

Würzburg¹

Annastraße 28 • 97072 Würzburg
Telefon 0931-46046-0
Telefax 0931-730442-47
info@baumann-rechtsanwaelte.de

Leipzig²

Harkortstraße 7 • 04107 Leipzig
Telefon 0341-149697-60
Telefax 0341-730442-47
leipzig@baumann-rechtsanwaelte.de

Hannover²

Lavesstraße 79 • 30159 Hannover
Telefon 0511-220053-46
Telefax 0511-220053-47
hannover@baumann-rechtsanwaelte.de

1 Hauptsitz 2 Zweigstelle

Kanzlei-Homepage

www.baumann-rechtsanwaelte.de

STELLUNGNAHME

zum Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung von verwaltungsgerichtlichen Verfahren im Infrastrukturbereich

BT-Drucksache 20/5165

BR-Drucksache 640/22

RAin Dr. iur. Franziska Heß
Fachanwältin für Verwaltungsrecht
Baumann Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB
Harkortstraße 7 • 04107 Leipzig
Telefon 0341-149697-60
hess@baumann-rechtsanwaelte.de

Ich teile vorab gemäß § 70 Abs. 6 Satz 3 GO-BT mit, dass ich als Rechtsanwältin und Fachanwältin für Verwaltungsrecht sowohl anerkannte Umwelt- und Naturschutzvereinigungen als auch Städte und Gemeinden sowie Privatpersonen und Unternehmen anwaltlich berate und vertrete. Die vorliegende Gesetzentwurf betrifft die Interessen meiner Mandanten und Mandantinnen und meine anwaltliche Tätigkeit.

Zum Gesetzentwurf in BT-Drucksache 20/5165 gebe ich folgende Stellungnahme ab:

Zum Gesetzentwurf in der Fassung des Referentenentwurfs habe ich bereits am 7. September 2022 im Auftrag des Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland e.V. (BUND) eine schriftliche Stellungnahme erarbeitet, die ich als **Anlage** beifüge und auf die ich weitgehend zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug nehme.

Die BT-Drucksache 20/5165 übernimmt den Referentenentwurf mit nur wenigen Änderungen, die nicht geeignet sind, die in meiner Stellungnahme vom 7. September 2022 ausführlich dargelegten unionsrechtlichen und verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die geplanten Eingriffe in das bestehende Eilrechtsschutzsystem auszuräumen. Die vorliegende Stellungnahme beschränkt sich auf die im Gesetzentwurf der Bundesregierung vorgenommenen Änderungen gegenüber dem Referentenentwurf.

Vorab möchte ich klarstellen, dass – wie der Großteil der übrigen Sachverständigen ebenfalls betont – die Ursachen der langen Verfahrensdauer an anderer Stelle und hier vor allem im Verwaltungsverfahren liegen. Speziell die Dauer der Verfahren bei den Oberverwaltungsgerichten und beim BVerwG kann nicht durch Eingriffe in die Handhabung der Verfahren durch die Richterinnen und Richter, sondern schlicht durch eine bessere personelle und technische Ausstattung der Gerichte effektiv verkürzt werden. Auf die ausführliche Schilderung des praktischen Ablaufs eines gerichtlichen Verfahrens in der Stellungnahme der Sachverständigen Prof. Dr. Bick nehme ich Bezug. Es ist bedauerlich, dass ausweislich des Gesetzentwurfs ein weiteres Mal die eigentlichen Ursachen der Verzögerung von Verfahren nicht angegangen werden, auf meine diesbezüglichen Ausführungen auf S. 1 ff. der Anlage verweise ich.

Zu den (geänderten) Bestimmungen im Einzelnen:

I. § 80c Abs. 2 VwGO-E

Nach § 80c Abs. 2 VwGO-E kann das Gericht einen Mangel des angefochtenen Verwaltungsaktes außer Acht lassen, „wenn offensichtlich ist, dass dieser in absehbarer Zeit behoben sein wird.“ Satz 2 enthält dann eine nicht abschließende Auflistung („insbesondere“) der Art der Mängel, wobei eine Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften oder Abwägungs-

mängel erfasst sein sollen. Nach dem mit der Drucksache 20/5165 neu eingefügten Satz 3 gilt Satz 1 „nicht für Verfahrensfehler gemäß § 4 Absatz 1 des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes“.

Damit wird zwar den bereits in meiner Stellungnahme vom 7. September 2022 (dort S. 8 ff.) formulierten Bedenken zur Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht Rechnung getragen, soweit es um schwerwiegende Verfahrensfehler geht. Nach wie vor ist aber eine Außerachtlassung schwerwiegender materieller Verstöße gegen das nationale und europäische Umweltrecht nach § 80c Abs. 2 VwGO und schwerwiegender Abwägungsmängel möglich und der Entwurf damit unionsrechtswidrig und zudem verfassungswidrig.

Ein Beispiel:

Wir nehmen an, es klagt eine anerkannte Umweltvereinigung gegen einen straßenrechtlichen Planfeststellungsbeschluss für den Neubau einer Bundesautobahn, für deren Trasse der prioritäre Lebensraumtyp 91E0* in einem FFH-Gebiet beseitigt werden soll. Im Verfahren wurde eine FFH-Verträglichkeitsprüfung durchgeführt und eine habitatschutzrechtliche Ausnahme erteilt, beide leiden aber an schwerwiegenden inhaltlichen Mängeln, weil der tatsächliche Eingriff in den Lebensraumtyp unterschätzt und das Erfordernis der Anordnung wirksamer Kohärenzsicherungsmaßnahmen ebenso verkannt wurde wie das mögliche Bestehen kleinräumiger Trassenalternativen zur Vermeidung des Eingriffs in das FFH-Gebiet. In diesem Fall liegt kein Verfahrensfehler vor, weil eine Verträglichkeitsprüfung durchgeführt wurde und eine Ausnahme erteilt wurde, dafür aber erhebliche materielle Mängel durch Verletzung von § 34 Abs. 3 und 4 BNatSchG i.V.m. Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-Richtlinie. Diese Mängel sind nach der Rechtsprechung heilbar dadurch, dass die Mängel der Verträglichkeits- und Ausnahmeprüfung beseitigt werden und neu über die Zulassung des Vorhabens in diesem Punkt entschieden wird. Über § 80c Abs. 2 VwGO-E wären diese Mängel unbeachtlich, der Bau der Autobahn könnte beginnen und der Lebensraumtyp, der als schwer bis gar nicht wiederherstellbar gilt, könnte beseitigt werden. Ergibt dann das behördliche Heilungsverfahren, dass etwa durch kleinräumige Umplanung des Trassenverlaufs eine Vermeidung der Inanspruchnahme des Lebensraumtyps notwendig und auch geboten ist, wäre ein irreparabler Umweltschaden eingetreten. Genau aus diesem Grund darf ein Vorhaben nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH nicht ausgeführt werden, solange nicht den Anforderungen etwa der FFH-Richtlinie genüge getan wurde. Dasselbe gilt für sonstige unionsrechtliche Umweltvorgaben (etwa die Vogelschutzrichtlinie, die WRRL oder die IED-Richtlinie).

Insofern muss auch berücksichtigt werden, dass die bisher von den Gerichten in Beachtung des Grundsatzes der Planerhaltung nach § 75 Abs. 1a VwVfG im Hauptsacheverfahren ausgesprochene Feststellung der Rechtswidrigkeit und Nichtvollziehbarkeit einer Planungsentscheidung (anstatt der

„radikalen“ Folge der Kassation und damit Aufhebung der Entscheidung gemäß § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO) genau diesen Anforderungen des Unionsrechts Rechnung trägt. Denn der EuGH geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass Verstöße gegen verfahrensrechtliche oder materiell-rechtliche Vorschriften des europäischen Umweltrechts zwar geheilt werden können, dies aber an die Bedingung geknüpft ist, dass entweder eine Rücknahme oder eine Aussetzung der rechtswidrig erteilten Genehmigung erfolgt (vgl. nur EuGH, Urteil vom 07.01.2004 - Rs. C-201/02, Rn. 65 – seitdem ständige Rechtsprechung). Folglich ist eine nationale Bestimmung wie § 80c Abs. 2 VwGO-E, die es einem Gericht gestattet, sehenden Auges den Vollzug einer Zulassungsentscheidung zu gestatten, die an schwerwiegenden materiellen Mängeln leidet, zweifelsfrei unionsrechtswidrig. Die von dem Sachverständigen Prof. Dr. Wysk vorgeschlagene Ausweitung dieses Gedankens, die er im Übrigen unter ausdrücklicher Außerachtlassung verfassungs- und unionsrechtlicher Bedenken vorgeschlagen hat, auch auf das Hauptsacheverfahren, ist es erst recht.

Im Übrigen schließe ich mich den Bedenken, die sich aus der BR-Drucksache 640/1/22 ergeben ebenso an wie den diesbezüglichen Ausführungen der Sachverständigen Prof. Dr. Bick.

II. § 87c-E

Ergänzend zu meiner Stellungnahme vom 7. September 2022 möchte ich nur bemerken, dass der Gesetzgeber gut daran täte, hier in besonderem Maße die Stellungnahmen derjenigen Sachverständigen zu berücksichtigen, die als Vertreter der Gerichtsbarkeit aus ihrer praktischen Erfahrung heraus am besten beurteilen können, ob die vorgeschlagenen Regelungen zur Priorisierung von Verfahren und zum frühzeitigen Erörterungstermin geeignet sind, den mit dem Entwurf intendierten Beschleunigungseffekt zu erzielen.

Wie sich aus den Stellungnahmen von Prof. Dr. Bick, von Prof. Dr. Wysk und von Dr. Scheffczyk ergibt (die Stellungnahmen der übrigen Sachverständigen aus der Richterschaft lagen bei Fertigstellung des vorliegenden Papiers noch nicht vor), ist dies nicht der Fall, sondern der gegenteilige Effekt, nämlich eine Verzögerung der Verfahren ist zu erwarten. Aus meiner anwaltlichen Praxis kann ich im Übrigen bestätigen, dass sowohl das BVerwG als auch die Oberverwaltungsgerichte die Möglichkeit eines Erörterungstermins bereits jetzt in den Verfahren nutzen, in denen dies konkret zur Abschichtung und Beschleunigung des Gerichtsverfahrens in Betracht kommt. Der vorgeschlagene zeitlich fest fixierte Erörterungstermin wird auch nach meiner Einschätzung letztlich nur die von den genannten Sachverständigen hierfür prophezeiten negativen Folgen und eine Verzögerung des gerichtlichen Verfahrens zur Folge haben.

Soweit von der Sachverständigen Prof. Dr. Zenke vorgeschlagen wird, ganz generell die Besetzung der Gerichte auf 3 Berufsrichter für alle Verfahren festzulegen, meine ich, dass der Gesetzgeber auch hier die Signale aus der Richterschaft ernst nehmen und das vorliegende Verfahren keinesfalls zum Anlass nehmen sollte, generell und für alle Fälle die Besetzung des BVerwG mit 3 Berufsrichtern auszugestalten. Vielmehr wird aus den Stellungnahmen aus der Richterschaft deutlich, dass insoweit gerade den Senaten am BVerwG mehr Flexibilität im Einzelfall eingeräumt werden sollte, indem auch beim BVerwG in einfach gelagerten Fällen eine Einzelrichterentscheidung nach dem Vorbild des § 6 VwGO oder eine Entscheidung mit 3 Berufsrichtern eröffnet wird.

III. § 6 UmwRG-E

Die BT-Drucksache 20/5165 ergänzt gegenüber dem Referentenentwurf die Einfügung einer neuen Regelung in § 6 UmwRG, wonach der Beklagte innerhalb einer Frist von zehn Wochen ab Zustellung der Klagebegründung schriftlich zu erwidern hat. Auch diese Frist ist präklusionsbewehrt.

Die gegen diesen Vorschlag von einigen Sachverständigen vorgetragene Kritik kann ich nur teilweise teilen:

Soweit ausgeführt wird, dass Behörden regelmäßig bereits nach derzeitiger Rechtslage von den Gerichten eine Frist zur Klageerwidern gesetzt bekommen, die derjenigen der Klagebegründungsfrist entspricht, entspricht dies nicht meiner Erfahrung, insbesondere an den Verwaltungs- und Oberverwaltungsgerichten. In den von mir geführten Verfahren wurden bisher teilweise gar keine Fristen für die Behörde oder den Beigeladenen gesetzt oder diese betrug häufig einen längeren Zeitraum als 10 Wochen. Auch Fristverlängerungsanträgen wird regelmäßig stattgegeben. Als Beispiel hierfür mag ein straßenrechtliches Klageverfahren aus Herbst 2022 an einem Oberverwaltungsgericht dienen, in dem es um ein Vorhaben des vorrangigen Bedarfs geht und in dem von Klägerseite bis Mitte Oktober 2022 eine Klagebegründung vorzulegen war. Die Frist für die Vorlage der Klageerwidern wurde vom Gericht zuletzt auf Ende März 2023 verlängert.

Aus hiesiger Sicht kann der Beschleunigungsgedanke, welcher der Klagebegründungsfrist zugrunde liegt, nur dann verwirklicht werden, wenn Beklagten- und Beigeladenenseite ebenfalls durch entsprechende Fristsetzungen gehalten sind, zur Beschleunigung des gerichtlichen Verfahrens beizutragen. Hierbei kann durchaus differenziert werden zwischen dem prozessualen Vortrag der Behörde einerseits und dem verwaltungsbehördlichen Handeln auf der anderen Seite. Soweit die Behörde auf eine Klage hin im Laufe des Verfahrens feststellt, dass sie erkannte Fehler ihrer Entscheidung heilen möchte, etwa durch Planergänzung oder ein parallel zum

Gerichtsverfahren durchgeführtes ergänzendes Verfahren, dürfte dies von vornherein nicht von der Frist erfasst werden. Soweit geltend gemacht wird, es bestünde die Gefahr, dass die Behörde einzelne Punkte aus der Klagebegründung übersehen könnte, die dann als zugestanden gelten würden, so ist dem entgegenzuhalten, dass dies umgekehrt der Klägerseite genauso gehen kann. Wird bei Erstellung der Klagebegründung in den umfangreichen Planungsunterlagen ein Aspekt übersehen, ändert dies nichts daran, dass dieser Punkt später nicht mehr geltend gemacht werden kann, da von der Klägerseite erwartet wird, dass die Planunterlagen vollumfänglich durchdrungen werden. Das Übersehen von Punkten ist eben kein Entschuldigungsgrund für das verspätete Vorbringen.

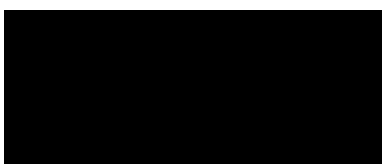
Nachvollziehbar ist die Kritik an der Beklagtenerwiderungsfrist für mich unter zwei Gesichtspunkten:

Erstens müsste die Regelung, wenn sie wirken soll, auch auf den Beigeladenen erstreckt werden. Wieso dieser gegenüber der Klägerseite eine privilegierte Stellung genießen soll, ist nicht verständlich. Im Übrigen trifft die Kritik an einer präklusionsbewehrten Erwiderungsfrist, die von einigen Sachverständigen speziell mit Bezug auf die Rolle der beklagten Behörde im Verfahren formuliert wurde, für den Beigeladenen von vornherein nicht zu.

Zweitens ist aus meiner Sicht der Einwand nachvollziehbar, dass für das Gericht gerade die Erläuterungen der Beklagtenseite von besonderer Wichtigkeit sind, weil Kritikpunkte der Kläger mitunter erst unter Hinzuziehung der Erwiderung verständlich sind oder ihre Berechtigung erst geprüft werden kann, nachdem der Beklagte die angegriffene Untersuchung, Modellierung etc. erläutert hat. Dem könnte aber dadurch Rechnung getragen werden, dass eine Erläuterung der planfestgestellten Unterlagen auch außerhalb der Klageerwiderungsfrist durch die Behörde zulässig bleibt. Wenn das Gericht Fragen an die Beteiligten stellt, sollen sie beantwortet werden, das ist jetzt auch schon so.

Ohne entsprechende Fristsetzungen auch für die Behörde und den Beigeladenen sind aus meiner Sicht die prozessualen Lasten letztlich jedenfalls einseitig auf die Klägerseite verlagert, was nach meinem Verständnis dem Gebot der Waffengleichheit widerspricht.

Leipzig, den 20. Januar 2023



RAin Dr. iur. Franziska Heß
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Würzburg¹

Annastraße 28 • 97072 Würzburg
Telefon 0931-46046-0
Telefax 0931-730442-47
info@baumann-rechtsanwaelte.de

Leipzig²

Harkortstraße 7 • 04107 Leipzig
Telefon 0341-149697-60
Telefax 0341-730442-47
leipzig@baumann-rechtsanwaelte.de

Hannover²

Lavesstraße 79 • 30159 Hannover
Telefon 0511-220053-46
Telefax 0511-220053-47
hannover@baumann-rechtsanwaelte.de

1 Hauptsitz 2 Zweigstelle

Kanzlei-Homepage

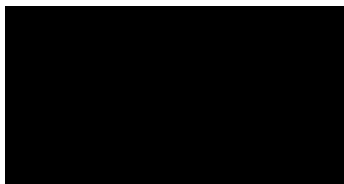
www.baumann-rechtsanwaelte.de

ST E L L U N G N A H M E

zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz

Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung von verwaltungsgerichtlichen Verfahren im Infrastrukturbereich

Leipzig, den 7. September 2022



RAin Dr. iur. Franziska Heß
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Der Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland e.V. (BUND e.V.) hat die Kanzlei Baumann Rechtsanwälte beauftragt, eine Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz zum

Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung von verwaltungsgerichtlichen Verfahren im Infrastrukturbereich

zu erarbeiten. Die Stellungnahme wird hiermit vorgelegt.

