

Rechtsgutachten

zur Wiedereinführung der Präklusion

erstellt im Auftrag des

Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur – BMVI

Invalidenstraße 44

10115 Berlin

durch

Prof. Dr. Dr. Wolfgang Durner LL.M. (London)

Viktoriaplatz 1

53173 Bonn

7. Oktober 2019

Inhalt

Anlass und Fragestellung des Rechtsgutachtens	3
Zusammenfassung der Ergebnisse / Executive Summary	4
Teil I. Die Entwicklung der Präklusion im deutschen Zulassungsrecht.....	8
1. Die Ausgangsrechtslage bis 2015.....	8
2. Das Urteil des EuGH vom 15.10.2015 – Rs. C-137/14.....	9
a) Der völker- und unionsrechtliche Kontext des Urteils von 2015	9
b) Die Aufrechterhaltung des § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO.....	11
c) Fehlende praktische Relevanz der Aussagen zur Beweislast	12
c) Die Aussagen des EuGH zur Präklusion	13
3. Einschätzungen des Urteils des EuGH vom 15.10.2015 im Schrifttum.....	14
a) Vorschläge zur Aufrechterhaltung der Präklusion	14
b) Breites Plädoyer der Literatur für die Abschaffung der materiellen Präklusion.....	15
4. Die Reaktion des Bundesgesetzgebers	16
a) Abschaffung der materiellen, aber Aufrechterhaltung der formellen Präklusion.....	16
b) Reduktion der materiellen Präklusion auf Missbrauchsfälle.....	17
c) Klagebegründungsfrist	17
d) Vorgaben zur Nachbesserung	18
5. Das Protect-Urteil 2017 vom 20.12. 2017 – Rs. C-664/15.....	18
a) Der abweichende völker- und unionsrechtliche Kontext des Urteils von 2017	19
b) Das Urteil „slowakischer Braunbär“ und dessen Folgen	20
b) Die Aussagen des Protect-Urteils zur Präklusion	22
Teil II. Rechtsvergleichende Überlegungen.....	27
1. Präklusion und präklusionsähnliche Regelungen in anderen EU-Mitgliedstaaten.....	28
a) Fehlen der Präklusion oder vergleichbarer Vorschriften in den meisten EU-Mitgliedstaaten..	28
b) Präklusionsähnliche Regelungen in Österreich und den Niederlanden.....	29
c) De facto-Präklusion in Dänemark durch Projektgesetze	29
d) Erfahrungen mit Projektgesetzen auch in Deutschland.....	30
2. Begrenzte Aussagekraft des Vergleichs der Vorschriften.....	31
a) Kontextgebundenheit der Präklusionsvorschriften.....	31
b) Der spezifische Kontext der deutschen Präklusionsvorschriften	32
Teil III. Folgen der Abschaffung der Präklusion im deutschen Recht	35
1. Funktion und Berechtigung der materiellen Präklusion im bisherigen Recht.....	35
2. Fehlentwicklungen in der Handhabung der Figur	36

3. Folgen der Abschaffung der Präklusion	38
4. Das Verfahren „Lünen“ als Beispiel für die Grenzen der Vollziehbarkeit des Rechts	39
5. Die Präklusion im Gesamtgefüge verwandter Regelungen	41
6. Bewertung der derzeitigen Rechtslage	42
a) Begrenzte Bedeutung der verbleibenden formellen Präklusion	43
b) Begrenzte Bedeutung der Missbrauchspräklusion nach § 5 UmwRG	44
c) Begrenzte Bedeutung der Klagebegründungsfrist nach § 6 UmwRG	45
d) Zweifelhafte Bedeutung der Nachbesserung nach § 7 Abs. 5 UmwRG	46
e) Bilanz	47
Teil IV. Völker- und unionsrechtliche Spielräume für eine Reanimation der Präklusion.....	47
1. Einordnung der beiden Urteile des EuGH.....	47
a) Formal unterschiedliche Anwendungsbereiche beider Urteile.....	47
b) Einheitliche Vorgaben an die Rechtsschutzeffektivität in Art. 9 Abs. 4 Aarhus-Konvention ..	48
c) Keine Differenzierung zwischen den Anwendungsbereichen in den Urteilen selbst.....	49
d) Zulässigkeit der Präklusion nur bei kompletter Untätigkeit des Klägers?	50
e) Allgemeingültigkeit der durch den EuGH postulierten Erwägungen und Kriterien	50
f) Wie könnte sich die Divergenz beider Urteile erklären?	51
g) Die Bedeutung der konkreten Ausgestaltung in den beiden Fällen	52
h) Zwischenergebnis zur Deutung der beiden Urteile	53
2. Anerkennung erheblicher Rechtsunsicherheiten	53
3. Grundsätze für eine etwaige Wiedereinführung der Präklusion.....	55
a) Ist die materielle Präklusion überhaupt bundesrechtlich abgeschafft worden?.....	55
b) Vorzugswürdigkeit einer klarstellenden Regelung, vorzugsweise im Fachrecht.....	56
c) Beschränkung der Präklusion nur bei kompletter Untätigkeit des Klägers?	57
d) Erforderlichkeit der verhältnismäßigen Ausgestaltung einer materiellen Präklusion.....	57
4. Formulierungsvorschläge	57
Teil V. Zusätzliche Option einer Modifikation der gerichtlichen Kontrolldichte	58
1. Der Ausgangsbefund zur verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte.....	59
2. Kontroverse Einschätzung der nationalen Reaktionsmöglichkeiten	59
3. Vereinbarkeit mit Verfassungsrecht und Unionsrecht.....	60
4. Zulässigkeit legislativer Vorgaben zur Kontrolldichte.....	62
5. Überlegungen zur Ausgestaltung und Formulierung.....	62

Anlass und Fragestellung des Rechtsgutachtens

Angesichts der großen Zahl der in Deutschland anstehenden dringend erforderlichen Infrastrukturprojekte ist eine Beschleunigung der Planungsverfahren unabdingbar. Die Wiedereinführung der Präklusion könnte nach verbreiteter Einschätzung für die Beschleunigung von Planungen von Infrastrukturvorhaben einen wesentlichen Beitrag leisten. Sie ist eines der prioritären Themen der Strategie Planungsbeschleunigung des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur und eine Empfehlung des Innovationsforums Planungsbeschleunigung. Im Koalitionsvertrag der derzeitigen Regierungsparteien wurde dementsprechend ein Auftrag an die Bundesregierung verankert, sich auf europäischer Ebene für die Wiedereinführung der Präklusion einzusetzen.¹ Auch die Verkehrsministerkonferenz sprach sich auf ihrer Sitzung am 4./5. April 2019 dafür aus, die Aarhus-Konvention und das einschlägige Unionsrecht dergestalt anzupassen, dass die materielle Präklusion und die Beschränkung des gerichtlichen Prüfungsumfangs auf umweltbezogene Rechtsvorschriften wieder umfassend in das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz aufgenommen werden können,² ebenso wie die Justiz- und Wirtschaftsministerkonferenzen³ Die mit diesem Ziel verbundenen Verhandlungsprozesse sind jedoch langwierig und ihr Ausgang ungewiss.

Zugleich sind die Annahmen, die der 2017 gesetzgeberisch vollzogenen weitgehenden Abschaffung der materiellen Präklusion zu Grunde lagen, mittlerweile durch Aussagen in der EuGH-Entscheidung vom 20. Dezember 2017 in der Rechtssache „Protect“ wieder in Frage gestellt worden. Vor diesem Hintergrund hat das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur den Unterzeichner beauftragt, die Frage zu untersuchen, ob sich auch ohne Änderung des Unionsrechts Spielräume für eine Wiedereinführung der Präklusion auf nationaler Ebene ergeben.

¹ Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, S. 75.

² Niederschrift, VMK, 4./5. April 2019, TOP 4.6, S. 23.

³ Beschluss zu Top 1.7., 89. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister, 15. November 2018; Beschluss zu Top 9.2. der Wirtschaftsministerkonferenz vom 27./28. Juni 2018.

Zusammenfassung der Ergebnisse / Executive Summary

Als zentrale Ergebnisse des nachfolgenden Gutachtens lassen sich folgende Punkte festhalten:

1. Das Rechtsinstitut der Präklusion war dem deutschen Verwaltungsrecht im Grundsatz bereits seit der Reichsgründung bekannt und wurde bis 2017 in unterschiedlichen Ausprägungen verwirklicht. Es ermöglichte den Behörden im Ergebnis, ihre Ermittlungen an einem gewissen Punkt abzuschließen („Informationsstopregeln“).
2. Die materielle Präklusion wurde bereits seit den 60er Jahren mehrfach als Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG kritisiert, wiewohl die vorherrschende Rechtsauffassung sie als verfassungskonform ansieht und wegen ihrer Ähnlichkeit zu den unionalen Klage- und Klagebegründungsfristen auch weitgehend für unionsrechtskonform hielt. Allerdings wurde u.a. durch den Verfasser dieses Gutachtens für großzügigere Fristen plädiert.
3. Die Aussagen des Urteils des EuGH vom 15.10.2015 – Rs. C-137/14 – zur Unzulässigkeit der Präklusion kamen aus deutscher Sicht daher überraschend. Trotz vereinzelter Vorschläge zur Aufrechterhaltung der Präklusion plädierten die meisten Stimmen im Anschluss für eine Abschaffung der materiellen Präklusion.
4. Die Novellierung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes durch das Gesetz vom 29. Mai 2017 führte zur Reduktion der materiellen Präklusion auf Missbrauchsfälle, aber zur Aufrechterhaltung der bisherigen formellen Präklusion. Flankiert wurde dies u.a. durch neue Vorgaben zur Klagebegründungsfrist und zur Nachbesserung der angegriffenen Entscheidung.
5. In Frage gestellt wird die Abschaffung der Präklusion durch die – nur ein halbes Jahr nach der Novellierung des deutschen Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes ergangene – EuGH-Entscheidung vom 20. Dezember 2017 in der Rechtssache „Protect“, die allerdings in einem abweichenden völker- und unionsrechtlichen Kontext erging.
6. Die frühere materielle Präklusion des deutschen Rechts scheint in den Rechtsordnungen der meisten EU-Mitgliedstaaten kein unmittelbar entsprechendes Pendant zu finden. Zwar finden sich präklusionsähnliche Regelungen in Österreich und den Niederlanden, wo allerdings die Klageberechtigung prima facie nur davon abhängt, dass der Kläger überhaupt Einwendungen erhebt.
7. Einen anderen Weg zur Reduzierung der gerichtlichen Kontrolle beschreitet Dänemark, das große Infrastrukturprojekte im Wege von Projektgesetzen zulässt, die gerichtlich nur noch auf ihre Verfassungsmäßigkeit überprüft werden können.

8. Wegen der Kontextgebundenheit der Präklusionsvorschriften sind die ausländischen Regelungen von vornherein nur von begrenzter Aussagekraft für die Überlegungen zur Wiedereinführung der Präklusion in Deutschland. Normen können stets nur im Kontext der jeweiligen Kultur- und Rechtsordnung und ihrer in diesem Rahmen zugewiesenen Funktion verstanden, verglichen und gewürdigt werden.
9. Gerade die deutschen Präklusionsregeln gewannen ihre Bedeutung insoweit erst im spezifischen Kontext der deutschen Rechtsordnung mit ihrer hohen verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte, namentlich bzgl. der Tatsachenermittlungen. In diesem System erfüllte die materielle Präklusion eine legitime Funktion. Allerdings führten Fehlentwicklungen in der Handhabung der Figur auch zu Vorteilen für Vorhabenträger und Behörden, deren Legitimität sich nicht unmittelbar erschließt.
10. Sowohl die begrüßenswerten Effekte der Präklusion wie auch die kritikwürdigen Nebeneffekte wurden durch Abschaffung der materiellen Präklusion komplett beseitigt. Nach geltendem Recht handelt ein Projektgegner, der einem Vorhaben grundsätzlich ablehnend gegenübersteht, dann rational, wenn er Schwachstellen des Vorhabens erst nach seiner eigenen förmlichen Beteiligung ermittelt. Das dornenreiche immissionschutzrechtliche Genehmigungsverfahren für das Steinkohlekraftwerk der Gesellschaft Trianel am Standort Lünen verdeutlicht, dass das Umweltrecht aus Sicht von Vorhabenträgern mittlerweile teilweise an die Grenzen seiner Vollziehbarkeit stößt.
11. Aus einer funktionalen Sicht existieren gewisse funktionale Äquivalente zur Präklusion. Zumindest funktional verwandt sind ihr u.a. Klagebegründungsfristen, Vorschriften über die Bestandskraft, die Planerhaltung und die Fehlerbehebung sowie Vorgaben für die richterrechtliche Kontrolldichte. Man darf dem Gesetz vom 29. Mai 2017 bescheinigen, die Potentiale der durch es ergriffenen Instrumente – bis auf die Frage der gerichtlichen Kontrolldichte – weitgehend ausgeschöpft zu haben. Dennoch dürften sich die entlastenden Effekte der Novelle aus verschiedenen Gründen in Grenzen halten.
12. Insgesamt bleibt der Eindruck, dass trotz des Bemühens des Gesetzgebers ein wirksamer Ausgleich für den Wegfall der Präklusion auch durch die parallel hierzu erlassenen Begleitregelungen nicht erfolgt ist und gerade umstrittene Großvorhaben somit gesteigerten Risiken unterliegen.
13. Die divergierenden Aussagen in dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 15.10.2015 zur Unzulässigkeit der materiellen Präklusion in Deutschland einerseits und in dem Protect-Urteil vom 20.12.2017 andererseits werfen schwierige Fragen

nach der Zulässigkeit von Präklusionsvorschriften auf. Dabei scheint zwischen beiden Entscheidungen ein grundlegendes Spannungsverhältnis zu bestehen.

14. Formal sind beide Urteile jeweils in einem unterschiedlichen rechtlichen Kontext ergangen: Das Urteil von 2015 bezieht sich auf Art. 9 Abs. 2 der Aarhus-Konvention und das zu dessen Umsetzung erlassene Sekundärrecht der Union, das Urteil von 2017 hingegen unmittelbar auf den – nicht durch europäisches Sekundärrecht transformierten – Art. 9 Abs. 3 der Aarhus-Konvention. Indes normiert Art. 9 Abs. 4 Aarhus-Konvention insoweit einheitliche Vorgaben an die Rechtsschutzeffektivität. Zudem findet sich in den Urteilen selbst keine grundsätzliche Differenzierung zwischen den Anwendungsbereichen der beiden Absätze.
15. Eine verbreitete Deutung des Protect-Urteils geht davon aus, dass der Gerichtshof den Einwendungsausschluss dann als zulässig behandelt, wenn eine Partei sich gar nicht beteiligt; hat sie sich aber beteiligt, können ihre Klagegründe nicht mehr inhaltlich beschränkt werden. Diese Lesart ist schlüssig, jedoch erneut nicht frei von Zweifeln: Einige Aussagen des Urteils sprechen eher gegen die Beschränkung der Präklusion auf die Situation kompletter Untätigkeit des Klägers im Verwaltungsverfahren. Möglicherweise stellen die beiden Entscheidungen der 2. Kammer zur materiellen Präklusion auch zwei divergierende Rechtsprechungslinien dar, die ggf. erst später konsolidiert werden. Dabei könnten 2015 auch die erwähnten Fehlentwicklungen bei der Handhabung der deutschen Präklusionsregelungen eine Rolle gespielt haben.
16. Nach beiden Lesarten ergeben sich nach dem derzeitigen Stand der Rechtsprechung und trotz erheblicher Rechtsunsicherheiten auch ohne vorherige Änderung des Völker- und des Unionsrechts gesetzgeberische Spielräume für eine Wiedereinführung der Präklusion auf nationaler Ebene.
17. Es ist zweifelhaft, ob die materielle Präklusion bundesrechtlich überhaupt konstitutiv abgeschafft wurde. Dieser Befund ändert freilich nichts daran, dass die Gerichte ohne einen Impuls des Gesetzgebers schwerlich handeln werden.
18. Die vermutlich am wenigsten risikobehaftete Form der Ausgestaltung wäre eine Beschränkung der Präklusion auf den Fall der kompletten Untätigkeit des Klägers. Dies wäre jedoch zugleich im Hinblick auf die Begrenzung der behördlichen Ermittlungspflichten ersichtlich weniger effektiv als das bisherige Modell. Entscheidet sich der Gesetzgeber stattdessen für ein Wiederanknüpfen an die Regelungstechnik des überkommenen deutschen Modells der materiellen Präklusion, so wäre es unabdingbar, dass die Ausgestaltung einer entsprechenden Regelung auch im Einzelfall und na-

mentlich im Hinblick auf Fristen angemessen und fair sein muss. Idealerweise sollte die Bestimmung den Gerichten eine flexible und vor allem unionsrechtskonforme Handhabung im Einzelfall ermöglichen.

19. Eine alternative oder flankierende Vorgehensweise zur Wiedereinführung der Präklusion bestünde in der Aufstellung von Vorgaben zur Begrenzung der gerichtlichen Kontrolldichte. Nach einer umstrittenen, aber wohl vorherrschenden und nach Überzeugung des Verfassers zutreffenden Sicht führt der für Deutschland bislang aus Art. 19 Abs. 4 GG abgeleitete Vollüberprüfungsanspruch der Verwaltungsgerichte im Zusammenspiel mit dem Untersuchungsgrundsatz des § 86 Abs. 1 VwGO zu einer im internationalen Vergleich besonders intensiven sachverhaltlichen Prüftiefe. Eine vorsichtige Rücknahme dieser Prüftiefe könnte durch den Gesetzgeber angeordnet werden und wäre mit Verfassungsrecht und Unionsrecht grundsätzlich vereinbar.
20. Konkret sollte der Gesetzgeber dabei an den entsprechenden Regelungsvorschlag des Entwurfs der Unabhängigen Sachverständigenkommission zum Umweltgesetzbuch beim Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit aus dem Jahr 1998 anknüpfen, der die Überprüfung von Prognose- und Bewertungsentscheidungen der Verwaltung, die technischen oder naturwissenschaftlichen Sachverstand voraussetzen, auf die Frage beschränkt, ob das für die Prognose und Bewertung vorgeschriebene Verfahren eingehalten wurde und die behördliche Prognose oder Bewertung nachvollziehbar ist.

Teil I. Die Entwicklung der Präklusion im deutschen Zulassungsrecht

1. Die Ausgangsrechtslage bis 2015

Das Rechtsinstitut der (Verwirkungs-)Präklusion war dem deutschen Verwaltungsrecht im Grundsatz bereits seit der Reichsgründung bekannt⁴ und wurde bis 2017 in unterschiedlichen Ausprägungen verwirklicht.⁵ Nach dem Wortlaut des bis heute geltenden § 73 Abs. 4 Satz 1 der Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder (im Folgenden vereinfacht: VwVfG) kann im Falle der öffentlichen Auslegung des Entwurfs einer Planfeststellung jeder, dessen Belange durch das Vorhaben berührt werden, bis zwei Wochen nach Ablauf der Auslegungsfrist schriftlich oder zur Niederschrift bei der Anhörungsbehörde oder bei der Gemeinde Einwendungen gegen den Plan erheben. Nach Satz 3 sind dann mit Ablauf der Einwendungsfrist alle Einwendungen ausgeschlossen, die nicht auf besonderen privatrechtlichen Titeln beruhen. Anschließend unterliegen diese Vorschriften der materiellen Präklusion nach § 73 Abs. 4 Satz 3 VwVfG, d.h. die in der Einwendung nicht oder nicht hinreichend konkret bezeichneten Belange gelten als gesetzlich verwirkt.⁶

Die materielle Präklusion wurde im Schrifttum bereits seit den 60er Jahren mehrfach als Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG kritisiert,⁷ wiewohl die vorherrschende Rechtsauffassung sie bis heute als verfassungskonform ansieht⁸ und wegen ihrer Ähnlichkeit zu den auch im Uni-

⁴ Bereits § 17 der Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund aus dem Jahr 1869, der wortgleich in die entsprechende Bestimmung der nachfolgenden Reichsgewerbeordnung übernommen wurde, lautete:

„(1) Dem Antrage auf die Genehmigung einer solchen Anlage müssen die zur Erläuterung erforderlichen Zeichnungen und Beschreibungen beigelegt werden.

(2) Ist gegen die Vollständigkeit dieser Vorlagen nichts zu erinnern, so wird das Unternehmen mittelst einmaliger Einrückung in das zu den amtlichen Bekanntmachungen der Behörde (§ 16) bestimmte Blatt zur öffentlichen Kenntniß gebracht, mit der Aufforderung, etwaige Einwendungen gegen die neue Anlage binnen vierzehn Tagen anzubringen. Die Frist nimmt ihren Anfang mit Ablauf des Tages, an welchem das die Bekanntmachung enthaltende Blatt ausgegeben worden, und ist für alle Einwendungen, welche nicht auf privatrechtlichen Titeln beruhen, präklusivisch.“

Vgl. zu dieser und weiteren historischen Vorläufernormen zum geltenden Recht und zur Weiterentwicklung der formellen zur materiellen Präklusion eingehend *Niedzwicki*, Präklusionsvorschriften des öffentlichen Rechts im Spannungsfeld zwischen Verfahrensbeschleunigung, Einzelfallgerechtigkeit und Rechtsstaatlichkeit. Zur Vereinbarkeit der Präklusion mit dem Grundgesetz und mit dem Europarecht, 2007, S. 59 ff.

⁵ Vgl. nur *Brandt*, Präklusion im Verwaltungsverfahren, NVwZ 1997, 233 ff.; *Niedzwicki* (Fn. 4), S. 119 ff.

⁶ *Neumann/Külpmann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, Kommentar, 9. Aufl. 2018, § 73 Rn. 88 f., auch zu den Relativierungen nach 2017.

⁷ Beginnend wohl mit *Zuck*, Unwirksamkeit der gewerberechtlichen Ausschlußfrist für Einwendungen gegen genehmigungspflichtige Anlagen, BB 1963, 671 f.; ferner *Ule*, Zur rechtlichen Bedeutung von Ausschlußfristen im Verwaltungsverfahren für den Verwaltungsprozeß, BB 1979, 1009 f.; *Papier*, Einwendungen Dritter im Verwaltungsverfahren, NJW 1980, 313 (314 f. und 318 ff.); *Niedzwicki* (Fn. 4), S. 132 ff.

⁸ Vgl. nur BVerfG (3. Kammer des Ersten Senats), Beschl. v. 15.10.2009 – 1 BvR 2333/09 –, NJW-RR 2010, 421 f.; *Brandt* (Fn. 5), S. 237; *Neumann/Külpmann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 6), § 73 Rn. 88a; *Stüer/Rieder*, Präklusion im Fernstraßenrecht, DÖV 2003, 473 ff.; differenzierend *Lieber*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), VwVfG, Kommentar, 2. Aufl. 2019, § 73 Rn. 249 ff.; *Röhl/Ladenburger*, Die materielle Präklusion im raumbezogenen Verwaltungsrecht, 1997, S. 47 ff.

onsrecht anerkannten Klage- und Klagebegründungsfristen auch lange Zeit für unionsrechtskonform hielt.⁹ Obwohl es bereits Vorboten in der EuGH-Judikatur gegeben hatte,¹⁰ aus denen teilweise schon auf die Unzulässigkeit der deutschen Figur gefolgert wurde,¹¹ kam die Korrektur durch die Entscheidung vom 15. Oktober 2015 aus deutscher Sicht überraschend.

2. Das Urteil des EuGH vom 15.10.2015 – Rs. C-137/14

a) Der völker- und unionsrechtliche Kontext des Urteils von 2015

Die Aussagen des Europäischen Gerichtshofs ergingen in einem komplexen rechtlichen Mehrebenensystem. Hintergrund ist ein völkerrechtlicher Vertrag, der die Strukturen des deutschen Umweltrechts wie kaum ein anderer tiefgreifend und nachhaltig verändert hat: das Übereinkommen über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten, die sog. Aarhus-Konvention vom 25. Juni 1998.¹² Die Ausgestaltung der Aarhus-Konvention als regionales Völkerrecht war der Tatsache geschuldet, dass ihre Prinzipien zunächst auf Unionsebene nicht durchsetzbar erschienen.¹³

Die Aarhus-Konvention und das zu ihrer Umsetzung erlassene Richtlinienrecht stehen indes im Zuge eines weltweit diskutierten, vor allem jedoch in Europa verwirklichten Trends, den

⁹ Vgl. nur BVerwG, Beschl. v. 11.11.2009 – 4 B 57.09 –, ZUR 2010, 382 f.; *Kment*, Nationale Unbeachtlichkeits-, Heilungs- und Präklusionsvorschriften und Europäisches Recht, 2005, S. 163; *Stüer/Rieder* (Fn. 8), S. 481 f. sowie *Geismann/Schulz*, Ist die materielle Präklusion nach § 2 Abs. 3 UmwRG europarechtskonform? Anmerkung zum Vertragsverletzungsverfahren der Europäischen Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland, NuR 2014, 624 ff.; im Rückblick auch die Nachweise bei *Kment/Lorenz*, Eckpfeiler des deutschen Verwaltungsrechts auf europäischem Prüfstand, EurUP 2016, 47 (55 f.) sowie die Darstellung bei *Szechenyi*, EuGH locuta – Präklusion finita? Das Urteil des EuGH vom 15. Oktober 2015 (Rs. C-137/14) und seine Auswirkungen auf Behördenpraxis und Gerichtsverfahren, BayVBl 2016, 366 ff.; a.A. z.B. bereits *Niedzwicki* (Fn. 4), S. 219 ff. sowie – mit einer freilich ganz anderen Begründung als der EuGH – *Oexle*, Das Rechtsinstitut der materiellen Präklusion in den Zulassungsverfahren des Umwelt- und Baurechts, 2000, S. 32 ff.

¹⁰ So besonders EuGH, Urt. v. 15.10.2009 – Rs. C-263/08 (Djurgården-Lilla Värtans) –, Slg. 2009, 9995 Rn. 39, mit der Forderung, dass es den Mitgliedern der betroffenen Öffentlichkeit „... möglich sein muss, die von einer der nationalen Gerichtsbarkeit eines Mitgliedstaats zugehörigen Stelle erlassene Entscheidung über den Antrag auf Genehmigung eines Projekts anzufechten, gleichviel, welche Rolle sie in dem Verfahren über den Genehmigungsantrag vor dieser Stelle durch ihre Beteiligung an und ihre Äußerung in diesem Verfahren spielen konnte.“

¹¹ Vgl. besonders *Schwerdtfeger*, Der deutsche Verwaltungsrechtsschutz unter dem Einfluss der Aarhus-Konvention, 2010, S. 283 f.; ferner *Kremer*, Zur Unionsrechtswidrigkeit der immissionsschutzrechtlichen Präklusionsvorschriften, ZUR 2013, 89 ff.; *Schmidt*, Zur Diskussion über erweiterte Klagebefugnisse im Umweltschutzrecht – auch auf vorgelagerten Planungsebenen, ZUR 2012, 210 (217 f.); differenzierend *Ziekow*, Europa und der deutsche Verwaltungsprozess – Schlaglichter auf eine unendliche Geschichte, NVwZ 2010, 793 (794 f.).

¹² BGBl. 2006 II, 1252 ff.; vgl. dazu etwa *Epiney/Diezig/Pirker/Reitemeyer*, Aarhus-Konvention, Kommentar, 2017; *Schlacke/Schrader/Bunge* (Hrsg.), Aarhus-Handbuch, 2. Aufl. 2019; *Scheyli*, Aarhus-Konvention über Informationszugang, Öffentlichkeitsbeteiligung und Rechtsschutz in Umweltbelangen, AVR 38 (2000), 217 (227 ff.); *Walter*, Internationalisierung des deutschen und Europäischen Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrechts – am Beispiel der Aarhus-Konvention, EuR 2005, 302 ff.; zu den Auswirkungen auf das deutsche Recht besonders *Schwerdtfeger* (Fn. 11); *Wiesinger*, Innovation im Verwaltungsrecht durch Internationalisierung, 2013, sowie die Beiträge bei *Durner/Walter* (Hrsg.), Rechtspolitische Spielräume bei der Umsetzung der Aarhus-Konvention, 2005.

