

Prof. Dr. Klaus-Peter Dolde*

Volksabstimmung – Verbandsklage – Öffentlichkeitsbeteiligung

Abstract

Die Verfassungsmäßigkeit der Volksabstimmung zu Stuttgart 21 ist zweifelhaft. Die Volksabstimmung wurde am 27. November 2011 durchgeführt. Die verfassungsrechtlichen Fragen blieben ungeklärt, da keine der Oppositionsparteien den Staatsgerichtshof angerufen hat.

Nach dem Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz können die Verbände nur die Verletzung drittschützender Vorschriften des Umweltrechts rügen. Ob diese Beschränkung mit Unionsrecht vereinbar ist, war zweifelhaft. Der *EuGH* (NJW 2011, 2779) hat entschieden, dass die Verbände Verstöße von auf Unionsrecht beruhenden Vorschriften geltend machen können, die die Umwelt als solche und nicht auch den Einzelnen schützen. Die Verbände können sich unmittelbar auf die aus dem Unionsrecht folgenden Klagerechte berufen.

Die „Fachslichtung“ Stuttgart 21 hat eine lebhafte Diskussion über die Reformbedürftigkeit der Öffentlichkeitsbeteiligung ausgelöst. In Betracht kommt z. B. die Erweiterung des Scoping-Termins für UVP-pflichtige Vorhaben zu einer frühzeitigen Bürgerbeteiligung. In diese Richtung geht der Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Öffentlichkeitsbeteiligung und Vereinheitlichung von Planfeststellungsverfahren des Bundesministeriums des Innern vom 09.01.2012.

* Der Verfasser ist Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Honorarprofessor an der Universität Tübingen und Partner der Anwaltssozietät *Dolde Mayen & Partner* in Stuttgart.

I. Einführung

Die Studenten der Heidelberger Juristenfakultät sind zu beglückwünschen, dass die Fakultät seit 1995 die „anwaltsorientierte Juristenausbildung“ zu einem ihrer besonderen Anliegen in der Lehre gemacht hat. Sie verwirklicht dieses Anliegen nicht nur im regelmäßigen Vorlesungsbetrieb, sondern auch durch Ringvorlesungen, die die anwaltliche Tätigkeit in den verschiedenen Tätigkeitsbereichen transparent machen.

Die Ringvorlesung in diesem Semester gilt der „Rechtswissenschaft in der Rechtspraxis“. Dem Leitthema folgend geht es heute darum, welche Rolle die Rechtswissenschaft in der Tätigkeit eines Anwalts im Verwaltungsrecht spielt. Es lohnt sich, dieser Frage nachzugehen, macht sie doch deutlich, dass die Rechtswissenschaft nicht nur an den Universitäten zuhause ist, sondern auch in der Rechtspraxis. Mit dem Verlassen der Universität können Sie nicht Abschied von der Rechtswissenschaft nehmen, sie wird Ihnen an vielen Stellen Ihres Berufslebens wieder begegnen. Die umgekehrte Fragestellung, nämlich die Bedeutung der Rechtspraxis für die Rechtswissenschaft, wäre sicherlich ebenso spannend, sie ist heute jedoch nicht unser Thema.

Das Verwaltungsrecht ist eine kaum überschaubare Materie. Es ist ausgeschlossen, alle verwaltungsrechtlichen Materien zu überblicken und zu beherrschen. Es ist gleichermaßen ausgeschlossen, die Bedeutung der Rechtswissenschaft für die Rechtspraxis im Verwaltungsrecht in einer zweistündigen Vorlesung flächendeckend darzustellen. Ich will mich deshalb drei Fragen widmen, die Rechtswissenschaft, Politik und die Rechtspraxis beschäftigen.

II. Volksabstimmung

Anlässlich des Bahnprojekts Stuttgart-Ulm entstand eine lebhafte Diskussion, ob über das Projekt eine Volksabstimmung durchgeführt werden soll. Worum geht es?

1. Bahnprojekt Stuttgart-Ulm

a) *Stuttgart 21*

Das Projekt Stuttgart 21 steht im Zusammenhang mit dem Aus- und Neubau der Eisenbahnverbindung Stuttgart-Ulm für den Hochgeschwindigkeitsbetrieb als Teil der Europäischen Magistrale von Paris nach Bratislava. Zentraler Bestandteil dieses Projekts ist die Neugestaltung des Hauptbahnhofs in Stuttgart. An die Stelle des bestehenden 16-gleisigen Kopfbahnhofs soll ein 8-gleisiger, tiefer gelegter Durchgangsbahnhof treten. Es soll durch unterirdische Zulaufstrecken und durch den 9,5 km langen „Fildertunnel“ zum Flughafen/Messe angebunden werden. Dort wird ein neuer Bahnhof geschaffen, an dem Züge des Fern- und Regionalverkehrs halten können. Das Projekt Stuttgart 21 reicht bis zur Wendlinger Kurve. Es gliedert sich in sieben Planfeststellungsabschnitte. Für fünf Planfeststellungsabschnitte

liegen bestandskräftige, z. T. durch den *VGH Baden-Württemberg* bestätigte Planfeststellungsbeschlüsse vor.

b) Neubaustrecke Wendlingen-Ulm

Das an der Wendlinger Kurve endende Projekt Stuttgart 21 wird fortgesetzt durch die Neubaustrecke Wendlingen-Ulm. Sie ist im Bundesschienenwegeausbaugesetz als vordringlicher Bedarf eingestuft.

Für zwei Planfeststellungsabschnitte liegen bestandskräftige Planfeststellungsbeschlüsse vor. Ein Planfeststellungsbeschluss ist vom *VGH Baden-Württemberg* bestätigt worden. Die Planfeststellungsverfahren für die fünf noch offenen Abschnitte sind weit fortgeschritten.

c) Finanzierung

Nach jahrelangen Verhandlungen und mehrfachen Beratungen im Landtag sowie in den Gremien der beteiligten Vertragspartner wurden am 22. April 2009 die Finanzierungsverträge zum Bahnprojekt Stuttgart-Ulm unterzeichnet. Auf den gemeinsamen Antrag der Fraktionen der CDU, der SPD und der FDP/DVP stimmte der Landtag am 13.05.2009 den Finanzierungsverträgen zu.

Der Finanzierungsvertrag Stuttgart 21 betrifft die Durchführung und Finanzierung des Projektes Stuttgart 21. Bis zu Projektkosten von insgesamt ca. 4,5 Mrd. € enthält der Vertrag eine abschließende Regelung, welcher Vertragspartner welche Kosten trägt. Sollte diese Obergrenze überschritten werden, sind die Parteien nach dem Vertrag verpflichtet, Gespräche aufzunehmen. Die ordentliche Kündigung ist ausgeschlossen.

Im Vertrag zur Neubaustrecke Wendlingen-Ulm ist vereinbart, dass der Bau dieser Neubaustrecke vorgezogen wird, um die gleichzeitige Inbetriebnahme des Vorhabens Stuttgart 21 und der Neubaustrecke zu ermöglichen. Das Land Baden-Württemberg leistet einen Zuschuss von 950 Mio. €. Alle anderen Kosten gehen zu Lasten der Bundesrepublik Deutschland. Der Vertrag ist nicht kündbar.

d) Haushaltsrechtliche Absicherung

Der Anteil des Landes Baden-Württemberg an der Finanzierung beider Projekte ist im Staatshaushaltsplan 2009 abgesichert.

2. Antrag der SPD-Fraktion

Die Fraktion der SPD im Landtag von Baden-Württemberg beantragte am 08.09.2010,¹ der Landtag wolle beschließen, die Landesregierung zu ersuchen, durch Vorlage eines entsprechenden Gesetzentwurfs die Voraussetzungen für eine landesweite Volksabstimmung über die Beteiligung des Landes an der Umgestaltung des Bahnknotens Stuttgart (Stuttgart 21) und an der Neubaustrecke Wendlingen-Ulm

1 LT. Drucksache 14/6896.

gemäß Art. 60 der Landesverfassung zu schaffen, um damit die für eine konfliktfreie Umsetzung des Projekts dringend notwendige breite Akzeptanz der Bürgerinnen und Bürger zurückzugewinnen.

Die Fraktion hielt an ihrer Befürwortung des Projekts fest. Sie meinte, das Projekt solle durch die Volksabstimmung eine Legitimationsgrundlage erhalten, die auch von den Gegnern akzeptiert werde. Dazu müsse die Landesregierung ein Ausstiegsgesetz in den Landtag einbringen. Der Landtag werde über das Gesetz befinden und könnte bei der Regierung beantragen, das Gesetz zur Volksabstimmung zu bringen. Daraufhin solle die Landesregierung die Volksabstimmung über das Gesetz durchführen, das den Ausstieg des Landes Baden-Württemberg aus sämtlichen Verträgen zu Stuttgart 21 und zur Neubaustrecke Wendlingen-Ulm vorsieht.

3. Gutachtensaufträge

Der Vorschlag der SPD-Fraktion ging zurück auf Überlegungen der Professoren Hermes und Wieland.

Die Landesregierung Baden-Württemberg beauftragte *Herrn Prof. Dr. Paul Kirchhof* und unsere Anwaltssozietät mit der Erstellung eines Gutachtens zur Verfassungsmäßigkeit des von der SPD-Fraktion vorgeschlagenen Vorgehens. Wir kamen übereinstimmend zu dem Ergebnis, dass der von der SPD vorgeschlagene Weg gegen die Landesverfassung verstößt. Die SPD-Fraktion ihrerseits legte ein Gutachten von *Prof. Dr. Hermes* und *Prof. Dr. Wieland* vor, das die Verfassungsmäßigkeit des Vorschlags bestätigte.

Der Landtag von Baden-Württemberg hat in Kenntnis der Gutachten den Antrag der SPD-Fraktion abgelehnt.

4. Verfassungsrechtliche Fragen

Der Fall ist ein schönes Beispiel für die Bedeutung der Rechtswissenschaft in der Praxis: Zu beantworten war eine konkrete Frage der Politik mit enormer praktischer Bedeutung. Die aufgeworfene Frage ist in der Rechtsprechung bislang nicht geklärt, sie war auf der Grundlage wissenschaftlicher Veröffentlichungen und Rechtsprechung zu „benachbarten“ Fragestellungen zu beantworten. Um welche Fragen geht es?

a) „Schein-Geszentwurf“ der Landesregierung

Nach dem Vorschlag der SPD-Fraktion sollte die Landesregierung den Entwurf eines „Ausstiegsgesetzes“ in den Landtag einbringen. Der Landtag sollte diesen Geszentwurf ablehnen. Ein Drittel der Mitglieder des Landtages soll beantragen, eine Volksabstimmung durchzuführen. Dies hätte der Landesregierung nach Art. 60 Abs. 3 der Landesverfassung die Möglichkeit gegeben, ihren Geszentwurf zur Volksabstimmung zu bringen.

Der Geszentwurf, den nach den Vorstellungen der SPD die Landesregierung einbringen sollte, hätte den politischen Absichten der Landesregierung – wie auch der

SPD – widersprochen. Die Landesregierung und die SPD halten an den Finanzierungsverträgen und an beiden Projekten fest.

Die Landesregierung sollte einen Gesetzentwurf einbringen, der nicht ihrem wirklichen Willen entsprach. Es stellte sich deshalb die Frage, ob darin ein Missbrauch des Initiativrechts der Landesregierung aus Art. 59 und des Art. 60 Abs. 3 der Landesverfassung liegt. Das Bundesverfassungsgericht hat zur Verfassungsmäßigkeit von zwei auf die Auflösung des Bundestags gerichteten Vertrauensfragen nach Art. 68 GG ähnliche Konstellationen zu entscheiden gehabt.² Es hat die Vertrauensfrage nur dann für verfassungsmäßig gehalten, wenn sie dem Zweck des Art. 68 des Grundgesetzes entspricht. Es hat dies jeweils bejaht.

Anders ist es im vorliegenden Fall: Art. 60 Abs. 3 der Landesverfassung dient dazu, einen Konflikt zwischen der Landesregierung und dem Landtag auszuräumen. Der Landesregierung wird die Möglichkeit gegeben, ihren politischen Willen gegen den Willen der Landtagsmehrheit durch eine Volksabstimmung durchzusetzen. An einer solchen Konfliktlage fehlt es hier, weil die Landesregierung und die Mehrheit des Landtages am Projekt Stuttgart 21 und an der Neubaustrecke Wendlingen-Ulm und den Finanzierungsverträgen festhalten.

b) *Haushaltsvorbehalt*

Nach Art. 60 Abs. 6 der Landesverfassung findet über das Staatshaushaltsgesetz keine Volksabstimmung statt. Dass ein Ausstiegsgesetz, verbunden mit der von der SPD-Fraktion bejahten Entschädigungspflicht des Landes, erhebliche Auswirkungen auf den Staatshaushalt hätte, ist offenkundig. Es stellt sich deshalb die Frage, ob die von der SPD angestrebte Volksabstimmung unter den Haushaltsvorbehalt fällt.

Die Verfassungen anderer Länder enthalten ähnliche, teilweise im Wortlaut etwas abweichende Bestimmungen. Dazu gibt es umfangreiche Rechtsprechung verschiedener Landesverfassungsgerichte. Der Staatsgerichtshof Baden-Württemberg hatte bislang noch keine Gelegenheit, sich zu Art. 60 Abs. 6 der Landesverfassung zu äußern.

