

Aktuelle Probleme des Umweltrechtsschutzes

Von *Claudio Franzius*

I. Einführung

Das Umweltrecht, so haben wir von *Michael Kloepfer* gelernt, ist ein Laboratorium der Gesamtrechtsordnung.¹ Es war das Umweltrecht, von dem aus der Steuerungsgedanke die Verwaltungsrechtswissenschaft mit dem Plädoyer erfasste, das Verwaltungsrecht insgesamt stärker auf seine Steuerungsleistungen auszurichten.² Diese Perspektivenverschiebung war richtig, mag das Steuerungsparadigma heute auch vor neue Herausforderungen durch Governance-Konzepte³ gestellt sein, die vom Wirtschafts- und Regulierungsrecht auf das Umweltrecht zurückwirken. Im Umweltrecht begegnen uns aber auch ältere Rechtsschutzfragen im neuen Gewand. Das zeigen die Auseinandersetzungen um die völker- und unionsrechtlich determinierte Umweltverbandsklage nach dem Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz.⁴

Kloepfer hat sich frühzeitig mit dem Umweltrechtsschutz beschäftigt und dabei Wegmarken gesetzt.⁵ Was hat sich seit dieser „Entdeckerzeit“ verändert? Drei Großbaustellen können ausgemacht werden: Eine übergreifende, wenngleich nicht neue, aber durch das internationale und europäische Umweltrecht wieder in den Vordergrund gerückte Frage lautet, inwieweit der subjektive Rechtsschutz der Ergänzung durch Formen objektiver Rechtskontrolle bedarf (II.). Daran schließen sich Fragen nach einer Stärkung des Verfahrensrechtsschutzes und einer Reduzierung der gerichtlichen Kontrolldichte an (III.). Ob eine Vorverlagerung des Rechtsschutzes in

¹ *Kloepfer*, Zur Rechtsumbildung durch Umweltschutz, 1989, 51.

² Übersicht: *Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 1.

³ Vgl. *Trute*, Die konstitutive Rolle der Rechtsanwendung, in: ders./Groß/Röhl/Möllers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – Zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, 211 (222 ff.); *Franzius*, VerwArch 97 (2006), 186 (187 ff.).

⁴ Das „Trianel“ Urteil des EuGH, Rs. C-115/09 BUND/Bezirksregierung Arnberg, Slg. 2011, I-0000 hat eine Novellierung des UmwRG notwendig gemacht, die am 29. 1. 2013 in Kraft getreten ist, BGBI I S. 95. Der Reformgesetzgeber beschränkt sich nicht auf das unionsrechtlich geforderte, sondern zielt mit der neuen Regelung in § 4a UmwRG auch auf prozessuales Sonderrecht. Zur Novelle *Schlacke*, in: Gärditz (Hrsg.), VwGO, 2013, Vorbem. zu §§ 1–6 UmwRG Rn. 52 ff.

⁵ *Kloepfer*, VerwArch 76 (1985), 371; VerwArch 77 (1986), 30. Überblick: *Sparwasser*, Gerichtlicher Rechtsschutz im Umweltrecht, in: Dolde (Hrsg.), Umweltrecht im Wandel, 2001, 1017.

der „Planungskaskade“ erforderlich ist, wird von der Praxis abhängen, vor allem in der Anwendung des neuen Planungsregimes für länderübergreifende Energieleitungen (IV.). In einem frühen Planungsstadium werden individuelle Rechte nur schwer zu identifizieren sein, was gerichtliche Kontrollen nicht prinzipiell ausschließt. Davon sollte man sich aber nicht zu viel versprechen (V.).

II. Objektivierung der Rechtskontrolle?

I. Systementscheidung zugunsten des Individualrechtsschutzes

Gebietet ein effektiver Umweltrechtsschutz die Stärkung der Umweltverbandsklage? In Deutschland folgt der Verwaltungsrechtsschutz der Systementscheidung für den Individualrechtsschutz.⁶ Maßgeblich ist das Vorliegen eines subjektiv-öffentlichen Rechts, das dem Einzelnen die Rechtsmacht verleiht, mit Hilfe der Rechtsordnung „eigene Interessen“ zu verfolgen.⁷ Der Zugang zum Gericht knüpft an die eigene Rechtsverletzung an. Deshalb lassen sich weite Teile des Umweltrechts wie das überwiegend objektive Naturschutzrecht nicht vor Gericht bringen. Verstöße gegen objektives Umweltrecht können nur geltend gemacht werden, wenn Einzelnen oder anerkannten Vereinigungen eine entsprechende Klageberechtigung ausdrücklich zugewiesen ist. Der Verwaltungsprozess ist vom Modell der Verletztenklage geprägt. Ausgeschlossen ist nicht nur die Popularklage, sondern auch die Interessentenklage.⁸

Obwohl der Zusammenhang zwischen subjektivem Rechtsschutz und objektiver Rechtskontrolle⁹ seit langer Zeit bekannt ist, fällt es der Praxis mit der Schutznorm-

⁶ Vgl. *Schoch*, NVwZ 1999, 457; *Wahl*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, vor § 42 Abs. 2 Rn. 11 ff.; *ders./Schütz*, ebd., § 42 Abs. 2 Rn. 37–42, 150–249.

⁷ Statt vieler *Schmidt-Aßmann*, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee, 2. Aufl. 2004, Kap. 1 Rn. 69 ff.; krit. *Scherzberg*, in: Ehlers/Erichsen (Hrsg.), Allg. VerwR, 14. Aufl. 2010, § 12 Rn. 3 ff. Heute wird nicht mehr auf die Rechtsmacht, sondern auf den Normzweck abgestellt.

⁸ Vgl. *Skouris*, Verletzten- und Interessentenklage im Verwaltungsprozess, 1979; *Wegener*, Die Rechte des Einzelnen, 1998, 17 ff.; *Reiling*, Zu individuellen Rechten im deutschen und im Gemeinschaftsrecht, 2004, 104 ff. Dass das Unionsrecht dem (französischen) Modell der Interessentenklage folge, ist so pauschal nicht richtig, vgl. *Nettesheim*, AöR 132 (2007), 333 (341 ff.). Dennoch fordert der unionsrechtliche Umbau des nationalen Prozessrechts das Modell des Individualrechtsschutzes heraus vgl. aus unterschiedlicher Richtung *Leidinger*, NVwZ 2011, 1345; *Berkemann*, DVBl 2011, 1253 (1257 ff.); offener *Ziekow*, NVwZ 2010, 793.

⁹ Vgl. *Fleiner*, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. 1928, 176; *Krebs*, Subjektiver Rechtsschutz und objektive Rechtskontrolle, in: FS Menger, 1985, 191; *Krüper*, Gemeinwohl im Prozess, 2009, 224 („wechselbezügliches Verhältnis der Konfluenz“); *Groß*, Die Verwaltung 43 (2010), 349 (372), wonach das Verhältnis beider Funktionen immer wieder Wandlungen unterlag und durch kein unabänderliches Dogma vorgegeben, sondern Gegenstand politischer Gestaltung sei.

lehre trotz aller Anpassungen und Flexibilitätsreserven¹⁰ schwer, diese Wechselzüglichkeit überzeugend auszuformen. Die Klagebefugnis als gesetzliches Regulativ des gerichtlichen Kontrollzugangs¹¹ gebietet keine umfassende Subjektivierung des Rechtsschutzes (b). Sie verlangt aber ein Überdenken der Möglichkeiten, die Formen überindividueller Rechtsschutzes mit den partiellen Objektivierungen der Rechtskontrolle im System des Individualrechtsschutzes zu verarbeiten (c).

2. Peter Janecek und der Anspruch auf Luftreinhalteplanung

Zum einen erfasst die Subjektivierung des Rechtsschutzes vermehrt Planungsentscheidungen, wie es in der Janecek-Entscheidung des EuGH zur Anfechtbarkeit von Luftaktionsplänen zum Ausdruck gekommen ist.¹²

Die Implementierung des europäischen Luftreinhalterechts zur Bekämpfung der Feinstaubbelastung stellte die Behörden und Gerichte in Deutschland vor große Herausforderungen.¹³ Schon die Rechtsnatur der Luftreinhalte- oder Aktionspläne war und ist umstritten. Ein Dritter, der von gesundheitsrelevanten Überschreitungen der Grenzwerte betroffen ist, könne sein Recht auf Abwehr gesundheitlicher Beeinträchtigungen durch Feinstaub nur im Wege planunabhängiger Maßnahmen durchsetzen. Einen Anspruch auf Erstellung eines Aktionsplans nach § 47 Abs. 2 BImSchG a.F. lehnte das BVerwG ab.¹⁴ Auf die Vorlage des 7. Senats, ob sich eine dritt-schützende Ausgestaltung der behördlichen Planerstellungspflicht aus Art. 7 Abs. 3 Luftqualitäts-Rahmenrichtlinie ergebe, erklärte der EuGH einen Anspruch des Einzelnen auf Planerstellung für unionsrechtlich geboten. Danach sind Drittbetroffene nicht auf verkehrsbeschränkende Einzelmaßnahmen zu verweisen, sondern können einen Aktionsplan mit der Leistungsklage einklagen. Es handelt sich um ein Musterbeispiel für die viel beschworene Mobilisierung des Bürgers¹⁵ zur Durchsetzung des europäischen Umweltrechts.

¹⁰ Siehe etwa *Schmidt-Preuß*, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2005.

¹¹ So der Titel bei *Groß*, Die Verwaltung 43 (2010), 349.

¹² EuGH Rs. C-237/07 Janecek, Slg. 2008, I-6221 Rn. 39 ff.; anders die Feinstaubentscheidungen des BVerwG, BVerwGE 128, 278; 129, 296; dazu *Faßbender*, EuR 2009, 400; *R. Breuer*, Klagbare Ansprüche auf Planung – Königsweg oder Holzweg des Rechtsschutzes? in: FS Sellner, 2010, 493.

¹³ *Calliess*, NVwZ 2006, 1; *Kloepfer*, Die Feinstaubproblematik im System des neuen Luftreinhalte-rechts, in: FS Reh binder, 2007, 379; *G. Kirchhof*, AöR 135 (2010), 29.

¹⁴ BVerwG, Beschl. v. 29.3.2007, JZ 2007, 1097 (1099 ff.).

¹⁵ *Masing*, Die Mobilisierung des Bürgers zur Durchsetzung des Rechts, 1997; *Schoch*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR III, 2009, § 50 Rn. 149 ff.; krit. *Nettesheim*, AöR 132 (2007), 333 (354 f.), der die Ausweitung des Kreises der Träger subjektiver Rechtspositionen eher als Folge des individualistischen Ansatzes sieht, den der EuGH mit Blick auf die Stellung des Einzelnen gegenüber der öffentlichen Gewalt vertritt.

