

Prof. Dr. Felix Ekardt, LL.M., M.A.  
(Forschungsgruppe Nachhaltigkeit  
und Klimapolitik)

# **Zur Europarechtswidrigkeit der deutschen Hindernis- Kaskade für Umweltklagen**

Rechtliche Studie im Auftrag des  
BUND e.V.

Fassung vom 26.11.2011

## Thema und Ergebnis der Studie

Die vorliegende Studie analysiert die vielfältigen materiell- und verfahrensrechtlichen Hindernisse, denen Umweltklagen (von Individuen, aber gerade auch von Umweltverbänden) in Deutschland unterliegen. Daran anknüpfend wird die Europarechtskonformität jener „Hinderniskaskade“ und ihrer sukzessiven Verschärfung durch immer neue Beschleunigungsgesetze am Maßstab des europäischen Primär- und Sekundärrechts untersucht. Bei genauer Betrachtung erweist sich unionsrechtlich – im Gegensatz zu den Darlegungen etwa eines neuen BDI-Papiers – eine deutliche Stärkung von Umweltklagen als geboten. Das EuGH-Urteil zur Verbandsklage vom 12.05.2011 ist hierzu nur ein erster Schritt, da die meisten problematischen Aspekte dort noch keine Erwähnung finden. Deshalb greift auch die absehbare Diskussion um ein neues deutsches Umweltrechtsbehelfsgesetz zu kurz, da die meisten Mängel mit der Erweiterung der dortigen Klagebefugnisregelung zugunsten von Verbänden gerade nicht beseitigt werden.

## Gliederung

Zusammenfassung in Thesen	3
A. Problemstellung	5
B. Die Hindernis-Kaskaden beim Rechtsschutz gegen umweltbeeinträchtigende Großprojekte	6
I. Gerichtliche Kontrolle für inhaltliche Fehler	6
II. Gerichtliche Kontrolle für Verfahrensfehler	8
III. Spezielle Probleme des europäischen Naturschutzrechts	10
C. Unvereinbarkeit der Hindernis-Kaskaden mit dem Europarecht	12
I. EU-Sekundärrecht	14
II. EU-Primärrecht	16
D. Schlussfolgerungen	20
I. Änderungsbedarfe im deutschen Recht – zugleich zum BDI-Papier	20
II. Weitergehende Perspektiven für einen wirksameren Umwelt- und Naturschutz	23

## Zum Autor

Prof. Dr. Felix Ekardt, LL.M., M.A. lehrt an der Universität Rostock (Ostseeinstitut für Seerecht, Umweltrecht und Infrastrukturrecht) Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie und leitet die Forschungsgruppe Nachhaltigkeit und Klimapolitik, Könneritzstraße 41, 04229 Leipzig, [www.sustainability-justice-climate.eu](http://www.sustainability-justice-climate.eu).

# **Zur Europarechtswidrigkeit der deutschen Hindernis-Kaskade für Umweltklagen**

## **Zusammenfassung in Thesen**

*Die vorliegende Studie analysiert die vielfältigen materiell- und verfahrensrechtlichen Hindernisse, denen Umweltklagen (von Individuen, aber gerade auch von Umweltverbänden) in Deutschland unterliegen und diese häufig nur auf dem Papier stehen, in der Sache aber erfolglos werden lassen. Daran anknüpfend wird die Europarechtskonformität jener „Hindernis-Kaskade“ und ihrer sukzessiven Verschärfung durch immer neue Beschleunigungsgesetze am Maßstab des europäischen Primär- und Sekundärrechts untersucht. Bei genauer Betrachtung erweist sich unionsrechtlich eine deutliche Stärkung von Umweltklagen als geboten. Das EuGH-Urteil zur Verbandsklage vom 12.05.2011 ist hierzu nur ein erster Schritt, da die meisten problematischen Aspekte dort noch keine Erwähnung finden. Deshalb greift auch die absehbare Diskussion um ein neues deutsches Umweltrechtsbehelfsgesetz zu kurz, da die meisten Mängel mit der Erweiterung der dortigen Klagebefugnisregelung zugunsten von Verbänden gerade nicht beseitigt werden. Vielmehr ist der Abbau der diversen Beschleunigungsregelungen in den Fachplanungsgesetzen europarechtlich geboten.*

Die EU sieht sich dem eigenen Anspruch nach als Umweltvorreiter in der Welt. Dies setzt freilich ein Umweltrecht voraus, welches zunächst in der Papierform wirklich anspruchsvoll ist (schon daran bestehen trotz der Regelungsmasse oft erhebliche Zweifel) – und welches auch real durchgesetzt wird. Letzteres hängt u.a. davon ab, inwieweit drohende Rechtsverstöße mit Erfolg gerichtlich geltend gemacht werden können. Doch diese Anforderungen stehen in einem Konflikt mit immer weitergehenden deutschen Tendenzen zur Verfahrensbeschleunigung bei der Realisierung von Großprojekten im deutschen Recht.

Das deutsche „beschleunigte“ Verwaltungsrecht statuiert eine Art mehrfache Hindernis-Kaskade für Mängel z.B. eines Planfeststellungsbeschlusses (PFB) als der verwaltungsrechtlichen Genehmigung für umweltbeeinträchtigende Großprojekte wie Straßen, Flughäfen, Schienenwege, Talsperren, Abfalldeponien, Stromtrassen u.a.m. gemäß dem VwVfG und den fast wortgleichen Fachgesetzen FStrG, AEG, LuftVG usw. (ähnliches gilt für das Bau- und Immissionsschutzrecht).<sup>1</sup> Der praktische Effekt ist, dass die Möglichkeiten von Umweltverbänden und Individuen, die inhaltlichen Schutzvorgaben des deutschen und europäischen Um-

---

<sup>1</sup> Wer als Bürger oder Umweltverband inhaltliche Belange im Planfeststellungs-Verwaltungsverfahren nicht in engen Fristen als verletzt rügt, dessen Belang geht schlicht unter (materielle Präklusion). Klagen gegen einen PFB haben nach den Fachgesetzen zudem oft keine aufschiebende Wirkung; und auch der einstweilige Rechtsschutz ist durch Fristen stark erschwert. Des Weiteren stellt sich bei jeder Verletzung einer inhaltlichen Vorschrift die Frage, ob die Norm ein subjektiv-öffentliches Recht vermittelt (und anders als beim Adressatenkläger werden auch nur genau diese Normen geprüft). Dies verneint die h.M. in einer großen Zahl der für Drittkläger interessanten Normen, etwa bei der umweltrechtlichen Vorsorge. Abwägungsfehler sind außerdem nur im Rahmen der Abwägungsfehlerlehre relevant. Bei der naturschutz- bzw. umweltrechtlichen Verbandsklage kommt noch hinzu, dass im Rahmen von Abwägungen nur die korrekte Würdigung der Naturschutz- bzw. Umweltbelange geprüft wird. Sodann wird die materielle Rechtmäßigkeitsprüfung durch eine Beschränkung auf offenkundige und konkret nachweisbar für das Planungsergebnis relevante Abwägungsfehler weiter verengt. Zuletzt wird das fehlerheilende Nachschieben von Abwägungserwägungen seitens der Behörde noch im Prozess und sogar ein anschließendes ergänzendes Verfahren erlaubt. Eine ähnlich strukturierte Kaskade ergibt sich aber nicht nur für inhaltliche, speziell abwägungsbezogene Fehler, sondern auch für Verfahrensfehler. Stichworte sind hier: Präklusion; bloße Ordnungsvorschrift; mangelnde Subjektivierung, Heilung noch im Prozess; Unbeachtlichkeit; Heilbarkeit noch in einem ergänzenden Verfahren nach dem Prozess.

weltrechts auch einzuklagen, oft nur auf dem Papier stehen. Beim Schutz von FFH-Gebieten etwa erhalten die Behörden im Ergebnis so viel Spielraum, dass sie den gebotenen Schutz in sehr vielen Fällen unterlaufen können.<sup>2</sup>

Das EU-Sekundärrecht (UVP-Richtlinie, IED-Richtlinie, FFH-Richtlinie) und auch das EU-Primärrecht fordern eine Änderung dieses Zustands ein, und zwar über das EuGH-Urteil zur Verbandsklage vom 12.05.2011 hinaus, welches nur einen einzelnen Punkt betraf. Die Umsetzung dieses Urteils in einem neuen Umweltrechtsbehelfsgesetz wird deshalb nicht ausreichen, sondern weiterhin viele in der Sache eigentlich begründete Klagen erfolglos bleiben lassen. Europarechtlich geboten sind insbesondere (und im genauen Kontrast zu den weiteren Verschärfungsvorschlägen des BDI-Papiers)

- eine erweiterte Subjektivierung materieller und prozeduraler Regeln (bei Individualklagen), wie sie ohnehin vom EuGH seit langem eingefordert, aber in Deutschland immer wieder umgangen wird;
- eine stärkere Zurückdrängung der aufgrund angeblich mangelnder Kausalität eintretenden Unbeachtlichkeit von Abwägungs- und Verfahrensfehlern;
- eine Abkehr von Fehlerheilungen noch während eines Gerichtsprozesses oder gar nach seinem Abschluss;
- ein Ernstnehmen der inhaltlichen Anforderungen an planerische Abwägungen; wenn z.B. im FFH-Gebietsschutz für Beeinträchtigungen „zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses“ gefordert werden, dann darf dies nicht in einer Weise interpretiert werden, die jedes größere Projekt per se errichtungsfähig macht; auch die Alternativenprüfung muss verschärft werden;
- eine ausgewogenere Handhabung der Tatsachendarlegungsanforderungen: einseitige Gutachterausswahl, tendenziöse Grundannahmen für Prognosen und eine angreifbare Methodik müssen gerichtlich konsequenter gerügt werden;
- eine Beschränkung der materiellen Präklusion auf Konstellationen, in denen tatsächlich ein frühzeitiges Vorbringen problemlos möglich gewesen wäre.

All dies gilt gerade für spielraumreiche Entscheidungsformen wie Planfeststellungsbeschlüsse, letztlich aber auch für Industrieanlagengenehmigungen.

Unabhängig von alledem wird der europäische und deutsche Gesetzgeber auf Dauer überlegen müssen, ob er den ordnungsrechtlichen Umwelt- und gerade auch Naturschutz durch ökonomische Instrumente unterfüttert, wenn der Schutz nicht aufgrund von Rebound- und Verlagerungseffekten sowie Vollzugsproblemen selbst dann noch dauerhaft unsicher bleiben soll, wenn die vorliegend vorgeschlagenen Rechtsänderungen vorgenommen werden.

---

<sup>2</sup> Zunächst können sich die Umweltverbände nach der deutschen Judikatur nicht darauf berufen, dass die Erhaltungsziele eines FFH-Gebiets unvollständig festgelegt wurden. Dies führt zu grotesk anmutenden Ergebnissen wie z.B. dem, dass auch eine massive Inanspruchnahme eines FFH-Gebiets durch Überbauen und Zerschneidung nicht erheblich sein sollen. Auch die Eignung der von Vorhabensträgern und der Behörde behaupteten Kohärenzsicherungsmaßnahmen prüfen die Gerichte nur sehr eingeschränkt. Auch bei den inhaltlichen Abwägungsregeln gibt die Judikatur den Behörden sehr viel Raum. Als zwingenden Grund des überwiegenden öffentlichen Interesses für einen Eingriff in ein FFH-Gebiet sieht die Rechtsprechung bereits jede Infrastrukturverbesserung des betroffenen Raumes; der Ausnahmecharakter der Beeinträchtigung von FFH-Gebieten wird damit auf den Kopf gestellt. Auch die Alternativenprüfung erweist sich in der Praxis weithin als stumpfes Schwert.

## A. Problemstellung<sup>3</sup>

Die EU sieht sich dem eigenen Anspruch nach als Umweltvorreiter in der Welt. Dies setzt freilich ein Umweltrecht voraus, welches zunächst in der Papierform wirklich anspruchsvoll ist (schon daran bestehen trotz der Regelungsmasse oft erhebliche Zweifel<sup>4</sup>) – und welches auch real durchgesetzt wird. Letzteres hängt u.a. davon ab, inwieweit drohende Rechtsverstöße mit Erfolg gerichtlich geltend gemacht werden können. Dies muss gerade aus Sicht der EU eine zentrale Fragestellung sein, gibt doch die EU mittlerweile den größten Teil z.B. des Umweltrechts vor, ohne zugleich über eigene Vollzugsbehörden zu verfügen. Die Bürger und Verbände sind deshalb als Vollzugshelfer per Partizipation und Drittklage ein zentraler Akteur. Dies gilt auch deshalb, weil die EU in der öffentlichen Wahrnehmung ein Problem mit passiven Bürgern und einer ausbaufähigen demokratischen Legitimation hat. U.a. im Gefolge der völkerrechtlichen Aarhus-Konvention (AK) von 1998 über Information, Partizipation und Rechtsschutz von Verbänden und Bürgern in Umweltangelegenheiten hat die EU deshalb ihre Partizipations- und Rechtsschutzregularien weiter auszubauen versucht. Dahinter steht auch die EU-rechtliche Vorgabe eines „hohen Umweltschutzniveaus“ nicht nur in Art. 191 Abs. 2 AEUV, sondern auch in den zahlreichen EU-Richtlinien zum Umweltschutz.

