

TEXTE

99/2017

# Die Umweltverbandsklage in der rechtspolitischen Debatte

Eine wissenschaftliche Auseinandersetzung mit  
Argumenten und Positionen zur Umweltverbandsklage,  
zugleich ein rechtvergleichender Beitrag zur weiteren  
Diskussion des Verbandsrechtsschutzes im  
Umweltbereich



TEXTE 99/2017

Umweltforschungsplan des  
Bundesministeriums für Umwelt,  
Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit

Forschungskennzahl 3714 18 1010  
UBA-FB 002567

## **Die Umweltverbandsklage in der rechtspolitischen Debatte**

Eine wissenschaftliche Auseinandersetzung mit Argumenten und  
Positionen zur Umweltverbandsklage, zugleich ein rechtvergleichender  
Beitrag zur weiteren Diskussion des Verbandsrechtsschutzes im  
Umweltbereich

von

Prof. Dr. Alexander Schmidt, Fachhochschule Anhalt, Bernburg  
Karl Stracke, Unabhängiges Institut für Umweltfragen e.V. (UfU), Berlin  
Prof. Dr. Bernhard Wegener, Friedrich Alexander Universität Erlangen-Nürnberg,  
Erlangen  
Dr. Michael Zschiesche, Unabhängiges Institut für Umweltfragen e.V. (UfU),  
Berlin

Unter Mitarbeit von

Julian Zwicker, Unabhängiges Institut für Umweltfragen e.V. (UfU), Berlin

In Zusammenarbeit mit

Magdalena Bar/Dr. Jerzy Jendrośka , Jendrośka Jerzmański Bar & Partners,  
Breslau, Polen

Prof. Dr. Jan Darpö, Universität Uppsala, Schweden

Carol Day, Leigh Day, London, Großbritannien

Prof. Dr. Margherita Poto, Universität Turin, Italien

Prof. Dr. Michel Prieur, Universität Limoges, Frankreich

Prof. Dr. Jerzy Rotko, Universität Breslau, Polen

Im Auftrag des Umweltbundesamtes

# Impressum

**Herausgeber:**

Umweltbundesamt  
Wörlitzer Platz 1  
06844 Dessau-Roßlau  
Tel: +49 340-2103-0  
Fax: +49 340-2103-2285  
info@umweltbundesamt.de  
Internet: www.umweltbundesamt.de

 /umweltbundesamt.de

 /umweltbundesamt

**Durchführung der Studie:**

Unabhängiges Institut für Umweltfragen e.V. (UfU)  
Greifswalderstraße 4  
10405 Berlin

**Abschlussdatum:**

November 2016

**Redaktion:**

Fachgebiet I 1.3 Rechtswissenschaftliche Umweltfragen  
Daniel Lamfried

Publikationen als pdf:

<http://www.umweltbundesamt.de/publikationen>

ISSN 1862-4359

Dessau-Roßlau, November 2017

Das diesem Bericht zu Grunde liegende Vorhaben wurde mit Mitteln des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit unter der Forschungskennzahl 3714 18 1010 finanziert. Die Verantwortung für den Inhalt dieser Veröffentlichung liegt bei den Autorinnen und Autoren.

## Kurzbeschreibung

Umfang und Anwendungsbereich des Zugangs zu Gericht in Umweltangelegenheiten in Deutschland werden durch völker- und unionsrechtliche Vorgaben geprägt. Deutschland hat sich durch Ratifikation der sog. Aarhus-Konvention zur Umsetzung der dort gewährten Rechtsschutz- und Partizipationsgarantien verpflichtet. Zugleich sind vor allem die Vorgaben von Art. 9 Abs. 2 AK durch Art. 11 UVP-RL (2011/92/EU) und Art. 25 Industrieemissions-RL (2010/75/EU) umgesetzt worden.

Die Umsetzung dieser völker- und unionsrechtlichen Verpflichtungen in das nationale Recht hat partiell zu Schwierigkeiten geführt: Zum einen sind Inhalt und Umfang der bestehenden Verpflichtungen teilweise umstritten. Zum anderen muss die Zielstellung, den Vollzug des Umweltrechts durch Klagerechte zu verbessern, mit dem bestehenden deutschen System des Verwaltungsrechtsschutzes in Einklang gebracht werden.

Das Forschungsprojekt untersuchte daher ausgewählte rechtswissenschaftliche Fragen für den Umsetzungsprozess der Aarhus-Konvention in Deutschland hinsichtlich des Zugangs zu Gericht – von Umweltverbänden, Individualklägern und Gemeinden – und zum Umfang der gerichtlichen Kontrolle. Dafür wurden mit Stand Oktober 2016 die dazu bestehenden rechtswissenschaftliche Argumente und Positionen in Deutschland ausgewertet und zu ausgewählten Aspekten rechtsvergleichende Untersuchungen zu den in Großbritannien, Frankreich, Italien, Schweden und Polen geltenden Regelungen durchgeführt.

## Abstract

The scope of access to justice in environmental matters in Germany is determined by European and International provisions. Since the ratification of the Aarhus-Convention (AC) Germany is bound to this system of legal protection and guarantee of participatory rights. Moreover the provisions of Art. 9.2 AC have been implemented as European law especially through Art. 11 EIA-Directive (2011/92/EU) and Art. 25 IPPC-Directive (2010/75/EU).

The implementation of these international and European provisions into the national legal system has partially led to difficulties: On the one hand its content and scope are controversial to a certain degree. On the other hand the objective to improve the execution of environmental law provisions must be achieved in accordance with the traditional German legal system of administrative law.

Therefore this study examined legal questions on access to justice – of environmental-NGOs, individuals and municipalities – and the intensity of the judicial review which are of special importance for the implementation process of the Aarhus-Convention in Germany. Hence the German legal debate as of October 2016 was analyzed and on some selected legal aspects a comprehensive study concerning the national legal systems of France, Italy, Poland, Sweden and the United Kingdom was conducted.

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis .....	16
0 Zusammenfassung/Summary .....	22
0.1 Ansatzpunkte und Fragestellungen der Untersuchung .....	22
0.2 Zugang zu Gericht .....	23
0.3 Gerichtliche Kontrolle .....	26
0.4 Kosten des Verfahrens .....	30
0.5 Summary .....	31
0.5.1 Starting points and questions of the study .....	31
0.5.2 Access to the courts .....	32
0.5.3 Judicial review .....	35
0.5.4 Legal costs .....	39
1 Einleitung .....	40
1.1 Rechtsentwicklung zum Zugang zu Gericht .....	40
1.2 Aufbau der Untersuchung und zu untersuchende Fragestellungen .....	43
1.2.1 Zugang zu Gericht .....	44
1.2.2 Gerichtliche Kontrolle .....	45
1.2.3 Kosten des Verfahrens .....	46
1.3 Methodik der rechtsvergleichenden Untersuchung .....	47
2 Zugang zu Gericht .....	48
2.1 Geltung des Art. 9 Abs. 3 AK auch für Umweltverbände .....	48
2.1.1 Geltung für anerkannte Umweltverbände .....	48
2.1.2 Geltung auch für nicht anerkannte Umweltverbände? .....	49
2.2 Abgrenzung nach dem Anwendungsbereich der Vorschriften .....	51
2.3 Beschränkung auf Normen des Umweltrechts? .....	52
2.3.1 Literaturauffassungen .....	53
2.3.2 Rechtsprechung .....	53
2.3.3 Spruchpraxis des ACCC und Beschluss der 5. Vertragsstaatenkonferenz .....	54
2.3.4 Rügefähigkeit nicht umweltschützender Normen nach Art. 9 Abs. 2 AK .....	54
2.3.5 Keine Rügefähigkeit nicht umweltschützender Normen nach Art. 9 Abs. 3 AK .....	55
2.4 Art. 9 Abs. 3 AK – Beschränkung auf drittschützende Vorschriften? .....	56
2.4.1 Ein hochgradig heterogenes Meinungsbild .....	57
2.4.1.1 Traditionelles Verständnis .....	57
2.4.1.2 Literaturmeinungen .....	57
2.4.1.3 Ausgangspunkt: EuGH Braunbär-Entscheidung .....	58

2.4.1.4	7. Senat BVerwG zu Normen der Luftreinhaltung	59
2.4.1.5	4. Senat BVerwG zu Normen des Lärmschutzes	59
2.4.1.6	VG Osnabrück zum FFH-Recht	59
2.4.1.7	OVG Schleswig zu Individualklagen im Naturschutzrecht	60
2.4.2	Spruchpraxis des ACCC und Beschluss der 5. Vertragsparteienkonferenz .....	61
2.4.3	Erweiterung der Rügemöglichkeiten auf nicht-drittschützende Vorschriften allein für Umweltverbände? .....	63
2.4.4	Generelle Erweiterung des Rechtsschutzes .....	65
2.4.5	Gleichklang von Klagebefugnis und Begründetheit .....	68
2.4.6	Zwischenergebnis .....	69
2.5	Effektive Kontrolle von Verfahrensfehlern .....	69
2.5.1	Die Diskussion um eine erweiterte Rügefähigkeit von Verfahrensfehlern im Unionsrecht .....	70
2.5.1.1	Die Stärkung des Verfahrensrechts durch den Unionsgesetzgeber	70
2.5.1.2	Die „Wells“-Rechtsprechung des EuGH	70
2.5.1.3	Verfahrensrechtsschutz nach der Öffentlichkeitsbeteiligungs-Richtlinie und seine Umsetzung im UmwRG	71
2.5.1.4	Die „Altrip“-Entscheidung	71
2.5.1.5	Umsetzung im reformierten UmwRG	73
2.5.2	Offene Fragen .....	74
2.5.2.1	Anknüpfung an materielle subjektive Rechte bei Individualklagen oder isolierte Anfechtbarkeit von Verfahrensfehlern?	74
2.5.2.2	Die Rüge von Verfahrensfehlern nach Art. 9 Abs. 3 AK	82
2.6	Rechtsschutz in vorgelagerten Planungsphasen als Forderung der AK? .....	83
2.6.1	Hintergrund: Der polnische Streitfall .....	83
2.6.2	Abgrenzung von Art. 9 Abs. 2 und Art. 9 Abs. 3 AK .....	83
2.6.3	Rechtsschutz auf vorgelagerten Planungsebenen nach geltendem deutschem Recht .....	84
2.6.4	Die Forderung vorgelagerten Rechtsschutzes .....	85
2.6.5	Der Entscheidungsspielraum der Vertragsparteien .....	85
2.6.5.1	Rechtsprechung der OVG Lüneburg und Bautzen	85
2.6.5.2	Entscheidungspraxis des ACCC	87
2.7	Der Zugang zu Gericht im Rechtsvergleich .....	90
2.7.1	Frankreich .....	90
2.7.2	Großbritannien .....	91
2.7.3	Italien .....	93
2.7.4	Schweden .....	93

2.8	Exkurs: Die Bedeutung der Organisationsform für die Anerkennung von Umweltverbänden im Rechtsvergleich.....	95
2.8.1	Fragestellung.....	95
2.8.2	Rechtsvergleich .....	96
2.8.2.1	Frankreich	96
2.8.2.2	Großbritannien	97
2.8.2.3	Italien	98
2.8.2.4	Schweden	99
2.8.2.5	Polen	100
2.8.3	Zwischenergebnis.....	101
2.9	Zusammenfassung der Ergebnisse zum Zugang zu Gericht.....	102
3	Umweltrechtsbehelfe von Individualklägern und Gemeinden.....	103
3.1	Individualkläger.....	104
3.1.1	Die Dominanz der Verbandsklage .....	104
3.1.2	Individualkläger als Teil der klageberechtigten „Öffentlichkeit“ .....	104
3.1.3	Der Streit um die Klagerechte Einzelner .....	104
3.1.4	Widersprüchliche Lesarten von Konvention und Unionsrecht .....	105
3.1.5	Rolle und Bedeutung von ACCC und EuGH .....	105
3.1.6	Weitere Veränderung des deutschen Rechtsschutzmodells .....	106
3.1.6.1	Normen eines erweiterten Gesundheitsschutzes	107
3.1.6.2	Naturschutzrecht	107
3.1.7	Klagerechte von Individualklägern in rechtsvergleichender Sicht .....	109
3.1.8	Abschied vom Modell der Verletztenklage auch jenseits des Umweltrechts? .....	109
3.2	Kommunen .....	110
3.2.1	Kommunale Rügebefugnisse nach geltendem Recht.....	110
3.2.2	Stärkung der kommunalen Rügebefugnisse unter völker- und europarechtlichem Einfluss? .....	112
3.2.2.1	Literaturauffassungen	112
3.2.2.2	Entscheidungen des ACCC	113
3.2.3	Stellung der Kommunen im Primärrecht der Union .....	114
3.2.3.1	Kommunale Klagerechte in der Rechtsprechung des EuGH	114
3.2.3.2	Bedeutung von Art. 4 EUV	114
3.2.4	Rechtsvergleichende Betrachtung .....	115
3.2.5	Rüge von Verfahrensfehlern durch Kommunen nach dem UmwRG .....	116
3.2.6	Klagerechte von Kommunen nach dem UIG .....	117
3.2.7	Die Kommunen als Teil der „(betroffenen) Öffentlichkeit“ .....	119

4	Gerichtliche Kontrolle .....	120
4.1	Ansatz und Aufbau der Untersuchung.....	120
4.2	Prüfungsumfang bei der gerichtlichen Kontrolle.....	122
4.2.1	Die materielle Präklusion von Einwendungen nach § 2 Abs. 3 UmwRG.....	123
4.2.2	Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 15.10.2015 (Rs. C-137/14) .....	125
4.2.3	Änderungen im Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz.....	127
4.2.3.1	Regelungen zur Präklusion von Einwendungen und zur Verfahrensbeteiligung	127
4.2.3.2	Ausschluss missbräuchlichen Vorbringens gemäß § 5 Entwurf-UmwRG n.F.	131
4.2.4	Rechtsvergleich zum Prüfungsumfang in anderen EU-Staaten .....	135
4.2.4.1	Die den Länderberichten und der Auswertung zugrunde liegenden Fragestellungen	135
4.2.4.2	Frankreich	135
4.2.4.3	Großbritannien	138
4.2.4.4	Italien	140
4.2.4.5	Polen	142
4.2.4.6	Schweden	143
4.2.4.7	Diskussion der Ergebnisse und Prüfungsumfang im deutschen Recht	145
4.2.5	Zwischenergebnis.....	147
4.3	Ansätze und Begrenzungen der richterlichen Prüftiefe in Deutschland .....	148
4.3.1	Verfassungsrechtliche Vorgaben für die gerichtliche Kontrolle der Rechtsanwendung .....	149
4.3.1.1	Grundsatz der vollständigen gerichtlichen Kontrolle	149
4.3.1.2	Vorgaben für die Anerkennung behördlicher Entscheidungsspielräume	152
4.3.1.3	Reichweite der Begrenzung der richterlichen Prüftiefe	156
4.3.2	Begrenzungen der richterlichen Prüftiefe im Umweltrecht .....	159
4.3.2.1	Ansatzpunkte zur Begrenzungen der Prüftiefe	159
4.3.2.2	Der Beurteilungsspielraum bei der UVP-Vorprüfung nach § 3c Satz 1 UVPG	169
4.3.2.3	Die Beurteilungsspielräume oder Einschätzungsprärogativen im Naturschutzrecht	172
4.3.2.4	Die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe durch Standardsetzung insbesondere im Immissionschutzrecht	180
4.3.3	Zwischenergebnis.....	186
4.4	Rechtsvergleich zur richterlichen Prüftiefe in anderen EU-Staaten .....	188
4.4.1	Fragestellung .....	188
4.4.2	Frankreich.....	188
4.4.3	Großbritannien.....	192

4.4.4	Italien.....	195
4.4.5	Schweden .....	197
4.4.6	Zwischenergebnis.....	198
4.5	Diskussion der Ergebnisse.....	199
5	Kosten des Rechtsschutzes .....	204
5.1	Ansatz und Aufbau der Untersuchung.....	204
5.2	Anforderungen an „nicht übermäßig teure“ Rechtsschutzverfahren .....	205
5.3	Rechtsvergleich .....	207
5.3.1	Großbritannien.....	207
5.3.2	Frankreich.....	210
5.3.3	Italien.....	211
5.3.4	Schweden .....	211
5.3.5	Zwischenergebnis.....	212
5.4	Einschätzung der in Deutschland geltenden Kostenregelungen .....	213
5.4.1	Streitwerte als Grundlage der Gerichts- und Anwaltskosten .....	213
5.4.2	Erstattung der Kosten von (privaten) Gutachtern .....	215
5.4.3	Prozesskostenhilfe .....	216
5.5	Ergebnis .....	217
6	Quellenverzeichnis.....	219
6.1	Literaturverzeichnis .....	219
6.2	Rechtsprechungsverzeichnis.....	227
6.2.1	Ausländische Rechtsprechung .....	232
6.2.2	Spruchpraxis Aarhus Convention Compliance Committee .....	232
6.2.3	Internetverzeichnis .....	232
	Anhänge.....	235
1	Questionnaire .....	235
1.1	Access to Justice .....	235
1.2	The recognition of e-NGOs .....	238
1.3	Preclusion of objections.....	238
1.4	Intensity of the Judicial Review (gerichtliche Kontrolldichte) .....	240
1.5	Legal Costs .....	242
2	Questionnaire Polen .....	243
2.1	Einführung und Untersuchungsansatz.....	243
2.2	Erläuterungen und konkrete Fragestellungen .....	244
3	Länderbericht Frankreich.....	246

3.1	Access to Justice .....	246
3.1.1	Answer Questionnaire I. 1.....	246
3.1.2	Answer Questionnaire I. 2.....	247
3.1.3	Answer Questionnaire I. 3.....	247
3.1.4	Answer Questionnaire I sub-questions .....	247
3.2	The recognition of e-NGOs .....	259
3.3	Preclusion of objections.....	262
3.3.1	Requirements to participate to planning and licensing procedure .....	262
3.3.2	Do they only have the right to participate in mandatory EIA or in other procedures as well? .....	265
3.3.3	Information of NGOs about projects.....	265
3.3.4	Time limit for comments or objections.....	265
3.3.5	[Is there a discourse on the participation procedure and the possibilities to make objections for NGOs with particular regard to conformity with EU law and AC in France?] .....	265
3.4	Intensity of the Judicial Review (gerichtliche Kontrolldichte) .....	267
3.4.1	Intensity of the Judicial Review.....	267
3.4.2	Limitation of the intensity of the Judicial Review .....	267
3.5	Legal Costs .....	269
3.5.1	General overview .....	269
3.6	Conclusion.....	271
4	Länderbericht Großbritannien.....	272
4.1	Summary.....	272
4.2	Access to Justice .....	274
4.2.1	Standing in England and Wales .....	274
4.2.1.1	The scope of the “public concerned” .....	277
4.2.1.2	Interested parties and interveners .....	278
4.2.2	Standing in Scotland.....	279
4.2.3	Standing Northern Ireland .....	280
4.3	The recognition of e-NGOs .....	285
4.4	Preclusion of objections.....	286
4.5	Intensity of the Judicial Review (gerichtliche Kontrolldichte) .....	290
4.5.1	The scope of the review in the UK .....	290
4.5.2	Conclusion.....	296
4.6	Legal Costs .....	297
4.6.1	Costs in England and Wales.....	297

4.6.1.1	What do “legal costs” cover?	297
4.6.1.2	Costs – the general rule	297
4.6.1.3	Appeal costs	298
4.6.1.4	Injunctive relief and cross-undertakings in damages	299
4.6.1.5	Exclusion of statutory appeals	300
4.6.1.6	Protected Costs Orders (PCOs)	300
4.6.1.7	Criminal Justice and Courts Act 2015	302
4.6.1.8	Public funding	305
4.6.2	Costs in Scotland .....	305
4.6.3	Costs in Northern Ireland .....	308
4.6.4	The failure to incorporate access to justice provisions into UK law .....	309
4.6.5	Conclusion .....	309
4.6.6	Expert fees.....	310
4.6.7	Interveners and costs .....	310
5	Länderbericht Italien.....	311
5.1	Access to Justice .....	311
5.1.1	Introductory remarks .....	312
5.1.2	Art. 9.2 Access to review procedure before an administrative court.....	312
5.1.3	Art. 9.3 Access to judicial procedure – other than administrative court – and access to administrative procedure .....	312
5.1.4	Legal standing of the MoE.....	314
5.1.5	Legal standing of the e-NGOs.....	314
5.1.6	Scale and scope of legal remedies for e-NGOs and for individuals.....	315
5.1.6.1	Legal remedies: the review procedure	315
5.1.6.2	Interim measures in the review procedure	315
5.1.7	Prerequisites of the right of action .....	316
5.1.7.1	Ex lege standing	316
5.1.7.2	In concreto standing	317
5.1.8	Implementation of Art. 9.2 and Art. 9.3 AC .....	318
5.1.8.1	Administrative Court	319
5.1.8.2	Civil or criminal court	319
5.1.9	ECJ judgments in C-401-403/12 P and C-404-405/12 P .....	320
5.1.9.1	Case C-240/09	320
5.1.9.2	Cases C-401-403/12 P and C-404-405/12 P	320
5.1.10	Individual and collective rights.....	320
5.1.11	Standing criteria for individuals and e-NGOs.....	321

5.2	The recognition of e-NGOs .....	322
5.2.1	Recognition of e-NGOs or citizens' initiatives.....	322
5.2.2	Requirements of the e-NGOs.....	323
5.2.2.1	Prerequisites of the right of action .....	323
5.3	Preclusion of objections.....	325
5.3.1	General law on Administrative Procedure (L.241/1990) .....	325
5.3.2	Environmental Code.....	325
5.3.3	Projects of Common Interest" (PCI).....	326
5.3.4	Participation in case of mandatory EIA.....	327
5.3.5	Participation in all other cases .....	328
5.3.6	Duty to inform in the General Law on Administrative Procedure (1990).....	328
5.3.7	Duty to inform in the Environmental Code (2006) .....	330
5.3.8	Duty to inform in the Projects of Common Interest (2015).....	330
5.3.9	Time limits in the General Law on Administrative Procedure (1990).....	330
5.3.10	Time limits in the Environmental Code (2006) .....	330
5.3.11	Time limits in the Projects of Common Interest (2015).....	331
5.3.12	Literature on the implementation of the AC and the EU-law with regard to the participation of the e-NGOs.....	331
5.4	Intensity of the Judicial Review (gerichtliche Kontrolldichte) .....	333
5.4.1	Judicial review .....	333
5.4.2	Administrative Court .....	333
5.4.3	Civil or Criminal Court .....	334
5.4.4	Discourse on the limitations of the intensity of the judicial review .....	334
5.5	Legal Costs .....	335
5.5.1	Overview on the distribution of costs.....	335
6	Länderbericht Polen.....	336
6.1	Access to Justice .....	336
6.2	Summary.....	343
7	Länderbericht Schweden .....	344
7.1	Summary.....	344
7.2	Introduction .....	346
7.2.1	General outline over Swedish environmental law and procedure .....	346
7.2.2	Environmental legislation.....	346
7.2.3	System for decision-making and administrative appeal .....	346
7.2.4	The role of the courts.....	347

7.2.5	General on standing for the public concerned .....	348
7.2.6	Standing for individuals.....	348
7.2.6.1	General on standing for individuals in environmental decision-making	348
7.2.6.2	Standing for individuals in the Environmental Code	349
7.2.6.3	Standing for individuals in the Planning and Building Act	351
7.2.6.4	Standing for individuals to challenge governmental decisions	352
7.2.7	Case law in individual's standing on environmental decision-making.....	353
7.2.7.1	Supreme Administrative Court (HFD)	353
7.2.7.2	Supreme Court	353
7.2.7.3	Land and Environmental Court of Appeal	354
7.2.8	Standing for groups and ENGOs.....	356
7.2.8.1	General about ENGO standing in Sweden	356
7.2.8.2	ENGO standing according to the Environmental Code	356
7.2.8.3	ENGO standing the Planning and Building Act	358
7.2.8.4	ENGO standing to apply for judicial review of Governmental decisions	358
7.2.8.5	ENGO standing in sectorial legislation	359
7.2.9	Case law on ENGO standing in environmental decision-making .....	360
7.2.9.1	Supreme Administrative Court	360
7.2.9.2	Supreme Court	361
7.2.9.3	Land and Environmental Court of Appeal	362
7.3	The UBA Questionnaire .....	363
7.3.1	Access to Justice.....	363
7.3.2	The recognition of e-NGOs.....	367
7.3.3	Preclusion of objections.....	367
7.3.4	Intensity of the Judicial Review (gerichtliche Kontrolldichte).....	369
7.3.5	Legal Costs.....	369
8	Symposium am 9. März 2016 .....	371
8.1	Tagesordnung .....	371
8.2	Protokoll.....	372
Panel 1: The implementation of Art. 9.2 and 9.3 of the Aarhus Convention .....		372
8.2.1	France: Does Art. 9.3 AC provide for a special status for e-NGOs leading to the requirement of an objective power of review? – the French approach. ....	373
8.2.1.1	What is the general objective of the AC for e-NGO standing ?	373
8.2.1.2	Are conditions for standing different for art 9.2 and art. 9.3 ?	373
8.2.1.3	As a consequence of standing why do e-NGOs have an objective power of review?	374

8.2.1.4	Is a special status needed for standing of e-NGOs under the AC?	374
8.2.1.5	What are the French conditions for standing leading to the requirement of an objective power of review?	374
8.2.2	Great-Britain: The admissibility of different national requirements for access to justice under the AC - Standing under Section 31 (3) SCA 1981 and Section 288 TCPA 1990.....	374
8.2.2.1	Standing in England and Wales: Judicial Review	374
8.2.2.2	Standing in England and Wales: Statutory Appeal	375
8.2.2.3	Standing in Judicial Review in England and Wales	375
8.2.2.4	Standing and the meaning of the “Public Concerned”	376
8.2.2.5	Standing in Judicial Review: Northern Ireland and Scotland	376
8.2.2.6	Statutory Appeal – Section 288 TCPA 1990	376
8.2.2.7	An “Aggrieved person”	377
8.2.2.8	What the Aarhus Convention requires – Articles 9.2 and 9.3	377
8.2.2.9	The UK tests and Articles 9(2) and (3) Aarhus Convention	378
8.2.3	Italy: The importance of criminal proceedings and claims for damages in the judicial enforcement of environmental law and their relation to administrative proceedings in Italy.....	378
8.2.3.1	Background information	378
8.2.3.2	Current legislation	378
8.2.3.3	Actors in charge of the enforcement	378
8.2.3.4	Role of the courts: administrative and criminal	379
8.2.3.5	The environmental permit	379
8.2.3.6	Damages	379
8.2.3.7	Judicial review of the criminal courts on the administrative act	379
8.2.3.8	Judicial review of the administrative courts	379
8.2.4	Poland: The Polish debate and the currently pending case ACCC/2015/119 on legal protection in administrative proceedings preceding the licensing procedure .....	380
8.2.4.1	Art. 9.3 AC and strategic documents	380
8.2.4.2	Access to justice in Poland	380
8.2.4.3	ACCC/C/2014/119	380
8.2.4.4	Literature	380
8.2.4.5	Further developments?	380
8.2.5	Sweden: Access to justice derived from collective public interests protection goals (coastal protection, conservation and species protection law) – recent developments in Swedish law. ....	380
8.2.5.1	RÅ 1993 ref 97, RÅ 2005 ref 44, MÖD 2003:19 and MÖD 2004:31, MÖD 2011:46	380

8.2.5.2	C-115/09 Trianel, C-240/09 Slovak BB => HFD (2687-12), HFD 2014:8, NJA 2012 s 921, MÖD 2012:47 and MÖD 2012:48, MÖD 2015:17	381
8.2.5.3	HFD about the Problem of legal protection	381
Panel 2: The intensity of review and abusive conduct in legal proceedings / legal costs.....		381
8.2.6	The intensity of review in the judicial practice of France, Great-Britain, Italy and Sweden presented by case studies on nature conservation law .....	381
8.2.6.1	Intensity of review in France	383
8.2.6.2	Intensity of review in Great-Britain	384
8.2.6.3	Intensity of review in Italy	385
8.2.6.4	Intensity of review in Sweden	387
8.2.7	Examples for abuse rights of action .....	388
8.2.7.1	Abusive conduct in France	388
8.2.7.2	Abusive conduct in Great-Britain	388
8.2.7.3	Abusive conduct in Italy	389
8.2.7.4	Abusive conduct in Sweden	389

## Abkürzungsverzeichnis

§	Paragraph
A 100	Autobahn 100
a.A.	andere Auffassung
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.F.	alte Fassung
ABl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AC	Aarhus Convention
ACCC	Aarhus Convention Compliance Committee
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AK	Aarhus-Konvention
Allg.	Allgemein
Anm.	Anmerkung
Aarhus-Konvention	Übereinkommen über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten vom 25. Juni 1998 (BGBl. 2006 II S. 1252)
Art.	Artikel
AtG	Atomgesetz - Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und der Schutz gegen ihre Gefahren
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
Bad.-Württ.	Baden Württemberg
BauGB	Baugesetzbuch
BauNVO	Baunutzungsverordnung
BauR	Baurecht - Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht
BBodSchG	Bundes-Bodenschutzgesetz
Bd.	Band
BeckOK	Beck'scher Online-Kommenatar
BeckRS	Beck Rechtsprechung
Begr.	Begründung

BER	Flughafen Berlin Brandenburg
Beschl. v.	Beschluss vom
BIMSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz
BImSchV	Bundesimmissionsschutzverordnung
BNatSchG	Bundesnaturschutzgesetz
BNatSchG 2002	Bundesnaturschutzgesetz in der Fassung vom 25. März 2002 (BGBl. I S. 1193)
bspw.	beispielsweise
BT	Bundestag
BT-Drs.	Deutscher Bundestag/Drucksache
Buchst.	Buchstabe
BUND	Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Bundesverwaltungsgericht-Entscheidungen
BVT	Beste Verfügbare Technik
bzw.	beziehungsweise
com.	commentaire
DB	Deutsche Bahn
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
DIN	Deutsches Institut für Normung
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
Drs.	Drucksache
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
ECJ	European Court of Justice
ed.	editor
EG	Europäische Gemeinschaft
Entwurf-UmwRG n.F.	Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Anpassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer Vorschriften an europa- und völkerrechtliche Vorgaben, BT-Drs. 18/9526.
EU	Europäische Union

EuGH	Europäischer Gerichtshof
EU-Kommission	Europäische Kommission
EU-Recht	Europarecht
EurUP	Zeitschrift für Europäisches Umwelt- und Planungsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f.	folgende
ff.	folgende
FFH	Flora-Fauna-Habitat
Fn.	Fußnote
FStrG	Bundesfernstraßengesetz
GA	Generalanwalt/Generalanwältin
gem.	gemäß
GenTG	Gentechnikgesetz
GewArch	Gewerbearchiv - Zeitschrift für Wirtschaftsverwaltungsrecht
GewO	Gewerbe-Ordnung
GG	Grundgesetz
ggfs.	gegebenenfalls
GKG	Gerichtskostengesetz
h.M.	herrschende Meinung
Halbs.	Halbsatz
Hrsg.	Herausgeber
InvZulG 1999	Investitionszulagengesetz i.d.F. v. 1999
i.E.	im Ergebnis
i.S.d.	im Sinne des/der
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
IDUR	Informationsdienst Umweltrecht e.V.
iVm	in Verbindung mit
IVU-Richtlinie	Integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung – Richtlinie

JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KrWG	Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz
LBH	London Borough of Hillingdon
lit.	Litera
Ls.	Leitsätze
Ltd	Limited
m.E.	meines Erachtens
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MB	Miljöbalken, Schwedisches Umweltgesetzbuch
MÖD	Schwedisch für „Kammer“ eines Gerichts
n°	Numero
NABEG	Netzausbaubeschleunigungsgesetz
Nds.	Niedersächsisch
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
NuR	Natur und Recht
NVwZ	Neue Verwaltungsrecht-Zeitung
o.	oben
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Überverwaltungsgericht Entscheidungen
para.	paragraph
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
ROG	Raumordnungsgesetz
RROP	regionale Raumordnungsprogramme
RR	Rechtsprechungs-Report
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung

S.	Seite
SächsLPlG	Sächsisches Landesplanungsgesetz
SCA	Supreme Court Act 1981
SDA	Spatial Development Act
SEA	Strategic environmental assessment
Slg.	Sammlung
sog.	sogenannt
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
SUP	Strategische Umweltprüfung
TA Abfall	Technische Anleitung Abfall
TA Lärm	Technische Anleitung Lärm
TA Luft	Technische Anleitung Luft
TCPA	Town and Country Planning Act 1990
u.	und
u.a.	unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
UIG	Umweltinformationsgesetz
UIRL	Umweltinformations-RL
UK	United Kingdom
UKSC	United Kingdom Supreme Court
UmwRG	Umweltrechtsbehelfsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. April 2013 (BGBl. I S. 753), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 20. November 2015 (BGBl. I S. 2069) geändert worden ist"
UNECE	United Nations Economic Commission for Europe
UPR	Umwelt- und Planungsrecht
Urt.	Urteil
UVP	Umweltverträglichkeitsprüfung
UVPG	Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz
v.	vom
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg – Zeitschrift für öffentliches Recht und öffentliche Verwaltung

VDI	Verein Deutscher Ingenieure
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
vs.	versus
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WHG	Wasserhaushaltsgesetz
WRRL	Wasserrahmenrichtlinie
z.B.	zum Beispiel
ZNER	Zeitschrift für neues Energierecht
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht

## 0 Zusammenfassung/Summary

### 0.1 Ansatzpunkte und Fragestellungen der Untersuchung

Der Bericht dokumentiert die Ergebnisse des vom Oktober 2014 bis November 2016 durchgeführten Forschungsprojektes „Die Umweltverbandsklage in der rechtspolitischen Debatte – Eine wissenschaftliche Auseinandersetzung mit Argumenten und Positionen zur Umweltverbandsklage, zugleich ein rechtsvergleichender Beitrag zur weiteren Diskussion des Verbandsrechtsschutzes im Umweltbereich“. Die während des Bearbeitungszeitraums eingeleitete Novellierung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes (UmwRG) war bei Beendigung des Projekts noch nicht abgeschlossen. Der Bericht nimmt daher auf den „Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer Vorschriften an europa- und völkerrechtliche Vorgaben“ vom 5.9.2016 (BT-Drs. 18/9526) Bezug. Auch Literatur und Rechtsprechung werden nur bis September 2016 berücksichtigt.<sup>1</sup>

Nach der dem Vorhaben zugrunde liegenden Leistungsbeschreibung bestand die Aufgabe der wissenschaftlichen Untersuchung darin, konkrete Forschungsfragen zum Rechtsschutz in Umweltangelegenheiten in Deutschland zu beantworten. Dessen Umfang und Anwendungsbereich wird durch völker- und unionsrechtliche Vorgaben geprägt: Deutschland hat sich durch Ratifikation der sog. Aarhus-Konvention (AK) zur Umsetzung der dort gewährten Rechtsschutz- und Partizipationsgarantien verpflichtet. Zugleich sind die Vorgaben von Art. 9 Abs. 2 AK durch Art. 11 UVP-Richtlinie (2011/92/EU) und Art. 25 Industrieemissions-Richtlinie (2010/75/EU) umgesetzt worden.

Die Umsetzung dieser völker- und unionsrechtlichen Verpflichtungen in das nationale Recht hat partiell zu Schwierigkeiten geführt: Zum einen sind Inhalt und Umfang der bestehenden Verpflichtungen teilweise umstritten. Zum anderen muss die Zielstellung, den Vollzug des Umweltrechts durch Klagerechte zu verbessern, mit dem bestehenden deutschen System des Verwaltungsrechtsschutzes in Einklang gebracht werden.

Ziel der Untersuchung ist es daher, durch die Beantwortung konkreter Forschungsfragen – insbesondere zur Umweltverbandsklage – offene Punkte zu klären und den Stand der Forschung zu ergänzen, um die teilweise schwierige Integration der Vorgaben der Aarhus-Konvention zur Ausgestaltung des Rechtsschutzes in Umweltangelegenheiten in das nationale Verwaltungsprozessrecht zu unterstützen. Dafür sind zu ausgewählten Aspekten auch rechtsvergleichende Untersuchungen zu den in Großbritannien, Frankreich, Italien, Schweden und Polen geltenden Regelungen durchgeführt worden.

Die rechtswissenschaftlichen Fragestellungen, die für den Umsetzungsprozess der Aarhus-Konvention in Deutschland zu untersuchen waren, sind thematisch untergliedert worden in:

- Zugang zu Gericht von Umweltverbänden sowie Individualklägern und Gemeinden;
- Prüfungsumfang und Prüftiefe bei der gerichtlichen Kontrolle;
- Kosten des Verfahrens.

Auf den „Zugang zu Gericht“ beziehen sich sechs Fragen, auf die in den Abschnitten 2 und 3 des Abschlussberichtes eingegangen wurde:

- *Wie genau sind nach dem aktuellen, auch internationalen, Fachdiskurs (Schrifttum/Rechtsprechung) die Rechtsschutzvorgaben von Art. 9 Abs. 2 AK einerseits und Art. 9 Abs. 3 AK andererseits im Hinblick auf Umfang/Reichweite und Voraussetzungen der jeweils vermittelten Klagerechte für Umweltverbände voneinander abzugrenzen?*

---

<sup>1</sup> Auf das Urteil des EuGH vom 8.11.2016 (Rs. C-243/15) zum Rechtsschutz von Umweltvereinigungen bei Anwendung der FFH-Richtlinie (92/43/EG), das neue Aspekte für den Zugang zu Gerichten enthält, wird daher nicht eingegangen.

- *Wie erfolgte bislang die Umsetzung von Art. 9 Abs. 3 AK in anderen Mitgliedstaaten der EU (Frankreich, Italien, Schweden und Großbritannien)?*
- *Welche Vorgaben und Erkenntnisse für die Ausgestaltung eines Rechtsschutzes im Einklang mit Art. 9 Abs. 3 AK folgen aus den Ergebnissen der ersten Frage für den deutschen Gesetzgeber?*
- *Welche Rolle spielt die Organisationsform von Verbänden für den Zugang zu Gericht in anderen EU-Mitgliedsstaaten?*
- *Ist es im Lichte der Vorgaben der Aarhus-Konvention geboten, die Rügebefugnisse des Einzelnen als Individualkläger denen bei den Verbandsklagen im Umweltrecht anzugleichen?*
- *Ist es im Lichte der Vorgaben der Aarhus-Konvention bzw. nach dem Grundgesetz geboten, die Rügebefugnisse von klagenden Gemeinden denen bei Verbandsklagen anzugleichen?*

Die „gerichtliche Kontrolle“ ist hinsichtlich des Prüfungsumfangs und der Prüftiefe in Abschnitt 4 des Abschlussberichts anhand der folgenden drei Fragen analysiert worden:

- *Existieren in anderen EU-Mitgliedsstaaten (Italien, Großbritannien, Polen, Schweden und Frankreich) ebenfalls Anforderungen für Rechtsbehelfe von Umweltverbänden, die vergleichbar sind mit der materiellen Präklusion nach § 2 Abs. 3 UmwRG (Umweltrechtsbehelfsgesetz), und wie werden solche Regelungen im Fachdiskurs (Schrifttum/Rechtsprechung) des jeweiligen Mitgliedstaates im Hinblick auf ihre Konformität mit den Anforderungen des Unionsrechts und der Aarhus-Konvention bewertet?*
- *Welche Begrenzungen in der richterlichen Prüftiefe/Kontrolldichte bestehen im nationalen Recht und sind sie sachlich begründet?*
- *Welche Begrenzungen in der richterlichen Prüftiefe bestehen verglichen mit dem deutschen Recht in Italien, Großbritannien, Schweden und Frankreich und sind diese ihrerseits jeweils konform mit dem Unionsrecht (insb. Effektivitätsgebot)?*

Die „Kosten des Verfahrens“ wurden schließlich in Abschnitt 5 zur Beantwortung der nachstehenden Frage in den Blick genommen:

- *Sind die Vorgaben aus Art. 9 Abs. 4 AK in Deutschland konventionskonform umgesetzt, insbesondere im Hinblick auf die Gewährung von Prozesskostenhilfe und die Übernahme von Gutachterkosten?*

## **0.2 Zugang zu Gericht**

Die in den Abschnitten 2 und 3 zu untersuchenden Forschungsfragen zum „Zugang zu Gericht“ betreffen den Umfang und die Abgrenzung der in Art. 9 Abs. 2 und Abs. 3 AK enthaltenen Rechtsschutzvorgaben und die daraus resultierenden Umsetzungsvorgaben für das nationale Recht hinsichtlich der Klagerechte von Umweltverbänden, Individuen und Gemeinden.

Dabei war insbesondere eine Klärung der in Art. 9 Abs. 3 AK enthaltenen Rechtsschutzgarantien vorzunehmen. Denn während zur Bedeutung von Art. 9 Abs. 2 AK für die Klagen von Umweltverbänden insbesondere durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) und die Spruchpraxis des Aarhus Convention Compliance Committee (ACCC) sowie durch die an diese Rechtsprechung anschließende Bundesgesetzgebung bereits wesentliche Klärungen erreicht werden konnten, ist der genaue Inhalt der offener formulierten Rechtsschutzvorgaben des Art. 9 Abs. 3 AK hinsichtlich der Klagerechte auch der Umweltverbände zum Teil ungeklärt. Deswegen ist hierzu auch ein Rechtsvergleich durchgeführt worden.

Rechtsvergleichend betrachtet wurden ferner die Voraussetzungen für die staatliche Anerkennung von Umweltverbänden in den EU-Mitgliedstaaten Frankreich, Italien, Schweden, Großbritannien und Polen und die Frage nach der Relevanz der Anerkennung für den Zugang zu Gericht.

Untersucht wurden schließlich die Klagerechte von Individualklägern und Gemeinden und die eventuelle Notwendigkeit ihrer Angleichung an die Rügebefugnisse der Umweltverbände.

Gegenstand der Untersuchung war damit zunächst die Frage nach der Bedeutung der Vorgaben der Aarhus-Konvention für den **Zugang von Umweltverbänden zu Gericht** (siehe Abschnitt 2). Dabei zeigte sich, dass trotz erheblicher zwischenzeitlicher Klärungen durch den Gesetzgeber, die Rechtswissenschaft, die Rechtsprechung und durch das ACCC auch weiterhin rechtliche Unsicherheiten bestehen.

Geklärt erscheint allerdings nach den hier vorgelegten Untersuchungsergebnissen die Frage nach der Rügefähigkeit auch nicht unmittelbar umweltschützender Normen (2.3). Im Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 2 AK ist eine solche Rügefähigkeit nach der zutreffenden Spruchpraxis des ACCC entgegen der dazu in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und von der herrschenden Meinung in der deutschen Rechtswissenschaft vertretenen Auffassung zu bejahen (2.3.4). Der aktuelle Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung des UmwRG<sup>2</sup> sieht deshalb zu Recht vor, auf die derzeit noch in § 2 Abs. 1 Nr. 1 UmwRG enthaltene Begrenzung der Rechtsbehelfe von Vereinigungen auf die Rüge der Verletzung von „Rechtsvorschriften, die dem Umweltschutz dienen“ zu verzichten.

Dagegen kann die entsprechende Beschränkung für Rechtsbehelfe außerhalb des Anwendungsbereichs des Art. 9 Abs. 2 AK erhalten bleiben. Diese schon im Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 AK und in der Systematik der Konvention angelegte Differenzierung erweist sich auch nach einer Analyse der einschlägigen Entscheidungspraxis des ACCC als tragfähig und entspricht der Teleologie der Vorschrift (2.3.5).

