

Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Einfluss des Unionsrechts? - Umfang des Verwaltungsrechtsschutzes auf dem Prüfstand

*Referat auf dem
71. Deutschen Juristentag in Essen*

Inhaltsübersicht

- I. Grundsätze
 - 1. Vom Sinn des subjektiven Rechtsschutzmodells
 - 2. Ergänzung um die umweltrechtliche Verbandsklage
- II. Zugang zu Gericht
 - 1. Klagebefugnis; Umfang
 - 2. Prozessuale Ausgestaltung
 - 3. Materielles Recht - Kontrolldichte
- III. Verwaltungsverfahren und Prozessstoff
 - 1. Das Schicksal der sog. materiellen Präklusion
 - 2. Zur Stellung der Verbände im Verwaltungsverfahren
 - 3. Schärfere innerprozessuale Präklusion
 - 4. Planergänzungen im Prozess
- IV. Beweismittel
 - 1. Das Problem
 - 2. Vorschlag: Errichtung einer staatlichen Gutachtenstelle

Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur „Rolle“ der nationalen Verwaltungsgerichte bei der Durchsetzung des europäischen Umweltrechts stellt die deutsche - aber nicht nur die deutsche - Verwaltungsgerichtsbarkeit vor erhebliche Herausforderungen. Es fragt sich, ob sich diese Herausforderungen auf das Umweltrecht beschränken und mit ein paar Korrekturen im Umweltrechtsbehelfsgesetz bewältigen lassen, oder ob sie darüber hinausgreifen und den gesamten Verwaltungsprozess betreffen. Für dramatisch Veranlagte stellt sich die Systemfrage, und zwar gleich doppelt: Zum einen geht es um das subjektive Rechtsschutzsystem, zum anderen um den Untersuchungsgrundsatz und das uns gewohnte hohe Maß an gericht-

licher Kontrolldichte. Beides scheint zusammenzuhängen; es erinnert an das Bild kommunizierender Röhren: Ein Übergang zu einem objektiven Kontrollsystem erhöht den Arbeitsaufwand und zieht in Zweifel, ob das anspruchsvolle Prüfprogramm auf Dauer aufrechterhalten werden kann.

In Deutschland besteht die lobenswerte Neigung, die Rechtsordnung als gedankliche Einheit zu begreifen, Neues und Ungewohntes also möglichst rasch ins System zu integrieren. Mitunter paart sich dies aber mit der weiteren Neigung, sogleich das System selbst zu verschieben oder gar zu verabschieden, wenn die Integration des Neuen nicht bruchlos gelingen will. Das wäre vorschnell. Wird die Systemfrage tatsächlich gestellt, dann bietet das zunächst einmal willkommenen Anlass zur Selbstvergewisserung. Dabei kann sich das Vorhandene durchaus bestätigt sehen. Vor allem aber sollten wir unsere Vorstellung vom Rechtssystem mehr als bislang dynamisch fassen: als System in Bewegung, als veränderbar, insofern als durchaus flexibel. Wohin die Reise geht, steht alles andere als fest; es hängt davon ab, ob und mit welchen Argumenten auf die weitere Entwicklung Einfluss genommen wird. Das gilt nicht nur fürs nationale Recht, sondern gleichermaßen für das europäische Unionsrecht; auch dieses steht nicht ein für allemal fest, sondern ist in gewissem Maße für Gestaltungen und Fortgestaltungen offen. Zuschauen und Abwarten ist - zumindest - unklug.

Solches Argumentieren bezieht einen Standpunkt. Meinen Standpunkt will ich sogleich offenlegen: Ich bejahe unser subjektives Rechtsschutzsystem und halte es für bewahrenswert. Das will ich in einem ersten Abschnitt darlegen. Ich halte es auch für bewahrensfähig; die Herausforderungen durch das europäische Umweltrecht erfordern zwar gewisse Ergänzungen und empfehlen bei dieser Gelegenheit auch weitere Korrekturen, doch handelt es sich um begrenzte Operationen, die im Rahmen des subjektiven Rechtsschutzsystems möglich sind. Dem gilt der zweite Abschnitt. Für den Fortfall der materiellen Präklusion gilt Besonderes. Er betrifft nicht so sehr die Systemfrage; er potenziert vielmehr praktische Schwierigkeiten, die schon bislang bestanden, auch wenn damit durchaus ebenfalls grundsätzliche Fragen aufgeworfen werden. Hier bedarf es in meinen Augen einer einschneidenderen Operation, auch wenn diese vom Unionsrecht zwar vielleicht jetzt veranlasst, aber nicht vorgezeichnet ist, wie im dritten und im vierten Abschnitt gezeigt werden soll.

Alle meine Überlegungen betreffen ausschließlich das Verfahrensrecht: in erster Linie das gerichtliche Verfahren, gelegentlich auch das Verwaltungsverfahren. Das materielle Recht wird als solches nicht erörtert. Allerdings schließt das Verfahrensrecht an wichtigen Schaltpunkten an das materielle Recht an. Namentlich wird über die Weite des Zugangs zu Gericht in einem System des subjektiven Rechtsschutzes im materiellen Recht - bei der Definition subjektiver Rechte - entschieden. Das muss bei sämtlichen Überlegungen stets bewusst bleiben.

I. Grundsätze

Mitunter wird gesagt, die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zwingt Deutschland dazu, das subjektive Rechtsschutzmodell durch ein objektives Kontrollmodell zu ersetzen. Ich vermag einen solchen Zwang nicht zu erkennen. Richtig ist, dass der Gerichtshof im Umweltrecht die Implementation der Verbandsklage vorantreibt, welche eine gerichtliche Verwaltungskontrolle auslöst, die sich nicht an subjektiven Rechten orientiert und hierauf auch nicht beschränkt ist.¹ Mehr ist nicht verlangt; ein Systemwechsel ist davon meilenweit entfernt.

1. Vom Sinn des subjektiven Rechtsschutzmodells

Immerhin wird die Frage nach Sinn und Unsinn des subjektiven Rechtsschutzmodells gestellt. Darin liegt eine Herausforderung zur Selbstvergewisserung, der man sich nicht entziehen sollte. Diese Besinnung rückt wenigstens drei Erkenntnisse wieder ins Bewusstsein, die allesamt nachdrücklich für die Beibehaltung des subjektiven Rechtsschutzsystems streiten:

Zunächst die normative Erkenntnis: Das subjektive Rechtsschutzmodell konzentriert den Rechtsschutz auf die Durchsetzung der Grundrechte. Er ist durch Art. 19 Abs. 4 GG verfassungsrechtlich vorgeschrieben und steht damit nicht zur Disposition, jedenfalls nicht zur Disposition des „einfachen“ Gesetzgebers; es gibt Stimmen, denen zu-

¹ EuGH, Urteile vom 08.03.2011, Slowakischer Braunbär - C-240/09 - Slg. I-1255 = NVwZ 2011, S. 673, und vom 12.05.2011, Lünen-Trianel - C-115/09 - Slg. I-3673 = DVBl 2011, 757 = NVwZ 2011, 801.

folge Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG sogar durch Verfassungsänderung nicht zu beseitigen sei.

Bei der Entscheidung für das subjektive Rechtsschutzmodell handelt es sich - zweitens - um eine Systementscheidung, die praktisch das gesamte verwaltungsgerechtliche Rechtsschutzsystem durchdringt und prägt. Insofern hat es systembildende Kraft: Es erlaubt, prozessuale Rechtsinstitute zu erklären und zu begründen, die ansonsten „in der Luft hängen“. Das gilt namentlich für die Verpflichtungsklage, die ohne klagbaren subjektiv-rechtlichen Anspruch nicht denkbar wäre; es gilt ferner für den einstweiligen Rechtsschutz, der das subjektive Recht des Eingriffsbetroffenen einstweilen schützt; es gilt auch für das Institut der Beiladung, die Drittbetroffene in den Prozess hineinzieht und damit ebenfalls der Bindungswirkung des Urteils unterwirft; und vieles andere mehr.

Schließlich prägt das subjektive Rechtsschutzsystem die gerichtliche Kontrolltätigkeit, schärft sie an und führt sie auf ein hohes Niveau. Es konzentriert die gerichtliche Verwaltungskontrolle auf die kontradiktorische Gegenüberstellung von Staat und Bürger, also von Gemeininteresse und Partikularinteresse, von Staatsgewalt und individueller Freiheit, und bezieht aus dieser durchgängigen Konfrontation seine materiell-rechtliche Prüfungsdichte, seine Prüfungsschärfe und auch sein Entwicklungspotenzial. Gerade dieser Dauerstreit bewirkt einen argumentativen Wettbewerb, der zur Fortentwicklung der Rechtsprechung drängt und ihr damit Flexibilität und Modernität sichert. Die Orientierung an den subjektiven Bürgerrechten bewirkt zugleich die grundrechtliche Durchdringung des gesamten Öffentlichen Rechts, was unter dem Stichwort der Konstitutionalisierung je nach Standpunkt gefeiert oder kritisiert wird.

Häufig wird eingewandt, das deutsche System beschreibe in Europa einen Sonderweg, den nur noch Österreich teile; sonst herrsche überall das objektive Kontrollsystem nach französischem Vorbild vor. Der Einwand vermag nicht zu verfangen. Er stimmt schon in der Sache nicht. Die Europäische Union selbst kennt mit Art. 47 GRC ein dem Art. 19 Abs. 4 GG vergleichbares prozessuales Grundrecht, das an den materiell-rechtlichen Grundrechtsschutz anschließt. Auch unter den Mitgliedstaaten der Union findet das subjektive Rechtsschutzmodell zunehmend Sympathien. Sogar das französische Prozessrecht - ursprünglich geradezu der objektivrechtliche Ge-

genentwurf und Hauptberufungsfall in der Debatte - entfernt sich in kleinen Schritten von der „reinen“ objektiven Konzeption; es versubjektiviert sich: mit der Verpflichtungsklage, im einstweiligen Rechtsschutz.² Weil zugleich das deutsche materielle Recht zunehmend offener für die Anerkennung subjektiver Rechtspositionen ist, lautet die aktuelle Diagnose, dass das deutsche und das französische Verwaltungsrecht konvergieren.

2. Ergänzung um die umweltrechtliche Verbandsklage

a) Wenn der Europäische Gerichtshof gegenüber Deutschland eine nicht auf subjektive Klägerrechte beschränkte gerichtliche Verwaltungskontrolle im Umweltrecht anmahnt,³ dann geht es damit von vornherein nicht darum, das subjektive Rechtschutzmodell zu ersetzen. Im Gegenteil wird das subjektive Rechtsschutzmodell vom Gerichtshof ausdrücklich akzeptiert.⁴ In Rede steht nur - aber immerhin -, das deutsche Prozessrecht um objektive Kontrollinstrumente zu ergänzen, und auch dies nur im Anwendungsbereich des Umweltrechts.

Die Einführung einer Popularklage oder der Umstieg auf eine Interessentenklage nach französischem Vorbild ist dabei nicht verlangt. Derartiges ergibt sich weder aus Europarecht⁵ noch aus der Aarhus-Konvention (AK).⁶ Diese Regelwerke bezwecken, den Mitgliedern der von einem umweltrelevanten Vorhaben *betroffenen* Öffentlichkeit den Zugang zu Gericht zu eröffnen. Dies geschieht vermittels des jeweiligen nationalen Prozessrechts und nach dessen näherer Maßgabe, für Frankreich also nach Maßgabe der dortigen Interessentenklage, für Deutschland nach Maßgabe der Verletztenklage. Das nationale Recht wird lediglich in zweifacher Hinsicht modifiziert:

2 Grundlegend Nikolaus Marsch, Subjektivierung der gerichtlichen Verwaltungskontrolle in Frankreich - Eilverfahren und Urteilsimplementation im objektiv-rechtlich geprägten Kontrollsystem, Diss. iur. Freiburg, 2010.

