

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung von verwaltungsgerichtlichen Verfahren im Infrastrukturbereich (BR-Drs. 640/22 / BT-Drs. 20/5165)

Zusammenfassende Bewertung:

Der Entwurf lotet moderate Beschleunigungsmöglichkeiten des Verwaltungsprozessrechts aus. Die vorgeschlagenen Regelungen führen gleichwohl zu einer Beschränkung der bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten insbesondere im Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes. Sie sind sowohl an verfassungsrechtlichen als auch unions- und völkerrechtlichen Maßstäben zu messen. In einer rechtsschutzfreundlichen Auslegung durch die Gerichte sind die Neuregelungen mit höherrangigem Recht zu vereinbaren. Rechtfertigungsfragen wirft der Umstand auf, dass die Neuregelungen eine Vielzahl unterschiedlicher Vorhaben betreffen, deren Beschleunigung jedoch im Einzelnen unterschiedliches verfassungsrechtliches Gewicht zukommt.

A. Vorbemerkungen

1. Kontext

Der Gesetzentwurf zur Beschleunigung von verwaltungsgerichtlichen Verfahren stellt einen Baustein im Kontext übergreifender bereits verabschiedeter und für die Zukunft angekündigter Bemühungen um die Beschleunigung von Infrastrukturvorhaben dar und muss angesichts der eher verhaltenen Beschleunigungserwartungen auf Seiten der Praxis auch in diesem übergreifenden Kontext bewertet werden. Soll die Planungsdauer wichtiger Infrastrukturprojekte halbiert werden, wie es die Entwurfsbegründung anstrebt¹, ist es konsistent, auch die gerichtlichen Verfahren nicht von vornherein von Beschleunigungsbestrebungen auszunehmen. Angesichts der in den Stellungnahmen stark divergierenden Erwartungen in Bezug auf das Beschleunigungspotential scheint allerdings eine Evaluation, wie sie im Gesetzentwurf vorgesehen ist, geboten.

Der Entwurf fügt sich einerseits in eine Reihe von Beschleunigungsgesetzen für Planungsverfahren für Investitionen und Infrastrukturmaßnahmen seit den 1990er Jahren ein.² An-

¹ BT Drs. 640/22, S. 2.

² S. zur Entwicklung und Bewertung der Beschleunigungsgesetzgebung seit den 1990er Jahren *Schoch*, in:
S. 1 / 26

dererseits knüpft er sachbezogen auch an jüngere Gesetze zur Bekämpfung des Klimawandels durch den beschleunigten Ausbau erneuerbarer Energien³ sowie zur Bewältigung der durch den Ukraine-Krieg bedingten Energieversorgungskrise⁴ an.⁵ Auch das Unionsrecht hat im Rahmen einer eigenen Beschleunigungsgesetzgebung die Notwendigkeit des Ausbaus erneuerbarer Energien Ende 2022 aufgegriffen.⁶ Die Gesetzesbegründung des vorliegenden Entwurfs verweist in der Zielsetzung vorrangig auf die Umstellung auf nachhaltige Energieversorgung, auch wenn die Regelungen aufgrund ihres deutlich breiteren Anwendungsbereichs hierzu nur partiell beitragen können.⁷

2. Maßgebliche Regelungen

Die maßgeblichen Regelungen des Entwurfs zur Änderung der VwGO und des UmwRG sind

- mit § 80c NEU: Änderungen im Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes mit einer Beschränkung der Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung (durch Unbeachtlichkeitsregeln und eine zweifache gesetzliche Steuerung der Vollzugsfolgenabwägung);
- mit § 87b Abs. 4 NEU: eine Erweiterung und Verschärfung der innerprozessualen Präklusion zunächst innerhalb der VwGO (unter Verzicht auf das Erfordernis einer absehbaren Verzögerung des Verfahrens);

ders./Schneider (Hrsg.), VwGO, Einleitung Rn. 245 ff. (Stand: Juli 2020) insb. mit Verweisen auf das Verkehrswegeplanungsbeschleunigungsgesetz von 1991, das Planungsvereinfachungsgesetz von 1993, das Genehmigungsbeschleunigungsgesetz von 1996 und das Infrastrukturplanungsbeschleunigungsgesetz von 2006; dazu auch schon *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsverfahren und Verwaltungskultur, NVwZ 2007, S. 40 ff.; s. ferner das Gesetz zur Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren im Verkehrsbereich von 2018, das Maßnahmengesetzvorbereitungsgesetz von 2020 und das Investitionsbeschleunigungsgesetz ebenfalls von 2020.

³ S. insb. die beiden Planungsbeschleunigungspakete des letzten Jahres, das sog. Osterpaket mit dem EEG 2023 und dem Windenergie-auf-See-Gesetz und das sog. Wind-an-Land-Gesetz einschließlich der Änderungen des BNatSchG.

⁴ S. unter Beschleunigungsgesichtspunkten insb. das Gesetz zur Beschleunigung des Einsatzes verflüssigten Erdgases (LNGG) vom 24.5.2022; hierzu vgl. *Gillich*, Das „überragende öffentliche Interesse“ an der beschleunigten Umsetzung industrieller Großprojekte, DÖV 2022, S. 1027 ff.

⁵ Zur Beschleunigungsgesetzgebung aus jüngerer Zeit kritisch *Groß*, Beschleunigungsgesetzgebung – Rückblick und Ausblick, ZUR 2021, S. 75 ff.; *Schlacke/Wentzien/Römling*, Beschleunigung der Energiewende: Ein gesetzgeberischer Paradigmenwechsel durch das Osterpaket?, NVwZ 2022, S. 1577 ff.; perspektivisch *Burgi/Nischwitz/Zimmermann*, Beschleunigung bei Planung, Genehmigung und Vergabe, NVwZ 2022, S. 1321 ff.

⁶ S. die VO (EU) 2022/2577 des Rates v. 22.12.2022 zur Festlegung eines Rahmens für einen beschleunigten Ausbau der Nutzung erneuerbarer Energien, ABl. EU 2022, Nr. L 335/36; die VO sieht Verfahrensfristen und Ausnahmen von Umweltbestimmungen bzw. Erleichterungen bei Umweltprüfungen vor. Sie gilt zunächst nur für 18 Monate.

⁷ Hierauf weisen auch *Schlacke/Wentzien/Römling*, NVwZ 2022, S. 1577 (1584) hin: „Von einem im Sinne der Energiewende zielgerichteten Einsatz prozessualer Beschleunigungsmöglichkeiten kann daher nur im Ansatz die Rede sein.“; noch deutlicher *Groß*, ZUR 2021, S. 75 (80).

- mit § 87c Abs. 1 NEU: ein Vorrang- und Beschleunigungsgebot für enumerativ aufgezählte Verfahren mit einem zusätzlichen Priorisierungsauftrag für Vorhaben von bundesgesetzlich festgestelltem, überragendem öffentlichen Interesse;
- mit § 87c Abs. 2 NEU: ein Erörterungstermin spätestens zwei Monate nach Eingang der Klageerwiderung zur gütlichen Beilegung des Rechtsstreits oder zu dessen weiteren Planung und Terminierung (im intendierten Ermessen des/der Vorsitzenden bzw. Berichterstatt.);
- mit § 188b NEU: die Einrichtung bes. Planungskammern und –senate mit bes. Expertise im Planungsrecht als Soll-Bestimmung (bisher Kann-Regelung);
- mit § 6 UmwRG NF: die Einführung einer 10-wöchigen Klageerwiderungsfrist für den Beklagten (mit optionaler Verlängerungsmöglichkeit) und die Erstreckung der bereits für die Klagebegründung geltenden innerprozessualen Präklusion auf die Klageerwiderung.

3. Zentrale Instrumente

Zentrale Instrumente des Entwurfs sind zum einen eine weitere **Stärkung des Vollziehungsinteresses gegenüber dem Aussetzungsinteresse** im Rahmen vorläufigen Rechtsschutzes kombiniert mit der **Unbeachtlichkeit bzw. Heilbarkeit von formellen und materiellen Fehlern als einem weiteren klassischen Instrument des Beschleunigungsrechts**. Nach der Absage des EuGH gegenüber materiellen Präklusionsregeln⁸ **verschärft** der Entwurf bestehende **innerprozessuale Präklusionsregeln**, um so den Prozessstoff frühzeitig zu fixieren und hierdurch die Verfahren zu straffen. Mit dem **Vorrang- und Beschleunigungsgebot** greift der Gesetzgeber schließlich ein materiell-rechtliches Prinzip auf und überträgt es in das Prozessrecht.⁹

Auch frühere Beschleunigungsgesetze setzen bei der Unbeachtlichkeit bzw. der Heilung von Fehlern sowie dem Wegfall der aufschiebenden Wirkung zugunsten sofortiger Vollziehung an, um insbesondere Planfeststellungsbeschlüsse und Plangenehmigungen zur Zulassung wichtiger Infrastrukturprojekte in ihrem Bestand zu stärken (sog. **Grundsatz der**

⁸ Jedenfalls im Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 2 Aarhus-Konvention (AK), in den auch der Großteil der von der potentiellen Neuregelung erfassten Vorhaben fällt; vgl. EuGH Rs. C-137/14, NJW 2015, 3495 (3498). Einen größeren Gestaltungsspielraum räumt der EuGH den Mitgliedstaaten aber bei der Umsetzung des nicht unmittelbar anwendbaren Art. 9 Abs. 3 Aarhus-Konvention ein, der materielle Präklusions-Regelungen nicht zwingend ausschließen soll, sofern sie nicht zu einer unverhältnismäßigen Verkürzung des Rechtsschutzes führen; vgl. zunächst EuGH Rs. C-664/15 (Protect), NVwZ 2018, 225 (230); bestätigt in EuGH Rs. C-826/18 (Stichting Varkens in Nood u.a.), ZUR 2021, 229 (233 f.).

⁹ Auch dies ist nicht neu; die Entwurfs-Begründung verweist auf verschiedene zivilprozessuale Verfahrensgestaltungen; vgl. BT Drs. 640/22, S. 14. Gesetzgeberische Wertungen wurden zudem auch bislang im Rahmen der Vollzugsfolgenabwägung berücksichtigt.

Planerhaltung). Der vorliegende Entwurf knüpft teilweise an diese Regelungen zur Fehlerbeachtlichkeit und Heilung an und kombiniert sie im Rahmen der Interessenabwägung im vorläufigen Rechtsschutz nach § 80 VwGO neu.

