

## **Gerichtlicher Kontrollumfang zwischen EU-Bürgerfreundlichkeit und nationaler Beschleunigungsgesetzgebung<sup>1</sup> (NVwZ 2008, 1059 ff.)**

*Planungsvereinfachung, Beschleunigung und Standortsicherung auf nationaler Ebene, mehr Bürgerfreundlichkeit durch Information, Partizipation und Drittrechtsschutz auf europäischer und internationaler Ebene – zunehmend wird das Verwaltungsrecht durch diesen Kontrast geprägt. Hier, bei der Europarechtskonformität des gewachsenen deutschen Umgangs besonders mit Abwägungs- und Verfahrensfehlern, liegt das eigentliche aktuelle Rechtsproblem bei Großprojekten – und nicht bei der von Freund und Feind überschätzten Verbandsklage(befugnis). Auch das geplante UGB I, das den status quo wiederholt, wird damit fragwürdig.*

### **I. Die doppelte Kaskade der Beschleunigung: Abwägungs- und Verfahrensfehlerlehre**

Der ehemalige BVerwG-Präsident Hien konstatierte kürzlich: „In Deutschland wird ein geplantes Vorhaben im Regelfall auch gebaut. Vielleicht mit einem Otterdurchlaß mehr ... oder ein paar zusätzlichen Lärmschutzaufgaben, aber dauerhaft scheitern muß kein Projekt, solange das Geld für die Erfüllung der Schutzaufgaben ausreicht.“<sup>2</sup> Doch wie paßt dies, forciert durch immer weitergehende Tendenzen zur „Sicherung des Wirtschaftsstandortes durch entbürokratisierende Beschleunigung“ im nationalen Verwaltungsrecht, zur demokratisch und umweltpolitisch motivierten Stärkung von Partizipation und Drittklagerechten (und übrigens auch Informationsrechten) im EG-Recht und Völkerrecht? Jene transnationalen Tendenzen kulminieren in der völkerrechtlichen Aarhus-Konvention von 1998 (AK) und der in den wesentlichen Punkten wortgleichen EG-ÖffRL als Änderungsrichtlinie zur UVP-RL und der IVU-RL von 2003. Die Beschleunigungsgesetze dagegen setzen auf „weniger Staat“ durch weniger Drittrechte und eher kurzfristige ökonomische Nützlichkeiten (mehr Straßen trotz Klimawandel?), ungeachtet Zweifeln daran, ob die Genehmigungsverfahrenslänge wirklich ein Wirtschaftsfaktor ist (und ob nicht andere Bürokratien viel unnötiger sind). Bestrebungen zur Reaktion auf die Globalisierung, Verwaltungsreform, Bürokratieabbau, aber auch in den Wissenschaften gewachsene Steuerungskonzepte mögen dahinterstehen.<sup>3</sup>

Das „beschleunigte“ Verwaltungsrecht ergibt eine doppelte Kaskade für Mängel z.B. eines Planfeststellungsbeschlusses<sup>4</sup> (PFB) als der Genehmigung für Großprojekte gemäß dem VwVfG und den fast wortgleichen Fachgesetzen FStrG, AEG, LuftVG usw. (ähnliches gilt für das Bau- und Immissionschutzrecht<sup>5</sup>). Der Kern der materiellen und – viele genaue Verfahrensschritte einschließenden – prozeduralen Anforderungen an einen PFB ist generell die

---

<sup>1</sup> Ausführlicher Ekardt, Information, Partizipation, Rechtsschutz, 2. Aufl. 2008; zu den rechtstheoretischen Grundlagen Ekardt/ Susnjari, JbUTR 2007, 277 ff.; z.T. ungenau Ekardt, NuR 2006, 221 ff.

<sup>2</sup> Vgl. Hien, DVBl 2007, 393 (399).

<sup>3</sup> Doch besonders ein globaler Wettlauf um „billigere“ Bürgerrechts-/ Umwelt-/ Sozial-/ Unternehmenssteuerstandards könnte am Ende global *allen* schaden; dazu Ekardt/ Neumann, ZfU 2008, 183 ff.

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

<sup>5</sup> Dazu m.w.N. Ekardt/ Beckmann/ Schenderlein, NJ 2007, 481 ff.

Abwägung (in der auch die Ergebnisse der meist parallel stattfindenden, europarechtlich per UVP-RL vorgegebenen UVP zu „berücksichtigen“ sind) als eine komplexe „Ermessens“entscheidung, bei der Gestaltungsspielräume zwischen den kollidierenden (z.B. wirtschaftlichen versus Lärm-, Natur-, Klimaschutz-)Belangen bestehen, sofern nicht Abwägungsfehler passieren. Daran anknüpfend zunächst zur Kaskade für materiellrechtliche und besonders eben für Abwägungsfehler am Beispiel des PFB – die zeigt, daß das deutsche Recht (für Drittklagen, also jenseits von Adressatenklagen) entgegen verbreiteter Wahrnehmung keinesfalls ein hohes Maß an Inhaltskontrolle vermittelt:

(1) Wer als Bürger oder Umweltverband inhaltliche Belange im Planfeststellungs-Verwaltungsverfahren nicht in engen Fristen als verletzt rügt, dessen Belang geht schlicht unter (materielle Präklusion, vgl. etwa § 17a Nr. 7 FStrG). Und Dutzende von Planungsordnern lassen sich für ehrenamtlich nach Feierabend aktive Private oder Verbandsmitglieder nur schwer in wenigen Wochen vollständig prüfen. Anders als früher erhalten dabei Umweltverbände seit 2007 (wie jeder andere Bürger), obwohl sie vielleicht einen besonderen (tatsachenbezogenen) Sachverstand in puncto Umweltschutz, eine Wächterfunktion für die Einhaltung des Umweltrechts und auch eine Rolle beim Aufbau einer ausgewogenen partizipativen Öffentlichkeit einbringen könnten, keine Benachrichtigungen von Verfahren, keine längeren Einwendungsfristen und kein Recht zur Aktenmitnahme nach Hause mehr. Dazu kommt: Anwälte bzw. Fachgutachter schon im Verwaltungsverfahren können sich Private oder Umweltverbände nur selten leisten.

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

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

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

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

(6) Sodann wird die materielle Rechtmäßigkeitsprüfung durch eine Beschränkung auf offenkundige und konkret nachweisbar für das Planungsergebnis relevante Abwägungsfehler weiter verengt (vgl. etwa §§ 17e Abs. 6 FStrG, 75 Abs. 1a VwVfG). Diese Ergebniskausalität muß der Drittkläger darlegen (ggf. unter Bereitstellung umfangreicher Fachgutachten), was

nicht nur finanziell überaus schwierig sein kann. Und als „offenkundigen“ Abwägungsfehler sieht die Judikatur oft z.B. *nicht* die ziemlich eigenartige Tatsachenbasis von Projekten – so bei einer vom Erstverfasser vertretenen Klage gegen eine Talsperre in Thüringen im Jahr 2001, wo die Prognose von 25 % Bevölkerungszuwachs in 20 Jahren als „nicht abwägungsfehlerhaft“ gesehen wurden, obwohl die neuen Bundesländer unter massivem Bevölkerungsschwund leiden.