Erhebliche Unsicherheiten bestehen jedoch weiterhin hinsichtlich der unter anderem in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts entwickelten Beschränkung der Rügebefugnisse der Umweltverbände auf die Geltendmachung drittschützender Bestimmungen im Anwendungsbereich des Art. 9 Abs. 3 AK. Nach den hier vorgelegten Untersuchungsergebnissen erscheint die Vereinbarkeit dieser Beschränkung insbesondere mit der Auslegung, die das ACCC der Konvention in der Vergangenheit gegeben hat, nicht notwendig vereinbar (2.4). Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass auch die Bestimmung des Kreises der drittschützenden Normen als solche der Einflussnahme durch völker- und europarechtliche Maßgaben unterworfen ist. In dem Maße, in dem hierdurch eine generelle – nicht allein auf Umweltverbandsklagen bezogene – Erweiterung erfolgt, kann sich die Beschränkung als solche gegenüber den final orientierten Anforderungen der Konvention möglicherweise behaupten.

Auch wenn andere Rechtsordnungen insoweit anderen Modellen folgen, erscheint der in § 42 Abs. 2 und § 113 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) normierte Gleichklang der Anforderungen an Klagebefugnis und Klagebegründung mit völker- und europarechtlichen Vorgaben grundsätzlich vereinbar (2.4.5).

Die Rügefähigkeit von Verfahrensfehlern hat schon in der Vergangenheit erhebliche völker- und unionsrechtliche Modifikationen und Erweiterungen erfahren. Der deutsche Gesetzgeber hat die entsprechenden Vorgaben insbesondere der „Altrip“-Entscheidung des EuGH zutreffend umgesetzt (2.5.1).

---

<sup>2</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Anpassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer Vorschriften an europa- und völkerrechtliche Vorgaben, BT-Drs. 18/9526.

Offen geblieben ist insoweit aber noch die Frage nach einer eigenständigen – von der Geltendmachung eines sonstigen materiellen Rechts unabhängigen – Durchsetzung von Verfahrensfehlern (2.5.2.1). Sie wird in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Oberverwaltungsgerichts Münster derzeit unterschiedlich beurteilt. Eine abschließende Entscheidung des EuGH steht insoweit noch aus. Dessen bisherige Rechtsprechung ist in diesem Punkt von besonderer Unklarheit gekennzeichnet. Besonders eine im Einzelfall zu beobachtende restriktive Verbindung von materiellem Schutznormverständnis und einer fehlenden eigenständigen Klagbarkeit von Verfahrensfehlern könnte sich aber als völker- und unionsrechtlich problematisch erweisen.

Die nach allgemeinen völker- und unionsrechtlichen Maßgaben erweiterte Rügefähigkeit von Verfahrensfehlern muss auch im Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 3 AK Berücksichtigung finden (2.5.2.2). Sie wird hier aber mangels substanzieller verfahrensrechtlicher Vorprägungen praktisch weniger Bedeutung erlangen.

Nach der Entscheidungspraxis des ACCC verlangt Art. 9 Abs. 3 AK nach einem hinreichend effektiven Rechtsschutz auch in vorgelagerten Planungsphasen. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Ände rung des UmwRG enthält hierzu eine grundsätzlich sachangemessene Erweiterung des Rechtsschutzes gegen Pläne und Programme, bei denen eine Pflicht zur Durchführung einer Strategischen Umweltprüfung bestehen kann (2.6). Angesichts der insoweit noch undeutlichen ACCC-Entscheidungen ist derzeit nicht mit letzter Sicherheit zu beurteilen, ob sich die auch nach der geplanten Novelle noch verbleibenden Beschränkungen des Rechtsschutzes gegenüber vorgelagerten Planungsentscheidungen mit der Aarhus-Konvention vereinbaren lassen.

Der Vergleich (2.7) der im Hinblick auf den Zugang zu Gericht untersuchten Rechtsordnungen Frankreichs, Großbritanniens, Italiens und Schwedens zeigt, dass diese wegen ihrer rechtsdogmatischen Ausgangslagen bzw. wegen einer vor allem richterrechtlich initiierten pragmatischen Anpassung durchweg weniger Schwierigkeiten mit der Verarbeitung der Vorgaben der Aarhus-Konvention haben.

Bei dem darüber hinaus durchgeführten Rechtsvergleich zu der Frage, welche Bedeutung die Organisationsform von Umweltverbänden für ihren Zugang zu Gerichten in Frankreich, Großbritannien, Italien, Schweden und Polen hat (2.8), hat sich Folgendes ergeben: In den untersuchten Ländern gibt es zwar überwiegend Regelungen für eine Anerkennung oder Registrierung von Umweltverbänden, deren Anforderungen unter anderem hinsichtlich der Organisationsstruktur den dafür in Deutschland geltenden Vorgaben entweder teilweise oder sogar weitgehend entsprechen. Zugleich sind dort aber – anders als in Deutschland – aufgrund der durch die Rechtsprechung für den Zugang zu Gerichten entwickelten Grundsätze regelmäßig auch nicht anerkannte Vereinigungen klagebefugt. Deswegen ist die Organisationsstruktur eines Umweltverbandes für den Zugang zu Gerichten entweder nur begrenzt oder gar nicht relevant. Insbesondere wird in keinem der untersuchten Länder für die Klagebefugnis eines Umweltverbandes vorausgesetzt, dass dieser eine demokratische Organisationsstruktur hat.

Erhebliche rechtliche Unsicherheiten offenbarte die Untersuchung hinsichtlich der Notwendigkeit einer Angleichung der **Klagerechte von Individualklägern und Kommunen** an die der Umweltverbände (siehe Abschnitt 3):

Die Frage nach einer Erweiterung der Klagerechte von Einzelnen wird vor allem unter unionsrechtlichen Aspekten bereits seit Jahrzehnten intensiv und kontrovers diskutiert (3.1.3).

Die Regelungen in Art. 9 Abs. 2 und Abs. 3 AK haben dieser Diskussion weiter Nahrung gegeben. Dabei entsprechen die hier enthaltenen Regelungen einerseits einer Lesart, die den Respekt vor den Unterschieden der nationalen Rechtsordnungen betont. Andererseits drängt auch das Konventionsrecht – wie zuvor schon das Unionsrecht in seiner Auslegung durch den EuGH – auf ein liberalisiertes Verständnis der Klagerechte Einzelner (3.1.4).

Im Ergebnis lässt sich eine Erweiterung der Klagerechte Einzelner und damit eine Angleichung an die Klagerechte vor allem im Bereich der Durchsetzung von Normen eines weit verstandenen Gesundheitsschutzes feststellen. So werden insbesondere Normen, die nach herkömmlichem deutschem Verständnis dem Bereich der bloßen Vorsorge gegen schädliche Umwelteinwirkungen zugeordnet und deshalb als nicht klagerechtsbegründend verstanden wurden, künftig weithin als auch für Individualkläger rügefähig eingeordnet werden müssen (3.1.6.1).

Besonders umstritten ist eine Angleichung der Klagerechte Einzelner im Bereich des Naturschutzrechts. Auch wenn die Entwicklung insoweit noch als offen bezeichnet werden kann, spricht manches dafür, dass die letztlich streitentscheidenden Organe des ACCC und des EuGH jedenfalls dort, wo Einzelne einen hinreichend deutlichen Bezug zu den von ihnen reklamierten Naturschutzinteressen geltend machen können, auf die Zubilligung von Individualklagerechten entscheiden könnten (3.1.6.2).

Eher unwahrscheinlich erscheint dagegen eine generelle und grundlegende Veränderung des Rechtsschutzmodells auch jenseits des Umweltrechts (3.1.8). Dagegen spricht insbesondere der spezifisch umweltrechtliche völker- und unionsrechtliche Kontext, in dem die hier untersuchten Veränderungen des Rechtsschutzes stehen.

Auch hinsichtlich einer möglichen Angleichung der Klagerechte von Kommunen zeigt sich ein hoch kontroverses Meinungsbild (3.2.2).

Die vielfältigen Einzelaspekte des völker- und unionsrechtlichen Einflusses auf die Klagerechte der Kommunen lassen sich am ehesten mit einem einheitlichen theoretischen Ansatz erfassen und erklären, wenn – wie bei Individualklägern – an dem Begriff der "(betroffenen) Öffentlichkeit" der Aarhus-Konvention angeknüpft wird. Klagerechte ergeben sich aus der Aarhus-Konvention demnach nur wenn und soweit die Gemeinden als eine solche Öffentlichkeit begriffen werden müssen.

Jenseits des Sonderfalls der kommunalen Verfahrensrechte im Bereich der Umwelterträglichkeitsprüfungen wird man für die Begründetheit entsprechender Klagen beim gegenwärtigen Stand der Rechtsentwicklung auch weiterhin eine Verletzung der materiellen Selbstverwaltungsrechte der klagenden Kommunen verlangen müssen (3.2.7).

Auch mit Blick auf die besondere Stellung, die insbesondere die Aarhus-Konvention den Umweltverbänden einräumt, ist eine substantielle Erweiterung der kommunalen Klagerechte *de lege lata* nicht zwingend erforderlich.

### **0.3 Gerichtliche Kontrolle**

In Abschnitt 4 sind Fragen zur Reichweite der gerichtlichen Kontrolle von umweltrelevanten Verwaltungsentscheidungen in Deutschland untersucht und mit der Ausgestaltung des Umweltrechtsschutzes in anderen EU-Staaten verglichen worden. Die gerichtliche Kontrolle wurde dabei aus zwei verschiedenen Perspektiven betrachtet (4.1): Zum einen war zu klären, wie umfangreich die Gerichte in der Regel angegriffene Verwaltungsentscheidungen auf ihre Rechtmäßigkeit überprüfen; das ist eine Frage des Prüfungsumfangs (oder der Kontrollbreite), der durch das Klagevorbringen sowie auch durch Einschränkungen der Rügebefugnisse auf bestimmte Einwendungen oder Rechtsvorschriften bestimmt wird (4.2). Zum anderen war zu untersuchen, wie genau die Gerichte die relevanten Sach- und Rechtsfragen sowie die fachlichen Einschätzungen der Behörden überprüfen können oder müssen; damit ist die richterliche Prüftiefe angesprochen, die teilweise auch als „Kontrolldichte“ bezeichnet wird (4.3 und 4.4).

Bei der ersten hier relevanten Forschungsfrage ging es darum, ob es in bestimmten anderen EU-Mitgliedstaaten (Italien, Großbritannien, Polen, Schweden und Frankreich) Anforderungen an die Rechtsbehelfe von Umweltverbänden gibt, die mit der materiellen Präklusion nach § 2 Abs. 3 UmwRG vergleichbar sind (4.2). Dazu ist zunächst die bisherige Rechtslage dargestellt worden (4.2.1), die nach dem EuGH-Urteil vom 15.10.2015 (Rechtssache C-137/14) nicht mehr als unionsrechtskonform ange-

sehen werden kann (4.2.2). Aufgrund der geplanten Änderungen des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes, die in Folge dieser Rechtsprechung und zur Umsetzung von Art. 9 Abs. 3 AK notwendig sind, ist die Untersuchung auf eine Betrachtung der dazu gemachten Vorschläge erweitert worden (4.2.3). Sie erstreckt sich somit auf einen Vergleich der insgesamt für den **Prüfungsumfang bei der gerichtlichen Kontrolle** in Deutschland und in den genannten EU-Staaten maßgeblichen Regelungen.

Dazu sind insbesondere die Vorschläge für eine Änderung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes diskutiert worden, die eine Einführung allgemeiner Vorgaben für die Mitwirkung von Umweltverbänden bei Zulassungsverfahren für UVP-pflichtige Vorhaben sowie eine materielle Präklusion von Einwendungen bei den einer SUP-Pflicht unterliegenden Plänen und Programmen vorsehen (4.2.3.1). Außerdem wurde die vorgeschlagene Regelung für den Ausschluss missbräuchlichen Vorbringens im Verwaltungsprozess erörtert (§ 5 Entwurf-UmwRG n.F.<sup>3</sup>), wobei sich ergeben hat, dass diese Vorschrift aufgrund der unionsrechtlichen Vorgaben eng ausgelegt werden müsste (4.2.3.2).

Der Rechtsvergleich zum gerichtlichen Prüfungsumfang (4.2.4) hat ergeben, dass es in den untersuchten EU-Staaten keine mit dem deutschen Recht vergleichbaren Regelungen zur materiellen Präklusion von Einwendungen, die in den Verwaltungsverfahren nicht vorgebracht worden sind, für die nachfolgenden Rechtsbehelfsverfahren gibt. Auch gesetzliche Regelungen für einen Ausschluss von erstmalig im gerichtlichen Verfahren erhobenen Einwendungen als missbräuchlich (siehe § 5 Entwurf-UmwRG n.F.) gibt es nicht. Vielmehr ist es in allen untersuchten Ländern möglich, vor Gericht zu allen Sach- und Rechtsfragen auch erstmalig Einwendungen zu erheben, so dass die angegriffenen Verwaltungsentscheidungen grundsätzlich einer umfassenden Rechtmäßigkeitsprüfung unterliegen. Außerdem sind Rechtsbehelfe überwiegend unabhängig von einer vorherigen Beteiligung des oder der Kläger am Verwaltungsverfahren zulässig.

Die Diskussion dieser Ergebnisse im Vergleich mit dem deutschen Recht (4.2.4.7) hat gezeigt, dass in Deutschland eine umfassende gerichtliche Kontrolle der Rechtmäßigkeit – abgesehen von Rechtsbehelfen gegen Planfeststellungen mit enteignender Wirkung – nur bei Umweltverbandsklagen gegen Entscheidungen nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 2b Entwurf-UmwRG n.F. im Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 2 AK vorgesehen ist. Für Umweltverbandsklagen gegen behördliche Maßnahmen, die unter Art. 9 Abs. 3 AK fallen, sollen die Befugnisse der Kläger zur Geltendmachung von Rechtsverletzungen nach § 2 Abs. 1 S. 2 Entwurf-UmwRG n.F. hingegen nicht nur auf umweltschutzbezogene Regelungen beschränkt werden, sondern es kann durch die für Rechtsbehelfe gegen Pläne und Programme eingeführte materielle Präklusion von Einwendungen nach § 7 Abs. 3 S. 1 Entwurf-UmwRG n.F. im Einzelfall zu weiteren – unter Umständen erheblichen – Einschränkungen des Prüfungsumfangs kommen. Außerdem bleibt es bei Individualklagen dabei, dass weiterhin gemäß § 42 Abs. 2 VwGO nur die Verletzung eigener Rechte gerügt werden kann. Insgesamt gesehen wird der Prüfungsumfang in Deutschland daher normativ deutlich stärker begrenzt als in den untersuchten EU-Staaten. Im Einzelfall können sich jedoch auch dort aus den prozessrechtlichen Grundsätzen und ihrer Handhabung erhebliche Einschränkungen des Prüfungsumfangs ergeben.

Danach sind die in Deutschland für die **richterliche Prüftiefe** bestehenden Begrenzungen bei der Kontrolle der materiellen Rechtmäßigkeit von Verwaltungsentscheidungen untersucht worden (4.3):

Dazu ist zunächst auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben für die gerichtliche Kontrolle der behördlichen Rechtsanwendung eingegangen worden (4.3.1). Daraus ergibt sich, dass Verwaltungsentscheidungen in Deutschland grundsätzlich einer vollständigen gerichtlichen Kontrolle unterliegen. Der Gesetzgeber kann der Verwaltung zwar auch Entscheidungsspielräume einräumen und die richterliche

---

<sup>3</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Anpassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer Vorschriften an europa- und völkerrechtliche Vorgaben, BT-Drs. 18/9526.

Prüftiefe damit begrenzen. Dabei sind jedoch die verfassungsrechtlichen Anforderungen an einen effektiven Rechtsschutz und die Gesetzesbindung gemäß Art. 20 Abs. 3 Grundgesetz (GG) zu beachten (4.3.1.1).

In welchen Fällen demnach behördliche Entscheidungsspielräume verfassungsrechtlich zulässig sind, ist noch nicht abschließend geklärt. Erforderlich ist aber, dass sich das Bestehen solcher Entscheidungsspielräume hinreichend deutlich aus dem Gesetz entnehmen lässt. Ausgehend davon werden bisher vor allem Gestaltungsspielräume bei planerischen Entscheidungen sowie behördliche Ermessensspielräume bei der Festlegung von Rechtsfolgen als verfassungskonform angesehen. Außerdem bestehen nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts in einigen Fällen auch Beurteilungsspielräume bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Einzelfall, die eine Begrenzung der richterlichen Prüftiefe bewirken. Dafür ist aber grundsätzlich eine besondere sachliche Rechtfertigung erforderlich, weil insbesondere im Hinblick auf subjektive Rechte berücksichtigt werden muss, dass im Rahmen der Gewaltenteilung die Kontrolle der Rechtsanwendung im Einzelfall grundsätzlich den Gerichten vorbehalten ist. Deswegen darf der Gesetzgeber die Rechtsschutzgarantie auch nicht durch zu zahlreiche oder weitgreifende Beurteilungsspielräume „aushebeln“. Das steht einer generellen Anerkennung behördlicher Entscheidungsspielräume bei unbestimmten Rechtsbegriffen oder bei für die Rechtsanwendung erforderlichen Prognosen entgegen. Auch einer Einschränkung des gerichtlichen Untersuchungsgrundsatzes sind dadurch verfassungsrechtliche Grenzen gesetzt (4.3.1.2).

Zu beachten ist ferner, dass auch die Ausübung behördlicher Entscheidungsspielräume einer gerichtlichen Kontrolle unterliegt, an die aus verfassungsrechtlicher Sicht bestimmte Mindestanforderungen gestellt werden. Diese Anforderungen lassen sich allgemein als Modell einer „Abwägungskontrolle“ beschreiben, bei der sowohl die Auslegung der jeweils anzuwendenden Rechtsvorschriften als auch die korrekte Ermittlung des Sachverhalts und die Anwendung anerkannter Bewertungsmaßstäbe gerichtlich uneingeschränkt überprüft wird, so dass im Wesentlichen nur die Kontrolle des Ergebnisses der getroffenen Entscheidung auf (offensichtlich) sachlich nicht haltbare Erwägungen oder Beurteilungen begrenzt ist (4.3.1.3).

Die anschließende Analyse der im deutschen Umweltrecht bestehenden Begrenzungen der richterlichen Prüftiefe (4.3.2) hat ergeben, dass solche Begrenzungen zwar bei (planerischen) Gestaltungs- und Ermessensspielräumen der Verwaltung anerkannt sind, bei der Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen im Einzelfall aber überwiegend abgelehnt werden. Etwas anderes gilt nur für den im Atom- und Gentechnikrecht verwendeten Begriff „Stand von Wissenschaft und Technik“ sowie für verschiedene Regelungen des Naturschutzrechts, bei denen die Rechtsprechung eine „naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative“ der zuständigen Behörden annimmt (4.3.2.1). Hinzu kommt noch der Sonderfall des in § 3c Satz 1 Umweltverträglichkeitsprüfungs-Gesetz (UVPG) ausdrücklich geregelten Beurteilungsspielraums der zuständigen Behörde bei der Feststellung einer UVP-Pflicht für bestimmte Vorhaben (4.3.2.2).

Gegen die vergleichsweise weitgehende Anerkennung von Beurteilungsspielräumen im Bereich des Naturschutzrechts werden gewichtige Einwände erhoben (4.3.2.3). Veranlasst durch mehrere Klagen hat das Bundesverwaltungsgericht jedoch inzwischen klargestellt, dass sich die Beurteilungsspielräume hier auf Fälle beschränken, in denen aus fachlicher Sicht unterschiedliche Bewertungen z.B. hinsichtlich der Beeinträchtigung geschützter Arten vertretbar sind. Außerdem muss sich die gerichtliche Kontrolle auch in solchen Fällen grundsätzlich auf eine vollständige Sachaufklärung und die Prüfung der Methodik von fachlichen Bewertungen erstrecken. Dieser Ansatz kann eine recht weitgehende und effektive „Abwägungskontrolle“ gewährleisten.

In anderen Bereichen des Umweltrechts – insbesondere im Immissionsschutzrecht – werden behördliche Beurteilungsspielräume im Einzelfall grundsätzlich abgelehnt und eine verbindliche Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe erfolgt stattdessen durch die Festlegung standardisierter Vorgaben in untergesetzlichen Regelwerken. Dabei wird insbesondere ausgehend von § 48 Abs. 1 BImSchG ein

„Normkonkretisierungsspielraum“ der für die Standardsetzung zuständigen Bundesregierung als übergeordneter Behörde anerkannt. Die Rechtsprechung erkennt daher auch für normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften an, dass die Festlegung der darin enthaltenen Schutz- und Vorsorgestandards gerichtlich nur begrenzt überprüfbar ist. Die nähere Untersuchung dazu hat jedoch ergeben, dass vor allem zur Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben allgemein auf Rechtsverordnungen – an Stelle der wohl nur noch im Immissionsschutzrecht praktisch relevanten „normkonkretisierenden“ Verwaltungsvorschriften – zurückgegriffen werden sollte (4.3.2.4).

Der **Rechtsvergleich zur richterlichen Prüftiefe** in Italien, Großbritannien, Schweden und Frankreich (4.4) hat sowohl im Hinblick auf die Ausgestaltung als auch bei der praktischen Handhabung der unterschiedlichen Kontrollkonzepte ein differenziertes Bild ergeben. Zwar lässt sich der vor allem in Großbritannien und teilweise auch in Frankreich bestehende Ansatz einer objektiven Rechtskontrolle mit einer sehr begrenzten Prüftiefe aus rechtssystematischer Sicht an sich klar vom subjektivrechtlichen Ansatz und der damit verbundenen vollständigen Kontrolle in Deutschland unterscheiden. Diese verschiedenen Kontrollkonzepte werden in der Praxis jedoch nicht strikt umgesetzt. Sie unterliegen vielmehr in mehrfacher Hinsicht – meist bezogen auf bestimmte Fallkonstellationen – einer Relativierung, so dass zumindest teilweise eine Annäherung feststellbar ist. Das zeigt insbesondere die Ausweitung der Kontrolldichte in Frankreich einerseits und die in Deutschland vor allem im Naturschutzrecht anzutreffende Abschwächung andererseits. Diese Entwicklung wird auch durch das Unionsrecht beeinflusst. Aufgrund der unübersichtlichen Kasuistik lässt sich jedoch bisher nicht genau einschätzen, wie weit bereits eine Annäherung der Kontrolldichte stattgefunden hat. Insgesamt gesehen ist festzustellen (4.4.6), dass die richterliche Prüftiefe in Deutschland zwar hinter der Rechtspraxis in Schweden zurückbleibt, in der Regel aber noch deutlich weitergeht, als es in Großbritannien und Italien sowie – mit Einschränkungen – auch in Frankreich der Fall ist.

In der abschließenden **Diskussion der Ergebnisse** für diesen Abschnitt (4.5) sind ergänzend noch folgende Punkte erörtert worden:

Eine rechtsvergleichende Gesamtbetrachtung zeigt, dass der Zugang zu Gerichten in Deutschland aufgrund der Vorgaben des Unionsrechts insbesondere – aber nicht nur – für Umweltverbände deutlich ausgeweitet worden ist und mit der vorgesehenen Änderung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes noch einmal erheblich erweitert wird. Damit hat das Unionsrecht hinsichtlich des Zugangs zu Gerichten eine deutliche Annäherung zu den hier untersuchten Rechtsschutzsystemen anderer EU-Staaten bewirkt. Außerdem bestimmen die vorgesehenen Rügebefugnisse auch den Umfang der gerichtlichen Kontrolle, denn aufgrund der in § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Entwurf-UmwRG n.F. vorgesehenen Änderungen können bei Umweltverbandsklagen gegen von Art. 9 Abs. 2 AK erfasste Vorhaben zukünftig – wie in den untersuchten EU-Staaten – alle Verstöße gegen formelles und materielles Recht geltend gemacht werden.

Die durch das Unionsrecht hinsichtlich des Prüfungsumfangs bewirkte Angleichung des Umweltrechtsschutzes in Deutschland an andere EU-Staaten beschränkt sich allerdings weitgehend auf die UVP-pflichtigen Vorhaben. Die Gesamtbetrachtung zeigt daher auch, dass die gerichtliche Kontrolle in Deutschland nicht generell über die in den anderen EU-Staaten bestehenden Kontrollansätze hinausgeht. Vielmehr kommt die im Verhältnis zu den meisten untersuchten Ländern – mit Ausnahme von Schweden – bei der Prüftiefe weitergehende Kontrolle im deutschen Recht nur beschränkt zur Anwendung, soweit der Umfang der gerichtlichen Überprüfung von Rechtsverstößen durch die bestehenden gesetzlichen Einschränkungen der Rügebefugnisse reduziert ist. Daher spricht bei den Klage- und Rügebefugnissen sowie beim damit zusammenhängenden Prüfungsumfang viel dafür, dass im deutschen Recht kein Raum für Einschränkungen besteht, sondern dass eher eine (erneute) Ausweitung erforderlich ist.

Eine Reduzierung der gerichtlichen Kontrolle, die teilweise im Zusammenhang mit der Ausweitung von Klagerechten der Umweltverbände gefordert worden ist, könnte daher allenfalls bei der richterli-

chen Prüftiefe (oder Kontrolldichte) ansetzen. Die Vorgaben des Art. 9 Abs. 2 und 3 AK und das Unionsrecht stehen dem nicht grundsätzlich entgegen, da sowohl bei Maßnahmen der Kommission als auch in anderen EU-Staaten administrative Entscheidungsspielräume und eine Begrenzung der richterlichen Prüftiefe anerkannt werden. Der Europäische Gerichtshof geht davon aus, dass die Durchsetzung des Unionsrechts nicht schon allein durch eine begrenzte gerichtliche Überprüfung behördlicher Entscheidungen übermäßig erschwert wird. Es muss allerdings gewährleistet sein, dass die konkret aus dem Unionsrecht ableitbaren Anforderungen im Einzelfall (effektiv) beachtet werden. Daher ist eine Begrenzung der richterlichen Prüftiefe nur möglich, soweit sich aus den zu beachtenden unionsrechtlichen Regelungen ein behördlicher Beurteilungsspielraum entnehmen lässt. Ob und inwieweit das Unionsrecht behördliche Entscheidungsspielräume und eine reduzierte gerichtliche Kontrolle zulässt, lässt sich demnach nicht allgemein, sondern nur konkret anhand der einschlägigen Vorschriften feststellen.

Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an einen effektiven Rechtsschutz und aus der Gesetzesbindung gemäß Art. 20 Abs. 3 GG schließen eine Begrenzung der richterlichen Prüftiefe ebenfalls nicht grundsätzlich aus. Der Gesetzgeber kann die Verwaltung unter Beachtung dieser Anforderungen zu eigenen Entscheidungen ermächtigen, in dem er das Entscheidungsverhalten nicht vollständig vorgibt und damit behördliche Gestaltungs-, Ermessens- oder Beurteilungsspielräume eröffnet. Eine generelle Anerkennung behördlicher Entscheidungsspielräume bei unbestimmten Rechtsbegriffen oder bei für die Rechtsanwendung erforderlichen Prognosen – wie sie z.B. in Großbritannien anzutreffen ist – kommt allerdings aus den verfassungsrechtlichen Gründen, die schon angesprochen worden sind, nicht in Betracht. Es muss vielmehr aus der jeweils anzuwendenden Rechtsvorschriften abgeleitet werden können, ob und inwieweit der Verwaltung ein Entscheidungsspielraum zusteht. Die dazu vorgenommene Analyse des deutschen Umweltrechts deutet darauf hin, dass die dafür bestehenden Ansatzpunkte vom Gesetzgeber und von der Rechtsprechung schon weitgehend genutzt werden. Zu beachten ist auch, dass die behördlichen Entscheidungsspielräume in Deutschland einer gerichtlichen Kontrolle unterliegen, an die aus verfassungsrechtlicher Sicht bestimmte Mindestanforderungen gestellt werden, die vom Ansatz her deutlich weitergehen, als die teilweise in anderen Ländern verbreitete Beschränkung der Prüfung auf offensichtliche Fehler.

Abschließend ist daher festzuhalten, dass der deutsche Gesetzgeber zwar sowohl aus unionsrechtlicher als auch aus verfassungsrechtlicher Sicht grundsätzlich die Möglichkeit zur Anerkennung von behördlichen Entscheidungsspielräumen hat und dadurch auch die richterliche Prüftiefe begrenzen kann. Eine generelle Reduzierung ist aber sowohl beim Prüfungsumfang als auch bei der richterlichen Prüftiefe aufgrund der zu beachtenden Bindung an das materielle Recht nicht möglich. Das gilt auch hinsichtlich der Sachaufklärung, die grundsätzlich von den Gerichten auf ihre Vollständigkeit zu überprüfen ist. In Betracht kommen daher allenfalls punktuelle Änderungen des materiellen Rechts. Außerdem bestehen teilweise noch Ansatzpunkte für eine verstärkte Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe durch untergesetzliche Regelwerke.

## 0.4 Kosten des Verfahrens

In Abschnitt 5 des Gutachtens ist untersucht worden, ob die in Art. 9 Abs. 4 AK enthaltene Vorgabe, dass der Rechtsschutz in Umweltangelegenheiten nicht „übermäßig teuer“ sein darf, in Deutschland insbesondere im Hinblick auf die Gewährung von Prozesskostenhilfe und die Übernahme von Gutachterkosten konventionskonform umgesetzt wird.

Auch dazu ist ein Rechtsvergleich mit Frankreich, Großbritannien, Italien und Schweden durchgeführt worden (5.3). Dabei hat sich ergeben, dass es spezielle Kostenregelungen für umweltrelevante Rechtsschutzverfahren nur in Großbritannien gibt. Demgegenüber sind in Deutschland sowie z.B. auch in Frankreich und Italien die allgemeinen Regelungen des Prozessrechts für die Kostenentscheidungen maßgeblich. Diese Regelungen entsprechen jedoch nur teilweise den Anforderungen, die vom Europä-

ischen Gerichtshof ausgehend von Art. 9 Abs. 4 AK und dem entsprechenden Unionsrecht zur Gewährleistung eines nicht „übermäßig teuren“ Rechtsschutzes entwickelt worden sind (5.2).

In Deutschland lassen sich die Gerichts- und Anwaltskosten zwar grundsätzlich ganz gut abschätzen, weil sie auf der Festlegung von Streitwerten und auf vorgegebenen Gebührensätzen beruhen (5.4.1). Außerdem können Umweltverbände ebenso wie Individualkläger unter bestimmten Voraussetzungen damit rechnen, dass sie von Gutachterkosten entlastet werden (5.4.2); und zumindest für Individualkläger kommt auch Prozesskostenhilfe in Betracht (5.4.3). Es verbleiben allerdings trotzdem Unsicherheiten hinsichtlich der Kostenrisiken. Zugleich fehlen bisher konkrete Regelungen zur Kostenbegrenzung, die vom Europäischen Gerichtshof jedoch verlangt werden, um eine klare Umsetzung der Vorgaben des Unionsrechts durch das nationale Recht zu gewährleisten. Daher bestehen Zweifel, ob die (allgemeinen) deutschen Kostenregelungen ausreichen, um die speziellen Vorgaben des Unionsrechts zu erfüllen.

## 0.5 Summary

### 0.5.1 Starting points and questions of the study

The report documents the results of the research project called “The legal debate on access to justice for environmental NGOs – an academic discussion of arguments and positions concerning access to justice for environmental NGOs as well as a legal comparative contribution to the further discussion of access to justice for environmental NGOs in environmental matters”. It was conducted from October 2014 until November 2016. The study was therefore finished before the legislative procedure on the amendment of the Environmental Appeals Act (EAA) was finished. For this reason the study is often referring to the “Draft Law for the alignment of the Environmental Appeals Act and other provision to European- and international requirements of 5 September 2016.”<sup>4</sup>

The intention of the study as described in the project assignment was to answer specific questions on access to justice in environmental matters in Germany. The scope thereof is determined by European and international provisions: Since the ratification of the so-called Aarhus-Convention (AC) Germany is bound to its system of legal protection and participatory rights. Besides the provisions of Art. 9.2 AC were implemented in European law with Art. 11 EIA-Directive (2001/92/EU) and Art. 25 (2010/75/EU) IPPC-Directive.

The implementation of these international and European provisions into the national legal order has partially led to difficulties: On the one hand their content and scope are controversial to a certain degree. On the other hand the objective to improve the execution of the environmental law provisions through access to justice must be implemented in accordance with the traditional German legal system of administrative law.

Therefore the study’s goal is to support the partially difficult implementation of the legal provisions of the Aarhus-Convention on access to justice in the national administrative legal order by answering specific questions – with a focus on access to justice of e-NGOs. By thus the scientific state of research will be completed and open questions will be clarified. Selected aspects will be further examined in a comprehensive study of the implementation in the national legal orders of France, Italy, Poland, Sweden and the United Kingdom.

The legal questions which have to be examined for the implementation process of the Aarhus Convention in Germany are structured as follows:

---

<sup>4</sup> Draft Law for the alignment of the Environmental Appeals Act and other provision to european- and international requirements of 5 September 2016, BT-Drs. 18/9526.

- Access to the court by e-NGOs, individuals and local communities
- Intensity and scope of the judicial review
- legal costs

The following six questions on “access to the court” were answered in section 2 and 3 of the report:

- *How exactly can you distinguish the legal requirements of Art. 9.2 AC on one hand and of Art. 9.3 AC on the other? Consider and describe especially the scale, scope and prerequisites of the rights of action for environmental groups (e-NGOs) and report the professional discourse among legal scholars and the relevant national case law.*
- *How has Art. 9.3 AC hitherto been implemented in the national legal system of other member states of the EU (France, Italy, Sweden and the United Kingdom)?*
- *What requirements and insights for the design of a legal protection regime in accordance with Art. 9.3 AC follow from the results of the first question for the German legislator?*
- *How does the formal structure of e-NGOs determine its access to the court in other member states of the EU?*
- *Does the Aarhus Convention require uniform or at least similar rules on access to courts, standing and legal protection for individual and for collective (e-NGO) actions in environmental law?*
- *Does the Aarhus Convention or the Grundgesetz (German constitution) require the alignment of the rules on access to courts, standing and legal protection of municipalities with those that apply to e-NGOs?*

The intensity and scope of the judicial review was analyzed in section four of the report by answering the following three questions:

- *Does the national legal system of other EU member states (Italy, United-Kingdom, Poland, Sweden and France) include restrictions on access to justice for e-NGOs, which are comparable to the “material” preclusion (materielle Präklusion) of section 2.3 EAA (Umweltrechtsbehelfsgesetz)? If so, how is this evaluated in the professional legal discourse (relevant literature/case law) with special regard to its conformity with EU law and the Aarhus-Convention?*
- *What are the requirements and limitations as to the intensity and the scope of judicial review in Germany and are they justified?*
- *What are the requirements and limitations as to the intensity and the scope of judicial review in Italy, the United Kingdom, Sweden and France in comparison to German law? Are these limitations in conformity with EU law (especially concerning the principle of effectiveness)?*

Finally in section five the “legal costs” have been taken into focus by answering the following question:

- *Have the requirements of Art. 9.4 AC been implemented in Germany in compliance with the Convention, in particular concerning the granting of legal aid and the awarding of experts' fees?*

### **0.5.2 Access to the courts**

The questions on “access to the courts” which were examined in sections 2 and 3 all concern the scope and delimitation of the legal protection provisions of Art. 9.2 AC and Art. 9.3 AC and their implementing requirements for the domestic law with regard to the rights of action of e-NGOs, individuals and local communities.

Therefore, in particular, the exact scope of the legal protection guarantees under Art. 9.3 AC had to be determined. Whereas the scope of Art. 9.2 AC concerning the rights of action of e-NGOs has been clarified by the case law of the European Court of Justice (ECJ) and the decision-making practice of the Aarhus Convention Compliance Committee (ACCC) as well as by the (German) federal legislation implementing this case law, the exact content of the more openly formulated legal protection requirements of Art. 9.3 AC is partially unclear – including the rights of action of e-NGOs. Therefore this issue was further examined by way of a legal comparison with other EU member states.

Moreover the legal requirements for the recognition of e-NGOs and the question of whether this recognition is conditional for access to justice in the EU member states of France, Italy, Sweden, the United Kingdom and Poland were evaluated in a legal comparison as well.

Finally, the rights of action of individuals and local communities and whether their rights have to be aligned with those of e-NGOs were examined.

Hence the study was first focused on the special significance of the Aarhus-Convention for access to the court of e-NGOs (cf. section 2). As a result it became obvious that although substantial clarification has been provided by legislators, professional discourse among legal scholars, jurisprudence as well as by the ACCC, some legal uncertainties still remain.

The question of the review of provisions not directly protecting the environment seems however to be clarified with the findings of the study (2.3). Under Art. 9.3 AC the review of such provisions has to be affirmed in accordance with the decision-practice of the ACCC and in contrast to the jurisprudence of the Federal High Administrative Court and the prevailing theory among legal scholars in Germany (2.3.4). Therefore the draft law of the federal government is correctly renouncing the requirement of section 2 para. 1 no. 1 EAA to limit the review on “provisions, which serve the protection of the environment”.

In contrast, for legal remedies outside the scope of Art. 9.2 AC, this restriction may remain unchanged. This differentiation is already justified in the clear wording of Art. 9.3 AC and proves to be viable with regards to an analysis of the decision practice of the ACCC. Finally it is in accordance with a teleological interpretation of Art. 9.3 AC (2.3.5.).

However, considerable uncertainties continue to exist with regard to the restriction of e-NGOs to solely exercise third-party protection provisions within the scope of Art. 9.3 AC as it has been developed, inter alia, through the jurisprudence of the Federal High Administrative Court. According to the results of the study presented here, this restriction does not appear to be necessarily compatible, in particular, with the interpretation given by the ACCC to the Convention in the past (2.4). In this respect it should be kept in mind, however, that the determination of these third-party protection provisions itself is subjected and influenced by international and European law as well. Therefore this restriction may possibly prevail against the “result orientated provisions” of the Convention to an extent to which a general extension of access to justice – not only for e-NGOs – will occur.

The uniformity of the requirements for legal standing and the statement of grounds as stated in section 42 para. 2 and section 113 para. 1 Administrative Courts Procedure Act (VwGO), is generally compatible with international and European requirements (2.4.5) even though other legal systems follow different models in this respect.

The right of action to appeal procedural errors has already undergone considerable modifications and extensions due to international and European law and the German legislator has correctly implemented these requirements, in particular the “Altrip” decision of the ECJ (2.5.1).

Still the question of an independent – not on the enforcement of other substantive law depending – enforcement of procedural errors remains undecided (2.5.2.1). It is currently assessed differently in the jurisprudence of the Federal High Administrative Court and the Higher Administrative Court of

Münster. A final decision of the ECJ has not yet been made and the case law of the ECJ has been unclear on this point. In particular, the restrictive link between a material understanding of the protection provisions and the non-possibility of an independent enforcement of procedural errors, which can be observed in some judgements, could prove to be problematic under international and European Law.

The independent enforcement of procedural errors – extended in accordance with general provisions of international and European law – is of importance under Art. 9.3 AC as well. However here it will have less significance in practice since substantial procedural determinations in the law are lacking.

According to the decision-making practice of the ACCC Art. 9.3 AC provides for a sufficiently effective legal protection in preliminary planning phases as well. The draft law of the Federal Government allows for an appropriate extension of the legal protection against plans and programs which may be subject to a Strategic Environmental Assessment (2.6). With regard to the still unclear ACCC decision-practice in this respect, it is not at present possible to assess with certainty whether the restrictions on legal protection against preliminary planning decisions – which will still remain after the proposed amendment of the EAA – are in compliance with the Convention.

The legal comparison (2.7) of the national legal orders of France, the United-Kingdom, Italy and Sweden conducted with regard to access to the court shows that these legal systems have consistently less difficulties with the implementation of the Aarhus-Convention due to their different general legal doctrines and especially due to a pragmatic adaptation of the provisions in the national case law.

The legal comparison concerning the role of the formal structure of e-NGOs for their access to the courts in the national legal orders of France, the United Kingdom, Italy, Sweden and Poland (2.8) has shown the following: In these countries there do exist requirements for the recognition or registration of e-NGOs which either partly or even largely correspond to the German requirements inter alia concerning their formal structure. But unlike in Germany, e-NGOs that are not recognised regularly, normally still have access to the courts due to principles established in the national case-law. For this reason, the organizational structure of e-NGOs is either not or only in a limited manner relevant for their access to the courts. In particular, in none of the compared countries a democratic organizational structure of e-NGOs is mandatory for their legal standing.

The study revealed significant legal uncertainties concerning the question of the necessity to approximate the rights on access to the courts of individuals and municipalities to those of e-NGOs (see section 3):

The question of an extension of access to the courts of individuals has been discussed intensively and controversially with a focus on the legal consequences of European Law for the last decades in Germany (3.1.3).

The provisions contained in Art. 9.2 and 9.3 AC have further fuelled this discussion. These provisions on the one hand correspond to a reading that emphasizes the respect of differences in national legal orders. On the other hand they urge to a liberalized understanding of the rights on access to the courts of individuals the same way as it was true for the European Law interpreted by the case law of the ECJ before (3.1.4).

As a conclusion an extension of the rights of access to the courts of individuals, and thus an approximation to the rights on access to the court of e-NGOs was implemented especially for the enforcement of those provisions that are understood to protect the human health in a broad sense. Thus, in particular, provisions which, according to the traditional German concept, were assigned as being a mere precaution against harmful environmental effects and hence were understood to not infringe subjective rights, have to be qualified in the future to be enforceable by individuals as well (3.1.6.1).

The approximation of the rights of access to the courts for individuals is particularly controversial for nature protection law provisions. Even though the future development on this issue is best described

as open, there is evidence that the ACCC and the ECJ will be willing to entitle individuals to enforce nature protection provisions at least when they can show a sufficiently clear personnel reference to the contested provision (3.1.6.2).

A general and fundamental change of the legal protection model beyond environmental law provisions is however unlikely (3.1.8). In particular the fact that the examined adjustments of the legal protection regime all specifically relate to an environmental international and European context supports this conclusion.

Concerning the approximation of the rights of access to the courts for municipalities the debate is highly controversial as well (3.2.2).

The different and numerous aspects of the influence of the international and European Law on the access to the courts for municipalities can be best described and explained with a single theoretical approach that is linked – as for individuals – to the term of “the public (concerned)” as defined under the Aarhus-Convention. As a result the Convention only provides for access to the courts of municipalities if and to the extent that municipalities have to be understood to be thus defined as “public”.

With the exception of the special procedural rights of municipalities for EIAs an infringement of the material self-government rights of municipalities will still be necessary for the merits of a municipalities’ legal action under the current legal development (3.2.7).

Especially under consideration of the special role that particularly the Aarhus-Convention provides for e-NGOs it has to be concluded as well that a substantial extension of access to the courts of municipalities is not – de lege lata – mandatory.

### 0.5.3 Judicial review

In section 4, questions on the scope of judicial review of administrative decisions with an impact on the environment for the German legal system were analysed and compared to the system of legal protection in environmental matters in other EU member states. Judicial review was examined from two different perspectives (4.1): Firstly, it was important to clarify how extensively the courts review the legality of administrative decisions which are questioned in legal proceedings; this is a question of the extent of the judicial review (“Kontrollbreite”) which is itself determined by the claims in the application as well as by restrictions of the rights to dispute on certain interventions or legal provisions (4.2.). Secondly, it was necessary to investigate, to which extent the courts have to review the relevant facts and legal questions as well as the technical evaluation of the administrative authorities. This is a question of the intensity of the judicial review (“Kontrolldichte”) (4.3. and 4.4.).

The first question of the report concerning this topic was examining whether in the national legal systems of other member states of the European Union (Italy, United-Kingdom, Poland, Sweden and France) requirements for legal actions by e-NGOs exist, which can be compared to the legal principle of the “material preclusion” (materielle Präklusion) of section 2.3 EAA (4.2). To answer this question, the current legal position was analysed (4.2.1.) which is not in accordance with the European law due to the ECJ decision of 15 October 2015 (C-137/14) (4.2.2.). Taking into consideration the planned amendment of the EAA, which will be necessary as a result of this case law and to properly implement Art. 9.3 AC, the investigation has been extended on the examination of the proposals for this amendment as well (4.2.3). It is now covering a legal comparison of the provisions which define the extent of the judicial review in Germany and other EU member states.