¹³ *Schwerdtfeger* (Fn. 11), S. 13 ff.

Bürger durch systematische Information in die Umweltpolitik der Staaten einzubinden, die „Zivilgesellschaft“ zur Durchsetzung des objektiven Rechts zu mobilisieren, die Möglichkeit von Klagerechten zu erweitern und die Anforderungen an die Einleitung einer gerichtlichen Kontrolle von Hoheitsakten zu reduzieren.¹⁴ Das Übereinkommen verwirklicht diese Ziele durch drei Säulen: Erstens den Zugang des Einzelnen zu Informationen über die Umwelt nach seinen Art. 4 und Art. 5, zweitens die Beteiligung der Öffentlichkeit bei der Entscheidung über bestimmte umweltrelevante Projekte nach Art. 6 bis Art. 8 sowie drittens Vorgaben für verwaltungsrechtliche Widerspruchsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten in Art. 9 der Aarhus-Konvention.

Die damalige Europäische Gemeinschaft erließ bereits im Jahr 2002 zur Umsetzung der Aarhus-Konvention die beiden Richtlinien 2003/4/EG und 2003/35/EG und hinterlegte ihre Genehmigungsurkunde am 17. Februar 2005. Die in Art. 4 der Aarhus-Konvention normierten Vorgaben über den Zugang zu Informationen wurden unional durch eine neue Umweltinformationsrichtlinie 2003/4/EG umgesetzt,¹⁵ die den Hintergrund für das auf Bundesebene geltende Umweltinformationsgesetz (UIG) und die flankierenden Umweltinformationsgesetze der Bundesländer bildet.¹⁶ Die Vorgaben zur Öffentlichkeitsbeteiligung und zum Rechtsschutz hingegen wurden auf europäischer Ebene in mehreren gesonderten Rechtsakten umgesetzt, vor allem jedoch durch die wichtige Öffentlichkeitsbeteiligungsrichtlinie 2003/35/EG, die einheitliche europäische Standards für eine umfassende Beteiligung der Öffentlichkeit im Zuge der Umweltprüfungen bei UVP- und Planverfahren vorsieht.¹⁷ Zur Umsetzung der völkerrechtlichen Vorgaben aus Art. 9 Abs. 2 der Aarhus-Konvention änderte die Richtlinie 2003/35/EG dabei zwei bereits bestehende Rechtsakte ab und fügte einen Art. 10a Abs. 1 in die damalige UVP-Richtlinie und einen Art. 15a Abs. 1 in die damalige IVU-Richtlinie¹⁸ ein, die der betroffenen Öffentlichkeit jeweils Zugang zu einem Überprüfungsverfahren gegenüber Handlungen garantieren, „für die die Bestimmungen dieser Richtlinie über die Öffentlichkeitsbeteiligung gelten“¹⁹. Mittlerweile finden sich entsprechende Vorgaben in insgesamt vier

¹⁴ Grundlegend dazu *J. Masing*, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, 1997; vgl. weiter *Walter* (Fn. 12), S. 306 ff.; *Klein*, Umweltinformation im Völker- und Europarecht, 2011, S. 35 ff.

¹⁵ Dazu *Meßerschmidt*, Europäisches Umweltrecht, 2011, § 9 Rn. 10 ff.; *Epiney*, Umweltrecht der Europäischen Union, 4. Aufl. 2019, 6. Kapitel Rn. 4 ff.

¹⁶ Näher dazu *Reidt/Schiller*, in: Landmann/Rohmer (Begr.), Umweltrecht, Kommentar, Vorbemerkung zum UIG (Juli 2017) Rn. 16 ff.; *Schrader*, in: Schlacke/Schrader/Bunge (Fn. 12), § 1 Rn. 79 ff.

¹⁷ *Epiney* (Fn. 15), 6. Kapitel Rn. 56 ff.; *Meßerschmidt* (Fn. 15), § 8 Rn. 85 ff. und 167 ff.

¹⁸ Heute Art. 25 der Richtlinie 2010/75/EU über Industrieemissionen, vgl. dazu *Fellenberg/Schiller*, in: Landmann/Rohmer (Fn. 16), Vorbemerkung zum UmwRG (April 2018) Rn. 51 ff.

¹⁹ Richtlinie 2003/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.5.2003 über die Beteiligung der Öffentlichkeit bei der Ausarbeitung bestimmter umweltbezogener Pläne und Programme und zur Änderung der Richtlinien 85/337/EWG und 96/61/EG des Rates in Bezug auf die Öffentlichkeitsbeteiligung und den Zugang

europäischen Richtlinien.²⁰ Für den Verkehrsbereich ist indes in erster Linie maßgeblich, dass namentlich alle UVP-pflichtigen Vorhabengenehmigungen der unionalen Umweltverbandsklage unterliegen. Zur Umsetzung dieser europäischen Vorgaben wiederum erließ der Bund im Dezember 2006 u.a. das Öffentlichkeitsbeteiligungsgesetz sowie das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz. Alle diese Rechtsakte wurden seitdem mehrfach überarbeitet.

In der Umsetzungspraxis erwiesen sich die letztgenannten Vorgaben zu einer Ausweitung des nationalen Gerichtszugangs in Umweltangelegenheiten als die folgenreichste der drei Säulen der Aarhus-Konvention. Zur Umsetzung der insoweit durch die Richtlinie 2003/35/EG vermittelten Vorgaben erließ der Bund im Dezember 2006 das vielfach geänderte Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz, dessen Gemeinschaftsrechtskonformität von Beginn an hochumstritten war.²¹ Der ursprüngliche § 2 Abs. 1 UmwRG stellte die Klagerechte von Umweltverbänden unter den Vorbehalt, dass die gerügten Rechtsvorschriften nicht nur umweltschützend und entscheidungsrelevant sein müssen, sondern auch „Rechte Einzelner begründen“ können. Diese Anknüpfung an die Reichweite des bestehenden Individualrechtsschutzes wurde vom EuGH unter Berufung auf die wörtlich dem Völkerrecht entlehnten Richtlinienvorgaben für unionsrechtswidrig erklärt: Der danach geforderte weite Zugang zu den Gerichten verlange eine Erstreckung des Klagerechts der Umweltverbände auf das gesamte europäisch vorgegebene Umweltrecht.²² Diese Aussage war der Auftakt für eine ganze Reihe weiterer Entscheidungen, die in ihrer Tendenz allesamt auf eine Ausweitung der Verbandsklagerechte hinauslaufen.²³ Auch das Urteil des EuGH vom 15.10.2015 steht in der Tradition dieser Rechtsprechungslinie und bewegt sich im Kontext der durch die Richtlinie 2003/35/EG vermittelten Vorgaben aus Art. 9 Abs. 2 der Aarhus-Konvention.

b) Die Aufrechterhaltung des § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO

Dabei betrifft die wohl wichtigste Aussage des Urteils nicht die Präklusion, sondern die Feststellung, dass den Mitgliedstaaten mit der in der Aarhus-Konvention und den Richtlinien 2011/92 und 2010/75 eröffneten Möglichkeit, die Zulässigkeit von Rechtsbehelfen Einzelner

zu Gerichten, ABl. EG Nr. L 156/17, Art. 3; vgl. dazu etwa *Schlacke/Römling*, in: *Schlacke/Schrader/Bunge* (Fn. 12), § 3 Rn. 39 ff.

²⁰ Vgl. dazu im einzelnen *Fellenberg/Schiller*, in: *Landmann/Rohmer* (Fn. 16), Vorbemerkung zum UmwRG (April 2018) Rn. 48 ff.

²¹ Vgl. nur *Ziekow*, Das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz im System des deutschen Rechtsschutzes, *NVwZ* 2007, 259 (260); *Genth*, Ist das neue Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz europarechtskonform?, *NuR* 2008, 28 ff.; *Bunge*, »Weiter Zugang zu den Gerichten« nach Art. 10a der UVP-Richtlinie – zum Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 15. Oktober 2009 (Rs. C-263/08), *ZUR* 2010, 20 ff.

²² EuGH, Urt. v. 12.11.2011 – Rs. C-115-09 (Trianel) –, *Slg.* 2011, I-3673 Ziff. 48.

²³ Vgl. die zusammenfassende Chronologie bei *Deutscher Bundestag – Wissenschaftliche Dienste*, Die Verbandsklage im Naturschutz- und Umweltrecht. Historische Entwicklung, europarechtliche Vorgaben, Klageberechtigung, *WD 7 -3000 -208/18*, S. 8 ff.

von dem Erfordernis einer Verletzung eines subjektiven Rechts abhängig zu machen, implizit auch das Recht eingeräumt wird, auf der Ebene der Begründetheit die Aufhebung der angegriffenen Verwaltungsentscheidung von der Verletzung eines subjektiven Rechts auf Seiten des Klägers abhängig zu machen.²⁴ Insoweit wich der Europäische Gerichtshof von den Schlussanträgen des Generalanwalts *Wathelet*²⁵ diametral ab.²⁶ Selbst im Anwendungsbereich der erwähnten umweltrechtlichen Richtlinien bleibt also § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO in seiner bisherigen Handhabung unionsrechtskonform. Somit ist die von vielen erwartete „Revolution ausgeblieben“.²⁷ Dass der Gerichtshof in derselben Entscheidung dann jedoch die materielle Präklusion des deutschen Rechts verwarf, ist vielleicht auch im Gesamtzusammenhang der Entscheidung zu sehen.²⁸

c) Fehlende praktische Relevanz der Aussagen zur Beweislast

Ein Stück weit mit der Präklusion verknüpft sind zudem auch die Aussagen des Europäischen Gerichtshofs zur materiellen Beweislast im Rahmen des § 46 VwVfG: Der Europäische Gerichtshof erklärt es in den Randnummern 59 ff. seines Urteils für unzulässig, einem Rechtsbehelfsführer im innerstaatlichen Recht die Beweislast für den Kausalzusammenhang zwischen einem Verfahrensfehler und dem Ergebnis des Verfahrens aufzubürden.²⁹

Diese Aussagen haben aber letztlich wenig praktische Bedeutung, weil im deutschen Verwaltungsprozess das Gericht den Sachverhalt nach § 86 Abs. 1 Satz 1 VwGO von Amts wegen erforscht. Gerade für die schriftlich umfassend dokumentierte Umweltverträglichkeitsprüfung, an die vor allem die Richtlinie 2003/35/EG ihre Klagerechte knüpft, sind daher kaum Fälle denkbar, in denen die Befürchtung des Gerichtshofs zum Tragen käme,³⁰ und auch außerhalb des UVP-Rechts ist kaum ein Fall bekannt, in dem im Umweltrecht nach materieller Beweis-

²⁴ EuGH, Urt. v. 15.10.2015 – Rs. C-137/14 –, NJW 2015, 3495 (3496 Rn. 32).

²⁵ Schlussanträge des Generalanwalts *Melchior Wathelet* vom 21.5.2015 – Rs. C-137/14 –, NuR 2015, 457 ff.

²⁶ Vgl. dazu auch die Besprechung des Urteils durch den langjährigen Präsidenten des EuGH *Skouris*, Auswirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auf die Funktion der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit – Zur Reichweite des Urteils des EuGH vom 15.10.2015 in der Rechtssache C-137/14, DVBl. 2016, 937 (942) und weiter *Berkemann*, Querelle d'Allemand. Deutschland verliert die dritte Runde im Umweltverbandsrecht vor dem EuGH, Anmerkung zu EuGH, Rs. C-137/14, DVBl. 2016, 205 (207 ff.) m.w.N. sowie *Mayer*, Neues aus Luxemburg in Sachen Gerichtszugang in Umweltangelegenheiten, Anmerkung zu EuGH, Rs. C-137/14, NuR 2016, 106 (107).

²⁷ *Ludwigs*, Bausteine des Verwaltungsrechts auf dem Prüfstand des EuGH, Anmerkung zu EuGH, Rs. C-137/14, NJW 2015, 3484.

²⁸ So hält *Sobotta*, Anmerkung zu EuGH, Rs. C-137/14, EuZW 2016, 72 die Entscheidung für „salomonisch“, weil sie einerseits die Schutznormtheorie weitgehend akzeptiere, andererseits die Präklusion stark zurückdränge, kritisiert indes im Anschluss selbst die insoweit bestehenden Begründungsdefizite des Urteils.

²⁹ Zustimmung *Kment/Lorenz* (Fn. 9), S. 53.

³⁰ So bereits *Bunge*, Weiter Zugang zu Gerichten nach der UVP- und der Industrieemissions-Richtlinie: Vorgaben für das deutsche Verwaltungsprozessrecht, NuR 2016, 11 (15); ähnlich auch *Storost*, Anmerkung zu EuGH, Rs. C-137/14, UPR 2016, 36 (37).

last entschieden worden wäre.³¹ Eng damit verknüpft sind freilich Fragen der Kontrolldichte, die im Laufe dieses Gutachtens nochmals aufzugreifen sind.³²

c) Die Aussagen des EuGH zur Präklusion

Entscheidend für das vorliegende Rechtsgutachten sind indes vor allem die Aussagen des EuGH zur Präklusion. Die entsprechende Begründung des Urteils vom 15. Oktober 2015 erscheint – wie oft in den Judikaten des Europäischen Gerichtshofs – letztlich kurz und dunkel. Sie findet sich im Wesentlichen in den Randnummern 78-81 des Urteils und lautet wie folgt:

(78) § 2 Abs. 3 UmwRG und § 73 Abs. 4 VwVfG stellen jedoch besondere Bedingungen auf, die die gerichtliche Kontrolle einschränken und die weder nach Art. 11 der Richtlinie 2011/92 noch nach Art. 25 der Richtlinie 2010/75 vorgesehen sind.

(79) Diese dem Rechtsbehelfsführer auferlegte Beschränkung hinsichtlich der Art der Gründe, die er vor dem Gericht geltend machen darf, das für die Prüfung der Rechtmäßigkeit der ihn betreffenden Verwaltungsentscheidung zuständig ist, kann nicht durch Erwägungen gerechtfertigt werden, die auf die Wahrung des Grundsatzes der Rechtssicherheit abstellen. Es ist nämlich keineswegs erwiesen, dass eine umfassende gerichtliche Kontrolle der sachlichen Richtigkeit dieser Entscheidung diesem Grundsatz abträglich sein könnte.

(80) Was das Argument der Effizienz von Verwaltungsverfahren angeht, mag zwar in bestimmten Fällen der Umstand, dass ein Grund erstmals vor Gericht vorgetragen wird, den ordnungsgemäßen Ablauf dieses Verfahrens behindern, doch genügt der Hinweis darauf, dass das mit Art. 11 der Richtlinie 2011/92 und Art. 25 der Richtlinie 2010/75 angestrebte Ziel nicht nur darin besteht, den rechtsuchenden Bürgern einen möglichst weitreichenden Zugang zu gerichtlicher Überprüfung zu geben, sondern auch darin, eine umfassende materiell-rechtliche und verfahrensrechtliche Kontrolle der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung zu ermöglichen.

(81) Allerdings kann der nationale Gesetzgeber spezifische Verfahrensvorschriften vorsehen, nach denen z. B. ein missbräuchliches oder unredliches Vorbringen unzulässig ist, die geeignete Maßnahmen darstellen, um die Wirksamkeit des gerichtlichen Verfahrens zu gewährleisten.

³¹ Vgl. aber etwa VG Neustadt an der Weinstraße, Urt. v. 25.3.2014 – 5 K 505/13.NW –, NuR 2014, 808.

³² Vgl. dazu nachfolgend S. 41 f. sowie S. 58 ff.

Diese – angesichts ihrer Tragweite ausgesprochen knappen – Argumente des Gerichtshofs zur Präklusion vermögen jedenfalls begründungstechnisch nicht zu überzeugen.³³ Hinzuweisen ist jedoch darauf, dass die tatsächlichen Erwägungsgründe des Gerichtshofs in der zitierten Passage womöglich nicht in vollem Umfang zu Tage treten.³⁴ Dem Unterzeichner ist aus persönlichen Berichten bekannt, dass im Zuge der mündlichen Verhandlung durchaus auch die Frage der Auskömmlichkeit der Einwendungsfristen sowie gewisse Fehlentwicklungen durch sehr restriktive Handhabung des Instrumentes durch die Rechtsprechung zur Sprache gekommen sein sollen, auf die im Zuge dieses Gutachtens noch einzugehen ist.³⁵

3. Einschätzungen des Urteils des EuGH vom 15.10.2015 im Schrifttum

Trotz einer verbreiteten Kritik an der mangelnden Begründungstiefe³⁶ wurde das Urteil ganz überwiegend als vollständige Absage an die Weiterführung der materiellen Präklusion im Anwendungsbereich der Vorgaben des Unionsrechts gedeutet.

a) Vorschläge zur Aufrechterhaltung der Präklusion

Vorschläge zur Aufrechterhaltung der bisherigen Präklusionsregeln wurden vor allem durch das Oberverwaltungsgericht Koblenz sowie durch *Kahl* unterbreitet.³⁷ Das Oberverwaltungsgericht Koblenz ging zuletzt in seinem Beschluss vom 28. April 2016 davon aus, zumindest die Regelung in dem damaligen § 2 Abs. 1 Nr. 3 UmwRG zum Ausschluss der Verbandsklagebefugnis bei *gänzlichem* Unterbleiben einer Beteiligung des Verbands im Verwaltungsverfahren könne auch nach dem EuGH-Urteil als unionsrechtskonform anzusehen sein. Die Aussagen des Gerichtshofs würden sich nämlich formal lediglich auf die *Beschränkung des Kontrollumfangs* der gerichtlichen Begründetheitsprüfung, nicht aber auf die Zulässigkeit entsprechender Rechtsbehelfe beziehen.³⁸

Ob der Europäische Gerichtshof eine solche Unterscheidung wirklich hatte treffen wollen, erschien nach den unscharfen Aussagen des Urteils nicht ausgeschlossen, angesichts der pri-

³³ Vgl. nur *Berkemann* (Fn. 26), S. 212 f.: die Oberflächlichkeit der Urteilsbegründung sei „bemerkenswert“; *Kahl*, Neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zum Umweltrecht, JZ 2016, 666 (670); *Kment/Lorenz* (Fn. 9), S. 56; *Ruffert*, Anmerkung zu EuGH, Rs. C-137/14, JuS 2015, 1138 (1140).

³⁴ Die Frage nach den tatsächlichen Motiven von Entscheidungen der europäischen Gerichte ist in der deutschsprachigen Literatur wegen ihrer starken Fixierung auf systematische Argumente weniger verbreitet als im englischsprachigen Schrifttum. Vgl. aus diesem exemplarisch *Denton/Danusso*, Does The European Court of Justice Look for A Protectionist Motive Under Article 95?, *Legal Issues of Economic Integration* 17 (1990), 67 ff.

³⁵ Vgl. dazu nachfolgend S. 36 ff.

³⁶ Vgl. soeben Fn. 33.

³⁷ Einen weiteren, hier nicht zu berücksichtigenden Vorschlag unterbreitete *Beier*, Paukenschlag aus Luxemburg? Die gerichtliche Überprüfung von Zulassungsentscheidungen für UVP-pflichtige Projekte, UPR 2016, 48 ff., vgl. dazu *Durner*, Präklusion in Deutschland nach dem Urteil des EuGH in der Rs. C-137/14, in: Hebler/Hofmann/Proelß/Reiff (Hrsg.), *Planungsrecht im Umbruch: Europäische Herausforderungen*, 2017, S. 125 (141 f.).

³⁸ OVG Koblenz, Beschl. v. 28.4.2016 – 8 B 10285/16.OVG –, NVwZ-RR 2016, 619 (620 f.) Rn. 13 f.

mär teleologischen Argumentation jedoch zweifelhaft.³⁹ Eigentlich legte die damalige Rechtsprechung nahe, dass die Verbände überhaupt keine Mitwirkungsobliegenheit trifft.⁴⁰ Der Bund griff diesen Ansatz daher in seinem nachfolgenden Gesetzentwurf⁴¹ bewusst nicht auf. Auch das Bundesverwaltungsgericht hält die deutschen Präklusionsvorschriften aus unionsrechtlichen Gründen für Entscheidungen über der UVP-Richtlinie oder der IE-Richtlinie unterliegende Vorhaben für generell unanwendbar und scheint diese Unanwendbarkeit entgegen anderer Aussagen in der Judikatur auch nicht auf umweltschutzrechtliche Rügen zu beschränken.⁴²

Ebensowenig Beachtung fand in diesem Gesetzentwurf der Vorschlag von *Kahl*, der unter Berufung auf die Aussagen des Gerichtshofs zu den Missbrauchsfällen die Präklusion bei einer Verlängerung der Frist auf einen Monat und Verankerung eines Verschuldenselements für weiterhin unionsrechtsgemäß hielt.⁴³ Tatsächlich kann die Zulässigkeit der Präklusion wohl nicht ohne Blick auf ihre konkrete Ausgestaltung beurteilt werden, sodass eine für die Kläger auskömmlichere Ausgestaltung möglicherweise zu einer anderen Entscheidung geführt hätte.⁴⁴

Obwohl diese beiden Vorstöße bis 2017 somit weder im Schrifttum noch durch den Gesetzgeber nennenswerte Beachtung fanden, haben die entsprechenden Ansätze nunmehr im Lichte der nachfolgenden *Protect*-Entscheidung mit einem Male erheblich an Aktualität gewonnen.

b) Breites Plädoyer der Literatur für die Abschaffung der materiellen Präklusion

Die meisten Deutungen des Urteils sahen demgegenüber die Abschaffung der materiellen Präklusion im Anwendungsbereich des Unionsrechts als unabdingbar an und sahen daher angesichts der Weite der UVP-Pflicht „das weitgehende Ende der Präklusionsregelungen vor allem des Fachplanungs- und Immissionsschutzrechts“. Immerhin könne das nationale Recht angesichts der für zulässig erklärten Missbrauchsregelung „gegensteuern, indem es Auswüch-

³⁹ So *Bunge* (Fn. 30), S. 16.

⁴⁰ Vgl. dazu oben in und bei Fn. 10.

⁴¹ Vgl. zu diesem nachfolgend S. 16

⁴² BVerwG, Urt. v. 22.11.2016 – 9 A 25/15 –, NVwZ 2017, 627 (628 in Rn. 11); kritisch dazu *Hildebrandt/Koch*, Unionsrechtswidrigkeit der Präklusion – Neues aus Leipzig?, NVwZ 2017, 1099 ff. m.w.N. zur teilweise abweichenden Rechtsprechung des OVG Münster.

⁴³ *Kahl* (Fn. 33), S. 670.

⁴⁴ Skepsis gegenüber diesem Ansatz bei *Berkemann* (Fn. 26), S. 213; *Klinger*, Anmerkung zu EuGH, Rs. C-137/14, ZUR 2016, 41 (42 f.); *Siegel*, Die Präklusion im europäisiertem Verwaltungsrecht, NVwZ 2016, 337 (340 f.: „enge Auslegung“).

se abschneidet und die Klagerechte der betroffenen Öffentlichkeit und der anerkannten Verbände auf ein handhabbares Maß begrenzt“.⁴⁵

4. Die Reaktion des Bundesgesetzgebers

Die Feststellungen des Europäischen Gerichtshofs verpflichteten Deutschland nach Art. 260 Abs. 1 AEUV zur zügigen Behebung der festgestellten Vertragsverstöße. Das BMUB legte daher im April 2016 einen Ressortentwurf vor, der eine ganze Reihe europa- und völkerrechtlicher Vorgaben aufgriff, vor allem aber auch der Umsetzung der Vorgaben des EuGH-Urteils in der Rs. C-137/14 diene⁴⁶ und dies mit der – rasch hinfällig gewordenen – Hoffnung verband, die Dauerbaustelle UmwRG⁴⁷ zumindest für einige Zeit zu stabilisieren. Dies führte über den Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 5. September 2016⁴⁸ zur umfassenden Novellierung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes (UmwRG) durch das Gesetz vom 29. Mai 2017.⁴⁹

a) Abschaffung der materiellen, aber Aufrechterhaltung der formellen Präklusion

Im Hinblick auf das Urteil des EuGH vom 15.10.2015 bestand die zentrale Konsequenz des Gesetzgebers in der Abschaffung der Präklusion durch § 7 Abs. 4 UmwRG, der „§ 73 Absatz 4 Satz 3 bis 6 des Verwaltungsverfahrensgesetzes, auch in den Fällen seines Absatzes 8“ für das Rechtsbehelfsverfahren gegen eine Entscheidung nach § 1 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 bis 2b UmwRG – also nicht für das Verwaltungsverfahren – für unanwendbar erklärt. Die entsprechenden Vorschriften der Verwaltungsverfahrensgesetze über die Präklusion werden also nicht etwa aufgehoben – wofür der Bund auch keine Gesetzgebungskompetenz hätte⁵⁰ –, sondern lediglich in den durch das UmwRG erfassten Fällen und lediglich für das gerichtliche

⁴⁵ So statt vieler *Stüer/Buchsteiner*, Anmerkung zu EuGH, Rs. C-137/14, DVBl. 2015, 1518 (1521); *Kment*, Die Überformung des deutschen Planungsrechts durch EU-Recht – Hat die Präklusion eine Zukunft?, UPR 2016, 487 (490 f.).

⁴⁶ Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer Vorschriften an europa- und völkerrechtliche Vorgaben v. 19.4.2016 (im Folgenden Ressortentwurf UmwRG 2016); vgl. dazu auch bereits *Michl*, Die Umweltverbandsklage nach dem Regierungsentwurf zur Anpassung des UmwRG an europa- und völkerrechtliche Vorgaben, NuR 2016, 543 ff.

⁴⁷ Dazu *Berkemann* (Fn. 26), S. 205 ff.

⁴⁸ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer Vorschriften an europa- und völkerrechtliche Vorgaben, BT-Drs. 18/9526 vom 5.9.2016.

⁴⁹ Gesetz zur Anpassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer Vorschriften an europa- und völkerrechtliche Vorgaben vom 29.5.2017, BGBl. I 2017, S. 1298. Vgl. zum weiteren Kontext der mittlerweile erfolgten Novellierungen auch *Franzius*, Baustellen des Umweltrechtsschutzes, DVBl. 2018, 410 ff.; *Sauer*, Die Novelle 2017 zum Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz in Deutschland, in: Schulev-Steindl/Schnedl/Weichsel-Goby (Hrsg.), Partizipation im Umweltrecht: Gegenwart und Zukunft, 2019, S. 171 ff.; *Schlacke*, Der Rechtsschutz im Umweltrecht vor und nach der Novellierung: Bestandsaufnahme und Ausblick, EurUP 2018, 127 ff.

⁵⁰ Vgl. dazu nachfolgend S. 55 f.