Das ist jedoch nur die halbe Wahrheit. Es kommt zwar selten vor, dass die europäischen Gesetzgeber die Rechtsprechung des EuGH korrigieren. Doch hier haben wir ein solches Beispiel mit der Einführung einer Ermessensvorschrift in Art. 24 Luftqualitätsrichtlinie, umgesetzt durch § 47 Abs. 2 BImSchG n.F. und § 28 Abs. 1 der 39. BImSchV. Besteht die Gefahr einer Überschreitung der festgelegten Feinstaubgrenzwerte (PM 10 und PM 2,5), kann die Behörde einen Plan für kurzfristig zu ergreifende Maßnahmen aufstellen. Das muss jedoch zur Bewältigung der Feinstaubbelastung nicht mehr geschehen. Anders liegt es bei der Grenzwertüberschreitung für Schwefeldioxid und Stickstoffdioxid, wo der Anspruch auf Planung bestehen bleibt.

Die Änderung der Richtlinie für die Luftqualitätspolitik mag den besonderen Implementierungsschwierigkeiten der mitgliedstaatlichen Behörden geschuldet sein.¹⁶ Es bedeutet für die Aktionspläne zur Verbesserung der Einhaltung der Feinstaubgrenzwerte jedoch den Verlust des subjektiven Rechts. Was nach deutschem Recht nicht bestanden hat und bestehen konnte, wird jetzt auch nach Unionsrecht nicht mehr gefordert. Denn der Einzelne kann sich auf die Bestimmungen der Richtlinie nur berufen, wenn diese unbedingte und hinreichend genau sind. Das ist bei zwingenden Rechtsvorschriften der Fall, nicht aber bei solchen, die Behörden ein Ermessen einräumen. Selbst eine subjektiv-rechtliche Aufladung eines Anspruchs auf fehlerfreie Ermessensausübung könnte ausscheiden, mag eine Ermessensreduzierung auf Null auch denkbar bleiben.¹⁷ Was lernen wir daraus? Nun, dass die Europäisierung des nationalen Prozessrechts nicht eindimensional in eine Richtung verläuft.¹⁸ Was die Gerichte geben, können die Gesetzgeber wieder nehmen. Für den „implementations-sensiblen“ Feinstaub bewirkte die Änderung der europäischen Luftqualitätspolitik eine Entsubjektivierung bzw. Deaktivierung des Bürgers.¹⁹

3. Trianel-Entscheidung und Umweltverbandsklage

Auf der anderen Seite stellt die unions- und völkerrechtliche angestoßene Objektivierung der Rechtskontrolle mit der Umweltverbandsklage²⁰ eine Herausforderung für den subjektiven Rechtsschutz im deutschen Verwaltungsprozessrecht dar. Bewirkte die Janeczek-Entscheidung ein dogmatisches Überdenken der Vorstellung, es könne kein subjektiv-öffentliches Recht auf Planung geben, so stellt sich in der

¹⁶ Vgl. *Cancik*, ZUR 2011, 283 (285, 294 f.).

¹⁷ *Kahl*, JZ 2010, 718 (719); *Kochl/Braun*, NVwZ 2010, 1199 (1205); *Köck*, in: Giesberts/Reinhardt (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Umweltrecht, BImSchG, § 47 Rn. 22; skeptisch *Sparwasser/Engel*, NVwZ 2010, 1513 (1519 f.).

¹⁸ *Allg. Wahl*, JZ 2012, 861.

¹⁹ *Sparwasser/Engel*, NVwZ 2010, 1513 (1519).

²⁰ Vgl. *Koch*, NVwZ 2007, 369; *Schoch*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR III, 2009, § 50 Rn. 7, 174 ff.

Konstellation der Verbandsklage, wie sie der Trianel-Entscheidung²¹ zugrundeliegt, die noch nicht als erledigt zu betrachtende „Systemfrage“ nach den subjektiv-rechtlichen Grenzen objektiver Rechtskontrolle.

Dass die vom Gesetzgeber gewählte Konstruktion einer „schutznormakzessorischen“ Klage²² in § 2 Abs. 1 UmwRG a.F. unter der Voraussetzung, dass Rechtsvorschriften gerügt werden, die Rechte einzelner begründen, den Vorgaben der Gewährleistung eines „weiten Zugangs zu den Gerichten“ nach Art. 11 UVP-RL widerspricht, war eine im Schrifttum schon länger verbreitete Auffassung.²³ Dasselbe gilt für den entsprechend beschränkten Kontrollmaßstab und -umfang, wie es § 2 Abs. 5 UmwRG a.F. für die Begründetheit der Klage vorsah. Nach der Trianel-Entscheidung des EuGH darf die Rüge von Verstößen gegen Vorschriften des Umweltrechts, die aus dem Unionsrecht hervorgegangen sind, nicht auf Vorschriften beschränkt werden, die Rechte einzelner begründen. Ist eine UVP mit Öffentlichkeitsbeteiligung durchzuführen, muss Umweltverbänden ein eigenes Klagerecht eingeräumt sein. Insoweit konnten sich staatlich anerkannte Umweltverbände (§ 3 UmwRG) zur Begründung ihrer Klagebefugnis mit Blick auf die Einhaltung des unionsrechtlich determinierten Umweltrechts unmittelbar auf die gleichlautenden Regelungen in Art. 11 UVP-RL (ex Art. 10a) und Art. 25 IE-RL (ex Art. 15a IVU-RL) berufen.²⁴

Das reformierte Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz²⁵ sieht den Wegfall der Beschränkung auf grundsätzlich drittsschützende Vorschriften vor. Abgrenzungsprobleme werden dadurch vermieden, dass auch (allein) nationales Umweltrecht zu den rügefähigen Gegenständen der Umweltverbandsklage erklärt wird.²⁶ Zwar scheint sich aus

²¹ EuGH Rs. C-115/09 BUND/Bezirksregierung Arnsberg, Slg. 2011, I-0000 Rn. 45 ff. Zu den Folgen *Berkemann*, DVBl 2011, 1253.

²² Begriff: *Ziekow*, NVwZ 2007, 259 (261).

²³ *Calliess*, NuR 2006, 601 (613); *Ziekow*, NVwZ 2007, 259 (260); *Schmidt/Kremer*, ZUR 2007, 57 (61); *Schlacke*, NuR 2007, 267 (272 f.); *Koch*, NVwZ 2007, 369 (376 ff.); *Wegener*, UTR 98 (2008), 319 (339 ff.); *Fischer-Lescano*, JZ 2008, 373 (378 ff.); *Franzius*, NuR 2009, 384 (386); *Berkemann*, NordÖR 2009, 336 (338); *Schoch*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR III, 2009, § 50 Rn. 181; *Schwerdtfeger*, Der deutsche Verwaltungsrechtsschutz unter dem Einfluss der Aarhus-Konvention, 2010, 277 f.; anders v. *Danwitz*, NVwZ 2004, 272 ff.

²⁴ VGH BW, Urt. v. 20. 7. 2011, ZUR 2011, 600 (601 ff.); BVerwG, Urt. v. 29. 9. 2011, ZUR 2012, 187 (188 ff.); Urt. v. 20. 12. 2011, NVwZ 2012, 573. Auch das OVG NW hat im Ausgangsfall zum Trianel-Kraftwerk § 2 Abs. 1 Nr. 1 UmwRG unangewendet gelassen und die Rüge nach Vorschriften, die keine subjektiven Rechte Einzelner begründen, zugelassen, vgl. OVG NW, Urt. v. 1. 12. 2011, NWVBl 2012, 181; dazu *Durner/Paus*, NuR 2012, 325; *Enderle/Thaysen*, UPR 2012, 173.

²⁵ Art. 1 des Gesetzes zur Änderung der Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer umweltrechtlicher Vorschriften v. 21. 1. 2013. Überblick zu den Änderungen: *Michler*, NuR 2013, 22.

²⁶ *Durner/Paus*, DVBl 2011, 759 (763); *Schlacke*, in: Gärditz (Hrsg.), VwGO, Vorbem. zu §§ 1–6 UmwRG Rn. 61; weitergehend *Wegener*, ZUR 2011, 363 (366); *Bunge*, NuR 2011, 605 (613).

kompetenzrechtlichen Gründen das reformauslösende Trianel-Urteil nur auf europäisches Umweltrecht zu beziehen.²⁷ Eine solche Beschränkung enthält Art. 9 Abs. 2 Aarhus-Konvention jedoch nicht. Aus diesem Grund erstreckt § 2 Abs. 1 UmwRG n.F. die rügefähigen Normen auch auf solche Normen, für die – wie beim Vorsorgegrundsatz nach § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BImSchG – umstritten ist, inwieweit sie aus dem Unionsrecht hervorgegangen sind. Das löst nicht alle Abgrenzungsprobleme, da in der Praxis – zum Beispiel mit Normen des Baurechts – häufig Vorschriften in Frage stehen, die nur mittelbar dem Umweltrecht dienen.²⁸ Insoweit setzt sich die Sektoralisierung des internationalen Umweltrechts auf der nationalen Ebene fort. Stützt sich der Gesetzgeber wie bei der naturschutzrechtlichen Vereinsklage nach § 64 BNatSchG auf die Ausnahmeregelung des § 42 Abs. 2 Var. 1 VwGO, provoziert dies den Vorwurf einer Schiefelage²⁹ und erschwert die Integration in die prozessuale Regel subjektiver Rechte, wie sie gemäß § 42 Abs. 2 Var. 2 VwGO von den Verwaltungsgerichten in Deutschland praktiziert wird.³⁰

Doch auch das ist nur die halbe Wahrheit. Rechtspolitisch wird zwar darüber nachgedacht, den überindividuellen Rechtsschutz im Umweltrecht – oder im Rahmen der Verwaltungsgerichtsordnung³¹ – zu stärken.³² Das setzt indes ein gesetzgeberisches Tätigwerden mit der Schaffung weiterer Ausnahmetatbestände im Sinne des § 42 Abs. 2 Var. 1 VwGO voraus. Ein Sonderregime für den Umweltrechtsschutz mit den Umweltverbänden als „Anwälten der Natur“³³ mag begrüßt werden, zumal empirische Untersuchungen zeigen, dass Verbandsklagen zu keiner inakzeptablen

²⁷ Ob der Vergleich mit Art. 9 Abs. 3 Aarhus-Konvention, der zwar auch nationales Umweltrecht erfasst, aber keine Aufnahme im Unionsrecht gefunden hat, diese Auslegung gebietet, ist umstritten; wie hier *Schwerdtfeger*, EuR 2012, 80 (85 f.); anders *Wegener*, ZUR 2011, 363 (366) mit einer Bindung aus Art. 9 Abs. 2 Aarhus-Konvention auch für nationales Recht.

²⁸ Darauf wird die Begründetheitsprüfung beschränkt, vgl. VGH BW, Urt. v. 20. 7. 2011, ZUR 2011, 600. Allerdings ist die Voraussetzung, dass die in Frage stehende Vorschrift dem Umweltschutz dient, weit zu verstehen. Einen Umweltbezug wird man auch nach der Aarhus-Konvention fordern müssen. Anders wäre es, man würde sich aus eigenem Antrieb zu einer „großen“ Lösung im Rahmen der VwGO entschließen. Dem will der Gesetzgeber – bislang – nicht nachkommen.

