

Prof. Dr. Dr. h.c. Klaus Rennert  
Präsident des Bundesverwaltungsgerichts

# **Übersicht**

## **über die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Umweltrecht**

**anlässlich der 40. Jahrestagung  
der Gesellschaft für Umweltrecht (GfU)  
vom 10. - 12. November 2016  
in Leipzig**

Meine sehr verehrten Damen und Herren,

das Programm Ihrer Tagung verspricht für die folgende halbe oder dreiviertel Stunde eine Rechtsprechungsübersicht. Das klingt nach der Breite hin recht umfassend, dafür in die Tiefe hinein eher nach Oberfläche. Ich will es dennoch versuchen. Damit ich Sie nicht allzu sehr langweile, will ich dem Überblick nach der Sandwich-Methode ein paar Bemerkungen institutioneller Art voranstellen und ein paar Bemerkungen nachfolgen lassen, die sich mit einigen übergreifenden Fragen etwas genauer befassen. Bei alledem konzentriere ich mich auf die zurückliegenden zwei Jahre; das entspricht, wie ich mir habe sagen lassen, den Gepflogenheiten.

### **I. Das Umweltrecht im Bundesverwaltungsgericht**

Beginnen wir mit ein paar institutionellen Bemerkungen. Das Bundesverwaltungsgericht zählt, wie Sie vielleicht wissen, 55 Mitglieder, davon - unter Einschluss von Präsident und Vizepräsident - 11 Senatsvorsitzende und 44 Berichterstatter. Es gliederte sich in 10 Revisionssenate, 2 Wehrdienstsenate und den sog. F-Senat. Die Revisionssenate waren nicht ausschließlich mit Revisionen sowie vorbereitenden Revisionszulassungsverfahren befasst, sondern in unterschiedlichem Umfang auch mit ers-

tinstanzlichen Klage- und einstweiligen Rechtsschutzverfahren. So liegt es auch im Umweltrecht; erstinstanzliche Sachen betreffen hier Infrastrukturvorhaben für Bundesstraßen, Schienenwege, Wasserstraßen und Fernstromleitungen. Daneben gibt es Revisionen aus denselben Materien und zusätzlich aus allen möglichen anderen Gebieten, namentlich etwa aus dem Baurecht, dem Immissionsschutzrecht oder aus dem Luftverkehrsrecht.

Mit Umweltsachen sind im Bundesverwaltungsgericht traditionell drei Senate befasst: der 4. Senat mit seinen Stammmaterien des Baurechts, des Natur- und Landschaftsschutzrechts und des Luftverkehrsrechts; der 7. Senat, dem traditionell das Recht der Anlagengenehmigungen, namentlich also das Immissionsschutz- und Atomrecht, sowie das Wasser-, das Abwasser- und das Abfallrecht obliegen; sowie der 9. Senat, der für das Straßenplanungsrecht verantwortlich zeichnet. Bei der Geschäftsverteilung gab es im Berichtszeitraum zwei Neuerungen. Zum einen wurden dem 4. Senat die zu erwartenden Sachen aus dem Recht der Anlage von Fernstromleitungen zugewiesen. Zum anderen hat der 3. Senat die Eisenbahnsachen übernommen. Damit hat das Gericht einen vierten Planungssenat etabliert. Das geschah, um den 7. Senat zu entlasten, der mit den wasserrechtlichen Großverfahren zur Weser- und zur Elbvertiefung mehr als genug zu tun hatte und hat. Dass dabei auch eine Rolle gespielt hätte, dass mit Herrn Kley und nach dessen Ausscheiden mit Frau Dr. Philipp ausgewiesene Planungsrechtler den Vorsitz im 3. Senat führten, ist ein unbestätigtes Gerücht, welches auch ich unbestätigt lasse.

Die Geschäftsbelastung des Gerichts hat nach dem historischen Tiefstand des Jahres 2014 in den beiden Folgejahren jeweils wieder zugenommen, bezogen auf die R-Senate im Jahr 2015 um 8,3 % und in den ersten drei Quartalen des Jahres 2016 gar um 16,3 %. Das betrifft auch erstinstanzliche Klageverfahren in Umweltsachen. Wurden 2014 noch 22 derartige Klagen erhoben, so waren es 2015 51 und in den ersten drei Quartalen 2016 35. Diese absoluten Zahlen klingen überschaubar; doch darf nicht übersehen werden, dass gerade diese Sachen besonders arbeitsaufwendig sind. Die diesbezüglichen Spitzenreiter - das Weser- und das Elbeverfahren - beschäftigen den 7. Senat seit nunmehr vier Jahren, mit Eilbeschlüssen, Hinweisbeschlüssen, Vorabentscheidungsersuchen an den Europäischen Gerichtshof sowie einem Planergänzungsverfahren zur Elbe; es ist bemerkenswert und verdient hohe An-

erkennung, dass der Senat sich gleichwohl noch um seine anderen Rechtsgebiete kümmern konnte und sich zum Bergrecht, zum Abfall- sowie zum Immissionsschutzrecht geäußert hat, vom Informationsfreiheitsrecht zu schweigen.