B. Beschränkungen effektiven Individual- und Verbands-Rechtsschutzes

1. Rechtsschutzgarantien

Die mit den vorgeschlagenen Bestimmungen bezweckte Straffung der gerichtlichen Verfahren bringt notwendig **relevante Rechtsschutzbeschränkungen mit sich, die verfassungsrechtlich nicht ausgeschlossen, aber rechtfertigungsbedürftig** sind, und auch **unions- und völkerrechtliche Fragen hinreichend effektiver Rechtschutzwährleistung** aufwerfen. Die Fragen stellen sich sowohl für unmittelbar selbst in Rechten betroffene **Individualkläger**, denen **Art. 19 Abs. 4 GG ggf. iVm Art. 14 GG effektiven Rechtsschutz garantiert**, als auch für **antrags- und klagebefugte Verbände, die insb. gemäß § 11 UVP-RL¹⁰ und § 25 IE-RL¹¹ in Umsetzung von Art. 9 Abs. 2 Aarhus-Konvention (AK)¹²** über eigene Klagerechte verfügen und sich in Bezug auf eine effektive Durchsetzung dieser Klagerechte nach nunmehr ständiger Rechtsprechung des EuGH auch auf **Art. 47 der EU-Grundrechte-Charta (GRC)** stützen können.¹³

Das **BVerfG** hat die Frage nach einer möglichen Berufung der Verbände auf Art. 19 Abs. 4 GG bislang ausdrücklich offen gelassen.¹⁴ Mit Blick auf **Art. 47 GRC**, der aufgrund des Anwendungsvorrangs des EU-Rechts nunmehr zum **Prüfprogramm des BVerfG** gehört,¹⁵ steht zu erwarten, dass auch das BVerfG völker- bzw. unionsrechtliche absolute Verfahrens- und Klagerechte unabhängig vom Bestehen eines materiellen subjektiven Rechts als ausreichende Rechte im Sinne von Art. 19 Abs. 4 GG erachten und so auch die **grundgesetzliche Garantie effektiven Rechtsschutzes auf Verbände erstrecken wird**.¹⁶

¹⁰ RL 2011/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.12.2011 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten, ABl. EU 2012 Nr. L 26/1, zuletzt geändert durch RL 2014/52/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.4.2014, ABl. EU 2014 Nr. L 124/1.

¹¹ RL 2010/75/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 24.11.2010 über Industrieemissionen, ABl. EU 2010 Nr. L 334/17.

¹² Übereinkommen über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten, abgedruckt in ABl. EU 2005 Nr. L 124/4.

¹³ EuGH Rs. C-664/15 (Protect), NVwZ 2018, 225 (227), demzufolge Art. 9 Abs. 3 Aarhus-Konvention die Mitgliedstaaten in Verbindung mit Art. 47 GRC dazu verpflichtet, „einen wirksamen gerichtlichen Schutz der durch das Recht der Union garantierten Rechte, insbesondere der Vorschriften des Umweltrechts zu gewährleisten“. Jüngst hat der EuGH hieraus ein Klagerecht von Umweltverbänden gegen EG-Typengenehmigungen abgeleitet; vgl. EuGH (Große Kammer) Rs. C-873/19 (Deutsche Umwelthilfe), NJW 2022, 3769 ff.

¹⁴ BVerfG NVwZ 2018, 1466 Rn. 3; ebenso BVerwG NVwZ 2022, 564 zu § 15 III 2 NABEG.

¹⁵ S. BVerfGE 152, 216 (Recht auf Vergessen II).

¹⁶ Kritisch hierzu *Gärditz*, Effektiver Verwaltungsrechtsschutz im Zeichen von Migration und Europäisierung, DV 52 (2019) S. 259 (294 f.); auch ohne grundrechtliche materiell-rechtliche Aufladung verpflichtet die Aarhus-Konvention zur Einräumung effektiver Klagerechte. Auch aufgrund ihrer Umsetzung im Unionsrecht zwingt

2. Anwendungsbereich der Regelungen und Rechtfertigung

Angesichts des breiten Anwendungsbereichs der vorgeschlagenen Normen für sehr unterschiedliche, explizit bezeichnete Infrastrukturvorhaben (s. § 80c Abs. 1 NEU und § 87c Abs. 1 NEU) muss **für jedes Vorhaben im Einzelnen begründet** werden, ob und inwiefern Beschränkungen des Rechtsschutzes gerechtfertigt sind. Das Beschleunigungsziel allein ist kein rechtfertigender Selbstzweck. Auch die Zuweisung der erstinstanzlichen Zuständigkeit der Oberverwaltungsgerichte und Verwaltungsgerichtshöfe bzw. des Bundesverwaltungsgerichts vermag den durch die geplanten Bestimmungen **verschärften Regelvorrang des Vollzugsinteresses gegenüber dem Aussetzungsinteresse** Privater bzw. klagender oder antragstellender Verbände nicht automatisch zu begründen.

a) Gesetzgeberische Wertungen

Zwar berücksichtigen die Gerichte im Rahmen der Vollzugsfolgenabwägung bei offenen Erfolgssichten auch bisher schon die in den fachgesetzlichen Bestimmungen zum Wegfall der aufschiebenden Wirkung iSv § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 und 3a VwGO klar zum Ausdruck kommenden **Entscheidungen des Gesetzgebers für die sofortige Vollziehung**,¹⁷ die zu weiten Teilen auf frühere Infrastrukturbeschleunigungsmaßnahmen zurück gehen.¹⁸ Im Unterschied zu diesem bisherigen Gleichlauf von Fachrecht und Prozessrecht, geht die Novelle insoweit darüber hinaus, als sich der Vorrang der sofortigen Vollziehung **künftig auch dann gegenüber dem Aussetzungsinteresse durchsetzen soll, wenn relevante Rechtsfehler vorliegen, diese aber offensichtlich in absehbarer Zeit behoben werden können**. Beschleunigungseffekte sind mit dieser Norm nur verbunden, wenn und soweit sie von der bisherigen Rechtslage abweicht und auch in Fällen mängelbehafteter Planfeststellungs- oder Zulassungsentscheidungen eine Aussetzung versagt, in denen bisher die aufschiebende Wirkung angeordnet oder (wo nicht durch das Fachrecht ausgeschlossen) wiederhergestellt worden wäre.

Die Neuregelung stellt weiter klar, dass in der **Vollzugsfolgenabwägung** auch die bundesgesetzgeberische Zuerkennung eines überragenden öffentlichen Interesses Beachtung finden muss. Grundsätzlich hat der **Gesetzgeber einen weiten Spielraum bei der Bestim-**

das die Mitgliedstaaten zu einem mindestens nationalen Klagerechten vergleichbaren Standard.

¹⁷ Z.B. in § 11 LNGG, § 43e Abs. 1 S. 1 EnWG; § 18e Abs. 2 S. 1 AEG; § 17e Abs. 2 FStrG; § 10 Abs. 4 S. 1 LuftVG; § 63 BlmSchG; § 2d Abs. 2 S. 1 MBPlG; § 29 Abs. 6 S. 2 PBefG.

¹⁸ S. dazu *Schoch*, in: ders./Schneider (Hrsg.), VwGO, § 80 Rn. 165 f. (Stand Juli 2021) mit Verweis auf das Verkehrswegeplanungsbeschleunigungsgesetz von 1991, das Planungsvereinfachungsgesetz von 1993 und das Infrastrukturplanungsbeschleunigungsgesetz von 2006.

mung vorrangiger öffentlicher Interessen, denen allein durch die ausdrückliche gesetzgeberische Bestimmung eine **besondere demokratische Legitimation** zukommt, die ihren **Vorrang gegenüber anderen Interessen** rechtfertigt.¹⁹

b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Angesichts der drohenden Rechtsschutzverkürzung dürfte diese Festsetzung allein jedoch dann nicht zur Rechtfertigung genügen, wenn ein Überragen des öffentlichen Interesses nicht auch rechtlich oder tatsächlich gegeben ist. Die Rechtfertigung fällt umso leichter, je höherrangig die hinter den Regelungen stehenden Rechtsgüter und Interessen sind. Für den **Klimaschutz und die notwendige Reduktion von Treibhausgasemissionen** hat das **BVerfG** dies in seinem Klimabeschluss vom 24.3.2021 in Konkretisierung von Art. 20a GG festgestellt.²⁰ Angesichts der durch den Ukraine-Krieg verursachten Energiekrise dürfte das ebenso für die **Energieversorgungssicherheit** gelten.²¹ Entscheidend ist, dass diesen Belangen ungeachtet der gesetzgeberischen ausdrücklichen Zuweisung ein **besonderes verfassungsrechtliches Gewicht** zukommt, das sich nicht in der bestehenden Zuständigkeit für eine Gemeinwohlaufgabe erschöpft. Da der Anwendungsbereich der Änderungen ein breites Spektrum von Vorhaben umfasst, deren Beschleunigungsbedarf unterschiedlich begründet wird, **kann nicht für alle Vorhaben gleichermaßen von einer ausreichenden Rechtfertigung möglicher Rechtsschutzeinbußen ausgegangen werden.**

c) Konsistenz und Stringenz

Zugleich schwächt eine undifferenzierte Anwendung der vorgesehenen Änderungen auf eine große Bandbreite an Vorhaben die innere Konsistenz der Rechtfertigung auch für diejenigen Vorhaben, deren Beschleunigung sich über Art. 20a GG begründen lässt. Werden Rechtsschutzbeschränkungen in einem Gesetzgebungsprojekt mit zwingenden Anforderungen und positiven Auswirkungen für den Klimaschutz gerechtfertigt, die aber durch ebenfalls einbezogene weitere Vorhaben desselben Gesetzes konterkariert zu werden drohen,²² wird die Rechtfertigung in beiden Fällen schwächer.

Auch praktisch dürfte die Beschleunigungswirkung mit der Breite der Anwendung geringer

¹⁹ So auch *Gillich*, DÖV 2022, S. 1027 (1030 ff.), die im Ergebnis allerdings ebenfalls nach einer verfassungsrechtlichen oder real-sachlichen Rechtfertigung für die gesetzgeberische Entscheidung sucht.

²⁰ BVerfGE 157, 30 Leitsätze 1 – 5.

²¹ Vgl. hierzu nur *Ludwigs*, Gewährleistung der Energieversorgungssicherheit in Krisenzeiten, NVwZ 2022, 1086 ff. Zur Bedeutung der stabilen Energieversorgung s. auch EuGH (Große Kammer) Rs. C-411/17 (Inter-Environment Wallonie), NVwZ 2019, 1505 Rn. 175.

²² Beispielhaft können hier etwa Abfallverbrennungsanlagen (§ 48 Abs. 1 Nr. 5 VwGO) und Verkehrsflughäfen (§ 48 Abs. 1 Nr. 6 VwGO) genannt werden.

werden. Je mehr Verfahren das Vorrang- und Beschleunigungsgebot zugute kommt, desto mehr knappe Ressourcen werden hier eingebunden, so dass jedenfalls praktisch das Risiko einer Abschwächung bestehen dürfte, die auch rechtlich relevant ist, da sie ihrerseits die Rechtfertigungseignung schwächt. Auch wenn dem Gesetzgeber hierbei ein erheblicher **Einschätzungsspielraum** zukommt, ist nicht auszuschließen, dass **Konsistenzargumente** auch verfassungsgerichtlich Bedeutung erlangen können.

d) Abwägung

Auch Klimaschutz und Energiesicherheit können allerdings **keinen absoluten Vorrang** beanspruchen, so dass im Einzelfall die **Schwere der Rechtsschutzbeschränkung** zu prüfen und **gegen die rechtfertigenden Belange abzuwägen** ist. Hierbei kommt den Belangen des Klimaschutzes wie auch der Energiesicherheit jedenfalls zum jetzigen Zeitpunkt eine auch **verfassungsgebotene Dringlichkeit** zu, die die anderen Vorhaben allein aufgrund der gesetzgeberischen Entscheidung ihrer Vordringlichkeit nicht aufweisen.²³ **Nicht jede wichtige und grundgesetzlich abgesicherte staatliche Aufgabe, deren Bewältigung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen hinter der politischen und gesellschaftlichen Erwartung zurückbleibt und daher beschleunigt werden soll, rechtfertigt gleichermaßen auch eine Beschränkung rechtsstaatlicher Rechtsschutzgarantien durch eine Straffung und Verkürzung der existierenden Rechtsschutzverfahren.** Dies gilt für das nationale Verfassungsrecht ebenso wie für überstaatliche Rechtsschutzgarantien wie Art. 47 GRC in Verbindung mit den völkerrechtlichen Bindungen aus Art. 9 Abs. 2 und 3 AK. Hierzu sind die Regelungsvorschläge im Einzelnen näher zu untersuchen.²⁴

C. Zu den Regelungen im Einzelnen

1. **Gerichtliche Zuständigkeiten** (Art. 1 Nr. 1 – 2 des Entwurfs): § 48 Abs. 1 S. 1 Nr. 3a NEU und § 50 Abs. 1 Nr. 6 und Nr. 7 NEU
 - a) Die **Formulierung** in § 50 Abs. 1 Nr. 6 NEU „über sämtliche Streitigkeiten, die Vorhaben zur Errichtung und zur Anbindung von Terminals zum Import von Wasserstoff und Derivaten betreffen“ könnte **zu unbestimmt** sein, da sie Streitigkeiten nicht hinreichend abgrenzt, die nicht die Errichtung und Anbindung selbst betreffen

²³ S. zum Klimaschutz BVerfGE 157, 30 Leitsätze 1 – 5; zur Energiesicherheit vgl. die Begründung des Gesetzentwurfs für das LNGG v. 10.5.22, BT Drs. 20/1742.