Verfahren für unanwendbar erklärt.⁵¹ Der Gesetzgeber folgte damit zunächst der im Schrifttum anerkannten Prämisse, dass das EuGH-Urteil von 2015 eine flächendeckende materielle Präklusion zwar grundsätzlich untersage, einer formellen, auf das Verwaltungsverfahren beschränkten Präklusion indes nicht entgegenstehe.⁵²

Eine materielle Präklusion als gesetzlichen Regelfall wie bisher gibt es also im Anwendungsbereich des Unionsrechts vor deutschen Verwaltungsgerichten nicht mehr. Zumindest im Verwaltungsverfahren können jedoch verspätete Einwendungen weiterhin ausgeschlossen und damit Verzögerungen des Verfahrens vermieden werden.

b) Reduktion der materiellen Präklusion auf Missbrauchsfälle

Selbst die Abschaffung der materiellen Präklusion ist zudem entgegen einzelnen Forderungen im Schrifttum⁵³ nicht ausnahmslos erfolgt. Vielmehr bleiben nach § 5 UmwRG Einwendungen unberücksichtigt, die eine Person oder eine Vereinigung im Sinne des § 4 Absatz 3 Satz 1 erstmals im Rechtsbehelfsverfahren erhebt, wenn die erstmalige Geltendmachung im Rechtsbehelfsverfahren missbräuchlich oder unredlich ist. Wie das Urteil des EuGH vom 15.10.2015 in Randnummer 81 vorzeichnete, wird die Figur der Verwirkungsfälle damit auf Missbrauchsfälle beschränkt aufrechterhalten.⁵⁴

c) Klagebegründungsfrist

In einer ganzen Reihe von Anmerkungen zum EuGH-Urteil wurde vorgeschlagen, die bestehenden Vorschriften um eine Verpflichtung des Klägers zu ergänzen, seine Angriffspunkte im Prozess innerhalb einer angemessenen Frist darzulegen.⁵⁵ Diesem Anliegen dient § 6 UmwRG zur „Klagebegründungsfrist“, der freilich lediglich den ohnehin bereits seit 2013 bestehenden § 4a Abs. 1 UmwRG perpetuiert.⁵⁶ Auch wenn diese Vorschrift keine strenge Ausschlussfrist statuiert⁵⁷ und in der Vergangenheit keine nennenswerte Rolle gespielt hat, soll sie nach den Hoffnungen des Gesetzgebers ihre Bedeutung nach dem Wegfall der flächende-

⁵¹ *Fellenberg/Schiller*, in: Landmann/Rohmer (Fn. 16), § 7 UmwRG (April 2018) Rn. 76 und 81; *Lieber*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Fn. 8), § 73 Rn. 150 und 255.

⁵² So etwa *Beier* (Fn. 37), S. 51; *Berkemann* (Fn. 26), S. 213; *Bunge* (Fn. 30), S. 17; *Ludwigs* (Fn. 27), S. 3486; *Szechenyi* (Fn. 9), S. 369.

⁵³ Vgl. *Zeissler/Schmitz*, Das Urteil des EuGH vom 15.1.2015 in der Rechtssache C-137/14 als Ende der umweltrechtlichen Präklusion?, UPR 2016, 1 (6).

⁵⁴ Ressortentwurf UmwRG 2016 (Fn. 46), S.21; Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/9526 vom 5.9.2016, S. 24.

⁵⁵ So etwa *Steinbeiß-Winkelmann*, Verwaltungsgerichtsbarkeit zwischen Überlasten, Zuständigkeitsverlusten und Funktionswandel, NVwZ 2016, 713 (719); *Zeissler/Schmitz* (Fn. 52), S. 6 f.

⁵⁶ Ressortentwurf UmwRG 2016 (Fn. 46), S. 39; Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/9526 vom 5.9.2016, S. 41.

⁵⁷ Näher zu dieser Vorgängernorm *Seibert*, Verbandsklagen im Umweltrecht, NVwZ 2013, 1040 (1046); *Balensiefen*, Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz, Kommentar, 2013, § 4a Rdnrn. 2 f.

ckenden materiellen Präklusion steigern und insoweit eine gewisse Auffangfunktion übernehmen.⁵⁸

d) Vorgaben zur Nachbesserung

Mit der erhöhten Wahrscheinlichkeit einer erfolgreichen Anfechtung umweltrechtlicher Genehmigungsentscheidungen steigt auch das Bedürfnis nach Reaktions- und Reparaturmöglichkeiten für die Genehmigungsbehörden.⁵⁹ Rechtspolitisch werden gesetzliche Instrumente zur Fehlerbehebung zwar vor allem aus Sicht der Umweltverbände vielfach kritisch gesehen. Das umweltpolitische Anliegen, durch Verbandsklagerechte die effektive Durchsetzung des Umweltrechts zu sichern, zielt indes nicht darauf ab, anlässlich einer gerichtlichen Beanstandung zugleich bereits erbrachte rechtmäßige Verfahrens- und Planungsleistungen zu entwerfen. Soweit die angegriffene Genehmigungsentscheidung durch Änderungen oder Ergänzungen rechtskonform werden kann, erfordert das Umweltrecht keine volkswirtschaftlich kontraproduktive Zerstörung der bereits erbrachten Arbeiten. Entsprechendes gilt für die Nachholung von Verfahrenshandlungen, soweit der spezifische Schutzzweck der verletzten Norm eine nachträgliche Behebung des Fehlers zulässt.

Der neue § 7 Abs. 5 UmwRG beruht auf diesen Wertungen und sieht nunmehr dementsprechend vor, dass eine Verletzung materieller Rechtsvorschriften nur dann zur Aufhebung der Entscheidung nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 2b oder 5 UmwRG führt, „... wenn sie nicht durch Entscheidungsergänzung oder ein ergänzendes Verfahren behoben werden kann. Satz 1 gilt nicht im Anwendungsbereich des § 75 Absatz 1a des Verwaltungsverfahrensgesetzes.“ Diese Norm ist ersichtlich an § 75 Abs. 1a VwVfG angelehnt, weitet dessen Anwendungsbereich auf die Verletzung materieller Rechtsvorschriften aus⁶⁰ und soll insoweit auch zugleich die gesamte hierzu ergangene planungsrechtliche Judikatur rezipieren.⁶¹

5. Das Protect-Urteil 2017 vom 20.12. 2017 – Rs. C-664/15

In Frage gestellt wird die weitgehende Abschaffung der Präklusion durch die – nur ein halbes Jahr nach der Novellierung des deutschen Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes ergangene – EuGH-Entscheidung vom 20. Dezember 2017 in der Rechtssache „Protect“, deren primäre Bedeutung in der Aussage gesehen wird, dass sich die völkerrechtlich geforderte Reichweite der

⁵⁸ Exemplarisch verdeutlicht dies OVG Lüneburg, Beschl. v. 14.8.2015 – 7 KS 148/12 –, NVwZ-RR 2016, 254 ff..

⁵⁹ *Fellenberg*, Weiter frischer Wind aus Luxemburg – Zu den Klagemöglichkeiten im Umweltrecht, NVwZ 2015, 1721 (1724).

⁶⁰ *Sauer* (Fn. 49), S. 187.

⁶¹ Ressortentwurf UmwRG 2016 (Fn. 46), S. 41 f.; zustimmend etwa *Müggenborg*, Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins zur geplanten Novelle des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes, NuR 2016, 473 f.

umweltrechtlichen Verbandsklage nicht auf die durch das Sekundärrecht der Union vorgesehenen Fälle beschränkt.

a) Der abweichende völker- und unionsrechtliche Kontext des Urteils von 2017

Dieses Urteil ist in einem anderen regelungstechnischen Kontext als das vorherige Urteil des EuGH vom 15.10.2015 ergangen, weil es sich nicht auf unionales Sekundärrecht bezieht, sondern unmittelbar die Auslegung völkerrechtlicher Vorgaben der Aarhus-Konvention zum Gegenstand hat.

Auf Grund von Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen den Kompetenzen der Union und denen ihrer Mitgliedstaaten wurden die meisten umweltvölkerrechtlichen Verträge in den vergangenen Jahrzehnten als „gemischte Abkommen“ verhandelt, die sowohl von der Union als auch von ihren Mitgliedstaaten unterzeichnet und ratifiziert werden.⁶² Bezogen auf den Kompetenzbereich der Union wird dann zur Umsetzung der entsprechenden Vorgaben regelmäßig umfassendes Sekundärrecht erlassen. Auch die Aarhus-Konvention wurde als gemischtes Übereinkommen erarbeitet und unterzeichnet. Obwohl die Gemeinschaft anfangs offenbar beabsichtigte, sämtliche Vorgaben dieses Übereinkommens durch gemeinschaftliche Transformationsakte verbindlich zu machen, verbleiben nach derzeitigem Gesetzgebungsstand einige völkerrechtliche Pflichten aus diesem Übereinkommen – nämlich jene aus Art. 9 Abs. 3 zur Schaffung allgemeiner Überprüfungsrechte der Öffentlichkeit –, die der Umsetzung durch die Mitgliedstaaten selbst bedürfen.⁶³

Nach diesem Art. 9 Abs. 3 der Aarhus-Konvention soll jede Vertragspartei zusätzlich zu den in Absatz 2 genannten konkreten Pflichten sicherstellen, dass „Mitglieder der Öffentlichkeit, sofern sie etwaige in ihrem innerstaatlichen Recht festgelegte Kriterien erfüllen, Zugang zu verwaltungsbehördlichen oder gerichtlichen Verfahren haben, um die von Privatpersonen und Behörden vorgenommenen Handlungen und begangenen Unterlassungen anzufechten, die gegen umweltbezogene Bestimmungen ihres innerstaatlichen Rechts verstoßen.“⁶⁴ Diese Vorgabe steht nach Wortlaut und Entstehungsgeschichte eigentlich unter einem weit reichenden Vorbehalt der Ausgestaltung durch das nationale Recht⁶⁵. Das Gesetzgebungsverfahren

⁶² Vgl. im Einzelnen *Meßerschmidt* (Fn. 15), § 4 Rn. 14 ff.

⁶³ Vgl. *Rodenhoff*, Die EG und ihre Mitgliedstaaten als völkerrechtliche Einheit bei umweltvölkerrechtlichen Übereinkommen, 2008, S. 172 ff., die im Vorgriff auf die späteren Aussagen des EuGH (nachfolgend bei Fn. 72 f.) auch für diesen Vertragsteil eine Unionskompetenz bejaht.

⁶⁴ Vgl. dazu *Schwerdtfeger* (Fn. 11), S. 286 ff.

⁶⁵ Vgl. hierzu *von Danwitz*, Aarhus-Konvention – Umweltinformation, Öffentlichkeitsbeteiligung, Zugang zu den Gerichten, in: GfU (Hrsg.) Dokumentation zur 27. wissenschaftlichen Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht, 2004, S. 21 (46); *Epiney*, Zu den Anforderungen der Aarhus-Konvention an das europäische Gemein-

des zur Umsetzung dieser Norm bestimmten Richtlinienentwurfs⁶⁶ wurde schließlich nicht weiter geführt und die Umsetzung stattdessen den Mitgliedstaaten überlassen.⁶⁷ Tatsächlich gab Art. 9 Abs. 3 der Aarhus-Konvention jedoch offenbar nicht nur in Deutschland, sondern europaweit zu keinen Transformationsakten Anlass.⁶⁸ Das Urteil in der Rechtssache „Protect“ bezieht sich auf ebendiesen Art. 9 Abs. 3 der Aarhus-Konvention und nicht etwa auf das Sekundärrecht der Richtlinie 2003/35/EG.

Das Protect-Urteil knüpft dabei an eine kontroverse Diskussion zu der Frage an, ob Art. 9 Abs. 3 des Übereinkommens, wiewohl er durch die damalige Gemeinschaft bewusst nicht in Sekundärrecht überführt wurde, sondern der Umsetzung durch die Mitgliedstaaten überlassen blieb, gleichwohl kraft Unionsrecht unmittelbare Wirkungen entfalten kann.⁶⁹ Nach der Rechtsprechung des EuGH werden nämlich völkerrechtliche Verträge bereits mit ihrem Abschluss durch die Union Bestandteil der Unionsrechtsordnung und unterliegen damit der Auslegung durch die europäische Gerichtsbarkeit.⁷⁰ Dabei spricht manches dafür, dass der EuGH den völkervertraglichen Vereinbarungen bisweilen eine tendenziell strengere Auslegung gibt als dies nach traditionellen völkerrechtlichen Maßstäben der Fall wäre.⁷¹

b) Das Urteil „slowakischer Braunbär“ und dessen Folgen

Auch Art. 9 Abs. 3 der Aarhus-Konvention führte den EuGH bereits im Jahr 2011 in der Rechtssache „Slowakischer Braunbär“ zu weitreichenden, wenn auch sehr unscharfen Aussagen: Der Gerichtshof erklärte sich zunächst entgegen den im Zuge der gemeinsamen Ratifikation abgegebenen Erklärungen der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten auch im Hinblick auf die aus Art. 9 Abs. 3 des Übereinkommens erwachsenden Verpflichtungen für zuständig.⁷²

schaftsrecht, ZUR 2003, 176 (179 f.); *Jendroška*, Aarhus Convention and Community Law: the Interplay, JEEPL 2005, 12 (19); *Scheyli* (Fn. 12), S. 245 f.

⁶⁶ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten v. 24.10.2003, KOM(2003) 624 endg.

⁶⁷ Vgl. *Jendroška* (Fn. 65), S. 18 f., auch zur Frage des Bestehens eines nationalen Umsetzungsbedarfs.

⁶⁸ So jedenfalls *Wiesinger* (Fn. 12), S. 340.

⁶⁹ Vgl. dazu und zum Folgenden etwa *Fellenberg/Schiller*, in: Landmann/Rohmer (Fn. 16), Vorbemerkung zum UmwRG (April 2018) Rn. 42 ff.

⁷⁰ EuGH, Urt. v. 10.1.2006 – Rs. C-344/04 (International Air Transport Association und European Low Fares Airline Association) –, Slg. 2006, I-403 Ziff. 36; Urt. v. 30.5.2006 – Rs. C-459/03 (Kommission/Irland) –, Slg. 2006, I-4635 Ziff. 82; *Epiney* (Fn. 15), 3. Kapitel Rn. 24 ff.

⁷¹ So *Shigeta*, The ECJ's 'Hard' Control over Compliance with International Environmental Law, International Community Law Review 11 (2009), 251 ff.

⁷² Im wesentlichen kritisch dazu *Eckes*, Environmental Policy outside-in: How the EU's Engagement with International Environmental Law Curtails National Autonomy, German Law Journal 13 (2012), 1151 (1165); *Jans/Vedder*, European Environmental Law, 4 Aufl. 2012, S. 72 ff.; *Krawczyk*, The Slovak Brown Bear Case: The ECJ Hunts for Jurisdiction and Environmental Plaintiffs Gain the Trophy, Environmental Law Review 14 (2012), 53 ff.

Sodann stellte der EuGH fest, dass Art. 9 Abs. 3 der Aarhus-Konvention im Unionsrecht zwar keine unmittelbare Wirkung entfalte;⁷³ die nationalen Gerichte hätten jedoch „... das Verfahrensrecht in Bezug auf die Voraussetzungen, die für die Einleitung eines verwaltungsbehördlichen oder gerichtlichen Überprüfungsverfahrens vorliegen müssen, so weit wie möglich im Einklang sowohl mit den Zielen von Art. 9 Abs. 3 dieses Übereinkommens als auch mit dem Ziel eines effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes für die durch das Unionsrecht verliehenen Rechte auszulegen“, um es einer Umweltschutzorganisation zu ermöglichen, umweltrelevante Entscheidungen wegen eines Widerspruchs zum Umweltrecht der Union anzufechten.⁷⁴

Diese Aussagen haben in Deutschland zu einer kontroversen Diskussion und erheblicher Rechtsunsicherheit geführt.⁷⁵ Während manche Gerichte auch ohne unmittelbare Wirkung Klagerechte aus Art. 9 Abs. 3 der Aarhus-Konvention ableiten,⁷⁶ stellte der 7. Senat des Bundesverwaltungsgerichts 2013 unter Berufung auf die Anregungen des EuGH in der Entscheidung „slowakischer Braunbär“ fest, bei „einem an unionsrechtlichen Vorgaben orientierten Verständnis“ gewähre die in § 47 Abs. 1 BImSchG normierte Pflicht zur Aufstellung von Luftreinhalteplänen „einem anerkannten Umweltverband eigene Rechte i. S. von § 42 Abs. 2 VwGO“. Dies folge aus dem Schutzzweck der Norm, „Auswirkungen sowohl auf die menschliche Gesundheit als auch auf die Umwelt insgesamt“ zu vermeiden.⁷⁷ Dieser Ansatz war und ist in Deutschland bis heute umstritten.⁷⁸

⁷³ Dies bestätigt nochmals EuGH (2. Kammer), Urt. v. 20.12.2017 – Rs. C-664/15 (*Protect/Bezirkshauptmannschaft Gmünd*) –, NVwZ 2018, 225 (227 Rn. 45). Wie *Sobotta*, Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 20.12.2017 – C-664/15, EuZW 2018, 165 (166) überzeugend ausführt, läuft das Urteil freilich darauf hinaus, dass Art. 9 Abs. 3 der Aarhus-Konvention „eben doch unmittelbare Wirkung entfaltet“. Kritisch zu alledem *Fellenberg/Schiller*, in: Landmann/Rohmer (Fn. 16), Vorbemerkung zum UmwRG (April 2018) Rn. 44.

⁷⁴ EuGH, Urt. v. 8.3.2011 – Rs. C-240/09 (*Lesoochránárske zoskupenie*) –, Slg. 2011, I-1255 Ziff. 52.

⁷⁵ Vgl. nur *Berkemann*, Die Klagebefugnis nach der Aarhus-Konvention, DVBl. 2013, 1137 ff.; *Ekardt*, Das Umweltrechtsbehelfsgesetz vor dem EuGH und dem BVerwG, NVwZ 2012, 530 ff.; *Gärditz*, Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz im Umweltrecht, NVwZ 2014, 1 (5); *Schink*, Der slowakische Braunbär und der deutsche Verwaltungsprozess – Anmerkungen zur jüngsten Rechtsprechung des EuGH, DÖV 2012, 622 ff.; *Schlacke*, Zur fortschreitenden Europäisierung des (Umwelt-)Rechtsschutzes, NVwZ 2014, 11 (12 f.); *Seibert* (Fn. 57), S. 1042 f.; *Fellenberg/Schiller*, in: Landmann/Rohmer (Fn. 16), Vorbemerkung zum UmwRG (April 2018) Rn. 45 und 86 ff.

⁷⁶ VGH Kassel, Beschl. v. 19. 3. 2012 – 9 B 1916/11 –, NVwZ-RR 2012, 544 (545 f.); ablehnend jedoch noch OVG Koblenz, Beschl. v. 27.2.2013 – 8 B 10254/13 –, NVwZ 2013, 881 ff.; ähnlich etwa VGH Kassel, Beschl. v. 20.3.2013 – 2 B 1716/12 –, ZUR 2013, 504 Leitsatz 2; OVG Lüneburg, Beschl. v. 30.7.2013 – 12 MN 300/12 –, NVwZ-RR 2013, 917 (918) m.w.N.

⁷⁷ BVerwG, Urt. v. 5.9.2013 – 7 C 21/12 –, NVwZ 2014, 64 (67); vgl. dazu *Lau*, Das Urteil des BVerwG vom 5.9.2013 oder vom Versuch, den „slowakischen Braunbären“ zu zähmen?, NVwZ 2014, 637 ff.

⁷⁸ vgl. auch die Zweifel bei BVerwG, Urt. v. 12.11.2014 – 4 C 34.13 –, ZUR 2015, 233 (235); VGH Kassel, Beschl. v. 26.8.2014 – 9 B 2462/13 –, BeckRS 2014, 57296 Rn. 46; OVG Lüneburg, Urt. v. 19.11.2014 – 4 KN 251/11 –, ZUR 2015, 171 (173).

b) Die Aussagen des Protect-Urteils zur Präklusion

Das Protect-Urteil setzt diese Rechtsprechungslinie nunmehr fort und stellt fest, dass unabhängig von der Ausgestaltung des nationalen Prozessrechts auch eine einfache, nicht UPV-pflichtige wasserrechtliche Zulassung der umweltrechtlichen Verbandsklage unterliegt.⁷⁹

Indes enthält das Urteil in seinen Randnummern 82-101 auch detaillierte Ausführungen zu § 42 AVG des österreichischen Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991, einer präklusionsähnlichen Vorschrift, deren Absatz 1 folgenden Inhalt hat.

(1) Wurde eine mündliche Verhandlung gemäß § 41 Abs. 1 zweiter Satz und in einer in den Verwaltungsvorschriften vorgesehenen besonderen Form kundgemacht, so hat dies zur Folge, dass eine Person ihre Stellung als Partei verliert, soweit sie nicht spätestens am Tag vor Beginn der Verhandlung während der Amtsstunden bei der Behörde oder während der Verhandlung Einwendungen erhebt. Wenn die Verwaltungsvorschriften über die Form der Kundmachung nichts bestimmen, so tritt die im ersten Satz bezeichnete Rechtsfolge ein, wenn die mündliche Verhandlung gemäß § 41 Abs. 1 zweiter Satz und in geeigneter Form kundgemacht wurde.

Wie sich aus Randnummer 85 des Protect-Urteils ergibt, führt dieser Verlust der Stellung als Partei zugleich zu einem Verlust der entsprechenden Klagerechte. Die Rechtsfolge ist damit in ihren Wirkungen der deutschen materiellen Präklusion durchaus vergleichbar und wird im österreichischen Schrifttum auch als „Präklusion“ bezeichnet,⁸⁰ ist allerdings wohl nicht völlig identisch. Namentlich scheint der Verlust oder Erhalt der Stellung als Partei – anders als im deutschen Recht – nach einem Entweder-Oder-Prinzip davon abzuhängen, dass die oder der Beteiligte im Verwaltungsverfahren überhaupt Einwendungen erhebt.⁸¹ Die insoweit durch den Europäischen Gerichtshof untersuchte Frage bezieht sich – wie auch die spätere Randnummer 97 deutlich macht – auf die Zulässigkeit dieses Entweder-Oder-Verlustes der entsprechenden Klagerechte.

⁷⁹ EuGH (2. Kammer), Urt. v. 20.12.2017 – Rs. C-664/15 (*Protect/Bezirkshauptmannschaft Gmünd*) –, NVwZ 2018, 225 ff. mit Anmerkung *Klinger*, NVwZ 2018, 231 f. sowie *Sobotta* (Fn. 73), S. 165 f.; vgl. dazu auch *Wegener*, Der Braunbär lernt schwimmen, ZUR 2018, 217 ff.

⁸⁰ Vgl. nur *Wurzinger/Jantscher/Ivankovics*, Präklusion und Aarhus-Konvention, in: Eisenberger/Dworak/Bayer (Hrsg.), Die Aarhus-Konvention, 2018, S. 24 ff. zum „Präklusionsmodell in Österreich“ sowie die Darstellung des Protect-Urteils in diesem Band auf S. 4; ferner Bundeskanzleramt Österreich, Skriptum „Vertiefende Bearbeitung praxisrelevanter Fragen zum Verwaltungsverfahren“, Oktober 2015, im Internet unter: https://www.oeffentlicherdienst.gv.at/vab/seminarprogramm/allgemeine_ausbildung_und_weiterbildung/SGA_3_4.pdf?6wd8am.

⁸¹ Dies ähnelt der bereits erwähnten Unterscheidung des OVG Koblenz, vgl. oben in und bei Fn. 38.

„(82) Mit seiner dritten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art. 9 Abs. 3 und 4 des Übereinkommens von Aarhus dahin auszulegen ist, dass damit nicht vereinbar ist, dass in einem Fall wie dem des Ausgangsverfahrens einer Umweltorganisation eine Ausschlussregelung des nationalen Verfahrensrechts entgegengehalten wird, nach der eine Person ihre Stellung als Partei im Verwaltungsverfahren verliert und damit keine Beschwerde gegen die Entscheidung erheben kann, die in dem Verwaltungsverfahren ergeht, wenn sie ihre Einwendungen nicht rechtzeitig bereits im Verwaltungsverfahren, spätestens in dessen mündlichem Abschnitt, geltend gemacht hat.

Die hier angesprochene „Beschwerde“ ist offenbar die sog. Bescheidbeschwerde nach Art. 130 Abs. 1 Z 1 des Bundes-Verfassungsgesetzes (B-VG), mit der nach österreichischem Recht Bescheide der Verwaltungsbehörden bei den Verwaltungsgerichten angefochten werden können.⁸² Die Parteistellung im Verwaltungsverfahren vermittelt dabei zugleich die Beschwerdelegitimation im Verwaltungsprozess.⁸³

In den Randnummern 83 f. diskutiert der Gerichtshof wie zuvor bereits die Generalanwältin⁸⁴ die Entscheidungsrelevanz dieser Frage, da nach den eigenen Aussagen des vorlegenden Gerichts Protect nach österreichischem Recht gar nicht in der Lage war, überhaupt eine Parteistellung zu erlangen, um dann festzustellen:

(85) Die dritte Frage ist dennoch zu beantworten. Aus der Vorlageentscheidung geht nämlich ausdrücklich hervor, dass im vorliegenden Fall die Klage von Protect vom erstinstanzlichen Gericht gerade wegen des Verlusts der Parteistellung gemäß der Ausschlussregelung des § 42 AVG abgewiesen worden ist. Mithin ist die Frage nicht offensichtlich hypothetisch im Sinne der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs (vgl. u. a. Urteile vom 12. Oktober 2017, Kubicka, C-218/16, EU:C:2017:755 Rn. 30 und 31).

(86) In der Sache ist festzustellen, dass Art. 9 Abs. 3 des Übereinkommens von Aarhus ausdrücklich vorsieht, dass für Rechtsbehelfe gemäß dieser Bestimmung „Kriterien“ festgelegt werden können. Die Mitgliedstaaten können im Rahmen des ihnen insoweit überlassenen Gestaltungsspielraums also grundsätzlich verfahrensrechtliche Vorschriften über die Voraussetzungen der Einlegung solcher Rechtsbehelfe erlassen.

⁸² Dazu *Olechowski*, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich, in: von Bogdandy/Huber/Marcusson (Hrsg.), *Ius Publicum Europaeum* Bd VIII, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen und Verfahren, 2019, § 133 Rn. 88 f..

⁸³ Vgl. die Erläuterungen bei *Weichsel-Goby/Kuncio*, Öffentlichkeitsbeteiligung und Rechtsschutz in Umweltverfahren. Status quo und Zukunftsperspektiven einer aarhuskonformen Umsetzung in Österreich, in: Schulev-Steindl/Schnedl/Weichsel-Goby (Fn. 49), S. 150 (161 f.).

⁸⁴ Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston v. 12.10.2017 – Rs. C-664/15, Protect –, Rn. 111 und 114.

(87) Bei der Festlegung der Modalitäten gerichtlicher Rechtsbehelfe zum Schutz der durch die Richtlinie 2000/60 eingeräumten Rechte⁸⁵ müssen die Mitgliedstaaten aber die Beachtung des in Art. 47 der Charta, der den Grundsatz des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes bekräftigt, verankerten Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht gewährleisten (vgl. in diesem Sinne u. a. Urteile vom 27. September 2017, Puškár, C-73/16, EU:C:2017:725, Rn. 59 und die dort angeführte Rechtsprechung).

(88) An sich steht Art. 9 Abs. 3 des Übereinkommens von Aarhus einer Ausschlussregelung wie der des § 42 AVG, nach der von dem durch die Stellung als Partei begründeten Recht, Einwendungen zur Beachtung der einschlägigen umweltrechtlichen Vorschriften geltend zu machen, bereits im Stadium des Verwaltungsverfahrens Gebrauch gemacht werden muss, nicht entgegen. Mit einer solchen Regelung können unter Umständen die streitigen Punkte schneller identifiziert und gegebenenfalls bereits im Verwaltungsverfahren gelöst werden, so dass sich eine Klage erübrigt.

(89) Eine solche Ausschlussregelung kann auf diese Weise zur Verwirklichung des Ziels von Art. 9 Abs. 3 des Übereinkommens von Aarhus, wirkungsvolle gerichtliche Mechanismen zu schaffen (vgl. 18. Erwägungsgrund des Übereinkommens), beitragen. Sie entspricht auch ganz dem Gedanken des Art. 9 Abs. 4 des Übereinkommens, nach dem die u. a. in Art. 9 Abs. 3 des Übereinkommens genannten Verfahren „angemessenen und effektiven“ Rechtsschutz bieten und „fair“ sein müssen.

