

Az.: 4 A 688/17
2 K 701/13

beglaubigte
Abschrift



SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

Im Namen des Volkes

Urteil

In der Verwaltungsrechtssache

des

prozessbevollmächtigt:
Rechtsanwalt

- Kläger -
- Berufungsbeklagter -

gegen

den Landkreis Vogtlandkreis
vertreten durch den Landrat
Postplatz 5, 08523 Plauen

- Beklagter -
- Berufungskläger -

prozessbevollmächtigt:
Rechtsanwälte

wegen

Untersagung der Nutzung eines Radwegs
hier: Berufung

hat der 4. Senat des Sächsischen Obergerverwaltungsgerichts durch den Präsidenten des Obergerverwaltungsgerichts Künzler, den Richter am Obergerverwaltungsgericht Dr. Pastor und den Richter am Obergerverwaltungsgericht Dr. John aufgrund der mündlichen Verhandlung

am 27. November 2018

für Recht erkannt:

Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Chemnitz vom 29. Januar 2014 - 2 K 701/13 - wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass sich die dort ausgesprochene Verpflichtung des Beklagten zur Unterbindung der Nutzung des Elsterradwegs innerhalb der Kulisse des FFH-Gebiets „Elstertal oberhalb Plauen“ nicht auf die Nutzung der Werkstraße in 08626 Adorf durch Anlieger bezieht.

Der Beklagte trägt die Kosten des Berufungs- und des Revisionsverfahrens.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

- 1 Der Kläger, eine anerkannte Naturschutzvereinigung, begehrt die Verpflichtung des Beklagten, die Nutzung eines Radwegs zu unterbinden.
- 2 Der streitbefangene Radweg ist Teil des von der Elsterquelle bis zur Leipziger Tieflandsbucht führenden Elster-Radwegs (1. Abschnitt, 4. Teilabschnitt „Bad Elster - Oelsnitz“, Los 4) und beginnt südlich von Adorf an der Bundesstraße B 92. Er führt mit einer Brücke über die Weiße Elster, folgt dann parallel dem Flusslauf und endet in Adorf in der Karlsgasse. Der Radweg liegt zu einem beträchtlichen Teil in dem FFH-Gebiet „Elstertal oberhalb Plauen“ (nachfolgend: FFH-Gebiet), zu dessen Schutzziele u. a. die Erhaltung überwiegend naturnaher Fließgewässerabschnitte mit kleinflächigem Erlen-Auenwald und Uferstaudenfluren sowie die Bewahrung oder Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands der vorkommenden Populationen der Tier- und Pflanzenarten von gemeinschaftlichem Interesse gem. Anhang II der FFH-Richtlinie sowie ihrer Habitats gehören. Eine besondere Bedeutung komme Sachsen für den im Gebiet nachgewiesenen Dunklen Wiesenknopf-Ameisenbläuling zu. Das Vorkommen innerhalb des FFH-Gebiets habe eine herausragende Bedeutung für das Vogtland und das Westerzgebirge.

- 3 Mit dem Bau des Radwegs wurde im Jahr 2013 begonnen, ohne dass zuvor ein Planfeststellungs- oder Plangenehmigungsverfahren durchgeführt worden war. Er ist seit Oktober 2013 fertiggestellt. Auf die vom Kläger am 7. August 2013 erhobene Klage hat das Verwaltungsgericht Chemnitz mit Anerkenntnis- und Endurteil vom 29. Januar 2014 - 2 K 701/13 - festgestellt, dass die Errichtung des Radwegs rechtswidrig war und Mitwirkungsrechte des Klägers verletzte. Das Urteil ist insoweit in Rechtskraft erwachsen. Weiterhin hat das Verwaltungsgericht den Beklagten verurteilt, die Nutzung des Radwegs innerhalb der Kulisse des FFH-Gebiets durch geeignete Maßnahmen bis zum Abschluss eines Planfeststellungs- bzw. Plangenehmigungsverfahrens mit Umweltverträglichkeitsprüfung und Öffentlichkeitsbeteiligung zu unterbinden. Die hiergegen gerichtete Berufung des Beklagten wies das Sächsische Obergericht mit Urteil vom 22. Juli 2015 - 1 A 509/14 - zurück. Mit Revisionsurteil vom 1. Juni 2017 - 9 C 2.16 - hob das Bundesverwaltungsgericht das Berufungsurteil auf und verwies die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Obergericht zurück. Die Klage sei zwar zulässig. Die Verbandsklagebefugnis umfasse auch die Klage auf behördliches Einschreiten gegen ein ohne die erforderliche Zulassungsentscheidung errichtetes und betriebenes Vorhaben. Aus dem Unionsrecht resultiere auch die Pflicht der Mitgliedstaaten, die rechtswidrigen Folgen eines Rechtsverstößes zu beheben. Sei eine Umweltverträglichkeitsprüfung zu Unrecht unterblieben, seien die zuständigen Behörden gehalten, alle Maßnahmen zu ergreifen, um dem Mangel effektiv abzuwehren. Ebenso wie die Baueinstellung sei auch die Stilllegung eines formell illegal errichteten Vorhabens eine im Sinne des Effektivitätsgrundsatzes prinzipiell geeignete Maßnahme mit der Folge, dass eine Umweltvereinigung deren Erlass gegebenenfalls gerichtlich erzwingen könne. Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 Halbsatz 2 BNatSchG seien im vorliegenden Fall erfüllt. Das ohne Planfeststellungsverfahren und daher ohne Umweltverträglichkeitsprüfung durchgeführte Projekt verletze naturschutzrechtliche Vorschriften in formeller wie materieller Hinsicht. Nach dem Ergebnis der vom Beklagten nachträglich in Auftrag gegebenen Untersuchung der FFH-Verträglichkeit verursache die baulich fertiggestellte Anlage erhebliche Beeinträchtigungen der Erhaltungsziele des betroffenen FFH-Gebiets, sodass ihre Legalisierung nur mittels einer Abweichungsentscheidung - wegen Beeinträchtigung eines prioritären Lebensraumtyps unter Mitwirkung der EU-Kommission - in Betracht komme. Unter diesen Umständen verstoße die Durchführung des Vorhabens ohne Beteiligung des Klägers auch gegen § 63 Abs. 2 Nr. 5