In der rechtspolitischen Diskussion wird immer wieder erwogen, die erstinstanzlichen Zuständigkeiten des Bundesverwaltungsgerichts zugunsten der Oberverwaltungsgerichte zu reduzieren. Das halte auch ich für angebracht, zumal das Bundesverwaltungsgericht angesichts des nach wie vor recht hohen Arbeitsanteils für die erstinstanzlichen Sachen seinen Charakter als Rechtsmittelgericht tendenziell einzubüßen droht. Davon möchte ich freilich die umweltrechtlichen Großverfahren um Infrastrukturvorhaben ausnehmen. Mit solchen Verfahren dürften zumal kleinere Oberverwaltungsgerichte oft überfordert sein, die es sich nicht leisten können, dass ein ganzer Senat über Monate hinweg mit einer einzigen Sache völlig ausgelastet wird.

## **II. Umweltrechtliche Verfahren**

Die umweltrechtlichen Verfahren standen in den zurückliegenden zwei, drei Jahren besonders unter unionsrechtlichen Vorzeichen: In Luxemburg hingen die beiden Vorabentscheidungsersuchen unseres Hauses zur Weservertiefung und zur Waldschlösschen-Brücke; daneben hatte der Gerichtshof über die Vertragsverletzungsklage der Kommission wegen des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes zu befinden, und eine weitere Klage wegen des Kraftwerks Moorburg kam noch hinzu.

Deshalb verharrten unsere vier Senate indes nicht im Wartestand. Der 9. Senat befasste sich mit weiteren Abschnitten im bundesdeutschen Autobahnatlas. Nachdem er im ersten Halbjahr 2014 die A 14 zwischen Colbitz und Dolle,<sup>1</sup> die A 49 bei Kassel<sup>2</sup> und die A 44 zwischen Ratingen und Velbert<sup>3</sup> traktiert hatte, wandte er sich freilich erst einmal seinen anderen Vorlieben für das Recht der Kommunalabgaben, insbesondere der Erschließungsbeiträge, und der Flurbereinigung zu. Erst Mitte dieses Jahres standen wieder ein paar Straßen auf dem Speisezetteln: Nachdem der Gerichtshof die Vorlagefragen zur Waldschlösschen-Brücke beantwortet hatte,<sup>4</sup> sprach

---

1 BVerwGE 149, 31 vom 08.01.2014.

2 BVerwGE 149, 289 vom 23.04.2014.

3 BVerwGE 150, 92 vom 25.06.2014.

4 EuGH vom 14.01.2016, Waldschlösschen - Rs. C-399/14 - NVwZ 2016, 595 = DVBl 2016, 566.

der Senat im Juli sein Urteil hierzu.<sup>5</sup> Zuvor hatte der Senat einen zurückverweisen- den Beschluss zur Ortsumgehung Münster erlassen.<sup>6</sup> Ansonsten stand das Jahr 2016 im Zeichen des Elbtunnels für die A 20: Im April erging das Urteil über den schleswig-holsteinischen Teil des Tunnels<sup>7</sup> und vorgestern dasjenige über den niedersächsischen Teil.<sup>8</sup>

Der 7. Senat war, wie erwähnt, mit Verfahren des Gewässerausbaus mehr als ihm lieb war beschäftigt. Im Mittelpunkt standen die Klagen rund um die Vorhaben zur Vertiefung der Weser und der Elbe. Hier tauchten Fragen zur europäischen Wasser- rahmen-Richtlinie auf, die der Senat im Weser-Verfahren dem Europäischen Ge- richtshof vorlegte. Dessen Vorabentscheidung ist zwischenzeitlich ergangen<sup>9</sup> und wurde vom Senat bei seiner verfahrensabschließenden Entscheidung vom 11. Au- gust 2016 aufgegriffen - einem opus magnum mit 175 Randnummern.<sup>10</sup> Bemerkens- wert ist aber etwas anderes. Der Senat entschloss sich bei beiden Flüssen zu der besonderen Verfahrensweise, die Verfahren nicht nur wegen der Vorabent- scheidung zu den wasserrechtlichen Fragen auszusetzen, sondern zugleich alle anderen Ein- wände der Kläger in ausführlich begründeten Hinweisbeschlüssen zu beantworten.<sup>11</sup> Soweit die Rügen zurückgewiesen wurden, konnten die Kläger zwar nachlegen, und der Senat zog diesen ergänzenden Vortrag erneut in Rechnung; die der Zurückwei- sung zugrundeliegende Rechtsansicht des Senats wurde im abschließenden Weser- Urteil jedoch bestätigt. Soweit die Rügen im Hinweisbeschluss hingegen für begrün- det erklärt wurden, konnte die Behörde nachlegen; das tat sie im Elbeverfahren mit einem Planergänzungsbeschluss Ende März 2016, über den der Senat nun im De- zember verhandeln will.

Das Wasser- und das Gewässerausbaurecht beschäftigte den Senat auch anderwei- tig. Den einstweiligen Vollzug einer wasserrechtlichen Genehmigung für das Ham- burger Kraftwerk Moorburg auszusetzen, hatte der Senat im September 2014 noch

---

5 BVerwG vom 15.07.2016 - 9 C 3.16 -.

6 BVerwG vom 21.06.2016, NVwZ 2016, 1257 = DVBI 2016, 1121 m. Anm. Stürer.

7 BVerwG vom 28.04.2016 - 9 A 9.15 - nebst einigen Parallelverfahren.

8 BVerwG 9 A 18.15 und 9 A 19.15, Verhandlungstermin war am 25./26.10.2016, Verkündungstermin am 10.11.2016. Die Entscheidung konnte hier noch nicht Berücksichtigung finden.