Zu einer ähnlichen Bestimmung in der Verfassung des Landes Schleswig-Holstein hat das Bundesverfassungsgericht als Landesverfassungsgericht entschieden,³ der Haushaltsvorbehalt erfasse alle Initiativen für Gesetze, die gewichtige staatliche Einnahmen oder Ausgaben auslösen und die damit den Haushalt des Landes wesentlich beeinflussen. Es hat für diese weite Auslegung die Entstehungsgeschichte, die Systematik und den Zweck der Regelung herangezogen. Verschiedene Landesverfassungsgerichte sind dieser Auffassung gefolgt und haben entschieden, dass finanzwirksame Sachgesetze nicht Gegenstand einer Volksabstimmung sein können.⁴ Die Literatur bewertet die Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte teilweise kritisch.⁵

2 BVerfGE 62, 1; 114, 121.

3 BVerfGE 102, 176.

4 *BayVerfGH* NVwZ-RR 2000, 401 (403); 2008, 719; *BremStGH* NVwZ 1998, 388 (389); *HbgVerfGH* NVwZ-RR 2006, 370; *NdsStGH* NVwZ-RR 2002, 161; *ThürVerfGH* LKV 2002, 83; *NWVerfGH* NVwZ 1982, 188.

5 *Jung* LKV 2003, 318; *Degenhardt* BayVBl. 2008, 460; *Möstl* in Lindner/Möstl/Wolff Verfassung des Freistaates Bayern 2009, Art. 73 Rn. 6.

Eine davon teilweise abweichende Auffassung vertrat der Verfassungsgerichtshof des Freistaates Sachsen⁶ für die Sächsische Landesverfassung, deren Formulierung an die der Baden-Württembergischen Landesverfassung angelehnt ist. Ausgabenwirksame Sachgesetze – in der Regel geht es um Sachgesetze im Kultusbereich, die mit erheblichen Mehrausgaben verbunden sind – fallen nach Auffassung des Sächsischen Verfassungsgerichtshofs nicht unter den Begriff „Staatshaushaltsgesetz“. Er meint, darunter fallen nur solche Gesetze, die unmittelbar die Haushaltsplanerstellung und die Haushaltsgesetzgebung betreffen.⁷ In seiner Entscheidung zum Volksbegehren zur Transrapid-Magnetschwebbahn hat der Bayerische Verfassungsgerichtshof entschieden,⁸ ein Gesetzentwurf, nach dem sich der Freistaat Bayern nicht an der Finanzierung einer Transrapid-Magnetschwebbahn beteiligt, sei in seiner funktionalen Bedeutung und in seinen rechtlichen Wirkungen als „Akt der Haushaltsgesetzgebung“ zu bewerten. Dem Freistaat Bayern fehle für die Entscheidung der Sachfrage, nämlich für den Bau des Transrapid, die Gesetzgebungskompetenz. Dafür sei nur der Bund zuständig. Die Entscheidung, dass sich der Freistaat Bayern nicht an der Finanzierung des Transrapid beteiligt, sei deshalb ein Akt der Haushaltsgesetzgebung, der von der Volksgesetzgebung ausgeschlossen sei.

Wir sind in unserem Gutachten zu dem Ergebnis gekommen, dass dies auch für Art. 60 Abs. 6 der Landesverfassung Baden-Württemberg und den Vorschlag der SPD-Fraktion gilt. Auch wenn das Ausstiegsgesetz formal nicht auf eine Änderung des Haushaltsgesetzes abzielt, ist es funktional und in seiner rechtlichen Wirkung ein Akt der Haushaltsgesetzgebung. Das Ziel besteht darin, die haushaltsrechtlich abgesicherte Mitfinanzierung durch das Land Baden-Württemberg und damit die entsprechenden Ansätze im Haushaltsplan aufzuheben. Das Gesetz sollte der „actus contrarius“ zum Staatshaushaltsgesetz sein.

c) *Verfassungswidriger Inhalt eines Ausstiegsgesetzes*

aa) Gesetzgebungskompetenz

Bei einer Volksabstimmung wird das Volk als Landesgesetzgeber tätig. Es unterliegt deshalb den gleichen Beschränkungen wie der parlamentarische Gesetzgeber. Eine Volksabstimmung auf der Grundlage der Landesverfassung ist nur möglich, soweit eine Gesetzgebungskompetenz des Landes besteht.

Gegenstand der Finanzierungsverträge sind zum einen die Verpflichtung der Vertragspartner zur Durchführung des Projekts, zum anderen die Beiträge der Vertragspartner zur Finanzierung des Projekts. Würden die Finanzierungsverträge durch Gesetz aufgehoben, wäre damit auch die Verpflichtung zur Durchführung des Projekts aufgehoben. Für eine solche Regelung besteht keine Kompetenz des

6 *SächsVerfGH* LKV 2003, 327.

7 Ähnlich für ein Gesetz zur Förderung von Kindertageseinrichtungen *BerlVerfGH* NVwZ-RR 2010, 169.

8 *BayVerfGH* NVwZ-RR 2008, 719.

Landesgesetzgebers: Nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 6 a GG hat der Bund die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für den Bau, die Unterhaltung und das Betreiben von Schienenwegen der Eisenbahnen des Bundes. Der Landesgesetzgeber hat deshalb keine Kompetenz, über die Verwirklichung der beiden Projekte zu entscheiden. Er kann deshalb die Finanzierungsvereinbarungen, die die Verpflichtung zur Verwirklichung der Projekte enthalten, nicht aufheben. Ein entsprechendes Landesgesetz wäre kompetenzwidrig und damit verfassungswidrig.

Das *Bundesverfassungsgericht* hat früh entschieden,⁹ dass durch Volksabstimmung nichts erreicht werden kann, was nicht in der Zuständigkeit des Landesgesetzgebers liegt. Dies gilt nicht nur für eine Volksabstimmung mit Gesetzesqualität, sondern auch durch eine Volksbefragung für Gegenstände, die ausschließlich dem Bundesgesetzgeber obliegen. Das Bundesverfassungsgericht hat den Ländern die Zuständigkeit abgesprochen, durch eine Volksbefragung die zuständigen Verfassungsorgane des Bundes zu veranlassen, eine von ihnen für richtig gehaltene Entscheidung im Bereich des Verteidigungswesens zu ändern. Es ging um die Ausrüstung der Bundeswehr mit Atomwaffen, die als Angelegenheit der Verteidigung zur ausschließlichen Kompetenz des Bundes gehörte. Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts dürfen die Länder nicht versuchen, in den ausschließlich von Bundesorganen eigenverantwortlich zu bewältigenden Sachbereich einzugreifen. Die Zuständigkeit der Bundesorgane zur ausschließlichen Bewältigung einer Sachaufgabe in eigener Kompetenz wird schon dann beeinträchtigt, wenn die Länder die Bundesorgane durch den in einer von ihnen angeordneten amtlichen Volksbefragung liegenden politischen Druck zur Änderung einer kompetenzgerecht getroffenen Sachentscheidung zwingen wollen. Deshalb ist auch eine Volksbefragung ohne die Wirkung einer Volksabstimmung außerhalb des Landeskompetenzbereichs unzulässig.

bb) Verwaltungskompetenz

Auch die Kompetenz für die Eisenbahnverkehrsverwaltung liegt nicht beim Land, sondern beim Bund. Nach Art. 87 e des Grundgesetzes wird die Eisenbahnverkehrsverwaltung für Eisenbahnen des Bundes in bundeseigener Verwaltung geführt. Die Verwaltungszuständigkeit für Erhalt und Ausbau des Schienennetzes der Eisenbahnen des Bundes liegt ausschließlich beim Bund. Die Länder sind nur für das Verkehrsangebot im Schienenpersonennahverkehr zuständig. Die für den Ausbau der Eisenbahninfrastruktur notwendigen Planfeststellungsbeschlüsse werden vom Eisenbahn-Bundesamt, einer Behörde des Bundes, erlassen. Dem Land fehlt somit die Verwaltungskompetenz für die Durchführung des Vorhabens Stuttgart 21 und der Neubaustrecke Wendlingen-Ulm. Beide Entscheidungen sind der ausschließlichen Verwaltungskompetenz des Bundes zugewiesen. Sie können deshalb nicht Gegenstand einer Volksabstimmung in Baden-Württemberg sein.

⁹ BVerfGE 8, 104 (115 ff.); siehe auch BVerfGE 48, 2 (2 f.) – einstweilige Anordnung zur Durchführung amtlicher Volksbefragungen über Atomwaffen in hessischen Gemeinden.

cc) Haushaltsrecht

Die Kompetenz des Landesgesetzgebers im Zusammenhang mit den beiden Bahnprojekten beschränkt sich auf die Mit-Finanzierung. Sie kann – wie ich bereits dargelegt habe – wegen des Haushaltsvorbehalts nicht Gegenstand einer Volksabstimmung sein.

Unabhängig davon würde die Aufhebung der Verpflichtung zur Mit-Finanzierung zu einem verfassungswidrigen Zustand führen: Das Gesetz würde dem Land verbieten, weitere Zahlungen auf die Verpflichtungen aus den Finanzierungsverträgen zu leisten. Im Außenverhältnis zu den Vertragspartnern bliebe diese Finanzierungsvereinbarung jedoch wirksam, sie kann durch Gesetz nicht aufgehoben werden. Das Gesetz zur Aufhebung der Verpflichtung, die Vorhaben mitzufinanzieren, würde zu einem Verstoß gegen den verfassungsrechtlich abgesicherten Haushaltsgrundsatz der Vollständigkeit und Wahrheit führen. Nach Art. 79 Abs. 1 S. 1 der Landesverfassung sind alle Einnahmen und Ausgaben des Landes in den Haushaltsplan einzustellen. Vorhersehbare Ausgaben dürfen nicht außer Ansatz bleiben.

Auch wenn ein Gesetz zur Aufhebung der Finanzierungsverpflichtungen beschlossen würde, blieben die vertraglichen Zahlungspflichten aus den Finanzierungsverträgen unberührt, weil dem Land die Gesetzgebungskompetenz zur Aufhebung dieser Finanzierungsverträge fehlt. Die zur Erfüllung der Verträge notwendigen Ausgaben wären nicht im Staatshaushaltsgesetz abgedeckt. Darin läge ein Verstoß gegen den Grundsatz der Vollständigkeit und Wahrheit des Haushaltsplans.

dd) Keine Kündigungsmöglichkeit

Auch ein Gesetz, das die Landesregierung verpflichten würde, die Finanzierungsverträge zu kündigen, wäre verfassungswidrig, da es kein Recht zur Kündigung der Finanzierungsverträge gibt.

Bei den Finanzierungsverträgen handelt es sich um öffentlich-rechtliche Verträge im Sinne des § 54 S. 1 VwVfG. Das Recht zur ordentlichen Kündigung ist ausdrücklich ausgeschlossen. In Betracht kommt deshalb nur eine Kündigung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage entsprechend § 60 Abs. 1 S. 1 VwVfG. Dies würde voraussetzen, dass sich nach Abschluss des Vertrages die maßgebenden Verhältnisse so wesentlich geändert haben, dass einer Vertragspartei das Festhalten an der vertraglichen Regelung nicht zuzumuten ist. Auch im öffentlichen Recht kann der Grundsatz der Vertragstreue nur ausnahmsweise durchbrochen werden, soweit dies notwendig ist, um untragbare Ergebnisse zu vermeiden.¹⁰ Dabei ist die vertragliche Risikoverteilung zu beachten. Umstände, die eindeutig in den Risikobereich einer Vertragspartei fallen, begründen kein Recht zur Kündigung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage.

Würde der Landesgesetzgeber ein Gesetz beschließen, das die Landesregierung verpflichtet, ein etwa bestehendes Kündigungsrecht auszuüben, wäre dies zwar

10 BVerwGE 25, 299 (303); *Stelkens/Bonk/Sachs* VwVfG 7. Aufl. (2008), § 60 Rn. 18.

eine neue rechtliche Tatsache. Sie führt jedoch nicht dazu, dass dem Land Baden-Württemberg das Festhalten am Vertrag unzumutbar wird. Ein entsprechender Auftrag des Gesetzgebers an die Landesregierung wäre nur Ausdruck der Änderung des politischen Willens eines der Vertragspartner. Die Rechtsänderung durch das Gesetz bezieht sich weder auf die materiell-rechtliche Zulässigkeit des Bahnprojekts Stuttgart-Ulm noch auf seine Finanzierung. Die vertraglichen Rahmenbedingungen werden durch ein solches Gesetz nicht verändert. Es handelt sich nur um eine Änderung des Willens einer der Vertragspartner, am Vertrag festzuhalten. Dies sind Umstände, die allein in den Risikobereich dieses Vertragspartners fallen. Allein die Tatsache, dass der Gesetzgeber seinen Willen ändert, führt nicht zur Anpassung des Vertrages wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage. Der öffentlich-rechtliche Vertrag steht nicht zur Disposition einer Vertragspartei. Eine Vertragspartei kann durch Erlass eines Gesetzes nicht selbst einen Grund für die Kündigung des Vertrages wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage schaffen. Die Auffassung von Hermes und Wieland, der Gesetzgeber stehe über dem Vertrag, verkennt die Bindungswirkung wirksam abgeschlossener öffentlich-rechtlicher Verträge für die Vertragspartner. Sie kann nicht durch eine Meinungsänderung des Landesgesetzgebers im Hinblick auf die aus der Vereinbarung erwachsenen Finanzierungsverpflichtungen beseitigt werden.

ee) Weitere Fragen

Im Zusammenhang mit dem Antrag der SPD-Fraktion stellen sich weitere verfassungsrechtliche Fragen von grundsätzlicher Bedeutung, nämlich das Verbot von Einzelfallgesetzen (Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG), Fragen zur Reichweite des Rückwirkungsverbots beim Eingriff in abgeschlossene Verträge, Fragen des Gebots der Folgerichtigkeit der Gesetzgebung, der Aufgabenverteilung zwischen Regierung und Gesetzgeber und des Grundrechtsschutzes der Vertragspartner, nämlich der Eisenbahninfrastrukturgesellschaften.