Doch diese Anforderungen stehen in einem Konflikt mit immer weitergehenden deutschen Tendenzen zur „Sicherung des Wirtschaftsstandortes durch entbürokratisierende Beschleunigung“ bei der Realisierung von Großprojekten im nationalen Verwaltungsrecht. Die seit 1990 sukzessive aufeinanderfolgenden deutschen Beschleunigungsgesetze setzen auf „weniger Staat“ durch weniger Partizipation und eben auch weniger Drittklagerechte sowie auf eher kurzfristige ökonomische Nützlichkeiten (mehr Straßen trotz Klimawandel?), ungeachtet Zweifeln daran, ob die Genehmigungsverfahrenslänge wirklich ein Wirtschaftsfaktor ist (und ob nicht andere Bürokratien viel unnötiger sind). Bestrebungen zur Reaktion auf die Globalisierung, Verwaltungsreform, Bürokratieabbau, aber auch in den Wissenschaften gewachsene Steuerungsskepsis mögen dahinterstehen.<sup>5</sup> Aufgrund dessen bleiben naturgemäß auch Verstöße gegen europäisch durch Richtlinien induziertes (häufig Umwelt-)Recht häufig folgenlos. Dabei geht es um weit mehr als um die in Deutschland ständig einseitig fokussierte – und kürzlich vom EuGH nur sehr begrenzt aufgelöste<sup>6</sup> – Frage nach der Verbandsklagebefugnis. Es geht vielmehr darum, ob das komplexe deutsche Netz von Regeln, die letztlich den inhaltlichen (!) Erfolg von Klagen zur Durchsetzung des Umweltrechts verhindern, mit dem Europarecht vereinbar ist. Der ehemalige BVerwG-Präsident Hien äußerte diesbezüglich treffend: „In Deutschland wird ein geplantes Vorhaben im Regelfall auch gebaut. Vielleicht mit einem Otterdurchlass mehr ... oder ein paar zusätzlichen Lärmschutzauflagen, aber dauerhaft scheitern muss kein Projekt, solange das Geld für die Erfüllung der Schutzauflagen ausreicht.“<sup>7</sup> Die Europarechtskonformität dieses Zustands unterliegt jedoch deutlichen Zweifeln, denen vorliegend nachzugehen ist. Dabei ist zunächst der deutsche Rechtszustand selbst darzustellen und

<sup>3</sup> Ausführlicher zur Thematik und speziell zur europa- und völkerrechtlichen Seite der Studie mit Ausnahme des Naturschutzrechts: Ekardt, Information, Partizipation, Rechtsschutz. Prozeduralisierung von Gerechtigkeit und Steuerung in der Europäischen Union, 2. Aufl. 2010.

<sup>4</sup> Zur – gemessen an der Pro-Kopf-Bilanz im weltweiten Vergleich sowie gemessen an den Erfordernissen – problematischen Bilanz der EU-Klima- und Ressourcenpolitik ausführlich Ekardt, Theorie der Nachhaltigkeit: Rechtliche, ethische und politische Zugänge – am Beispiel von Klimawandel, Ressourcenknappheit und Welt-handel, 2011, §§ 1 B., 6.

<sup>5</sup> Vgl. Ekardt, Information, § 1 C. II. Doch besonders ein globaler Wettlauf um „billigere“ Bürgerrechts-/ Umwelt-/ Sozial-/ Unternehmenssteuer-Standards könnte am Ende global allen schaden; dazu Ekardt/ Meyer-Mews/ Schmeichel/ Steffenhagen, Welthandelsrecht, Kap. 3; Ekardt, Theorie, §§ 6 E. III.-IV., 7.

<sup>6</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 12.05.2011, C 115/09 – juris.

<sup>7</sup> Vgl. Hien, DVBl 2007, 393 (399).

sodann der europarechtliche Maßstab an ihn anzulegen.

## **B. Die Hindernis-Kaskaden beim Rechtsschutz gegen umweltbeeinträchtigende Großprojekte**

### **I. Gerichtliche Kontrolle für inhaltliche Fehler**

Das deutsche „beschleunigte“ Verwaltungsrecht statuiert eine Art mehrfache Hindernis-Kaskade für Mängel z.B. eines Planfeststellungsbeschlusses<sup>8</sup> (PFB) als der verwaltungsrechtlichen Genehmigung für umweltbeeinträchtigende Großprojekte wie Straßen, Flughäfen, Schienenwege, Talsperren, Abfalldeponien, Stromtrassen u.a.m. gemäß dem VwVfG und den fast wortgleichen Fachgesetzen FStrG, AEG, LuftVG usw. (ähnliches gilt für das Bau- und Immissionsschutzrecht<sup>9</sup>). Der Kern der materiellen und – viele genaue Verfahrensschritte einschließenden – prozeduralen Anforderungen an einen PFB ist generell die Abwägung (in der auch die Ergebnisse der meist parallel stattfindenden, europarechtlich per UVP-RL vorgegebenen UVP zu „berücksichtigen“ sind) als eine komplexe „Ermessens“-entscheidung, bei der Gestaltungsspielräume zwischen den kollidierenden (z.B. wirtschaftlichen versus Lärm-, Natur-, Klimaschutz-)Belangen bestehen, sofern nicht Abwägungsfehler passieren. Daran anknüpfend zunächst zur Kaskade für materiellrechtliche und besonders eben für Abwägungsfehler der Verwaltung am Beispiel des PFB – die zeigt, dass das deutsche Recht (für Drittklagen, also jenseits von Adressatenklagen) entgegen verbreiteter Wahrnehmung<sup>10</sup> keinesfalls ein hohes Maß an Inhaltskontrolle vermittelt<sup>11</sup>:

(1) Wer als Bürger oder Umweltverband inhaltliche Belange im Planfeststellungs-Verwaltungsverfahren nicht in engen Fristen als verletzt rügt, dessen Belang geht schlicht unter (materielle Präklusion, vgl. etwa § 17a Nr. 7 FStrG). Und Dutzende von Planungsordnern lassen sich für ehrenamtlich nach Feierabend aktive Private oder Verbandsmitglieder nur schwer in wenigen Wochen vollständig prüfen. Anders als früher erhalten dabei Umweltverbände seit 2007 (wie jeder andere Bürger), obwohl sie vielleicht einen besonderen (tatsachenbezogenen) Sachverstand in puncto Umweltschutz, eine Wächterfunktion für die Einhaltung des Umweltrechts und auch eine Rolle beim Aufbau einer ausgewogenen partizipativen Öffentlichkeit einbringen könnten, keine Benachrichtigungen von Verfahren, keine längeren Einwendungsfristen und kein Recht zur Aktenmitnahme nach Hause mehr. Dazu kommt: Anwälte bzw. Fachgutachter schon im Verwaltungsverfahren können sich Private oder Umweltverbände nur selten leisten. Das auch dann, wenn sich bereits aus den vom Vorhabensträger vorgelegten Unterlagen (Landschaftspflegerischer Begleitplan usw.) ergibt, dass und wie beispielsweise – bezogen auf das europäische Naturschutzrecht – ein FFH-Gebiet und geschützte Tierarten betroffen sind. Auch Kritik der Naturschutzverbände an den Unterlagen des Vorhabensträgers

<sup>8</sup> Vgl. zu den einzelnen Aspekten (ohne dass dort freilich die kaskadenartige Fehlerheilungsstruktur klar thematisiert, exakt in die einzelnen Stufen unterschieden oder kritisiert würde) insbesondere BVerwGE 98, 339 (661 f.); 64, 33 ff.; 100, 238 (242 ff.); 85, 368 (372 ff.); Geurts, Verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte, 1999; Siems, NuR 2006, 359 ff.; Dolde, NVwZ 2006, 857 ff.; Wahl, DVBl 2003, 1285 ff.; Pöcker, DöV 2003, 980 ff.; z.T. wie hier aber Baumeister, Der Beseitigungsanspruch als Rechtsfolge des fehlerhaften Verwaltungsakts, 2006; siehe auch Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 4. Aufl. 2002, Rn. 540, 560, 601 ff.

<sup>9</sup> Dazu m.w.N. Ekardt/ Beckmann/ Schenderlein, NJ 2007, 481 ff.

<sup>10</sup> Vgl. zuletzt Fehling, VVDStRL 2011, 278 ff.; Appel, NuR 2011, 414 ff.

<sup>11</sup> Zur Kaskade z.T. jetzt auch Schmidt, ZUR 2011, 296 ff. – Im Immissionsschutz gelten nicht alle der nachstehenden Restriktionen. Zudem sind im Immissionsschutz weit häufiger als im Planfeststellungsrecht Private und nicht die öffentliche Hand der Vorhabenträger; und Private reagieren auf Klagen, selbst wenn diese nur verzögernd wirken (ohne in der Sache Erfolg zu haben), wohl zuweilen damit, dass sie das Vorhaben von sich aus nicht mehr weiterverfolgen, vgl. zu alledem Schmidt, NuR 2008, 544 ff.

und der Behörde wird gerichtlich nicht zur Kenntnis genommen, wenn diese Kritik nicht bereits im Rahmen der kurzen Fristen des Planfeststellungsverfahrens fachlich fundiert und in allen Einzelheiten vorgenommen wurde<sup>12</sup> – was für meist ehrenamtlich arbeitende Umweltverbände meist überaus schwierig ist.

(2) Klagen gegen einen PFB haben nach den Fachgesetzen zudem oft keine aufschiebende Wirkung; man muss also parallel einen Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz nach § 80 Abs. 5 VwGO stellen. Dieser Antrag ist entgegen sonstiger Regeln binnen Monatsfrist zu stellen und abschließend zu begründen, und die Klage ist (wiederum entgegen sonstigen Regeln) binnen sechs Wochen abschließend zu begründen (vgl. z.B. § 17e FStrG).<sup>13</sup>

(3) Des Weiteren stellt sich bei jeder Verletzung einer inhaltlichen Vorschrift die Frage, ob die Norm ein subjektiv-öffentliches Recht (im Sinne der deutschen Schutznormtheorie) vermittelt (und anders als beim Adressatenkläger werden auch nur genau diese Normen geprüft). Dies verneint die h.M. in einer großen Zahl der für Drittkläger interessanten Normen, etwa bei der umweltrechtlichen Vorsorge. Speziell für Umweltverbände stellt sich stattdessen die Frage, ob im Rahmen der naturschutzrechtlichen bzw. der allgemeinen umweltrechtlichen Verbandsklage ein von der Reichweite dieser Klage umfasster Fehler vorliegt.

(4) Abwägungsfehler sind außerdem nur im Rahmen der Abwägungsfehlerlehre relevant: Es muss ein Abwägungsausfall, ein Abwägungsdefizit, eine Abwägungsfehlengewichtung oder eine Abwägungsdisproportionalität vorliegen – die Tatsachengrundlage oder die normative Gewichtung der Belange müssen ergo erhebliche Defekte aufweisen.

(5) Bei der naturschutz- bzw. umweltrechtlichen Verbandsklage kommt noch hinzu, dass im Rahmen von Abwägungen nur die korrekte Würdigung der Naturschutz- bzw. Umweltbelange geprüft wird (womit eine eigentliche Abwägungskontrolle, da die „andere Seite“, etwa die Verkehrsbelange bei einer Straße, ausgeblendet wird, nur bedingt stattfinden kann).

(6) Sodann wird die materielle Rechtmäßigkeitsprüfung durch eine Beschränkung auf offenkundige und konkret nachweisbar für das Planungsergebnis relevante Abwägungsfehler weiter verengt (vgl. etwa §§ 17e Abs. 6 FStrG, 75 Abs. 1a VwVfG). Diese Ergebniskausalität muss der Drittkläger darlegen (ggf. unter Bereitstellung umfangreicher Fachgutachten), was nicht nur finanziell überaus schwierig sein kann. Und als „offenkundigen“ Abwägungsfehler sieht die Judikatur oft z.B. nicht die ziemlich eigenartige Tatsachenbasis von Projekten – so bei einer vom Verfasser vertretenen Klage gegen eine Talsperre in Thüringen im Jahr 2001, wo die Prognose von 25 % Bevölkerungszuwachs in 20 Jahren als „nicht abwägungsfehlerhaft“ gesehen wurden, obwohl die neuen Bundesländer unter massivem Bevölkerungsschwund leiden.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Vgl. statt vieler VGH München, Urt. v. 30.09.2009, Az. 8 A 05.40050, Rn. 69-82 (juris); bestätigt durch BVerwG, Beschl. v. 09.08.2010, Az. BVerwG 9 B 10.10 (juris); ferner VGH München, Urt. v. 24.11.2010, Az. 8 A 10.40007, Rn. 47 (juris).

<sup>13</sup> Die gesetzlich wegfallende aufschiebende Wirkung findet sich neben dem deutschen Asyl- und Aufenthaltsrecht besonders im Bau-, Umwelt- und Planungsrecht und dort besonders für den Drittkläger. So nimmt § 212a BauGB der Drittanfechtungsklage gegen bauaufsichtliche Zulassungen ihre aufschiebende Wirkung. Gleiches gilt gemäß § 17e Abs. 2 FStrG für die wesentlichen Bundesfernstraßenprojekte, gemäß § 20 Abs. 5 AEG für Eisenbahnanlagen des Bundes, gemäß § 29 Abs. 6 PBefG für Straßenbahnanlagen usw. Nach den zuletzt genannten Vorschriften treten daneben nun aber noch Vorgaben, die auch den vorläufigen Rechtsschutz zur Erlangung einer aufschiebenden Wirkung erschweren. So muss etwa der Kläger gegen eine Bundesstraße, die in die Kategorie „vordringlicher Bedarf“ fällt oder für die anderweitig der Sofortvollzug angeordnet wurde, innerhalb eines Monats den Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz stellen und begründen sowie innerhalb von sechs Wochen auch noch seine Hauptsacheklage begründen.

<sup>14</sup> Vgl. VG Gera, Urt. v. 12.12.2001, Az. ... – juris.

(7) Zuletzt wird das fehlerheilende Nachschieben von Abwägungserwägungen seitens der Behörde noch im Prozess erlaubt (§ 114 S. 2 VwGO) – und mehr noch: es muss notfalls sogar ein „ergänzendes Verfahren“ nach Prozessende zugelassen werden, um Abwägungsfehler zu heilen (dessen Ergebnisoffenheit als mindestens zweifelhaft bezeichnet werden darf); vgl. etwa § 17e Abs. 6 FStrG.<sup>15</sup>

(8) Auch soweit es trotz all dieser Hürden einmal zu einer inhaltlichen Auseinandersetzung mit der (Abwägungs-)Entscheidung einer Behörde kommt, offenbart die deutsche Praxis erhebliche Mängel. Denn es fehlt (entgegen vielfacher Bekundung) an einer durchgängig ausgearbeiteten Lehre davon, welche Abwägungsregeln einschließlich Tatsachenerhebungsregeln eine Behörde einhalten muss, will er nicht gerichtlich gerügt werden (z.T. näher dazu unter B. III., C. II., D.); vielmehr wird den Behörden von den Gerichten in relativ arbiträrer Weise mal mehr, mal weniger Spielraum eingeräumt.<sup>16</sup> Letztlich führt all dies dazu, dass letztlich, soweit ersichtlich, nahezu nie ein Großprojekt durch eine Klage dauerhaft und endgültig verhindert wird (gemeint ist: durch eine Klage – also nicht durch Finanzknappheit, aufgrund der zwischenzeitlich eingetretenen Zeitverzögerung o.ä.).