²⁴ Für eine solche Einschätzung spricht auch eine auch an dieser Stelle dem deutschen Recht nacheilende Rechtssetzung auf europäischer Ebene. Vgl. das materielle Vorrangprinzip für erneuerbare Energien in der Abwägung gemäß Art. 3 der VO (EU) 2022/2577 des Rates v. 22.12.2022 zur Festlegung eines Rahmens für einen beschleunigten Ausbau der Nutzung erneuerbarer Energien, ABl. EU 2022, Nr. L 335/36.

und lediglich einen entfernteren Bezug aufweisen.²⁵ „Sämtliche Streitigkeiten über Vorhaben“ entsprechend § 12 LNGG würde den konkreten öffentlich-rechtlichen Bezug zum Vorhaben deutlicher zum Ausdruck bringen.

- b) Die Erweiterung der **Zuständigkeiten der OVG/VGH und des BVerwG** ist Gegenstand einer Debatte, begegnet aber keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken, da die Rechtsschutzgarantien des deutschen wie auch des unionalen Rechts auch Rechtsschutz in nur einer Instanz zulassen und den jeweils vorhandenen Instanzenzug nicht als status quo für die Zukunft festschreiben.²⁶

2. Vorläufiger Rechtsschutz (Art. 1 Nr. 3 und 4 des Entwurfs): § 80c VwGO NEU

- a) **§ 80c Abs. 1 VwGO NEU** bestimmt den Anwendungsbereich breit und unter Bezugnahme auf § 48 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 bis 15 und § 50 Abs. 1 Nr. 6 VwGO.²⁷ Einem enger umrissenen und sachlich stärker konzentrierten Anwendungsbereich käme ein größeres Gewicht in der Rechtfertigung und damit grundsätzlich größeres Beschleunigungspotential zu.

b) **§ 80c Abs. 2 VwGO NEU: optionaler Vorrang der sofortigen Vollziehung bei heilbaren Fehlern**

Sofern die Heilbarkeit formeller Verfahrens- oder Formfehler oder materieller Abwägungsfehler in absehbarer Zeit offensichtlich ist, werden die Erfolgsaussichten eines Antrags auf Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gegen fehlerbehaftete Entscheidungen mit der Neuregelung künftig unabhängig vom Erfolg einer möglichen Fehlerbehebung beschränkt und in das Ermessen des Gerichts gestellt.

aa) Bewertung

§ 80c Abs. 2 VwGO NEU kombiniert Fragen der Heilbarkeit mit Fragen prozessualer Fehlerbeachtlichkeit im vorläufigen Rechtsschutz. Ermöglicht wird damit auch eine so-

²⁵ Für eine stärkere Kopplung etwa des Genehmigungs- und des Vergaberechts demgegenüber *Burgi/Nischwitz/Zimmermann*, NVwZ 2022, 1321 (1324).

²⁶ Wie hier *Gilllich*, DÖV 2022, S. 1027 (1030); kritisch *Roth*, Vom Revisions- zum Tatsachengericht: Der Wandel des BVerwG am Beispiel von Infrastrukturvorhaben, DVBl 2023, S. 10 ff. Allgemein zur Vereinbarkeit der Verkürzung des Instanzenzugs mit Art. 19 Abs. 4 GG *Schmidt-Aßmann*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 179 mwN. insb. zur Rspr. des BVerfG (Stand: August 2020).

²⁷ Zu den Konsequenzen des breiten Anwendungsbereichs für die Rechtfertigung möglicher Rechtsschutzbeeinträchtigungen s. bereits oben unter B) 2.

fortige Vollziehung rechtswidriger, aber heilbarer Planfeststellungs- oder Genehmigungsentscheidungen, die in der gerichtlichen Praxis bislang – jedenfalls in Fällen einer Heilung im ergänzenden Verfahren – regelmäßig zu einer Aussetzung der Vollziehung im vorläufigen Rechtsschutz bis zur Fehlerheilung geführt hatte. **Die Norm beschränkt damit die bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten des vorläufigen Rechtsschutzes, da ein Antragsteller trotz Vorliegen erheblicher formeller oder materieller Rechtsfehler mit seinem Antrag auf Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung und damit auf Aussetzung der Vollziehung unterliegen kann.**

Die Regelung sieht neben dem Ermessen weitere Voraussetzungen für eine verfassungskonforme Auslegung der Norm vor, ohne allerdings alle Fälle einer möglichen verfassungsrechtlich nicht hinnehmbaren Rechtsvereitelung gänzlich auszuschließen, was bei einer entsprechenden Auslegung durch die Gerichte allerdings auch nicht erforderlich ist.

bb) Voraussetzungen und Anforderungen der Norm

- § 80c Abs. 2 VwGO ist als **Kann-Regelung** konzipiert und räumt den Gerichten daher **Ermessen hinsichtlich der Berücksichtigung heilbarer Mängel** ein. Die Norm findet sowohl auf **formelle Fehler** (Nr. 1 Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften) als auch auf **materielle Fehler** (Nr. 2 Abwägungsmängel im Rahmen der Planfeststellung oder Plangenehmigung) Anwendung. Da die Aufzählung **Regelbeispiele** normiert, werden grds. **auch sonstige materiell-rechtliche Fehler von § 80c Abs. 2 VwGO NEU erfasst.**
- Voraussetzung für eine Außerachtlassung der Mängel ist ihre **offensichtliche Heilbarkeit in absehbarer Zeit**.
- Nach § 80c Abs. 2 S. 3 kann das Gericht eine Frist zur Mängelbehebung setzen, nach deren Verstreichen § 80 Abs. 7 VwGO entsprechend gilt.
- Fehler nach **§ 4 Abs. 1 UmwRG, d.h. absolute Verfahrensfehler im Sinne der sog. Altrip-Rechtsprechung des EuGH²⁸**, werden ausdrücklich von der Geltung der Norm ausgenommen.

cc) Grundsatz der Planerhaltung und vorläufiger Rechtsschutz

Die Regelung kombiniert zwei unterschiedliche **Instrumente der Planerhaltung (Unbedachtlichkeit und Heilung von Fehlern)** im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes dergestalt, dass beachtliche, aber heilbare Fehler im auf eine Vollzugsaussetzung gerichteten Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes außer Acht gelassen werden können.

²⁸ EuGH Rs. 72/12 (Gemeinde Altrip), NVwZ 2014, 49.

Grundsätzlich erkennt auch das BVerfG die **Planerhaltung** als gerechtfertigtes Anliegen des Gesetzgebers an.²⁹ Es formuliert allerdings Voraussetzungen für die verfahrensrechtliche Unbeachtlichkeit von Fehlern. Das BVerfG hat in Bezug auf die Unbeachtlichkeit von Abwägungsfehlern nach § 17e VI 1 FStrG a.F. und § 75 Ia 1 VwVfG aufgezeigt, dass das Gewicht der Rechtsschutzbeschränkung von der **Ergebnisrelevanz** abhängt: So schränke „die Anwendung der Fehlerunbeachtlichkeitsregel umso mehr den Rechtsschutz der Betroffenen“ ein, „je weniger gewiss die Unerheblichkeit eines festgestellten Abwägungsfehlers für das Abwägungsergebnis ist“³⁰. Dass Abwägungsfehler nicht ergebnisrelevant sind und deshalb unberücksichtigt bleiben, muss sich anhand konkreter Anhaltspunkte auf die Entscheidung der Planfeststellungsbehörde zurückbeziehen lassen und darf nicht auf einer weitgehend eigenen Einschätzung des Gerichts von der fehlenden Ergebnisrelevanz beruhen, da das Gericht „damit seine Rolle als kontrollierende unabhängige Instanz aufgeben und sich an die Stelle der Planfeststellungsbehörde setzen würde“.³¹

Hieraus lässt sich für ohnehin **erhebliche Abwägungsmängel**, wie sie in § 80c Abs. 2 S. 2 Nr. 2 VwGO NEU vorausgesetzt werden, auf ein umso **größeres Eingriffsgewicht** schließen, wenn diese Fehler trotz Erheblichkeit und bestehender oder vermuteter Ergebnisrelevanz im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes außer Acht gelassen werden können und damit zwar nicht der ggf. feststellenden Kontrolle des Gerichts (im vorläufigen Rechtsschutz wie auch im Hauptsacheverfahren) entzogen werden, aber im Ergebnis nicht zu einem Erfolg des Antragstellers / der Antragstellerin im Verfahren nach § 80 V VwGO führen.

Hiervon unabhängig erachtet das BVerfG den grundsätzlichen Vorrang der sofortigen Vollziehung bestimmter Entscheidungen auf Basis einer gesetzgeberischen Entscheidung für zulässig, jedenfalls solange nicht abzusehen ist, dass die Rechtswidrigkeit der Entscheidung in der Hauptsache zu ihrer Aufhebung führt.³² Die mögliche prozessuale Unbeachtlichkeit erheblicher Fehler im vorläufigen Rechtsschutzverfahren führt also zu einer **Verkürzung des Rechtsschutzes**,³³ da sie die Feststellung möglicher erheblicher Fehler nicht

²⁹ BVerfG NVwZ 2016, 524. Zur Entwicklung s. *Rubel*, Planerhaltung: Von Horst Sendler bis zum Umweltrechtsbehelfsgesetz, DVBl 2019, S. 600 ff.; im Einzelnen auch *Riese*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht, § 114 VwGO Rn. 226 ff. (Stand: Februar 2019).

³⁰ BVerfG NVwZ 2016, 524 (526).

³¹ BVerfG NVwZ 2016, 524 (526).

³² *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 174 Fn. 2 mwN. insb. zur Rspr. des BVerfG (Stand: August 2020); *Jarass*, in: ders./Pieroth (Hrsg.), GG, 17. Aufl., 2022, Art. 19 Rn. 70 mwN.: Die Notwendigkeit der sofortigen Vollziehung muss eigenständig begründet werden; „überwiegende Interessen können nur in Ausnahmefällen zu einem Zurücktreten des sofortigen Rechtsschutzes führen“.