I. Vorbemerkung

Seit nunmehr gut 30 Jahren versucht der Gesetzgeber, verwaltungsrechtliche und verwaltungsgerichtliche Verfahren im Infrastrukturbereich zu beschleunigen. Die Beschleunigungsbemühungen haben bisher in erster Linie Verkürzungen und Beschränkungen sowohl der Beteiligungsrechte der Öffentlichkeit einschließlich der anerkannten Umwelt- und Naturschutzvereinigungen im Rahmen des Verwaltungsverfahrens zum Gegenstand gehabt, die teils auf massive unionsrechtliche Bedenken getroffen sind (vgl. etwa die sog. materielle Präklusion im Gerichtsverfahren bei Versäumung der Rüge bestimmter Belange im Rahmen des Verwaltungsverfahrens, für unionsrechtswidrig erachtet mit Urteil des EuGH vom 15.10.2015, C-137/14).

Daneben hat der Gesetzgeber vor allem dadurch versucht, eine Verfahrensbeschleunigung zu erreichen, indem er vorgesehen hat, die „Haltbarkeit“ von Verwaltungsentscheidungen zu erhöhen und die Rechtsschutzmöglichkeiten der betroffenen Öffentlichkeit einzuschränken (vgl. etwa die Bestimmungen im VwVfG und im UmwRG zur Nachholbarkeit versäumter Verfahrenshandlungen durch die Behörde, zur Unbeachtlichkeit von formellen und materiellen Mängeln, zur Heilung von formellen und materiellen Mängeln, zur Unbeachtlichkeit und Heilbarkeit von Abwägungsmängeln, zur Aussetzung des gerichtlichen Verfahrens zum Zwecke der Fehlerheilung, zur erstinstanzlichen Zuständigkeit der Oberverwaltungsgerichte und des Bundesverwaltungsgerichts zur Verkürzung des Instanzenzuges, zur Klagebegründungsfrist in Umweltsachen mit der Folge der materiellen Präklusion im Prozess und weitere mehr).

Trotz der Schaffung dieses veritablen Sonderrechts für den Bereich des Umweltrechtsschutzes, dessen Unions- und Völkerrechtskonformität bereits unter Geltung der aktuellen Regelungen umstritten ist, ist nicht erkennbar, dass die bisherigen Mittel und Regelungen tatsächlich einen beschleunigenden Effekt gebracht hätten. Der Koalitionsvertrag der aktuellen Regierung ließ hoffen, dass die neue Regierung gewillt sein könnte, sich ernsthaft und grundlegend mit den tatsächlichen Ursachen der Verfahrensverzögerungen auseinanderzusetzen. Beschleunigende Effekte sind über weitere Erschwerungen des Rechtsschutzes und der Beteiligung der Öffentlichkeit nicht zu erzielen.

Trotzdem sucht der hier kommentierte Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz für den Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung von verwaltungsgerichtlichen Verfahren im Infrastrukturbereich erneut sein Heil in Beschränkungen der Rechtsschutzmöglichkeiten der betroffenen Öffentlichkeit und zwar in einer Art und Weise, die grundrechtlichen, völkerrechtlichen und unionsrechtlichen Vorgaben spottet und gefestigte Rechtsschutzgarantien weitgehend beseitigen soll.

Der Gesetzesentwurf ist deshalb weit überwiegend bereits deshalb abzulehnen, weil die Beschleunigungsnovellen der letzten Jahrzehnte klar gezeigt haben, dass Verkürzungen der Rechtsschutzmöglichkeiten keinerlei relevante Beschleunigungswirkung haben.

Dies vorausgeschickt, nehmen wir zu den einzelnen Regelungen wie folgt Stellung:

II. Art. 1 Nr. 1 – Änderung § 50 Abs. 1 VwGO

Die Änderung dient der leichteren Auffindbarkeit der Zuständigkeiten und stellt mithin eine Rechtsvereinfachung dar. Hiergegen ist nichts einzuwenden.

III. Art. 1 Nr. 2 - Ergänzung in § 80b Abs. 3 VwGO

In § 80b Absatz 3 wird die Angabe „§ 80a“ durch die Wörter „die §§ 80a und 80c“ ersetzt. Es handelt sich ausweislich der Begründung um eine Folgeänderung zur Einfügung des neuen § 80c VwGO (siehe nachfolgend Nummer 3). Durch die Aufnahme des neuen § 80c VwGO in § 80b Absatz 3 VwGO soll sichergestellt werden, dass die im neuen § 80c VwGO dargelegten Grundsätze auch im Rahmen der gerichtlichen Prüfung über die Anordnung zur Fortdauer der aufschiebenden Wirkung gelten.

Zu § 80c VwGO wird nachfolgend Stellung genommen. Die dort dargelegte Verfassungs-, Völkerrechts- und Unionsrechtswidrigkeit des geplanten § 80c VwGO gilt auch für die hier in Rede stehende Verweisung. Denn die grundlegenden Bedenken, denen sich § 80c VwGO ausgesetzt sieht, gelten auch für die Prüfung einer Anordnung zur Fortdauer der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs.

IV. Art. 1 Nr. 3 - Einführung eines neuen § 80c VwGO

In der Begründung wird ausgeführt, dass die Regelungen bewirken sollen,

dass der vorläufige Vollzug besonders bedeutsamer und äußerst dringlicher Infrastrukturvorhaben so weitgehend wie möglich zugelassen wird.

Bereits diese Begründung ist nicht nachvollziehbar und rechtfertigt nicht annähernd den schwerwiegenden Grundrechtseingriff in unionsrechtlich, völkerrechtlich und verfassungsrechtlich begründete prozessuale Rechtspositionen, die der Gesetzgeber hier im Sinn hat. Im Einzelnen:

1. Zu Absatz 1

Die Begründung spricht von „besonders bedeutsamen und äußerst dringlichen Infrastrukturvorhaben“, zugleich wird der Anwendungsbereich des § 80c VwGO aber so weit gefasst, dass praktisch alle Infrastrukturvorhaben, die in die Zuständigkeit der Oberverwaltungsgerichte fallen (mit Ausnahme von atomrechtlichen Verfahren), eingeschlossen sind.

Ein Blick in den Katalog des § 48 Abs. 1 Nr. 3 bis 15 VwGO mag dies verdeutlichen:

Eingeschlossen sind alle Rechtsschutzverfahren gegen die Errichtung, den Betrieb und die Änderung von Kraftwerken mit Feuerungsanlagen für feste, flüssige und gasförmige Brennstoffe mit einer Feuerungswärmeleistung von mehr als dreihundert Megawatt (§ 48 Abs. 1 Nr. 3 VwGO), also alle Braun- und Steinkohle sowie Gaskraftwerke.

Eingeschlossen sind danach auch die Errichtung, der Betrieb und die Änderung von Anlagen zur Nutzung von Windenergie an Land mit einer Gesamthöhe von mehr als 50 Metern (nicht aber kleinere Anlagen, § 48 Abs. 1 Nr. 3a VwGO) sowie alle Verfahren im Zusammenhang mit der Errichtung, dem Betrieb und der Änderung von Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen im Sinne des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes ab einer Feuerungswärmeleistung von 50 Megawatt.

In den Geltungsbereich gehören weiter alle Planfeststellungsverfahren gemäß § 43 des Energiewirtschaftsgesetzes, soweit nicht die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts nach § 50 Absatz 1 Nummer 6 begründet ist (§ 48 Abs. 1 Nr. 4 VwGO). Welche feinsinnige Differenzierung das Bundesministerium der Justiz dazu getrieben hat, insoweit die dem BVerwG zugewiesenen Verfahren nicht auch noch unter § 80c VwGO fallen zu lassen, wird sein Geheimnis bleiben.

Ähnliches gilt, soweit nach § 48 Abs. 1 Nr. 4a VwGO auch Planfeststellungsverfahren für die Errichtung, den Betrieb und die Änderung von Einrichtungen nach § 45 Absatz 1 des Windenergie-auf-See-Gesetzes, soweit nicht die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts nach § 50 Absatz 1 Nummer 6 begründet ist, eingeschlossen sind.

Während mit Blick auf die Klimakrise und die aktuellen Herausforderungen aufgrund des Ukrainekrieges Verständnis dafür aufgebracht werden kann, dass der Gesetzgeber für die unter § 48 Abs. 1 Nr. 3 bis 4a VwGO gelisteten Vorhaben eine möglichst schnelle Verwirklichung anstrebt, ist der Einschluss der weiteren, in § 48 Abs. 1 Nr. 5 bis 15 VwGO aufgelisteten Vorhaben schlicht und ergreifend absurd. § 80c VwGO höhlt die Garantien des effektiven Rechtsschutzes in einem bisher nie dagewesenen Umfang aus (dazu nachfolgend noch ausführlich) und der Gesetzgeber beabsichtigt dies offenbar ohne Not auch für den Rechtsschutz gegen solche Vorhaben, an deren besonders rascher Verwirklichung auch bei formeller oder materieller Rechtswidrigkeit offenkundig kein besonderes öffentliches Interesse bestehen kann:

So soll § 80c VwGO auch für alle Rechtsbehelfe, die in Verfahren für die Errichtung, den Betrieb und die wesentliche Änderung von ortsfesten Anlagen zur Verbrennung oder thermischen Zersetzung von Abfällen mit einer jährlichen Durchsatzleistung (effektive Leistung) von mehr als einhunderttausend Tonnen und von ortsfesten Anlagen, in denen ganz oder teilweise Abfälle im Sinne des § 48 des Kreislaufwirtschaftsgesetzes gelagert oder abgelagert werden (§ 48 Abs. 1 Nr. 5 VwGO). Dass Abfallverbrennungsanlagen, thermische Abfallbehandlungsanlagen oder Deponien auch dann ganz rasch gebaut werden müssten, wenn die diesbezügliche behördliche Zulassungsentcheidung an formellen Mängeln oder an Abwägungsfehlern leidet, ist nicht ansatzweise erkennbar. Der Gesetzgeber will hier das faktische Ende des Eilrechtsschutzes im Abfallrecht einführen und zwar nur zu Lasten der negativ von den Vorhaben Betroffenen.

Dass mit Blick auf die Verfehlung der Ziele nach Anlage 2 des Klimaschutzgesetzes durch den Verkehrssektor das Anlegen, die Erweiterung oder Änderung und der Betrieb von Verkehrsflughäfen und von Verkehrslandeplätzen mit beschränktem Bauschutzbereich in so hohem öffentlichen Interesse stehen soll, dass etablierte grundrechtliche Verbürgungen des effektiven Eilrechtsschutzes nahezu vollständig ausgehebelt werden, ist nicht ansatzweise begründbar. Unter die Regelung fallen nicht nur alle wesentlichen Änderungen von Verkehrsflughäfen, sondern auch alle Betriebszeitausweisungen und die Festlegung oder Änderung von Flugrouten. Betroffenen Bürgern und Verbänden wird zugemutet, dass all diese Vorhaben auch dann unbedingt sofort umgesetzt werden sollen, wenn sie an formellen Fehlern oder an Abwägungsmängeln leiden. Damit wird Rechtsschutz

im gesamten Luftverkehrsrecht für Bürger*innen und Verbände an so hohe Hürden geknüpft, dass hiermit das Ende des Eilrechtsschutzes im gesamten Luftverkehrsrecht eingeläutet wird.

Gleiches gilt für das gesamte Eisenbahnrecht, denn eingeschlossen sind nach § 48 Abs. 1 Nr. 7 VwGO auch alle Planfeststellungsverfahren für den Bau oder die Änderung der Strecken von Straßenbahnen, Magnetschwebebahnen und von öffentlichen Eisenbahnen sowie für den Bau oder die Änderung von Rangier- und Containerbahnhöfen.

Der aktuelle Bundesverkehrswegeplan 2030, der noch unter der Vorgängerregierung verabschiedet wurde, sieht bis 2030 über 900 Neu- und Ausbauprojekte für Bundesfernstraßen vor. Der BVWP legt in seinen Zielsetzungen weder die geltenden Ziele des Klimaschutzgesetzes noch überhaupt das Ambitionsniveau des Pariser Klimaabkommens zugrunde und befindet sich insoweit in schlechter Gesellschaft mit dem vom derzeitigen Verkehrsminister vorgelegten Sofortprogramm zum Klimaschutz im Verkehrssektor, dem der Expertenrat für Klimaschutzfragen die Note 6 gegeben hat. Trotzdem sollen praktisch alle Straßenbauvorhaben in § 80c VwGO mit einbezogen werden, denn Planfeststellungsverfahren für den Bau oder die Änderung von Bundesfernstraßen und Landesstraßen sind in § 48 Abs. 1 Nr. 8 VwGO aufgelistet. Wird also eine Autobahn, eine Bundesstraße oder eine Landesstraße oder eine Änderung solcher Straßen unter Verstoß gegen artenschutzrechtliche, habitatschutzrechtliche, wasserrechtliche Vorschriften oder unter Verletzung formeller Beteiligungsrechte zugelassen, darf nach dem Willen des Gesetzgebers eine solche Straße trotzdem erst einmal gebaut werden, weil all diese Fehler heilbar sind und damit ein Eilantrag gegen die Verwirklichung des Projekts damit notwendig scheitern muss.

Dasselbe gilt dann für alle Planfeststellungsverfahren für den Neubau oder den Ausbau von Bundeswasserstraßen (§ 48 Abs. 1 Nr. 9 VwGO), und alle Planfeststellungsverfahren für Maßnahmen des öffentlichen Küsten- oder Hochwasserschutzes (§ 48 Abs. 1 Nr. 10 VwGO) sowie Planfeststellungsverfahren nach § 68 Absatz 1 des Wasserhaushaltsgesetzes oder nach landesrechtlichen Vorschriften für die Errichtung, die Erweiterung oder die Änderung von Häfen, die für Wasserfahrzeuge mit mehr als 1 350 Tonnen Tragfähigkeit zugänglich sind (§ 48 Abs. 1 Nr. 11 VwGO), für Planfeststellungsverfahren nach § 68 Absatz 1 des Wasserhaushaltsgesetzes für die Errichtung, die Erweiterung oder die Änderung von Wasserkraftanlagen mit einer elektrischen Nettoleistung von mehr als 100 Megawatt (§ 48 Abs. 1 Nr. 12 VwGO).

Schließlich sind auch noch die Gewässerbenutzungen im Zusammenhang mit der aufgrund des Kohleverstromungsbeendigungsgesetzes vorgesehenen Einstellung von Braunkohletagebauen (§ 48

Abs. 1 Nr. 12a VwGO) und Planfeststellungsverfahren für Gewässer-ausbauten im Zusammenhang mit der aufgrund des Kohleverstromungsbeendigungsgesetzes vorgesehenen Einstellung von Braunkohletagebauen (§ 48 Abs. 1 Nr. 12b VwGO) erfasst, ebenso die Zulassungen von Rahmenbetriebsplänen, Hauptbetriebsplänen, Sonderbetriebsplänen und Abschlussbetriebsplänen sowie Grundabtretungsbeschlüsse, sofern sie im Zusammenhang mit der aufgrund des Kohleverstromungsbeendigungsgesetzes vorgesehenen Einstellung von Braunkohletagebauen stehen (§ 48 Abs. 1 Nr. 14 VwGO).

Auch der Rohstoffabbau soll offenbar vollständig entfesselt werden und alle Planfeststellungsverfahren nach dem Bundesberggesetz und damit alle UVP-pflichtigen Bergbauvorhaben werden über § 48 Abs. 1 Nr. 13 VwGO erfasst. Solche Vorhaben sollen nach den Vorstellungen des Bundesministeriums für Justiz im Eilrechtswege selbst dann nicht gestoppt werden können, wenn der Planfeststellungsbeschluss an formellen oder materiellen Mängeln leidet, weil die Gerichte angewiesen werden, solche Mängel als unbeachtlich zu behandeln.

Zu guter Letzt sind auch die Planfeststellungsverfahren nach § 65 Absatz 1 in Verbindung mit Anlage 1 Nummer 19.7 des Gesetzes über die Umweltverträglichkeitsprüfung für die Errichtung und den Betrieb oder die Änderung von Dampf- oder Warmwasserpipelines erfasst (§ 48 Abs. 1 Nr. 15 VwGO).

Während der Referentenentwurf mit Ausnahme des Atomrechts praktisch alle Infrastrukturvorhaben betrifft, die in die Zuständigkeit der Oberverwaltungsgerichte fallen, werden Verfahren vor dem BVerwG nur insoweit erfasst, als es um Vorhaben nach dem LNG-Terminalbeschleunigungsgesetz geht.