5. Perspektiven

Der kurze Abriss hat deutlich gemacht, welche Vielzahl grundsätzlicher, sich teilweise überschneidender Fragen im Zusammenhang mit der angestrebten Volksabstimmung bestehen.

Der Landtag hat den Antrag der SPD-Fraktion zurückgewiesen. Endgültig erledigt ist die Sache damit möglicherweise jedoch nicht. Sowohl die SPD als auch die GRÜNEN haben erklärt, im Falle einer Regierungsbildung nach der Landtagswahl am 27. März 2011 eine Volksabstimmung auf den Weg bringen zu wollen. Sollte dies versucht werden, stellen sich die oben dargestellten Fragen erneut, möglicherweise in einem Verfahren beim Staatsgerichtshof, falls die dann die Opposition bildenden Fraktionen die Verfassungswidrigkeit der Volksabstimmung beim Staatsgerichtshof geltend machen.

III. Umweltrecht – Verbandsklage

Mein zweites Beispiel für die Bedeutung der Rechtswissenschaft in der Rechtspraxis betrifft das Umweltrecht und die Verbandsklage gegen die Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für ein Kohlekraftwerk.

1. Projekt GKM

Die Grosskraftwerk Mannheim AG betreibt in Mannheim seit Jahrzehnten ein Kohlekraftwerk zur Erzeugung von Strom und Wärme. Das Kraftwerk besteht aus verschiedenen Kraftwerksblöcken.

Das Regierungspräsidium Karlsruhe erteilte der Grosskraftwerk Mannheim AG im Sommer 2009 die immissionsschutzrechtliche Genehmigung für Errichtung und Betrieb eines neuen Steinkohleblocks (Block 9) mit einer elektrischen Leistung von ca. 915 MW.¹¹ Dies ist eine für moderne Kohlekraftwerke typische Größenordnung.

2. Aufgabe des Anwalts im Verwaltungsverfahren

Am Projekt GKM lassen sich die mannigfachen Aufgaben aufzeigen, die der Anwalt bei der Beratung des Vorhabenträgers in einem komplexen Genehmigungsverfahren hat:

a) *Ausarbeitung der Antragsunterlagen*

aa) Notwendige Unterlagen

Für das Vorhaben GKM Block 9 waren eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung erforderlich, außerdem wasserrechtliche Erlaubnisse für die Entnahme und Wiedereinleitung von Kühlwasser. Der Antrag auf Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung umfasste 22 Leitzordner, der Antrag auf Erteilung der wasserrechtlichen Erlaubnisse 2 Leitzordner. Ich beschränke mich nachfolgend auf das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren.

Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung ist nach § 6 Abs. 1 Bundes-Immissionsschutzgesetz zu erteilen, wenn sichergestellt ist, dass die Grundpflichten des § 5 Bundes-Immissionsschutzgesetz und die in dazu erlassenen Rechtsverordnungen geregelten Pflichten erfüllt werden. Zu erfüllen sind somit die Anforderungen an die Vermeidung schädlicher Umwelteinwirkungen (Schutzgrundsatz), die erforderliche Vorsorge gegen schädliche Umwelteinwirkungen (Vorsorgegrundsatz), die Vermeidung und Verwertung von Abfällen sowie das Gebot, Energie sparsam und effizient zu verwenden. Außerdem dürfen andere öffentlich-rechtliche Vorschriften und Belange des Arbeitsschutzes der Errichtung und dem Betrieb der Anlage nicht entgegenstehen. Dazu gehört neben dem ausdrücklich genannten Arbeitsschutz insbesondere das Baurecht sowie das Naturschutzrecht, soweit es nicht bereits durch die Grundpflichten des § 5 Abs. 5 Bundes-Immissionsschutzgesetz erfasst ist. Welche

¹¹ Genehmigung vom 27.07.2009.

Unterlagen mit einem Genehmigungsantrag vorzulegen sind, ist in der Verordnung über das Genehmigungsverfahren, in der 9. BImSchV, geregelt.¹²

Mit dem Antrag wurden verschiedene Fachgutachten vorgelegt.

bb) Anwaltliche Beratung

Die anwaltliche Beratung begann sehr früh, vor Ausarbeitung der Gutachten und vor Erstellung der Antragsunterlagen. Ihre Aufgabe besteht darin, sicherzustellen, dass die Gutachten eingeholt werden, die notwendig sind, um die Genehmigungsvoraussetzungen zu erfüllen. Dazu ist es notwendig, die Genehmigungsvoraussetzungen in den relevanten Bereichen zu kennen und zu prüfen, ob die Gutachten den rechtlichen Anforderungen genügen. Die Arbeit der verschiedenen Gutachter ist zu koordinieren. Die Gutachten dürfen sich nicht widersprechen. Sie müssen vom gleichen Sachverhalt ausgehen. Die fachliche Verantwortung liegt beim Gutachter. Der Anwalt hat zu prüfen, ob alle rechtlich relevanten Fragen fachlich überzeugend und plausibel beantwortet sind. Dabei fungiert der Anwalt nicht als Obergutachter. Er muss jedoch in der Lage sein, die Gutachten auf Schlüssigkeit und Plausibilität zu prüfen. Insbesondere muss er prüfen, ob die für die Zulassung des Vorhabens relevanten Fragen ausreichend beantwortet sind. Insoweit obliegt ihm eine begleitende Plausibilitäts- und Qualitätskontrolle. Der Antrag insgesamt muss vollständig sein, in sich stimmig und widerspruchsfrei. Dies setzt nicht nur die Durcharbeitung aller Antragsunterlagen und Gutachten voraus, sondern auch eine intensive Abstimmung mit den Gutachtern und den Mitarbeitern des Antragstellers. Dazu werden regelmäßig Projektgespräche durchgeführt.

cc) Abstimmung mit der Behörde

Bereits in diesem Stadium des Verfahrens findet eine Abstimmung mit der Genehmigungsbehörde und den Fachbehörden statt.

Sobald der Träger des Vorhabens die Genehmigungsbehörde über das geplante Vorhaben unterrichtet, soll diese nach § 2 Abs. 2 9. BImSchV den Antragsteller im Hinblick auf die Antragstellung beraten und mit ihm den zeitlichen Ablauf des Genehmigungsverfahrens sowie sonstige für die Durchführung dieses Verfahrens erhebliche Fragen erörtern. Sie kann dazu andere Behörden hinzuziehen, soweit dies erforderlich ist. Die Erörterung soll insbesondere der Klärung dienen,

- welche Antragsunterlagen vorgelegt werden müssen,
- welche voraussichtlichen Auswirkungen das Vorhaben haben kann und welche Folgerungen sich daraus für das Verfahren ergeben,
- welche Gutachten voraussichtlich erforderlich sind und wie doppelte Gutachten vermieden werden können,
- wie der zeitliche Ablauf des Genehmigungsverfahrens ausgestaltet werden kann und welche sonstigen Maßnahmen zur Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens getroffen werden können,
- welche Behörden voraussichtlich im Verfahren zu beteiligen sind.

12 §§ 3 ff. 9. BImSchV.

Es ist Aufgabe des Anwalts, dabei den Vorhabenträger in rechtlicher Hinsicht zu beraten und zu vertreten, auch im Gespräch mit den Behörden und den Gutachtern.

Für das Vorhaben GKM Block 9 war eine Umweltverträglichkeitsprüfung notwendig. Dazu ist zusätzlich das sogenannte Scoping vorgesehen. Nach § 2 a 9. BImSchV hat die Behörde den Vorhabenträger über die zuvor erwähnte Beratung hinaus entsprechend dem Planungsstand des Vorhabens und auf der Grundlage geeigneter Angaben zum Vorhaben frühzeitig über Inhalt und Umfang der voraussichtlich beizubringenden Unterlagen zu unterrichten. Vor der Unterrichtung gibt die Genehmigungsbehörde dem Träger des Vorhabens sowie den zu beteiligenden Behörden Gelegenheit zu einer Besprechung über Art und Umfang der Unterlagen. Bei diesem „Scoping-Termin“ sind regelmäßig die Fachbehörden sowie in der Praxis auch die Umweltverbände und die beteiligten Gemeinden, jedenfalls die Standortgemeinde, vertreten. Als Ergebnis des Scoping wird der vorläufige Untersuchungsrahmen festgelegt. Ergeben sich im Laufe des Verfahrens neue Erkenntnisse oder abweichende Beurteilungen, kann der Untersuchungsrahmen entsprechend erweitert werden. Er enthält keine abschließende Regelung, bietet jedoch eine gewisse verlässliche Grundlage für die Anforderungen an die Antragsunterlagen.

Der Scoping-Termin steht in der Regel nicht ganz am Anfang des Verfahrens. Er findet dann statt, wenn das Vorhaben jedenfalls in Umrissen definiert ist und wenn die Auswirkungen abschätzbar sind, so dass der Untersuchungsrahmen festgelegt werden kann. Dazu wird ein „Scoping-Papier“ erstellt, in dem das Vorhaben und die beabsichtigten Untersuchungen dargestellt werden. In der Regel haben die Gutachter bereits mit Vorarbeiten begonnen, wenn der Scoping-Termin stattfindet. Auf der Grundlage des im Scoping festgelegten Untersuchungsrahmens werden die entsprechenden Gutachten ausgearbeitet.

b) Grundsätzliche Fragen

Es würde den Rahmen dieses Vortrags sprengen, alle mit einem so komplexen Verfahren zusammenhängenden Fragen zu erörtern. Für das Thema „Rechtswissenschaft in der Rechtspraxis“ sind folgende Fragestellungen von Bedeutung:

aa) Irrelevanzregeln

Block 9 ist eine Erweiterung des bestehenden Kraftwerks. Er ist mit dem bestehenden Kraftwerk durch verschiedene technische Einrichtungen verbunden. Es war deshalb zu klären, ob es sich um eine neue Anlage handelt oder um die Änderung einer bestehenden Anlage. Davon hängt es ab, ob eine Neu-Genehmigung oder eine Änderungsgenehmigung erteilt wird. Da es sich um eine gemeinsame Anlage im Sinne des Bundes-Immissionsschutzrechts handelte, wurde eine Änderungsgenehmigung beantragt und erteilt.

Deshalb stellte sich die in Rechtsprechung und Literatur vielfach erörterte Frage nach dem Prüfungsumfang bei Erteilung einer Änderungsgenehmigung. Dabei geht es um die Frage, ob nur die Änderung zu prüfen ist oder ob und inwieweit der Bestand in die Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen einzubeziehen ist. Die TA Luft als normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift enthält Regelungen zu sogenannten „Irrele-

vanzschwellen“. Wenn diese Irrelevanzschwellen nicht überschritten werden, ist eine Genehmigung auch dann zu erteilen, wenn die bereits bestehende Vorbelastung die Immissionsrichtwerte der TA Luft überschreitet. Wie diese Irrelevanzregelungen bei einer Änderungsgenehmigung anzuwenden sind, ist in der Literatur umstritten und in der Rechtsprechung bislang nicht abschließend geklärt. Es geht dabei um die Frage, ob sich die Irrelevanzregelung auf die Gesamtanlage oder nur auf die Änderung bezieht. Dies ist insbesondere dann von großer Bedeutung, wenn Luftqualitätsgrenzwerte überschritten sind.

In Mannheim gibt es – wie in den meisten Großstädten – eine Umweltzone, in der gemeinschaftsrechtlich vorgegebene Luftqualitätsgrenzwerte überschritten sind. Ob die Irrelevanzregeln mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind, wird vor allem von den Umweltverbänden bestritten. Die Rechtsprechung hat jedenfalls eine Irrelevanzschwelle von 1 % des Immissionsgrenzwerts gebilligt.¹³ Die Europäische Kommission hält die Irrelevanzklauseln des Deutschen Rechts nicht für gemeinschaftsrechtswidrig.¹⁴

bb) Immissionsprognose

Grundlage für die Beurteilung, ob schädliche Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen entstehen, ist die Immissionsprognose. Sie ermittelt auf der Grundlage der erwarteten Emissionen und der meteorologischen Daten die von der zu beurteilenden Anlage verursachte Zusatzbelastung. Diese ist Grundlage für die Beurteilung, ob die Gesamtbelastung die Immissionswerte einhält und ob der Schutzgrundsatz des § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG erfüllt ist. Im Zusammenhang mit der Erstellung einer fehlerfreien Immissionsprognose stellen sich zahlreiche vor allem technische Fragen, u. a. auch die Frage nach der Eignung der meteorologischen Daten und der Eignung des Ausbreitungsmodells.

cc) Schallimmissionen

Im Hinblick auf Lärmimmissionen waren schwierige Fragen zu beantworten. Der Standort befindet sich in vergleichsweise geringer Entfernung von benachbarten Wohngebieten. Die Umgebung ist geprägt durch vorhandene Lärmvorbelastungen, insbesondere durch Verkehrslärm. Entsprechend der Genehmigungspraxis in Baden-Württemberg wurde für die Beurteilung der Lärmimmissionen die Gesamtanlage zugrunde gelegt, nicht nur der neu hinzukommende Block 9.

Im Hinblick auf die Vorbelastung der Umgebung durch Verkehrslärm lag einer der seltenen Fälle vor, in denen die Genehmigung trotz Überschreitung der Richtwerte der TA Lärm wegen eines „ständig vorherrschenden Fremdgeräusches“ erteilt werden konnte. Nach der TA Lärm darf eine Genehmigung wegen einer Überschreitung

13 *VGH Kassel* DVBl. 2009, 186 (189); *OVG Münster* ZUR 2008, 492; ebenso *Hansmann* in Landmann/Rohmer Umweltrecht, TA Luft Nr. 4.2 Rn. 24. Näher *Dolde* in FS für Sellner, 2010, S. 237 (237 ff.).