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

Eine ähnlich strukturierte Kaskade ergibt sich aber nicht nur für inhaltliche, speziell abwägungsbezogene Fehler, sondern auch für Verfahrensfehler<sup>7</sup>:

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

(2) die Frage, ob ihre Verletzung überhaupt rechtlich relevant ist – oder ob es sich um eine bloße Ordnungsvorschrift handelt (§ 214 BauGB nennt z.B. für B-Pläne im Gegenschluß eine Reihe von Ordnungsvorschriften, und auch § 10 und einige andere VwVfG-Normen werden regelmäßig so aufgefaßt). Verfahrensschritte können teilweise auch schlicht eliminiert werden: So „können“ die Behörden seit neuestem von einem Erörterungstermin absehen. Auch wenn man seine Belange rechtzeitig vorgetragen hat, verliert man also u.U. die Möglichkeit, diese mündlich – was häufig wesentlich für die Überzeugungskraft ist – weiter zu vertreten.<sup>8</sup>

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

(4) Gemäß § 46 VwVfG sind zudem bestimmte Verfahrensfehler trotz fehlender Heilung unbeachtlich, wenn offensichtlich ist, daß keine Auswirkung auf die Sachentscheidung gegeben ist, dabei kehrt die Judikatur wie beim „von Einfluß sein“ von Abwägungsfehlern die Darlegungslast de facto um und erwartet vom Kläger den Nachweis, daß z.B. der Ausschluß des X vom Erörterungstermin zu einer anderen Entscheidung ganz konkret hätte führen können (was häufig schwierig sein wird).<sup>9</sup> Anderes gilt nach h.M. nur bei ganz vereinzelt „absoluten“ Verfahrensfehlern<sup>10</sup>, die immer beachtlich sind.

(5) Gemäß §§ 45 VwVfG, 17e Abs. 6 FStrG können Verfahrensfehler (also z.B. fehlerhafte

---

<sup>6</sup> Ferner (8) ist die Judikatur oft recht vage darin ist, bestimmte Abwägungsergebnisse (zugunsten der Umweltnutzer) plausibel zu finden, andere (zugunsten der Umweltschützer) dagegen nicht; vgl. OVG Potsdam, ZUR 2008, 34 und dazu Unnerstall, ZUR 2008, 79 ff.

<sup>7</sup> Speziell bei der prozeduralen Kaskade wird in der Judikatur dabei oft nicht klar, an welchem Punkt z.B. die Rüge eines Beteiligungsfehlers konkret scheitert; exemplarisch OVG Koblenz, ZUR 2005, 246 ff.

<sup>8</sup> Ferner dürfen Projekte inzwischen z.T. per bloßer Plangenehmigung (ohne Partizipation) gebaut werden.

<sup>9</sup> Vgl. z.B. BVerwGE 60, 256 (269) und OVG Münster, ZUR 2007, 376.

<sup>10</sup> Etwa gemeindliche Einvernehmenserfordernisse (§ 36 BauGB) – aber kein umweltverbandliches Beteiligungsrecht mehr; vgl. BVerwG, NVwZ 2003, 1120 gegenüber BVerwG, NVwZ 1998, 279 (280 f.).

Verfahrensschritte der UVP) außerdem noch während des Gerichtsprozesses geheilt werden oder sogar durch ein ergänzendes Verfahren nach Ende des Prozesses geheilt werden.

## **II. Die doppelte Kaskade nach dem URG – wie die (Verbands-)Klagebefugnisdebatte vom Kernproblem Kontrollumfang und von der Individualklage ablenkt**

Mit der doppelten Kaskade (die u.a. eine eigenständige Richtigkeitsgewähr von Verfahrensregeln tendenziell verneint und diesen nur eine Informationsfunktion für Bürger und Behörden sowie eine Unterstützung des *materiellrechtlichen* Rechtsschutzes zuschreibt) bleiben naturgemäß auch Verstöße gegen europäisch durch Richtlinien induziertes (häufig Umwelt-)Recht häufig folgenlos. Doch nicht umsonst hat die EU/ EG (auch abgesehen vom Interesse an Rechtsvereinheitlichung) die Schaffung der AK forciert und nunmehr EU-einheitlich als EG-ÖffRL umgesetzt. Denn (1) die EU gibt mittlerweile den größten Teil z.B. des Umweltrechts vor, ist ohne eigene Vollzugsbehörden aber mit oft eher unwilligen nationalen Behörden konfrontiert. Die Bürger und Verbände sind deshalb als Vollzugshelfer per Partizipation und Drittklage hochwillkommen. (2) Zudem: Die EU hat in der öffentlichen Wahrnehmung ein Problem mit passiven Bürgern und mangelnder Demokratie – und sie wird auch von Ländern stark beeinflusst, deren Verwaltungsrecht nicht mehr so stark von einer bürgerskeptischen, vormals autoritären Verwaltungstradition geprägt wird, die insbesondere prozedurale Rechte der Bürger stets als ambivalent wahrnimmt.

Die Analyse der daraus entstehenden gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben an den *Kontrollumfang* der Verwaltungsgerichte und damit auch die kritische Analyse besonders der Beschleunigungsgesetzgebung wird bisher im Schrifttum indes wenig betrieben. Die Europäisierungsdebatte fokussiert stattdessen (neben ganz generellen Aussagen oder Analysen etwa zu § 48 VwVfG) Fragen des subjektiv-öffentlichen Rechts sowie der Verbandsklage; letztere weitet die EG-ÖffRL – kurz gesagt – auf Klagen gegen Großprojekte im gesamten Umweltrecht aus. Bisher gab es im deutschen Bundes- und Landesrecht lediglich die *naturschutzrechtliche* Verbandsklage (beschränkt auf einzelne Großprojekte und die Rüge von Naturschutzrecht) als Antwort auf die deutsche Schutznormtheorie, die die prozessuale Durchsetzung von Umweltbelangen regelmäßig für Individuen stark erschwert. Umweltverbänden soll die Möglichkeit gegeben werden, auch ohne subjektive Rechtsbetroffenheit Klagen gegen umweltbelastende Vorhaben zu führen. Die Idee ist jedenfalls die, Umweltrechtsschutzlücken im Individualrechtsschutz (im Vergleich gerade auch zum Rechtsschutz für die Vorhabenträger) zu füllen und die Effektivität des Umweltrechts durch den Abbau von Vollzugsdefiziten, die durch mangelnde Einklagbarkeit bestimmter „nur objektiv-rechtlicher“ Rechtsnormen entstehen, zu erhöhen. Seit Ende 2006 erlaubt nun die neue Verbandsklage den Umweltverbänden, gemäß § 1 des zur Umsetzung der AK und der EG-ÖffRL neu erlassenen URG – kurz gesagt – Klagen nicht mehr nur gegen PFBe, sondern auch gegen große Industrieanlagen. Die Klagebefugnis erfordert gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 URG eine Beeinträchtigung von Rechtsvorschriften, „die dem Umweltschutz dienen, Rechte Einzelner begründen und für die Entscheidung von Bedeutung sein können.“ Damit wird die Idee einer in puncto Klagebefugnis und Kontrollumfang objektiv-rechtlich ausgerichteten *umweltrechtlichen* Verbandsklage indes gerade unterlaufen. Die auf das *Naturschutzrecht* begrenzte Verbandsklage mit ihrer Einklagbarkeit objektiven Naturschutzrechts bleibt zwar neben dem URG bestehen – aber eben nur im Naturschutzrecht. Und für beide Arten von Verbandsklagen bleibt gar insgesamt die doppelte Kaskade unverändert, außer daß das gänzliche Fehlen einer UVP zum (kausalitätsunabhängig) beachtlichen