9 EuGH vom 01.07.2015, Weser-Vertiefung - Rs. C-461/13 -.

10 BVerwG vom 11.08.2016, Weser-Vertiefung - 7 A 1.15 und 7 A 20.11 - juris.

11 BVerwG vom 22.07.2013, Weser-Vertiefung - 7 A 20.11 - DVBI 2013, 1450, 1453; BVerwG vom 02.10.2014, Elb-Vertiefung - 7 A 14.12 - DVBI 2015, 95.

abgelehnt;<sup>12</sup> das Revisionsverfahren gegen das Urteil des OVG Hamburg vom 18. Januar 2013<sup>13</sup> wurde aber wiederholt ausgesetzt, zunächst wegen der Weser-Vorlage, sodann wegen eines Vertragsverletzungsverfahrens, das die Kommission im März 2016 gar nicht wegen des Wasserrechts, sondern wegen des Naturschutzrechts gegen Deutschland angestrengt hat, auf welches das Berufungsurteil gar nicht gestützt war. Im Februar 2015 bestätigte der Senat die stattgebenden Entscheidungen der Vorinstanzen zum Hafen Köln-Godorf; die Behörde hatte in dem wasserrechtlichen Planfeststellungsbeschluss zu Unrecht auch gleich die landseitigen Anlagen mit genehmigt.<sup>14</sup> Im Urteil vom 22. Oktober 2015 beschäftigte sich der Senat mit einem Wasserrückhaltebecken des Rheins bei Altrip<sup>15</sup> und in einem Beschluss vom November 2015 mit einem Trinkwasserschutzgebiet im sächsischen Lößnitztal.<sup>16</sup> Auch im Bergrecht musste er sich mit Wasser befassen. So erkannte der Senat im Dezember 2014, dass die Bergbehörde von dem Betreiber eines stillgelegten Bergwerks mit Recht verlangt, sich um austretendes Grubenwasser zu kümmern.<sup>17</sup> Ganz ohne Wasser ging es lediglich im Immissionsschutzrecht zu, als der 7. Senat im Juli 2015 entschied, dass es dem Betreiber einer Hähnchenmastanlage zumutbar sein kann, eine Abluftanlage zur Emissionsminderung aus Gründen des Nachbarschaftschutzes zu betreiben, selbst wenn diese aus wirtschaftlichen Gründen noch nicht dem Stand der Technik entspricht.<sup>18</sup>

Auch der 4. Senat setzte sich mit der Luxemburger Rechtsprechung auseinander. Er allerdings kam dabei ganz ohne eigene Vorlage aus. Zum spezifischen Umweltrecht stand bei ihm der Luftverkehr im Vordergrund. Nur gelegentlich ging es dabei um Planfeststellungen oder Plangenehmigungen für Flughäfen oder deren Unterbleiben.<sup>19</sup> In mehreren Entscheidungen entwickelte der Senat hingegen seine Rechtsprechung zum Verhältnis derartiger Flughafengenehmigungen zu den Verordnungen über die Festlegung von Flugrouten - die sogenannten Flugverfahren - fort. Flugverfahren betreffen Verkehrsentscheidungen und keine baulichen Anlagen, weshalb keine UVP-Pflicht bestehe - mit der Folge, dass eine Verbandsklagemöglichkeit nicht nach dem Umweltrechtsbehelfsgesetz, sondern nur nach Naturschutzrecht eröffnet

---

12 BVerwG vom 16.09.2014, NVwZ 2015, 82.

13 OVG Hamburg vom 18.01.2013 - 5 E 11/08 - NuR 2013, 727.

14 BVerwGE 151, 213 vom 19.02.2015.

15 BVerwG vom 22.10.2015, NVwZ 2016, 308.

16 BVerwG vom 26.11.2015, NVwZ 2016, 609.

17 BVerwGE 151, 156 vom 18.12.2014.

18 BVerwGE 152, 319 vom 23.07.2015.

19 BVerwGE 151, 138 vom 18.12.2014 - Flughafen Köln-Bonn.

sei, mit entsprechend schmalere Prüfungsspektrum.<sup>20</sup> Gelegentlich befasste sich der 4. Senat auch wieder mit Windenergieanlagen;<sup>21</sup> und im Januar 2016 erging das erste große Urteil zu einer Fernstromleitung, die - wie so manches - daran scheiterte, dass dem Schutz von Vögeln nicht genügend Aufmerksamkeit geschenkt worden war.<sup>22</sup>

Schließlich hat der 3. Senat im Mai 2016 sein erstes größeres Urteil im Schienenwege-Planungsrecht erlassen und in einem Revisionsverfahren - anders als die Vorinstanz - den Planfeststellungsbeschluss für die Verbindungsspanne Sulingen für rechtswidrig und nicht vollziehbar erklärt.<sup>23</sup>

