnittsweise geplante Verkehrsweg als solcher in seiner Gesamtheit hervorruft, bei der Verwirklichung weiterer Abschnitte voraussichtlich bewältigt werden können (vgl. dazu bereits BVerwG,

Beschluss vom 28. November 2013 - 9 B 14.13 - NuR 2014, 361 Rn. 13 m.w.N.). Einen weiteren Klärungsbedarf dazu zeigt die Beschwerde nicht auf.

10 b) Die Fragen,

welcher Prüfungsmaßstab für die Beurteilung eines signifikant gesteigerten Tötungsrisikos im artenschutzrechtlichen Verbots-tatbestand des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG zur Anwendung kommt und wie dieser Maßstab gegebenenfalls im Rahmen der artenschutzrechtlichen Prüfung zu konkretisieren ist,

und ob eine Interpretation des Tötungsverbots, die dieses bei sämtlichen Infrastrukturvorhaben auf extreme Sonder-situationen beschränkt, mit Art. 5 Buchst. a der Richtlinie 2009/147/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. November 2009 über die Erhaltung der wild-lebenden Vogelarten (ABl. L 20 S. 7) - Vogelschutz-richtlinie - VRL - vereinbar ist,

bedürfen ebenfalls nicht der Zulassung der Revision.

- 11 aa) Die erste Frage ist, soweit sie einer abstrakten Klärung zugänglich ist, in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bereits geklärt. Danach ist der Tatbestand des Tötungsverbots mit Blick auf die bei einem Straßenbauvorhaben nie völlig auszuschließende Gefahr von Kollisionen geschützter Tiere mit der Trasse erst dann erfüllt, wenn das Vorhaben dieses Risiko in einer für die betroffene Tierart signifikanten Weise erhöht. Dabei sind Maßnahmen, mittels derer solche Kollisionen so weit vermieden werden können, dass sie innerhalb des Risikobereichs verbleiben, der mit einem Verkehrsweg im Naturraum immer verbunden ist, in die Betrachtung miteinzubeziehen (stRspr, vgl. BVerwG, Urteile vom 9. Juli 2008 - 9 A 14.07 - BVerwGE 131, 274 Rn. 91, vom 14. Juli 2011 - 9 A 12.10 - BVerwGE 140, 149 Rn. 99 und vom 6. April 2017 - 4 A 16.16 - DVBl. 2017, 1039 Rn. 73 f.). Der Signifikanzansatz gilt nicht nur für das betriebsbedingte Risiko von Kollisionen mit der Trasse, sondern auch für bau- und anlagebezogene Risiken (BVerwG, Urteile vom 8. Januar 2014 - 9 A 4.13 - Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr. 235 Rn. 99 <insoweit nicht abgedruckt in BVerwGE 149, 31> und vom 6. April 2017 - 4 A 16.16 - DVBl. 2017, 1039 Rn. 73). Das anhand einer wertenden Betrachtung auszufüllende Kriterium der Signifikanz trägt dem Umstand Rechnung, dass für Tiere bereits vorhabenun-

abhängig ein allgemeines Tötungsrisiko besteht, welches sich nicht nur aus dem allgemeinen Naturgeschehen ergibt, sondern auch dann sozialadäquat und deshalb hinzunehmen ist, wenn es zwar vom Menschen verursacht ist, aber nur einzelne Individuen betrifft. Denn tierisches Leben existiert nicht in einer unberührten, sondern in einer vom Menschen gestalteten Landschaft. Nur innerhalb dieses Rahmens greift der Schutz des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG. Das bedeutet nicht, dass gerade in einem Umfeld, in dem bereits aufgrund anderweitiger Vorbelastungen ein erhöhtes Tötungsrisiko besteht, eine umso größere Gefährdung zulässig wäre. Umstände, die für die Beurteilung der Signifikanz eine Rolle spielen, sind vielmehr insbesondere artspezifische Verhaltensweisen, häufige Frequentierung des durchschnittlichen Raums und die Wirksamkeit vorgesehener Schutzmaßnahmen, darüber hinaus gegebenenfalls auch weitere Kriterien im Zusammenhang mit der Biologie der Art (BVerwG, Urteile vom 28. April 2016 - 9 A 9.15 - BVerwGE 155, 91 Rn. 141, vom 10. November 2016 - 9 A 18.15 - juris Rn. 83 f. <insoweit nicht abgedruckt in BVerwGE 156, 215> und vom 6. April 2017 - 4 A 16.16 - DVBl. 2017, 1039 Rn. 74 f., jeweils m.w.N.).

- 12 Für diese fachliche Beurteilung ist der Planfeststellungsbehörde eine Einschätzungsprärogative eingeräumt (stRspr, vgl. BVerwG, Urteil vom 14. Juli 2011 - 9 A 12.10 - BVerwGE 140, 149 Rn. 99 und vom 6. April 2017 - 4 A 16.16 - DVBl. 2017, 1039 Rn. 58, jeweils m.w.N.). Die in diesem Rahmen getroffenen, auf fachgutachterliche Stellungnahmen gestützten Annahmen der Planfeststellungsbehörde unterliegen gerichtlicher Prüfung nur dahin, ob sie im Einzelfall naturschutzfachlich vertretbar sind und nicht auf einem unzulänglichen oder gar ungeeigneten Bewertungsverfahren beruhen (stRspr, vgl. zu den Anforderungen etwa BVerwG, Urteile vom 28. März 2013 - 9 A 22.11 - BVerwGE 146, 145 Rn. 114, vom 28. April 2016 - 9 A 9.15 - BVerwGE 155, 91 Rn. 128 und vom 6. April 2017 - 4 A 16.16 - DVBl. 2017, 1039 Rn. 58, jeweils m.w.N.).
- 13 Der Gesetzgeber hat den Signifikanzansatz inzwischen durch das Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes vom 15. September 2017 (BGBl. I S. 3434) in die Neufassung des § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG aufgenom-

men. Danach liegt ein Verstoß gegen das Tötungs- und Verletzungsverbot nicht vor, wenn die Beeinträchtigung durch den Eingriff oder das Vorhaben auch unter Berücksichtigung von Vermeidungsmaßnahmen das Tötungs- und Verletzungsrisiko für Exemplare der betroffenen Arten nicht signifikant erhöht und diese Beeinträchtigung unvermeidbar ist. Hierzu heißt es in der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/11939 S. 17):