Verfahrensfehler erklärt wird.<sup>11</sup>

Art. 10a UVP-RL, 15a IVU-RL (also die EG-ÖffRL) schreibt demgegenüber zum Kontrollumfang bei Individual- und Verbandsklagen sowie zur Verbandsklagebefugnis vor: „Die Mitgliedstaaten stellen im Rahmen ihrer innerstaatlichen Rechtsvorschriften sicher, daß Mitglieder der betroffenen Öffentlichkeit, die (a) ein ausreichendes Interesse haben oder (b) eine Rechtsverletzung geltend machen, sofern das ... Recht eines Mitgliedstaates dies als Voraussetzung erfordert, Zugang zu einem Überprüfungsverfahren vor einem Gericht ... haben, um die *materiellrechtliche und verfahrensrechtliche Rechtmäßigkeit* von Entscheidungen ..., für die die Bestimmungen dieser Richtlinie gelten. ... Was als ausreichendes Interesse oder Rechtsverletzung gilt, bestimmen die Mitgliedstaaten in Übereinstimmung mit dem Ziel, einen *weiten Zugang* zu Gerichten zu gewähren. Zu diesem Zweck *gilt* das Interesse jeder NGO ... als ausreichend ... Derartige Organisationen *gelten* auch als Träger von Rechten, die im Sinne ... dieses Artikels verletzt werden können.“ (H.n.i.O.) Daß das URG die Verbandsklagebefugnis von der Beeinträchtigung subjektiver Rechte anderer Individuen abhängig macht und damit die in der Norm enthaltene Fiktion und den damit gewollten Charakter objektiven Rechtsschutzes gerade pervertiert, ist deshalb europarechtswidrig.<sup>12</sup> Meist übersehen wird indes die (angesichts der Schwächen der Verbandsklage, s.u.) viel wichtigere Thematik, daß hier auch für Individualklagen ein „weiter Gerichtszugang“ vorgegeben wird – und daß hier für Individual- wie für Verbandsklagen auch etwas zum gerichtlichen Kontrollumfang und gegen die doppelte Kaskade ausgesagt wird. Das ist wesentlich – *denn ohne hinreichenden Kontrollumfang sind auch Verbandsklagen witzlos.*

### **III. Europäisches Verwaltungsrecht als Prüfstein des beschleunigungsbedingt engen inhaltlich-prozeduralen Kontrollumfangs**

Ergibt sich aus dem Gemeinschaftsrecht also eine neue Linie für den gerichtlichen Kontrollumfang<sup>13</sup>? Betrachtet man zunächst die Argumente aus der UVP-RL/ IVU-RL, betrifft dies fürs erste die unter diese Richtlinien fallenden Projekttypen – was das Planfeststellungsrecht abdeckt – und auch nur solche Rechtsfragen, die von der UVP-RL überhaupt erfaßt sind. Nehmen wir einmal an, daß hier nur – weit verstandene – umweltrechtliche Normen einschließlich des dazugehörigen Verfahrensrechts gemeint sind<sup>14</sup> (wobei auch das fraglich ist, weil Umweltbelange ja in Abwägung zu Belangen wie Verkehrsbedarf usw. treten, bei denen

---

<sup>11</sup> Daß § 4 Abs. 1 S. 3 URG explizit die Heilungsvorschriften aufrechterhält und nur die gänzlich unterbliebene UVP als zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung führend bezeichnet, heißt dabei schlicht, daß der Gesetzgeber ansonsten an der Verfahrensfehlerlehre nichts zu ändern wünscht. U.E. nicht zutreffend daher Schlacke, NuR 2007, 8 (13) mit der Annahme, der Gesetzgeber zeige hier, daß er generell von der Existenz subjektiver Rechten im Verfahrensrecht ausgehe.

<sup>12</sup> Kment, NVwZ 2007, 274 (277); Bunge, ZUR 2004, 141 (143); Schmidt/ Kremer, ZUR 2007, 57 ff.; Ekardt, Information, § 5 C.; Koch, NVwZ 2007, 369 (376); Schrader, UPR 2006, 205 (208); wohl ebenso Epiney, ZUR 2003, 176 (179); vorsichtiger Ziekow, NVwZ 2007, 259 (260), der wohl einzelne gesetzgeberische Ausnahmen vom gebotenen erweiterten Fokus für zulässig hält; unklar Alleweldt, DöV 2006, 621 (623 f.).

<sup>13</sup> Zu anderen europäischen Ländern Epiney, EurUP 2006, 242 ff.; Koch, NVwZ 2007, 369 (374 ff.); Veinla/ Relve, Environmental Law Review 2005, 326 ff.; Hatton/ Castle/ Day, Environmental Law Review 2004, 240 ff.; Antonelli/ Biondi, Environmental Law Review 2003, 170 ff. Interessant ist, daß sich der ausländische Diskurs konkreten Fragen (nicht nur nach dem Kontrollumfang) weitgehend entzieht; exemplarisch Getliffe, Environmental Law Review 2002, 101 ff.; Morgera, RECIEL 2005, 138 ff.

<sup>14</sup> So im Ergebnis auch Fisahn, ZUR 2004, 136; Kment, NVwZ 2007, 274 (278); Durner, in: Durner/ Walter (Hg.), Rechtspolitische Spielräume bei der Umsetzung der Aarhus-Konvention, 2005, S. 64 (82 f.); Ziekow, NVwZ 2007, 259 (262).

ebenfalls Fehler passieren können<sup>15</sup>). Bereits hiermit wird die doppelte Kaskade markant in Frage gestellt:

(1) Art. 9 Abs. 2 AK, 10a UVP-RL, 15a IVU-RL normieren den Kontrollumfang grundlegend so, daß die „materiell-rechtliche und verfahrensrechtliche Rechtmäßigkeit von Entscheidungen“ überprüft wird. Und grammatisch enthalten diese Normen keinerlei Einschränkung.<sup>16</sup>

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

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

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

(5) Zumal die Europarechtsinterpretation generell oft eine Rechtsvergleichung unter den Mitgliedstaaten involviert, muß man sagen: Die deutsche doppelte Kaskade ist europaweit in ihrem Ausmaß einmalig (nur Finnland, Irland, Estland und Litauen haben – kleinere – Heilungsmöglichkeiten<sup>17</sup>); das unterstreicht zugleich, daß Deutschland bisher *keinen* „weiten Gerichtszugang“ hat.