Die lapidare Gesetzesbegründung für diesen § 80c Abs. 1 meint, die Regelungen betreffen „somit Verfahren über besonders bedeutsame Infrastrukturvorhaben“. Dies ist, wie vorstehend gezeigt, schlicht und ergreifend falsch. Vielmehr werden letztlich willkürlich alle Infrastrukturvorhaben, die erstinstanzlich den Oberverwaltungsgerichten zugewiesen sind sowie eine Kategorie von Vorhaben (LNG-Vorhaben), die erstinstanzlich dem BVerwG zugewiesen sind, der rechtsstaatlichen Garantien eines effektiven einstweiligen Verwaltungsrechtsschutzes entkleidet.

Denn für nicht weniger als diesen Effekt wird der geplante § 80c Abs. 2 VwGO sorgen, wie nachfolgend aufgezeigt wird:

2. Zu Absatz 2

§ 80 Abs. 2 VwGO soll ausweislich der Begründung des Referentenentwurfs dazu führen, dass das Gericht bei der Entscheidung über die Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung einen Mangel des angefochtenen Verwaltungsaktes außer Acht lassen kann, wenn der Mangel in absehbarer Zeit behoben sein wird. Konkret heißt es sodann in der Begründung:

„Satz 2 listet als Regelbeispiele die hier vor allem in Betracht zu ziehenden behebbaren Mängel auf. Satz 2 Nummer 1 bezieht sich auf Verletzungen von Verfahrens- oder Formvorschriften, die nach § 75 Absatz 1a Satz 2 Halbsatz 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG) oder nach § 45 VwVfG (vgl. § 75 Absatz 1a Satz 2 Halbsatz 2 VwVfG) behoben oder geheilt werden können. Satz 2 Nummer 2 betrifft Mängel bei der Abwägung im Rahmen der Planfeststellung oder der Plangenehmigung, die durch Planergänzung oder durch ein ergänzendes Verfahren behoben werden können (§ 75 Absatz 1a Satz 2 VwVfG). Die Liste ist nicht abschließend. Neben den Regelbeispielen ist beispielsweise denkbar, dass ein Planfeststellungsbeschluss oder eine Plangenehmigung aufgrund einer Verletzung von Vorschriften des materiellen Rechts einen Mangel aufweist, der nicht die Abwägung betrifft, aber ebenfalls durch Planergänzung oder in einem ergänzendem Verfahren behoben werden kann (gegebenenfalls in entsprechender Anwendung des § 75 Absatz 1a Satz 2 VwVfG).“

Ausweislich der Begründung des Referentenentwurfs kann ein Gericht damit „insbesondere“ alle Verfahrensfehler und Abwägungsfehler, die der Behörde unterlaufen sind und die nach dem Grundsatz des § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO, der für alle verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklagen mit Ausnahme der Klagen gegen Infrastrukturvorhaben gilt, zur Aufhebung der Zulassungsentscheidung führen würden, als unbeachtlich ansehen, sofern diese in absehbarer Zeit heilbar sind, und damit davon ausgehen, dass eine Klage in der Hauptsache keine Erfolgsaussichten hat. Heilbare Verfahrens- und Abwägungsfehler können damit nicht mehr zu einem Erfolg im Eilrechtsschutzverfahren führen.

Die Gesetzesbegründung stellt zudem noch klar, dass es sich bei der Aufzählung nur um Regelbeispiele handelt und bspw. auch alle materiellen Fehler, die nicht der Abwägung unterfallen, als unbeachtlich behandelt werden können.

Folge ist, dass Gerichte Eilanträge schon auf der ersten Prüfungsstufe, nämlich der Klärung der voraussichtlichen Erfolgsaussichten in der Hauptsache, ablehnen können und zwar ohne eine nähere Prüfung, ob die fraglichen Fehler, die der Kläger vorträgt, überhaupt vorliegen oder nicht. Für das Eilverfahren ist dann nur noch relevant, ob

der Antragsteller Mängel des Verwaltungsaktes vorträgt, die in absehbarer Zeit heilbar sind.

Wirft man einen kurzen Blick in die bisherige Rechtsprechung zu der Frage, welche formellen, materiellen und Abwägungsfehler „heilbar“ sind, also im Zweifel in einem ergänzenden Verfahren behoben werden können, sodass sie schon nach bisheriger Rechtslage nicht mehr zur Aufhebung der Zulassungsentscheidung, sondern nur noch zur Feststellung ihrer Rechtswidrigkeit UND Nichtvollziehbarkeit führen, wird schnell klar, dass mit § 80c Abs. 2 VwGO, sollte er Gesetz werden, das Recht auf effektiven Eilrechtsschutz gegen Infrastrukturvorhaben praktisch abgeschafft wird. Denn die Möglichkeit, dass rechtswidrige Infrastrukturvorhaben einstweilen nicht vollzogen werden können, wird dann nicht mehr bestehen, die später im Hauptsacheverfahren erfolgende Feststellung der Rechtswidrigkeit kommt zu spät, weil das Vorhaben bereits verwirklicht ist. Das Recht eigenen Grundrechte und öffentliche Interessen wie Umwelt- und Naturschutz beeinträchtigende Vorhaben verhindern zu können, solange diese nicht in rechtmäßiger Weise genehmigt wurden, schafft § 80c Abs. 2 VwGO ab, wie die nachfolgende Rechtsprechungsanalyse der heilbaren Fehler zeigt:

So ist vorab festzustellen, dass alle Fälle der Rechtswidrigkeit einer Zulassungsentscheidung schon nach bisheriger Rechtslage dem Eilrechtsschutz dann nicht zum Erfolg verhelfen können, wenn ihre Behebung durch schlichte Planergänzung, welche die Behörde im Zweifel noch in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem OVG oder dem BVerwG im Hauptsacheklageverfahren vornehmen kann, möglich ist. Denn ein etwaiger Anspruch auf Planergänzung vermag einer Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage nicht zum Erfolg zu verhelfen, solange die Sicherung des Planergänzungsanspruchs es nicht erfordert, die Ausführung des Vorhabens bis zur Planergänzung zu unterbinden. Dies wiederum könnte nur angenommen werden, wenn der Fortgang der Planausführung die Durchsetzung ergänzender Schutzvorkehrungen vereiteln würde (vgl. BVerwG, 19. Mai 2005, 4 VR 2000/05). Zu den Planergänzungen gehören bspw. mögliche Entschädigungen (OVG Magdeburg, 12. Mai 2020, 2 R 24/20; Oberverwaltungsgericht für das Land Schleswig-Holstein, Beschluss vom 29. Oktober 2020 – 4 MR 1/20 –, juris Rn. 80).

Im ergänzenden Verfahren heilbar sind nach ständiger Rechtsprechung letztlich die Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften und Fehler bei der Abwägung, bei denen die Möglichkeit besteht, dass die Planfeststellungsbehörde nach erneuter Abwägung an der getroffenen Entscheidung festhält und hierzu im Rahmen ihres planerischen Ermessens auch berechtigt ist, bei denen sie also nicht von

vornherein darauf verwiesen ist, den Planfeststellungsbeschluss aufzuheben oder zu ändern. Nicht heilbar sind nur solche Mängel bei der Abwägung, die von solcher Art und Schwere sind, dass sie die Planung als Ganzes von vornherein in Frage stellen (BVerwG, Urt. v. 19. Februar 2015 - 7 C 10.12 -, juris Rn. 45; Beschluss vom 5. Dezember 2008, Buchholz 406.25 § 50 BImSchG Nr. 6; Sächsisches Oberverwaltungsgericht, Urteil vom 10. Dezember 2015 – 3 A 792/13 –, Rn. 75, juris). Folglich sind alle Mängel heilbar, es sei denn es ist vollkommen ausgeschlossen, dass die Behörde die Entscheidung – nach Beseitigung der Mängel – erneut so trifft wie zuvor. Im Einzelnen heißt das:

Als heilbar werden in der Rechtsprechung zunächst praktisch alle Verfahrensfehler angesehen, auch wenn die verletzten Verfahrensvorschriften aus dem Unionsrecht stammen. Wird also etwa die gebotene UVP eines UVP-vorprüfungspflichtigen Vorhabens unterlassen, kann dieser Fehler grundsätzlich in einem ergänzenden Verfahren behoben werden (BVerwG, Urteil vom 24. Mai 2018 – 4 C 4/17 –, BVerwGE 162, 114-127, Rn. 33). Dies gilt sogar dann, wenn das Vorhaben bereits verwirklicht ist. (BVerwG, Urteil vom 27. September 2018 – 7 C 24/16 –, Rn. 41 - 42, juris).

Auch Verletzungen des Art. 4 WRRL, der nicht nur einen materiell-rechtlichen Maßstab, sondern auch die verfahrensrechtliche Vorgabe enthält, das wasserrechtliche Verschlechterungsverbot und Verbesserungsgebot bereits vor einer Zulassungsentscheidung in einem dokumentierten behördlichen Verfahren zu prüfen, können nach der Rechtsprechung (Hamburgisches Oberverwaltungsgericht, Urteil vom 1. September 2020 – 1 E 26/18 –, juris Rn. 49) in einem ergänzenden Verfahren behoben werden.

Auch Ermittlungsfehler im Rahmen der Abwägung sind heilbar, so etwa Mängel bei der Ermittlung der Lärmvorbelastung (Wendt, jurisPR-UmwR 2/2020 Anm. 2).

Hierzu können auch Mängel bei der Alternativenprüfung oder Fehler gehören, die darauf beruhen, dass die planende Behörde durch Abwägung nicht überwindbare Schranken des strikten Rechts verletzt hat. Im ergänzenden Verfahren nicht behoben werden können nur Mängel bei der Abwägung, die von solcher Art und Schwere sind, dass sie die Planung als Ganzes von vornherein in Frage stellen (vgl. BVerwG, Urteil vom 19.02.2015 – 7 C 11.12 – BVerwGE 151, 213 = juris Rn. 46 m.w.N.). Maßgeblich ist danach nicht allein die Bedeutung oder die Zahl fehlgewichteter Belange, vielmehr darf nicht von vornherein ausgeschlossen sein, dass die Planfeststellungsbehörde diese Mängel unter Aufrechterhaltung ihres Planfeststellungsbeschlusses beheben kann. Fälle, in denen die Gerichte nicht ange-

nommen haben, dass „eine Heilung durch eine erneute Alternativenprüfung und Abwägung (unter Heranziehung der korrekten Maßstäbe)“ (vgl. etwa Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 25. Oktober 2019 – 8 A 16.40030 –, Rn. 140 - 141, juris) nicht möglich wäre, sind extrem selten. Im Regelfall sind Mängel in der Alternativenprüfung heilbar (vgl. Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 25. Oktober 2019 – 8 A 16.40026 –, Rn. 31, juris). Heilbar ist es deshalb auch, wenn eine behördliche Abwägung gleich mehrere Belange fehlerhaft bewertet und gewichtet hat und es versäumt hat, mit Rahmen eines wasserrechtlichen Fachbeitrags die Vorgaben der WRRL korrekt abzuarbeiten (siehe Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 3. Februar 2022 – 20 D 122/20.AK –, Rn. 122, juris).

Weiterhin sind Mängel der fehlenden Beteiligung anderer Behörden ohne weiteres heilbar, so etwa Verstöße gegen § 14 Abs. 1 LuftVG oder § 18a Abs. 1 Satz 2 LuftVG (OVG Lüneburg, Beschluss vom 21. September 2020 – 12 LA 171/18 –, Rn. 6, juris).

Genau genommen gibt es letztlich nur 2 Arten von derart grundsätzlichen Mängeln, die als nicht heilbar angesehen werden:

So wird es als unheilbar angesehen, wenn eine behördliche Entscheidung auf eine unzutreffende Rechtsgrundlage gestützt wurde (vgl. OVG Lüneburg, Urteil vom 26. August 2016 – 7 KS 41/13 –, Rn. 71 - 72, juris), was in der Praxis extrem selten vorkommt.

Der einzige Fall, der in der Rechtsprechung zu Infrastrukturplanungen gefunden werden konnte, in dem die berühmten „Grundsätze der Planung“ berührt waren und eine Aufhebung insgesamt erfolgt ist (was die Annahme einer fehlenden Heilbarkeit einschließt), betraf einen Fall, in dem eine Straßenbahn munter quer durch ein vorhandenes Universitätsgebiet geplant wurde, weil dort von vornherein klar war, dass eine solche Planung grundsätzlich nicht möglich sein dürfte (Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil vom 11. Mai 2016 – 5 S 1443/14 –, Rn. 124, juris).

Einen guten Eindruck davon, dass praktisch alle Rechtsfehler einer Zulassungsentscheidung für ein Infrastrukturprojekt nach bisheriger Rechtsprechung „nur“ zur Feststellung der Rechtswidrigkeit und Nichtvollziehbarkeit des Verwaltungsaktes führen, bietet das Urteil des BVerwG vom 09.11.2017 (3 A 4.15), wo ein Planfeststellungsbeschluss für ein Bahnvorhaben aus insgesamt 34 Gründen für rechtswidrig erklärt wurde, aber alle 34 Fehler als heilbar eingestuft wurden.

Dem Gesetzgeber muss deshalb klar sein, dass mit der Möglichkeit, alle heilbaren Fehler im Eilverfahren als unbeachtlich einzustufen, in der Praxis bis auf extrem seltene Ausnahmefälle keine

denkbaren Rechtswidrigkeitsgründe mehr übrig bleiben, die einem Eilrechtsschutz gegen Infrastrukturvorhaben zum Erfolg verhelfen könnten und damit die Garantie des effektiven Rechtsschutzes gefährdet wird.

Nur nebenbei sei bereits hier bemerkt, dass insoweit auch die Heilung unionsrechtlicher Rechtsverstöße möglich ist, was schon nach bisheriger Rechtslage nicht ohne weiteres bedenkenfrei ist. Die nun geplante Gesetzesänderung beseitigt aber vollständig die bisherige Rechtfertigung der Unionsrechtskonformität der Nachholbarkeit auch unionsrechtlicher Rechtsverstöße, die gerade darin erblickt wurde, dass für den Fall einer Heilung sichergestellt ist, dass eine gegen formelles oder materielles nationales oder europäisches Recht verstößende Verwaltungsentscheidung jedenfalls einstweilen vollzogen wird. Konsequenterweise gingen die Gerichte bisher für den Fall, dass im Eilverfahren festgestellt wurde, dass in einem ergänzenden Verfahren heilbare Mängel vorliegen, davon aus, dass der einstweilige Rechtsschutz gewährt werden muss und der Vollzug des Vorhabens einstweilen ausgesetzt werden muss (OVG Lüneburg, Beschluss vom 15. Juni 2018 – 12 ME 85/18 –, Rn. 12, juris):

„Im Übrigen erschiene es bei der im Rahmen des Prüfungsmaßstabes nach § 80 Abs. 5 VwGO gebotenen Berücksichtigung des Unionsrechts (vgl. Senatsbeschl. v. 31.5.2018 - 12 ME 64/18 - unter Bezug u. a. auf Kopp/Schenke, VwGO, 23. Aufl., § 80, Rn. 11, m. w. N.) auch sehr zweifelhaft, eine Vorhabengenehmigung trotz einer fehlerhaften (und im Klageverfahren zur Nichtvollziehbarkeit der Genehmigung führenden) Umweltverträglichkeits(vor-)prüfung allein im Hinblick auf eine zukünftig mögliche, aber noch nicht erfolgte Heilung dieses Fehlers für vollziehbar zu erklären, und wohl ausgeschlossen, eine solchen „heilbaren“ Fehler im Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO gar für grundsätzlich unbeachtlich zu erachten.“

Genau dies beabsichtigt aber nun der Gesetzgeber mit der Einführung des § 80c Abs. 2 VwGO. Dieser ist, wie nachfolgend ausgeführt wird, weder mit den Vorgaben des Grundgesetzes noch mit den Vorgaben der Aarhus-Konvention und den Vorgaben für effektiven Rechtsschutzes nach Maßgabe des Unionsrechts vereinbar:

a) Verfassungswidrigkeit

Die Rechtsweggarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG ist die verfahrensrechtliche Konsequenz aus der Rechtsbindung der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) und der Klärung der Rechtsbeziehungen zwischen Bürgern und Staat durch unabhängige Gerichte (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG); Streitfragen werden dadurch dem einseitigen Machtspruch des Staates entzogen. Gibt es keine Garantie auf einen Rechtsweg, entfällt das Kernstück des

Rechtsstaates (Sachs/Sachs GG Art. 19 Rn. 11). Bei Art. 19 Abs. 4 GG handelt es sich um ein selbständiges Grundrecht (ständige Rechtsprechung des BVerfG, siehe z.B. BVerfGE 110, 77 (85f.); 134, 106 Rn. 20; 138, 33 Rn. 16), und zwar um ein Leistungsgrundrecht auf umfassenden gerichtlichen Rechtsschutz des Einzelnen und die Durchführung eines Gerichtsverfahrens, dessen genauer Inhalt der Ausgestaltung durch den Gesetzgeber obliegt (Sachs/Sachs GG Art. 19 Rn. 12).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts garantiert Art. 19 Abs. 4 GG nicht nur überhaupt eine gerichtliche Überprüfung, sondern den substantiellen Anspruch auf eine „tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle“ (BVerfGE 35, 263 (274)). Das Gebot der wirksamen gerichtlichen Kontrolle richtet sich nicht nur an die Gerichte selbst, sondern auch an den die Verfahrensordnung ausgestaltenden Gesetzgeber (Sachs/Sachs GG Art. 19 Rn. 143).