"Der in der Praxis bewährte Signifikanzansatz nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu § 44 Absatz 1 Nummer 1 soll mit der Regelung bestätigt werden. In der Praxis der Planung und Zulassung von Projekten und Eingriffen ist eine Konkretisierung des Signifikanzansatzes erforderlich. Die Bewertung, ob die Individuen der betroffenen Arten durch das Vorhaben einem signifikant erhöhten Tötungs- und Verletzungsrisiko ausgesetzt sind, erfordert eine Berücksichtigung verschiedener projekt- und artbezogener Kriterien sowie weiterer naturschutzfachlicher Parameter. Die erarbeiteten Konzepte zur Bewertung der Mortalität wildlebender Tiere sowie für die Vermeidbarkeit von Beeinträchtigungen sollten praxisbezogen weiterentwickelt werden."

- 14 Die Beschwerde zeigt keinen weitergehenden grundsätzlichen Klärungsbedarf auf. Vielmehr trägt sie im Wesentlichen vor, dass der Signifikanzansatz zu praktischen Abgrenzungs- und Anwendungsproblemen führe und dass das Oberverwaltungsgericht von einem zu engen Verständnis ausgegangen sei, die vorgenannten Obersätze also unzutreffend angewandt habe. Mit diesem Vorbringen kann indes die Grundsatzrüge nicht begründet werden.
- 15 bb) Aus dem Vorstehenden folgt, dass auch die o. g. zweite Frage keinen grundsätzlichen Klärungsbedarf aufwirft. Deren Formulierung nimmt im Übrigen eine unzutreffende Bewertung der Rechtsprechung zum Tötungstatbestand vor, denn dessen Anwendung ist nicht auf extreme Sondersituationen beschränkt.
- 16 c) Die Fragen,
- ob eine artenschutzrechtliche Prüfung als rechtskonform gewertet werden kann, obwohl die dieser Prüfung zugrunde liegenden Rohdaten vernichtet wurden und zur Überprüfung durch die Beteiligten nicht zur Verfügung stehen und auch den für die Ausübung der Einschätzungs-

prärogative zuständigen Behörden niemals zur Verfügung gestanden haben,

ob die Planfeststellungsbehörde das Vorliegen einer umfangreichen Artenkartierung und der sich daraus ergebenden Erkenntnisse, die ihr vom Kläger während des noch laufenden Planfeststellungsverfahrens angekündigt und zugänglich gemacht worden ist, trotz des nach der Übersendung noch über ein Jahr laufenden Planfeststellungsverfahrens einfach ignorieren konnte, ohne zu prüfen, ob die eigenen Ergebnisse vor diesem Hintergrund noch hinreichend belastbar waren,

ob es mit den Verboten des Art. 5 VRL vereinbar ist, wenn die individuenbezogenen Verbotstatbestände der Tötung und der Zerstörung von Lebensstätten verneint werden, ohne dass bei einem Eingriffsvorhaben zuvor die Lage des Brutvogelreviers oder die Lage der Lebensstätte genau ermittelt wurde oder wenn die zur Beurteilung der Lage des Brutvogelreviers und der Feststellung der Lage der Lebensstätte erforderlichen Rohdaten vor der artenschutzrechtlichen Beurteilung vernichtet wurden, so dass die beurteilende Behörde diese gar nicht kennt,

ob es rechtlich zulässig ist, die unter der neuen Rechtslage des § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG planfestgestellten Vorhaben ohne erneute artenschutzrechtliche Prüfung der durch die alte Rechtslage nicht abgedeckten, auf die Zeiträume der Mauser-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten sich erstreckenden neuen Tatbestandsmerkmale durchzuführen

und ob die Funktionsfähigkeit des Zaunes als Vermeidungsmaßnahme der Einschätzungsprärogative dem Beklagten unterliegt,

unterstellen zum Teil einen so nicht vom Obergericht festgestellten Sachverhalt. So ergibt sich aus dem Urteil nicht, dass Rohdaten vernichtet wurden und den zuständigen Behörden niemals zur Verfügung gestanden haben. Hiervon abgesehen werfen die Fragen keine abstrakt zu klärenden, fallübergreifenden Rechtsfragen auf, die die Durchführung eines Revisionsverfahrens erfordern. Ob Erkenntnisse und Bewertungen der Fachgutachter bzw. der Planfeststellungsbehörde, hier in Bezug auf die artenschutzrechtliche Bestandsaufnahme sowie in Bezug auf die Prüfung von Verbotstatbeständen nach Art. 5 VRL, hinreichend aussagekräftig und valide sind, um im gerichtlichen Verfahren

bestätigt werden zu können, oder ob sie - hier etwa mit Blick auf das Fehlen von Rohdaten oder Brutvogelkartierungen, die vom Kläger vorgelegten Kartierergebnisse oder aufgrund geänderter Prüfvoraussetzungen - unvollständig und ergänzungsbedürftig sind, ist eine Frage des Einzelfalls und kann nicht nach abstrakten Grundsätzen beantwortet werden.