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

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

Einige halten dagegen besonders die enge Verbandsklage (die Individualklage bleibt unthematized) für europarechtskonform. So solle (a) das „gelten“ als Träger von subjektiven Rechten nur heißen, daß die Verbände ihre (seltenen) eigenen subjektiven Rechte geltend machen könnten. Das wäre dann allerdings nur deklaratorisch, denn diese Option ergibt sich

---

<sup>15</sup> Vgl. Schmidt/ Kremer, Die Anforderungen der EG-ÖffRL 2003/35/EG und der Aarhus-Konvention an die Erweiterung der Klagemöglichkeiten von Umweltverbänden, Rechtsgutachten, Juni 2006, S. 23.

<sup>16</sup> Angesichts des klaren Wortlautes ist dieser Kontrollumfang auch nicht nur auf europarechtlich veranlaßte Verfahrenserfordernisse bezogen, wie Gellermann, NVwZ 2006, 7 (9) und Kment, NVwZ 2007, 274 (278) meinen. Denn wir sehen nicht, warum die Gesetzgebungskompetenz der EG Aussagen zum Verfahrensrecht nur insoweit erlauben sollte, wie dies mit korrespondierendem (europäischen) materiellem Recht verknüpft ist. Der Wortlaut der Kompetenzbestimmungen läßt solches nicht erkennen; vgl. Ekardt, Information, § 5 C. VII. Davon einmal abgesehen haben die EG-Mitgliedstaaten die – mit der EG-ÖffRL inhaltsgleiche – AK auch als Nationalstaaten ratifiziert, und spätestens die AK enthält die „umfassende“ Verpflichtung.

<sup>17</sup> Vgl. Hien, DVBl 2007, 393 (399).

schon aus Art. 2 Abs. 5 AK – und „gelten“ meint sprachlich eine Fiktion, also eine Erweiterung ohnehin bereits gegebener Rechtspositionen. Deswegen überzeugt uns das Argument nicht. Auch daß der sogenannte Implementation Guide (b) sich zum „gelten“ wie eben äußert, ist unschädlich; denn er ist schlicht ein Dokument, welches mit finanzieller Förderung Dänemarks sowie der UNO erstellt wurde, um den jungen Demokratien Osteuropas bei der AK-Umsetzung zu helfen. Verbindlich ist der Guide gerade nicht. Ebenso wenig kann (c) moniert werden, die Verbände würden mit einem weiteren Kontrollumfang unzulässig gegenüber den Individuen privilegiert. Denn dies ist doch gerade die Absicht des Europa- und Völkerrechts – im Interesse eines effektiven Umweltschutzes und einer Durchsetzung „des Rechts“. Davon abgesehen werden die anderen Argumente als Nr. 6 durch jene Überlegungen überhaupt nicht tangiert. Die sieben Argumente widerlegen also nicht nur den subjektiven Rechtsfokus des URG für Verbandsklagen auch beim Kontrollumfang<sup>18</sup>, sondern (meist übergangen) vielmehr – und zwar gleichfalls für Individualklagen – auch die *Gesamtbilanz* der doppelten Kaskade.

#### IV. Europäisches „Verfassungs“recht als Prüfstein des engen Kontrollumfangs

Die Argumente lassen sich indes im Sinne einer EG-„verfassungs“- bzw. primärrechtskonformen Auslegung weiter verstärken, dabei zugleich in Richtung auf das letztendliche Ergebnis präzisieren und bei alledem zugleich über den Anwendungsbereich von UVP-RL und IVU-RL hinaus relevant machen. Dies wurde bisher vom auf die AK, EG-ÖffRL und URG bezogenen Diskurs kaum gewürdigt, wohl weil die einschlägigen EuGH-Urteile (noch) nicht direkt auf die EG-ÖffRL Bezug nehmen. Da explizite Regelungen eines „allgemeinen EG-Verwaltungsrechts“ kaum existieren, kann man entsprechende Urteile als Interpretationsversuch EG-primärrechtlicher Prinzipien und ihrer Einwirkung auf das EG-Richtlinienrecht lesen (anders als die EG-ÖffRL: einschlägig natürlich nur für europäisch induzierte Abwägungs- oder Verfahrensnormen, die jedoch im Umweltrecht sehr häufig sind). Besonders in den existenten Urteilen geht es oft, aber nicht nur (!) um *Verfahrensfehler*:

Die konkret ergangenen EuGH-Urteile tendieren häufig zu einer durchaus „absoluten“ Fehlerbeachtlichkeit. Die nicht immer sehr strukturierte, teilweise auch in den Begründungen unklare Judikatur ergibt dabei u.a. folgende Befunde: Verfahrensvorschriften wird ein eigener Zweck zugeschrieben.<sup>19</sup> Tatsächliche Unwägbarkeiten gehen (hier konkret im europäischen Naturschutzrecht) zu Lasten eines Projekts.<sup>20</sup> Fristenregelungen sind nur zulässig bei Wahrung eines Verbots der Vereitelung von Gemeinschaftsrecht<sup>21</sup>, welches in einer strikten Einzelfallbetrachtung zu prüfen ist<sup>22</sup> (wobei es konkret um Steuererstattungen und Vergabe-

---

<sup>18</sup> In diese Richtung wohl auch – wenngleich außer Ziekow und Kment ohne weitere Argumentation jenseits des Topos „materiell- und verfahrensrechtliche Rechtmäßigkeit“ – OVG Koblenz, ZUR 2005, 246 (248); VG Weimar, ThürVB1 2001, 233 (236); Ziekow, NVwZ 2005, 263 (266); Kment, NVwZ 2007, 274 (278 ff.); Schlacke, NuR 2007, 8 (14 f.); Fisahn, ZUR 2004, 136 (140); für die a.A. Dolde, NVwZ 2006, 857 (861); Walter, in: Durner/ Walter, Spielräume, S. 36 ff.; Durner, in: Durner/ Walter, Spielräume, S. 92 ff.; Implementation Guide, S. 130 und 146; Seelig/ Gündling, NVwZ 2002, 1033 (1040); v. Danwitz, JbUTR 2007, 31 ff.; Schmidt-Preuß, NVwZ 2005, 489 ff. Nach all den Argumenten verheißt das Europa- und Völkerrecht entgegen letzteren und Ewer, NVwZ 2007, 267 (273) also nicht nur ein „Anfechtenkönnen“ von Behördenentscheidungen ohne Vorgabe zum Kontrollumfang.

<sup>19</sup> EuGHE 2002, I-11617, Rn. 73 ff.; 1996, I-3547. Ein Beispiel sind etwa Mitteilungspflichten; vgl. EuGHE 1996, I-2201, 45 und 48 (Sicherungsunternehmen), wobei letztlich stets der Zweck entscheidet: EuGHE 1989, 2491, Rn. 1 f., 14 und 21 (Enichem Base).

