



*Jean - Monnet - Lehrstuhl
für Europäische Integration*

Freie Universität



Berlin

Berliner Online-Beiträge zum Europarecht Berlin e-Working Papers on European Law

herausgegeben vom
edited by

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht
Chair of Public Law and European Law

Prof. Dr. Christian Calliess, LL.M. Eur
Freie Universität Berlin

Nr. 71

03.11.2011

Jörg Berkemann:

**Effektive „unionsrechtliche“ Klagebefugnisse bei
Verletzung europäischen Umweltverfahrensrechts –
Einige deutsche, unionsrechtsbezogene Baustellen**

Zitiervorschlag:

Verfasser, in: Berliner Online-Beiträge zum Europarecht, Nr. 1, S. 1-17.



Prof. Dr. Dr. Jörg Berkemann*

Der Beitrag beruht auf dem Thesenpapier für einen Vortrag, den der Verfasser auf dem 5. Luxemburger Expertenforum zur Entwicklung des Unionsrechts am 10. Oktober 2011 gehalten hat. Der Verfasser nimmt die jüngere Rechtsprechung des EuGH zu Fragen der Rügefähigkeit von Verfahrensnormen zum Anlass, das deutsche Verwaltungsprozessrecht auf den Prüfstand zu stellen und an den unionsrechtlichen und supranationalen Vorgaben zu messen. Mit Blick auf den fast ausschließlich individualschützenden Charakter und die zurückgefahrenen Kontrolle von Verfahrensnormen zeigt der Verfasser etliche Defizite im deutschen Recht auf, liefert zugleich aber perspektivische Lösungsansätze für die unionsrechtlich gebotene Ausweitung des Rechtsschutzes sowie die damit verbundenen, im Schrifttum häufig dargestellten Folgeprobleme.

Effektive „unionsrechtliche“ Klagebefugnisse bei Verletzung europäischen Umweltverfahrensrechts – Einige deutsche, unionsrechtsbezogene Baustellen

These 1

Als **Zielwert I** kann gelten: Der Transparenzgrundsatz (Art. 1 EUV und 10 EUV; Art. 15 AEUV) ermöglicht eine bessere Beteiligung der Bürger am Entscheidungsprozess und gewährleistet eine größere Legitimität, Effizienz und Verantwortung der Verwaltung gegenüber dem Bürger in einem demokratischen System.¹ Das sind hehre Ziele. Sie müssen aber prozessual „heruntergebrochen“ werden. Dem kann eine effektive gerichtliche Entscheidungskompetenz dienen. Diese wirkt im materiellen Umweltrechtsbereich zugleich kompensatorisch gegenüber objektiv bestehenden Vollzugsdefiziten. Das ist ein stetiges Anliegen.

These 2

Als **Zielwert II** kann gelten: Klagebefugnisse der Unionsbürger können in funktionaler Sicht auch inhaltlich die effektive Umsetzung des unionsrechtlichen Umweltrechts fördern. Es geht – bekanntlich – um die Mobilisierung der Unionsbürger zur Steigerung der unionsrechtlich determinierten Rechtseinheit. Das gilt insbesondere für Klagebefugnisse der Umweltverbände (NGO). Anfänge in der Rechtsprechung des EuGH sind jüngst zu Art. 9 Abs. 2 und 3 Århus-Konvention gemacht worden.² Gleichwohl ist der Individualrechtsschutz nicht zu vernachlässigen. Hier sind die unionsrechtlichen Möglichkeiten noch nicht „ausgereizt“.

These 3

* Prof. Dr. iur. utr. Dr. phil. Jörg Berkemann ist Richter am Bundesverwaltungsgericht a.D. (1984-2002), Honorarprofessor für Öffentliches Recht an der Universität Hamburg und Lehrbeauftragter an der Bucerius Law School Hamburg.

¹ Vgl. EuGH (Gr. Kammer), Urt. v. 9.11.2010 – Rs. C-92/09 – Rn. 68 - Volker und Markus Schecke (Verarbeitung personenbezogener Daten); EuGH (Gr. Kammer), Urt. v. 29.6.2010 – Rs. C-28/08 P – K/Bavarian Lager.