„Die dem Gesetzgeber obliegende normative Ausgestaltung des Rechtswegs muß aber das Ziel dieser Gewährleistung – den wirkungsvollen Rechtsschutz – verfolgen; sie muß im Hinblick darauf geeignet und angemessen sowie für den Rechtssuchenden zumutbar sein.“ (BVerfGE 77, 275 (284); ebenso BVerfGE 97, 298 (315); 138, 33 (23))

Dabei steht es dem Gesetzgeber zu, bei der Ausgestaltung auch restriktiv wirkende Voraussetzungen zu normieren (stRspr etwa BVerfGE 101, 106 (124)). Diese können zur Wahrung anderer Verfassungsgrundsätze, insbesondere der Rechtssicherheit geboten sein (bspw. Anforderungen an Vertretung, Form und Fristen als Prozessvoraussetzungen), müssen sich aber stets an die Maßstäbe der Zumutbarkeit und Verhältnismäßigkeit halten (Sachs/Sachs GG Art. 19 Rn. 134). Aus der Garantie des effektiven Rechtsschutzes folgt notwendigerweise neben dem nachträglichen Rechtsschutz auch der vorbeugende Rechtsschutz, wenn ohne ihn schwere, anders nicht abwendbare Nachteile entstehen, die durch die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden können (BVerfG 35, 263 (274); stRspr, etwa BVerfGE 93, 1 (13 f.); 126, 1 (27 f.); BVerfG (K) NJW 2010, 2268 (2269)).

„Art. 19 IV GG garantiert einen effektiven und möglichst lückenlosen richterlichen Rechtsschutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt (vgl. BVerfGE 67, 43 [58] = NJW 1984, 2028; BVerfGE 96, 27 [39] = NJW 1997, 2163). Wirksam ist Rechtsschutz dabei nur, wenn er innerhalb an-

gemessener Zeit erfolgt. Daher sind die Fachgerichte gehalten, vorläufigen Rechtsschutz zu gewähren, wenn Antragstellenden sonst eine erhebliche, über Randbereiche hinausgehende Verletzung in ihren Rechten droht, die durch die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann, es sei denn, dass ausnahmsweise überwiegende, besonders gewichtige Gründe entgegenstehen (vgl. BVerfGE 93, 1 [13 f.] = NJW 1995, 2477; BVerfGE 126, 1 [27 f.] = NVwZ 2010, 1285 = NJW 2010, 3291 Ls.).“ (BVerfG (K) NJW 2017, 3142 Rn. 12 f.)

Das Bundesverfassungsgericht hat Maßstäbe an die Effektivität des vorläufigen Rechtsschutzes festgelegt (vgl. BVerfGE 35, 263 (272 ff., 275) = NJW 1973, 1491; BVerfGE 40, 272 (275) = NJW 1976, 141; BVerfGE 79, 69 (74 ff.) = NJW 1989, 827). Grundsätzlich kann aufgrund der tatsächlichen und rechtlichen Unsicherheiten zu dem Zeitpunkt einer Eilrechtsentscheidung, diese bei nur summarischer Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache auf eine Folgenabwägung gestützt werden. Die Abwägung des Vollzugsinteresses gegen das Aussetzungsinteresse hat dem Gewicht der möglichst nicht zu verletzenden Grundrechte, der Bedeutung der drohenden Nachteile und dem Grad ihrer Unumkehrbarkeit Rechnung zu tragen (BVerfGE 69, 315 (363); ferner etwa BVerfGK 11, 241 (250 ff.); BVerfG (K) NJW 2008, 1369 (1371); NVwZ 2011, 35 (36); NVwZ-RR 2011, 305 (306 f.); 2011, 420 Rn. 16.). Für den Fall, dass den Betroffenen erhebliche irreversible Grundrechtsverletzungen drohen, muss das Gericht ausnahmsweise einstweiligen Rechtsschutz unter eingehender tatsächlicher und rechtlicher Prüfung gewähren (BVerfGE 94, 166 (216); BVerfG (K) NVwZ 2008, 880 (881); 2017, 149 Rn. 29 f.; 2018, 1467 Rn. 3 f.; 2019, 1277 Rn. 17). Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts ist bei sofortiger Vollziehbarkeit eines Planfeststellungsbeschlusses, die zu schwer revidierbaren Folgen führt, sogar eine eingehende Prüfung der Erfolgsaussichten – und nicht nur des Aussetzungsinteresses - geboten (BVerfG, Beschluss v. 24.09.2009 – 1 BvR 165/09 (Flughafen Frankfurt)).

Es ist wie oben aufgezeigt bereits geltende Rechtslage, dass für den Rechtssuchenden kein unbehebbarer Fehler vorliegt, wenn der geltend gemachte Mangel durch eine Planergänzung behoben werden kann. Da in diesen Fällen keine Erfolgsaussichten für das Hauptsacheverfahren bestehen, ist auch der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO, aufgrund dessen Abhängigkeit von den Erfolgsaussichten in der Hauptsache, erfolglos (Steinberg/Wickel/Müller § 6 Rn. 253; BVerwG, Beschluss v. 21.12.1995 – 11 VR 6/95). Kann der Fehler jedoch nur durch

ein ergänzendes Verfahren behoben werden, ist dem Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO nach bisheriger Rechtslage stattzugeben (BVerwG, Beschluss v. 09.09.1996 – 11 VR 31/95). Hier ist zwar nicht die Aufhebung des Planfeststellungsbeschlusses in der Hauptsache zu erwarten, die von dem Gericht der Hauptsache anzuordnende Nichtvollziehbarkeit würde jedoch anderenfalls möglicherweise ohne Wirkung bleiben, da bis dahin bereits vollendete Tatsachen geschaffen sein könnten; die Anordnung der Nichtvollziehbarkeit stellt demnach ein „wesensgleiches Minus“ zur Aufhebung der Genehmigung dar (Steinberg/Wickel/Müller § 6 Rn. 255).

„Das Grundrecht aus Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht nur einen Rechtsweg überhaupt, sondern darüber hinaus, daß der Rechtsschutz auch effektiv ist. Der Bürger hat einen Anspruch auf eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle (vgl. BVerfGE 35, 263 [274]; 35, 382 [401]; 25, 352 [365]; 37, 150 [153]; 40, 272 [275]; 46, 166 [178]). Art. 19 Abs. 4 GG hat gerade im Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes eine erhebliche Bedeutung. Sie liegt auch darin, die "Selbstherrlichkeit" der vollziehenden Gewalt gegenüber dem Bürger zu beseitigen (vgl. BVerfGE 10, 264 [267]). Daher soll nicht nur jeder Akt der Exekutive, der in Rechte des Bürgers eingreift, in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht vollständig der richterlichen Prüfung unterstellt werden (vgl. BVerfGE 18, 203 [212]), sondern es sollen durch Art. 19 Abs. 4 GG auch irreparable Entscheidungen, wie sie durch die sofortige Vollziehung einer hoheitlichen Maßnahme eintreten können, soweit wie möglich ausgeschlossen werden. Hierin liegt die verfassungsrechtliche Bedeutung des Suspensiveffekts verwaltungsprozessualer Rechtsbehelfe, ohne den der Verwaltungsrechtsschutz wegen der notwendigen Verfahrensdauer häufig häufig würde (vgl. BVerfGE 35, 263 [274]; 35, 382 [401 f.]; 46, 166 [178]).“ (BVerfGE 51, 268 (284 f.))

Innerhalb des aufgezeigten Rahmens hat der Gesetzgeber Gestaltungsfreiheit bei der Ausgestaltung des vorläufigen Rechtsschutzes, der den effektiven Rechtsschutz nicht unzumutbar erschweren darf (BVerfG (K) NJW 2006, 3551 f.).

„Die jeweils geltende Prozessordnung muss Vorkehrungen dafür treffen, dass der Einzelne seine Rechte auch tatsächlich wirksam durchsetzen kann. Ein Rechtsbehelf darf nicht ineffektiv gemacht werden und für den Bf. „leerlaufen“

(vgl. BVerfGE 96, 27 [39] = NJW 1997, 2163 – zur Berufungszulassung).“ (BVerfG, Beschluss vom 22.09.2009 – 1 BvR 1305/09)

Das Verfahren auf Anordnung bzw. Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 VwGO ist eine adäquate Ausprägung der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie (vgl. BVerfGE 35, 263 (272 ff., 275) = NJW 1973, 1491). Die Ausweitung der Unbeachtlichkeit von Fehlern im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes, auf solche, die zu ihrer Beseitigung eines Planergänzungsverfahrens bedürfen, schafft den vorläufigen Rechtsschutz in der absoluten Mehrheit aller Fälle zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Planfeststellungsbeschlüssen jedoch ab (siehe zur Nachholbarkeit fehlerhafter Verwaltungsentscheidungen auch Dirk Teßmer, Rechtsgutachten: Möglichkeiten nachträglicher Heilung fehlerhafter Verwaltungsentscheidungen, in Texte 149/21, Abschlussbericht Wissenschaftliche Unterstützung des Rechtsschutzes in Umweltangelegenheiten in der 19. Legislaturperiode, Umweltbundesamt).

Absolute Verfahrens- oder Abwägungsfehler, die zur Aufhebung des Planfeststellungsbeschlusses in der Hauptsache führen, sind in der Praxis wie gezeigt die absolute Ausnahme. Denn sämtliche Verfahrensfehler und materielle Abwägungsmängel, selbst das Fehlen einer Umweltverträglichkeitsprüfung oder einer FFH-Verträglichkeitsprüfung sind – auch in absehbarer Zeit – nachholbar. Mithin bedeutet die vorgeschlagene Änderung des Verwaltungsverfahrenrechts, dass die tatsächlich relevanteste Wirkung des Hauptsacheverfahrens in Planungs-sachen – die Unterbindung des rechtswidrigen Vollzugs einer Genehmigung – effektiv dem verfassungsrechtlich garantierten vorläufigen Rechtsschutzverfahren entzogen wird. Die Hürde auf ein erfolgreiches Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO in dem Maße zu erhöhen, dass von der VwGO die Aufhebung des gesamten Planfeststellungsbeschlusses für die Gewährung effektiven vorläufigen Rechtsschutzes verlangt wird, widerspricht dem Gehalt der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG.

b) Völkerrechtswidrigkeit

Nach Artikel 9 Abs. 4 1 HS der Aarhus-Konvention (AK) sind die Vertragsstaaten verpflichtet „angemessenen und effektive Rechtsschutz und, soweit angemessen, auch vorläufigen Rechtsschutz“ sicherzustellen. Der Artikel normiert einige allgemeine Anforderungen an die Ausgestaltung des Zugangs zum Gericht und soll die Effektivität des gerichtlichen Zugangs ge-

währleisten (Epiney/Diezig/Pirker/Reitemeyer Aarhus-Konvention, Artikel 9, Rn. 40). Zu einem angemessenen und effektiven Rechtsschutz gehört gemäß Art. 9 Abs. 4 HS1 AK auch die Möglichkeit eines vorläufigen Rechtsschutzes.

„Angemessen“ verlangt, dass die Rechtsschutzmöglichkeiten so ausgestaltet sind, dass die beabsichtigte Wirkung der gerichtlichen Überprüfung auch sichergestellt ist. Dazu gehören Kompensationsmaßnahmen für bereits eingetretene Rechtsverletzungen und das Verhindern drohender Beeinträchtigungen (Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters (Aarhus Convention), United Nations Economic Commission for Europe, Second edition, 2013 (nachfolgend: Implementation Guide) Rn. 209 f.). Für die Beurteilung der Angemessenheit ist die häufige Irreversibilität von Schäden an Natur und Gesundheit zu berücksichtigen. Um irreparable Schäden der Umwelt zu verhindern, sollen die Gerichte in der Lage sein, zur Überprüfung der Einhaltung geltenden Umweltrechts, die Vollziehung von Genehmigungen zu stoppen oder entsprechende Anordnungen zu treffen (Implementation Guide, Rn. 210).

Nach der Praxis des Compliance Committee muss der Rechtsschutz zu einem Zeitpunkt eröffnet sein, an dem es auch tatsächlich und effektiv möglich ist eine Genehmigungsentscheidung anzufechten (ACCC/C/2006/17 Europäische Union, Rn. 56). Effektiv bedeutet, dass die Überprüfungsmöglichkeit tatsächlich und effizient besteht und auch durchgesetzt werden kann, wobei potenzielle Hindernisse abgebaut werden sollen (Implementation Guide, Rn. 210).

Der nach Art. 9 Abs. 4 HS 1 AK zu gewährleistende vorläufige Rechtsschutz zielt insbesondere darauf ab, dass die beschriebenen gerichtlichen Maßnahmen auch vor dem Hauptsacheverfahren möglich sein sollen, um bestehende oder drohende Gefahren abzuwehren, deren Folgen anderenfalls nicht rückgängig gemacht werden können. In Umweltfragen soll es zudem ausreichend sein, wenn Gesetze oder Richtlinien möglicherweise verletzt sind. Der vorläufige Rechtsschutz stellt dabei darauf ab, den *status quo* zu erhalten oder eine vorherige Situation wiederherzustellen bis der Hauptsacherechtsschutz abgeschlossen worden ist (Implementation Guide, 210).

Diesen Anforderungen wird der geplante § 80c VwGO, der – würde er Gesetz – es in der Mehrzahl der Fälle praktisch unmöglich machen würde, einen einstweiligen Stopp des Vollzugs des angegriffenen Verwaltungsaktes zu erreichen, stellt sich in

der Lesart des ACCC als offensichtlich mit der Konvention unvereinbare, weil unverhältnismäßige Beschränkung des Rechts auf effektiven einstweiligen Rechtsschutz dar. Hierbei sollte der Gesetzgeber auch berücksichtigen, dass Deutschland bereits in den letzten Jahren mehrfach durch das ACCC wegen Verletzungen der Konvention verurteilt wurde. Der nun geplante massive Angriff auf die Rechtspositionen der Mitglieder der betroffenen Öffentlichkeit, die sowohl alle Bürgerinnen und Bürger als auch die anerkannten Umwelt- und Naturschutzvereinigungen umfasst, stellt sich als völkerrechtsunfreundlicher Akt dar, der auch im Interesse einer Vermeidung weiterer Verurteilungen der BRD durch das ACCC schlicht unterlassen werden sollte.

c) Unionsrechtswidrigkeit

Der geplante § 80c VwGO ist zudem mit Unionsrecht unvereinbar.

Mit § 80c VwGO wird geregelt, dass Gerichte den Vollzug von Projekten im Sinne der UVP-Richtlinie, der FFH-Richtlinie und der WRRL trotz festgestellter formeller oder materieller Verstöße gegen Unionsumweltrecht aufrechterhalten dürfen, wenn die Fehler in einem absehbaren Zeitraum geheilt werden können. § 80c VwGO gerät damit nicht nur mit den Grundsätzen des EuGH zur Behebung von Verletzungen des Unionsrechts durch nationale behördliche Entscheidungen in Konflikt, sondern konfligiert auch mit den vom EuGH entwickelten Vorgaben für einen wirksamen Rechtsbehelf.

Speziell in Bezug auf den einstweiligen Rechtsschutz hat der EuGH in der Rechtssache *Križan* geklärt, dass der in Art. 15a der [ehemaligen] Richtlinie 96/61 vorgesehene Zugang zu einem Überprüfungsverfahren es nicht gestattet, Umweltverschmutzungen wirksam zu vermeiden, wenn nicht verhindert werden könnte, dass eine Anlage, die möglicherweise unter Verstoß gegen diese Richtlinie genehmigt worden ist, bis zum Erlass einer Endentscheidung über die Rechtmäßigkeit dieser Genehmigung weiter betrieben werden könnte. Die Garantie der Effektivität des Anspruchs auf Zugang zu einem Überprüfungsverfahren gemäß Art. 15a erfordert folglich, dass die Mitglieder der betroffenen Öffentlichkeit das Recht haben, bei dem Gericht oder der anderen auf gesetzlicher Grundlage geschaffenen unabhängigen und unparteiischen Stelle den Erlass einstweiliger Anordnungen zu beantragen, die geeignet sind, solchen Umweltverschmutzungen vorzubeugen, was gegebenenfalls die vorübergehende Aussetzung der Vollziehung der angefochtenen Genehmigung einschließen kann (vgl. EuGH,

Rs. C-416/10 (Križan); ausführlich EU-Kommission, Mitteilung vom 28.04.2017 über den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten (Access to justice), C(2017) 2616 final, Rn. 178).

In Bezug auf die Behebung von Verstößen gegen das Unionsrecht hat der EuGH aus dem in Artikel 4 Absatz 3 EUV verankerten Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit abgeleitet, dass jedem Organ eines Mitgliedstaats die Verpflichtung obliegt, die rechtswidrigen Folgen eines Verstoßes gegen das EU-Recht zu beheben. Die Pflicht zur Zusammenarbeit beinhaltet auch, dass Verstöße verhindert werden, bevor sie eintreten, wobei die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, alle Maßnahmen zu unterlassen, die geeignet sind, die Erreichung eines im EU-Umweltrecht vorgeschriebenen Ziels ernstlich infrage zu stellen. Die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten müssen daher wirksame Rechtsbehelfe vorsehen, die diesen Anforderungen genügen (vgl. EU-Kommission, Mitteilung vom 28.04.2017 über den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten (Access to justice), C(2017) 2616 final, Rn.155).