- 17 Gleiches gilt für die Frage, ob eine konkret geplante Maßnahme (hier: ein Wild- bzw. Kollisionsschutzzaun mit einer bestimmten Höhe und Maschenweite) für bestimmte Arten (hier: Kleinvögel) als geeignete Vermeidungsmaßnahme bewertet werden kann. Dass die Wirksamkeit bestimmter Maßnahmen fachwissenschaftlich nicht abschließend geklärt ist, steht ihrer Berücksichtigung als zusätzliche Schadensvermeidungsmaßnahme nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht entgegen. Auch bei der Festsetzung von Schadensvermeidungsmaßnahmen hat die Planfeststellungsbehörde einen fachwissenschaftlichen Beurteilungsspielraum. Dieser ist erst verletzt, wenn die behördlich getroffenen Annahmen fachlich nicht mehr vertretbar sind, weil sich in der Wissenschaft die gegenteilige Meinung als Stand der Wissenschaft durchgesetzt hat (BVerwG, Urteil vom 28. April 2016 - 9 A 9.15 - BVerwGE 155, 91 Rn. 144).
- 18 Abgesehen davon liegt es auf der Hand und bedarf keiner grundsätzlichen Klärung, dass die Behörde eine ihr zustehende naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative keineswegs "ohne jedwede Kontrollmöglichkeit (...) uneingeschränkt und nicht rückholbar auf einen externen Parteigutachter übertragen" darf. Vielmehr muss jede naturschutzfachliche Annahme auf einer nachvollziehbaren Grundlage beruhen. Dies folgt ohne Weiteres aus dem gerichtlichen Kontrollumfang, der unter b) aa) näher dargelegt wurde.
- 19 d) Die Fragen,

ob bei der Sachverhaltsermittlung und Prognose im Artenschutz nach der Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen (ABl. L 206 S. 7) - FFH-Richtlinie - und der Vogelschutzrichtlinie die Maßstäbe anzuwenden sind, die der Europäische Ge-

richtshof für die Ermittlung im Habitatschutz aufgestellt hat (Sachverhaltsermittlung auf der Basis der besten wissenschaftlichen Erkenntnisse),

und - für den Fall der Verneinung - welche Anforderungen bzw. Kriterien ansonsten bei der Sachverhaltsermittlung im Artenschutz anzuwenden sind, um das Vorliegen der Voraussetzungen für die Annahme eines Fortbestandes des Schutzes der kontinuierlichen ökologischen Funktionalität von Lebensstätten feststellen zu können,

die die Beschwerde vor allem für die Beurteilung von artenschutzrechtlichen Vermeidungsmaßnahmen für bedeutsam hält, hat das Oberverwaltungsgericht ausdrücklich als nicht entscheidungserheblich angesehen. Zudem hat es auf die hierzu bereits bestehende Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts hingewiesen, nach der die für den Habitatschutz geltenden Anforderungen nicht unbesehen und unterschiedslos auf den allgemeinen Artenschutz übertragen werden können (UA S. 128 = juris Rn. 538 unter Bezugnahme auf BVerwG, Urteil vom 9. Juli 2008 - 9 A 14.07 - BVerwGE 131, 274 Rn. 56; vgl. auch BVerwG, Urteil vom 28. April 2016 - 9 A 9.15 - BVerwGE 155, 91 Rn. 132 und s. ferner BVerwG, Urteil vom 6. April 2017 - 4 A 16.16 - DVBl. 2017, 1039 Rn. 88).

- 20 Hiermit setzt sich die Beschwerde nicht auseinander. Sie legt weder dar, dass das Oberverwaltungsgericht in Bezug auf den Artenschutz im Vergleich zum Gebietsschutz von einem weniger strengen Maßstab ausgegangen ist, noch dass sich dieser weniger strenge Maßstab auf eine konkrete Prüfung ausgewirkt hat. Soweit sie in diesem Zusammenhang vorbringt, es sei "nicht feststellbar, dass die Wirksamkeit des Zaunes hier auf der Basis der besten wissenschaftlichen Erkenntnisse" festgestellt wurde, wendet sie sich gegen die Beweiswürdigung des Gerichts, das von der Annahme ausgegangen ist, der Zaun sei geeignet, ein Kollisionsrisiko für waldbewohnende Vogelarten noch weiter zu mindern. Das Oberverwaltungsgericht ist mit anderen Worten von einer wirksamen Vermeidungsmaßnahme ausgegangen, so dass es gerade keinen weniger strengen Prüfungsmaßstab angelegt hat.

- 21 e) Aus vergleichbaren Gründen bedarf auch die Frage,

ob der Maßstab, den die Kommission in dem Leitfaden vom Februar 2007 zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG für das Verbot von Artikel 12 Abs. 1 Buchst. d der FFH-Richtlinie vorgegeben hat, namentlich, dass diese Bestimmung so verstanden werden sollte, dass sie darauf abzielt, die kontinuierliche ökologische Funktionalität dieser Stätten zu schützen, so dass bestimmte CEF-Maßnahmen zulässig sind, auf den Schutz von Fortpflanzungs- und Ruhestätten von Vögeln, die unter dem Schutz von Art. 5 VRL stehen, übertragbar ist,

keiner grundsätzlichen Klärung. Denn auch insoweit ist das Oberverwaltungsgericht ausdrücklich davon ausgegangen, dass die Frage nicht entscheidungserheblich ist, ohne dass die Beschwerde dem konkret und fallbezogen widerspricht (vgl. zu der identischen Fragestellung auch BVerwG, Urteil vom 6. April 2017 - 4 A 16.16 - DVBl. 2017, 1039 Rn. 87). Zwar wendet die Beschwerde gegen die Argumentation des Oberverwaltungsgerichts zu Recht ein, dass dieses von einem fehlerhaften Begriffsverständnis ausgeht, wenn es "vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen im Sinne des § 44 Abs. 5 Satz 3 BNatSchG n.F." nicht zu den CEF-Maßnahmen zählen will (vgl. UA S. 207= juris Rn. 908 f.). Sie versäumt es aber darzulegen, für welche CEF-Maßnahmen die aufgeworfene Frage im konkreten Fall eine Rolle spielt. Zudem ist schon nach dem Gesetzeswortlaut eindeutig und bedarf keiner revisionsgerichtlichen Klärung, dass vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen im Sinne des § 44 Abs. 5 Satz 3 BNatSchG auch zum Schutz der Fortpflanzungs- und Ruhestätten von Vögeln festgelegt werden dürfen.