Insgesamt hatten die Klagen von Umweltverbänden, im Falle des 3. Senats auch die eines privaten Eisenbahnunternehmens, in einer erheblichen Zahl von Fällen Erfolg. Freilich muss man dies sogleich relativieren. Zum einen greifen längst nicht alle erhobenen Einzelrügen durch; die überwiegende Zahl wird zurückgewiesen. Zum anderen haben die Rügen, welche durchdringen, soweit ich sehe, in keinem einzigen Fall zur Aufhebung des Planfeststellungsbeschlusses geführt. Das Bundesverwaltungsgericht hat vielmehr durchweg von § 75 Abs. 1a Satz 2 VwVfG Gebrauch gemacht und der Behörde die Möglichkeit eröffnet, die festgestellten Fehler in einem ergänzenden Verfahren zu reparieren. Das geschah im Falle der Weservertiefung sogar für den Flussabschnitt zwischen den Häfen Brake und Bremen, obwohl eine Reparatur der beanstandeten Abwägung nach den Monita des Gerichts in diesem Abschnitt nur schwer vorstellbar erscheint.<sup>24</sup> Zugrunde liegt dem der Grundsatz des möglichsten Planerhalts; der Plan wird nicht aufgehoben, solange es nicht ausgeschlossen erscheint, die Fehler zu beheben, ohne die Gesamtplanung in Frage zu stellen. Damit muss die Behörde nicht ganz von vorne anfangen; der Planfeststellungsbeschluss ist gegenüber anderen Betroffenen bestandskräftig; die zurückgewiesenen Einwände und Rügen sind rechtskräftig verbeschieden; das ergänzende Verfahren beschränkt

---

20 BVerwGE 149, 17 vom 19.12.2013; E 150, 114 vom 26.06.2014 sowie E 150, 286 und E 150, 294 vom 12.11.2014 - Wannsee-Route; DVBl 2015, 636 vom 18.12.2014 - Müggelsee-Route;

21 BVerwGE 152, 372 vom 18.08.2015.

22 BVerwG vom 21.01.2016, DVBl 2016, 785 = NVwZ 2016, 844, zur Aufnahme in BVerwGE vorgesehen.

23 BVerwG vom 25.05.2016, DVBl 2016, 1391, zur Aufnahme in BVerwGE vorgesehen.

24 BVerwG vom 11.08.2016 - 7 A 1.15 und 7 A 20.11 - Rn. 128 ff., 174.

sich auf die festgestellten Fehler<sup>25</sup> und steht obendrein nicht selten unter detaillierten „Segelanleitungen“ des Gerichts, wie besonders für die Waldschlösschen-Brücke.<sup>26</sup>

### III. Einzelne Rechtsprechungslinien

Dass nunmehr vier Senate am Umweltrecht stricken, verleiht der Frage nach der Einheitlichkeit der Rechtsprechung zusätzliches Gewicht. Zwar bearbeiten die Senate unterschiedliche Sachgebiete; es gibt aber durchaus Überschneidungen, jedenfalls im Verfahrensrecht, aber auch etwa im Natur- und Artenschutzrecht. Tatsächlich gibt es hier und da Differenzen, aber bislang keine offenen Divergenzen; der Große Senat des Hauses wurde auch im Berichtszeitraum nicht bemüht, und bei unionsrechtlich überformten Fragen sitzt der Große Senat in Luxemburg. Werfen wir unter diesem Aspekt einen Blick auf einzelne Überschneidungsbereiche:

#### 1. Verbandsklage

Bekanntlich zwingt Art. 9 Abs. 2 der Aarhus-Konvention die Mitgliedstaaten dazu, im Anwendungsbereich der UVP- und der IE-Richtlinie die Verbandsklage zuzulassen. Dem Wortlaut nach sollen die Verbände in Mitgliedstaaten mit subjektivem Rechtssystem so behandelt werden, als würden sie subjektive Rechte geltend machen. Der Versuch Deutschlands, die Klagebefugnis der Verbände auf die Geltendmachung subjektiver Rechte Dritter zu beschränken, ist aber in Luxemburg gescheitert;<sup>27</sup> die Verbände sind nicht Sachwalter subjektiver Rechte, die deren Träger selbst nicht geltend machen, sondern Sachwalter des öffentlichen Interesses an der Beachtung des Umweltrechts der Union.

Das gilt, wie gesagt, im Anwendungsbereich der UVP- und der IE-Richtlinie. Gilt es auch bei sonstigem Umweltrecht? Der 7. Senat hatte am 5. September 2013 vor der Frage gestanden, ob Art. 9 Abs. 3 der Aarhus-Konvention<sup>28</sup> dazu zwingt, Verbänden auch die Klage gegen einen Luftreinhalteplan zu gestatten. Er hatte den Weg über die Öffnungsklausel des § 42 Abs. 2 VwGO versperrt gesehen und in seiner Not deshalb zu § 42 Abs. 2 VwGO selbst gegriffen: Die Verbände hätten, so seine Erkennt-

<sup>25</sup> Vgl. insb. BVerwGE 149, 31 - A 14 - vom 08.01.2014 Leitsatz 3.

<sup>26</sup> BVerwG vom 15.07.2016 - 9 C 3.16 - Rn. 52 ff.

<sup>27</sup> EuGH vom 11.05.2011, Trianel, Slg. 2011, I-3673

<sup>28</sup> Dazu EuGH vom 08.03.2011, Slowakischer Braunbär, Slg. 2011, I-1255.

nis, ein eigenes subjektives Recht darauf, fremde Umweltrechte „prokuratorisch“ einzuklagen. Es war ein wenig unklar, an wessen fremde Umweltrechte der 7. Senat dabei gedacht hatte: an subjektive Rechte Dritter oder an das objektive Recht? Die Argumentation nahm ihren Ausgang beim Beispiel eines Unternehmers, der die subjektiven Rechte seiner Arbeitnehmer an deren Statt wahrnehme, was eher an die „prokuratorische“ Wahrnehmung von Individualrechten Dritter denken lässt; sie mündete dann aber in der These, dass die Umweltverbände selbst von Umweltvorhaben „betroffene Öffentlichkeit“ seien und sich deshalb „die öffentlichen Belange des Umweltschutzes zum eigenen Anliegen (sollten) machen können“.<sup>29</sup>