(90) Die Ausschlussregelung stellt demnach als Vorbedingung für die Erhebung einer Klage zwar eine Einschränkung des Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf bei einem Gericht im Sinne von Art. 47 der Charta dar. Eine solche Einschränkung kann nach Art. 52 Abs. 1 der Charta aber gerechtfertigt sein, wenn sie gesetzlich vorgesehen ist, den Wesensgehalt dieses Rechts achtet und unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erforderlich ist und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entspricht (vgl. entsprechend Urteil vom 27. September 2017, Puškár, C-73/16, EU:C:2017:725, Rn. 61 bis 71).

(91) Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dürfen die konkreten Modalitäten für die Ausübung der im österreichischen Recht verfügbaren Verwaltungsrechtsbehelfe das

⁸⁵ Dies ist die sog. Wasserrahmenrichtlinie, in deren Kontext die Protect-Entscheidung angesiedelt ist.

Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf bei einem Gericht im Sinne von Art. 47 der Charta nicht unverhältnismäßig einschränken (vgl. entsprechend Urteil vom 27. September 2017, Puškár, C-73/16, EU:C:2017:725, Rn. 72).

Die hier in vollem Umfang wiedergegebenen Ausführungen des Gerichtshofs liefern eine sehr viel eingehendere Begründung als die Aussagen zur Unzulässigkeit der deutschen Präklusion im Jahr 2015. Nach diesen allgemeinen Überlegungen zur Zulässigkeit einer „Präklusion“ in dem dargestellten Sinne wendet sich der Gerichtshof den verwickelten Besonderheiten des österreichischen Verfahrensrechts zu, die – wie erwähnt – gerade darin bestehen, dass der klagenden Vereinigung nach einfachem Recht im Hinblick auf die angegriffene nicht UPV-pflichtige wasserrechtliche Zulassung ohnehin kein Beteiligungs- oder Verbandsklagerecht zustand. Bereits die Generalanwältin hatte darauf hingewiesen, dass in diesem Falle die Berufung auf eine Verwirkung unbillig wäre.⁸⁶ Dieser Bewertung folgt in der Tendenz – und vorbehaltlich einer Prüfung durch das vorlegende Gericht – auch der Europäische Gerichtshof:

(92) Insoweit stellt sich die Frage, ob in einem Fall wie dem, um den es im Ausgangsverfahren geht, durch die Geltung der betreffenden Ausschlussregelung für eine Umweltorganisation wie Protect das Recht, bei einem Gericht einen Rechtsbehelf einzulegen, wie es Art. 9 Abs. 3 des Übereinkommens von Aarhus in Verbindung mit Art. 47 der Charta für den Schutz der durch Art. 4 der Richtlinie 2000/60 gewährten Rechte gewährleistet, übermäßig beschränkt wird.

(93) Diese Frage wird letztlich das vorlegende Gericht unter Berücksichtigung der relevanten tatsächlichen Umstände und des einschlägigen nationalen Rechts zu beantworten haben. Nach den dem Gerichtshof vorliegenden Akten dürfte die Frage – unter dem Vorbehalt einer Überprüfung durch das vorlegende Gericht – zu bejahen sein.

(94) Protect kann schwerlich zur Last gelegt werden, die Anwendung der Ausschlussregelung des § 42 AVG nicht dadurch verhindert zu haben, dass sie bereits im Stadium des Verwaltungsverfahrens das durch die Parteistellung begründete Recht ausgeübt hat,

⁸⁶ Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston v. 12.10.2017 – Rs. C-664/15, Protect –, Rn. 120: „Von einer Umweltschutzorganisation zu verlangen, dessen ungeachtet in einer solchen Situation (auf nahezu spekulativer Grundlage) zu versuchen, Einwendungen geltend zu machen, wäre meines Erachtens unfair und irreführend. In einer solchen Situation § 42 AVG anzuwenden und Protect den Verlust der Parteistellung aufzuerlegen, liefe darauf hinaus, sie dafür zu bestrafen, dass sie nicht das getan hat, was das nationale Recht ihr offenbar verwehrt. Eine solche Verfahrensregelung würde die Kriterien nach Art. 9 Abs. 4 des Aarhus-Übereinkommens, fair und gerecht zu sein, meines Erachtens nicht erfüllen. Sie erinnert in merkwürdiger Weise an die Situation des sterbenden Mannes in Kafkas *Vor dem Gesetz*, dem – nachdem er sein ganzes Leben mit dem Versuch verbracht hat, durch das Tor zu gehen, das nun geschlossen wird – gesagt wird, es habe ihm die ganze Zeit weit offen gestanden.“

Einwendungen wegen Verletzung wasserrechtlicher Vorschriften, die der Umsetzung der Richtlinie 2000/60 dienen, zu erheben.

(95) Protect hatte bei den zuständigen Behörden nämlich beantragt, ihr die Parteistellung zuzuerkennen. Dies wurde aber im Wesentlichen mit der Begründung abgelehnt, § 102 Abs. 1 WRG biete hierfür keine Rechtsgrundlage. Deshalb musste sich Protect am Verwaltungsverfahren als „Beteiligte“ im Sinne von § 102 Abs. 2 WRG beteiligen. Als Beteiligte hatte sie nach § 102 Abs. 3 WRG nicht das Recht, Einwendungen zu erheben, die die Behörden vor einer Entscheidung über den Antrag auf Bewilligung hätten berücksichtigen müssen.

(96) Nach den einschlägigen nationalen Verfahrensvorschriften dürfte der Vorwurf, nicht rechtzeitig Einwendungen erhoben zu haben, um die Anwendung der Ausschlussregelung des § 42 AVG zu verhindern, darauf hinauslaufen, zu verlangen, dass die Organisationen eine Verpflichtung erfüllen, die sie von vornherein nicht erfüllen können. Es gilt aber der Grundsatz, dass niemand zu unmöglichen Leistungen verpflichtet ist (*impossibilium nulla obligatio est*).

(97) Auch wenn die Verpflichtung aus § 42 AVG, wie die österreichische Regierung geltend macht, rein formal sein sollte, so dass es, um zu verhindern, dass die Ausschlussregelung Anwendung findet, genügt, Einwendungen zu erheben, mit denen lediglich allgemein geltend gemacht wird, dass die Bewilligung des betreffenden Vorhabens gegen eine Bestimmung des WRG verstößt, wobei die Begründung der Einwendungen später nachgeholt werden kann, konnten die Umweltorganisationen im vorliegenden Fall den einschlägigen Verfahrensvorschriften bei verständiger Würdigung entnehmen, dass sie zunächst die Parteistellung erlangen mussten, um dann das durch diese Stellung begründete Recht, Einwendungen zu erheben, auszuüben.

(98) Unter dem Vorbehalt der Prüfung durch das vorlegende Gericht dürfte in Anbetracht einer im Hinblick auf die einschlägigen nationalen Verfahrensvorschriften zumindest mehrdeutigen Rechtslage durch die Anwendung der Ausschlussregelung des § 42 AVG auf Protect mit der Folge, dass diese Organisation sowohl ihre Stellung als Partei in dem betreffenden Bewilligungsverfahren als auch ihr Recht auf Erhebung einer Beschwerde gegen die in dem Bewilligungsverfahren ergangene Entscheidung verloren hat, das mit Art. 9 Abs. 3 des Übereinkommens von Aarhus in Verbindung mit Art. 47

der Charta für den Schutz der Rechte aus Art. 4 der Richtlinie 2000/60 garantierte Recht, bei einem Gericht einen Rechtsbehelf einzulegen, übermäßig beschränkt werden.

(99) Insoweit stellt die Geltung der Ausschlussregelung des § 42 AVG in einem Fall wie dem des Ausgangsverfahrens eine Beschränkung des in Art. 47 der Charta verankerten Rechts, bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen, dar, die nicht gemäß Art. 52 Abs. 1 der Charta gerechtfertigt ist.

(100) Unter dem Vorbehalt der Prüfung der relevanten tatsächlichen Umstände und des einschlägigen nationalen Rechts durch das vorlegende Gericht ist Letzteres daher nach den oben in den Rn. 55 und 56 dargestellten Grundsätzen verpflichtet, in dem bei ihm anhängigen Rechtsstreit die Ausschlussregelung der einschlägigen nationalen Verfahrensvorschriften unangewendet zu lassen.

(101) Somit ist auf die dritte Frage zu antworten, dass unter dem Vorbehalt der Überprüfung der relevanten tatsächlichen Umstände und des einschlägigen nationalen Rechts durch das vorlegende Gericht Art. 9 Abs. 3 und 4 des Übereinkommens von Aarhus in Verbindung mit Art. 47 der Charta dahin auszulegen ist, dass mit diesen Bestimmungen nicht vereinbar ist, dass in einem Fall wie dem des Ausgangsverfahrens für eine Umweltorganisation nach den nationalen Verfahrensvorschriften eine Ausschlussregelung gilt, nach der eine Person ihre Stellung als Partei im Verwaltungsverfahren verliert und deshalb keine Beschwerde gegen eine in diesem Verfahren ergangene Entscheidung erheben kann, wenn sie Einwendungen nicht rechtzeitig bereits im Verwaltungsverfahren, spätestens in dessen mündlichem Abschnitt, erhoben hat.“

Die hier ebenfalls vollständig wiedergegebenen Ausführungen zur Frage der Zulässigkeit im konkreten Fall verdeutlichen, dass die entsprechenden Regelungen auch im Einzelfall angemessen und fair sein müssen. Sie liefern daher ggf. auch Hinweise für die Ausgestaltung einer entsprechenden Regelung.

Teil II. Rechtsvergleichende Überlegungen

Die dargestellten Aussagen des Europäischen Gerichtshofs beziehen sich auf Vorgaben des Unionsrechts, die grundsätzlich in allen EU-Staaten gleich vollzogen werden müssen. Von daher stellt sich die Frage, wie andere Staaten der Union mit jenen Problemlagen und Heraus-

forderungen umgehen, die in Deutschland bislang durch die Präklusion bewältigt worden sind.⁸⁷

1. Präklusion und präklusionsähnliche Regelungen in anderen EU-Mitgliedstaaten

Die frühere materielle Präklusion des deutschen Rechts allerdings scheint in den Rechtsordnungen der meisten EU-Mitgliedstaaten kein unmittelbar entsprechendes Pendant zu finden.

a) Fehlen der Präklusion oder vergleichbarer Vorschriften in den meisten EU-Mitgliedstaaten

Eine im Auftrag des Umweltbundesamtes angestellte rechtsvergleichende Untersuchung zu den Rechtsordnungen von Italien, Großbritannien, Polen, Schweden und Frankreich stellte insoweit jedenfalls fest:

„Der Rechtsvergleich zum gerichtlichen Prüfungsumfang (4.2.4) hat ergeben, dass es in den untersuchten EU-Staaten keine mit dem deutschen Recht vergleichbaren Regelungen zur materiellen Präklusion von Einwendungen, die in den Verwaltungsverfahren nicht vorgebracht worden sind, für die nachfolgenden Rechtsbehelfsverfahren gibt. Auch gesetzliche Regelungen für einen Ausschluss von erstmalig im gerichtlichen Verfahren erhobenen Einwendungen als missbräuchlich (siehe § 5 Entwurf-UmwRG n.F.) gibt es nicht. Vielmehr ist es in allen untersuchten Ländern möglich, vor Gericht zu allen Sach- und Rechtsfragen auch erstmalig Einwendungen zu erheben, so dass die angegriffenen Verwaltungsentscheidungen grundsätzlich einer umfassenden Rechtmäßigkeitsprüfung unterliegen. Außerdem sind Rechtsbehelfe überwiegend unabhängig von einer vorherigen Beteiligung des oder der Kläger am Verwaltungsverfahren zulässig.“⁸⁸

Auch der 2019 erschienene rechtsvergleichende Band VIII des „Ius Publicum Europaeum“ über „Verwaltungsgerichtsbarkeit in Europa“⁸⁹ erwähnt zumindest in seinem Stichwortverzeichnis das Rechtsinstitut der Präklusion nicht.

⁸⁷ Vgl. in diesem Sinne auch bereits den Bericht der *Roland Berger Strategy Consultants*, Best-Practices-Studie zur Verkehrsinfrastrukturplanung und -finanzierung in der EU, 2013, im Internet unter: https://bdi.eu/media/user_upload/20131024_BDI_Verkehrsinfrastruktur_Langfassung_gesamt.pdf, der ebenfalls die im Folgenden angesprochenen Mitgliedstaaten (und zusätzlich Frankreich) in den Blick nimmt, allerdings keine Ausführungen zur Präklusion enthält.

⁸⁸ *Schmidt/Stracke/Wegener/Ziesche*, Die Umweltverbandsklage in der rechtspolitischen Debatte. Eine wissenschaftliche Auseinandersetzung mit Argumenten und Positionen zur Umweltverbandsklage, zugleich ein rechtsvergleichender Beitrag zur weiteren Diskussion des Verbandsrechtsschutzes im Umweltbereich. Veröffentlicht durch das Umweltbundesamt, Texte 99/2017, S. 27.

⁸⁹ von *Bogdandy/Huber/Marcusson* (Fn. 82).

b) Präklusionsähnliche Regelungen in Österreich und den Niederlanden

Wie jedoch die Ausführungen zur Protect-Entscheidung verdeutlicht haben, findet sich jedenfalls mit § 42 AVG des österreichischen Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991, der den Verlust oder Erhalt der verwaltungsverfahrensrechtlichen Stellung als Partei und damit zugleich der prozessualen Beschwerdelegitimation davon abhängig macht, dass die oder der Beteiligte überhaupt Einwendungen erhebt, eine der deutschen Präklusion durchaus ähnliche, wenn auch wie erwähnt keineswegs identische Vorschrift.⁹⁰

Bekannt sind Regelungen mit Präklusionswirkung zudem auch in den Niederlanden. Entsprechende Hinweise finden sich in einem niederländischen Vorlagebeschluss der Rechtbank Limburg an den Europäischen Gerichtshof in der Rechtssache C-826/18 (Stichting Varkens in Nood). Frage 4 dieses Vorlagebeschlusses lautet:

„Ist das Unionsrecht und insbesondere Art. 9 Abs. 2 des Übereinkommens von Aarhus dahin auszulegen, dass es einer nationalen Rechtsvorschrift entgegensteht, die den Zugang zu Gerichten gegen einen Bescheid für die betroffene Öffentlichkeit (public concerned) (Beteiligte) ausschließt, wenn ihr berechtigterweise der Vorwurf gemacht werden kann, keine Einwendungen gegen den Entscheidungsentwurf (bzw. Teile davon) vorgebracht zu haben?“

Auch die hier erwähnten Regelungen scheinen einem Entweder-Oder-Prinzip zu folgen, also eine Präklusion nur bei einem vollständigen Unterbleiben von Einwendungen (vgl. das „keine“ in dem obigen Zitat) gegen den Entscheidungsentwurf anzuordnen und damit eher dem österreichischen als dem deutschen Präklusionsmodell zu entsprechen.

c) De facto-Präklusion in Dänemark durch Projektgesetze

Einen etwas anderen Weg zur Reduzierung der gerichtlichen Kontrolle beschreitet Dänemark, das Mutterland der Aarhus-Konvention, das große Infrastrukturprojekte im Wege von Projektgesetzen zulässt, die gerichtlich nur noch auf ihre Verfassungsmäßigkeit überprüft werden können, nicht aber auf ihre Vereinbarkeit mit dem materiellen staatlichen und unionalen Umweltrecht.⁹¹ Besondere Aufmerksamkeit erzeugte dieses Vorgehen im Falle der Festen

⁹⁰ Vgl. dazu oben in und bei den Fn. 80 f.

⁹¹ Vgl. die Skizze der dänischen Rechtslage in den Thesenpapieren der *IHK Nord*, „Norddeutsche Infrastrukturprojekte beschleunigen – von Dänemark und den Niederlanden lernen?“, im Internet unter: <https://www.ihk-nord.de/blob/ihknord/downloads/3882756/c96f20de7ceaa21ced78b50b2c501d6c/20171103-thesenpapier-planungsrecht-data.pdf>, S. 3 f., und „Planungsbeschleunigung von Infrastrukturprojekten“ vom 14.3.2019, im Internet unter: <https://www.ihk-nord.de/blob/ihknord/downloads/4376498/307e97b5fcb75fae9f7065843ef9f0e3/Onepager->

Fehmarnbeltquerung, die auf deutscher Seite durch Planfeststellung, auf dänischer Seite durch ein Projektgesetz genehmigt wird.⁹² Ein solches Vorgehen gilt bislang als grundsätzlich unionskonform, weil nach der erklärten Rechtsauffassung der EU-Kommission die Aarhus-Konvention und ihre unionalen Umsetzungsvorschriften von vornherein keine Legislativakte erfassen sollen.⁹³

d) Erfahrungen mit Projektgesetzen auch in Deutschland

Der dänische Ansatz wird in Deutschland nicht nur immer wieder diskutiert,⁹⁴ sondern ist im Zuge der Wiedervereinigung tatsächlich auch praktisch erprobt worden – wenn auch nur mit begrenztem Erfolg: Im Zuge der Debatte über die Beschleunigung von Verkehrswegeplanungen zur Herstellung der deutschen Einheit⁹⁵ erschien der Bundesregierung die unmittelbare Zulassung eines Vorhabens durch förmliches Bundesgesetz als eine in der besonderen historischen Situation zulässige Möglichkeit, rasch und unter Überwindung zeitaufwendiger Verwaltungsverfahren die notwendige Infrastruktur in und zu den neuen Ländern zu schaffen.⁹⁶ Trotz bis heute anhaltender erheblicher, auf Art. 14 und Art. 19 Abs. 4 GG sowie den Grundsatz der Gewaltenteilung gestützter verfassungsrechtlicher Bedenken des überwiegenden Schrifttums⁹⁷ führte dieser Ansatz schließlich zu den beiden 1993 und 1994 erlassenen Inves-

[Planungsbeschleunigung-data.pdf](#), jeweils mit der Forderung, dieses Modell auch auf Deutschland zu übertragen, sowie nunmehr umfassend *Ziekow*, Vorhabenplanung durch Gesetz, i.E.

⁹² Anschauliche Vergleiche finden sich hierzu bei *Enderle*, Grenzüberschreitende Infrastrukturen. Planungs- und naturschutzrechtliche Besonderheiten, in: Durner (Hrsg.), Das straßenrechtliche Nutzungsregime im Umbruch. Aktuelle Fragen des Planungsrechts, 2013, S. 24 ff., sowie bei *Roland Berger Strategy Consultants* (Fn. 87), S. 76 ff.

⁹³ Mitteilung der Kommission v. 28.4.2017 über den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten, C(2017) 2616 final, S. 48 Rn. 152; vgl. dazu *Epiney/Diezig/Pirker/Reitemeyer* (Fn. 12), Art. 7 Rn. 6 (S. 247) zur Annahme von exekutivischen Plänen durch ein Parlament. Zudem galt die UVP-Richtlinie 2011/92/EU bis 2014 nach ihrem Art. 1 Abs. 4 von vornherein nicht für Projekte, „... die im einzelnen durch einen besonderen einzelstaatlichen Gesetzgebungsakt genehmigt werden. Vgl. dazu – eher restriktiv – noch EuGH, Urt. v. 16.2.2012 – Rs. C-182/10 (Flughäfen Lüttich-Bierset und Charleroi-Brüssel Süd) –, ZUR 2012, 489 (490 f. Rn. 29 ff.) und ferner EuGH, Urt. v. 17. 11. 2016 – Rs. C-348/15 (Stadt Wiener Neustadt/Niederösterreichische Landesregierung) –, NVwZ 2017, 133 ff. Eingehend zur Unionsrechtskonformität des dänischen Modells jetzt *Ziekow* (Fn. 91).

⁹⁴ Vgl. nur das Papier des *BMVI*, Strategie Planungsbeschleunigung v. 27.5.2017, im Internet unter: https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Publikationen/G/innovationsforum-planungsbeschleunigung-strategiepapier.pdf?__blob=publicationFile mit der Feststellung auf S. 4, in Dänemark würden mit Planungsge- setzen gute Erfahrungen gemacht, sowie eingehend *Ziekow* (Fn. 91).

⁹⁵ Vgl. dazu nur *Repkewitz*, Beschleunigung der Verkehrswegeplanung, *VerwArch* 88 (1997), 137 ff.; *Ronellen-fitsch*, Beschleunigungsgesetz – Investitionsmaßnahmegesetz – Die Beschleunigung von Verkehrsprojekten, in: *Blümel* (Hrsg.), *Verkehrswegerecht im Wandel*, 1994 S. 179 ff.; sowie die Beiträge bei *Ziekow* (Hrsg.), *Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren*, 1998; zum Kontext der Wiedervereinigung vgl. *Baumheier/Wagner*, *Raumordnung in Deutschland. Bestandsaufnahme, Aufgaben, Entwicklungstendenzen*, *VerwArch* 83 (1992), 97 (115 f.).

⁹⁶ Vgl. dazu den Bericht der interministeriellen Arbeitsgruppe „Erläuterungen zum rechtlichen Grundgerüst eines Investitionsmaßnahmegesetzes“ (sog. Kinkel-Papier), in: *Blümel* (Hrsg.), *Verkehrswegeplanung in Deutschland*, 2. Aufl. 1992, S. 359 ff., sowie die Darstellung bei *Schneller*, *Objektbezogene Legalplanung*, 1999, S. 38 ff.

⁹⁷ Für verfassungswidrig erklärten diese Form der Legalplanung mit unterschiedlichen Akzenten u. a. *Blümel*, *Fachplanung durch Bundesgesetz (Legalplanung)*, *DVBl.* 1997, 205 ff.; *Firgau*, *Exekutivgesetze*, 1996, zusam-

titionsmaßnahmengesetzen über den Bau der „Südumfahrung Stendal“⁹⁸ und über den Bau des Abschnitts Wismar West-Wismar Ost der Bundesautobahn A 20⁹⁹, von denen das erste schließlich durch das Bundesverfassungsgericht mit gewissen Vorbehalten als rechtmäßig angesehen wurde.¹⁰⁰ Obwohl damit die Projektgesetze auch in Deutschland eine de facto-Präklusion gegenüber dem einfachgesetzlichen Umweltrecht bewirkten, wurde dieser Ansatz seinerzeit aus verschiedenen Gründen nicht weitergeführt.¹⁰¹ Aufgegriffen wird diese Tradition freilich neuerdings wiederum durch das 2017 novellierte Gesetz zur Suche und Auswahl eines Standortes für ein Endlager für Wärme entwickelnde radioaktive Abfälle (Standortauswahlgesetz), da über den Vorschlag einer Standortentscheidung nach § 20 Abs. 2 StandAG durch Bundesgesetz entschieden wird.¹⁰²

2. Begrenzte Aussagekraft des Vergleichs der Vorschriften

Aus mehreren Erwägungen heraus sind die erwähnten ausländischen Regelungen nur von begrenzter Aussagekraft für die Überlegungen zur Wiedereinführung der Präklusion in Deutschland.

a) Kontextgebundenheit der Präklusionsvorschriften

Einerseits ist jedenfalls das Schicksal der niederländischen Regelungen ungewiss und abhängig vom Ausgang des anhängigen Vorlageverfahrens. Andererseits kann jedoch auch aus dem Fehlen vergleichbarer Regelungen in den meisten anderen Mitgliedstaaten der Union nicht unbedingt gefolgert werden, dass das seit 2017 aufgehobene Institut der materiellen Präklusion für die deutsche Rechtsordnung verzichtbar war. Denn als Ausgangspunkt der modernen

menfassend S. 165 ff.; *Ossenbühl*, Der Gesetzgeber als Exekutive. Verfassungsrechtliche Überlegungen zur Legalplanung, in: FS für Hoppe, 2000, S. 183 ff.; *Repkewitz* (Fn. 95), S. 153 f.; *Ronellenfitsch*, Maßnahmegesetze zur Beschleunigung von Verkehrsprojekten, DÖV 1991, 771 ff.; *Stern*, Staatsrecht III/2, 1994, S. 734 f.; *Stüer*, Investitionsmaßnahmegesetze als Verfassungsproblem, DVBl. 1991, 1333 ff.; *Wahl*, Die Einschaltung privatrechtlich organisierter Verwaltungseinrichtungen in den Straßenbau, DVBl. 1993, 517. Negativ waren auch die Empfehlungen des 30. Deutschen Verkehrsgerichtstags 1992, in: *Blümel* (Fn. 96), S. 509 (510); zusammenfassend zu dieser Debatte *Reuschel-Czermak*, Genehmigung von Großvorhaben durch Gesetz, 1997, die die Verfassungswidrigkeit von Investitionsmaßnahmegesetzen u. a. unter den Gesichtspunkten der Gewaltenteilung, der Verletzung von Länderzuständigkeiten, des Rechtsstaatsprinzips sowie der Art. 19 Abs. 4 und Art. 33 Abs. 4 GG bejaht; a.A. zu alledem *Durner*, Konflikte räumlicher Planungen, 2005, S. 440 ff.

⁹⁸ Gesetz über den Bau der „Südumfahrung Stendal“ der Eisenbahnstrecke Berlin-Oebisfelde – SüdumfStG v. 29.10.1993, BGBl. I 1993, 1906.

⁹⁹ Gesetz über den Bau des Abschnitts Wismar West-Wismar Ost der Bundesautobahn A 20 Lübeck-Bundesgrenze (A 11) v. 2.3.1994, BGBl. I 1994, 734.

¹⁰⁰ BVerfG, Beschl. v. 17.7.1996 – 2 BvF 2/93 „Südumfahrung Stendal“ –, BVerfGE 95, 1 ff.; vgl. dazu *Badura*, Vorhabenplanung im Rechtsstaat, in: FS für Hoppe, 2000, S. 167, 171 ff.; *Durner* (Fn. 97), S. 438 ff.; *Hufeld*, Zur Zulässigkeit von Legalenteignungen durch eine Legalplanung, JZ 1997, 302 ff.; *Ossenbühl* (Fn. 97), S. 183 ff.; *Pabst*, Das Investitionsmaßnahmegesetz „Südumfahrung Stendel“ vor dem BVerfG, UPR 1997, 284 ff.; *Schneller*, Gewaltenteilung und Rechtsschutz in der objektbezogenen Legalplanung, ZG 1998, 179 ff.

¹⁰¹ *Schneller* (Fn. 96), S. 48 ff.

¹⁰² Vgl. dazu (im Hinblick auf die schwach konturierte Abwägungspflicht des Gesetzgebers z.T. kritisch) *Wol-lenteit*, in: Frenz (Hrsg.), Atomrecht, Kommentar, 2019, § 20 StandAG Rn. 4 ff.; *ders.*, Das neue Standortauswahlgesetz: Gesetzliche Standortfestlegung, Rechtsschutz und Standortsicherung, NuR 2018, 818 (819 f.).