<sup>20</sup> Vgl. EuGH, NuR 2004, 788 ff. (FFH).

<sup>21</sup> Vgl. etwa EuGHE 1976, 1989; 1976, 2043; 1983, 2633, Rn. 30 (zum Vereitelungsverbot).

<sup>22</sup> EuGHE 2002, I-10875, Rn. 37; ähnlich EuGHE 1995, I-4599, Rn. 14.

rechtssachen ging<sup>23</sup>). Insbesondere Fehlerheilungen während eines laufenden Prozesses wie das Nachholen einer Begründung oder einer Verfahrensbeteiligung (bzw. Anhörung) ist tendenziell unzulässig, da ein einmal begonnener Prozeß dann witzlos werde.<sup>24</sup> Die Reihe solcher Judikate ließe sich fortsetzen. Da Urteile indes nicht „per se richtig“ sein müssen, sondern für künftige Fälle allenfalls eine Argumentationslastverteilung zu Lasten ihrer etwaigen Kritiker bewirken<sup>25</sup> (richtig ist vielmehr stets die Rechtsauslegung, die die am besten begründete Gesetzesauslegung darstellt<sup>26</sup>), soll stattdessen versucht werden, die primärrechtliche Basis freizulegen, auf der solche Ergebnisse in der Tat plausibel erscheinen – was dann eine Beurteilung der Auswirkungen in puncto deutsche Beschleunigungsgesetzgebung (doppelte Kaskade) eröffnet.

Allgemeine Hinweise auf eine spezifisch „europäische Sichtweise des Verfahrens“, wie sie häufig zu hören sind, können das so beschriebene Untersuchungserfordernis nicht einlösen.<sup>27</sup> In der Tat gehen die erwähnten Judikate aber von einer stärkeren Eigenwertigkeit des Verfahrens aus. Der dafür herangezogene Primärrechtsgrundsatz ist besonders das (u.E. aufgrund des Rangverhältnisses von europäischem und mitgliedstaatlichen Recht in der Tat anzuerkennende) ungeschriebene Vereitelungsverbot in bezug auf das europäische Recht; man könnte auch positiv von einem Effektivitätsgebot sprechen. Daß wirklich geringfügige Verfahrensfehler umgekehrt gleichwohl nicht für beachtlich gehalten werden und so eine differenzierte Judikatur entsteht<sup>28</sup>, weist letztlich auf eine Abwägung zwischen verschiedenen kollidierenden Primärrechtsprinzipien hin – wobei etwa ein wiederum ungeschriebenes, letztlich wohl jeder liberal-demokratischen Ordnung notwendig immanentes Gebot der Rechtssicherheit dem Vereitelungsverbot gegenüber treten kann. Auf der Seite der Rechtssicherheit können (soweit es um Regeln für privatnützige Großprojekte geht) außerdem die europäischen Wirtschaftsgrundrechte angeführt werden, wogegen umgekehrt an die Seite des Vereitelungsverbots das Umweltziel aus Art. 174 EGV tritt, ggf. auch Drittgrundrechte auf Leben, Gesundheit und Eigentum. Versucht man zwischen jenen Prinzipien im Rahmen einer multipolaren Verhältnismäßigkeitsprüfung<sup>29</sup> praktische Konkordanz herzustellen, ergibt sich z.B.: Würde man wegen kleinster Verfahrensfehler einen Planfeststellungsbeschluss aufheben (und damit das Projekt verhindert oder sein Verfahren ganz neu beginnen lassen), würde dies den Wirtschaftsgrundrechtsträger und der Verlässlichkeit und Sicherheit einmal getroffener Verwaltungsentscheidungen sehr schaden, z.B. einem Drittgrundrechtsträger aber wenig nützen, da letztlich in der Sache definitiv wieder die gleiche Entscheidung ergehen würde; dementsprechend wäre eine Verfahrensfehlerbeachtlichkeit hier „nicht erforderlich“ oder sogar „nicht geeignet“. Anders stellt es sich jedoch bei weiterreichenden Verfahrensfehlern dar.

Im Rahmen einer solchen multipolaren Verhältnismäßigkeitsprüfung ist auch zu bedenken: Natürlich sind gewisse, gerade für komplexe Abwägungen wie bei der Planfeststellung charakteristische behördliche Spielräume unvermeidlich. Die *Gewaltenbalance* als europäisches

---

<sup>23</sup> Vgl. auch EuGHE 2002, I-11617, Rn. 73, 76 und passim.

<sup>24</sup> EuG 1995, II-1825, Rn. 53 (Geldbuße); EuGHE 2001, I-5281, Rn. 30; 1998, I-207, Rn. 40 (Prozeßstatement zu spät); relativierend (außer bei verletztem rechtlichen Gehör) nur EuGHE 1979, 461, Rn. 15.

<sup>25</sup> Vgl. Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 2. Aufl. 1991; ferner (Theorie der Auslegungsmethoden) Ekardt/ Beckmann, VerwArch 2008, 241 ff.

<sup>26</sup> Dies wird u.E. zu sehr übergangen bei Kment, EuR 2006, 201 ff. und Kahl, VerwArch 2004, 1 (13 ff.).

<sup>27</sup> Bisher gibt es zu den Einzelstufen der doppelten Kaskade en détail fast nur die Analyse von Kment, Nationale Unbeachtlichkeits-, Heilungs- und Präklusionsvorschriften und Europäisches Recht, 2005, S. 44 ff.

<sup>28</sup> EuGHE 1976, 1989, Rn. 5; 1995, I-4599, Rn. 12 (Peterbroeck); 2003, I-1877, Rn. 51; 2002, I-6325, Rn. 34.

<sup>29</sup> Der Begriff wird z.B. auch verwendet von Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001.

Verfassungsprinzip wirkt insoweit auf die Herstellung praktischer Konkordanz ein. Sie fordert für die öffentliche Gewalt die Institutionalisierung wechselseitiger Kontrolle im Interesse der Freiheitssicherung, einer gewissen Unabhängigkeit von Entscheidungen öffentlicher Gewalten von Sonderperspektiven (Unparteilichkeit) und einer möglichst weitgehenden Mobilisierung guter Gründe (Rationalität) über die richtige Entscheidung in einer öffentlichen Angelegenheit.<sup>30</sup> Wo indes ohne weiteres „mehrere“ Lösungen denkbar sind, ist es wichtig, abwählbare bzw. kontrollierbare Entscheider wie Parlamente oder *Behörden* (und eben nicht Gerichte) zu haben. Anders als das eigentliche Wägen kollidierender Interessen sind Verfahrens- und Tatsachenfragen sowie eher formale Abwägungselemente und „normale“ Norminterpretationsfragen eher leicht gerichtlich faßbar. Gegen eine insoweit zu großzügige Fehlerlehre spricht auch, daß gerade bei Großverfahren (mit PFB) der Staat oft nicht neutraler Konfliktmittler, sondern selbst zugleich Projektträger ist – und stärkere Verfahrensrechte und Tatsachenprüfungen (sofern die Tatsachen nicht sehr unsicher sind) ebenso versprechen ein wenigstens partielles Auffangen der dann drohenden mangelnden Unparteilichkeit. Die Gewaltenbalance als Austarierung der hinter der Rechtsstaatlichkeit und den Freiheitsrechten liberal-demokratischer Ordnungen stehenden Grundprinzipien Rationalität, Unparteilichkeit, Freiheit streitet somit in der Verhältnismäßigkeitsprüfung für einen differenzierten Umgang mit Verfahrensfehlern und wohl auch Abwägungsfehlern.