²⁹ *Leidinger*, NVwZ 2011, 1345; abl. *Groß*, JURA 2012, 386; *Schlacke*, in: Gärditz (Hrsg.), VwGO, Art. 2 UmwRG Rn. 2.

³⁰ Sieht man in der „Privilegierung“ von Nichtregierungsorganisationen ein Problem, so lasse sich dieses „nicht durch eine hinter die Richtlinienvorgaben zurückbleibende Ausgestaltung der Vereinsklage, sondern nur durch die Beseitigung der Schlechterstellung der Individualkläger“ lösen: *Meßerschmidt*, Europäisches Umweltrecht, 2011, § 8 Rn. 183.

³¹ Z.B. über einen § 42a VwGO, vgl. *Schlacke*, NVwZ 2011, 804 (805). Für rechtspolitisch diskussionswürdig hält eine solche „große“ Lösung *Gärditz*, ZfU 2012, 249 (254).

³² Vgl. *Wegener*, Rechte des Einzelnen (Fn. 8), 295 f. Dafür spricht, dass sich überindividuelle Rechtsbehelfe auch in anderen Rechtsgebieten finden, etwa im Sozial- und Verbraucherschutzrecht, vgl. *Schlacke*, Überindividueller Rechtsschutz, 2008, 129 ff., 336 ff.

³³ BVerwGE 92, 258 (262); *Ziekow/Siegel*, Anerkannte Naturschutzverbände als Anwälte der Natur, 2000; *Fischer-Lescano*, JZ 2008, 373 (377): „Advokatorische Verbandsklage“.

Verzögerung der Zulassung von Industrieanlagen führen, vielmehr eine relativ hohe Erfolgsquote aufweisen und die Behörden anhalten, auch nicht drittschützende Vorschriften mit der gebotenen Sorgfalt anzuwenden.³⁴ Die prozessuale Sonderstellung der Umweltverbände stellt den Individualrechtsschutz nicht in Frage, sondern hilft die Lücken zu schließen, die bei der Durchsetzung des Umweltrechts durch die subjektiv-rechtlichen Beschränkungen der Individualklage entstehen.³⁵ Indem das objektive Umweltrecht einer gerichtlichen Kontrolle unterworfen wird, erhöht sich die Chance auf eine Verringerung von Vollzugsdefiziten, für die nach der Filterfunktion der Klagebefugnis keine Individualkläger zu finden sind. Denn ein effektiver Umweltrechtsschutz hat auch eine demokratische Funktion für die Durchsetzung von Gesetzen.³⁶

An dieser Stelle fragt sich, ob der gewählte Weg zwingend ist. Verlangt die demokratische Funktion des Umweltrechtsschutzes eine Stärkung objektiver Rechtskontrollen, weil anderenfalls die Gesetze leerzulaufen drohen? Zu einer Entobjektivierung der Rechtskontrolle käme man, wenn es gelingen könnte, die entsprechenden Anpassungen durch eine funktionelle Subjektivierung in § 42 Abs. 2 Var. 2 VwGO mit der Folge vorzunehmen, das subjektive Recht auch auf die Durchsetzung von Allgemeininteressen zu beziehen³⁷ und ohne Ausnahmeregelung des Gesetzgebers in der Praxis europäisierter Normanwendung relevant werden zu lassen. Mit anderen Worten: Statt alle Hoffnungen in die Verbandsklage zu investieren³⁸ und diese von der Regel abzuschirmen, könnten im System der verwaltungsprozessualen Verletzenklage die Interessen des Einzelnen am Schutz von Allgemeininteressen als subjektive Rechte anerkannt werden. Dafür reicht die tatsächliche Betroffenheit

³⁴ *Schmidt/Zschiesche/Tryjanowski*, NuR 2012, 77 (80 ff.). Das sieht die Bundesregierung offenbar anders, wenn in der Begründung zum neuen § 4a UmwRG die Sorge formuliert wird, dass „das Instrument der Verbandsklage in der Praxis zu sachlich nicht gerechtfertigten Verzögerungen von Vorhaben instrumentalisiert“ werden könne, vgl. BT-Drs. 17/10957, 17.

³⁵ Statt vieler *Schlacke*, Überindividueller Rechtsschutz (Fn. 34), 482 f. Auch die im Trianel-Verfahren von der Kommission vorgeschlagene erweiterte Auslegung der „Rechte Einzelner“ im Einzelfall reicht wie die unionsrechtskonforme Auslegung dem EuGH zufolge nicht aus, den Verbänden einen voraussetzungslosen Zugang zu Rechtsschutzverfahren zu gewähren, zust. *Schwerdfeger*, EuR 2012, 80 (87 f.); vorher bereits *Niederstadt/Weber*, NuR 2009, 297 (302 f.); *Franzius*, NuR 2009, 384 (387).

³⁶ *Wegener*, Rechtsschutz für gesetzlich geschützte Gemeinwohlbelange als Forderung des Demokratieprinzips?, in: Bertschi u. a. (Hrsg.), Demokratie und Freiheit, 1999, 19; *Krüper*, Gemeinwohl im Prozess (Fn. 9), 175 ff.; *Franzius*, NuR 2009, 384 (386); *Groß*, Die Verwaltung 43 (2010), 349 (371); anders *Nettesheim*, AöR 132 (2007), 333 (356), demzufolge die Schutznormtheorie „auf guten demokratisch-funktionalen Gründen“ beruhe.

³⁷ *Hong*, JZ 2012, 380 (384); *Krüper*, Gemeinwohl im Prozess (Fn. 9), 169, 184 f., 212 ff. Angeschlossen werden kann damit an das unionsrechtliche Konzept funktionaler subjektiver Rechte, dazu *Ruffert*, Subjektive Rechte im Umweltrecht der europäischen Gemeinschaften, 1996, 83 ff., 220 ff. Anders als es den Anschein haben könnte, legt das Unionsrecht seinem Verständnis des Bürgers in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen weniger den *bourgeois* als vielmehr den *citoyen* zugrunde.

³⁸ So auch *Ekaradt*, NVwZ 2012, 530 (532). Empirisches Wissen kann verhindern, dass verfassungsrechtliche Argumente der „Waffengleichheit“ ideologisch überhöht werden.

nicht aus. Aber die Beschränkung auf personale Rechtsgüter wäre vor dem Hintergrund des weitergehenden Verständnisses, wie es individuellen Rechten im Unionsrecht zugesprochen wird, zu hinterfragen.³⁹ Subjektive Rechte dürften nicht länger als Ersatz, sondern müssten als Ausdruck demokratischer Teilhabe verstanden werden. Sie umfassen dann prinzipiell auch solche Rechte, die das Interesse der Einzelnen an der Wahrnehmung öffentlicher Interessen anerkennen und sie zu deren Durchsetzung ermächtigen. Trotz aller Hindernisse, die einem solchen Umbau der Dogmatik im Weg stehen, hat die *materielle* Lösung, wie sie auch dem Anspruch nach § 3 UIG zugrundeliegt, gewisse Vorzüge gegenüber der auf § 42 Abs. 2 Var. 1 VwGO gestützten, lediglich Rechte auf Rechtsschutz normierenden *prozessualen* Lösung.⁴⁰ Es würde zu einer Annäherung der Klagerechte führen und vermeiden, dass subjektiver Rechtsschutz und objektive Rechtskontrolle gegeneinander ausgespielt werden. Im Modell der Verletztenklage hieße das: Es liegen „materialisierte“ subjektive Rechte vor, die auf die Einhaltung der jeweiligen Norm gerichtet sind.⁴¹

Festzuhalten verdient, dass diese Entscheidung nicht unionsrechtlich vorgegeben ist, sondern aus der Perspektive des nationalen Umwelt- bzw. Prozessrechts getroffen wird. Zwar eröffnet Art. 9 Abs. 3 Aarhus-Konvention nicht bloß Mitgliedern der „betroffenen“ Öffentlichkeit, sondern jeder Person die Möglichkeit der Anfechtbarkeit der Rechtmäßigkeit von Umweltentscheidungen. Die Vorschrift steht aber unter dem doppelten Vorbehalt eines Anknüpfungspunkts im nationalen Prozessrecht und der bislang fehlenden Umsetzung im Unionsrecht.⁴² Daran ändert die Entscheidung des EuGH zum „Slowakischen Braunbären“⁴³ nichts. Hier wurde aus der prozessual

³⁹ Siegel, DÖV 2012, 709 (710) spricht von einem „Drei-Schichten-Modell“ klagefähiger Positionen. Danach bilden die engste Schicht die Rechte nach der Schutznormlehre, die durch das Unionsrecht aufgeladen, mit Durchsetzungsansprüchen aus dem unionsrechtlichen Effektivitätsprinzip aber bereits verlassen werde.

⁴⁰ Vgl. Hong, JZ 2012, 380 (384 f., 388); *Schwerdtfeger*, Verwaltungsrechtsschutz (Fn. 24), 222 ff.; *Scherzberg*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allg. VerwR, § 12 Rn. 40. Zur Aufgabe des Kriteriums eines von der Allgemeinheit hinreichend „abgrenzbaren Personenkreises“ im Rahmen der Schutznormlehre *Groß*, Die Verwaltung 43 (2010), 349 (358 f.); für das Immissionschutzrecht *Koch*, in: ders. (Hrsg.), Umweltrecht, 3. Aufl. 2010, § 4 Rn. 211.

⁴¹ *Masing*, Mobilisierung, 225 ff.; *ders.*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR I, 2. Aufl. 2012, § 7 Rn. 93a ff., 112 ff. spricht von „prokuratorischen“ Rechten. Sie konkretisieren die Freiheit des citoyen, sich öffentliche Interessen zu eigen zu machen, begründen aber keinen allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruch. Die von Hong, JZ 2012, 380 (388) kritisierte „rechtsdogmatische Denksperre“ macht das Resümee von *Steinbeiß-Winkelmann*, NJW 2010, 1233 (1238) deutlich, wonach die Umweltverbandsklage eine sympathische, aber systematisch fremde Figur sei.

⁴² Zur Relevanz der Vorschrift für das Unionsrecht *Radespiel*, EurUP 2011, 238 ff. Für das inner-staatliche Umweltrecht hat Art. 9 Abs. 3 – anders als Art. 9 Abs. 2 Aarhus-Konvention – eingeschränkte, aber nicht keine Bedeutung, vgl. *Schwerdtfeger*, Verwaltungsrechtsschutz (Fn. 24), 286 ff.