In particular, those proposals for the amendment of the EAA were discussed in detail that may introduce general provisions for the participation of e-NGOs in licensing procedures for projects which require an EIA and the material preclusion for those plans and programmes that may be subject to an SEA (4.2.3.1.). Moreover, the provision of the proposal for the amendment for exclusion of abusive objections in administrative procedure (section 5-draft of the amended EAA) was examined with the

result that this provision needs to be interpreted narrowly due to European Law (4.2.3.2). The legal comparison concerning the extent of the judicial review has shown (4.2.4.) that in other EU member states neither provisions exist which can be compared to those of the “material preclusion” clause for objections which have not been made within the time limits set for the administrative procedure with an impact for all the following legal proceedings. Nor have provisions which exclude arguments which have first been broad during the initial stages of the legal proceedings because they are determined to have been used in an abusive manner (section 5- draft of the amended EAA). On the contrary, in all the national legal systems which were taken into consideration in the comparative study, it is possible to first bring objections during the court proceedings on all legal and factual questions so that administrative decisions in principle are subject to an extensive judicial review. Moreover access for legal remedies does not depend predominantly on prior participation during the administrative procedures.

The discussion of these results in comparison with the German legal system has shown (4.2.4.7.) that in Germany an extensive judicial review is only provided for by the Legislature - apart from legal remedies against planning permissions with an expropriating nature - for legal actions of e-NGOs against decisions falling within the scope of Art. 9.2 AC (as named in section 1 para.1. subsection 1 no.1 – no. 2b - draft of the amendment of the EAA). For all legal actions of e-NGOs under Art. 9.3 AC, the extent of judicial review can be limited significantly in two ways: According to section 2 para. 1 subsection 1 of the draft amendment of the EAA, only those legal provisions that serve the environment can be invoked and in section 7 para. 3 subsection 1 of the draft amendment of the EAA, “material preclusion” of objections for legal remedies against plans and programs shall be newly implemented in the EAA.

Moreover, due to section 42 para. 2 of the Administrative Courts Procedure Act individual plaintiffs can still only claim an infringement of their subjective rights. On an overall view, the extent of the judicial review is much more limited under German national law provisions than in other national legal orders compared in the study. However, in those legal systems there may also be considerable limitations on the extent of the judicial review due to domestic rights of procedure and their handling in practice.

The limits to the intensity of the judicial review of administrative decisions were further investigated (4.3.): For this purpose as a first step, the constitutional provisions for the judicial review of administrative decisions were taken into special consideration (4.3.1.). These provisions show that the courts shall generally completely review acts of administrative authorities. Indeed the Legislature can provide administrative authorities with a decision-making scope which can limit the intensity of the judicial review of the courts. But this is only possible within the limits set by the constitutional principle of effective legal remedies and the rule of law under Art. 20 para. 3 of the Grundgesetz (German Constitution) (4.3.1.1.).

It has not yet been finally decided under which circumstances these decision-making scopes of administrative authorities are consistent with the constitution. It is however undisputed that the existence thereof needs to be pointed out clearly in the legal provision itself. On that basis such decision-making powers were upheld as being constitutional for planning decisions and administrative margins of discretion in order to determine the legal consequences of a provision. Moreover the Federal High Administrative Court has ruled that administrative authorities sometimes have a “margin of assessment” in the application of vague legal terms, which may lead to a limitation of the judicial review as well. For this, in general, a specific factual justification is obligatory especially when subjective rights are concerned because the review of the application of the law is reserved for the courts under the doctrine of the separation of powers guaranteed under the constitution. Hence the Legislature cannot “lever out” these guarantees of the judicial protection by granting too many and too extensive decision-making powers. Therefore a general recognition of administrative decision-making powers for vague legal

terms or for the forecast of the application of the law is not permitted. The possibilities for a restriction of judicial review itself are limited by these constitutional guarantees as well (4.3.1.2).

It should also be noted that the exercise of these administrative decision-making powers is itself subject to a judicial review, which has to meet certain minimum requirements under the constitution. These requirements for judicial review can be generally described as a model of “balanced control” in which the interpretation of the relevant provisions, the correct investigation of the facts as well as the application of generally accepted evaluation standards are fully reviewed by the court. Hence only the review of the result of the administrative decision is basically limited on (obviously) objectively untenable considerations and assessments (4.3.1.3).

The subsequent analysis of the restriction of the scope of judicial review under German environmental law has shown (4.3.2) that these restrictions are generally accepted for margins of discretion (in planning procedures) for the administration but are predominantly declined for the application of vague legal terms in individual cases. Exceptions to this rule are only made, firstly, for the term “state of science and technology” under nuclear law and genetic engineering law and for different provisions of the nature protection law for which the jurisprudence accepts a “prerogative on nature conservation requirements” for the administrative authority (4.3.2.1). And secondly for the particular case of the “margin of assessment” which is specifically laid down in section 3 sentence 1 Environmental Impact Assessment Act for the responsible authority which has to determine an EIA obligation under special circumstances (4.3.2.2).

Important objections are made against the wide understanding of “margins of assessment” under nature protection law (4.3.2.3). The Federal High Administrative Court has by now stated that these “margins of assessment” are restricted to situations where different assessments of the factual situation are possible from an expert’s point of view e.g. on the impairment of protected species. Moreover even in these cases the courts have to review the complete statement of the facts and the methodology of the assessment of the factual situation. Thus an extensive and effective “balanced control” can be guaranteed.

For other environmental legislation – especially the emissions control law – “margins of assessment” of the administrative authority for individual cases are generally denied and the specification of vague law terms is determined by standardized provisions in regulations. Particularly due to section 48 para. 1 Federal Emission Control Act, a “norm-concretising scope” to substantiate legal provisions is accepted for the federal government as the highest ranking responsible authority for such standardization. The case law therefore accepts a restricted judicial review for the protection and preparedness standards determined in these “norm-concretising regulations”. A closer examination on this issue shows that especially for the implementation of European Law, legislative decrees shall be used in general instead of “norm-concretising regulations” (which are basically used under Emissions control law) (4.3.2.4).

The legal comparison of the scope of judicial review in Italy, United Kingdom, Sweden and France (4.4) has drawn a different picture of the concepts of judicial control concerning both – the legal determination as well as the application in practice. Although a clear differentiation can be made in legal theory between the legal concept of an objective judicial control with a limited intensity of judicial review in the United Kingdom (and to a certain extent in France) and the subjective-rights based concept of judicial control with an extensive judicial review in Germany, these different concepts are not strictly applied in practice. The different legal concepts are relativized – usually for specific legal conditions – so that an approximation of both concepts can – at least partially – be noticed. This is particularly true for the extension of the judicial control in France on the one hand and its restriction in Germany concerning the nature protection law on the other hand. This development is influenced by the European Law too. Because of the complex and unclear case law it cannot be clearly determined, to which extent an approximation of the intensity of the judicial review has already happened. But in general, it can be

stated (4.4.6) that judicial review in Germany is more extensive than in the United Kingdom and Italy as well as – with some exceptions – in France but less extensive than in Sweden.

In the final discussion of the results of this section (4.5) the following issues were discussed as follows: Overall, the legal comparison has shown that access to justice in Germany has been significantly extended especially – but not only – for e-NGOs because of the European Law and that the planned amendment of the Environmental Appeals Act will point further in this direction. Therefore the European Law has led to a closer approximation towards those legal protection regimes of the other investigated EU member states. Moreover the provisions of the planned amendment determine the extent of the judicial review as well because due to section 2 para 1 sentence 1 no. 1 draft of the amended EAA all infringements of formal and material law can be reviewed under an e-NGO action when projects falling under Art. 9.2 AC are concerned. The alignment of the extent of judicial review to those of other EU Member States however is mostly limited to projects which are subject to EIA. Hence the overall view shows that the extent of the judicial review in Germany does not generally surpass the legal review concepts of other EU member states.

On the contrary it can be stated that in comparison with the other countries in this study – with the exception of Sweden – in Germany the more extensive control due to the more intensively judicial review is only applied restrictively, as the extent of the judicial review itself is restricted by the limited procedural, legal and factual issues which can be brought before the court. Hence there is reason to estimate that there is no room left to reduce the existing scope of legal standing and judicial review in Germany and that rather (another) extension thereof will be necessary in the future.

A restriction of judicial review, which sometimes is demanded due to the extension of the rights of action of e-NGOs, therefore only seems possible with regard to the intensity of the judicial review. This would not in general infringe with Art. 9.2 and 9.3 or the European Law since administrative margins of assessment and a restriction on the intensity of the judicial review are accepted for actions of the European Commission as well as in other EU member states. The ECJ assumes that the enforcement of the European Law is not excessively difficult to exercise only because the judicial review of administrative decisions is restricted. Still it must be ensured that the requirements of the European Law are (effectively) taken into consideration in each specific case. Therefore a restriction of judicial review is only accepted for European provisions that provide for an administrative margin of assessment themselves. Whether and to what extent the European Law provides for administrative margins of assessment and a restricted scope of the judicial review cannot be assessed in a general way but has to be determined for each relevant provision separately.

The constitutional requirements for effective legal protection and the rule of law under Art. 20 para. 3 of the Grundgesetz do not in general deny a restriction of the intensity of the judicial review. The Legislature can empower administrative authorities to take individual decisions to a certain extent with granting administrative margins of discretion and assessment. Still a general recognition of decision-making powers for the execution of vague legal terms or for the forecast of the application of the law – e.g. in the United Kingdom – is not permitted under the constitution (as shown above). Rather for each such provision, the decision-making power and its extent must be clearly pointed out in the provision itself. The analysis of German environmental law under this perspective indicates that the Legislature and jurisprudence have already exercised the existing legal opportunities. Moreover it has to be recognized that the administrative decision-making powers are subject to a judicial review which has to meet minimum requirements under the constitution which are more profound than a legal review on manifest errors as common in other legal systems.

In conclusion the German Legislature generally has permission under European Law as well as under the German Constitution to grant administrative decision-making powers and thus restrict the intensity of judicial review. A general restriction however is neither permitted for the extent nor the intensity of the judicial review due to the obligation to comply with the material law. This is true for factual ex-

amination too which generally has to be checked for completeness by the courts. Hence only specific amendments of the law are possible in this respect. However the ascertainment of vague legal terms through regulations remains possible in part.

#### **0.5.4 Legal costs**

Section 5 Section 5 of the report deals with the question of whether the requirement – laid down in Art. 9.4 AC – that access to justice in environmental matters shall not be “prohibitively expensive” was implemented in Germany in accordance with the Aarhus Convention especially with regard to legal aid and the refund of fees for expert opinion.

Therefore a legal comparison with the national legal systems of France, the United Kingdom, Italy and Sweden was conducted (5.3). As a result it turned out that only in the United Kingdom specific provisions for legal costs in legal proceedings in environmental matters exist whereas in Germany as well as in France and Italy, the general procedural provisions on legal costs are applied. However these provisions are only partially in accordance with the requirements developed by the case law of the ECJ concerning Art. 9.4 AC and the provisions of European Law that shall ensure that the legal costs are not “prohibitively” expensive (5.2).

In Germany court fees and fees for lawyers can be predicted very precisely in principle because they are based on the definition of “the value of the case” (Streitwert) and pre-determined fee rates (5.4.1). Moreover e-NGOs and individuals as plaintiffs can predict - under certain conditions - to be relieved of the fees for expert opinion (5.4.2.) and at least individual plaintiffs can apply for legal aid (5.4.3.). However, uncertainties still remain for the predictability of the risks for legal costs. Moreover, there are no concrete provisions on the limitation of legal costs, which clearly implement the provisions of the European law into the national legal system, as required by the case law of the ECJ. Therefore doubts remain over whether the (general) German provisions on legal costs are sufficient to meet the special requirements of the European law.

## 1 Einleitung

Der Bericht dokumentiert die Ergebnisse des vom Oktober 2014 bis November 2016 durchgeführten Forschungsprojektes „Die Umweltverbandsklage in der rechtspolitischen Debatte – Eine wissenschaftliche Auseinandersetzung mit Argumenten und Positionen zur Umweltverbandsklage, zugleich ein rechtsvergleichender Beitrag zur weiteren Diskussion des Verbandsrechtsschutzes im Umweltbereich“. Die während des Bearbeitungszeitraums eingeleitete Novellierung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes (UmwRG) war bei Beendigung des Projekts noch nicht abgeschlossen. Der Bericht nimmt daher auf den „Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer Vorschriften an europa- und völkerrechtliche Vorgaben“ vom 5.9.2016 (BT-Drs. 18/9526) Bezug. Auch Literatur und Rechtsprechung werden nur bis September 2016 berücksichtigt.<sup>5</sup>

Nach der dem Vorhaben zugrunde liegenden Leistungsbeschreibung bestand die Aufgabe der wissenschaftlichen Untersuchung darin, konkrete Forschungsfragen zum Rechtsschutz in Umweltangelegenheiten in Deutschland zu beantworten. Dessen Umfang und Anwendungsbereich wird durch völker- und unionsrechtliche Vorgaben geprägt: Deutschland hat sich durch Unterzeichnung der Aarhus-Konvention zur Umsetzung der dort gewährten Rechtsschutz- und Partizipationsgarantien verpflichtet. Zugleich sind vor allem die Vorgaben von Art. 9 Abs. 2 AK durch Art. 11 UVP-RL (2011/92/EU) und Art. 25 Industrieemissions-RL (2010/75/EU) umgesetzt worden.

Die Umsetzung dieser völker- und unionsrechtlichen Verpflichtungen in das nationale Recht hat partiell zu Schwierigkeiten geführt: Zum einen sind Inhalt und Umfang der bestehenden Verpflichtungen teilweise umstritten. Zum anderen muss die Zielstellung, den Vollzug des Umweltrechts durch erweiterte Klagerechte zu verbessern, mit dem bestehenden deutschen System des Verwaltungsschutzes in Einklang gebracht werden.

Ziel der Untersuchung ist es daher, durch die Beantwortung konkreter Forschungsfragen – insbesondere zur Umweltverbandsklage – offene Punkte zu klären und den Stand der Forschung zu ergänzen, um die teilweise schwierige Integration der Vorgaben der Aarhus-Konvention zur Ausgestaltung des Rechtsschutzes in Umweltangelegenheiten in das nationale Verwaltungsprozessrecht zu unterstützen. Dafür sind zu ausgewählten Aspekten auch rechtsvergleichende Untersuchungen zu den in Großbritannien, Frankreich, Italien, Schweden und Polen geltenden Regelungen durchgeführt worden.

### 1.1 Rechtsentwicklung zum Zugang zu Gericht

Seit dem Beitritt Deutschlands zur Aarhus-Konvention<sup>6</sup> besteht die Verpflichtung, den Zugang zu Gericht in Umweltangelegenheiten im Einklang mit den dafür in Art. 9 Abs. 2 und 3 AK enthaltenen Vorgaben zu gewährleisten. In Art. 9 Abs. 2 AK ist vorgesehen, dass der Gerichtszugang für Privatpersonen und Umweltvereinigungen bei Entscheidungen über bestimmte (große) umweltrelevante Vorhaben gewährleistet sein muss, wobei den Umweltvereinigungen unabhängig von einer Rechtsbetroffenheit eine umfassende Klagebefugnis zukommt. Demgegenüber ist Art. 9 Abs. 3 AK im Hinblick auf seinen Anwendungsbereich weiter gefasst und legt allgemein fest, dass eine gerichtliche Überprüfung von Verstößen gegen umweltbezogenes innerstaatliches Recht durch Handlungen oder Unterlassungen von Behörden oder Privaten möglich sein soll. Die Vorschrift schreibt für nach dem innerstaatlichen Recht zu konkretisierende Mitglieder der Öffentlichkeit den Zugang zu verwaltungsbehördlichen oder gerichtlichen Verfahren vor, „um die von Privatpersonen und Behörden vorgenommenen Handlungen und begangenen Unterlassungen anzufechten, die gegen umweltbezogenen Bestimmungen ihres inner-

---

<sup>5</sup> Auf das Urteil des EuGH vom 8.11.2016 (Rs. C-243/15) zum Rechtsschutz von Bürgern bei Anwendung der FFH-Richtlinie (92/43/EG), das neue Aspekte für den Zugang zu Gerichten enthält, wird daher nicht eingegangen.

<sup>6</sup> Vgl. das Ratifikationsgesetz vom 9.12.2006, BGBl. II, S. 1251.

*staatlichen Rechts verstoßen*“. Durch Art. 9 Abs. 4 und 5 AK werden schließlich Verfahrensgrundsätze für den Zugang zu Gericht vorgegeben.

Da auch die Europäische Union der Aarhus-Konvention beigetreten ist, gibt es auch auf europäischer Ebene mehrere Rechtsakte zur Umsetzung der Aarhus-Konvention (Art. 11 UVP-Richtlinie (2011/92/EU) und Art. 25 Industrieemissions-Richtlinie (2010/75/EU)), die für den deutschen Gesetzgeber ebenfalls verbindlich und bei der Ausgestaltung des Rechtsschutzes in Umweltangelegenheiten zu beachten sind.

Die Herausforderung besteht dabei darin, die völker- und unionsrechtlichen Vorgaben so in das nationale Recht umzusetzen, dass diese Vorgaben effektiv wirksam werden, ohne dabei das deutsche System des Individualrechtsschutzes grundlegend zu verändern. Nach der im deutschen Verwaltungsprozessrecht geltenden Schutznormtheorie ist nämlich der Zugang zu Gericht gemäß § 42 Abs. 1 VwGO auf die Überprüfung von Rechtsverstößen beschränkt, durch die der Kläger in eigenen Rechten verletzt sein kann. Bei umweltschützenden Vorschriften, die nur dem Gemeinwohl und nicht zugleich auch dem Schutz eigener Rechte dienen, wird deswegen eine Rügebefugnis von Individualklägern bisher grundsätzlich verneint.<sup>7</sup> Seit den 1980er Jahren sind daher für den Bereich des Naturschutzrechts in mehreren Bundesländern – und seit 2002 dann auch auf Bundesebene – zusätzlich Klagemöglichkeit für anerkannte Naturschutzverbände eingeführt worden, die allerdings nur für bestimmte, enumerativ aufgeführte behördliche Entscheidungen gelten.

Nach der Unterzeichnung der Aarhus-Konvention durch die Bundesrepublik Deutschland wurde von der Bundesregierung zunächst als Strategie verfolgt, den Umsetzungsprozess auf europäische Ebene abzuwarten, um nicht – im Falle eines europäischen Rechtsaktes – zweimal gesetzgeberisch aktiv werden zu müssen.<sup>8</sup> Während diese Strategie hinsichtlich der ersten beiden Säulen der Aarhus-Konvention (Zugang der Öffentlichkeit zu Umweltinformationen und zur Beteiligung an Verwaltungsverfahren) aufging, weil diese eine zügige Umsetzung durch eigenständige Richtlinien erfuhren,<sup>9</sup> konnte hinsichtlich der dritten Säule – des Zugangs zu Gericht – auf europäischer Ebene (bis heute) keine Einigung über eine eigenständige Richtlinie erzielt werden.

Die nationale Umsetzung der völkerrechtlichen Vorgaben zum Gerichtszugang erfolgte dennoch zunächst nur auf Grundlage unionsrechtlicher Vorgaben: Mit dem Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz (UmwRG) vom 7.12.2006<sup>10</sup> wurde die Öffentlichkeitsbeteiligungs-Richtlinie umgesetzt, die unter anderem Vorschriften über den Gerichtszugang in die UVP-Richtlinie<sup>11</sup> und die damalige IVU-Richtlinie<sup>12</sup> einfügte und der Umsetzung des Art. 9 Abs. 2 AK diente. Seit Verabschiedung des Gesetzes war aber umstritten, ob der deutsche Gesetzgeber damit die unionsrechtlichen Vorgaben und insbesondere auch die völkerrechtlichen Vorgaben der Aarhus-Konvention ausreichend umgesetzt hatte.<sup>13</sup> Denn der deut-

---

<sup>7</sup> Vgl. Kloepfer (2011), Rn. 9 – mwN.

<sup>8</sup> Vgl. BT-Drs. 14/3254 v. 25.04.2000.

<sup>9</sup> Richtlinie 2003/94/EG vom 28.01.2003 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Umweltinformationen und zur Aufhebung der Richtlinie 90/313/EWG des Rates (ABl. Nr. L 41, 26); Öffentlichkeitsbeteiligungsrichtlinie – Richtlinie 2003/35/EG v. 26.05.2003 über die Beteiligung der Öffentlichkeit bei der Ausarbeitung bestimmter umweltbezogener Pläne und Programme.

<sup>10</sup> Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz vom 7. Dezember 2006, (BGBl. I S. 2816).

<sup>11</sup> Heute umgesetzt in Art. 11 der novellierten UVP-Richtlinie (Richtlinie 2011/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.12.2011 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten (ABl. EU 2012 Nr. L 26, S. 1), geändert durch Richtlinie 2014/52/EU vom 16.4.2014 (ABl. EU Nr. L 124, S. 1) und Art. 25 der Industrieemissions-RL (Richtlinie 2010/75/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.11.2010 über Industrieemissionen (integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung) (Neufassung) (ABl. EU 2012 Nr. L 26, S. 1).

<sup>12</sup> Richtlinie 96/61/EG des Rates vom 24.9.1996 über die integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung (ABl. EG Nr. L 257, S. 26).

<sup>13</sup> Vgl. - statt vieler – näher dazu Schlacke, NuR 2007, 8, 13 ff.

sche Gesetzgeber vertrat die Auffassung, dass Art. 9 Abs. 3 AK keine „eigene Implementierung“ im nationalen Recht erfordere.<sup>14</sup>

Durch die erste Fassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes wurden die Klagemöglichkeiten für anerkannte Umweltverbände zwar hinsichtlich der Klagegegenstände deutlich erweitert. Es konnte danach insbesondere gegen alle UVP-pflichtigen Vorhaben (also auch gegen Industrieanlagen und bestimmte Bebauungspläne) geklagt werden, während sich der Anwendungsbereich der naturschutzrechtlichen Verbandsklagen nach § 64 BNatSchG auf Planfeststellungen und Befreiungen von Verboten in bestimmten Schutzgebieten beschränkte. Allerdings wurden die Rügemöglichkeiten zunächst – anknüpfend an die schon erwähnte Schutznormtheorie – nur auf solche dem Umweltschutz dienende Rechtsnormen begrenzt, die auch „Rechte Einzelner begründen“.<sup>15</sup> Damit sollte erreicht werden, dass die Klagebefugnisse der Umweltverbände vor allem bei Industrieanlagen nicht weiter gehen, als die auch schon für Individualkläger bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten.<sup>16</sup>

In der Folgezeit wurde vor allem durch die Rechtsprechungspraxis des Europäischen Gerichtshofes und mit der durch die Vertragsstaaten der Aarhus Konvention bestätigten Spruchpraxis des Aarhus Convention Compliance Committee (ACCC) aufgezeigt, dass die völker- und unionsrechtlichen Vorgaben durch diese Fassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes nicht ausreichend in das nationale Recht umgesetzt worden waren:

In der Entscheidung „Trianel“<sup>17</sup> urteilte der Europäische Gerichtshof, dass die in § 2 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 5 UmwRG a.F. enthaltene Beschränkung der Rügebefugnisse von Umweltverbänden auf solche Umweltrechtsnormen, die Rechte Einzelner begründen, dem Unionsrecht widerspricht.<sup>18</sup> Nach diesem Urteil konnten die Umweltverbände vor Gericht die Verletzung von Vorschriften, die aus dem Unionsrecht hervorgegangen sind und dem Umweltschutz dienen, uneingeschränkt geltend machen. Dies wurde mit Novellierung des UmwRG<sup>19</sup> im Jahre 2013 in das nationale Recht umgesetzt.

Auch in der Entscheidung „Altrip“<sup>20</sup> im November 2013, welche die Regelung zur Relevanz von Verfahrensfehlern bei durchgeführten Umweltverträglichkeitsprüfungen in § 4 UmwRG betraf, rügte der Europäische Gerichtshof die unzureichende Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben.<sup>21</sup> Diese Rechtsprechung führte ebenfalls zu einer Gesetzesänderung, nach der jetzt insbesondere alle schwerwiegenden Verfahrensfehler gemäß § 4 Abs. 1 UmwRG zur Rechtswidrigkeit der betroffenen Verwaltungsentscheidung führen können.

Ein rechtsdogmatisch noch weitergehender Anpassungsdruck ergab sich aber dadurch, dass der Regelungsgehalt des Art. 9 Abs. 3 AK zunehmend von den Gerichten in den Blick genommen wurde: Im März 2011 entschied der EuGH im „Braunbären-Fall“, dass Art. 9 Abs. 3 AK im Unionsrecht zwar keine unmittelbare Wirkung entfaltet, aber *„das nationale Recht im Hinblick auf die Gewährung eines effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes in den vom Umweltrecht der Union erfassten Bereichen so auszulegen (sei), dass es so weit wie möglich im Einklang mit den in Art. 9 Abs. 3 des Übereinkommens von Aarhus festgelegten Zielen steht.“*<sup>22</sup> In der Folge ergab sich eine uneinheitliche Interpretation dieses Urteils durch die deutschen Verwaltungsgerichte: Teilweise wurde die Zulässigkeit einer Klage auf der Grund-

<sup>14</sup> BT-Drs. 16/2497 v. 4.9.2006, 46.

<sup>15</sup> Vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 5 UmwRG.

<sup>16</sup> Vgl. im Einzelnen dazu Schmidt/Schrader/Zschesche (2014), Rn. 40 ff. – mwN.

<sup>17</sup> EuGH, Urt. v. 12. Mai 2011, Rs. C-115/09 (Trianel) und EuGH, Urt. v. 7. November 2013, Rs. C-72/12 (Altrip).

<sup>18</sup> EuGH, Urt. v. 12.05.2011, Rs. C-115/09 (Trianel).

<sup>19</sup> Gesetz zur Änderung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer umweltrechtlicher Vorschriften vom 21. Januar 2013 (BGBl. I S. 734).

<sup>20</sup> EuGH, Urt. v. 07.11.2013, Rs. C-72/12 (Altrip).

<sup>21</sup> Vgl. zu Einzelheiten etwa: Sauer, Rechtsschutz in Umweltangelegenheiten im Umbruch, ZUR 2014, 200 ff.

<sup>22</sup> EuGH, Urt. v. 08.03.2011, Rs. C-240/09 - NVwZ 2011, 673 ff. (Slowakischer Braunbär).

lage des Art. 9 Abs. 3 AK abgelehnt<sup>23</sup> und teilweise bejaht.<sup>24</sup> Das Bundesverwaltungsgericht entschied schließlich im September 2013,<sup>25</sup> dass eine Umsetzung von Art. 9 Abs. 3 AK auch in Deutschland notwendig sei<sup>26</sup> – eine direkte Anwendbarkeit der Regelung lehnte es aber ab. In der Begründung wird argumentiert, dass ein Umweltverband aufgrund seiner prokuratorischen Rechtsstellung „*öffentliche Belange des Umweltschutzes zum eigenen Anliegen machen*“<sup>27</sup> könne und daher im Sinne von § 42 Abs. 2 VwGO eine Klagebefugnis bei umweltschützenden Vorschriften des Unionsrechtes habe. Die genauen Folgen des Urteils waren anschließend umstritten.<sup>28</sup> Klar war aber, dass der Gesetzgeber ausgehend von Art. 9 Abs. 3 AK weitere Verbandsklagemöglichkeiten in das deutsche Verwaltungsrecht einpassen muss.

Auch auf völkerrechtlicher Ebene wurde die unzureichende Umsetzung der Aarhus Konvention hinsichtlich Art. 9 Abs. 2 und 3 AK durch deren 5. Vertragsstaatenkonferenz in dem Beschluss V/9h vom 2. Juli 2014<sup>29</sup> gerügt. Der Beschluss bestätigte die Entscheidung des ACCC,<sup>30</sup> wonach die Umsetzung von Art. 9 Abs. 2 und 3 AK in zwei Punkten als völkerrechtswidrig angesehen wurde: Zum einen müsse die Anwendung umweltbezogener Bestimmungen durch Privatpersonen oder Behörden überprüfbar gemacht werden. Zum anderen müsse im Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 2 AK die Einschränkung der Rügebefugnis auf „Vorschriften, die dem Umweltschutz dienen“ entfallen.

Zudem geriet auch der Regelungsgehalt des Art. 9 Abs. 4 AK durch EuGH-Entscheidungen zu Kostenaspekten beim Zugang zu Gerichten in den Blick: In zwei Entscheidungen vom April 2013<sup>31</sup> und vom Februar 2014<sup>32</sup> rügte der EuGH für Großbritannien, dass der Zugang zu Gerichten dort übermäßig teuer sei und dadurch zu unzulässigen Einschränkungen der Rechtsschutzmöglichkeiten für die Bürger oder auch anerkannten Umweltverbände führe.

Schließlich erging während der Projektlaufzeit die durch ein von der EU-Kommission im Oktober 2013 angestregtes Vertragsverletzungsverfahren<sup>33</sup> initiierte Entscheidung des EuGH vom Oktober 2015:<sup>34</sup> In diesem Urteil ist u.a. entschieden worden, dass die Präklusion von Einwendungen gemäß § 2 Abs. 3 UmwRG im gerichtlichen Verfahren eine Beschränkung darstellt, die den unionsrechtlichen Vorgaben widerspricht.

## 1.2 Aufbau der Untersuchung und zu untersuchende Fragestellungen

Vor dem Hintergrund dieser Rechtsentwicklung waren im Forschungsprojekt zehn rechtswissenschaftliche Fragestellungen für den Umsetzungsprozess der Aarhus-Konvention in Deutschland gutachterlich zu untersuchen. Diese sind thematisch untergliedert worden in:

<sup>23</sup> OVG Lüneburg, Urt. v. 30.7.2013 – 12 MN 300/12; OVG Koblenz, Beschl. v. 27. 2. 2013 – 8 B 10254/13.

<sup>24</sup> VG Wiesbaden, Urt. v. 10.10.2011 4 K 757/11.WI(1); VG Kassel, B. v. 14.5.2012 - 9 B 1918/11 VG; VG München, Urt. v. 9.10.2012 - M 1 K 12.1046; VG Augsburg, B. v. 13.2.2013 - Au 2 S 13.143; OVG Koblenz, B. v. 6.2.2013 - 1 B 11266/12.OVG

<sup>25</sup> BVerwG, Urt. v. 5. September 2013, Z C 21.12.

<sup>26</sup> Siehe hierzu ausführlich Bunge, Zur Klagebefugnis anerkannter Umweltverbände, ZUR 2014 3 f., Porsch, Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz im Umweltrecht, NVwZ 21/2013; Sauer, Rechtsschutz in Umweltangelegenheiten im Umbruch, ZUR 2014, 195 f.; Gärditz, Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz im Umweltrecht, NVwZ 2014 1 f.

<sup>27</sup> BVerwG, Urt. v. 5. September 2013, Z C 21.12, Rn. 49.

<sup>28</sup> U.a. Porsch, Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz im Umweltrecht, NVwZ 21/2013; Sauer, Rechtsschutz in Umweltangelegenheiten im Umbruch, ZUR 2014, 195 f.; Gärditz, Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz im Umweltrecht, NVwZ 2014 1 f.

<sup>29</sup> Entscheidung V/9 h, Dok. ECE/MP.PP/2014/CRP.4 vom 14.10.2014.

<sup>30</sup> ACCC/C/2008/31.

<sup>31</sup> EuGH, Urt. v. 20.04.2013, Rs. C-260/11.

<sup>32</sup> EuGH, Urt. v. 13.02.2014, Rs. C-530/11.

<sup>33</sup> Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2007/4267, Presserklärung der Europäischen Kommission v. 17.10.2013, IP/13/967.

<sup>34</sup> EuGH, Urt. v. 15.10.2015, Rs. C 137/14.

- Zugang zu Gericht von Umweltverbänden sowie Individualklägern und Gemeinden.
- Prüfungsumfang und Prüftiefe bei der gerichtlichen Kontrolle.
- Kosten des Verfahrens.

Der Abschlussbericht strukturiert sich anhand dieser thematischen Untergliederung.

### **1.2.1 Zugang zu Gericht**

In den Abschnitten 2 und 3 werden die zum erstgenannten Themenkomplex „Zugang zu Gericht“ zu untersuchenden sechs Forschungsfragen beantwortet. Diese lauten:

- *Wie genau sind nach dem aktuellen, auch internationalen, Fachdiskurs (Schrifttum/Rechtsprechung) die Rechtsschutzvorgaben von Art. 9 Abs. 2 Aarhus-Konvention einerseits und Art. 9 Abs. 3 AK andererseits im Hinblick auf Umfang/Reichweite und Voraussetzungen der jeweils vermittelten Klagerechte für Umweltverbände voneinander abzugrenzen?*
- *Wie erfolgte bislang die Umsetzung von Art. 9 Abs. 3 Aarhus-Konvention in anderen Mitgliedsstaaten der EU (Frankreich, Italien, Schweden und Großbritannien)?*
- *Welche Vorgaben und Erkenntnisse für die Ausgestaltung eines Rechtsschutzes im Einklang mit Art. 9 Abs. 3 AK folgen aus den Ergebnissen der ersten Frage für den deutschen Gesetzgeber?*
- *Welche Rolle spielt die Organisationsform von Verbänden für den Zugang zu Gericht in anderen EU-Mitgliedsstaaten?*
- *Ist es im Lichte der Vorgaben der Aarhus-Konvention geboten, die Rügebefugnisse des Einzelnen als Individualkläger denen bei den Verbandsklagen im Umweltrecht anzugleichen?*
- *Ist es im Lichte der Vorgaben der Aarhus-Konvention bzw. nach dem Grundgesetz geboten, die Rügebefugnisse von klagenden Gemeinden denen bei Verbandsklagen anzugleichen?*

Die Fragen dieses Themenkomplexes betreffen den Umfang und die Abgrenzung der in Art. 9 Abs. 2 und Abs. 3 AK enthaltenen Rechtsschutzvorgaben und die daraus resultierenden Umsetzungsvorgaben für das nationale Recht hinsichtlich der Klagerechte von Umweltverbänden, Individuen und Gemeinden.

Dabei war hinsichtlich der ersten drei Fragen insbesondere eine Klärung der in Art. 9 Abs. 3 AK enthaltenen Rechtsschutzgarantien vorzunehmen. Denn während zur Bedeutung von Art. 9 Abs. 2 AK für die Klagen von Umweltverbänden insbesondere durch die Rechtsprechung des EuGH und die Spruchpraxis des ACCC sowie durch die an diese Rechtsprechung anschließende Bundesgesetzgebung bereits wesentliche Klärungen erreicht werden konnten, war der genaue Inhalt der Rechtsschutzvorgaben des Art. 9 Abs. 3 AK hinsichtlich der Klagerechte – auch der Umweltverbände – zum Teil ungeklärt.

Die vierte Forschungsfrage widmete sich ebenfalls noch den Umweltverbänden und gab auf, rechtsvergleichend zu untersuchen, welche Rolle die Organisationsstruktur von Umweltverbänden in den anderen EU-Mitgliedsstaaten Frankreich, Italien, Schweden, Großbritannien und Polen spielt. Hintergrund dieser Frage ist, dass in Deutschland eine Umweltverbandsklage gemäß § 2 Abs. 1 S. 2 UmwRG nur von nach § 3 UmwRG anerkannten Vereinigungen erhoben werden kann und damit Voraussetzungen an die Organisationsstruktur der anzuerkennenden Umweltverbände den Zugang zu Gericht im Rahmen von Art. 9 Abs. 2 und 3 AK beeinflussen.

Die letzten beiden Fragen dieses Themenkomplexes erweiterten dann den Fokus auf die Klagerechte von Individualklägern und Gemeinden und sollten klären, inwieweit nach den Rechtsschutzvorgaben zu Art. 9 Abs. 2 und Abs. 3 AK und des Grundgesetzes deren Rügebefugnisse denen der Umweltverbände angeglichen werden müssen.

### 1.2.2 Gerichtliche Kontrolle

Die „gerichtliche Kontrolle“ ist hinsichtlich des Prüfungsumfangs und der Prüftiefe in Abschnitt 4 des Abschlussberichts anhand der folgenden drei Fragen analysiert worden:

- *Existieren in anderen EU-Mitgliedsstaaten (Italien, Großbritannien, Polen, Schweden und Frankreich) ebenfalls Anforderungen für Rechtsbehelfe von Umweltverbänden, die vergleichbar sind mit der materiellen Präklusion nach § 2 Abs. 3 UmwRG, und wie werden solche Regelungen im Fachdiskurs (Schrifttum/Rechtsprechung) des jeweiligen Mitgliedsstaates im Hinblick auf ihre Konformität mit den Anforderungen des Unionsrechts und der Aarhus-Konvention bewertet?*
- *Welche Begrenzungen in der richterlichen Prüftiefe/Kontrolldichte bestehen im nationalen Recht und sind sie sachlich begründet?*
- *Welche Begrenzungen in der richterlichen Prüftiefe bestehen verglichen mit dem deutschen Recht in Italien, Großbritannien, Schweden und Frankreich und sind diese ihrerseits jeweils konform mit dem Unionsrecht (insb. Effektivitätsgebot)?*

Die Forschungsfragen zur gerichtlichen Kontrolle betrafen die Frage, wie der Umfang der gerichtlichen Kontrolle von umweltrelevanten Verwaltungsentscheidungen und die richterliche Prüftiefe in Deutschland im Vergleich mit der Ausgestaltung des Umweltrechtsschutzes in anderen EU-Staaten zu beurteilen sind. Es geht dabei um zwei Aspekte der Reichweite und Intensität gerichtlicher Kontrolle, die in der rechtswissenschaftlichen Diskussion unterschieden werden, wobei die verwendete Terminologie nicht einheitlich ist:<sup>35</sup> Zum einen geht es darum, in welchem Umfang die Gerichte angegriffene Verwaltungsentscheidungen auf ihre Rechtmäßigkeit überprüfen; insoweit ist vom Prüfungsumfang oder von der Kontrollbreite die Rede, die durch das Klagevorbringen und durch Einschränkungen der Rügebefugnisse auf bestimmte Einwendungen oder Rechtsvorschriften bestimmt wird. Zum anderen stellt sich die Frage, inwieweit die Gerichte die relevanten Sach- und Rechtsfragen sowie die fachlichen Einschätzungen der Behörden prüfen können oder müssen; insoweit geht es um die richterliche Kontroll- oder Prüftiefe oder „Kontrolldichte“ (dieser Begriff wird aber auch allgemeiner verstanden). Die erste Forschungsfrage, ob es in anderen EU-Staaten ebenfalls eine materielle Präklusion von Einwendungen gibt, betrifft die Eingrenzung des Prüfungsumfangs, während sich die beiden anderen Fragen auf die richterliche Prüftiefe beziehen.

Hintergrund der Fragen ist, dass die mit der Umsetzung von Art. 9 Abs. 2 und 3 AK und mit dem daran anknüpfenden Unionsrecht verbundene Ausweitung der Klagerechte von Umweltverbänden eine Diskussion darüber ausgelöst hat, ob und inwieweit insbesondere bei Verbandsklagen die gerichtliche Kontrolle der angegriffenen Verwaltungsentscheidungen eingeschränkt werden soll und kann.<sup>36</sup> Ein Ausgangspunkt für diese Diskussion ist die Befürchtung, dass die erweiterten Klagerechte die Dauer von Planungs- und Genehmigungsverfahren sowie von verwaltungsgerichtlichen Verfahren erheblich verlängern und dadurch industrielle Vorhaben oder Infrastrukturprojekte verzögern oder sogar verhindern könnten.<sup>37</sup> Außerdem wird darauf verwiesen, dass der weite Zugang zu Gerichten in anderen EU-Staaten meist mit einer geringen Prüftiefe bei der gerichtlichen Kontrolle einhergehe, so dass es

---

<sup>35</sup> Siehe dazu Wahl, in: Kluth/Rennert (2008), S. 56 ff., der „Kontrolldichte“ als Oberbegriff ansieht und dann die „Kontrollbreite“ und „Kontrolltiefe“ unterscheidet; daran anknüpfend z.B. Steinbeiß-Winkelmann, NJW 2010, 1233 (1237); hingegen spricht z.B. Epiney, NVwZ 2014, 465 (470 ff.), von „Prüfungsumfang“ und „Kontrolldichte“ (= Prüftiefe).

<sup>36</sup> Vgl. Epiney/Sollberger (2002), S. 427 ff.; Ziekow, NVwZ 2007, 259 (266 f.); Wahl, in: Kluth/Rennert (2008), S. 55 ff.; Steinbeiß-Winkelmann, NJW 2010, 1233 (1237); Leidinger, NVwZ 2011, 1345 (1349 f.).

<sup>37</sup> Vgl. Zeissler/Schmitz, UPR 2016, 1 (4); siehe auch das auf notwendige Änderungen im Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz in Folge des Trianel-Urteils (EuGH vom 11.05.2011, Rs. C-115/09) bezogene BDI-Positionspapier (2011), S. 1 f., sowie zu weiteren Gesetzesänderungen die Stellungnahme der DIHK (2014), S. 1.

zulässig und sinnvoll sei, die Ausweitung der Klagerechte in Deutschland unter anderem mit einer Zurücknahme der als sehr hoch eingeschätzten Kontrolldichte zu verbinden.<sup>38</sup>

Dem steht die Auffassung gegenüber, dass es gerade bei umweltrelevanten Verwaltungsentscheidungen im deutschen Recht bereits diverse Einschränkungen der gerichtlichen Kontrolle gebe, die einen effektiven Rechtsschutz erschweren und daher den Vorgaben des Art. 9 Abs. 2 und 4 AK sowie dem Unionsrecht zumindest teilweise nicht entsprechen würden.<sup>39</sup> Das betraf vor allem Regelungen für den Ausschluss von Einwendungen, die im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung bei Planungs- und Genehmigungsverfahren nicht rechtzeitig erhoben worden sind, für die nachfolgenden Rechtsschutzverfahren (insbesondere die materielle Präklusion gemäß § 2 Abs. 3 UmwRG).<sup>40</sup> Kritisiert wird aber beispielsweise auch die Anerkennung von gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielräumen der Verwaltung unter anderem bei der Anwendung naturschutzrechtlicher Vorschriften.<sup>41</sup>

### 1.2.3 Kosten des Verfahrens

Die „Kosten des Verfahrens“ wurden schließlich in Abschnitt 5 zur Beantwortung der nachstehenden Frage in den Blick genommen:

- *Sind die Vorgaben aus Art. 9 Abs. 4 Aarhus Konvention in Deutschland konventionskonform umgesetzt, insbesondere im Hinblick auf die Gewährung von Prozesskostenhilfe und die Übernahme von Gutachterkosten?*

Hintergrund der Forschungsfragen zu den Kosten des Verfahrens ist, dass der Rechtsschutz in Umweltaangelegenheiten gemäß Art. 9 Abs. 4 AK „nicht übermäßig teuer“ sein darf. Diese Vorgabe ist durch Art. 11 Abs. 4 RL 2011/92/EG und Art. 25 Abs. 4 RL 2010/75/EU in das Unionsrecht übernommen worden. Damit wird den Mitgliedstaaten aufgegeben, die Regelungen für Prozess- und Anwaltskosten speziell im Bereich des Umweltrechtsschutzes so auszugestalten, dass ein „weiter Zugang zu Gericht“ gewährleistet ist. Die mit den Rechtsschutzverfahren verbundenen Kostenrisiken dürfen also nicht so groß sein, dass potenzielle Kläger von einer Rechtsverfolgung abgehalten werden. In Art. 9 Abs. 4 AK und im Unionsrecht werden zwar keine Kriterien dafür genannt, wann Prozesskosten „übermäßig teuer“ sind. Der Europäische Gerichtshof hat jedoch in zwei Urteilen zu den in Großbritannien und Irland vor dem Jahre 2013 geltenden Kostenregelungen<sup>42</sup> festgestellt, dass diese mit dem Unionsrecht nicht zu vereinbaren waren, wobei die bei der Erhebung von Prozesskosten für umweltrelevante Rechtsschutzverfahren zu beachtenden Anforderungen näher konkretisiert worden sind. Zugleich werden die Prozesskosten auch in Deutschland zumindest von den Umweltverbänden durchaus als Hindernis für die Wahrnehmung ihrer Klagemöglichkeiten angesehen.<sup>43</sup>

<sup>38</sup> So z.B. Leidinger, NVwZ 2011, 1345 (1349 f.), ferner BDI-Positionspapier (2011), S. 2 ff. (mit zahlreichen Vorschlägen); vgl. zu den Ansätzen dieser Diskussion außerdem Wahl, in Kluth/Rennert (2008), 55, mwN; siehe aber auch Epiney, NVwZ 2014, 465 (475), die darauf hinweist, dass die Ergebnisse eines Rechtsvergleichs zwischen verschiedenen EU-Staaten zwar auf eine gewisse Verbindung zwischen engem gerichtlichen Zugang und hoher Kontrolldichte (sowie umgekehrt) hindeuten, dass ein solcher Zusammenhang aber nicht „zwingend“, ist.