Rechtsvergleichung gilt die Einsicht, dass Normen stets nur im Kontext der jeweiligen Kultur- und Rechtsordnung und ihrer in diesem Rahmen zugewiesenen Funktion verstanden, verglichen und gewürdigt werden können.¹⁰³

Insoweit verwundert es nicht, dass gerade Österreich und die Niederlande über Rechtsordnungen verfügen, die durch eine gewisse Orientierung an subjektiven Rechten der deutschen im europäischen Vergleich noch relativ ähnlich sind. So setzt die erwähnte Bescheidbeschwerde des österreichischen Rechts die Behauptung des Klägers voraus, durch den angegriffenen Bescheid in eigenen subjektiven Rechten verletzt zu sein; dem entspricht dann eine grundsätzlich umfassende Prüfungskompetenz des Verwaltungsgerichts.¹⁰⁴ In den Niederlanden ist in den letzten zehn Jahren im Zuge einer gewissen Subjektivierung des Rechtsschutzes auch der Untersuchungsgrundsatz zunehmend durch Elemente des Parteiprozesses überlagert worden.¹⁰⁵ Sind sich die Parteien einig, wird das Gericht die Tatsachenfeststellungen der Behörde nicht von sich aus in Frage stellen.¹⁰⁶ Bereits für Dänemark hingegen wird dem Rechtsschutz gegen Großvorhaben im Schrifttum eine deutlich geringere Prüftiefe attestiert.¹⁰⁷ Nicht zuletzt wird in Österreich und den Niederlanden daher auch mit ganz ähnlichen Ansätzen wie in Deutschland versucht, durch Modifikationen der gerichtlichen Kontrolle eine Beschleunigung der Infrastrukturplanung zu ermöglichen. So müssen nach den niederländischen Beschleunigungsgesetzen die Verwaltungsgerichte über Einwendungen gegen ein Projekt innerhalb von sechs Monaten entscheiden.¹⁰⁸ Offenbar ergeben sich also gerade in diesen Ländern durchaus ähnliche Umsetzungsprobleme wie in Deutschland.

b) Der spezifische Kontext der deutschen Präklusionsvorschriften

Prägend für den deutschen Verwaltungsprozess ist insoweit der Umstand, dass die verwaltungsgerichtliche Klage traditionell in erster Linie dem Schutz der subjektiven Rechte des Klägers diene und damit dem Grundmodell der Verletztenklage als Gegenstück zur Interes-

¹⁰³ Kischel, Rechtsvergleichung, 2015, S. 164 ff.; ders., Diskursvergleich im internationalen und nationalen Recht, VVDStRL 77 (2018), 285 (292 ff.); Siems, Comparative Law, 2. Aufl. 2018, S. 28 f.

¹⁰⁴ Olechowski (Fn. 82), § 133 Rn. 89 und 114.

¹⁰⁵ So Langbroek/Buijze/Willemsen, Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Niederlanden. in: von Bogdandy/Huber/Marcusson (Fn. 82), § 132 Rn. 31, 40 und 121.

¹⁰⁶ So Langbroek/Buijze/Willemsen, Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Niederlanden. in: von Bogdandy/Huber/Marcusson (Fn. 82), § 132 Rn. 169.

¹⁰⁷ Vgl. dazu Anker, Study on the Implementation of Articles 9.3 and 9.4 of the Aarhus-Convention – Denmark, 2012, im Internet mit den anderen Länderberichten verfügbar unter www.ec.europa.eu/environment/aarhus/access_studies.htm, 1 ff.; zusammenfassend auch Epiney, Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz im Umweltrecht im Rechtsvergleich, NVwZ 2014, 465 (472 Fn. 82) unter Verweis auf Germer, Danish Report, in: Schwarze (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, 1996, 377 (383 f.).

¹⁰⁸ Artikel 1.6 des Crisis en Herstelwet besagt: „De bestuursrechter doet uitspraak binnen zes maanden na afloop van de beroepstermijn.“

sen- oder Popularklage folgte.¹⁰⁹ Diese Ausrichtung der Verwaltungsrechtsprechung auf den Schutz subjektiv-öffentlicher Rechte hat einen deutlichen Niederschlag in der gesetzlichen Ausformung erhalten: Mit den hohen Hürden bei der Überwindung der Zulässigkeitschwelle in § 42 Abs. 2 und § 47 Abs. 2 VwGO und einer grundsätzlichen Begrenzung der Begründetheitsprüfung auf Schutznormen nach § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO korrespondieren der Amtsermittlungsgrundsatz, der Ausnahmecharakter rechtlicher Beurteilungsspielräume der Verwaltung und damit die grundsätzlich vollumfängliche Kontrolle aller tatsächlichen und rechtlichen Annahmen der Exekutive.

Das ist in der ganz überwiegenden Zahl der Mitgliedstaaten der Union anders¹¹⁰, etwa im französischen Verwaltungsprozessrecht, dessen Tradition von jeher auf die Rechtsentwicklung in der Gemeinschaft besonderen Einfluss ausübt. Der Hauptauftrag der französischen Verwaltungsgerichtsbarkeit besteht herkömmlicherweise darin, die Verwaltung im öffentlichen Interesse zu kontrollieren und damit das *objektive* Recht durchzusetzen,¹¹¹ obwohl es in den letzten beiden Jahrzehnten unter dem Eindruck der – ihrerseits wiederum aus dem deutschen Rechtskreis entlehnten – Vorgaben des EuGH parallel zur europäisch induzierten Ausweitung der Schutznormtheorie in Deutschland¹¹² auch in Frankreich zu einer Anerkennung subjektiver-öffentlicher Rechte und damit zu einer Subjektivierung des Rechtsschutzes kam.¹¹³ Weiterhin werden daher in Frankreich einerseits eher niedrige Anforderungen an die Zulässigkeit einer Klage gestellt¹¹⁴, andererseits sind jedoch der Umfang und die Intensität der gerichtlichen Kontrolle über die Verwaltung deutlich geringer ausgeprägt als in Deutsch-

¹⁰⁹ Dazu *Skouris*, Verletztenklagen und Interessentenklagen im Verwaltungsprozeß, 1979, 28 ff. und 39 ff.

¹¹⁰ Vergleichende Darstellungen finden sich bei *Frowein* (Hrsg.), Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung, 1992; *Schmidt-Aßmann/Schwarze* (Hrsg.) Das Ausmaß der gerichtlichen Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht: vergleichende Studien zur Rechtslage in Deutschland, Frankreich, Griechenland und in der Europäischen Gemeinschaft, 1992; speziell für den Bereich des Umweltrechts *Epiney/Sollberger*, Zugang zu Gerichten und gerichtliche Kontrolle im Umweltrecht. Rechtsvergleich, völker- und europarechtliche Vorgaben und Perspektiven für das deutsche Recht, 2002, 29 ff.; *Epiney* (Fn. 107), S. 465 ff.; zuletzt *Schmidt/Stracke/Wegener/Ziesche* (Fn. 88), S. 188 ff.; zusammenfassend auch Deutscher Bundestag – Wissenschaftliche Dienste, Entwicklung der Präklusionsregelungen im Umweltrecht, Dokumentation WD 7 -3000 -115/18, S. 9.

¹¹¹ Näher *Schwarze*, Grundlinien und neuere Entwicklungen des Verwaltungsrechtsschutzes in Frankreich und Deutschland, NVwZ 1996, 22 (23 ff.) m.w.N.; *Woehrling*, Die deutsche und die französische Verwaltungsgerichtsbarkeit an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, NVwZ 1998, 462 (463); *Ziller*, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Frankreich, in: von Bogdandy/Huber/Marcusson (Fn. 82), § 130 Rn. 30. Zum ganz ähnlich ausgestalteten Rechtsschutzauftrag des Europäischen Gerichtshofs vgl. *Classen*, Strukturunterschiede zwischen deutschem und europäischem Verwaltungsrecht, NJW 1995, 2457 (2459 f.).

¹¹² Dazu *Wahl*, in: Schoch/Schneider/Bier (Hrsg.), VwGO, Kommentar, Vorbemerkung, § 42 Abs. 2 (GW) Rn. 121 ff.

¹¹³ Vgl. dazu grundlegend *Fromont*, Die Annäherung der Verwaltungsgerichtsbarkeiten in Europa, in: Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, S. 93 ff. sowie *Marsch*, Subjektivierung der gerichtlichen Verwaltungskontrolle in Frankreich, 2011 und *Cuno*, Einstweiliger Rechtsschutz durch die Verwaltungsgerichte in Frankreich und Deutschland, 2015, S. 70 ff.; zusammenfassend *Ziller*, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Frankreich, in: von Bogdandy/Huber/Marcusson (Fn. 82), § 130 Rn. 31 ff.

¹¹⁴ Vgl. *Woehrling*, Rechtsschutz im Umweltrecht in Frankreich, NVwZ 1999, 502 ff.

land;¹¹⁵ sie beschränken sich vor allem auf Rechtsfragen, während Tatsachenannahmen der Verwaltung generell kaum in Zweifel gezogen werden¹¹⁶.

Die traditionelle Begrenzung der Kontrolle auf sog. Schutznormen in Deutschland gilt als relativ singulär. Im Vergleich zu anderen Staaten wurde dem deutschen Verwaltungsprozessrecht vorgeworfen, es gewähre entweder gar keinen Rechtsschutz oder einen „von sonst nirgends erreichter Intensität“¹¹⁷. Allerdings bleibt das Ausmaß an Rechtskontrolle insgesamt in Deutschland wohl kaum hinter anderen Ländern zurück: Tatsächlich werden auch in den Staaten, die deutlich geringere Anforderungen an die Zulässigkeit einer verwaltungsgerichtlichen Klage stellen, keineswegs mehr, sondern zumeist weniger Richter mit den entsprechenden Prüfungen befasst¹¹⁸. Einer der Gründe dafür liegt nach fast allgemeiner Sicht in dem meist deutlich reduzierten Kontrollprogramm.¹¹⁹ Überhaupt scheint der verwaltungsgerichtlichen Klage in Frankreich gegenüber umweltbelastenden Vorhaben insgesamt eine eher untergeordnete Bedeutung zuzukommen¹²⁰.

Aufgrund dieser Weichenstellungen muss die Aarhus-Konvention jedenfalls tendenziell in Deutschland zu deutlich schwerwiegenderen Konsequenzen führen als in anderen Mitgliedstaaten. Es macht einen Unterschied, ob im Rahmen einer Verbandsklage – zugespitzt formuliert – eine vollumfängliche Rechts- und Tatsachenkontrolle komplexer umweltrechtlicher Vorgaben erfolgt oder ob lediglich der Minimalstandard des gemeinschaftlich vorgegebenen Umweltrechts einer bloßen Willkür- oder Vertretbarkeitsprüfung unterworfen wird. Die deutschen Präklusionsregeln gewannen ihre eigentliche Bedeutung und Berechtigung letztlich erst im spezifischen Kontext der deutschen Rechtsordnung mit ihrer hohen verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte, namentlich bzgl. der Tatsachenermittlungen.

¹¹⁵ So zuletzt *Classen*, Unionsrechtlicher Einfluss auf die Funktion der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit?, NJW 2016, 2621 (2623).

¹¹⁶ Vgl. *Schwarze* (Fn. 111), S. 24 f.; *Woehrling* (Fn. 111), S. 465 f.; *ders.* (Fn. 114), S. 504 f.; in der Rechtsprechung wird freilich die Möglichkeit einer solchen Überprüfung durchaus bejaht, vgl. *Ziller*, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Frankreich, in: von Bogdandy/Huber/Marcusson (Fn. 82), § 130 Rn. 133.

¹¹⁷ *Classen*, Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1996, S. 190.

¹¹⁸ Vgl. *Woehrling* (Fn. 111), S. 462: Demnach hatte 1998 das für einen Raum mit 2,5 Mio. Einwohnern zuständige VG Straßburg 22 Richter, während für die gleiche Einwohnerzahl in Deutschland ca. 80 Richter tätig sind. Zugleich haben die französischen Verwaltungsgerichte eine breitere sachliche Zuständigkeit und widmen nur ein Drittel ihrer Tätigkeit jenen Bereichen, die in die Zuständigkeit der deutschen Verwaltungsgerichte fallen. Dies entspräche einer etwa 12 Mal höheren Richterdichte im Aufgabenbereich der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit.

¹¹⁹ Vgl. die Nachweise oben in Fn. 110.

¹²⁰ So mit umfangreichem Material *Woehrling* (Fn. 114), 504 ff.

Teil III. Folgen der Abschaffung der Präklusion im deutschen Recht

Insofern müssen die Überlegungen zur Wiedereinführung der Präklusion oder zur Bewältigung der Folgen ihrer Abschaffung ihren Ausgangspunkt in der Funktion der materiellen Präklusion im bisherigen deutschen Recht nehmen.

1. Funktion und Berechtigung der materiellen Präklusion im bisherigen Recht

Das Rechtsinstitut der Präklusion lieferte eine Antwort – aber eben nur eine unter mehreren – auf eines der mittlerweile grundlegenden Probleme des europäisierten Umweltrechts in Deutschland: Dieses Problem besteht – zugespitzt formuliert – darin, dass die Breite und Komplexität der durch europäisches Umweltrecht vorgegebenen Entscheidungsprogramme im Zusammenspiel mit der bekanntermaßen nahezu einzigartigen, vom Untersuchungsgrundsatz des § 86 Abs. 1 VwGO beherrschten Prüftiefe der deutschen Verwaltungsgerichte¹²¹ die Zulassungsbehörden und Gerichte mittlerweile in manchen Bereichen vor große Vollziehbarkeitsprobleme stellt.

Auch aus Sicht der deutschen Verwaltungsgerichte, die die Präklusion über lange Zeit nach der Acte-claire-Doktrin als zweifelsfrei zulässig angesehen hatten,¹²² erfüllte die materielle Präklusion in ihrer Rollenverteilung gegenüber Klägern und Verwaltung eine wichtige und legitime Funktion. Vor über einem Jahrzehnt fasste auf einer ersten Tagung in Berlin zur Umsetzung der Aarhus-Konvention der damalige Richter am Bundesverwaltungsgericht *Alexander Jannasch* die rechtspolitische Sinnhaftigkeit des vorgesehenen Einwendungsausschlusses wie folgt zusammen:

„Ausdrücklich begrüßen möchte ich die Regelung, wonach eine Vereinigung, die im Verwaltungsverfahren Gelegenheit zur Äußerung gehabt hat, im Verfahren über den Rechtsbehelf mit allen Einwendungen ausgeschlossen ist, die sie im Verwaltungsverfahren nicht oder nicht rechtzeitig geltend gemacht hat ... Der Gesetzgeber räumt den anerkannten Vereinen ihre besonderen Mitwirkungsbefugnisse wegen ihrer besonderen Fachkunde auf diesem Gebiet ein. Zugleich soll durch ihre Beteiligung ... Vollzugsdefiziten ... entgegengewirkt werden. Diese Anliegen erfordern rechtzeitige fundierte Stellungnahmen der Vereine. Dem Vorhabenträger und der entscheidenden Behörde muss hinreichend deutlich werden, aus welchen Gründen nach Auffassung des Vereins weiterer Untersuchungsbedarf besteht oder einer Wertung nicht gefolgt werden kann. Auch der Aufgabenverteilung zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichten ... wird es nicht gerecht, wenn die anerkan-

¹²¹ Vgl. soeben in und bei Fn. 119.

¹²² Vgl. die Nachweise oben in Fn. 9

ten Vereine das Schwergewicht ihrer fachlichen Kritik erst im gerichtlichen Verfahren vortragen.“¹²³

Mit diesem Hinweis hat *Jannasch* wohl den rechtspolitisch erhaltenswerten Kern der materiellen Präklusion herausgearbeitet.¹²⁴ Und festzuhalten bleibt, dass die Abschaffung der Figur auch für die Verwaltungsgerichte – sofern sie nicht ihre Kontrolldichte zurücknehmen – tendenziell einen erhöhten materiellen Prüfaufwand zur Folge haben muss.¹²⁵ Die akribischen Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts zur Leverkusener Rheinbrücke liefern für diese These eine anschauliche Fallstudie.¹²⁶

2. Fehlentwicklungen in der Handhabung der Figur

Andererseits ist festzustellen, dass die herkömmliche Präklusion nach den bisherigen Überlegungen zwar ihre legitime Berechtigung hatte, Vorhabenträgern und Behörden daneben jedoch auch Vorteile verschaffte, deren Legitimität sich nicht unmittelbar erschließt. Dies galt sowohl für die Einwendungen Privater wie für jene der Umweltverbände.

Für Privateinwender, die gegen ein Straßenbauvorhaben vorgehen wollten, galt bislang § 73 Abs. 3 Satz 1 und Abs. 4 VwVfG, wonach die Gemeinden den Plan „für die Dauer eines Monats zur Einsicht auszulegen“ haben. Einwendungen gegen den Plan sind dann bis zwei Wochen nach Ablauf der Auslegungsfrist zu erheben. Diese seit 1869 unveränderte Frist ist allzu knapp bemessen und hat sich angesichts der Komplexität und des Umfangs heutiger Planunterlagen als nicht unerhebliches Hindernis für die Wahrnehmung der eigenen Rechte Betroffener erwiesen.¹²⁷ Die Lektüre einer oft rund 20 Aktenordner umfassenden, für Laien nicht unmittelbar nachvollziehbaren Planunterlage stellt die Betroffenen vor kaum überwind-

¹²³ *Jannasch*, Impulsstatement aus Sicht der Justiz, in: Durner/Walter (Fn. 12), S. 111 (112).

¹²⁴ Ähnlich zuletzt auch – bereits vor dem Hintergrund des EuGH-Urteils von 2015 – *Gärditz*, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Einfluss des Unionsrechts? Umfang des Verwaltungsrechtsschutzes auf dem Prüfstand, Gutachten D zum 71. Deutschen Juristentag, 2016, S. D37 f.; *Steinbeiß-Winkelmann* (Fn. 55), S. 718 f.

¹²⁵ *Bunge* (Fn. 30), S. 20.

¹²⁶ BVerwG, Urt. v. 11.10.2017– 9 A 14.16 und 9 A 17.16 –, BVerwGE 160, 78 ff. Zur Gesamtentwicklung erläutert die zuständige Berichterstatterin Riⁿ in BVerwG *Bick*, Infrastrukturplanung vor dem BVerwG – am Beispiel der Leverkusener Rheinbrücke, JM 2018, 371 (372): „Der Wegfall der Präklusion bedeutet, dass die bisherige 'Filterfunktion' durch das Verwaltungsverfahren entfällt und erstmaliges Klagevorbringen noch im gerichtlichen Verfahren möglich ist. Es liegt auf der Hand, dass sich hierdurch der Rechtsstreit verzögert, da der neue Streitstoff noch nicht von der Behörde 'aufbereitet' wurde ... zugleich entwickelt sich die ökologische Wissenschaft ständig fort. So stehen sich teilweise – jeweils vertretbare – naturschutzfachliche Einschätzungen gegenüber. Vor diesem Hintergrund nimmt das BVerwG in ständiger Rechtsprechung für bestimmte Fragen eine behördliche Einschätzungsprärogative an“.

¹²⁷ So *Seibert* (Fn. 57), S. 1044 f.; *Kahl* (Fn. 33), S. 670 in Fn. 79. Für eine Ausweitung de lege ferenda daher bereits *Burgi/Durner*, Modernisierung des Verwaltungsverfahrensrechts durch Stärkung des VwVfG. Transparenz, Bürgerfreundlichkeit und Perspektiven der Bürgerbeteiligung, insbesondere in Verfahren der Eröffnungskontrolle, 2012, S. 184 f.

liche Verständnisprobleme. Selbst die Einholung örtlichen Rechtsbeistands verhindert oft nicht die unzureichende Einwendung.¹²⁸ Diese wurde dann aber durch § 73 Abs. 4 Satz 3 VwVfG mit einer materiellen Verwirkungspräklusion sanktioniert.¹²⁹

Ähnliche Fehlentwicklungen waren für die Position der Verbände zu beobachten. Im Zentrum der entsprechenden Kritik stand namentlich die Je-desto-Formel des Bundesverwaltungsgerichts, nach der die Stellungnahme des Verbandes zur Vermeidung des Präklusionseffekts umso intensiver ausfallen musste, je detaillierter die Antragsunterlagen ausgestaltet waren; den Verbänden wurden so innerhalb der Stellungnahmefrist der Sache nach umfassend substantiierte fachliche Gegenargumente abverlangt.¹³⁰ Auch hier dürfte die restriktive Handhabung durch die Gerichte letztlich dazu geführt haben, dass die Verbände faktisch nicht immer in der Lage waren, ihren damaligen Mitwirkungspflichten nachzukommen.

In solchen Konstellationen erschien zumindest im Rückblick das Verdikt einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Verwirkung nicht durchgängig angemessen. Aus Sicht der Vorhabenträger dürfte der Vorteil der kurzen Präklusionsfristen weniger darin bestanden haben, nicht zu lange auf die Einwendungen warten zu müssen, sondern auch darin, dass zahlreiche Einwendungen wegen der engen Zeitverhältnisse inhaltlich unzureichend ausfielen. Neben den durch *Jannasch* angesprochenen legitimen Anliegen vermittelte das bestehende Recht dem Vorhaben eine zusätzliche Prämie, die die Idee der Verwirkung überstrapazierte. Möglicherweise hätte eine weniger rigide Praxis die Überlebenschancen der Präklusion auch erhöht;¹³¹ jedenfalls ließ sich argumentieren, dass die Regelung in ihrer durch die Rechtsprechung gewonnenen Gestalt im Zusammenspiel mit den knappen Fristen dem Richtlinienziel und der praktischen Wirksamkeit der Richtlinie nicht mehr entsprach.¹³²

¹²⁸ Dem Verf. ist aus seiner eigenen früheren anwaltlichen Praxis bekannt, dass auch anwaltlich erhobene Einwendungen vielfach nicht hinreichend substantiiert waren, um den Eintritt der Präklusion zu verhindern.

¹²⁹ Vgl. etwa *Hofmann*, Der Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit – nur eine Frage des Umweltschutzes?, EurUP 2015, 266 (273). Gegen die übliche Verortung im Verwirkungsgedanken indes *Röhl/Ladenburger* (Fn. 8), S. 20 ff.

¹³⁰ BVerwG, Urt. v. 29. 9. 2011 – 7 C 21/09 –, NVwZ 2012, 176 (178), Rn. 35 m.w.N.: „Je umfangreicher und intensiver die vom Vorhabenträger bereits geleistete Begutachtung und fachliche Bewertung in den Planunterlagen ausgearbeitet ist, desto intensiver muss – jedenfalls grundsätzlich – auch die Auseinandersetzung mit dem vorhandenen Material ausfallen.“; vgl. auch bereits BVerwG, Urt. v. 9.2.2005 – 9 A 62/03 –, NVwZ 2005, 813 (815).

¹³¹ So etwa *Fellenberg* (Fn. 59), S. 1723; *Kment/Lorenz* (Fn. 9), S. 55 in Fn. 94; ähnlich *Kahl* (Fn. 33), S. 670, vgl. zu diesem bereits oben S. 14 .

¹³² So etwa *Kment/Lorenz* (Fn. 9), S. 56 m.w.N.; *Ludwigs* (Fn. 27), S. 3486; *Seibert* (Fn. 57), S. 1044 f.; eingehend in diesem Sinne auch bereits *Röhl/Ladenburger* (Fn. 8), S. 64 ff.; anders aber z.B. noch *Geismann/Schulz* (Fn. 9), S. 629.

3. Folgen der Abschaffung der Präklusion

Sowohl die begrüßenswerten Effekte der Präklusion wie auch die skizzierten kritikwürdigen Nebeneffekte sind nunmehr durch den Wegfall der materiellen Präklusion komplett beseitigt.

Die *rechtspolitische* Bewertung der in Folge des Urteils des EuGH vom 15.10.2015 geschaffenen neuen Rechtslage hängt zunächst von den umweltpolitischen Präferenzen ab – Umweltverbände einerseits und Vorhabenträger andererseits haben das Urteil naturgemäß unterschiedlich bewertet. Die erstgenannten Verbände werden von ihren bisherigen Mitwirkungslasten im Verwaltungsverfahren befreit.¹³³ Generell dürften ihre Chancen für eine erfolgreiche Anfechtung umweltrechtlicher Genehmigungsentscheidungen und die korrespondierenden Risiken einer gerichtlichen Aufhebung deutlich erhöht werden.

Reziprok hierzu schwindet die Investitions- und Planungssicherheit von öffentlichen und privaten Projektträgern.¹³⁴ Von Beginn an wurden daher in der Abschaffung der materiellen Präklusion auch große Gefahren gesehen.¹³⁵ Das Risiko der gerichtlichen Aufhebung von Verwaltungsentscheidungen steige, die Behörden könnten nur noch eingeschränkt auf die Mobilisierung des Sachverständes der Verbände bauen, die Verwaltungsgerichte müssten sich fortan einem umfangreicheren Prozessstoff gegenüber sehen, der Investitionsstandort Deutschland sei erheblich geschwächt.

Zwar waren in der Vergangenheit Umweltverbände offenbar nur in etwa einem Drittel der durch sie betriebenen Verfahren ganz oder teilweise mit ihren Einwendungen präkludiert.¹³⁶ Auch ist im Grundsatz nicht zu befürchten, dass die Verbände ihre bisherige Mitwirkung im Verwaltungsverfahren komplett einstellen.¹³⁷ Sorge besteht jedoch, dass die Verbände künftig zumindest dann nicht oder jedenfalls deutlich weniger intensiv an den Beteiligungsverfahren mitwirken, wenn sie eine Klage – bei prinzipiell abgelehnten Projekten – von vornherein als wahrscheinlich ansehen. Dieses Risiko ist letztlich schwer abzuschätzen. vermutlich hat aber die Sorge doch eine erhebliche Plausibilität:

¹³³ *Bunge* (Fn. 30), S. 19.

¹³⁴ Vgl. nur *Stier/Rieder* (Fn. 8), S. 482. *Niedzwicki* (Fn. 4), S. 192 ff. hält diesen Gesichtspunkt indes für verfassungsrechtlich irrelevant.

¹³⁵ Eingehend dazu *T. Masing*, Europäisches Umweltrecht als Investitionsrisiko, in: Hebler/Hofmann/Proelß/Reiff (Fn. 37), S. 159 (163 ff.); *Fellenberg/Schiller*, in: Landmann/Rohmer (Fn. 16), Vorbemerkung zum UmwRG (April 2018) Rn. 131 f.; *Zeissler/Schmitz* (Fn. 52), S. 1 ff.

¹³⁶ So die Angaben im Internet unter <http://www.juop.org/umweltrecht/die-umweltrechtliche-einwendungspraeklusion-vor-dem-aus/>.

¹³⁷ Vgl. insoweit das Plädoyer bei *A. Schmidt*, die Verbände nicht unter Generalverdacht zu stellen, wiedergegeben in dem Kongressbericht von *Otto*, NVwZ 2016, 292 (293).

„Diejenigen, die einem Vorhaben nicht kritisch-konstruktiv, sondern grundsätzlich ablehnend gegenüberstehen, werden sich ihre Argumente für das Klageverfahren aufsparen, um sie dort – zumindest vermeintlich – mit der größten Wirkmacht vorzubringen.“¹³⁸

Über entsprechendes Verhalten der Verbände wurde mittlerweile jedenfalls bereits in der Presse berichtet.¹³⁹ Generell wird man jedenfalls feststellen können, dass ein Projektgegner, der einem Vorhaben grundsätzlich ablehnend gegenübersteht, nach heutigem Recht schlichtweg rational handelt, wenn er Schwachstellen des Vorhabens – etwa Lücken in der UVP – erst nach seiner eigenen förmlichen Beteiligung ermittelt.

4. Das Verfahren „Lünen“ als Beispiel für die Grenzen der Vollziehbarkeit des Rechts

Im Schrifttum wird den Behörden vor diesem Hintergrund empfohlen, das Vorbringen der Verbände künftig „noch genauer und sorgfältiger zu prüfen“.¹⁴⁰ Dies würde nicht nur dazu führen, dass die entsprechenden Genehmigungsverfahren künftig nochmals länger, aufwendiger und prüfungslastiger ausfallen werden als bisher. Vielmehr stellt sich die Frage, ob die Zulassungsbehörden bei den besonders umstrittenen Vorhaben nicht bereits an oder sogar über die Schwelle geführt werden, bis zu der ein entsprechendes Vorhaben noch einigermaßen verlässlich und rechtssicher zugelassen werden kann.