3 Insb. EuGH, Urt. vom 12.05.2011, Lünen-Trianel (Fn. 1).

4 EuGH, Urteile vom 12.05.2011, Lünen-Trianel (Fn. 1), Rn. 45, 55, vom 07.11.2013, Gemeinde Altrip - C-72/12 - DVBI 2014, 1597 = NVwZ 2014, 49 Rn. 50, vom 16.04.2015 - C-570/13, Karoline Gruber - DVBI 2015, 767 Rn. 38 ff. und vom 15.10.2015 - C-137/14, Kommission/Deutschland - DVBI 2015, 1514 = NVwZ 2015, 765 Rn. 28 ff.

5 Art. 11 der Richtlinie 2011/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.12.2011 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten (ABl. 2012 Nr. L 26, S. 1); vgl. auch Art. 25 der Richtlinie 2010/75/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.2010 über Industrieemissionen (integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung) (ABl. Nr. L 334, S. 17).

6 Art. 9 des Übereinkommens vom 25.06.1998 über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten (Aarhus-Übereinkommen); vgl. Zustimmungsgesetz vom 09.12.2006 (BGBl II S. 1251).

Zum einen wird den Mitglied- und Konventionsstaaten vorgeschrieben, Auslegungsspielräume, die ihr jeweiliges nationales Recht eröffnet, extensiv zu nutzen, um potenziellen Klägern einen möglichst weiten Zugang zu Gericht zu eröffnen (Art. 9 Abs. 2 UAbs. 2 Satz 1 AK).⁷ In Deutschland zielt dies insbesondere auf eine großzügige Handhabung der Schutznormtheorie, also auf das materielle Recht.⁸ Zum anderen wird für anerkannte Verbände die Klagebefugnis fingiert; das subjektive Rechtsschutzsystem wird also um die altruistische Verbandsklage ergänzt (Art. 9 Abs. 2 UAbs. 2 Satz 3 AK). Es mag gerätselt werden, welche „zusätzlichen“ Klagerechte die Mitgliedstaaten für „Mitglieder der Öffentlichkeit“ - nicht nur: der „betroffenen“ Öffentlichkeit - noch einführen sollen, namentlich ob und inwiefern dies über Verbandskläger hinausgehen soll (Art. 9 Abs. 3 AK). Der Gerichtshof hat auf diese Vorschrift bislang nur wiederum eine Verbandsklagemöglichkeit gestützt.⁹ Die Vertragsstaatenkonferenz zur Aarhus-Konvention lässt das genügen; sie fordert ausdrücklich keine Popularklage.¹⁰ Jeder verweist auf das nationale Recht.¹¹

b) Damit aber ist die Aufgabe gestellt, das nationale Recht in sich stimmig zu ergänzen. Eine Ergänzung des subjektiv zentrierten Systems um objektive Klagerechte ist eine Abweichung von der Regel, für die ein sachlicher Grund angegeben werden sollte. Nur das liefert den sachlichen Maßstab, um die Ergänzung richtig auszugestalten und zu umgrenzen. Außerdem lässt sich nur dann beurteilen, ob eine vergleichbare Ergänzung vielleicht auch in anderen Gebieten als dem Umweltrecht angebracht wäre, auch ohne dass Europarecht es gebietet.

In meinen Augen müssen drei Bedingungen für die Implementation einer objektiven gerichtlichen Verwaltungskontrolle erfüllt sein:

Die objektive Verwaltungskontrolle soll - erstens - das subjektive Rechtsschutzmodell dort ergänzen, wo dieses Kontrolldefizite aufweist. Sie ist deshalb dort angezeigt, wo

⁷ Hierzu insb. EuGH, Urt. vom 16.04.2015 - Karoline Gruber - (Fn. 4), Rn. 38 ff.

⁸ Dies betrifft etwa die Individualisierbarkeit des Gesundheitsschutzes oder auch die subjektiv-rechtliche Dimension der Gefahrenvorsorge im Immissionsschutzrecht; vgl. Rennert, DVBl 2015, S. 793 (795). Das Gebot, einer nationalen Bestimmung des objektiven Rechts zugleich subjektive Schutzwirkung zuzuerkennen, kann sich auch aus Unionsrecht ergeben; für Luftreinhaltepläne vgl. EuGH, Urt. vom 25.07.2008, Janecek - C-237/07 - Slg. I-6221 = NVwZ 2008, S. 984.

⁹ EuGH, Urt. vom 08.03.2011, Slowakischer Braunbär (Fn. 1).

¹⁰ 5. Vertragsstaatenkonferenz der Aarhus-Konvention; vgl. BR-Drs. 422/16, S. 27.

¹¹ Vgl. EuGH, Urt. vom 08.03.2011, Slowakischer Braunbär (Fn. 1), Rn. 45 und vom 13.01.2015, Vereinigung Milieudéfense - C-401/12 P u.a. - NuR 2015, S. 107 = ZUR 2015, S. 160 Rn. 55, 59 f., 68.

subjektive Klägerrechte nicht oder nicht ohne weiteres¹² hinreichen. Das ist im Umweltrecht namentlich im Natur- und Artenschutzrecht der Fall.

Zum zweiten findet Verwaltungskontrolle nicht nur durch die Gerichte statt; sie obliegt nach der Verfassungsordnung des Grundgesetzes ebenso den staatlichen Aufsichtsbehörden, den Rechnungshöfen und den Parlamenten, die jeweils durch die Presse unterstützt werden. Diese Institutionen sind nicht auf den Horizont von Individualrechten beschränkt; ihr Augenmerk richtet sich im Gegenteil gerade auf die Wahrung der objektiven Rechtsordnung. Die Gerichte müssen aber dort tätig werden (können), wo diese administrativen oder parlamentarischen Aufsichts- und Kontrollmechanismen nicht nur gelegentlich einmal versagen, sondern strukturell unzulänglich sind. Auch dies ist typischerweise im Umweltrecht der Fall, vor allem wenn der Staat Genehmigungsbehörde und Vorhabenträger zugleich oder doch selbst am Vorhaben besonders interessiert ist. Es kann aber durchaus auch in anderen Rechtsgebieten der Fall sein, etwa im privaten Verbraucherschutzrecht oder im öffentlichen Datenschutzrecht.

Schließlich drittens: Gerichte dürfen auch zu Zwecken der objektiven Verwaltungskontrolle nicht von Amts wegen tätig werden. Gerichte besitzen keine Initiative, sonst sind sie nicht länger unabhängig.¹³ Es bedarf deshalb auch hier eines Klägers. Dieser nimmt Gemeinwohlbelange wahr. Dazu muss er legitimiert sein.¹⁴ Das rechtfertigt es, die Befugnis zur Erhebung der objektiven Beanstandungsklage nur Personen oder Personenmehrheiten zuzuerkennen, die sich die Wahrnehmung spezifischer Gemeinwohlbelange zur Aufgabe gemacht haben, und dies von einer staatlichen Prüfung und Anerkennung abhängig zu machen. Es rechtfertigt auch, ihr Klagerecht auf diejenigen Vorschriften zu begrenzen, welche diese spezifischen Gemeinwohlbelange schützen sollen.

II. Zugang zu Gericht

1. Zur Klagebefugnis

¹² Besonderes gilt für Enteignungsbetroffene, welche auch die Prüfung an objektivem Recht verlangen können.

¹³ Rennert, JZ 2015, S. 529 (535).

¹⁴ Gärditz, NVwZ 2014, S. 1 (6); Gutachten D 46; Rennert, DVBI 2015, 793 (799 f.).

Im deutschen Prozessrecht sollte die Verletztenklage deshalb bereichsweise um die altruistische Verbandsklage ergänzt werden. Geschieht dies, dann werden ggf. bestehende unionsrechtswidrige Lücken geschlossen; die Verletztenklage muss dann nicht länger zum Zwecke der Lückenschließung „prokuratorisch“ umgedeutet werden.^{15 16}

Das Klagerecht sollte nur Verbänden eingeräumt werden, die sich die Wahrnehmung eines spezifischen Gemeinwohlbelanges in ihrer Satzung zur Aufgabe gemacht haben und hiermit staatlich anerkannt sind. Das Klagerecht des Verbandes sollte sich auf staatliche Maßnahmen erstrecken, die diesen Gemeinwohlbelang berühren, und sich auch nur auf die Kontrolle derjenigen Vorschriften beziehen, welche die Wahrung dieses Gemeinwohlbelanges bezwecken. Innerhalb dieses Rahmens sollte sie aber möglichst keinen weiteren Beschränkungen unterliegen. Der Verbandsklage sollten daher im Grundsatz alle staatlichen Maßnahmen unterliegen, die Entscheidungscharakter haben, gleichgültig welcher Rechtsform sie sind, ob Einzelakte, administrative Normen oder Pläne. Die gerichtliche Prüfung sollte sich auch nicht auf solche Vorschriften des materiellen Rechts beschränken, die irgendjemandem subjektive Rechte vermitteln.¹⁷

Anerkannten Umwelt- und Naturschutzverbänden sollte deshalb ein solches Klagerecht gegen jede staatliche Entscheidung eingeräumt werden, die dem Anwendungsbereich der UVP-Richtlinie 2011/92 oder der IVU-Richtlinie (bzw. IE-Richtlinie) unterfällt.¹⁸ Der Verband sollte dabei die Verletzung derjenigen Vorschriften des objektiven Rechts rügen dürfen, die dem Umweltschutz dienen. So ist das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz bislang auch konzipiert; die §§ 42 Abs. 2, 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO werden entsprechend modifiziert und zugleich auf den Bereich des Umweltrechts fokussiert.¹⁹ Den rügefähigen Normenbestand mag man weit fassen und hier-

15 BVerwG, Urt. vom 05.09.2013, Luftreinhalteplan Darmstadt - 7 C 21.12 - BVerwGE 147, 312; ebenso OVG Münster, Urt. vom 25.02.2015 - 8 A 959/10 - DVBl 2015, 993. Offenbar zurückhaltend bereits BVerwG, Urt. vom 12.11.2014 - 4 C 34.13 - BVerwGE 150, 294 Rn. 20 f.

16 Von der altruistischen Verbandsklage ist die prokuratorische Verbandsklage zu unterscheiden. Mit der altruistischen Klage macht der Verband Gemeinwohlbelange geltend, mit der prokuratorischen Klage hingegen subjektive Rechte Dritter, die diese selbst nicht oder nicht hinlänglich geltend machen können (z.B. Rechte Behinderter).

17 Vgl. EuGH, Urt. vom 12.05.2011, Lünen-Trianel (Fn. 1).

18 Vgl. Fußn. 3. - Zur (verneinten) Frage, ob (über den Bau von Flughäfen hinaus auch) die Festlegung von Flugverfahren nach Unionsrecht UVP-pflichtig ist, BVerwG, Urt. vom 19.12.2013 - 4 C 14.12 - NVwZ 2014, S. 1097 sowie vom 12.11.2014 - 4 C 34.13 - BVerwGE 150, 294 Rn. 11 ff.