<sup>39</sup> Vgl. die kritische Diskussion der „Hindernis-Kumulation“ von Ekaradt, EurUP 2012, 64 ff. und 128 ff., zu damals bestehenden Hemmnissen bei der Wahrnehmung von Beteiligungs- und Klagerechten auch Schmidt, ZUR 2011, 296 ff.

<sup>40</sup> Siehe z.B. die Kritik von Berkemann, EurUP 2014, 147 (155 f.); Bunge, ZUR 2015, 531 (534 f.); Frenz, NuR 2012, 619 ff.; Seibert, NVwZ 2013, 1040 (1044 f.); Schlacke, Aarhus Handbuch, § 3 Rn. 177; näher dazu Schmidt/Schrader/Zschiesche (2014), Rn. 196 ff.; a.A. BVerwG, Urt. v. 14.7.2011 – 9 A 12.10 – NuR 2011, 866 ff.; Geismann/Schulz, NuR 2014, 624 ff.

<sup>41</sup> Vgl. die Kritik an der Rechtsprechung des BVerwG bei Gassner, DVBl. 2012, 1479 ff.; Brandt, NuR 2013, 482 ff.; differenzierend Gellermann, NuR 2014, 597 ff.; vgl. auch Lau, UPR 2010, 169 ff.

<sup>42</sup> EuGH, Urt. v. 11.4.2013 – C-260/11, sowie Urt. v. 13.2.2014 – C-530/11.

<sup>43</sup> Vgl. Schmidt/Schrader/Zschiesche (2014) Rn. 511; siehe auch Schmidt ZUR 2012, 210 ff.

### 1.3 Methodik der rechtsvergleichenden Untersuchung

Um die zu ausgewählten Aspekten durchzuführende rechtsvergleichende Untersuchung zu den in Großbritannien, Frankreich, Italien, Schweden und Polen geltenden Regelungen vorzubereiten, wurden Expert\*innen aus den Zielstaaten mit der Erstellung eines eigenständigen Gutachtens beauftragt.

Dafür wurden – anhand der im Projekt rechtsvergleichend zu untersuchenden Forschungsfragen – „**Questionnaires**“ – also erläuternde Fragenkataloge – erstellt. Das Ziel dieser Fragenkataloge war, die Auffassungen über und die Praxis bei der Umsetzung von Art. 9 Abs. 2 bis 4 AK in Großbritannien, Frankreich, Italien, Schweden und – in geringerem Prüfungsumfang – für Polen detailliert mit den Regelungen und der Diskussion in Deutschland zu vergleichen. Dabei wurde zunächst von der dem Forschungsprojekt zugrunde liegenden Leistungsbeschreibung ausgegangen, in der näher erläutert wird, worauf die rechtsvergleichende Untersuchung und die dazu gestellten Fragen zielen. Außerdem wurde die im Auftrag der EU-Kommission erstellte Studie „Effective Justice?“<sup>44</sup> ausgewertet, in der die Umsetzung von Art. 9 Abs. 2 bis 4 AK und des daran anknüpfenden Unionsrechts bereits für den Zeitraum bis Anfang 2012 rechtsvergleichend untersucht wurde. Unter Berücksichtigung der Entscheidungen, die seit 2012 insbesondere durch den EuGH und das ACCC zu den Klagemöglichkeiten der Umweltverbände getroffen wurden, sind schließlich die „Questionnaires“ entwickelt worden. Ergänzend zu den in der Leistungsbeschreibung gestellten Fragen wurden darin vor allem die Darstellung und Diskussion der seit Anfang 2012 eingetretenen Entwicklung abgefragt.

Während für Großbritannien, Frankreich, Italien und Schweden wegen der gleichen, rechtsvergleichend zu untersuchenden Fragestellungen ein einheitlicher „Questionnaire“ entwickelt wurde,<sup>45</sup> wurde für Polen ein eigener „Questionnaire“ erstellt, da der Rechtsvergleich hier nur Fragen des Prüfungsumfangs bei der gerichtlichen Kontrolle erfasst.<sup>46</sup>

Die „Questionnaires“ enthielten einige Erläuterungen zum deutschen Recht und beziehen sich dabei insbesondere auf die Regelungen des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes, um zu gewährleisten, dass die ausländischen Expert\*innen bei der Erläuterung und Diskussion der dort bestehenden Rechtslage auf die Punkte eingehen konnten, die aus deutscher Sicht zu Schwierigkeiten bei der Umsetzung von Art. 9 Abs. 2 bis 4 AK führen.

Im Zeitraum Februar bis Mai 2015 erarbeiteten dann die folgenden ausländischen Expert\*innen jeweils einen Gesamtbericht zur Klärung der im Forschungsvorhaben zu bearbeitenden Rechtsfragen in ihren Ländern, der anschließend von den deutschen Forschern ausgewertet wurde:

- zu Frankreich: Prof. Dr. Michel Prieur, Universität Limoges.<sup>47</sup>
- zu Großbritannien: Carol Day, Solicitor at law, Leigh Day, London.<sup>48</sup>
- zu Italien: Prof. Dr. Margherita Poto, Universität Turin.<sup>49</sup>
- zu Polen: Magdalena Bar, Dr. Jerzy Jendrośka, Jendrośka Jerzmański Bar & Partners, Breslau zusammen mit Prof. Dr. Jerzy Rotko, Universität Wrocław.<sup>50</sup>

---

<sup>44</sup> Vgl. Darpö, Jan, Effective Justice? Synthesis report on the Implementation of Articles 9.3 and 9.4 of the Aarhus Convention in the Member States of the European Union, 2013: [http://ec.europa.eu/environment/aarhus/access\\_studies.htm](http://ec.europa.eu/environment/aarhus/access_studies.htm) (abgerufen am 19.10.2016).

<sup>45</sup> Vgl. Anlage 1, Questionnaire.

<sup>46</sup> Vgl. Anlage 2, Questionnaire Polen.

<sup>47</sup> Vgl. Anlage 3, Länderbericht Frankreich.

<sup>48</sup> Vgl. Anlage 4, Länderbericht Großbritannien.

<sup>49</sup> Vgl. Anlage 5, Länderbericht Italien.

<sup>50</sup> Vgl. Anlage 6, Länderbericht Polen.

- zu Schweden: Prof. Dr. Jan Darpö, Universität Uppsala.<sup>51</sup>

Zudem fand im März 2016 im Rahmen des Projektes ein internationales wissenschaftliches **Symposium** unter dem Titel „Comparative View on Access to Justice in Environmental Matters“ in Berlin statt.<sup>52</sup> Dieses Symposium diente dazu, den aktuellen Forschungsstand im Projekt zu präsentieren und zu reflektieren. Außerdem konnten dabei offene Fragen geklärt werden, die nach Auswertung der Länderberichte noch bestanden. Die durch das Ergebnisprotokoll zum Symposium<sup>53</sup> gewonnen Erkenntnisse wurden daher für die rechtsvergleichende Untersuchung ebenfalls hinzugezogen.

## 2 Zugang zu Gericht

Der erste große Fragenkomplex, den die Untersuchung behandelt, beschäftigt sich mit Fragen nach dem Zugang zu gerichtlichen Rechtsschutzverfahren. Die erste dazu beantwortende Frage lautet:

*Wie genau sind nach dem aktuellen, auch internationalen, Fachdiskurs (Schrifttum/Rechtsprechung) die Rechtsschutzvorgaben von Art. 9 Abs. 2 AK einerseits und Art. 9 Abs. 3 AK andererseits im Hinblick auf Umfang/Reichweite und Voraussetzungen der jeweils vermittelten Klagerechte für Umweltverbände voneinander abzugrenzen?*

Die Frage und ihre hier vorgelegte Untersuchung richten sich auf die „Klagerechte für Umweltverbände“. Mögliche Klagerechte anderer Personen<sup>54</sup> und Vereinigungen werden deshalb hier nur insoweit mitbehandelt, als dies für das genaue Verständnis der Klagerechte von Umweltverbänden erforderlich ist. Mit dem Begriff der „Umweltverbände“ werden im Folgenden Vereinigungen bezeichnet, die sich für den Umweltschutz einsetzen und deshalb jedenfalls potentiell „nichtstaatliche Organisationen“ i.S.v. Art. 2 Nr. 5 AK bzw. Umweltschutzvereinigungen i.S.v. § 2 UmwRG sein können.

### 2.1 Geltung des Art. 9 Abs. 3 AK auch für Umweltverbände

Während hinsichtlich der Bedeutung von Art. 9 Abs. 2 AK für die Klagen von Umweltverbänden insbesondere durch die Rechtsprechung des EuGH und die Spruchpraxis des ACCC sowie durch die an diese Rechtsprechung anschließende Bundesgesetzgebung bereits wesentliche Klärungen erreicht werden konnten, ist der genaue Inhalt der auch im Übrigen weit unbestimmter gehaltenen Rechtsschutzvorgaben des Art. 9 Abs. 3 AK hinsichtlich der Klagerechte auch der Umweltverbände noch weithin ungeklärt.

#### 2.1.1 Geltung für anerkannte Umweltverbände

Unstreitig ist aber, dass die durch Art. 9 Abs. 3 AK vermittelten Rechte auch von nach innerstaatlichem Recht – in Deutschland nach § 3 UmwRG – anerkannten Umweltverbänden in Anspruch genommen werden können. Zwar werden diese im Text der Bestimmung – anders als in Art. 9 Abs. 2 AK – nicht eigens ausdrücklich erwähnt. Die Bestimmung spricht insoweit aber von „Mitgliedern der Öffentlichkeit“. Die „Öffentlichkeit“ wird in Art. 2 Nr. 4 AK legaldefiniert als „eine oder mehrere natürliche oder juristische Personen und, in Übereinstimmung mit den innerstaatlichen Rechtsvorschriften oder der innerstaatlichen Praxis, deren Vereinigungen, Organisationen oder Gruppen“. Zu diesen zählen auch die Umweltverbände. In der Rechtsprechung insbesondere des EuGH und der deutschen Gerichte zu Art. 9 Abs. 3 AK stehen vor diesem Hintergrund zumindest bislang auch gerade die Umweltverbände im Fokus. Die zentralen einschlägigen Entscheidungen, wie etwa das EuGH-Urteil zum sog. Slowakischen Braunbären<sup>55</sup> und das BVerwG-Urteil zur Luftreinhalteplanung<sup>56</sup> betrafen Klagen von Umwelt-

---

<sup>51</sup> Vgl. Anlage 7, Länderbericht Schweden.

<sup>52</sup> Vgl. Anlage 8, Symposium.

<sup>53</sup> Vgl. Anlage 8.2, Protokoll.

<sup>54</sup> Näher zu den Klagerechten Einzelner u. 3.1.

<sup>55</sup> EuGH, Urt. v. 8.3.2011, C-240/09 (Slowakischer Braunbär).

verbänden. Insbesondere das Bundesverwaltungsgericht hat dabei die Stellung der Umweltverbände noch unterstrichen, indem es ihnen – analog zu der Rechtstellung der Bürger nach dem Umweltrecht der Europäischen Union – eine „prokuratorische Rechtsstellung“ zuschrieb, die es ihnen erlaube, auch den öffentlichen Belang des Umweltschutzes wahrzunehmen.<sup>57</sup>

### 2.1.2 Geltung auch für nicht anerkannte Umweltverbände?

Das Bundesverwaltungsgericht hat eine Rügebefugnis aus Art. 9 Abs. 3 AK i.V.m. § 42 Abs. 2 Halbs. 2 VwGO aber nur den nach § 3 UmwRG anerkannten Vereinigungen zugebilligt. Weder das Unionsrecht noch Art. 9 Abs. 3 AK verlangten, jedem Umweltverband ein entsprechendes Recht zuzubilligen. Umweltverbände könnten – nicht anders als natürliche Personen – Träger von materiellen subjektiven Rechten nur sein, wenn sie Teil nicht nur der allgemeinen Öffentlichkeit, sondern der „betroffenen Öffentlichkeit“ seien. Als „betroffene Öffentlichkeit“ definiere Art. 2 Nr. 5 AK und – für die Umweltverträglichkeitsprüfung – inhaltlich entsprechend Art. 3 Nr. 1 RL 2003/35/EG die von umweltbezogenen Entscheidungsverfahren betroffene oder wahrscheinlich betroffene Öffentlichkeit oder die Öffentlichkeit mit einem Interesse daran; im Sinne dieser Begriffsbestimmung hätten nichtstaatliche Organisationen, die sich für den Umweltschutz einsetzen und alle nach innerstaatlichem Recht geltenden Voraussetzungen erfüllen, ein Interesse. (Nur) diese Vereinigungen sollten sich die öffentlichen Belange des Umweltschutzes zum eigenen Anliegen machen können.

Welche Voraussetzungen ein Umweltverband nach innerstaatlichem Recht erfüllen müsse, um berechtigt zu sein, sich die Belange des Umweltschutzes im Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 3 AK zum eigenen Anliegen zu machen, sei zwar nicht ausdrücklich geregelt. § 3 UmwRG regle lediglich, welche Umweltverbände Rechtsbehelfe nach dem Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz – und damit in Verfahren im Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 2 AK – einlegen könnten. Dieser Vorschrift sei jedoch die Grundentscheidung zu entnehmen, dass nur die nach dieser Vorschrift anerkannten Umweltverbände berechtigt sein sollten, vor Gericht geltend zu machen, dass dem Umweltschutz dienende Rechtsvorschriften verletzt worden seien. Auch die Mitwirkungsrechte und Rechtsbehelfsbefugnisse nach §§ 63, 64 BNatSchG seien an die Anerkennung nach § 3 UmwRG geknüpft.<sup>58</sup>

In Anknüpfung an diese Rechtsprechung hat der Bundesgesetzgeber in seiner jüngsten Novelle des UmwRG die Verbindung des Anerkennungsverfahrens mit den im Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 3 AK zugestandenen Klagerechten weiter verstärkt. Auch die Klagemöglichkeiten, die gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 bis 6 Entwurf-UmwRG n.F. gegen behördliche Entscheidungen im Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 3 AK eröffnet sind, werden danach allein den nach § 3 UmwRG anerkannten Vereinigungen zugestanden. Wenn das Bundesverwaltungsgericht einerseits die aus Art. 9 Abs. 3 AK i.V.m. § 42 Abs. 2 Halbs. 2 VwGO folgende Rügebefugnis auf die nach § 3 UmwRG anerkannten Umweltvereinigungen beschränkt, so sieht es andererseits umgekehrt keinen normativen Anhaltspunkt dafür, dass das den Umweltverbänden hier eingeräumte Recht an weitergehende Voraussetzungen geknüpft sein könnte.<sup>59</sup> Die hier wiedergegebene vom Bundesverwaltungsgericht vertretene Beschränkung der aus

<sup>56</sup> BVerwG, Urt. v. 5.9.2013, 7 C 21.12 (Luftreinhalteplan Darmstadt) ZUR 2014, 52 ff., Rn. 38 ff.; Vgl. dazu Bunge, ZUR 2014, 3 ff.; Klinger, EurUP 2014, 177 ff.; Schlacke, NVwZ 2014, 11 (12 ff.).

<sup>57</sup> BVerwG, Urt. v. 5.9.2013, 7 C 21.12 (Luftreinhalteplan Darmstadt) ZUR 2014, 52 ff., Rn. 46 ff.

<sup>58</sup> BVerwG, Urt. v. 5.9.2013, 7 C 21.12 (Luftreinhalteplan Darmstadt) ZUR 2014, 52 ff., Rn. 49 f.; dem folgend etwa: VG Osnabrück, Urt. v. 27.2.2015, 3 A 5/15 (Verbandsklage gegen einzelne Windenergieanlage) Rn. 96.

<sup>59</sup> BVerwG, Urt. v. 5.9.2013, 7 C 21.12 (Luftreinhalteplan Darmstadt) ZUR 2014, 52 ff., Rn. 50.

Art. 9 Abs. 3 AK i.V.m. § 42 Abs. 2 Halbs. 2 VwGO abzuleitenden Rügebefugnis auf anerkannte Umweltverbände muss allerdings zweifelhaft erscheinen. Sie rechtfertigt sich mit einer angeblichen Beschränkung der Forderungen aus Art. 9 Abs. 3 AK auf die sog. „betroffene Öffentlichkeit“. Das erscheint schon auf den ersten Blick überraschend. Art. 9 Abs. 3 AK spricht nämlich ausdrücklich nicht von Mitgliedern der „betroffenen Öffentlichkeit“, sondern allein von Mitgliedern der „Öffentlichkeit“, denen Zugang zu gerichtlichen Anfechtungsverfahren zu eröffnen sei. Diese Differenzierung kann schon deshalb nicht als zufällig angesehen werden, weil die Aarhus-Konvention – wie das Bundesverwaltungsgericht auch anerkennt – selbst ausdrücklich zwischen einer enger definierten „betroffenen Öffentlichkeit“ und einer allgemeineren „Öffentlichkeit“ differenziert. Die entsprechenden Begriffe sind Gegenstand der ausdrücklichen Legaldefinitionen in Art. 2 Nr. 4 AK und in Art. 2 Nr. 5 AK. Die „betroffene Öffentlichkeit“ wird in Art. 2 Nr. 5 AK definiert als „die von umweltbezogenen Entscheidungsverfahren betroffene oder wahrscheinlich betroffene Öffentlichkeit oder die Öffentlichkeit mit einem Interesse daran“. Im Sinne dieser Begriffsbestimmung sollen „nichtstaatliche Organisationen, die sich für den Umweltschutz einsetzen und alle nach innerstaatlichem Recht geltenden Voraussetzungen erfüllen, ein Interesse“ haben. Der Sinn dieser einschränkend auf „Betroffenheit“ und „Interesse“ abstellenden und damit den allgemeineren Begriff der „Öffentlichkeit“ eingrenzenden Definition erschließt sich in erster Linie mit Blick auf das in Art. 6 AK vorgeschriebene Öffentlichkeitsverfahren, in dem die „betroffene Öffentlichkeit“ besonders zu informieren und zu beteiligen ist. Auch der an diese Öffentlichkeitsbeteiligung in besonders umweltrelevanten Verfahren anschließende Rechtsschutz nach Art. 9 Abs. 2 AK ist allein für die „betroffene Öffentlichkeit“ reserviert. Die entsprechende Beschränkung wird hier durch die ausdrückliche Anknüpfung an die Legaldefinition der „betroffenen Öffentlichkeit“ ebenso betont, wie durch die nochmalige Aufnahme der Erfordernisse des „ausreichenden Interesses“ bzw. der „Rechtsverletzung“. Das letztgenannte – auf das traditionelle deutsche Schutznormmodell rekurrierende – Erfordernis wird dann in seiner Bedeutung dadurch relativiert, dass anerkannte Umweltverbände, die zur „betroffenen Öffentlichkeit“ nach Art. 2 Nr. 5 AK zählen, im Wege der gesetzlichen Definition pauschal zu Trägern von potentiell verletzten und damit rügefähigen Rechten erklärt werden.

Demgegenüber wird die allgemeinere „Öffentlichkeit“ in Art. 2 Nr. 4 AK definiert als „eine oder mehrere natürliche oder juristische Personen und, in Übereinstimmung mit den innerstaatlichen Rechtsvorschriften oder der innerstaatlichen Praxis, deren Vereinigungen, Organisationen oder Gruppen“. Von einem den Zwecken des Rechtsschutz dienenden und diesen beschränkenden Anerkennungserfordernis nach nationalem Recht ist hier nicht die Rede. Der insoweit ausdrücklich und offenbar absichtlich unterschiedliche Wortlaut von Art. 9 Abs. 2 AK einerseits und Art. 9 Abs. 3 AK andererseits darf auch deshalb nicht einfach durch eine vereinheitlichende Auslegung überspielt werden, weil Art. 9 Abs. 3 AK ausdrücklich davon spricht, dass der hier normierte Rechtsschutz „zusätzlich und unbeschadet der in den Absätzen 1 und 2 genannten Überprüfungsverfahren“ sicherzustellen ist. Das der Interpretation des Bundesverwaltungsgerichts implizit zugrundeliegende Verständnis von Art. 9 Abs. 2 AK als einer mit Blick auf die Anerkennung von Umweltverbänden auch im Rahmen von Art. 9 Abs. 3 AK anwendbaren spezialgesetzlichen Bestimmung lässt sich mit dieser Formulierung nicht ohne weiteres vereinbaren.

Der vom Bundesverwaltungsgericht für die Zuerkennung von Klagerechten nach Art. 9 Abs. 3 AK für erforderlich erklärte Rückgriff auf das in Art. 2 Nr. 5 AK angelegte Anerkennungsverfahren überzeugt daher dogmatisch nicht unmittelbar.<sup>60</sup> Vielmehr können Umweltverbände grundsätzlich auch ohne eine solche Anerkennung Teil der in Art. 9 Abs. 3 AK i.V.m. Art. 2 Nr. 4 AK definierten allgemeinen „Öffentlichkeit“ und damit zur Klage berechtigt sein.

<sup>60</sup> Aus pragmatischen Gründen grundsätzlich zustimmend aber Schlacke, NVwZ 2014, 11 (13 f.), die allerdings auch einräumt, dass die für die vom Bundesverwaltungsgericht vorgenommene analoge Anwendung des Anerkennungsverfahrens an sich notwendige „planwidrige Regelungslücke insoweit wohl kaum behauptet werden kann“.

Einschränkend ist dabei allerdings zu erwägen, ob und inwieweit sich ähnliche wie die vom Bundesverwaltungsgericht reklamierten Einschränkungen aus der Aarhus-Konvention rechtfertigen lassen. Wie bereits erläutert, scheidet dafür ein auch nur analoger Rückgriff auf Art. 2 Nr. 5 AK aus. Einschränkungen können sich deshalb allein unmittelbar aus Art. 9 Abs. 3 AK ergeben. Art. 9 Abs. 3 AK spricht insoweit von dem Erfordernis „etwaige“ im „innerstaatlichen Recht festgelegte Kriterien“ zu erfüllen.<sup>61</sup> Die entsprechende Formulierung ist Dreh- und Angelpunkt aller Überlegungen zu Voraussetzungen, Reichweite, Umfang und Grenzen der von Art. 9 Abs. 3 AK garantierten Klagerechte. Wie der hier gebrauchte allgemeine Begriff der „Öffentlichkeit“, so bezieht sich auch der Begriff der im innerstaatlichen Recht festgelegten Kriterien auf Vorgaben für die Zulässigkeit und Begründetheit von Klagen Einzelner und von Verbänden gleichermaßen. So wie die Klagen Einzelner also von Kriterien des innerstaatlichen Rechts abhängig gemacht werden können, so erlaubt Art. 9 Abs. 3 AK auch die Formulierung von Anforderungen für die Klagen von Umweltverbänden. Strittig ist insoweit ganz allgemein, welche Kriterien dies sein dürfen und wie restriktiv ihr Verständnis sein darf. Die in Literatur und Rechtsprechung hierzu vertretenen Auffassungen bewegen sich zwischen den Polen eines weitgehend objektivierten und umfassenden Rechtsschutzes einerseits und einer weitgehenden Bewahrung des restriktiven deutschen Schutznormmodells andererseits. Diese Fragen werden hier anlässlich der Diskussion um eine Beschränkung des in Art. 9 Abs. 3 AK auf die Durchsetzung drittschützender Vorschriften noch eingehend diskutiert.<sup>62</sup>

## 2.2 Abgrenzung nach dem Anwendungsbereich der Vorschriften

Zentraler Unterschied zwischen den Bestimmungen des Art. 9 Abs. 2 AK und Art. 9 Abs. 3 AK ist der jeweilige Anwendungsbereich:<sup>63</sup>

Art. 9 Abs. 2 AK gilt nur für die in Art. 6 Abs. 1 lit. a) iVm Anhang I AK speziell definierten Entscheidungen über besonders umweltrelevante Vorhaben in Verfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung. Welche Bezeichnung oder Einordnung das nationale Recht einer solchen Entscheidung gibt, ist dabei nicht ausschlaggebend. Die Einordnung bestimmt sich vielmehr nach den objektiv zu bestimmenden rechtlichen Funktionen und Wirkungen der Entscheidung, insbesondere anhand ihrer Funktion als einer Erlaubnis zur tatsächlichen Durchführung der umweltrelevanten Tätigkeit oder des umweltrelevanten Vorhabens.<sup>64</sup> Mit Blick auf diese Zielsetzung können auch vorläufige Entscheidungen etwa über die Zulassung des vorzeitigen Beginns der Errichtung einer UVP-pflichtigen Anlage im Wege des Eilrechtsschutzes angegriffen werden.<sup>65</sup>

<sup>61</sup> In Polen wird nach Bar/Jendróska/Rotko, Länderbericht Polen, Anhang 6.1, Rn. 18 ff. bei Verwaltungsentscheidungen, für die kein Verfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung vorgesehen ist und die unter Art. 9 Abs. 3 AK fallen, die Klagebefugnis von Vereinigungen gesondert von der für die Zwecke von Art. 9 Abs. 2 AK geschaffenen Vorschrift geregelt. Auch diese Vorschrift setzt eine Registrierung als „gesellschaftliche Organisation“ – also als Verein oder Stiftung – voraus und sieht weiter vor, dass eine Beteiligung an Verwaltungs- und Gerichtsverfahren verlangt werden kann, wenn diese mit den satzungsmäßigen Zielen der Vereinigung konform ist und im Interesse der Gesellschaft liegt. Diese Regelung gilt für jede Nichtregierungsorganisation, die nach ihrer Satzung allgemeine oder öffentliche Interessen vertritt. Näher dazu u. Schmidt, 2.8.2.

<sup>62</sup> Näher dazu u. 2.4. Näher zur Bedeutung des Anerkennungsverfahrens und zu den einzelnen Anerkennungsvoraussetzungen u. 2.8.

<sup>63</sup> So auch ACCC/C/2005/11 (Belgium), Rn. 26 ff.

<sup>64</sup> ACCC/C/2005/11 (Belgium), Rn. 29.

<sup>65</sup> Vgl. OVG Koblenz, Beschl. v. 4.3.2016, 8 B 10233/16, ZUR 2016, 361; offengelassen in VGH BW, Beschl. v. 17.11.2009, 10 S 1851/09, Rn. 8 ff.; a. A. VG Karlsruhe, Beschl. v. 12.8.2009, 4 K 1648/09, Rn. 11 ff. Wie hier: Fellenberg/Schiller, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 1 UmwRG, Stand: 65. Erg.-Lieferung April 2012, Rn. 11, m. w. N.; Appold, in: Hoppe/Bergmann, UVP, 4. Aufl. 2012, § 2, Rn. 80; Jarass, BImSchG-Kommentar, 11. Aufl. 2015, § 8 a, Rn. 26 i. V. m. § 6, Rn. 72.

Die einschlägigen Tätigkeiten und Vorhaben sind entweder direkt gelistet (Anhang I, Nr. 1-19) oder fallen in den Anwendungsbereich, weil das nationale Recht für sie eine Umweltverträglichkeitsprüfung vorsieht (Anhang I, Nr. 20).

Diese Beschränkung des Anwendungsbereichs wird dadurch teilweise relativiert, dass Art. 6 Abs. 1 lit. b) AK ergänzend vorschreibt, dass die Vertragsparteien eine Öffentlichkeitsbeteiligung auch für weitere, nicht in Anhang I gelistete Zulassungsverfahren vorsehen, wenn die geplanten Tätigkeiten „eine erhebliche Auswirkung auf die Umwelt haben können“.<sup>66</sup> Nach dem mit Art. 6 Abs. 1 lit. a) AK übereinstimmenden Wortlaut der Bestimmung („wendet an“, „shall apply“, „applique“) spricht viel dafür, insoweit eine Pflicht zur Einbeziehung solcher Vorhaben anzunehmen. In seinem Gutachten zum schwedischen Recht geht *Darpö* denn auch von einer entsprechenden vertragsstaatlichen Verpflichtung aus. Diese sei in den Vertragsstaaten auch unmittelbar anwendbar. Die Aarhus-Konvention gehe hier weiter als das einschlägige EU-Recht. So fielen etwa forstwirtschaftliche Maßnahmen mit erheblicher Umwelteinwirkung unter Art. 6 Abs. 1 lit. 2 AK obwohl sie weder in der UVP-Richtlinie noch in Anhang I AK gelistet seien. Mittelbar sei dies bereits in der *Änok*-Entscheidung des obersten schwedischen Verwaltungsgerichts entschieden worden.<sup>67</sup> Auch wenn man eine entsprechende Rechtspflicht zur Einbeziehung weiterer Vorhaben mit erheblichen Umweltauswirkungen anerkennt, wird man allerdings den Vertragsparteien einen nicht unerheblichen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der potentiellen Umwelteinwirkungen der jeweiligen weiter einzubeziehenden Projekte zubilligen können. Dafür spricht auch die Formulierung in Art. 6 Abs. 1 lit. b) AK nach der die Vertragsparteien „bestimmen [...], ob dieser Artikel Anwendung auf eine derartige geplante Tätigkeit findet“. Jenseits insoweit eindeutiger Fallkonstellationen dürfte deshalb die Entscheidung über die Einbeziehung weiterer Typen von Vorhaben in den Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 2 AK regelmäßig von einer entsprechenden gesetzgeberischen Entscheidung auf der Ebene der Union oder des jeweiligen Mitgliedstaates abhängen. Art. 9 Abs. 3 AK gilt demgegenüber pauschal für alle „Handlungen und Unterlassungen [...], die gegen umweltbezogene Bestimmungen [...] verstoßen.“ Wegen dieser nicht nur insoweit betont offenen Formulierung des Art. 9 Abs. 3 AK ist zumindest nicht auszuschließen, dass die Bestimmung auch dort einen subsidiären Rechtsschutz verbürgt, wo es sich um Anfechtungen von Entscheidungen oder Unterlassungen im Zusammenhang mit Projekten nach Art. 6 AK handelt, die in § 2 UmwRG hierfür aufgestellten Rügevoraussetzungen (etwa wegen der fehlenden förmlichen Anerkennung des Verbandes) aber nicht vorliegen.<sup>68</sup>

### 2.3 Beschränkung auf Normen des Umweltrechts?

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UmwRG sind Rechtsbehelfe von Umweltschutzvereinigungen nur zulässig, wenn und soweit die Vereinigung geltend macht, dass die angegriffene behördliche Entscheidung oder die gerügte behördliche Unterlassung „Rechtsvorschriften, die dem Umweltschutz dienen [...] widerspricht“. Nach § 2 Abs. 5 Nr. 1 UmwRG sind entsprechende Rechtsbehelfe zugleich nur dann und soweit begründet, als die behördliche Entscheidung oder das behördliche Unterlassen „gegen Rechtsvorschriften verstößt, die dem Umweltschutz dienen“.

Mit Blick auf Umfang, Reichweite und Voraussetzungen der Klagerechte für Umweltverbände stellt sich insoweit zum einen die Frage, ob die hier für den Anwendungsbereich des Art. 9 Abs. 2 AK formulierte Beschränkung des rügefähigen Normenarsenals ihrerseits mit den Vorgaben der Aarhus-Konvention und des sie umsetzenden Unionsrechts vereinbar ist. Zum anderen ist zu fragen, ob eine entsprechende Beschränkung im Rahmen der Rechtsschutzvorgaben nach Art. 9 Abs. 3 AK zulässig wäre und ob sie dort überhaupt angelegt ist.

<sup>66</sup> Vgl. dazu auch OVG Koblenz, Beschl. v. 6.2.2013, 1 B 11266/12, BeckRS 2013, 47577.

<sup>67</sup> Vgl. *Darpö*, Länderbericht Schweden, Anhang 7.3.1.

<sup>68</sup> Vgl. dazu schon o. 2.1.2.

### 2.3.1 Literaturauffassungen

In der Literatur wird insbesondere diskutiert, ob sich die in § 2 UmwRG enthaltene Beschränkung der Rügebefugnis auf Normen des Umweltrechts mit Art. 9 Abs. 2 AK vereinbaren lässt: Während die ältere und weit überwiegende Literatur dies grundsätzlich bejahte,<sup>69</sup> wird die Frage in jüngerer Zeit eher verneint.<sup>70</sup> Hinsichtlich der sich aus Art. 9 Abs. 3 AK ableitenden Rügebefugnisse der Umweltverbände fehlt es weithin noch an einer entsprechenden Diskussion.

### 2.3.2 Rechtsprechung

Die Rechtsprechung der deutschen Verwaltungsgerichte hat die in § 2 UmwRG formulierte Beschränkung des Prüfprogramms auf die Verletzung spezifisch umweltrechtlicher Normen überwiegend für mit dem Unionsrecht vereinbar gehalten.<sup>71</sup>

So hat insbesondere der 7. Senat des BVerwG eine Rügebefugnis hinsichtlich nicht umweltrechtlicher Vorschriften für nicht geboten angesehen. Weder auf der Grundlage nationalen Rechts noch auf der Grundlage von Völker- oder Unionsrecht könne eine über die Rechtsvorschriften zum Schutz der Umwelt hinausgehende umfassende Rechtmäßigkeitskontrolle behördlicher Entscheidungen beansprucht werden.

Die in § 2 UmwRG enthaltene entsprechende Beschränkung des Verbandsklagerechts stehe in Übereinstimmung mit übergeordnetem Unionsrecht, nämlich mit Art. 11 UVP-Richtlinie und Art. 9 Abs. 2 AK. Trotz ihres weiten, übereinstimmenden Wortlauts seien diese Bestimmungen, die Mitgliedern der betroffenen Öffentlichkeit die Möglichkeit einräumen, „*die materiellrechtliche und verfahrensrechtliche Rechtmäßigkeit von Entscheidungen ... anzufechten*“, nicht als Anordnung einer umfassenden Prüfung in jeglicher rechtlicher Hinsicht zu verstehen. Vielmehr sei sowohl nach dem Sinn und Zweck dieser Regelungen des Unionsrechts als auch nach deren Einbindung in den systematischen Kontext der Gesamtregelungen über die Öffentlichkeitsbeteiligung und den Zugang zu den Gerichten davon auszugehen, dass sich mit der Forderung nach einer materiellrechtlichen und verfahrensrechtlichen Rechtmäßigkeitsprüfung nicht zugleich eine Festlegung über deren Umfang verbinde.

Das BVerwG erklärte diese Auslegung der Öffentlichkeitsbeteiligungsrichtlinie und der Aarhus-Konvention für angesichts der Rechtsprechung des EuGH ausdrücklich für derart zweifelsfrei, dass es einer Vorlage an den Gerichtshof gemäß Art. 267 AEUV zur Auslegung des Verbandsklagerechts nach Art. 9 Abs. 2 AK und Art. 11 UVP-Richtlinie nicht bedürfe.

<sup>69</sup> Epiney, EurUP 2012, 88 (91); Fellenberg/Schiller, UPR 2011, 321 (325); dies., in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Stand 8/2015, § 2 UmwRG, Rn. 11 f.; Schink, DVBl. 2012, 197 (199 f.); Schlacke, NuR 2007, 8 (14); Alleweldt, DÖV 2006, 621 (626); Durner, Rechtspolitische Spielräume im Bereich der dritten Säule: Prüfungsumfang, prozessuale Ausgestaltung und Fehlerfolgen, in: Durner/Walter (Hrsg.), Rechtspolitische Spielräume bei der Umsetzung der Aarhus-Konvention, 2005, S. 64 (82 ff.); Schmidt-Preuß, NVwZ 2005, 489 (495); Schrödter, NVwZ 2009, 157 (158); Schütz, Rechtsschutz im Fachplanungsrecht, in: Ziekow (Hrsg.), Handbuch des Fachplanungsrecht, 2014, § 8, S. 281, Rn. 195; Seibert, NVwZ 2013, 1040 (1043 f.); Gellermann, DVBl. 1341 (1343); Porsch, NVwZ 2013, 1062 (1064 f.); Schwerdtfeger, Der deutsche Verwaltungsrechtsschutz unter dem Einfluss der Aarhus-Konvention, 2010, S. 280 f.

<sup>70</sup> Ablehnend zur Völker- und Unionsrechtskonformität des § 2 UmwRG insoweit etwa: Wegener, ZUR 2011, 363 (366); ders., Klagen von Vereinigungen nach dem Umweltrechtsbehelfsgesetz, in: Ziekow (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Luftverkehrs-, Planfeststellungs- und Umweltrechts 2011, 13. Speyerer Planungsrechtstage, 2012, S. 189 (198); Berkemann, DVBl. 2015, 389 ff.; ders., NuR 2011, 780 (785 f.); Bunge, NuR 2014, 605 (612 f.); Sauer, ZUR 2014, 195 (198). Ebenso wohl Held, DVBl. 2016, 12 (18).

<sup>71</sup> Vgl. BVerwG, Urt. v. 24.10.2013, 7 C 36.11, BVerwGE 148, 155, Rn. 22 ff.; im Anschluss an VGH Mannheim, Urt. v. 20.7.2011, 10 S 2102/09, ZUR 2011, 600, Rn. 68 f. Eher offen gelassen in BVerwG, Urt. v. 10.10.2012, 9 A 18.11, BVerwGE 144, 243, Rn. 18 und in OVG Münster, Urt. v. 12.6.2012, 8D 38/08.AK, NuR 2012, 722, Rn. 197 ff.

### 2.3.3 Spruchpraxis des ACCC und Beschluss der 5. Vertragsstaatenkonferenz

Im Beschwerdeverfahren ACCC/C/2008/31 befasste sich das ACCC auch mit der Frage, ob die Beschränkung der Rügebefugnis auf dem Umweltschutz dienende Vorschriften mit der Aarhus-Konvention vereinbar sei. Im Tenor seiner Entscheidung vom 20.12.2013 heißt es (in deutscher Übersetzung des englischen Originals):

*„Der Ausschuss stellt Folgendes fest:*

*a. Weil die Vertragspartei Umweltvereinigungen als Bedingung für einen Rechtsbehelf gemäß UmwRG auferlegt, geltend zu machen, dass die angefochtene Entscheidung eine „der Umwelt dienende“ Rechtsvorschrift verletzt, verstößt die Vertragspartei in dieser Hinsicht gegen Artikel 9 Absatz 2 des Übereinkommens (Rn. 80).*

*b. Die Vertragspartei gewährleistet in vielen ihrer einschlägigen Rechtsvorschriften keine Klagebefugnis für Umweltvereinigungen zur Anfechtung von Handlungen oder Unterlassungen von Behörden oder Privatpersonen, die umweltbezogene Vorschriften innerstaatlichen Rechts verletzen; deshalb verstößt die Vertragspartei gegen Artikel 9 Absatz 3 des Übereinkommens (Rn. 100).<sup>72</sup>*

Die 5. Vertragsstaatenkonferenz hat diese Beschlussempfehlung bestätigt.<sup>73</sup>

In der Begründung seiner Beschlussempfehlung betont das ACCC, dass es einer Vertragspartei nicht freistehe, die in der Konvention vorgesehenen Rügebefugnisse durch die Einführung weiterer gesetzlicher Kriterien des nationalen Rechts einzuschränken. Dies gelte insbesondere für den Kreis der zulässigen Argumente zur Begründung der Klage. Auch wenn sich die Konvention auf Umweltangelegenheiten beziehe, so könne eine Entscheidung nach Art. 6 AK doch auch andere nicht-umweltrechtliche Normen des nationalen Rechts, wie etwa solche des Baurechts, des Handels-, Finanz- oder Vergaberechts verletzen. Die Rügebefugnis nach Art. 9 Abs. 2 AK dürfe deshalb nicht auf die Behauptung der Verletzung von Normen beschränkt werden, die der Umwelt dienen, sich auf die Umwelt bezögen oder den Umweltschutz förderten. In der Konvention fände eine solche Beschränkung keine Grundlage.<sup>74</sup>

Weil und soweit – wie im vorliegenden Fall – die Bestimmungen des nationalen Rechts den Anforderungen der Konvention klar widersprächen, sei es Sache der betroffenen Vertragspartei, den Nachweis einer konventionskonformen Praxis der Gerichte zu führen. Dies sei Deutschland aber nicht gelungen.<sup>75</sup>

### 2.3.4 Rügefähigkeit nicht umweltschützender Normen nach Art. 9 Abs. 2 AK

Art. 9 Abs. 2 AK verlangt daher die Rügefähigkeit auch nicht umweltschützender Normen.<sup>76</sup>

Dies ergibt sich, wie das ACCC und die Vertragsstaatenkonferenz zu Recht festgestellt haben, mit hinreichender Deutlichkeit bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift. Sie kennt die reklamierte Einschränkung nicht.

Art. 9 Abs. 2 AK knüpft formal an eine Liste besonders umweltrelevanter Vorhaben an und sieht für die diese Vorhaben betreffenden Entscheidungen, Handlungen und Unterlassungen ausdrücklich eine (umfängliche) Überprüfung auf ihre „materiell-rechtliche und verfahrensrechtliche Rechtmäßigkeit“ vor. Eine Beschränkung auf die etwaige Verletzung allein umweltrechtlicher Bestimmungen ist in die-

---

<sup>72</sup> ACCC/C/2008/31 (Germany) Rn. 102.

<sup>73</sup> Entscheidung V/9h ECE/MP.PP/2014/CRP.4.

<sup>74</sup> ACCC/C/2008/31 (Germany), Rn. 78.

<sup>75</sup> ACCC/C/2008/31 (Germany), Rn. 79.

<sup>76</sup> Vgl. die N. o. in Fn. 70.

sen Formulierungen nicht zu finden. Im Gegenteil legt der offene Wortlaut der Bestimmung nahe, dass sich eine materiell-rechtliche oder verfahrensrechtliche Rechtswidrigkeit auch aus der Verletzung sonstiger Normen des einschlägigen nationalen Rechts, also etwa der Bestimmungen des Bau- und Planungsrechts ergeben kann.

Für dieses Verständnis spricht auch der systematische Zusammenhang der Norm. Anders als Art. 9 Abs. 2 AK kennt Art. 9 Abs. 3 AK nämlich einen ausdrücklichen Bezug auf umweltschützende Normen. Die dort normierten Rechtsschutzanforderungen beziehen sich nach dem Wortlaut der Bestimmung auf die Anfechtung von Entscheidungen und Unterlassungen, „die gegen umweltbezogene Bestimmungen ihres innerstaatlichen Rechts verstoßen“. Wenn eine entsprechende Beschränkung in Art. 9 Abs. 2 AK fehlt, in Art. 9 Abs. 3 AK aber ausdrücklich aufgenommen wurde, so spricht dies deutlich gegen ihre pauschale Übertragung in den anders gelagerten Kontext.