² EuGH (Gr. Kammer), Urt. v. 8.3.2011 – Rs. C-240/09 - Lesoochranárske zoskupenie (Braunbären); EuGH (4. Kammer), Urt. v. 12.5.2011 – Rs. C-115/09 - Trianel Kohlekraftwerk Lünen.

a) **Der Kandidat: Deutsche Schutznormtheorie.** Die sog. deutsche Schutznormtheorie – prozessual niedergelegt in §§ 42 Abs. 2, 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO – steht den genannten Zielwerten I und II in ihrer gegenwärtigen Ausprägung deutlich entgegen. Traditionell ist in der Rechtsprechung der deutschen Verwaltungsgerichte die Vorstellung verwurzelt, dass Klagebefugnisse nur derjenige hat, der Adressat einer Entscheidung ist. Das ist eine quasi-polizeirechtliche Vorstellung, entwickelt an einer personalen Eingriffslage. Dieser deutsche Sonderweg sollte mittelfristig beendet werden, jedenfalls soweit es das unionsrechtliche Umweltschutzrecht betrifft.

b) Beispielhaft ist etwa die Annahme, der in § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG enthaltene Gedanke der Vorsorge sei nicht drittschützend. Man darf daran erinnern: Der Grundsatz der unionsrechtlichen Vorsorge im Umweltrecht gehört dem Primärrecht an (vgl. Art. 191 Abs. 2 UAbs. 1 S. 1 AEUV). Nur in einigen Randbereichen sind im deutschen Recht Tendenzen der Veränderung sichtbar. Das gilt etwa – allerdings nur partiell – für den Nachbarschutz, etwa im immissionsschutzrechtlich relevanten Lärmschutzbereich.

c) **Lösungsansätze:** Der deutsche Gesetzgeber wird §§ 42 Abs. 2, 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO nicht ändern. Als moderate Lösung bietet sich an: Man muss den Begriff des „subjektiven Rechts“ für das Umweltrecht unionsrechtlich anders, nämlich deutlicher interessen- und betroffenenbezogen definieren. So wird jedenfalls die deutsche Rechtsprechung unter formaler Aufrechterhaltung des Modells der Verletzungsklage sich der problemadäquateren Interessenklage annähern.

These 4

Der Kandidat: Die Kausalitätsfrage. a) Das deutsche Verwaltungsverfahrenrecht sieht in der Verletzung des Verfahrensrechts dann keine autonome Rechtsposition, wenn das administrative Ergebnis rechtens ist (vgl. § 46 VwVfG). Die deutsche Rechtsprechung erörtert nur, ob im Einzelfall die „konkrete Möglichkeit“ einer anderen Entscheidung gegeben war. Die forensische Rücksichtnahme vermindert die auch präventive Wirksamkeit des unionsrechtlichen Umweltverfahrensrechtes. Unverschlüsselt gesagt: Behörden könnten geneigt sein, eine inhaltlich zweifelhafte Entscheidung zu erlassen und abzuwarten, ob sich jemand dagegen befugt wendet.

b) Dem ist die alte Richterweisheit entgegenzuhalten: Wenn es nicht schmerzt, geschieht auch nichts. Oder anders: Eine Kassation hat die Chance einer pädagogischen Langzeitwirkung, hoffentlich jedenfalls.

c) Was kann die Rechtsprechung des EuGH hier tun? Anfänge sind gemacht. Der Gerichtshof hat für die UVP-Richtlinie 85/337/EWG in Delena-Wells (2004) bei fehlender Umweltverträglichkeitsprüfung für Aussetzung oder Kassation votiert.³ Einige andere Entscheidungen sind gefolgt.⁴ Einen Stimmungsumschwung haben diese Entscheidungen in der deutschen Rechtsprechung noch nicht bewirken können. Noch ist z.B. nicht erkannt, dass Art. 9 Abs. 2 UAbs. 1 Århus-Konvention und dem folgend die Richtlinie 2003/35/EG ein gerichtliches

³ EuGH (5. Kammer), Urt. v. 7.1.2004 – Rs. C-240/09 – Slg. 2004 I-723 - Delena Wells.

⁴ Vgl. z.B. EuGH (2. Kammer), Urt. v. 3.7.2008 - Rs. C-215/06 – Slg. 2008 I-04911 Rn. 49 - K/Irland; EuGH (3. Kammer), Urt. v. 25.7.2008 - Rs. C-142/07 – Slg. 2008 I-06097 Rn. 33 - Ecologistas en Acción – CODA; Schlussanträge der GAin Kokott vom 30.4.2008 - Rs. C-142/07 - Rn. 62.

Überprüfungsverfahren auch hinsichtlich der „verfahrensrechtlichen Rechtmäßigkeit“ öffnet. Das gilt *expressis verbis* auch für Individualklagen.