19 § 2 Abs. 1 Nr. 1 und 2, Abs. 5 Satz 1 UmwRBG.

für nach weiten Formeln suchen. Die Fokussierung auf das Umweltrecht sollte aber nicht aufgegeben werden. Das unternimmt aber leider der vorliegende Entwurf für eine Neufassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes, wenngleich halbherzig.²⁰ Zur Begründung beruft er sich auf eine Stellungnahme des Compliance-Committee zur Aarhus-Konvention.²¹ Diese aber sind äußerst schwach legitimiert und begegnen auch sachlichen Einwänden von Gewicht; der Bundesgesetzgeber ist keinesfalls genötigt, ihnen unbesehen zu folgen. Natürlich bleibt das Risiko, dass sich der Europäische Gerichtshof für diese „Guidelines“ erwärmt; das allein ist aber kein Grund für vorausseilenden Gehorsam. Es fehlt jede sachliche Rechtfertigung dafür, auf Klage eines Umweltverbandes Normen des objektiven Rechts ohne jede umweltrechtliche Zielsetzung zu prüfen²² wie etwa Vorschriften der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung. Zu befürchten ist auch, dass sich Umweltverbände berufen fühlen, als Sachwalter fremder Interessen, etwa Eigentumsbetroffener, aufzutreten, obwohl diese selbst gar nicht gegen das Vorhaben vorgehen wollen.²³ Das wäre wiederum ein Schritt zu prokuratorischen Klagen, für die dem Kläger die Legitimation fehlt.²⁴

Sehr problematisch ist auch, ob die Verbandsklage nicht nur hinsichtlich des Prüfprogramms weiter gehen darf als die Verletztenklage, sondern auch hinsichtlich des möglichen Streitgegenstands. Der Regierungsentwurf für die anstehende Änderung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes sieht vor, einem anerkannten Umweltverband auch die Klage gegen Pläne und Programme zu eröffnen, die der Strategischen Umweltprüfung unterliegen. Gegen sie steht die Verletztenklage regelmäßig nicht offen, weil subjektive Rechte noch nicht konkret betroffen sind. Das wirft Probleme auf, wenn die Pläne und Programme frühere Stufen einer Planungskaskade markieren, denen Zulassungsentscheidungen konkreter Infrastrukturvorhaben auf späterer Stufe

20 Wenig überzeugend ist der Vorschlag, den objektiven Umweltbezug der für den Verband rügefähigen Vorschriften in § 2 Abs. 1 Nr. 1 UmwRBG und der auf Verbandsklage hin prüffähigen Vorschriften in § 2 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 UmwRBG zu streichen und jedwede objektive Rechtswidrigkeit genügen zu lassen, es gleichwohl aber bei dem Bezug auf den (quasi-subjektiven) Satzungszweck des klagenden Verbandes in § 2 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 5 Satz 1 UmwRBG zu belassen. Ob dies zur Wahrung des Umweltrechtsbezugs genügt, ist zweifelhaft, zumal ein Verband auch noch andere Gemeinwohlzwecke verfolgen darf. Vgl. BR-Drs. 422/16 S. 2 f., 32 f.

21 BR-Drs. 422/16 S. 32 f.; vgl. auch The Aarhus Convention - An Implementation Guide, 2. Auflage 2014.

22 BVerwG, Urt. vom 24.10.2013 - 7 C 36.11 - BVerwGE 148, 155 Rn. 22 ff.

23 Vgl. BVerwG, Urt. vom 03.03.2011 - 9 A 8.10 - BVerwGE 139, 150 Rn. 106 (für Enteignungsbetroffene).

24 Natürlich muss gelegentlich differenziert werden. So müssen Bebauungspläne zahlreiche Belange berücksichtigen, darunter solche umweltrechtlicher Art, aber auch solche ohne jede Umweltrelevanz. Das kann nicht pauschal glattgezogen werden.

nachfolgen, die ebenfalls anfechtbar sind, nunmehr vor allem²⁵ für Individualkläger. Freilich spricht durchaus manches dafür, wie das Verwaltungsverfahren, so auch die gerichtliche Kontrolle stufenweise zu organisieren. Das setzt aber voraus, dass eine wirkliche Abschichtung gelingt, mit bindender Wirkung für die jeweils späteren Stufen. Andernfalls drohen Mehrfachprüfungen und einander widersprechende gerichtliche Entscheidungen. Das Gesetz bemüht sich um eine gewisse Abschichtung, indem es den umweltrechtlichen Prüfstoff auf die verschiedenen Kaskadenstufen verteilt,²⁶ und dies für die Verbände mit einer Präklusion verbindet, die bei Plänen und Programmen aufrecht erhalten wird.²⁷ Das vermeidet Doppelprüfungen aber schon für Verbandsklagen nur unvollständig; den Individualkläger kann es von vornherein nicht berühren, der regelmäßig erst gegen die Zulassungsentscheidung klagen darf. Seine Klage veranlasst zur Inzidentprüfung auch der früheren Kaskadenstufen, was durchaus zu Überschneidungen mit dem Prüfprogramm der früheren Verbandsklage führen kann, zumal wenn eine Enteignung in Rede steht. Solange dieses Problem nicht befriedigend gelöst ist,²⁸ sollte die Verbandsklage mit der Individualklage parallelgeschaltet werden; auch die Verbandsklage sollte sich deshalb bei Planungskaskaden, welche auf zulassungsbedürftige Vorhaben zielen, erst gegen die Zulassungsentscheidung richten dürfen. Das wird zwar vom Konventions- und Europarecht nicht vorgesehen,²⁹ aber auch nicht verboten, solange die gerichtliche Prüfung hierdurch in der Sache nicht verkürzt wird. Und es hat auch praktische Gründe für sich, nicht zuletzt solche der Zeit und des möglicherweise nutzlosen Aufwands.

2. Prozessuale Ausgestaltung

25 Ob Verbände auch gegen die Zulassungsentscheidung klagen können, hängt derzeit davon ab, ob (auch) die Zulassungsentscheidung UVP-pflichtig ist.

26 § 14f Abs. 3 UVP-Gesetz.

27 § 7 Abs. 3 E-UmwRBG. Die Vorschrift ist freilich unionsrechtlich riskant; vgl. unten bei Fn. 46. - Es fehlt zudem eine Präklusion im zweiten Prozess (gegen eine Zulassungsentscheidung) mit Vortrag, der im ersten Prozess (gegen den Plan oder das Programm) möglich war; der Zugang zu Gericht als solcher würde damit nicht verkürzt.

28 Ob dem Urteil über eine Verbandsklage gegen eine Entscheidung auf früherer Kaskadenstufe auch im Falle der Klagabweisung mit Rechtskraft *inter omnes* ausgestattet werden dürfte, der Individualkläger auf der späteren Stufe also - auch im Enteignungsfall - an eine Entscheidung gebunden werden dürfte, die in einem Verfahren erlassen wurde, an der er sich nicht beteiligen konnte, ist verfassungsrechtlich sehr problematisch; Maßstab ist insofern Art. 19 Abs. 4 GG.

29 Darauf hatte der Referentenentwurf zum E-UmwRBG S. 27 hingewiesen. In BR-Drs. 422/16 S. 30 ist diese Passage nicht mehr enthalten.

In der Konsequenz der Ergänzungsfunktion liegt es, die Verbandsklage in Orientierung am Standard der Verletztenklage auszugestalten, also möglichst wenig Unterschiede zu machen.³⁰ Ein Sonderprozessrecht empfiehlt sich schon aus ganz praktischen Gründen nicht, weil oft dieselbe Verwaltungsentscheidung sowohl von Verbänden als auch von Individualklägern angefochten wird; diese Klagen werden zweckmäßigerweise zu einem Verfahren verbunden und sollten dann auch nicht intern auseinanderlaufen. Auch sonst aber sollte die Verbandsklage möglichst in das subjektive Rechtsschutzsystem eingepasst werden. Dies selbst dort, wo die prozessualen Rechtsinstitute eigentlich ein subjektives Recht voraussetzen; insofern handelt es sich um „Als-ob-Prozess-recht“, weil der Verbandsklage hier der Bezugspunkt fehlt.

So sollte der Verband nicht nur eine Beanstandungsklage (mit dem möglichen Ergebnis einer Rechtswidrigkeitsfeststellung), sondern eine echte Anfechtungsklage erheben können, obwohl ihm ein materiell-rechtlicher Aufhebungsanspruch nicht zur Seite steht.³¹ Ebenso sollte er mit der Verpflichtungsklage³² eine Planergänzung verlangen können, obwohl hier dasselbe Defizit besteht. Schließlich sollte auch § 80 Abs. 5 VwGO entsprechende Anwendung finden, obwohl keine einstweilige Verschonung von Rechtseingriffen in Rede steht - immerhin aber von Rechtsgütereingriffen; das mag genügen.³³ Ob die Parallelisierung freilich so weit gehen soll, dass auch ein Individualkläger die Prüfung von Vorschriften verlangen kann, die rein objektivrechtlicher Natur sind, ist Sache nationaler Entscheidung;³⁴ sie ist durch Unionsrecht nicht notwendig vorgezeichnet, soll der Individualkläger insoweit nicht selbst zum (legitimierten) Mitglied der Öffentlichkeit erhoben werden.³⁵

30 Anders Gärditz, Gutachten, D 48 f.

31 Für Klagen von Umweltverbänden gegen Pläne und Programme soll künftig das OVG als Eingangsinstanz zuständig sein, die Klage als Anfechtungs- oder Leistungsklage, in allen anderen Fällen generell nach § 47 VwGO behandelt werden, so § 7 Abs. 2 E-UmwRBG. Weshalb diese Vorschrift freilich auch für Individualkläger gelten soll, obwohl Individualkläger doch gar nicht gegen Pläne und Programme klagen können, wird nicht so recht klar; vgl. § 7 Abs. 6 E-UmwRBG sowie BR-Drs. 422/16, S. 40.

32 Sog. kupierte Anfechtungsklage. Von deren Statthaftigkeit geht auch § 1 Abs. 1 Satz 4 UmwRBG aus.

33 Bislang § 4a Abs. 3 UmwRBG; die Vorschrift soll freilich gestrichen werden. - Praktisch wird es häufig zu einer Abwägung zwischen den betroffenen öffentlichen Belangen und den subjektiven Rechten oder Interessen eines beigeladenen Vorhabenträgers kommen; vgl. BVerwG, Beschluss vom 16.09.2014, Kraftwerk Moorburg - 7 VR 1/14 - NVwZ 2015, S. 82.

34 Objektive Beanstandung - bei freilich erhöhten Anforderungen an die Klagebefugnis - bei § 47 VwGO; im Grundrechtsbereich (dank BVerfGE 6, 32 - Elfes) bei Grundrechtseingriffen, bei Art. 14 GG jedoch nur bei Enteignungen, nicht hingegen bei Inhaltsbestimmungen sowie beim Recht auf gerechte Abwägung.

Schließlich sind auch Differenzierungen beim Untersuchungsgrundsatz nicht angebracht.³⁶ Der Verband hat dasselbe Vortrags- und Beweisantragsrecht wie der Individualkläger; ihn trifft dieselbe Mitwirkungspflicht an der Aufklärung des Sachverhalts; er kann aber auch dieselbe Ermittlungstätigkeit des Gerichts verlangen, dem die Wahrung der objektiven Rechtsordnung auch außerhalb des Horizonts subjektiver Rechte obliegt. Natürlich gilt hier wie dort der Satz „iura novit curia“; im deutschen Prozessrecht sollte die gerichtliche Rechtsprüfung auch bei der Verbandsklage nicht auf solche rechtlichen Gesichtspunkte beschränkt werden, die der Verband selbst ausdrücklich benennt. Anders liegt es nur im Rechtsmittelzulassungsrecht, auch dies hier wie dort.

3. Materielles Recht. Kontrolldichte

Denkbar sind Differenzierungen im materiellen Recht, weil hinter dem objektiven Recht, welches der Verband geltend macht, keine subjektiven Grundrechte stehen. Abweichungen vom gesetzlichen Regelfall sind deshalb etwa nicht ohne weiteres an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden, und auch der Gleichheitssatz gilt nur in seinem rechtsstaatlichen Kern, als Willkürverbot. Insgesamt ist der Gesetzgeber - auch der Unionsgesetzgeber - ungleich freier in der Verfolgung objektiver Gemeinwohlziele.

Diese Fragen liegen jenseits unseres Gegenstandes. Allerdings beeinflusst das materielle Recht die gerichtliche Kontrolldichte und wirkt so ins Prozessrecht hinein. Freilich sollte auch insofern kein genereller Unterschied zur Verletztenklage begründet werden; diejenigen Vorschriften des Prozessrechts, welche als Schaltstellen ins materielle Recht wirken, sollten gleichermaßen für die Verletztenklage wie für die Verbandsklage gelten. Zu denken ist hier namentlich an § 114 Satz 1 VwGO für die Ermessenskontrolle, deren teleologische Fokussierung auf den Gesetzeszweck auch und gerade objektiv-rechtlich sinnvoll ist.