Auch in teleologischer Hinsicht besteht kein Anlass, die in Art. 9 Abs. 3 AK enthaltene Beschränkung auf den Rechtsschutz nach Art. 9 Abs. 2 AK entsprechend anzuwenden. Anderes ergibt sich auch nicht aus dem „Gesamtzusammenhang“ bzw. einer „Grundausrichtung“ oder „Grundzielsetzung“ der Aarhus-Konvention. So zutreffend der Hinweis auf die Umweltschutzorientierung der Konvention grundsätzlich auch ist, so wenig vermag er das hieraus abgeleitete einschränkende Interpretationsergebnis zu rechtfertigen. Im Gegenteil: Für die in Art. 6 Abs. 1 lit. a) i.V.m. Anhang I AK definierten besonders umweltbelastenden Vorhaben schreibt Art. 9 Abs. 2 AK gerade eine umfassende verfahrens- und materiellrechtliche Kontrollmöglichkeit ausdrücklich vor. Nach dem erkennbaren Verständnis der Konvention wird der spezifische Umweltbezug insoweit bereits durch die besondere Umweltrelevanz der erfassten Vorhaben hergestellt. In umweltpolitischer Sicht macht eine umfängliche justizielle Kontrolle dieser Vorhaben deshalb durchaus Sinn. So kann die Kontrolle bspw. stark umweltbelastende Infrastrukturvorhaben erfassen, für die sich eine Planrechtfertigung etwa unter verkehrlichen Aspekten nicht finden lässt und die sich deshalb als rechtswidrig erweisen. Dem Umweltschutz wird auch durch eine solche Kontrolle gedient.<sup>77</sup>

Anders als die in Deutschland herrschende Meinung dies in der Vergangenheit unterstellt hat, sind deshalb die in Art. 9 Abs. 3 AK angelegten Beschränkungen („umweltbezogene Bestimmungen“) des Prüfungsumfangs auf Art. 9 Abs. 2 AK nicht zu übertragen. Es fehlt insoweit an einer hinreichenden Rechtfertigung eines entsprechenden Analogieschlusses. Die dafür nach allgemeinem Verständnis vorauszusetzende Regelungslücke und das bei einem am Wortlaut der Bestimmung orientierten Verständnis drohende sinnwidrige Ergebnis lassen sich nicht ausmachen. Im Gegenteil: Art. 9 Abs. 2 AK verlangt – wie es das ACCC zu Recht festgestellt hat – nach einer umfänglichen Rechtmäßigkeitsprüfung aller behördlichen Entscheidungen und Unterlassungen hinsichtlich der in Art. 6 Abs. 1 lit. a) i.V.m. Anhang I AK definierten besonders umweltbelastenden Vorhaben.

Dementsprechend hat die Bundesregierung in ihrem Entwurf zur erneuten Novelle des UmwRG vorgeschlagen, auf die in § 2 Abs. 1 Nr. 1 UmwRG normierte Begrenzung der Rechtsbehelfe von Vereinigungen auf die Rüge der Verletzung von „*Rechtsvorschriften, die dem Umweltschutz dienen*“ zu verzichten.<sup>78</sup>

### 2.3.5 Keine Rügefähigkeit nicht umweltschützender Normen nach Art. 9 Abs. 3 AK

Schon nach dem Wortlaut der Vorschrift ist die Rügefähigkeit in Art. 9 Abs. 3 AK auf die Anfechtung von Handlungen oder Unterlassungen beschränkt, die gegen „umweltbezogene Bestimmungen“ verstoßen.

<sup>77</sup> Vgl. dazu allgemein Masing, NVwZ 2002, 810 ff.

<sup>78</sup> Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Anpassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer Vorschriften an europa- und völkerrechtliche Vorgaben, BT-Drs. 18/9526, 1, 6, 21, 36 f.

Der Wortlaut legt deshalb eine andere Bewertung als in Art. 9 Abs. 2 AK nahe.

Eine Rügefähigkeit der Verletzung auch anderer als umweltbezogener Bestimmungen ließe sich deshalb allenfalls im Wege einer erweiternden Auslegung der Vorschrift begründen. Dafür fehlt es aber an hinreichenden Anhaltspunkten. Im Gegenteil spricht der klare Wortlautunterschied zwischen Art. 9 Abs. 2 AK und Art. 9 Abs. 3 AK für eine bewusste Differenzierung. Auch wenn man die der Aarhus-Konvention nach der Rechtsprechung des EuGH<sup>79</sup> insgesamt – und nicht allein für Art. 9 Abs. 2 AK – zugrundeliegende Zielsetzung der Gewährleistung eines weiten Zugangs zu Gericht in Rechnung stellt, vermag dies die klare Wortlautschränke des Art. 9 Abs. 3 AK nicht zu überwinden. Zwar wird man aus dieser Zielsetzung die Notwendigkeit eines weiten Verständnisses des Begriffs der umweltbezogenen Bestimmungen ableiten können, wie dies bereits heute der Praxis des ACCC<sup>80</sup> und der deutschen Gerichte<sup>81</sup> entspricht.<sup>82</sup> Für eine Erstreckung der Rügefähigkeit auch auf nicht umweltbezogene Bestimmungen fehlt aber der Anhaltspunkt. Auch in teleologischer Betrachtung der Norm macht die entsprechende Beschränkung Sinn. Anders als in Art. 9 Abs. 2 AK, wo der besondere Umweltbezug der anfechtbaren Entscheidungen und Unterlassungen bereits über die besondere Umweltrelevanz der in den Anwendungsbereich einbezogenen Projekte hergestellt ist, fehlt es in Art. 9 Abs. 3 AK an einem solchen zugleich inhaltlich legitimierenden und sachlich begrenzenden Bezug. Dieser wird hier vielmehr gerade durch die Anknüpfung an die Umweltbezogenheit nicht der Projekte, sondern der Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts hergestellt.

Im Ergebnis ist deshalb eine Rügefähigkeit nicht umweltschützender Bestimmungen nach Art. 9 Abs. 3 AK zu verneinen.

Dies entspricht im Übrigen auch der in der durch die Vertragsparteien bestätigten<sup>83</sup> Entscheidung des ACCC wenigstens implizit zum Ausdruck kommenden Rechtsauffassung. So hat das ACCC sich zwar ausdrücklich zur Rügefähigkeit nicht umweltschützender Normen bekannt, diese Aussage aber ausdrücklich allein auf Art. 9 Abs. 2 AK bezogen obwohl die Auslegung von Art. 9 Abs. 3 AK ebenfalls Gegenstand der Entscheidung war.<sup>84</sup>

Dementsprechend hält die Bundesregierung in ihrem Entwurf zur erneuten Novelle des UmwRG im Anwendungsbereich des Art. 9 Abs. 3 AK an der Begrenzung der Rechtsbehelfe von Vereinigungen auf die Rüge der Verletzung von "Rechtsvorschriften, die dem Umweltschutz dienen" fest.<sup>85</sup>

## 2.4 Art. 9 Abs. 3 AK – Beschränkung auf drittschützende Vorschriften?

In der der Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben zu Art. 9 Abs. 2 AK dienenden Bestimmung des § 2 UmwRG hat der Gesetzgeber die ursprünglich dort aufgenommene Anknüpfung der Verbandsklagerechte an drittschützende Normen gestrichen. Hintergrund dieser Entscheidung war die

<sup>79</sup> Vgl. insbesondere EuGH, Urt. v. 8.3.2011, C-240/09 (Slowakischer Braunbär) Rn. 45 ff.

<sup>80</sup> Vgl. etwa ACCC/C/2010/50 (Czech Republic) Rn. 84: „it is not necessary that the alleged violation concern environmental law in a narrow sense: an alleged violation of any legislation in some way relating to the environment, for example, legislation on noise or health, will suffice.“

<sup>81</sup> Dazu, dass vom Begriff der Rechtsvorschriften, die dem Umweltschutz dienen auch solche Vorschriften erfasst werden, "die nicht ausschließlich Zielen des Umweltschutzes dienen, sondern beispielsweise dem Umwelt- als auch dem Arbeitsschutz dienen", vgl. Entwurf der Bundesregierung zu einem Gesetz über ergänzende Vorschriften zu Rechtsbehelfen in Umweltangelegenheiten nach der EG-Richtlinie 2003/35/EG (Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz), BT-Drs. 16/2495, 12.

<sup>82</sup> Für Beispiele des Begriffsverständnisses in der Rechtsprechung der französischen Gerichtsbarkeit, vgl. Prieur, Länderbericht Frankreich, Anhang 3, Rn. 46 ff.

<sup>83</sup> Entscheidung V/9h ECE/MP.PP/2014/CRP.4.

<sup>84</sup> ACCC/C/2008/31 (Germany), S. 19.

<sup>85</sup> Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Anpassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer Vorschriften an europa- und völkerrechtliche Vorgaben, BT-Drs. 18/9526, 1, 6, 21, 36 f.

BUND/Trianel-Entscheidung des EuGH,<sup>86</sup> mit der dieser festgestellt hatte, dass die entsprechende Einschränkung mit den Vorgaben des Unionsrechts unvereinbar war. Da das einschlägige Unionsrecht insoweit mit den Vorgaben des Art. 9 Abs. 2 AK übereinstimmte, hat der deutsche Gesetzgeber die Beschränkung der Klagbarkeit auf Normen, die Rechte Einzelner begründen, hier insgesamt gestrichen. Umweltschutzverbände können daher nach § 2 UmwRG auch die Verletzung solcher Normen rügen, die allein auf den Schutz öffentlicher Interessen gerichtet sind.

Hoch umstritten ist, ob dieses oder ein ähnlich weites Verständnis des Klagerechts auch im Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 3 AK geboten ist.

## **2.4.1 Ein hochgradig heterogenes Meinungsbild**

### **2.4.1.1 Traditionelles Verständnis**

In der Vergangenheit wurde hinsichtlich Art. 9 Abs. 3 AK in Deutschland kein besonderer Umsetzungsbedarf gesehen. Hingewiesen wurde insoweit auf den Wortlaut der Bestimmung, wonach die hiergenannten Anfechtungs- bzw. Klagerechte nur bestehen, soweit die in der Bestimmung adressierten „Mitglieder der Öffentlichkeit [...] etwaige in ihrem innerstaatlichen Recht festgelegte Kriterien erfüllen“. Zu den hier angesprochenen im innerstaatlichen Recht festgelegten Kriterien sollten sämtliche im deutschen Recht bekannten Einschränkungen der Klagebefugnis zählen. Ein Änderungsbedarf sollte sich deshalb nicht ergeben. Vielmehr sollte nach der Begründung des Entwurfs für das deutsche Umsetzungsgesetz „die konkrete Ausgestaltung und Interpretation dieser Bestimmung [...] den einzelnen Staaten überlassen“ bleiben. Insbesondere stehe es den Staaten frei, innerstaatliche Kriterien festzulegen. Die Tatsache, dass diese Formulierung so vage gewählt sei, stehe im Zusammenhang mit der Verhandlungsgeschichte dieser Bestimmung, wo es zahlreichen Staaten ein Anliegen gewesen sei, ihre äußerst unterschiedlichen Rechtstraditionen beibehalten zu können, die von zivilrechtlich dominierten Systemen über verwaltungsrechtliche Ansätze mit Betonung subjektiver Rechte bis hin zu Ombudsmann-Beschwerdeverfahren reichten. Art. 9 Abs. 3 AK sei deshalb bereits vollständig durch bestehendes europäisches und innerstaatliches Recht umgesetzt.<sup>87</sup> Insbesondere sollte also insoweit die im deutschen Rechtsschutzmodell angelegte Beschränkung von Klagebefugnis und Begründetheitsprüfung auf die Verletzung drittschützender Normen erhalten bleiben können.

### **2.4.1.2 Literaturmeinungen**

In der Literatur wurde die Zulässigkeit der Beschränkung der Klagemöglichkeiten nach Art. 9 Abs. 3 AK auf drittschützende Bestimmungen in einem klassisch verstandenen Sinne bereits früh bezweifelt. Auch heute noch ist das Meinungsbild insoweit aber von besonderer Heterogenität gekennzeichnet.

Es reicht von der Überzeugung der weitgehenden Irrelevanz der Vorgaben des Art. 9 Abs. 3 AK<sup>88</sup> über die Annahme mehr oder weniger moderater Korrekturen jedenfalls im Bereich des unionsrechtlich geprägten Umweltrechts<sup>89</sup> bis hin zu der Forderung nach einer weitgehenden allgemeinen Reform des Rechtsschutzes im Umweltrecht im Sinne einer Entwicklung hin zu einer weit verstandenen Interes-

---

<sup>86</sup> EuGH, Urt. v. 12.05.2011, C-115/09 (BUND/Trianel).

<sup>87</sup> So ausdrücklich die Begründung des Gesetzes zur Aarhus-Konvention, BT-Drs. 16/2497, S. 46; kritisch dazu Berkemann, DVBl. 2013, 1137 (1148).

<sup>88</sup> So mit Verweis auf die unzulässige Rechtsfortbildung des EuGH etwa Gärditz, NVwZ 2014, 1 (5 f.); Schink, DÖV 2012, 622 (627 ff.); ders., DVBl 2012, 197 (198); Siegel, DÖV 2012, 709 (715 f.).

<sup>89</sup> Für eine erweiterte Klagebefugnis jedenfalls von Verbänden deshalb: Klinger, NVwZ 2013, 850; ders., EurUP 2013, 95; Gellermann, DVBl 2013, 1341 (1342); Seibert, NVwZ 2013, 1040 (1041 ff.); Radespiel, EurUP 2011, 238 (240); Schlacke, ZUR 2011, 312.

sentenklage nach französischem Vorbild<sup>90</sup> oder gar zu einer sich der Popularklage annähernden objektiven Beanstandungsklage.<sup>91</sup>

Soweit substantielle Veränderungen des Rechtsschutzmodells wegen Art. 9 Abs. 3 AK überhaupt für erforderlich gehalten werden, bleibt vielfach umstritten oder zumindest unklar, ob die erweiterten Klagerechte grundsätzlich jedermann, oder allein Umweltverbänden zuzugestehen sind.

#### 2.4.1.3 Ausgangspunkt: EuGH Braunbär-Entscheidung

Auch die Rechtsprechung deutscher Verwaltungsgerichte bietet hinsichtlich der Möglichkeit einer Geltendmachung auch nicht drittschützender Vorschriften unter Berufung auf Art. 9 Abs. 3 AK ein uneinheitliches Bild. Ausgangspunkt nahezu aller einschlägigen Überlegungen jedenfalls jüngeren Datums ist die bekannte Entscheidung des EuGH zum slowakischen Braunbären.<sup>92</sup>

Zwar ist die Entscheidung in der Literatur<sup>93</sup> durchaus umstritten.

Zum Teil wird dem EuGH vorgeworfen, er habe in ihr seine Kompetenzen zur Interpretation des Unionsrechts unzulässig ausgedehnt.<sup>94</sup> Das Bundesverwaltungsgericht hat sich diese Kritik aber ausdrücklich nicht zu Eigen gemacht.<sup>95</sup>

Nach der demnach maßgeblichen Entscheidung des EuGH wirkt Art. 9 Abs. 3 AK wegen seiner inhaltlichen Unbestimmtheit zwar nicht unmittelbar. Die nationalen Gerichte müssen aber die Bestimmungen des nationalen Rechts zur Rügebefugnis soweit wie möglich im Einklang mit dem Ziel der Aarhus-Konvention, einen effektiven Umweltschutz zu ermöglichen und mit dem Ziel eines effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes für die durch das Unionsrecht verliehenen Rechte auslegen, um es Umweltschutzvereinigungen zu ermöglichen, behördliche Entscheidungen, die möglicherweise im Widerspruch zum Unionsrecht stehen, gerichtlich anzufechten.<sup>96</sup>

<sup>90</sup> Für eine Orientierung am Modell der Interessentenklage: Berkemann, DVBl. 2013, 1137 (1148). Zu entsprechenden allgemeinen Tendenzen im unionalen Umweltrecht bereits: Wegener, Rechte des Einzelnen, 1998.

<sup>91</sup> Pernice, JZ 2015, 967 (971). Für eine Klagbarkeit auch objektiv-rechtlicher Bestimmungen auch Bunge, ZUR 2015, 531 (539) unter Hinweis auf den Implementation Guide der UNECE, 2nd ed., 2014, S. 197.

<sup>92</sup> EuGH, Urt. v. 8.3.2011, C-240/09 (Slowakischer Braunbär) Rn. 45 ff.

<sup>93</sup> Vgl. neben den im Folgenden näher eingeordneten: Radespiel, EurUP 2011, 283; Schlacke, ZUR 2011, 312; aus der ausländischen Literatur: Betaille, Revue juridique de l'environnement 2011, 459; Hamenstädt/Ehnert, Maastricht journal of European and comparative law 2011, 359; Jans, Who is the Referee? Access to Justice in a Globalised Legal Order: A Case Analysis of ECJ Judgment C-240/09 Lesoochránárske Zoskupenie of 8 March 2011, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1834102](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1834102) (abgerufen am 19.10.16); Müller, Journal of Environmental Law 2011, 505 ff.; Simon, Effet direct – Accords Internationaux, Revue Europe 2011, n° 5, com. 147; Verdure, L'accès à la justice en matière environnementale: examen de l'effet direct de l'article 9 § 3 de la Convention d'Aarhus; Note sous Cour de justice de l'Union européenne, 8 mars 2011, Revue Environnement 2011, n° 5, 22.

<sup>94</sup> Kritisch etwa: Jans, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1834102](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1834102) (abgerufen am 19.10.16) auf S. 7: "I really do not understand this."; Gärditz, NVwZ 2014, 1 (5); Schink, DÖV 2012, 622 (624 ff.); Ekardt, NVwZ 2014, 393 (396); Dietz/Meyer, AöR 2015, 198 (223: "ultra vires"). Befürwortend dagegen etwa: Berkemann, DVBl. 2013, 1137 (1143 f.).

<sup>95</sup> BVerwG, Urt. v. 5.9.2003, 7 C 21.12 (Luftreinhalteplan Darmstadt) ZUR 2014, 52 ff., Rn. 22: „Die nationalen Gerichte sind gehalten, die Entscheidung als Teil des Unionsrechts bei ihren rechtlichen Erwägungen zu beachten [...]. Die Kritik, der sich die Argumentation des Urteils ausgesetzt sieht, ändert daran nichts. Denn die Grenzen zum „ausbrechenden Rechtsakt“, etwa wegen eines vermeintlichen Verstoßes gegen Art. 5 Abs. 1 Satz 1 EUV, dessen Annahme im Übrigen die Pflicht zur „Remonstration“ in Gestalt eines neuerlichen Vorabentscheidungsverfahrens nach sich zöge [...], sind ersichtlich nicht überschritten. A.A. vorher noch OVG Koblenz, Beschl. v. 27.2.2013, 8 B 10254/13, NVwZ 2013, 881 (883); s. hierzu aber auch die Besprechung von Klinger, NVwZ 2013, 850, sowie den ebenfalls von Klinger besprochenen divergierenden Beschluss des OVG Koblenz v. 6.2.2013, 1 B 11266/12, BeckRS 2013, 47577.

<sup>96</sup> Vor dem Hintergrund dieser Entscheidung haben zahlreiche Untergerichte eine Erweiterung der Rügebefugnisse vor allem der Umweltverbände für geboten angesehen, vgl. etwa: VG Wiesbaden, ZUR 2012, 113 (115 f.) = BeckRS 2011, 54849; bestätigt durch Kammerurteil v. 16.8.2012, 4 K 165/12.WI, BeckRS 2012, 55841, Immissionsschutzrecht 2012, 190; VG Augsburg, NuR 2013, 284 = BeckRS 2013, 47972, und jüngst VG Osnabrück, Urt. v. 27.2.2015, 3 A 5/15 (Verbandsklage gegen einzelne Windenergieanlage); VG Frankfurt (Oder), Beschl. v. 7.1.2015, 5 L 289/14 (Biber im

#### 2.4.1.4 7. Senat BVerwG zu Normen der Luftreinhaltung

In der Praxis weitgehend unangefochten und zumindest im Ausgangspunkt klar erscheint in der Umsetzung dieser Vorgaben des EuGH zunächst die Position des 7. Senats des Bundesverwaltungsgerichts, nach der die Umweltverbände jedenfalls die für Individualkläger drittschützenden Normen des Luftreinhalterechts geltend machen können. Auf eine insoweit fehlende Betroffenheit in eigenen Rechten des Verbandes soll es dabei nicht ankommen. Eine Einschränkung soll sich lediglich insoweit ergeben, als nur die nach § 3 UmwRG anerkannten Umweltverbände zur Klage berechtigt sein sollen.<sup>97</sup>

#### 2.4.1.5 4. Senat BVerwG zu Normen des Lärmschutzes

Umstritten ist dagegen die restriktive Lesart des 4. Senats des Bundesverwaltungsgerichts, wonach anerkannte Umweltverbände unter Berufung auf Art. 9 Abs. 3 AK keine anderen als drittschützende Normen des Umweltrechts geltend machen können. Der Senat hat mit dieser Argumentation die Klage eines Umweltverbands gegen die Festlegung des sog. Flugverfahrens für den Flughafen Berlin-Brandenburg (BER) und die dadurch denkbare Lärmbeeinträchtigung sog. „ruhiger Gebiete“ als unzulässig verworfen. Die entsprechenden unionsrechtlich geprägten Vorschriften des deutschen Rechts begründeten keine individuellen Rechte und könnten deshalb auch von Umweltverbänden nicht geltend gemacht werden. Einer unmittelbaren Berufung auf die Richtlinie bzw. einer richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts stehe schon die fehlende Unbedingtheit und hinreichende Genauigkeit der zugrundeliegenden Richtlinienbestimmungen entgegen.<sup>98</sup>

#### 2.4.1.6 VG Osnabrück zum FFH-Recht

Entgegen dieser restriktiven Lesart hat etwa das VG Osnabrück einem nach Landesrecht anerkannten Umweltverband ein Klagerecht unmittelbar aus § 42 Abs. 2 Halbs. 2 VwGO i.V.m. Art. 9 Abs. 3 AK zur Verteidigung solcher Bestimmungen des deutschen Rechts zugebilligt, die in Umsetzung der Vorgaben der FFH-Richtlinie ergangen sind. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes sei es Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten, die Verfahrensmodalitäten für Klagen zu regeln, die den Schutz der dem Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollten, wobei die Mitgliedstaaten für den wirksamen Schutz dieser Rechte in jedem Einzelfall verantwortlich seien. Der nationale Richter habe dann, wenn eine mit dem Unionsrecht und insbesondere mit der Habitatrichtlinie geschützte Art betroffen sei, sein nationales Recht im Hinblick auf die Gewährung eines effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes in den vom Umweltrecht der Union erfassten Bereichen so auszulegen, dass es so weit wie möglich im Einklang mit den in Art. 9 Abs. 3 AK festgelegten Zielen stehe.<sup>99</sup> Die Formulierung der „*dem Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte*“ sei dabei nicht dahingehend zu verstehen, dass die betroffenen Normen des Umweltrechts drittschützend im Sinne der aus dem deutschen Recht bekannten Schutznormtheorie sein müssen.

---

Oderbruch); bestätigt durch OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 26.2.2015, 11 S 3.15 (Biber im Oderbruch); OVG Koblenz, Beschl. v. 6.2.2013, 1 B 11266/12, BeckRS 2013, 47577, ZUR 2013, 293; VGH Kassel, NVwZ 2012, 1056 Ls. = ZUR 2012, 438 = BeckRS 2012, 51646; VG München, ZUR 2012, 699 = BeckRS 2012, 60373 mit Anm. Klinger, ZUR 2012, 702. Zum französischen Verständnis eines der unmittelbaren Wirkung i.E. weitgehend entsprechenden Effekts der Entscheidung im nationalen Recht: Prieur, Länderbericht Frankreich, Anhang 3, Rn. 60 m.w.N.

<sup>97</sup> BVerwG, Urt. v. 5.9.2003, 7 C 21.12 (Luftreinhalteplan Darmstadt) ZUR 2014, 52 ff., Rn. 47 ff.

<sup>98</sup> BVerwG, Urt. v. 12.11.2014, 4 C 34.13 Rn. 23 f. und Urt. v. 18.12.2014, 4 C 35.13, Rn. 57 (Flugverfahren BER); kritisch dazu: Schlacke, NVwZ 2015, 563 ff.

<sup>99</sup> VG Osnabrück, Urt. v. 27.2.2015, 3 A 5/15 (Verbandsklage gegen einzelne Windenergieanlage) Rn. 93; unter Hinweis auf EuGH, Urt. v. 8.3.2011, C-240/09 (Slowakischer Braunbär) Rn. 47-52.

Nach der Braunbär-Entscheidung des EuGH genüge es vielmehr, dass eine behördliche Entscheidung möglicherweise im Widerspruch zum Umweltrecht der Union stehe und die Umweltvereinigung den Zwecken des Umweltschutzes diene.<sup>100</sup> Aufgrund des Übereinkommens von Aarhus und der Rechtsprechung des EuGH sei das deutsche Verwaltungsprozessrecht, insbesondere § 42 Abs. 2 VwGO, in dem Sinne zu verstehen, dass es einer anerkannten Naturschutzvereinigung gestattet sei, einen als rechtswidrig erachteten Verwaltungsakt auf dem Gebiet des europäischen Umweltrechts anzugreifen. Damit sei das innerstaatliche Prozessrecht in den Fällen erweiternd auszulegen, in denen das Unionsrecht substantiell verfahrensrechtliches und materiell-rechtliches Umweltschutzrecht gesetzt habe.<sup>101</sup> Soweit der Naturschutz den satzungsgemäßen Zielen einer anerkannten Umweltvereinigung entspreche und die streitgegenständliche Genehmigung möglicherweise im Widerspruch zum Umweltrecht der Union stehe, sei die Vereinigung klagebefugt.<sup>102</sup>

#### 2.4.1.7 OVG Schleswig zu Individualklagen im Naturschutzrecht

In der Rechtsprechung der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit ist jenseits der Verbandsklagerechte eine erhebliche Zurückhaltung gegen eine weitere substantielle Ausweitung des nach den Maßgaben des § 42 Abs. 2 und § 113 Abs. 1 VwGO zu gewährleistenden Individualrechtsschutzes zu erkennen. Detailliert und im restriktiven Sinne hat sich hiermit das OVG Schleswig auseinandergesetzt.<sup>103</sup>

Das OVG unterscheidet dabei explizit zwischen dem den Umweltschutzvereinigungen und dem Individualklägern zu gewährleistenden Rechtsschutz. Hinsichtlich letzterer sei es „Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten, die Verfahrensmodalitäten für Klagen zu regeln, die den Schutz der dem Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen“, wobei die Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität zu beachten seien.<sup>104</sup> Soweit sich Individualkläger zur Begründung ihres Rechtsschutzbegehrens auf „umweltbezogene“ Vorschriften des Bauplanungsrechts bzw. auf Vorschriften des europäischen und deutschen Naturschutzrechts bezögen, sei zu fragen, ob diese damit den Schutz von Rechten einforderten, die ihnen aus dem Unionsrecht erwachsen. Das könne allenfalls der Fall sein, soweit Umweltvorschriften angesprochen würden, die (auch) dem Schutz von Menschen vor schädlichen Immissionen zu dienen bestimmt seien.<sup>105</sup> Normen des Habitatschutzrechts könnten danach aber ebenso wenig gerügt werden, wie die Verletzung von Immissionsgrenzen, soweit diese im konkreten Fall nicht den Individualkläger, sondern allein den Landschafts- und Bodenschutz bzw. ein FFH-Gebiet beträfen. Insoweit seien nämlich – allenfalls mittelbar – unionsrechtliche Regelungen wie die FFH-Richtlinie angesprochen, die weder Individualrechte begründeten noch dazu verpflichteten, einzelnen Bürgern klagbare Rechte auf die Einhaltung der Richtlinien einzuräumen.<sup>106</sup>

Auch mit Blick auf die unionsrechtlichen und völkerrechtlichen Rechtsschutzforderungen sei nicht ersichtlich, dass das Erfordernis einer individuellen Antragsbefugnis zu einer nicht äquivalenten und dem Effektivitätsprinzip widersprechenden Erschwerung des Individualrechtsschutzes führe. Wenn

<sup>100</sup> VG Osnabrück, Urt. v. 27.2.2015, 3 A 5/15 (Verbandsklage gegen einzelne Windenergieanlage) Rn. 94; unter ergänzendem Hinweis auf EuGH, Urt. v. 12.05.2011, C-115/09 (BUND/Trianel).

<sup>101</sup> VG Osnabrück, Urt. v. 27.2.2015, 3 A 5/15 (Verbandsklage gegen einzelne Windenergieanlage) Rn. 95; unter ergänzendem Hinweis auf VG Augsburg, Beschl. v. 13.02.2013 – Au 2 S 13.143 Rn. 23 m.w.N. zur FFH-Richtlinie und Ausnahme vom Tötungsverbot.

<sup>102</sup> VG Osnabrück, Urt. v. 27.2.2015, 3 A 5/15 (Verbandsklage gegen einzelne Windenergieanlage) Rn. 99; unter ergänzendem Hinweis auf OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 06.2.2013 – 1 B 11266/12, Rn. 40 ff. zur FFH-Richtlinie; Hessischer VGH, Beschl. v. 14.5.2012 – 9 B 1918/11, Rn. 35 zur FFH-Richtlinie; Spieler, jurisPR-UmwR 3/2013 Anm. 2, Anmerkung zu: BVerwG, Urteil v. 05.9.2013 – 7 C 21.12.

<sup>103</sup> OVG Schleswig, Beschl. v. 28.10.2014, 1 MB 5/13, BeckRS 2015, 41994.

<sup>104</sup> Unter Hinweis auf EuGH, Urt. v. 8.3.2011, C-240/09 (Slowakischer Braunbär).

<sup>105</sup> Unter Hinweis auf OVG Münster, Urt. v. 12.6.2012, 8 D 38/08.AK, NuR 2012, 722, 723.

<sup>106</sup> Unter Hinweis auf OVG Hamburg, Beschl. v. 19.2.2001, 2 Bs 370/00, NVwZ 2001, 1173.

private Lärmschutz- oder Lufthygieneansprüche, die unionsrechtlich geprägt seien, reklamiert würden, könne dies bereits heute die Antragsbefugnis i. S. d. § 42 Abs. 2 VwGO begründen, so dass diesbezügliche Unionsrechte äquivalent und effizient wahrgenommen werden könnten. Soweit dagegen Allgemeinbelange verfolgt würden, dürfe die Zulässigkeit eines individuellen Rechtsbehelfs nach der innerstaatlichen Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten geregelt und mithin auch von dem in § 42 Abs. 2 VwGO bestimmten Erfordernis abhängig gemacht werden. Zu einer „erweiternden Auslegung“ des innerstaatlichen Prozessrechts<sup>107</sup> bestehe insoweit kein Anlass. Anders wäre dies lediglich dann zu beurteilen, wenn das Unionsrecht dem Einzelnen bestimmte Rechte zuordne; in diesem Falle wären auch die Gerichte der Mitgliedstaaten gehalten, die „*Verfahrensmodalitäten ... so weit wie möglich dahin auszulegen, dass sie ... einen effektiven Schutz der den Einzelnen aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenen Rechte gewährleisten.*“<sup>108</sup> Bauplanungsrechtliche und naturschutzrechtliche Vorschriften wiesen dem Einzelnen aber regelmäßig keine individuellen Rechte zu.

Soweit die Aarhus-Konvention in Art. 9 Abs. 2 und Abs. 3 auch „Mitgliedern der betroffenen Öffentlichkeit“ eine gerichtliche Überprüfungsmöglichkeit eröffnen wolle, lasse sich daraus kein anderes Ergebnis ableiten. In Art. 2 Nr. 5 der Aarhus-Konvention werde die von „umweltbezogenen Entscheidungsverfahren betroffene oder wahrscheinlich betroffene Öffentlichkeit oder die Öffentlichkeit mit einem Interesse daran“ angesprochen; eine nähere Regelung dazu, was mit den Begriffen „betroffen“ bzw. „Interesse“ erfordert sei, fehle in der Aarhus-Konvention. Insoweit bleibe den Konventionsstaaten Raum für eine innerstaatliche Konkretisierung. Die Aarhus-Konvention allein begründe deshalb keine Individualklagerechte.<sup>109</sup>

Schließlich vermittelten auch die europäischen Naturschutzrichtlinien keine eigenständige Überprüfungsbefugnis für Individualkläger. Insbesondere aus der FFH-Richtlinie seien keine Rechte Einzelner abzuleiten; die Richtlinie ziele auf den Naturschutz „um seiner selbst willen“.<sup>110</sup> Soweit der Europäische Gerichtshof einklagbare Rechte des Einzelnen aus umweltrechtlichen Richtlinien bejaht habe, habe er sich dabei auf das Ziel, die Gesundheit von Menschen zu schützen, bezogen.<sup>111</sup> Auf Umwelt- und Naturschutzbelange, deren Wahrung im Interesse der Allgemeinheit liege, sei das nicht übertragbar. Insoweit vermittele auch das materielle europäische Recht keine subjektiv-öffentlichen „Gemeinschaftsrechte“, so dass auch unter dem Effektivitätsgrundsatz („*effet utile*“) keine Überprüfungsansprüche für Private bestünden.<sup>112</sup> Einwände in Bezug auf einzelne Lebensraumtypen innerhalb eines FFH-Gebiets oder zusätzliche Belastungen von FFH-Schutzziele, die aus evtl. unzureichend erfassten „Wirkfaktoren“ eines Vorhabens (Stickstoffe, andere Luftschadstoffe oder [Verkehrs-]Lärm) resultieren könnten, führten nur im Rahmen einer Verbandsklage gem. § 2 Abs. 1 UmwRG zu einer gerichtlichen Überprüfung. Für Private bleibe es dagegen bei dem Erfordernis, eine Verletzung in eigenen Rechten geltend machen zu müssen.

#### 2.4.2 Spruchpraxis des ACCC und Beschluss der 5. Vertragsparteienkonferenz

Die Heterogenität des Meinungsbildes hinsichtlich der genauen Bedeutung von Art. 9 Abs. 3 AK veranschaulicht die besonderen Schwierigkeiten im Verständnis dieser nach Entstehungsgeschichte und Wortlaut nicht leicht einzuordnenden Bestimmung.<sup>113</sup> In der Praxis wird sich die Interpretation der

<sup>107</sup> So aber der auch vom OVG zitierte Berkemann, DVBl. 2011, 1253, 1257.

<sup>108</sup> Unter Hinweis auf EuGH, Urt. v. 13.3.2007, C-432/05, NJW 2007, 3555, Rn. 44; EuGH, Urt. v. 22.12.2010, C-279/09, EuZW 2011, 137, Rn. 29.

<sup>109</sup> Unter Hinweis auf OVG Koblenz, Beschl. v. 27.2.2013, 8 B 10254/13, NVwZ 2013, 881, Rn. 10.

<sup>110</sup> Unter Hinweis auf BVerwG, Urt. v. 26.4.2007, 4 C 12.05, BVerwGE 128, 358 ff., Juris Rn. 33.

<sup>111</sup> Unter Hinweis auf EuGH, Urt. v. 12.12.1996, C-298/95, Slg. 1996, I-6747, Rn. 15 f.

<sup>112</sup> Unter (inhaltlich allerdings m.E. fehlgehendem, s.u. bei Fn. 140) Hinweis auf EuGH, Urt. v. 7.9.2004, C-127/02 (Waddenzee) Slg. 2004, I-07405, Rn. 66.

<sup>113</sup> Siehe dazu auch Bunge, NuR 2014, 605 (610 ff.).

Bestimmung maßgeblich an der Entscheidungspraxis des ACCC und den diese bestätigenden Beschlüssen der Vertragsparteien ausrichten. Dies gilt umso mehr als in der Vergangenheit die deutschen Verwaltungsgerichte<sup>114</sup> diese Entscheidungspraxis ihrem eigenen Verständnis der Konventionsbestimmungen zugrunde gelegt haben.

Das ACCC hat sich mit der Frage nach dem Kreis der nach Art. 9 Abs. 3 AK rügefähigen Bestimmungen des nationalen Rechts auch mit Bezug auf die deutsche Rechtslage bereits ausdrücklich befasst. In seinem Beschluss im oben bereits erwähnten Beschwerdeverfahren ACCC/C/2008/31, der seinerseits auf einer seit längerem entwickelten und gefestigten Spruchpraxis aufbaut,<sup>115</sup> hat es dazu ausgeführt, dass sich Art. 9 Abs. 3 AK anders als Art. 9 Abs. 1 und Abs. 2 AK nicht auf spezifische, sondern auf die Anfechtung einer Vielzahl denkbarer Entscheidungen oder Unterlassungen bezögen. Die Vorschrift räume den Vertragsparteien deshalb ein größeres Umsetzungsermessen ein. Dennoch müssten auch in Bezug auf Art. 9 Abs. 3 AK die nationalen Regelungen zur Klagebefugnis dem Ziel der Konvention gerecht werden, einen weiten Zugang zu Gericht sicherzustellen. Zwar seien die Vertragsparteien einerseits nicht verpflichtet, ein System der Popularklage einzuführen, das jedermann gestatte, jede umweltbezogene Bestimmung, Entscheidung oder Unterlassung anzugreifen. Andererseits sei es den Vertragsparteien nicht erlaubt, die in Art. 9 Abs. 3 AK enthaltene Klausel „*sofern sie etwaige in ihrem innerstaatlichen Recht festgelegte Kriterien erfüllen*“, als Vorwand dafür heranzuziehen, restriktive Kriterien einzuführen oder beizubehalten, die im Ergebnis alle oder nahezu alle Mitglieder der Öffentlichkeit einschließlich der Umweltverbände daran hinderten, Handlungen oder Unterlassungen anzufechten, die das nationale Umweltrecht verletzen. Zugang zu Klageverfahren solle nach der Konvention die Regel, nicht die Ausnahme sein, weil Art. 9 Abs. 3 AK in systematischer Auslegung zusammen mit den Art. 1 und 3 AK und im Lichte des in der Präambel formulierten Ziels verstanden werden müsse, wonach „die Öffentlichkeit, einschließlich Organisationen, Zugang zu wirkungsvollen gerichtlichen Mechanismen haben soll, damit ihre berechtigten Interessen geschützt werden und das Recht durchgesetzt wird“.<sup>116</sup>

Vor diesem Hintergrund unterscheidet Art. 9 Abs. 3 AK nach Auffassung des ACCC nicht zwischen öffentlichen und privaten Interessen oder objektiven oder subjektiven Rechten und sei auf solche Teilkategorien auch nicht beschränkt. Im Gegenteil müsse Art. 9 Abs. 3 AK auf Verletzungen aller umweltbezogenen Vorschriften des nationalen Rechts Anwendung finden. Was als öffentliches oder privates Interesse oder als objektives oder subjektives Recht verstanden werde, könne sich je nach Vertragsparteien oder Rechtsordnung unterscheiden. Der Zugang zu Überprüfungsverfahren müsse aber unabhängig davon für alle Verletzungen des umweltbezogenen nationalen Rechts gewährleistet werden.<sup>117</sup>

Eine restriktive Anwendung der deutschen Schutznormtheorie auf den nach der Aarhus-Konvention zu gewährleistenden Rechtsschutz stellte nach Auffassung des ACCC eine Verletzung von Art. 9 Abs. 3

<sup>114</sup> Vgl. bspw. BVerwG, 7 C 21.12, 5.9.2013 (Luftreinhalteplan Darmstadt) ZUR 2014, 52 ff., Rn. 34. Der EuGH hat die Spruchpraxis des ACCC soweit erkennbar noch nicht unmittelbar herangezogen. Er hat aber Bezug genommen auf den von der UNECE auf der Grundlage dieser Praxis erstellten Leitfaden und diesen als ein erläuterndes Dokument bezeichnet, das gegebenenfalls neben anderen relevanten Gesichtspunkten für die Auslegung des Übereinkommens herangezogen werden könne, auch wenn die darin enthaltenen Analysen nicht bindend seien und nicht die normative Geltung hätten, die den Vorschriften des Übereinkommens von Århus zukomme, vgl. EuGH, Urt. v. 14.2.2012, C-204/09 (Flachglas Torgau) Rn. 36; Urt. v. 16.2.2012, C-182/10 (Solvay) Rn. 27.

<sup>115</sup> Grundlegend ACCC/C/2005/11 (Belgium) v. 16.6.2006, Rn. 35 ff.; ACCC/C/2006/18 (Denmark) v. 29.4.2008, Rn. 29 ff.; ACCC/C/2008/32 Part I (EU) v. 14.4.2011, Rn. 77 ff.; ACCC/C/2010/48 (Austria) v. 16.12.2011, Rn. 68 ff.; vgl. dazu auch UNECE, Implementation Guide, 2014, S. 197 ff., 207 f. und die im Anschluss an die während der Zusammenkunft der Vertragsparteien vom 25.-27.5.2005 angenommene Entscheidung II/2, ECE/MP.PP/2005/2/Add.3 v. 8.6.2005, die in Rn. 14ff. ein ersichtlich rechtsschutzfreundliches Verständnis des Art. 9 Abs. 3 AK annimmt.

<sup>116</sup> ACCC/C/2008/31 (Germany) Rn. 92. Bestätigt durch Beschluss V/9h der 5. Vertragsstaatenkonferenz v. 2. Juli 2014.

<sup>117</sup> ACCC/C/2008/31 (Germany), Rn. 94.

AK dar, weil mit ihr zahlreiche Verstöße gegen das Umweltrecht nicht gerichtlich angreifbar wären. Das Erfordernis der Verletzung eines subjektiven Rechts würde in vielen Fällen den Umweltverbänden ihr Klagerecht nehmen, weil diese mit ihren Klagen gerade öffentliche Interessen verfolgten.<sup>118</sup>

In seinem Beschluss zum Klagerecht nach Art. 9 Abs. 3 AK hat sich das ACCC eingehend auch mit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zum Luftreinhalteplan auseinandergesetzt, den Deutschland als Beleg für ein in der Rechtsprechungspraxis weites Verständnis und damit für die Flexibilität der Schutznormlehre angeführt hatte. Zwar würdigt das ACCC die Entscheidung als eine, die im Einzelfall den nach Art. 9 Abs. 3 AK zu gewährleistenden Rechtsschutz durch eine weite Interpretation der Rechtsverletzung sichergestellt habe. Konkret sei es allerdings um die Durchsetzung von EU-Recht gegangen, was das Bundesverwaltungsgericht auch besonders betont habe. Vor diesem Hintergrund sei nicht sicher vorherzusagen, ob für Bereiche des Umweltrechts, die nicht in Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben ergangen seien, dasselbe gelten würde. Auch im Übrigen stelle die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts als solche keine hinreichende generelle Umsetzung der Konventionsanforderungen dar. Das Gericht selbst habe angedeutet, dass weitere gesetzgeberische Anpassungen zur vollen Umsetzung von Art. 9 Abs. 3 AK im deutschen Recht erforderlich seien.<sup>119</sup> Eine einzelne innovative Gerichtsentscheidung könne nicht als hinreichende Umsetzung der Rechtsschutzverpflichtung angesehen werden, da nicht klar sei, dass dieser weiten Interpretation auch in anderen Fällen durchgängig gefolgt werde. Die Spruchpraxis des ACCC erinnert hier an die bekannte Forderung des EuGH nach einer hinreichend klaren und verlässlichen gesetzgeberischen Umsetzung der Vorgaben des Unionsrechts. Zwar meint das ACCC, dass wenn das weite Verständnis der Verletzung eines subjektiven Rechts, wie es in der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zum Ausdruck komme, sich als allgemeine Praxis der deutschen Gerichte in allen von der Konvention erfassten Rechtsgebieten durchsetze, auch dies möglicherweise den Anforderungen von Art. 9 Abs. 3 AK genügen könne. Angesichts fehlender einschlägiger gesetzlicher Garantien fehle es aber dennoch vielfach noch an einer hinreichenden Umsetzung der Konventionsbestimmungen über die Klagebefugnis von Umweltverbänden.<sup>120</sup>

### 2.4.3 Erweiterung der Rügemöglichkeiten auf nicht-drittschützende Vorschriften allein für Umweltverbände?

Weil sich sowohl die Spruchpraxis des ACCC als auch die Braunbär-Entscheidung des EuGH mit Beschwerden von Umweltverbänden befassten und weil die Umweltverbände in Art. 9 Abs. 2 AK und in Art. 2 Nr. 5 AK eine besondere Privilegierung erfahren, wird die Frage einer möglichen Erweiterung des Rechtsschutzes im Umweltrecht unter dem Einfluss der Aarhus-Konvention vielfach in erster Linie oder ausschließlich mit Blick auf Umweltverbände diskutiert.<sup>121</sup> So betont etwa das OVG Schleswig in seiner oben referierten restriktiven Entscheidungsbegründung besonders den Unterschied zwischen den privilegierten Umweltverbänden einerseits und Individualklägern andererseits. Mit abweichender Zielsetzung aber ähnlichem Ausgangsverständnis argumentiert im Rahmen dieses Forschungsvorhabens auch *Michel Prieur* in dem von ihm erstellten Landesbericht Frankreich: Danach verlangt Art. 9 Abs. 3 AK ebenso wie Art. 9 Abs. 2 AK nach einer Privilegierung der Umweltverbände. Diesen sei auch in diesem Rahmen stets ein zur Klage hinreichendes Interesse oder Recht zuzubilligen.<sup>122</sup> In der Konsequenz müssten die Umweltverbände – anders als das BVerwG dies im Verfahren zum Schutz von

<sup>118</sup> ACCC/C/2008/31 (Germany), Rn. 95.