³³ Anders bereits für verwaltungsverfahrensrechtliche Unbeachtlichkeitsregeln *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 7. Aufl., 2018, GG Art. 19 Rn. 498.

mehr mit der Aussetzung der Vollziehung zur Sicherung materieller Rechte und der Entscheidung in der Hauptsache verbunden wird und der bzw. die Antragsteller trotz berechtigter Rüge mit dem Antrag unterliegen.

In den Fällen einer möglichen Heilung geht die Rechtsprechung bislang einen vermittelnden Weg, indem sie von einer Aufhebung absieht, entweder unter **Verpflichtung zur Planergänzung oder unter Feststellung der Rechtswidrigkeit mit Gelegenheit zur Heilung im ergänzenden Verfahren**. Regelmäßig wird diese Feststellung in der Hauptsache mit der **Feststellung der Nichtvollziehbarkeit** in Abweichung von der zumeist gesetzlich angeordneten sofortigen Vollziehung und auch im vorläufigen Rechtsschutz entsprechend mit der Aussetzung der Vollziehung verbunden.³⁴

Während § 80c Abs. 2 VwGO eine Abweichung hiervon im vorläufigen Rechtsschutz erlaubt, lässt die Regelung – soweit ersichtlich – die bisherige **Entscheidungspraxis in der Hauptsache unberührt**, so dass auch bei einem Unterliegen im vorläufigen Rechtsschutzverfahren ein mit der **Aussetzung verbundener teilweiser Erfolg im Hauptsacheverfahren bis zur Heilung** möglich ist und insoweit die Durchführung der Heilung unabhängig von einer gerichtlichen Fristsetzung zusätzlich abgesichert wird. **Hiervon im Regelfall ebenfalls abzuweichen (wie zum Teil vorgeschlagen wird), würde den effektiven Rechtsschutz noch deutlich stärker und in den meisten Fällen unzumutbar beschränken.**

Sofern die Heilung eintritt und nicht durch einen noch rechtswidrigen Vollzug vollendete Tatsachen geschaffen werden, **können die Rechtsschutzverkürzungen jedenfalls durch überragende öffentliche Belange wie die besondere Dringlichkeit bestimmter für den Klimaschutz erforderlicher Investitionen gerechtfertigt werden**. Wenn allerdings vollendete Tatsachen geschaffen werden und entweder eine Heilung unterbleibt oder eine Heilung durch rechtswidrigen Vollzug ausgeschlossen ist, **wird der Rechtsschutz sowohl im Rahmen einer Individualklage als auch im Rahmen der Verbandsklage unzulässig verkürzt**.

Auch das Verbandsklagerecht setzt effektiven als angemessenen und rechtzeitigen Rechtsschutz voraus, der leerlaufen würde, wenn gerügte Rechtsfehler sehenden Auges gleichwohl in einen rechtswidrigen Vollzug münden würden. Unabhängig von einer Berufung

³⁴ Zur Abgrenzung sowie zu den unterschiedlichen Konsequenzen heilbarer materieller und formeller Fehler s.nur *Seibert*, Die gerichtliche Kontrolle von Verfahrensvorschriften nach § 4 UmwRG, NVwZ 2019, S. 337 ff.; *ders.*, Die Fehlerbehebung durch ergänzendes Verfahren nach dem UmwRG, NVwZ 2018, S. 97 ff.; *Külpmann*, Das ergänzende Verfahren im Zulassungsrecht aus richterlicher Sicht, NVwZ 2020, S. 1143 ff.; *Saurer*, Heilung von Verfahrensmängeln in umweltrechtlichen Zulassungsverfahren, NVwZ 2020, S. 1137 ff.

auf Art. 19 Abs. 4 GG ergibt sich dies für Verbandsklage aus Art. 47 GRC iVm Art. 9 Abs. 2 und 4 AK.

dd)§ 80c Abs. 2 S. 5 VwGO NEU: Keine Anwendung der Norm auf absolute Verfahrensfehler iSv § 4 I UmwRG

Mit § 80c Abs. 2 S. 5 VwGO NEU erfährt die Regelung eine bedeutsame Beschränkung. So sind von der möglichen prozessualen Nichtberücksichtigung im vorläufigen Rechtsschutz jedenfalls **absolute Verfahrensfehler im Sinne von § 4 Abs. 1 UmwRG ausgenommen**. Hierunter fallen das vollständige Fehlen einer erforderlichen Umweltverträglichkeitsprüfung oder Vorprüfung (§ 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 a) und b)), das Fehlen einer erforderlichen Öffentlichkeitsbeteiligung (§ 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 2) oder ein vergleichbar schwerer anderer Verfahrensfehler, der der betroffenen Öffentlichkeit die Möglichkeit der gesetzlich vorgesehenen Beteiligung am Entscheidungsprozess genommen hat (§ 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 3). In allen Fällen ist eine Heilung durch Entscheidungsergänzung oder ein ergänzendes Verfahren nach § 4 Abs. 1b UmwRG grundsätzlich möglich, die den Aufhebungsanspruch beschränkt.³⁵

Die Ausnahmeregelung entkoppelt den in der Norm begründeten – optionalen – Konnex von offensichtlich absehbarer Heilbarkeit und sofortiger Vollziehbarkeit für die absoluten Verfahrensfehler im Sinne des UmwRG. In Anwendung der Deutschland mit der **Alt-rip-Entscheidung durch den EuGH** auferlegten Verpflichtungen verhindert diese Bestimmung einen Widerspruch des deutschen Rechts zum Unionsrecht und stellt sicher, dass bei Vorliegen absoluter Verfahrensfehler deren prozessuale Außerachtlassung im vorläufigen Rechtsschutzverfahren ausgeschlossen ist.

Angesichts der in § 4 Abs. 1 und 1b UmwRG vorgesehenen Heilungsmöglichkeiten insbesondere durch Nachholung der betreffenden Verfahrenshandlungen stellt sich die Frage, ob ein ausnahmsloser und vollständiger Ausschluss geboten ist und die Nichtvollziehbarkeit der Entscheidungen bis zum Abschluss der Heilung die einzige mögliche Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutzverfahren darstellt, das neben betroffenen Einzelpersonen im Rahmen der durch das UmwRG eröffneten Verbandsklage auch Verbänden offensteht, da es sich bei den von der Regelung erfassten Vorhaben in der Regel um solche im Anwen-

³⁵ Vgl. Franzius, Schink/Reidt/Mitschang (Hrsg.), UVPG UmwRG, 2. Aufl. 2023, § 4 UmwRG Rn. 35 mwN. auch zur Kritik. Zur Differenzierung zwischen Verfahrens- und materiellen Fehlern s. BVerwGE 161, 17 Rn. 30 ff.

dungsbereich von Art. 9 II AK handelt. Unabhängig von der noch zurückhaltenden Rechtsprechung des BVerfG³⁶ hat der EuGH anerkannt, dass sich Verbände hinsichtlich der Ausgestaltung ihrer Verbandsklagebefugnisse auf Art. 47 GRC berufen dürfen.³⁷ Will der Gesetzentwurf auch in diesen Fällen jedenfalls den Rahmen des unionsrechtlich Zulässigen ausschöpfen, käme eine vorsichtige Abschwächung des absoluten Ausschlusses in Betracht.

Für eine **Lockerung, etwa durch die Hinzufügung des Wortes „grundsätzlich“**, sprechen neben dem damit einhergehenden gesteigerten Beschleunigungspotential vor allem die **Rechtsprechung des EuGH** sowie **jüngere Rechtsetzungsakte** der EU, die eine enge und an strikte Voraussetzungen gebundene Lockerung im Bereich der Umweltverträglichkeitsprüfung vorsehen, diese allerdings sachlich in den Zusammenhang der Energiewende stellt.³⁸

Außerdem kann die Bezugnahme auf § 4 Abs. 1 UmwRG ohnehin **nicht alle potentiellen Verstöße** gegen Unionsrecht ausschließen, weil § 80c Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VwGO NEU auch **relative Verfahrensfehler** und S. 1 Nr. 2 darüber hinaus auch heilbare **Verstöße gegen materielles Recht** umfassen; so werden auch beachtliche relative Verfahrensfehler nach § 4 Abs. 1a) UmwRG sowie **materielle Abwägungsfehler** iSv § 7 Abs. 5 UmwRG nach § 75 Abs. 1a VwVfG, sofern sie sowohl offensichtlich als auch ergebnisrelevant sind³⁹ und geheilt werden können, von der Norm erfasst.⁴⁰ Für **andere materielle Verstöße** als Abwägungsmängel bleibt es bei der Anwendung von § 7 Abs. 5 UmwRG mit der Folge, dass sie auch ohne Ergebnisrelevanz beachtlich und grundsätzlich gleichfalls heilbar sind. Bei diesen Verstößen schließt § 80c Abs. 2 VwGO NEU die sofortige Vollziehung beachtlicher, aber heilbarer Fehler nicht kategorisch aus und vertraut demnach auf die ohnehin erforderliche Prüfung durch die Gerichte.⁴¹

³⁶ BVerfG-K NVwZ 2018, 1466 f. mit Verweis auf BVerfG-K, Beschluss v. 18.9.2017, 1 BvR 361/12.

³⁷ EuGH Rs. C-664/15 (Protect), NVwZ 2018, 225 ff. Rn. 46; kritisch dazu Gärditz, DV 51 (2019), 259 (294 f.) mwN.

³⁸ Vgl. insb. Art. 5 und 6 VO (EU) 2022/2577 des Rates v. 22.12.2022 zur Festlegung eines Rahmens für einen beschleunigten Ausbau der Nutzung erneuerbarer Energien, ABl. EU 2022, Nr. L 335/36.

³⁹ Nach § 4 Abs. 1a S. 2 UmwRG wird die Ergebnisrelevanz relativer Verfahrensfehler vermutet.

⁴⁰ In Bezug auf relevante, heilbare relative Verfahrensfehler steht § 80c Abs. 2 VwGO NEU damit im Widerspruch zu § 4 Abs. 1b S. 3 UmwRG, der die gerichtliche Aussetzung des Verfahrens auf Antrag vorsieht, soweit dies im Sinne der Verfahrenskonzentration sachdienlich ist. Aus Rechtsschutzgründen wird hier die Beschränkung des Aufhebungsanspruchs durch die Möglichkeit der Aussetzung abgesichert. § 80c Abs. 2 VwGO NEU verfolgt das entgegengesetzte Ziel.

⁴¹ Auch die Heilungsmöglichkeiten des UmwRG werden zum Teil kritisch gesehen; vgl. Saurer, NVwZ 2020, S. 1137 (1139 ff.) mwN.; die Heilbarkeit materieller Fehler setzt sowohl nach § 7 Abs. 5 UmwRG als auch nach § 75 Abs. 1a VwVfG nach st. Rspr. des BVerwG voraus, „dass der Verstoß nicht von solcher Art und Schwere ist, dass er das Vorhaben in seinen Grundzügen bzw. als Ganzes von vornherein in Frage stellt“ (vgl. nur BVerwGE 171, 140 Rn. 33 mwN.).