Der Anwendung des innerstaatlichen Rechts setzt zunächst Art. 4 Abs. 3 EUV mit dem Effektivitätsprinzip und dem Äquivalenzprinzip zwei Grenzen (Kahl, in: Calliess/Ruffert, Verfassungsrecht der Europäischen Union, 5. Aufl. 2016, Art. 4 EUV Rn. 65). Gemäß dem auf Art. 4 Abs. 3 EUV beruhenden Grundsatz der Äquivalenz dürfen die Verfahrensmodalitäten für Rechtsbehelfe, die den Schutz der den Bürgern aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, nicht weniger günstig ausgestaltet sein als die Modalitäten vergleichbarer innerstaatlicher Rechtsbehelfe (z.B. EuGH, Urteil vom 08.03.2011 – C-240/09, juris Rn. 48; EuGH, Urteil vom 30.06.2016 – C-200/14, juris Rn. 39 und 45; siehe auch OVG NRW, Beschluss vom 15.02.2017 – 8 B 1445/15, juris Rn. 15). Mitgliedsstaatliches Verwaltungsrecht darf daher zwischen unionsrechtlichen und nationalen Sachverhalten nicht zum Nachteil des Unionsrechts unterscheiden (Ruffert, in: Calliess/Ruffert, Verfassungsrecht der Europäischen Union, 5. Aufl. 2016, Art. 197 AEUV Rn. 14, mit umfänglichen Nachweisen zur EuGH-Rechtsprechung). Im Hinblick auf das Effektivitätsprinzip hat sich der EuGH auch auf die Standards des Artikels 47 Absatz 1 der EU-Grundrechtecharta gestützt, in dem das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf verankert ist (vgl. EU-Kommission, Mitteilung vom 28.04.2017 über den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten (Access to justice), C(2017) 2616 final, Rn. 156).

Diese Pflicht der Mitgliedstaaten entspricht dem in Art. 47 („Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht“) der Charta verankerten Grundsatz, wonach

jede Person, deren durch das Recht der Union garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, das Recht hat, bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen (vgl. EuGH, Urteile vom 27. September 2017, Puškár, C-73/16, EU:C:2017:725, Rn. 58; Urteil vom 16. Mai 2017, Berlioz Investment Fund, C-682/15, EU:C:2017:373, Rn. 44, und vom 26. Juli 2017, Sacko, C-348/16, EU:C:2017:591, Rn. 30).

Bei der Festlegung der Modalitäten gerichtlicher Rechtsbehelfe zum Schutz der durch Unionsumweltrecht eingeräumten Rechte müssen die Mitgliedstaaten demzufolge die Beachtung des in Art. 47 der Charta, der den Grundsatz des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes bekräftigt, verankerten Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht gewährleisten (vgl. in diesem Sinne EuGH, Urteile vom 27. September 2017, Puškár, C-73/16, EU:C:2017:725, Rn. 59, Urteile vom 15. September 2016, Star Storage u. a., C-439/14 und C-488/14, EU:C:2016:688, Rn. 46, und vom 26. Juli 2017, Sacko, C-348/16, EU:C:2017:591, Rn. 31).

Hierzu müssen die Merkmale des in Rede stehenden Rechtsbehelfs im Einklang mit Art. 47 der Charta bestimmt werden (vgl. EuGH, Urteile vom 27. September 2017, Puškár, C-73/16, EU:C:2017:725, Rn. 60, Urteile vom 17. Dezember 2015, Tall, C-239/14, EU:C:2015:824, Rn. 51, und vom 26. Juli 2017, Sacko, C-348/16, EU:C:2017:591, Rn. 31).

Ob § 80c VwGO aufgrund seiner Wirkung einer direkten Einwirkung auf den Erfolg eines – an sich begründeten – Rechtsbehelfs nicht bereits als Beseitigung eines wirksamen Rechtsbehelfs angesehen werden muss, mag dahinstehen, da es sich jedenfalls offenkundig um eine Beschränkung des Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf handelt. Eine Einschränkung des Rechts im Sinne von Art. 47 der Charta, bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen kann ausweislich der Rechtsprechung des EuGH nach Art. 52 Abs. 1 der Charta nur dann gerechtfertigt sein, wenn sie gesetzlich vorgesehen ist, den Wesensgehalt dieses Rechts achtet und unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erforderlich ist und den von der Europäischen Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entspricht (vgl. EuGH, Urteil vom 4. Mai 2016, Pillbox 38, C 477/14, EU:C:2016:324, Rn. 160). Zudem dürfen nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die konkreten Modalitäten für die Ausübung der im nationalen Recht verfügbaren Verwaltungsrechtsbehelfe das Recht auf einen wirksamen Rechtsbe-

helf bei einem Gericht im Sinne von Art. 47 der Charta nicht unverhältnismäßig einschränken (vgl. EuGH, Urteil vom 20.12.2017, C-664/15, Celex-Nr. 62015CJ0664, Rn. 91; Urteil vom 27. September 2017, Puškár, C-73/16, EU:C:2017:725, Rn. 72). Bei der Beurteilung ist weiter zu berücksichtigen, dass es sich um ein Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und den Zugang zu einem Gericht nach Art. 47 Abs. 1 der Charta und ein grundlegendes Recht des Unionsrechts handelt. Wie die jüngere Rechtsprechung des Gerichtshofs deutlich macht, stellt Art. 47 der Charta nicht nur ein Beiwerk zum Kern dar, sondern ist selbst das Herzstück und die Quintessenz eines jeden rechtsstaatlichen Systems (so wörtlich EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts/der Generalanwältin vom 02.07.2020, C-826/18, Celex-Nr. 62018CC0826).

Folglich verfügen die Mitgliedstaaten zwar über einen weiten Wertungsspielraum etwa bei der Bestimmung der Voraussetzungen der Klagebefugnis, dürfen diese indes nicht restriktiv auslegen. Für den hier in Rede stehenden Umweltrechtsschutz sind zudem der Wortlaut von Art. 11 Abs. 3 der UVP-Richtlinie und Art. 9 Abs. 2 Unterabs. 2 des Aarhus-Übereinkommens zu berücksichtigen, die den Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten dadurch einschränken, dass das Ziel, der betroffenen Öffentlichkeit einen weiten Zugang zu Gerichten zu gewähren, beachtet werden muss (siehe EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts/der Generalanwältin vom 12.11.2019, C-535/18, Celex-Nr. 62018CC0535).

Auch der EuGH folgert aus Art. 9 Abs. 2 des Übereinkommens von Aarhus, dass diese Bestimmung den Wertungsspielraum begrenzt, über den die Mitgliedstaaten bei der Festlegung der Modalitäten der dort vorgesehenen Klagen verfügen, da sie das Ziel hat, der betroffenen Öffentlichkeit, zu der auch die Umweltschutzorganisationen gehören, die die Voraussetzungen nach Art. 2 Nr. 5 des Übereinkommens erfüllen, einen „weiten Zugang zu Gerichten“ zu gewähren (vgl. EuGH, Urteil vom 8. November 2016 – C-243/15 –, Rn. 57; entsprechend, in Bezug auf Art. 10a der Richtlinie 85/337/EWG des Rates vom 27. Juni 1985 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten [ABl. 1985, L 175, S. 40] in der durch die Richtlinie 2003/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Mai 2003 [ABl. 2003, L 156, S. 17] geänderten Fassung [im Folgenden: Richtlinie 85/337], der praktisch identisch den Wortlaut von Art. 9 Abs. 2 des Übereinkommens von Aarhus wiedergibt, Urteil vom 16. April 2015, Gruber, C-570/13, EU:C:2015:231, Rn. 39). Der EuGH fordert unmissverständlich, dass solche Organisationen zwingend die nationalen Rechtsvorschriften, die die Rechtsvorschriften der

Union im Bereich der Umwelt umsetzen, sowie die unmittelbar anwendbaren Vorschriften des Umweltrechts der Union geltend machen können (vgl. EuGH, Urteil vom 8. November 2016 – C-243/15 –, Rn. 58; entsprechend, in Bezug auf Art. 10a der Richtlinie 85/337, Urteil vom 15. Oktober 2015, Kommission/Deutschland, C-137/14, EU:C:2015:683, Rn. 92). Zudem ist nach Ansicht des EuGH eindeutig, dass Art. 9 Abs. 4 des Übereinkommens von Århus verlangt, dass die in Art. 9 Abs. 2 des Übereinkommens genannten Verfahren „angemessenen und effektiven“ Rechtsschutz sicherstellen (vgl. EuGH, Urteil vom 8. November 2016 – C-243/15 –, Rn. 62, juris)

Für alle Umweltschutzbestimmungen der Union, die ein Verfahren der vorherigen Prüfung vorsehen (wie etwa die FFH- und die Vogelschutzrichtlinie, die WRRL, die IED-Richtlinie, usw.) hat der EuGH darauf hingewiesen, dass gezielt ein Verfahren der vorherigen Prüfung vorgesehen ist, das auf einem strengen Genehmigungskriterium beruht, das den Vorsorgegrundsatz einschließt und es erlaubt, Beeinträchtigungen der Schutzgebiete als solcher durch Pläne oder Projekte wirksam zu verhüten, da es die zuständigen nationalen Behörden verpflichtet, die Genehmigung eines Plans oder eines Projekts zu versagen, wenn Unsicherheit darüber besteht, dass der Plan oder das Projekt keine nachteiligen Auswirkungen auf die Schutzgebiete hat (vgl. EuGH, Urteil vom 8. November 2016 – C-243/15 –, Rn. 65; Urteile vom 7. September 2004, Waddenvereniging und Vogelbeschermingsvereniging, C-127/02, EU:C:2004:482, Rn. 57 und 58, und vom 14. Januar 2016, Grüne Liga Sachsen u. a., C-399/14, EU:C:2016:10, Rn. 48).

Auch ist zu beachten, dass der Zweck eines weiten Zugangs zu Gericht in Umweltangelegenheiten darin besteht, der breiten Öffentlichkeit einen weiten Zugang zu den Gerichten zu gewährleisten und dies nach dem Willen des Unionsgesetzgebers allgemein dazu beitragen soll, die Qualität der Umwelt zu erhalten, zu schützen und zu verbessern und der Öffentlichkeit dabei eine aktive Rolle zukommen zu lassen sowie die Wahrung des Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf und des Effektivitätsgrundsatzes zu gewährleisten (vgl. EuGH, Urteil vom 17.10.2018, C-167/17, Celex-Nr. 62017CJ016; Urteile vom 11. April 2013, Edwards und Pallikaropoulos, C-260/11, EU:C:2013:221, Rn. 31 bis 33). Dies bedingt sogar Anforderungen an den Vollzug gerichtlicher Entscheidungen, da nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs nationale Rechtsvorschriften, die zu einer Situation führen, in der das Urteil eines Gerichts wirkungslos bleibt, ohne dass es über Mittel verfügt, um ihm Geltung zu verschaffen, den Wesensgehalt des in Art. 47 der Charta verankerten Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf

verletzen (vgl. EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2019 – C-752/18 –, Rn. 34 - 35, juris; Urteil vom 29. Juli 2019, Torubarov, C-556/17, EU:C:2019:626, Rn. 72). Das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf ist zudem umso bedeutsamer, wenn in dem vom betroffenen Unionsrecht erfassten Bereich das Unterbleiben der von ihr vorgegebenen Maßnahmen die Gesundheit von Personen gefährden würde (vgl. entsprechend Urteil vom 25. Juli 2008, Janecek, C-237/07, EU:C:2008:447, Rn. 38), was bei dem breiten Katalog, den § 80c VwGO einschließen soll, ebenfalls nicht ausgeschlossen ist. Schließlich meint der EuGH, dass das nationale Gericht, um in den vom Umweltrecht der Union erfassten Bereichen einen effektiven gerichtlichen Rechtsschutz zu gewährleisten, sein nationales Recht so auszulegen hat, dass es so weit wie möglich im Einklang sowohl mit den in Art. 9 Abs. 3 und 4 des Aarhus-Übereinkommens festgelegten Zielen als auch mit dem Ziel eines effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes für die durch das Unionsrecht verliehenen Rechte steht (vgl. EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2019 – C-752/18 –, Rn. 38 - 39, juris; Urteil vom 8. März 2011, Lesoochranárske zoskupenie, C-240/09, EU:C:2011:125, Rn. 50 und 51). Art. 9 Abs. 3 AK verpflichtet i.V.m. Art. 47 GrCh die Mitgliedstaaten damit insgesamt, einen wirksamen gerichtlichen Schutz der durch das Recht der Union garantierten Rechte, insbesondere der Vorschriften des Umweltrechts, zu gewährleisten, wobei dem in Art. 9 Abs. 3 AK vorgesehenen Recht, einen Rechtsbehelf einzulegen, nicht die praktische Wirksamkeit genommen werden darf (vgl. Külpmann, jurisPR-BVerwG 25/2021 Anm. 4 m.w.N.)

Die Frage der Effektivität und der praktischen Wirksamkeit des in Rede stehenden Rechtsbehelfs ist dabei eng verknüpft mit den Anforderungen, die der EuGH an die Behebung von Verstößen gegen das Unionsumweltrecht aufgestellt hat. Begrenzt durch den Grundsatz der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten müssen die Mitgliedstaaten wirksame Maßnahmen ergreifen, um Verstößen abzuwehren, wozu beispielsweise die Rücknahme oder die Aussetzung einer bereits erteilten Genehmigung zu dem Zweck, beispielsweise unterlassene Umweltprüfungen des in Rede stehenden Projekts durchzuführen (vgl. grundlegend EuGH, Urteil vom 07.01.2004, C-201/02, Celex-Nr. 62002CJ0201). Dass eine unter Verstoß gegen formelles und materielles Recht ergangene behördliche Entscheidung quasi regelhaft aufrechterhalten kann, mit dem schlichten Verweis, es sei in absehbarer Zeit mit einer Heilung der Fehler zu rechnen, vor dem EuGH Bestand haben würde, ist praktisch ausgeschlossen.

Zwar hatte der EuGH bisher eine Vorschrift wie die vorliegende nicht zu überprüfen, allerdings ist eindeutig, dass der EuGH bei einer entsprechenden – bei Verabschiedung des § 80c VwGO sicher zu erwartenden – Gelegenheit, diese Bestimmung für klar unionsrechtswidrig erachten würde. Denn es können Rückschlüsse aus der Rechtsprechung des EuGH insoweit gezogen werden, als der Gerichtshof sich bereits zu der Frage geäußert hat, unter welchen Voraussetzungen die Mitgliedstaaten berechtigt sind, unter Verstoß gegen Unionsrecht ergangene Rechtsakte ausnahmsweise aufrechtzuerhalten. So hat der EuGH entschieden, dass ein nationales Gericht, wenn das innerstaatliche Recht (hier: § 80c VwGO) es zulässt, die Wirkungen von Maßnahmen, die unter Verstoß gegen die in der UVP- und der Habitatrichtlinie aufgestellten Pflichten erlassen wurden, ausnahmsweise aufrechterhalten darf, wenn ihre Aufrechterhaltung durch zwingende Erwägungen gerechtfertigt ist, die mit der Notwendigkeit zusammenhängen, die tatsächliche und schwerwiegende Gefahr einer Unterbrechung der Stromversorgung des betreffenden Mitgliedstaats abzuwenden, der nicht mit anderen Mitteln und Alternativen, insbesondere im Rahmen des Binnenmarkts, entgegengetreten werden kann. Diese Aufrechterhaltung darf nur für den Zeitraum gelten, der absolut notwendig ist, um die betreffende Rechtswidrigkeit zu beseitigen (EuGH, Urteil vom 29. Juli 2019 – C-411/17 –, juris). Wörtlich hat der Gerichtshof ausgeführt (EuGH, Urteil vom 29. Juli 2019 – C-411/17 –, juris, Rn. 172):

„Diese Pflicht obliegt auch den nationalen Gerichten, die mit Klagen gegen einen nationalen Rechtsakt, der eine derartige Genehmigung enthält, befasst werden. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass die für solche Klagen geltenden Verfahrensmodalitäten nach dem Grundsatz der Verfahrenautonomie der Mitgliedstaaten Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung jedes Mitgliedstaats sind, vorausgesetzt allerdings, dass sie nicht ungünstiger sind als diejenigen, die gleichartige Sachverhalte innerstaatlicher Art regeln (Äquivalenzgrundsatz), und die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Effektivitätsgrundsatz) (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 28. Februar 2012, Inter-Environnement - Seite 37 von 40 - Wallonie und Terre wallonne, C-41/11, EU:C:2012:103, Rn. 45 sowie die dort angeführte Rechtsprechung). 172 Folglich müssen die in diesem Zusammenhang angerufenen Gerichte auf der Grundlage ihres nationalen Rechts Maßnahmen zur Aussetzung oder Aufhebung der unter Verstoß gegen die Pflicht zur Durchführung einer Umweltprüfung erteilten Genehmigung ergreifen (vgl. in

diesem Sinne Urteil vom 28. Februar 2012, Inter-Environnement Wallonie und Terre wallonne, C-41/11, EU:C:2012:103, Rn. 46 und die dort angeführte Rechtsprechung).