<sup>119</sup> Das ACCC verweist insoweit auf BVerwG, 7 C 21.12, 5.9.2013 (Luftreinhalteplan Darmstadt) ZUR 2014, 52 ff., Rn. 32 (nach der Zählung auf der Website des BVerwG Rn. 35), wonach hinsichtlich Art. 9 Abs. 3 AK die Umsetzung der völkervertragsrechtlichen Verpflichtung durch den nationalen Gesetzgeber noch ausstehe.

<sup>120</sup> ACCC/C/2008/31 (Germany), Rn. 99 f.

<sup>121</sup> Vgl. beispielhaft Held, DVBl. 2016, 12 (16).

<sup>122</sup> Prieur, Länderbericht Frankreich, Anhang 3.1.3 Rn. 9 und 3.1.4 Rn. 11.

Ruhezonen vor Fluglärm entschieden hat – nach Art. 9 Abs. 3 AK auch dann zur Klage berechtigt sein, wenn die als verletzt gerügte Norm keine Rechte Einzelner begründet. Auch Art. 9 Abs. 3 AK verlange insoweit bei Verbandsklagen in Zulässigkeit und Begründetheit nach einem Verfahren objektiver Rechtskontrolle.

Die hier praktizierte Unterscheidung zwischen privilegierten Umweltverbänden einerseits und nicht privilegierten Individualklägern andererseits findet aber in Art. 9 Abs. 3 AK keine Stütze. Anders als Art. 9 Abs. 2 AK hebt die Norm die Umweltverbände gerade nicht in besonderer Weise hervor. Sie finden im Wortlaut der Vorschrift keinerlei Erwähnung.

Auch in systematischer Hinsicht spricht nichts für eine in Art. 9 Abs. 3 AK hineinzulesende besondere Bedeutung oder Funktion der Umweltverbände. Für eine Übertragung der entsprechenden Privilegierung aus Art. 9 Abs. 2 AK wäre nur dann Raum, wenn Art. 9 Abs. 3 AK insoweit an eine gleiche Begrifflichkeit hinsichtlich des Kreises der zur Klage Berechtigten anknüpfen würde. Art. 9 Abs. 2 AK und Art. 9 Abs. 3 AK unterscheiden sich aber – wie oben in anderem Zusammenhang bereits gezeigt werden konnte<sup>123</sup> – gerade insoweit in eindeutiger Weise. Während nämlich Art. 9 Abs. 2 AK an den in Art. 2 Nr. 5 AK legal definierten Begriff der „betroffenen Öffentlichkeit“ anknüpft und dabei seinerseits wiederum eine Privilegierung der Umweltverbände formuliert, knüpft Art. 9 Abs. 3 AK an den in Art. 2 Nr. 4 AK legal definierten Begriff der allgemeineren „Öffentlichkeit“ an, der gerade keine Privilegierung der anerkannten Umweltverbände gegenüber sonstigen „natürlichen oder juristischen Personen, [...] Vereinigungen, Organisationen oder Gruppen“ enthält.

Für eine Korrektur dieses nach Wortlaut und Systematik eindeutigen Auslegungsergebnisses im Sinne eines übergeordneten teleologischen Verständnisses der Aarhus-Konvention wäre nur dann Raum, wenn der Gesamtzielsetzung der Konvention, einen verbesserten Umweltschutz durch die effektive Durchsetzung des geltenden Umweltrechts zu befördern, mit einer Privilegierung der Umweltverbände auch im Rahmen von Art. 9 Abs. 3 AK besser gedient wäre. Das kann aber nicht angenommen werden. Im Gegenteil muss eine alternativ denkbare allgemeine Geltung der Rechtsschutzvorgaben des Art. 9 Abs. 3 AK als die in diesem Sinne wirksamere Rechtsauslegung begriffen werden, da sie den Kreis der potentiellen Umweltschutzkläger nicht entgegen Wortlaut und Systematik der Konvention verengt.

Nur diese Interpretation entspricht im Übrigen der Spruchpraxis des ACCC. Zwar betont das Committee in ständiger Praxis den Spielraum, den gerade Art. 9 Abs. 3 AK mit seinem Verweis auf die anwendbaren Bestimmungen des nationalen Rechts, den Vertragsparteien einräume. So sei insbesondere die Einführung einer Popularklage nicht erforderlich. Schon in der Vergangenheit hat das Committee seine einschlägigen Ausführungen aber niemals auf NGOs beschränkt. Es hat vielmehr durchweg von „members of the public, including environmental NGOs“ bzw. von „environmental organizations or other members of the public“ gesprochen.<sup>124</sup> In seinen im Entwurf übermittelten Draft Findings and Recommendations ACCC/C/2008/32 hat sich das Committee ausdrücklich mit der Frage beschäftigt, ob die Vertragsparteien den nach Art. 9 Abs. 3 AK zu gewährenden Gerichtszugang allein auf Nichtregierungsorganisationen beschränken können. Anlass für diese Untersuchung bot Art. 10 Abs. 1 der EU-Aarhus-VO, der die Möglichkeit eines Antrags auf interne Überprüfung von Verwaltungsakten der EU-Organe auf bestimmte Nichtregierungsorganisationen, konkret auf Umweltverbände, beschränkt.<sup>125</sup> Es hat diese Frage verneint. Die entsprechende Passage lautet:

<sup>123</sup> Vgl. näher dazu o. 2.1.2.

<sup>124</sup> ACCC/C/2008/31 (Germany) v. 20.12.2013, Rn. 92; ACCC/C/2008/5 (Denmark) Rn. 29; Vgl. auch Aarhus-Implementation-Guide, 2014, S. 187 ff., 197 ff.

<sup>125</sup> VO 1367/2006/EG v. 6.9.2006 über die Anwendung der Bestimmungen des Übereinkommens von Århus über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten auf Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft, ABl. EU 2006, L 264/13.

„The term “members of the public” in the Convention includes NGOs, but is not limited to NGOs.”<sup>126</sup>

Dementsprechend hat das Committee die Bestimmung des Art. 10 Abs. 1 EU-Aarhus-VO als unvereinbar mit den Vorgaben des Art. 9 Abs. 3 AK bezeichnet.

Art. 9 Abs. 3 AK verlangt daher anders als Art. 9 Abs. 2 AK zumindest grundsätzlich nach einem für Individualkläger und (möglicherweise auch für anerkannte wie nicht anerkannte)<sup>127</sup> Umweltverbände einheitlichen Verständnis der mit ihm begründeten Klagerechte.

#### 2.4.4 Generelle Erweiterung des Rechtsschutzes

In dem damit gebotenen einheitlichen Verständnis steht die in der Rechtsprechung teilweise angenommene Zulässigkeit der Begrenzung der Klagerechte nach Art. 9 Abs. 3 AK auf drittschützende Normen deshalb in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Diskussion um die völker- und unionsrechtliche Über- bzw. Umformung des Rechtsschutzes insgesamt.

Schon seit Jahren setzt sich insoweit die Erkenntnis durch, dass jedenfalls im Anwendungsbereich unionsrechtlicher Normen des Umweltschutzes die Letztentscheidung über deren drittschützende Qualität auf unionsrechtlicher Ebene, konkret durch die Rechtsprechung des EuGH getroffen wird. In der Tat hat der EuGH in einer ganzen Kette von Entscheidungen immer wieder Aussagen zur gerichtlichen Durchsetzbarkeit einzelner Bestimmungen des Umweltrechts der Union getroffen. Darunter befanden sich auch solche Bestimmungen, denen – wie etwa Bestimmungen aus dem Bereich des Grundwasserschutzes<sup>128</sup> oder des Luftqualitätsplanungsrechts<sup>129</sup> – nach herkömmlichem deutschem Rechtsverständnis gerade keine drittschützende Qualität zugesprochen wurde. Der Prozess dieser europäisch höchstrichterlichen Neuinterpretation der drittschützenden Qualität von Umweltschutznormen ist weiterhin in der Entfaltung begriffen. Seine Grenzen sind derzeit noch nicht vollständig abzusehen. So wird – von durchaus prominenter Seite – teilweise ein europäisch angereichertes Drittschutzverständnis vertreten, dass auch Normen des Biotop- und Artenschutzrechts als drittschützend und damit als von interessierten Einzelnen einklagbar begreift.<sup>130</sup>

Ein ähnliches Verständnis zeigt der von *Jan Darpö* erstellte Landesbericht Schweden. Danach genügten überindividuelle Schutzziele wie der Küsten-, Natur- und Artenschutz nach traditionellem schwedischem Rechtsverständnis nicht zur Begründung von Klagerechten. In jüngerer Zeit soll sich dies aber unter dem Einfluss der Aarhus-Konvention und der Braunbär-Entscheidung des EuGH geändert haben, auch wenn die Einzelheiten dabei noch eher undeutlich geblieben sind.<sup>131</sup> Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass nach dem Landesbericht Schweden<sup>132</sup> und ebenso nach dem Landesbericht Polen,<sup>133</sup> wenn eine Klage einmal als zulässig erachtet wurde, in der Begründetheitsprüfung eine vollständige Legalitätskontrolle erfolgt. Die zulässige Klage initiiert also – anders als in Deutschland nach § 113 VwGO – eine umfassende objektive Rechtmäßigkeitskontrolle durch das Gericht.<sup>134</sup>

---

<sup>126</sup> Draft Findings ACCC/C/2008/32 (European Communities) Rn. 86.

<sup>127</sup> Näher zur Problematik der Beschränkung der aus Art. 9 Abs. 3 AK folgenden Klagerechte auf anerkannte Umweltverbände bereits o. 2.1.2.

<sup>128</sup> EuGH, Urt. v. 28.2.1991, C-131/88 (Grundwasser).

<sup>129</sup> EuGH, Urt. v. 25.7.2008, C-237/07 (Janecek).

<sup>130</sup> Kokott/Sobotta, DVBl. 2014, 132 (136). A.A. die ganz h.M. im deutschen Schrifttum, vgl. etwa Groß, Die Verwaltung 2010, 349 (356) und in der Rechtsprechung, vgl. BVerwG, Urt. v. 26.4.2007, 4 C 12.05 (Mühlenberger Loch) Rn. 30 ff. Näher zur Problematik u. 3.1.6.2.

<sup>131</sup> Darpö, Länderbericht Schweden, Anhang 7, Rn. 25.

<sup>132</sup> Darpö, Länderbericht Schweden, Anhang 7, Rn. 24.

<sup>133</sup> Bar/Jendroška/Rotko, Länderbericht Polen, Anhang 6, Rn. 52.

<sup>134</sup> In den Landesberichten blieb allerdings offen, ob dies – der EuGH hat dies in C-137/14, Rn. 32 jedenfalls für das EU-Recht anders gesehen – als eine Forderung der Aarhus-Konvention angesehen oder als rein nationale Entscheidung betrachtet wird.

Deutlich und in der Rechtsprechung deutscher Verwaltungsgerichte wie in der Literatur weithin unumstritten ist mittlerweile der Umstand, dass dieser unionsrechtlich angeleiteten Überformung des traditionellen deutschen Rechtsschutzkonzeptes die früher oft eingewandte „Autonomie“ der mitgliedstaatlichen Prozessordnungen im Ergebnis nicht entgegengehalten werden kann.<sup>135</sup>

Für ein weites Drittschutzverständnis im unionsrechtlichen wie im völkerrechtlichen Kontext spricht dabei neben den insbesondere in der Rechtsprechung des EuGH artikulierten Effektivitätsüberlegungen auch der Umstand, dass die vergleichsweise restriktive Rechtsschutztradition Deutschlands im europäischen Rechtsvergleich nur wenige Entsprechungen findet. Ihre Anerkennung durch international besetzte Entscheidungsgremien liegt daher nicht nahe. Dies gilt umso mehr als sie im Ergebnis auch zu einer potentiell wettbewerbsverzerrenden Besserstellung der in Deutschland angesiedelten umweltrelevanten Vorhaben auf dem Feld des gegen sie gerichteten Rechtsschutzes führte. Zwar wird mit Blick hierauf nicht selten auf eine in Deutschland vergleichsweise intensive Kontrolldichte im verwaltungsgerichtlichen Verfahren verwiesen, die ihrerseits ein Mehr an Rechtsschutz gegenüber Verwaltungsentscheidungen verbürge.<sup>136</sup> Es bleibt aber fraglich, ob und wieweit eine solche gewissermaßen saldierende Argumentation vor europäischen oder internationalen Gremien bei Entscheidungen über die Zulässigkeit konkret zu beurteilender Klagezugangsrestriktionen verfängt.<sup>137</sup>

Eine zu der Entwicklung im rein unionsrechtlichen Kontext parallele Entwicklung lässt sich auch unter der Geltung der Aarhus-Konvention beobachten und prognostizieren. Wie im unionsrechtlichen Kontext die Auslegung der materiellen unionsrechtlichen Umweltschutznormen durch den EuGH, so drängt auch im Rahmen der Aarhus-Konvention die Auslegung des Art. 9 Abs. 3 AK durch das ACCC auf ein einheitliches und am ursprünglich völkerrechtlichen Auslegungsgrundsatz des „effet utile“ orientierten Verständnis von der Reichweite des von den Vertragsparteien zu gewährleistenden Rechtsschutzes. Die in der Aarhus-Konvention wie im Unionsrecht angelegten Reservevorbehalte zugunsten der unterschiedlichen nationalen Rechtsschutztraditionen werden dabei weithin zurückgedrängt.

Die oben referierte Entscheidung des ACCC im Beschwerdeverfahren ACCC/C/2008/31 gibt davon einen eindrücklichen Eindruck. Zwar wird hier eingangs noch auf den in Art. 9 Abs. 3 AK enthaltenen Ausgestaltungsvorbehalt zugunsten der Vertragsparteien verwiesen. Unter seiner Maßgabe sollen diese nicht verpflichtet sein, eine umweltrechtliche Popularklage einzuführen. Dieser Hinweis dient aber im Ergebnis nur der Markierung einer äußersten Grenze bis zu der der überformende Einfluss der Konvention sich entfalten kann. Im Folgenden werden dann sämtliche aus der traditionellen deutschen Schutznormlehre vertrauten Kategorien der Begrenzung der Klagerechte wie die Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Interesse und die zwischen objektivem und subjektivem Recht als in Art. 9 Abs. 3 AK nicht enthalten und damit als für die genaue Bestimmung der Klagerechte unanwendbar bezeichnet. Stattdessen wird die Regelvermutung für den Rechtsschutz betont und wird eine restriktive Anwendung der Schutznormlehre als mit den Maßgaben des Art. 9 Abs. 3 AK unvereinbar beschrieben.<sup>138</sup> Zwar mag es auch nach dieser Entscheidung noch offen sein, ob und inwieweit sich diese Zurückweisungen der klassischen Restriktionen der deutschen Schutznormlehre auch auf Individualkläger beziehen. Immerhin drehte sich der zugrundeliegende Sachverhalt um die Klage eines Umweltverbandes. Im Text der Entscheidung hat eine solche Differenzierung aber keinen nachhaltigen Niederschlag gefunden. Es steht daher zu vermuten, dass auch für Individualkläger Rechtsschutz

<sup>135</sup> Eingehend dazu bereits Wegener, Rechte des Einzelnen – Die Interessentenklage im europäischen Umweltrecht, 1998, S. 83 ff.

<sup>136</sup> Vgl. etwa Gärditz, Gutachten D, 2016, D 9 ff.; eher skeptisch dazu: Wegener, JZ 2016, 829 ff.

<sup>137</sup> Für eine ausdrückliche Zurückweisung einer entsprechenden Argumentation, vgl. Schlussanträge GA in Sharpston, C-115/09 16.12.2010 (BUND/Trianel), Rn. 77.

<sup>138</sup> ACCC/C/2008/31 (Germany), Rn. 92 ff.

unter den Bedingungen einer im Sinne der EuGH-Rechtsprechung erweiterten Schutznormlehre vorzusehen sein wird.

Im Geltungsbereich des Unionsrechts wird die Durchsetzungskraft der sich hier entwickelnden Entscheidungslinie des ACCC auch durch die tendenziell gleichgerichtete Rechtsprechung des EuGH wesentlich verstärkt. Die Rechtsschutzpostulate beider Entscheidungsgremien stützen sich wechselseitig und nehmen auch deshalb regelmäßig aufeinander Bezug. Über die EuGH-Rechtsprechung gewinnt das Recht der Aarhus-Konvention zudem Anschluss an den allgemein anerkannten Vorrang des Unionsrechts. Die demgegenüber jedenfalls rechtspraktisch oft relativere Wirkungsmacht völkerrechtlicher Verträge im innerstaatlichen Recht verliert so an Bedeutung.

Über die Rechtsprechung des EuGH verknüpft sich die Interpretation der Rechtsschutzvorgaben der Aarhus-Konvention schließlich mit den über Jahrzehnte bereits weit entwickelten Rechtsschutzvorgaben hinsichtlich des unionalen Umweltschutzrechts. Die in der Rechtsprechung des EuGH entwickelten Vorgaben zur Begründung von Klagerechten aus den materiellen Normen des Umweltrechts der Union werden insoweit übernommen und ggfs. weiter entwickelt.

Betrachtet man diese Entwicklung, dürften die in der deutschen Literatur und Rechtsprechung noch formulierten Widerstände allenfalls teilweise Bestand haben. Auch die vom OVG Schleswig in der oben wiedergegebenen Entscheidung<sup>139</sup> reklamierte Beschränkung des individuellen Drittschutzes auf gesundheitsbezogene Regelungen des Umweltrechts erscheint deshalb zwar vertretbar, aber nicht zwingend. Schließlich hat der EuGH in seiner Braunbär-Entscheidung ausdrücklich die Rügefähigkeit auch von Bestimmungen des Natur- und Artenschutzrechts anerkannt. Soweit das OVG darauf hinweist, diese Rechtsprechung bezöge sich allein auf den Rechtsschutz für Umweltverbände, so bleibt fraglich, ob diese Auffassung aus den oben bereits dargestellten Gründen den Maßgaben der Aarhus-Konvention entspricht, die eine solche Differenzierung im Geltungsbereich des Art. 9 Abs. 3 AK jedenfalls dem Wortlaut nach nicht kennt. Sie könnte aber auch der Rechtsprechung des EuGH selbst widersprechen. Das OVG beruft sich insoweit auf Rn. 66 des sog. Waddenzee-Urteils des EuGH,<sup>140</sup> um zu belegen, dass Naturschutznormen des Unionsrechts gerade keine Klagerechte für private Einzelne begründeten. In der in Bezug genommenen Randnummer heißt es mit Blick auf die FFH-Richtlinie aber ausdrücklich:

*„Was das Recht eines Einzelnen, sich auf eine Richtlinie zu berufen, und des nationalen Gerichts, sie zu berücksichtigen, angeht, wäre es mit der den Richtlinien durch Art. 249 EG zuerkannten verbindlichen Wirkung unvereinbar, grundsätzlich auszuschließen, dass sich betroffene Personen auf die durch eine Richtlinie auferlegte Verpflichtung berufen können. Insbesondere in den Fällen, in denen die Gemeinschaftsbehörden die Mitgliedstaaten durch eine Richtlinie zu einem bestimmten Verhalten verpflichten, würde die praktische Wirksamkeit einer solchen Maßnahme abgeschwächt, wenn die Bürger sich vor Gericht hierauf nicht berufen und die nationalen Gerichte sie nicht als Bestandteil des Gemeinschaftsrechts berücksichtigen könnten, um zu prüfen, ob der nationale Gesetzgeber im Rahmen der ihm vorbehaltenen Befugnis, Form und Mittel für die Umsetzung der Richtlinie zu wählen, innerhalb des in der Richtlinie vorgesehenen Ermessensspielraums geblieben ist (Urteil Kraaijeveld u. a. Rn. 56). Das Gleiche gilt, wenn es um die Prüfung der Frage geht, ob sich die nationale Behörde, die die angefochtene Maßnahme erlassen hat, bei fehlender Umsetzung der einschlägigen Bestimmung der betreffenden Richtlinie in das nationale Recht in den Grenzen des durch diese Bestimmung eingeräumten Ermessensspielraums gehalten hat.“*

---

<sup>139</sup> Vgl. dazu o. bei Fn. 103.

<sup>140</sup> EuGH, Urt. v. 7.9.2004, C-127/02 (Waddenzee) Slg. 2004, I-07405, Rn. 66.

Diese Formulierung entspricht einer ständigen Rechtsprechungslinie des EuGH, der in seinen Urteilen durchweg den von ihm selbst entwickelten Terminus der „Rechte des Einzelnen“ verwendet.<sup>141</sup> Er unterscheidet dabei auch in solchen Fällen, in denen – wie im Waddenzee-Fall selbst – die Klagen in den Ausgangsrechtsfällen von Umweltverbänden ausgingen, nicht zwischen einer Klagebefugnis der Verbände und des Einzelnen.<sup>142</sup>

Will man im Interesse einer Einschränkung von Individualklagen im Bereich des Naturschutzes an einer solchen Differenzierung auch im Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 3 AK festhalten, muss hierzu demnach eine ergänzende Argumentation entwickelt werden. Ansatzpunkte dazu können sich aus einem *lex generalis*-Verständnis ergeben, nachdem Art. 9 Abs. 3 AK als die allgemeinere Norm die einschlägige Differenzierung des Art. 9 Abs. 2 AK in sich aufnimmt. Hingewiesen werden kann auch auf den auch in den Entscheidungen des ACCC betonten Ausgestaltungsspielraum, der sich aus dem Hinweis auf die im innerstaatlichen Recht festgelegten Kriterien für die Rügebefugnis ergeben kann. Beide Argumentationsstränge dürften aber im Ergebnis nur von begrenzter Tragweite sein. Dabei wird die systematische Argumentation in ihrer Bedeutung bereits vom Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 AK mindestens relativiert, nach dem die nach dieser Bestimmung einzuräumenden Rügemöglichkeiten „zusätzlich und unbeschadet“ des Art. 9 Abs. 2 AK zu gewähren sind. Auch der an sich zutreffende Hinweis auf die Kriterien und damit auf die Ausgestaltungsbefugnis des nationalen Rechts steht seinerseits nach den obigen Ausführungen unter einem jedenfalls relativierenden Einfluss der Überformung der schutznormtheoretischen Neuinterpretationen durch EuGH und ACCC.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass Art. 9 Abs. 3 AK in seiner Auslegung und Anwendung durch ACCC und EuGH nach einer für Umweltverbände und Individualkläger zumindest tendenziell einheitlichen und einheitlich weiten Interpretation verlangen.<sup>143</sup> Zulässig erscheint in Abgrenzung zur Popularklage insoweit dennoch weiterhin eine Anknüpfung an ein weit verstandenes klägerisches Interesse an der Rechtsverfolgung. Innerstaatlich sollte diesem Modell jedenfalls langfristig insbesondere dort mit gesetzgeberischen Maßnahmen zur Durchsetzung verholfen werden, wo sich eine einheitliche Entscheidungspraxis der Gerichte nicht einstellt.

#### **2.4.5 Gleichklang von Klagebefugnis und Begründetheit**

Nach den oben entwickelten Maßgaben erlauben die Aarhus-Konvention und das einschlägige Unionsrecht weiterhin eine Anknüpfung sowohl der Prüfung der Zulässigkeit einer Klage wie der Prüfung und Feststellung ihrer Begründetheit an das weit zu verstehende klägerische Interesse an der Rechtsverfolgung. Die Anforderungen an Klagebefugnis und Begründetheitsprüfung, die das deutsche Verwaltungsprozessrecht in § 42 Abs. 2 und § 113 Abs. 1 VwGO traditionell gleichschaltet, dürfen auch weiterhin – unter den oben entwickelten wesentlich liberalisierenden Maßgaben – gleich behandelt werden.

Anlass dies zu betonen gibt insbesondere das gegenläufige Verständnis der EU-Kommission. Diese hat bereits mehrfach – zuletzt im Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland – ihre Überzeugung zum Ausdruck gebracht, die Aarhus-Konvention und das sie umsetzende Unionsrecht verlangten nach einem Rechtsschutzmodell, in dem lediglich der Klagebefugnis Grenzen gesetzt seien, anlässlich einer

---

<sup>141</sup> Vgl. dazu schon Wegener, *Rechte des Einzelnen*, 1998, S. 125 ff.

<sup>142</sup> Ebenso in der Bewertung auch Kokott/Sobotta, DVBl. 2014, 132, die darauf hinweisen, dass der Gerichtshof damit die einschränkenden Überlegungen in den Schlussanträgen der GA in Kokott v. 29.01.2004, C-127/02 (Waddenzee) Slg. 2004, I-7405, Rn. 143 gerade nicht übernommen hat.

<sup>143</sup> IdS jetzt auch das Verständnis der Waddenzee-Entscheidung durch GA Kokott, Schlussantr. v. 30.6.2016, C-243/15 (Lesoochranárske zoskupenie VLK II) Rn. 37 ff.

einmal für zulässig erachteten Klage aber eine vollumfängliche objektiv-rechtliche Prüfung der Rechtmäßigkeit der angegriffenen Verwaltungsentscheidungen stattfinden müsse.<sup>144</sup>

Der EuGH ist dieser Auffassung im Anwendungsbereich des Art. 9 Abs. 2 AK umsetzenden Unionsrechts zu Recht entgegengetreten. Soweit Art. 9 Abs. 2 AK und das einschlägige Unionsrecht den Mitgliedstaaten eine Anknüpfung an eine Interessenverletzung bzw. eine Rechtsverletzung erlaubten, erlaubten sie ihnen dies nicht allein für die Prüfung der Klagebefugnis, sondern auch für die der Begründetheit der Klage.<sup>145</sup>

Für den Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 3 AK sollte nichts anderes gelten. Zwar fehlt es hier an einer ausdrücklichen Erwähnung der Voraussetzung der Rechtsverletzung. Hier ist aber wie in Art. 9 Abs. 2 AK in einem umfassenden Sinne vom „Zugang zu Gericht“ die Rede. Die entsprechende Formulierung kann wie in Art. 9 Abs. 2 AK auch hier als die Zulässigkeit und die Begründetheit umgreifende Formel verstanden werden.

#### **2.4.6 Zwischenergebnis**

Zur Umsetzung von Art. 9 Abs. 3 AK muss mit Blick auf die durch den EuGH und das ACCC formulierten unions- und völkerrechtlichen Vorgaben ein deutlich erweiterter Rechtsschutz im Umweltrecht sichergestellt werden.

Die Erweiterung des Rechtsschutzes im Umweltrecht darf dabei der Sache nach nicht einem restriktiv verstandenen Schutznormkonzept verhaftet bleiben. Die schon bislang zu beobachtenden Rechtsprechungstendenzen zu einer erweiternden Auslegung insbesondere der Vorgaben der §§ 42 Abs. 2 und 113 Abs. 1 VwGO werden sich deshalb weiter verstärken. Es bleibt abzuwarten, ob im Zuge dieser Entwicklung auch der gesetzlich verbürgte Schutz von überindividuellen Interessen, wie dem an einem dem geltenden Umweltrecht entsprechenden Arten- und Naturschutz, klagefähig gestellt werden wird. Grenzen der Klagbarkeit von Normen des Umweltrechts werden sich vor diesem Hintergrund künftig nur noch eingeschränkt aus prozessualen Vorgaben, sondern eher aus deren materiellen Gewährleistungsgehalt ergeben können.

Die entsprechenden Entwicklungen werden sich aller Voraussicht nach nicht auf Klagerechte von Umweltverbänden beschränken. Im Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 3 AK zeichnet sich vielmehr eine generelle Erweiterung der Klagerechte auch für sonstige Mitglieder der „Öffentlichkeit“ im Sinne von Art. 2 Nr. 4 AK und damit auch für Individualkläger ab.

Im Interesse der Rechtssicherheit dürfte künftig eine gesetzgeberische Nachzeichnung dieser von der Rechtsprechung getriebenen Entwicklung der Entfaltung der im Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 3 AK zu gewährenden Klagerechte erforderlich werden.

### **2.5 Effektive Kontrolle von Verfahrensfehlern**

Über die Frage, inwieweit das deutsche Recht eine hinreichend effektive gerichtliche Kontrolle der Einhaltung von Vorschriften des Verwaltungsverfahrens gewährleistet, wird seit Jahrzehnten kontrovers diskutiert.<sup>146</sup> Die vertretenen Positionen reichen dabei von einer Akzeptanz der nach traditionel-

---

<sup>144</sup> Vgl. den entsprechenden Vortrag der EU-Kommission in EuGH, Urt. v. 15.10.2015, C-137/14 (Kommission/Deutschland) Rn. 24; vgl. auch die Darstellung des Kommissionsvorbringens in den Schlussantr. von GA Wathelet zu C-137/14, Rn. 30 ff.

<sup>145</sup> EuGH, Urt. v. 15.10.2015, C-137/14 (Kommission/Deutschland) Rn. 28 ff.

<sup>146</sup> Zur Frage des Drittschutzes bei der Verletzung von Verfahrensvorschriften: Fellenberg, NVwZ 2015, 1721 (1722 f.); Ziekow, NVwZ 2007, 259 ff.; Appel, NVwZ 2010, 473 ff.; Steinbeiß-Winkelmann, NJW 2010, 1233 (1236); Held, NVwZ 2012, 461 ff.; Seibert, NVwZ 2013, 2014 ff.; Gärditz, NVwZ 2014, 1 ff.; Schlacke, NVwZ 2014, 11 ff.; Sauer, ZUR 2014, 195 ff.; Greim, NuR 2014, 81 ff.; Bunge, NuR 2014, 305 ff.; Greim, Rechtsschutz bei Verfahrensfehlern im Umweltrecht, Schriften zum Umweltrecht, Band 177, 2013, S. 91 ff.; Kment, in: Hoppe/Beckmann, UVPg, 4. Auflage 2012, Einleitung UVPg

lem deutschem Rechtsverständnis nur „dienenden“ Funktion<sup>147</sup> des Verfahrensrechts und einer daraus abgeleiteten Verneinung ihrer selbstständigen Klagbarkeit einerseits und Forderungen nach einer insbesondere unter unions- und völkerrechtlichen Maßgaben zwingenden Aufwertung und isolierten Klagbarkeit andererseits. Soweit letzteres angenommen wird, ist vielfach bis heute unklar, ob und ggfs. wie hinsichtlich der Klagbarkeit und Aufwertung des Verfahrensrechts zwischen verschiedenen (absoluten und relativen/bedeutenden und weniger bedeutenden) Verfahrensvorgaben differenziert werden kann bzw. muss.

## 2.5.1 Die Diskussion um eine erweiterte Rügefähigkeit von Verfahrensfehlern im Unionsrecht

### 2.5.1.1 Die Stärkung des Verfahrensrechts durch den Unionsgesetzgeber

Im Unionsrecht knüpft die einschlägige Diskussion bis heute vor allem an die Beobachtung an, nach der schon der Unionsgesetzgeber verfahrensrechtlichen Instrumenten ein besonderes Gewicht beigemessen habe. Hingewiesen wird insoweit insbesondere auf die Umweltverträglichkeitsprüfung, der nach herrschender Auffassung allein verfahrensrechtliche, nicht aber materiellrechtliche Bedeutung zukommt.<sup>148</sup> Mit ihr habe der Unionsgesetzgeber ein zentrales Instrument spezifisch verfahrensrechtlicher Entscheidungsgestaltung geschaffen. Mit diesem Ansatz lasse sich eine Entwertung des Verfahrensgedankens im gerichtlichen Rechtsschutz, wie sie für das deutsche Rechtsverständnis kennzeichnend sei, nicht vereinbaren.

### 2.5.1.2 Die „Wells“-Rechtsprechung des EuGH

Zum Beleg für diese Auffassung wird regelmäßig auf Entscheidungen des EuGH hingewiesen, in denen sich dieser mit der Rechtsbegründung durch die UVP-Richtlinie befasst hat. Zentrale Entscheidung ist dabei bis heute das Urteil in der Sache „Wells“. In dem zugrundeliegenden Fall ging es um das Verlangen einer Anwohnerin, die für einen Bergbau erteilte Genehmigung auszusetzen bzw. zurückzunehmen bis die die zu Unrecht unterlassene Umweltverträglichkeitsprüfung nachgeholt sei. Der Gerichtshof entschied, *„dass sich der Einzelne unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens gegebenenfalls auf Art. 2 Absatz 1 in Verbindung mit den Art. 1 Absatz 2 und 4 Absatz 2 der Richtlinie 85/337 [die Pflicht zur Durchführung einer UVP vor Genehmigungserteilung] berufen kann“*.<sup>149</sup> Der Gerichtshof verpflichtete die Behörden der Mitgliedstaaten zugleich, für den Fall einer zu Unrecht unterlassenen UVP *„alle erforderlichen allgemeinen oder besonderen Maßnahmen zu treffen, damit die Projekte im Hinblick darauf überprüft werden, ob bei ihnen erhebliche Auswirkungen auf die Umwelt zu besorgen sind, und damit sie bejahendenfalls auf diese Auswirkungen hin untersucht werden“*. Begrenzt durch den Grundsatz der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten, seien *„derartige Maßnahmen beispielsweise die Rücknahme oder die Aussetzung einer bereits erteilten Genehmigung zu dem Zweck, eine Umweltverträglichkeitsprüfung des in Rede stehenden Projekts im Sinne der Richtlinie 85/337 durchzuführen.“* Ebenso sei der Mitgliedstaat *„verpflichtet, alle durch das Unterlassen einer Umweltverträglichkeitsprüfung entstandenen Schäden zu ersetzen.“*

Rn. 48 und § 4 Rn. 6 ff.; die Frage des Drittschutzes der Verfahrensvorschriften offenlassend: EuGH, Urteil Altrip vom 7.11.2013, C-72/12, EU:C:2013:712, NVwZ 2014, 49, Rn. 55.

<sup>147</sup> Vgl. dazu Haug/Schadtle, NVwZ 2014, 271 (271), m.w.N.; Quabeck, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010.

<sup>148</sup> BVerwGE 98, 339 (361f.), NVwZ 1996, 381. Vgl. auch Bartunek, Probleme des Drittschutzes bei der Planfeststellung, 2000, S. 76ff.; Spieth/Appel, NuR 2009, 312 (313). Krit. zur Rspr. des BVerwG Erbguth, NuR 1997, 261 (265).

<sup>149</sup> EuGH, Urt. v. 7.1.2004, C-201/02 (Wells), Slg. 2004, I-723, NVwZ 2004, 593 ff. Rn. 61.

In seiner Nachfolgeentscheidung „Leth“ betonte der EuGH insbesondere die zuletzt genannte Schadensersatzverpflichtung. Hinsichtlich des allgemeinen Recht des Einzelnen, die Durchführung einer UVP zu verlangen, formulierte der EuGH: *„Insoweit ist vorab daran zu erinnern, dass der Gerichtshof bereits festgestellt hat, dass sich der Einzelne auf die Pflicht, eine Umweltverträglichkeitsprüfung [...] durchzuführen, berufen kann [...]. Diese Richtlinie verleiht den betroffenen Einzelnen somit ein Recht darauf, dass die zuständigen Stellen die Umweltauswirkungen des fraglichen Projekts bewerten und sie dazu anhören.“*<sup>150</sup>

### **2.5.1.3 Verfahrensrechtsschutz nach der Öffentlichkeitsbeteiligungs-Richtlinie und seine Umsetzung im UmwRG**

In Umsetzung der Vorgaben aus Art. 9 Abs. 2 AK machte unter anderem die durch die Öffentlichkeitsbeteiligungs-Richtlinie 2003/35 geänderte UVP-Richtlinie den Mitgliedstaaten erstmals explizite Vorgaben für den Rechtsschutz auch hinsichtlich der Überprüfung der „verfahrensrechtlichen Rechtmäßigkeit“ behördlicher Entscheidungen, Handlungen oder Unterlassungen.

Zur Umsetzung dieser unionsrechtlichen Vorgabe bestimmte § 4 Abs. 1 S. 1 UmwRG, dass die Aufhebung einer Entscheidung über die Zulassung eines besonders umweltrelevanten Vorhabens auch dann verlangt werden kann, wenn eine nach den Bestimmungen des UVP-Gesetzes erforderliche UVP oder eine erforderliche Vorprüfung des Einzelfalls über die UVP-Pflichtigkeit nicht durchgeführt und nicht nachgeholt worden ist. Die entsprechenden Klagen sollten nicht allein von Umweltverbänden, sondern auch von Individualklägern erhoben werden können. Dass § 4 Abs. 1 UmwRG zu anderen denkbaren Verfahrensfehlern schwieg und einen Aufhebungsanspruch nur bei bestimmten Fehlertypen gewährte, war in der Literatur früh als europarechtswidrig kritisiert worden.<sup>151</sup>

### **2.5.1.4 Die „Altrip“-Entscheidung**

In der Rechtssache „Altrip“ legte das BVerwG dann dem EuGH die Frage vor, ob die in § 4 UmwRG formulierte Beschränkung des Rechts zur Einlegung eines Rechtsbehelfs allein auf den Fall eines völligen Unterbleibens der Umweltverträglichkeitsprüfung mit Unionsrecht vereinbar sei oder ob das nationale Recht Rechtsbehelfe auch für sonstige Fehler bei der Durchführung der UVP vorsehen müsse. Es fragte zugleich nach der Unionsrechtskonformität seiner eigenen ständigen Rechtsprechung,<sup>152</sup> nach der eine Verletzung der Rechte eines von einem UVP-pflichtigen Vorhaben Betroffenen nur dann vorliegen kann, wenn der Verfahrensfehler kausal für das den Kläger belastende Ergebnis der Planfeststellung war.

In seiner Antwort betonte der EuGH zunächst, dass die seinerzeit neu eingeführte Rechtsschutzbestimmung der UVP-Richtlinie *„in keiner Weise die Gründe beschränkt, die zur Stützung eines entsprechenden Rechtsbehelfs vorgebracht werden können“*.<sup>153</sup> Die Anwendbarkeit der nationalen Vorschriften zur Umsetzung dieser Bestimmung könne daher nicht allein auf den Fall beschränkt werden, dass die Anfechtung der Rechtmäßigkeit auf das vollständige Unterbleiben einer Umweltverträglichkeitsprüfung gestützt wird. Der Ausschluss ihrer Anwendbarkeit in dem Fall, dass eine Umweltverträglichkeitsprüfung zwar durchgeführt wurde, aber mit – unter Umständen schwerwiegenden – Fehlern behaftet sei, würde den Bestimmungen der UVP-Richtlinie über die Beteiligung der Öffentlichkeit weit-

---

<sup>150</sup> EuGH, Urt. v. 14.3.2013, C-420/11 (Leth), NVwZ 2013, 565, Rn. 32.

<sup>151</sup> Vgl. Schlacke, ZUR 2009, 80 (82); dies., ZUR 2013, 195 (198 f.); Kahl, NVwZ 2011, 449 (451 m.w.N.); Köck, ZUR 2013, 449 (450).

<sup>152</sup> Zur Herleitung des Kausalitätserfordernis aus allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts: BVerwG, NVwZ 1984, 718 (721); BVerwG, ZUR 2008, 482 (486); zur praktischen Anwendung: BVerwG, NVwZ 2011, 115 (120), Rn. 41. Vgl. auch Kopp/Ramsauer, VwVfG, 16. Auflage (2015), § 46 Rn. 4.

<sup>153</sup> EuGH, Urt. v. 7.11.2013, C-72/12 (Altrip), NVwZ 2014, 49, Rn. 36 unter Hinweis auf EuGH, Urt. v. 12.5.2011, C-115/09 (BUND/Trianel) Rn. 37.

gehend ihre praktische Wirksamkeit nehmen. Ein solcher Ausschluss liefe daher dem Ziel zuwider, einen weiten Zugang zu Gerichten zu gewähren. Die UVP-Richtlinie sei daher dahin auszulegen, dass sie die Mitgliedstaaten daran hindere, die Anwendbarkeit der zur Umsetzung dieses Artikels ergangenen Vorschriften auf den Fall zu beschränken, dass die Rechtmäßigkeit einer Entscheidung aufgrund des Unterbleibens einer Umweltverträglichkeitsprüfung angefochten wird, und nicht auf den Fall zu erstrecken, dass eine solche Prüfung zwar durchgeführt worden, aber fehlerhaft gewesen sei.<sup>154</sup>

Die Rechtsprechung des EuGH entspricht insoweit auch der Entscheidungspraxis des ACCC, das im Anschluss an die Altrip-Entscheidung feststellte, dass die deutsche Rechtslage hinsichtlich der Rügefähigkeit von Verfahrensfehlern von fehlender Klarheit gekennzeichnet sei und dass die deutschen Gerichte der betroffenen Öffentlichkeit die Anfechtung verfahrensfehlerhaft zustande gekommener behördlicher Zulassungsentscheidungen nach Art. 9 Abs. 2 AK ermöglichen müssten.<sup>155</sup>

Zum Erfordernis eines Kausalzusammenhangs zwischen dem geltend gemachten Verfahrensfehler und dem Inhalt der angegriffenen endgültigen Entscheidung stellte der EuGH zunächst erneut fest, dass der Unionsgesetzgeber mit der Vorgabe, dass die Mitgliedstaaten für einen Zugang der Mitglieder der betroffenen Öffentlichkeit zu einem Überprüfungsverfahren zwecks Anfechtung der materiellrechtlichen oder verfahrensrechtlichen Rechtmäßigkeit von Entscheidungen, Handlungen oder Unterlassungen sorgen müssten, in keiner Weise die Gründe beschränkt habe, die zur Stützung eines Rechtsbehelfs vorgebracht werden könnten. Jedenfalls habe er die Möglichkeit, einen Verfahrensfehler geltend zu machen, nicht an die Voraussetzung knüpfen wollen, dass dieser Fehler Auswirkungen auf den Inhalt der angegriffenen endgültigen Entscheidung gehabt hätte. Im Übrigen komme, da die Richtlinie u. a. zur Festlegung von Verfahrensgarantien dient, die insbesondere eine bessere Information und eine Beteiligung der Öffentlichkeit im Rahmen der Umweltverträglichkeitsprüfung öffentlicher und privater Projekte mit unter Umständen erheblichen Umweltauswirkungen ermöglichen sollten, der Überprüfung der Einhaltung der Verfahrensregeln in diesem Bereich besondere Bedeutung zu. Die betroffene Öffentlichkeit müsse daher, im Einklang mit dem Ziel, ihr einen weiten Zugang zu Gerichten zu gewähren, zur Stützung eines Rechtsbehelfs, mit dem die Rechtmäßigkeit von Entscheidungen im Sinne der Richtlinie angefochten werde, grundsätzlich jeden Verfahrensfehler geltend machen können.