BNatSchG, denn die generelle Unzulässigkeit des erheblich beeinträchtigenden Projekts gelte im Sinne dieser Vorschrift als „Verbot“ und die Abweichungsentscheidung als „Befreiung“ davon. Die Annahme des Berufungsgerichts, dass das Ermessen des Beklagten, die Nutzung zu unterbinden, unter den hier vorliegenden Umständen ohne Weiteres auf Null reduziert sei, sei mit Bundesrecht nicht vereinbar. Das Einschreiten der zuständigen Naturschutzbehörde stehe in deren pflichtgemäßen Ermessen. Ein besonders schwerwiegender Verstoß gegen das Naturschutzrecht könne zwar zu einer Ermessensreduktion führen; das gelte umso mehr, je wertvoller, empfindlicher und knapper das betreffende Naturgut sei. Um eine behördlich nicht zugelassene erhebliche Beeinträchtigung eines FFH-Gebiets zu verhindern, sei die Behörde in der Regel zum Einschreiten verpflichtet. Ob die Nutzung einer ohne vorherige Prüfung der FFH-Verträglichkeit gebauten Straße zwingend unterbunden werden müsse, sei aus unionsrechtlicher Sicht anhand des Art. 6 FFH-RL zu beurteilen. Prüfungsmaßstab für eine etwaige Pflicht zur Stilllegung einer rechtswidrig fertiggestellten Anlage sei die allgemeine Schutzpflicht aus Art. 6 Abs. 2 FFH-RL. Es sei ausreichend, aber auch erforderlich, dass die Wahrscheinlichkeit oder die Gefahr bestehe, dass der Betrieb aus einem ungenehmigten Projekt entstandenen Anlagen eine erhebliche Störung der Erhaltungsziele des Gebietes verursache; des Nachweises eines Kausalzusammenhangs bedürfe es nach der Rechtsprechung des EuGH nicht. Erforderlich seien aber konkrete, durch ein Gutachten belegte Risiken für Lebensräume und Arten. Es bedürfe im vorliegenden Fall trichterlicher Feststellungen, ob und inwieweit die vorläufige weitere Nutzung des Radwegs bis zum Abschluss des nachträglich eingeleiteten Planfeststellungsverfahrens über die baubedingten Störungen hinaus erhebliche Beeinträchtigungen der Schutzziele des FFH-Gebiets konkret befürchten lasse. Als Vorbelastung sei dabei in Rechnung zu stellen, dass bereits vor dem Bau des Radwegs Wege vorhanden gewesen seien. Zu berücksichtigen sei auch, dass der baubedingte Eingriff abgeschlossen sei. Ob und inwieweit er rückgängig gemacht werden müsse, werde vom Ausgang des nachträglichen Planfeststellungsverfahrens abhängen. Zu prüfen bleibe unter diesen Umständen, ob bis dahin die Wahrscheinlichkeit oder die Gefahr zusätzlicher nutzungsbedingter Verschlechterungen bestehe. Als Grundlage für diese Prüfung komme u. a. die bereits erarbeitete FFH-Verträglichkeitsstudie in Betracht. Falls das Risiko zusätzlicher nutzungsbedingter Verschlechterungen konkret bestehe, sei das Entschließungsermessen des Beklagten, dies zu verhindern, regelmäßig auf Null reduziert. Etwas anderes könne ausnahmsweise nur gelten, wenn öffentliche Belange von

erheblichem Gewicht, insbesondere solche der Verkehrssicherheit, einer Stilllegung der Anlage entgegenstünden. Wenn der Beklagte gegen die Nutzung einschreiten müsse, habe er im Rahmen des ihm zustehenden Auswahlermessens darüber zu entscheiden, ob sie vollständig zu unterbinden sei, oder ob zeitliche, räumliche oder andere Nutzungsbeschränkungen ausreichen, um naturschutzrechtlich relevante Störungen zu vermeiden. Aus dem Unionsrecht folge die Verpflichtung der Behörden wie auch der Gerichte, die rechtswidrigen Folgen eines Verstoßes gegen das europarechtlich geprägte Umweltrecht zu beheben. Sei, wie hier, vor Baubeginn das vorgeschriebene Planfeststellungsverfahren mit Umweltverträglichkeitsprüfung zu Unrecht unterblieben, müsse es nicht nur nachträglich eingeleitet, sondern auch ohne Verzug zu Ende geführt werden. Falls sich im Ergebnis herausstelle, dass die gebaute Anlage so nicht genehmigungsfähig sei, müsse sie notfalls verändert oder sogar beseitigt werden. Sollte die in dieser Hinsicht erforderlichen Verfahrensschritte verschleppt werden, könne sich eine Nutzungsuntersagung aufdrängen, um dem Gebot der Fehlerbehebung Nachdruck zu verleihen.

- 4 Der Beklagte und Berufungskläger trägt vor, dass keine Verpflichtung bestehe, die Nutzung des Radwegs bis zur Entscheidung über das Planfeststellungsverfahren zu unterbinden. Das Ermessen sei insoweit nicht auf Null reduziert. Die für den Radweg überbauten Wege seien bereits bei Listung des FFH-Gebiets vorhanden gewesen und genutzt worden. Der Zustand könne für den bereits gebauten Abschnitt zwischen Bauanfang bei Bau-km 0+000 und Eintritt in das FFH-Gebiet bis zum Wiederaustritt aus dem FFH-Gebiet bei Bau-km 1+775 rekonstruiert werden. Die vorläufige weitere Nutzung des Radwegs bis zum Abschluss des nachträglich eingeleiteten Planfeststellungsverfahrens lasse über die bau- und anlagebedingten Störungen hinaus keine erheblichen Beeinträchtigungen des FFH-Gebiets befürchten. Betriebsbedingt könnten optische Störwirkungen von wahrnehmbaren Personen verursacht werden. Dies könne zu Beunruhigungen, Fluchtreaktionen und Vergrämung sensibler Arten führen, wodurch die Gefahr der dauerhaften Beeinträchtigung von Reproduktions-, Nahrungs- und Rasthabitaten entstehen könnten. Die Fragestellung optischer Störwirkungen sei im Artenschutzfachbeitrag intensiv untersucht worden, wobei 2013 und 2014 umfangreiche Vorortkartierungen der Avifauna in einem beidseitigen Umfeld von 300 m stattgefunden hätten. Der Wachtelkönig habe im Untersuchungsgebiet nicht nachgewiesen werden können. Auch die Feldlerche habe im Nahbereich der Trassen nicht mit

Brutpaaren festgestellt werden können. Für die Verkehrssicherheit sei es im höchsten Maße nachteilig, wenn der geschaffene Weg von der B 92 vom Abzweig Landhaus in Richtung Karlsasse und umgekehrt von Radfahrern nicht genutzt werden könne. Das Planfeststellungsverfahren sei nachträglich eingeleitet worden und werde ohne Verzug zu Ende geführt. Der Antrag auf Einleitung eines Planfeststellungsverfahrens für den Teilabschnitt 4 sei am 19. Juli 2013 formell bei der Landesdirektion Sachsen gestellt worden. Nach Durchführung der erforderlichen Untersuchungen für Umwelt- und Naturschutz im Kalenderjahr 2014 und Sicherstellung der Finanzierung seien im Kalenderjahr 2015 die erforderlichen Planungsdokumente für die Planfeststellungsunterlagen erstellt worden. Der Feststellungsentwurf sei der Landesdirektion im Dezember 2015 zur Vorprüfung übergeben worden. Mit Schreiben der Landesdirektion vom 28. Juni 2016 sei eine Ergänzung der Planfeststellungsunterlagen gefordert worden, insbesondere hinsichtlich der Untersuchung von Varianten zur Trassenführung im Rahmen der Umweltverträglichkeitsstudie. Zur Festlegung der endgültigen Verfahrensweise hätten am 26. Oktober 2016 eine Ortsbegehung sowie ein Abstimmungsgespräch mit der Landesdirektion stattgefunden. Dabei sei festgelegt worden, dass die Genehmigungsunterlagen die Untersuchung von mindestens drei Varianten beinhalten müssten. Hinsichtlich des Natur- und Artenschutzes seien im März 2017 zusätzliche Kartierungen und örtliche Aufnahmen begonnen und im Oktober 2017 abgeschlossen worden. Nach deren Auswertung würden die Ergebnisse der naturschutzfachlichen Untersuchungen für die Planfeststellungsunterlagen eingearbeitet und dokumentiert. Mit der Fertigstellung der Unterlagen sei „Ende März 2018“ zu rechnen. Mit Schriftsatz vom 28. März 2018 hat der Beklagte mitgeteilt, dass mit einer Öffentlichkeitsbeteiligung „gegen Jahresende 2018“ zu rechnen sei. Im Ergebnis der FFH-Verträglichkeitsuntersuchung müsse konstatiert werden, dass es durch das Vorhaben im streitgegenständlichen Teilabschnitt zu erheblichen Beeinträchtigungen der Schutz- und Erhaltungsziele des FFH-Gebiets gekommen sei. Durch den Betrieb des Radwegs bestehe aber keine Gefahr zusätzlicher, betriebsbedingter Verschlechterungen der Schutz- und Erhaltungsziele. Dagegen sei eine erhebliche Gefährdung der Sicherheit des Straßenverkehrs - insbesondere von Radfahrern - zu befürchten, wenn der Radverkehr auf die Bundesstraße ausweichen müsse. Das Planfeststellungsverfahren werde - realistisch eingeschätzt - im Verlauf des Jahres 2019 abgeschlossen werden.