14 Antwort der Kommission E-2866/07 DE auf eine Anfrage der GRÜNEN im Europäischen Parlament.

der Immissionsrichtwerte nicht versagt werden, wenn wegen ständig vorherrschender Fremdgeräusche keine zusätzlichen schädlichen Umwelteinwirkungen durch die zu beurteilende Anlage zu befürchten sind. Dies ist ein besonderer Fall der Irrelevanz, die zu genehmigende Anlage trägt nicht kausal zu schädlichen Umwelteinwirkungen bei. Ihr Immissionsbeitrag wird durch das Fremdgeräusch „verdeckt“.¹⁵

dd) Radioaktivität

Schließlich war die Frage zu klären, ob die mit dem Betrieb des Kraftwerks verbundene Emission radioaktiver Stoffe den Schutzgrundsatz des § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG verletzt. Steinkohle als fossiler Brennstoff enthält je nach Herkunft mehr oder weniger radioaktive Stoffe natürlichen Ursprungs. Es galt deshalb, die entsprechenden Emissionen abzuschätzen und zu beurteilen. Eine Fragestellung, die bislang für Kohlekraftwerke in der Praxis kaum behandelt worden war.

ee) Naturschutz

Das Vorhaben wird auf einer Fläche ausgeführt, die früher als Kohlelager der US-Streitkräfte diente und jahrelang brach lag. Dies führte dazu, dass sich auf dieser Fläche streng geschützte Arten im Sinne des Artenschutzrechts entwickelten. Der Fachgutachter bescheinigte der Fläche eine Artenvielfalt, wie sie selbst für ein Naturschutzgebiet selten sei. Dies belegt die artenschutzrechtliche Bedeutung von Industriebrachen. Es galt, artenschutzrechtliche Minderungs- und Kompensationsmaßnahmen zu erarbeiten, um auf der Grundlage des Bundesnaturschutzgesetzes die auch im Gemeinschaftsrecht vorgesehene Ausnahme von den artenschutzrechtlichen Verboten erreichen zu können.¹⁶ Voraussetzung dafür sind zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer und wirtschaftlicher Art, das Fehlen zumutbarer Alternativen und ein günstiger Erhaltungszustand der betroffenen Populationen.

Im Hinblick auf den Schutz von Natura 2000-Gebieten des Bundesnaturschutzgesetzes und des Gemeinschaftsrechts stellte sich die Frage, ob jede noch so geringe Zusatzbelastung durch Stickstoff-Deposition in Natura 2000-Gebieten mit einem ungünstigen Erhaltungszustand dazu führt, dass das Vorhaben wegen der Beeinträchtigungen eines Natura 2000-Gebietes nicht genehmigt werden kann.¹⁷ Die Frage war im Zeitpunkt der Erteilung der Genehmigung wissenschaftlich weitgehend ungeklärt, und zwar sowohl rechtlich als auch fachlich. Entsprechende Fachgutachten zum Natura 2000-Gebiet wurden eingeholt. Nach Erteilung der Genehmigung hat das Bundesverwaltungsgericht am 14.04.2010 entschieden,¹⁸ dass eine Zusatzbelastung, die so minimal ist, dass sie nach gesicherter fachwissenschaftlicher Einschätzung keinen signifikanten Ursachenbeitrag zur Schädigung der Natura

15 Näher zu dieser Regelung vgl. *Hansmann* (Fn. 13), TA Lärm Nr. 3 Rn. 23 ff.; *Feldhaus/Tege-der* in *Feldhaus Bundes-Immissionsschutzrecht*, Stand März 2010, TA Lärm Nr. 3 Rn. 41 ff.

16 Vgl. § 45 Abs. 7 BNatSchG 2010; vgl. *Dolde* NVwZ 2008, 121.

17 Zur FFH-Verträglichkeitsprüfung vgl. § 34 BNatSchG.

18 *BVerwG* NVwZ 2010, 1275.

2000-Lebensräume leisten kann, irrelevant ist. Diese Zusatzbelastung falle unter den aus dem gemeinschaftsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz folgenden Bagatellvorbehalt.

c) *Begleitung im weiteren Verfahren*

aa) Vollständigkeitsprüfung

Nach Einreichung der Antragsunterlagen hat die Behörde die Vollständigkeit des Genehmigungsantrags innerhalb eines Monats zu prüfen. Dazu beteiligt sie die maßgebenden Fachbehörden.¹⁹ In der Regel wünscht die Behörde Ergänzungen/Überarbeitungen zu verschiedenen Teilaspekten. Die rechtliche Betreuung und die Koordinierung dieser fachlichen Arbeiten ist eine Aufgabe des beratenden Anwalts.

bb) Auslegung

Sind die Unterlagen vollständig, ist das Vorhaben öffentlich bekanntzumachen. Die Antragsunterlagen sind für die Dauer eines Monats öffentlich auszulegen. Bis zwei Wochen nach Ablauf der Auslegungsfrist kann „die Öffentlichkeit“ schriftlich Einwendungen erheben. Mit Ablauf der Einwendungsfrist sind alle Einwendungen präkludiert, soweit sie nicht auf besonderen privatrechtlichen Titeln beruhen.²⁰ Innerhalb der Einwendungsfrist gingen zahlreiche Einwendungen ein. Der BUND, Landesverband Baden-Württemberg, erhob umfangreiche Einwendungen.

cc) Erörterungstermin

Gemäß § 10 Abs. 6 BImSchG „kann“ die Genehmigungsbehörde die rechtzeitig erhobenen Einwendungen mit dem Antragsteller und denjenigen, die Einwendungen erhoben haben, erörtern. Ein Erörterungstermin findet nicht statt, wenn „die erhobenen Einwendungen nach der Einschätzung der Behörde keiner Erörterung bedürfen“.²¹ Das geltende Recht geht somit – anders als früher – von einem „fakultativen“ Erörterungstermin aus. Die Behörde hat nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, ob sie einen Erörterungstermin durchführt. Sie kann davon absehen, wenn die erhobenen Einwendungen keiner Erörterung bedürfen.

Entsprechend der Verwaltungspraxis hat das Regierungspräsidium Karlsruhe von der Durchführung eines Erörterungstermins im Hinblick auf die erhobenen Einwendungen nicht abgesehen. Der Erörterungstermin dauerte 3 Tage. Er diente vorwiegend der Diskussion der Einwendungen des BUND, die er im Erörterungstermin, unterstützt durch Sachbeistände, ergänzte und vertiefte.

Aufgabe der anwaltlichen Beratung war die Vorbereitung des Erörterungstermins. Dazu gehört die Klärung der aufgeworfenen Rechtsfragen sowie die rechtliche

19 § 7 Abs. 1 9. BImSchV.

20 § 10 BImSchG, §§ 8 ff. 9. BImSchV.

21 § 16 Abs. 1 Nr. 4 9. BImSchV.

Begleitung und die Koordination der Beantwortung der Einwendungen durch den Antragsteller und die von ihm beauftragten Gutachter. Im Erörterungstermin obliegt dem Anwalt in der Regel neben einem Naturwissenschaftler oder Ingenieur auf der Seite des Antragstellers die Rolle eines „Co-Dirigenten“ für das vom Antragsteller und den von ihm beauftragten Sachverständigen gebildete Orchester. Erörterungstermine sind keine ruhigen und zielorientierten Gerichtstermine, sie verlaufen zuweilen in einer emotional aufgeladenen Atmosphäre, die nicht immer frei von Aggressionen ist.

Im Erörterungstermin wurden neue Fragen aufgeworfen, so dass sich zusätzlicher Klärungsbedarf ergab. In Abstimmung mit der Genehmigungsbehörde war zu klären, welche Fragen in welcher Weise zu beantworten sind. Dazu sind in der Regel ergänzende Stellungnahmen des Antragstellers bzw. der von ihm beauftragten Gutachter notwendig. Dies gilt es mit der Behörde abzuklären und auf Antragstellerseite zu koordinieren.

dd) Entwurf der Genehmigung

In der Regel arbeitet die Behörde parallel zur „Nacharbeit“ des Antragstellers den Entwurf der Genehmigung aus. Er enthält zahlreiche Auflagen mit technischer Komplexität, die Errichtung und Betrieb betreffen und die rechtlicher und technischer Prüfung und Klärung bedürfen. Dazu ist es nützlich, die von der Behörde beabsichtigten Auflagen vor Erlass der Entscheidung zu kennen und zusammen mit den Fachleuten des Antragstellers und den von ihm beauftragten Gutachtern auf Bestimmtheit, Notwendigkeit, Angemessenheit und Vollständigkeit zu prüfen.

ee) Prüfung der Genehmigung

Bei positivem Verlauf steht am Ende dieses arbeitsreichen Verfahrens die Erteilung der Genehmigung. Der Antragsteller muss prüfen, ob er mit der Genehmigung „leben“ kann oder ob ein Rechtsmittel notwendig ist.

3. Verbandsklage BUND

a) *Klage BUND*

Der BUND war nicht nur Haupteinwender, sondern auch einziger Kläger. Er erhob gegen die Genehmigung des Regierungspräsidiums Karlsruhe Klage zum erstinstanzlich zuständigen *VGH Baden-Württemberg*. Das Verfahren ist dort noch anhängig.

Der BUND hat kein Eigentum im Einwirkungsbereich von Block 9 von GKM. Als juristische Person des Privatrechts ist er nicht Träger des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 2 GG, er hat deshalb kein eigenes subjektiv-öffentliches Recht auf Abwehr schädlicher Umwelteinwirkungen im Sinne von § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG. Insoweit fehlt dem BUND die Klagebefugnis im Sinne des § 42 Abs. 2 VwGO sowie ein eigenes, subjektiv-öffentliches Recht, das durch die Genehmigung verletzt sein könnte.

Die Klage des BUND ist nach § 42 Abs. 2 VwGO nur zulässig, wenn sich aus anderen Vorschriften ergibt, dass der BUND klagebefugt ist, obwohl er nicht geltend machen kann, in eigenen Rechten verletzt zu sein.

b) Verbandsklage nach Bundesnaturschutzgesetz

Das Bundesnaturschutzgesetz kennt seit längerer Zeit die Verbandsklage. Nach § 64 BNatSchG 2010 kann eine anerkannte Naturschutzvereinigung Rechtsbehelfe nach Maßgabe der VwGO einlegen, insbesondere gegen Planfeststellungsbeschlüsse und Plangenehmigungen sowie Rechtsverordnungen auf dem Gebiet des Naturschutzes und der Landschaftspflege, Befreiungen von Geboten und Verboten zum Schutz von Natura 2000-Gebieten, von Naturschutzgebieten, Nationalparks u. ä. Ein solcher Fall lag hier nicht vor. Die Genehmigungsbehörde hatte eine Beeinträchtigung von Natura 2000-Gebieten verneint, eine Befreiung war deshalb nicht notwendig. Die Ausnahme von den artenschutzrechtlichen Verboten gehört nicht zu den Gegenständen der naturschutzrechtlichen Verbandsklage.

c) Verbandsklage nach Umweltrechtsbehelfsgesetz

Für die Klagemöglichkeit des BUND ist deshalb das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz vom 07.12.2006 maßgebend.²²

Das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz findet Anwendung für Rechtsbehelfe gegen Entscheidungen über die Zulässigkeit von Vorhaben, für die eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchgeführt werden muss. Es gilt außerdem für Rechtsbehelfe gegen Genehmigungen für Anlagen, die nach der Spalte 1 des Anhangs der Verordnung über die genehmigungsbedürftigen Anlagen einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung mit Öffentlichkeitsbeteiligung bedürfen.²³ Beide Voraussetzungen sind bei Erteilung der Genehmigung für Block 9 von GKM erfüllt.

Der BUND rügt die Verletzung der drittschützenden Vorschrift des § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG. Er rügt außerdem die Verletzung von Naturschutzrecht, nämlich einen Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz der Natura 2000-Gebiete und die Verletzung der artenschutzrechtlichen Bestimmungen. In seinem während der Einwendungsfrist eingegangenen Schreiben hatte der BUND beide Rügen nicht erhoben.

d) Präklusion

Hat der Umweltverband im Genehmigungsverfahren Gelegenheit zur Äußerung gehabt, ist er gemäß § 2 Abs. 3 Umweltrechtsbehelfsgesetz im Verfahren über den Rechtsbehelf mit allen Einwendungen ausgeschlossen, die er im Genehmigungsverfahren nicht oder nicht rechtzeitig geltend gemacht hat, aber hätte geltend machen können. Das Umweltrechtsbehelfsgesetz enthält insoweit eine spezielle Präklusionsregelung für die Verbände.

Durch diese Regelung wird auf die Einwendungsfristen des einschlägigen Verwaltungsverfahrensrechts verwiesen.²⁴ Maßgebend ist hier § 10 Abs. 3 BImSchG. Danach können bis zwei Wochen nach Ablauf der Auslegungsfrist Einwendungen erhoben werden. Die Präklusion wird nur vermieden, wenn und soweit die Einwendungen aus-

22 BGBl. I S. 2816.

23 § 1 Abs. 1 Nr. 2 UmwRG.