Die Judikate des EuGH sind noch zu rücksichtsvoll. Der Gerichtshof sollte die Frage der Kausalität der Verfahrensverletzung offensiver behandeln. Man muss deshalb „das Kind nicht mit dem Bade ausschütten“. Es genügt wahrscheinlich ein Schweremodell. Damit ist gemeint, dass wesentliche („substantielle“) Mängel im Umweltverfahrensrecht im gerichtlichen Verfahren nicht (mehr) geheilt werden können. Man kann auch an eine Beweislastumkehr denken. Denn die Missachtung verfahrensrechtlicher Positionen wirkt für den Bürger diskriminierend und frustrierend. Er kann nicht verstehen, dass die Missachtung des Verfahrensrechtes folgenlos bleiben soll. Ihm ist zuvor erklärt worden, das Verfahrensrecht diene der Qualitätssteigerung, die auch ihm zugute komme.

Ein systemimmanentes Argument kann helfen: Die unionsrechtlich vorgegebene umfangreiche Öffentlichkeitsbeteiligung kann im gerichtlichen Verfahren nicht (mehr) hergestellt werden. Zwei Faustregeln sollten u.a. gelten: Stützende Maßnahmen, die erst im Anschluss an eine Genehmigung getroffen wurden, sind stets unbeachtlich. Deutliche Mängel in der Beteiligung der Öffentlichkeit sind *prima facie* stets beachtlich.

These 5

Parallellauf von objektiven und subjektiven Rechtspositionen. a) Die grundlegende These des EuGH in der Entscheidung zum slowakischen Braunbären, nämlich eine Verletzung unionsrechtlichen (materiellen) Umweltrechtes muss im Grundsatz klagefähig sein, ist fortzusetzen und zu präzisieren (vgl. auch These 3).⁵ Es ist der mitgliedstaatlichen Integration des Umweltrechtes in der Union nicht förderlich, wenn objektive und klagebezogene Rechtslage zu deutlich auseinanderfallen. Die richterrechtlichen Schwierigkeiten, Art. 9 Abs. 3 Århus-Konvention nationalrechtlich justiziabel zu machen, sind zugegebenermaßen unverkennbar. Sie liegen auch in demokratiethoretischen Fragestellungen.

b) In Deutschland bahnt sich ein Streit darüber an, ob – und wenn ja, wie weit – zwischen nationalem Umweltrecht, nationalem Umweltrecht, das allgemeines Unionsrecht umsetzt, und unionsrechtlichem Umweltrecht zu unterscheiden ist. Diese Frage ist bedeutsam, weil das unionsrechtliche Umweltrecht sich in aller Regel als umsetzungsbedürftiges Richtlinienrecht darstellt. In der Erörterung der anstehenden Novellierung des deutschen Umweltverbandsklagerechtes ist diese Kontroverse sichtbar. Sie war auch der Entscheidung des EuGH zum slowakischen Braunbären inhärent.⁶

These 6

Inhaltliche gerichtliche Prüfungsintensität. Das deutsche Verwaltungsgericht nimmt hinsichtlich der Begründetheit eine Doppelprüfung vor. Soweit der Verwaltungsakt rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist, hebt das Gericht den Verwaltungsakt auf (vgl. § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Über die gerichtliche Prüfungsintensität oder Kontroll-dichte sagt das geschriebene Prozessrecht nichts. Soweit die Verwaltungsbehörde ermächtigt ist, nach ihrem Ermessen zu handeln, besteht eine reduzierte Prüfungs-kompetenz. Die Recht-

⁵ EuGH (Gr. Kammer), Urt. v. 8.3.2011 – Rs. C-240/09 - Lesoochranárske zoskupenie (Braunbären).

⁶ EuGH (Gr. Kammer), Urt. v. 8.3.2011 – Rs. C-240/09 - Lesoochranárske zoskupenie (Braunbären).

sprechung ist zu weiteren Begrenzungen gelangt, etwa bei sog. Beurteilungsspielräumen und Prognosen. Hier wird auf den autonomen Funktionswert der Exekutive verwiesen.