Der 7. Senat hat seine Rechtsprechung im Berichtszeitraum, soweit ersichtlich, nicht fortgeführt, wohl aber der 4. Senat. Wie erwähnt, entwickelte er seine Rechtsprechung zu den Flugrouten-Festlegungen und deren Verhältnis zur Flughafenplanung fort. Anlass hierzu boten im Dezember 2013 die sog. Südabkürzung für den Flughafen Leipzig-Halle,<sup>30</sup> im Juni und November 2014 die sog. Wannsee-Route für den Irgendwann-Einmal-Flughafen Berlin-Brandenburg<sup>31</sup> und im Dezember 2014 die sog. Müggelsee-Route für denselben Flughafen.<sup>32</sup> Soweit Umweltverbände geklagt hatten, gelangte der Senat zu einer differenzierten Klage- und einer dementsprechend differenzierten Rügebefugnis: Weil die Flugrouten-Festsetzung nicht UVP-pflichtig sei, scheide eine Verbandsklage nach dem Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz aus; statthaft sei die Klage nach dem Naturschutzgesetz des Bundes, aber thematisch auf Naturschutzrecht beschränkt; und nach allgemeinem Prozessrecht komme nur die Geltendmachung eigener Beteiligungsrechte in Betracht.<sup>33</sup>

Nun hatte der jeweils klagende Verband sowohl gegen die Wannsee-Route als auch gegen die Müggelsee-Route vorgebracht, der zu erwartende Fluglärm sei mit einem Lärmaktionsplan unvereinbar, den die überflogenen Gemeinden für ihr jeweiliges Gebiet aufgestellt hätten. Grundlage der Lärmaktionspläne ist § 47d Abs. 2 BImSchG, der seinerseits die Umgebungslärm-Richtlinie der Europäischen Union umsetzt. Der 4. Senat sah sich also in ähnlicher Lage wie zuvor der 7. Senat: zwar jenseits des UVP-Gesetzes, damit auch außerhalb des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes, aber auf

<sup>29</sup> BVerwGE 147, 312 vom 05.09.2013, Rn. 45 f., 47 ff., 49.

<sup>30</sup> BVerwGE 149, 17 vom 19.12.2013.

<sup>31</sup> BVerwGE 150, 114 vom 26.06.2014 (Kläger: natürliche Personen), BVerwGE 150, 286 vom 12.11.2014 (Kläger: Gemeinde) und BVerwGE 150, 294 vom 12.11.2014 (Kläger: Umweltverband).

<sup>32</sup> BVerwG vom 18.12.2014, DVBl 2015, 636.

<sup>33</sup> Am deutlichsten im Müggelsee-Urteil vom 18.12.2014, DVBl 2015, 636.

unionsrechtlich normiertem Terrain. Der 4. Senat lehnte aber eine Klagebefugnis des Verbandes ab. Eine Anwendungsmöglichkeit für die Öffnungsklausel des § 42 Abs. 2 VwGO sah auch er nicht: Nationales Recht sah eine Verbandsklage außerhalb des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes nicht vor und ließ auch keine Lücke, die im Wege einer Analogie hätte geschlossen werden können; insofern ganz wie der 7. Senat. Den Kunstgriff einer „prokuratorischen“ Klagebefugnis als eigenes subjektives Recht des Verbandes wollte der 4. Senat aber ersichtlich nicht nachvollziehen. Er wollte freilich auch nicht den Großen Senat anrufen. Also tat er, was man in solcher Lage tut: Er fand einen Unterschied in der jeweiligen Fallgestaltung. Er verstand den 7. Senat dahin, dass dieser dem Luftreinhalteplan zugleich individualschützende Intention beilegte und dem Verband die Befugnis zuerkennen wollte, die subjektiven Rechte dieser Drittbegünstigten „prokuratorisch“ vor Gericht geltend zu machen, und rückte deshalb in seinen eigenen Urteilen die Frage in den Mittelpunkt, ob der Lärmaktionsplan ebenfalls eine derartige individualschützende Intention verfolge. Diese Frage verneinte er; auch die europäische Umgebungslärm-Richtlinie setze rein objektives Recht und verleihe keine subjektiven Rechte. Eine „prokuratorische“ Klagebefugnis für rein objektives Recht komme aber nicht in Betracht; das habe auch der 7. Senat nicht angenommen.<sup>34</sup>

Die Idee einer „prokuratorischen“ Verbandsklage nicht auf objektive Belange der Allgemeinheit zu beziehen, ist in sich stimmig; anderes liefe auf eine Popularklage hinaus. Die „prokuratorische“ Verbandsklage ist eben keine „altruistische“ Verbandsklage. Allerdings feiert damit die alte Fassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes fröhliche Urständ', die der Europäische Gerichtshof für den Anwendungsbereich des UVP-Gesetzes gerade verworfen hatte: die Verbandsklage nur zur Durchsetzung von Unionsrecht mit subjektiv-rechtlicher Schutzintention. Der Knoten dürfte sich demnächst lösen, wenn die anstehende Novelle des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes die altruistische Verbandsklage auf das gesamte unionsgeprägte Umweltrecht erweitert.