In Bezug auf **materielle Fehler** müssten die Gerichte allerdings prüfen, ob und inwiefern der **Vollzug den Fehler nicht realisiert**, perpetuiert und insoweit **seine Heilung ausschließt**, was dann auch einen Verstoß gegen das entsprechende Unionsrecht zur Folge hätte. Insoweit obliegt den Gerichten stets auch die Verantwortung dafür, das nationale Recht unionsrechtskonform anzuwenden und Verstöße gegen Unionsrecht zu vermeiden.

Dies lässt es gerechtfertigt erscheinen, auch den Anwendungsbereich von § 80c Abs. 2 VwGO NEU jedenfalls auf diejenigen Ausnahmesituationen zu erstrecken, in denen auch der EuGH einen Vollzug vor der Heilung absoluter Verfahrensfehler zulässt.

So hat der Gerichtshof eine **nachträgliche Heilung einer unterlassenen UVP auch nach der Inbetriebnahme eines Vorhabens** und damit nach der Vollziehung der rechtswidrigen Genehmigung unter der Voraussetzung zugelassen, „dass die Mitgliedstaaten die rechtswidrigen Folgen dieses Versäumnisses beheben,“ „sofern die diese Legalisierung gestattenden nationalen Vorschriften den Betreffenden nicht die Gelegenheit bieten, das Unionsrecht zu umgehen oder nicht anzuwenden, und die zur Legalisierung durchgeföhrte Prüfung nicht nur die künftigen Umweltauswirkungen dieser Anlage umfasst, sondern auch die seit deren Errichtung eingetretenen Umweltauswirkungen berücksichtigt“.⁴²

Der **entgegengesetzte Einwand, dass der Ausschluss in Bezug auf materiell-rechtliche Fehler nicht weitreichend genug sei**, unterstellt die Anwendung der Norm in Fällen, in denen die Heilung materieller Verstöße gegen umweltrechtliche Vorschriften aufgrund des Vollzugs zu spät käme und die rechtswidrige Umweltbeeinträchtigung bereits eingetreten wäre. Es ist allerdings fraglich, ob in diesen Fällen vom Vorliegen der Voraussetzungen der Norm überhaupt ausgegangen werden kann. Dies kann nur angenommen werden, wenn die Heilung die Zulässigkeit des Vollzugs selbst nicht berührt und die Entscheidung lediglich um zusätzliche Anforderungen zum Ausgleich oder zur Kompensation ergänzt. In anderen Fällen wäre eine Bezugnahme auf § 80 c Abs. 2 Nr. 2 VwGO NEU jedenfalls ermessensfehlerhaft bzw. nicht mit einer offensichtlichen Heilung in absehbarer Zeit zu vereinbaren. Während ein formeller Fehler auch nach Vollzug ggf. noch geheilt werden kann, ist dies bei einem materiellen Fehler nur dann der Fall, wenn etwa Verstöße gegen das artenschutzrechtliche Tötungsverbot erst mit dem Betrieb einer Anlage zu besorgen sind, so dass eine Heilung durch entsprechende Schutzauflagen noch rechtzeitig erfolgen kann, während unwiederbringliche Eingriffe in Natur und Landschaft nach Vollzug nachträglich nur noch eingeschränkt legalisiert werden können (etwa durch entsprechende naturschutzrechtliche Kompensationsverpflichtungen, deren Voraussetzungen allerdings

⁴² EuGH Rs. C-196/16 und C-197/16 (Comune di Corridonia), EU:C:2017:589 = NVwZ 2017, 1611. Hierauf beruft sich das OVG Hamburg ausdrücklich in OVG Hamburg NVwZ 2020, 406 (Überseequartier Süd).

nicht durch die Schaffung vollendet Tatsachen umgangen werden dürfen).⁴³

Hieraus ergibt sich die folgende **Formulierungsempfehlung** für § 80c Abs. 2 S. 5 VwGO NEU: „Satz 1 gilt grundsätzlich nicht für Verfahrensfehler gemäß § 4 Abs. 1 UmwRG.“

In Bezug auf absolute Verfahrensfehler wäre mit „grundsätzlich“ im Regelfall ein Verstoß gegen unionale und völkerrechtliche Bestimmungen ausgeschlossen. Ausgeschlossen wäre ebenfalls eine Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses zwischen Heilung und Vollzug. Den Gerichten wäre aber Spielraum gegeben, im Einzelfall von unionsrechtlich zulässigen Ausnahmen der Vollzugsaussetzung bei der Fehlerbehebung Gebrauch zu machen. Es ist davon auszugehen, dass Verstöße gegen höherrangiges Recht so zuverlässig vermieden werden können. Allein die theoretische Sorge einzelner Fehlurteile begründet weder einen Verstoß gegen Art. 9 Abs. 4 AK noch ein Risiko für ein entsprechendes Vertragsverletzungsverfahren seitens der EU-Kommission.

ee) Instrumente zur Sicherung von Einzelfallgerechtigkeit, gerechtem Ausgleich zwischen Aussetzungs- und Vollziehungsinteresse und damit zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes

§ 80c Abs. 2 VwGO NEU lässt den **Gerichten großen Spielraum** bei der Anwendung der Norm. Zum einen wird die prozessuale Unbeachtlichkeit der Fehler ins **Ermessen** des Gerichts gestellt, das bereits hierdurch **im Einzelfall einen gerechten Ausgleich zwischen dem Vollziehungs- und dem Aussetzungsinteresse** herstellen kann. In Betracht kommt die Außerachtlassung nur, wenn offensichtlich ist, dass der Mangel in absehbarer Zeit behoben sein wird. Die vom Gericht anzustellende Prognose bezieht sich nicht allein auf eine Heilungshandlung, sondern auf den Erfolg derselben.

Den **Heilungserfolg** kann das Gericht zusätzlich mit einer **Fristsetzung** sicherstellen, deren Verstreichen dem/der Antragst. zudem die Möglichkeit eines Antrags nach § 80 Abs. 7 VwGO gibt. Angesichts der mit der Vorschrift bewirkten Rechtsschutzverkürzung wäre in Abhängigkeit von der Praktikabilität auch eine **Soll-Vorschrift wünschenswert**; nicht in allen Fällen wird sich die Frist allerdings klar bestimmen lassen.

Eine dauerhaft rechtswidrige Vorhabenrealisierung bzw. das Ausbleiben einer Heilung kann von den Antragstellern entweder – bei einer entsprechenden Fristsetzung – im Wege eines auf die Aussetzung der Vollziehung gerichteten **Antrags nach § 80 Abs. 7 VwGO** gerügt oder im Hauptsacheverfahren angegriffen werden. Um effektiven Rechtsschutz zu ge-

⁴³ In diese Richtung allerdings recht weitgehend BVerwG NVwZ 2021, 575 (576).

währleisten darf auch die Heilbarkeit eines Planfeststellungsbeschlusses oder einer Plangenehmigung die Aufhebung dieser Entscheidung trotz bestehenden überwiegenden öffentlichen Interesses nicht ausschließen, wenn eine Heilung ersichtlich ausbleibt, scheitert oder aus anderen Gründen nicht vorgenommen wird.

Da ein zweiter **Antrag nach § 80 Abs. 7 VwGO** von einer erfolglosen Fristsetzung abhängig gemacht wird, der über die Drohung mit der Vollzugsaussetzung nicht nur Rechtsschutz-, sondern auch Beschleunigungswirkung zukommen dürfte, stellt sich die Frage, ob in Fällen, in denen das Gericht von einer Fristsetzung absieht, § 80 Abs. 7 VwGO auch mit der Maßgabe zur Anwendung kommen müsste, ein Antragsrecht auch ohne Fristsetzung dann anzuerkennen, wenn die Behörde gänzlich untätig bleibt oder ein ergänzendes Verfahren nicht weiter betrieben wird.

Die Antragsteller sind somit insgesamt **nicht rechtsschutzlos**. Der Weg zu den Gerichten im einstweiligen Rechtsschutzverfahren ist nicht grundsätzlich verschlossen; die Tatsache, dass die Unbeachtlichkeit der absehbar heilbaren Fehler ins Ermessen der Gerichte gestellt wird, belässt diesen ausreichend Spielräume zur Berücksichtigung von Einzelfällen.

Die Entscheidung bleibt im **Hauptsacheverfahren** voll überprüfbar, wobei allerdings auch in der Hauptsache die erfolgte oder noch mögliche Heilung einer Aufhebung der Entscheidung entgegensteht. Eine Übertragung der Regeln zur prozessualen Unbeachtlichkeit auf das Hauptsacheverfahren kommt demgegenüber nicht in Betracht. Sie würde den Rechtsschutz sowohl für Individualkläger als auch im Wege der Verbandsklage weitgehend vereiteln und wäre daher kaum mit den entsprechenden Rechtsschutzgarantien zu vereinbaren.

Sicherzustellen wäre darüber hinaus, dass weder Individualkläger noch Verbände das volle **Kostenrisiko** eines Unterliegens in Fällen zu tragen haben, in denen sie mit dem Antrag und der ggf. berechtigten Rüge den Anstoß für eine im öffentlichen Interesse liegende Heilung gegeben haben.⁴⁴ Können sie im vorläufigen Rechtsschutz nicht mehr zum Zuge kommen, bleibt nur der Hauptsacherechtsbehelf, der in diesen Konstellationen zwar ebenfalls nicht zur Aufhebung, während der Heilung aber zur Feststellung der Rechtwidrigkeit und zur Aussetzung der Vollziehung führt.

⁴⁴ In diese Richtung auch *Seibert*, NVwZ 2018, S. 97 (103): „Es fällt grundsätzlich in den Risiko- und Verantwortungsbereich der Behörde und des Genehmigungsinhabers, für die Rechtswidrigkeit der Genehmigung auch unter Kostengesichtspunkten einzustehen“; jedenfalls für eine Quotelung *Külpmann*, NVwZ 2020, S. 1143 (1145).

Neben dem öffentlichen Interesse an der sofortigen Vollziehung einerseits und der Fehlerheilung andererseits ist eine **angemessene Kostenverteilung** zudem aus **Gründen effektiver Rechtsschutzgewährleistung** sowohl nach Art. 19 Abs. 4 GG als auch nach Art. 9 Abs. 4 AK iVm Art. 47 GRC geboten.⁴⁵ Grundrechtsträger und Grundrechtsträgerinnen dürfen nicht durch ein mögliches Kostenrisiko von der eigenen Rechtsverfolgung im Falle von **Fehlern, deren Heilung möglicherweise erst durch Antrag und Klage angestoßen** wird, abgehalten werden. Ebenso verhält es sich ungeachtet der fehlenden Betroffenheit in eigenen Rechten nach deutscher Schutznormlehre auch für Verbände, denen im Rahmen der Aarhus-Konvention Klagerechte gerade zur Durchsetzung des Umweltrechts eingeräumt werden. Das Aarhus Convention Compliance Committee (ACCC) hat, soweit ersichtlich, über eine ähnliche Konstellation noch nicht entschieden.⁴⁶ Es geht aber auch im Rahmen vorläufiger Rechtsschutzverfahren vom Erfordernis effektiven Rechtsschutzes aus, der eine faire Kostenaufteilung voraussetzt. Würden Verbände deshalb von Anträgen und Klagen abgehalten werden, weil sie nach einer Heilung der von ihnen zurecht geltend gemachten Fehler die Verfahrenskosten tragen müssen, könnte auch dies effektivem Rechtsschutz widersprechen und grundsätzliche Bedenken aufwerfen.⁴⁷

Wird die sofortige Vollziehung trotz erheblicher formeller oder materieller Fehler der Ent-

⁴⁵ Anders allerdings ausdrücklich das BVerwG Beschl. V. 8.11.2021, 9 A 8.21, BeckRS 2021, 38678 Rn. 11 f.: Prozesskostenrisiken aufgrund der Möglichkeit der Erledigungserklärung nicht unfair verteilt. Dem EuGH liegen in den Verfahren C-252/22 und C-470/16 zwei Vorabentscheidungsersuchen zu Kostenrisiken vor, in denen es u.a. darum geht, ob Art. 9 Abs. 3, 4 und 5 der Aarhus-Konvention und Art. 47 Abs. 1 und 2 GRC mit Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV dahin auszulegen seien, dass die Wendung, dass der angemessene und effektive Rechtsschutz einschließlich des Erlasses einer gerichtlichen Entscheidung „nicht übermäßig teuer“ ist, Regeln und/oder Kriterien zur Begrenzung der von der unterlegenen Verfahrenspartei zu tragenden Kosten in dem Sinne voraussetzt, dass das nationale Gericht die Einhaltung der Anforderung, dass die Kosten nicht übermäßig teuer sein dürfen, unter Berücksichtigung sowohl des Interesses der Person, die ihre Rechte wahren möchte, als auch des allgemeinen Interesses am Umweltschutz sicherstellen muss.