## II. Gerichtliche Kontrolle für Verfahrensfehler

Eine ähnlich strukturierte Kaskade ergibt sich aber nicht nur für inhaltliche, speziell abwägungsbezogene Fehler, sondern auch für Verfahrensfehler, die den Effekt weiter verstärkt<sup>17</sup>:

(1) Bei jeder Verfahrensvorschrift stellt sich zunächst einmal, jenseits der auch hier theoretisch relevanten materiellen Präklusion sowie der Klagefrist,

(2) die Frage, ob ihre Verletzung überhaupt rechtlich relevant ist – oder ob es sich um eine bloße Ordnungsvorschrift handelt (§ 214 BauGB nennt z.B. für B-Pläne im Gegenschluss eine Reihe von Ordnungsvorschriften, und auch § 10 und einige andere VwVfG-Normen werden regelmäßig so aufgefasst). Verfahrensschritte können teilweise auch schlicht eliminiert werden: So „können“ die Behörden seit neuestem von einem Erörterungstermin absehen. Auch wenn man seine Belange rechtzeitig vorgetragen hat, verliert man also u.U. die Möglichkeit, diese mündlich – was häufig wesentlich für die Überzeugungskraft ist – weiter zu vertreten.<sup>18</sup>

(3) Verfahrensfehler können von vornherein von Drittklägern meist<sup>19</sup> nicht gerügt werden, weil sie gemäß der deutschen Rechtsprechung – selbst bei Beteiligungsrechten, sofern diese nicht ausnahmsweise ein Rechtsreflex einer materiellen Rechtsposition sind (womit sich das obige Problem wiederholt, dass solche Rechtspositionen oft nicht vorliegen) – jedenfalls dem konkreten Kläger keine subjektiven Rechte verleihen (und mit der naturschutzrechtlichen Verbandsklage können sie u.U. mangels Naturschutzbezug ebenfalls nicht gerügt werden).

(4) Gemäß § 46 VwVfG sind zudem bestimmte Verfahrensfehler trotz fehlender Heilung unbeachtlich, wenn offensichtlich ist, dass keine Auswirkung auf die Sachentscheidung gegeben ist, dabei kehrt die Judikatur wie beim „von Einfluss sein“ von Abwägungsfehlern die Darle-

<sup>15</sup> Exemplarisch zur Praxis VGH München, Urt. v. 27.06.2008, Az. 8 B 06.2314 und 8 B 06.2340, Rn. 67 ff. (juris).

<sup>16</sup> Dies wird ausführlich entwickelt bei Ekardt, Theorie, § 5.

<sup>17</sup> Vgl. auch hier z.T. wieder Schmidt, ZUR 2011, 296 (299 f.). – Speziell bei der prozeduralen Kaskade wird in der Judikatur dabei oft nicht klar, an welchem Punkt z.B. die Rüge eines Beteiligungsfehlers konkret scheitert; exemplarisch OVG Koblenz, ZUR 2005, 246 ff.

<sup>18</sup> Ferner dürfen Projekte inzwischen z.T. per bloßer Plangenehmigung (ohne Partizipation) gebaut werden.

<sup>19</sup> Vgl. etwa BVerwGE 98, 339 (661 f.); 100, 238 (242 ff.); 85, 368 (372 ff.).



gungslast de facto um und erwartet vom Kläger den Nachweis, dass z.B. der Ausschluss des X vom Erörterungstermin zu einer anderen Entscheidung ganz konkret hätte führen können (was häufig schwierig sein wird).<sup>20</sup> Anderes gilt nach h.M. nur bei ganz vereinzelt „absoluten“ Verfahrensfehlern<sup>21</sup>, die immer beachtlich sind<sup>22</sup> (doch fallen hierunter nur wenige Konstellationen). Entgegen dem Wortlaut soll es für eine Aufhebung des verfahrensfehlerhaften Verwaltungsaktes auch nicht ausreichen, dass eine andere Entscheidung prinzipiell möglich gewesen wäre.<sup>23</sup>

(5) Gemäß §§ 45 VwVfG, 17e Abs. 6 FStrG können Verfahrensfehler (also z.B. fehlerhafte Verfahrensschritte der UVP) außerdem noch während des Gerichtsprozesses geheilt werden oder sogar durch ein ergänzendes Verfahren nach Ende des Prozesses geheilt werden.

Teilweise anderes als soeben geschildert gilt für solche Kläger, die direkt Adressat einer Verwaltungsmaßnahme sind (Adressatenkläger), denen man eine vollständige Prüfung sämtlicher denkbarer Rechtsverstöße der angefochtenen staatlichen Maßnahme zugesteht. „Vollständig“ heißt zunächst einmal, dass die Rechtmäßigkeit einer Maßnahme umfassend überprüft wird, ohne dass für jeden einzelnen Rechtsverstoß gefragt wird, ob er in einer Beziehung zu subjektiven Rechten des Klägers steht.<sup>24</sup> Ferner gelten auch die meisten der materiell-rechtlichen Kaskaden-Aspekte so nicht für Adressatenkläger; sie sind von vornherein auf Fälle von Drittklagen zugeschnitten. Eine eingeschränkte gerichtliche Überprüfung bei schwierigen (z.T. auch bei einfacheren) Tatsachenfragen und bei normativen Ermessenstatbeständen und Abwägungen muss allerdings auch der Adressatenkläger verkraften, und sie ergibt sich (nicht nur gegenüber dem Gesetzgeber, sondern auch gegenüber der Verwaltung) in der Tat auch schon aus grundrechtlichen Prinzipien in der Abwägungs- und Gewaltenbalance-Lehre.<sup>25</sup>

<sup>20</sup> Vgl. z.B. BVerwGE 60, 256 (269) und OVG Münster, ZUR 2007, 376.

<sup>21</sup> Etwa gemeindliche Einvernehmensefordernisse (§ 36 BauGB) – aber kein umweltverbandliches Beteiligungsrecht mehr; vgl. BVerwG, NVwZ 2003, 1120 gegenüber BVerwG, NVwZ 1998, 279 (280 f.).

<sup>22</sup> Vgl. etwa BVerwGE 64, 33 ff.; zur gesamten Verfahrensjudikatur des BVerwG auch Siems, NuR 2006, 359 ff.; Dolde, NVwZ 2006, 857 ff.; den Drittschutz von Verfahrensrechten leichter bejahend OVG Koblenz, NuR 2005, 474. Wichtig ist in diesem Zusammenhang auch, dass § 44a VwGO ausdrücklich auch eine vorgelagerte Rüge von Verfahrensfehlern während des noch laufenden Verwaltungsverfahrens abschneidet; vgl. den treffenden Hinweis bei Alleweldt, DöV 2006, 621 (628).

<sup>23</sup> Kritisch dazu etwa Meßerschmidt, NVwZ 1985, 877 (879); zur alten Rechtslage auch Ossenbühl, NJW 1981, 375 f.; von Mutius, NJW 1982, 2150 f.; Hufen, NJW 1982, 2160.

<sup>24</sup> Weitere Besonderheiten (beim Anwendungsvorrang des einfachen Rechts und bei der Stellung der Grundrechte) kamen bei Ekardt, Information, § 5 A. zur Sprache.

<sup>25</sup> Vgl. Ekardt, Information, § 1 C. I. – Siehe zu den geschilderten Ansichten BVerfGE 15, 275 (282); 61, 82 (111); 67, 43 (58); 78, 214 (226); 84, 34 (49 f.); 88, 40 (56). In anderen europäischen Ländern ist für Adressatenkläger teilweise eine stärkere Kontrollresistenz von Verwaltungsentscheidungen anzutreffen, als sie für Adressatenkläger (anders jedoch für Drittkläger!) in Deutschland üblich ist; vgl. hierzu Geurts, Kontrolldichte, S. 25 ff.; Classen, Die Europäisierung, der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1996, S. 39 ff. und 119 ff.; Epiney, EurUP 2006, 242 ff. Die deutsche h.M. spricht für den Fall unsicherer Tatsachen, manchmal aber auch für bestimmte normativ-gesetzesauslegungsbezogen unklare (also nicht tatsachenbezogen unklare) Fälle von „Beurteilungsspielräumen“; vgl. zum Ganzen BVerwGE 72, 300 (316); Huber, in: Mangoldt/ Klein/ Starck (Hg.), GG, 6. Aufl. 2010, Art. 19 Abs. 4 Rn. 515 ff.; vgl. hierzu auch BVerfGE 61, 82 (111); 88, 40 (56); 103, 142 (156); Wahl, NVwZ 1991, 409 (410 f.). – Auf Gesetzgebungsebene gibt es in Deutschland demgegenüber eine merkwürdig gesplante Praxis beim Kontrollumfang. Generell sind die Verfassungstexte und die Rechtsprechung dort mit Formalisierungen (jedenfalls in Deutschland, etwas anders dagegen in der EU) eher zurückhaltend. Ausdrückliche Partizipationsrechte finden sich z.B. nicht; man musste diese erst interpretativ herleiten. Wenn es aber einmal Verfahrensbestimmungen gibt – z.B. über die Partizipation des Bundesrates an der Gesetzgebung –, soll es für Verfahrensfehler auf keinerlei Kausalität ankommen. Zur Kontrolldichte bei Parlamentsgesetzen sagt die AK indes nichts Neues, anders als für Verfahrensregeln bei anderen politischen Entscheidungen (und somit möglicherweise auch für andere Staaten). Generell hat sich bei Ekardt, Information, §§ 1 C. I., 5 A. jedenfalls gezeigt, dass schon auf grundrechtlicher Basis ein Konzept der Gewaltenbalance entsteht, welches z.B. den eben genannten Umgang mit Verfahrensregeln in der Gesetzgebung rechtfertigen kann; denn was sich leicht prüfen lässt, das benötigt auch keinen gesetzgeberischen Spielraum. Zu anderen europäischen Ländern Epiney, EurUP 2006, 242

### III. Spezielle Probleme des europäischen Naturschutzrechts<sup>26</sup>

Die inhaltliche Hindernis-Kaskade, die mehr an allgemeinen Fragen des Abwägens anknüpft, setzt sich z.T. in den inhaltlichen Regelungen der jeweiligen Umweltrechtsgebiete fort. Dies und die mangelnde gerichtliche Rüge auch eindeutiger Abwägungs- respektive Tatsachenerhebungsfehler soll jetzt wie angekündigt noch etwas illustriert werden. Als Beispiel sei die Umsetzung des Gebietsschutzes der europäischen FFH- und Vogelschutzrichtlinien in das deutsche Recht respektive der daran anknüpfende Vollzug gewählt.<sup>27</sup> Nach § 34 BNatSchG, Art. 6 FFH-RL sind Eingriffe in FFH-Gebiete erheblich und damit grundsätzlich verboten, wenn sie zu erheblichen Beeinträchtigungen der relevanten Erhaltungsziele des gemeldeten FFH-Gebiets führen. Sie können jedoch ausnahmsweise zugelassen werden, wenn zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses dies erfordern, keine zumutbaren Alternativen gegeben sind und die Kohärenz der betroffenen Schutzgebiete durch kompensierende Maßnahmen gewahrt werden kann. Interessant ist nun, dass bei der gerichtlichen Überprüfung jener Schritte auch relativ leicht überprüfbare Umstände, die hier als Abwägungs- und Tatsachenerhebungsregeln bezeichnet seien, kaum überprüft und damit den Behörden weitestgehende Spielräume ermöglicht, mit entsprechenden Folgen für die (Un-)Wirksamkeit des europäischen Naturschutzes. Solche Punkte – näher zu den Abwägungs- und Tatsachenerhebungsregeln unter C. II. – sind z.B. für die Generierung von Tatsachenwissen als Basis für eine Projektzulassung: eine neutrale Gutachterausswahl, zutreffende Ausgangsannahmen für Prognosen, solide Methodik usw. Ebenso sind inhaltliche Abwägungsregeln zu beachten wie z.B. die, dass eine Abwägung nicht evident einseitig ausfallen darf. Beim FFH-Gebietsschutz fallen konkret z.B. folgende Punkte auf, die solchen Anforderungen wenig gerecht werden:

- Zunächst können sich die Umweltverbände nach der deutschen Judikatur nicht darauf berufen, dass die Erhaltungsziele eines FFH-Gebiets von den Behörden unvollständig festgelegt wurden. Dies führt zu grotesk anmutenden Ergebnissen wie z.B. dem, dass auch eine massive Inanspruchnahme eines FFH-Gebiets, beispielsweise durch Überbauen und Zerschneidung, nicht erheblich sein sollen.<sup>28</sup>
- Auch die Eignung der von Vorhabensträgern und der Behörde behaupteten Kohärenzsicherungsmaßnahmen prüft das Verwaltungsgericht nur sehr eingeschränkt. Sofern in seltenen Fällen gleichwohl Zweifel an der Wirksamkeit der Kohärenzsicherung bleiben, ergeben sich allenfalls Nachbesserungsansprüche hinsichtlich des Kohärenzausgleichs; auch diese laufen jedoch spätestens dann ins Leere, wenn die Kompensationsmaßnahme später nichts ordnungsgemäß vollzogen oder z.B. nach einigen Jahren nicht mehr gepflegt wird.<sup>29</sup>
- Auch bei den inhaltlichen Abwägungsregeln gibt die Judikatur den Behörden sehr viel

---

ff.; Koch, NVwZ 2007, 369 (374 ff.); Veinla/ Relve, Environmental Law Review 2005, 326 ff.; Hatton/ Castle/ Day, Environmental Law Review 2004, 240 ff.; Antonelli/ Biondi, Environmental Law Review 2003, 170 ff. Interessant ist, dass sich der ausländische Diskurs konkreten Fragen (nicht nur nach dem Kontrollumfang) weitgehend verweigert; exemplarisch Getliffe, Environmental Law Review 2002, 101 ff.; Morgera, RECIEL 2005, 138 ff.

<sup>26</sup> Vgl. dazu zuletzt mit recht unterschiedlichen Akzenten Kohls, NuR 2011, 161 ff.; Frenz, UPR 2011, 405 ff.; Lau, NVwZ 2011, 461 ff.; Frenz, UPR 2011, 100 ff.; Vallendar, UPR 2010, 1 ff. – u.a. unter Bezugnahme auf BVerwG, NuR 2010, 558 ff.; BVerwG, NVwZ 2010, 123 ff.; BVerwG, NVwZ 2010, 1289 ff.

<sup>27</sup> Vgl. zum diesbezüglichen erbitterten Streit in Deutschland einerseits Vallendar, UPR 2008, 1 ff. und andererseits Wegener, ZUR 2010, 227 ff.; siehe aber auch Wegener, ZUR 2009, 459 ff.