24 VGH Kassel Urteil v. 16.09.2009 – 6 C 1005/08 T.

reichend begründet werden. Die Einwendung muss so konkret sein, dass die Behörde erkennen kann, unter welchen Aspekten sie bestimmte Belange einer näheren Betrachtung unterziehen soll.²⁵ Dies gilt auch im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren.²⁶

Der BUND macht im Verfahren beim *VGH* geltend, die Präklusionsvorschrift sei mit der UVP-Richtlinie nicht vereinbar.²⁷ Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem anderen Verfahren diese Rüge des BUND unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des *EuGH* zurückgewiesen.²⁸ Nach der UVP-Richtlinie besteht das Recht auf Zugang zu Gerichten „im Rahmen innerstaatlicher Rechtsvorschriften“. Nach der Rechtsprechung des *EuGH* ist die Ausgestaltung des Verfahrens Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten. Dabei darf das nationale Verfahrens- und Prozessrecht nicht ungünstiger gestaltet sein als bei entsprechenden Klagen, die nur innerstaatliches Recht betreffen. Die Verfahrensvorschriften dürfen die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren.²⁹ Der *EuGH* hat angemessene Ausschlussfristen für die Geltendmachung von Rechtsbehelfen unter dem Gesichtspunkt der Effektivität des Gemeinschaftsrechts gebilligt, da sie ein Anwendungsfall des grundlegenden Prinzips der Rechtssicherheit seien.³⁰ Das *Bundesverwaltungsgericht* betont, dass Präklusionsvorschriften der Rechtssicherheit dienen, insbesondere dem Bedürfnis des Vorhabenträgers nach Schutz und Beständigkeit der unter einer Drittbeteiligung zustande gekommenen Zulassungsentscheidung.³¹ Das *Bundesverwaltungsgericht* hat keinen Zweifel daran, dass die Präklusion des Umweltrechtsbehelfsgesetzes angemessen begrenzt und mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist. Deshalb hat es keinen Anlass gesehen, die Frage dem *EuGH* vorzulegen.

e) Rügebefugnis

aa) Umweltrechtsbehelfsgesetz

Nach § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 des Umweltrechtsbehelfsgesetzes kann der Umweltverband nur geltend machen, dass die angegriffene Entscheidung Rechtsvorschriften widerspricht, „die dem Umweltschutz dienen, Rechte Einzelner begründen und für die Entscheidung von Bedeutung sein können“. Der Gesetzeswortlaut ist eindeutig. Danach kann der Verband nur die Verletzung drittschützender Vorschriften rügen.

25 BVerwGE 126, 166 (172); *BVerwG NVwZ* 2005, 813 (815); *VGH Kassel* (Fn. 24).

26 *BVerwG*, Beschluss v. 30.01.1995 – 7 B 20.95 – Buchholz 406.25 § 10 BImSchG Nr. 3; *VGH Kassel* (Fn. 24).

27 Unter Bezugnahme auf *EuGH NVwZ* 2009, 1553; dazu *Bunge ZUR* 2010, 20.

28 *BVerwG UPR* 2010, 103; ebenso *VGH München UPR* 2010, 38 (39); *VGH Kassel Urteil* v. 16.09.2009 – 6 C 1005/08. C; *Kment EuR* 2006, 201 (222 f.); *Halama* in Berkemann/Halama Handbuch zum Recht der Bau- und Umweltrichtlinien der EG 2008, S. 766 Rn. 327.

29 *EuGH NJW* 1977, 495; Urteil v. 14.12.1995 – Rs. C – 312/93 – Slg. 1995, I – Rs. C – 4615 Rn. 12; Rs. C – 430/93 und 431/93 – Slg. 1995, I. – 4728 Rn. 17.

30 *EuGH Urteil* v. 16.05.2000 – Rs C – 78/98 – Slg. 2000, I. – 4240 Rn. 33.

31 Unter Bezugnahme auf BVerwGE 60, 297 (307); BVerfGE 61, 82, (114 ff.).

Der Wortlaut entspricht dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers. Er wollte die Rügebefugnis auf solche Rechtsvorschriften beschränken, die subjektiv-öffentliche Rechte begründen.³² Gleichmaßen eindeutig und in der Rechtsprechung anerkannt ist, dass die Vorschriften des Naturschutzes zum Artenschutz und zu den Natura 2000-Gebieten weder nach nationalem noch nach Gemeinschaftsrecht Rechte Dritter begründen.³³

Ob die Beschränkung der Rügebefugnis der Verbände mit Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, wurde in Literatur und Rechtsprechung der letzten Jahre mannigfach erörtert. Die Literatur geht überwiegend davon aus, die Vorschrift verstoße gegen Gemeinschaftsrecht.³⁴ Die Rechtsprechung hat dagegen die Vereinbarkeit der Vorschrift mit Gemeinschaftsrecht ganz überwiegend bejaht.³⁵ Es tobt ein heftiger Meinungskampf. Als erstes Gericht hat das *OVG Münster* in seinem Beschluss vom 05.03.2009³⁶ die Vereinbarkeit dieser Regelung mit dem Gemeinschaftsrecht bezweifelt und dem *EuGH* die Frage vorgelegt, ob das Gemeinschaftsrecht verlangt, dass die Verbände auch die Verletzung solcher Vorschriften geltend machen können, die allein den Interessen der Allgemeinheit und nicht zumindest auch dem Schutz der Rechtsgüter Einzelner zu dienen bestimmt sind. Es stellte diese Frage im Zusammenhang mit der Prüfung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für ein Kohlekraftwerk im Hinblick auf die nicht drittschützende Vorsorge des § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG und das nicht drittschützende Naturschutzrecht.

Worum geht es bei diesem Streit?

bb) Aarhus-Konvention

Am 25. Juni 1998 unterzeichneten die Europäische Gemeinschaft, die einzelnen Mitgliedstaaten und 19 andere Staaten die Aarhus-Konvention. Diese trat am 30. Oktober 2001 in Kraft.³⁷ Sie wurde im Namen der Europäischen Gemeinschaft am 17. Februar 2005 genehmigt³⁸ und von der Bundesrepublik Deutschland am 15.01.2007 ratifiziert. Nach Art. 9 Abs. 2 der Aarhus-Konvention stellt jede Vertragspartei „im Rahmen ihrer innerstaatlichen Rechtsvorschriften“ sicher, dass Mitglieder der betroffenen Öffentlichkeit, die

32 Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit vom 08.11.2006, BT-Drs. 16/3312, S. 4 ff.

33 BVerwGE 128, 353, insbesondere Rn. 30 ff., 33 ff.

34 Z. B. *Koch* NVwZ 2007, 369 (376 ff.); *Ziekow* NVwZ 2007, 259 (260); *Schlacke* NuR 2007, 8 (14); *Kment* NVwZ 2007, 274 (277); *Ewer* NVwZ 2007, 267 (272 f.); Rat von Sachverständigen für Umweltfragen, Rechtsschutz für die Umwelt – Die altruistische Verbandsklage ist unverzichtbar 2005. Die Gemeinschaftsrechtskonformität bejahend v. *Danwitz* UTR 2007, 31; *ders.* NVwZ 2004, 272 (276); *Dürmer* ZUR 2005, 285 (289); *Schmidt-Preuß* NVwZ 2005, 489 (495); *Dolde* NVwZ 2006, 857 (860 f.); *Schrödter* NVwZ 2009, 157.

35 *VGH Kassel* Urteil v. 16.09.2009 – 6 C 1005/08 T; *OVG Münster* NVwZ 2009, 987 Rn. 27 ff.; *VGH Mannheim* Beschluss v. 27.03.2007 – 5 S 293/07; *OVG Lüneburg* NVwZ 2008, 1144; *OVG Schleswig* ZUR 2009, 432.

36 *OVG Münster* NVwZ 2009, 987.

37 Dazu v. *Danwitz* (Fn. 34), S. 272.

38 Beschluss 2005/370/EG des Rates vom 17.02.2005.

- ein ausreichendes Interesse haben oder alternativ
- eine Rechtsverletzung geltend machen, sofern das Verwaltungsprozessrecht einer Vertragspartei dies als Voraussetzung erfordert, Zugang zu einem Überprüfungsverfahren vor einem Gericht haben.

Was als ausreichendes Interesse oder als Rechtsverletzung gilt, bestimmt sich nach den Erfordernissen innerstaatlichen Rechts und im Einklang mit dem Ziel, der betroffenen Öffentlichkeit im Rahmen des Übereinkommens einen weiten Zugang zu Gerichten zu gewähren. Zu diesem Zweck gilt das Interesse von anerkannten nicht-staatlichen Organisationen als ausreichend. Derartige Organisationen gelten auch als Träger von Rechten, die verletzt werden können.

cc) Art. 10 a UVP-Richtlinie

Die Aarhus-Konvention wurde u. a. durch die Richtlinie 2003/35 in die Gemeinschaftsrechtsordnung integriert. Diese Richtlinie änderte die UVP-Richtlinie und die IVU-Richtlinie, um ihre vollständige Übereinstimmung mit der Aarhus-Konvention sicherzustellen. Nach Erwägungsgrund 4 soll die Beteiligung der Nichtregierungsorganisationen, die sich für den Umweltschutz einsetzen, gefördert werden, u. a. durch Förderung der Umwelterziehung der Öffentlichkeit. Die Richtlinie fügte in die UVP-Richtlinie einen neuen Art. 10 a ein. Danach stellen die Mitgliedstaaten „im Rahmen ihrer innerstaatlichen Rechtsvorschriften“ sicher, dass Mitglieder der betroffenen Öffentlichkeit Zugang zu einem Überprüfungsverfahren vor einem Gericht haben, um die materiell-rechtliche und verfahrensrechtliche Rechtmäßigkeit von Entscheidungen anzufechten. Voraussetzung ist, dass die Mitglieder der betroffenen Öffentlichkeit entweder

- ein ausreichendes Interesse haben oder
- sie eine Rechtsverletzung geltend machen, sofern das Verwaltungsprozessrecht eines Mitgliedstaates dies als Voraussetzung erfordert.

Was als ausreichendes Interesse und als Rechtsverletzung gilt, „bestimmen die Mitgliedstaaten im Einklang mit dem Ziel, der betroffenen Öffentlichkeit einen weiten Zugang zu Gericht zu gewähren“. Zu diesem Zweck gilt das Interesse jeder Nichtregierungsorganisation, die sich für den Umweltschutz einsetzt und alle nach innerstaatlichem Recht geltenden Voraussetzungen erfüllt, als ausreichend im Sinne der erwähnten Regelung. Derartige Organisationen gelten auch als Träger von Rechten, die verletzt werden können.

dd) Umfang der Klagebefugnis der NGO

Der Streit geht darum, ob die Aarhus-Richtlinie und Art. 10 a der UVP-Richtlinie fordern, dass die Nichtregierungsorganisationen alle Verstöße gegen Umweltvorschriften geltend machen können oder ob die Mitgliedstaaten die Rügebefugnis auf die Verletzung solcher Vorschriften beschränken können, die subjektiv-öffentliche Rechte verletzen, wie es dem System des deutschen Verwaltungsprozessrechts entspricht. Diese Frage stellt sich auch in dem beim *VGH Baden-Württemberg* anhängigen Verfahren im Hinblick auf die Rüge des BUND, die Genehmigung verletze Naturschutzrecht.

Bei Abschluss der Aarhus-Konvention achtete die Bundesrepublik Deutschland darauf, dass es ihr möglich bleibt, das Rechtsschutzsystem der VwGO beizubehalten, das durch den Schutz subjektiv-öffentlicher Rechte gekennzeichnet ist. Dies war der Grund dafür, dass die Aarhus-Konvention den Mitgliedstaaten überlässt zu bestimmen, was als ausreichendes Interesse und was als Rechtsverletzung gilt. Die Entscheidung, welches der Rechtsschutzmodelle gewählt wird, sollte dem innerstaatlichen Recht obliegen. Sie wird durch die Aarhus-Konvention nicht präjudiziert. Will der Vertragsstaat die Interessentenklage, können nach der Aarhus-Konvention und der UVP-Richtlinie die Organisationen ohne Geltendmachung eines **eigenen** Interesses klagen. Wählt der Vertragsstaat das Prinzip der Verletztenklage, können die Organisationen ohne Verletzung eines **eigenen** Rechts klagen. Darin liegt ihre Privilegierung gegenüber der betroffenen Öffentlichkeit, die ein eigenes Interesse oder ein eigenes subjektiv-öffentliches Recht geltend machen muss.

Dasselbe gilt für Art. 10 a der UVP-Richtlinie. Auch ihr Wortlaut macht deutlich, dass die Mitgliedstaaten bestimmen, was als ausreichendes Interesse oder als Rechtsverletzung gilt. Dabei haben sie das Ziel zu berücksichtigen, der betroffenen Öffentlichkeit einen weiten Zugang zu Gericht zu gewähren.

Um einen weiten Zugang zu den Gerichten zu gewähren, „gilt das Interesse jeder Nichtregierungsorganisation, die sich für den Umweltschutz einsetzt und alle nach innerstaatlichem Recht geltenden Voraussetzungen erfüllt“, als ausreichendes Interesse im Falle einer Interessentenklage. Entscheiden sich die Mitgliedstaaten dafür, den Zugang zu Gericht von der Geltendmachung einer Rechtsverletzung abhängig zu machen, gelten die Organisationen „auch als Träger von Rechten, die ... verletzt werden können“. Auch nach der Richtlinie obliegt den Mitgliedstaaten die Wahl zwischen den Systemen Interessentenklage oder Verletztenklage. Bei der Bestimmung des ausreichenden Interesses oder der Rechtsverletzung haben sie das Ziel der Richtlinien zu beachten, der betroffenen Öffentlichkeit einen weiten Zugang zu Gericht zu gewähren.

Die Bundesrepublik Deutschland hat sich für die Verletztenklage entschieden. In diesem Fall gelten die Nichtregierungsorganisationen als Träger von Rechten, die verletzt werden können. Der Zugang zu Gericht ist nach wie vor von einer Rechtsverletzung abhängig. Die Privilegierung der Nichtregierungsorganisationen liegt darin, dass sie nicht die Verletzung eines eigenen Rechts geltend machen müssen. Vielmehr gelten sie nach der Fiktion der Richtlinie als Träger von Rechten. Die Richtlinie ersetzt die fehlende Aktivlegitimation. Dies ist die in der Rechtsprechung der deutschen Verwaltungsgerichte bislang überwiegend vertretene Auffassung.