5 Der Beklagte beantragt:

Das Urteil des Verwaltungsgerichts Chemnitz vom 29.01.2014, Az.: 2 K 701/13 wird aufgehoben, soweit der Beklagte verurteilt wurde, die Nutzung des Elsterradwegs für sämtliche Verkehrsarten innerhalb der Kulisse des FFH-Gebiets „Elstertal oberhalb Plauen“ (DE-5538-301) im 4. Teilabschnitt Bad Elster - Oelsnitz, Unterabschnitt B 92 bis Karlsgasse mit Brücke über die Weiße Elster (Los 4), durch geeignete Maßnahmen bis zum Abschluss eines Planfeststellungs- bzw. Plangenehmigungsverfahrens mit Umweltverträglichkeitsprüfung und Öffentlichkeitsbeteiligung zu unterbinden.

6 Der Kläger beantragt,

den auf eine teilweise Aufhebung des Urteils des Verwaltungsgerichts Chemnitz vom 29.01.2014, Az.: 2 K 70/13 (gemeint ist: 701/13), gerichteten Antrag des Beklagten abzuweisen.

7 Vor dem Hintergrund der Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts könne dem Aspekt der Vorbelastung im vorliegenden Fall keine entscheidungserhebliche Bedeutung zukommen. Darüber belehrten bereits die im erstinstanzlichen Verfahren vorgelegten Fotos. Bei dem Weg habe es sich vor dem Ausbau um einen „Trampelpfad“ gehandelt, der lediglich für Fußgänger und für Radfahrer allenfalls bei trockener Witterung nutzbar gewesen sei. Der Weg sei in dem vom Beklagten vorgelegten Bestandsverzeichnis der Gemeinde Adorf als „Wanderweg nach Bad Elster (Elstertalweg)“ bezeichnet; für den über das Gemeindegebiet von Bad Elster verlaufenden Wegabschnitt gebe es keine Eintragung in das Bestandsverzeichnis der Stadt Bad Elster. Nach dem erfolgten Ausbau könne der Weg nicht mehr bloß von Wanderern genutzt werden, sondern auch von einzelnen oder in Gruppen auftretenden Radfahrern, Inline-Skatern, Mofa- und Motorradfahrern sowie von landwirtschaftlichen Fahrzeugen. Nach Angaben des Beklagten habe der Radverkehr seit Vornahme der baulichen Maßnahmen bereits erheblich zugenommen und er werde vorzugsweise von Familien mit Kindern und von größeren Gruppen für Ausflüge genutzt. Der gestiegenen Intensität der Nutzung korrespondiere zwangsläufig eine gegenüber dem früheren Zustand deutlich gesteigerte Störung. Das FFH-Gebiet werde nicht schweigend durchfahren, sondern es werde Lärm verursacht. Der großzügig ausgezäunte Randbereich werde zur Rast, zum Verweilen oder auch zum Spielen genutzt, und stelle daher einen längerfristig wirkenden Störfaktor dar, der die Nutzbarkeit angrenzender Flächen des Lebensraumtyps (LRT) 6510 („Magere Flachland-Mähwiesen“) für dessen charakteristische Arten (z.

B. Feldlerche) ernstlich in Frage stelle. Erschwerend kämen bei solchen Aktivitäten „Trittschäden“ sowie das Verbleiben von Abfallstoffen im Umfeld des Weges hinzu. Die avifaunistischen Erhebungen seien zu einem Zeitpunkt durchgeführt worden, als der Radweg bereits fertiggestellt und in Betrieb gewesen sei. Es sei daher davon auszugehen, dass die mangelnde Feststellung von Brutpaaren der Feldlerche auf die massiven Störwirkungen zurückzuführen sei, die mit der intensiven Nutzung des Radwegs einhergingen. Es könne daher auch keine Rede davon sein, dass der Betrieb des Radwegs keine erheblichen Beeinträchtigungen mit sich brächte. In Ansehung der für den LRT 3260 („Fließgewässer mit Unterwasservegetation“) charakteristischen Vogelarten (Eisvogel, Gebirgsstelze, Wasseramsel) werde in der FFH-Verträglichkeitsuntersuchung (S. 43) eine betriebsbedingte Störwirkung durch Lärm und optische Reize (Scheuchwirkung) im Bereich jener Abschnitte dokumentiert, die sich in unmittelbarer Trassennähe befänden. Der LRT 3260 befinde sich in überwiegend günstigem Erhaltungszustand, eine Fläche von 2,24 ha werde in der Anlage zur Grundschutzverordnung aber als in ungünstigem Zustand befindlich eingestuft (Kategorie C). Für diesen Lebensraumtyp bestehe daher Entwicklungsbedarf. Würden nun Abschnitte des Fließgewässers durch Störwirkungen belastet, die auf den intensivierten Betrieb des Radwegs zurückzuführen seien, vergrößere sich der Abstand vom „Ist-Zustand“ des LRT 3260 und dem angestrebten „Soll-Zustand“ in einer dem auf Verbesserung der Erhaltungssituation gerichteten Ziel zuwiderlaufenden Weise. Zu den betriebsbedingten Wirkungen des Radwegs rechne die FFH-Verträglichkeitsuntersuchung (S. 28) die Kollisionsgefahr für Tiere der charakteristischen Arten. Die Fachgutachter hätten nicht gewürdigt, dass zahlreiche Weichtiere, Käfer und Spinnen dem charakteristischen Artenspektrum des LRT 6510 zugehörten. Da der Radweg den LRT 6510 durchschneide, würden Schnecken, charakteristische Käfer und Spinnentiere beim Überqueren wahrscheinlich in großer Zahl „unter die Räder kommen“. Die FFH-Verträglichkeitsuntersuchung sei lückenhaft und unvollständig, so dass diese Unterlage keinen Beleg dafür biete, dass betriebsbedingte nachteilige Auswirkungen auf die Erhaltungsziele des FFH-Gebiets auszuschließen seien. Soweit der Beklagte darauf verweise, dass die Verkehrsbehörde sich wegen der geringen Ausbaubreite des vorhandenen Radwegs an der B 92 veranlasst sehe, die Benutzungspflicht „abzuordnen“ (aufzuheben), bestehe kein Zusammenhang mit der Sperrung des streitgegenständlichen Radwegs. Die behauptete Verkehrsgefährdung entstehe durch die Sperrung des gemischten Radwegs an der B 92. Es liege auf der Hand, dass sich der Beklagte der ihm obliegenden Pflicht

zur Unterbindung der Nutzung eines von ihm selbst zu verantwortenden „Schwarzbaus“ in einem Gebiet des Natura 2000-Netzes nicht dadurch entledigen könne, indem er einen bereits seit Jahren vorhandenen und problemlos nutzbaren Radweg an der B 92 ohne Grund und Anlass sperre.