## **2. Relative und absolute Verfahrensfehler**

---

<sup>34</sup> BVerwGE 150, 294 vom 12.11.2014, Rn. 20 ff.; BVerwG vom 18.12.2014, DVBl 2015, 636 Rn. 55 ff. - Im Urteil BVerwGE 152, 10 vom 01.04.2015 (Colbitz-Letzliner Heide) entschied der 4. Senat noch, dass Art. 9 Abs. 3 AK nicht verlangt, einen Umweltverband im FFH-Verfahren (nicht erst bei einer Abweichungsentscheidung, sondern schon) bei der Verträglichkeitsprüfung zu beteiligen.

Mitunter nimmt die Rezeption des Unionsrechts verschlungene Wege. Eine solche Rezeption der besonderen Art betrifft die Folgen von Fehlern im Verwaltungsverfahren, namentlich die Folgen einer unterbliebenen oder fehlerhaften Umweltverträglichkeitsprüfung.

Bekanntlich unterscheidet das deutsche Recht - und nicht nur das deutsche Recht - zwischen absoluten Verfahrensfehlern, welche die getroffene Sachentscheidung unrettbar rechtswidrig machen, und relativen Verfahrensfehlern, die diese Wirkung nur dann haben, wenn sie sich auf die Sachentscheidung ausgewirkt haben können. Ebenso bekanntlich hatte das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz in seiner ursprünglichen Fassung angeordnet, dass das völlige Fehlen einer vorgeschriebenen UVP einen absoluten Verfahrensfehler darstellt. Das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz hatte aber zu der Frage geschwiegen, was zu gelten hat, wenn die UVP zwar durchgeführt wurde, aber fehlerhaft. Das warf zwei Fragen auf, die der EuGH auf Vorlage des 7. Senats<sup>35</sup> im Altrip-Urteil vom 7. November 2013 beantwortete: Auch Fehler bei der Durchführung einer UVP sind Fehler. Und: Sie sind dann unbeachtlich, wenn sie nachweislich für den Ausgang des Verfahrens nicht kausal waren; doch liegt die Beweislast hierfür bei der Behörde.<sup>36</sup>

Erfreulicherweise gibt diese Judikatur exakt die deutsche Rechtslage wieder. Denn Fehler bei der Durchführung einer UVP-Prüfung sind nach § 46 VwVfG durchaus nicht unbeachtlich. Und: Es handelt sich zwar nicht um absolute Verfahrensfehler, sondern nur um relative; doch scheidet die Fehlerfolge der Rechtswidrigkeit nur dann aus, wenn offensichtlich ist, dass die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat. Das Gesetz formuliert das auch als Ausnahme von der Regel, für deren Vorliegen nach allgemeinen Regeln die Behörde die Beweislast trägt. Leider war das in der Rechtsprechung - auch in derjenigen des Bundesverwaltungsgerichts - im Laufe der Jahre und Jahrzehnte etwas verwischt worden; der Begriff der „Offensichtlichkeit“ verlor etwas von seinem Evidenzbezug, und die Rechtsprechung erfand Vortrags- und Substantiierungspflichten des Bürgers. Das veranlasste die Kommission zur Vertragsverletzungsklage und den Europäischen Gerichtshof im Oktober 2015

---

35 BVerwG vom 20.01.2012 - 7 C 20.11 - NVwZ 2012, 448.

36 EuGH vom 07.11.2013, Altrip - Rs. C-72/13 - NVwZ 2014, 49.

dazu, § 46 VwVfG für unzulänglich zu erklären, weil die Vorschrift hinsichtlich der Frage der Beweislast nicht klar genug sei.<sup>37</sup>

Damit stehen wir vor dem Problem, ob das Gesetz geändert werden muss, wenn es zwar klar, aber die dazu ergangene Rechtsprechung unklar ist. Wie klärt man ein klares Gesetz? Der Gesetzgeber hat sich zu helfen gewusst. Er hat das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz um einen Verweis auf § 46 VwVfG ergänzt und obendrein einen Satz angefügt, der die Beweisbelastung der Behörde klarstellt. Das war schon vor dem letzten EuGH-Urteil in die Wege geleitet worden und hatte sich mit diesem gekreuzt. Man darf gespannt sein, ob das Rückwirkungen auf die Handhabung des § 46 VwVfG im Übrigen hat. Vielleicht kommt ja jemand auf die Idee und möchte insofern den Gegenschluss ziehen: Klarstellung für Fälle mit UVP-Pflicht, klarstellungslose Unklarheit für alle anderen.

Das Bundesverwaltungsgericht jedenfalls hat die Klarstellung rasch aufgegriffen. Der 4. Senat ging im Januar 2016 im Uckermark-Urteil voran. Er stellte als den Zweck der neuen Regelung heraus, es solle sichergestellt werden, dass § 46 VwVfG künftig richtig, nämlich in Übereinstimmung mit den Grundsätzen angewandt werde, die der Europäische Gerichtshof im Altrip-Urteil aufgestellt hat, namentlich hinsichtlich der materiellen Beweislast. Der Senat konnte sich dabei die Bemerkung nicht verkneifen, dass eigentlich alles beim Alten geblieben ist: § 46 VwVfG ist für relative Verfahrensfehler „weiterhin maßgeblich“; das Gericht ist wie bisher zur Erforschung des Sachverhalts von Amts wegen verpflichtet, was sich im vorliegenden Zusammenhang darauf bezieht, ob es offensichtlich ist, dass der Verfahrensfehler die angegriffene Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat; und jede Unaufklärbarkeit des Sachverhalts geht zu Lasten der Behörde.<sup>38</sup> Allenfalls die Klarstellung hinsichtlich der Beweislast wird als Neuerung angesehen. Der eigentliche Akzent der Entscheidung dürfte aber darin liegen, dass der Prüfung der Kausalität ein konkreter Kausalitätsbegriff zugrundegelegt sei, wie er auch die bisherige Rechtsprechung schon immer geprägt habe. Der 9. Senat hat sich all dem weitgehend wörtlich angeschlossen,<sup>39</sup> und auch der 7. Senat hat es zustimmend aufgegriffen und ausdrücklich bemerkt, dass dies