⁴⁶ S. aber ACCC/C/2008/24 (Spanien), ECE/MR.PP/C.1/2009/8/Add.1 Rn. 110 sowie ebda. Rn. 112 zum Erfordernis rechtzeitigen Eilrechtsschutzes: „Regarding the requirement of timely remedies, a decision on whether to grant suspension as a preventive measure should be issued before the decision is executed. In the present case, it took eight months for the court to issue a decision on whether to grant the suspension sought for the Urbanization Project. Even if it had been granted, the suspension would have been meaningless as construction works were already in progress. The Committee has already held that “if there were no opportunity for access to justice in relation to any permit procedures until after the construction has started, this would definitely be incompatible with article 9, paragraph 2, of the Convention. Access to justice must indeed be provided when it is effectively possible to challenge the decision permitting the activity in question” (ECE/MR.PP/2008/5/Add.10, para. 56 (European Community)). In the present case, since no timely, adequate or effective remedies were available, the Party concerned is in non-compliance with article 9, paragraph 4.“

⁴⁷ Vgl. hierzu Franzius, Schink/Reidt/Mitschang (Hrsg.), UVPG UmwRG, 2. Aufl. 2023, § 4 UmwRG, Rn. 37 mit Verweis auf Fellenberg, AnwBl 2016, S. 648 (652).

scheidung gestattet, verhindert auch der Verweis auf die absehbare Heilung nicht automatisch die **Schaffung vollendeter Tatsachen**. Dies stellt dann kein Problem dar, wenn die Heilung wie prognostiziert in absehbarer Zeit erfolgt und sich in der Realisierung des Vorhabens nicht die zu heilenden Fehler perpetuieren. Schwieriger ist es, wenn die Heilung scheitert oder nicht abgeschlossen wird, so dass die Entscheidung rechtswidrig bleibt. Neben einer erneuten gerichtlichen Entscheidung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren kann (und muss) in diesen Fällen das Hauptsacheverfahren Abhilfe schaffen (s.o.). Wie bisher steht es dem Kläger / der Klägerin offen, Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit sowie der Nichtvollziehbarkeit zu erheben bzw. die Rechtmäßigkeit der Heilung – einer Planergänzung oder eines ergänzenden Verfahrens – ihrerseits zu bezweifeln. Die Heilung darf ihrerseits nicht an den Zustand der möglichen Vollziehung anschließen, sondern muss sich ergebnisoffen auf den Zeitpunkt der versäumten Verfahrenshandlung oder der Entscheidung vor dem Beginn der Vollziehung zurückversetzen, nicht zuletzt, um unionsrechtliche Bindungen zu genügen, wie etwa bei einer nachträglichen Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung, der auch der EuGH nicht automatisch jede Legalisierungswirkung abspricht.⁴⁸

Eine nachträgliche Heilung selbst einer unterlassenen UVP hält der EuGH jedenfalls für notwendig zur Beseitigung der rechtswidrigen Folgen, aber unter bestimmten Umständen auch für ausreichend: „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 Betreffenden nicht die Gelegenheit bieten, die Vorschriften des Unionsrechts zu umgehen oder nicht anzuwenden, und zum anderen, dass die zur Legalisierung durchgeföhrte Prüfung nicht nur die künftigen Umweltauswirkungen dieses Projekts umfasst, sondern auch die seit der Durchführung dieses Projekts eingetretenen Umweltauswirkungen berücksichtigt“.⁴⁹

⁴⁸ S. hierzu OVG Hamburg NVwZ 2020, 406 mit Verweis auf EuGH (Große Kammer) Rs. C-411/17 (Inter-Environnement Wallonie), NVwZ 2019, 1505 Rn. 175: In der Entscheidung geht der EuGH vom Vorliegen eines Ausnahmetatbestands im Sinne von Art. 2 Abs. 4 der UVP-RL aus, in dem ein Mitgliedstaat von einer UVP absehen darf, „um die Sicherheit seiner Stromversorgung zu gewährleisten“. In Leitsatz 5 konkretisiert das Gericht in Bezug auf den in Art. 6 Abs. 4 RL FFH-Richtlinie normierten Ausnahmetatbestand die Anforderungen an das Vorliegen eines überwiegenden öffentlichen Interesses bzw. Gründe der öffentlichen Sicherheit und geht in der Sache davon aus, dass eine Aufrechterhaltung eines Verstoßes während der Heilung jedenfalls lediglich durch zwingender Erwägungen wie etwa eine tatsächliche und schwerwiegende Gefahr einer Unterbrechung der Stromversorgung zu rechtfertigen sei.

⁴⁹ EuGH (Große Kammer) Rs. C-411/17 (Inter-Environnement Wallonie), NVwZ 2019, 1505 Rn. 175 mit Verweis auf EuGH Rs. C-196/16 und C-197/16 (Comune di Corridonia), EU:C:2017:589, Rn. 43 und EuGH Rs. C-117/17 (Comune di Castelbellino), EU:C:2018:129, Rn 30.

ff) Hinreichende Bestimmtheit der Normvoraussetzungen

Bei den Begriffen einer **offensichtlichen Heilung in absehbarer Zeit** handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, die auch in anderen Bestimmungen verwendet werden und damit auch hier von der Rechtsprechung konkretisiert und rechtsstaatlich handhabbar gemacht werden können.⁵⁰

Auch wenn sich insbesondere der Zeitpunkt der erfolgreichen Heilung im Vorhinein nicht immer vorhersagen lassen wird und insbesondere eine Heilung in einem ergänzenden Verfahren selbst im Falle einer validen Prognose eine gewisse Zeit beansprucht, geht damit nicht notwendig eine zu große Unbestimmtheit des Begriffs „**in absehbarer Zeit**“ einher, der voraussetzt, dass eine **Heilung nicht nur möglich, sondern zu sicher zu erwarten ist**. **Absehbar** ist die Heilung jedenfalls dann, wenn ein ergänzendes Verfahren bereits eingeleitet worden ist oder dessen Einleitung unmittelbar bevorsteht bzw. von der Verwaltung plausibel angekündigt wird und auch ohne großen Aufwand durchgeführt werden kann. Im öffentlichen Interesse an einer beschleunigten Realisierung der Vorhaben **sollte grundsätzlich auch die Verwaltung dazu verpflichtet werden, eine mögliche Heilung schnellstmöglich durchzuführen**. Um eine Verschiebung im Funktionengefüge zwischen Justiz und Verwaltung zu vermeiden, müsste eine solche Verpflichtung in das Fachrecht übernommen werden. Eine Verzögerung der Herstellung rechtmäßiger Zustände in Kenntnis der Rechtswidrigkeit einer Vorhaben-Zulassungs-Entscheidung wäre gegenüber der Abkehr von der Kassation oder zumindest der Vollzugsaussetzung als grundsätzlicher Folge erheblicher Rechtsfehler eines Verwaltungsaktes kaum zu rechtfertigen.

Nichts anderes muss für die **Offensichtlichkeit** der möglichen Fehlerheilung gelten. Allein im Zusammenhang mit Verfahrens- und Planungsfehlern wird der Begriff in § 46 VwVfG (offensichtlich fehlende Ergebnisrelevanz) und § 75 Abs. 1a VwVfG (offensichtliche Mängel mit Ergebnisrelevanz) im VwVfG verwendet, ebenso hinsichtlich der Nichtigkeit in § 44 Abs. 1 VwVfG.⁵¹ Es ist davon auszugehen, dass die Vorschrift erkennbar diejenigen Fälle erfassen soll, „in denen die Rechtmäßigkeit der Entscheidung unproblematisch herbeigeführt werden kann und die Durchführung eines neuen kompletten Genehmigungsverfahrens unverhältnismäßig wäre“.⁵²

⁵⁰ Verwendung des Begriffs „in absehbarer Zeit“ zB. in § 47 Abs. 2 VwGO (Verletzung in absehbarer Zeit), in § 95 BauGB (Enteignungsentschädigung in Bezug auf in absehbarer Zeit erwartbare Nutzungsänderungen), in zahlreichen landesrechtlichen Bestimmungen etwa zum Schulrecht, zum Hochschulrecht oder zum Landesnaturschutzrecht. Selbst im Polizeirecht setzen einzelne Landesgesetze ausdrücklich einen Schadenseintritt „in absehbarer Zeit“ voraus.

⁵¹ Das BVerwG geht (nur) in Fällen schwerwiegender und offensichtlicher Verstöße gegen das Unionsrecht von der Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes aus

⁵² So im Kontext der Heilungsvorschriften §§ 4 Abs. 1b S. 1 und 7 Abs. 5 S. 1 UmwRG bereits Seibert, NVwZ 2018, 97.

Zweifel an der hinreichenden Bestimmtheit der Begriffe bestehen daher nicht.

gg) Ergebnis zu § 80c Abs. 2 VwGO NEU

Die Möglichkeit der sofortigen Vollziehung bei Vorliegen erheblicher Fehler stellt eine Verkürzung verfassungs-, unions- und völkerrechtlich gebotenen Rechtsschutzes dar. Angeichts der Tatsache, dass die Norm den Gerichten umfassendes Ermessen einräumt und über eine Reihe weiterer Sicherungsmechanismen wie die Fristsetzung, eine sich anschließende Entscheidung nach § 80 Abs. 7 VwGO oder die Aussetzung oder Feststellung der Nichtvollziehung im Hauptsacheverfahren verfügt, ist jedenfalls eine rechtsschutzkonforme Anwendung möglich, die auch schwerwiegende und irreparable Nachteile nicht nur für betroffene Individuen, sondern auch in Bezug auf mögliche Umweltbeeinträchtigungen durch die sofortige Vollziehung rechtswidriger Entscheidungen ausschließen kann.

Ergänzend könnte der Ausschluss heilbarer absoluter Verfahrensfehler im Sinne einer größeren Beschleunigung europarechtskonform zu einem nur grundsätzlichen Ausschluss abgeschwächt werden. Darüber hinaus könnten die zuständigen Behörden jedenfalls in Fallkonstellationen des § 80c Abs. 2 VwGO NEU im Fachrecht zur Durchführung einer zügigen Heilung verpflichtet werden.

hh) Ergänzung: Gerichte als Reparaturbetrieb der Verwaltung?