⁴³ EuGH, Urt. v. 8.3.2011, Rs. C-240/09 Lesoochranárske zoskupenie, Slg. 2011, I-0000 Rn. 49 f.; krit. *Wegener*, ZUR 2011, 363 (366); *Schink*, DÖV 2012, 622 (624 ff.). Der Verpflichtungsgrad von Art. 9 Abs. 3 ist schwächer als Art. 9 Abs. 2 Aarhus-Konvention und

aufgeladenen Habitatrichtlinie⁴⁴ das Recht eines Umweltverbandes hergeleitet, die Beteiligung am Verwaltungsverfahren gerichtlich erzwingen zu können.⁴⁵ Dass sich aus Richtlinien ohne die Restriktionen der Schutznormlehre auch Rechte des Einzelnen ergeben können, ist unbestritten.⁴⁶ Mag im Prozessrecht, wie die Fiktion der Rechtsverletzung für Umweltverbände in Art. 9 Abs. 2 UAbs. 2 Aarhus-Konvention mit ihrer Umsetzung durch Art. 11 Abs. 3 UVP-RL⁴⁷ zeigt, eine Differenzierung zu anders zu behandelnden Individualklagen naheliegen, so ist das im materiellen Recht nach der wirkungsbezogenen Konzeption umweltbezogener Richtlinien⁴⁸ regelmäßig nicht möglich: Alle von einer Richtlinie in ihren Rechten erfassten Personen müssen im Ergebnis vor den nationalen Gerichten klageberechtigt sein.⁴⁹

zwingt die Vertragsstaaten nicht zur Einführung eines innerstaatlichen Verbandsklagerechts, so wohl auch *Schlacke*, in: Gärditz (Hrsg.), VwGO, Vorbem. zu §§ 1–6 UmwRG Rn. 9.

⁴⁴ Das wirklich Neue an der Entscheidung liegt *Berkemann*, DVBl 2011, 1253 (1256 f.) zufolge darin, dass der EuGH zur Kompetenz der Union für die Umweltpolitik „auf einem hohen Schutzniveau“ (Art. 191 Abs. 2 AEUV) das Prozessrecht funktional dazu rechnet. Das ist kompetenzrechtlich und de-mokratietheoretisch nicht unproblematisch, hat der Vorschlag der Kommission für eine Art. 9 Abs. 3 Aarhus-Konvention umsetzenden Klageberechtigungsrichtlinie – KOM (2003) 624 endg. v. 14. 10. 2003 – doch nicht die Zustimmung im Rat und Europäischen Parlament gefunden. Die Kommission bereitet eine Gerichtszugangsrichtlinie vor, hat einen Vorschlag bislang aber nicht vorgelegt.

⁴⁵ Weitergehend im Sinne eines umfassenden Klagerechts für Luftreinhaltepläne VG Wiesbaden, Urt. v. 10. 10. 2011, ZUR 2012, 113 (115 f.) und Urt. v. 16. 8. 2012, 4 K 165/12.WI Rn. 36 ff. mit der Zulassung der Sprungrevision zum BVerwG; VG München, Urt. v. 9. 10. 2012, M 1 K 12.1046 Rn. 25 ff.; s. auch HessVG, Beschl. v. 19. 3. 2012, 9 B 1916/11 Rn. 39 für die Antragsbefugnis einer Gemeinde. Danach wird der Gerichtszugang im Lichte der Aarhus-Konvention und der EuGH-Rechtssprechung nicht mehr an die Restriktionen der Schutznormlehre geknüpft.

⁴⁶ Zu Spielräumen der Richtlinienumsetzung *Nettesheim*, AöR 132 (2007), 333 (360 ff.).

⁴⁷ Zur Verstärkerwirkung des Unionsrechts für völkerrechtliche Pflichten *Rossi*, Europäisiertes internationales Umweltverwaltungsrecht, in: Möllers/Voßkuhle/Walter (Hrsg.), Internationales Verwaltungsrecht, 2007, 165 (171 ff.). Das Unionsrecht verlangt keine Abstützung prozessualer Rechte in materiellen Rechten. Es spricht Ergebnisverpflichtungen aus, die auch durch ein allein prozessuales Klagerecht erfüllt werden können. Ob aus der Fiktion der Rechtsverletzung für Umweltverbände zu folgern ist, dass sie als Träger solcher subjektiver Rechte zu gelten haben, wie sie das Modell der Verletztenklage zur Voraussetzung der Klagemöglichkeit erklärt, ist unsicher. Einen unionsrechtlichen Zwang, diese Rechte als „materielle prokuratorische Rechte auf Normwahrung oder Normvollziehung“ den subjektiven Rechten des § 42 Abs. 2 Var. 2 VwGO zuzuordnen, gibt es entgegen *Hong*, JZ 2012, 380 (388) nicht. Das ändert nichts an der Tatsache, dass eine solche Einstufung zur Vermeidung eines „gespaltenen Zugangs“ aus der Sicht des deutschen Verwaltungsrechts vorteilhaft ist.

⁴⁸ Vgl. *Ruffert*, DVBl 1998, 69 (74); *Winter*, NVwZ 1999, 467 (470).

⁴⁹ Die EuGH-Rechtssprechung schwankt zwischen der Individualisierung des objektiven Rechts und der Instrumentalisierung subjektiver Rechte für die Durchsetzung des Unionsrechts, vgl. *Wysk*, in: ders. (Hrsg.), VwGO, 2011, Art. 42 Rn. 107–109. Dagegen lässt sich nicht pauschal der Grundsatz der mitgliedstaatlichen Verfahrensautonomie (Art. 291 Abs. 1 AEUV) ins Feld führen und als Kompetenzgrenze mit „Souveränitätsargumenten“ überhöhen. Jede föderale Ordnung ist mit *Lerche*, VVDStRL 21 (1964), 66 (84 ff.) auf ein gewisses Maß an Verfahrenshomogenität angewiesen.

III. Stärkung des Verfahrensrechtsschutzes?

1. Prozeduralisierung des Umweltrechts

Eine andere Frage betrifft die Relation zwischen erweiterten Rügemöglichkeiten auf der einen Seite und Reduzierungen der gerichtlichen Kontrolldichte auf der anderen Seite.⁵⁰ Letzteres wird als Konsequenz aus der Trianel-Entscheidung des EuGH aus Gründen der „Waffengleichheit“ gefordert und in § 4a UmwRG mit dem Ziel aufgenommen, einen „Ausgleich zwischen der umweltrechtsschützenden Zielsetzung von Verbandsklagen einerseits und den Belangen der von Verbandsklagen Betroffenen andererseits“ herzustellen.⁵¹

Das Umweltrecht räumt der Verwaltung eine Vielzahl von Ermessens- und Gestaltungsspielräumen ein, die eine weitergehende Zurücknahme der Kontrolldichte zweifelhaft erscheinen lassen.⁵² Mit der Erweiterung der Verbandsklagerechte wächst die *Kontrollbreite* der Gerichte, die auch die behördliche Einhaltung des objektiven Umweltrechts zu überprüfen haben. Damit ist noch nicht gesagt, ob die praktizierte *Kontrolltiefe* im deutschen Verwaltungsrechtsschutz aufrechterhalten bleiben kann. Das hat jedoch weniger mit den erweiterten Zugangsmöglichkeiten der Öffentlichkeit als vielmehr damit zu tun, dass der Gesetzgeber vermehrt auf verfahrensrechtliche Steuerungen setzt, die Problemlösung gedanklich nicht vorwegnimmt und nur begrenzt Rechtmäßigkeitsmaßstäbe für die gerichtliche Kontrolle bereitstellt.⁵³

⁵⁰ Zur Verknüpfung von Klagebefugnis und Kontrolldichte *Steinbeiß-Winkelmann*, NJW 2010, 1233 (1237f.) im Anschluss an *Wahl*, Klagebefugnis und Kontrolldichte: Änderung in der Konzeption des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes?, in: Kluth/Rennert (Hrsg.), *Entwicklungen im Verwaltungsprozessrecht*, 2009, 53 (59 ff.), der sich allerdings gegen die „Kompensationsthese“ ausspricht. Die in § 4a UmwRG wieder aufgegriffene Verbindung von erleichtertem Gerichtszugang und geringerer Kontrolldichte lag bereits §§ 43 f. UGB-KomE zugrunde, traf jedoch schon damals auf Kritik, vgl. *Winter*, NVwZ 1999, 467 (474) mit der Empfehlung, sich auf die Kernfragen der Streitigkeit zu konzentrieren.

⁵¹ So die Begründung der Bundesregierung, BT-Drs 17/10957, 17; krit. *Schlacke*, in: Gärditz (Hrsg.), *VwGO*, Vorbem. zu §§ 1–6 UmwRG Rn. 67.

⁵² *Köck/Salzborn*, ZUR 2012, 203 (207). Von der „Gretchenfrage nach der Kontrolldichte“ sprechen *Durner/Paus*, NuR 2012, 325 (327) mit Blick auf das abschließende Urteil des OVG NW im Trianel-Verfahren (Urt. v. 1.12.2011, NWVBl 2012, 181), das mit 181 Urteilsseiten „eine bislang kaum gekannte Kontrolltiefe“ erreicht habe. Die gesetzliche Zurücknahme der gerichtlichen Kontrolle bedarf freilich eines hinreichend gewichtigen, am Grundsatz eines wirksamen Rechtsschutzes ausgerichteten Sachgrundes, vgl. BVerfG, 1 BvR 857/07 v. 31.5.2011, NVwZ 2011, 1062 (1065). Ob ein sachlicher Grund für die neuen Regelungen in § 4a UmwRG besteht, kann bezweifelt werden.

⁵³ Zur Verklammerung von Verfahrenssteuerung und materieller Kontrolldichte *Wahl*, DVBl 2003, 1285; *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee (Fn. 7), 4. Kap. Rn. 75, 6. Kap. Rn. 149; *Schwarze*, Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahrensrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz, 1974.

Hier knüpft die Prozeduralisierungsthese an.⁵⁴ Sie besagt, dass in dem Maße, wie materielle Maßstäbe fehlen, unsicher oder umstritten sind, den Verfahren eine besondere Funktion in der Erzeugung des materiellen Rechts zukommt.⁵⁵ Deshalb wird eine wichtige Funktion des Verwaltungsverfahrens darin gesehen, das für die Sachentscheidung erforderliche Wissen zu generieren.⁵⁶ Verfahren kommt ein Eigenwert als Rechtserzeugungsverfahren unter Unsicherheitsbedingungen zu. Denn ist sicher, dass es auch nach der verfahrensabschließenden Entscheidung keine restlose Gewissheit geben kann, bleibt für die Erkenntnis der richtigen Entscheidung kein Raum. Das kann für die gerichtliche Kontrolle nicht folgenlos bleiben und macht Forderungen nach einem stärkeren Verfahrensrechtsschutz plausibel. Damit ist noch nicht gesagt, dass die erhöhte Beachtlichkeit von Verfahrensfehlern eine Reduzierung der materiellen Ergebniskontrolle durch die Gerichte gebietet. Die Zurücknahme materieller Kontrollen stößt in der Praxis auf wenig Gegenliebe⁵⁷ und ist auch unionsrechtlich nicht geboten.⁵⁸ Normativ erwünschten Steuerungswirkungen von Verfahren in komplexen Entscheidungssituationen dürften die Verwaltungsgerichte bei der Überprüfung der Sachentscheidung durch eine faktische Reduzierung der *Kontrollintensität* ausreichend Rechnung tragen können.⁵⁹ Jedenfalls müssen unionsrechtlich gebotenen Erweiterungen der Kontrollbreite keine Erweiterungen der Kontrolltiefe korrespondieren.