8 Wenn der Beklagte selbst mehr als vier Jahre nach dem förmlich gestellten Antrag auf Planfeststellung des Radwegeabschnitts die erforderlichen Unterlagen noch immer nicht vollständig bei der zuständigen Planfeststellungsbehörde eingereicht habe, könne schwerlich davon gesprochen werden, dass dieses Verfahren ohne Verzug geführt werde. Es handle sich auch nicht um ein Großprojekt, sondern es stehe ein etwa 1.700 m langer und ca. 3 m breiter Radwegeabschnitt in Rede. Das geringe Interesse an einer zügigen Behebung des Fehlers sei erklärbar, weil es unwahrscheinlich sei, dass angesichts der in der FFH-Verträglichkeitsuntersuchung (S. 49, S. 68 Tabelle 13) dokumentierten erheblichen Beeinträchtigungen des FFH-Gebiets, von denen u. a. der prioritäre LRT 91E0* („Erlen-, Eschen- und Weichholzauenwälder“) betroffen sei, sowie mit Blick auf die verfügbaren Alternativen eine sich auf § 34 Abs. 3, 4 BNatSchG gründende Ausnahme in Anspruch genommen werden könne. Dessen sei sich der Beklagte bewusst und versuche durch Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes und die schleppende Erstellung der Planunterlagen die letztlich unausweichlichen Konsequenzen hinauszuzögern.

9 Der Beklagte hat repliziert, dass die amtlich verwertbaren Daten zur Feldlerche zurückgehend bis 2008 belegten, dass diese im Bereich des streitgegenständlichen Radweg nicht nachgewiesen sei. Von der Feldlerche sei bekannt, dass sie gewöhnlich zu dicht befahrenen Straßen - wie hier der B 92 - und zu höheren Gehölzen - der baumbestanden Weißen Elster - Abstand halte. Dies erkläre das fehlende Vorkommen. Hinsichtlich des LRT 3260 werde eine Beeinträchtigung der vom Kläger angeführten Vogelarten (Eisvogel, Gebirgsstelze, Wasseramsel) durch den Betrieb eines Radwegs in der FFH-Verträglichkeitsuntersuchung als „nicht erheblich“ eingeschätzt. Die Wasseramsel sei auch nach dem Neubau des Radwegs als Brutvogel kartiert worden. Auch die Gebirgsstelze komme aktuell im betreffenden Abschnitt vor; beide Vogelarten seien „störungsunempfindlich“. Die für den Eisvogel erforderlichen optimalen Nistmöglichkeiten seien im betreffenden Uferabschnitt der Weißen Elster nicht gegeben. Für die Nahrungssuche lasse sich der Eisvogel durch den Betrieb eines Radwegs

nicht stören. Für die vom Kläger benannten Schneckenarten (Zwerghornschncke, Braune Streifenglanzschnecke, Gerippte Grasschnecke, Gemeine Windelschnecke) seien im streitgegenständlichen Bereich keine Vorkommen bekannt.

10 Der Kläger hat dupliziert, dass dem Artenschutzfachbeitrag 2015 (S. 37) zu entnehmen sei, dass die gesamte Aue der Weißen Elster als essentielles Nahrungshabitat des Eisvogels zu bewerten sei. Da die Fluchtdistanz mit 20 bis 80 m angegeben sei, sehe der Landschaftspflegerische Begleitplan (S. 50) im Bereich zwischen Bau-km 7+990 und 8+444 eine Sichtschutzpflanzung vor, um betriebsbedingte Störungen des Eisvogels in seinem essentiellen Jagdhabitat zu verhindern. Die Fachgutachter gingen davon aus, dass der Nutzung des Radwegs durch Vermeidungsmaßnahmen zu begegnen sei. Solche Störeffekte träten dann aber auch im streitgegenständlichen Abschnitt auf, namentlich im Umfeld des neuen Brückenbauwerks (Bau-km 0+244) sowie in den parallel zur Weißen Elster geführten Wegeabschnitten (Bau-km 0+503), ohne dass diesem Störeffekt mit Maßnahmen begegnet worden wäre. Daraus ergebe sich, dass die weitere Nutzung des Radwegs in den genannten Abschnitten das Risiko einer störungsbedingten Verschlechterung der ökologischen Funktionalität der Weißen Elster als Lebensraum des für sie charakteristischen Eisvogels in sich berge. Im Hinblick auf die Feldlerche sei zwar denkbar, dass die Argumentation des Beklagten zutrefe. Im Rahmen der avifaunistischen Untersuchung seien aber immerhin 9 Brutplätze der Feldlerche erfasst, von denen 6 Reviermittelpunkte knapp außerhalb des Untersuchungsgebietes gelegen hätten. Auch wenn die Revierzentren von dem Radweg durch Gehölze optisch abgeschirmt seien, werde im Artenschutzfachbeitrag (S. 38) betont, dass „nachhaltige“ bau- und betriebsbedingte Störwirkungen am Brutplatz ausgeschlossen werden könnten, so dass der Betrieb jedenfalls Störeffekte entfalte.

11 Der Senat hat die Landesdirektion Sachsen (nachfolgend: Landesdirektion) als mit dem Radweg befasste Planfeststellungsbehörde um Auskunft über den bisherigen Ablauf und den Stand des Verfahrens gebeten. Diese Auskunft wurde mit Schreiben vom 10. September 2018 erteilt. Der Antrag auf Planfeststellung sei am 19. Juli 2013 gestellt worden. Die Aufstellung des Plans sei am 5. Dezember 2015 abgeschlossen gewesen und zur Vorprüfung bei der Landesdirektion eingereicht worden. Mit Schreiben vom 28. Juni 2016 sei dem Vorhabenträger als Ergebnis der Vorprüfung mitgeteilt worden, dass die Planunterlage keine Variantenuntersuchung enthalte und dies ein

„schwerwiegender Mangel“ sei. Nach einer Beratung mit der Planfeststellungsbehörde sei eine Variantenuntersuchung mit der Folge von umfangreichen Planänderungen beschlossen worden. Am 26. Oktober 2016 sei bei einer Ortsbesichtigung der neu zu kartierende Untersuchungsraum festgelegt worden. Am 15. August 2018 seien die Ergebnisse der Kartierung vorgestellt worden, und die Planunterlagen würden entsprechend der dort getroffenen Festlegungen überarbeitet. Der Vorhabenträger sei „sehr bemüht“, genehmigungsfähige Unterlagen zu erstellen. Sofern der Vorhabenträger an seiner bisherigen Vorzugsvariante festhalten wolle, sei die Planung der EU-Kommission vorzulegen, da ein prioritärer Lebensraumtyp betroffen sei.