Eine entsprechende gesetzliche Verpflichtung zur (möglichen) Heilung in den Fällen des § 80c Abs. 2 VwGO NEU würde den Vorwurf entkräften, die Gerichte würden sich zu einem Reparaturbetrieb der Verwaltung entwickeln, wenn der Antragsteller oder Kläger nicht zuletzt aufgrund der als zu einseitig verstandenen Mitwirkung des Gerichts an der Heilung einer rechtswidrigen Verwaltungsentscheidung im Ergebnis unterläge.⁵³

Zutreffend ist, dass der **Grundsatz der Planerhaltung** auf Verhältnis von Gericht und Verwaltung einwirkt, da der Gesetzgeber an die Stelle der Kassation einer Entscheidung die Möglichkeit ihrer Konservierung trotz Mängelbehaftung stellt, die ggf. durch die Heilung der festgestellten Mängel in der Zukunft geheilt werden kann. Allerdings stellt gerade die gesetzgeberische Entscheidung für die Planerhaltung zusammen mit der strikten Rechtsbindung sowohl der Verwaltung als auch der Gerichte die entscheidende Rechtfertigung für das objektive Bemühen der Gerichte um Planerhaltung dar.

Eine Grenze findet die richterliche Verfahrensleitung und Entscheidungspraxis allerdings

⁵³ Zu dieser Debatte s. nur Rennert, NuR 2018, S. 505 ff.; Rubel, Umweltrechtsschutz in der gerichtlichen Praxis, EurUP 2019, S. 386 (390 f.); Görditz, jM 2018, 30.

dort, wo das Gericht **eigene Abwägungserwägungen an die Stelle der Verwaltung setzt**⁵⁴ oder ohne einen entsprechenden gesetzgeberischen Auftrag zielgerichtet die Behebung von Fehlern in einem ergänzenden Verfahren initiiert⁵⁵ und sich damit „zum Berater der Behörde“ macht.⁵⁶ Eine Verpflichtung auf die Planerhaltung verletzt jedenfalls dann nicht die Rolle der Gerichte als kontrollierende unabhängige Instanz,⁵⁷ wenn das objektive Interesse an der Fehlerbehebung zur Konservierung der Entscheidung zu Gunsten der unterliegenden Antragsteller und Kläger auch im Ergebnis und der Kostenfolge der Entscheidungen widergespiegelt wird.

Aufgrund der rechtsstaatlichen Bindung an das Gesetz, aus der in Verbindung mit Art. 19 Abs. 4 GG auch der richterliche Untersuchungsgrundsatz zurückgeht lässt sich die Rolle der Verwaltungsgerichte und das Verhältnis der Prozessparteien auch nur bedingt mit dem Zivilrecht und der dort vorausgesetzten prozessualen Waffengleichheit vergleichen.⁵⁸

c) § 80c Abs. 3 und Abs. 4 VwGO NEU: Vollzugsfolgenabwägung bei offenen Erfolgsaussichten

Absatz 3 und Abs. 4 der Bestimmung bekräftigen den Vorrang der sofortigen Vollziehung auch im Rahmen der Vollzugsfolgenabwägung, die sich bei offenen Erfolgsaussichten ohnehin regelmäßig an den gesetzgeberischen Wertungen eines etwaigen Wegfalls der aufschiebenden Wirkung wie auch eines besonderen oder überragenden öffentlichen Interesses (Abs. 4) orientiert.

Aus Gründen effektiver Rechtsschutzgewährleistung sind jedenfalls gegenüber individuell betroffenen Personen **irreversible Nachteile durch den Vollzug einer Entscheidung**, deren Rechtmäßigkeit angefochten ist, zu vermeiden. Art. 19 Abs. 4 GG und entsprechend auch Art. 47 GRC garantieren die Wirksamkeit gerichtlichen Rechtsschutzes, die insbesondere auch darin besteht, „irreparable Entscheidungen, wie sie durch die sofortige Vollziehung einer hoheitlichen Maßnahme eintreten können, soweit als möglich auszuschließen.“⁵⁹ Hieraus leitet das BVerfG einen „Anspruch auf tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle“ ab, die sich „nicht in der bloßen Möglichkeit der Anrufung eines Gerichts erschöpfen darf,

⁵⁴ BVerfG NVwZ 2016, 524 (526).

⁵⁵ BVerwG, Beschluss v. 28.6.2021, BeckRS 2021, 25223; BVerwG Urt. v. 26.11.2020 – 9 A 6.20, BeckRS 2020, 38855 unter Verweis auf BVerwGE 154, 153 Rn. 30 und BVerfG-K WM 2016, 184 (186).

⁵⁶ BVerwG Beschluss v. 10.10.2017, 9 A 16/16, dazu *Steinkühler*, jurisPR-BVerwG 11/2018 Anm. 3; *ders.*, zu BVerwG Beschluss v. 7.7.2022, 9 A 1/21 (9 A 8/18), jurisPR-BVerwG 1/2023 Anm. 4.

⁵⁷ BVerfG NVwZ 2016, 524 (526).

⁵⁸ S. dazu BVerfG NJW 2018, 3631.

⁵⁹ BVerfG NVwZ 2017, 149.

sondern zu einer wirksamen Kontrolle in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht führen muss“.⁶⁰

In Fällen, in denen irreparable Nachteile drohen, ordnet § 80c Abs. 3 VwGO NEU nun eine **Beschränkung der Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung auf die betreffenden Teile und Maßnahmen eines Vorhabens** an. In der Konsequenz sollen alle übrigen Vorhabenteile ohne einen solchen Individual-Bezug sofort vollziehbar bleiben.

Mit Blick auf effektiven Rechtsschutz von Verbänden (s.o.) ist klarzustellen, dass „**drohende irreversible Nachteile**“ nicht notwendig einen drohenden subjektiv-rechtlichen **Rechtsverlust** voraussetzen,⁶¹ sondern aufgrund der Verpflichtungen zu effektivem Verbands-Rechtsschutz durch die Aarhus-Konvention auch dann gegeben sind, wenn **schwerwiegende endgültige Umweltbeeinträchtigungen mit der sofortigen Vollziehung vor Klärung der Rechtmäßigkeit einhergehen**. Wäre dies nicht der Fall, käme der Verbandsklage-Rechtsschutz regelmäßig zu spät und könnte weder die Einhaltung der umweltrechtlichen Vorschriften noch die Verhinderung von realen Verstößen effektiv durchsetzen.

Ob nicht zuletzt unter Berufung auf eine besondere Dringlichkeit und gesetzgeberische Priorisierung eine mögliche naturschutzrechtliche Kompensation schwerwiegender Eingriffe deren Irreparabilität beseitigt, wie es das BVerwG in seiner Rechtsprechung andeutet, begegnet allerdings Zweifeln.⁶² Zwar setzt der Gesetzgeber Ausgleich und Ersatz für – zulässige – Eingriffe in Natur und Landschaft nicht mit einer Naturalrestitution im naturwissenschaftlichen Sinne gleich und nimmt – nach der Rechtsprechung des BVerwG – „im Rahmen der Kompensation von Eingriffen in Natur und Landschaft eine vorübergehende Verschlechterung des ökologischen Zustands hin, weil es auf der Hand [liege], dass etwa ein ausgewachsener Baum erst Jahre später gleichwertig substituiert werden“ könne. Ob tatsächlich allerdings auch für eine infolge Rechtswidrigkeit gebotene Rückgängigmachung nichts anderes gelten kann, bleibt ausgesprochen fraglich.⁶³

In Bezug auf die Individualkläger verpflichtet das **BVerfG** die Gerichte in Fällen, in denen ohne Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes schwere und unzumutbare, irreparable Beeinträchtigungen drohen, zudem auf eine nicht nur summarische, sondern abschließende Prüfung der Erfolgsaussichten der Hauptsache verpflichtet.⁶⁴ Demgegenüber dürfen nach der Rechtsprechung des Gerichts „Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutzverfahren [...] auf eine Folgenabwägung gestützt werden, wenn die Sache eine hohe, im Eilverfahren nicht zu bewältigende Komplexität aufweist und keine drohenden

⁶⁰ BVerfG-K NVwZ 2019, 1827 f. in Bezug auf eine eisenbahnrechtliche, gesetzgeberisch priorisierte Planungsentscheidung.

⁶¹ So konsequent, aber zu eng in Bezug auf Art. 19 Abs. 4 GG BVerfG-K NVwZ 2007, 1176 (Waldschlösschenbrücke): mögliche Verletzungen eigener Rechte durch die öffentliche Gewalt.

⁶² S. BVerwG NVwZ 2021, 575 f.

⁶³ So allerdings BVerwG NVwZ 2021, 575 f.

⁶⁴ BVerfG-K, Beschluss v. 20.11.2018, 2 BvR 80/18 (juris); für eine eingehende tatsächliche und rechtliche Prüfung bereits im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes auch BVerfG NVwZ 2017, 149.

irreparablen Nachteile für den Rechtssuchenden erkennbar sind“.⁶⁵ Konkret ging es in dem Beschluss um eine Entscheidung des BVerwG zu einer in getrennten Planabschnitten durchgeführten eisenbahnrechtlichen Planfeststellung. Das BVerfG erkennt die Teilbarkeit der Durchführung und damit auch ihrer gerichtlichen Kontrolle insbesondere deswegen an, da keine Anhaltspunkte für einen Kontrollverzicht infolge einer faktischen Bindung durch die sukzessive Vollziehung des Planfeststellungsbeschlusses bestanden.

Zur Vermeidung irreparabler Nachteile muss also als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal in § 80c Abs. 3 VwGO NEU hinzukommen, dass mit der Zulassung der teilweisen sofortigen Vollziehung **keine Kontrollbeschränkungen in Bezug auf spätere Vorhabenteile** verbunden sein dürfen.

Neu ist die Möglichkeit, auch dem von der sofortigen Vollziehung **Begünstigten** in Entsprechung zu § 80 Abs. 5 S. 4 VwGO eine **Sicherheitsleistung** aufzuerlegen. Als Kann-Vorschrift konzipiert, dürfte die Bestimmung vor allem gegenüber privaten Vorhabenträgern zur Anwendung kommen.

3. Beschleunigung der Hauptsacheverfahren (Art. 1 Nr. 5 und Art. 2 des Entwurfs): § 87b Abs. 4 und § 6 UmwRG NEU: Verschärfung der innerprozessualen Präklusion

Nachdem der EuGH dem im deutschen Recht traditionell zur Planerhaltung eingesetzten Instrument der materiellen Präklusion jedenfalls im – auch hier relevanten – Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 2 AK⁶⁶ eine deutliche Absage erteilt hat,⁶⁷ steht für eine Begrenzung des Prozessstoffs lediglich noch die innerprozessuale Präklusion zur Verfügung, deren allgemeine Regelung der Entwurf mit dem neuen Absatz 4 zu § 87b VwGO bzw. mit einer Änderung von § 6 UmwRG verschärft.

a) § 87b Abs. 4 VwGO NEU: Einführung der verzögerungsunabhängigen automatischen Präklusion

Innerhalb des bereits für § 80c VwGO NEU geltenden Anwendungsbereichs auf enumerativ aufgezählte Verfahren in der Zuständigkeit der OVG/VGH bzw. des BVerwG ordnet Absatz 4 nunmehr die automatische Präklusion verspäteten Vorbringens an, sofern die Verspätung nicht genügend entschuldigt und über die Präklusionsfolgen belehrt worden ist.