35 In diese Richtung geht die Anerkennung absoluter Verfahrensfehler auch für Individualkläger, § 4 Abs. 1 und 3 UmwRBG; hierzu etwa BVerwG, Urt. vom 22.10.2015 - 7 C 15.13 - NVwZ 2016, S. 308 Rn. 23 m.w.N. Zweifelhaft hingegen, die Modifikation von § 80 Abs. 5 VwGO durch § 4a Abs. 3 UmwRBG auf Individualkläger zu erstrecken (§ 4a Abs. 4 UmwRBG; vgl. Gärditz, Gutachten, D 50: „Fehlkonstruktion“); das soll mit Recht gestrichen werden: BR-Drs. 422/16.

36 Der Untersuchungsgrundsatz besitzt bei objektiven Kontrollverfahren sogar eine größere sachliche Berechtigung als bei subjektiven Rechtsschutzverfahren, bei denen der Satz „Ein jeder ist seines Glückes Schmied“ den Beibringungsgrundsatz viel näher legt; Rennert, JZ 2015, S. 793 (794); Gärditz, Gutachten D 49 f.

Aber auch bei gleichlautender Gesetzeslage kann sich aus dem materiellen Recht eine Differenzierung ergeben. Das gilt vor allem für administrative Beurteilungsspielräume. Bekanntlich ist das deutsche Verfassungsrecht hier sehr streng: Die Anerkennung von kontrollfreien Räumen der Verwaltung bedarf in formeller Hinsicht einer gesetzlichen Ermächtigung und in materieller Hinsicht ausreichender Gründe.³⁷ Beides aber geht auf Art. 19 Abs. 4 GG und den nötigen gerichtlichen Schutz subjektiver Grundrechte zurück.³⁸ Jenseits des Grundrechtsbereichs gilt das alles nicht.³⁹ Hinsichtlich solcher Vorschriften, die allein im objektiven Interesse bestehen, muss das Gesetz deshalb nicht dasselbe Maß an Detailliertheit aufweisen; Konkretisierungen können durchaus auch der Gesetzesanwendung überantwortet werden. Und das Gericht könnte der Verwaltung in größerem Umfang Prärogativen zuerkennen, wenn hierfür ein Grund besteht. Das betrifft Fragen der Tatsachenfeststellung ebenso wie solche ihrer rechtlichen Würdigung.⁴⁰ Natürlich geht das nicht beliebig; Rechtsstaatsgebot, Gewaltenteilung und Unionsrecht verlangen eine wirksame Verwaltungskontrolle durch unabhängige Gerichte in einem öffentlichen und geordneten Gerichtsverfahren. Gerade bei naturschutzfachlichen Fragen aber ist das Gericht nicht kraft seiner Unabhängigkeit klüger als die Verwaltung, was für einen Beurteilungsspielraum spricht.⁴¹ Jedenfalls wäre eine geringere gerichtliche Prüfungsdichte durchaus praktikabel; dadurch droht kein Auseinanderlaufen in demselben Prozess, weil Individualkläger an diese Vorschriften (voraussetzungsgemäß) nur in Sonderfällen hinreichen.

III. Verwaltungsverfahren und Prozessstoff

1. Das Schicksal der sog. materiellen Präklusion

37 BVerfGE 94, 307 (309 f.); 100, 221 (225 f.); Rennert, in: Eyermann, VwGO-Kommentar, 14. Aufl. 2014, § 114 VwGO Rn. 51 m.w.N.

38 Vgl. zuletzt BVerfGE 129, 1 (22 f.); Gärditz, Gutachten D 59 f.

39 Es ist deshalb systematisch verfehlt, dass § 4a Abs. 2 UmwRBG auch und gerade für die umweltrechtliche Verbandsklage auf eine gesetzliche Beurteilungsermächtigung abstellt; umgekehrt kann § 4a Abs. 4 UmwRBG die grundrechtlichen Anforderungen an eine solche Ermächtigung zulasten grundrechtsbetroffener Individualkläger nicht pauschal beiseite schieben. Es ist gut, dass die Vorschrift gestrichen werden soll.

40 Vgl. Gärditz, Gutachten D 62 ff.

41 Zum naturschutzfachlichen Beurteilungsspielraum: BVerfGE 117, 149 (155); 145, 40 (Rn. 22, 76, 83, 100, 145); Urt. vom 21.01.2016, Stromtrasse Uckermark - 4 A 5.14 - DVBl 2016, S. 785 Rn. 57 ff.

Bekanntlich hat der Europäische Gerichtshof am 15. Oktober 2015 geurteilt, dass die Bundesrepublik Deutschland durch das Rechtsinstitut der sog. materiellen Präklusion europäisches Unionsrecht verletzt habe. Ein Verbandskläger dürfe im Prozess nicht mit solchem Vorbringen ausgeschlossen werden, das er im vorangegangenen Verwaltungsverfahren nicht vorgebracht hatte, obwohl er es hätte vorbringen können; solches Vorbringen dürfe nur bei Missbrauch unberücksichtigt gelassen werden.⁴²

Es ist bedauerlich, dass der Gerichtshof sich nur höchst oberflächlich mit den Gründen auseinandersetzt,⁴³ welche die Präklusion mit Wirkung auch für den Prozess tragen. Der Gesetzgeber verfolgte mit ihr drei Ziele:

Zum einen sollten die Verfahrensbeteiligten veranlasst werden, ihre Einwände, Bedenken und Anregungen bereits der Verwaltungsbehörde vorzutragen. Damit sollte sichergestellt werden, dass diese die Entscheidung über die Genehmigung des Vorhabens in Kenntnis möglichst aller Umstände treffen kann. Das verbessert die Qualität der Verwaltungsentscheidung und erübrigt späteres „Nachfassen“.

Zum zweiten sollte die gebotene Reihenfolge zwischen Verwaltungsentscheidung und gerichtlicher Kontrolle gewahrt werden. Der Prozess sollte seinen Charakter als nachgängig-rückschauende Verwaltungskontrolle behalten. Das wahrt die Gewaltenteilung, sichert der Verwaltung die verantwortliche Gemeinwohlformulierung und beschränkt die Gerichte - die zu weiterem nicht legitimiert sind - auf die bloße Rechtmäßigkeitskontrolle.

Schließlich sollte die Faktenflut beherrschbar bleiben. Das dient der Wahrung der Funktionsfähigkeit der Rechtsprechung. Insofern wird dieser Präklusion mitunter das Motiv unterstellt, die Faktenmenge zu reduzieren. Darum geht es nicht. Es geht vielmehr darum, ein weiteres Anwachsen während des Prozesses zu verhindern, also den Prozessstoff zu fixieren. Ein Gericht muss den Sachverhalt klären und alsdann rechtlich beurteilen. Bei umfangreichem Prozessstoff ist dies eine nicht nur tage-, sondern oft monatefüllende Beschäftigung. Voraussetzung hierfür ist, dass der Pro-

42 EuGH, Urteil vom 15.10.2015, Kommission Deutschland (Fn. 4), Rn. 75 ff.; vgl. zuvor bereits Ur. vom 07.11.2013, Gemeinde Altrip (Fn. 4), Rn. 36. Ebenso jetzt BVerwG, Ur. vom 22.10.2015 - 7 C 15.13 - NVwZ 2016, S. 308 Rn. 26.

43 EuGH, Ur. vom 15.10.2015, Kommission/Deutschland (Fn. 4), Rn. 79 (Rechtssicherheit - Beeinträchtigung sei nicht erwiesen), 80 (Effizienz des Verwaltungsverfahrens - rechtfertigte Beschränkung der gerichtlichen Sachprüfung nicht).

zessstoff irgendwann fixiert wird, sich nicht mehr verändert, namentlich nicht weiter wächst. Andernfalls gerät der Prozess zur unendlichen Geschichte.

Diese Zwecke formulieren ihrerseits wichtige Gemeinwohlbelange. Sie haben in Deutschland - nach eingehender Diskussion - der verfassungsgerichtlichen Überprüfung standgehalten.⁴⁴ Sie formulieren auch kein exklusiv deutsches Problem, sondern gelten selbstverständlich gleichermaßen für die anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union, zumal wenn auch deren gerichtliche Verwaltungskontrolle in Umwelt- und Planungssachen - nicht zuletzt infolge gehobener europarechtlicher Standards - immer komplexer wird. Deutschland sollte deshalb auf eine Änderung des Sekundärrechts hinwirken, welches die Präklusion in Planungsverfahren mit Wirkung auch für den Prozess ausdrücklich zulässt.⁴⁵

Bis dahin aber ist diese Präklusion in umweltrechtlichen Verfahren im Anwendungsbereich der beiden einschlägigen Richtlinien unzulässig; die diesbezüglichen Vorschriften sind aufzuheben.^{46 47} Unbenommen bleibt lediglich eine Missbrauchspräklusion; davon soll denn auch Gebrauch gemacht werden.⁴⁸

2. Zur Stellung der Verbände im Verwaltungsverfahren

Allerdings sollte alles unternommen werden, die Ziele der materiellen Präklusion soweit möglich auf anderem Wege zu erreichen. Hierzu sollte vor allem erwogen wer-

44 Vgl. namentlich BVerfGE 61, 82; BVerwG, Urteile vom 14.07.2011 - 9 A 12.10 - BVerwGE 140, 149 und vom 29.09.2011 - 7 C 21.09 - NVwZ 2012, S. 176.

45 Ebenso Fellenberg, AnwBl 2016, 648 (652). - Dass dem die Aarhus-Konvention selbst entgegenstehen könnte, ist nicht erkennbar.

46 Nicht recht einleuchten will, weshalb die sog. materielle Präklusion in demselben Umfang auch für Individualkläger beseitigt werden soll (so § 7 Abs. 4 und 6 E-UmwRBG, BR-Drs. 422/16). Gerade auf individuelle Umstände muss die Planfeststellungsbehörde - und muss der Vorhabenträger - häufig eigens hingewiesen werden, wodurch sich solche Umstände von objektiven Umweltbelangen deutlich unterscheiden.

47 Außerhalb des Anwendungsbereichs der EU-Richtlinien kann die materielle Präklusion aufrechterhalten werden. Problematisch aber ist, die materielle Präklusion (auch) für Verbandskläger bei Klagen beizubehalten, die sich gegen Pläne und Programme richten (so § 7 Abs. 3 E-UmwRBG, vgl. dazu BR-Drs. 422/16 S. 37 f.); das ist europarechtlich riskant und systematisch inkonsequent.

48 Vgl. § 5 E-UmwRBG, BR-Drs. 422/16. - Es verdient Beifall, dass der Gesetzesentwurf keine eigene Fassung des Missbrauchstatbestandes versucht, sondern die Formulierung des EuGH wörtlich übernimmt. Das lässt der Praxis den nötigen Spielraum, auch die Befugnis, hierbei den nationalen Begriff des Missbrauchs - des Rechtsgebrauchs zu rechtsfremden Zwecken - zugrunde zu legen. Dabei könnte eine Rolle spielen, dass Verbänden das Klagerecht zur Wahrnehmung eines Gemeinwohlauftrags eingeräumt ist, der auf Rechtmäßigkeitskontrolle des Vorhabens zielt, aber weder auf Totalverweigerung noch zur Durchsetzung von Partikularinteressen (oder von kommunalen Interessen), hinter denen gerade keine subjektiven Rechte stehen.

den, ob nicht auf freiwilligem Wege erreicht werden kann, was sich nicht länger erzwingen lässt.