Ein Lehrbeispiel für diese derzeitige Misere des deutschen Zulassungsrechts liefert das dornenreiche immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren für das Steinkohlekraftwerk der Gesellschaft Trianel am Standort Lünen – ein Vorhaben also, für das bei Vorliegen der gesetzlichen Anforderungen eigentlich nach §§ 5 und 6 BImSchG ein gebundener Genehmigungsanspruch besteht. Mit Urteil vom 1. Dezember 2011 hob das Oberverwaltungsgericht Münster den Vorbescheid und die erste Teilgenehmigung für das Vorhaben mit der Erwägung auf, Vorhabenträger und Genehmigungsbehörde hätten die FFH-Verträglichkeit des Kraftwerks nicht ausreichend nachgewiesen. Beanstandet wurde also ein naturschutzrechtliches Ermittlungsdefizit. Namentlich sei nicht belegt, dass die von Schwefeldioxidemissionen des Kraftwerks verursachte Versauerung des Bodens im sechs Kilometer entfernten FFH-Gebiet „Wälder bei Cappenberg“ nicht erheblich sei, weil die durchgeführte FFH-Verträglichkeitsprüfung es unterlassen hatte, bei den prognostizierten Auswirkungen neben „den wertgebenden Baumarten auch die jeweilige Krautschicht zu dem nach den Maßstäben

¹³⁸ Zeissler/Schmitz (Fn. 52), S. 4.

¹³⁹ Vgl. den Bericht über die Verfahren zur Fehmarnbelt-Querung durch Müßgens Kampf am Belt, F.A.Z. v. 23.3.2019, S. 19: „Dort hatte etwa der Nabu das eigens gebildete Dialogforum aus Bürgern und Projektträgern nach wenigen Sitzungen verlassen. Er wolle keine Argumente vorbringen, die im Gerichtsverfahren nützlich werden könnten, lautete der Vorwurf.“

¹⁴⁰ So die Empfehlung und die Prognose bei Bunge (Fn. 30), S. 19 f.

des FFH-Regimes geschützten Arteninventar“ mit zu berücksichtigen.¹⁴¹ Die besagte unterirdische Krautschicht soll bis wenige Wochen vor der Verhandlung keinem der Beteiligten bekannt gewesen sein. Hätte die mündliche Verhandlung also etwas eher stattgefunden, wären die Klagen wohl abgewiesen worden und das Vorhaben bestandskräftig genehmigt gewesen. Stattdessen wurde das Projekt für fünf Jahre in die genehmigungstechnische Warteschleife befördert – eine lange Zeit für die Weiterentwicklung des maßgeblichen Genehmigungsprogramms.

Die nachfolgende Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts vom 16. Juni 2016, die die Klagen nunmehr allesamt abweist, umfasst in der Ausfertigung 229 Seiten und widmet sich in großem Umfang fachwissenschaftlichen Streitfragen, die durch die Münsteraner Richter in strittigen Punkten zum Teil nach eigener fachlicher Erkenntnis umfassend entschieden wurden. Namentlich wurde im Bereich der Irrelevanzschwellen für Zusatzbelastungen an Stickstoff das ursprünglich durch die Bundesanstalt für Straßenwesen entwickelte, bis dahin wissenschaftlich in Deutschland weitgehend anerkannte Abschneidekriterium einer 3 %-Bagatellschwelle¹⁴² durch die Richter auf ein Sechstel reduziert.¹⁴³ Auf die Beschwerde des klagenden Verbandes wurde indes auch dieses Urteil im Mai 2019 durch das Bundesverwaltungsgericht aufgehoben und der Rechtsstreit erneut an das Oberverwaltungsgericht zurückverwiesen, sodass eine endgültige Klärung vermutlich noch längere Zeit in Anspruch nehmen wird.¹⁴⁴ Dieser Rechtsstreit bezieht sich indes nur auf die Überprüfung des immissionsschutzrechtlichen Vorbescheids sowie der 1. und 7. Teilgenehmigung. Zum eigentlichen Hauptkriegsschauplatz hat sich mittlerweile indes die vor dem Verwaltungsgericht Gelsenkirchen seit Jahren angefochtene wasserrechtliche Genehmigung entwickelt.¹⁴⁵ Ob das – ursprünglich 2008 zugelassene – Vorhaben trotz des Einsatzes modernster Filtertechnik überhaupt jemals als umfassend genehmigt gelten kann, ist derzeit nicht absehbar.

Insgesamt wird man feststellen können: Die aus dem Untersuchungsgrundsatz des § 24 VwVfG folgende Pflicht der Behörde, die zur Abarbeitung dieses Programms maßgeblichen

¹⁴¹ OVG Münster, Urt. v. 1. 12. 2011 – 8 D 58/08.AK –, NuR 2012, 342 ff.

¹⁴² Balla/ Uhl/Schlutow et al., Untersuchung und Bewertung von straßenverkehrsbedingten Nährstoffeinträgen in empfindliche Biotope, 2013.

¹⁴³ OVG Münster, Urt. v. 16.6.2016 – 8 D 99/13.AK –, DVBl. 2016, 1191 (1199). In den Worten von Stüer, Anmerkung zu OVG Münster, Urt. v. 16.6.2016 – 8 D 99/13.AK –, Lünen-Trianel, DVBl. 2016, 1199 (1200) verfuhr das Gericht hierbei fachlich „nach der Maxime einer schwäbischen Hausfrau“. Diese Weichenstellung wiederum wird durch das nachfolgende Urteil des BVerwG wiederum korrigiert.

¹⁴⁴ BVerwG, Urt. v. 15.5.2019 – 7 C 27.17 –, BeckRS 2019, 15575.

¹⁴⁵ Vgl. den vom 25.09.2018 datierten Bericht „Genehmigung für Kühlwasser-Einleitung steht auf der Kippe“, im Internet unter <https://www.ruhrnachrichten.de/luenen/genehmigung-fuer-kuehlwasser-einleitung-steht-auf-der-kippe-1331731.html>.

Tatsachen zu erforschen oder durch den Antragsteller erforschen zu lassen, ist letztlich ein umfassender Auftrag zur Informationsgewinnung. Die normative Erwartung des Rechts speist sich also aus der Vorstellung, dass eine ideale Zulassungsbehörde sämtliche relevanten Informationen gewissenhaft und ergebnisoffen ermittelt, um dann in einer abschließenden juristischen Sekunde der genehmigungstechnischen Allwissenheit eine umfassende Genehmigungsentscheidung zu treffen. Mit der Realität größerer Zulassungsverfahren, die durch arbeitsteilige Entscheidungsprozesse, eine Überfülle an Informationen und durch eine Massенbearbeitung von Einwendungen geprägt sind, hat dieses Leitbild jedoch immer weniger zu tun. Vertiefte Ermittlungen und spätere Informationen wie die nachträgliche Entdeckung einer unterirdischen Krautschicht stellen die einmal getroffene Entscheidung vielfach in Frage und wirken immer öfter bereits auf die großräumige Standortfrage zurück. Vorhabenplanungen können indes nicht ständig geändert oder immer wieder neu in Frage gestellt werden. Die Genehmigungsbehörden werden in der Realität durch ständig neue Prüfpflichten zunehmend überfordert. Der geschilderten Rechtsunsicherheit korrespondiert zudem unweigerlich ein Machtzuwachs der klageberechtigten Verbände, die nach eigenen Präferenzen entscheiden können, gegen welche Projekte sie vorgehen und gegen welche nicht.

5. Die Präklusion im Gesamtgefüge verwandter Regelungen

Die bisherigen Vorschriften über die Präklusion, also über einen Ausschluss von Einwendungen im Verwaltungsprozess, ermöglichten den Behörden in dieser Situation, ihre Ermittlungen an einem gewissen Punkt abzuschließen. Sie konnten aus Sicht eines Informationsverwaltungsrechts als *Informationsstoppregeln* gedeutet werden.¹⁴⁶

Blickt man aus dieser funktionalen Sicht auf die Vorschrift, so ist festzustellen, dass die Präklusion keine umfassende und nur eine unter mehreren denkbaren Antworten der Rechtsordnung auf die soeben geschilderte Problemlage darstellt. Funktional vergleichbar oder zumindest funktional verwandt sind der Präklusion

1. die Bestimmungen über den für eine Verwaltungsentscheidung maßgeblichen Zeitpunkt,¹⁴⁷

¹⁴⁶ Vgl. dazu *Durner*, Materieller Konflikt, Informationsgewinnung und informationelle Kooperation in der Raumplanung, in: Spiecker genannt Döhmann/Collin (Hrsg.), Generierung und Transfer staatlichen Wissens im System des Verwaltungsrechts, 2008, S. 219 (234).

¹⁴⁷ Vgl. dazu nur *Knauff*, in: Gärditz (Hrsg.), VwGO, Kommentar, 2. Aufl. 2018, § 113 VwGO Rdnrn. 17 ff.; vertiefend *Mager*, Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit von Verwaltungsakten, 1994.

2. die Vorgaben in § 137 Abs. 2 VwGO über die Nichtzulassung neuer Tatsachen in der Revision,¹⁴⁸

3. Klagebegründungsfristen sowie

4. die Vorschriften über die Bestandskraft von Verwaltungsakten.

All diese Instrumente führen – in jeweils unterschiedlicher Weise – dazu, dass einer Genehmigungentscheidung ab einem gewissen Zeitpunkt neue Tatsachen oder Erkenntnisse nicht mehr entgegengehalten werden können. Den hohen Aufhebungsquoten und den damit verbundenen volkswirtschaftlichen Konsequenzen kann zudem durch

5. Bestimmungen über die Planerhaltung und durch Instrumente zur Fehlerbehebung, also durch Bestimmungen über Heilung, Bescheidergänzung oder ein ergänzendes Verfahren sowie

6. für einzelne Sachfragen auch durch eine gesetzgeberisch angeordnete oder auch richterrechtliche Rücknahme der Kontrolldichte begegnet werden.

Wie die Präklusion¹⁴⁹ justieren auch die letztgenannten Regelungen die jeweiligen Aufgabengebiete von Exekutive und Judikative. Zwar kann keines dieser Instrumente alle anderen Vorgehensweisen ersetzen, allesamt müssen sie jedoch in den Blick genommen werden, um ein Urteil zu fällen, ob der Gesetzgeber ein stimmiges Gesamtsystem entwickelt. Allein ein solches Gesamtbild kann letztlich auch die Beantwortung der Frage ermöglichen, ob das mitgliedstaatliche Verfahrensrecht die Verwirklichung unionsrechtlicher Vorgaben effektiv und in gleicher Weise wie für nationale Vorgaben sicherstellt.¹⁵⁰

6. Bewertung der derzeitigen Rechtslage

Aus dieser funktionalen Sicht können einzelne Instrumente zudem in begrenztem Umfang auch durch Stellschrauben an anderer Stelle ersetzt werden. Insoweit ist daran zu erinnern, dass die Novellierung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes (UmwRG) durch das Gesetz vom 29. Mai 2017 eine ganze Reihe von Ansätzen enthält, um den Wegfall der materiellen Präklusion durch die ebenfalls in der Novelle normierten Regelungen zur Aufrechterhaltung der formellen Präklusion und der materiellen Präklusion zumindest im Hinblick auf Missbrauchs-

¹⁴⁸ Vgl. BVerwG, Urt. v. 30.10.1990 – 9 C 60/89 –, BVerwGE 87, 52 (62); Urt. v. 1.10.1992 – 5 C 14/89 –, 91, 104 ff. (auch zu Ausnahmen).

¹⁴⁹ Vgl. dazu die oben im Text bei Fn. 123 zitierten Ausführungen von *Jannasch*.

¹⁵⁰ Vgl. zu diesen Kriterien etwa EuGH, Urt. v. 20.3.1997 – Rs. C-24/95 (Land Rheinland-Pfalz/Alcan Deutschland GmbH) –, Slg. 1997, I-1591 Rdnrn. 21 ff. sowie die Nachweise in OVG Münster, Beschl. v. 5.3.2009 – 8 D 58/08 –, NVwZ 2009, 987 (990).

fälle (§ 5 UmwRG), die Verschärfungen der Anforderungen im Hinblick auf die Klagebegründungsfrist (§ 6 UmwRG) und die neuen Instrumente zur Nachbesserung bzw. Behebung materieller Rechtsverstöße (§ 7 Abs. 5 UmwRG) ein Stück weit auszugleichen.¹⁵¹ Man darf dem Gesetzgeber der Novelle wohl auch bescheinigen, die Potentiale der durch ihn ergriffenen Instrumente weitgehend ausgeschöpft zu haben. Dennoch dürften sich die entsprechenden Wirkungen der Novelle in Grenzen halten.

a) Begrenzte Bedeutung der verbleibenden formellen Präklusion

Dies gilt zunächst im Hinblick auf die Aufrechterhaltung der formellen Präklusion, die regelungstechnisch dadurch erfolgt, dass § 7 Abs. 4 UmwRG, den § 73 Absatz 4 Satz 3 bis 6 VwVfG lediglich für das Rechtsbehelfsverfahren gegen eine Entscheidung nach § 1 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 bis 2b UmwRG, nicht aber für das Verwaltungsverfahren für unanwendbar erklärt. Die somit weiterhin bestehende formelle Präklusion dient vor allem der Entlastung des Verwaltungsverfahrens und wirkt zumindest der Möglichkeit entgegen, durch verspätetes Vorbringen den Entscheidungsabschluss hinauszuzögern.¹⁵²

Die nachgelagerte Frage der Rechtmäßigkeit der Entscheidung selbst wird dadurch allerdings nicht berührt. Ganz im Gegenteil können auch jene Fragen, die der formellen Präklusion unterfallen, letztlich entscheidungsrelevant sein.¹⁵³ Das erwähnte Beispiel der nachträglichen Entdeckung einer Krautschicht im Boden als materielles Zulassungshindernis für ein emittierendes Vorhaben verdeutlicht dies. In den Worten des Bundesverwaltungsgerichts ist eine Planfeststellungsbehörde bei der Entscheidung über ein UVP-pflichtiges Vorhaben infolge der Abschaffung der materiellen Präklusion „ohnehin gehalten, abwägungsbeachtliche Gesichtspunkte auch dann zu berücksichtigen, wenn sie ihr erst nach Ablauf der Einwendungsfrist bekannt werden.“¹⁵⁴ Soweit sich die Behörde durch den formellen Ausschluss verspäteter Einwendungen im Verwaltungsverfahren relevante Erkenntnisquellen verschließt, wirkt die isolierte formelle Präklusion somit ggf. sogar kontraproduktiv. Aus diesem Grund wollte der ursprüngliche Gesetzentwurf selbst die formelle Präklusion relativieren und eine Verhandlung ermöglichen, wenn die nachträglich aufgeworfenen Fragen für die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts von Bedeutung sind.¹⁵⁵ Letztlich folgt diese Möglichkeit grundsätzlich bereits aus der allgemeinen Amtsermittlungspflicht der Behörde. Insgesamt ist der verbleibende Entlastungseffekt der formellen Präklusion damit begrenzt.

¹⁵¹ Vgl. oben S. 16 ff.

¹⁵² Vgl. *Szechenyi* (Fn. 9), S. 369 f. („filibustern“).

¹⁵³ Vgl. *Szechenyi* (Fn. 9), S. 369.

¹⁵⁴ BVerwG, Urt. v. 11.10.2017 – 9 A 14/16 –, NVwZ-Beilage 2018, 41 (42 Rn. 16).

¹⁵⁵ Offenbar wurde dieser im Kern deklaratorische Nachsatz auf Wunsch des Bundesrates gestrichen.

b) Begrenzte Bedeutung der Missbrauchspräklusion nach § 5 UmwRG

Ähnliches gilt für die Regelung in § 5 UmwRG, nach der Einwendungen unberücksichtigt bleiben, die eine Person oder eine Vereinigung im Sinne des § 4 Absatz 3 Satz 1 erstmals im Rechtsbehelfsverfahren erhebt, wenn die erstmalige Geltendmachung im Rechtsbehelfsverfahren missbräuchlich oder unredlich ist. Mit dieser Regelung nutzt der deutsche Gesetzgeber die in dem Urteil des EuGH vom 15.10.2015 in Randnummer 81 aufgeführten Spielräume.¹⁵⁶ Dabei erscheint es auch durchaus sinnvoll, dass der deutsche Gesetzgeber sich insoweit eng an den Wortlaut des Gerichtshofs anlehnt¹⁵⁷ und damit alle Zweifel an der Unionsrechtskonformität der Vorschrift ausräumt. Die gesetzliche Formulierung verdeutlicht zumindest, dass ein erheblicher Vorwurf im Raume stehen muss, um die Ausschlusswirkung zu legitimieren. Sehr viel konkretere und zugleich unional rechtssichere Maßstäbe oder gar Fallgruppen zu entwickeln, dürfte dem Gesetzgeber schwerfallen.¹⁵⁸ Die Gerichte hingegen können die Normen unionskonform anwenden und im Einzelfall angemessen justieren. Angesichts des oben skizzierten Eigeninteresses der Gerichte wird der Gesetzgeber darauf vertrauen dürfen, dass die insoweit verbleibenden Spielräume durch die Gerichte auch sachgerecht genutzt werden.

Gleichwohl dürfte die Wirkung der Regelung begrenzt sein. Von vornherein leidet die Aussage, den Mitgliedstaaten verbleibe trotz der Unzulässigkeit einer generellen Präklusion die Möglichkeit, einem *missbräuchlichen oder unredlichen Vorbringen* entgegenzuwirken, an erheblicher Unschärfe. Missbräuchlich wird grundsätzlich vor allem derjenige handeln, der bereits im Verwaltungsverfahren über Informationen verfügt und diese bewusst zurückhält.¹⁵⁹ Bewusst zurückgehaltenes Wissen dürfte damit immer noch potentiell der Missbrauchspräklusion unterfallen.¹⁶⁰ Insoweit erscheint es nach der sog. Sphärentheorie¹⁶¹ auch naheliegend, dem Einwender zumindest eine Darlegungslast aufzuerlegen, wie und wann er die erstmals im Prozess vorgetragenen Tatsachen und Einwendungen ermittelt haben will.¹⁶² Damit könnte § 5 UmwRG der Gefahr zumindest ein Stück weit entgegenwirken, dass Kläger – Private wie

¹⁵⁶ Ruffert (Fn. 33), S. 1139 spricht insoweit von einem „akzeptablen Kompromissvorschlag“, wiewohl die Verwerfung der Präklusion nicht zwingend und das Institut dem Unionsrecht selbst durchaus bekannt sei.

¹⁵⁷ Anders Müggenborg (Fn. 61), S. 475, der für Umformulierungen plädiert.

¹⁵⁸ Ähnlich Klinger (Fn. 44), S. 42 f.; anders indes Kahl (Fn. 33), S. 670 (siehe zu ihm oben im Text S. 14 f.) sowie Kment/Lorenz (Fn. 9), S. 57, die für eine „gesetzliche Ausgestaltung“ plädieren; vgl. auch Steinbeiß-Winkelmann (Fn. 55), S. 719.

¹⁵⁹ In diesem Sinne erklärt auch Sobotta (Fn. 28), S. 73, durch das EuGH-Urteil werde „die Präklusion auf ihren berechtigten Kern reduziert, nämlich auf ein Verbot, Verfahren durch die bewusste Verzögerung von Einwänden zu sabotieren“.

¹⁶⁰ Ebenso Sinner, Ein Meilenstein für die UVP?, UPR 2016, 7 (10); vgl. auch Epiney, Zur Rechtsprechung des EuGH im Umweltrecht im Jahr 2015, EurUP 2016, 2 (4 f.), die von „Obstruktionsverhalten“ spricht.

¹⁶¹ Vgl. nur Rixen, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO, Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 108 Rdnrn. 134 f.; Kallerhoff/Fellenberg, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 6), § 24 Rn. 55.

¹⁶² Weitergehend Kment/Lorenz (Fn. 9), S. 57, die sogar für eine umfassende Beweislastumkehr plädieren.

Verbände – das „Schwergewicht ihrer fachlichen Kritik“ in den Verwaltungsprozess verlegen. Dennoch wird der Nachweis einer solchen Unredlichkeit im Einzelfall schwer zu erbringen sein.¹⁶³ Vor allem aber kann die bloße Untätigkeit des Einwenders während der Einwendungsfrist gerade nicht ausreichen,¹⁶⁴ um ihm gegenüber einen Missbrauchseinwand zu erheben.

c) Begrenzte Bedeutung der Klagebegründungsfrist nach § 6 UmwRG

Letztlich erscheinen auch Zweifel angezeigt, ob die Vorgaben in § 6 UmwRG zur „Klagebegründungsfrist“ künftig eine Rolle spielen werden, die den Wegfall der materiellen Präklusion kompensieren könnte. Nach dieser Vorschrift hat eine Person oder Vereinigung im Sinne des § 4 Abs. 3 Satz 1 innerhalb einer Frist von zehn Wochen ab Klageerhebung die zur Begründung ihrer Klage gegen eine Entscheidung dienenden Tatsachen und Beweismittel anzugeben. Erklärungen und Beweismittel, die nach Ablauf dieser Frist vorgebracht werden, sind nur zuzulassen, wenn die Voraussetzung nach § 87b Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 VwGO erfüllt ist, der Beteiligte die Verspätung also genügend entschuldigt.

Zwar dürften gegenüber Klagebegründungspflichten grundsätzlich weder verfassungsrechtliche¹⁶⁵ noch unionsrechtliche¹⁶⁶ Bedenken bestehen. Zu berücksichtigen ist dabei auch, dass nach der Verfahrensordnung des Gerichtshofs bereits die Klageschrift gem. Art. 120 auch die geltend gemachten Klagegründe, Beweise und Beweisangebote enthalten muss, die gem. Art. 124 vom Beklagten binnen zwei Monaten nach Zustellung der Klageschrift zu beantworten ist. Diese Fristen sind nur ausnahmsweise verlängerbar.¹⁶⁷ In seiner ersten einschlägigen Entscheidung hat das Bundesverwaltungsgericht diese Frist auch tatsächlich als echte prozessuale Präklusionsvorschrift gedeutet, die im Falle einer fehlenden Entschuldigung nachträglichen Sachvortrag ausschließe.¹⁶⁸

Allerdings ist daran zu erinnern, dass auch § 6 UmwRG keine strenge Ausschlussfrist statuiert,¹⁶⁹ weil die Frist nach § 6 Satz 3 UmwRG unter freilich engen Voraussetzungen verlängert werden kann. Zudem wurden speziell gegen die Ausgestaltung des § 6 UmwRG bzw.

¹⁶³ So zu Recht *Szechenyi* (Fn. 9), S. 368.

¹⁶⁴ *Kment/Lorenz* (Fn. 9), S. 57.

¹⁶⁵ Vgl. bereits *Lenz*, Die verfassungsrechtliche Perspektive der Präklusionsvorschriften, NJW 2013, 2551 ff.

¹⁶⁶ Vgl. dazu *Kment* (Fn. 9), S. 65 ff.

¹⁶⁷ Vgl. dazu *Pechstein*, EU-Prozessrecht, 4. Aufl. 2011, Rdnrn. 242 f.; zusammenfassend *Cremer*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 5. Aufl. 2016, Art. 263 AEUV Rn. 24.

¹⁶⁸ BVerwG, Urt. v. 27.11.2018 – 9 A 8/17 –, NVwZ 2019, 1202 ff.; vgl. dazu auch die Anmerkung von *Lindau/Ramsauer*, Stärkung der prozessualen Präklusion im Verwaltungsprozess, im Internet unter: <https://www.gvw.com/aktuelles/newsletter/gvw-newsletter/mai-2019/staerkung-der-prozessualen-praeklusion-im-verwaltungsprozess.html>.

¹⁶⁹ Näher *Seibert* (Fn. 57), S. 1046; *Balensiefen* (Fn. 57), § 4a Rdnrn. 2 f.

seiner Vorgängernorm¹⁷⁰ Bedenken vorgetragen, die sich u.a. auf das Verhältnis der Norm zum verwaltungsgerichtlichen Untersuchungsgrundsatz nach § 86 Abs. 1 VwGO, die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG und auf den Grundsatz der Waffengleichheit und der Gleichbehandlung von Kläger und Beklagtem stützen. Demnach soll die Norm aus unions- und verfassungsrechtlichen Gründen restriktiv gehandhabt werden, so dass u.a. nachträgliche Erkenntnisse und tatsächlich aufgeklärte Sachfragen nicht unberücksichtigt bleiben könnten.¹⁷¹ Diese Forderungen scheinen sich – soweit die bisherige Erfahrung überhaupt klare Aufschlüsse zulässt – in der Praxis tatsächlich in einer zum Teil eher restriktiven Handhabung des § 6 UmwRG niederschlagen.¹⁷²

d) Zweifelhafte Bedeutung der Nachbesserung nach § 7 Abs. 5 UmwRG

Zweifel bleiben auch an der Problemlösungskraft der neuen Vorschrift zur Nachbesserung bzw. Behebung materieller Rechtsverstöße nach § 7 Abs. 5 UmwRG. Für straßenrechtliche Planfeststellungsverfahren dürfte sich die Bedeutung der neuen Regelung ohnehin bereits deshalb relativieren, weil Fehler in der planerischen Abwägung jedenfalls seit 1996 schon nach dem bisherigen § 75 Abs. 1a VwVfG durch Planergänzung oder ergänzendes Verfahren behoben werden konnten.¹⁷³ Zudem wird auch hinsichtlich dieser neuen Vorschrift im Schrifttum gerade aus richterlicher Perspektive bereits jetzt für eine restriktive Handhabung der Regelung und deren Begrenzung „auf überschaubare, weniger schwere Fehler“ bzw. auf solche Fälle plädiert, „... in denen die Rechtmäßigkeit der Entscheidung unproblematisch herbeigeführt werden kann und die Durchführung eines neuen kompletten Genehmigungsverfahrens unverhältnismäßig wäre.“¹⁷⁴ Letztlich sind somit auch von dem neuen § 7 Abs. 5 UmwRG zumindest für die Errichtung planfeststellungsbedürftiger Verkehrsträger kaum nennenswerte Entlastungseffekte zu erwarten.

¹⁷⁰ Sinner (Fn. 160), S. 10 erklärt den bis 2017 geltenden § 4a Abs. 1 UmwRG für unionsrechtswidrig; Bedenken auch bereits bei Schlacke, Die Novelle des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes – EuGH ante portas?, ZUR 2013, 195 (200).

¹⁷¹ So Gärditz, Die verwaltungsprozessualen „Begleitregelungen“ des UmwRG, EurUP 2018, 158 (161); vgl. zu den im Text genannten Argumenten auch bereits Landmann/Rohmer (Fn. 16), Vorbemerkung zum UmwRG (April 2018) Rn. 120 zu den vorherigen Kontroversen im Bundesrat.

¹⁷² So der Erfahrungsbericht von Marquard, Klagebegründungsfrist und innerprozessuale Präklusion: § 6 UmwRG in der Praxis, NVwZ 2019, 1162 ff.; vgl. aber auch die Nachweise oben in Fn. 168.

¹⁷³ Vgl. nur Henke, Planerhaltung durch Planergänzung und ergänzendes Verfahren, 1997, S. 4 f. und 67 ff.; Hildebrandt, Der Planergänzungsanspruch, 1999, S. 25 ff., jeweils m.w.N.; kritisch aus der Zeit vor Einfügung des § 75 Abs. 1a VwVfG noch Sieg, Die Schutzauflage im Fachplanungsrecht, 1993, S. 24 ff. und 56 ff.

¹⁷⁴ Seibert, Die Fehlerbehebung durch ergänzendes Verfahren nach dem UmwRG, NVwZ 2018, 97 (105); dem in der Tendenz zustimmend BVerwG, Urt. v. 27.9.2018 – 7 C 24/16 –, NVwZ 2019, 410 (413 Rn. 39) m. im Ergebnis zust. Anm. Kment, NVwZ 2019, 414 ff.

e) Bilanz

Insgesamt bleibt so der Eindruck, dass trotz des Bemühens des Gesetzgebers ein wirksamer Ausgleich für den Wegfall der Präklusion auch durch die parallel hierzu erlassenen Begleitregelungen nicht erfolgt ist und gerade umstrittene Großvorhaben somit gesteigerten Investitionsrisiken unterliegen.¹⁷⁵ Daher sollen aus Anlass der Aussagen des Protect-Urteils von 2017 im Folgenden vor allem die völker- und unionsrechtlichen Spielräume für eine Reanimation der Präklusion ausgelotet werden. Zudem sollen auch weitere funktionale Äquivalente zur früheren Präklusion in den Blick genommen werden, namentlich die Frage, ob und wie weit dem Wegfall der Präklusion für umweltrechtliche Sachfragen auch durch eine gesetzgeberisch angeordnete Rücknahme der Kontrolldichte begegnet werden könnte.