⁶⁵ BVerfG-K, Beschluss v. 20.5.2021, 1 BvR 224/21 (juris).

⁶⁶ Demgegenüber sind nationale Präklusionsregelungen im Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 3 AK aufgrund des größeren Gestaltungsspielraums der Vertragsstaaten bei der Umsetzung der nicht unmittelbar anwendbaren Norm auch nach EuGH weiter zulässig; vgl. EuGH Rs. C-826/18 (Stichting Varkens in Nood u.a.), ZUR 2021, 229 ff.; EuGH Rs. C-664/15 (Protect), NVwZ 2018, 225 (230).

⁶⁷ EuGH Rs. C-137/14 (EU-Kommission / D), NVwZ 2015, 1665; zu Präklusionsregelungen *Gärditz*, Die verwaltungsprozessuellen „Begleitregelungen“ des UmwRG, EurUP 2018, S. 158 ff.; ders., DV 51 (2019), 259 (290 ff.) mwN.; *Lorenzen*, Materielle Präklusion im deutschen Umwelt- und Planungsrecht, NVwZ 2022, S. 674 ff.

Im Unterschied zu § 87b Abs. 3 VwGO verzichtet auf das Erfordernis einer Verzögerung des Rechtsstreits und stellt den Eintritt der Präklusion nicht mehr in das Ermessen des Gerichts.

Beides begegnet keinen im Ergebnis durchgreifenden Bedenken, zumal und solange dem Gericht aufgrund der entsprechenden Geltung von § 87b Abs. 3 S. 2 und 3 VwGO die eigene Sachverhaltaufklärung jedenfalls im Rahmen dessen, was mit geringem Aufwand auch ohne die Mitwirkung der Beteiligten ermittelt werden kann, möglich bleibt.

Allerdings stellt sich gleichwohl die Frage, welche Reichweite für den verwaltungsprozessualen Untersuchungsgrundsatz nach § 86 Abs. 1 VwGO verbleibt, zumal § 6 UmwRG auf diese Möglichkeit der eigenen Ermittlung mit geringem Aufwand verzichtet, die Beklagtenpräklusion einführt und damit jedenfalls in der Theorie einer doppelten Präklusion nicht im Wege steht.⁶⁸

Der in § 86 Abs. 1 VwGO verankerte Untersuchungsgrundsatz ist nach überwiegender Auffassung verfassungsrechtlich in Bezug auf den Individualrechtsschutz in Art. 19 Abs. 4 GG verankert, lässt sich aber grundsätzlich mit dem aus dem Rechtsstaatsprinzip, der Gewaltenteilung und der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung folgenden objektiven Kontrollauftrag der Gerichte begründen.⁶⁹ Auch wenn eine Fixierung des Prozessstoffs durch Präklusionsregeln grundsätzlich zulässig ist und insbesondere effektiven Rechtsschutz als zeitgerechten Rechtsschutz begünstigen kann, legt es die objektive Gesetzesbindung sowohl der Verwaltung als auch der Gerichte nahe, auf den Untersuchungsgrundsatz im Verwaltungsprozess nicht vollständig zu verzichten.⁷⁰ Dies erklärt sich nicht zuletzt auch daraus, dass die besondere Interessenlage im Verwaltungsprozess nicht mit der Gegenüberstellung grundsätzlich gleicher Parteien im Zivilrecht vergleichbar ist.⁷¹ Innerprozessuale Präklusionen als sanktionsbewehrte Mitwirkungslasten sind hierdurch nicht ausgeschlossen⁷², können und dürfen aber den Untersuchungsgrundsatz nicht gänzlich ersetzen.

Jedenfalls darf sich ein Gericht nicht sehenden Auges seiner Rechtsbindung (insb. auch in Bezug auf das EU-Recht) mit Verweis auf präkludierten Vortrag der Beteiligten entledigen.

Weniger problematisch scheint der Verzicht auf die Verzögerung des Rechtsstreits. Auch

⁶⁸ Hierzu *Gärditz*, EurUP 2018, S. 158 (160 f.); *Ellerbrok*, Beibringungs- und Amtsermittlungsgrundsatz unter unionsrechtlichem Materialisierungsdruck?, GVRZ 2022, S. 9 ff.

⁶⁹ Untersuchungsmaxime als Ausdruck objektiv-rechtsstaatlicher Kontrolle *Schmidt-Aßmann* in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 219.

⁷⁰ Zu diesem Ergebnis kommt auch *Gärditz*, EurUP 2018, S. 158 (160 f.).

⁷¹ *Schmidt-Aßmann* in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 219: Untersuchungsgrundsatz und Verhandlungsgrundsatz sind allerdings auch nicht als krasse Gegensätze zu verstehen.

⁷² *Schmidt-Aßmann* in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 220.

wenn dies eine zentrale Voraussetzung für die Zulässigkeit einer zivilprozessualen innerprozessualen Präklusion ist,⁷³ lässt sich der Verzicht jedenfalls für besonders dringliche Vorhaben wie den Ausbau erneuerbarer Energien aus der Sache heraus rechtfertigen. Beschleunigungseffekte treten hier schon dann ein, wenn ein Gericht das Bestehen einer möglichen Verzögerung nicht mehr aktiv prüfen und darüber beschließen muss.⁷⁴ Darüber hinaus dürfte in Planungsverfahren ungeachtet der je verfahrensindividuellen Beschleunigung eine Quer-Beschleunigung dergestalt eintreten, dass sich alle Verfahren über die Zulassung bestimmter Infrastrukturen (etwa in den Kammern des § 188b VwGO NEU) verkürzen. Die Begrenzung des Verfahrensstoffs durch Zurückweisung verspäteten Vorbringens in einem Verfahren bewirkt dann nicht zwingend auch eine Beschleunigung dieses Verfahrens, wirkt sich aber insgesamt auf die Arbeitsbelastung der betreffenden Kammern aus, so dass die Beschleunigungswirkung für alle einbezogenen Verfahren angenommen werden kann.

Entscheidend kommt es für die Präklusionswirkung darüber hinaus auf die Frist an, die im Falle von § 187b Abs. 4 VwGO NEU durch das Gericht mit der entsprechenden Belehrung gesetzt wird und verhältnismäßig sein muss.

b) § 6 UmwRG NEU: Einführung der Beklagten-Präklusion

§ 6 UmwRG knüpft die Präklusion seit der Neuregelung 2017 an die Klagebegründung an. Dies ist aufgrund der regelmäßig vorangehenden Einbindung der Verbände im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung nicht in besonderem Maße verfassungsrechtlich bedenklich.⁷⁵ Neu ist in der Entwurfsvfassung die obligatorische Ausdehnung der Präklusion auch auf den Beklagten, d.h. die Behörde und ihren Rechtsträger. Wenn in den Stellungnahmen davon ausgegangen wird, dass dies zu einer zivilprozessual ähnlichen Form des Zugeständnisses durch Nichtbestreiten führen könnte, sollte im Gesetz klargestellt werden, dass § 6 UmwRG zwar auch eine verbindliche Klagebegründungsfrist für den Beklagten einführt, das Gericht jedoch in seiner eigenen Ermittlung auf der Basis des Untersuchungsgrundsatzes nicht ebenfalls von der weiteren Ermittlung ausschließen kann. Dies scheint aus rechtsstaatlichen Gründen wie auch zur Vermeidung von EU-Rechtsverstößen geboten, zumal die Interessenlage sich zum Zivilprozess fundamental unterscheidet.

⁷³ Vgl. zu den aus Art. 103 Abs. 1 GG abgeleiteten Anforderungen s. Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), GG, 3. Aufl., 2018, Art. 103 Abs. 1 Rn. 74 mit Verweis auf BVerfGE 54, 117 (123 f.); E 55, 72 (93 ff.); E 75, 302 (312 ff.).

⁷⁴ Auch das BVerfG hat die Anwendung des absoluten Verzögerungsbegriffs mit der Verhinderung des verzögerrungsprüfungsbedingten Zeitverlusts gerechtfertigt; BVerfG NJW 1987, 2733 (2735).

⁷⁵ Kritisch allerdings Schlacke, Die Novelle des UmwRG 2017, NVwZ 2017, S. 905 (911).

D. Weiteres Beschleunigungspotential

- Weitere Konkretisierung materieller Maßstäbe, um bestehenden Wissensdefiziten abzuholen und möglichen Rechtsstreits mit Rechtsklarheit zu begegnen. Ein Beispiel bietet die Neuregelung von §§ 45b und 45c BNatSchG im Zuge der BNatSchG-Novelle des vergangenen Jahres.
- Die gesetzliche Maßstabskonkretisierung könnte noch stärker durch Instrumente und Verfahren der länderübergreifenden Vernetzung der Verwaltungen nach dem Vorbild des Europäischen Verwaltungsverbunds ergänzt werden, um best practices zum Beispiel in Bezug auf Schutzauflagen zu entwickeln, Anwendungs- und Spezialwissen zu poolen, um noch mehr von Synergieeffekten zu profitieren.
- Deutsche Regelungen können Vorbild oder zumindest Vorgänger für europäische Rechtsetzung sein. Mit den Windenergieflächen kommt die deutsche Gesetzgebung einer unionsrechtlichen Regelung für neue go-to-areas zuvor. Ähnlich verhält es sich mit der Feststellung, dass Windenergieanlagen der öffentlichen Sicherheit dienen und damit Ausnahmen vom strikten artenschutzrechtlichen Tötungsverbot rechtfertigen könnten. Eine entsprechende Änderung der Erneuerbare-Energien-RL deutet sich hier an.⁷⁶ Mit der VO (EU) 2022/2577 des Rates v. 22.12.2022 zur Festlegung eines Rahmens für einen beschleunigten Ausbau der Nutzung erneuerbarer Energien⁷⁷ hat der Unionsgesetzgeber reagiert und Ausnahmeregelungen und Verfahrensvereinfachungen in bestimmten Verfahren vorgesehen.
- Da sich innerökologische Konflikte auf der Basis des EU-Umweltrechts in allen Mitgliedstaaten gleichermaßen stellen, könnten sowohl die Einwirkung auf die Unions-Ebene als auch der Rechtsvergleich weitere Beschleunigungsoptionen eröffnen. Die französische Nationalversammlung diskutiert in diesen Tagen über einen Gesetzentwurf zum beschleunigten Ausbau der erneuerbaren Energien (*Projet de loi relatif à l'accélération de la production d'énergies renouvelables*⁷⁸). Ggf. lassen sich sowohl im Verfahrens- als auch im Prozessrecht Gemeinsamkeiten und gemeinsame Ansätze für ein konzertiertes Vorgehen auf der Ebene der EU finden.

⁷⁶ Dazu *Schlacke/Wentzien/Römling*, NVwZ 2022, 1577 (1580); auch *Burgi/Nischwitz/Zimmermann*, NVwZ 2022, 1321 (1323) werben dafür, Mitstreiter für eigene Ideen zur Verwirklichung des Green Deal innerhalb der EU zu finden.

⁷⁷ ABI. EU 2022, Nr. L 335/36.

⁷⁸ www.legifrance.gouv.fr/dossierlegislatif/JORFDOLE000046329719/.