a) **Gefährdungslage.** Das Umweltrecht ist besonders gefährdet, durch weite Zugeständnisse an Beurteilungsspielräume und Prognosen an kontrollierbarer Effektivität zu verlieren. Eine wichtige Aufgabe wird daher künftig die genauere Beschreibung der inhaltlichen Prüfungsdichte sein. Ein unionsrechtlich geprägtes Prozessrecht, das die prozessualen Barrieren des Zugangs zwar abbaut, wird eine Integrationsleistung nicht erreichen, wenn in der inhaltlichen Beurteilung „Steine statt Brot“ gegeben werden. Dies sind die deutschen Vorbehalte. Es wird befürchtet, dass zugunsten eines erleichterten prozessualen Zugangs die materielle Kontroll-dichte gleichsam geopfert werden könnte. Drei deutsche „Baustellen“ sind hier beispielhaft anzuführen. Sie können die Situation auch unionsrechtlich exemplarisch beleuchten:

b) **Prüfungsprogramm der Århus-Konvention.** Art. 9 Abs. 2 UAbs. 1 Århus-Konvention und dem folgend die Richtlinie 2003/35/EG verlangt ein gerichtliches Überprüfungsverfahren, „um die materiell-rechtliche und verfahrensrechtliche Rechtmäßigkeit von Entscheidungen, Handlungen oder Unterlassungen anzufechten“. Der (deutsche) Text ist sprachlich etwas misslungen. Gemeint ist nicht, die materiell-rechtliche und verfahrensrechtliche Rechtmäßigkeit der Entscheidungen anfechten zu können. Es ist gerade umgekehrt. Es soll geprüft werden, ob die Entscheidungen materiell-rechtlich und verfahrensrechtlich rechtmäßig sind.

Hieran wird sich die Erörterung entzünden, ob gerichtliche Prüfkriterien alle Kriterien sind, welche die Rechtmäßigkeit einer Entscheidung stützen, also auch alle nationalen Regelungen, die keinen unmittelbaren Bezug zum Umweltrecht haben, oder ob dies nur umweltrechtsbezogene Kriterien oder ob dies vielleicht nur unionsrechtlich geprägte Kriterien sind. Die deutsche Literatur diskutiert dies bereits. Beispiel: Kann eine Entscheidung nach Maßgabe des Unionsprozessrechts angegriffen werden, die zwar die Umweltverträglichkeitsprüfung korrekt durchgeführt hat, aber deutsches Naturschutzrecht verletzt? Noch deutlicher: Kann eine Entscheidung nach Maßgabe des Unionsprozessrechts angegriffen werden, die zwar die Umweltverträglichkeitsprüfung korrekt durchgeführt hat, aber deutsches Denkmalschutzrecht verletzt?

c) **Beurteilungsspielraum.** Wann ein Beurteilungsspielraum, der intensiver gerichtlicher Kontrolle verschlossen ist, gegeben ist, liegt nicht von vornherein fest. Die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entwickelt den Gedanken, dass dies die Administration nicht kraft eigener Erklärung bestimmen darf, sondern idealiter der Gesetzgeber. Nach deutscher Verfassungsrechtslage ist die Frage unweigerlich mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG gekoppelt, also mit den Bedingungen eines tatsächlich effektiven Rechtsschutzes. Dieses setzt wiederum die Verletzung subjektiver Rechte voraus. Man nähert sich ersichtlich einem Zirkel.

Der deutsche Gesetzgeber hat im Bereich der Umweltverträglichkeitsprüfung ausdrücklich eine Reduktion der gerichtlichen Prüfung normiert. In § 3a Satz 4 UVPG 2006 heißt es:

„Beruht die Feststellung, dass eine UVP unterbleiben soll, auf einer Vorprüfung des Einzelfalls nach § 3c, ist die Einschätzung der zuständigen Behörde in einem gerichtlichen Verfahren betreffend die Entscheidung über die Zulässigkeit des Vorhabens nur darauf zu überprüfen, ob die Vorprüfung entsprechend den Vorgaben von § 3c durchgeführt worden ist und **ob das Ergebnis nachvollziehbar ist.**“

Nachvollziehbarkeit im Sinne dieser Vorschrift bedeutet wohl, dass das Ergebnis der behördlichen Prognose durch ein Gericht nicht auf materielle Richtigkeit, sondern lediglich auf Plausibilität zu überprüfen ist. Das kann vieles sein und öffnet rhetorischen Fähigkeiten der Behörde auch Tür und Tor.