Allerdings hat der Gerichtshof auch entschieden, dass das Unionsrecht nationalen Vorschriften nicht entgegensteht, die in bestimmten Fällen die Legalisierung unionsrechtswidriger Vorgänge oder Handlungen zulassen (Urteil vom 26. Juli 2017, Comune di Corridonia u. a., C-196/16 und C-197/16, EU:C:2017:589, Rn. 37 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).

Eine solche Möglichkeit zur Legalisierung darf jedoch nur eingeräumt werden, wenn sie den Betroffenen keine Gelegenheit bietet, die Vorschriften des Unionsrechts zu umgehen oder nicht anzuwenden, und bleibt somit die Ausnahme (Urteil vom 26. Juli 2017, Comune di Corridonia u. a., C-196/16 und C-197/16, EU:C:2017:589, Rn. 38 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).

Ist für ein Projekt die nach der UVP-Richtlinie erforderliche Umweltverträglichkeitsprüfung nicht durchgeführt worden, müssen die Mitgliedstaaten zwar die rechtswidrigen Folgen beheben. Das Unionsrecht verbietet aber nicht, dass während oder sogar nach der Durchführung des Projekts zu seiner Legalisierung eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchgeführt wird, sofern zwei Voraussetzungen erfüllt sind, nämlich zum einen, dass die eine solche Legalisierung gestattenden nationalen Vorschriften den Betroffenen nicht die Gelegenheit bieten, die Vorschriften des Unionsrechts zu umgehen oder nicht anzuwenden, und zum anderen, dass die zur Legalisierung durchgeführte Prüfung nicht nur die künftigen Umweltauswirkungen dieses Projekts umfasst, sondern auch die seit der Durchführung dieses Projekts eingetretenen Umweltauswirkungen berücksichtigt (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 26. Juli 2017, Comune di Corridonia u. a., C-196/16 und C197/16, EU:C:2017:589, Rn. 43, sowie vom 28. Februar 2018, Comune di Castelbellino, C-117/17, EU:C:2018:129, Rn 30).

Entsprechend ist davon auszugehen, dass das Unionsrecht bei Vorliegen der gleichen Voraussetzungen ebenso wenig verbietet, dass eine solche Legalisierung stattfindet, wenn die nach Art. 6 Abs. 3 der Habitatrichtlinie verlangte vorherige Prüfung auf Verträglichkeit des betreffenden Projekts mit dem geschützten Gebiet nicht durchgeführt worden ist.

Zudem kann nur der Gerichtshof in Ausnahmefällen und aus zwingenden Erwägungen der Rechtssicherheit eine vorübergehende Aussetzung der Verdrängungswirkung herbeiführen, die eine unionsrechtliche Vorschrift gegenüber mit ihr unvereinbarem nationalem Recht ausübt. Wären nämlich nationale Gerichte befugt, auch nur vorübergehend nationalen Bestimmungen Vorrang vor dem Unionsrecht einzuräumen, gegen das sie verstoßen, würde die einheitliche Anwendung des Unionsrechts beeinträchtigt. (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 8. September 2010, Winner Wetten, C-409/06, EU:C:2010:503, - Seite 38 von 40 - Rn. 66 und 67, und vom 28. Juli 2016, Association France Nature Environnement, C379/15, EU:C:2016:603, Rn. 33).

Im vorliegenden Fall ist es gemäß der in Rn. 177 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung allein Sache des Gerichtshofs, die Voraussetzungen festzulegen, unter denen es ausnahmsweise gerechtfertigt sein kann, die Wirkungen von Maßnahmen wie den im Ausgangsverfahren streitigen aus zwingenden Erwägungen, die mit der Stromversorgungssicherheit des betreffenden Mitgliedstaats zusammenhängen, aufrechtzuerhalten. Solche Erwägungen können die Aufrechterhaltung der Wirkungen nationaler Maßnahmen, die unter Verstoß gegen die sich aus der UVP- und der Habitatrichtlinie ergebenden Pflichten erlassen wurden, nur dann rechtfertigen, wenn im Fall einer Aufhebung oder Aussetzung der Wirkungen dieser Maßnahmen die tatsächliche und schwerwiegende Gefahr einer Unterbrechung der Stromversorgung des betreffenden Mitgliedstaats bestünde, der nicht mit anderen Mitteln und Alternativen, insbesondere im Rahmen des Binnenmarkts, entgegengetreten werden kann.

Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, zu beurteilen, ob unter Berücksichtigung von anderen Mitteln und Alternativen, über die der betreffende Mitgliedstaat verfügt, um die Stromversorgung in seinem Hoheitsgebiet zu gewährleisten, die ausnahmsweise Aufrechterhaltung der Wirkungen der vor dem vorlegenden Gericht angefochtenen Maßnahmen somit durch die Notwendigkeit, einer solchen Gefahr entgegenzutreten, gerechtfertigt ist.

Jedenfalls darf eine solche Aufrechterhaltung nur für den Zeitraum gelten, der absolut notwendig ist, um die Rechtswidrigkeit zu beseitigen.“

Die aus diesem Urteil ableitbaren Grundsätze belegen, dass § 80c VwGO offensichtlich unionsrechtswidrig ist, denn er erlaubt eine Aufrechterhaltung der Wirkungen unionsrechtswidriger Verwaltungsakte für einen unbestimmten Zeitraum und zwar ohne, dass dies (für jedes einzelne erfasste Projekt!) durch überragende Gründe des Allgemeinwohls, wie sie der EuGH skizziert hat, gerechtfertigt werden könnte. § 80c VwGO führt zudem dazu, dass eine Weitergeltung unionsrechtswidriger Verwaltungsakte nicht die absolute Ausnahme bleibt, sondern künftig bei nahezu allen UVP-pflichtigen Projekten die Regel sein wird. Zugleich würden deutsche Gerichte ebenso regelmäßig die Anforderungen des Unionsrechts außer Acht lassen können, was zweifelsfrei die Einheitlichkeit der Anwendung des Unionsrechts gefährdet. Entgegen dem Anspruch auf Schaffung eines weiten Zugangs zu Gericht aus Art. 9 Abs. 2 bis 4 der Konvention von Aarhus wird dem Eilrechtsschutz in Umweltsachen durch § 80c VwGO jegliche Effektivität genommen. Zugleich wird durch die weichen Fristsetzungsmöglichkeiten für die Gerichte für den Zeitraum der Heilung nicht sichergestellt, dass der unionsrechtswidrige Zustand nur so lange geduldet wird, wie es absolut notwendig ist, um die Rechtswidrigkeit zu beseitigen. Und schließlich kann auch nicht unbeachtet bleiben, dass die strikte Rechtsauffassung des EuGH anhand eines ganz konkreten Projektes entwickelt wurde. Dass eine Bestimmung wie § 80c VwGO, die nahezu flächendeckend und regelmäßig eine Duldung von Verstößen gegen das Unionsrecht vorsieht, vor dem strengen Blick des Gerichtshofs Gnade finden würde, ist ersichtlich nicht zu erwarten.

- d) Kein Ausschluss der Verfassungs-, Völkerrechts- und Unionswidrigkeit des Gesetzesvorschlags durch Begründung oder ergänzende Regelungen

Dieses Verdikt der offensichtlichen Verfassungs-, Völkerrechts- und Unionswidrigkeit des Gesetzesvorschlags wird auch nicht dadurch beseitigt, dass § 80c Abs. 2 verlangt, dass der Mangel in absehbarer Zeit behoben sein wird. Die Formulierung „in absehbarer Zeit“ stellt einen unbestimmten Rechtsbegriff dar, der sehr dehnbar und letztlich auf den Einzelfall bezogen ist. Auch eine Heilung binnen einiger Monate oder binnen 1, 2 oder 3 Jahren ist noch ohne weiteres absehbar. Soweit die Gesetzesbegründung ergänzt, dass eine Heilung in absehbarer Zeit vorliegt, wenn „beispielsweise (...) bereits ein ergänzendes Verfahren zur Mangelbeseitigung eingeleitet worden ist“, ändert auch dies nichts daran, dass letztlich in allen denkbaren Fällen durch die Gerichte angenommen werden kann, dass „der Mangel in

absehbarer Zeit geheilt sein wird“. Denn in allen Fällen, in denen ein Vorhabenträger als Beigeladener im Prozess beteiligt ist, genügt der formlos mögliche Antrag auf Einleitung eines ergänzenden Verfahrens zur Heilung aller durch den klagenden Bürger oder Verband vorgetragener Mängel, damit das ergänzende Verfahren im rechtssinne als eingeleitet gilt. Ist Vorhabenträger die Behörde selbst, ist das Ganze noch viel einfacher, weil hier die Behörde schlicht selbst erklären kann, dass sei das ergänzende Verfahren nun einleite und selbstverständlich rasch betreiben werde.

Zudem ändert die Fehlerbehebung „in absehbarer Zeit“ nichts daran, dass entgegen der klaren und ständigen Rechtsprechung des EuGH Vorhaben ausgeführt werden dürfen, auch wenn sie gegen unionsrechtliche Rechtsvorschriften verstoßen.

Der Entwurf übersieht zudem, dass dem Gericht eine völlig unmögliche Prognose abverlangt wird, die das Gericht ohne Verstoß gegen den Gewaltenteilungsgrundsatz gar nicht treffen kann. Denn eine Prognose dergestalt, dass ein Fehler „geheilt sein wird“, kann das Gericht bereits deshalb nicht treffen, weil für die Wahrung der der europa- und konventionsrechtlichen Vorgaben zwingend erforderlich ist, dass Fehlerheilungsverfahren ergebnisoffen und ohne Vorfestlegungen geführt werden (vgl. Dirk Teßmer, Rechtsgutachten: Möglichkeiten nachträglicher Heilung fehlerhafter Verwaltungsentscheidungen, in Texte 149/21, Abschlussbericht Wissenschaftliche Unterstützung des Rechtsschutzes in Umweltangelegenheiten in der 19. Legislaturperiode, Umweltbundesamt; Brigola/Heß, NuR 2017, 729). Da die Fehlerheilung der Behörde obliegt, kann ein Gericht letztlich gar nicht feststellen, dass der Fehler „in absehbarer Zeit geheilt sein wird“. Auch dies übersieht der Referentenentwurf.

Soweit in der Gesetzesbegründung ausgeführt wird, das Gericht könne von der Vorschrift nur Gebrauch machen, wenn offensichtlich ist, dass die Behebung des Mangels nicht zu einer inhaltlichen Änderung des angefochtenen Verwaltungsaktes führen kann, verbirgt sich hierunter nur die Grenze zwischen heilbaren und nicht heilbaren Fehlern, wie sie in der oben skizzierten Rechtsprechung entwickelt wurde.

Die Möglichkeit der Fristsetzung zur Behebung des Mangels sowie die Möglichkeit der Beantragung der Aussetzung der Vollziehung bei einem erfolglosen Verstreichen der Frist, die nach der Gesetzesbegründung „dem Schutz der Beteiligten“ dienen sollen, sind nicht ansatzweise geeignet, die Rechtsnachteile, die klagenden Bürger*innen und Verbänden durch

den praktischen Entzug der Möglichkeit, einen Eingriff in Natur, Umwelt, Landschaft und Klima bis zu dessen gerichtlich geklärter Rechtmäßigkeit zu unterbinden, entstehen, auszugleichen.

In der Gesetzesbegründung heißt es noch:

„Mit der Erledigungserklärung sowie dem Übergang auf einen Fortsetzungsfeststellungsantrag existieren in der VwGO Instrumente, um dem Risiko des Klägers, die (volle) Kostenlast nach der Behebung des Mangels zu tragen, zu begegnen. Bei einer übereinstimmenden Erledigungserklärung entscheidet das Gericht gemäß § 161 Absatz 2 Satz 1 VwGO nach billigem Ermessen über die Kosten durch Beschluss unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes.“

Hier wird empfohlen, sich mit der Frage der Teilbarkeit von Streitgegenständen und den daraus folgenden prozessualen Konsequenzen für Erledigungserklärungen ebenso näher zu befassen wie mit den Wirkungen von Feststellungsurteilen im Planfeststellungsrecht. Den die Autor*innen des Gesetzentwurfs ist offenbar entgangen, dass die vorhandenen Bestimmungen der VwGO die Problematik, dass aufgrund der exzessiven Heilungsmöglichkeiten anerkannte Umweltverbände die Kosten von Klageverfahren auch dann tragen müssen, wenn die ursprünglich zulässige und begründete Klage wegen nachträglicher Heilung unbegründet geworden ist, nicht lösen kann.

3. Zu Absatz 3

In allen Fällen, die Absatz 2 noch übrig lässt, wenn also ausnahmsweise das Gericht nicht ohnehin darauf erkennt, dass alle im Eilverfahren angeführten Mängel aufgrund einer absehbaren Heilbarkeit unbeachtlich sind, erschwert Absatz 3 den Eilrechtsschutz weiter:

Für den Fall, dass die konkrete Möglichkeit besteht, dass die Umsetzung eines Vorhabens zu irreversiblen Nachteilen führen könnte, befürchtet der Gesetzentwurf nämlich, „dass die aufschiebende Wirkung des angefochtenen Verwaltungsaktes uneingeschränkt angeordnet oder wiederhergestellt wird“. Diese rechtsstaatliche Selbstverständlichkeit scheint dem Justizministerium gleichsam als gefährlich. Deshalb sollen durch die Regelung in Absatz 3 Satz 1

„die Gerichte dazu angehalten werden, die Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung in der Regel auf die Maßnahmen zu beschränken, die zu irreversiblen Nachteilen führen können. Wenn das Gericht im einstweiligen Rechtsschutzverfahren zu dem Ergebnis

kommt, dass einzelne Maßnahmen nicht zu irreversiblen Nachteilen führen, können diese bereits vor der Klärung im Hauptsacheverfahren verwirklicht werden. Hierdurch können Vorhaben in der Gesamtschau schneller umgesetzt werden.“

Damit wird – exklusiv für Klagen im Umweltrechtsbereich – der bisher nur im Rahmen von § 123 VwGO geltende Maßstab für Eilanträge, die zu einer Vorwegnahme der Hauptsache führen, generell als Maßstab eingeführt. Denn den Nachweis des Drohens irreversibler Nachteile kennt die VwGO bisher nur dann, wenn ein Kläger mit seinem Eilrechtsbegehren letztlich die Hauptsache vollständig vorwegnimmt, also die Entscheidung in der Hauptsache zu spät käme. In diesen Situationen wird das Eilverfahren zum eigentlichen Hauptsacheverfahren.

Damit wird ein unions- und völkerrechtswidriges Sonderrecht in der VwGO für alle Mitglieder der betroffenen Öffentlichkeit im Sinne des Art. 1 Abs. 4 und 5 der Aarhus-Konvention geschaffen, das zudem den durch Absatz 2 schon nahezu vollständig abgewürgten Eilrechtsschutz nun vollständig zum Erliegen bringen dürfte. Die Ausführungen zur Verfassungs-, Völkerrechts- und Unionsrechtswidrigkeit des Absatz 2 gelten zur Vermeidung von Wiederholungen für Absatz 3 entsprechend.

Nur ergänzend sei bemerkt, dass die Wirkung des Absatz 3 gerade im Zusammenwirken mit Absatz 2 deshalb besonders fatal ist, weil der Antragsteller so gestellt wird, als sei das Eilverfahren das eigentliche Hauptsacheverfahren, zugleich sich die gerichtliche Kontroll-dichte aber letztlich auf die Frage verengt, ob die vorgetragenen Fehler, deren Vorliegen insoweit vom Gericht ohne nähere Prüfung gedanklich unterstellt werden kann, nun heilbar sind oder nicht. Von einem effektiven Rechtsschutz kann nicht ansatzweise die Rede sein.

4. Zu Absatz 4

In Absatz 4 ist vorgesehen, dass das Gericht im Rahmen einer Vollzugsfolgenabwägung die Bedeutung von Infrastrukturmaßnahmen besonders zu berücksichtigen hat, wenn ein Bundesgesetz feststellt, dass diese im überragenden öffentlichen Interesse liegen. In der Gesetzesbegründung wird ausgeführt, solche Wertungen fänden sich etwa im Netzausbaubeschleunigungsgesetz Übertragungsnetz (NABEG), im Gesetz zum Ausbau von Energieleitungen (EnLAG) und im LNGG. Komme das Gericht nach einer summarischen Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache zu dem Ergebnis, dass diese offen sind, habe das Gericht im Rahmen der dann vorzunehmenden Vollzugsfolgenabwägung das gesetzlich festgestellte überragende öffentliche Interesse an dem Vorhaben besonders zu berücksichtigen

und damit auf die gesetzlich geregelte Wertung eines Vorrangs dieses Vorhabens abzustellen.

Absatz 4 ist in mehrerlei Hinsicht bemerkenswert.

Erstens legen die Autor*innen des Referentenentwurfs hiermit offen, dass ihnen sehr wohl bewusst ist, dass das „überragende öffentliche Interesse“ nur in einigen wenigen Bundesgesetzen für einige wenige Vorhaben vorgesehen ist. Die – falsche – Darstellung „aller“ Infrastrukturvorhaben im Sinne des § 48 Abs. 1 Nr. 3 bis 15 VwGO als im überragenden Interesse stehend erfolgte deshalb nicht versehentlich, sondern vorsätzlich falsch und in Kenntnis der Tatsache, dass allenfalls ein Bruchteil der Vorhaben des § 48 Abs. 1 Nr. 3 bis 15 VwGO den Anspruch einer besonderen Dringlichkeit, die ggf. auch Einschränkungen des Eilrechtsschutzes rechtfertigen könnte, erfüllt.