⁵⁴ Zur „Auflösung materieller Steuerungsformen in Prozeduralität“ *Quabeck*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010, 230 ff.; *Franzius*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR I, 2. Aufl. 2012, § 4 Rn. 54a.

⁵⁵ Das entspricht dem unionsrechtlichen Verfahrensverständnis mit der Einschränkung, dass sich weder der Vorrang der Ergebnisfixierung des deutschen Verwaltungsrechts auf Dauer halten noch deren prinzipieller Nachrang gegenüber der Verfahrensgerechtigkeit und -kontrolle proklamieren lassen dürfte, ähnlich *Kahl*, Die Verwaltung 42 (2009), 463 (474).

⁵⁶ Ausf. *Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009.

⁵⁷ BVerwGE 100, 238 (243 ff.). Die Gerichte sehen das Problem. Behandelt wird es aber vom Normalfall der Ergebniskontrolle aus. Verdient die materielle Rechtskontrolle mit dem Hinweis auf Art. 19 Abs. 4 GG keine Abschwächung, kann es auf der verfahrensrechtlichen Seite keine Zugeständnisse geben. Im Anschluss an § 2 Abs. 3 BauGB wäre immerhin eine Vermutungsregel denkbar: Ist das Verfahren fehlerfrei durchgeführt worden, besteht eine Vermutung für die materielle Richtigkeit.

⁵⁸ Gegen eine Verallgemeinerung *Fehling*, VVDStRL 70 (2011), 278 (304 ff., 328 f.). Dass sich weite Teile des Verwaltungsrechts der umfassenden materiellrechtlichen Determinierung (mit dem Erhalt einer entsprechend hohen Kontrolldichte) entziehen, zeige lediglich, dass „theoretisch nur zweitbeste Lösungen bei pragmatischer Betrachtung gelegentlich überlegen sein“ können.

⁵⁹ Vgl. *Wahl*, Kagebefugnis und Kontrolldichte (Fn. 52), 53 mit Kritik an der zu einfachen Annahme eines Kompensationsverhältnisses zwischen (mehr) Klagebefugnis und (weniger) Kontrolldichte. Eine andere Frage ist es, ob mit der (unionsrechtlichen) Aufwertung des Verfahrensrechts eine hohe Kontrolltiefe des im Verwaltungsverfahren unter dessen Eigenrationalitäten herzustellenden Ergebnisses erhalten bleiben kann, vgl. *Schwerdtfeger*, Verwaltungsrechtsschutz (Fn. 24), 242 f.; *Franzius*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR I, 2. Aufl. 2012, § 4 Rn. 54b.

2. UVP-Verfahrensfehler und Kausalitätsrechtsprechung

Wenn es richtig ist, dass sich der Umweltrechtsschutz auf die Sicherung von Verfahrensrechten erstrecken muss, weil das materielle Recht zu einem guten Teil erst durch das Verfahren hervorgebracht wird, dann rückt die Frage nach der Rügefähigkeit von UVP-Verfahrensfehlern in den Vordergrund. § 4 Abs. 1 UmwRG beschränkt ihre Aufwertung zu absoluten Verfahrensfehlern⁶⁰ und den Aufhebungsanspruch unter Verdrängung des § 46 VwVfG mit der Frage, ob die Entscheidung in der Sache ohne den Fehler anders ausfallen wäre, auf das gänzliche Ausbleiben einer erforderlichen UVP oder Vorprüfung im Einzelfall. Diese restriktive Regelung zur Rügefähigkeit von Verfahrensfehlern trifft seit langer Zeit auf Kritik, wird für unionsrechtswidrig gehalten⁶¹ und hat den 7. Senat des BVerwG bewogen, dem EuGH die Frage vorzulegen, inwieweit bei der für möglich gehaltenen Rüge von Teilverstößen⁶² an der verwaltungsgerichtlichen Kausalitätsrechtsprechung⁶³ festgehalten werden kann.⁶⁴ Nicht jeder noch so geringe Fehler wird zur Aufhebung der Sachentscheidung führen können, wohl aber wesentliche Verfahrensfehler.⁶⁵ Das war die ur-

⁶⁰ Zur Unterscheidung zwischen absoluten und relativen Verfahrensrechten *Wahl/Schütz*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 42 Abs. 2 Rn. 72 ff.

⁶¹ Vgl. *Schmidt/Kremer*, ZUR 2007, 57 (62); *Schwerdtfeger*, Verwaltungsrechtsschutz (Fn. 24), 132 f., 204, 244 ff.; *Schlacke*, in: Gärditz (Hrsg.), VwGO, § 4 UmwRG Rn. 46; anders *Quabeck*, Dienende Funktion (Fn. 58), 274 ff.; *Fehling*, VVDStRL 70 (2011), 278 (311).

⁶² Zurückhaltend die bisherige Rechtsprechung, vgl. OVG NW, Beschl. v. 15.9.2008, 8 B 900/08 Rn. 35 f.; NdsOVG, Beschl. v. 21.10.2008, 7 ME 170/07 Rn. 26 ff.; HessVGH, Urt. v. 16.9.2009, ZUR 2010, 46 ff.; Urt. v. 25.9.2009, 6 C 1600/07, Rn. 10–12.

⁶³ Zur „Neujustierung“ dieser Rechtssprechung *Murswiek/Ketterer/Sauer/Wöckel*, Die Verwaltung 44 (2011), 235 (252 f.) mit dem Hinweis auf BVerwGE 130, 83 (98); 132, 123 (127), wonach „das Erfordernis der konkreten Kausalität ein Stück weit vom Einzelfall gelöst und abstrahiert“ worden sei.

⁶⁴ BVerwG, Beschl. v. 10.1.2012, NVwZ 2012, 448 mit einer Zusammenfassung der Rechtsprechung, für die sich der 7. Senat „Rückendeckung“ durch den EuGH zu versprechen scheint, so *Kment*, NVwZ 2012, 481 (483). Auch der 9. Senat misst Verfahrensfehler, die nicht unter § 4 Abs. 1 UmwRG fallen, an § 46 VwVfG, vgl. BVerwG, Urt. v. 24.11.2011, NVwZ 2012, 557 (558). Noch strenger für die Klagebefugnis der Gemeinde, die auch Fehler im Sinne des § 4 Abs. 1 UmwRG nur im Falle der Geltendmachung der Verletzung eines materielles Rechts rügen können soll: NdsOVG, Urt. v. 8.5.2012, ZUR 2012, 562 (563); a.A. HessVGH, Beschl. v. 19.3.2012, 9 B 1916/11 Rn. 34 ff.; *Ogorek*, NVwZ 2010, 401 (402 f.); *Schlacke*, in: Gärditz (Hrsg.), VwGO, § 4 UmwRG Rn. 42.

⁶⁵ So auch *Kment*, NVwZ 2007, 274 (277 f.); *Gärditz*, EurUP 2010, 210 (216); *Kahl*, NVwZ 2011, 448 (451); *Siegel*, DÖV 2012, 709 (714 f.); *Groß*, in: Hansmann/Sellner (Hrsg.), Grundzüge des Umweltrechts, 4. Aufl. 2012, 1221 f. Einen wesentlichen Verfahrensfehler dürfte zum Beispiel die Nichtdurchführung der gebotenen UVP-Öffentlichkeitsbeteiligung darstellen, a.A. HessVGH, Urt. v. 16.9.2009, NuR 2010, 438. Ob angesichts des klaren Wortlauts eine unionsrechtskonforme Auslegung möglich ist, wird man als fraglich bezeichnen müssen.

sprüngliche Intention des Gesetzgebers⁶⁶ mit dem Vorteil einer Anpassungsflexibilität für unionsrechtliche Vorgaben.⁶⁷ Demgegenüber ist der Reformgesetzgeber deutlich zurückhaltender. Erweitert wird in § 4 Abs. 1 S. 2 UmwRG n.F. lediglich der Kreis der beiden rügefähigen UVP-Verfahrensfehlertypen um solche Fehler einer Vorprüfung des Einzelfalls, die nicht dem Maßstab von § 3a S. 4 UVPG⁶⁸ genügen. Hierdurch mag eine bestehende Widersprüchlichkeit⁶⁹ beseitigt werden, mit der Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle auf die Frage, ob das Ergebnis nachvollziehbar ist, aber eine neue Angriffsfläche geschaffen.⁷⁰ Es bleiben Zweifel, ob mit diesem Maßstab den Anforderungen an die verfahrensrechtliche Überprüfbarkeit von Umweltentscheidungen nach Art. 11 UVP-RL und Art. 25 IE-RL hinreichend Rechnung getragen ist.⁷¹

Die Bundesregierung hatte im Trianel-Verfahren vor dem EuGH erfolglos argumentiert, die im europäischen Vergleich besonders hohe Kontrolldichte im Verwaltungsprozess rechtfertige eine restriktive Ausgestaltung des Zugangs zu den Gerichten.⁷² Dieses Kompensationsargument scheint der Gesetzgeber in der umgekehrten Richtung wieder aufzugreifen, wenn in § 4a Abs. 2 UmwRG die Kontrolle von Vorschriften, die eine Beurteilungsermächtigung an die Verwaltung enthalten, auf eine

⁶⁶ § 3 Abs. 1 des Gesetzentwurfs über ergänzende Vorschriften zu Rechtsbehelfen in Umweltangelegenheiten nach der RL 2003/35/EG (Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz) v. 21.2.2005, abgedruckt in: *Durner/Walter*, Rechtspolitische Spielräume bei der Umsetzung der Aarhus-Konvention, 2005, 176 f.; s. auch den Beschluss des Bundesrates v. 21.9.2012, BR-Drs 469/12, 3.

⁶⁷ *Kleesiek*, Zur Problematik der unterlassenen Umweltverträglichkeitsprüfung. Zugleich eine Untersuchung zur Vereinbarkeit des § 46 VwVfG mit dem europäischen Gemeinschaftsrecht, 2010, 260 ff.

⁶⁸ Danach haben Gerichte die UVP-Vorprüfung des Einzelfalls auf Fehler nur darauf zu überprüfen, ob die Vorprüfung entsprechend den Vorgaben von § 3c UVPG durchgeführt worden ist und ob das Ergebnis „nachvollziehbar“ ist.

⁶⁹ Im Sinne einer erweiterten Auslegung angedeutet von OVG SH, Urt. v. 9.7.2010, NVwZ-RR 2011, 9. Von einem „Regelungswiderspruch“ spricht *Kment*, in: *Hoppe/Beckmann* (Hrsg.), UVPG, 4. Aufl. 2012, § 4 UmwRG Rn. 12; anders *Schlacke*, in: *Gärditz* (Hrsg.), VwGO, § 4 UmwRG Rn. 18.

⁷⁰ Wenig Problembewusstsein OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 29.7.2010, OVG 11 S 45/09 Rn. 11; OVG Hamburg, Beschl. v. 24.2.2010, UPR 2010, 455. Ein Leerlaufen der Kontrolle prognostiziert *Michler*, NuR 2013, 22 (24).