22 f) Die Fragen,

ob die Zahl der Fälle, in denen für eine konkrete Art ein artenschutzrechtlicher Verbotstatbestand bei einer Straßenplanung erfüllt wird, offen gelassen werden kann, sofern die Planfeststellungsbehörde bereits eine artenschutzrechtliche Ausnahme für dieselbe Art erteilt hat,

und ob das Vorliegen der Voraussetzungen weiterer Verbotstatbestände im Sinne des § 44 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BNatSchG für eine Art offen gelassen werden kann, wenn die Planfeststellungsbehörde bereits hinsichtlich eines anderen Verbotstatbestandes eine artenschutzrechtliche

Ausnahme für dieselbe Art erteilt hat,

lassen sich auch ohne die Durchführung eines Revisionsverfahrens beantworten. Nach § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG können die nach Landesrecht für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörden - wegen der Konzentrationswirkung des Planfeststellungsbeschlusses also auch die Planfeststellungsbehörden - im Einzelfall Ausnahmen von den Verboten des § 44 BNatSchG aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art zulassen. Das Tatbestandsmerkmal des "Überwiegens" des öffentlichen Interesses kann aber regelmäßig nur geprüft werden, wenn das Gewicht des beeinträchtigten artenschutzrechtlichen Integritätsinteresses konkret feststeht. Danach darf die Frage, welche Verbotstatbestände für eine Art betroffen sind, grundsätzlich ebenso wenig offen bleiben wie die Qualität und Quantität der jeweiligen Übertretungen. Im Einzelnen hängt das aber stets von den konkreten Gegebenheiten ab.

- 23 Eine hiervon zu trennende Frage ist allerdings die nach der Kausalität etwaiger Fehler in diesem Bereich. Letztlich zielt die Beschwerde auf diese - der Ausnahmeprüfung nachgelagerte - Frage, denn sie wendet sich gegen die mehrfache Aussage des Obergerichtes, etwaige Fehler im Zusammenhang mit der Erteilung von Ausnahmen seien nicht kausal geworden (vgl. Beschwerdebegründung S. 58 unter Hinweis auf UA S. 154 f. = juris Rn. 682 ff. zum Waldkauz, UA S. 155 f. = juris Rn. 685 zur Waldohreule und UA S. 202 f. = juris Rn. 885 zum Steinkauz). Die hiermit verbundenen Fragen sind aber, soweit sie überhaupt einer grundsätzlichen Klärung zugänglich sind, in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts geklärt. Danach ist der Mangel, der darin liegt, dass trotz objektiver Ausnahmelage versehentlich keine Ausnahme erteilt worden ist, dann unerheblich, wenn in der konkreten Situation - insbesondere unter Berücksichtigung der dem Vorhabenträger erteilten Ausnahmen und der Vergleichbarkeit der Begleitumstände - nach Aktenlage ausgeschlossen werden kann, dass die Planfeststellungsbehörde ihm gerade die fehlende Ausnahme versagt hätte (BVerwG, Urteile vom 14. April 2010 - 9 A 5.08 - BVerwGE 136, 291 Rn. 147 und vom 28. März 2013 - 9 A 22.11 - juris Rn. 143 <insoweit nicht abgedruckt in BVerwGE 146, 145>). Es bedarf konkreter An-

haltspunkte dafür, dass die Planfeststellungsbehörde bei ordnungsgemäßer Abwägung die gleiche Entscheidung getroffen hätte; das Gericht darf die fehlende behördliche Abwägung nicht durch eine eigene ersetzen (vgl. auch BVerwG, Urteil vom 10. Februar 2016 - 9 A 1.15 - BVerwGE 154, 153 Rn. 30). Ob der Fehler im Einzelfall kausal geworden ist oder nicht, entzieht sich einer allgemeinen Klärung.

24 g) Die Frage,

ob es mit den Voraussetzungen der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände des § 44 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BNatSchG vereinbar ist, dass nach der nordrhein-westfälischen Verwaltungsvorschrift zur Anwendung der nationalen Vorschriften zur Umsetzung der Richtlinien 92/43/EWG und 2009/147/EG - VV-Artenschutz NRW - für die sogenannten nicht planungsrelevanten Brutvogelarten auf jedwede raumbezogene Prüfung (Revierkartierung) der Verbotstatbestände verzichtet wird, obwohl der Auswahl der nicht-planungsrelevanten Arten keinerlei dem aktuellen Kenntnisstand der Wissenschaft entsprechenden naturschutzfachlichen Kriterien zugrunde liegen, die ohne raumbezogene Prüfung die Beurteilung erlauben würden, dass die Voraussetzungen der Verbotstatbestände nicht vorliegen,

bedarf schließlich ebenfalls nicht der Zulassung der Revision, denn sie lässt sich auf der Grundlage der bereits ergangenen Rechtsprechung eindeutig beantworten.

25 Wie oben unter 1. b) aa) dargelegt, ist bereits geklärt, dass der Planfeststellungsbehörde im Rahmen des § 44 Abs. 1 BNatSchG ein naturschutzfachlicher Beurteilungsspielraum zusteht, der sich sowohl auf die Erfassung des Bestandes der geschützten Arten als auch auf die Bewertung der Risiken bezieht, denen diese bei der Realisierung des Vorhabens ausgesetzt sind. Diese Einschätzungsprärogative gilt nur solange, bis sich in der Wissenschaft ein bestimmter Maßstab durchgesetzt hat und gegenteilige Meinungen nicht mehr vertretbar sind. Auch bis dahin bleibt das Gericht stets verpflichtet zu überprüfen, ob die konkreten artenschutzrechtlichen Untersuchungen in ihrem methodi-

schen Vorgehen und in ihrer Ermittlungstiefe ausreichen, um die Behörde in die Lage zu versetzen, die Voraussetzungen der artenschutzrechtlichen Verbotsstatbestände sachgerecht zu überprüfen (vgl. BVerwG, Urteil vom 21. November 2013 - 7 C 40.11 - Buchholz 406.25 § 6 BImSchG Nr. 6 Rn. 16, 19 f. m.w.N.).