---

37 EuGH vom 15.10.2015, Kommission/Deutschland - Rs. C-137/14 - NJW 2015, 3495 = NVwZ 2015, 1665 = DVBI 2015, 1514.

38 BVerwG vom 16.01.2016, Uckermark-Leitung, DVBI 2016, 785 = NVwZ 2016, 844 (Rn. 37 ff.).

39 BVerwG vom 21.06.2016, Ortsumgehung Münster - 9 B 65.15 - DVBI 2016, 1121 = NVwZ 2016, 1257.

der schon vor der Änderung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes geltenden Rechtslage entspreche.<sup>40</sup>

Größeren Neuigkeitswert besitzt die Ausweitung der absoluten Verfahrensfehler, welche das erwähnte Gesetz zur Änderung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes gebracht hat, namentlich die Frage, wann ein unbenannter Verfahrensfehler nach seiner Art und Schwere mit den zuvor benannten Verfahrensmängeln vergleichbar ist. Hierzu hat der 9. Senat eher beiläufig entschieden, es liege auf der Hand (und bedürfe deshalb nicht erst der Klärung in einem Revisionsverfahren), dass diese Schwelle auch erst durch das Zusammenwirken mehrerer Fehler überschritten werden könne, die jeder für sich von geringerem Gewicht sei. Defensiv hat er aber sogleich hinzugefügt, dass dies stets eine Frage des Einzelfalls sei, die sich einer allgemeinen Klärung entziehe.<sup>41</sup>

### **3. Materielle Präklusion**

Der Europäische Gerichtshof hat mit dem schon erwähnten Urteil vom 15. Oktober 2015 auch die materielle Präklusion im Bereich des Umweltrechts für unvereinbar mit dem Unionsrecht erklärt, und dies mit dürren Worten. Das Urteil hat nachdrückliche Kritik hervorgerufen, einerseits in methodischer Hinsicht, weil der Gerichtshof sich so gut wie gar nicht mit den Gründen für dieses Rechtsinstitut auseinandersetzt, andererseits in sachlicher Hinsicht, weil das Rechtsinstitut Bestandteil des Verwaltungsverfahrens der Mitgliedstaaten ist, in das der Gerichtshof nur hineinregieren darf, wenn die Mindestanforderungen der Äquivalenz und der Effektivität unterschritten sind; das aber hätte allenfalls zu gewissen Randkorrekturen bei den Vortragsfristen geführt, aber keinesfalls zu einer Totalverwerfung. Weil die Kritik nicht nur aus Deutschland kommt, könnte sich eigentlich der Unionsgesetzgeber einmal veranlasst sehen, den Gerichtshof zu korrigieren.

Bis dahin aber ist man gespannt, wie die nationale Rechtsprechung reagiert. Dabei verdienen die spezifischen Zwecke besondere Aufmerksamkeit, die mit der materiellen Präklusion verfolgt wurden und werden. Zum einen soll die Planfeststellungsbe-

---

40 BVerwG vom 11.08.2016, Weser-Vertiefung - 7 A 1.15 und 7 A 20.11 - Rn. 40 ff.

41 BVerwG vom 21.06.2016, Ortsumgehung Münster - 9 B 65.15 - DVBl 2016, 1121 = NVwZ 2016, 1257 (Rn. 8).

hörde so in den Stand versetzt werden, in Kenntnis des gesamten Sachverhalts - unter Einschluss möglichst sämtlicher Einwendungen - über das Vorhaben zu entscheiden; das fördert die Vollständigkeit und Richtigkeit der Behördenentscheidung. Zum zweiten soll der Charakter der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle als einer nachherigen Kontrolle gewahrt werden; das Gericht soll die ergangene Behördenentscheidung nachprüfen, aber möglichst nicht selbst erstmals zu neuem Sachverhalt Stellung nehmen müssen. Der Behörde steht die erste Gemeinwohlformulierung zu; das dient der Gewaltenteilung. Zum dritten schließlich soll das gerichtliche Verfahren entlastet, der Streitstoff fixiert werden, so dass das Gericht den Rechtsstreit bewältigen kann und nicht ständig neuem Vortrag nachgehen muss; das sichert die Funktionsfähigkeit der Gerichtsbarkeit. Diese Zwecke haben sich als solche ja nicht erledigt. Wie trägt die Rechtsprechung ihnen künftig Rechnung?