12 Ausweislich des Protokolls über die Beratung des Beklagten mit der Landesdirektion am 15. August 2018 wurden dort die Ergebnisse des „erweiterten UVP-Berichts“ (Umweltverträglichkeitsbericht; nachfolgend: UVB 2018) präsentiert, der dem Beklagten am 1. Juni 2018 übergeben worden war. Im UVB 2018 wird hinsichtlich des vorliegend streitgegenständlichen Radwegs (Abschnitt 1) ausgeführt, dass als Ergebnis des schutzgutübergreifenden Variantenvergleichs die Variante 2 (straßenbegleitender Radweg westlich der B 92) als umweltfachliche Vorzugsvariante einzustufen sei, und nicht die Variante 3 (bereits errichteter Radweg). Als „Entscheidung zu Vorzugsvarianten“ wird im Protokoll über die Beratung am 15. August 2018 ausgeführt, dass die „Variante 2“ (straßenbegleitender Radweg) von Seiten des Auftraggebers (des Beklagten) nicht verfolgt werde. Unter „Weiteres Vorgehen in Abschnitt 1 Variante 3“ vermerkt das Protokoll, dass die Landesdirektion Möglichkeiten sehe, den bereits gebauten Abschnitt weiter zu verfolgen und rate, die Unterlagen für eine Planfeststellung zu komplettieren und in ein Ausnahmeverfahren bei der EU-Kommission zu gehen. Für dieses sei von einer Dauer von ca. einem $\frac{3}{4}$ Jahr auszugehen.

13 In der mündlichen Verhandlung hat der Prozessbevollmächtigte des Beklagten zunächst die Erklärung abgegeben, dass die Variante 3, bezogen auf den hier streitgegenständlichen Abschnitt, nicht zur Planfeststellung geführt werden solle und eine gütliche Einigung mit dem Kläger über eine weitere Nutzung des Radwegs bis zum Abschluss des Planfeststellungsverfahrens und der Errichtung des dann planfestgestellten Radwegs angestrebt werde. Nachdem eine solche Einigung nicht zustande gekommen war, hat der beim Landratsamt des Beklagten für Naturschutz zuständige Dezernent

erklärt, dass er einen vollständigen Verzicht auf die Variante 3 nicht erklären könne; hierfür sei eine Entscheidung des Landrats bzw. des Kreistags erforderlich.

- 14 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Gerichtsakten (3 Bände) sowie die beigezogenen Verwaltungsvorgänge des Beklagten (8 Ordner, 3 Heftungen, Kartenmaterial) sowie der Landesdirektion (6 Ordner) verwiesen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind.

Entscheidungsgründe

- 15 Die zulässige Berufung bleibt ohne Erfolg. Das Verwaltungsgericht hat den Beklagten zu Recht verurteilt, die Nutzung des streitgegenständlichen Radwegs zu unterbinden.
- 16 Der Senat hat gemäß § 144 Abs. 6 VwGO seiner Entscheidung die rechtliche Beurteilung des Revisionsgerichts zu Grunde zu legen. Die Bindung an die Rechtsauffassung des Revisionsgerichts entfällt nur dann, wenn sich nachträglich die Sach- und Rechtslage entscheidungserheblich verändert hat, das Revisionsgericht die der Entscheidung zu Grunde liegende Rechtsauffassung zwischenzeitlich geändert hat oder abweichende Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts bzw. zur Auslegung des Unionsrechts des Gerichtshofs der Europäischen Union ergangen sind (vgl. Kraft, in: Eyermann, VwGO, 4. Aufl. 2014, § 144 Rn. 28 m. w. N.). Das ist vorliegend nicht der Fall.
- 17 Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Revisionsurteil vom 1. Juni 2017 - 9 C 2.16 - zunächst die Rechtsauffassung des 1. Senats des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts bestätigt, dass § 3 Abs. 2 BNatSchG eine geeignete Rechtsgrundlage für die vom Kläger begehrte Nutzungsuntersagung darstellt und dessen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind, weil der streitgegenständliche Radweg - der den naturschutzrechtlichen Projektbegriff erfüllt (vgl. SächsOVG, Urt. v. 22. Juli 2015 - 1 A 509/14 -, juris Rn. 43) - naturschutzrechtliche Vorschriften in formeller und materieller Hinsicht verletzt. Der Beklagte hat diesen nicht nur errichtet, ohne ein nach sächsischem Landesrecht erforderliches Planfeststellungsverfahren (§ 39 Abs. 1 Satz 2 SächsStrG) und damit auch eine Umweltverträglichkeitsprüfung (§ 39 Abs. 2 SächsStrG i. V. m. § 3 Abs. 1 Nr. 2 SächsUVPG und Anlage 1 Nr. 2 Buchst. c) durchzuführen, sondern der Radweg verursacht auch eine erhebliche Beeinträchtigung der Erhaltungsziele des

FFH-Gebiets „Elstertal oberhalb Plauen“ (nachfolgend: FFH-Gebiet), so dass er nach Art. 6 Abs. 3 Satz 2 FFH-RL, § 34 Abs. 2 BNatSchG generell unzulässig ist. Seine Legalisierung könnte daher nur im Wege einer Abweichungsentscheidung erfolgen, die aufgrund der Beeinträchtigung eines prioritären Lebensraumtyps - hier: LRT 91E0* (Erlen-, Eschen- und Weichholzauenwälder) - nur auf die hier offensichtlich nicht vorliegenden zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses in Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 2 FFH-RL, § 34 Abs. 4 Satz 1 BNatSchG (Gesundheit des Menschen, öffentliche Sicherheit einschließlich Verteidigung und Schutz der Zivilbevölkerung, maßgeblich günstige Auswirkungen des Projekts auf die Umwelt) gestützt werden kann oder die Mitwirkung der Europäischen Kommission erfordert (Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 2 FFH-RL; § 34 Abs. 4 Satz 2 BNatSchG). Hinsichtlich der nach § 3 Abs. 2 Halbsatz 2 BNatSchG erforderlichen Ermessensausübung durch die zuständige Naturschutzbehörde hat das Bundesverwaltungsgericht in seinem den Senat bindenden Revisionsurteil ausgeführt, dass dieses Ermessen durch die allgemeine Schutzpflicht aus Art. 6 Abs. 2 FFH-RL zwar dergestalt eingeschränkt ist, dass die Behörde in der Regel zum Einschreiten verpflichtet ist, um eine - wie hier - behördlich nicht zugelassene Beeinträchtigung des FFH-Gebiets zu verhindern. Ausreichend, aber auch erforderlich sei, dass die Wahrscheinlichkeit oder die Gefahr bestehe, dass der Betrieb der aus einem ungenehmigten Projekt entstandenen Anlagen eine erhebliche Störung der Erhaltungsziele des Gebietes verursache. Seien nutzungsbedingte weitere Verschlechterungen nicht zu befürchten, sei das Ermessen des Beklagten, gegen die einstweilige Nutzung des rechtswidrig errichteten Radwegs einzuschreiten, grundsätzlich nicht auf Null reduziert. Aus dem Unionsrecht folge jedoch die Verpflichtung der Behörden und der Gerichte, die rechtswidrigen Folgen eines Verstoßes gegen das europarechtlich geprägte Umweltrecht zu beheben, so dass besondere Umstände zu einer Pflicht zur Nutzungsuntersagung führen könnten. Eine solche dränge sich auf, wenn erforderliche Verfahrensschritte verschleppt würden und dem Gebot der Fehlerbehebung Nachdruck zu verleihen sei.