Teil IV. Völker- und unionsrechtliche Spielräume für eine Reanimation der Präklusion

1. Einordnung der beiden Urteile des EuGH

Die oben wiedergegebenen ganz unterschiedlichen Aussagen in den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs vom 15.10.2015 zur Unzulässigkeit der materiellen Präklusion in Deutschland einerseits und in dem Protect-Urteil vom 20.12.2017 andererseits werfen schwierige Fragen nach der Zulässigkeit von Präklusionsvorschriften auf.

a) Formal unterschiedliche Anwendungsbereiche beider Urteile

Wie bereits hervorgehoben¹⁷⁶ sind beide Urteile formal gesehen jeweils in einem unterschiedlichen rechtlichen Kontext ergangen: Das Urteil von 2015 bezieht sich auf Art. 9 Abs. 2 der Aarhus-Konvention und das zu dessen Umsetzung erlassene Sekundärrecht der Union, das Urteil von 2017 hingegen unmittelbar auf den – nicht durch europäisches Sekundärrecht transformierten – Art. 9 Abs. 3 der Aarhus-Konvention. Formal lassen sich die offensichtlichen Widersprüche zwischen beiden Urteilen somit zumindest einordnen.¹⁷⁷ Für diese Sicht spricht auch der Hinweis in Randnummer 86 des Protect-Urteils, dass nach dem Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 der Aarhus-Konvention für Rechtsbehelfe durch den Gesetzgeber „Kriterien“ festgelegt werden und die Mitgliedstaaten daher „grundsätzlich verfahrensrechtliche Vorschriften über die Voraussetzungen der Einlegung solcher Rechtsbehelfe erlassen“ können, während Art. 9 Abs. 2 für die durch Art. 6 Abs. 3 der Aarhus-Konvention erfassten Entschei-

¹⁷⁵ So i.E. auch die Einschätzung bei *T. Masing* (Fn. 135), S. 169 f.

¹⁷⁶ Vgl. die Ausführungen oben S. 19 f.

¹⁷⁷ *Wegener* (Fn. 79) S. 221; *Ludwigs*, Die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten, NVwZ 2018, 1417 (1422).

dungen dem Wortlaut nach zwingend Zugang zu einem Überprüfungsverfahren vor einem Gericht oder einer anderen unabhängigen Stelle fordert.

Hält man diesen unterschiedlichen rechtlichen Kontext für eine hinreichende Erklärung, so würde sich die Aussage des Protect-Urteils auf die Feststellung beschränken, dass Präklusionsregelungen im Anwendungsbereich des Art. 9 Abs. 3 der Aarhus-Konvention zulässig sind, aber verhältnismäßig ausgestaltet sein müssen.¹⁷⁸ Folgt man dieser Sicht, so bleibt im Anwendungsbereich der Richtlinie 2003/35/EG konsequenterweise jedwede materielle Präklusion unzulässig.¹⁷⁹

b) Einheitliche Vorgaben an die Rechtsschutzeffektivität in Art. 9 Abs. 4 Aarhus-Konvention

Allerdings sprechen verschiedene Erwägungen dafür, dass dieser unterschiedliche Regelungskontext allein die konträren Aussagen beider Urteile nicht erklären kann.¹⁸⁰ Die Aarhus-Konvention selbst legt trotz des expliziten Hinweises in ihrem Art. 9 Abs. 3 auf die Zulässigkeit von „Kriterien“ für die dort normierten Klagemöglichkeiten nicht den Schluss nahe, dass die Ausgestaltungsbefugnisse der Mitgliedstaaten im Hinblick auf den Ausschluss von Einwendungen grundsätzlich anders sein sollen. Vielmehr wird auf der Grundlage der Empfehlungen des Aarhus-Compliance-Committee mittlerweile überwiegend angenommen, dass die in Art. 9 Abs. 3 avisierten Klagemöglichkeiten grundsätzlich gewährt werden müssten und durch das innerstaatliche Recht nur ausgestaltet, nicht jedoch behindert werden dürften.¹⁸¹ Vor allem aber stellt Art. 9 Abs. 4 der Aarhus-Konvention für beide Fallgruppen einheitliche Vorgaben auf:

„Zusätzlich und unbeschadet des Absatzes 1 stellen die in den Absätzen 1, 2 und 3 genannten Verfahren angemessenen und effektiven Rechtsschutz und, soweit angemessen, auch vorläufigen Rechtsschutz sicher; diese Verfahren sind fair, gerecht, zügig und nicht übermäßig teuer ...“

Im Schrifttum wurde daher nach dem Urteil von 2015 erklärt, dessen Aussagen zur Präklusion seien wegen der Einheitlichkeit der Maßstäbe auf Art. 9 Abs. 3 der Aarhus-Konvention über-

¹⁷⁸ So etwa *Lammers/Römling*, Das neue Governance-System der Europäischen Energieunion: Anforderungen an Beteiligungs- und Überprüfungsrechte, ZUR 2019, 332 (340).

¹⁷⁹ Möglicherweise in diesem Sinne *Sobotta* (Fn. 73), S. 165 f.: Das Urteil des Jahres 2015 spreche dagegen, die Überlegungen des Protect-Urteils „konsequent zu Ende zu führen, oder zumindest für eine Beschränkung auf Art. 9 Abs. 3“.

¹⁸⁰ *Wurzinger/Jantscher/Ivankovics* (Fn. 80), S. 27 f.; ähnlich auch *Wegener* (Fn. 79) S. 221.

¹⁸¹ *Epiney/Diezig/Pirker/Reitemeyer* (Fn. 12), Art. 9 Rn. 36 f.; *Schlacke/Römling*, in: *Schlacke/Schrader/Bunge* (Fn. 12), § 3 Rn. 54 f., jeweils m.w.N.

tragbar.¹⁸² Dies war insbesondere auch der Standpunkt der EU-Kommission.¹⁸³ Dementsprechend wurde auch in Österreich nach dem Urteil von 2015 in der Zeit bis zum Erlass des nachfolgenden Protect-Urteils angenommen, die dortigen, später im Protect-Urteil aufrechterhaltenen Bestimmungen über den Einwendungsausschluss seien unionsrechtswidrig.¹⁸⁴ Art. 9 Abs. 4 der Aarhus-Konvention streitet letztlich dafür, die Zulässigkeit einer materiellen Präklusion im gesamten Anwendungsbereich des Art. 9 einheitlich zu bewerten.

c) Keine Differenzierung zwischen den Anwendungsbereichen in den Urteilen selbst

Zudem ist festzustellen, dass die beiden EuGH-Urteile trotz ihrer unterschiedlichen Anwendungsbereiche innerhalb der Aarhus-Konvention im Kern auf einheitlichen Begründungslinien beruhen und in erster Linie mit der Effektivität des Rechtsschutzes und mit dem Ziel einer umfassenden Kontrolle der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung argumentieren. Ohnehin stand nach dem in Randnummer 40 des Protect-Urteils erwähnten Klägervortrag auch ein Verstoß gegen die UVP-Pflicht im Raume, der in den Anwendungsbereich des Art. 9 Abs. 2 der Aarhus-Konvention fallen würde.¹⁸⁵ Dementsprechend argumentiert das Protect-Urteil in Randnummer 87 vor allem mit dem Grundsatz effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes nach Art. 47 der Grundrechte-Charta und nimmt in den Randnummern 82, 89 und 101 des Urteils wie zuvor bereits die Generalanwältin explizit auch auf den erwähnten Art. 9 Abs. 4 der Aarhus-Konvention Bezug, dessen Vorgaben für die Qualität des völkerrechtlich gebotenen Rechtsschutzes sich gleichermaßen auf die Absätze 2 und 3 des Art. 9 der Aarhus-Konvention beziehen. Hätte der Gerichtshof zwischen beiden Absätzen differenzieren wollen, hätte er dies im Rahmen der sehr ausführlichen Begründung des Protect-Urteils vermutlich klar offen gelegt.

Insgesamt spricht somit wenig dafür, dass sich die Divergenzen beider Urteile auf die unterschiedlichen Anwendungsbereiche der Aarhus-Konvention im Hinblick auf die jeweils zu entscheidenden Sachverhalte beziehen sollten. Sowohl die generelle Begründung für die Zulässigkeit der Figur als auch die Postulierung allgemeiner grundrechtlicher Anforderungen an die Ausgestaltung einer Präklusionsregelung legen letztlich nahe, dass diese Maßstäbe sich nicht auf Art. 9 Abs. 3 der Aarhus-Konvention beschränken, sondern auch für Art. 9 Abs. 2 der Aarhus-Konvention und das zu dessen Umsetzung erlassene Sekundärrecht der Union

¹⁸² *Schlacke*, Die Novelle des UmwRG 2017, NVwZ 2017, 905 (910).

¹⁸³ Mitteilung der Kommission (Fn. 93), S. 39 Rn. 121

¹⁸⁴ *Wurzinger/Jantscher/Ivankovics* (Fn. 80), S. 25 f.

¹⁸⁵ Vgl. dazu auch *Schumacher/Schumacher*, Zur Klagebefugnis von Umweltschutzorganisationen in umweltrechtlichen Genehmigungsverfahren, NuL 2019, 140.

gelten dürften. Damit scheint zwischen beiden Entscheidungen ein grundlegendes Spannungsverhältnis zu bestehen.

d) Zulässigkeit der Präklusion nur bei kompletter Untätigkeit des Klägers?

Eine andere verbreitete Deutung des Protect-Urteils knüpft daran an, dass nach der österreichischen Regelung der Verlust oder Erhalt der Stellung als Partei – anders als im deutschen Recht – einem Entweder-Oder-Prinzip zu folgen und davon abzuhängen scheint, dass die oder der Beteiligte überhaupt Einwendungen erhebt.¹⁸⁶ Daraus könnte gefolgert werden, dass der Gerichtshof den Einwendungsausschluss nur dann als zulässig behandelt, wenn eine Partei sich gar nicht beteiligt; hat sie sich aber beteiligt, könnten ihre Klagegründe nicht mehr inhaltlich beschränkt werden.¹⁸⁷ Die Aussagen des Protect-Urteils zur Zulässigkeit der österreichischen Regelungen beschränken sich jedenfalls formal auf diese Feststellung.

Diese Deutung beider Urteile ist durchaus schlüssig und entspricht exakt jenem Ansatz des Oberverwaltungsgerichts Koblenz in dem erwähnten Beschluss vom 28. April 2016,¹⁸⁸ der sich noch isoliert auf die EuGH-Entscheidung von 2015 bezogen hatte. Selbst diese Sicht ist jedoch nicht frei von Zweifeln: Die Anwendung des Entweder-Oder-Prinzips stellt zwar einerseits eher geringe Anforderungen an die Intensität der Mitwirkung der Verbände, sanktioniert jedoch andererseits einen Verstoß gegen die Mitwirkungsobliegenheit mit einem absoluten Verlust der Klagerechte und ist damit unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit ein relativ grobschlächtiger Mechanismus. Zudem spricht auch die Begründung in Randnummer 88 des Protect-Urteils, ein Einwendungsausschluss könne dazu beitragen, dass „die streitigen Punkte schneller identifiziert und gegebenenfalls bereits im Verwaltungsverfahren gelöst werden“ könnten, letztlich doch dafür, dass sich eine entsprechende Mitwirkungsobliegenheit der Kläger nicht auf eine formale Beteiligung beschränken muss, sondern vielmehr zur Identifikation der strittigen Punkte beitragen soll und daher auch inhaltlich in den Blick zu nehmen ist. Ebendies entspricht dem Ansatz der bisherigen deutschen Präklusionsregelung.¹⁸⁹

e) Allgemeingültigkeit der durch den EuGH postulierten Erwägungen und Kriterien

Deutlich ist jedenfalls zunächst, dass die Protect-Entscheidung nicht nur die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Instituts behauptet, sondern – anders als das Urteil von 2015 – tatsächlich

¹⁸⁶ Vgl. oben in und bei Fn. 81.

¹⁸⁷ In diesem Sinne *Wurzinger/Jantscher/Ivankovics* (Fn. 80), S. 28 m.w.N.; wohl auch *Sobotta* (Fn. 73), S. 165 f. mit der Feststellung: „Umgekehrt ist es aber zulässig eine Beteiligung am Verwaltungsverfahren sowohl bei Art. 9 Abs. 3 als auch bei Art. 9 Abs. 2 zur Voraussetzung einer Klage zu machen.“

¹⁸⁸ Vgl. die Nachweise und Ausführungen oben in und bei Fn. 38.

¹⁸⁹ Vgl. bereits die Ausführungen von *Jannasch* oben bei Fn. 123.

auch eine ausführliche Begründung liefert.¹⁹⁰ Dabei führt der Gerichtshof auch positive Argumente für das Institut ins Feld, die im Schrifttum geradezu als explizites „Lob der Präklusion“ charakterisiert wurden:¹⁹¹ Eine Verpflichtung, von einer Einwendungsbefugnis bereits im Stadium des Verwaltungsverfahrens Gebrauch zu machen, könne unter Umständen dazu beitragen, dass „...die streitigen Punkte schneller identifiziert und gegebenenfalls bereits im Verwaltungsverfahren gelöst werden, so dass sich eine Klage erübrigt“ (Rn. 88). Damit könne die Ausschlussregelung „... zur Verwirklichung des Ziels von Art. 9 Abs. 3 des Übereinkommens von Aarhus, wirkungsvolle gerichtliche Mechanismen zu schaffen (vgl. 18. Erwägungsgrund des Übereinkommens), beitragen. Sie entspricht auch ganz dem Gedanken des Art. 9 Abs. 4 des Übereinkommens, nach dem die u. a. in Art. 9 Abs. 3 des Übereinkommens genannten Verfahren ‚angemessenen und effektiven‘ Rechtsschutz bieten und ‚fair‘ sein müssen.“ (Rn. 89). All diese differenzierenden Erwägungen sprechen wie erwähnt tendenziell eher gegen die Beschränkung der Präklusion auf die Situation kompletter Untätigkeit des Klägers im Verwaltungsverfahren.

Zudem entwickelt der EuGH konkrete Anforderungen an die Ausgestaltung der Präklusion und ihre Verhältnismäßigkeit.¹⁹² Eine Ausschlussregelung stelle „... als Vorbedingung für die Erhebung einer Klage zwar eine Einschränkung des Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf bei einem Gericht im Sinne von Art. 47 der Charta dar. Eine solche Einschränkung kann nach Art. 52 Abs. 1 der Charta aber gerechtfertigt sein, wenn sie gesetzlich vorgesehen ist, den Wesensgehalt dieses Rechts achtet und unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erforderlich ist und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entspricht“ (Rn. 90). Zudem dürften die konkreten Modalitäten „nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ... das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf bei einem Gericht im Sinne von Art. 47 der Charta nicht unverhältnismäßig einschränken“ (Rn. 91).

f) Wie könnte sich die Divergenz beider Urteile erklären?

Damit drängt sich freilich die Frage auf, wie die Divergenz beider Urteile noch erklärbar sein könnte. Eher unwahrscheinlich erscheint hierbei die Erwägung, das Gericht habe 2017 sein eigenes Urteil von 2015 schlichtweg übersehen. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Aarhus-Konvention ist noch nicht derart umfangreich, dass ein solches Übersehen vorstellbar

¹⁹⁰ *Franzius*, Genügt die Novelle des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes den unionsrechtlichen Vorgaben?, NVwZ 2018, 219 (220).

¹⁹¹ *Wegener* (Fn. 79) S. 221; tendenziell anders deutet die Passagen wohl *Franzius* (Fn. 190), S. 220.

¹⁹² Vgl. dazu auch die Ausführungen bei *Kment*, Rechtsbehelfe von Umweltvereinigungen, NVwZ 2018, 921 (925).

erschiene. Zudem handelt es sich in beiden Fällen um Urteile der 2. Kammer, selbst wenn diese in den Jahren 2015 und 2017 komplett unterschiedlich besetzt war und unterschiedliche Generalanwälte mitwirkten.¹⁹³ Schließlich wies bereits eine unmittelbar mit dem Protect-Urteil publizierte Anmerkung eines Mitarbeiters des EuGH auf die Divergenz zwischen beiden Entscheidungen hin.¹⁹⁴ Dies wird man als Indiz dafür werten dürfen, dass der entscheidenden 2. Kammer die Akzentverschiebung gegenüber dem zwei Jahre zuvor ergangenen Urteil keineswegs verborgen geblieben sein dürfte.

Näher liegt die Annahme, dass die Mitwirkenden des Protect-Urteils eine ausdrückliche Korrektur des – wie erwähnt durch andere Richter verfassten¹⁹⁵ – Urteils von 2015 bewusst vermieden und die abschließende Klärung der Frage einer Zulässigkeit materieller Einwendungsausschlüsse zunächst noch aufgeschoben wurde. Ein solches Vorgehen wäre für die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs jedenfalls nicht völlig atypisch: Die Rechtsprechung des Gerichtshofs ist tendenziell kasuistischer, kontextbezogener und zumeist auch sehr viel weniger eingehend begründet als vergleichbare deutsche Gerichtsentscheidungen.¹⁹⁶ Dieser weniger strikt auf Widerspruchsfreiheit bezogene Ansatz lässt es auch zu, dass der Gerichtshof zumindest für Übergangszeiträume divergierende Rechtsprechungslinien entwickelt und Grundsatzfragen erst im Laufe eines gerichtlichen Klärungsprozesses umfassend beantwortet. Ein Musterbeispiel hierfür liefert die über lange Zeit umstrittene Frage, ob neutrale vertriebsbezogene Anforderungen als Maßnahmen gleicher Wirkung einen Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit darstellen könnten. Ehe der Gerichtshof diese Frage in der Keck-Entscheidung abschließend verneinte, hatte er eine ganze Reihe von Entscheidungen erlassen, die diese Grundsatzfrage jeweils divergierend beantworteten, ohne die jeweils andere zu zitieren.¹⁹⁷

g) Die Bedeutung der konkreten Ausgestaltung in den beiden Fällen

Möglicherweise stellen daher auch die Entscheidungen der 2. Kammer zur materiellen Präklusion zwei divergierende Rechtsprechungslinien dar, die ggf. erst später – etwa schon in der

¹⁹³ Das Urteil von 2015 erging unter Mitwirkung der Präsidentin der Ersten Kammer R. *Silva de Lapuerta* als Berichterstatterin in Wahrnehmung der Aufgaben des Präsidenten der Zweiten Kammer sowie der Richter J. L. *da Cruz Vilaça*, A. *Arabadjiev*, C. *Lycourgos* und J.-C. *Bonichot* und des Generalanwalts M. *Wathelet*. Das Urteil von 2017 erging unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten M. *Ilešič*, des Richters A. *Rosas*, der Richterinnen C. *Toader* und A. *Prechal* (Berichterstatterin) sowie des Richters E. *Jarašiūnas* und der Generalanwältin E. *Sharpston*.

¹⁹⁴ *Sobotta* (Fn. 73), S. 165. Der Autor ist Mitarbeiter am EuGH im Kabinett der Generalanwältin Kokott, war jedoch offenbar an beiden Verfahren nicht beteiligt.

¹⁹⁵ Vgl. soeben Fn. 193.

¹⁹⁶ Vgl. dazu *Fellenberg/Schiller*, in: Landmann/Rohmer (Fn. 16), Vorbemerkung zum UmwRG (April 2018) Rn. 125.

¹⁹⁷ Näher dazu *Brigola*, in: Dausen/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, C. I. Grundregeln (Januar 2019) Rn. 140 ff.

Entscheidung zu den niederländischen Präklusionsregelungen – endgültig konsolidiert werden.

Dabei könnte auch eine Rolle gespielt haben, dass die Kammer im Jahr 2015 offenbar im Zuge der mündlichen Verhandlung auch die oben angesprochenen Fehlentwicklungen bei der Handhabung der deutschen Präklusionsregelungen thematisierte,¹⁹⁸ selbst wenn die Aussagen zur Unzulässigkeit der deutschen Präklusionsregelung dann nicht explizit auf diese konkrete Ausgestaltung gestützt wurden. Jedenfalls wird angenommen, dass eine auskömmlichere Ausgestaltung der entsprechenden Regelungen und insbesondere eine großzügigere Einwendungsfrist vor dem Urteil des Gerichtshofs die Chancen auf einen anderen Ausgang des Verfahrens erheblich steigern hätten können.¹⁹⁹ Die korrespondierenden Aussagen des Protect-Urteils aus dem Jahr 2017 lassen sich insoweit als konkrete Begründung für die 2015 inhaltlich so gut wie nicht erläuterte Verwerfung der deutschen materiellen Präklusion und damit zugleich als Präzisierung der entsprechenden Maßstäbe begreifen,²⁰⁰ selbst wenn die damalige deutsche Regelung den hier nun präziser entfalteten Maßstäben ebenfalls nicht entsprochen haben mag.

h) Zwischenergebnis zur Deutung der beiden Urteile

Insgesamt ist damit festzuhalten: Das Protect-Urteil differenziert gerade nicht zwischen den Anwendungsbereichen der Absätze 2 und 3 des Art. 9 der Aarhus-Konvention, sondern steht dem Instrument der materiellen Präklusion mit allgemeingültigen Erwägungen differenziert, aber grundsätzlich positiv gegenüber. Entgegen der meisten unter dem Eindruck der Entscheidung von 2015 ergangenen Einschätzungen ist der Stab über die materielle Präklusion damit offenbar noch nicht gebrochen. Bei sachgerechter Deutung ergeben sich nach dem derzeitigen Stand der Rechtsprechung auch ohne vorherige Änderung des Völker- und des Unionsrechts prima facie Spielräume für eine Wiedereinführung der Präklusion auf nationaler Ebene. Dabei spielen vor allem die konkrete Ausgestaltung und Handhabung einer entsprechenden Vorschrift eine maßgebliche Rolle. Insbesondere bei einer kompletten Untätigkeit des Klägers im Verwaltungsverfahren erscheint die Präklusion grundsätzlich zulässig.

2. Anerkennung erheblicher Rechtsunsicherheiten

Trotz dieses Befundes ist allerdings sogleich relativierend darauf hinzuweisen, dass sowohl die grundsätzliche Existenz wie auch die konkrete Reichweite solcher Spielräume erheblichen

¹⁹⁸ Vgl. oben S. 36 ff.

¹⁹⁹ Vgl. bereits oben Fn. 131.

²⁰⁰ So *Franzius* (Fn. 190), S. 220: „Der Gerichtshof schiebt hier gewissermaßen die Gründe nach, die im Urteil vom 15.10.2015 zugunsten der materiellen Präklusion vermisst wurden.“

Rechtsunsicherheiten unterliegen. Diese Unsicherheiten betreffen bereits die Auslegung der EuGH-Entscheidungen von 2015 und 2017 selbst, deren Verhältnis durch den Gerichtshof ein Stück weit offen gelassen wurde und zwischen denen letztlich ein interpretatorisch schwer aufzulösendes Spannungsverhältnis besteht.²⁰¹ Bereits die Interpretation und das wechselseitige Verhältnis der beiden vorliegenden Urteile sind vor diesem Hintergrund hochumstritten.

Hinzu tritt jedoch der Umstand, dass die künftige einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofes aus verschiedenen Gründen der Systematik des nationalen Prozessrechts wenig Beachtung schenkt²⁰² und in ihren Ergebnissen letztlich kaum prognostizierbar erscheint.²⁰³ Als Grundtendenz der EuGH-Judikatur wird man jedenfalls aus einer Vogelperspektive festhalten müssen, dass die aus Art. 9 der Aarhus-Konvention abgeleiteten Restriktionen für das mitgliedstaatliche Prozessrecht im Sinne einer dynamischen Verschärfung immer stärker ausgebaut wurden. Entsprechendes gilt für die interpretierenden Aussagen des Aarhus-Compliance-Committee zu dem völkerrechtlichen Vertrag selbst, die der deutsche Gesetzgeber – gerade wegen ihrer Annahme durch die Vertragsstaatenkonferenz – als völkerrechtlich verbindliche Vorgaben behandelt; diese Spruchpraxis hat die Klagerechte von Umweltverbänden kontinuierlich gestärkt.²⁰⁴

Vor diesem Hintergrund ist kaum absehbar, ob und unter welchen Bedingungen die Wiedereinführung der Präklusion durch den deutschen Gesetzgeber vor dem Gerichtshof standhalten könnte. Allerdings besteht eine gewisse Hoffnung, dass zumindest der Europäische Gerichtshof den bereits erwähnten niederländischen Vorlagebeschluss der Rechtbank Limburg in der Rechtssache C-826/18 zum Anlass nehmen könnte, seine bisherigen Aussagen zur materiellen Präklusion zu präzisieren.

Insgesamt ist damit festzuhalten, dass die im Koalitionsvertrag avisierte Wiedereinführung der Präklusion auf europäischer und auf völkerrechtlicher Ebene trotz der damit verbundenen Verhandlungsprozesse jedenfalls in der Lage wäre, eine sehr viel rechtssicherere Lösung herbeizuführen. Umgekehrt würde der Erlass einer nationalen Regelung der Bundesrepublik eine Chance bieten, die anstehenden Klärungsprozesse nicht nur passiv abzuwarten, sondern auch gestaltend zu beeinflussen und durch die Verankerung einer in jeder Hinsicht auskömmlichen und verhältnismäßigen Präklusionsregelung dieses Modell ggf. auch gegenüber dem Europäi-

²⁰¹ Wegener (Fn. 79) S. 221.

²⁰² Vgl. Franzius, in: Schink/Reidt/Mitschang (Hrsg.), UVPG/UmwRG, Kommentar, 2018, Vor § 1 UmwRG Rn. 10.

²⁰³ Fellenberg/Schiller, in: Landmann/Rohmer (Fn. 16), Vorbemerkung zum UmwRG (April 2018) Rn. 125.

²⁰⁴ Vgl. dazu Heß, Der Einfluss der Entscheidungen des Aarhus Convention Compliance Committee (ACCC) auf das deutsche Umweltrecht, in: Hebel/Hofmann/Proelß/Reiff (Fn. 37), S. 177 ff.

schen Gerichtshof zur Diskussion zu stellen. Ohnehin steht nach der in diesem Gutachten erfolgten Auswertung der Rechtsprechung außer Frage, dass eine deutsche Wiedereinführung der Präklusion jedenfalls nicht unverändert erfolgen könnte, sondern konkrete Bedingungen erfüllen müsste, um nach den Maßstäben des Protect-Urteils als verhältnismäßig gelten zu können.

3. Grundsätze für eine etwaige Wiedereinführung der Präklusion

Sollte sich der Gesetzgeber auf dieser Grundlage für eine Wiedereinführung der materiellen Präklusion entscheiden, so wäre hierfür von den folgenden Prämissen auszugehen.

a) Ist die materielle Präklusion überhaupt bundesrechtlich abgeschafft worden?