Auch das *OVG Münster* geht davon aus, dass die Bundesrepublik Deutschland berechtigt ist, zwischen dem Modell der Interessentenklage und der Verletztenklage zu wählen. Das *OVG* meint allerdings, es sei „zweifelhaft, ob die vom deutschen Gesetzgeber gewählte Interpretation des Art. 10 a der UVP-Richtlinie auch einer funktionalen Betrachtung der Richtlinienbestimmung Stand hält“. Die funktionale Betrachtung des *OVG* soll dazu dienen, den auch nach Auffassung des *OVG* eindeutigen Wortlaut der Richtlinie „zu überspielen“. Dies halte ich nicht für überzeugend. Die Instrumente zur Erreichung der Ziele der UVP-Richtlinie hat der Richtlinienge-

ber abschließend bestimmt. Er hat angeordnet, dass die Nichtregierungsorganisationen der beteiligten Öffentlichkeit bei der Interessentenklage oder bei der Verletztenklage gleichzustellen sind. Die Nichtregierungsorganisationen haben danach keinen weitergehenden Zugang zu Gericht als die beteiligte Öffentlichkeit. Sie sind dieser nur gleichgestellt. Wenn ein Mitgliedstaat – zulässigerweise – das Modell der Verletztenklage wählt, hat er sicherzustellen, dass subjektiv-öffentliche Rechte effektiv durchgesetzt werden können. Der Grundsatz der Effektivität ist nicht verletzt, wenn ein Mitgliedstaat die Klagemöglichkeiten der betroffenen Öffentlichkeit und der Nichtregierungsorganisationen auf die Verletzung drittschützender Vorschriften begrenzt. Die Mitgliedstaaten sind zur effektiven Durchsetzung des Rechts Einzelner nur verpflichtet, wenn das Gemeinschaftsrecht dem Einzelnen ein Recht verliehen hat. Daran fehlt es beim Naturschutz sowohl nach Gemeinschaftsrecht als auch nach innerstaatlichem Recht.³⁹

ee) Stellungnahme der Kommission

In ihrer Stellungnahme im Vorlageverfahren beim *EuGH*⁴⁰ trug die Kommission vor: Sowohl die Aarhus-Konvention als auch die UVP-Richtlinie enthalten die grundsätzliche Anerkennung sowohl des Systems der Interessentenklage als auch des Systems der Verletztenklage. Die Regelung sei gerade auf die Initiative der Bundesrepublik Deutschland eingeführt worden. Hätten die Richtlinie und die Aarhus-Konvention eine umfassende Klagebefugnis der Nichtregierungsorganisationen einführen wollen, hätte dies im Text klarer formuliert werden müssen. Die UVP-Richtlinie fingiere nur die **Rechtsträgerschaft** der Nichtregierungsorganisationen. Sie setze voraus, dass die Verletzung eines Rechts vorliegt. Das Vorhandensein eines subjektiven Rechts werde nicht fingiert. Was unter einem subjektiven Recht zu verstehen ist, bestimme sich nach nationalem Recht im Einklang mit dem Ziel, der betroffenen Öffentlichkeit einen weiten Zugang zu Gericht zu gewähren. Die Gerichte in den Mitgliedstaaten müssten die Klagebefugnis nach ihrem nationalen Recht im Lichte der Notwendigkeit auslegen, einen weiten Zugang zu den Gerichten zu gewährleisten. Danach sei es erforderlich, dass die verletzte materielle oder verfahrensrechtliche Vorschrift zumindest indirekt einen hinreichend deutlichen Bezug zum Schutz der menschlichen Gesundheit aufweist. Im Rechtssystem der Bundesrepublik Deutschland seien die Nichtregierungsorganisationen klagebefugt, „sofern eine Rechtsverletzung eines Dritten geltend gemacht werden kann“. Was darunter zu verstehen ist, sei weit auszulegen.

ff) Schlussanträge Sharpston

Am 16. Dezember 2010 trug Generalanwältin Sharpston ihre Schlussanträge vor.

Sie hatte bereits in einem vorausgegangenem Verfahren beim *EuGH*⁴¹ die Auffassung vertreten, Nichtregierungsorganisationen, die sich für den Umweltschutz einsetzen, hätten **immer** den Status einer betroffenen Öffentlichkeit. Sie seien deshalb nach der

39 BVerwGE 128, 358 (358 ff.).

40 *EuGH* Rs. C-115/09.

41 *EuGH* Urteil v. 15.10.2009 Rs. C-263/08 – NVwZ 2009, 1353.

UVP-Richtlinie so zu behandeln, als ob sie eine Rechtsverletzung geltend machen würden oder ein ausreichendes Interesse hätten. Diese Organisationen hätten „automatisch“ ein Recht auf Zugang zu den Gerichten. Es ist deshalb nicht überraschend, dass die Generalanwältin in ihren Schlussanträgen vom 16.12.2010 zum gleichen Ergebnis kommt. Sie meint, die UVP-Richtlinie verlange, dass nichtstaatliche Umweltorganisationen, die Zugang zu den Gerichten eines Mitgliedstaats begehren, dessen Verwaltungsprozessrecht die Geltendmachung einer Rechtsverletzung erfordert, die Verletzung aller für die Zulassung des Vorhabens maßgeblichen Umweltvorschriften geltend machen können, also auch solcher Vorschriften, die allein den Interessen der Allgemeinheit und nicht zumindest auch dem Schutz der Rechtsgüter Einzelner zu dienen bestimmt sind.

Danach können die anerkannten Umweltverbände auch die Verletzung nicht drittschützender Vorschriften rügen. Nach Auffassung der Generalanwältin kann sich eine nichtstaatliche Umweltorganisation mangels vollständiger Umsetzung in innerstaatliches Recht unmittelbar auf die UVP-Richtlinie berufen. Dies hat zur Folge, dass auch vor einer Änderung des Umweltrechtsbehelfsgesetzes die Umweltverbände die Verletzung aller dem Umweltschutz dienenden Rechtsvorschriften rügen können, unabhängig davon, ob diese drittschützend sind oder nicht. Zur Begründung führt die Generalanwältin im Wesentlichen aus: Die Befugnis zu einer Klage wegen fehlerhafter Anwendung bestimmter Vorschriften des Umweltrechts dürfe nicht vom Nachweis eines Zusammenhangs mit der menschlichen Gesundheit abhängig gemacht werden. Der Schutz der Umwelt sei ein eigenständiges Ziel, das unabhängig vom Schutz der menschlichen Gesundheit bestehe. Es würde den Anwendungsbereich der Rechtsvorschriften, die dem Schutz der Umwelt dienen, unnötig und unzulässig beschränken, wenn man den Rechtsschutz auf Vorschriften beschränken würde, die im Zusammenhang mit der menschlichen Gesundheit stehen.

Die Popularklage sei weder in der Aarhus-Konvention noch in der UVP-Richtlinie vorgesehen. Es bestehe deshalb keine Verpflichtung zur Einführung einer Popularklage. Die Generalanwältin meint abermals, die UVP-Richtlinie räume den Umweltorganisationen „eine automatische Klagebefugnis vor den nationalen Gerichten ein“. Dies resultiere aus der besonderen Rolle und den damit zusammenhängenden Rechten, die den nichtstaatlichen Umweltorganisationen durch die Aarhus-Konvention und die UVP-Richtlinie zugewiesen wurden. Eine nichtstaatliche Umweltorganisation sei Ausdruck kollektiver Interessen. Sie verfüge über einen Grad an technischer Sachkunde, die der Einzelne nicht haben kann. Da eine einzige Klage, die von einer nichtstaatlichen Umweltorganisation erhoben wird, eine Vielzahl entsprechender Klagen ersetzen könne, die sonst die Einzelpersonen erhoben hätten, könnten das Verfahren rationalisiert, die Zahl gerichtlich anhängiger Klagen verringert und die Effektivität der Rechtsprechung und des Rechtsschutzes gesteigert werden. Die herausragende Rolle, die den nichtstaatlichen Umweltorganisationen zukomme, finde ihren Ausgleich in der Entscheidung, eine Popularklage in Umweltangelegenheiten nicht zwingend vorzuschreiben.

Es sei noch wichtiger, „einer nichtstaatlichen Umweltorganisation das Recht auf Anfechtung einer für das Projekt günstigen Verwaltungsentscheidung einzuräumen,

wenn ... eine entsprechende *negative* Entscheidung von den Projektleitern, die (naturgemäß) eine Verletzung in eigenen Rechten geltend machen können, stets angefochten werden kann“. Die Klagebefugnis nichtstaatlicher Umweltorganisationen solle nach der Richtlinie umfassender sein als die Klagebefugnis einer Einzelperson. Art. 10 a Abs. 3 der UVP-Richtlinie gehe davon aus, dass die Umweltorganisationen „zwangsläufig die Voraussetzungen erfüllen, ein ausreichendes Interesse bzw. Rechte zu haben, die verletzt werden können“. Das nationale Rechtssystem müsse anerkennen, dass nichtstaatliche Umweltorganisationen Träger eines Rechts sind, das verletzt werden kann, wenn dieses Recht in einem nationalen Rechtssystem, das sonst nur die Verletzung subjektiver Rechte Einzelner anerkennt, fingiert wird.

Die Generalanwältin räumt ein, dass nach dem Wortlaut der Richtlinie die Mitgliedstaaten „nach den Erfordernissen des innerstaatlichen Rechts“ bestimmen, was „als Rechtsverletzung gilt“. Diese Möglichkeit unterliege jedoch einer wichtigen Einschränkung. Die Richtlinie bestimme, dass dies „im Einklang mit dem Ziel (stehen müsse), der betroffenen Öffentlichkeit einen weiten Zugang zu Gericht zu gewähren“. Dies sei das wesentliche Ziel der Aarhus-Konvention und der UVP-Richtlinie.

Nach der deutschen Regelung würde es teilweise vom Zufall abhängen, ob eine nichtstaatliche Umweltorganisation klagebefugt ist. Man stelle sich zwei Seen vor, bezüglich Fauna und Flora genau identisch. Der erste See liege in unberührter Natur in einem fernen Winkel, kein Mensch lebe in der Nähe. Der zweite See liege in der Nähe einiger Häuser. Nach der Auslegung der deutschen Regierung könnte eine nichtstaatliche Umweltorganisation befugt sein, die Genehmigung für ein Bauvorhaben am Ufer des zweiten Sees anzufechten, wenn sie geltend macht, dass die Rechte der Hausbesitzer verletzt sein können. Die Umweltorganisation könne jedoch nicht die Genehmigung für ein Bauvorhaben am ersten See anfechten. Dies könne „sicherlich nicht in der Absicht der UVP-Richtlinie liegen“. Die Generalanwältin meint, der Zugang zu Gerichten dürfe „nicht von sachfremden Faktoren abhängen wie etwa der genauen Lage eines Vorhabens, von dem eine nichtstaatliche Umweltorganisation befürchtet, dass es zu Umweltschäden führt“.

Die Generalanwältin bemüht das Effektivitätsprinzip. In Deutschland gebe es eine breite Palette von Umweltvorschriften, die nicht alle ohne Weiteres mit dem Schutz subjektiver Rechte Einzelner in Zusammenhang gebracht werden können. Es stelle keine effektive Umsetzung der UVP-Richtlinie dar, wenn alle Klagen ausgeschlossen werden, die auf Umweltvorschriften beruhen, die keine subjektiven Rechte Einzelner begründen. Den Hinweis der Bundesregierung auf die sorgfältige und umfassende Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen durch die Verwaltungsgerichte beantwortet die Generalanwältin mit folgendem Bild: *Ebenso wie ein Ferrari mit verschlossenen Türen helfe eine intensive Kontrolldichte in der Praxis wenig, wenn das System als solches für bestimmte Kategorien von Klagen nicht zugänglich sei.* Werde z. B. ein UVP-pflichtiges Projekt in einem unbewohnten Gelände fernab menschlicher Behausungen errichtet, gebe es Umstände, die „für eine effektive Beteiligung an Entscheidungsverfahren im Umweltbereich und eine effektive Kontrolle der Durchführung der UVP-Richtlinie die Klagebefugnis einer nichtstaatlichen Umweltorganisation erforderlich machen“.

Es wird Sie nicht überraschen, dass ich diese Ausführungen im Hinblick auf den Wortlaut, den Zweck und die Entstehungsgeschichte der Regelung nicht für zutreffend halte. Sie sind von dem Gedanken getragen, eine effektive Kontrolle der Durchführung der UVP-Richtlinie und des Umweltrechts müsse durch die Klagebefugnis der nichtstaatlichen Organisationen möglich sein, unabhängig davon, ob Einzelne von dem Vorhaben betroffen sind oder nicht. Dies mag als politisches Postulat vertretbar sein, entspricht jedoch weder dem Wortlaut, noch dem Zweck noch der Entstehungsgeschichte der Aarhus-Konvention und der UVP-Richtlinie.

gg) Entscheidung des *EuGH*

Der *EuGH* hat noch nicht entschieden. Es bleibt abzuwarten, ob er Generalanwältin Sharpston folgt. In der vorausgegangenen Entscheidung, in der die Generalanwältin den gleichen Standpunkt vertrat, ist der *EuGH* ihr nicht gefolgt, er hat die UVP-Richtlinie enger ausgelegt und stärker auf das innerstaatliche Recht abgestellt.

Die dargestellte Situation ist ein schönes Beispiel dafür, wie Rechtswissenschaft in der Rechtspraxis hineinwirkt. Ohne die Diskussion in der Literatur hätte das *OVG Münster* seinen Vorlagebeschluss nicht erlassen.