In diesem Sinne empfiehlt sich in erster Linie, die Stellung der Umweltverbände im Verwaltungsverfahren zu verbessern. Das gilt für die Vortragsfristen, die deutlich ausgedehnt und denen von Behörden angeglichen werden sollten, auch wenn ihr Ablauf einen Verband - anders als eine Behörde - für das Verwaltungsverfahren dann präkludieren mag. Es gilt auch für die Bekanntgabe des Plans und der Planunterlagen zum Zwecke der Anhörung. Die gezielte Bekanntgabe an die Verbände ist leider im Zuge verschiedener Beschleunigungsnovellen aufgegeben worden, was die ehrenamtlichen Mitglieder der Verbände dazu zwingt, die Veröffentlichungsblätter durchzuschauen und aufzupassen, dass ihnen nichts entgeht. Das ist eine unnötige Nickligkeit. Vor allem übersieht es, dass die Verbände in ihrem jeweiligen Sachgebiet anerkannte Repräsentanten des Gemeinwohls sind, und vergibt die Chance, sie sogleich in das Verfahren einzubeziehen und ihre Verantwortung zu unterstreichen. Man darf durchaus davon ausgehen, dass sie dann auch bereits im Verwaltungsverfahren und nicht erst vor Gericht vortragen, was sie vorzutragen haben.

3. Schärfere innerprozessuale Präklusion

Die Freundlichkeit im Verwaltungsverfahren sollte freilich mit einer größeren Strenge im Prozess verbunden werden. Nur so lässt sich das zuletzt genannte Anliegen einigermaßen erreichen: den Prozessstoff zu fixieren und sein weiteres Anwachsen während des Prozesses zu verhindern.

a) Nach derzeitigem allgemeinem Prozessrecht besteht keine gesetzliche Pflicht oder Frist zur Klagebegründung (§ 82 VwGO). Das Gericht kann eine Frist zum Vortrag setzen. In den Fachplanungsgesetzen und ergänzend im Umwelt-Rechtsbehelfs-gesetz gilt eine gesetzliche Klagebegründungsfrist von sechs Wochen nach Klageerhebung.⁴⁹ Das Gericht darf Erklärungen und Beweismittel, die erst nach Ablauf der jeweiligen Frist vorgebracht werden, zurückweisen und ohne weitere Ermittlung entscheiden, wenn ihre Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits verzögern

⁴⁹ § 4a Abs. 1 UmwRBG, vgl. § 6 E-UmwRBG. - Aus dem Fachplanungsrecht vgl. § 17e FStrG, § 14e Abs. 5 WaStrG, § 18e Abs. 5 AEG, § 43e Abs. 3 EnWG, § 10 Abs. 5 LuftVG, § 29 Abs. 7 PBefG. Vorbild war § 5 Abs. 3 VerkPBG.

würde, der Beteiligte die Verspätung nicht genügend entschuldigt und er zuvor überall dies belehrt worden war (§ 87b VwGO).

Diese Vorschriften sind weitgehend wirkungslos; von ihnen wird in der Praxis allenfalls Gebrauch gemacht, um zu verhindern, dass der Kläger erst kurz vor oder im Termin zur mündlichen Verhandlung mit völlig neuem Vorbringen aufwartet. Bisher brauchten sie die Funktion, den Prozessstoff in den fachplanungsrechtlichen Verfahren zu fixieren, auch nicht allein zu erfüllen; die Hauptlast trug insofern die materielle Präklusion. Deren Fortfall rückt aber die innerprozessuale Präklusion wieder ins Blickfeld und nötigt dazu, dieses Instrument überhaupt erst wirksam zu machen. Dazu bedarf es dreier Änderungen:⁵⁰

Zum einen sollte die Präklusion an die gesetzliche Klagebegründungsfrist und nicht an eine richterliche Frist anknüpfen. Aus Gründen der Fristenklarheit sollte die Frist nicht erst mit der Klageerhebung,⁵¹ sondern - analog zum Rechtsmittelrecht - gleichzeitig mit der Klagefrist zu laufen beginnen. Sie sollte auskömmlich lang sein, wohl wenigstens vier Monate betragen (und damit drei Monate länger sein als die Klagefrist); sie sollte zudem verlängert werden können.⁵²

Zum zweiten sollte die Präklusion kraft Gesetzes und als zwingende Rechtsfolge der unverschuldeten Fristüberschreitung eintreten, also nicht von einer richterlichen Ermessensentscheidung abhängen. Damit gewinnt die Klagebegründungsfrist eine deutliche Warnfunktion, was erst wirksam zur Fixierung des Streitstoffes beitragen kann. Hinzu kommt, dass Streitigkeiten über die Ausübung des richterlichen Präklusionsermessens ausgeschlossen werden. Unbenommen bleibt die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei unverschuldeter Fristversäumung.

50 Die Vorschrift könnte etwa lauten: „Die Klage ist innerhalb von vier Monaten nach dem Zeitpunkt zu begründen, zu dem nach § 74 der Verwaltungsgerichtsordnung die Klagefrist zu laufen beginnt. Die Begründung muss die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Klage stützt. Die Klagebegründungsfrist kann auf einen vor ihrem Ablauf gestellten Antrag von dem Vorsitzenden verlängert werden. Tatsachen und Beweismittel, die erst nach Ablauf der Frist vorgebracht werden, sind vom Gericht nicht zu berücksichtigen; § 60 der Verwaltungsgerichtsordnung bleibt unberührt.“

51 So aber die aktuelle sechswöchige Klagefrist; vgl. BVerwG, Urteil vom 30.09.1993 - 7 A 14.93 - juris Rn. 47.

52 Hierfür bestünde namentlich Anlass, wenn der Prozessbevollmächtigte erstmals für den Prozess mandatiert wurde und erst verspätet Akteneinsicht erhält.

Drittens schließlich sollte die Präklusionswirkung nicht davon abhängen, dass andernfalls die Erledigung des Rechtsstreits verzögert würde. Dieses Merkmal fand Eingang in das Gesetz, weil dessen Zweck die Verfahrensbeschleunigung war. Hier geht es aber nicht um die Beschleunigung des Prozesses, oder nicht in erster Linie und allenfalls mittelbar; es geht um die Fixierung und damit um die Beherrschbarkeit des Prozessstoffes. Diese Fixierung ist aber nur wirksam, wenn sie möglichst zu Beginn des Prozesses geschieht.

Einem möglichen Missverständnis muss freilich sogleich entgegengetreten werden. Die Zurückweisung verspäteten Sachvortrags soll nicht den Grundsatz der Amtsermittlung relativieren. Zwar entfällt insoweit die Amtsermittlungspflicht des Gerichts, nicht aber seine Befugnis, den Sachverhalt von Amts wegen weiter aufzuklären. Das Gericht darf damit zwar Umstände, auf die erst verspätetes Vorbringen aufmerksam macht, unberücksichtigt lassen; es darf ihnen aber auch von Amts wegen nachgehen. Dieses richterliche Ermittlungsermessen ist frei und nur gebunden, wenn andernfalls ein gravierender Verstoß gegen eine gesetzliche Vorschrift ohne Konsequenzen bliebe.⁵³ Auf die Folgen für die Prozessdauer kommt es aber nicht an.⁵⁴

b) Diese Verschärfung der innerprozessualen Präklusion betrifft nicht das allgemeine Prozessrecht, sondern allein die umwelt- und fachplanungsrechtlichen Verfahren. Dort aber ist sie dringend wünschenswert. Ich halte sie auch für verfassungsrechtlich zulässig. Insofern ist zu unterscheiden zwischen der Pflicht zur Klagebegründung und der Pflicht zum Vortrag binnen Frist. Wird die Pflicht zur Klagebegründung verletzt, so wird die Klage als unzulässig abgewiesen; in Rede steht also das Recht auf Zugang zu Gericht. Wird die Pflicht zum Vortrag binnen Frist missachtet, so wird verspäteter Vortrag ausgeschlossen; in Rede steht dann das Recht auf gerichtliches Gehör. Das Recht auf Zugang zu Gericht (Art. 19 Abs. 4 GG) steht ohnehin nur Individualklägern zu; zu seiner Wahrung genügt, dass der Zugang nicht unzumutbar erschwert wird,⁵⁵ was bei einer Klagebegründungsfrist von vier Monaten kaum ange-

53 Ausgeschlossen werden wohl einerseits verdeckte Individualbelange, andererseits aber vor allem wiederholende, vertiefende, ggf. auch korrigierende Privatgutachten zu den Entscheidungsgrundlagen.

54 Unerheblich dürfte auch sein, ob die Ermittlungen nur geringen Aufwand erfordern; damit kann die gesetzliche Präklusion nicht beiseite geschoben werden. Insofern liegt es anders als bei § 87b Abs. 3 VwGO; vgl. Geiger in: Eyermann, VwGO-Kommentar, 14. Aufl. 2014, § 87b Rn. 13.

55 Zu diesem Maßstab vgl. BVerfGE 69, 381 (385 f.); 77, 275 (285); 134, 106 (117) Rn. 34 m.w.N.

nommen werden könnte.⁵⁶ Das Recht auf Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) steht auch Verbänden zu. Es wird natürlich eingeschränkt, wenn tatsächlicher Vortrag unberücksichtigt bleibt. Das ist aber zulässig, wenn hinlänglich gewichtige Sachgründe vorliegen.⁵⁷ Bei den bisherigen Präklusionsvorschriften, auch bei § 87b VwGO, ging es um den Sachgrund, einer Prozessverzögerung entgegenzuwirken; das hat das Bundesverfassungsgericht gebilligt,⁵⁸ freilich einen strengen Maßstab angelegt.⁵⁹ Im Fachplanungsprozess geht es jedoch nicht um Verzögerung; die Präklusion soll deshalb auch nicht länger von einer Verzögerung abhängig sein. Es geht um den ganz anderen Sachgrund, den Streitstoff zu fixieren und so beherrschbar zu halten. Es geht damit um die Funktionsfähigkeit des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens überhaupt. Insofern wird einer der Zwecke aufgegriffen, der schon die sog. materielle Präklusion getragen hatte. Naturgemäß liegt zu einer derart begründeten innerprozessualen Präklusion noch keine Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vor. Die ebenso motivierte materielle Präklusion hat das Bundesverfassungsgericht aber gebilligt.⁶⁰ Tatsächlich wiegt der Zweck, die Funktionsfähigkeit der gerichtlichen Verwaltungskontrolle überhaupt zu schützen, ungleich schwerer als der andere Zweck, die gerichtlichen Verfahren zu beschleunigen. Deshalb bestehen aus Art. 103 Abs. 1 GG auch gegen eine innerprozessuale Präklusion, die von der Verzögerungsfrage abgekoppelt wird, keine durchgreifenden Bedenken. Voraussetzung ist und bleibt natürlich, dass genügende Gelegenheit zum Sachvortrag besteht, dass also in der Rechtsbehelfsbelehrung auch über diesen Punkt belehrt wurde und dass insbesondere die Vortragsfrist auskömmlich ist.⁶¹ Das sollte bei vier Monaten - drei Monaten nach Ablauf der Klagefrist - auch in komplexen Verfahren anzunehmen sein. Die längere Frist ist für die Gesamtdauer des gerichtlichen Verfahrens noch hinnehmbar, selbst wenn die dann nötigen Erwiderungs- und Replikfristen sowie die zur Verfahrensbearbeitung benötigte Zeit des Gerichts selbst in Rechnung gestellt werden.

56 Vgl. BVerfGE 60, 253; 61, 83; Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Stand September 2015, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 235.

57 BVerfGE 101, 106 (132).

58 Grundlegend BVerfGE 54, 117 (123 ff.) zu § 296 ZPO; sowie BVerfGE 55, 72 (88); 69, 145 (150); vgl. Franke, NJW 1986, S. 3049 ff.; Ortloff/Riese, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO-Kommentar, Stand Oktober 2015, § 87b VwGO Rn. 11 m.w.N.

59 BVerfGE 69, 145 (150); kritisch Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Stand September 2015, Art. 103 Abs. 1 GG Rn. 129. Tatsächlich eröffnet die Betonung des „strengen Ausnahmeharakters“ die verfassungsgerichtliche Überprüfung auch des richterlichen Handhabungsermessens im Einzelfall; kritisch zu den vertretenen Differenzierungen etwa Kley, in: Berkemann u.a. (Hrsg.), Fs. für Schlichter, 1995, S. 637 (651).