<sup>28</sup> VGH München, Urt. v. 24.11.2010, Az. 8 A 10.40007, Rn. 52-75 (juris).

<sup>29</sup> VG Regensburg, Urt. v. 11.01.2011, Az. RN 4 K 09.1873, S. 27 ff. (juris); allgemein ferner Ekardt, ZUR 2001, 249 ff.

Raum. Als zwingenden Grund des überwiegenden öffentlichen Interesses sieht die Rechtsprechung bereits jede Infrastrukturverbesserung des betroffenen Raumes; der Ausnahmecharakter der Beeinträchtigung von FFH-Gebieten wird damit auf den Kopf gestellt.<sup>30</sup>

- Auch die Alternativenprüfung erweist sich in der Praxis weithin als stumpfes Schwert, die von Zulassungsbehörden und Vorhabenträgern weitgehend freihändig gehandhabt werden darf. Insbesondere wird keine Prüfung einer Systemalternative erwartet – also keine Prüfung, ob man sich im betreffenden Raum nicht z.B. auch mit verbesserten ÖPNV-Verbindungen anstelle einer neuen Straße künftig fortbewegen könnte.

### **C. Unvereinbarkeit der Hindernis-Kaskaden mit dem Europarecht**

Doch ist es mit dem Europarecht vereinbar, wenn die beschriebene mehrfache Hindernis-Kaskade dazu führt, dass Individuen und Umweltverbände ihrer vollzugsunterstützenden Funktion für das (auch europäische) Umweltrecht kaum nachkommen können? Immerhin ist eine solche Funktion z.B. in den Beteiligungsrechten und Klagerechten der IED-RL und der UVP-RL explizit angelegt. Als Antwort auf die deutsche Schutznormtheorie, die die prozessuale Durchsetzung von Umweltbelangen regelmäßig für Individuen stark erschwert, erlauben (zur Umsetzung der AK und europarechtlicher Vorgaben) in Deutschland zwar immerhin §§ 64 BNatSchG, 2 Abs. 1 URG Klagen von Umweltverbänden gegen PFBe sowie gegen große Industrieanlagen. Die Klagebefugnis erfordert gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 URG in seiner bisherigen Fassung (außerhalb des Naturschutzrechts) eine Beeinträchtigung von Rechtsvorschriften, „die dem Umweltschutz dienen, Rechte Einzelner begründen und für die Entscheidung von Bedeutung sein können.“ Art. 10a UVP-RL, 25 IED-RL schreiben zum Kontrollumfang bei Individual- und Verbandsklagen sowie zur Verbandsklagebefugnis demgegenüber vor, dass die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer innerstaatlichen Rechtsvorschriften sicherstellen, dass Mitglieder der betroffenen Öffentlichkeit, die (a) ein ausreichendes Interesse haben oder (b) eine Rechtsverletzung geltend machen, sofern das Recht eines Mitgliedstaates dies als Voraussetzung erfordert, Zugang zu einem Überprüfungsverfahren vor einem Gericht haben, um die materiellrechtliche und verfahrensrechtliche Rechtmäßigkeit von Entscheidungen, für die die Bestimmungen dieser Richtlinie gelten. Was als ausreichendes Interesse oder Rechtsverletzung gilt, bestimmen – so die zitierten Normen – die Mitgliedstaaten in Übereinstimmung mit dem Ziel, einen weiten Zugang zu Gerichten zu gewähren. Zu diesem Zweck gilt, so heißt es weiter, das Interesse jeder NGO als ausreichend. Derartige Organisationen gelten auch als Träger von Rechten, die im Sinne der zitierten Normen verletzt werden können.

Dass das URG die Verbandsklagebefugnis von der Beeinträchtigung subjektiver Rechte anderer Individuen abhängig macht und damit die in der Norm enthaltene Fiktion und den damit gewollten Charakter objektiven Rechtsschutzes gerade pervertiert, ist deshalb europarechtswidrig.<sup>31</sup> Unberührt davon bleibt die in den letzten Jahrzehnten gewachsene doppelte Kaskade, außer dass seit einigen Jahren das gänzliche Fehlen einer UVP zum (kausalitätsunabhän-

<sup>30</sup> VG Regensburg, Urt. v. 11.01.2011, Az. RN 4 K 09.1873, S. 17 ff. (juris). Auch in anderen Rechtsbereichen ist die Judikatur oft recht vage darin, bestimmte Abwägungsergebnisse (zugunsten der Umweltnutzer) plausibel zu finden, andere (zugunsten der Umweltschützer) dagegen nicht; vgl. OVG Potsdam, ZUR 2008, 34 und dazu näher Unnerstall, ZUR 2008, 79 ff.

<sup>31</sup> Kment, NVwZ 2007, 274 (277); Bunge, ZUR 2004, 141 (143); Schmidt/ Kremer, ZUR 2007, 57 ff.; Koch, NVwZ 2007, 369 (376); Schrader, UPR 2006, 205 (208); wohl ebenso Epiney, ZUR 2003, 176 (179); vorsichtiger Ziekow, NVwZ 2007, 259 (260), der wohl einzelne gesetzgeberische Ausnahmen vom gebotenen erweiterten Fokus für zulässig hält; unklar Alleweldt, DöV 2006, 621 (623 f.).

gig) beachtlichen Verfahrensfehler<sup>32</sup> erklärt wird.<sup>33</sup> Bedauerlicherweise hat sich weder der deutsche Diskurs bisher noch der EuGH in seinem neuen Urteil – mit dem bestätigt wurde, dass jedenfalls für Europarechtsnormen die Verbandsklage nicht auf Rechte Einzelner beschränkt werden dürfte – näher der doppelten Hindernis-Kaskade zugewandt. So ist denn absehbar, dass der deutsche Diskurs aufgrund des Urteils des EuGH<sup>34</sup> nunmehr primär um die Frage kreisen wird, welche deutschen Rechtsnormen denn nun als Normen mit europarechtlichem Ursprung aufzufassen seien.<sup>35</sup>

Auch ohne nähere Beschäftigung mit der Hindernis-Kaskade lässt sich freilich allein schon dem neuen EuGH-Urteil zumindest entnehmen, dass für den EuGH bei einer Betroffenheit von europarechtlich grundierten Umweltrechtsnormen im Rahmen einer Drittklage nicht nur feststeht, dass die vorliegende Klage zulässig ist, sondern auch, dass die angefochtenen Behördenentscheidungen (im Kontrast zur Hindernis-Kaskade) damit grundsätzlich zur vollumfänglichen gerichtlichen Überprüfung stehen<sup>36</sup>: Die Vorgabe, dass die nationalen Gerichte auf eine von Artikel 10a UVP-RL bzw. Art. 25 IED-RL erfasste Klage die „materiellrechtliche und verfahrensrechtliche Rechtmäßigkeit von Entscheidungen, Handlungen oder Unterlassungen“ vollumfänglich zur überprüfen haben, folgt bereits aus dem zitierten Wortlaut von Art. 10a UVP-RL, 25 IED-RL (wobei letztere eine Neufassung der IVU-RL ist). Der EuGH bestätigt dies in Rn. 37 seines neuen Urteils mit den Worten „Zunächst ist festzustellen, dass Art. 10a Abs. 1 der Richtlinie 85/337 bestimmt, dass es möglich sein muss, Entscheidungen, Handlungen oder Unterlassungen im Sinne dieses Artikels zum Gegenstand eines gerichtlichen Überprüfungsverfahrens zu machen, um „die materiell-rechtliche und verfahrensrechtliche Rechtmäßigkeit ... anzufechten“, ohne dass er in irgendeiner Weise die Gründe beschränkt, die zur Stützung eines entsprechenden Rechtsbehelfs vorgebracht werden können“;

<sup>32</sup> Für die Überprüfung von UVP-pflichtigen B-Plänen im Rahmen einer Normenkontrolle gibt § 2 Abs. 1 Nr. 2 URG zudem noch einen etwas engere Prüfung vor, indem solche Rechtsmängel nötig sind, die die Genehmigung eines UVP-pflichtigen Einzelprojekts betreffen. Dabei wird in § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BauGB ähnlich wie § 46 VwVfG die Beachtlichkeit des formellen Mangels (Ermittlungs- und Bewertungsfehler) von dessen Offensichtlichkeit und Kausalität abhängig gemacht.

<sup>33</sup> Das Nichtvorliegen eines Fehlers jenseits dieser engen Vorgabe ist auch dann zu konstatieren, wenn die Behörde eine Vorprüfung durchgeführt hat, jedoch fehlerhaft zu dem Ergebnis gelangt ist, dass keine UVP durchzuführen ist. Dabei ist indes zu unterscheiden, ob sich die UVP-Pflichtigkeit für das Vorhaben zwingend aus dem Gesetz ergibt oder, ob das Vorhaben nach dem Ergebnis einer Vorprüfung des Einzelfalls einer UVP bedurfte. Das Öffentlichkeitsbeteiligungsgesetz hat insoweit den § 3a S. 4 UVPG neu eingeführt, der in der letzteren Konstellation eine (jedoch eingeschränkte) Überprüfung zulässt. Die Vorschrift sieht allerdings nur eine Plausibilitätskontrolle vor (also, ob die Vorprüfung entsprechend den Vorgaben von § 3c UVPG durchgeführt worden ist und ob das Ergebnis der Behörde, keine UVP durchzuführen, nachvollziehbar ist). Von der gesamten Sonderregelung ausgenommen sind Bebauungspläne. Maßgeblich für die Beachtlichkeit von Verfahrensfehlern sind ausschließlich die Heilungs- und Unbeachtlichkeitsbestimmungen der §§ 214, 215 BauGB sowie die einschlägigen landesrechtlichen Vorschriften. Diese führen in der Sache jedoch zum im Wesentlichen gleichen Ergebnis. Für Bauleitpläne, die jedenfalls im Falle einer projektgenehmigungersetzenden Wirkung auch vom URG erfasst sind (vgl. § 2 Abs. 5 Nr. 2 URG), gelten hingegen die §§ 214 ff. BauGB; darauf weist § 4 Abs. 2 URG nochmals explizit hin. Das spielt insoweit eine Rolle, als auch UVP-pflichtige Bebauungspläne (planfeststellungersetzende oder vorhabenbezogene) dem Anwendungsbereich der ÖffRL gemäß ihren Anhängen unterliegen. Die UVP genießt im Bereich des Planaufstellungsverfahrens nach dem BauGB eine bessere Stellung als etwa im Planfeststellungsverfahren, denn bestimmte Fehler innerhalb der als Umweltprüfung gemäß § 2 BauGB durchgeführten UVP sind nach § 214 Abs. 1 BauGB zunächst einmal beachtlich, während im Planfeststellungsrecht eine Beachtlichkeit allenfalls dann in Betracht kam, wenn sich der Fehler auf die Kausalität ausgewirkt hat (§ 46 VwVfG). Im Bauplanungsrecht kommt hingegen nach § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 3 eine zusätzliche Beachtlichkeit in Frage, wobei auch hier – so im Umkehrschluss aus § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB z.B. die Verletzung von Vorschriften über die frühzeitige Öffentlichkeitsbeteiligung (§ 3 Abs. 1 S. 1 BauGB) unbeachtlich ist, hierzu Wagner/ Paßlick, in: Hoppe, UVPG, 2. Aufl. 2002, § 17 Rn. 69.

<sup>34</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 12.05.2011, C 115/09 – juris.

<sup>35</sup> Vgl. bereits jetzt Schlacke, NVwZ 2011, 803 ff.; Durner, DVBl 2011, 760 ff.; Appel, NuR 2011, 414 ff.

<sup>36</sup> Den nachstehenden Gedankengang vertritt z.B. RA Dirk Teßmer, der den Vorlagebeschluss des OVG Münster erstritten hat, welcher zu der zitierten EuGH-Entscheidung führte.

bevor sodann unter Rn. 38 ff. der Urteilsbegründung dargelegt wird, welche Maßgaben „in Bezug auf die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Rechtsbehelfe“ den Mitgliedstaaten vorgegeben sind. Im Ergebnis seiner diesbezüglichen Ausführungen stellt der EuGH sodann fest dass „Art. 10a der Richtlinie 85/337/EWG ... Rechtsvorschriften entgegen(steht), die einer Nichtregierungsorganisation im Sinne von Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 85/337 ..., die sich für den Umweltschutz einsetzt, nicht die Möglichkeit zuerkennen, im Rahmen eines Rechtsbehelfs gegen eine Entscheidung, mit der Projekte, die im Sinne von Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 85/337 ... möglicherweise erhebliche Auswirkungen auf die Umwelt haben, genehmigt werden, vor Gericht die Verletzung einer Vorschrift geltend zu machen, die aus dem Unionsrecht hervorgegangen ist und den Umweltschutz bezweckt, weil diese Vorschrift nur die Interessen der Allgemeinheit und nicht die Rechtsgüter Einzelner schützt.“ Damit steht fest, dass die Klage eines staatlich anerkannten Umweltverbandes ungeachtet der Restriktionen des § 2 Abs. 1 Nr. 1 URG auch dann zulässig ist, wenn er gegenüber einer Verwaltungsentscheidung betreffend ein UVP-pflichtiges Vorhaben nur die Verletzung von Rechtsvorschriften rügt, die aus dem Unionsrecht hervorgegangen ist und den Umweltschutz bezweckt, ohne Rechtsgüter Dritter zu schützen.

Über all dies hinaus ist zu konstatieren, dass selbst dann, wenn ein enger, rein auf europäische Normen gemünzter Kontrollumfang aus dem neuen EuGH-Urteil herausgelesen wird, dies weite Teile des Umweltrechts erfassen müsste, da dieses in vielfältiger Weise mit europäischen Vorgaben verwoben ist. Doch auch ganz unabhängig von der Rechtsansicht des EuGH ergeben sich im EU-Sekundärrecht und im EU-Primärrecht wesentliche Gründe für eine Abkehr von der mehrfachen Hindernis-Kaskade (zumindest in zentralen Punkten), und zwar für Verbandsklagen und Individualklagen gleichermaßen. Das ist praktisch wesentlich, denn wenn Klagen zwar zulässig sind, in der Sache aber an vielfältigen Hindernissen scheitern, ist ihr praktischer Effekt gering.<sup>37</sup> Die angesprochenen europarechtlichen Grundlagen ermöglichen eine systematischere Aufbereitung der Problematik:

## **I. EU-Sekundärrecht**

Betrachtet man zunächst die Argumente aus der UVP-RL/ IED-RL, betrifft dies fürs erste die unter diese Richtlinien fallenden Projekttypen – was das Planfeststellungsrecht abdeckt – und auch nur solche Rechtsfragen, die von der UVP-RL überhaupt erfasst sind. Nehmen wir einmal an, dass hier nur – weit verstandene – umweltrechtliche Normen einschließlich des dazugehörigen Verfahrensrechts gemeint sind<sup>38</sup> (wobei Umweltbelange ja in Abwägung zu Belangen wie Verkehrsbedarf usw. treten, bei denen ebenfalls Fehler passieren können, so dass zumindest dies ebenfalls relevant sein dürfte<sup>39</sup>). Bereits hiermit wird die doppelte Kaskade markant in Frage gestellt:

---

<sup>37</sup> Zur Kritik an den aus Praxissicht damit falschen Schwerpunkt des bisherigen deutschen Diskurses – und auch zur Notwendigkeit, (wegen ihrer begrenzten Stärke) neben der Verbandsklage stets auch die Individualklage im Blick zu behalten – siehe schon Ekardt, *Information*, § 5 B.