III. Öffentlichkeitsbeteiligung

1. „Fachschlichtung“ Stuttgart 21

Die Demonstrationen gegen das Projekt Stuttgart 21, insbesondere der Polizeieinsatz am 30.09.2010, waren Anlass für die sogenannte „Fachschlichtung“ Stuttgart 21, auf die sich Projektgegner und Projektbefürworter verständigten. Sie war als „Fachschlichtung“ gedacht, wobei offenblieb, ob diese in eine Ergebnisschlichtung verbunden mit einem Votum des Schlichters münden sollte. Es war jedoch klar, dass keine rechtliche Bindung entstehen konnte. Beabsichtigt war eine psychologische und politische Wirkung, wie der Schlichter Heiner Geißler in seinem „Schlichterspruch“ vom 30.11.2010 feststellte.

An insgesamt acht Verhandlungstagen wurden zentrale Themen der beiden Projekte behandelt, u. a. strategische Bedeutung und verkehrliche Leistungsfähigkeit, Kapazität, die Alternative Kopfbahnhof 21, Ökologie und städtebauliche Entwicklung, Geologie, Sicherheit, Kosten, Bauzeit, Risiken.

Heiner Geißler meinte, zum ersten Mal würden von Angesicht zu Angesicht Probleme des Projekts erörtert. Das bisherige „Baurecht“ sei völlig veraltet und bedürfe grundlegender Reformen. Die Stuttgarter Zeitung meinte, noch kein Projekt in der Bundesrepublik sei so gründlich durchleuchtet worden wie das Projekt Stuttgart 21 bzw. Wendlingen-Ulm in der Fachschlichtung. Es wurde der Eindruck vermittelt, zum ersten Mal werde das Projekt transparent dargelegt und erörtert. Der Grund für die Demonstrationen liege darin, dass dies bislang nicht oder nicht in ausreichendem Maße geschehen sei.

Diese und ähnliche Äußerungen zeugen nicht von besonderer Sachkunde:

In den bereits erwähnten Planfeststellungsverfahren lagen die Pläne entsprechend den gesetzlichen Vorschriften einen Monat offen. Während weiterer zwei Wochen konnten Einwendungen erhoben werden. In den Verfahren betreffend Stuttgart 21 wurden ca. 2700 Einwendungen erhoben. Sie wurden in einem fünftägigen Erörterungstermin „von Angesicht zu Angesicht“ erörtert, nämlich zwischen den einwendenden Bürgern, dem Vorhabenträger und der Anhörungsbehörde. Die Themen des Erörterungstermins unterscheiden sich nicht grundlegend von den Themen der Fachschlichtung. Auch im Planfeststellungsverfahren sind die Planrechtfertigung, nämlich die strategische und verkehrliche Bedeutung des Vorhabens, von zentraler Bedeutung, ebenso mögliche Alternativen, wie z. B. die bereits im Planfeststellungsverfahren behandelte Alternative „Kopfbahnhof 21“. Dasselbe gilt für Geologie und Sicherheit. Fragen der Wirtschaftlichkeit des Vorhabens haben in der Planfeststellung aus rechtlichen Gründen geringere Bedeutung als in der Fachschlichtung. Auch im Erörterungstermin wird „von Angesicht zu Angesicht“ diskutiert. Zu Wort kommen im Erörterungstermin nicht nur Funktionsträger und Berufspolitiker, sondern Bürger, die Einwendungen erhoben haben. Dies macht einen Erörterungstermin naturgemäß weniger spektakulär als die Diskussion in der personellen Besetzung der Fachschlichtung. Ein wesentlicher Unterschied besteht auch darin, dass der Erörterungstermin nicht im Internet und im Fernsehen übertragen wird. Im Planfeststellungsverfahren ist der Erörterungstermin nicht öffentlich, in der Praxis wird jedoch der Öffentlichkeit Zugang gewährt. Erörterungstermine in immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren sind öffentlich. In der Vergangenheit wurde verschiedentlich beantragt, Erörterungstermin im Funk und Fernsehen zu übertragen. Dies würde die Zustimmung aller Beteiligten voraussetzen, sie wurde nicht erreicht.

Es gibt Projekte, die im Planfeststellungsverfahren weit intensiver diskutiert wurden als Stuttgart 21. Der Erörterungstermin für die Landebahn Nordwest des Flughafens Frankfurt wurde an 101 Erörterungstagen durchgeführt. Dem Planfeststellungsbeschluss für den Ausbau des Flughafens Berlin-Schönefeld gingen 2 Erörterungstermine voraus. Der Erörterungstermin, in dem die Stellungnahmen der Träger öffentlicher Belange behandelt wurden, dauerte 19 Tage. Die von den Bürgern erhobenen Einwendungen wurden an insgesamt 57 Erörterungstagen behandelt. Der Erörterungstermin im Planfeststellungsverfahren für den Ausbau des Flughafens Stuttgart und der Autobahn A 8 dauerte vom 31. Januar 1987 bis 12. März 1987. In sechs Wochen wurden jeweils Montag bis Freitag die Einwendungen erörtert. Die acht Verhandlungstage der Fachschlichtung Stuttgart 21 nehmen sich dagegen vergleichsweise bescheiden aus.

Die „Fachschlichtung“ Stuttgart 21 wird als beispielgebend für neue Formen und neue Inhalte der Öffentlichkeitsbeteiligung dargestellt. Sie ist Auslöser für mannigfache Reform- und Änderungsvorschläge. Diese zeichnen sich teilweise durch eine überraschende Unkenntnis des geltenden Rechts aus. Bevor Änderungsbedarf ermittelt und Reformvorschläge bewertet werden, lohnt sich ein Blick auf das geltende Recht.

2. Geltendes Recht

Das geltende Recht zur Öffentlichkeitsbeteiligung in Planfeststellungs- und Genehmigungsverfahren kann nur vereinfachend für alle Verfahrensarten zusammenfassend dargestellt werden. Folgende Elemente sind wesentlich:

a) *Raumplanung*

Großvorhaben sind raumbeanspruchend, von überörtlicher Bedeutung und bedürfen deshalb der Koordination durch die Raumplanung. Die Festlegung von Flughafenstandorten ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts vorrangig eine Aufgabe der Raumplanung.⁴² Standorte oder Trassen werden deshalb in Landesentwicklungsplänen oder Regionalplänen dargestellt. Bei der Aufstellung dieser Pläne wird die Öffentlichkeit nach Maßgabe des Raumordnungsgesetzes des Bundes beteiligt.⁴³ Die Öffentlichkeit ist vor Aufstellung der Raumordnungspläne zu unterrichten. Ihr ist Gelegenheit zu geben, zum Entwurf des Raumordnungsplans und zu seiner Begründung eine Stellungnahme abzugeben. In der Regel wird eine Umweltprüfung durchgeführt. Ein Erörterungstermin findet nicht statt.

b) *Raumordnungsverfahren*

Für planfeststellungsbedürftige Vorhaben wie z. B. Deponien, Bau einer Bundesfernstraße, Neubau oder wesentliche Trassenänderungen von Schienenstrecken, Änderung einer Bundeswasserstraße, Anlage oder wesentliche Änderung eines Flugplatzes ist ein Raumordnungsverfahren durchzuführen.⁴⁴ Nach dem Raumordnungsgesetz des Bundes kann die Öffentlichkeit in die Durchführung eines Raumordnungsverfahrens einbezogen werden.⁴⁵ Nach dem Landesplanungsgesetz Baden-Württemberg ist die Öffentlichkeit stets „zur Anhörung und Unterrichtung in das Raumordnungsverfahren einzubeziehen“.⁴⁶ Im Raumordnungsverfahren findet kein Erörterungstermin statt. Vom Raumordnungsverfahren kann abgesehen werden, wenn das Vorhaben Zielen der Raumordnung entspricht, d. h. wenn in den Raumordnungsplänen bereits ein entsprechender Standort ausgewiesen ist.⁴⁷

Auf der Ebene der Raumordnung findet jedenfalls ein Verfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung, jedoch ohne Erörterungstermin, statt. Und zwar in einem frühen und vorgelagerten Verfahrensstadium auf relativ abstrakter Planungsebene. Zu diesem Zeitpunkt stehen in aller Regel noch keine Details des Vorhabens fest. Es geht um grundsätzliche Fragen des Bedarfs und der Raumverträglichkeit.

42 BVerwGE 125, 116 Rn. 72.

43 § 10 ROG.

44 § 15 ROG i. V. m. der Raumordnungsverordnung vom 13.12.1990 (RoV, BGBl. I S. 2766).

45 § 15 Abs. 3 S. 3 ROG.

46 § 19 Abs. 5 S. 1 LpLG.

47 § 18 Abs. 4 Nr. 1 LpLG.

c) Planfeststellungsverfahren/Genehmigungsverfahren

Umweltrelevante (Groß-)Vorhaben bedürfen der Planfeststellung, der atomrechtlichen oder der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung in einem Verfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung. Die Grundstrukturen dieser Verfahren sind ähnlich:

Jeweils werden die Antragsunterlagen für die Dauer eines Monats ausgelegt. Bis zwei Wochen nach Ablauf der Auslegung können Einwendungen erhoben werden. In der Planfeststellung kann jeder Einwendungen erheben, dessen Belange durch das Vorhaben berührt werden.⁴⁸ Im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren kann „die Öffentlichkeit“ Einwendungen erheben.⁴⁹ Eine Betroffenheit in einem Recht oder in einem rechtlichen Interesse ist nicht notwendig.⁵⁰

Im Planfeststellungsverfahren wie auch im immissionsschutzrechtlichen und atomrechtlichen Genehmigungsverfahren ist ein Erörterungstermin vorgesehen. Er dient dazu, die rechtzeitig erhobenen Einwendungen zu erörtern, soweit dies für die Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen von Bedeutung sein kann. Er soll denjenigen, die Einwendungen erhoben haben, Gelegenheit geben, ihre Einwendungen zu erläutern.⁵¹ Seit 2007 ist der Erörterungstermin im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren und in den bundesrechtlich geregelten Fachplanungsverfahren fakultativ, d. h. die Behörde kann davon absehen. Soweit keine Spezialvorschriften bestehen, ist der Erörterungstermin nach § 73 Abs. 6 VwVfG obligatorisch. Der Bundesinnenminister hat einen Gesetzentwurf zur Vereinheitlichung der Rechtsvorschriften vorgelegt, der auch für das Verwaltungsverfahrensgesetz den fakultativen Erörterungstermin vorsieht. Dies wird in der Öffentlichkeit als Abbau von Bürgerrechten kritisiert, obwohl mit diesem Gesetzentwurf nur nachvollzogen wird, was für die bundesrechtlich geregelten Planfeststellungen und für das Bundes-Immissionsschutzgesetz seit 2007 gilt.

d) Bebauungsplanverfahren

Für Vorhaben, die der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung mit Öffentlichkeitsbeteiligung und einer Umweltverträglichkeitsprüfung bedürfen, findet ein Raumordnungsverfahren nur dann statt, wenn die Anlage im Außenbereich im Sinne von § 35 BauGB geplant ist.⁵² Besteht ein Bebauungsplan, bedarf es keines Raumordnungsverfahrens. Dann findet im Rahmen des Bebauungsplanverfahrens die zweistufige Öffentlichkeitsbeteiligung nach BauGB statt, nämlich die frühzeitige Bürgerbeteiligung nach § 3 Abs. 1 BauGB und die Bürgerbeteiligung anlässlich der Auslegung des Bebauungsplanentwurfs nach § 3 Abs. 2 BauGB.

48 § 73 Abs. 4 S. 1 VwVfG.

49 § 10 Abs. 3 S. 4 BImSchG.

50 *Jarass* BImSchG 9. Aufl. (2012), § 10 Rn. 71.

51 § 14 9. BImSchV; § 8 Abs. 2 AtVfV.

52 § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 RoV.

e) *Fazit*

Der grobe Überblick zeigt, dass in der Regel für größere Vorhaben zwei Bürgerbeteiligungen durchgeführt werden, nämlich einmal auf der Ebene der Raumplanung, des Raumordnungsverfahrens oder der Bauleitplanung und zum anderen im Zulassungsverfahren nach den Fachplanungsgesetzen oder nach Bundes-Immissionsschutzgesetz und Atomgesetz. In den Zulassungsverfahren ist der Erörterungstermin vorgesehen, teilweise fakultativ, teilweise obligatorisch.

3. Reformideen

Ich werde Ihnen kein Konzept für eine Reform des Verfahrensrechts vorlegen. Ausgefeilte Konzepte liegen nicht vor. Ich beschränke mich auf einige Gesichtspunkte, die bei Reformüberlegungen beachtet werden sollten:

a) *Öffentlichkeitsbeteiligung und Beschleunigung*

Alle Vorschläge versuchen, zwei Dinge unter einen Hut zu bringen: Zum einen soll die Öffentlichkeit mehr als bisher beteiligt werden, zum anderen sollen die Verfahren beschleunigt werden. Beides schließt sich trotz gegenteiliger Beteuerungen aus. Wenn durch mehr Öffentlichkeitsbeteiligung mehr Mitwirkungsmöglichkeiten eröffnet werden, führen sie zu mehr Arbeit, zu mehr Verfahrensschritten und zu einem größeren Zeitbedarf.