60 BVerfGE 61, 82.

61 Vgl. Lenz, NVwZ 2013, S. 2551 (2555 f.).

Auch unionsrechtliche Bedenken bestehen nicht. Der Europäische Gerichtshof hat die materielle Präklusion wohl vor allem deshalb verworfen, weil dadurch eine gerichtliche Verwaltungskontrolle nach dem Maßstab von Europarecht möglicherweise vollständig unterblieb. Hiervon unterscheidet sich eine innerprozessuale Präklusion grundlegend:⁶² Der Zugang zu Gericht als solcher steht offen; der Klagevortrag wird lediglich an bestimmte Fristen gebunden. Das hat der Gerichtshof bislang stets gebilligt, solange die Fristen auskömmlich sind, den Zugang zu Gericht also nicht unangemessen erschweren.^{63 64}

c) Freilich darf nicht verschwiegen werden, dass die Ziele der sog. materiellen wie der vorgeschlagenen innerprozessualen Präklusion schon ohnehin beeinträchtigt werden, vor allem durch die Planfeststellungsbehörden selbst, die durch ihre Klageerwiderungen nicht selten zusätzliche Kriegsschauplätze erst im Prozess eröffnen und so die stoffbegrenzende und -konzentrierende Funktion der Präklusion unterlaufen. Hinzu kommt das Problem des Vortrags neuer, erst nach der Behördenentscheidung entstandener Tatsachen. Zwar ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auf die Sachlage im Zeitpunkt der Behördenentscheidung abzustellen, so dass nachträglich zugewanderte Vogelarten die Entscheidung nicht rechtswidrig machen können. Die Sympathien des Europäischen Gerichtshofs für derartige Belange der Rechtssicherheit sind aber offenbar begrenzt, wie sein Urteil zur Waldschlösschenbrücke zeigt; hiernach bildet nicht die Behördenentscheidung die zeitliche Zäsur, sondern der Baubeginn (wenngleich nur für den Fall der zwischenzeitlichen Änderung der Gebietsart).⁶⁵ Sollte die gerichtliche Rechtsprüfung ih-

62 Dem Urteil des EuGH vom 15.10.2015 - C-137/14 - NJW 2015, S. 3495 lassen sich Aussagen zu einer prozessualen Präklusion nicht entnehmen; das wird auch in den zahlreichen Stellungnahmen nicht angenommen. Vgl. Beier, UPR 2016, S. 48; Berkemann, DVBI 2016, S. 205; Bunge, NuR 2016, S. 11; Fellenberg, NVwZ 2015, S. 1721; Kment/Lorenz, EurUP 2016, S. 47; Klinger, ZUR 2015, S. 41; Ludwigs, NJW 2015, S. 3484; Mayer, NuR 2016, S. 106; Siegel, NVwZ 2016, S. 337; Sinner, UPR 2016, S. 7; Wendt, jurisPR-UmwR 11/2015 Anm. 2; Zeissler/Schmitz, UPR 2016, S. 1.

63 Etwa EuGH, Urteil in der Rs. Santex vom 27.02.2003 - C-327/00 - Slg. 2003, I-1877; vgl. Guckelberger/Geber, EurUO 2014, S. 167 (174 ff.). Im Übrigen enthält das Unionsrecht selbst prozessuale Präklusionsvorschriften; vgl. Art. 127 Abs. 1 und 2 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs i.d.F. vom 25.09.2012 (ABl. L 265, S. 1) sowie Art. 84 der Verfahrensordnung des Gerichts vom 04.03.2015 (ABl. L 105, S. 1).

64 Allerdings hat der EuGH im Urteil Peterbroek vom 14.12.1995 - C-312/93 - Slg. 1995, I-4599 eine belgische Regelung beanstandet, die dazu führte, dass das Gericht eine bestimmte Vorschrift des Unionsrechts mangels rechtzeitiger Rüge ungeprüft gelassen hatte; prozessuale Präklusionen dürfen die rechtliche Würdigung nicht beschränken, jedenfalls nicht in Ansehung von Unionsrecht. Das steht in Deutschland indes nicht zu befürchten; das deutsche Prozessrecht kennt - außer bei der Rechtsmittelzulassung - keine Pflicht der Beteiligten zu Rechtsrügen, sondern folgt dem Grundsatz „iura novit curia“. Vgl. Guckelberger/Gerber, EurUP 2014, S. 167 (173).

65 EuGH, Urt. vom 14.01.2016, Grüne Liga Sachsen - C-399/14 - DVBI 2016, S. 566 m.Anm. Stürer/Stürer.

ren Gegenstand aber nicht fixieren dürfen, so würde dies jede Präklusion weiter relativieren.

Gegen beide Schwierigkeiten ist das Gericht machtlos. Auch die vorgeschlagene innerprozessuale Präklusion erfasst solchen Klägervortrag nicht, der nachgewachsene Umstände betrifft oder auf neuen Vortrag der Gegenseite repliziert. Klar muss freilich sein, dass der Kläger durch eine stoffausweitende Klageerwiderung von der präkludierenden Wirkung der Klagebegründungsfrist nicht gänzlich befreit wird; zusätzlicher Vortrag ist nur zur Replik zulässig, also nur im Rahmen des neuen Stoffs, den die Klageerwiderung gebracht hat. Insofern aber greift die Klagebegründungsfrist nicht. Das Gericht kann dem Kläger insofern zwar nach § 87b VwGO eine weitere Vortragsfrist mit Ausschlussdrohung setzen; doch würde ich es hier bei dieser Verzögerungspräklusion belassen, auch wenn das, wie gezeigt, ein recht stumpfes Schwert ist. Wenn die Behörde ihrerseits mit Neuem kommt, dann ist der Zweck der strengen Präklusion, den Streitstoff zu fixieren, insofern ohnehin kaum noch erreichbar.

Das Problem der Konzentration des Prozessstoffs sollte aber jedenfalls auf eine Instanz beschränkt bleiben, sollte sich nicht in einer zweiten Tatsacheninstanz wiederholen oder fortsetzen. Deshalb sollten Gerichtsverfahren, die UVP-pflichtige Vorhaben betreffen, auf eine Tatsacheninstanz beschränkt werden.⁶⁶ Das sollten im Zweifel die Oberverwaltungsgerichte sein; die Eingangszuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts sollte deutlich reduziert werden.

4. Planergänzungen im Prozess

Ein großes Problem der umwelt- und planungsrechtlichen Gerichtsverfahren ist die Neigung mancher Planungsbehörde, den angefochtenen Planfeststellungsbeschluss oder seine Entscheidungsgrundlagen noch während des Prozesses - durchaus in letzter Minute, während des laufenden Termins zur mündlichen Verhandlung - nachzubessern. Dabei wird nicht selten gepokert: Man ahnt bereits die Schwachstelle des Plans - eine Wunde, in die der Kläger vielleicht den Finger gelegt hat; man ist zur Fehlerkorrektur auch durchaus bereit und bereitet das Nötige schon vor; man wartet

⁶⁶ So jetzt - entsprechend der Erweiterung des Anwendungsbereichs des Gesetzes über die Fachplanungsgesetze hinaus - § 7 Abs. 2 E-UmwRBG.

aber die Äußerung des Gerichts im Termin ab - vielleicht findet das Gericht den Punkt ja doch unverfänglich, und der Korrektur bedarf es dann gar nicht. Wiegt der Vorsitzende aber bedenklich den Kopf, dann zieht man das Nötige aus der Tasche, um den Plan soweit möglich zu retten.

An sich hat diese Konstellation weder mit der Verbandsklage noch mit dem Präklusionsproblem zu tun; die Schwierigkeit stellte sich schon zuvor und hat sich in letzter Zeit allenfalls praktisch verstärkt. Sie steht aber mit dem Präklusionsproblem insofern im Zusammenhang, als die Rollenverschiebung für das Gericht zusätzlich akzentuiert wird: Das Gericht wird hierdurch noch stärker aus seiner angestammten Rolle als nachgängiger Verwaltungskontrolleur heraus- und in die andere Rolle eines verfahrensbegleitenden Moderators gedrängt. Wenn erst die rechtlichen Ausführungen des Vorsitzenden in der mündlichen Verhandlung die beklagte Behörde zur Nachbesserung veranlassen, dann erscheint das Gericht in den Augen des Klägers als parteiisch: Es erscheint als Behördenberater, in einem wörtlichen Sinne gar als Verwaltungshelfer, der der beklagten Behörde hilft, die verdiente Prozessniederlage zu vermeiden.

Man könnte deshalb erwägen, auch solche Korrekturen während des Prozesses an eine Frist zu binden, die vor der Ladung zur mündlichen Verhandlung abläuft. Ich mache diesen Vorschlag gleichwohl nicht. Dafür ist ausschlaggebend, dass die Behörde auch während des Prozesses Herrin ihrer Entschlüsse bleibt, auch Herrin ihrer Planfeststellungsbeschlüsse. Sie trägt hierfür die rechtliche und politische Verantwortung, die sie im Sinne des Gemeinwohls wahrzunehmen hat; daran sollte sie nicht durch Prozessrecht gehindert werden. Die Korrektur geschieht nach materiellem Recht; das Prozessrecht kann darauf nur reagieren.

Es reagiert (bislang) auch im Großen und Ganzen einwandfrei. Korrigierbare Verfahrensfehler können während der Tatsacheninstanz korrigiert, der Prozess hierfür ausgesetzt werden.⁶⁷ Fehler, die zu Planänderungen führen, durch welche sich erstmals oder stärker als bisher Betroffenheiten für den Aufgabenbereich von Behörden, einer Vereinigung oder Belange Dritter ergeben, werden praktisch nicht während des Prozesses behoben; das Gericht stellt die Fehlerhaftigkeit der Behördenentscheidung

67 § 4 Abs. 1b bis 3 UmwRBG.

fest und veranlasst eine Fehlerheilung im ergänzenden Verfahren.⁶⁸ Ebenso liegt es, wenn die Planung im wesentlichen unverändert bleibt und lediglich die erforderlichen Unterlagen geändert oder ergänzt werden, sofern sich hieraus veränderte erhebliche Umwelteinwirkungen ergeben. Anderes gilt nur bei kleineren Änderungen und Ergänzungen unterhalb dieser Schwellen.⁶⁹ Diese mögen nicht zu einem neuen Termin nötigen. Wenn aber ein Plan auf diesem Wege Bestand haben kann, liegt es im öffentlichen Interesse, die kleine Änderung zuzulassen und den Plan zu erhalten.

Es bleibt freilich der ungute Eindruck. Ihm kann aber durchaus entgegengewirkt werden, nicht nur durch die Art und Weise, wie der Vorsitzende die Gerichtsverhandlung führt, sondern auch etwa im Kostenrecht. Es kommt öfter vor, dass die Klage auf mehrere Einwände gestützt ist und dass die Behörde während des Prozesses einigen, aber nicht allen diesen Einwänden Rechnung trägt. Dann steht der Kläger vor der Frage, ob er den Prozess wegen der verbleibenden Einwände fortführen soll. Das bisherige Kostenrecht ist geeignet, ihn insofern zu entmutigen: Hält er die Klage aufrecht, so gilt im Kostenpunkt wieder Alles oder Nichts, nunmehr freilich beschränkt auf die noch strittigen Punkte; das teilweise Nachgeben der Behörde bleibt dann ohne Kostenfolge. Das sollte - beschränkt auf Klagen im Anwendungsbereich der Fachplanungsgesetze und des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes - geändert werden. Ich plädiere für eine neue Vorschrift (§ 155a VwGO), die es dem Gericht nach seinem Ermessen erlaubt, der Behörde (sowie dem beigeladenen Vorhabenträger) einen Teil der Gerichtskosten aufzuerlegen, wenn die Behörde zuvor den Einwänden des Klägers teilweise Rechnung getragen hat, ohne dass dies zur teilweisen Erledigung des Rechtsstreits geführt hat.