Der Gerichtshof schränkte diese Aussage jedoch zugleich ein: Unbestreitbar habe nicht jeder Verfahrensfehler zwangsläufig Folgen, die sich auf den Inhalt einer solchen Entscheidung auswirken könnten, so dass ein Fehler, bei dem dies nicht der Fall ist, denjenigen, der ihn geltend macht, nicht in seinen Rechten verletze. In einem solchen Fall erscheine das Ziel der UVP-Richtlinie, der betroffenen Öffentlichkeit einen weiten Zugang zu Gerichten zu gewähren, nicht gefährdet, wenn nach dem Recht eines Mitgliedstaats ein Rechtsbehelfsführer, der sich auf einen derartigen Fehler stütze, nicht als in seinen Rechten verletzt angesehen werde und infolgedessen nicht zur Anfechtung einer solchen Entscheidung befugt sei.

Insoweit wies der EuGH darauf hin, dass die UVP-Richtlinie den Mitgliedstaaten einen beträchtlichen Spielraum hinsichtlich der Bestimmung dessen lasse, was eine Rechtsverletzung darstelle. Deshalb könne es zulässig sein, dass nach dem nationalen Recht keine Rechtsverletzung im Sinne der UVP-Richtlinie vorliege, wenn nach den Umständen des konkreten Falls nachweislich die Möglichkeit bestehe, dass die angegriffene Entscheidung ohne den geltend gemachten Verfahrensfehler nicht anders ausgefallen wäre.

Nach der Rechtsprechung des BVerwG obliege es jedoch im Allgemeinen dem Rechtsbehelfsführer, zum Nachweis einer Rechtsverletzung zu belegen, dass nach den Umständen des konkreten Falls die angegriffene Entscheidung ohne den geltend gemachten Verfahrensfehler möglicherweise anders aus-

<sup>154</sup> EuGH, Urt. v. 7.11.2013, C-72/12 (Altrip), NVwZ 2014, 49, Rn. 37 f.

<sup>155</sup> ACCC/C/2008/31, 20.12.2013 (Germany), Rn. 90.

gefallen wäre. Ihm die Beweislast für das Vorliegen des Kausalitätskriteriums aufzubürden, könne jedoch die Ausübung der durch die UVP-Richtlinie verliehenen Rechte übermäßig erschweren, insbesondere unter Berücksichtigung der Komplexität der fraglichen Verfahren und des technischen Charakters der Umweltverträglichkeitsprüfungen.

Die Rechtsschutzanforderungen der UVP-Richtlinie implizierten daher, dass eine Rechtsverletzung nur dann verneint werden könne, wenn das Gericht in Bezug auf das Kausalitätskriterium – ohne dem Rechtsbehelfsführer insoweit in irgendeiner Form die Beweislast aufzubürden, aber gegebenenfalls anhand der vom Bauherrn oder von den zuständigen Behörden vorgelegten Beweise und allgemeiner der gesamten dem Gericht oder der Stelle vorliegenden Akte – zu der Feststellung in der Lage sei, dass die angegriffene Entscheidung ohne den vom Rechtsbehelfsführer geltend gemachten Verfahrensfehler nicht anders ausgefallen wäre.

Bei dieser Beurteilung sei es Sache des betreffenden Gerichts oder der betreffenden Stelle, u. a. den Grad der Schwere des geltend gemachten Fehlers zu berücksichtigen und dabei insbesondere zu prüfen, ob dieser Fehler der betroffenen Öffentlichkeit eine der Garantien genommen habe, die geschaffen worden seien, um ihr im Einklang mit den Zielen der Richtlinie Zugang zu Informationen und die Beteiligung am Entscheidungsprozess zu ermöglichen.

Keine Antwort gab der EuGH hinsichtlich der weiteren vom BVerwG gestellten Frage, ob eine gerichtliche Anfechtung der verfahrensrechtlichen Rechtmäßigkeit von Entscheidungen nur dann Erfolg haben und zur Aufhebung der Entscheidung führen könne, „wenn durch den Verfahrensfehler zudem zugleich eine dem Kläger zustehende materielle Rechtsposition betroffen“ sei. Das BVerwG habe dazu selbst keine näheren Angaben gemacht und der Gerichtshof könne den Gründen der Vorlageentscheidung nicht entnehmen, ob eine Prüfung dieses Kriteriums für die Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits zweckdienlich sein könne. Unter diesen Umständen bestehe für den Gerichtshof kein Anlass, sich dazu zu äußern, ob ein solches Kriterium gegen das Unionsrecht verstoße.<sup>156</sup>

### 2.5.1.5 Umsetzung im reformierten UmwRG

Zur 1:1-Umsetzung der Vorgaben aus dem Altrip-Urteil hat der Bundesgesetzgeber Ende 2015 in einem neu gefassten § 4 UmwRG versucht, die unterschiedlichen Fehlerfolgen klarstellend zu regeln.<sup>157</sup> Unterschieden wird dabei jetzt deutlicher als zuvor zwischen absoluten und relativen Verfahrensfehlern.

Nach der erweiterten Fassung des § 4 Abs. 1 UmwRG zählen zu den absoluten Verfahrensfehlern neben dem völligen Ausfall einer an sich erforderlichen UVP bzw. UVP-Vorprüfung jetzt auch der völlige Ausfall einer an sich erforderlichen Öffentlichkeitsbeteiligung, eine fehlerhaft eingestufte UVP-Einzelfall-Vorprüfung sowie andere Verfahrensfehler, die nicht geheilt worden sind, nach ihrer Art und Schwere mit dem Ausfall von UVP, Vorprüfung oder Öffentlichkeitsbeteiligung vergleichbar sind und der betroffenen Öffentlichkeit die Möglichkeit der gesetzlich vorgesehenen Beteiligung am Entscheidungsprozess einschließlich des Zugangs zu den Projektunterlagen genommen haben. Absolute Verfahrensfehler können unabhängig von ihrer Ergebnisrelevanz geltend gemacht werden.

<sup>156</sup> EuGH, Urt. v. 7.11.2013, C-72/12 (Altrip), NVwZ 2014, 49, Rn. 55 f.

<sup>157</sup> Vgl. Gesetz zur Änderung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes zur Umsetzung des Urteils des Europäischen Gerichtshofs vom 7. November 2013 in der Rechtssache C-72/12 v. 20.11.2015, BGBl. 2015, I S. 2069 ff.; dazu auch: Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 7.9.2015, BT-Drs. 18/5927; Stellungnahme des Bundesrates und Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs.18/6288; Beschlussempfehlung BT-Drs. 18/6385; zu § 4 UmwRG s. BVerwG, Urt. v. 20.12.2011 – 9 A 30.10, NVwZ 2012, 573, Rn. 20 ff., BVerwG, Urt. v. 2.10.2013 – 9 A 23.12, NVwZ 2014, 367, Rn. 21 ff., BVerwG, Urt. v. 17.12.2013 – 4 A 1.13, ZNER 2014, 205, Rn. 41, sowie Beschl. v. 27.6.2013 – 4 B 37.12, BauR 2013, 2014, Rn. 9 ff.; s. außerdem OVG Münster, Urt. v. 14.10.2013 – 20 D 7/09.AK, DVBl 2014, 185, Rn. 33.

Für andere (relative) Verfahrensfehler gilt nach dem neu eingefügten § 4 Abs. 1a UmwRG weiterhin § 46 VwVfG. Neu ist allerdings die klarstellende Formulierung des § 4 Abs. 1a S. 2 UmwRG, die auf eine Korrektur der bisherigen Rechtsprechung des BVerwG im Sinne der Altrip-Entscheidung des EuGH abzielt. Danach wird, wenn sich durch das Gericht nicht aufklären lässt, ob ein Verfahrensfehler die Entscheidung in der Sache beeinflusst hat, eine solche Beeinflussung vermutet. Der Kläger soll so von der Notwendigkeit freigestellt werden, einen Einfluss des Verfahrensfehlers auf die Sachentscheidung positiv belegen zu müssen.<sup>158</sup>

In der Literatur wird die Umsetzung der Vorgaben des Altrip-Urteils durch den Bundesgesetzgeber überwiegend<sup>159</sup> als gelungen angesehen. Auch die zwischenzeitlich ergangene Entscheidung des EuGH im Vertragsverletzungsverfahren Kommission/Deutschland habe insoweit keine neuen Anpassungserfordernisse aufgezeigt. Vielmehr habe der EuGH hier lediglich die bereits zuvor entwickelten Standards wiederholt.

Mit Blick auf die Anpassung der Verfahrensfehlerregelung des § 4 UmwRG wird allerdings auf die Notwendigkeit hingewiesen, die offene Formulierung der nach Art und Schwere vergleichbaren absoluten Verfahrensfehler richterrechtlich zu konkretisieren.<sup>160</sup>

## 2.5.2 Offene Fragen

Dennoch müssen hinsichtlich der Behandlung von Verfahrensfehlern noch mindestens zwei Fragen als offen angesehen werden. So ist zu klären inwieweit die Geltendmachung von absoluten und/oder relativen Verfahrensfehlern von der Anknüpfung an ein materielles subjektives Recht abhängig gemacht werden kann. Unklar erscheint auch, unter welchen Voraussetzungen und inwieweit Verfahrensfehler im Umweltrecht außerhalb des Anwendungsbereichs des Art. 9 Abs. 2 AK geltend gemacht werden können.

### 2.5.2.1 Anknüpfung an materielle subjektive Rechte bei Individualklagen oder isolierte Anfechtbarkeit von Verfahrensfehlern?

Bis heute umstritten ist die Frage nach der Notwendigkeit einer Anknüpfung der Geltendmachung von Verfahrensfehler an materielle subjektive Rechte

#### Rechtsprechung des BVerwG

Eine solche Notwendigkeit hat insbesondere der 9. Senat des BVerwG für den Fall von Individualklagen betont. Anlässlich einer Klage gegen Entwässerungsregelungen für Bundesautobahnen betonte das Gericht zunächst, dass das Eigentum an einem Grundstück entsprechend der Nassauskiesungsrechtsprechung des BVerfG<sup>161</sup> kein Abwehrrecht gegen etwaige Verunreinigungen des Grundwassers vermittele.<sup>162</sup> Fehle einem Kläger eine entsprechende materiell-rechtliche Position, die ihm eine Klage-

<sup>158</sup> Vgl. dazu jetzt auch BVerwG, Urt. v. 21.1.2016 – 4 A 5.14 (Uckermarkleitung) Rn. 37 ff.

<sup>159</sup> Vgl. etwa Held, DVBl. 2016, 12 (16). Kritisch zu der in § 4 Abs. 1b UmwRG enthaltenen Regelung zur Anwendbarkeit der Heilungsvorschriften des § 45 Abs. 2 VwVfG und der Vorschriften zur Planerhaltung aber: Hofmann, EurUP 2015, 266 (270). Das dagegen von Hofmann angeführte EuGH-Urt. v. 3.8.2006, C-215/06 (Kom/Irland) Rn. 57 ist insoweit aber wenig eindeutig. Danach steht das Unionsrecht nämlich nationalen Rechtsvorschriften nicht entgegen, die unter bestimmten Umständen die Legalisierung ursprünglich unionsrechtswidriger Genehmigungen zulassen. Zwar darf nach der Entscheidung des EuGH eine solche Möglichkeit nur eingeräumt werden, „wenn sie den Betroffenen keine Gelegenheit bietet, das Gemeinschaftsrecht zu umgehen oder es nicht anzuwenden, und die Ausnahme bleibt“. Die Vorschriften des irischen Rechts, über die der EuGH hier entschied gingen aber in ihrer Legalisierungswirkung weit über die Vorschriften des deutschen Rechts hinaus.

<sup>160</sup> So Bunge, ZUR 2015, 531 (538 f.), der zudem den Vergleichsmaßstab für zu anspruchsvoll hält und für eine Einbeziehung von Fehlern auch eines nur „mittleren Schweregrad(s)“ plädiert.

<sup>161</sup> BVerfG, Beschl. v. 15.07.1981, 1 BvL 77/78, BVerfGE 58, 300 (332 ff.), NJW 1982, 745 (Nassauskiesung).

<sup>162</sup> BVerwG, Urt. v. 20.12.2011, 9 A 30/10, NVwZ 2012, 573, Rn. 14 ff.

befugnis vermittele, so könne er auch nicht geltend machen, Verstöße gegen formell-rechtliche Bestimmungen verletzen ihn in seinen Rechten.

Hintergrund dieser Überlegung ist die bereits skizzierte Vorstellung vom dienenden Charakter des Verfahrensrechts. Die Einhaltung formell-rechtlicher Vorschriften ist in den Worten des BVerwG „regelmäßig kein Selbstzweck, sondern dient der besseren Durchsetzung von materiellen Rechten und Belangen“. Daher könnten Form- und Verfahrensvorschriften subjektive Rechte, die Grundlage einer Klagebefugnis seien, grundsätzlich nicht selbstständig, sondern nur unter der Voraussetzung begründen, dass sich der behauptete Verstoß auf eine materiell-rechtliche Position des Klägers ausgewirkt haben könnte. Mangels einer betroffenen materiell-rechtlichen Position scheidet diese Möglichkeit von vornherein aus.<sup>163</sup>

Nichts anderes soll nach Überzeugung des BVerwG für die Rüge des Unterlassens einer an sich erforderlichen Umweltverträglichkeitsprüfung gelten. Auch mit dieser Rüge werde kein Rechtsverstoß geltend gemacht, auf den sich ein Kläger unabhängig von der Betroffenheit in eigenen Rechten berufen könne. Auch aus § 4 UmwRG soll sich nichts Abweichendes ergeben.<sup>164</sup> Zwar sei danach die Zulassungsentscheidung über ein UVP-pflichtiges Vorhaben aufzuheben, wenn eine erforderliche Umweltverträglichkeitsprüfung unterblieben sei. § 4 UmwRG betreffe aber nur die Frage der Sachprüfung im Rahmen eines zulässigen Rechtsbehelfsverfahrens. Für die Beurteilung der Klagebefugnis habe sie keine Bedeutung.

Für das BVerwG folgt dies vor allem aus der Gesetzessystematik und dem in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck gebrachten Gesetzeszweck. Das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz normiere in erster Linie die umweltrechtliche Verbandsklage. Zentrale Vorschrift sei § 2 UmwRG, der in Absatz 1 die Klagebefugnis anerkannter Umweltschutzvereinigungen regelt und in seinem Absatz 5 – korrespondierend – bestimme, unter welchen Voraussetzungen eine solche Klage begründet sei. § 4 Abs. 1 UmwRG knüpfe an die dort bezeichneten Verfahrensfehler einer fehlerhaft unterbliebenen Umweltverträglichkeitsprüfung oder UVP-Vorprüfung die Aufhebung der Zulassungsentscheidung und treffe damit eine Fehlerfolgenregelung für die Begründetheitsprüfung. Diese Fehler seien erheblich, ohne dass es darauf ankomme, ob die verletzten Verfahrensvorschriften der Gewährleistung eines materiellen subjektiven Rechts dienen und ob die Fehler die Sachentscheidung beeinflussen haben können, wie es § 46 VwVfG sonst voraussetze.<sup>165</sup> Mit dieser Regelung solle der Rechtsprechung des EuGH Rechnung getragen werden, der in seinem Urteil „Wells“ das fehlerhafte Unterbleiben einer Umweltverträglichkeitsprüfung vor Genehmigungserteilung als wesentlichen Verfahrensmangel behandelt habe, auf den sich der von der Genehmigung Betroffene ohne Weiteres berufen könne. Dem UmwRG gehe es also allein darum, mit der Fehlerfolgenregelung eine europarechtskonforme Umsetzung des in der UVP-Richtlinie umrissenen Umfangs der gerichtlichen Verfahrenskontrolle zu sichern. Hingegen sei der Regelung nicht zu entnehmen, dass die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 UmwRG für den Zugang von Umweltvereinigungen zu Gericht modifiziert oder den in ihr bezeichneten Verfahrenserfordernissen aus sich heraus eine drittschützende Wirkung beigemessen werden solle. Indem § 4 Abs. 3 UmwRG die Regelung des § 4 Abs. 1 UmwRG auf Rechtsbehelfe von Beteiligten nach § 61 Nr. 1 und 2 VwGO für entsprechend anwendbar erkläre, bringe er zum Ausdruck, dass auch insoweit Fehler der beiden genannten Kategorien unabhängig von den sonst nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung geltenden ein-

<sup>163</sup> BVerwG, Urt. v. 20.12.2011, 9 A 30/10, NVwZ 2012, 573, Rn. 19 unter Hinweis auf BVerwGE 98, 339 (361 f.), NVwZ 1996, 381, NJW 1996, 3224 L; BVerwGE 100, 238 (251 f.), NVwZ 1996, 788, und BVerwGE 134, 308, BeckRS 2009, 37830, Rn. 31.

<sup>164</sup> Ebenso auch BVerwG, Urt. v. 17.12.2013, 4 A 1.13, Rn. 41; BVerwG, Urt. v. 2.10.2013, 9 A 23.12., Rn. 21 ff.; VGH Kassel, Beschl. v. 2.3.2015, 9 B 1791/14, Rn. 9; OVG Münster, Urt. v. 14.10.2013, 20 D 7/09.AK, Rn. 33; VGH Mannheim, Urt. v. 11.4.2014, 5 S 534/13, NVwZ-RR 2014, 634 (638); VGH Mannheim, Urt. v. 30.10.2014, 10 S 3450/11, Rn. 40.

<sup>165</sup> BVerwG, Urt. v. 20.12.2011, 9 A 30/10 –, NVwZ 2012, 573, Rn. 21 unter Hinweis auf die Begründung des Gesetzentwurfs, BT-Dr 16/2495, S. 14.

schränkenden Maßgaben zur Begründetheit der Klage führten. Darin erschöpfe sich aber der Regelung Gehalt der Bezugnahme. Weder der Gesetzeswortlaut noch die Stellung der Vorschrift im Gesetz deuteten darauf hin, dass weitergehend die Berufung auf die in Rede stehenden Verfahrensfehler auch solchen Personen eröffnet werden solle, die nicht schon auf Grund einer möglichen Betroffenheit in einem materiellen Recht klagebefugt seien. Die gegenteilige Annahme widerspräche im Übrigen dem Sinn und Zweck der Bezugnahme. Sähe man in § 4 Abs. 3 UmwRG eine Regelung, die unabhängig von einer solchen Betroffenheit die Klagebefugnis begründe, so würde damit eine UVP-Interessentenklage eingeführt. Angesichts des erklärten Willens des Gesetzgebers, für Individualklagen an der Systementscheidung zu Gunsten eines auf subjektive Rechte zugeschnittenen Rechtsschutzes festzuhalten,<sup>166</sup> sei ein so weitreichendes Verständnis des § 4 Abs. 3 UmwRG nicht zu rechtfertigen. Die Norm lasse vielmehr den individualrechtsbezogenen Ansatz des § 42 Abs. 2 VwGO unangetastet und weite durch Verzicht auf die sonst geltenden Einschränkungen der Rechtsfolgen von Verfahrensfehlern lediglich – insofern § 47 VwGO ähnelnd – den gerichtlichen Umfang der Begründetheitsprüfung gegenüber der Prüfung der Klagebefugnis aus.

Schließlich gebietet nach Auffassung des BVerwG auch das Unionsrecht keine abweichende Beurteilung. Nach Art. 10 a (heute Art. 11) UVP-Richtlinie könne ein Rechtsbehelf durch das nationale Recht davon abhängig gemacht werden, dass der Kläger eine Rechtsverletzung geltend mache. Hierbei sei es Sache der Mitgliedstaaten zu bestimmen, welches die Rechte seien, deren Verletzung zu einem Rechtsbehelf in Umweltangelegenheiten führen könne; ihnen stehe es frei, diese Rechtspositionen auf subjektiv-öffentliche Rechte zu beschränken.<sup>167</sup> Dass ein subjektives Recht einem Einzelnen nur zuerkannt werde, sofern er durch die Zulassungsentscheidung überhaupt betroffen werde, widerspreche weder dem Ziel, der betroffenen Öffentlichkeit einen weiten Zugang zu Gericht zu gewähren, noch dem unionsrechtlichen Effektivitätsprinzip, das ebenso wenig wie das deutsche Recht eine Popular- oder Interessentenklage erfordere. In einer nachfolgenden Entscheidung hat der 9. Senat insoweit zudem betont, seinem Verständnis stehe auch das Wells-Urteil des EuGH nicht entgegen. Die Entscheidung des EuGH habe die Frage, ob Einzelne den Verfahrensmangel einer rechtswidrig unterbliebenen Umweltverträglichkeitsprüfung unabhängig von eigener Betroffenheit klageweise geltend machen könne, nicht behandelt.<sup>168</sup>

Hinsichtlich dieses Verständnisses und der reklamierten Unionsrechtskonformität des Ausschlusses der isolierten Anfechtbarkeit von Verfahrensfehlern bestehen allerdings offenbar auch innerhalb des BVerwG Zweifel. So hat etwa der 7. Senat des BVerwG in der Rechtssache Altrip dem EuGH ausdrücklich die Frage vorgelegt, ob eine gerichtliche Anfechtung der verfahrensrechtlichen Rechtmäßigkeit von Entscheidungen nur dann Erfolg haben und zur Aufhebung der Entscheidung führen könne, wenn durch den Verfahrensfehler zugleich eine dem Kläger zustehende materielle Rechtsposition betroffen sei. Der EuGH hielt die Vorlagefrage insoweit allerdings nicht für entscheidungserheblich und beantwortete sie deshalb nicht.<sup>169</sup> In seinem die Sache Altrip abschließenden Urteil ging der 7. Senat über die Problematik eher hinweg, in dem er formulierte, dass eine ohne die hierfür erforderliche Umweltverträglichkeitsprüfung oder UVP-Vorprüfung getroffene Genehmigungsentscheidung auf die Klage eines gemäß § 42 Abs. 2 VwGO klagebefugten Dritten nach § 4 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 S. 1 UmwRG allein

<sup>166</sup> BVerwG, Urt. v. 20.12.2011 – 9 A 30/10 –, NVwZ 2012, 573, Rn. 21 unter Hinweis auf die Begründung des Gesetzentwurfs, BT-Dr 16/2495, S. 7 f. und 14.

<sup>167</sup> BVerwG, Urt. v. 20.12.2011 – 9 A 30/10 –, NVwZ 2012, 573, Rn. 21 unter Hinweis auf EuGH, Urt. v. 12.05.2011, C-115/09 (BUND/Trianel) Rn. 44 f.

<sup>168</sup> BVerwG, Urt. v. 2.10.2013, 9 A 23.12., Rn. 23.

<sup>169</sup> EuGH, Urt. v. 7.11.2013, C-72/12 (Altrip), NVwZ 2014, 49, Rn. 55 f.

wegen dieses Fehlers aufzuheben sei.<sup>170</sup> Ob der Verzicht auf den nach § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO erforderlichen Zusammenhang zwischen der Rechtswidrigkeit der Genehmigungsentscheidung und der Verletzung in eigenen Rechten unionsrechtlich geboten sei, sei angesichts der in § 4 Abs. 3 UmwRG getroffenen Grundentscheidung des nationalen Gesetzgebers für die Anwendbarkeit des § 4 Abs. 1 UmwRG auf Rechtsbehelfe von Beteiligten nach § 61 Nr. 1 und 2 VwGO ohne Bedeutung.<sup>171</sup>

### Auffassung des OVG Münster

Weitergehend hat das OVG Münster die für das deutsche Recht kennzeichnenden hergebrachten Begrenzungen der Rügefähigkeit von Verfahrensfehlern für grundsätzlich unvereinbar mit den Vorgaben des Unionsrechts und der Aarhus-Konvention angesehen. Es ist damit der restriktiveren Auffassung des BVerwG und anderer Verwaltungsgerichte ausdrücklich entgegengetreten.<sup>172</sup> Die Unions- und Völkerrechtswidrigkeit der bislang herrschenden Rechtsprechungslinie werde insbesondere bei Individualklägern deutlich, die nicht nach § 2 Abs. 1 UmwRG privilegiert klagebefugt seien. Die UVP-Richtlinie und Art. 9 Abs. 2 AK verlangten nach einer Auslegung des nationalen Rechts, die die durch die Richtlinie verliehenen Verfahrensrechte als individualschützend anerkenne und ihre prozessuale Durchsetzbarkeit gewährleiste. Im Lichte dieser Regelungen seien der betroffenen Öffentlichkeit nach § 2 Abs. 6 UVPG hinsichtlich der Verletzung von Verfahrenserfordernissen der Umweltverträglichkeitsprüfung einschließlich der in § 4 Abs. 1 UmwRG bezeichneten Verfahrensregelungen Rügerechte zuzuerkennen.<sup>173</sup> Soweit ihnen die entsprechende Klagebefugnis abgesprochen werde, sei dies mit der Forderung nach einem weiten und effektiven Zugang zu Gerichten nicht zu vereinbaren. Unionsrecht und Aarhus-Konvention setzten vielmehr voraus, dass die Verfahrensfehler der Umweltverträglichkeitsprüfung auch selbständig gerügt werden könnten. Nach der Rechtsprechung des EuGH folge schon aus der UVP-Richtlinie ein eigenständiges Recht „des betroffenen Einzelnen“ auf Bewertung der Umweltauswirkungen des fraglichen Projekts durch die zuständigen Stellen und auf Anhörung dazu.<sup>174</sup>

Da die Richtlinie u. a. zur Festlegung von Verfahrensgarantien diene, die insbesondere eine bessere Information und eine Beteiligung der Öffentlichkeit im Rahmen der Umweltverträglichkeitsprüfung öffentlicher und privater Projekte mit unter Umständen erheblichen Umweltauswirkungen ermöglichen sollten, komme der Überprüfung der Einhaltung der Verfahrensregeln in diesem Bereich besondere Bedeutung zu. Die betroffene Öffentlichkeit müsse daher, im Einklang mit dem Ziel, ihr einen weiten Zugang zu Gerichten zu gewähren, zur Stützung eines Rechtsbehelfs, mit dem die Rechtmäßigkeit von Entscheidungen im Sinne der Richtlinie angefochten wird, grundsätzlich jeden Verfahrensfehler geltend machen können.<sup>175</sup>

<sup>170</sup> BVerwG, Urt. v. 22.10.2015, 7 C 15.13, (Altrip) Rn. 23 unter Hinweis auf BVerwG, Urt. v. 20.12.2011, 9 A 30.10, Rn. 21 f., Urt. v. 17.12.2013, 4 A 1.13, BVerwGE 148, 353 Rn. 41; Urt. v. 18.12.2014, 4 C 36.13, BVerwGE 151, 138 Rn. 34; Beschl. v. 27.6.2013, 4 B 37.12, Rn. 10.

<sup>171</sup> BVerwG, Urt. v. 22.10.2015, 7 C 15.13, (Altrip) Rn. 23 unter Hinweis auf EuGH, Urt. v. 15.10.2015, C-137/14 (Kommission/Deutschland) Rn. 63 f.

<sup>172</sup> OVG Münster, Urt. v. 25.2.2015, 8 A 959/10, Rn. 54 ff.; OVG Münster, Beschl. v. 23.7.2014 – 8 B 356/14, ZUR 2014, 613, Rn. 15 ff. Dem zustimmend: Gärditz, EurUP 2015, 196 (201). Vgl. im Übrigen auch VG Aachen, Beschl. v. 28.11.2014, 3 L 224/131, EurUP 2015, 70; VG Minden, Urt. v. 22.4.2015, 11 K 3710/12, Rn. 76 ff.; VG Köln, Urt. v. 14.4.2015, 14 K 4696/12, Rn. 42 f.; VG Berlin, Beschl. v. 28.2.2014, 19 L 334/13, S. 13 ff. (Tempelhofer Feld).

<sup>173</sup> OVG Münster, Urt. v. 25.2.2015, 8 A 959/10, Rn. 56. Vgl. jetzt auch OVG Münster, Beschl. v. 18.12.2015, 8 B 400/15 zu den insoweit bestehenden Rügerechten einer Gemeinde.

<sup>174</sup> OVG Münster, Urt. v. 25.2.2015, 8 A 959/10, Rn. 60; OVG Münster, Beschl. v. 23.7.2014, 8 B 356/14, ZUR 2014, 613, Rn. 17; unter Hinweis auf EuGH, Urt. v. 14.3.2013, C-420/11 (Leth) NVwZ 2013, 565, Rn. 32; ferner EuGH, Urt. v. 7.1.2004, C-201/02 (Wells), Slg. 2004, I-723, NVwZ 2004, 593 ff., Rn. 56 ff.

<sup>175</sup> OVG Münster, Urt. v. 25.2.2015, 8 A 959/10, Rn. 62; OVG Münster, Beschl. v. 23.7.2014, 8 B 356/14, ZUR 2014, 613, Rn. 18; unter Hinweis auf EuGH, Urt. v. 7.11.2013, C-72/12 (Altrip) NVwZ 2014, 49, Rn. 48.

Es sei dabei zwar grundsätzlich Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung, die Verfahrensmodalitäten für Klagen zu regeln, die den Schutz der „dem Einzelnen“ aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollten. Die Mitgliedstaaten seien allerdings für den wirksamen Schutz dieser Rechte in jedem Einzelfall verantwortlich.<sup>176</sup>

Diesen Anforderungen dürfte nur dann Rechnung getragen sein, wenn Mitgliedern der betroffenen Öffentlichkeit als „betroffenen Einzelnen“ im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs bei wesentlichen Fehlern der Umweltverträglichkeitsprüfung sowohl ein (absoluter oder relativer) Aufhebungsanspruch auf der Ebene der Begründetheit als auch – systematisch vorrangig – auf der Ebene der Zulässigkeit ein entsprechendes Rügerecht zustehe.<sup>177</sup>

Die Verfahrensvorschriften der UVP-Richtlinie seien damit bei unionsrechtskonformer Auslegung Schutznormen im Sinne des § 42 Abs. 2 VwGO. Derartige individualschützende Verfahrensrechte seien zwar im deutschen Verwaltungsrecht die Ausnahme, sie seien diesem aber nicht gänzlich fremd. Ihre Anerkennung im vorliegenden Zusammenhang bewirke daher nur eine Erweiterung, die sich ohne größeren Bruch in das System des subjektiven Rechtsschutzes einfügen lasse.<sup>178</sup> Die von der Gegenauffassung vorgenommene Entkoppelung von Zulässigkeits- und Begründetheitsprüfung im Rahmen der Drittanfechtungsklage stelle demgegenüber einen deutlicheren Eingriff in das deutsche Rechtssystem dar.<sup>179</sup>

Auch die Befürchtung, dass es bei der Anerkennung einer solchen klagbaren Rechtsposition zu versteckten Popularklagen kommen könne,<sup>180</sup> sei unbegründet. § 4 Abs. 3 UmwRG regle zwar nicht, welche der von der Vorschrift begünstigten „Beteiligten“ nach § 61 Nr. 1 und 2 VwGO klagebefugt sein sollten. Da die Vorschrift der Umsetzung von Unionsrecht diene, müsse sie aber in dessen Lichte ausgelegt werden. Nach der UVP-Richtlinie sei nicht jedermann an der Umweltverträglichkeitsprüfung zu beteiligen, sondern die „betroffene Öffentlichkeit“. Diese sei durch Art. 3 Nr. 1 der öffentlichkeitsbeteiligungs-Richtlinie 2003/35/EG definiert als „*die von umweltbezogenen Entscheidungsverfahren (...) betroffene oder wahrscheinlich betroffene Öffentlichkeit oder die Öffentlichkeit mit einem Interesse daran (...)*“.<sup>181</sup> In Umsetzung dieser Vorgaben bestimme § 2 Abs. 6 S. 2 UVPG natürliche und juristische Personen nur dann als „betroffene“ Öffentlichkeit, wenn sie durch die – ein UVP-pflichtiges Vorhaben betreffende – Zulassungsentscheidung in ihren Belangen „berührt“ würden. Betroffenheit in diesem Sinne werde grundsätzlich durch einen räumlichen Bezug zum Wirkungsbereich der Immissionen be-

<sup>176</sup> OVG Münster, Urt. v. 25.2.2015, 8 A 959/10, Rn. 64; OVG Münster, Beschl. v. 23.7.2014, 8 B 356/14, ZUR 2014, 613, Rn. 19 (Hervorhebungen im Original); unter Hinweis auf EuGH, Urt. v. 8.3.2011, C-240/09 (Slowakischer Braunbär), NVwZ 2011, 673, Rn. 47.

<sup>177</sup> OVG Münster, Urt. v. 25.2.2015, 8 A 959/10, Rn. 66; OVG Münster, Beschl. v. 23.7.2014, 8 B 356/14, ZUR 2014, 613, Rn. 20; unter Hinweis auf Steinbeiß-Winkelmann, NJW 2010, 1233 (1235).

<sup>178</sup> OVG Münster, Urt. v. 25.2.2015, 8 A 959/10, Rn. 68, unter Hinweis auf Ziekow, NuR 2014, 229, 234; Greim, Rechtsschutz bei Verfahrensfehlern im Umweltrecht, 2013, S. 33 ff., 157 ff.; Gärditz, VwGO, 2013, § 42 Rn. 68 - 70. In OVG Münster, Beschl. v. 23.7.2014, 8 B 356/14, ZUR 2014, 613, Rn. 20 hatte der Senat noch offen gelassen, ob dieses individuell klagbare Recht als subjektives Recht im Sinne der Schutznormtheorie zu qualifizieren wäre und ob § 42 Abs. 2 VwGO analog oder direkt eingreifen würde. Das Effektivitätsprinzip verlange die Umsetzung des unionsrechtlich gebotenen Individualschutzes gegebenenfalls auch unter unionsrechtlicher „Überformung“ oder „Aufladung“ der anerkannten Klagerechte mit der Folge, dass § 42 Abs. 2 VwGO jedenfalls analog anwendbar wäre.

<sup>179</sup> OVG Münster, Urt. v. 25.2.2015, 8 A 959/10, Rn. 70 unter Hinweis auf Greim, Rechtsschutz bei Verfahrensfehlern im Umweltrecht, 2013, S. 143; Seibert, NVwZ 2013, 1040 (1045); Appel, NVwZ 2010, 473 (476).

<sup>180</sup> So aber BVerwG, Urt. v. 20.12.2011, 9 A 30.10, NVwZ 2012, 573, Rn. 20 ff.

<sup>181</sup> OVG Münster, Urt. v. 25.2.2015, 8 A 959/10, Rn. 83.

stimmt.<sup>182</sup> Bei Berücksichtigung dieser faktischen Komponente sei eine Klage (nur) dann zulässig, wenn der Kläger durch die Entscheidung tatsächlich in seinen Interessen beeinträchtigt werde.<sup>183</sup>

Schließlich sei sich auch der Gesetzgeber der Notwendigkeit der erweiterten Rügefähigkeit von Verfahrensfehlern bei der Kodifizierung des § 4 UmwRG bewusst gewesen.<sup>184</sup> Die Begründung nehme ausdrücklich Bezug auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs, wonach der Einzelne sich auf Bestimmungen der UVP-Richtlinie berufen können müsse.<sup>185</sup> Es heiße dort, Art. 10a (heute Art. 11) der geänderten UVP-Richtlinie fordere, dass die Überprüfung der verfahrensrechtlichen Rechtmäßigkeit einer Zulassungsentscheidung für ein UVP-pflichtiges Vorhaben beantragt werden könne. Diesen Anforderungen stehe jedoch derzeit die ständige Rechtsprechung des BVerwG entgegen, wonach das Recht der Umweltverträglichkeitsprüfung aufgrund seiner Einstufung als Verfahrensrecht keine selbstständig durchsetzbaren Rechtspositionen vermittelte. Nach bisheriger Rechtslage könnten die Verfahrensregelungen der Durchführung von Umweltverträglichkeitsprüfungen Drittschutz nur begründen, wenn die konkrete Möglichkeit bestehe, dass die angegriffene Entscheidung ohne den Verfahrensmangel anders ausgefallen wäre. Die Regelung des § 4 Abs. 1 UmwRG erfolge (auch) vor diesem Hintergrund. Diese Ausführungen haben nach Auffassung des OVG Münster einen sinnvollen Kontext nur im Zusammenhang mit einer selbstständig durchsetzbaren Rechtsposition und damit insbesondere auch in der Zulässigkeit der Klage.<sup>186</sup> Für die seinerzeitige Neufassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes werde mit dem Hinweis auf das „subjektiv-öffentliche Rügerecht“ nach § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UmwRG ausdrücklich klargestellt, dass jedenfalls die in § 4 Abs. 1 UmwRG aufgeführten UVP-Verfahrenserfordernisse rügefähig sein sollten.<sup>187</sup>

Das OVG Münster geht damit insgesamt von einer isolierten Rügefähigkeit substantieller Verfahrensfehler aus. Das Verfahrensrecht als solches begründet damit in erweiternder Auslegung von § 42 Abs. 2 Halbs. 2 VwGO klagefähige subjektive Rechte. Geltend gemacht werden können diese Rechte nicht allein von Umweltverbänden, sondern auch von all denjenigen Individualklägern, die als von der behördlichen Entscheidung betroffen angesehen werden können. Die Betroffenheit bestimmt sich am Maßstab eines weit verstandenen Interessenschutzes, der seinerseits lediglich der Abgrenzung zur weiterhin unzulässigen Popularklage dient. Dieses obergerichtliche Verständnis hat jedenfalls in der Rechtsprechung der NRW-Verwaltungsgerichtsbarkeit Gefolgschaft gefunden.<sup>188</sup>

<sup>182</sup> OVG Münster, Urt. v. 25.2.2015, 8 A 959/10, Rn. 83.

<sup>183</sup> OVG Münster, Urt. v. 25.2.2015, 8 A 959/10, Rn. 83; OVG Münster, Beschl. v. 23.7.2014 – 8 B 356/14, ZUR 2014, 613, Rn. 21; unter Hinweis auf BVerwG, Urt. v. 5.9.2013, 7 C 21/12, NVwZ 201, 64, Rn. 45; Generalanwältin Kokott, Schlussanträge Gruber v. 13.11.2014, C-570/13, Rn. 35 ff. („Nachbarn“); Seibert, NVwZ 2013, 1040, 1045 m.w.N.; enger Greim, Rechtsschutz bei Verfahrensfehlern im Umweltrecht, 2013, S. 217 ff.

<sup>184</sup> OVG Münster, Urt. v. 25.2.2015, 8 A 959/10, Rn. 74 ff.; OVG Münster, Beschl. v. 23.7.2014 – 8 B 356/14, ZUR 2014, 613, Rn. 23; unter Hinweis auf Begründung zum Entwurf über ergänzende Vorschriften zu Rechtsbehelfen in Umweltangelegenheiten nach der EG-Richtlinie 2003/35 EG (Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz) vom 4.9.2006, BT-Drucksache 16/2495, insbesondere Seiten 7 f., 11 f. und 13 f.

<sup>185</sup> Mit gleicher Argumentation auch Ogorek, NVwZ 2010, 401 (402 f.), der hieraus auf ein entsprechendes kommunales Recht zur isolierten Rüge wesentlicher Verfahrensfehler folgert.

<sup>186</sup> OVG Münster, Urt. v. 25.2.2015, 8 A 959/10, Rn. 78; OVG Münster, Beschl. v. 23.7.2014 – 8 B 356/14, ZUR 2014, 613, Rn. 25.

<sup>187</sup> OVG Münster, Urt. v. 25.2.2015, 8 A 959/10, Rn. 79; OVG Münster, Beschl. v. 23.7.2014 – 8 B 356/14, ZUR 2014, 613, Rn. 26; unter Hinweis auf die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer umweltrechtlicher Vorschriften, BT-Drucksache 17/10957, S. 17 und auf Sauer, ZUR 2014, 195, 200.

<sup>188</sup> Vgl. VG Aachen, Beschl. v. 28.11.2014, 3 L 224/13; VG Minden, Urt. v. 22.4.2015, 11 K 3710/12, Rn. 77 ff.; offen gelassen in VG Köln, Urt. v. 14.4.2015, 14 K 4696/12, Rn. 42 f.; zustimmend auch Gärditz, EurUP 2015, 196 (201). Allg. zur umstrittenen Frage des Drittschutzes der UVP-Verfahrensvorschriften: bejahend Gärditz, VwGO, 2013, § 42 Rn. 69 f.; eher zweifelnd Wahl/Schütz in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 2014, § 42 Abs. 2 Rn. 214 jeweils mit weiteren Nachweisen zu Rechtsprechung und Rechtslehre.

## EuGH-Urteil in der Sache Gruber

Näheren Aufschluss über die demnach in der Rechtsprechung der deutschen Verwaltungsgerichte hoch umstrittene Frage nach der selbstständigen Klagefähigkeit verfahrensrechtlicher Vorschriften des Umweltrechts kann möglicherweise die neuere Entscheidung des EuGH in der Sache „Gruber“ geben.<sup>189</sup> In dem zugrundeliegenden österreichischen Fall ging es um die von einer Individualklägerin vorgebrachte Rüge einer unterbliebenen Umweltverträglichkeitsprüfung. Das österreichische Recht erlaubte Individualklägern keine Anfechtung eines negativen Ergebnisses einer Vorprüfung der UVP-Pflichtigkeit eines Vorhabens. Dennoch sollten sie – ebenso wie die nationalen Behörden und Gerichte – an eine solche einmal rechtskräftig gewordene Vorentscheidung im Rahmen einer späteren gerichtlichen Auseinandersetzung um die Zulässigkeit des betreffenden Vorhabens gebunden sein. Das vorliegende Gericht fragte den EuGH, ob die zur Umsetzung von Art. 9 Abs. 2 AK ergangene Rechtsschutzbestimmung des Art. 11 UVP-Richtlinie einer solchen Bindungswirkung entgegenstehe.

In seiner Antwort betonte der Gerichtshof zunächst, dass nach Art. 11 UVP-Richtlinie nicht alle unter den Begriff der „betroffenen Öffentlichkeit“ im Sinne von Art. 1 Abs. 2 UVP-Richtlinie fallenden natürlichen und juristischen Personen oder Organisationen ein Recht auf Einlegung eines Rechtsbehelfs im Sinne von Art. 11 UVP-Richtlinie haben müssten, sondern nur diejenigen, die entweder ein ausreichendes Interesse hätten oder gegebenenfalls eine Rechtsverletzung geltend machten.<sup>190</sup> Da die Bestimmung der Umsetzung der Vorgaben aus Art. 9 Abs. 2 AK diene, müssten aber auch die nationalen Anforderungen an die Rechtsverletzung im Einklang mit dem Ziel umgesetzt und interpretiert werden, der betroffenen Öffentlichkeit einen weiten Zugang zu Gerichten zu gewähren. Ungeachtet des weiten mitgliedstaatlichen Wertungsspielraums bei der Bestimmung der Rechtsverletzung und der Möglichkeit die klagefähigen Rechtspositionen auf subjektiv-öffentliche Rechte zu beschränken, dürften diese Bestimmungen nicht restriktiv ausgelegt werden. In seiner weiteren Darstellung bezog sich der Gerichtshof dann maßgeblich auf den Umstand, dass die Klägerin des Ausgangsverfahrens als „Nachbarin“ des beklagten Vorhabens nach österreichischem Recht grundsätzlich als mit Beteiligungs- und Klagerechten ausgestattet anzusehen sei. Lediglich die in ein Vorverfahren ausgelagerte Entscheidung über die UVP-Pflichtigkeit des Vorhabens sei für sie nicht rügefähig. Soweit der Klägerin aber grundsätzlich ein Klagerecht zustünde, müsse dieses auch die Anfechtung der Entscheidung über die Nichtdurchführung der UVP umfassen. Eine im Vorverfahren getroffene Negativentscheidung habe ihr gegenüber im späteren Verfahren der Anfechtung der Zulassung keine Bindungswirkung.<sup>191</sup>

Zum besseren Verständnis dieser nicht einfach zu interpretierenden Ausführungen tragen die Schlussanträge der Generalanwältin Kokott wenigstens in gewissem Umfang bei. Die Generalanwältin betonte die ständige Rechtsprechung des EuGH wonach sich Einzelne auf die Pflicht berufen könnten, eine UVP durchzuführen. Sie müssten durch das nationale Recht insbesondere in die Lage versetzt werden, die Einhaltung dieser Prüfungspflicht ggfs. gerichtlich nachprüfen zu lassen.<sup>192</sup> Die in der mündlichen Verhandlung vorgebrachte Befürchtung, die Anerkennung des entsprechenden Klagerechts bringe eine Popularklagebefugnis mit sich, wies die Generalanwältin zurück. Mit ihr werde die Rechtsprechung des Gerichtshofs missverstanden. Zwar spreche dieser häufig von „betroffenen Einzelpersonen“, teilweise auch nur von „Einzelnen“ oder sogar ganz allgemein von „Dritten“, also einem potenziell sehr weiten Kreis möglicher Berechtigter. Schon der in der UVP-Richtlinie verwendete Begriff der „be-

<sup>189</sup> EuGH, C-570/13, Urt. v. 16.4.2015, (Gruber) Rn. 29 ff.