⁷¹ Zweifelnd auch *Berkemann*, NuR 2011, 780 (787); *ders.*, in: Berliner Online-Beiträge zum Europarecht, Nr. 71, 4 f.; *Schlacke*, in: *Gärditz* (Hrsg.), VwGO, Art. 4 UmwRG Rn. 8, 46 ff. Die Kommission hat wegen der restriktiven Regelung des § 4 Abs. 1 UmwRG ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland eingeleitet, vgl. KOM Nr. 2007/4267 C (2012) 6581 endg v. 27.9.2012.

⁷² Vgl. Schlussanträge von GA'in *Sharpston* v. 16.12.2011 in der Rs. C-115/09 BUND/Bezirksregierung Arnberg, Slg. 2011, I-0000 Rn. 76 ff. mit dem Bild, die hohe Kontrolldichte helfe wie ein Ferrari mit verschlossenen Türen wenig, wenn das System als solches für bestimmte Klagen gar nicht zugänglich sei.

Plausibilitätsprüfung beschränkt wird.⁷³ Damit sollen ausweislich der Gesetzesbegründung⁷⁴ keine Beurteilungsspielräume festgeschrieben werden, die über die anerkannten Prüfkriterien der Rechtsprechung, etwa zu Prognoseentscheidungen und Risikobewertungen, hinausgehen. Mehr als einen (überflüssigen) Verweis auf die bestehende Rechtsprechung wird man der Vorschrift kaum entnehmen dürfen.⁷⁵ Anders sieht es mit Minimalumsetzungen europäischer Vorgaben aus. Sie erhöhen wie § 4 Abs. 1 UmwRG, der sich auf die Umsetzung der Wells-Entscheidung des EuGH⁷⁶ beschränkt, das Risiko neuer Verurteilungen durch den EuGH. Dieser macht in jüngeren Entscheidungen deutlich, dass er bei der Kontrolle der Umsetzung der völker- und unionsrechtlichen Vorgaben an die Mitgliedstaaten mit dem Ziel, die materiellrechtliche und – ohne textliche Einschränkungen – verfahrensrechtliche Rechtmäßigkeit von umweltrelevanten Entscheidungen, Handlungen oder Unterlassungen anfechten zu können, nur begrenzt auf die Traditionen in den nationalen Prozessordnungen Rücksicht zu nehmen bereit ist.⁷⁷ Die Rechtsprechung des EuGH ist zwar nicht über jede Kritik erhaben.⁷⁸ Häufig geht es aber, wie das Urteil zum „Slowakischen Braunbären“ zeigt, weniger um die Entscheidung als solche, sondern vielmehr um überschießende Interpretationen, die in die Entscheidung mehr hineinlesen als der Verfahrensgegenstand hergibt.⁷⁹

3. Personelle Reichweite der Klagerechte

Als „vertrackt“ stellt sich die personelle Reichweite der Klagerechte dar. Der Gesetzgeber hält mit dem neuen Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz an der Konzeption fest, kein Sonderrecht für Umweltverbände schaffen zu wollen, sondern zur Vermeidung einer für prolematisch gehaltenen „Privilegierung“ der Verbände mit den allgemei-

⁷³ Grundlegende Bedenken formuliert der Bundesrat in seiner Stellungnahme v. 21.9.2012, BR-Drs. 469/12, 4 ff.

⁷⁴ BT-Drs. 17/10957, 18.

⁷⁵ So auch *Schlacke*, in: Gärditz (Hrsg.), VwGO, Vorbem. zu §§ 1–6 UmwRG Rn. 72. Treffend der Bundesrat in seiner Stellungnahme v. 21.9.2012, BR-469/12, 6: „Diese Bestimmung ist überflüssig, gesetzssystematisch falsch positioniert und geeignet, Missverständnisse über die Einführung eines speziellen umweltrechtlichen Kontrollmaßstabs bei Beurteilungsspielräumen zu schaffen.“

⁷⁶ EuGH, Urt. v. 7.1.2004, Rs. C-201/02 Wells, Slg. 2004, I-723 Rn. 57.

⁷⁷ So die überwiegende Einschätzung im Schrifttum, vgl. *Wegener*, UTR 98 (2008), 319 (345 f.); *Durner/Paus*, DVBl 2011, 757 (763); *Schlacke*, in: Gärditz (Hrsg.), VwGO, Vorbem. zu §§ 1–6 UmwRG Rn. 76 mit dem Hinweis auf EuGH, Urt. v. 15.10.2009, Rs. C-263/08 Djurgården und EuGH, Urt. v. 8.3.2011, Rs. C-240/09 Lesoochranárske zoskupenie.

⁷⁸ Art. 9 Abs. 2 Aarhus-Konvention spricht von materiellrechtlicher und verfahrensrechtlicher Rechtmäßigkeit, enthält aber anders als Art. 9 Abs. 3 Aarhus-Konvention keine ausdrückliche Beschränkung auf das Umweltrecht. Deshalb erscheint eine weite Auslegung möglich.

⁷⁹ Ähnlich *Schink*, DÖV 2012, 622 (627 ff.), der sich jedoch anders als hier gegen eine Interpretation individueller Verfahrensrechte als subjektive Rechte im Sinne des § 42 Abs. 2 VwGO ausspricht.

nen Regeln des Verwaltungsprozessrechts kompatible Rechtsbehelfe einzurichten. An diesem Anspruch müssen sich die Regelungen messen lassen.⁸⁰

In der Subjektivierung des objektiven Rechts kommt dies zum Ausdruck. Ein bekanntes Beispiel ist die Subjektivierung von Verfahrenspositionen durch die Anerkennung eines absoluten Beteiligungsrechts von Naturschutzvereinen. Den Rückgriff auf den Ausnahmetatbestand des § 42 Abs. 2 Var. 1 VwGO hält das BVerwG für entbehrlich, da hinter dem Beteiligungsrecht eine materielle Position stehe, deren Schutz und Durchsetzung das Beteiligungsrecht diene.⁸¹ Schwieriger sind die Verfahrensrechte nach § 4 Abs. 1 UmwRG einzuordnen, die über § 4 Abs. 3 UmwRG und § 61 Nr. 1 VwGO auf natürliche Personen erstreckt werden. Danach schließt die Qualifizierung als Verfahrensrecht die Anerkennung als subjektives öffentliches Recht nicht länger aus. Nicht nur dort, wo ein materieller Anspruch besteht, kann die Einordnung als subjektives Recht geboten sein. Das Argument, wonach der Kreis der Klageberechtigten schmal gehalten sein muss, damit eine effektive Durchsetzungschance vor Gericht erhalten bleibt, überzeugt nicht. Gelangt der Gesetzgeber zu der Überzeugung, dass bestimmte Interessen von jedermann durchgesetzt werden sollen, können dieser Entscheidung nicht vordemokratische Argumente entgegengehalten werden.⁸² Nicht immer ist jedoch eine klare Entscheidung des Gesetzgebers nachweisbar. So liegt es bei § 4 Abs. 3 UmwRG.⁸³

§ 4 Abs. 1 UmwRG normiert wesentliche Verfahrensfehler, die zur Aufhebung der Sachentscheidung führen, sagt aber nicht, *wem* der Aufhebungsanspruch zusteht. Es war offen, inwieweit die Rüge von Verfahrensfehlern nach § 4 Abs. 1 UmwRG eine drittschützende Vorschrift nach § 2 Abs. 1 UmwRG a.F. zur Voraussetzung hat. Die Vorschrift schaffe keine neuen Rechtsbehelfe, auf die neben den anerkannten Umweltverbänden andere Personen diesseits einer möglichen Rechtsverletzung zugreifen dürften.⁸⁴ Jedoch kann der mit dem Hinweis auf die „dienende Funktion“ des Verwaltungsverfahrens begründete Ausschluss der Rügefähigkeit von Verfah-

⁸⁰ Da § 4a UmwRG mit dem Versuch, die gerichtliche Kontrolldichte für Umweltentscheidungen herabzusetzen, auch für Individualkläger gilt, greifen insoweit die Schranken des Art. 19 Abs. 4 GG.

⁸¹ So für § 29 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG a.F. BVerwGE 87, 62 (72 f.). Die Rolle als Sachwalter des Umweltschutzes rechtfertigt es, die Verbandsbeteiligung als selbständig durchsetzbares subjektives Recht zu qualifizieren, vgl. BVerwGE 105, 348 (349 f.).

⁸² Zutreffend *Ekardt*, *Der Staat* 44 (2005), 622 (631).

⁸³ Zum Streitstand *Schwerdtfeger*, *Verwaltungsrechtsschutz* (Fn. 24), 89 ff.

⁸⁴ Die Vorschrift betreffe nur die Sachprüfung im Rahmen eines zulässigen Rechtsbehelfs, habe aber keine Bedeutung für die Klagebefugnis, so BVerwG, *Urt. v. 20.12.2011*, DVBl 2012, 501 mit dem Hinweis auf die Ähnlichkeit zu § 47 VwGO; krit. *Kahl*, *JZ* 2012, 667 (673). Vorzugswürdig erscheint die Lesart, wonach § 4 Abs. 3 UmwRG den Anwendungsbereich der § 4 Abs. 1 UmwRG für eine zusätzliche Gruppe, nämlich „Beteiligte“ nach § 61 Nr. 1 und 2 VwGO erschließt und eine Erweiterung des Rechtsschutzes nach § 2 UmwRG bezweckt, so *Kment*, *NVwZ* 2007, 274 (276).

renseffern ohne Anknüpfung an eine materielle Rechtsposition nicht überzeugen.⁸⁵ Vielmehr spricht einiges dafür, dass § 4 UmwRG das Verfahrensrecht im Rahmen des § 42 Abs. 2 Var. 2 VwGO einer Subjektivierung zuführt⁸⁶ und den Einzelnen unabhängig von § 2 UmwRG die Möglichkeit verschafft, einen Verstoß gegen Verfahrensrecht in den Grenzen der durch § 4 Abs. 1 UmwRG als rügefähig anerkannten Verfahrensfehler geltend zu machen.⁸⁷ Auch das BVerwG erweitert den Kreis der klagberechtigten Drittbetroffenen, die bei einem Verstoß gegen § 4 Abs. 1 UmwRG die Aufhebung der Sachentscheidung verlangen können.⁸⁸

Der prozessuale Anspruch auf Einhaltung wesentlicher Verfahrensvorschriften ergibt sich nicht aus Art. 9 Abs. 3 Aarhus-Konvention, der die Vertragsstaaten dazu verpflichtet, der Öffentlichkeit klagbare Rechte unter dem Vorbehalt eines Anknüpfungspunkts im nationalen Recht zu verleihen, sondern aus § 42 Abs. 2 Var. 2 VwGO nach Maßgabe einer subjektiv-rechtlichen Interpretation des in Rede stehenden Verfahrensrechts. Dieser Weg ist auf den ersten Blick beschwerlich, aber langfristig erfolversprechender als die Perpetuierung eines Sonderregimes, das sich zwar an die unions- und völkerrechtlichen Vorgaben näher anschmiegen könnte, dies aber in einer Sonderdogmatik zu verarbeiten hätte. Ob die Systemorientierung als einem traditionellem Anliegen der deutschen Rechtswissenschaft heute noch trägt, ist zwar durchaus zweifelhaft⁸⁹ und auch nicht unproblematisch, soweit mit der unter Beschuss geratenen Schutznormlehre an einen fragwürdigen Entwicklungspfad aus vordemokratischer Zeit angeknüpft wird.⁹⁰ Je besser dies aber gelingt, desto „nachhaltiger“ dürfte dem Überformungspotential des Unions- und Völkerrechts auf das Verwaltungsprozessrecht entsprochen und auf diese Weise auch dem Umweltrechtschutz gedient werden können. Eine auf Systemintegration angelegte Lösung, wie sie vorliegend für die Einbeziehung der gesetzlichen Gemeinwohl-

⁸⁵ Für ein auch dem Einzelnen zustehendes prozessual durchsetzbares subjektives Recht auf Durchführung einer UVP: OVG LSA, Beschl. v. 17.9.2008, NVwZ 2009, 340 (341). A.A. NdsOVG, Beschl. v. 21.10.2008, NuR 2009, 58 (60); Urt. v. 8.5.2012, ZUR 2012, 562 (563); *M. Appel*, NVwZ 2010, 473 (475 f.).