Die doppelte Kaskade dagegen stört nicht nur die Gewaltenbalance, sondern entwertet insbesondere auch das formale Zustandekommen einer Entscheidung. Formalitäten und speziell Partizipationserfordernisse dienen jedoch nicht nur der wechselseitigen Information, der Akzeptanzerhöhung und dem vorverlagerten Rechtsschutz in komplexen Verfahren. Sie dienen (Vereitelungsverbot) auch der Flankierung eines mangels EG-eigener Behörden strukturell vollzugsschwachen europäischen Verwaltungsrechts. Mehr noch: Partizipation dient gerade auch der Schaffung von Diskursen im Interesse möglichst gut begründeter und unparteiischer Entscheidungen am Ende: Es liegt besonders (aber nicht nur) für Abwägungs- und Ermessensentscheidungen nahe, daß man nie ausschließen kann, daß weitere Äußerungen, weitere Diskutanten, das weitere Wechselspiel von Gründen und Gegengründen (in bestimmten vorgegebenen und zusätzliche Tatsacheninformationen in der Summe dann doch ein anderes Ergebnis erbracht hätten, bis hin zu der Frage, ob etwa ein Großprojekt überhaupt – oder vielleicht in einer umweltschonenderen Alternative – verwirklicht wird. Mit einem offenen Streit um die rationalste (wörtlich: am besten begründete) Entscheidung ist ein Ausblenden von Verfahrensfehlern und ein Flickern solcher Fehler vom gewünschten Ergebnis her unvereinbar. Letzten Endes (das ist das wesentliche) kann man nie genau wissen, ob die Entscheidung bei formal korrektem Ablauf nicht doch ganz anders ausgefallen wäre. Dies gilt um so mehr, als insbesondere das somit in seiner Eigenwertigkeit aufgewiesene Verfahren und besonders die Partizipation nicht nur dem jeweiligen *Ziel wie hier einem effektiven Umweltschutz* (Art. 174 EGV) dient, sondern damit auch dem *Demokratieprinzip* dient; dies ist zwar streitig, angesichts des stetig sinkenden Gewichts einer repräsentativ-demokratisch abgegebenen Wählerstimme in Zeiten sich europäisierender und internationaler politischer Entscheidungen aber naheliegend.<sup>31</sup> Dies wird übrigens auch von der AK und der EG-ÖffRL letztlich so vorausge-

---

<sup>30</sup> Näher zum Bezug zu diesen liberal-demokratischen Grundprinzipien Ekardt/ Susnjar, JbUTR 2007, 277 ff.

<sup>31</sup> Bei Ekardt, Information, § 4 C. und Ekardt, Theorie der Nachhaltigkeit, 2008 wird dies mit einer diskurstheoretischen Interpretation liberaler Verfassungen weiter unterfüttert; ähnlich im Grundansatz Alexy, Recht, Vernunft, Diskurs, 1995. – Daß (erst recht beschränkte) Partizipation und Verbandsklage zumindest nicht grundrechtswidrig sind (sei es über eine Zentrierung auf den Individualrechtsschutz, sei es wegen einer angeblich

setzt, die neben einer Effektivierung des Umweltschutzes auch partizipativ-demokratischen Intentionen dienen und deshalb etwa in Art. 6 Abs. 4 AK eine Partizipation verlangen, „solange alle Optionen noch offen sind“.<sup>32</sup> Nicht umsonst sieht die EG etwa in Gestalt der UVP explizit selbst detaillierte Verfahrens- und Partizipationserfordernisse vor.

Stellt man jetzt in Rechnung, daß auch mit einer reduzierten Kaskade die Spielräume der Behörden immer noch erheblich sind, daß umgekehrt die demokratische Partizipation und Umweltbelange in Zeiten globalisierungsinduzierter ökonomischer Zwänge allzu leicht unterbelichtet werden und daß der Nutzen einer rechtswidrigen Verwaltungsentscheidung für die Rechtssicherheit nicht allzu hoch angesetzt werden darf (und letztlich sichert die doppelte Kaskade eben rechtswidrige Entscheidungen gegen eine Aufhebung ab), so liegt im Rahmen der multipolaren Verhältnismäßigkeitsprüfung das Ergebnis nahe, daß auf der Ebene des EG-Verwaltungsrechts ebenfalls nahelag: Die doppelte Kaskade in der jetzigen Form stellt eine allzu einseitige Ausbalancierung der kollidierenden Belange dar. Unterstrichen wird dies durch das gemeinschaftsrechtliche Vereitelungsverbot, welches sowohl die Verfahrensvorgaben der EG als solche als auch die dabei verfolgten Umweltziele gegen Regelungen absichert, die diese Intentionen letztlich leerlaufen lassen; und genau dies tut die doppelte Kaskade in wesentlichen Hinsichten. Die Überlegungen zum Vereitelungsverbot, zum Umweltziel (Art. 174 EGV) und zur Gewaltenbalance lassen sich dabei (wie mehrfach anklang) auch nicht auf die rein prozedurale Seite der doppelten Kaskade beschränken. Um so mehr würde all dies gelten, wenn man im Sinne einer im Vordringen befindlichen Auffassung zu einer multipolaren (hier: europäischen) Grundrechtsinterpretation überginge, die Drittinteressen in gleicher Weise als grundrechtlich geschützt anerkennt, wie dies bei (sofern es um Private geht) Betreiberinteressen der Fall wäre.

Diese gesamte zunächst EG-verwaltungsrechtliche und sodann EG-primärrechtliche Argumentation erzwingt eine deutliche Einengung des Fehlerfolgenregimes; das Gesamtergebnis der doppelten Kaskade im Hinblick auf den Drittrechtsschutz (und damit neben den Beschleunigungsgesetzen auch das URG und das daraus z.T. zu bildende UGB I) ist so nicht europarechtskonform.<sup>33</sup> Der nationale Gesetzgeber ist damit gehalten, ebenjenes Gesamtergebnis zu korrigieren; dabei mag er mangels detaillierter Vorgaben des Gemeinschaftsrechts (im Hinblick auf die kollidierenden, untereinander abzuwägenden Primärrechtsprinzipien) gewisse Spielräume haben, welche „kleinen“ Verfahrensfehler weiterhin unbeachtlich sein dürfen. *Naheliegend sind u.E. vier Reformansatzpunkte: (a) eine erweiterte Subjektivierung materieller und prozeduraler Regeln (bei Individualklagen); (b) eine stärkere Zurückdrängung der aufgrund angeblich mangelnder Kausalität eintretenden Unbeachtlichkeit von Abwägungs- und Verfahrensfehlern; (c) eine Abkehr von Fehlerheilungen noch während eines Gerichtsprozesses oder gar nach seinem Abschluß; (d) eine Absenkung der Tatsachendarlegungsanforderungen.* Dies dürften die drei wesentlichen Schaltstellen sein, mit denen das deutsche Recht bislang eine gerichtliche Kontrolle selbst materieller Fehler und im übrigen

---

unzulässigen Privatisierung staatlicher Aufgaben oder gar einer Demokratiegefährdung durch „nicht repräsentativ-demokratisch legitimierte“ Verbände), ist mittlerweile ausdiskutiert – wie auch die vermeintliche Klageflut.