Wenn dieses „deutsche“ Muster auf unionsrechtlicher Ebene Schule macht, münden die Bemühungen um einen prozessualen Schutz subjektiver Rechte im Umweltschutz in eine Sackgasse. Das wird sich bei der (deutschen) Umweltverbandsklage alsbald zeigen. Der deutsche Gesetzgeber hat in § 4 Abs. 1 Umweltrechtsbehelfsgesetz (2006) das Fehlen jeglicher Vorprüfung oder Umweltverträglichkeitsprüfung als eine kassationswürdige Entscheidung beurteilt. Er folgt damit zwar dem Urteil des EuGH in Sachen Delena Wells. Das ist lobenswert. Die grob fehlerhafte Vorprüfung muss sich dagegen dem Nadelöhr des § 3a Satz 4 UVP stellen. Das hat alle Anzeichen eines Unterlaufens der Zielsetzung der UVP-RL 85/337/EWG, insbesondere bei einer unzureichenden Beteiligung der Öffentlichkeit.⁷

These 7

Neue prozessuale Fragestellungen: Aktionsplanung. Das Unionsrecht entwickelt im „Aktionsplan“ ein neues Rechtsinstitut. Das gilt für die Luftqualität nach RL 2008/50/EG, ehemals RL 96/62/EG (Luftreinhaltepläne) und für den Lärm nach RL 2002/40/EG (Lärmaktionspläne). Das ist begrüßenswert. Das Institut hat Zukunft. Es wird aber darauf ankommen, diese Aktionspläne im Sinne subjektiver Rechtspositionen materiell-rechtlich und verfahrensrechtlich auszudeuten. Der EuGH hat dies für die Luftreinhalteplanung 2008 bereits begonnen.⁸ Der im Plan begründeten Verpflichtung korrespondiert ein Anspruch Drittbetroffener auf Planerfüllung. Dies gilt auch für Verkehrsverbote oder -beschränkungen. Sieht ein Luftreinhalte- oder Aktionsplan insoweit konkrete Maßnahmen vor, so sollte die Umsetzung auch gerichtlich erzwungen werden können.

Die vorhandene Judikatur wird zu verfeinern sein. Sie sollte – sobald sich dem EuGH die prozessuale Möglichkeit dafür bietet – alsbald auf die Lärmaktionsplanung übertragen werden. In der Umgebungslärm-RL 2002/49/EG heißt es, die Ergebnisse der Mitwirkung der rechtzeitigen und effektiven Beteiligung der Öffentlichkeit seien zu „berücksichtigen“. Was heißt das? Kann geklagt werden, wenn die Berücksichtigung unterblieb? Es sollte darüber nachgedacht werden, dem Bürger auch einen verfahrensrechtlichen Anspruch auf Aufstellung und wirksame Durchführung derartiger Pläne zu geben. Ein an sich denkbare Vertragsverletzungsverfahren ist zu aufwendig und hilft dem betroffenen Bürger aktuell kaum. Der einzelne Kläger übernimmt hier – sachnäher – die Funktion einer dezentralen Vollzugskontrolle des Unionsrechtes. In jedem Falle: Dem EuGH wird auch in diesem Bereich die notwendige Leitungsarbeit nicht ausgehen.

These 8

⁷ Nach Art. 4 Abs. 4 RL 337/85/EWG stellen die Mitgliedstaaten sicher, „dass die gemäß Absatz 2 getroffenen Entscheidungen der zuständigen Behörden der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden“. Das BVerwG hat angenommen, das Fehlen der Unterrichtung einer erst während des Rechtsstreits vorgenommenen, negativ verlaufenen Vorprüfung sei unschädlich (vgl. BVerwG, Urt. v. 20.8.2008 - 4 C 11.07 - BVerwGE 131, 352 Rn. 40).

⁸ EuGH (2. Kammer), Urt. v. 25.7.2008 – Rs. C-237/07 – Slg. 2008 I-6221 - Janecek vs. Freistaat Bayern.

Zum Abschluss: Die Judikatur des EuGH zur Vogelschutz-RL 79/409/EWG und FFH-RL 92/43/EG kann als eine beispielgebende Erfolgsgeschichte beurteilt werden. Es gibt noch andere Beispiele.

Im Jahr 1748 schrieb einer der ersten modernen Handlungstheoretiker, der Baron de Montesquieu in seinem zentralen Werk „Vom Geist der Gesetze“ sinngemäß: „Freiheit existiert nur dann, wenn Legislative, Exekutive und Judikative in einem gemäßigten Regierungssystem strikt voneinander getrennt sind“. Ja, so ist es. Der begnadete Aufklärer sah das Individuum in den Zwängen der verordneten Unmündigkeit. Wir sehen den Einzelnen heute auch in der Abhängigkeit von seiner Umwelt. Aus ihr kann er sich mit eigener Kraft nicht befreien. Er ist auf Hilfe angewiesen, auch durch die der Gerichte, insbesondere des EuGH. Die Dinge haben sich gewandelt.