⁸⁶ So auch *Murswiek/Ketterer/Sauer/Wöckel*, Die Verwaltung 44 (2011), 235 (258 f.).

⁸⁷ So auch *Glaser/Klement*, Umweltrecht, Beck'sches Examinatorium, 2010, 58 f.

⁸⁸ BVerwG, Urt. v. 24.11.2011, NVwZ 2012, 557 (558); gegenläufig, aber nicht überzeugend BVerwG, Urt. v. 20.12.2011, DVBl 2012, 501 und für Gemeinden NdsOVG, Urt. v. 8.5.2012, ZUR 2012, 562. Insoweit rächt sich die frühe Festlegung der Rechtsprechung auf die Umweltverträglichkeitsprüfung als unselbständiges Verfahrensrecht ohne materiellen Gehalt, vgl. BVerwGE 100, 238 (243). Dem Leitbild des integrativen Umweltschutzes wird diese Einordnung nicht gerecht.

⁸⁹ Dazu mit instruktiven Beiträgen: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – Ein tragfähiges Konzept?, 2008. Die Zweifel ändern nichts daran, für eine Konsistenz des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes zu sorgen, vgl. *Schmidt-Aßmann*, Die Verwaltung 44 (2011), 105.

⁹⁰ *Gärditz*, ZfU 2012, 249 (254 mit Fn. 30). Die Fokussierung auf den Schutz privater Rechte stammt aus dem Zivilrecht und passt für das Öffentliche Recht mehrpoliger Konflikte nicht. Der Gesetzgeber ist weitgehend frei, objektive Rechtskontrollen einzuführen, solange der von Art. 19 Abs. 4 GG umfasste Individualrechtsschutz nicht aufgegeben wird.

belange in das subjektive Recht vertreten wird, könnte sich in den Grenzen der unionsrechtskonformen Auslegung⁹¹ auch für die Subjektivierung des Verfahrensrechtsschutzes und die Drittindividuale Klage anbieten. Dabei dürfte sich eine Zweiteilung dergestalt, das erweiterte Verständnis von Verfahrensrechten auf das europäische Umweltrecht zu beschränken, es im nationalen Kontext für den Zugang zu Rechtsschutzverfahren aber an der Konzeption der dienenden Funktion des Verwaltungsverfahrens⁹² unter den weitreichenden Unbeachtlichkeits-, Heilungs- und Präklusionsvorschriften⁹³ zu belassen, kaum als weiterführendes Rezept empfehlen.⁹⁴

IV. Vorverlagerung des Rechtsschutzes?

1. Dreistufige Infrastrukturplanung

Einen dritten Problemkreis bilden Fragen nach dem Rechtsschutz in der Planungs-kaskade, womit gestufte Planungsprozesse bezeichnet werden.⁹⁵ Die Infrastrukturplanung ist nach dem Vorbild der Straßenplanung im wesentlichen dreistufig ausgestaltet. Am Anfang steht die Bedarfsplanung in der Form des Gesetzes, gefolgt von der Raumordnungsplanung, deren Ergebnisse bei der vorhabenbezogenen Zulassungsplanung zu berücksichtigen sind (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 ROG). Diesem dreistufigen Modell folgt die neue Planung von länderübergreifenden Energiehochspannungslei-

⁹¹ Wenig Problembewusstsein: BGH v. 26. 11. 2008, VIII ZR 200/05 (Quelle) mit der Erweiterung um ein Gebot zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung, krit. *Pöters/Christensen*, JZ 2011, 387 (389 ff.).

⁹² Zu den Einsichten der Berliner Staatsrechtslehrertagung gehört der Verzicht auf die zu einfachen Fronten zwischen einer (abwertend) dienenden Funktion und einem (aufwertenden) Eigenwert des Verwaltungsverfahrens, vgl. *Gurlit*, VVDStRL 70 (2011), 227/234 („Der Wert des Verwaltungsverfahrens bestimmt sich nach der Eigenständigkeit seines Beitrags zur Zielerreichung“); ähnlich *Fehling*, ebd., 278/287 („Dienende Funktion und Eigenwert des Verfahrens sind damit kein Gegensatz, sondern die zwei Seiten einer Medaille“).

⁹³ *Ekarde*, NVwZ 2012, 530 (532 ff.) spricht von einer „Klagehindernis-Kaskade“. Ob die Vorschriften einer unionsrechtlichen Kontrolle standhalten, ist fraglich. So stößt die Heilung von Verfahrensfehlern im gerichtlichen Verfahren an Grenzen, vgl. EuGH, Urt. v. 15. 1. 2013, Rs. C-416/10 *Krishan*. Auch die Präklusionsregelung in § 2 Abs. 3 UmwRG kann nicht so einfach mit dem BVerwG (Urt. v. 14. 7. 2010, 9 A 12/10 Rn. 25; Urt. v. 29. 9. 2011, ZUR 2012, 187) für unionsrechtskonform gehalten werden, vgl. *Berkemann*, DVBl 2011, 1253 (1261); *A. Schmidt*, ZUR 2012, 210 (218); *Frenz*, NuR 2012, 619 (621 f.); *Schlacke*, in: Gärditz (Hrsg.), VwGO, § 2 UmwRG Rn. 52 f. Die knappen Fristen, aber auch der Umweltverbänden abgeforderte Detaillierungsgrad der Äußerung haben die Kommission veranlasst, ein Vertragsverletzungsverfahren einzuleiten, KOM Nr. 2007/4267 C (2012) 6581 endg v. 27. 9. 2012. Die Bundesregierung strebt eine Klärung durch den EuGH an, vgl. Bericht des BMU an den Unterausschuss des Deutschen Bundestags, Ausschussdrucksache 17 (16) 636 v. 30. 10. 2012, 3.

⁹⁴ Statt vieler *Hermes*, Europäisierung und Internationalisierung des Verwaltungsverfahrens, in: FS Wahl, 2011, 689 (705 f.). Es mehren sich die Stimmen, die eine Korrektur der Verfahrensfehlerfolgen im VwVfG anmahnen, vgl. *Burgi*, DVBl 2011, 1317 (1319 ff.); *Kahl*, NVwZ 2011, 449 (451); *Franzius*, GewArch 2012, 225 (231).

⁹⁵ Überblick: *A. Schmidt*, ZUR 2012, 210 (212 ff.).

tungen nach §§ 12a-12 g EnWG für die Bedarfsplanung und nach §§ 4 ff. NABEG für die an die Stelle der Raumordnungsverfahren der Länder tretende Bundesfachplanung durch die Bundesnetzagentur. Deren Entscheidung, der Bundesnetzplan (§ 17 NABEG), soll im Planfeststellungsverfahren nicht bloß zu berücksichtigen, sondern nach § 15 Abs. 1 S. 1 NABEG *verbindlich* sein.

Bedarfspläne, die als parlamentarisches Gesetz erlassen werden, sind der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle entzogen. Raumordnungspläne, soweit sie nicht als parlamentarisches Gesetz erlassen werden, können demgegenüber Gegenstand einer Normenkontrolle nach § 47 VwGO sein. Die Bündelungsfunktion des Normenkontrollverfahrens ist zeitsparend und eröffnet dieseits der tatsächlichen Verletzung in eigenen Rechten einen phasenspezifischen Rechtsschutz, der insbesondere der Gefahr vorbeugt, dass Fehler im vorgelagerten Planungsverfahren den Planfeststellungsbeschluss „infizieren“ und die Realisierung des Infrastrukturprojekts zeitlich verzögern. § 15 Abs. 3 S. 2 NABEG will für den Netzausbau den phasenspezifischen Rechtsschutz zugunsten des konzentrierten Rechtsschutzes ausschließen. Obwohl wesentliche Entscheidungen auf der vorgelagerten Planungsebene getroffen werden, konzentriert der Gesetzgeber den Individualrechtsschutz gegen die abschließende Zulassungsentscheidung mit einer Inzidentkontrolle vorgelagerter Planungsentscheidungen.⁹⁶ Weil es aber hier an der Flexibilität des planerischen Berücksichtigungsgebotes fehlt und unsicher ist, inwieweit die vorgelagerten Entscheidungen der Bundesfachplanung nach der Schönefeld-Rechtsprechung des BVerwG⁹⁷ im Planfeststellungsverfahren noch korrigierbar sind, droht diese Kontrolle leerzulaufen.⁹⁸

2. Öffentlichkeitsbeteiligung und Rechtsschutz

Das Unionsrecht verlangt auf den vorgelagerten Ebenen der Planung eine strategische Umweltprüfung mit einer Öffentlichkeitsbeteiligung, womit ein partizipatives, wenngleich thematisch auf Umweltbelange beschränktes Element die Repräsentationsfunktion des allgemeinen Gesetzes ergänzt.⁹⁹ Die mehrstufige Planung länderübergreifender Höchstspannungsleitungen zur Realisierung der Energiewende lässt (ausdifferenzierte) Öffentlichkeitsbeteiligung und (konzentrierten) Rechtsschutz jedoch auseinanderfallen. Insoweit ist es konsequent, dass sich der Gesetzgeber mit

⁹⁶ Die Regelung ist nicht ohne Vorbild, vgl. § 16 Abs. 3 UVPG.

⁹⁷ BVerwGE 125, 116 (135 ff.). Für eine entsprechende Relativierung der Bindung *Wagner*, DVBl 2011, 1453 (1458); *Erbguth*, DVBl 2012, 325 (328);; abl. *Durner*, NuR 2012, 369 (373). Eine strikte Bindungswirkung des Bundesnetzplans (§ 17 NABEG) kollidiert mit dem Abwägungsgebot, das trotz aller „Hochzonen“ auf die vorgelagerten Planungsebenen aus verfassungsrechtlichen Gründen im Planfeststellungsverfahren zu beachten bleibt, vgl. *Moench/Rutloff*, NVwZ 2011, 1040 (1043).