<sup>38</sup> So im Ergebnis auch Fisahn, *ZUR* 2004, 136; Kment, *NVwZ* 2007, 274 (278); Durner, in: Durner/ Walter, *Rechtspolitische Spielräume bei der Umsetzung der Aarhus-Konvention*, 2005, S. 64 (82 f.); Ziekow, *NVwZ* 2007, 259 (262).

<sup>39</sup> Die Frage, ob darüber hinaus die Kontrolldichte auf die satzungsgemäßen Zwecke des jeweiligen Umweltverbandes beschränkt werden darf, dürfte wenig praktische Bedeutung haben, da die Umweltverbände, soweit sie nicht bereits (wie der BUND e.V.) einen breiten Satzungszweck haben, diesen angesichts der sich ausweitenden Verbandsklage wohl demnächst schaffen werden. Zum Problem Satzungszweck auch Durner, in: Durner/ Walter, *Spielräume*, S. 84; Schmidt/ Kremer, *ZUR* 2007, 57 ff.

(1) Art. 9 Abs. 2 AK, 10a UVP-RL, 25 IED-RL normieren den Kontrollumfang grundlegend so, dass die „materiell-rechtliche und verfahrensrechtliche Rechtmäßigkeit von Entscheidungen“ überprüft wird. Und grammatisch enthalten diese Normen keinerlei Einschränkung.<sup>40</sup>

(2) Die teleologische Auslegung bestärkt dies: Ziel der EU sowie nach den Erwägungsgründen Nr. 7 und 18 auch der AK (auf welche die ÖffRL als Mantel von UVP-RL und IED-RL Bezug nimmt) ist die bessere Durchsetzung des Umweltrechts (und ein Abbau von Vollzugsdefiziten). Und zwar geht es dabei um eine Durchsetzung „des Rechts“ – doch dazu trägt die Kaskade einschließlich der auch für Umweltverbände aufrechterhaltenen Fokussierung nur auf subjektive Rechte wenig bei.

(3) In diese Richtung weist auch das allgemeine Ziel der UVP-RL und übrigens auch der IED-RL (Vorsorge und hohes Umweltschutzniveau).

(4) Zentral anzuführen ist ferner, dass als allgemeine Leitlinie in Art. 10a UVP-RL usw. ein „weiter Gerichtszugang“ vorgeschrieben wird; die Hindernis-Kaskade vereitelt diesen jedoch.

(5) Zumal die Europarechtsinterpretation generell oft eine Rechtsvergleichung unter den Mitgliedstaaten involviert, muss man sagen: Die deutsche doppelte Kaskade ist europaweit in ihrem Ausmaß einmalig (nur Finnland, Irland, Estland und Litauen haben – kleinere – Heilungsmöglichkeiten<sup>41</sup>); das unterstreicht zugleich, dass Deutschland bisher keinen „weiten Gerichtszugang“ hat.

(6) Speziell zur enggeführten Verbandsklage nach dem URG ergibt sich folgendes weitere Argument: Wäre eine Beschränkung von Verbandsklagen auf subjektive Individualrechte (mit oder ohne sonstige Fehlerlehre) zulässig, könnten die Mitgliedstaaten mit einem auf subjektive Rechte aufbauenden Rechtsschutzsystem den Verbandsrechtsschutz lahmlegen – umgekehrt könnten Staaten mit einem auf Interessen aufbauenden System dies nicht, da Art. 10a UVP-RL ausdrücklich die Interessen der Verbände als „ausreichend“ bezeichnet – das jedoch wäre ein Wertungswiderspruch.

(7) Das nächste Argument speziell gegen die prozedurale Kaskade wäre, dass die UVP-RL selbst im Wesentlichen aus Verfahrensnormen besteht, etwa in Art. 6 Abs. 4 AK mit dem Gebot der frühzeitigen Beteiligung der Öffentlichkeit „solange alle Optionen noch offen sind“. Es wäre zumindest verwunderlich, wenn die Verletzung dieser Normen sodann gleichgültig wäre.

Einige hielten in Deutschland dagegen weitgehende Beschränkungen für Drittklagen für europarechtskonform; insofern wiederholt sich beim Kontrollumfang letztlich ein Teil der Diskussion zur Klagebefugnis. So solle (a) das „gelten“ als Träger von subjektiven Rechten nur heißen, dass die Verbände ihre (seltenen) eigenen subjektiven Rechte geltend machen könnten. Das wäre dann allerdings nur deklaratorisch, denn diese Option ergibt sich schon aus Art. 2 Nr. 5 AK – und „gelten“ meint sprachlich eine Fiktion, also eine Erweiterung ohnehin bereits gegebener Rechtspositionen. Deswegen überzeugt das Argument nicht. Auch dass der sogenannte Implementation Guide (b) sich zum „gelten“ wie eben äußert, ist unschädlich; denn er

---

<sup>40</sup> Angesichts des klaren Wortlautes ist dieser Kontrollumfang gerade nicht nur auf europarechtlich veranlasste Verfahrenserfordernisse bezogen, wie Gellermann, NVwZ 2006, 7 (9) und Kment, NVwZ 2007, 274 (278) meinen (dass das EuGH-Urteil durch die „jedenfalls“-Formel dazu nichts aussagt, kam bereits zur Sprache). Zum Verhältnis zu den EU-Gesetzgebungskompetenzen siehe Ekardt, Information, § 5 C. VII. Davon einmal abgesehen haben die EU-Mitgliedstaaten die – mit der ÖffRL inhaltsgleiche – AK auch als Nationalstaaten ratifiziert, und spätestens die AK enthält die „umfassende“ Verpflichtung.

<sup>41</sup> Vgl. dazu Hien, DVBl 2007, 393 (399).

ist schlicht ein Dokument, welches mit finanzieller Förderung Dänemarks sowie der UNO erstellt wurde, um den jungen Demokratien Osteuropas bei der AK-Umsetzung zu helfen. Verbindlich ist der Guide gerade nicht.<sup>42</sup> Ebenso wenig kann (c) moniert werden, die Verbände würden mit einem weiteren Kontrollumfang unzulässig gegenüber den Individuen privilegiert. Denn dies ist doch gerade die Absicht des Europa- und Völkerrechts – im Interesse eines effektiven Umweltschutzes und einer Durchsetzung „des Rechts“. Davon abgesehen werden die anderen Argumente als Nr. 6 durch jene Überlegungen überhaupt nicht tangiert. Die sieben Argumente widerlegen also nicht nur den subjektiven Rechtsfokus des URG für Verbandsklagen auch beim Kontrollumfang<sup>43</sup>, sondern (meist übergangen) vielmehr – und zwar gleichfalls für Individualklagen – auch die Gesamtbilanz der doppelten Kaskade.

Ganz pauschal „Spielräume“, welche Rechtsfragen die Verbände (oder bei vorliegender Klagebefugnis die Individuen) geltend machen können, bestehen ebenfalls nicht.<sup>44</sup> Dies wäre mit der bis hierher gegebenen Herleitung unvereinbar, da es diese sogleich wieder auf den Kopf stellen würde. Aus gleichen Gründen wäre es auch kein Gegenargument, dass Umweltbelange stets einen Ausgleich mit anderen Belangen bräuchten und das Völkerrecht dies „versäumt“ habe.<sup>45</sup> Man wird zudem im Folgenden noch näher sehen, wie genau die AK und die IED-RL/ UVP-RL im Lichte der Grundrechte ein ausgewogenes Bild beim Kontrollumfang ergeben. Eindeutig erscheint demgegenüber: Soweit eine erweiterte Individualklagebefugnis durch die AK geboten ist, ja, soweit überhaupt nach nationalem Recht eine Individualklagebefugnis besteht, gelten die entwickelten Argumente hinsichtlich des Kontrollumfangs prima facie auch für die Individualklage.<sup>46</sup>

## II. EU-Primärrecht<sup>47</sup>

Die unionsrechtlichen Argumente für einen Kontrollumfang, der den Drittkläger – sei er Verbandskläger oder Individualkläger – nicht länger im Sinne der Hindernis-Kaskade benachteiligen darf, lassen sich indes im Sinne einer EU-primärrechtskonformen Auslegung weiter verstärken, dabei zugleich in Richtung auf das letztendliche Ergebnis präzisieren und bei alledem zugleich über den Anwendungsbereich von UVP-RL und IED-RL hinaus relevant machen.

<sup>42</sup> Vgl. Ekardt, Information, § 5 C. II.

<sup>43</sup> In diese Richtung wohl auch – wenngleich außer Ziekow und Kment ohne weitere Argumentation jenseits des Topos „materiell- und verfahrensrechtliche Rechtmäßigkeit“ – OVG Koblenz, ZUR 2005, 246 (248); VG Weimar, ThürVBl 2001, 233 (236); Ziekow, NVwZ 2005, 263 (266); Kment, NVwZ 2007, 274 (278 ff.); Schlacke, NuR 2007, 8 (14 f.); Fisahn, ZUR 2004, 136 (140); für die a.A. Dolde, NVwZ 2006, 857 (861); Implementation Guide, S. 130 und 146; Seelig/ Gündling, NVwZ 2002, 1033 (1040); von Danwitz, JbUTR 2007, 31 ff.; Schmidt-Preuß, NVwZ 2005, 489 ff. Nach all den Argumenten verheißt das Europa- und Völkerrecht entgegen letzteren und Ewer, NVwZ 2007, 267 (273) also nicht nur ein „Anfechtenkönnen“ von Behördenentscheidungen ohne Vorgabe zum Kontrollumfang.

<sup>44</sup> Unzutreffend daher Durner, ZUR 2005, 285 (290); von Danwitz, NVwZ 2004, 272 ff.

<sup>45</sup> Insoweit übergeht Walter, in: Durner/ Walter, S. 36 ff., dass es damit zu einer Geltungsrelativierung des Völker- und Europarechts kommen würde, die in der Normenhierarchie so nicht vorgesehen ist.

<sup>46</sup> Ferner ist für die Individualklage auch ohne die AK und ohne IED-RL und UVP-RL klar, dass zumindest bei der Rüge europarechtlich induzierter Normen der europäische Begriff des subjektiven Rechts und die bisher und im weiteren zu findenden Ergebnisse zum Kontrollumfang ebenfalls gelten (abgesehen davon, dass bei Ekardt, Information, § 5 A. gezeigt wurde, dass eine Neukonzeption auf grundrechtlicher Basis auch in „rein nationalen“ Konstellationen relevant ist). – Nicht weiterverfolgt wird hier völker- und europarechtlich die Frage nach der (eingeschränkten) Beklagbarkeit von Plänen und Programmen. Sie ist zwar nicht Regelungsgegenstand der Art. 9 AK, 10a UVP-RL, 25 IED-RL, sie ergibt sich aber mittelbar in Teilbereichen aus Art. 7, 6 Abs. 4 AK und der PlanUP-RL. Die generelle Grundrechtsargumentation – die ja gegen Verwaltungsakte und Gesetze gleichermaßen relevant ist – ist im Übrigen auch für Pläne und Programme wohl sinngemäß heranziehbar.

<sup>47</sup> Zu den nachstehenden Punkten (neben Ekardt, Information, § 5 C. IV.) teilweise auch Erbguth, Zur Vereinbarkeit der jüngeren Deregulierungsgesetzgebung mit dem Verfassungs- und Europarecht, 1999.

Da explizite Regelungen eines „allgemeinen europäischen Verwaltungsrechts“ kaum existieren, kann man entsprechende Urteile als Interpretationsversuch europäischer Verfassungsprinzipien und ihrer Einwirkung auf das europäische Richtlinienrecht lesen. Besonders in den existenten Urteilen geht es oft, aber nicht nur (!) um Verfahrensfehler:

Die konkret ergangenen EuGH-Urteile tendieren häufig zu einer durchaus „absoluten“ Fehlerbeachtlichkeit. Die nicht immer sehr strukturierte, teilweise auch in den Begründungen unklare Judikatur ergibt dabei u.a. folgende Befunde: Verfahrensvorschriften wird ein eigener Zweck zugeschrieben.<sup>48</sup> Tatsächliche Unwägbarkeiten gehen (hier konkret im europäischen Naturschutzrecht) zu Lasten eines Projekts.<sup>49</sup> Fristenregelungen sind nur zulässig bei Wahrung eines Verbots der Vereitelung von Unionsrecht<sup>50</sup>, welches in einer strikten Einzelfallbetrachtung zu prüfen ist<sup>51</sup> (wobei es konkret um Steuererstattungen und Vergaberechtsachen ging<sup>52</sup>). Insbesondere Fehlerheilungen während eines laufenden Prozesses wie das Nachholen einer Begründung oder einer Verfahrensbeteiligung (bzw. Anhörung) ist tendenziell unzulässig, da ein einmal begonnener Prozess dann witzlos werde.<sup>53</sup> Auch steht generell die Zulässigkeit einer materiellen Präklusion stark in Zweifel.<sup>54</sup> Die Reihe solcher Judikate ließe sich fortsetzen. Da Urteile indes nicht „per se richtig“ sein müssen, sondern für künftige Fälle allenfalls eine Argumentationslastverteilung zu Lasten ihrer etwaigen Kritiker bewirken<sup>55</sup> (richtig ist vielmehr stets die Rechtsauslegung, die die am besten begründete Gesetzesauslegung darstellt<sup>56</sup>), soll stattdessen versucht werden, die primärrechtliche Basis<sup>57</sup> freizulegen, auf der solche Ergebnisse in der Tat plausibel erscheinen – was dann eine Beurteilung der Auswirkungen in puncto deutsche Beschleunigungsgesetzgebung (Hinderniss-Kaskade) eröffnet.