<sup>32</sup> Freilich darf auch die „Andersartigkeit des EG-Rechts“ nicht klischeeisiert werden. So plant die EG z.B. gerade eine IVU-Novellierung, die an einer Stelle (Art. 26 Abs. 2 des Entwurfs) selbst gegen die AK verstoßen könnte, indem sie die allgemeine Öffentlichkeitsbeteiligung bei IVU-Anlagen, sofern diese UVP-pflichtig sind, auf eine (ggf. weniger umfassende) UVP-Öffentlichkeitsbeteiligung reduziert.

<sup>33</sup> Ohne europäischen Bezug können aber auch EG-Primärrechtsprinzipien dem nationalen Recht nichts vorgeben.

den eigenständigen Sinn prozeduraler Regeln unterläuft. In puncto Subjektivierung liegt eine Änderung aufgrund der insoweit (schon „Aarhus-unabhängigen“) erweiterten europäischen Konzeption ohnehin nahe.<sup>34</sup> Bei der Unbeachtlichkeit (Kausalität) spricht speziell für Verfahrensfehler (§ 46 VwVfG) schon der deutsche Normwortlaut dafür, die Norm entgegen der Judikatur auf Fälle zu beschränken, in denen sich (mit einer *Beweislast zu Lasten der Behörden*) positiv ausschließen läßt, daß ein Verfahrensverstoß irgendeine Ergebnisrelevanz gehabt hat.<sup>35</sup> Denn die Norm klingt in ihrer Ausnahme-Diktion entgegen der h.M. nach einer Beweislastverteilung zu Lasten der Behörden. Zudem (teleologisches Argument) können Behörden diesen Nachweis auch leichter führen, und der Nachweis ist ihnen auch eher zumutbar, denn sie haben den Verfahrensfehler schließlich begangen. Das – europarechtlich gerade gewünschte – Ergebnis ist dabei, nur noch solche Verfahrensfehler für unbeachtlich zu halten, bei denen trotz aller Unabsehbarkeit von Diskursen eindeutig keine andere Sachentscheidung denkbar war.<sup>36</sup> Aus parallelen Erwägungen sollten die auf Abwägungsfehler bezogenen Kausalitätsklauseln ebenso eine Darlegungslast der Behörden erhalten.

All dies gilt (a) gerade dann<sup>37</sup>, aber nicht nur dann, wenn eine angefochtene Verwaltungsentscheidung (wie ein PFB) durch Abwägungsspielräume gekennzeichnet ist, auch wenn mancher mehr Verfahrensstrenge gern mit noch weniger inhaltlichem Kontrollumfang erkaufen will. Denn *erstens* gibt es auch bei gebundenen Entscheidungen (BImSchG) oft Auslegungs- und Beurteilungsspielräume; *zweitens* und vor allem würde etwa in der Planfeststellung allein schon die – aus Gewaltenteilungsgründen in jedem Fall bleibende – Abwägungslehre auch ohne die bisherigen materiellen Heilungskaskadenschritte die materielle Kontrolldichte niedrig halten und damit Verfahrensstrenge nahelegen.<sup>38</sup> Man kann (b) auch nicht sagen, das Europarecht enthalte keine klare Aussage zu Verfahrensfehlern.<sup>39</sup> Dies zeigten die vorstehenden Ausführungen gerade. Wenig einsichtig wäre es (c) auch, die Kritik an der doppelten Kaskade damit zurückzuweisen, daß der EuGH für Klagen gegen EG-Organen selbst eine Fehlerfolgenlehre akzeptiere<sup>40</sup>; denn einerseits kann dies ja kritikwürdig und änderungsbedürftig sein, und andererseits ist bei Klagen gegen die Mitgliedstaaten (mangels gemeinschaftseigener Vollzugsorgane) eine wirksame Fehlersanktionierung eben ggf. wichtiger.

Die OVGs<sup>41</sup> senden in diesen Tagen unterschiedliche Signale, ob sie sich der hier vertretenen

---

<sup>34</sup> Vgl. für Einzelheiten Ekarth, Information, § 5 A.: Das würde dann zur Ersetzung der Schutznormtheorie durch eine Betroffenheitsformel führen, die keinen Ausschlußgrund „Betroffenheit vieler (Allgemeinheit)“ mehr kennt und außerdem auch Vorsorgefälle einschließt. Dafür sprechen entgegen der h.M. auch grundrechtliche Erwägungen, schon innerhalb des deutschen Verfassungsrechts, wenn man ein multipolares Grundrechtskonzept zugrundelegt; dazu auch Calliess, NVwZ 2006, 1 ff.; Ekarth, JZ 2007, 137 ff.

<sup>35</sup> Ebenso Erbguth, NuR 1997, 261 ff.

<sup>36</sup> Zu ungenau wären indes Aussagen wie die, es komme letztlich immer auf den Zweck der jeweiligen Verfahrensvorschrift an; so aber Schmidt/ Kremer, ZUR 2007, 57 (60 ff.); treffend Erbguth, DVBl 2004, 802 (803).

<sup>37</sup> In diesem Sinne auch EuG 1995, II-2593, Rn. 73; Ziekow, NVwZ 2007, 259 (266); Schmidt/ Kremer, Anforderungen, S. 22; Kment, EuR 2006, 201 ff. passim; vgl. auch Pache, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 449 f. In gewisser Weise nimmt dies einen Gedanken des BVerwG (verstärkend) auf, das bisher bei komplexen Großprojekten einer Subjektivierung von Verfahrensrechten noch am ehesten nähergetreten ist; vgl. die Auswertung bei OVG Koblenz, ZUR 2005, 246 (247 f.).

<sup>38</sup> Dies wird auch übergangen bei Pietzcker, FS Maurer, 2001, S. 706 f., der die vorliegend intendierte, gewaltbalancewahrende Variante übersieht, *daß auf Drittklagen wegen Abwägungs- oder Verfahrensfehlern hin z.B. ein PFB aufgehoben wird und dann die ganze Planfeststellung (ergebnisoffen) von neuem zu prüfen ist*. Es wird also kein Gericht „übermächtig“.