⁹⁸ Die großräumige Variantenauswahl wird im Planfeststellungsverfahren oder im Gerichtsverfahren nur selten erschüttert werden können, vgl. SRU, Wege zur 100 % erneuerbaren Stromversorgung, Sondergutachten 2011, 517. Zur Kritik auch *Durner*, DVBl 2011, 853 (860 f.); *ders.*, NuR 2012, 369 (372 f.).

⁹⁹ Allg. *Gurlit*, JZ 2012, 833; *I. Appel*, NVwZ 2012, 1361; *E. Hofmann*, JZ 2012, 701.

Blick auf die materielle Einwendungspräkklusion zurückhält und den Rechtsschutz nicht davon abhängig macht, dass sich Kläger bereits in der Bundesfachplanung hinreichend detailliert geäußert haben. Aber es bleibt die Frage, ob die Beschränkung des Rechtsschutzes auf die Zulassungsentscheidung mit der Gefahr, dass durch eine fehlerhafte Grobtrassenplanung die Detailplanung nachträglich entwertet wird, mit höherrangigen Vorgaben an den Rechtsschutz vereinbar ist.

Das kann an dieser Stelle nicht vertieft werden. Weder das Unions- noch das Verfassungsrecht verbieten dem Gesetzgeber die Entscheidung für den konzentrierten Rechtsschutz. Insbesondere aus dem Trianel-Urteil des EuGH lässt sich keine Verpflichtung zur Einrichtung eines vorgelagerten Rechtsschutzverfahrens entnehmen.¹⁰⁰ Denn anders als die Beteiligung der Öffentlichkeit, die nach § 14b UVPG auch für die Aufstellung von Bedarfsplänen¹⁰¹ durchzuführen ist, erstreckt sich die Verpflichtung zur Eröffnung von Klagemöglichkeiten allein auf UVP-pflichtige Projekte mit einem Konkretisierungsgrad des Vorhabens, der auf frühen Planungsstufen kaum anzunehmen ist.¹⁰² Der Rechtsschutz folgt also nicht den Regeln über die mehrstufige Beteiligung der Öffentlichkeit: Zum einen geht der deutsche Gesetzgeber mit Blick auf die frühzeitige Öffentlichkeitsbeteiligung über das hinaus, was nach der Öffentlichkeitsbeteiligungsrichtlinie gefordert wird. Zum anderen ergibt sich aus Art. 11 Abs. 2 UVP-RL, dass die Mitgliedstaaten festlegen, in welchem Verfahrensstadium der gebotene Rechtsschutz gewährt wird. Weil auch Art. 19 Abs. 4 GG grundsätzlich¹⁰³ keine Vorverlagerung des Verwaltungsrechtsschutzes fordert, bleibt es der politischen Entscheidung überlassen, den Abschichtungen der ausgebauten Öffentlichkeitsbeteiligung stärkere Abschichtungen des Rechtsschutzes folgen zu lassen. Das sollte mit Blick auf damit verbundene Anfechtungslasten freilich gut überdacht sein.¹⁰⁴

V. Ausblick

Insgesamt fällt auf, dass erstaunlich selten die Frage aufgeworfen wird, inwieweit der Rechtsschutz für gesetzliche Umweltbelange als Forderung des Demokratieprin-

¹⁰⁰ Wie hier A. Schmidt, ZUR 2012, 210 (214); Sellner/Fellenberg, NVwZ 2011, 1025 (1032); a.A. Moench/Rutloff, NVwZ 2011, 1040 (1042).

¹⁰¹ Für den Bundesverkehrswegeplan Wulfhorst, DVBl 2012, 466.

¹⁰² Die SUP-Richtlinie fordert keine Öffentlichkeitsbeteiligung für politische Entscheidungen, vgl. Verwiebe, Umweltprüfungen auf Plan- und Programmebene, 2008, 70 f., 206 f. Zu Grenzen der Freistellung der gerichtlichen Überprüfung von Gesetzgebungsakten EuGH, Urt. v. 18. 10. 2011, Rs. C-118/09 Boxus u. a., Slg. 2011, I-0000 Rn. 36 ff.; Urt. v. 16. 2. 2012, Rs. C-182/10 Solvay u. a., Slg. 2012, I-0000 Rn. 44 ff.

¹⁰³ Mahnungen: BVerfG, 1 BvR 857/07 v. 31. 5. 2011, NVwZ 2011, 1065 (1067 f.).

¹⁰⁴ Steinberg/Wickel/Müller, Fachplanung, 4. Aufl. 2012, § 7 Rn. 22 ff. Ob der phasenspezifische Rechtsschutz das bessere Modell ist, kann in dieser Pauschalität bezweifelt werden. Jedenfalls bieten sich weitreichende Präklusionswirkungen für die Anfechtung des Planfeststellungsbeschlusses nicht an, a. A. M. Appel, UPR 2011, 406 (415).

zips verstanden werden kann.¹⁰⁵ Zu überdenken ist auch das im Netzausbaubeschleunigungsgesetz bekräftigte Dogma, trotz der weiterreichenden Bindungswirkung von Entscheidungen auf vorgelagerten Planungsstufen den Individualrechtsschutz auf den abschließenden Planfeststellungsbeschluss zu beschränken.¹⁰⁶ Es bleibt die Frage, ob der Rechtsschutz nicht in dem Maße, wie bereits im Raumordnungsverfahren, in der Verkehrswegeplanung oder in der neuen Bundesfachplanung überregionaler Höchstspannungsleitungen belastende Entscheidungen getroffen werden, ebenen- und entscheidungsadäquat „nachwachsen“ müsste.¹⁰⁷ Ob das im überkommenen System des Individualrechtsschutzes möglich ist, erscheint zweifelhaft. Angesichts des wenig konkreten Planungsstadiums, das ja gerade deshalb einer frühzeitigen Öffentlichkeitsbeteiligung¹⁰⁸ geöffnet werden soll, bleiben Erweiterungen um objektive Rechtskontrollen durch anerkannte Umweltverbände erwägenswert.¹⁰⁹ Verfassungs- oder unionsrechtliche Verpflichtungen zur Schaffung neuer Rechtsschutzverfahren bestehen insoweit allerdings nicht.¹¹⁰ Die Klageberechtigung nach Art. 11 UVP-RL bzw. § 2 Abs. 1 UmwRG mit der Erzwingung einer partiell, weil auf die Einhaltung von Umweltvorschriften beschränkten objektiven Rechtskontrolle knüpft an die UVP-Pflichtigkeit des Projekts an, nicht aber an die Verpflichtung zur strategischen Umweltprüfung des projektvorbereitenden Plans.

Das Auseinanderfallen von Öffentlichkeitsbeteiligung und Rechtsschutz sollte nicht überwertet werden. Denn es mehren sich die Anzeichen, dass Gerichtsverfahren ihre Befriedungsfunktion nicht immer erfüllen und verbleibende Konflikte nicht stets einer akzeptablen Lösung zugeführt werden können. So werfen umstrittene Infrastrukturvorhaben die Frage nach der Konfliktbewältigung durch projektbezogene Abstimmungen und demokratische Mitentscheidung in der Form von Volksabstimmungen auf.¹¹¹ Hier ist die Zurückhaltung deutscher Juristen sprichwörtlich.¹¹² Denn es geht nicht mehr um das Recht in seiner rechtsstaatlichen Rationalität. Vielmehr kommt an dieser Stelle die Politik im Werben für die „richtige“ Entscheidung wieder ins Spiel.¹¹³ Im Recht einen Raum des Politischen anzuerkennen, muss, wie es *Kloe-*

¹⁰⁵ Siehe aber die N. in Fn. 38.

¹⁰⁶ Krit. *Franzius*, *GewArch* 2012, 225 (230).

¹⁰⁷ Vgl. *Wahl*, Erscheinungsformen und Probleme der projektorientierten Raumordnung, in: *FS Sellner*, 2010, 155 (170 ff.); *Rojahn*, *NVwZ* 2011, 654 ff.

¹⁰⁸ Im Sinne eines Bedarfserörterungsverfahrens *Burgi*, *NVwZ* 2012, 277 (278 ff.); *Franzius*, *GewArch* 2012, 225 (228 f.); *I. Appel*, *NVwZ* 2012, 1361 (1367 f.).

¹⁰⁹ *A. Schmidt*, *ZUR* 2011, 296 (299 ff.).

¹¹⁰ *A. A. Moench/Ruttloff*, *NVwZ* 2011, 1040 (1043).

¹¹¹ Befürwortend *Groß*, *DÖV* 2011, 513 f. Zur Diskussion *Franzius*, *GewArch* 2012, 225 ff.

¹¹² Vgl. die Beschlüsse des 69. Deutschen Juristentags, Abteilung Öffentliches Recht: Neue Formen der Bürgerbeteiligung? Planung und Zulassung von Projekten in der parlamentarischen Demokratie, München 2012, Nr. 29; offener das Gutachten von *Ziekow*, ebd., D 111 ff.

¹¹³ Gegen eine „Verrechtlichung der Kommunikation“ *Durner*, *ZUR* 2011, 354 (360 f.). Anders, wenngleich zurückhaltend der Vorschlag für eine frühe Bürgerbeteiligung nach § 25 Abs. 3 VwVfG-E, vgl. Gesetzentwurf zur Verbesserung der Öffentlichkeitsbeteiligung und

pfer mit dem Hinweis auf die notwendige Revisionsoffenheit des Rechts betont, nicht falsch sein.¹¹⁴ Dem steht, wie das BVerfG in anderem Zusammenhang hervorhebt, auch die „Ewigkeitsklausel“ des Grundgesetzes nicht entgegen. Art. 79 Abs. 3 GG gewährleiste nicht den unveränderten Bestand des geltenden Rechts, sondern Strukturen und Verfahren, die den demokratischen Prozess offen halten.¹¹⁵ Diese Einsicht in die Kontingenz des demokratischen Gemeinwesens umfasst die Chance auf Verbesserungen des Umweltrechtsschutzes. Sie unterstreicht mit *Michael Kloepfer* die Notwendigkeit rechtspolitischen Engagements, gilt es das zu bewahrende doch als beweglich zu verstehen.

Vereinheitlichung von Planfeststellungsverfahren (PIVereinHG), vgl. BT-Drs 17/9666 v. 16. 5. 2012; *Fehling*, Reform der Bürgerbeteiligung für die Planfeststellung von Infrastrukturvorhaben, *Bucerius Law Journal* 2012, 92 (96 ff.).

¹¹⁴ Zur Figur von Grundlagengesetzen für nachhaltige Lösungen *Kloepfer*, Zur Bindung von Gesetzen an Gesetze, in: ders. (Hrsg.), *Gesetzgebung als wissenschaftliche Herausforderung*, 2011, 93. Auch in Frankreich – einem Mutterland der Demokratie – gibt es mit dem „loi organique“ höhere Stabilität verbürgende Gesetze. Faktisch wird man in Deutschland die VwGO bzw. die in sie hineingelesene Schutznormlehre – im hier kritisierten Sinne – dazu rechnen können.

¹¹⁵ BVerfG, 2 BvR 1390/12 v. 12. 9. 2012 (ESM/Fiskalvertrag), Abs.-Nr. 222.