IV. Beweismittel

1. Das Problem

Ein großer Teil der Faktenflut, die ein Verwaltungsgericht in einem umweltrechtlichen Prozess bewältigen muss, betrifft tatsächliche Fragen, zu deren Beantwortung jeder Jurist - auch der Richter - sich eines Sachverständigen bedienen muss. Die Idealvor-

68 § 75 Abs. 1a Satz 2 VwVfG; vgl. § 4 Abs. 1b, § 7 Abs. 5 (neu) UmwRG sowie BVerwGE 141, 282 Rn. 34 ff.; 149, 31 Rn. 27 f.

69 Vgl. § 73 Abs. 8 VwVfG sowie BVerwGE 75, 214, Erdinger Moos.

stellung des Prozessgesetzgebers rechnet insofern mit dem einen gerichtlich bestellten Sachverständigen, der dem Gericht die zur Urteilsfindung nötige Sachkunde vermittelt.⁷⁰ Das umwelt- und planungsrechtliche Verfahren entfernt sich von dieser Idealvorstellung denkbar weit. Der Prozess ist in erster Linie eine Auseinandersetzung unter Gutachtern. Das liegt auch daran, dass das verfügbare Wissen begrenzt ist und dass nötige Prognosen einen hohen Spekulationsanteil aufweisen.⁷¹ Das Gericht kann dem nicht ausweichen. Sein Urteil besteht nicht selten zu großen Teilen aus einer tatsächlichen Würdigung all dieser Gutachten. Das Urteil wird zumeist schlüssig und plausibel sein; ob es das Richtige trifft, ist freilich nicht garantiert. Die tatsächlichen Feststellungen des Gerichts werden damit zu tatsächlichen Annahmen, zu einer Konstruktion der Wirklichkeit; es bleibt ein Rest an Ungewissheit. Das lässt sich nicht vermeiden. Es lässt sich auch nicht leugnen oder bemängeln; vielmehr gilt es, die Realität zur Kenntnis zu nehmen.

Das drohende Minus an Faktengewissheit lässt sich nur durch ein Plus an normativer Legitimität aufwiegen. Wenn das Gericht sein Urteil schon auf eine Konstruktion der Wirklichkeit stützen muss, dann muss diese Konstruktion wenigstens in einem einwandfreien Verfahren und in Anwendung sachangemessener Methoden zustande gekommen sein. Beides zielt auf die Legitimität der Sachverständigengutachten; beides betrifft aber nicht nur das gerichtliche Verfahren, sondern schon zuvor das Verwaltungsverfahren und auch schon die Konzeption des Vorhabens beim Vorhabenträger.

Überlegungen zur Hebung der Legitimität der Sachverständigengutachten sollten vor allem bei zwei Punkten im Verfahrensablauf ansetzen:

Zum einen hängt ein Vorhaben entscheidend von der Tragfähigkeit derjenigen Gutachten ab, die schon der Vorhabenträger zur Stützung seines Zulassungsantrags bei der Genehmigungsbehörde eingereicht hat. Nicht selten steht ein zentrales Gutachten inmitten, das von einem Planungsbüro erstellt oder eingeholt worden ist. Sowohl die Planfeststellungsbehörde als auch später das Gericht messen diesen Sachverständigengutachten tendenziell erhöhte Validität bei. In fachlicher Hinsicht ist das auch regelmäßig angebracht: Bei diesen Gutachtern handelt es sich nicht nur oft um die ersten Fachleute der Republik; sie haben das Vorhaben auch nicht lediglich

70 BVerfGE 88, 40 (59); BVerwGE 71, 38 (41 f.).

71 Gärditz, Gutachten D 66 ff.

nachträglich-distanziert beurteilt, sondern schon dessen Konzeption mitgeprägt, und sie begleiten das Vorhaben zudem während des gesamten Verfahrens und gestalten es nicht selten fort. Bei aller fachlichen Qualität aber handelt es sich rechtlich doch um Privatgutachten, und so besteht schon hier ein legitimatorisches Problem, und zwar - angesichts der Bedeutung dieser Gutachten im weiteren Verfahren - um ein Gravierendes.⁷²

Dies setzt sich - zum anderen - darin fort, dass Klagen gegen die Zulassungsentcheidung regelmäßig auf Gegengutachten gestützt werden, welche die der Behördenentscheidung zugrundeliegenden tatsächlichen Annahmen in Zweifel zu ziehen suchen. Ob dies gelingt oder nicht, hängt zu großen Teilen von der Seriosität dieser Gegengutachten ab. Deshalb müssen alle Gutachten - sowohl die Gutachten des Vorhabenträgers und der Zulassungsbehörde als auch die Gegengutachten - auf ihre methodische Validität hin beurteilt werden, ganz unabhängig von ihrem sachlich-fachlichen Inhalt. Ein Gerichtsurteil, welches sich auf methodisch zweifelhafte Gutachten stützen müsste, besäße nur mangelhafte Legitimität.

2. Vorschlag: Errichtung einer staatlichen Gutachtenstelle

a) Es gibt verschiedene Vorschläge zur Problemlösung.

Einige setzen bei den Behörden⁷³ und Gerichten⁷⁴ an, welche die Angaben der Sachverständigen beurteilen und sich ggf. zu eigen machen müssen. Richtig ist, dass die Behörden und Gerichte hierzu über ein gewisses Maß an eigener Sach- und Fachkunde verfügen sollten. Die Hebung des Sachverständigenstandes in den Behörden oder Gerichten genügt aber nicht. Sie könnte die Einholung externen Sachverständigen nicht ersetzen. Das liegt vor allem an der behördlichen und gerichtlichen Zuständigkeitsverteilung, die sich auf einen Beamten oder drei bis fünf Richter konzentriert, was es

⁷² Die Rspr. überbrückt das Problem bislang durch den Kunstgriff, von der fachlichen Qualität auf die legitimatorische Dignität zu schließen, indem das vom Vorhabenträger beigebrachte Gutachten einem behördlichen Gutachten gleichgestellt wird: Die Behörde sei dadurch „fachkundig beraten“; vgl. etwa BVerwG, Urteile vom 06.11.2012 - 9 A 17.11 - juris Rn. 101 ff., insoweit in BVerwGE 145, 40 nicht abgedruckt, und vom 21.11.2013 - 7 C 40.11 - Buchholz 406.25 § 6 BImSchG Nr. 6 = juris Rn. 14.

⁷³ So etwa Fellenberg, AnwBl 2016, S. 648 (651).

⁷⁴ Der gelegentliche Vorschlag, die Richterbank um fachkundige Richter zu erweitern, lässt sich bei der Vielfalt des in einem Verfahren nötigen Sachverständigenstandes kaum realisieren; der zusätzliche Vorschlag, solche Richter ad hoc nach fachlichem Bedarf zuzuziehen, ist mit dem Gebot des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) kaum zu vereinbaren. Vgl. etwa Brosius-Gersdorf, VVDStRL 74 (2015), S. 169 (199 f.).

praktisch ausschließt, das erforderliche Fachwissen in der nötigen Breite und Aktualität auf Dauer vorzuhalten. Bei Beamten kommt die Einbindung in die Behördenhierarchie hinzu.⁷⁵

Andere fordern Maßnahmen zur Stärkung der Fachkunde und der Objektivität und Unabhängigkeit der Gutachter. Auch dies ist wünschenswert, zumal es am entscheidenden Punkt - der Hebung der normativen Legitimität - ansetzt; ein Gutachter sollte nicht nur öffentlich bestellt⁷⁶ oder für sein Fachgebiet allgemein anerkannt sein,⁷⁷ sondern darüber hinaus gerade als Gutachter ein öffentliches Amt versehen oder allgemein beauftragt und dadurch rechtlich und ethisch - durch Amtsethos und Eid - auf Gesetz und Gemeinwohl verpflichtet sein. Aber auch dies genügt noch nicht. Die persönliche Legitimität sollte noch institutionell unterfangen und gesichert werden.

Deshalb sollte eine staatliche Gutachtenstelle eingerichtet werden, die institutionell unabhängig ist und die entweder sachlich unabhängige Gutachter selbst beschäftigt oder solche doch „an der Hand“ hat, welche sie nach feststehenden Regeln aus sucht, akkreditiert und laufend überprüft. Aufgabe dieser Gutachtenstelle sollte sein, verlangte Gutachten entweder selbst zu erstatten oder Gutachter fallweise auszusuchen und zu beauftragen; ihre Aufgabe sollte aber außerdem sein, vorgelegte Drittgutachten auf ihre methodische Validität hin zu überprüfen und in diesem Sinne zu attestieren. Als Vorbild mag die Netherlands Commission for Environmental Assessment (NCEA) dienen; dem nordrhein-westfälischen Landesamt für Natur, Umwelt und Verbraucherschutz (LANUV)⁷⁸ liegen immerhin Überlegungen in derselben Richtung zugrunde.⁷⁹

Der Vorhabenträger sollte verpflichtet werden, die nach dem UVP-Gesetz erforderlichen Nachweise über die staatliche Gutachtenstelle beizubringen. Dadurch würde zwar die fachliche Güte der Gutachten nicht erhöht; wahrscheinlich blieben die Gutachter - schon heute regelmäßig die besten ihres Fachs - auch dann dieselben. Es

75 Sowie die bedauerliche Praxis der Personalpolitik, verdiente Beamte wegzuversetzen, so dass angesammeltes Erfahrungswissen immer wieder verlorengeht.

76 § 36 GewO. - Das sichert allerdings eine gesteigerte Verlässlichkeit; BVerfGE 86, 28 (37); BVerwGE 45, 235 (238).

77 Vgl. etwa § 29a Abs. 1 BImSchG, § 18 Satz 1 BBodSchG, § 51 Abs. 1 Satz 2 BNatSchG.

78 Vgl. § 2 Abs. 2 LANUV-Errichtungsgesetz vom 12.12.2006 (GV NRW, S. 622).

79 Nur hingewiesen sei auch auf die Zentrale Gutachtenstelle der Zentralstelle für das ausländische Bildungswesen (ZAB), die auf behördliches Ersuchen Gutachten zur Vergleichbarkeit ausländischer Qualifikationen mit deutschen Bildungsabschlüssen im Einzelfall erstattet.

würde aber ihre Legitimität erhöht; sie wären nicht länger Privatgutachter, die vom Vorhabenträger ausgewählt und diesem dann auch irgendwie verpflichtet sind, sondern würden im öffentlichen Auftrag tätig, obendrein im Auftrag einer unabhängigen Stelle, die weder „im Lager“ des Vorhabenträgers noch in dem der Zulassungsbehörde steht. Vor allem würde diese Legitimität schon zum frühest möglichen Zeitpunkt im Verfahren vermittelt, zu einem Zeitpunkt, zu dem noch keine Behörde und vollends noch kein Gericht tätig werden kann. Auch die Planfeststellungsbehörde könnte durch eine Soll-Vorschrift⁸⁰ auf die Gutachtenstelle verwiesen werden. Zumindest sollten Vorhabenträger und Behörde verpflichtet werden, anderweitig eingeholte Gutachten von der staatlichen Gutachtenstelle auf ihre methodische Validität hin attestieren zu lassen. All dies betrifft Verfahrensabschnitte vor Prozessbeginn. Wird die Gutachtenstelle eingerichtet, so könnte dann auch das Gericht davon profitieren. So könnte auch Prozessrecht vorschreiben, dass nur derart attestierte Gutachten im Prozess präsentiert werden dürfen.