26 Ob in Anbetracht dessen die Ermittlungen, die der Beklagte hier auf der Grundlage der - das Gericht nicht bindenden - VV-Artenschutz NRW angestellt hat, die rechtlichen Anforderungen erfüllen, entzieht sich einer grundsätzlichen Klärung. Der Senat hat in dem den Rechtsstreit zurückverweisenden Beschluss vom 28. November 2013 - 9 B 14.13 - (NuR 2014, 361 Rn. 20) bereits ausgeführt, dass die nach der VV-Artenschutz NRW planungsrelevanten Arten eine naturschutzfachlich begründete Auswahl derjenigen geschützten Arten sind, die bei einer Artenschutzprüfung im Sinne einer Art-für-Art-Betrachtung einzeln zu bearbeiten sind. Demgegenüber kann bei den übrigen Arten - hierzu zählen entweder unstete Vorkommen, wie in Nordrhein-Westfalen ausgestorbene Arten, Irrgäste sowie sporadische Zuwanderer oder Allerweltsarten mit einem landesweit günstigen Erhaltungszustand und einer großen Anpassungsfähigkeit - im Regelfall davon ausgegangen werden, dass nicht gegen die Verbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG verstoßen wird. In diesem Zusammenhang hat der Senat (a.a.O.) weiter angemerkt, dass auch die in der Verwaltungsvorschrift nicht generell als planungsrelevant eingestuften Arten im Rahmen des Planungs- oder Zulassungsverfahrens durchaus zu berücksichtigen sind: Das Nichtvorliegen der Verbotstatbestände ist für diese Arten in geeigneter Weise zu dokumentieren. Im Ausnahmefall sind die Verbotstatbestände im Einzelnen zu prüfen, etwa bei Arten, die gemäß der Roten Liste im entsprechenden Naturraum bedroht sind, oder bei bedeutenden lokalen Populationen mit nennenswerten Beständen im Bereich des Plans oder Vorhabens.

27 Bei der Unterscheidung zwischen den in diesem Sinne generell planungsrelevanten und den sonstigen Arten handelt es sich - wie vom Senat (Beschluss vom 28. November 2013 - 9 B 14.13 - NuR 2014, 361) ebenfalls bereits dargelegt - um eine naturschutzfachliche Bewertungsfrage. Das zeigt sich auch daran, dass das Landesamt für Natur, Umwelt und Verbraucherschutz (LANUV) die für Nordrhein-Westfalen planungsrelevanten Arten nach einheitlichen natur-

schutzfachlichen Kriterien bestimmt (VV-Artenschutz NRW S. 19). Nach solchen Kriterien richtet sich auch, ob und inwieweit auf eine raumbezogene Bestandsaufnahme und eine raumbezogene Prüfung der artenschutzrechtlichen Verbote für die nicht generell planungsrelevanten Brutvogelarten verzichtet werden darf und die raumbezogene Prüfung durch eine Gildenbildung ersetzt werden kann.

- 28 Hiervon ausgehend zeigt die Beschwerde keinen weiteren abstrakten Klärungsbedarf auf. Mit ihrem Vorbringen, es sei "sinnfrei", dass auf die Seltenheit der Art abgestellt wird und nicht auf die Schlaggefährdung an Straßen (vgl. Beschwerdebegründung S. 45, 60 f. und 64), setzt sie lediglich ihre eigene Wertung hinsichtlich der Unterscheidung von planungsrelevanten und sonstigen Arten und die bei dieser Unterscheidung zugrunde zu legenden Kriterien an die Stelle derjenigen des Beklagten. Dabei übergeht sie, dass die in der Verwaltungsvorschrift vorgenommene Unterscheidung - wie ausgeführt - nicht allein auf die Seltenheit, sondern auch auf die Anpassungsfähigkeit einer Art abstellt. In vergleichbarer Weise geht - im Hinblick auf das Zugriffsverbot aus § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG - etwa auch der gerade für Vögel entwickelte Mortalitäts-Gefährdungs-Index vor, um so zu begründen, bei welchen sehr häufigen, ubiquitären und populationsbiologisch "robusten" Arten im Rahmen von Planungs- bzw. Genehmigungsentscheidungen gegebenenfalls keine weitergehenden oder differenzierteren Ermittlungen hinsichtlich eines projektbedingten Tötungsrisikos - zumindest hinsichtlich einzelner Individuen - notwendig sind (vgl. Bernotat/Dierschke, Übergeordnete Kriterien zur Bewertung der Mortalität wildlebender Tiere im Rahmen von Projekten und Eingriffen, 3. Fassung, Stand 20. September 2016, S. 7). Wie oben bereits unter 1. b) aa) erwähnt, entspricht es dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, dass solche Konzepte praxisbezogen weiterentwickelt werden (BT-Drs. 18/11939 S. 17).
- 29 2. Die Revision ist auch nicht deshalb zuzulassen, weil ein Verfahrensmangel geltend gemacht wird und vorliegt, auf dem die Entscheidung beruhen kann (§ 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO).