<sup>39</sup> So aber Dolde, NVwZ 2006, 857 (861); Lecheler, DVBl 2005, 1533 (1540); noch zu allgemein Schmidt/ Kremer, Anforderungen, S. 21.

<sup>40</sup> So aber Baumeister, Beseitigungsanspruch, S. 277 ff.

<sup>41</sup> Vgl. etwa OVG Koblenz, ZUR 2005, 246 ff.; VGH München, Urt. vom 19.07.2006, Az. 19.07.2006, Az. 8 A

Lösung (etwa in bezug auf eine stärkere Subjektivierung von Verfahrensregeln) ganz, teilweise oder gar nicht anschließen werden. Dabei besteht bis dato das Problem fort, daß zwischen den einzelnen Aspekten der Kaskade nicht klar unterschieden wird, was ein Nachvollziehen der Argumentation (wie allerdings auch beim EuGH) schwierig macht. – Hält man es für vertretbar, die vorliegend vorgeschlagenen Revisionen im deutschen Recht im Interesse zügigen Handelns sowie der Rechtssicherheit durch eine europarechtskonforme Auslegung (statt über gesetzliche Neuregelungen) zu implementieren, würde sich jedenfalls das schwierige Problem der unmittelbaren Anwendbarkeit der EG-ÖffRL nicht mehr stellen.

## **V. Effektives Recht oder bloße Symbolik – Europäisierungsdebatte auf Abwegen?**

Auch mit einem erweiterten Kontrollumfang ist der Drittrechtsschutz freilich nicht gern vermutete Wunderwaffe des Umweltrechts:

(1) Bereits die sehr geringen finanziellen Kapazitäten der Umweltverbände setzen der Verbandsklage enge Grenzen, da selbst im Falle eines Obsiegens die (oft die gesetzlichen Gebühren überschreitenden) Anwaltshonorare teilweise am Kläger „hängenbleiben“, zumindest aber erhebliche Summen ausgelegt werden müssen (ggf. auch für eigene Sachverständigengutachten). Gerade deshalb ist die Individualklage wichtig, wobei auch hier Private in Relation zu projekttragenden Großunternehmen bzw. dem Staat schnell ins Hintertreffen geraten und zudem auch Individualklagen den vier folgenden Friktionen unterliegen:

(2) Die Verbandsklage ist entgegen zu vernehmender Äußerungen nur bedingt „überdurchschnittlich erfolgreich“. Denn zum einen geht in die gerichtliche Erfolgsquote die statistisch dominierende Verwaltungsprozeßgruppe ein: die Asylklagen, die fast nie Erfolg haben. Zum anderen müßte die Frage letztlich lauten, ob die Verbandsklage ihr (normalerweise) eigentliches Ziel, nämlich ein ökologisch problematisches Großprojekt real zu verhindern oder zumindest deutliche umweltfachliche Verbesserungen durchzusetzen, je erreicht. Im Zweifel wird schlicht nur die Begründung des Projekts verändert, die Abwägung nachgebessert oder ein Verfahrensschritt nachgeholt werden (wenngleich der Zeitaufwand, da ein neues Projektverfahren nötig würde, und auch die Wahrscheinlichkeit „anderer“ Entscheidungen mit dem *erweiterten* Kontrollumfang stiege). Oder es kommt zwar z.B. zu erweiterten naturschutzrechtlichen Ausgleichsmaßnahmen (also neuen Nebenbestimmungen); bei diesen ist jedoch nach den vorliegenden empirischen Daten zum Naturschutzrechtsvollzug<sup>42</sup> zweifelhaft, ob diese vollzogen und dauerhaft gepflegt werden und damit ihr Ziel erreichen.

(3) Letztlich kann selbst ein erweiterter Kontrollumfang dem Ordnungs- und Planungsrecht sowie seinem Rechtsschutz ein Hauptproblem nicht nehmen: das schleichende Wegwägen von Naturschutzbelangen, Klimaschutzbelangen usw. in der Summe für sich genommen „nicht gravierender“ Einzelbaumaßnahmen (neue Straßen erzeugen mehr Verkehr und damit Klimagasausstöße, Naturzerstörung u.a.m.) – das wohl erst dann stärker relativiert werden würde, wenn diese Ressourcen jenseits der diese schleichende Wirkung nicht verhindernden ordnungs- und planungsrechtlichen Regelungen einen Preis hätten, die ihre stärkere Schonung erzwingt (z.B. durch nach Wertigkeit von Naturräumen gestaffelte – auch gegen die grassierenden Probleme der konventionellen Landwirtschaft nützliche – Flächensteuern).

---

04.40006; OVG Lüneburg, Beschl. vom 07.07.2008, Az. 1 ME 131/08 (juris).

<sup>42</sup> Dazu m.w.N. Ekardt, ZUR 2001, 249 ff.

(4) Das nächste kontrollumfangsunabhängige Problem ist der Personalmangel der Verwaltung. Führt eine Klage oder eine Verfahrensbeteiligung dazu, daß einem Rechtsverstoß nachgegangen (bzw. einer vermieden) wird, bleiben vielleicht andere Rechtsverstöße unbearbeitet.

(5) Außerdem ist eine Klageoption selbst bei hohem Kontrollumfang immer nur so streng wie das mit ihr durchzusetzende materielle Recht (und das Umweltrecht erlaubt uns Europäern trotz quantitativ großen Normbestandes nach wie vor einen wenig nachhaltigen Lebensstil).

Trotz alledem wendet sich der juristische und politische Diskurs selten dem Kontrollumfang oder den soeben aufgezählten Grundproblemen zu. Stattdessen ist speziell die Verbandsklage in Deutschland seit drei Jahrzehnten bemerkenswert intensiv diskutiert worden (wie übrigens auch die mit ähnlichen Begrenzungen behafteten weiteren prozeduralen Instrumente Umweltinformationszugang, Öko-Audit und UVP). Dies mag einerseits daran liegen, daß viele Autoren Verbandsklagen und Umweltverbände nie aus der Innenperspektive erlebt haben. Andererseits ist die Verbandsklage vielleicht (neben aller praktischer Relevanz) *auch* ein Symbol, über welches sich – affirmativ oder kritisch, wie immer bei Symbolen – die Sozialintegration der verschiedenen umweltrechtlichen Communities vollzieht. Ob man als Jurist nun das letzte Ziel der eigenen Tätigkeit in einem „stärkeren Umweltschutz“ oder umgekehrt in einem „wirtschaftlich verantwortungsbewußten Umweltrecht“ sieht: Die Verbandsklage könnte hier als Symbol recht geeignet zu sein. Dies in Anlehnung an die in der Umweltsoziologie breit anerkannte Low-Cost-Hypothese (zur Erklärung von Umweltbegeisterung etwa für das eher kostenlose, aber ökologisch wenig effektive Abfalltrennen) womöglich auch deshalb, weil einen die Begeisterung für die Verbandsklage deutlich weniger „kostet“, als etwa spürbare Flächen- oder Energiesteuern zu fordern – die unser aller Lebensstil trafen. Umweltpolitisch wäre das aber viel wirksamer.