Allgemeine Hinweise auf eine spezifisch „europäische Sichtweise des Verfahrens“, wie sie häufig zu hören sind, können das so beschriebene Untersuchungserfordernis nicht einlösen.<sup>58</sup> In der Tat gehen die erwähnten Judikate aber von einer stärkeren Eigenwertigkeit des Verfahrens aus. Der dafür herangezogene Primärrechtsgrundsatz ist besonders das (m.E. aufgrund des Rangverhältnisses von europäischem und mitgliedstaatlichen Recht in der Tat anzuerkennende) ungeschriebene Vereitelungsverbot in Bezug auf das europäische Recht; man könnte auch positiv von einem Effektivitätsgebot sprechen, wie es generell bereits auch den Grundrechten liberal-demokratischer Grundordnungen selbst zu entnehmen sein dürfte, sollen diese nicht bloß auf dem Papier stehen. Dass wirklich geringfügige Verfahrensfehler umgekehrt gleichwohl nicht für beachtlich gehalten werden und so eine differenzierte Judikatur ent-

---

<sup>48</sup> EuGHE 2002, I-11617, Rn. 73 ff.; 1996, I-3547. Ein Beispiel sind etwa Mitteilungspflichten; vgl. EuGHE 1996, I-2201, 45 und 48 (Sicherungsunternehmen), wobei letztlich stets der Zweck entscheidet: EuGHE 1989, 2491, Rn. 1 f., 14 und 21 (Enichem Base).

<sup>49</sup> Vgl. EuGH, NuR 2004, 788 ff. (FFH).

<sup>50</sup> Vgl. etwa EuGHE 1976, 1989; 1976, 2043; 1983, 2633, Rn. 30 (Vereitelungsverbot).

<sup>51</sup> EuGHE 2002, I-10875, Rn. 37; ähnlich EuGHE 1995, I-4599, Rn. 14.

<sup>52</sup> Vgl. auch EuGHE 2002, I-11617, Rn. 73, 76 und passim.

<sup>53</sup> EuG 1995, II-1825, Rn. 53 (Geldbuße); EuGHE 2001, I-5281, Rn. 30; 1998, I-207, Rn. 40 (Prozessstatement zu spät); relativierend (außer bei verletztem rechtlichem Gehör) nur EuGHE 1979, 461, Rn. 15.

<sup>54</sup> Vgl. EuGH, NuR 2009, 773. In Deutschland finden sich bisher besonders hohe Anforderungen an den präklusionsvermeidenden Sachvortrag im Verwaltungsverfahren für Umweltverbände, weniger dagegen für Privatkläger; vgl. BVerwG, NuR 2008, 36 ff. einerseits und BVerwG, ZUR 2011, 533 ff. andererseits; vgl. aber auch BVerwG, Beschl. v. 22.9.2010, Az. 9 VR 2/10. In jedem Fall sieht BVerwG, NuR 2010, 339 ff. keinen europarechtlichen Änderungsbedarf in puncto materielle Präklusion.

<sup>55</sup> Vgl. Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 2. Aufl. 1991; Ekardt, Theorie, § 1 D. III. 4.

<sup>56</sup> Dies wird m.E. zu sehr übergangen bei Kment, EuR 2006, 201 ff. und Kahl, VerwArch 2004, 1 (13 ff.).

<sup>57</sup> Vgl. zuletzt auch EuGH, NVwZ 2009, 1553 ff.

<sup>58</sup> Bisher gibt es zu den Einzelstufen der Hinderniss-Kaskade en détail fast nur die Analyse von Kment, Nationale Unbeachtlichkeits-, Heilungs- und Präklusionsvorschriften und Europäisches Recht, 2005, S. 44 ff.



steht<sup>59</sup>, weist letztlich auf eine Abwägung zwischen verschiedenen kollidierenden Primärrechtsprinzipien hin – wobei etwa ein wiederum ungeschriebenes, letztlich wohl jeder liberaldemokratischen Ordnung notwendig immanentes Gebot der Rechtssicherheit dem Vereitelungsverbot gegenüberstehen kann. Auf der Seite der Rechtssicherheit können (soweit es um Regeln für privatnützige Großprojekte geht) außerdem die europäischen Wirtschaftsgrundrechte – allerdings nur bei privaten Projektträgern, wogegen ansonsten die Wirtschaftsförderung als objektiv-rechtlicher Belang angeführt werden müsste – angeführt werden, wogegen umgekehrt an die Seite des Vereitelungsverbots das Umweltziel aus Art. 191 AEUV tritt, ggf. auch Drittgrundrechte auf Leben, Gesundheit und Eigentum.

Man muss jedoch etwas präziser erfassen, wie im Rahmen einer grundrechts- bzw. primärrechtskonformen Auslegung die genannten Grundrechte sowie ihre objektivrechtlichen Sicherungen auf Art. 10a UVP-RL, 25 IED-RL einwirken. Die bisherige deutsche h.M. zur Kontrolldichte sowie die rudimentäre diesbezügliche Diskussion zur AK und zur IED-RL/ UVP-RL sind insoweit bereits deshalb anzweifelbar, weil sie sich m.E. nicht ausreichend klar machen, dass eine Theorie der verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte ein Unterfall einer allgemeinen Theorie der Gewaltenbalance und der Abwägungen i.w.S. (!) als Grundphänomen liberaler Demokratien ist.<sup>60</sup> Die dazu andernorts gewonnenen Erkenntnisse zur Einhegung des Gesetzgebers durch überprüfbare Abwägungsregeln sind auf die Verwaltung – mit ihren entsprechend kleineren, vom Gesetzgeber an die Behörden „weitergereichten“ Spielräumen – übertragbar. Spielräume in diesem Sinne bestehen wie gesagt nicht allein, wenn direkt ein behördliches Ermessen besteht, sondern z.T. auch in der Interpretation ermessensfreier Rechtsnormen, ebenso wie bei der Subsumtion unsicherer Tatsachenbefunde (all dies ist hier gemeint, wenn i.w.S. von „Abwägungsregeln“ die Rede ist, nicht also nur die unmittelbare planerische Abwägung, die ein Paradebeispiel von – großen – an die Behörden vom Gesetzgeber weitergereichten Spielräumen ist). Der an die Behörden weitergereichte Spielraum muss nun erneut grundrechtskonform respektive primärrechtsprinzipienkonform gefüllt werden, was angesichts gegenläufiger Prinzipien bedeutet, dass die im Rahmen der verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte überprüfbaren Grenzen des behördlichen Spielraumes dort verlaufen, wo sich für die Kollision der verschiedenen Grundrechts- oder sonstigen Prinzipien sagen lässt, dass irgendeine Abwägungsregel (viele davon lassen sich als eine präzisierte Ausbuchstabierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auffassen, über die vagen Aussagen der deutschen Abwägungsjudikatur hinaus) hier ein bestimmtes Ergebnis erzwingt oder ausschließt. Solche Abwägungsregeln sind z.B. die, dass der Grad der Beeinträchtigung eines Belangs für sein Gewicht entscheidend ist; dass das Verursacherprinzip gilt; dass die Tatsachengrundlage einer Entscheidung methodisch sorgfältig und neutral erhoben werden muss; dass eine Abwägung nicht evident einseitig vorgenommen werden darf; dass einem Belang nicht mehr genommen darf als im Interesse eines anderen Belangs nötig; dass Abwehr- und Schutzgrundrechte gleichrangig sind und deshalb auch der Rechtsschutz beider nicht unterschiedlich sein darf<sup>61</sup> usw. Letztlich sind auch Verfahrensregeln wie die Anhörungspflicht oder auf Gesetzgebungsebene die Gesetzgebungsverfahrenregeln und die Gesetzgebungskompetenzen im weiteren Sinne „Abwägungsregeln“, nur eben stärker formaler Art. Lässt sich per grundrechtskonformer Auslegung keine solche (ggf. teilweise) klare Aussage finden, bleibt es dem Spielraum des Gesetzgebers überlassen und damit dem einfachen Recht, welches die richtige Aussage

<sup>59</sup> EuGHE 1976, 1989, Rn. 5; 1995, I-4599, Rn. 12 (Peterbroeck); 2003, I-1877, Rn. 51; 2002, I-6325, Rn. 34.

<sup>60</sup> Vgl. dazu Ekardt, Theorie, § 5.

<sup>61</sup> Ausführlich zu gängigen (insbesondere deutschen) Missverständnissen über Schutzgrundrechte sowie (letztlich nicht überzeugenden) Gegenargumenten Ekardt, Theorie, § 4 E.

zum verwaltungsbehördlichen Kontrollumfang ist. Dies wäre vorliegend insofern problematisch, als die AK und die IED-RL/ UVP-RL für sich genommen unterschiedliche Auslegungen zulassen; z.B. wäre nach ihnen auch eine Auslegung denkbar, nach der jeder noch so kleiner Verfahrensfehler verwaltungsgerichtlich rügbar ist.

All dies ermöglicht eine Antwort auf die Frage nach dem verwaltungsgerichtlichen Kontrollumfang dahingehend, dass die in der AK und der IED-RL/ UVP-RL gefundene Interpretation zutrifft, dass der Drittkläger nicht durch Kaskaden schlechter gestellt werden darf als ein Adressatenkläger. Dies ergibt sich in primärrechtskonformer Auslegung z.B. aus der Abwägungsregel „Abwehrrechte gehen nicht vor Schutzrechte“. Dass umgekehrt die Behörden Spielräume etwa beim Ermessen eher füllen dürfen als die Verwaltungsgerichte (die damit den Rahmen der Behördenentscheidungen zu kontrollieren haben, aber nicht im eigentlichen Sinne an die Stelle der Behörden treten dürfen) und dass kleinste Verfahrensfehler unbeachtlich sind, ergibt sich demgegenüber aus etwas anderem: Einerseits ist die Abwägungsregel „nicht einen Belang evident zu einseitig zurücksetzen“ einschlägig. Würde man wegen kleinster Verfahrensfehler einen Planfeststellungsbeschluss aufheben (und damit das Projekt verhindert oder sein Verfahren ganz neu beginnen lassen), würde dies den Wirtschaftsgrundrechtsträger und der Verlässlichkeit und Sicherheit einmal getroffener Verwaltungsentscheidungen sehr schaden, z.B. einem Drittgrundrechtsträger aber wenig nützen, da letztlich in der Sache definitiv wieder die gleiche Entscheidung ergehen würde. Anders stellt es sich jedoch bei weiterreichenden Verfahrensfehlern dar; hier würde eher die Unbeachtlichkeit zu einer zu einseitigen Zurücksetzung der betreffenden Belange führen. Einschlägig ist andererseits eine Überlegung, die der gesamten Abwägungstheorie zugrunde lag und deshalb auch das Verhältnis der Behörden zu den Verwaltungsgerichten (und nicht nur des Gesetzgebers zu den Verfassungsgerichten) bestimmen muss: Die Gewaltenbalance- und Abwägungstheorie fordert für die öffentliche Gewalt die Institutionalisierung wechselseitiger Kontrolle im Interesse der Freiheitssicherung, einer gewissen Unabhängigkeit der Entscheidungen öffentlicher Gewalten von Sonderperspektiven (Unparteilichkeit) und einer möglichst weitgehenden Mobilisierung guter Gründe (Rationalität) über die richtige Entscheidung in einer öffentlichen Angelegenheit. Wo indes ohne weiteres „mehrere“ Lösungen denkbar sind, ist es wichtig, abwählbare bzw. kontrollierbare Entscheider (und eben nicht Gerichte) zu haben. Diese Prärogative kommt nicht nur Parlamenten, sondern teilweise auch Behörden zu, da diese über ihre Spitzen letztlich indirekt dem Parlament verantwortlich und damit demokratisch beeinflussbar sind, anders als Gerichte. Anders als das eigentliche Wägen kollidierender Interessen sind Verfahrens- und Tatsachenfragen (letztere allerdings mit einer Ausnahme bei schwierigen Tatsachenfragen) sowie eher formale Abwägungselemente und „normale“ Norminterpretationsfragen allerdings eher leicht gerichtlich fassbar. Deshalb müssen die Gerichte sie sowohl gegenüber dem Gesetzgeber als auch gegenüber Behörden kontrollieren. Gegen eine insoweit zu großzügige Fehlerlehre spricht auch, dass gerade bei Großverfahren (mit PFB) der Staat oft nicht neutraler Konfliktmittler, sondern selbst zugleich Projektträger ist – und stärkere Verfahrensrechte und Tatsachenprüfungen (sofern die Tatsachen nicht sehr unsicher sind) ebenso versprechen ein wenigstens partielles Auffangen der dann drohenden mangelnden Unparteilichkeit.<sup>62</sup>

---

<sup>62</sup> Zum gesamten normativen Hintergrund in Bezug auf Grundrechte, Abwägungstheorie, Gewaltenbalance und auf die dahinterstehenden liberal-demokratischen Grundprinzipien Rationalität, Autonomie, Unparteilichkeit, Freiheitlichkeit und gewaltenteilige Demokratie näher Ekarde, Theorie, §§ 3-5. Er wird z.B. übergangen bei BVerwG, NVwZ 2010, 123 ff. zugunsten von eher ad hoc postulierten einzelnen Anforderungen an Abwägungen.

Die mehrfache Hindernis-Kaskade stört demgemäß nicht nur die Gewaltenbalance, sondern entwertet insbesondere auch das formale Zustandekommen einer Entscheidung. Formalitäten und speziell Partizipationserfordernisse dienen jedoch nicht nur der wechselseitigen Information, der Akzeptanzerhöhung und dem vorverlagerten Rechtsschutz in komplexen Verfahren. Sie dienen (Vereitelungsverbot) auch der Flankierung eines mangels europäischer Behörden strukturell vollzugsschwachen europäischen Verwaltungsrechts. Mehr noch: Partizipation dient gerade auch der Schaffung von Diskursen im Interesse möglichst gut begründeter und unparteiischer Entscheidungen am Ende: Es liegt besonders (aber nicht nur) dort nahe, wo der Gesetzgeber viel von seinem Abwägungsspielraum an die Behörden weitergereicht hat, da man speziell dort nie ausschließen kann, dass weitere Äußerungen, weitere Diskutanten, das weitere Wechselspiel von Gründen und Gegengründen sowie zusätzliche Tatsacheninformationen in der Summe dann doch ein anderes Ergebnis erbracht hätten, bis hin zu der Frage, ob etwa ein Großprojekt überhaupt – oder vielleicht in einer umweltschonenderen Alternative – verwirklicht wird. Mit einem offenen Streit um die „rationalste“ (wörtlich: am besten begründete) Entscheidung ist beispielsweise ein Ausblenden von Verfahrensfehlern und ein Flickensolcher Fehler vom gewünschten Ergebnis her unvereinbar: Letzten Endes kann man nie genau wissen, ob die Entscheidung bei prozedural korrektem Ablauf nicht doch inhaltlich ganz anders ausgefallen wäre.