- 30 a) Der Kläger rügt die Ablehnung verschiedener Beweisanträge als verfahrensfehlerhaft. Damit kann er nicht durchdringen.
- 31 Ein Beweisantrag ist unter anderem unzulässig und kann abgelehnt werden, wenn es sich um einen Ausforschungs- und Beweisermittlungsantrag handelt, wenn er also lediglich zum Ziel hat, Zugang zu einer bestimmten Informationsquelle zu erlangen, um auf diesem Wege Anhaltspunkte für neuen Sachvortrag zu gewinnen. Auch Beweisanträge, die so unbestimmt sind, dass im Grunde erst die Beweiserhebung selbst die entscheidungserheblichen Tatsachen und Behauptungen aufdecken kann, müssen regelmäßig dem Gericht eine weitere Sachaufklärung nicht nahelegen und können als unsubstantiiert abgelehnt werden. Welche Anforderungen vom Tatsachengericht an die Substantiierung gestellt werden dürfen, bestimmt sich zum einen danach, ob die zu beweisende Tatsache in den eigenen Erkenntnisbereich des Beteiligten fällt, und zum anderen nach der konkreten prozessualen Situation (stRspr, vgl. nur BVerwG, Beschluss vom 14. August 2017 - 9 B 3.17 - juris Rn. 6).
- 32 Ein auf Einholung zusätzlicher Sachverständigengutachten gerichteter Beweisantrag steht nach § 98 VwGO i.V.m. § 412 Abs. 1 ZPO im Ermessen des Tatsachengerichts, wie das Oberverwaltungsgericht zutreffend unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ausführt. Das Gericht kann sich grundsätzlich auch auf gutachterliche Stellungnahmen stützen, die eine Behörde im Verwaltungsverfahren eingeholt hat, falls sich deren fehlende Eignung nicht aufdrängt. Gutachten und fachtechnische Stellungnahmen sind dann ungeeignet, wenn sie grobe, offen erkennbare Mängel oder unlösbare Widersprüche aufweisen, wenn sie von unzutreffenden sachlichen Voraussetzungen ausgehen oder wenn Zweifel an der Sachkunde oder der Unparteilichkeit des Gutachters bestehen (stRspr, vgl. nur BVerwG, Urteil vom 9. Juni 2010 - 9 A 20.08 - Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr. 208 Rn. 99 m.w.N.).
- 33 aa) Nach diesen Grundsätzen durfte das Oberverwaltungsgericht den Antrag, durch Einholung eines Sachverständigengutachtens Beweis darüber zu erheben, dass und in welchen Bereichen der Lebensraumtyp 91E0\* prioritär im Bereich des FFH-Gebiets "Lippeaue" im näheren Umfeld der B 235 vor-

kommt und welche Flächengröße die Bestände jeweils erreichen,

mit der Begründung ablehnen, dem Senat lägen bereits hinreichend aussagekräftige Unterlagen vor, um die Frage des Vorhandenseins von Flächen des Lebensraumtyps 91E0\* beurteilen zu können.

- 34 Konkret stützt das Oberverwaltungsgericht seine Auffassung, die Voraussetzungen für das Vorliegen des prioritären Lebensraumtyps 91E0\* lägen nicht vor, nicht nur auf die Unterlagen und Bewertungen des vom Vorhabenträger beauftragten Gutachterbüros, sondern maßgeblich auch auf die Beurteilung des Leiters des Dezernats 21 (Naturschutzinformationen) des Landesamtes für Natur, Umwelt und Verbraucherschutz Nordrhein-Westfalen (LANUV), Dr. H., der seine Einschätzung in der mündlichen Verhandlung nachvollziehbar und überzeugend erläutert und von einer kurz zuvor erfolgten Ortsbesichtigung berichtet habe (UA S. 68 = juris Rn. 227). Hinsichtlich der Fachkompetenz und der Unparteilichkeit des LANUV bestünden keine Bedenken, zumal gerade das LANUV die landesweite Erfassung und Bewertung von Landschaftsdaten koordiniere und bei der Bewertung von Eingriffen in FFH-Gebiete sowie an der Erarbeitung von Schutzgebietsausweisungen beteiligt sei (UA S. 73 = juris Rn. 250). Zwar bezweifelte der Kläger die Bewertungen der Fachgutachter und des LANUV. Da aber gerade Lebensraumtypen außerrechtliche Kategorien darstellten, die eine Bandbreite von Erscheinungsformen aufwiesen, sei es gerechtfertigt, die gerichtliche Kontrolle zurückzunehmen und der Behörde eine fachliche Einschätzungsprärogative zuzuerkennen (UA S. 61 f. = juris Rn. 195 und UA S. 7 f. = juris Rn. 237).
- 35 Dieses Vorgehen ist nicht verfahrensfehlerhaft. Angesichts der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative in Bezug auf das Vorliegen eines Lebensraumtyps durfte das Oberverwaltungsgericht mit der gegebenen Begründung von der Einholung eines (weiteren) Sachverständigengutachtens absehen.
- 36 bb) Ebenso durfte es den das Verkehrsgutachten betreffenden Antrag des Klägers,

durch Einholung eines Sachverständigengutachtens Beweis darüber zu erheben, in welchem Ausmaß die Verkehrszahlen im FFH-Gebiet "Lippeaue" im Bereich der Lippebrücke auf der B 235 nördlich von Datteln bei Realisierung des hier streitbefangenen Vorhabens für das Prognosejahr 2020 steigen werden. Dabei ist der Prognosefall ohne vorherige Realisierung des NewParks, der Planfall jedoch mit Realisierung des NewParks und Realisierung der K 8n/K9n zu rechnen,

auf Grund des ihm durch § 98 VwGO i.V.m. § 412 Abs. 1 ZPO eingeräumten Ermessens sowie mit dem Hinweis ablehnen, die Frage der prognostischen Bewertung und der in die Verkehrsprognose einzustellenden Parameter betreffe die Bewertung der inhaltlichen Richtigkeit der streitigen Verkehrsprognose, die dem Senat vorbehalten sei (UA S. 90 = juris Rn. 331). Die Beschwerde setzt der Ablehnung nichts Substantielles entgegen. Sie macht vielmehr nur pauschal geltend, dem Oberverwaltungsgericht habe sich "bei Würdigung der groben Abweichung der Verkehrsprognose von den real festgestellten Zahlen" die beantragte Beweiswürdigung aufdrängen müssen, außerdem habe sich das Gericht nicht erkennbar mit der "fehlenden Berücksichtigung der nassen Deposition" auseinandergesetzt. Der damit der Sache nach geltend gemachte Gehörverstoß liegt nicht vor. Das Gericht war davon überzeugt, dass die planfestgestellte Verkehrsprognose von pessimistischen Annahmen ausgegangen ist, d.h. die Schadstoffimmissionen und damit auch die Schadstoffdepositionen im Sinne einer Worst-Case-Annahme höher prognostiziert hat, als sie real zu Tage treten werden, auch was "nasse Depositionen" bzw. den Anteil an Ammonium am Gesamtstickstoff anbelangt (UA S. 79 = juris Rn. 280).