- 18 Eine Änderung der Sachlage ist auch nicht deshalb eingetreten, weil nach der Erstellung des (vorläufigen) Umweltverträglichkeitsberichts mit Stand vom 1. Juni 2018 (UVB 2018), in dem erstmals alternative Trassenvarianten für das streitgegenständliche Teilstück des Elsterradwegs geprüft worden sind, nicht mehr davon ausgegangen werden kann, dass sich die naturschutzrechtliche Unzulässigkeit des vom Beklagten

bereits rechtswidrig hergestellten Radwegs (Art. 6 Abs. 3 Satz 2 FFH-RL, § 34 Abs. 2 BNatSchG) durch eine Abweichungsentscheidung (Art. 6 Abs. 4 FFH-RL, § 34 Abs. 3 und 4 BNatSchG) überwinden lässt. Denn dieser Umstand kann im Rahmen der Prüfung, ob sich das Ermessen der unteren Naturschutzbehörde, gegen die einstweilige Nutzung der rechtswidrig errichteten Anlage einzuschreiten, zu einer Pflicht zur Nutzungsuntersagung verdichtet hat, als „besonderer Umstand“ i. S. d. Revisionsurteils (Rn. 30) berücksichtigt werden.

19 Der Senat kann dahinstehen lassen, ob das (Entschließungs-)Ermessen des Beklagten (als untere Naturschutzbehörde), gegen die Nutzung des von ihm selbst rechtswidrig errichteten Radwegs einzuschreiten, vorliegend deshalb auf Null reduziert ist, weil das konkrete Risiko einer zusätzlichen nutzungsbedingten Verschlechterung besteht. Vorliegend drängt sich eine Nutzungsuntersagung auf, um dem unionsrechtlichen Gebot der Fehlerbehebung Nachdruck zu verleihen, weil der Beklagte das nachträglich eingeleitete Planfeststellungsverfahren mit Umweltverträglichkeitsprüfung für den bereits hergestellten streitgegenständlichen Radweg nicht ohne Verzug geführt hat (1.). Darüber hinaus hat der Beklagte in Kenntnis der Ergebnisse des (vorläufigen) Umweltverträglichkeitsberichts vom 1. Juni 2018 an der bisherigen Planung mit dem rechtswidrig bereits errichteten Radweg als Vorzugsvariante festgehalten. Da eine rechtmäßige Planfeststellung dieser Variante nach Auffassung des Senats bereits jetzt ausgeschlossen werden kann, dient auch dieses Verhalten ausschließlich der Verschleppung des nachträglich eingeleiteten Planfeststellungsverfahrens (2.). Da der Beklagte erkennbar nicht gewillt ist Verfahrensschritte einzuleiten, um die Folgen seines rechtswidrigen Handelns zu beheben, sondern allein den Erhalt und die weitere Nutzung des rechtswidrig errichteten und nicht genehmigungsfähigen Radwegs bezweckt, verdichtet sich das behördliche Ermessen der unteren Naturschutzbehörde vorliegend auch deshalb zu einer Pflicht, die seit mehr als fünf Jahren andauernde Nutzung des streitgegenständlichen Radwegs zu untersagen.

20 1. Der Beklagte hat das nachträglich eingeleitete Planfeststellungsverfahren nicht ohne Verzug geführt. Für die Beurteilung, ob ein nachträglich eingeleitetes Planfeststellungsverfahren mit Umweltverträglichkeitsprüfung zur Legalisierung eines bereits verwirklichten Projekts „ohne Verzug“ geführt wird, ist ein objektiver Maßstab heranzuziehen, bei dem Gegenstand und Dauer des Planfeststellungsverfahrens in Bezie-

hung zu setzen sind. Der streitgegenständliche Radweg hat eine Breite von 3 m und eine Länge von 1,775 km. Soweit der Beklagte in der mündlichen Verhandlung vorge-
 tragen hat, dass für die Dauer des Planfeststellungsverfahrens berücksichtigt werden
 müsse, dass der streitgegenständliche Radweg ein Abschnitt des Elsterradwegs sei und
 die Planfeststellung für eine Strecke von insgesamt 11,863 km beantragt worden sei,
 folgt der Senat dem nicht. Da durch die rechtswidrige Errichtung des Radwegs vorge-
 zogene Vermeidungsmaßnahmen und Maßnahmen zur Erhaltung ökologischer Funk-
 tionen für bau- und anlagenbedingt eintretende negative Auswirkungen auf Flora und
 Fauna nicht oder kaum mehr möglich sind, folgt daraus die Verpflichtung des Vorha-
 benträgers, für diesen Abschnitt jedenfalls dann eine gesonderte Planfeststellung zu
 beantragen, wenn die Planfeststellung ohne Abschnittsbildung zu einer Verfahrensver-
 zögerung führen würde. Das im Juli 2013 eingeleitete Planfeststellungsverfahren dau-
 erte im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung bereits mehr als fünf Jahre an, ohne
 dass der Beklagte auslegungsfähige Planunterlagen erstellt hätte. Der Vertreter des
 Beklagten hat in der mündlichen Verhandlung angegeben, dass „im ersten Quartal
 2019“ eine Entscheidung über die Vorzugsvariante getroffen werden solle, und im
 Anschluss die Planunterlagen erstellt würden, wofür eine Dauer von (weiteren) sechs
 bis neun Monaten veranschlagt werde. Mit einem Beginn des Anhörungsverfahrens ist
 daher frühestens Ende des Jahres 2019 zu rechnen und mit dessen Abschluss nicht vor
 Mitte des Jahres 2020, d. h. dann sieben Jahre nach Einleitung des Verfahrens, so dass
 von einer Durchführung des Verfahrens „ohne Verzug“ nicht die Rede sein kann.
 Selbst wenn für die Durchführung des Verfahrens „ohne Verzug“ kein objektiver
 Maßstab angelegt, sondern eine solche „ohne schuldhaftes Zögern“ (vgl. § 121 Abs. 1
 Satz 1 BGB) verlangt würde, wäre dem Beklagten die übermäßige Verfahrensdauer im
 Wesentlichen zuzurechnen. Dies gilt insbesondere im Hinblick darauf, dass der Be-
 klagte die Planunterlagen zunächst ohne jegliche Variantenprüfung hat erstellen las-
 sen. Dass hierin ein schwerwiegender Mangel liegt mit der Folge, dass die Anfang
 Dezember 2015 bei der Planfeststellungsbehörde zur Vorprüfung eingereichten Unter-
 lagen einer - auch drei Jahre später noch nicht abgeschlossenen - Überarbeitung be-
 durften, hätte der beim Beklagten für diesen Vorgang zuständige Amtswalter wissen
 können, jedenfalls wissen müssen.