Wenn das Verfahren damit die ihm oft abgesprochene Eigenwertigkeit gewinnt, so ist dies nach dem Gesagten ein Abwägungs- und ein Gewaltenbalance-Aspekt gleichermaßen. In Erinnerung gerufen sei zudem, dass speziell die Partizipation nicht nur dem jeweiligen Ziel wie hier einem effektiven Umweltschutz (Art. 191 AEUV) respektive den Schutzgrundrechten dient, sondern eben auch dem Demokratieprinzip (§ 4 B.); dies ist bekanntlich zwar streitig, angesichts des stetig sinkenden Gewichts einer repräsentativ-demokratisch abgegebenen Wählerstimme in Zeiten sich europäisierender und internationaler politischer Entscheidungen aber naheliegend.<sup>63</sup> Dies wird übrigens auch von der AK und der IED-RL/ UVP-RL letztlich so vorausgesetzt, die neben einer Effektivierung des Umweltschutzes auch partizipativ-demokratischen Intentionen dienen und deshalb etwa in Art. 6 Abs. 4 AK eine Partizipation verlangen, „solange alle Optionen noch offen sind“. Nicht umsonst sieht die EU etwa in Gestalt der UVP explizit selbst detaillierte Verfahrens- und Partizipationserfordernisse vor. In diese Richtung weist auch der Umstand, dass gerade bei den vom neuen Völker- und Europarecht avisierten Großverfahren die öffentliche Gewalt oft nicht neutraler Konfliktmittler, sondern selbst Projektträger ist – und stärkere Verfahrensrechte versprechen ein wenigstens partielles Auffangen der damit drohenden mangelnden staatlichen Unparteilichkeit.

Stellt man ergänzend in Rechnung, dass auch mit einer reduzierten Hindernis-Kaskade die Spielräume der Behörden immer noch erheblich sind, dass umgekehrt die demokratische Partizipation und Umweltbelange in Zeiten globalisierungsinduzierter ökonomischer Zwänge allzu leicht unterbelichtet werden und dass der Nutzen einer rechtswidrigen Verwaltungsentscheidung für die Rechtssicherheit nicht allzu hoch angesetzt werden darf (und letztlich sichert die doppelte Kaskade eben rechtswidrige Entscheidungen gegen eine Aufhebung ab), so legen die EU-Primärrechtsprinzipien (wie übrigens auch die inhaltlich parallel laufenden nationalen Verfassungsprinzipien) das Ergebnis nahe, das auf der Ebene von UVP-RL und IED-

---

<sup>63</sup> Dass (erst recht beschränkte) Partizipation und Verbandsklage zumindest nicht grundrechtswidrig sind (sei es über eine Zentrierung auf den Individualrechtsschutz, sei es wegen einer angeblich unzulässigen Privatisierung staatlicher Aufgaben oder gar einer Demokratiegefährdung durch „nicht repräsentativ-demokratisch legitimierte“ Verbände), wird behandelt bei Ekardt, Information, §§ 4 A., 5 A.

RL ebenfalls nahelag: Die Hindernis-Kaskade in der jetzigen Form stellt eine allzu einseitige Ausbalancierung der kollidierenden Belange dar, und sie verändert die Gewaltenbalance zu sehr zugunsten der Verwaltung. Unterstrichen wird dieses Ergebnis durch das unionsrechtliche Vereitelungsverbot (als Rechtsdurchsetzungsgebot, wie es letztlich auch aus den Grundrechten selbst folgt), welches europäische Vorgaben gegen Regelungen absichert, die diese Intentionen letztlich leerlaufen lassen; und genau dies tut die Hindernis-Kaskade in wesentlichen Hinsichten.

## **D. Schlussfolgerungen**

### **I. Änderungsbedarfe im deutschen Recht**

Diese gesamte zunächst EU-verwaltungsrechtliche und sodann EU-primärrechtliche Argumentation erzwingt eine deutliche Einengung des Fehlerfolgenregimes; das Gesamtergebnis der Hindernis-Kaskade im Hinblick auf den Drittrechtsschutz für Umweltverbände und auch für Individualkläger (und damit neben den Beschleunigungsgesetzen auch das URG) ist so nicht europarechtskonform.<sup>64</sup> Der nationale Gesetzgeber ist damit gehalten, ebenjenes Gesamtergebnis zu korrigieren; dabei mag er mangels detaillierter Vorgaben des Unionsrechts (im Hinblick auf die kollidierenden, untereinander abzuwägenden Primärrechtsprinzipien) gewisse Spielräume haben, welche „kleinen“ Verfahrensfehler weiterhin unbeachtlich sein dürfen. Naheliegend sind sechs Reformansatzpunkte bei der rechtsinterpretativen Behandlung des verwaltungsgerichtlichen Kontrollumfangs:

- eine erweiterte Subjektivierung materieller und prozeduraler Regeln (bei Individualklagen), wie sie ohnehin vom EuGH seit langem eingefordert, aber in Deutschland immer wieder umgangen wird<sup>65</sup>;
- eine stärkere Zurückdrängung der aufgrund angeblich mangelnder Kausalität eintretenden Unbeachtlichkeit von Abwägungs- und Verfahrensfehlern;
- eine Abkehr von Fehlerheilungen noch während eines Gerichtsprozesses oder gar nach seinem Abschluss;
- ein Ernstnehmen der inhaltlichen Anforderungen an planerische Abwägungen; wenn z.B. im FFH-Gebietsschutz für Beeinträchtigungen „zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses“ gefordert werden, dann darf dies nicht in einer Weise interpretiert werden, die jedes größere Projekt per se errichtungsfähig macht; und wenn an gleicher Stelle eine Abwesenheit zumutbarer Alternativen gefordert wird (ohne nähere sprachliche Qualifizierung des Begriffs „Alternativen“ und zudem eingedenk des prononcierten Ausnahmecharakters von Eingriffen in FFH-Gebiete), dann ist nicht einzusehen, warum nicht auch Systemalternativen geprüft werden müssen, also die Frage, ob es wirklich einer neuen Straße in dem betroffenen Gebiet bedarf.
- eine ausgewogenere Handhabung der Tatsachendarlegungsanforderungen: einseitige Gutachterausswahl, tendenziöse Grundannahmen für Prognosen und eine angreifbare Me-

<sup>64</sup> Ohne europäischen Bezug können auch EU-Primärrechtsprinzipien dem nationalen Recht nichts vorgeben.

<sup>65</sup> EuGHE 1991, 2567 ff.; 1991, 2607 ff.; 1995, 2311 (2317); siehe dazu näher Ekardt, Information, §§ 5 A., 1 C. I.: Das würde dann bekanntlich zur Ersetzung der Schutznormtheorie durch eine Betroffenheitsformel führen, die keinen Ausschlussgrund „Betroffenheit vieler (Allgemeinheit)“ mehr kennt und außerdem auch Vorsorgefälle einschließt. Dafür sprechen entgegen der h.M. auch grundrechtliche Erwägungen, schon innerhalb des deutschen Verfassungsrechts, wenn man ein multipolares Grundrechtskonzept zugrunde legt; dazu neben dem gegebenen Nachweis auch C. Calliess, NVwZ 2006, 1 ff.

thodik müssen gerichtlich konsequenter gerügt werden; ferner dürfen Drittklägern, die in aller Regel ehrenamtlich ihre Ziele verfolgen, keine weitgehenden Tatsachen-Darlegungs-lasten mittels umfassender und kostenintensiver eigener Begutachtungen usw. aufgebürdet werden – vielmehr müssen die Gerichte ihre Pflicht zur Amtsermittlung ernst nehmen (§ 86 Abs. 1 VwGO; dies liegt auch auf der Linie des EuGH, der sämtliche Unwägbarkeiten des Tatsachenmaterials in einer Entscheidung zum FFH-Recht zu Lasten des Umweltnutzers gehen ließ<sup>66</sup>);

- eine Beschränkung der materiellen Präklusion auf Konstellationen, in denen tatsächlich ein frühzeitiges Vorbringen problemlos möglich gewesen wäre.

Dies dürften sechs wesentliche Schaltstellen sein, mit denen das deutsche Recht bislang eine gerichtliche Kontrolle selbst materieller Fehler und im Übrigen den eigenständigen Sinn prozeduraler Regeln unterläuft; und sie lassen sich häufig schon ohne rechtspolitische Änderung durch eine schlichte (europarechtskonforme) Neuinterpretation des deutschen Rechts erreichen. Bei der Unbeachtlichkeit (Kausalität) spricht speziell für Verfahrensfehler (§ 46 VwVfG) schon der deutsche Normwortlaut dafür, die Norm entgegen der Judikatur auf Fälle zu beschränken, in denen sich (mit einer Beweislast zu Lasten der Behörden) positiv ausschließen lässt, dass ein Verfahrensverstoß irgendeine Ergebnisrelevanz gehabt hat.<sup>67</sup> Denn die Norm klingt in ihrer Ausnahme-Diktion entgegen der h.M. nach einer Beweislastverteilung zu Lasten der Behörden. Zudem (teleologisches Argument) können Behörden diesen Nachweis auch leichter führen, und der Nachweis ist ihnen auch eher zumutbar, denn sie haben den Verfahrensfehler schließlich begangen. Das – europarechtlich gerade gewünschte – Ergebnis ist dabei, nur noch solche Verfahrensfehler für unbeachtlich zu halten, bei denen trotz aller Unabsehbarkeit von Diskursen eindeutig keine andere Sachentscheidung denkbar war.<sup>68</sup> Aus parallelen Erwägungen sollten die auf Abwägungsfehler bezogenen Kausalitätsklauseln ebenso eine Darlegungslast der Behörden erhalten.<sup>69</sup>

All dies gilt (a) gerade dann<sup>70</sup>, aber nicht nur dann, wenn eine angefochtene Verwaltungsentscheidung (wie ein PFB) durch erhebliche Abwägungsspielräume gekennzeichnet ist, auch wenn mancher mehr Verfahrensstrenge gern mit noch weniger inhaltlichem Kontrollumfang erkaufen will. Denn erstens gibt es auch bei gebundenen Entscheidungen (BImSchG) oft Auslegungs- und Beurteilungsspielräume; zweitens und vor allem würde etwa in der Planfeststellung allein schon die – aus Gewaltenteilungsgründen in jedem Fall bleibende – Abwägungslehre auch ohne die bisherigen materiellen Heilungskaskadenschritte die materielle Kontroll-dichte niedrig halten und damit Verfahrensstrenge nahelegen.<sup>71</sup> Man kann (b) auch nicht sa-

<sup>66</sup> Vgl. EuGH, NuR 2004, 788 ff.

<sup>67</sup> Ebenso Erbguth, NuR 1997, 261 ff.

<sup>68</sup> Zu ungenau wären indes Aussagen wie die, es komme letztlich immer auf den Zweck der jeweiligen Verfahrensvorschrift an; so aber Schmidt/ Kremer, ZUR 2007, 57 (60 ff.); treffend Erbguth, DVBl 2004, 802 (803).

<sup>69</sup> Im Übrigen kann bei einer verfassungskonformen Auslegung für die materielle Prüfung einer Klage die Betroffenheit „aller“ herangezogen werden. Andernfalls wäre auch die nötige Gesamtabwägung aller kollidierenden Belange, ohne die doch gar nicht gesagt werden kann, was „verfassungskonform ausgelegt“ geboten ist, gar nicht möglich. Vgl. Ekardt, Theorie, § 5 C. I.

<sup>70</sup> In diesem Sinne auch EuG 1995, II-2593, Rn. 73; Ziekow, NVwZ 2007, 259 (266); Schmidt/ Kremer, ZUR 2007, 57 ff.; Kment, EuR 2006, 201 ff. passim; vgl. auch Pache, Abwägung, S. 449 f. In gewisser Weise nimmt dies einen Gedanken des BVerwG (verstärkend) auf, das bisher bei komplexen Großprojekten einer Subjektivierung von Verfahrensrechten noch am ehesten nähergetreten ist; vgl. die Auswertung bei OVG Koblenz, ZUR 2005, 246 (247 f.).

<sup>71</sup> Dies wird auch übergangen bei Pietzcker, FS Maurer, 2001, S. 706 f., der die vorliegend intendierte, gewaltensbalancewahrende Variante übersieht, dass auf Drittklagen wegen Abwägungs- oder Verfahrensfehlern hin z.B. ein PFB aufgehoben wird und dann die ganze Planfeststellung (ergebnisoffen) von neuem zu prüfen ist. Es wird also kein Gericht „übermächtig“.

gen, das Europarecht enthalte keine klare Aussage zu Verfahrensfehlern.<sup>72</sup> Dies zeigten die vorstehenden Ausführungen gerade. Wenig einsichtig wäre es (c) auch, die Kritik an der Hindernis-Kaskade damit zurückzuweisen, dass der EuGH für Klagen gegen EU-Organe selbst eine Fehlerfolgenlehre akzeptiere<sup>73</sup>; denn einerseits kann dies ja kritikwürdig und änderungsbedürftig sein, und andererseits ist bei Klagen gegen die Mitgliedstaaten (mangels unionseigener Vollzugsorgane) eine wirksame Fehlersanktionierung eben ggf. wichtiger.