Zweitens ist die Vorschrift aufgrund ihrer Überflüssigkeit bemerkenswert, denn sie regelt etwas, das keiner Regelung bedarf. Denn die Kennzeichnung eines Belangs oder eines Vorhabens durch Bundesgesetz als „im überragenden öffentlichen Interesse“ führt dazu, dass Gerichte und Behörden das gesetzlich festgestellte überragende öffentliche Interesse an dem Vorhaben besonders zu berücksichtigen und hierbei auf die gesetzlich geregelte Wertung eines Vorrangs dieses Vorhabens abzustellen haben.

V. Art. 1 Nr. 4 - Änderung in § 87b VwGO

Mit der Vorschrift wird ausweislich der Gesetzesbegründung die innerprozessuale Präklusionsvorschrift des § 87b VwGO für die vorgenannten Verfahren verschärft. Abweichend von § 87b Absatz 3 Satz 2 Nummer 1 VwGO kommt es auf eine Verfahrensverzögerung nicht an. Außerdem hat das Gericht im Anwendungsbereich des neuen § 87b Absatz 4 VwGO nach der Gesetzesbegründung keine Ermessensentscheidung mehr zu treffen, denn die Präklusion tritt ohne gerichtliches Ermessen ein, soweit die Voraussetzungen des neuen § 87b Absatz 4 Satz 1 Nummer 1 und 2 VwGO erfüllt sind. Durch den Verweis des neuen § 87b Absatz 4 Satz 2 VwGO auf § 87b Absatz 3 Satz 3 VwGO gilt dies nur ausnahmsweise nicht, wenn es mit geringem Aufwand möglich ist, den Sachverhalt auch ohne Mitwirkung des Beteiligten zu ermitteln. Hierdurch soll dem Amtsermittlungsgrundsatz Rechnung getragen werden. Einen etwaigen Entschuldigungsgrund hat der Beteiligte auf Verlangen des Gerichts glaubhaft zu machen (§ 87b Absatz 4 Satz 2 VwGO neu in Verbindung mit § 87b Absatz 3 Satz 2 VwGO).

Die Vorschrift soll nach der Gesetzesbegründung der Straffung der Verfahren über „besonders bedeutsame Infrastrukturvorhaben“ dienen. Die Zurückweisung verspätet vorgebrachter Erklärungen und Beweismittel soll zu

einer Begrenzung des Prozessstoffes beitragen und damit auch zu einer Entlastung der Gerichte führen. Die Verschärfung der innerprozessualen Präklusion soll es ermöglichen, weitergehend als bisher durch Beteiligte verschuldete Verzögerungen des Verfahrens zu verhindern.

Über die Verweisung des § 141 Satz 1 VwGO gilt § 128a Absatz 2 VwGO für das Revisionsverfahren entsprechend. Erklärungen und Beweismittel, die vom Obergerverwaltungsgericht gemäß dem neuen § 87b Absatz 4 VwGO zu Recht zurückgewiesen werden, sind daher auch in einem anschließenden Revisionsverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nicht zu berücksichtigen.

Ebenso wie § 80c VwGO betrifft die Bestimmung nicht „besonders bedeutende Infrastrukturvorhaben“, sondern letztlich praktisch alle Vorhaben im Zuständigkeitsbereich der Obergerverwaltungsgerichte sowie LNG-Vorhaben und ist bereits wegen dieses überbordenden Anwendungsbereichs unverhältnismäßig.

In der Sache zu begrüßen ist die Einführung eines Belehrungserfordernisses über die Folgen der Fristversäumung.

Im Übrigen wird die bereits nach geltender Rechtslage normierte Präklusion bei Versäumung der Klagebegründung, die bei vollständiger Versäumung der Frist zur Unbegründetheit der Klage in Gänze führt und bei Vortrag einzelner Tatsachen und Beweismittel erst nach Ablauf der Frist dazu, dass das Gericht diese Tatsachen und Beweismittel als verspätet zurückweisen kann, dadurch verschärft, dass den Gerichten das bisher bestehende Ermessen genommen wird. Alle Tatsachen und Beweismittel und – wie die jüngste Rechtsprechung jedenfalls des 9. Senats nahelegt – in extensiver Auslegung der Bestimmungen auch Rechtsvortrag (!) soll nach § 87b Abs. 4 VwGO unter den dort normierten Voraussetzungen zwingend zurückzuweisen sein.

In der Praxis wird diese Bestimmung keinen Beschleunigungseffekt haben, da bereits bisher die Gerichte von der Zurückweisungsbestimmung des bestehenden § 87b Abs. 3 VwGO extensiv Gebrauch machen und sehr hohe Anforderungen an den klägerischen Vortrag innerhalb der Klagebegründungsfrist stellen (vgl. etwa BVerwG, Urteil v. 9. November 2017 – 3 A 4/15, Rn. 91; BVerwG, Urteil v. 6. April 2017 – 4 A 16/16, Rn. 37). Treffen wird sie zudem vor allem Bürgerinnen und Bürger, die sich mit weniger spezialisierten Anwäl*innen gegen Vorhaben zur Wehr setzen. Die Qualität der beteiligten Rechtsanwält*innen wird deshalb die Frage des Erfolgs oder Misserfolgs eines Rechtsmittels in einem Maße prägen, das § 87b Abs. 4 VwGO notwendig auch eine soziale Komponente verleiht, weil nun ernsthaft relevant wird, ob sich Kläger*innen spezialisierte Rechtsanwält*innen leisten können.

Weiterhin ungeklärt bleibt in diesem Kontext die Relevanz des Rechtsschutzes für die Dauer von Projekten. Die Vorgängerregierung hat in einem

Forschungsvorhaben die Anzahl der Rechtsschutzverfahren im umweltrechtlichen Bereich ebenso evaluieren lassen wie die Dauer der gerichtlichen Verfahren. Für den Bereich ab 2021 ist ein weiteres Forschungsprojekt in Zusammenarbeit mit BMUV und Umweltbundesamt in Arbeit. Das bereits abgeschlossene Projekt kam zu folgenden Ergebnissen (vgl. Umweltbundesamt, Wissenschaftliche Unterstützung des Rechtsschutzes in Umweltangelegenheiten in der 19. Legislaturperiode, Abschlussbericht, Texte 149/2021):

„Die Zahl der Umweltverbandsklagen hat sich im Untersuchungszeitraum von 2017 bis 2020 im Vergleich zu den Ergebnissen vorangehender Studien erhöht. Durch die Untersuchung sind von 2017 bis 2020 gerichtliche Entscheidungen¹¹ zu insgesamt 237 Fällen erfasst worden (durchschnittlich 59,2 Fälle p.a.), während es im Zeitraum von 2013 bis 2016 nach der Studie des Sachverständigen Rates für Umweltfragen (SRU)¹² noch 140 Fälle (35 p.a.) waren (...).

Bei der Einordnung dieser Entwicklung ist eine differenzierende Betrachtung erforderlich. Eine starke Zunahme der Verbandsklagen konnte in neun Bundesländern festgestellt werden, wobei gut 80% der Fälle in Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen registriert worden sind, vgl. Tabelle 1. Die übrigen Bundesländer verzeichneten nur eine geringe Zunahme oder sogar einen Rückgang der Fallzahlen (Bremen, Saarland und Sachsen-Anhalt). Außerdem konzentriert sich die Zunahme thematisch überwiegend auf Klagen gegen Windenergieanlagen und Luftreinhaltepläne, die bereits vor der UmwRG-Novelle von 2017 zulässig waren (...).

Auf der Grundlage der durch die Novelle von 2017 neu in § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 bis 6 UmwRG eingefügten Tatbestände ist hingegen nur in 37 Fällen geklagt worden (...). Diese Klagen richteten sich im Betrachtungszeitraum von knapp vier Jahren überwiegend gegen die Erteilung von Ausnahmen im Artenschutzrecht, Baumfällungen bzw. Waldumwandlungen sowie gegen Baugenehmigungen.

Daraus ergibt sich: Die neuen Klagemöglichkeiten seit der Novelle des UmwRG 2017 werden zwar genutzt (15,64% aller Klagen im Zeitraum 2017 bis 2020 bzw. 37 von 237 Fällen). Jedoch ist die Zunahme der Klagezahlen nicht in erster Linie auf die Erweiterung der Klagemöglichkeiten durch das UmwRG 2017 zurückzuführen, sondern vor allem auch auf die Nutzung bereits zuvor bestehender Anwendungsfelder (Windenergieanlagen und Luftreinhaltepläne). Im Bereich der Planfeststellungen (Infrastrukturvorhaben) sind die Klagezahlen im Zeitraum 2017 bis 2020 – bis auf Erhöhungen im Eisenbahnbau - insgesamt gesehen konstant geblieben, in einigen Feldern (z.B. Gewässerausbau) sogar rückläufig.

Die weitere Entwicklung der Verbandsklagen ist insbesondere bezogen auf die Anwendung der 2017 neu eingeführten Klagemöglichkeiten noch nicht absehbar. Die Zahlen aus dem Jahr 2020 deuten darauf hin, dass sich zukünftig ein höherer Anteil von Klagen auf die Zulässigkeitstatbestände in § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 bis 6 UmwRG stützen könnte als noch 2018/19. Ob die Fallzahlen weiter steigen oder eher auf dem aktuellen Niveau bleiben, wird jedoch auch davon abhängen, in welchem Umfang sich die anerkannten Umweltverbände zukünftig engagieren können. Deren Zahl hat zwar zugenommen, sie verfügen aber in der Regel nur über eingeschränkte finanzielle und personelle Ressourcen, so dass auch die Möglichkeiten zur Prozessführung begrenzt sind. Zudem ist unabhängig davon in manchen Bereichen aufgrund einer veränderten Sachlage mit dem Rückgang bzw. der Erledigung von Klagen zu rechnen (z.B. bei den Luftreinhalteplänen).“

Damit ist eindeutig, dass gerade einmal ca. 60 Umweltverbandsklagen pro Jahr erhoben werden und diese Zahl bisher vor allem auf Klagen gegen Windkraftvorhaben und Luftreinhaltepläne zurückging. Die Tatsache, dass die Verfahrensdauer für die Planung von Straßen, Flughäfen, Eisenbahnen, Wasserstraßen, Kraftwerken, Rohstoffabbau usw. in Deutschland lang ist, kann ersichtlich nicht mit einer öffentlichkeitswirksam behaupteten angeblichen Klageflut erklärt werden. Richtig ist lediglich, dass Windkraftanlagen in den letzten Jahren häufiger beklagt wurden. Aber auch hier dokumentieren die Klagezahlen, dass nur ein geringer Teil der Vorhaben beklagt wird. Für die ebenfalls nun mit einer weiteren prozessualen Beschleunigungs-idee betroffenen Bereiche Straße-Schiene-etc. ist empirisch belegt, dass nur einzelne Vorhaben überhaupt beklagt werden. Erneut soll deshalb der Rechtsschutz im Umweltbereich letztlich ohne Not verkürzt werden.

Dem Gesetzgeber muss klar sein, dass er hiermit gezielt das Vollzugsdefizit im Umweltrecht, das Grund und Ursache für die Aarhus-Konvention nebst der unionsrechtlichen Umsetzungsbestimmungen war und nach wie vor ist, vergrößert. Denn die Klagerechte im Umweltbereich sollen gerade durch Aktivierung der Betroffenen Öffentlichkeit dafür sorgen, dass Umweltrecht bei der Zulassung von Infrastrukturvorhaben beachtet wird (so die Zielsetzung der Aarhus-Konvention und der Öffentlichkeitsbeteiligungsrichtlinie). Und die vorgenannte empirische Untersuchung belegt auch, dass Klagen speziell der anerkannten Umweltvereinigungen statistisch überdurchschnittlich erfolgreich sind:

„Die Erfolgsquote (Tabelle 8) lag auch von 2017 bis 2020 mit 52% ganz oder teilweise erfolgreichen Klagen vergleichsweise hoch. Zwar sind relativ viele Fälle noch nicht abschließend entschieden und daher als „offen“ eingestuft worden, weil nach Eilverfahren oder einer Entscheidung in erster Instanz noch Beschwerde-, Berufungs- oder Revisionsverfahren anhängig sind.

Insgesamt gesehen sprechen die Untersuchungsergebnisse aber dafür, dass die Umweltverbände ihre Klagemöglichkeiten

regelmäßig nur in ausgewählten Fällen mit guten Erfolgsaussichten nutzen und damit im Sinne der gesetzlichen Regelungen zur Verringerung von behördlichen Vollzugsdefiziten beitragen.“

Der neue § 87b Abs. 4 VwGO ist deshalb auch unionsrechtlich problematisch, weil er den Gerichten verbindlich vorschreibt, ggf. auch gravierende unionsrechtliche Mängel einer Verwaltungsentscheidung zu ignorieren, wenn der Kläger den Vortrag dieses Mangels innerhalb der Klagebegründungsfrist versäumt – ein Umstand, der angesichts der regelmäßigen mehrere hundert oder auch mehrere tausend Seiten umfassenden Unterlagen, die binnen 10 Wochen für eine Klagebegründung aufgearbeitet werden müssen, auch bei versierten Anwält*innen vorkommen kann, weil die tatsächliche und rechtliche Entfaltung jedes einzelnen Arguments eine extrem hohe Hürde ist. Besonders problematisch ist, dass die zwingend vorgesehene Zurückweisung und damit der Entzug des bisher bestehenden gerichtlichen Ermessens es den Gerichten künftig nicht mehr erlaubt, insbesondere nach der Bedeutung und Schwere des festgestellten Mangels zu differenzieren und damit etwa auch absolute Verfahrensfehler erfassen kann.

Einen nennenswerten Beschleunigungseffekt wird die Bestimmung nicht haben, denn die eigentlichen Ursachen der Verzögerung von Planungsverfahren liegen an anderen Stellen als in den gerichtlichen Verfahren und treten dort klar zu Tage:

Ziekow u.a. beschreiben in ihrer Untersuchung „Dauer von Zulassungsverfahren: eine empirische Untersuchung zu Implementation und Wirkungsgrad von Regelungen zur Verfahrensbeschleunigung, 2005 in Ziff. 2.3 auf Seite 83 die Bedeutung der Mitwirkung des Vorhabenträgers an der Erstellung vollständiger Antragsunterlagen (hier im immissionsrechtlichen Verfahren) wie folgt:

*„Die Vollständigkeit der Antragsunterlagen ist in mehrfacher Hinsicht von Bedeutung für Dauer und Ablauf des Genehmigungsverfahrens. Von Seiten der Behörden wird beispielsweise die **Unvollständigkeit der Antragsunterlagen als eine der Hauptursachen für Verzögerungen im Genehmigungsverfahren genannt, die i.Ü. vom Antragsteller zu vertreten sei. So wurden in der Behördenumfrage z.B. unvollständige Unterlagen als besonders starker Verzögerungsfaktor für TöB-Stellungen eingeschätzt.***

Die Unvollständigkeit der Antragsunterlagen und die Dauer der Erstellung von Unterlagen kann eine weitere wesentliche Ursache für Verfahrensverzögerungen liegt in der mangelnden Digitalisierung der Behördenarbeit und der schlechten personellen Ausstattung der Behörden. Wenn nur ein oder zwei Beamt*innen einen Antrag auf luftrechtliche Planfeststellung bearbeiten darf sich niemand darüber wundern, dass das Verfahren mehrere Jahre dauert.

Die Untersuchung zeigt weiter, dass die (weitere) Beschränkung der Klagerechte von Betroffenen und Verbänden, hier durch eine Verschärfung der Präklusion nicht zielführend ist. Ausgehend von diesem Erkenntnis sollte der Schwerpunkt der Verfahrensbeschleunigungsbestrebungen bei den Vorhabenträger*innen und Behörden ansetzen. Die bessere personelle und finanzielle Ausstattung von Behörden, die Einführung von einheitlichen Fachkonventionen, aktuellen Leitfäden und Handlungsreichungen und die Vereinheitlichung von Prüf- und Bewertungsmethoden auf Grundlage einer möglichst breiten wissenschaftlichen Basis und die Unterstützung der Vorhabenträger bei der Erstellung ihrer Planungsunterlagen mittels Geoinformationssystemen und umfassenden Datenpools, wurden bereits in mehreren Gutachten und Stellungnahmen vorgeschlagen und sind – nach hiesiger Einschätzung – auch Konsens sämtlicher Fraktionen im Bundestag. Insofern sollten diese Schritte zügig umgesetzt bzw. eingeleitet werden. Sie erleichtern nicht nur die Arbeit der Vorhabenträger*innen, sondern tragen auch zu einer erleichterten, schnelleren und für die Betroffenen erheblich besser nachvollziehbaren Behördenentscheidung bei. Insofern kann davon ausgegangen werden, dass transparentere Entscheidungsprozesse auch zu einer höheren Akzeptanz der behördlichen Zulassungsentscheidungen führen.