- 21 2. Die Nutzungsuntersagung drängt sich vorliegend auch deshalb auf, weil nach der
 Erstellung des (vorläufigen) Umweltverträglichkeitsberichts im Auftrag des Beklagten

mit Stand vom 1. Juni 2018 (nachfolgend: UVB 2018), in dem erstmals alternative Trassenvarianten für das streitgegenständliche Teilstück des Elsterradwegs geprüft worden sind, nicht mehr davon ausgegangen werden kann, dass der vom Beklagten rechtswidrig bereits hergestellte Radweg (Variante 3) genehmigungsfähig ist. Die von der Planfeststellungsbehörde in der Beratung mit dem Beklagten am 15. August 2018 geäußerte Auffassung, wonach sie „Möglichkeiten sehe“, den bereits gebauten Abschnitt weiter zu verfolgen, vermag der Senat nicht nachzuvollziehen. Dem UVB 2018 ist zu entnehmen, dass bei der Variante 3 zwischen Bau-km 0+000 und 1+180 eine Fläche von 3.005 m² des FFH-Gebiets in Anspruch genommen wird, wogegen bei der Variante 2 nur zwischen Bau-km 0+000 bis 0+140 auf einer Fläche von 1.077 m² eine Inanspruchnahme des FFH-Gebiets erfolgen würde (Konfliktschwerpunkt BV 1 [Nr. 7.2.3 „Biologische Vielfalt“]). Schutzziel des FFH-Gebiets ist u. a. die Bewahrung oder Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands der vorkommenden Populationen der Tier- und Pflanzenarten von gemeinschaftlichem Interesse gem. Anhang II der FFH-Richtlinie sowie ihrer Habitate, wobei dem Vorkommen des Dunklen Wiesenknopf-Ameisenbläulings eine herausragende Bedeutung für das Vogtland und Westerzgebirge zukommt (Anlage 3 Nr. 3 zu § 3 Abs. 1 der Verordnung der Landesdirektion Chemnitz zur Bestimmung des Gebietes von gemeinschaftlicher Bedeutung „Elstertal oberhalb Plauen“ vom 31. Januar 2011 [SächsABl. SDr. S. S 285]; nachfolgend: Schutzverordnung). Aus dem UVB 2018 ergibt sich, dass die Variante 3 zwischen Bau-km 0+030 bis 0+210 und zwischen Bau-km 0+760 bis 0+820 insgesamt 378 m² Habitatflächen des Dunklen Wiesenknopf-Ameisenbläulings in Anspruch nimmt, wogegen dies bei der Variante 2 nur zwischen Bau-km 0+030 und 0+080 auf einer Fläche von 102 m² der Fall ist. Im schutzgutübergreifenden Variantenvergleich des UVB 2018 wird die Variante 2 daher auch als günstigste eingestuft, wogegen die Variante 3 nicht nur ungünstiger als die Variante 2, sondern auch noch ungünstiger als die Variante 1 (östlich der B 92) bewertet worden ist. Der - deshalb vom Beklagten als „vorläufig“ bezeichnete - UVB 2018 weist zwar noch keine Ergebnisse der FFH-Verträglichkeit für die Variante 2 aus, er stellt aber unter Verweis auf die FFH-Verträglichkeitsprüfung aus dem Jahr 2015 (nachfolgend: FFH-VP 2015) für die Variante 3 fest, dass es zu erheblichen Beeinträchtigungen des FFH-Gebiets kommt. In der FFH-VP 2015 wurde für den prioritären LRT 91E0* festgehalten, dass sich durch das Vorhaben insgesamt ein sehr hoher Beeinträchtigungsgrad ergibt. Diese Bewertung bezieht sich zwar nicht nur auf den streitgegenständlichen Radweg, sondern auf das

gesamte Projekt mit einer Länge von 11,863 km. Der Beschreibung der anlagenbedingten Beeinträchtigungen (S. 48/74) lässt sich jedoch entnehmen, dass Eingriffe in Flächen der Auenwaldbestände „nördlich und südlich des Radwegs an der Brücke südlich von Adorf“ vorgenommen worden sind (vgl. auch die Lagebeschreibung des LRT 91E0* FFH-VP 2015, S. 33/74), so dass ein Eingriff in den prioritären LRT 91E0* durch die westlich der B 92 verlaufenden Variante 2 nicht erfolgen würde. Das bedeutet nicht nur, dass die zur Legalisierung des Projekts unstreitig erforderliche Abweichungsentscheidung (Art. 6 Abs. 4 FFH-RL, § 34 Abs. 3 und 4 BNatSchG) bei der Variante 3 - und nur bei dieser - eine Mitwirkung der Europäischen Kommission erfordert, sondern es liegt nach Ansicht des Senats auch auf der Hand, dass die Voraussetzungen für eine Abweichungsentscheidung nicht gegeben sind. § 34 Abs. 3 BNatSchG lässt die Zulassung eines Projekts abweichend von § 34 Abs. 2 BNatSchG nur zu, soweit es 1. aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses, einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art, notwendig ist und 2. zumutbare Alternativen, den mit dem Projekt verfolgten Zweck an anderer Stelle ohne oder mit geringeren Beeinträchtigungen zu erreichen, nicht gegeben sind. Aus dem UVB 2018 lässt sich schon jetzt ersehen, dass die Variante 2 eine zumutbare Alternative zu dem rechtswidrig errichteten Radweg (Variante 3) darstellt, die offensichtlich mit geringeren Beeinträchtigungen des FFH-Gebiets verbunden ist. Mit ihr lässt sich auch der mit dem Projekt verfolgte Zweck erreichen, so dass der Erteilung einer Abweichungsentscheidung § 34 Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG entgegensteht. Der Beklagte hat zur Notwendigkeit des Projektes aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses in der für die Planaufstellung erarbeiteten Unterlage 19.4.2 („FFH-Ausnahmeprüfung“, Stand: 13. November 2015; nachfolgend: FFH-AP 2015) vorgebracht (S. 13/37), dass aus Gründen des Unfallrisikos für Radfahrer die Ausweisung eines separaten Radwegs für die Verbindung zwischen Bad Elster und Adorf erforderlich sei, weil diese bislang die vielbefahrene B 92 mitbenutzen müssten. Abgesehen davon, dass dieser Vortrag verschweigt, dass Radfahrer zwischen Bad Elster und Adorf auch vor der rechtswidrigen Errichtung des streitgegenständlichen Radwegs nicht die Fahrbahn der B 92 benutzen mussten, sondern straßenbegleitend ein - wenn auch wenig komfortabler - Radweg bestand und weiter besteht, lässt sich dieser Zweck des Vorhabens ersichtlich auch mit der Variante 2 erreichen. Die Funktion als Teilabschnitt des Elsterradwegs als grenzüberschreitendem Radfernweg mit allen vom Beklagten hierzu aufgeführten Elementen wird von der Variante 2 ebenfalls erfüllt.