Die von der Gutachtenstelle erstatteten oder attestierten Gutachten haben natürlich für die Genehmigungsbehörde und für das Gericht keine bindende Wirkung; die Pflicht zur eigenen Überzeugungsbildung und damit die Verantwortung für die getroffene behördliche oder gerichtliche Entscheidung bleibt unberührt. Die institutionelle Unabhängigkeit der Gutachtenstelle und ihre gesetzliche Grundlage verschaffen ihnen gleichwohl eine erhöhte Validität, die sich nur schwer wird erschüttern lassen. Das wird seinen Eindruck nicht verfehlen; damit wäre viel gewonnen.

b) Dem Vorhabenträger vorzuschreiben, eine solche Gutachtenstelle einzuschalten, ist verfassungsrechtlich unbedenklich, selbst wenn er nicht selbst öffentlicher Verwaltungsträger, sondern ein Privatunternehmen ist. Dabei soll nicht übersehen werden, dass besonders in einem sehr frühen Verfahrensstadium eine solche Begutachtung auch starke Elemente einer Projektberatung enthält. Das berührt die unternehmerische Freiheit; nicht zuletzt deswegen sieht § 5 UVP-Gesetz vor, dass der Vorhabenträger vor Antragstellung das Scoping-Verfahren nur durchführen kann, aber nicht muss. Die herausragende Bedeutung der ersten Begutachtungen erfordert aber ihre entsprechend herausragende Validität. Das rechtfertigt es, die Projektautonomie des Vorhabenträgers stärker als bislang öffentlichen Bindungen zu unterwerfen. Bei In-

⁸⁰ Der Behörde sollte die Wahl vergleichbar valider anderer Quellen nicht verwehrt werden, wenn dafür Gründe vorliegen.

Infrastrukturvorhaben steht der Gemeinwohlbezug ohnehin schon im Vordergrund; und emittierende oder raumverbrauchende Anlagen müssen sich im Interesse der natürlichen Lebensgrundlagen Einschränkungen gefallen lassen, auch solche prozeduraler Art, die über das Bisherige hinausgehen.

Die gewünschte Gutachtenstelle sollte eine Stelle des Bundes sein. Nur dann verfügt sie hinlänglich sicher über Autorität, Distanz und fachliche Qualität, zumal vorzügliche Fachkunde nicht in jeder Branche zahlreich vorhanden ist. Die nötige Gesetzgebungskompetenz des Bundes ergibt sich als Annex zur jeweiligen Sachmaterie für die jeweiligen Infrastruktureinrichtungen oder für das Wirtschafts- oder das Immissionsschutz- und Naturschutzrecht⁸¹ - verbleibende Lücken wie etwa im Wasser- und im Abfallrecht können die Länder freiwillig schließen. Der Bund kann daher - mit Zustimmung des Bundesrates - die Errichtung der Gutachtenstelle als Einrichtung des Bundes vorsehen (Art. 87 Abs. 3 GG); auch die Abweichungskompetenz der Länder sollte sich überwinden lassen, weil ein besonderes Bedürfnis für eine bundeseinheitliche Regelung vorliegt (Art. 84 Abs. 1 Satz 2 und 5 GG).⁸²

Den Anforderungen des Unionsrechts kommt der Vorschlag entgegen. Die Kommission hatte versucht, bei der letzten Novelle der UVP-Richtlinie zur Sicherung der Qualität der Umweltverträglichkeitsstudien deren Prüfung durch akkreditierte Sachverständige durchzusetzen.⁸³ Das war am Widerstand einiger Mitgliedstaaten, auch Deutschlands, gescheitert. Die Änderungs-Richtlinie⁸⁴ verlangt nunmehr, dass der Vorhabenträger sicherstellt, dass seine Darlegung der Umweltauswirkungen von „kompetenten Fachleuten“ erstellt wird, und dass die Behörde sicherstellt, dass sie über Personal mit ausreichenden Fachkenntnissen verfügt oder erforderlichenfalls Fachkenntnisse einholt, um die Umweltauswirkungen zu prüfen. Die vorgeschlagene Gutachtenstelle wird dem zweifellos gerecht; sie würde auch dem ursprünglichen Ansinnen der Kommission gerecht.

Thesen

81 Vgl. jüngst BVerwGE 150, 129 Rn. 12.

82 Vgl. beispielhaft § 24a UVP-Gesetz.

83 Sangenstedt, ZUR 2014, S. 526 (533).

84 Art. 5 Abs. 3 der UVP-Richtlinie i.d.F. der Richtlinie 2014/52/EU. Die Änderungsrichtlinie muss bis zum 16.05.2017 umgesetzt werden.

I. Grundsätze

1. *Der Verwaltungsprozess dient zuvörderst dem Schutz materieller subjektiv-öffentlicher Rechte. Das ist durch nationales Verfassungsrecht geboten und hat zu einem dichten und niveaureichen Grundrechtsschutz geführt. Die Ausrichtung am materiellen subjektiven Klägerrecht trägt im Sinne eines durchgebildeten Rechtsschutzsystems die wichtigsten prozessualen Rechtsinstitute (wie die Verpflichtungsklage, die Beiladung oder den einstweiligen Rechtsschutz).*
2. *Das subjektive Rechtsschutzmodell hat viele Vorzüge, die auch in der Europäischen Union und in anderen Mitgliedstaaten Anerkennung finden. Deutschland sollte es rechtsvergleichend und rechtspolitisch (im Rahmen der europäischen Rechtsetzung ebenso wie in der Prozessvertretung vor dem Europäischen Gerichtshof) offensiv vertreten.*
3. *Die Verletztenklage als Kern des Verwaltungsprozesses sollte nicht aufgegeben werden. In Rede steht - nur, aber immerhin - die Ergänzung um objektive Kontrollverfahren, wo die Verletztenklage strukturelle Kontrolldefizite aufweist. Auch hierfür bedarf es eines Klägers. Dieser muss Gemeinwohlbelange wahrnehmen, was zu prüfen ist. Die Popularklage scheidet daher aus; bereichsspezifisch zuzulassen ist aber die altruistische Verbandsklage. „Prokuratorischen“ Klagen bedarf es dann nicht mehr.*

II. Zugang zu Gericht

4. *Anerkannten Umwelt- und Naturschutzverbänden sollte ein Klagerecht gegen jede staatliche Entscheidung eingeräumt werden, die dem Anwendungsbereich der UVP-Richtlinie oder der IVU-Richtlinie (IE-Richtlinie) unterfällt. Der Verband sollte damit die Verletzung derjenigen Vorschriften des objektiven Rechts rügen dürfen, zu deren Schutz er nach seiner Satzung gegründet und anerkannt wurde. Vergleichbare Klagerechte können anerkannten Verbänden oder Ombudsmännern auf anderen Rechtsgebieten (etwa dem Datenschutzrecht) eingeräumt werden, wenn das subjektive Rechtsschutzsystem vergleichbare strukturelle Kontrolldefizite aufweist oder Unionsrecht es gebietet.*
5. *Wenn der in seinen subjektiven Rechten Betroffene vorgelagerte Stufen einer Planungskaskade (z.B. Raumordnungspläne) nicht als solche anfechten, sondern lediglich deren inzidente Überprüfung im Rahmen der Klage gegen die Zulassungsentscheidung auf der letzten Planungsstufe verlangen kann, so sollte auch für anerkannte Verbände nichts anderes gelten, wenn sich anders divergierende Gerichtsentscheidungen nicht sicher vermeiden lassen.*
6. *Das Klagerecht der anerkannten Verbände und Ombudsmänner sollte in Analogie zur Verletztenklage ausgestaltet werden: Es sollten dieselben Klage-, Klagebegründungs- und Rechtsmittelfristen gelten; es sollten dieselben Verfahrensgrundsätze (namentlich ebenfalls der Untersuchungsgrundsatz) gelten; der Verband sollte ebenfalls die Verpflichtung der Behörde (etwa zu einer Pla-*

nergänzung) verlangen können; schließlich sollte auch § 80 Abs. 5 VwGO entsprechende Anwendung finden.

7. *Das Maß der gerichtlichen Kontrolldichte ist Frage des materiellen Rechts. Außerhalb des Grundrechtsbereichs bestehen geringere Anforderungen an die Zulässigkeit administrativer Beurteilungsspielräume. Eine wirksame gerichtliche Verwaltungskontrolle muss aber gewahrt bleiben.*

III. *Verwaltungsverfahren und Prozessstoff*

8. *Vorschriften über eine materielle Präklusion im Anwendungsbereich der UVP-Richtlinie und der IVU-Richtlinie (IE-Richtlinie) sind aufzuheben; eine Missbrauchspräklusion bleibt unbenommen. Gleichwohl sollte die Bundesregierung darauf hinwirken, dass die sog. materielle Präklusion - unter der Voraussetzung auskömmlicher Vortragsfristen im Verwaltungsverfahren - im Unionsrecht wieder zugelassen wird. Das bezweckt die Vollständigkeit der behördlichen Erwägungen, die Nachherigkeit der gerichtlichen Kontrolle und die Wahrung ihrer Funktionsfähigkeit; diese Zwecke stellen wichtige Gemeinwohlbelange nicht nur für Deutschland, sondern für alle Mitgliedstaaten dar.*
9. *Zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der gerichtlichen Verwaltungskontrolle in umwelt- und planungsrechtlichen Sachen sollte generell - für die Verletztenklage wie für die Verbandsklage - eine gesetzliche Pflicht zur Klagebegründung binnen einer Frist von vier Monaten eingeführt werden, die im selben Zeitpunkt wie die einmonatige Klageerhebungsfrist zu laufen beginnt. Die Frist kann vom Gericht nach den aus dem Rechtsmittelrecht bekannten Regeln verlängert werden. Verspäteter Vortrag ist aber generell zurückzuweisen, sofern die Verspätung nicht entschuldigt wird; auf eine Verzögerung kommt es nicht an (innerprozessuale Präklusion).*
10. *Die innerprozessuale Präklusion beseitigt die Ermittlungspflicht des Gerichts, nicht aber seine Befugnis zur Sachaufklärung von Amts wegen.*
11. *Führt die Behörde während des Rechtsstreits, namentlich mit der Klageerwidderung, ihrerseits neuen Streitstoff ein, so sollte es bei § 87b VwGO verbleiben.*
12. *Die allgemeinen Regeln zu Planergänzungen bleiben unberührt. Durch einen neuen § 155a VwGO sollte aber bestimmt werden, dass das Gericht der ob-siegenden Behörde (sowie dem beigeladenen Vorhabenträger) nach billigem Ermessen einen Teil der Prozesskosten auferlegen kann, wenn die Behörde zuvor den Einwänden des Klägers teilweise Rechnung getragen hat, ohne dass dies zur teilweisen Erledigung des Rechtsstreits geführt hat.*
13. *In Gerichtsverfahren nach dem Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz sollte nur eine Tatsacheninstanz bestehen. Das sollte grundsätzlich das Oberverwaltungsgericht sein; die Eingangszuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts sollte zugunsten der Oberverwaltungsgerichte deutlich reduziert werden.*

IV. Beweismittel

- 14. Durch Bundesgesetz sollte eine staatliche Gutachtenstelle des Bundes für Umwelt- und Naturschutz eingerichtet werden, die institutionell unabhängig ist und deren Mitglieder sachlich unabhängig sowie auf die Wahrung des Gemeinwohls besonders verpflichtet sind und die entweder sachverständige Gutachten mit gesetzlich erhöhter Validität (wenngleich ohne materielle Bindungswirkung) selbst erstatten oder beauftragen oder die methodische Validität anderer Sachverständigengutachten attestieren kann.*
- 15. Der Vorhabenträger sollte verpflichtet werden, die für den Genehmigungsantrag erforderlichen Sachverständigengutachten, namentlich zu den Umweltauswirkungen des Vorhabens, durch diese Gutachtenstelle erstatten oder hinsichtlich ihrer methodischen Validität attestieren zu lassen.*
- 16. Die Gutachten und Atteste dieser staatlichen Gutachtenstelle haben für die Genehmigungsbehörde und das Gericht keine rechtlich bindende Wirkung. Ihre gesetzliche und institutionelle Fundierung verschafft ihnen aber eine erhöhte Legitimität und in der Folge erhöhte Beweiskraft.*