Der Mehraufwand an Zeit kann nicht dadurch ausgeglichen werden, dass der Rechtsweg abgeschnitten oder verkürzt wird. Dem steht Art. 19 Abs. 4 des Grundgesetzes entgegen. Es ist deshalb nicht richtig, wenn behauptet wird, die Einführung eines Bürgerentscheids schaffe Klarheit und Rechtssicherheit und führe zur Beschleunigung des Verfahrens.⁵³

b) *Bürgerentscheid*

Modelle zur Volksabstimmung nach Schweizer Vorbild oder zu einem Bürgerentscheid haben Konjunktur. So wird vorgeschlagen, nach einem Raumordnungsverfahren, das zu keinem Konsens führt, durch einen Bürgerentscheid Klarheit zu schaffen. Nach dieser Volksabstimmung bestehe für die Träger des Vorhabens Sicherheit, das Verfahren der Planfeststellung könne wesentlich schneller abgeschlossen werden als bisher üblich.⁵⁴

Dieser Vorschlag begegnet mehreren Bedenken:

Dass bei einem Vorhaben, das eines Raumordnungsverfahrens bedarf, am Ende des Verfahrens Konsens dahingehend erzielt wird, dass niemand dagegen ist, ist eine im Hinblick auf die vielfältig betroffenen Interessen unrealistische Vorstellung. Der

53 So offenbar das Konzept der SPD-Fraktion im Landtag von Baden-Württemberg, vgl. Stuttgarter Zeitung v. 28.01.2011.

54 So die SPD-Fraktion im Landtag von Baden-Württemberg, Stuttgarter Zeitung v. 28.01.2011, S. 5.

Vorschlag läuft darauf hinaus, alle entsprechenden Vorhaben einer Volksabstimmung zu unterwerfen.

Die Volksabstimmung kann subjektiv-öffentliche Rechte Dritter nicht verkürzen. Sie kann auch den Rechtsschutz nicht verkürzen. Den Unterlegenen bleibt deshalb die Möglichkeit, ihre Rechtsposition bei Gericht geltend zu machen. Die Volksabstimmung führt nicht zu der behaupteten Beschleunigung.

In einer Volksabstimmung kann nur mit ja und nein gestimmt werden. Abwägungen sind der Volksabstimmung nicht zugänglich. Minderheitenschutz und Rechte Dritter sind in einer Volksabstimmung nicht „gut aufgehoben“.

Welches Volk soll über das Vorhaben abstimmen? Umstrittene Infrastrukturvorhaben haben vor Ort negative Auswirkungen, ihre positiven Effekte gehen jedoch weit über die örtliche Gemeinschaft hinaus. Dies ist der Grund dafür, dass diese Vorhaben nicht in die Entscheidungskompetenz der Gemeinden gelegt werden, sondern in die Entscheidungskompetenz überörtlich zuständiger Planungsträger. Soll z. B. über den Standort einer Deponie die Bevölkerung am Standort abstimmen? Oder über Stuttgart 21 nur die Bevölkerung in Stuttgart? Trägt es zur Befriedigung bei, wenn die Bevölkerung am Standort von den Abstimmungsberechtigten im Land „überstimmt“ wird? Sind die Vorhaben Stuttgart 21 und Neubaustrecke Wendlingen-Ulm nicht Vorhaben des Bundes, über die ggf. alle Bundesbürger abstimmen müssten?

Diese skizzierten Bedenken sollten Anlass sein, das bisherige System der Entscheidungsfindung innerhalb der repräsentativen Demokratie und der vorgegebenen Gewaltenteilung nicht grundlegend zu verändern.

4. Unterschiedliche Projekte

Alle Reformvorschläge sollten bedenken, dass es eine große Palette unterschiedlicher Projekte gibt. Stuttgart 21 mag in vieler Hinsicht ein Unikat und ein Leuchtturm sein. Unser künftiges Rechtssystem kann sich nicht nur an diesem Unikat orientieren.

Es macht z. B. einen Unterschied, ob es sich um ein Infrastrukturvorhaben handelt, das von der öffentlichen Hand verantwortet wird, wie – jedenfalls bisher – Schiene, Straße, und immer noch, jedoch nicht mehr durchgehend, Flughäfen. Bei Infrastrukturvorhaben der öffentlichen Hand ist die Frage der Bürger nach der Wirtschaftlichkeit und der Rechtfertigung des Vorhabens von größerem Gewicht als bei privatwirtschaftlichen Vorhaben, deren Wirtschaftlichkeit allein der Vorhabenträger zu verantworten hat.

In der weiteren Diskussion sollte deshalb unterschieden werden zwischen öffentlichen Infrastrukturvorhaben und privatnützigen Vorhaben. Die Abgrenzung gerät mit dem Rückzug des Staates auf seine Gewährleistungsverantwortung zunehmend in Zweifel. Wäre die Privatisierung der Deutschen Bahn AG bereits vollzogen, wäre diese Grenzziehung bereits nicht mehr eindeutig. Dies ändert nichts daran, dass ein Vorhaben der öffentlichen Hand möglicherweise anderen politischen Einflussmöglichkeiten und Mitwirkungsbefugnissen der Bürger ausgesetzt werden kann als Infrastrukturvorhaben, die von privatnützigen Unternehmen betrieben werden.

Dies gilt z. B. für die Genehmigung von Automobilfabriken, Papierfabriken und für die Energieversorgung. An Planung und Genehmigung eines Kraftwerkes können im Hinblick auf die Öffentlichkeitsbeteiligung andere Anforderungen gestellt werden als an öffentlich verantwortete Infrastrukturanlagen wie – derzeit noch – Schiene oder Straße.⁵⁵

Weiter ist zu beachten, dass es Vorhaben mit sehr unterschiedlichem Konfliktpotenzial gibt. Nicht für alle Vorhaben ist das gleiche Ausmaß an Bürgerbeteiligung notwendig und zweckmäßig. Es gibt immer noch Vorhaben mit Umweltauswirkungen, die auf bürgerschaftliche Akzeptanz stoßen mit der Folge, dass es keinen Widerstand und keine Einwendungen gibt. Dies führt zu der Frage, ob es zweckmäßig ist, neue Formen der Bürgerbeteiligung gesetzlich zu regeln und von dem geforderten „neuen Format der Bürgerbeteiligung“ abzusehen, das im politischen Raum gefordert wird.⁵⁶ An gesetzliche Regulierung sollte man deshalb nur behutsam herangehen. Schon heute weiß ein gut beratener Vorhabenträger, dass er auf Akzeptanz in der Bevölkerung angewiesen ist. Es ist deshalb bereits heute Standard, die Öffentlichkeit früh zu informieren, z. B. die Gemeinderäte der Standortgemeinden, die betroffenen Bürger und Verbände, insbesondere die Naturschutzverbände. Bereits heute fallen neue Projekte nicht sozusagen mit der Bekanntmachung der öffentlichen Auslegung vom Himmel. Sie haben einen langen Vorlauf in der Planung und in der öffentlichen Diskussion und auch in der öffentlichen Meinungsbildung. Nur so ist es z. B. erklärbar, dass anlässlich eines Planfeststellungsverfahrens für die neue ICE-Strecke durch die Stadt Offenburg mit ca. 59 000 Einwohnern ca. 46 000 Einwendungen erhoben wurden. Dies belegt gute Mobilisierung der Bürger und schlechtes Projektmanagement.

5. Systemimmanente Änderungen

Die bestehenden Regelungen über die Öffentlichkeitsbeteiligung sind systemimmanent verbesserungsbedürftig und verbesserungsfähig:

Es würde der Rechtsvereinheitlichung und Bürgerfreundlichkeit dienen, die Verfahrensvorschriften für Planfeststellungsverfahren und immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren zu vereinheitlichen, insbesondere im Hinblick auf die Einwendungsbefugnis und die Öffentlichkeit des Erörterungstermins. Alle Erörterungstermine sollten öffentlich sein.

Die herkömmliche Form der öffentlichen Auslegung von Unterlagen ist antiquiert. Nach dem Gesetz wird ein Exemplar der Unterlagen ausgelegt. Der Bürger kann es einsehen, er hat keinen Anspruch darauf, dass ihm eine Mehrfertigung des Antrags oder Auszüge aus den Antragsunterlagen in Kopie zur Verfügung gestellt werden. Es

55 Dem trägt der Vorschlag der SPD-Fraktion Rechnung, die die neue Form der Mitwirkung nur für Vorhaben vorsieht, an denen das Land beteiligt ist. Es bleibt offen, mit welchem Anteil. Die vorgesehene Volksabstimmung soll offenbar durch alle wahlberechtigten Bürger des Landes erfolgen.

56 So *Winfried Kretschmann* lt. Stuttgarter Zeitung vom 22.01.2011.

ist – um an das Beispiel GKM anzuknüpfen – wenig sinnvoll, 22 Leitzordner Unterlagen für einen Monat auszulegen und dem Bürger zuzumuten, die Unterlagen einzusehen, sich wesentliche Teile abzuschreiben und auf dieser Grundlage seine Einwendungen zu erheben und aufgrund seiner Aufzeichnungen den Erörterungstermin wahrzunehmen. Die Praxis hat dies seit langem erkannt und Abhilfe geschaffen. Antragsunterlagen werden ins Netz gestellt und können heruntergeladen werden. Eine entsprechende Regelung ist trotz der Praxis, den organisierten Bürgerinitiativen Mehrfertigungen der Antragsunterlagen zur Verfügung zu stellen, zweckmäßig.

Es ist zu erwägen, den Erörterungstermin – ggf. teilweise – über die modernen Medien zu übertragen. Dies hat allerdings seine Grenzen. Der Erörterungstermin dient dazu, dass jeder Bürger und Einwender zur Sprache kommt, nicht nur Politprofis, die ihre Fähigkeiten in Talkshows entwickelt haben. Aus gutem Grund sind bis heute Fernseh- und Radioübertragungen von Gerichtsverhandlungen nicht zugelassen. Für Erörterungstermine gilt grundsätzlich dasselbe. Die Übertragung kann Einwender davon abhalten, das Wort zu ergreifen und ihre Belange einzubringen. Dies gilt insbesondere dann, wenn personenbezogene Daten und persönliche Einwendungen zur Sprache kommen. Die praktizierte Möglichkeit, z. B. wirtschaftliche Verhältnisse existenzbedrohter Landwirte nur mit diesen Landwirten unter Ausschluss der Öffentlichkeit zu erörtern, bietet nur teilweise Abhilfe.

6. Zusätzliche Beteiligungsschritte

Darüber hinaus ist zu überlegen, ob durch zusätzliche Schritte eine frühere Beteiligung der Öffentlichkeit als bislang gewährleistet werden soll. Ob dafür im Hinblick auf die Öffentlichkeitsbeteiligung in der vorgelagerten Ebene der Raumordnung/Bauleitplanung wirklich ein Bedürfnis steht, scheint mir nicht zweifelsfrei. Andererseits zeigt die Erfahrung, dass bis zum Erörterungstermin in aller Regel die Fronten so festgefahren sind, dass es allenfalls noch marginale Bewegungsspielräume gibt. Dies hat verschiedene Gründe. Zum einen ist der Aufwand an Planung und Vorbereitung bis zum Erörterungstermin sehr groß. Ausgelegt werden genehmigungsreife Pläne, alles ist bedacht und im Detail geklärt. Änderungen verursachen erheblichen Aufwand. Dies auch deshalb, weil Änderungen, die zusätzliche Betroffenheiten verursachen, eine erneute öffentliche Auslegung der Pläne mit einem neuen Erörterungstermin und neuen Verfahrensschritten und Zeitbedarf auslösen können. Der Bewegungsspielraum des Vorhabenträgers im Erörterungstermin ist aus diesen Gründen in aller Regel begrenzt. Er ist ohnehin nur dort von Bedeutung, wo es um Modifikationen des Vorhabens geht.

In vielen Erörterungsterminen geht es jedoch nicht um Modifikationen des Vorhabens, sondern letztlich um das „Ob“. Fundamentalopposition kann durch eine größere Flexibilität im Erörterungstermin nicht „aufgefangen“ werden. Sie führt zu Erörterungsterminen, die die Konfrontation verstärken und mehr Frustration als Befriedung erzeugen.

Überlegenswert wäre entsprechend dem Vorbild der Bauleitplanung eine frühzeitige Bürgerbeteiligung. Nach § 3 Abs. 1 BauGB soll die Öffentlichkeit „möglichst frühzei-

tig über die allgemeinen Ziele und Zwecke der Planung, sich wesentlich unterscheidende Lösungen ... und die voraussichtlichen Auswirkungen der Planung“ öffentlich unterrichtet werden. Entsprechendes könnte man für ein UVP-pflichtiges Vorhaben im zeitlichen Zusammenhang mit dem Scoping-Termin vorsehen.

Bei Neuregelungen sollte sichergestellt sein, dass keine Quellen für neue Verfahrensfehler geschaffen werden, die zur Aufhebung der Genehmigung bzw. Planfeststellung führen können. Dies würde das Ziel, Verfahren transparenter und sicherer zu machen, gefährden.

Bei diesen Gedankensplittern will ich es für heute belassen.

V. Schlussbemerkung

Ich habe versucht, Ihnen zu den Themen Volksabstimmung, Verbandsklage und Öffentlichkeitsbeteiligung einen Eindruck darüber zu vermitteln, wie die Rechtswissenschaft und politische Strömungen in die Rechtspraxis im Verwaltungsrecht hineinwirken. Sie bringen Dynamik und Abwechslung in unsere tägliche Arbeit. Neue Herausforderungen führen zu neuen Fragestellungen und neuen Lösungen, zum Teil des geltenden Rechts, zum Teil durch Neuregelungen. Auch im Verwaltungsrecht ist nichts so beständig wie der Wandel. Darin liegen Reiz und Herausforderung zugleich. Nicht immer müssen wir auf dem Hochreick der Wissenschaft oder der politischen Diskussion turnen, es gehört jedoch zu unserer Tätigkeit dazu. Sie ist spannend, abwechslungsreich, kreativ, aber auch arbeitsintensiv. Der Anwaltsmarkt im Verwaltungsrecht bietet interessante Perspektiven. Er ist nicht so übersetzt wie in anderen Rechtsgebieten und eröffnet große Chancen für diejenigen, die Freude am Verwaltungsrecht haben. Ich hoffe, dazu etwas beigetragen zu haben.