22 Einer Abweichungsentscheidung zur Legalisierung des rechtswidrig bereits errichteten Radwegs (Variante 3) steht aber auch § 34 Abs. 3 Nr. 1 BNatSchG entgegen. Da bei dieser Variante - anders als bei den Varianten 1 und 2 - ein im FFH-Gebiet vorkommender prioritärer Lebensraumtyp - hier: LRT 91E0* (Erlen-, Eschen- und Weichholzaunenwälder) - beeinträchtigt wird, können gemäß § 34 Abs. 4 Satz 1 BNatSchG als zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses nur solche im Zusammenhang mit der Gesundheit des Menschen, der öffentlichen Sicherheit, einschließlich der Verteidigung und des Schutzes der Zivilbevölkerung, oder den maßgeblich günstigen Auswirkungen des Projekts auf die Umwelt geltend gemacht werden, die hier offensichtlich nicht vorliegen. Die Berücksichtigung sonstiger Gründe kann nur nach Einholung einer Stellungnahme der Europäischen Kommission erfolgen (§ 34 Abs. 4 Satz 2 BNatSchG). Soweit in der FFH-AP 2015 hervorgehoben wird, dass der rechtswidrig bereits errichtete Radweg eine straßenferne Führung und eine Nähe zum Elstertal aufweise mit „dem damit verbundenen hohen touristischen Erlebniswert“ (S. 8/37), dürfte es sich bereits nicht um einen zwingenden Grund des überwiegenden öffentlichen Interesses handeln. Eine positive Stellungnahme der Europäischen Kommission kann bei dieser Sachlage nicht erwartet werden, zumal der Europäische Gerichtshof Art. 6 Abs. 4 FFH-RL als Ausnahme von dem in Art. 6 Abs. 3 Satz 2 FFH-RL festgelegten Genehmigungskriterium eng auslegt (EuGH, Urt. v 14. Januar 2016 - C-399/14 -, juris Rn. 73 m. w. N.; st. Rspr.). Gleiches gilt im Hinblick auf die wirtschaftlichen Auswirkungen, die mit einem Rückbau des rechtswidrig errichteten Radwegs verbunden sind. Der Europäische Gerichtshof hat zwar festgestellt, dass Kosten, die mit dem Abriss eines bereits errichteten Bauwerks verbunden sind, im Rahmen der Alternativenprüfung berücksichtigt werden können. Der Senat hat bereits Zweifel, ob die Kosten des Rückbaus des rechtswidrig errichteten Radwegs im vorliegenden Fall überhaupt Berücksichtigung finden könnten. Denn der Beklagte hat den streitgegenständlichen Radweg nicht auf der Grundlage einer Genehmigung errichtet, die sich nachträglich als materiell rechtswidrig erwiesen hat, sondern ohne jede rechtliche Grundlage, so dass die Berücksichtigung der vorgenannten Kosten bei der Alternativenabwägung bedeuten würde, dass der Beklagte sich auf rechtswidrige Weise selbst einen Grund geschaffen hätte, um ein grundsätzlich nach Art. 6 Abs. 3 Satz 2 FFH-RL, § 34 Abs. 2 BNatSchG unzulässiges Projekt über eine Abweichungsentscheidung zu legalisieren. Hierauf dürfte es aber nicht ankommen, weil nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs diesen Kosten jedenfalls nicht die

gleiche Bedeutung zukommt wie dem mit der FFH-Richtlinie verfolgten Ziel der Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen (EuGH a. a. O., juris Rn. 77), und die Variante 3 ausweislich der FFH-VP 2015 sowohl im Hinblick auf den prioritären Lebensraumtyp 91E0* (S. 49/74 [in der Überschrift fehlerhaft als Lebensraumtyp 6510 ausgewiesen]) als auch die von Anhang II der FFH-Richtlinie geschützte Art Dunkler Wiesenknopf-Ameisenbläuling (S. 51/74) sehr hohe Beeinträchtigungen verursacht.

- 23 Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Revisionsurteil (Rn. 30, mit Verweis auf BVerwG, Urt. v. 15. Juli 2016 - 9 C 3.16 -, NVwZ 2016, 1631 Rn. 60) darauf hingewiesen, dass für den Fall, dass sich im Ergebnis herausstellt, dass die gebaute Anlage so nicht genehmigungsfähig ist, diese notfalls verändert oder sogar beseitigt werden muss. Aus dem Protokoll über die Beratung des Beklagten mit der Planfeststellungsbehörde am 15. August 2018 ergibt sich, dass der Beklagte als Vorhabenträger an dem bereits rechtswidrig errichteten Radweg (Variante 3) festhalten will. Der Vertreter des Beklagten hat in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, dass es sich bei der Festlegung der Vorzugsvariante um eine Entscheidung handle, die der Landrat oder der Kreistag treffen und die „der Bevölkerung vermittelbar“ sein müsse. Einer zuvor abgegebenen Erklärung des Prozessbevollmächtigten des Beklagten, wonach die Variante 3 nicht mehr als Vorzugsvariante vorgesehen sei, hat er damit widersprochen. Der Senat muss daher davon ausgehen, dass der Beklagte nicht gewillt ist, seiner unionsrechtlichen Verpflichtung zur Behebung der rechtswidrigen Folgen des vorliegenden Verstoßes gegen das europarechtlich geprägte Umweltrecht nachzukommen, sondern das Planfeststellungsverfahren in der bisherigen Weise fortsetzen wird, um die Dauer der Nutzung des rechtswidrig errichteten Radwegs zu verlängern. Bei dieser Sachlage sind „besondere Umstände“ gegeben, die das Ermessen der unteren Naturschutzbehörde im Rahmen des § 3 Abs. 2 Halbsatz 2 BNatSchG dahingehend verdichten, dass eine Nutzungsuntersagung als einzige Möglichkeit verbleibt, dem unionsrechtlichen Gebot der Fehlerbehebung Nachdruck zu verleihen (vgl. Revisionsurteil, Rn. 30).

- 24 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

- 25 Die Revision ist nicht zuzulassen, da keiner der Gründe des § 132 Abs. 2 VwGO vorliegt.

Rechtsmittelbelehrung

Die Nichtzulassung der Revision kann durch Beschwerde angefochten werden.

Die Beschwerde ist beim Sächsischen Obergerverwaltungsgericht, Ortenburg 9, 02625 Bautzen, innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils schriftlich oder in elektronischer nach Maßgabe des § 55a der Verwaltungsgerichtsordnung und der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung) vom 24. November 2017 (BGBl. I S. 3803) in der jeweils geltenden Fassung einzulegen. Die Beschwerde muss das angefochtene Urteil bezeichnen.

Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils zu begründen. Die Begründung ist bei dem oben genannten Gericht schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe des § 55a der Verwaltungsgerichtsordnung und der Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung einzureichen.

In der Begründung der Beschwerde muss die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt oder die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts, von der das Urteil abweicht, oder der Verfahrensmangel bezeichnet werden.

Für das Beschwerdeverfahren besteht Vertretungszwang; dies gilt auch für die Einlegung der Beschwerde und für die Begründung. Danach muss sich jeder Beteiligte durch einen Rechtsanwalt oder einen Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, der die Befähigung zum Richteramt besitzt, als Bevollmächtigten vertreten lassen.

Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich durch eigene Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt oder durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse vertreten lassen.

Ein Beteiligter, der zur Vertretung berechtigt ist, kann sich selbst vertreten.

gez.:
Künzler

Dr. Pastor

Dr. John

Beschluss vom 27. November 2018

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 5.000 € festgesetzt.

Gründe

- 1 Die Festsetzung des Streitwertes beruht auf § 47 Abs. 1 Satz 1, § 63 Abs. 2 Satz 1, § 52 Abs. 2 GKG in Übereinstimmung mit Ziffer 49.2 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Sie orientiert sich an der erstinstanzlichen Festsetzung des Auffangwertes als Streitwert, gegen den die Beteiligten keine Einwände erhoben haben.
- 2 Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 68 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

gez.:
Künzler

Dr. Pastor

Dr. John