Zunächst stellt sich freilich die vorgelagerte, auf den ersten Blick gewiss etwas überraschende Frage, ob und in welchem Umfang die materielle Präklusion überhaupt konstitutiv bundesrechtlich abgeschafft wurde. Die Gerichte ließen nach dem EuGH-Urteil vom 15.10.2015 die Regelung nach § 73 Abs. 4 Satz 3 VwVfG wegen des Vorrangs des Unionsrechts bereits von sich aus unangewendet.²⁰⁵ § 7 Abs. 4 UmwRG hat diese Entwicklung nachträglich gesetzlich festgeschrieben,²⁰⁶ sieht für unional geprägte Bereiche die Unanwendbarkeit des § 73 Abs. 4 Satz 3 VwVfG vor, lässt aber die Norm als solche unberührt.²⁰⁷

Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts ist § 7 Abs. 4 UmwRG gleichwohl eine substantielle Regelung und inhaltlich so zu verstehen, dass er „... auch gleichlautende landesrechtliche Präklusionsvorschriften erfasst, wenn die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der Behörden landesrechtlich normiert ist.“. Das Gericht beruft sich für diese These darauf, dass das Gesetz zur Novellierung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes vom 29.5.2017²⁰⁸ insofern auf eine vollständige und europarechtskonforme Umsetzung des EuGH-Urteils vom 15.10.2015 zielte und der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes gem. Art. 72 Abs. 1 Nr. 1 GG unterliege.²⁰⁹

Diese Deutung der Norm erscheint dem Verfasser dieses Gutachtens zweifelhaft: Die Verwaltungsverfahrensgesetze ordnen nach bisheriger Lesart in § 73 Abs. 4 Satz 3 eine die Begründetheit der Klage betreffende Verwirkung bestimmter Rechtspositionen an und haben inso-

²⁰⁵ BVerwG, Urt. v. 22.10.2015 – 7 C 15/13 –, NVwZ 2016, 308 (310 Rn. 26).

²⁰⁶ Fellenberg/Schiller, in: Landmann/Rohmer (Fn. 16), § 7 UmwRG (April 2018) Rn. 77; vgl. auch Franzius, in: Schink/Reidt/Mitschang (Fn. 202), § 7 UmwRG Rn. 6 und 10.

²⁰⁷ Lieber, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Fn. 8), § 73 Rn. 255.

²⁰⁸ Vgl. oben Fn. 49.

²⁰⁹ BVerwG, Urt. v. 14.12.2017 – 4 C 6/16 –, NVwZ 2018, 1150 (1151 Rn. 12).

weit „materiellrechtlichen Charakter“.²¹⁰ Dann aber lässt sich eine hiervon abweichende Regelung auf Grundlage der Kompetenz für das „gerichtliche Verfahren“ in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG, auf der das UmwRG ja erklärtermaßen beruht,²¹¹ nicht normieren²¹². Zwar wäre es denkbar, dass solche Abweichungen auf Bundesebene teilweise auf entsprechende Sachkompetenzen des Bundes gestützt werden; keinesfalls wäre jedoch der Bundesgesetzgeber befugt, verfahrensrechtliche oder materielle Vorgaben hinsichtlich des Vollzugs von Ländergesetzen zu treffen.²¹³

Diese Erwägung spricht dafür, dass auch § 7 Abs. 4 UmwRG letztlich eine rein prozessuale, im Hinblick auf den eigentlichen materiellen Präklusionseffekt deklaratorische Regelung darstellt, die als solche gerade keine „Abschaffung“ der Präklusion zur Folge hatte, sondern lediglich prozessual auf die durch den EuGH postulierte und später präzisierte Pflicht zur europarechtskonformen Handhabung verweist. Trifft die oben dargelegte Deutung des Protect-Urteils von 2017 zu und ist die Figur nicht generell unionsrechtswidrig, so wären letztlich sogar die Verwaltungsgerichte selbst in der Lage, die Figur der materiellen Präklusion durch eine unionskonforme Handhabung des § 73 Abs. 4 Satz 3 VwVfG zu reanimieren, so wie dies das Oberverwaltungsgericht Koblenz in seinem erwähnten Beschluss vom 28. April 2016 ja tatsächlich versucht hat.²¹⁴

b) Vorzugswürdigkeit einer klarstellenden Regelung, vorzugsweise im Fachrecht

Dies ändert nichts daran, dass die Gerichte ohne einen Impuls des Gesetzgebers schwerlich handeln werden. Unabhängig von der Frage der Wirksamkeit der Abschaffung der materiellen Präklusion bedarf § 7 Abs. 4 UmwRG einer klarstellenden Korrektur durch den Bundesgesetzgeber. Vorzugswürdig ist dabei eine Regelung in den zentralen Fachplanungsgesetzen im Ressortbereich des BMVI, namentlich im FStrG, im AEG oder in einem der Beschleunigungsgesetze für besonders wichtige Bundesprojekte.

²¹⁰ BVerwG, Urt. v. 1.9.1997 – 4 A 36/96 –, BVerwGE 105, 178 (183); vgl. auch bereits die Ausführungen oben in und bei Fn. 6.

²¹¹ So jedenfalls der Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/9526 vom 5.9.2016, S. 24.

²¹² Vgl. insoweit zu der funktional vergleichbaren Bedeutung der Regelung in § 114 Satz 2 VwGO *Axmann*, Das Nachschieben von Gründen im Verwaltungsrechtsstreit, 2000, S. 163 ff.; *Schenke*, „Reform“ ohne Ende – Das Sechste Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung und anderer Gesetze (6. VwGOÄndG), NJW 1997, 81 (88) sowie BVerwG, Urt. v. 5.5.1998 – 1 C 17.97 –, BVerwGE 106, 351 (364 f.).

²¹³ Näher *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 6), § 1 Rn. 32.

²¹⁴ Vgl. die Nachweise und Ausführungen oben in und bei Fn. 38.

c) Beschränkung der Präklusion nur bei kompletter Untätigkeit des Klägers?

Wie oben dargestellt²¹⁵ besteht eine durchaus schlüssige Deutung des Protect-Urteils in der Anerkennung eines Entweder-Oder-Prinzips, nach dem ein Einwendungsausschluss dann als zulässig gelten könnte, wenn ein Kläger sich im Verwaltungsverfahren überhaupt nicht beteiligt; hat er sich aber beteiligt, so könnten seine Klagegründe nicht mehr inhaltlich beschränkt werden.

Im Vergleich zur herkömmlichen deutschen Variante der materiellen Präklusion wäre diese Form der Ausgestaltung vermutlich sehr viel weniger risikobehaftet; sie stünde zudem im Einklang mit den entsprechenden Regelungen in Österreich und den Niederlanden. Sie wäre jedoch zugleich im Hinblick auf die Begrenzung der behördlichen Ermittlungspflichten ersichtlich deutlich weniger effektiv.

d) Erforderlichkeit der verhältnismäßigen Ausgestaltung einer materiellen Präklusion

Ein Wiederanknüpfen an die Regelungstechnik des überkommenen deutschen Modells der materiellen Präklusion könnte demgegenüber verhindern, dass Einwender sich im Verwaltungsverfahren nur formal beteiligen, sich jedoch ihre besten Argumente und Einwände für das Klageverfahren aufsparen. Es ist eine Frage der Risikoeinschätzung, ob man angesichts der dargestellten Rechtsunsicherheiten einen entsprechenden Vorstoß unternehmen will, wie dies u.a. dem Vorschlag von Kahl entsprach.²¹⁶ Wenn man diesem Vorschlag folgen will, wäre es jedenfalls unabdingbar, dass die Ausgestaltung einer entsprechenden Regelung auch im Einzelfall und namentlich im Hinblick auf Fristen angemessen und fair sein muss. Idealerweise sollte die Bestimmung zudem so offen formuliert sein, dass sie den Gerichten eine flexible und vor allem unionsrechtskonforme Handhabung im Einzelfall ermöglicht.

4. Formulierungsvorschläge

Versucht man, die oben skizzierten Grundsätze in enger Anlehnung an den Wortlaut der bestehenden Regelungen auszuformulieren, so bietet sich folgende Anlehnung an § 73 Abs. 4 VwVfG an, wobei Abweichungen von dieser bestehenden Norm im folgenden Vorschlag kurz hervorgehoben werden:

¹Jeder, dessen Belange durch das Vorhaben berührt werden, kann bis *acht* Wochen nach Ablauf der Auslegungsfrist schriftlich oder zur Niederschrift bei der Anhörungsbehörde oder bei der Gemeinde Einwendungen gegen den Plan erheben. ²Mit Ablauf der Einwen-

²¹⁵ Vgl. oben S. 50.

²¹⁶ Kahl (Fn. 33), S. 666 ff., vgl. bereits oben S. 14 .

dungsfrist sind *sowohl im Verwaltungsverfahren als auch in einem nachfolgenden Verwaltungsprozess* alle Einwendungen ausgeschlossen, die nicht auf besonderen privatrechtlichen Titeln beruhen und *die der Einwender auf Grundlage der ausgelegten Unterlagen vernünftigerweise hätte vortragen können*.³ Hierauf ist in der Bekanntmachung der Auslegung oder bei der Bekanntgabe der Einwendungsfrist hinzuweisen.⁴ Vereinigungen, die auf Grund einer Anerkennung nach anderen Rechtsvorschriften befugt sind, Rechtsbehelfe nach der Verwaltungsgerichtsordnung gegen die Entscheidung nach § 74 einzulegen, können innerhalb der Frist nach Satz 1 Stellungnahmen zu dem Plan abgeben.⁵ Die Sätze 1 bis 3 gelten entsprechend.

Die nunmehr insgesamt achtwöchige Einwendungsfrist sollte auch aus Sicht der Verbände auskömmlich sein. Zudem sichert die Begrenzung des Präklusionseffekts auf solche Einwendungen, „*die der Einwender auf Grundlage der ausgelegten Unterlagen vernünftigerweise hätte vortragen können*“ die Möglichkeit ab, dass das Gericht die Norm bezogen auf die Substanziierungslast im Einzelfall verhältnismäßig und damit unionskonform handhaben kann.

Will der Gesetzgeber die Wirkung der Präklusion hingegen nur bei kompletter Untätigkeit einsetzen lassen, so müsste wohl lediglich Satz 2 dieses Vorschlags folgendermaßen formuliert werden:

²Mit Ablauf der Einwendungsfrist sind Personen vom weiteren Verfahren ausgeschlossen und in einem nachfolgenden Verwaltungsrechtsstreit präkludiert, die ihre Einwände auf Grundlage der ausgelegten Unterlagen vernünftigerweise hätte vortragen können, sofern diese nicht auf besonderen privatrechtlichen Titeln beruhen.

Denkbar wäre schließlich auch, die formelle Präklusion weiterhin über § 73 Abs. 4 VwVfG in bisherigem Umfang vorzusehen, die materielle Präklusion jedoch auf den Fall kompletter Untätigkeit des Einwenders zu beschränken. Dann müsste die eben vorgeschlagene Formulierung auf den „nachfolgenden Verwaltungsrechtsstreit“ beschränkt werden und § 73 Abs. 4 VwVfG unberührt bleiben.

Teil V. Zusätzliche Option einer Modifikation der gerichtlichen Kontrollrechte

Es wurde bereits darauf hingewiesen,²¹⁷ dass die materielle Präklusion nur eine unter mehreren denkbaren Antworten der Rechtsordnung auf das Problem der Überkomplexität des materiellen Rechts und der materiellen Genehmigungsanforderungen darstellt und dass daneben

²¹⁷ Vgl. oben S. 41 ff.

eine Reihe funktional vergleichbarer oder zumindest funktional verwandter Rechtsinstitute besteht. Blickt man insoweit auf die – zum Teil sehr umstrittenen – Begleitregelungen der UmwRG- Novelle von 2017, so ist festzustellen, dass der Gesetzgeber einen Großteil der verfügbaren Stellschrauben angezogen und nahezu alle Gegengewichte ausgeschöpft hat; unberücksichtigt blieb jedoch das Thema der gerichtlichen Kontrolldichte, obwohl diese mit der Schutznormtheorie und der kategorischen Unterscheidung von Auslegung und Ermessen verknüpfte sachverhaltliche Kontrolldichte der Gerichte und die damit geforderte behördliche Ermittlungstiefe den vielleicht meistdiskutierten Faktor beim Umgang des deutschen Rechts mit den umweltrechtlichen Vorgaben der Union darstellt.

1. Der Ausgangsbefund zur verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte

Der entsprechende Diskussions- und Streitstand kann und soll hier nicht in vollem Umfang wiedergegeben werden. Als Ergebnis dieser material- und meinungsreichen Debatte ist jedenfalls festzuhalten, dass der für Deutschland bislang aus Art. 19 Abs. 4 GG abgeleitete Vollüberprüfungsanspruch der Verwaltungsgerichte im Zusammenspiel mit dem Untersuchungsgrundsatz des § 86 Abs. 1 VwGO zu einer im internationalen Vergleich ausgesprochen intensiven sachverhaltlichen Prüftiefe führt.²¹⁸ Diese geht nach den meisten Einschätzungen über die gemeineuropäischen Standards hinaus,²¹⁹ die zumeist einem weniger strengen Verständnis exekutivischer Gesetzesbindung verpflichtet sind.²²⁰ Tendenziell führt der Vollzug der Vorgaben des Unionsrechts nach diesen Maßstäben daher zu erhöhten Vollzugsanforderungen.²²¹

2. Kontroverse Einschätzung der nationalen Reaktionsmöglichkeiten

Ob diese Einschätzung überhaupt zutrifft und ob und wie auf diesen Befund korrigierend reagiert werden soll und kann, ist politisch und verfassungsrechtlich hochumstritten. Zweifellos rührt die Frage nach der Kontrolltiefe an das Selbstverständnis der dritten Gewalt,²²² und insgesamt bildet die verwaltungsgerichtliche Vollkontrolle eine durchaus bewahrenswerte Er rungenschaft des Verwaltungsrechts der Nachkriegszeit.²²³

²¹⁸ Vgl. die Nachweise oben in Fn. 110.

²¹⁹ Vgl. nur *Steinbeiß-Winkelmann* (Fn. 55), S. 720.

²²⁰ *Fehling*, Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht, VVDStRL 70 (2010), 278 (304); vgl. dazu auch *Dörr*, Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte, 2003, S. 230 f. und 265 ff.

²²¹ Erhellend dazu *Backes*, Umsetzung, Anwendung und Vollzug europäischer Umweltqualitätsnormen, in: *Führ/Wahl/von Wilmowsky* (Hrsg.), *Umweltrecht und Umweltwissenschaft. Festschrift für Rehbinder*, 2007, S. 669 ff.; vgl. auch *ders.*, Erneuerbare Energien und Artenschutz – Konflikt oder Koexistenz?, ZUR 2018, 587 ff.

²²² *Gärditz* (Fn. 124), besonders S. D54 ff.

²²³ So zu Recht *Fehling* (Fn. 220), S. 328.

Allerdings ist gerade für das stark vorsorgeorientierte moderne Umweltrecht festzustellen, dass die klassisch-polizeirechtlichen Prämissen einer objektiven Überprüfbarkeit aller behördlicher Annahmen und einer Widerlegbarkeit sämtlicher denkbaren Risiken einer Tätigkeit für zahlreiche Phänomene naturwissenschaftlich längst überholt sind²²⁴ und absolute Sicherheit daher kein rechtliches Ziel darstellen kann.²²⁵ Vor diesem Hintergrund haben zahlreiche Stimmen – darunter immerhin zwei ehemalige Präsidenten des Bundesverwaltungsgerichts sowie sämtliche Mitglieder der Unabhängigen Sachverständigenkommission zum Umweltgesetzbuch beim damaligen Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit – wiederholt für eine Zurücknahme der gerichtlichen Kontrolldichte plädiert.²²⁶

Unabhängig davon ist zu beobachten, dass die Rechtsprechung selbst mittlerweile zunehmend auch ohne greifbare Anhaltspunkte im Gesetz entsprechende Prognose- und Beurteilungsspielräume der zuständigen Behörden anerkennt.²²⁷ Nach dem Eindruck des Unterzeichners bleibt diese Praxis allerdings bislang weiterhin eher auf Ausnahmen beschränkt und erscheint zumindest aus einer Vogelperspektive wenig einheitlich.

3. Vereinbarkeit mit Verfassungsrecht und Unionsrecht

Den erwähnten Forderungen nach einer Zurücknahme der gerichtlichen Kontrolldichte wird vielfach die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG entgegengehalten. Nach Wortlaut und Entstehungsgeschichte besagt Art. 19 Abs. 4 GG allerdings wenig zur Intensität richterlicher Tatsachenüberprüfungen.²²⁸ Zwar entspricht es der ständigen Rechtsprechung des Bun-

²²⁴ Vgl. die eindruckliche Darstellung bei *Steinberg*, Der ökologische Verfassungsstaat, 1998, S. 12 ff., der „Gewissheitsverluste“ als das Paradigma der modernen technischen Welt beschreibt.

²²⁵ Eingehend dazu zuletzt *Ibes*, Der Besorgnisgrundsatz im Grundwasserschutz, 2017, S. 115 ff.

²²⁶ Vgl. nur die beiden vormaligen Präsidenten des BVerwG *Sendler*, Über richterliche Kontrolldichte in Deutschland und anderswo, NJW 1994, 1518 ff. und *Hien*, Quo Vadis Umweltrechtsschutz?, DVBl. 2018, 1029 ff.; allgemein in diesem Sinne *Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001; speziell für das Umweltrecht *Durner/Paus*, Anmerkung zu: EuGH, Urteil vom 12.05.2011, Rs. C-115-09, DVBl. 2011, 759 (762); *Leidinger*, Europäisiertes Verbandsklagerecht und deutscher Individualrechtsschutz, NVwZ 2011, 1345 ff.; *Steinbeiß-Winkelmann* (Fn. 55), S. 719 f.; *Stüer/Buchsteiner* (Fn. 45), S. 1522; vgl. auch *Classen* (Fn. 115), S. 2623.

²²⁷ Vgl. besonders BVerwG, Beschl. v. 2.10.2014 – 7 A 14.12 –, DVBl. 2015, 95 f.; zuvor bereits OVG Bremen, Urt. v. 3.6.2009 – 1 A 7/09 –, BeckRS 2009, 39511; VG Aachen, Urt. v. 15.02.2013 – 7 K 1970/09 –, W+B 2013, 234 (236 f.); allgemeiner *Lau/Jacob*, Zulässigkeit und Grenzen administrativer Letztentscheidungsmacht am Beispiel des Naturschutz- und Wasserrechts, NVwZ 2015, 241 (245 ff.).

²²⁸ Vgl. zum Streitstand die Nachweise bei *Gärditz* (Fn. 124), S. D75 f. in Fn. 468. Ähnlich im Text etwa *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, Kommentar, Art. 19 Abs. 4 (2014) Rn. 219 ff. m.w.N.: Die Untersuchungsmaxime folge nicht aus Art. 19 Abs. 4, der Gesetzgeber sei „bei der Ausformung der Ermittlungspflichten nicht auf ein starres Prinzip festgelegt“; tendenziell a.A. etwa *Schenke*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum GG, Art. 19 Abs. 4 (2009) Rn. 138 ff.; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 19 IV Rn. 116; differenzierend *Huber*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Begr.), GG, Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 19 Rn. 515 f. Grenzen setzen letztlich vor allem die Grundrechte, vgl. *Jestaedt*, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2015, § 11 Rn. 39.

desverfassungsgerichts, Art. 19 Abs. 4 GG gebiete neben dem Rechtsweg auch effektiven Rechtsschutz und insoweit grundsätzlich auch die gerichtliche Kontrolle der durch die Verwaltungsbehörde getroffenen Tatsachenfeststellungen und Annahmen.²²⁹ Das Gericht erkennt jedoch durchaus Ausnahmen von diesem Grundsatz an,²³⁰ lässt die Kontrolle generell dort enden, wo die Entscheidungsprogramme nicht hinreichend bestimmt sind,²³¹ hat etwa im Regulierungsrecht die weitreichende Rücknahme der Gerichtskontrolle nicht beanstandet²³² und zuletzt für den Bereich des Artenschutzes entschieden, die Verwaltungsgerichte dürften ihrer Entscheidung auch ohne gesetzliche Beurteilungsermächtigung die plausible Einschätzung der Behörde zu Grunde legen, wo eine gerichtliche Sachaufklärung an die Grenze des wissenschaftlichen Erkenntnisstandes stößt, weil kein Konsens über die fachlichen Zusammenhänge und Ermittlungsmethoden besteht.²³³

Daneben ist hervorzuheben, dass gerade die neueste Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für das Umweltrecht grundsätzlich eine gerichtliche Tatsachenüberprüfung einfordert.²³⁴ Damit ist freilich die Tiefe dieser Überprüfung noch nicht präjudiziert.²³⁵ Insoweit eröffnen sich Spielräume, um für bestimmte Infrastrukturen im Hinblick auf die Umweltprüfungen im Rahmen der fachgesetzlichen Zulassungstatbestände einen weniger kontrollintensiven Vertretbarkeitsmaßstab zu verankern und dadurch ein Impuls an die Gerichte zur Rücknahme der Kontrolldichte.

²²⁹ BVerfG, Beschl. v. 5.2.1963 – 2 BvR 21/60 –, BVerfGE 15, 275 ff.; Beschl. v. 8.7.1982 – 2 BvR 1187/80 –, BVerfGE 61, 82 (111); Urt. v. 20.2.2001 – 2 BvR 1444/00 –, BVerfGE 103, 142 (156 ff.); Beschl. v. 31.5.2011 – 1 BvR 857/07 –, BVerfGE 129, 1 (20 ff.).

²³⁰ Vgl. etwa in BVerfG, Beschl. v. 8.7.1982 – 2 BvR 1187/80 –, BVerfGE 61, 82 (111): „unbeschadet normativ eröffneter Gestaltungs-, Ermessens- und Beurteilungsspielräume“.

²³¹ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 16.12.1992 – 1 BvR 167/87 –, BVerfGE 88, 40 (61).

²³² BVerfG (1. Kammer des Ersten Senats), Beschl. v. 8.12.2011 – 1 BvR 1932/08 –, NVwZ 2012, 694 ff.; ablehnend zu dieser weitreichenden Kontrollrücknahme zuletzt Gärditz (Fn. 124), S. D62 ff. m.w.N. in Fn. 362.

²³³ BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13 und 1 BvR 595/14 –, NuR 2019, 33.

²³⁴ Insbesondere fordert EuGH, Urt. v. 7.11.2018 – Rs. C-293/17 und C-294/17 (Coöperatie Mobilisation for the Environment UA) –, NuR 2018, 852 in Rn. 104, 118 und 120 im Zusammenhang des Art. 6 Abs. 3 der FFH-Richtlinie nunmehr, dass „kein vernünftiger Zweifel daran besteht, dass keiner der Pläne oder Projekte schädliche Auswirkungen auf das betreffende Gebiet als solches hat, *was das nationale Gericht zu prüfen hat.*“ (Hervorhebung durch den Verf.).

²³⁵ So auch die Mitteilung der Kommission (Fn. 93), S. 40 Rn. 123 f.: „Die Ansätze reichen von einer Fokussierung auf verfahrensrechtliche Fragen bis hin zu einer umfassenden Überprüfung der angefochtenen Entscheidungen, Handlungen oder Unterlassungen, wobei die Richter die Möglichkeit haben, die Ergebnisse der Verwaltung durch ihre eigenen Bewertungsergebnisse zu ersetzen.

Die Intensität der Prüfung bzw. der Überprüfungsmaßstab ist weder im Aarhus-Übereinkommen noch im Sekundärrecht der Union im Einzelnen geregelt. Die Rechtsprechung des EuGH gibt jedoch in gewisser Hinsicht Aufschluss über die Mindestkriterien, die erfüllt sein müssen, damit die gerichtliche Überprüfung als wirksam angesehen werden kann.“

4. Zulässigkeit legislativer Vorgaben zur Kontrolldichte

Die Anordnung einer derartigen Rücknahme der Kontrolldichte ist in erster Linie Aufgabe des Gesetzgebers, der den Gerichten ja auch das materielle Prüfprogramm selbst vorschreibt. Tatsächlich beruht die gesamte korrespondierende Rechtsprechung zu Beurteilungsspielräumen im Grundsatz auf der sog. normativen Ermächtigungslehre, nach welcher behördliche Entscheidungs- und Beurteilungsspielräume nur dann bestehen, wenn und soweit die Verwaltung hierzu durch Gesetz ermächtigt wird.²³⁶ Entsprechende Ermächtigungen finden sich im Umweltrecht jedoch nur vereinzelt und werden durch die Rechtsprechung vielfach mehr oder weniger in einzelne fachrechtliche Bestimmungen hineininterpretiert.

Ein im Anwendungsbereich des Unionsrechts angesiedeltes anerkanntes Beispiel liefert die Bestimmung in § 7 UVPG zu der Frage, ob Vorhaben im Einzelfall einer UVP-Pflicht unterliegen. Ergibt die Vorprüfung „nach Einschätzung der zuständigen Behörde“ dass wegen möglicher erheblich nachteiliger Auswirkungen des Vorhabens eine (vollständige) UVP durchzuführen ist, erfolgt letztere unter Berücksichtigung der in Anlage 2 aufgeführten Kriterien. Die Formulierung „nach Einschätzung der zuständigen Behörde“ in § 7 Abs. 1 S. 3 und Abs. 2 S. 6 UVPG räumt dieser also einen gerichtlich nur begrenzt überprüfbaren Beurteilungsspielraum ein.²³⁷

5. Überlegungen zur Ausgestaltung und Formulierung

Einen vielbeachteten allgemeineren Regelungsvorschlag enthielt der Entwurf der Unabhängigen Sachverständigenkommission zum Umweltgesetzbuch beim Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (UGB-KoME) aus dem Jahr 1998, der in seinem Fünften Abschnitt die Besonderheiten des Umweltrechts für den Rechtsschutz behandelte und dabei einerseits – gleichsam im Vorgriff auf die spätere europäische Judikatur – für die Erweiterung der Klagebefugnis Betroffener plädierte, aber andererseits zugleich im Einklang mit den zitierten Forderungen im Schrifttum²³⁸ behutsam den inhaltlichen Umfang gerichtlicher Kontrolle reduzieren wollte.

Dementsprechend wollte der unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung wichtige § 43 UGB-KoME die Überprüfung von Prognose- und Bewertungsentscheidungen der Verwaltung, die technischen oder naturwissenschaftlichen Sachverstand voraussetzen, auf die Frage beschränken, ob das für die Prognose und Bewertung vorgeschriebene Verfahren eingehalten

²³⁶ Näher *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 7 Rn. 34; *Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/Dürig* (Fn. 228), Art. 19 Abs. 4 (2014) Rn. 185 ff.; allgemeiner auch *Pache* (Fn. 226), S. 69 ff.

²³⁷ OVG Hamburg, Beschl. v. 24.02.2010 – 5 Bs 24/10 –, DVBl. 2010, 665.

²³⁸ Vgl. die Nachweise oben in Fn. 226.

wurde und die behördliche Prognose oder Bewertung nachvollziehbar ist.²³⁹ Der Vorschlag trug dem Umstand Rechnung, dass solche Bewertungen die Gerichte regelmäßig überfordern, während die Verwaltung sich der technischen und wissenschaftlichen Entwicklung anpassen kann.²⁴⁰ Zuletzt wurde wiederum durch den vormaligen Präsidenten des BVerwG *Hien* an diese Regelung erinnert und ihre Umsetzung gefordert.²⁴¹ An den Wortlaut dieser wohlformulierten Bestimmung könnte sich der Gesetzgeber anlehnen, um etwa in einem neuen Absatz 6 des bestehenden § 17e FStrG für bestimmte Verkehrsvorhaben eine entsprechende Rücknahme der Kontrolldichte anzuordnen.

Bonn, den 7. Oktober 2019

Prof. Dr. Dr. Wolfgang Durner LL.M.

²³⁹ *BMU* (Hrsg.), Umweltgesetzbuch (UGB-KomE). Entwurf der Unabhängigen Sachverständigenkommission zum Umweltgesetzbuch beim Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, 1998, S. 124 f. mit dem Nachsatz: „... insbesondere ob die Sachverhaltsermittlung und -feststellung zutreffend und vollständig ist, ob die einschlägigen technischen und wissenschaftlichen Erkenntnisse in Betracht gezogen worden sind und die Bewertungsmaßstäbe der Sache angemessen sind.“. Diese Details könnten und sollten jedoch wohl eher in der Begründung einer entsprechenden Norm ausgeführt werden.

²⁴⁰ *BMU* (Fn. 239), S. 532 und 534 f.

²⁴¹ *Hien* (Fn. 226), S. 1033 f.