Dies gilt umso mehr, als aktuelle Erhebungen auch belegen, dass die Dauer der gerichtlichen Verfahren tendenziell abgenommen hat:

„Vielmehr ist vor allem für die Zeit nach dem Inkrafttreten der UmwRG-Novelle 2017 eine im Durchschnitt kürzere Verfahrensdauer festzustellen als vor dem EuGH-Urteil (nur noch 22,2 statt 24,8 Monate). Ein genaues Bild vermittelt eine Gesamtbetrachtung aller Entscheidungen, die nach dem EuGH-Urteil getroffen worden sind. Dabei ergibt sich mit durchschnittlich 23,9 Monaten (22,9 Monate bei Verwaltungsgerichten; 31,3 Monate bei Oberverwaltungsgerichten; 20,2 Monate beim Bundesverwaltungsgericht) eine etwas kürzere Verfahrensdauer als vor dem EuGH-Urteil (durchschnittlich 24,8 Monate).

Eine verkürzte Verfahrensdauer zeigt sich seit dem Inkrafttreten der UmwRG-Novelle 2017 vor allem bei den Verwaltungsgerichten und auch beim Bundesverwaltungsgericht. Bei den Oberverwaltungsgerichten ist die durchschnittliche Verfahrensdauer hingegen nahezu unverändert geblieben. Außerdem dauern die Verfahren dort deutlich länger als bei den Verwaltungsgerichten und beim Bundesverwaltungsgericht (in dem Zeitraum seit Inkrafttreten der UmwRG-Novelle 2017 durchschnittlich mehr als 1 Jahr). Darüber hinaus hat sich gezeigt, dass es bezogen auf einzelne Fälle teilweise extreme Unterschiede gibt. Den sehr schnell innerhalb von nur fünf oder sechs Monaten entschiedenen Verfahren steht in manchen Fällen eine Verfahrensdauer von fünf Jahren oder mehr gegenüber.

Bei der Interpretation dieser Ergebnisse ist zunächst zu berücksichtigen, dass sie auf einer rein quantitativen Analyse der zu

den erstinstanzlichen Gerichtsverfahren vorliegenden Daten beruhen. Deswegen können daraus keine Rückschlüsse darauf gezogen werden, welche Faktoren die Dauer der untersuchten Verfahren tatsächlich beeinflusst haben. Nach den aus anderen Untersuchungen vorliegenden Erkenntnissen ist davon auszugehen, dass die Dauer gerichtlicher Verfahren von einer ganzen Reihe von Faktoren abhängig ist.¹⁴ Um auch den Einfluss solcher Faktoren erfassen zu können, müssten diese im Einzelnen untersucht werden. Unabhängig davon deuten die erheblichen Unterschiede in der Dauer gerichtlicher Verfahren darauf hin, dass die Verfahrensdauer durch die Regelungen für das Klagevorbringen nur in Einzelfällen und damit insgesamt gesehen nur sehr begrenzt beeinflusst wird. Die Untersuchung hat gezeigt, dass die verwaltungsgerichtlichen Verfahren in erster Instanz ganz überwiegend innerhalb von etwa zwei Jahren und häufig sogar in deutlich kürzeren Zeiträumen abgeschlossen werden. Das zeigt sich vor allem in den Durchschnittswerten zu den Verfahren, die im Zeitraum nach Inkrafttreten der UmwRG-Novelle 2017 von den Verwaltungsgerichten und vom Bundesverwaltungsgericht entschieden worden sind (...). Aber auch vor dem EuGH Urteil vom 15. Oktober 2015 (Rs. C-137/14) sind nahezu $\frac{3}{4}$ aller erstinstanzlichen Entscheidungen in diesem Zeitrahmen getroffen worden. In der Regel sind die Verwaltungsgerichte demnach offenbar in der Lage, auch die meist komplexen Fälle aus dem Bereich der Straßen- und Eisenbahninfrastruktur zügig zu entscheiden. Die Fälle, bei denen die gerichtlichen Verfahren besonders lang dauern (und die sich zusätzlich oft auch über mehrere Instanzen hinziehen) stellen hingegen Ausnahmen dar. (...)

Demnach lässt sich abschließend feststellen, dass sich die durchschnittlichen Verfahrensdauern bisher in Folge des Wegfalls der sogenannten materiellen Präklusion von Einwendungen nicht verlängert haben. Da bereits 24 Verfahren aus der Zeit nach dem 15. Oktober 2015 erfasst und ausgewertet werden konnten, spricht viel dafür, dass eine solche Verlängerung nicht mehr zu erwarten ist. Einen größeren Einfluss auf die durchschnittliche Verfahrensdauer und die dazu geführte Diskussion haben wohl eher die relativ wenigen Fälle, in denen sich die gerichtliche Klärung vor allem aufgrund offener Rechtsfragen über einen längeren Zeitraum - und teilweise zusätzlich auch über mehrere Instanzen - hingezogen hat. Die ergänzend durchgeführte (qualitative) Befragung von je zwei Expertinnen und Experten aus den Verwaltungsgerichten, der Rechtsanwaltschaft, aus den Behörden, der Wirtschaft und den Umweltverbänden ergab ebenfalls keine Hinweise darauf, dass die Abschaffung der materiellen Präklusion (Hinweis der Unterzeichnerin: gemeint ist hier die materielle Präklusion im Verwaltungsverfahren) zur Verzögerung von gerichtlichen Verfahren führt. Hingegen gingen die Befragten mehrheitlich davon aus, dass sich die Dauer der behördlichen Zulassungsverfahren in den vergangenen 10 Jahren verlängert hat. Diese Entwicklung wurde vor allem auf erhöhte Prüfanforderungen zurückgeführt.“

Dies belegt, dass von Ausnahmen abgesehen das gerichtliche Verfahren bereits aktuell in Zeiträumen stattfindet, die für die sorgfältige Prüfung eines Gerichts erforderlich und geboten sind – von einzelnen Ausnahmen abgesehen.

Dabei spricht nichts dagegen, eine weitere Straffung des gerichtlichen Verfahrens durch geeignete Maßgaben vorzunehmen (dazu noch ausführlich in der Kommentierung zu Nr. 5 des Referentenentwurfs), mit dem in § 87b Abs. 4 VwGO vorgesehenen zwingenden Abschneiden klägerischen Vortrags wird der Gesetzgeber aber keine Beschleunigungspotentiale heben können, sondern nur dafür sorgen, dass noch mehr rechtswidrige Planungsentscheidungen vor Gericht unbeanstandet bleiben.

VI. Art. 1 Nr. 5 – Einführung eines § 87c VwGO

Durch die Regelung soll ausweislich der Gesetzesbegründung erreicht werden, dass „diese besonders bedeutenden Verfahren“ (dazu bereits oben unter III.1.) gegenüber anderen Verfahren bevorzugt behandelt und Verfahrensverzögerungen durch das Gericht vermieden werden.

1. Zu Absatz 1

Durch die Regelung in Absatz 1 soll ausweislich der Gesetzesbegründung erreicht werden:

„(...), dass diese „besonders bedeutenden Verfahren“ gegenüber anderen Verfahren bevorzugt behandelt und Verfahrensverzögerungen durch das Gericht vermieden werden. Das Vorranggebot ist während der gesamten Dauer des Verfahrens zu beachten und gilt in allen Rechtszügen. Es ist daher unter anderem bei der Anberaumung von Terminen, bei der Fristsetzung für die Abgabe von Stellungnahmen und bei der Bekanntgabe von Entscheidungen zu beachten. Das Beschleunigungsgebot verpflichtet das Gericht, Verfahrensverzögerungen zu vermeiden und so zu einer Beschleunigung des Verfahrensabschlusses beizutragen. Bei der Anwendung des Vorrang- und Beschleunigungsgebotes hat das Gericht dafür Sorge zu tragen, dass Verfahrensrechte der Beteiligten nicht unangemessen eingeschränkt werden. Außerdem darf die Anwendung des Vorrang- und Beschleunigungsgebotes nicht dazu führen, dass andere Verfahren zurückgestellt werden, wenn dies im konkreten Fall für die dort Betroffenen unzumutbar wäre.“

Die Regelung dürfte in der Praxis bei den Oberverwaltungsgerichten und dem Bundesverwaltungsgericht auf erhebliche Skepsis treffen, weil die berechtigte Frage zu stellen ist, wie die Gerichte angesichts

der chronischen personellen Unterbesetzung gerade der Oberverwaltungsgerichte und des Bundesverwaltungsgerichtes einzelne Verfahren noch beschleunigen sollen. Hinzu tritt, dass die von § 87c VwGO erfassten Verfahren ohnehin bei den Oberverwaltungsgerichten auf einige wenige Senate verteilt sind (vgl. etwa die alleinige Zuständigkeit des 1. und des 4. Senats des SächsOVG für die hier in Rede stehenden umweltrechtlichen Angelegenheiten), die von dieser Regelung sozusagen ausschließlich betroffen sein werden. Ohne dass der Bund und die Bundesländer die Anzahl der Richter*innen deutlich erhöhen und zugleich für eine bessere digitale und auch fachliche Ausstattung (Stichwort: unabhängige sachverständige Berater*innen für die Gerichte) der Gerichte sorgen, wird ein Beschleunigungseffekt auf dem hier gewählten Wege nur schwerlich zu erzielen sein.

2. Zu Absatz 2

Als Element des in Absatz 1 vorgesehenen Vorrang- und Beschleunigungsgebotes soll die neue Regelung in Absatz 2 Satz 1 und 2, wonach ein Erörterungstermin durchgeführt werden und dieser spätestens zwei Monate nach Eingang der Klageerwiderung stattfinden soll, fungieren.

Sofern es in dem Erörterungstermin nicht zu einer gütlichen Einigung kommt, regelt ausweislich der Gesetzesbegründung der neue § 87c Absatz 2 Satz 3 VwGO, dass die Vorsitzende oder der Vorsitzende oder die Berichterstatterin oder der Berichterstatter den weiteren Ablauf des Verfahrens und eine mögliche Terminierung der mündlichen Verhandlung mit den Beteiligten erörtern soll. Welche Verfahrensschritte genau erörtert werden, wird im Einzelfall zu entscheiden sein. Es kommt nach der Begründung z. B. in Betracht, Stellungnahme- und Beibringungsfristen anzukündigen oder bereits zu bestimmen. Ferner soll bereits angekündigt werden, wann mit einem Termin zur mündlichen Verhandlung zu rechnen ist. Die Festlegung eines Zeitplans zu Beginn des Verfahrens soll zu einer Straffung und effizienteren Führung des Verfahrens beitragen. Neben einer Beschleunigung führt dies auch zu einer transparenten Gestaltung des Verfahrensablaufs für die Beteiligten. Die Erörterung des weiteren Verfahrensablaufs und die Festlegung bestimmter Termine im Erörterungstermin schließt spätere Anpassungen des Zeitplans nicht aus. Alle im Rahmen der Erörterung zum Ablauf des Verfahrens getroffenen Verfahrensschritte sind als wesentliche Vorgänge zu protokollieren (§ 173 Satz 1 VwGO in Verbindung mit § 160 ZPO).

Gegen die hinter der Regelung stehende Absicht, das gerichtliche Verfahren klarer zu strukturieren, ist nichts einzuwenden. Allerdings ist fraglich, ob ein verpflichtender Erörterungstermin das gerichtliche

Verfahren nicht eher verzögert, weil er die eigentliche mündliche Verhandlung letztlich nicht ersetzt. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Durchführung solcher nichtöffentlicher Erörterungstermine bereits nach geltender Rechtslage im Rahmen des richterlichen Verfahrensermessens möglich ist und auch von einigen Gerichten, so u.a. dem BVerwG auch schon praktiziert wird.

Die von einem binnen einer Zweimonatsfrist durchzuführenden Erörterungstermin erhoffte Beschleunigungswirkung muss aber bereits deshalb ausbleiben, weil der Referentenentwurf für den Fristlauf für die zwei Monate ausgerechnet an den Eingang der Klageerwiderung knüpfen will. Fristen für die Klageerwiderung der Behördenseite fehlen aber vollständig. Eine überschlägige Analyse der von der Unterzeichnerin geführten Verfahren zeigt, dass die Klageerwiderung meistens erst mehrere Monate nach Vorlage der Klagebegründung beim Gericht eingeht, regelmäßig nehmen die behördlichen Klageerwiderungen einen deutlich längeren Zeitraum ein, als der den Klägern mit der strengen Drohung der Präklusion vorgegebene Zeitraum von 10 Wochen. Eine sinnvolle Strukturierung des gerichtlichen Verfahrens muss deshalb die längst überfälligen Fristen auch für die Beklagten- und die Beigeladenenseite einführen.

Es wird deshalb vorgeschlagen, folgenden Satz zu ergänzen:

„Die übrigen Beteiligten haben ihre Erwiderungen innerhalb von 10 Wochen ab Zustellung der Klagebegründung vorzulegen.“

Hiermit wird sichergestellt, dass anders als bisher die Beklagten- und Beigeladenenseite nicht zur Verzögerung des gerichtlichen Verfahrens beitragen und zugleich Waffengleichheit hergestellt wird. Diese Waffengleichheit legt es nahe – wenn der Beschleunigungsgedanke ernst gemeint ist und es nicht um die Beschränkung des Erfolgs von Klagen geht – auch verspäteten Vortrag der Beklagten- und Beigeladenenseite einer Präklusion zu unterstellen, wie es etwa auch beim EuGH der Fall ist.

VII. Nr. 7 - § 188b VwGO

Gegen die beabsichtigte Regelung, dass für Angelegenheiten des Planungsrechts sollen besondere Kammern oder Senate gebildet werden (Planungskammern, Planungssenate) und ihnen insbesondere auch Sachgebiete zugewiesen werden können, die mit den Angelegenheiten des Planungsrechts im Zusammenhang stehen, bestehen keine Bedenken. Gleiches gilt für die Anforderung, dass Richter*innen in Planungskammern oder Planungssenaten über Kenntnisse des Planungsrechts verfügen sollen. Allerdings gelten die obigen Hinweise zu den vorhandenen personellen Engpässen an den Gerichten hier entsprechend.

VIII. Art. 2 und Art. 3 - Änderungen des Energiewirtschaftsgesetzes und zur Änderung des Netzausbaubeschleunigungsgesetzes Übertragungsnetz

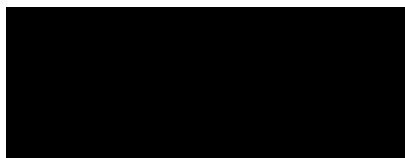
Zu den beabsichtigten Änderungen des Energiewirtschaftsgesetzes und zur Änderung des Netzausbaubeschleunigungsgesetzes Übertragungsnetz wird auf eine weitergehende Stellungnahme verzichtet. Der BUND hatte insoweit bereits 2017 bei Einführung des UmwRG zur Frage der Klagebegründungsfrist Stellung genommen. Die Anpassungen stellen den Rechtszustand, der in anderen Bereichen des Fachplanungsrecht (z.B. FStrG, AEG, LuftVG) ohnehin bereits vorherrscht, nun auch im EnWG und im NABEG her.

IX. Art. 4 - Inkrafttreten

Um die Beschleunigungsmöglichkeiten für verwaltungsgerichtliche Verfahren „über besonders bedeutsame Infrastrukturvorhaben“ der Praxis schnellstmöglich zur Verfügung zu stellen, soll das Gesetz am Tag nach der Verkündung in Kraft treten. Das kurzfristige Inkrafttreten wird ausweislich der Begründung die Praxis und insbesondere die Gerichte und die Gerichtsorganisation unter Umständen vor Herausforderungen stellen. Angesichts der Dringlichkeit der Beschleunigung von verwaltungsgerichtlichen Verfahren über besonders bedeutsame Infrastrukturprojekte aufgrund der aktuellen Herausforderungen soll dies jedoch geboten sein.

Diese Regelung ist bereits deshalb unverhältnismäßig, weil das Gesetz auch auf schon anhängige Klageverfahren sofort anwendbar ist. Dies kann etwa bei Klagen nach EnWG oder NABEG dazu führen, dass für eine schon erhobene Klage plötzlich nachträglich eine Klagebegründungsfrist läuft.

Leipzig, den 07. September 2022



RAin Dr. iur. Franziska Heß
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Inhaltsverzeichnis

I.	Vorbemerkung.....	2
II.	Art. 1 Nr. 1 – Änderung § 50 Abs. 1 VwGO	3
III.	Art. 1 Nr. 2 - Ergänzung in § 80b Abs. 3 VwGO	3
IV.	Art. 1 Nr. 3 - Einführung eines neuen § 80c VwGO	3
	1. Zu Absatz 1.....	4
	2. Zu Absatz 2.....	8
	a) Verfassungswidrigkeit	12
	b) Völkerrechtswidrigkeit	16
	c) Unionsrechtswidrigkeit	18
	d) Kein Ausschluss der Verfassungs-, Völkerrechts- und Unionswidrigkeit des Gesetzesvorschlags durch Begründung oder ergänzende Regelungen.....	27
	3. Zu Absatz 3.....	29
	4. Zu Absatz 4.....	30
V.	Art. 1 Nr. 4 - Änderung in § 87b VwGO	31
VI.	Art. 1 Nr. 5 – Einführung eines § 87c VwGO.....	38
	1. Zu Absatz 1.....	38
	2. Zu Absatz 2.....	39
VII.	Nr. 7 - § 188b VwGO	40
VIII.	Art. 2 und Art. 3 - Änderungen des Energiewirtschaftsgesetzes und zur Änderung des Netzausbaubeschleunigungsgesetzes Übertragungsnetz	41
IX.	Art. 4 - Inkrafttreten.....	41