37 cc) Den die Stickstoffbelastung betreffenden Antrag,

durch Einholung eines Sachverständigengutachtens darüber Beweis zu erheben, welche Erhöhungen der Zusatzbelastung innerhalb des FFH-Gebiets entlang der B 235 zu erwarten sind, wenn mit einem geeigneten Modell gerechnet wird und die nasse Deposition, die zutreffende Depositionsgeschwindigkeit und die aktuellen Stickstoffemissionen unter Berücksichtigung der veränderten Dieselmotorenwerte von der Prognose korrekt zugrunde gelegt wer-

den; dies gilt insbesondere für die beiden Lebensraumtypen 91E0\* und 91F0 entlang der Lippebrücke,

hat das Oberverwaltungsgericht teilweise mangels Entscheidungserheblichkeit abgelehnt, weil es auf die im Zeitpunkt der Planfeststellung prognostizierten Werte und nicht auf die "aktuellen Stickstoffemissionen" ankomme und die "veränderten Dieselwerte" prognostisch nicht absehbar gewesen seien, teilweise auf Grund des ihm durch § 98 VwGO i.V.m. § 412 Abs. 1 ZPO eingeräumten Ermessens, also erneut mit der Begründung, ihm lägen bereits hinreichend aussagekräftige Unterlagen vor. Die Fragen, ob mit einem "geeigneten Modell gerechnet" worden sei und welche Depositionen bzw. in welchem Umfang Emissionen berücksichtigt worden seien, betreffen zudem die Bewertung der inhaltlichen Richtigkeit der bereits getroffenen Prognose der Schadstoffdepositionen, die dem Senat vorbehalten sei (UA S. 81 f. = juris Rn. 291 f.).

38 Auch diese Ablehnung ist nicht verfahrensfehlerhaft. Die Beschwerde kann den vorstehenden Erwägungen weder mit Blick auf den "Dieselskandal" entgegenhalten, ein "objektiver Beobachter" hätte bereits im Jahr 2013 "bemerken müssen, dass die den Depositionsberechnungen zugrunde gelegten Werte grob unrichtig sein mussten", denn der Abgasskandal ist erst im September 2015 öffentlich bekannt geworden, noch einwenden, kumulative Belastungen wie etwa die Erweiterung der etwa 800 m entfernt liegenden Kläranlage Datteln seien zu Unrecht nicht berücksichtigt worden. Denn hierauf kam es nach der - für die Prüfung eines Verfahrensfehlers maßgeblichen - Rechtsauffassung des Oberverwaltungsgerichts nicht an, weil es von einer Irrelevanzschwelle von 3 % ausgegangen ist, die nach seiner Feststellung durch die zusätzlichen vorhabenbedingten Immissionen unterschritten wird (vgl. UA S. 76 ff. = juris Rn. 270 und S. 90 ff. = juris Rn. 332 ff.).

39 dd) Den Antrag,

durch Einholung eines Sachverständigengutachtens Beweis darüber zu erheben, welche Erhöhung der Zusatzbelastungen zu erwarten ist, wenn der durch die Ortsumgehung Waltrop entstehende zusätzliche Verkehr mit einer zutreffenden Berechnungsmethodik ebenfalls berücksich-

tigt wird,

durfte das Gericht - ausgehend von seiner insoweit maßgeblichen materiellrechtlichen Sicht - mangels Entscheidungserheblichkeit ablehnen, weil insoweit noch keine hinreichend verfestigte Planung vorlag.

40 ee) Ebenfalls nicht verfahrensfehlerhaft ist die Ablehnung des Antrags,

durch Einholung eines Sachverständigengutachtens Beweis darüber zu erheben, welche artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände des § 44 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 3 BNatSchG im geplanten Trassenverlauf außerhalb der Deipe für im Einzelnen aufgezählte europäische Vogelarten nach den in den Gutachten S. Umweltplanung dargelegten Maßstäben erfüllt werden.

41 Das Oberverwaltungsgericht hat die Ablehnung damit begründet, dass es sich um einen teilweise unzulässigen Ausforschungsbeweisantrag handele, der offenbar pauschal eine nochmalige Überprüfung sämtlicher Verbotstatbestände bezwecke. Außerdem lägen dem Senat, sofern sich die Beweisfrage bei bestimmten Vogelarten überhaupt stelle, hinreichend aussagekräftige artenschutzrechtliche Begutachtungen und Stellungnahmen vor. Schließlich könne der Kläger dem Gericht keine inhaltlichen Prüfungsbeschränkungen vorschreiben; die im Beweisantrag genannten Maßstäbe beträfen die Meinung des Gutachters des Klägers, die aber weder naturschutzfachlich noch rechtlich zwingend sei.

42 Bereits der letztgenannte Grund rechtfertigt die Ablehnung. Der Kläger kann keine Beweiserhebung mit einem von der gerichtlichen Auffassung abweichenden Prüfungsmaßstab erreichen, denn für den Erfolg der Verfahrensrüge kommt es auf den materiellrechtlichen Standpunkt der Vorinstanz an (zum Signifikanzansatz der Rechtsprechung s. oben unter 1. b) aa).