Die OVGs<sup>74</sup> senden seit einiger Zeit unterschiedliche Signale, ob sie sich der hier vertretenen Lösung (etwa in Bezug auf eine stärkere Subjektivierung von Verfahrensregeln) ganz, teilweise oder gar nicht anschließen werden. Dabei besteht bis dato das Problem fort, dass zwischen den einzelnen Aspekten der Hindernis-Kaskade nicht klar unterschieden wird, was ein Nachvollziehen der Argumentation (wie allerdings auch beim EuGH) schwierig macht.<sup>75</sup> Mit alledem erlangt die alte – nicht nur umweltpolitische – Gerechtigkeitsfrage „Ist in der Einhaltung bestimmter Verfahren eine eigenständige Richtigkeitsgewähr zu erblicken“ eine neue Dimension. Während die deutsche juristische Tradition bisher eben eine prozedurale Richtigkeitsgewähr eher verneinte<sup>76</sup>, formulierten schon ohne europäischen Einfluss eine Gegenposition einzelne Diskursethiker sowie systemtheoretische Ansätze sowie jene, die ganz generell die strikte Scheidung von Verfahrens- und materiellen Rechten bestreiten<sup>77</sup>, weil etwa Verfahrens- und Tatsachenerhebungsregeln in der Tat beeinflussen, was denn in eine materielle Abwägung bzw. Normsubsumtion als Material eingestellt werden muss.<sup>78</sup> Letztere Position überzeugt m.E. freilich nicht ganz, weil der Zusammenhang zweier Dinge logisch noch keine Ununterscheidbarkeit impliziert.

Nahezu der gesamte so gestellte Befund wird in der Sache verfehlt von den Ausführungen des im Oktober 2011 vorgelegten BDI-Papiers zur anstehenden URG-Novelle. Bereits die empirischen Ausführungen des Papiers zur drohenden Allmacht der Verbandsklage erscheinen angesichts der oben dargestellten begrenzten (und insoweit gerade ausgewogenen) Stärke der Verbandsklage als wenig realitätsorientiert. Zu den sonstigen Kernaussagen des Papiers ergibt sich aus den Erkenntnissen der vorliegenden Studie folgender Befund:

- Für die vom BDI vorgeschlagene Präklusionsverschärfung (oder auch die Verschär-

<sup>72</sup> So aber Dolde, NVwZ 2006, 857 (861); Lecheler, DVBl 2005, 1533 (1540).

<sup>73</sup> So aber Baumeister, Beseitigungsanspruch, S. 277 ff.

<sup>74</sup> Vgl. etwa OVG Koblenz, ZUR 2005, 246 ff.; VGH München, Urt. vom 19.07.2006, Az. 8 A 04.40006 (juris); OVG Lüneburg, Beschl. v. 07.07.2008, Az. 1 ME 131/08 (juris). VGH München, Urt. v. 03.04.2009, Az. 22 BV 07.1709 (juris) meint sogar, dass nunmehr das Verbandsklagerecht bei Befreiungen eingeschränkt sei; denn wegen der Konzentrationswirkung des § 13 BImSchG bestehe im BImSch-Genehmigungsverfahren ggf. kein Verbandsbeteiligungsrecht und damit auch kein Klagerecht mehr nach dem BNatSchG – und das URG sehe ein BImSch-Klagerecht schließlich nur für bestimmte emittierende Anlagentypen vor.

<sup>75</sup> VGH München, Urt. v. 19.07.2006, Az. 8 A 04.40006 spricht zugleich den Gemeinden die Möglichkeit ab, sich in irgendeiner Weise auf die Aarhus-Konvention oder die ÖffRL zu berufen. Ob dies überzeugt, kann man hier offenlassen, in dieser Pauschalität indes in Frage stellen. Umgekehrt für eine allgemein für Zweit- und Drittkläger reduzierte Prüfdichte im gesamten öffentlichen Recht Pache, DVBl 1998, 380 ff. und Dolde, NVwZ 2006, 857 ff.

<sup>76</sup> Vgl. die Diskussionszusammenfassung bei Pöcker, DöV 2003, 980 ff. (der auch zeigt, dass in der planungsrechtlichen Debatte die strikte Trennungsthese schon seit längerem weniger verfolgt wird); z.T. kritisch zur deutschen Tradition auch Ipsen, NdsVBl 1999, 225 (226); Gurlit, VVDStRL 2011, 227 ff.; Fehling, VVDStRL 2011, 278 ff.

<sup>77</sup> Vgl. Pöcker, DöV 2003, 980 (981 ff.); Erbguth, NuR 1997, 261 ff.; wohl auch Wahl, DVBl 2003, 1285 ff. In gewisser Weise kommen sie so (wenngleich auf völlig anderem Wege) zu einem nicht unähnlichen Befund wie sogleich im Fließtext.

<sup>78</sup> In keinem Fall bloß „Verfahren“ ist jedenfalls eine Norm wie § 12 UVPG, die klarstellt, dass die Ergebnisse einer UVP bei der jeweiligen behördlichen Entscheidung zu berücksichtigen sind – denn dies ist nicht nur ein Tatsachenhinweis, sondern auch eine (wenngleich schwache) Gewichtungsregel für die vorzunehmende Abwägung zwischen für und gegen den Natureingriff streitenden Belangen; vgl. Erbguth, NuR 1997, 261 ff.

fung von Fristen und ein damit erweitertes Unbeachtlichkeits- und Heilungsregime) ist unionsrechtlich kein Raum; vielmehr ist wie gesehen eine Lockerung der Präklusionsvorschriften und weiterer Stufen der Hindernis-Kaskaden geboten.

- Gleiches gilt für die BDI-Vorschläge, in den Bereichen gerichtlicher Untersuchungsgrundsatz und behördliche Tatsachen-Beurteilungsspielräume die Position für Verbandskläger weiter zu erschweren, da wie gesagt auch dort vielmehr eine Stärkung von Umweltklagen unionsrechtlich angezeigt ist.
- Eine Begrenzung von Umweltklagen auf die Rüge von EU-Umweltrecht erwies sich oben als ebenfalls nicht machbar, da sowohl europarechtlich als auch völkerrechtlich eine weitergehende – nämlich eine umfassende – Rügbarkeit von Umweltrechtsverstößen geboten ist.

## II. Weitergehende Perspektiven für einen wirksameren Umwelt- und Naturschutz

Auch wenn man dem Gesagten folgt, besteht – will die EU ihre eigenen Ziele im Umwelt- und Naturschutz ernst nehmen – freilich ein weitergehender gesetzgeberischer Handlungsbedarf.<sup>79</sup> Die immer neuen rechtlichen Fortentwicklungen des Umweltrechts sind beeindruckend, doch letztlich zählt im Umwelt- und Naturschutz nur eines: Welches konkrete Ergebnis erbringen die rechtlichen Steuerungsinstrumente? Erreichen sie die gesetzten Ziele? Ist dies nicht der Fall, ist auch ein quantitativ dichtes und intellektuell subtil durchdachtes Rechtsinstrumentarium wertlos; und dies ist dann kein bedauerliches Randphänomen, sondern vielmehr das Kernproblem allen weiteren Umgangs mit dem Umwelt- und Naturschutz. Gemessen daran muss dem Naturschutzrecht – wie übrigens auch sonst weiten Teilen des deutschen, europäischen und internationalen Umweltrechts – leider ein schlechtes Zeugnis ausgestellt werden. Im Naturschutz etwa sind weder der Biodiversitätsschwund noch der Flächenverbrauch gestoppt. Im Umweltschutz allgemein geben der bedrohliche (in Regierungsdokumenten meist aufgrund veralteter Daten noch verharmloste) Klimawandel, das Schwinden lebenswichtiger Ressourcen wie fruchtbarer Böden, Trinkwasser, Phosphor u.a.m. ebenfalls nachdrücklich zu denken.<sup>80</sup>

Letztlich kann selbst ein effektivierter Rechtsschutz dem Ordnungs- und Planungsrecht sowie seinem Rechtsschutz dies nicht per se umkehren, denn ein solcher Ansatz allein kann ein Hauptproblem nicht beseitigen: das schleichende Wegwägen von Naturschutzbelangen, Klimaschutzbelangen usw. in der Summe für sich genommen „nicht gravierender“ Einzelbaumaßnahmen (neue Straßen erzeugen mehr Verkehr und damit Klimagasausstöße, Naturzerstörung u.a.m.).<sup>81</sup> Hier können klarere Vorgaben im oben beschriebenen Sinne zwar helfen; sie reichen jedoch nicht aus. Denn sowohl bei Ressourcenknappheit in einem weiten Sinne – also unter Einschluss von Biodiversität, Fläche u.a.m. – als auch bei gesundheitsgefährdenden Belastungen (mit Schadstoffen, Lärm, Strahlen) geht es im Umweltschutz letzten Endes stets um

---

<sup>79</sup> Die Überlegungen unter C. II. haben bereits angedeutet, dass dieser nicht im freien Belieben des nationalen und europäischen Gesetzgebers steht, sondern im Sinne eines Mindestschutzniveaus (das die EU aktuell z.B. beim Klima- und Ressourcenschutz unterschreiten dürfte) auch grundrechtlich eingefordert werden kann; näher Ekardt, Theorie, §§ 4, 5.

<sup>80</sup> Vgl. für alle Einzelheiten wieder Ekardt, Theorie, §§ 1 B., 6 und (leider weitgehend unverändert aktuell) speziell zum Naturschutzrecht Ekardt, Steuerungsdefizite im Umweltrecht. Ursachen unter besonderer Berücksichtigung des Naturschutzrechts und der Grundrechte, 2001, § 6.

<sup>81</sup> Dies gilt jedenfalls dann, solange man das Ordnungs- und Planungsrecht nicht im Sinne (a) ausnahmsfreier und (b) inhaltlich viel anspruchsvollerer Normierungen umgestaltet.

eine Mengenproblematik: Normalerweise (!) ist weniger die einzelne Exposition und das einzelne Großprojekt vor Ort das eigentliche Problem, sondern der Umstand, dass eine bestimmte Gesamtmenge an Belastungen in einer Gesellschaft (oder in der Welt) vorliegt. Bei Schadstoff-, Lärm- und Strahlungsproblematiken und teilweise auch im Naturschutz können zwar Verbote, Grenzwerte und ein Tätigwerden vor Ort zumindest teilweise (!) helfen, da es hier, anders als bei z.B. bei Treibhausgasen, nicht gleichgültig ist, wo die Exposition auftritt. Jedoch gibt es weltweit und nicht zuletzt auch in westlichen Industriestaaten *insgesamt* eine zu große Schadstoffbelastung, zu viele Treibhausgase und einen zu hohen Naturverbrauch in der Welt. Im Einzelnen stößt das gängige Umwelt- und Naturschutzrecht, das dies nicht hinreichend berücksichtigt, an folgende Grenzen<sup>82</sup>:

- Verbote und ähnliche Regulierungen lösen nicht per se ein Problem, sondern nur dann, wenn die durch sie aufgestellten inhaltlichen Anforderungen nicht zu schwach sind (Regelungsdefizite) und wenn auch der Vollzug keinerlei Friktionen aufweist (Vollzugsdefizite). Dass die bisherigen Standards zu schwach sind, sieht man an den Ergebnissen: Der Klimawandel schreitet voran, die Biodiversität schwindet weiter – trotz vermeintlich strenger Naturschutzstandards für den Straßenbau, trotz Kohlendioxid-Grenzwerten für Autos usw. („klassische Steuerungsdefizite“).
- Zudem ist die genaue Messung, Berechnung und Erkennbarkeit der einzelnen Belastungen, also etwa der einzelnen Straße, schwierig und eröffnet damit unfreiwillig Spielräume für euphemistische und ergo nicht problemangemessene Betrachtungs- und Reaktionsweisen („Abbildbarkeitsproblem“).
- Häufig haben Verbots-Ansätze und der Blick auf Einzelanlagen und Einzeltätigkeiten auch den Nachteil, dass sie ungeplante Verlagerungseffekte von Umweltproblemen auf andere Bereiche auslösen. Wird in der EU der Ressourceneinsatz in einem bestimmten Bereich reguliert, könnte dies beispielsweise zu einem umso intensiveren Einsatz von Ressourcen in anderen Bereichen – oder in anderen Teilen der Erde – führen („Verlagerungseffekte“).
- Ein weiteres Problem, mit alledem verknüpft, besteht darin, dass viele für sich genommen wenig schädliche Einzelfälle (z.B. einzelne Eingriffe in Natur und Landschaft) sich zu einer u.U. in erheblichem Maße schädlichen Gesamtbilanz addieren, dass dabei aber bei Betrachtung der je einzelnen Fälle, wie sie für das Ordnungs- und Projektplanungsrecht (das auf Anlagen oder Produkte abzielt) typisch ist, stets der Eindruck entstehen kann, diese einzelne Belastung könne „noch hingenommen werden“ – nur dass gleiches bei jeder anderen Einzelbelastung ebenfalls gesagt wird, womit dann eben die kritische Gesamtbelastung entsteht. Dies führt zu inadäquaten Vorgehensweisen („Kumulationsproblem“).
- Zuletzt lenkt das Optimieren oder Verhindern einzelner Projekte oder Produkte davon ab, dass durch den steigenden Wohlstand der modernen Welt in der Gesamtsumme immer mehr Anlagen, Produkte und so weiter entstehen. Im Ergebnis überholt dieser Zuwachs das, was bei einem einzelnen Projekt vielleicht an Einsparung erzielt worden ist („Rebound-Effekt“).<sup>83</sup>

<sup>82</sup> Ausführlich zu den Problemen sowie zum Lösungsansatz Ekardt, Theorie, § 6 D.-E.; ähnlich z.B. auch weite Teile der Wirtschaftswissenschaften, etwa Wicke/ Spiegel/ Wicke-Thüs, Kyoto Plus, 2006.

<sup>83</sup> Es fragt sich natürlich, warum all dies, obwohl es an sich durchaus erkennbar wäre, hingenommen wird. Dies ist die Grundsatzfrage nach den Ursachen von Nicht-Nachhaltigkeit; dazu Ekardt, Theorie, § 2; Ekardt, Steuerungsdefizite, §§ 9-18; Welzer, Klimakriege, 2008.



Endgültig zu lösen sind all diese Probleme wie eben schon angesprochen genau dann, wenn neben ordnungs- und planungsrechtliche Mechanismen ein Preismechanismus über Abgaben oder Zertifikatmärkte tritt, am besten europaweit. Ggf. wären sie zusätzlich abzusichern durch Border Adjustments für Importe und Exporte zur Vermeidung internationaler Verlagerungseffekte sowie als Anreiz zur Integration immer weiterer Staaten im Rahmen des Weltmarktes. Kurz gesagt, wäre es also erforderlich, dass Natur, Klima usw. jenseits der diese schleichende Wirkung nicht verhindernden ordnungs- und planungsrechtlichen Regelungen einen Preis hätten, die ihre stärkere Schonung erzwingt; z.B. durch nach Wertigkeit von Naturräumen gestaffelte – auch gegen die grassierenden Probleme der konventionellen Landwirtschaft nützliche – erhöhte Besteuerungen von Grund und Boden.