Der 3. Senat hat sich im Urteil vom 25. Mai 2016 über die Bahn-Verbindungsspange Sulingen mit der Präklusionsvorschrift des § 73 Abs. 4 Satz 3 VwVfG befasst; doch trägt er zu unserer Frage wenig bei. So hat er die Präklusionsvorschrift in Ansehung eines erst mit der Klage erhobenen Einwandes, der die UVP-Pflicht betraf, unter Hinweis auf das EuGH-Urteil ohne weiteres außer Anwendung gelassen.<sup>42</sup> In Ansehung eines anderen Einwandes, bei dem jedenfalls die Umweltverträglichkeitsprüfung nicht im Vordergrund stand, hat er die Anwendbarkeit der Präklusionsvorschrift hingegen offen gelassen, aber ebenfalls ohne zu ihrem Sinn und Zweck näher Stellung zu nehmen. Das war auch nicht veranlasst. Der Planfeststellungsbeschluss hatte die Neugestaltung eines Schienenwegestückes genehmigt, wobei unter anderem ein bislang erreichbarer Bahnhof vom Schienennetz abgehängt werden sollte. Ein privates Eisenbahnunternehmen rügte erst mit der Klage, es hätte zuvor ein gesondertes Stilllegungsverfahren durchgeführt werden müssen; dann hätte es selbst sich darum beworben, das abgehängte Schienenteilstück zu übernehmen. Das Berufungsgericht hatte das klagende Eisenbahnunternehmen mit diesem Vortrag präkludiert gesehen. Dem ist der 3. Senat nicht gefolgt; das komplette Fehlen eines vorgeschriebenen Verwaltungsverfahrens sei von vornherein keine präklusionsfähige Einwendung.<sup>43</sup>

Heikler war schon das Urteil des 9. Senats zur Waldschlösschen-Brücke. Hier hatte die Vorinstanz mit etlichen Präklusionen gearbeitet. Davon merkt man dem Revisi-

---

42 BVerwG vom 25.05.2016, DVBl 2016, 1391 Rn. 29.

43 Ebenda Rn. 25.

onsurteil nichts an. Ganz unabhängig davon stand bei diesem Rechtsstreit aber eines der Hauptanliegen inmitten, dem auch die materielle Präklusion dienen soll, nämlich die zeitliche Reihenfolge von Sachverhaltsklärung, Behördenentscheidung und gerichtlicher Überprüfung zu sichern. Diesem Anliegen dient nicht nur die materielle Präklusion; ihm dient auch, dass der gerichtlichen Überprüfung die Sachlage zum Zeitpunkt der Behördenentscheidung zugrundegelegt ist. Grob gesprochen, betrifft die materielle Präklusion nachträglichen Vortrag zu älteren Tatsachen, die Fixierung der maßgeblichen Sachlage hingegen den Vortrag neuer Tatsachen. Das Waldschlösschen-Verfahren warf nun die Frage auf, ob hieran ohne weiteres festgehalten werden kann. Art. 6 Abs. 3 der FFH-Richtlinie schreibt nämlich zwar eine Verträglichkeitsprüfung vor der Vorhabengenehmigung vor, was die gewünschte Reihenfolge wahrt. Absatz 2 derselben Vorschrift gebietet aber ganz allgemein, dass die Mitgliedstaaten die geeigneten Maßnahmen treffen, um Verschlechterungen der Lage in Schutzgebieten zu vermeiden. Gehört dazu auch ein Nachfassen nach der Vorhabengenehmigung? Der Gerichtshof hat diese Frage jedenfalls für solche Fälle bejaht, in denen die Genehmigung ergangen war, noch bevor das fragliche Gebiet unter Schutz gestellt wurde; faktisch hat er eine Nachholung der Verträglichkeitsprüfung gefordert, solange mit der Realisierung des Vorhabens nicht begonnen wurde.<sup>44</sup> Das hat der 9. Senat aufgegriffen. Er hat dabei aber dem Gedanken der Fixierung der maßgeblichen Sachlage so weit wie möglich noch Rechnung getragen. Er hat als Grundsatz festgehalten: Beschränkt sich das ergänzende Verfahren darauf, einen punktuellen Fehler der früheren Entscheidung zu heilen, so bleibt der Zeitpunkt des ersten Planfeststellungsbeschlusses maßgeblich. Nur wenn die Behörde ihre Entscheidung im ergänzenden Verfahren auf veränderte Umstände stützt und eine Neubewertung vornimmt, ist der Zeitpunkt der Aktualisierung maßgeblich. Wäre eine nachholende Verträglichkeitsprüfung vor Baubeginn nötig und wurde sie unterlassen, so liegt dieser Sonderfall vor. Das erlaubt dann auch, statt Prognosen Realitäten anzusetzen und etwaige Vorteile aus der zwischenzeitlichen Planausführung zu berücksichtigen.<sup>45</sup> Aus der Planung ex ante wird dann Planung ex post. Es wäre freilich wünschenswert, dass sich eine solche Konstellation so schnell nicht wiederholt.

---

44 EuGH vom 14.01.2016, Waldschlösschen-Brücke (Grüne Liga Sachsen) - Rs. C-399/14 - NVwZ 2016, 595.

45 BVerwG vom 15.07.2016 - 9 C 3.16 - Rn. 42 ff. Bedeutsam ist, dass damit auch Nachteile aus einem denkbaren Rückbau Berücksichtigung finden können.

Meine Damen und Herren: Ich habe die Diskussion in Ihren beiden Arbeitskreisen jetzt lange genug unterbrochen. Sie wollen sich den Fein- und Besonderheiten des Immissionsschutzrechts und des Artenschutzrechts weiter widmen. Dazu wünsche ich Ihnen gutes Gelingen und danke für Ihre Aufmerksamkeit.