43 ff) Ähnlich verhält es sich mit der Ablehnung des - ebenfalls das Tötungsverbot betreffenden - Antrags,

durch Einholung eines Sachverständigengutachtens Beweis darüber zu erheben, dass die Errichtung des vorgesehenen Zaunes entlang der Durchquerung der Deipe keine geeignete Maßnahme darstellt, um das bestehende

signifikant gesteigerte Tötungsrisiko von europäischen Vogelarten, die ihre Brutreviere im Bereich der Trasse und ihrem Umfeld haben, und europäischen Fledermausarten beim Queren der Trasse unter die Signifikanzschwelle zu bringen, die also nach den Kriterien der Rechtsprechung als Vermeidungsmaßnahme den Erfolg der Vermeidung gesichert erscheinen lässt.

44 Diesen Antrag konnte das Oberverwaltungsgericht in Bezug auf die Vögel - hinsichtlich der Fledermäuse (vgl. hierzu UA S. 144 = juris Rn. 623) erhebt die Beschwerde keine Verfahrensrüge - verfahrensfehlerfrei mit der Begründung ablehnen, der Antrag unterstelle, dass ohne den Zaun ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko bestünde, was aber nicht festgestellt sei (UA S. 169 = juris Rn. 752). Die Beschwerde erkennt selbst, dass sie mit diesem Beweisantrag von einem anderen Prüfungsmaßstab ausgeht als das Gericht (vgl. Beschwerdebegründung S. 48 unten). Davon abgesehen, hat das Oberverwaltungsgericht den Beweisantrag verfahrensfehlerfrei auch aufgrund des ihm gemäß § 98 VwGO i.V.m. § 412 Abs. 1 ZPO eingeräumten Ermessens abgelehnt, also wiederum mit der Begründung, ihm lägen bereits hinreichend aussagekräftige artenschutzrechtliche Begutachtungen und Stellungnahmen vor.

45 gg) Den im Zusammenhang mit dem Zerstörungsverbot gestellten Antrag,

durch Einholung eines Sachverständigengutachtens Beweis darüber zu erheben, dass die Habitate des Waldgebietes Deipe von den dort nachgewiesenen Vogelarten bereits bis an die Kapazitätsgrenzen der Habitate ausgeschöpft sind, so dass ein Ausweichen der Arten nicht möglich ist und deshalb weder die Funktion beeinträchtigter Lebensstätten bei Beeinträchtigungen gewahrt bleibt noch die erfolgreiche Installation von vorgezogenen Ausgleichsmaßnahmen möglich ist,

hat das Oberverwaltungsgericht auf Grund des ihm durch § 98 VwGO i.V.m. § 412 Abs. 1 ZPO eingeräumten Ermessens abgelehnt (UA S. 204 = juris Rn. 892 f.). Insoweit stützt sich das Gericht wiederum nicht allein auf die Begutachtungen durch das vom Vorhabenträger beauftragte Gutachterbüro, sondern auch auf die Beurteilung des LANUV, hier auf die Erklärungen des Herrn Dr. K., Leiter des für den Artenschutz und die Vogelschutzwarte zuständigen Fachbe-

reichs 24. Beide hatten in der mündlichen Verhandlung übereinstimmend die Auffassung vertreten, ein Ausweichen der Vögel sei wegen der Flexibilität der Tiere möglich. Diese von einer naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative gedeckte Bewertung hielt das Oberverwaltungsgericht für vertretbar (UA S. 199 = juris Rn. 870).

- 46 Die Beschwerde setzt dem lediglich ihre eigene abweichende Bewertung der Brutvogeldichte entgegen (Beschwerdebegründung S. 49 ff.) und macht geltend, das Oberverwaltungsgericht habe den sich aus der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ergebenden Maßstab fehlerhaft angewandt (Beschwerdebegründung S. 53 ff.). Damit kann ein Verfahrensfehler nicht belegt werden.
- 47 b) Schließlich lässt die Beschwerde nicht erkennen, dass der Anspruch des Klägers auf rechtliches Gehör verletzt worden wäre.
- 48 Der Vorwurf der Beschwerde, das Oberverwaltungsgericht habe unter seiner - von ihr nicht geteilten - Prämisse, dass die Prüfung der FFH-Verträglichkeit im Hinblick auf die außerhalb des unmittelbaren Einwirkungsbereiches des Projekts "Ortsumgehung Datteln" gelegene Lippe-Querung die zusätzliche Verkehrsbelastung der Ortsumgehung Waltrop nur nach Maßgabe eines "vorläufigen positiven Gesamturteils" berücksichtigen musste, das diesbezügliche Klagevorbringen ignoriert, trifft nicht zu. Die Beschwerde verweist insoweit auf den Vortrag des Klägers, die in Bezug auf die Ortsumgehung Waltrop erforderliche Abweichungsprüfung werde "ohne Zweifel" am Vorhandensein einer zumutbaren Alternative scheitern, da die Bundesstraße 235 die Lippe statt über die vorhandene Brücke auch an anderer Stelle ohne Beeinträchtigung der Lebensraumtypen überqueren könne. Sie setzt sich allerdings nicht damit auseinander, dass eine Alternative im Sinne des § 34 Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG gegebenenfalls auch aus naturschutzexternen, insbesondere finanziellen Gründen abgelehnt werden kann (stRspr, s. nur BVerwG, Urteil vom 6. November 2013 - 9 A 14.12 - BVerwGE 148, 373 Rn. 74). Die Auffassung des Oberverwaltungsgerichts, dass der Verwirklichung der Ortsumgehung Waltrop unter dem Gesichtspunkt einer etwaigen Abweichungsentscheidung jedenfalls keine von

vornherein unüberwindlichen Hindernisse entgegenstehen, verletzt vor diesem Hintergrund den Kläger nicht in seinem Gehörsanspruch.

49 Hinsichtlich der "nassen Deposition" wird auf die Ausführungen unter 2. a) bb) verwiesen.

50 3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 47 Abs. 1 und 3, § 52 Abs. 1 GKG.

Dr. Bier

Dr. Bick

Steinkühler