<sup>190</sup> EuGH, C-570/13, Urt. v. 16.4.2015, (Gruber) Rn. 32.

<sup>191</sup> EuGH, C-570/13, Urt. v. 16.4.2015, (Gruber) Rn. 44 ff.

<sup>192</sup> GAin Kokott, Schlussantr. v. 13.11.2014 zu C-570/13 (Gruber) Rn. 29 ff. m.w.N. zur einschlägigen Rspr. des EuGH.

troffenen Öffentlichkeit“ erlaube aber eine hinreichende Abgrenzung. Diese unter Beachtung der Vorgaben des Unionsrechts im Einzelnen vorzunehmen, sei Sache der nationalen Gerichte.<sup>193</sup>

Betrachtet man die Schlussanträge und die Entscheidung des EuGH zusammen, so scheint der Gerichtshof abweichend von der Generalanwältin und abweichend auch von der Rechtsprechungslinie des OVG Münster eine mitgliedstaatliche Bestimmung der rügefähigen Rechte des Einzelnen und damit der potentiellen Kläger selbst für zulässig anzusehen, die enger sein kann, als der Kreis der „betroffenen Öffentlichkeit“. Zugleich bleiben aber die Kriterien undeutlich, wie dieser engere Kreis potentiell verletzter Rechte und potentieller Kläger bestimmt werden soll. Der Gerichtshof betont – wie auch sonst in ständiger Rechtsprechung – einerseits den diesbezüglich weiten mitgliedstaatlichen Wertungsspielraum, andererseits aber auch die Notwendigkeit eines weiten Gerichtszugangs und des Verbots einer zu restriktiven Interpretation des nationalen Rechts. Im Ergebnis muss allerdings nach seinem Urteil jedenfalls für die nach nationalem Recht klagebefugten „Nachbarn“ eines Vorhabens auch das Unterlassen einer UVP gerichtlich rügefähig sein. Wer nach nationalem Recht zu den Klageberechtigten zählt, muss auch die UVP-Pflichtigkeit einklagen können.<sup>194</sup>

### **EuGH-Urteil Kommission/Deutschland, C-137/14**

Aufschlüsse über das Verständnis des EuGH hinsichtlich der isolierten Rügefähigkeit von Verfahrensfehler vermittelt auch die Entscheidung im Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland.<sup>195</sup> Wie oben bereits gezeigt werden konnte, verlangte der EuGH hier eine Interpretation des § 46 VwVfG, die die Relevanz von Verfahrensfehlern im deutschen Verwaltungsprozess deutlich stärkt.

Der EuGH beschäftigte sich aber zugleich auch noch mit der von der Kommission gleich an zwei Punkten vorgebrachten Rüge, wonach das in § 113 Abs. 1 VwGO enthaltene Erfordernis der Rechtsverletzung als Voraussetzung der Begründetheit einer Klage mit dem Unionsrecht unvereinbar sei. Die nicht immer deutliche<sup>196</sup> Argumentation der Kommission lief im Kern auf einen von ihr behaupteten Zwang zur Entkoppelung von Zulässigkeits- und Begründetheitsprüfung hinaus. Eine einmal als zulässig angesehene Klage sollte nach dieser Vorstellung eine vollumfängliche objektive Kontrolle der Rechtmäßigkeit der angegriffenen behördlichen Entscheidung nach sich ziehen. Eine Beschränkung nicht nur der Zulässigkeits-, sondern auch der Begründetheitsprüfung auf die Feststellung der Verletzung subjektiver Rechte sei unionsrechtlich unzulässig.

Der Gerichtshof wies diese Vorstellung der Kommission durchgängig<sup>197</sup> zurück. Der auf Art. 9 Abs. 2 AK zurückgehende Art. 11 UVP-Richtlinie erlaube ausdrücklich die Anknüpfung an das Erfordernis der Rechtsverletzung. Dies gelte für die Zulässigkeits- wie für die Begründetheitsprüfung. Es sei deshalb mit dem Unionsrecht vereinbar, wenn eine mit einem Verfahrensfehler behaftete behördliche Entscheidung nach nationalem Recht nur aufgehoben werden könne, wenn dieser Verfahrensfehler ein subjektives Recht des Klägers verletze.<sup>198</sup>

Auch diese Ausführungen deuten jedenfalls auf den ersten Blick auf ein eher der Rechtsprechung des BVerwG als der des OVG Münster entsprechendes Verständnis hin.<sup>199</sup> Demnach könnte die erfolgrei-

---

<sup>193</sup> GAin Kokott, Schlussantr. v. 13.11.2014 zu C-570/13 (Gruber) Rn. 35 ff.

<sup>194</sup> Unsicher hinsichtlich der genauen Bedeutung der Entscheidung auch Gärditz, EurUP 2015, 196 (201).

<sup>195</sup> EuGH, Urt. v. 15.10.2015, C-137/14, ZUR 2016, 33 ff.

<sup>196</sup> Kritisch insoweit auch Berkemann, DVBl. 2016, 205, 207.

<sup>197</sup> Vgl. neben den unmittelbar auf die Frage der Rüge von Verfahrensfehlern bezogenen Ausführungen auch die allgemeineren Erwägungen in EuGH, Urt. v. 15.10.2015, C-137/14 (Kommission/Deutschland) Rn. 29 ff. Ablehnend dazu: Berkemann, DVBl. 2016, 205, 209 ff.

<sup>198</sup> EuGH, Urt. v. 15.10.2015, C-137/14 (Kommission/Deutschland) Rn. 63 ff.

<sup>199</sup> So etwa Beier, UPR 2016, 48.

che Geltendmachung von Verfahrensfehlern von der Verletzung eines subjektiven Rechts abhängig gemacht werden. Eindeutig sind die Ausführungen des EuGH allerdings auch an dieser Stelle nicht. Zum einen bleibt offen, inwieweit die Mitgliedstaaten frei sind, den Kreis der subjektiven Rechte und der Rechteinhaber zu bestimmen. Hier müssen die oben entwickelten allgemeinen Maßgaben gelten, wonach die Mitgliedstaaten im Geltungsbereich des Unions(umwelt)rechts zwar über einen gewissen Spielraum verfügen, im Ergebnis aber einer an den Grundsätzen der Effektivität und Äquivalenz ausrichtenden unionsrechtlichen Bestimmung des subjektiv-rechtlichen Gehalts der normativen Garantien des Unionsrechts unterworfen sind. Der subjektiv-rechtliche Gehalt des Umweltrechts der Union wird dementsprechend im Wesentlichen durch das Unionsrecht und den zu seiner Interpretation befugten EuGH bestimmt. Zum anderen stellt sich auch nach den zitierten Entscheidungen des EuGH weiter die Frage, inwieweit im Ergebnis einer solchen unionsrechtlichen Bestimmung des subjektiv-rechtlichen Gehalts unionsrechtlicher Normen nicht auch in Normen des Unionsverfahrensrecht ein eigenständiger subjektiv-rechtlicher Gehalt liegen kann. Ein solches Verständnis läge durchaus auf der Linie der oben referierten Entscheidungspraxis des EuGH zur Bedeutung gerade der Umweltverträglichkeitsprüfung. Ob sich die restriktive Kombination einer engen Interpretation des materiellen Rechts und einer Verneinung der isolierten Klagbarkeit verfahrensrechtlicher Vorgaben, wie sie in der Rechtsprechung des BVerwG etwa im Fall der Autobahntentwässerung zum Tragen kommt, mit dem Grundverständnis des EuGH von der Bedeutung des Grundwasserschutzes<sup>200</sup> einerseits und der Umweltverträglichkeitsprüfung<sup>201</sup> andererseits vereinbaren lässt, erscheint daher als nicht zweifelsfrei.

#### 2.5.2.2 Die Rüge von Verfahrensfehlern nach Art. 9 Abs. 3 AK

Die insbesondere durch die „Altrip“- Rechtsprechung des EuGH gegenüber dem bisherigen deutschen Rechtsverständnis deutlich erweiterte Rügefähigkeit von Verfahrensfehlern muss grundsätzlich auch im Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 3 AK Beachtung finden.<sup>202</sup>

Zwar fehlt es in dieser Norm – anders als in Art. 9 Abs. 2 AK – an einem ausdrücklichen Hinweis auf die Rügefähigkeit behördlicher Entscheidungen und Unterlassungen hinsichtlich ihrer „materiellen und verfahrensmäßigen Rechtmäßigkeit“. Die Funktion dieser Formulierung liegt aber – wie bereits gezeigt werden konnte – darin, im Geltungsbereich von Art. 9 Abs. 2 AK eine vollumfängliche Prüfung der hier umfassten besonders umweltrelevanten Entscheidungen auch jenseits des engeren Kreises umweltrechtlicher Normen zu gewährleisten. Für Art. 9 Abs. 3 AK konnte dagegen gezeigt werden, dass hier eine Beschränkung auf Normen eines weit zu verstehenden Umweltrechts zulässig ist.<sup>203</sup>

Art. 9 Abs. 3 AK verlangt deshalb nur, aber auch immerhin, die Rügefähigkeit solcher verfahrensrechtlicher Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts, die sich in einem weit verstandenen Sinne als (Verfahrens-)Normen des Umweltrechts begreifen lassen.

Entsprechend der zu Art. 9 Abs. 2 AK und seiner Umsetzung durch die Öffentlichkeitsbeteiligungs-Richtlinie entwickelten Rechtsprechung des EuGH müssen allerdings auch im Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 3 AK nicht alle Verfahrensfehler zur Aufhebung der angefochtenen Verwaltungsentscheidungen führen. Auch hier wird man entsprechend der Zielsetzung der Aarhus-Konvention eine Relevanz des jeweiligen Verfahrensfehlers für die Beteiligung der Öffentlichkeit bzw. für die Strukturierung und Sicherung einer den Vorgaben des materiellen Umweltrechts entsprechenden Verwaltungsentscheidung verlangen können. Auch wird entsprechend der Altrip-Rechtsprechung des EuGH eine solche Relevanz dann verneint werden können, wenn vom Gericht auf der Grundlage des Vorbringens der Behörde positiv festgestellt werden kann, dass der Verfahrensfehler die Entscheidung in der Sache

<sup>200</sup> EuGH, Urt. v. 28.2.1991, C-131/88 (Grundwasser).

<sup>201</sup> EuGH Urt. v. 7.1.2004, C-201/02 (Wells), Slg. 2004, I-723, NVwZ 2004, 593 ff.

<sup>202</sup> Ebenso United Nations Publication (2014): UNECE, The Aarhus Convention: An implementation guide, 2. Auflage, S. 199.

<sup>203</sup> Näher dazu o. 2.3.5.

nicht beeinflusst haben kann. Insoweit wird Art. 9 Abs. 3 AK mit Blick auf die Rüge von Verfahrensfehlern nur eine begrenzte Bedeutung zukommen, da die für die Verwirklichung der Öffentlichkeitsbeteiligung und des materiellen Umweltrechts wesentlichen Verfahrensvorschriften, insbesondere der UVP, bereits in den Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 2 AK fallen und ihre Relevanz bereits in § 4 UmwRG positiv-rechtlich geregelt ist. Nach § 4 Abs. 4 UmwRG in der geplanten Neufassung durch den Gesetzentwurf der Bundesregierung wird die hier getroffene Unterscheidung zwischen absoluten und relativen Verfahrensfehlern auch für Rechtsmittel gegen Pläne und Programme gelten.<sup>204</sup>

## 2.6 Rechtsschutz in vorgelagerten Planungsphasen als Forderung der AK?

### 2.6.1 Hintergrund: Der polnische Streitfall

Nach dem von *Magdalena Bar*, *Jerzy Jendroska* und *Jerzy Rotko* für dieses Forschungsvorhaben erstellten Landesbericht Polen wird in Polen kontrovers diskutiert, ob es auf Planungsebenen der Raum-, Fach- und der kommunalen Bauleitplanung, die den eigentlichen Genehmigungsentscheidungen vorgelagert sind, unter den Maßgaben der Aarhus-Konvention Rechtsschutz geben muss.

Eine entsprechende Frage ist Gegenstand des anhängigen Verfahrens ACCC/2015/119.<sup>205</sup> Der Sache nach geht es im Verfahren unter anderem um die Möglichkeit des Rechtsschutzes gegen regionale Raumordnungs- und Entwicklungspläne. Die Beschwerde behandelt beispielhaft und konkret den verweigerten Rechtsschutz gegen eine Planung durch die Lubuskie Voivodhip, einen Bezirk im Westen Polens, mit dem der rechtliche Rahmen für Bergbauaktivitäten und den geplanten Bau von Kohlekraftwerken geschaffen wurde. Nach dem Vorbringen der Beschwerdeführer fehlt es entsprechenden Klagen nach der Rechtsprechung der polnischen Verwaltungsgerichte aber regelmäßig an einem hinreichenden zur Klage berechtigenden Interesse. Die Planung habe keine hinreichend unmittelbare Wirkung auf die Rechte klagender Gemeinden, Grundbesitzer oder Umweltschutzvereinigungen.

Die Beschwerdeführer sehen darin einen Verstoß gegen die Rechtsschutzgarantie in Art. 9 Abs. 3 AK. Ihrer Darstellung nach beschränkt etwa die Ausweisung einer Fläche als potentielles Bergbauegebiet die tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten der Grundbesitzer und der Gemeinden etwa hinsichtlich möglicher gegenläufiger flächenbezogener Investitionsentscheidungen.

Polen ist der Beschwerde unter anderem mit dem Argument entgegengetreten, das Oberste Polnische Verwaltungsgericht sei im konkreten Fall durchaus von der Möglichkeit einer Verletzung rechtlich geschützter Interessen und damit auch eines Rechtsschutzes gegen regionale Planung ausgegangen. Es habe diese Verletzung lediglich in concreto und mit ausführlicher Begründung verneint.

### 2.6.2 Abgrenzung von Art. 9 Abs. 2 und Art. 9 Abs. 3 AK

Unabhängig von dieser hier nicht zu beurteilenden Frage nach der richtigen und konventionskonformen Anwendung des polnischen Rechts durch die polnische Verwaltungsgerichtsbarkeit lässt sich auch für Deutschland die Frage nach einem Rechtsschutz in vorgelagerten Planungsphasen als Forderung der Aarhus-Konvention aufwerfen.

Dabei ist zunächst festzustellen, dass – wovon auch die Beschwerdeführer in dem oben genannten polnischen Verfahren ausgehen – sich die entsprechenden Rechtsschutzanforderungen, so sie denn bestehen, nicht aus Art. 9 Abs. 2 AK, sondern allein aus Art. 9 Abs. 3 AK ableiten lassen können. Art. 9 Abs. 2 AK bezieht sich nämlich auf konkrete, im Anhang I AK aufgeführte Zulassungsverfahren für besonders umweltrelevante Projekte. Auch wenn die hier genannten Projekte ihrerseits Gegenstand ge-

---

<sup>204</sup> Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Anpassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer Vorschriften an europa- und völkerrechtliche Vorgaben, BT-Drs. 18/9526, 39.

<sup>205</sup> Zu finden unter: <http://www.unece.org/environmental-policy/conventions/public-participation/aarhus-convention/tfwg/envppcc/envppcccom/acccc2014119-poland.html> (abgerufen am 19.10.16).

stuffer Entscheidungsvorbereitungs- und Entscheidungsfindungsprozesse sein können, knüpft Art. 9 Abs. 2 AK i.V.m. Art. 6 Abs. 1 lit. a) und Anhang I AK doch jeweils an das konkrete abschließende Zulassungsverfahren an. Hier kann sich durchaus die Frage stellen, ob und inwieweit die Aarhus-Konvention im Sinne eines hinreichend effektiven Rechtsschutzes nach einer inzidenten Kontrolle vorgelagerter Entscheidungen, etwa über Bedarfsfeststellungen und Linienbestimmungen, verlangt. Anknüpfungspunkt für den Rechtsschutz bleibt aber auch insoweit die konkrete Zulassungsentscheidung.

Demgegenüber ist der Geltungsbereich von Art. 9 Abs. 3 AK nicht auf bestimmte Zulassungsverfahren beschränkt. Wegen seines insoweit unbestimmten und offenen Wortlauts erscheint eine Anwendung auf die Frage eines Rechtsschutzes in vorgelagerten Planungsphasen jedenfalls nicht per se ausgeschlossen.

### 2.6.3 Rechtsschutz auf vorgelagerten Planungsebenen nach geltendem deutschem Recht

Nach geltendem deutschem Verwaltungsprozessrecht können Klagen grundsätzlich allein gegen behördliche Rechtsakte mit rechtsverbindlicher Außenwirkung erhoben werden. In der Regel handelt es sich dabei um Verwaltungsakte nach § 35 VwVfG oder deren Unterlassen. Einschlägige Klagearten sind die Anfechtungs- und die Verpflichtungsklage nach § 42 VwGO. Daneben besteht die Möglichkeit, unter bestimmten Voraussetzungen auch gegen bestimmte vorgelagerte Planungsentscheidungen vorzugehen.<sup>206</sup> Einschlägige Klageart ist insoweit die Normenkontrollklage nach § 47 VwGO. Pläne und Programme sind allerdings nur dann normenkontrollfähig, wenn sie in der Form von Rechtsnormen erlassen wurden oder durch Rechtsvorschrift für verbindlich erklärt worden sind. Regionale Raumordnungspläne können, auch wenn der Landesgesetzgeber für sie keine Rechtsatzform vorgibt, der Normenkontrolle unterworfen sein, wenn sie im Ergebnis abstrakt-generelle Regelungen mit Außenwirkung darstellen.<sup>207</sup> Mit der Normenkontrollklage angreifbar sind danach die rechtsverbindlichen „Ziele“ der Raumordnung,<sup>208</sup> nicht aber die lediglich unverbindliche Vorgaben für die nachfolgenden Entscheidungsebenen vorbehaltene Abwägung enthaltenden „Grundsätze“ der Raumordnung.<sup>209</sup> Insoweit ist für jede betreffende Festsetzung gesondert zu prüfen, ob sie eine für die nachfolgenden Entscheidungsebenen verbindliche Regelung enthält. So sind etwa Darstellungen im Flächennutzungsplan über Konzentrationsflächen für Windenergieanlagen wegen ihrer andere Planungen ausschließenden Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB in entsprechender Anwendung des § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO mit der prinzipialen Normenkontrolle angreifbar.<sup>210</sup> Wo solche unmittelbaren Rechtswirkungen fehlen, scheidet eine Normenkontrolle von Flächennutzungsplänen aus.

Begrenzt sind die Klagemöglichkeiten insbesondere auch in den besonders umweltrelevanten Bereichen der Infrastrukturplanung. Sie beschränken sich hier nach traditionellem Verständnis regelmäßig auf Planfeststellungen oder Plangenehmigungen, mit denen die Vorhaben abschließend zugelassen werden. Die auf vorgelagerten Planungsstufen ergangenen Entscheidungen werden danach als verwaltungsinterne Festlegungen angesehen, denen es an der für die Eignung als Klagegegenstand erforderlichen Verbindlichkeit und Außenwirkung fehle. So sollten etwa die meist auf der Grundlage eines

<sup>206</sup> Eingehend zur Problematik schon Schmidt, Rechtsschutz in Planungskaskaden, in: Rodi (Hrsg.), Anspruchsvoller Umweltschutz in der Fach- und Raumplanung, 2012, S. 5 ff.

<sup>207</sup> Vgl. Giesberts, Beck'scher Online-Kommentar VwGO, Posser/Wolff, § 47, Rn. 31.

<sup>208</sup> BVerwG, Urt. v. 16.4.2015 – 4 CN 6.14; BVerwG, Urt. v. 20.11.2003, 4 CN 6/03 NVwZ 2004, 615. Zu dem Erfordernis einer Inzidentkontrolle auch der raumordnerischen Zielfestlegungen und der fachplanerischen Linienbestimmungen im Rechtsschutzverfahren gegen die nachfolgenden Planfeststellungsbeschlüsse: BVerwG, Urt. v. 16.3.2006, 4 A 1075.04 (Flughafen Schönefeld) Rn. 83 f.

<sup>209</sup> OVG Magdeburg, Urt. v. 11.12.2008, 2 K 235/06, BeckRs 2009, 30469, mit der Diskussion um die Festlegung eines Vorbehaltsgbiets im Sinne von § 7 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 ROG für die Rohstoffgewinnung weist der hier entschiedene Fall Parallelen zu dem oben (2.6.1) besprochenen bei ACCC anhängigen polnischen Beschwerdeverfahren auf.

<sup>210</sup> BVerwG, Urt. v. 26.4.2007, 4 CN 3/06, NVwZ 2007, 1081.

Raumordnungsverfahrens getroffenen Entscheidungen über die Trassenführung bei großen Infrastrukturvorhaben allein inzident mit Rechtsmitteln gegen die abschließende Planfeststellung angegriffen werden können. Soweit über den Ausbaubedarf und die Trassenführung der Sache nach bereits vorab durch Gesetze oder verwaltungsinterne Festsetzung entschieden werde, könne dagegen nicht direkt gerichtlich vorgegangen werden.<sup>211</sup>

#### 2.6.4 Die Forderung vorgelagerten Rechtsschutzes

In der Literatur wird teilweise vertreten, dass das auf die Vorgaben der Aarhus-Konvention zurückgehende Unionsrecht schon heute Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Festsetzungen in vorgelagerten Planungsverfahren erfordere. Insbesondere dort, wo das Unionsrecht eine strategische Umweltprüfung mit Öffentlichkeitsbeteiligung verbindlich vorsehe, müsse den von der Planung betroffenen Bürgern und den Umweltverbänden ein gerichtlich durchsetzbares Recht auf Einhaltung der einschlägigen Verfahrensvorgaben zugestanden werden.<sup>212</sup> Diese Forderung erscheint wenigstens auf den ersten Blick nicht unplausibel, weil die in der strategischen Umweltverträglichkeitsprüfung vorgesehene Öffentlichkeitsbeteiligung ebenso wie die Öffentlichkeitsbeteiligung im Rahmen der projektbezogenen UVP ein wesentliches den Umweltschutz förderndes Element der jeweiligen Verfahren darstellt.

#### 2.6.5 Der Entscheidungsspielraum der Vertragsparteien

Gegen eine Pflicht zur Gewährung von Rechtsschutz schon auf den vorgelagerten Planungsebenen spricht allerdings die bereits erwähnte Beschränkung des Art. 9 Abs. 2 AK auf die Ebene der jeweiligen konkreten Projektgenehmigungen. Auch der Unionsgesetzgeber ist in Art. 11 UVP-Richtlinie und Art. 16 IVU-Richtlinie von der Möglichkeit einer entsprechenden Beschränkung ausgegangen. Dementsprechend bleibt es nach diesen Bestimmungen ausdrücklich den Mitgliedstaaten überlassen, zu entscheiden, auf welcher Ebene sie eine gerichtliche Kontrolle der Zulassung von Vorhaben vorsehen: *„Die Mitgliedstaaten legen fest, in welchem Verfahrensstadium die Entscheidungen, Handlungen oder Unterlassungen angefochten werden können.“*

##### 2.6.5.1 Rechtsprechung der OVG Lüneburg und Bautzen

Unter Hinweis auf diese Bestimmung<sup>213</sup> hat auch das OVG Lüneburg die Befugnis eines anerkannten Umweltverbandes zur Stellung eines Normenkontrollantrags gegen die Ausweisung eines kombinierten Vorrang- und Eignungsgebiets zur Windenergienutzung in einem Regionalen Raumordnungsprogramm als unzulässig angesehen. Das nationale Recht sehe eine Antragsbefugnis anerkannter Umweltverbände für Normenkontrollklagen gegen Regionale Raumordnungsprogramme gemäß § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO nicht vor. Eine solche ergebe sich insbesondere nicht aus § 2 Abs. 1 UmwRG. Die Aufstellung oder Änderung eines Raumordnungsprogramms sei keine Entscheidung i.S.d. § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UmwRG. Diese Norm erfasse nur Entscheidungen über die Zulässigkeit konkreter Vorhaben und keine Entscheidungen über Raumordnungspläne.<sup>214</sup> Auch die in § 2 Abs. 3 Nr. 2 und 3 UVPG genannten Planungsentscheidungen, auf die § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UmwRG ebenfalls verweise, seien nicht einschlägig. Insbesondere handele es sich bei der streitgegenständlichen Planänderung nicht um eine Entschei-

<sup>211</sup> Schmidt/Schrader/Zschiesche (2014), Rn. 99.

<sup>212</sup> Für die Raumplanung: Heitsch, NuR 2004, 20, 25 ff. m.w.N. Ähnlich für die verbindliche Bedarfsplanung und die Festlegung der Trassenkorridore nach dem NABEG: Moench/Ruttloff, NVwZ 2011, 1040, 1043 f., die allerdings in erster Linie verfassungsrechtlich argumentieren. Ähnlich zur fernstraßenrechtlichen Linienbestimmung Leue, in: Kodal, StraßenR, 7. Aufl. (2010), Kap. 35 Rn. 8.21; a. A. BVerwGE 62, 342, 343 f. = NJW 1981, 2592; BVerwG, NVwZ 1996, 1011, 1014.

<sup>213</sup> OVG Lüneburg, Beschl. v. 30.7.2013 – 12 MN 300/12, Rn. 16; vgl. auch OVG Lüneburg, Urt. v. 3.3.2015, 4 LC 39/13, Rn. 66 (Reusenfischerei Steinhuder Meer).

<sup>214</sup> OVG Lüneburg, Beschl. v. 30.7.2013 – 12 MN 300/12, Rn. 12 unter Hinweis auf Schieferdecker, in: Hoppe/Beckmann, UVPG, 4. Aufl., § 1 UmwRG Rn. 19; Fellenberg/Schiller, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Bd. I, § 1 UmwRG Rn. 23; Karge, Das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz im System des deutschen Verwaltungsprozessrechts, S. 64; Kment, NVwZ 2007, 274.

derung im vorgelagerten Verfahren gem. § 2 Abs. 3 Nr. 2, § 16 Abs. 1 UVPG, § 15 ROG, sondern um die Änderung eines Regionalplans nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 ROG, der zu konkreten Vorhaben noch keine Aussagen treffe.

Eine Antragsbefugnis ergebe sich auch nicht unmittelbar aus Art. 10a (heute Art. 11) der Richtlinie 85/337/EWG bzw. nunmehr Art. 11 Abs. 1 RL 2011/92/EU (UVP-Richtlinie) und des Art. 9 Abs. 2 der Aarhus-Konvention. Für die Änderung eines Raumordnungsprogramms seien die Richtlinienbestimmungen über die Öffentlichkeitsbeteiligung nicht einschlägig. Umweltverträglichkeitsprüfungen seien vor Erteilung der Genehmigung für Projekte durchzuführen, bei denen mit erheblichen Auswirkungen auf die Umwelt zu rechnen ist (Art. 2 Abs. 1 und 2 UVP-Richtlinie). Projekte seien nach Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie die Errichtung von Anlagen und sonstige Eingriffe in Natur und Landschaft, die in Art. 4 i.V.m. Anhang I und II näher definiert seien (Art. 2 Abs. 1 S. 2). Eine Genehmigung sei gem. Art. 1 Abs. 2 Buchst. c der Richtlinie eine Entscheidung, die dem Projektträger das Recht zur Durchführung des Projekts gewähre. Zwar könne, wenn das nationale Recht ein mehrstufiges Verfahren vorsieht, grundsätzlich auch eine Teilentscheidung Genehmigung i.S.d. Richtlinie sein.<sup>215</sup> Die Ausweisung von kombinierten Vorrang- und Eignungsgebieten im Rahmen eines Raumordnungsplans sei aber nicht in diesem Sinne als eine Teilentscheidung in einem mehrstufigen Verfahren zu werten. Zwar schlugen gemäß § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB die diesbezüglichen Zielsetzungen unmittelbar auf die Vorhabenzulassung durch und führten zu einer unmittelbar wirksamen Beachtungspflicht.<sup>216</sup> Zudem sei, wenn in einem Regionalen Raumordnungsplan Konzentrationszonen für Windkraftanlagen ausgewiesen werden, in der Regel zu erwarten, dass gerade auf diesen Flächen Windkraftanlagen errichtet würden und sich diese gegen konkurrierende Nutzungen durchsetzten.<sup>217</sup> Mit der Ausweisung werde aber kein Baurecht insofern geschaffen, als damit das Vorhaben innerhalb der Konzentrationsfläche als planerisch zulässig anzusehen wäre. Insbesondere werde dem Projektträger auch nicht etwa eingeräumt, mit den Arbeiten zur Durchführung seines Projekts zu beginnen.<sup>218</sup> Eine solche Zielfestlegung im Regionalen Raumordnungsprogramm schließe vielmehr nur ein Baurecht außerhalb der Fläche aus, ohne eine bindende Entscheidung über die Zulässigkeit des Vorhabens innerhalb der Fläche zu treffen. Mithin hätten Regionale Raumordnungsprogramme anders als die „Entscheidungen“, die den Urteilen des EuGH zugrunde lagen, nicht im rechtlichen Sinn die Zulässigkeit eines konkreten Vorhabens zum Gegenstand und gewährten dem Projektträger entgegen Art. 1 Abs. 2 Buchst. c der UVP-Richtlinie auch kein (teilweises) Recht zur Durchführung seines Projekts. Die Zulässigkeit des Vorhabens sei vielmehr in einem gesonderten Genehmigungsverfahren vollumfänglich zu prüfen, wobei erforderlichenfalls gem. §§ 3a ff. UVPG eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen sei. Bei einem Rechtsmittel eines Umweltverbandes gegen die Genehmigung seien dann etwaige dem Vorhaben entgegenstehenden Umweltbelange, selbst wenn der Planungsträger sie in dem Regionalen Raumordnungsprogramm nach seiner Auffassung abschließend abgewogen habe, inzident zu prüfen. Daher sei die Änderung eines Regionalen Raumordnungsprogramms nicht als „*Entscheidung, Handlung oder Unterlassung zu werten, für die die Bestimmungen der UVP-Richtlinie gelten*“, zu werten und mithin der Anwendungsbereich des Art. 11 der Richtlinie nicht eröffnet.

Dieses Ergebnis wird nach Auffassung des OVG Lüneburg durch die Richtlinie 2001/42/EG über die Prüfung der Umweltauswirkungen bestimmter Pläne und Programme (SUP-Richtlinie) bekräftigt. Die-

<sup>215</sup> OVG Lüneburg, Beschl. v. 30.7.2013 – 12 MN 300/12, Rn. 14 unter Hinweis auf EuGH, Urt. v. 4.5.2006, C-508/03, NVwZ 2006, 803; Urt. v. 4.5.2006, C-290/03, NVwZ 2006, 806; Urt. v. 7.1.2004, C-201/02, NVwZ 2004, 593.

<sup>216</sup> OVG Lüneburg, Beschl. v. 30.7.2013 – 12 MN 300/12, Rn. 15 unter Hinweis auf Gatz, Windenergie in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 2. Auflage, S. 222.

<sup>217</sup> OVG Lüneburg, Beschl. v. 30.7.2013 – 12 MN 300/12, Rn. 15 unter Hinweis auf BVerwG, Beschl. v. 26.4.2006, 4 B 7.06, NVwZ 2006, 821.

<sup>218</sup> OVG Lüneburg, Beschl. v. 30.7.2013 – 12 MN 300/12, Rn. 15 unter Hinweis auf EuGH, Urt. v. 4.5.2006, C-290/03, NVwZ 2006, 806.

se sehe u.a. für Raumordnungspläne eine (vorliegend auch durchgeführte) strategische Umweltprüfung vor, bei der ähnlich wie bei der Umweltverträglichkeitsprüfung auch die Öffentlichkeit zu beteiligen sei. Anders als von der UVP-Richtlinie werde dort jedoch ein Zugang zu einem gerichtlichen Überprüfungsverfahren für die Öffentlichkeit nicht verlangt.<sup>219</sup>

Aus Art. 9 Abs. 3 AK folgt nach dem OVG Lüneburg kein anderes Ergebnis.<sup>220</sup> Eine Antragsbefugnis lasse sich auch aus einer mit Blick auf Art. 9 Abs. 3 AK vorzunehmenden Auslegung des nationalen Rechts nicht herleiten. Eine entsprechende extensive Auslegung des nationalen Rechts dürfte allenfalls dann in Betracht kommen, wenn – wie es der EuGH ausgeführt habe – es sich um eine „*Entscheidung, die am Ende eines Verfahrens ergangen ist*“, handele.<sup>221</sup> Ob eine Entscheidung in einem gestuften Zulassungsverfahren diese Anforderungen erfülle, könne dahinstehen. Denn das vom EuGH genannte Ziel des effektiven Rechtsschutzes gebiete es jedenfalls nicht, der nach Art. 2 Nr. 4 der Aarhus-Konvention begünstigten „Öffentlichkeit“ oder jedenfalls den anerkannten Umweltschutzorganisationen Rechtsschutz schon auf der hier in Rede stehenden, der Genehmigung eines konkreten Projekts vorgelagerten planerischen Ebene der Regionalplanung, die bindende Aussagen gegenüber dem Projektträger über die Genehmigungsfähigkeit noch nicht treffe, zu ermöglichen, wenn die nationalen Regelungen dies nicht vorsähen.<sup>222</sup>

Im gleichen Sinne hat in anderer Sache auch das OVG Bautzen argumentiert und eine Normenkontrollklage eines anerkannten Umweltverbands gegen eine als Teilregionalplan nach § 5 Abs. 1 S. 1 Sächs-LPIG erlassene Fortschreibung eines Braunkohlenplans als unzulässig abgewiesen. Angesichts der gegen eine eventuelle nachfolgende bergrechtliche Rahmenbetriebsplanzulassung eröffneten Rechtsschutzmöglichkeiten der Antragsteller gegen einen großflächigen Braunkohlentagebau erscheine weder unions- noch völkerrechtlich und weder nach Art. 9 Abs. 2 noch nach Art. 9 Abs. 3 AK eine über das nationale Recht hinausgehende Rechtsschutzmöglichkeit geboten.<sup>223</sup>

#### 2.6.5.2 Entscheidungspraxis des ACCC

Diese einschränkende Interpretation der Vorgaben des Art. 9 Abs. 3 AK dürfte allerdings der Entscheidungspraxis des ACCC zuwiderlaufen. In mittlerweile gefestigter Spruchpraxis hat das ACCC aus Art. 9 Abs. 3 AK die Verpflichtung der Vertragsparteien abgeleitet, auch für Planungsentscheidungen, die noch nicht zu einer unmittelbaren Genehmigung von Projekten führen, Rechtsschutzmöglichkeiten für eine weiter verstandene Öffentlichkeit vorzusehen. Hinzuweisen ist insofern zunächst auf die Entscheidung ACCC/C/2005/11 (Belgien). In ihr beschäftigte sich das ACCC mit der Frage der gerichtlichen Anfechtbarkeit von Bauleitplanungs- und anderen raumbezogenen behördlichen Entscheidungen („*plan de secteur*“ – hinsichtlich einer Abfalldeponie) nach belgischem Recht. Gegenstand seiner Überlegungen war insbesondere die Abgrenzung von Art. 9 Abs. 2 AK und Art. 9 Abs. 3 AK.<sup>224</sup> Dafür versuchte das ACCC zu bestimmen, welche der betrachteten Entscheidungen eine Zulassungswirkung für Projekte nach Art. 6 AK hätten und welche sich auf andere Projekte bezögen. Für erstere soll nach richtiger Auffassung des Committee Art. 9 Abs. 2 AK, für letztere Art. 9 Abs. 3 AK einschlägig sein. In den Überlegungen des Committee findet sich dazu auch die Feststellung, dass den „*area plans* („*plan de secteur*“)" (überhaupt) keine Genehmigungswirkung zukomme und dass sich die Frage des Rechtsschutzes gegen sie deshalb nach Art. 9 Abs. 3 AK zu richten habe.<sup>225</sup> Im Folgenden ging es dem ACCC

<sup>219</sup> OVG Lüneburg, Beschl. v. 30.7.2013 – 12 MN 300/12, Rn. 17 unter Hinweis auf Kment, in: Hoppe, UVPG, 4. Auflage, Einleitung Rn. 47; Franzius, GewArch 2012, 225, 232 f.

<sup>220</sup> Vgl. dazu in ähnlichem Zusammenhang auch OVG Lüneburg, Urt. v. 30.4.2014 – 1 KN 110/12, Rn. 26.

<sup>221</sup> Vgl. dazu auch OVG Lüneburg, Urt. v. 3.3.2015, 4 LC 39/13, Rn. 68 (Reusenfischerei Steinhuder Meer).

<sup>222</sup> OVG Lüneburg, Beschl. v. 30.7.2013 – 12 MN 300/12, Rn. 18.

<sup>223</sup> OVG Bautzen, Urt. v. 9.4.2015 – 1 C 26/14 (Tagebau Nochten) Rn. 87.

<sup>224</sup> Näher dazu bereits o. I.B.

<sup>225</sup> ACCC/C/2005/11 (Belgium), Rn. 31.

dann allerdings nurmehr um die Abgrenzung verschiedener Entscheidungen mit Genehmigungswirkung.<sup>226</sup> Eine bewusste und explizite Aussage zu einem aus der Konvention abzuleitenden Zwang zur Ermöglichung der direkten gerichtlichen Anfechtung auch bloß vorbereitender behördlicher Entscheidungen musste darin noch nicht zwingend gesehen werden. In der nachfolgenden Entscheidung ACCC/C/2010/50 (Tschechische Republik) hat das ACCC dann aber festgestellt, dass Flächennutzungspläne (land-use planning; urban and land-planning) Art. 9 Abs. 3 AK unterfallen. Die entsprechende Passage lautet:

*„it is evident that in cases of land-use planning, if an authority has issued a land-use plan in contravention of urban and land-planning standards or other environmental protection laws, a considerable portion of the public, including NGOs, cannot challenge this act of the authority. The Committee finds that such a situation is not in compliance with article 9, paragraph 3, of the Convention.“*<sup>227</sup>

Noch deutlicher sind die entsprechenden Aussagen des ACCC im Verfahren ACCC/C/2011/58 (Bulgarien). Hier hat das ACCC festgestellt, dass allgemeine und spezifische Raumnutzungspläne (general spatial plans; detailed spatial plans) in den Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 3 AK fallen. Die entsprechende Passage lautet in Bezug auf die allgemeineren „general spatial plans“:

*„As mentioned above, the SDA explicitly prevents any person from challenging the General Spatial Plans in court (see para. 21 above). Such explicit provision can hardly be overcome by jurisprudence. Therefore, the Committee concludes that Bulgarian legislation effectively bars all members of the public, including environmental organizations, from challenging General Spatial Plans. As a result, members of the public, including environmental organizations, are also prevented from challenging the SEA statements for General Spatial Plans, as these statements are considered as “preliminary acts”, which are not subject to judicial review in a separate procedure (see paras. 58–60 above). Therefore, the Party concerned fails to comply with article 9, paragraph 3, of the Convention.“*<sup>228</sup>

Im Hinblick auf die genaueren „detailed spatial plans“ ging das ACCC sogar noch weiter. Soweit das nationale Recht den Rechtsschutz gegen diese Pläne auf die unmittelbar betroffenen Grundstückseigentümer begrenze und Nichtregierungsorganisationen und anderen Mitgliedern der „Öffentlichkeit“ keine Klagerechte einräume, verstoße auch dies gegen Art. 9 Abs. 3 AK. Besondere Bedeutung maß das ACCC dabei dem Umstand bei, dass mit dieser Begrenzung diesen weiteren Mitgliedern der Öffentlichkeit zugleich die Möglichkeit genommen werde, die einschlägigen Strategischen Umweltverträglichkeitsprüfungen auf ihre rechtmäßige Durchführung hin überprüfen zu lassen:

*„Besides, members of public have no possibility to challenge the SEA statements for the Detailed Spatial Plans within the scope of an appeal challenging these plans: they can challenge neither the fact that an SEA statement was not issued prior to approval of the Detailed Spatial Plan nor the disrespect of conditions set out in the SEA statement. This situation constitutes non-compliance of the Party concerned with article 9, paragraph 3, of the Convention.“*

Soweit den “detailed spatial plans” nach bulgarischem Recht eine unmittelbare Genehmigungswirkung zukomme bzw. soweit diese die Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung ersetzen, sei Rechtsschutz nach den strikteren Regeln des Art. 9 Abs. 2 AK zu gewähren.<sup>229</sup>

Art. 9 Abs. 3 AK verlangt nach dieser Spruchpraxis des ACCC eine über das bisher schon gewährleistete hinausgehende Ausdehnung des Rechtsschutzes auf Entscheidungen in vorgelagerten Planungsverfahren. Die aus Abs. 3 abzuleitenden Verpflichtungen bestehen ausweislich des Wortlautes der Bestim-

---

<sup>226</sup> ACCC/C/2005/11 (Belgium), Rn. 34 ff.

<sup>227</sup> ACCC/C/2010/50 (Czech Republic), Rn. 85.

<sup>228</sup> ACCC/C/2011/58 (Bulgaria), Rn. 66.

<sup>229</sup> ACCC/C/2011/58 (Bulgaria), Rn. 69 ff.

mung „zusätzlich und unbeschadet“ zu bzw. von den Anforderungen nach Art. 9 Abs. 2 AK. Sie gehen damit über die dort formulierten Maßgaben hinaus. Das ACCC orientiert sich insoweit am Wortlaut von Art. 9 Abs. 3 AK („von Behörden vorgenommenen Handlungen [...] die gegen umweltbezogene Bestimmungen ihres innerstaatlichen Rechts verstoßen“) und entscheidet sich für eine auch insoweit weite Interpretation. Zwar hätte für diese grundlegende Entscheidung der verbindlichen Festlegung der zulässigen Ebenen des Rechtsschutzes eine ausdrückliche Festlegung zumindest nahegelegen. Dies gilt umso mehr, als die Konvention selbst in Art. 7 AK eine Beteiligung der Öffentlichkeit bei der Vorbereitung umweltbezogener Pläne und Programme vorsieht.<sup>230</sup> Auch unter Berücksichtigung der Zielsetzungen der Konvention mag manches dafür sprechen, die Entscheidung über den Zeitpunkt des Rechtsschutzes und die Verfahrensstufe an die der Rechtsschutz anknüpft, den Vertragsparteien zu überlassen. Auch unter dem zentralen Gesichtspunkt eines effektiven Umweltschutzes ist nämlich kaum eindeutig zu bestimmen, ob und inwieweit ein vorgezogener Rechtsschutz auf vorgelagerten Ebenen nicht sogar nachteilige Effekte zeitigen könnte. Vorgelagerter Rechtsschutz kann aus Sicht der Betroffenen sowie der Umweltverbände Klagen bereits zu einem Zeitpunkt erforderlich machen, an dem die konkrete Dimension und Umweltrelevanz, sowie die konkreten personalen Betroffenheiten noch undeutlich sind. Hier bestehen Gefahren eines verfrühten und/oder versäumten Rechtsschutzes. Die Vorverlagerung des Rechtsschutzes darf nicht zu solchen, der Gesamtzielsetzung der Konvention zuwiderlaufenden Effekten führen.

Dennoch muss die Interpretation des ACCC als juristisch vertretbar, gefestigt und von den Vertragsparteien bestätigt ernst genommen werden. Dies gilt um so mehr, als nach den Feststellungen des Bundesverfassungsgerichts ein Rechtsschutzkonzept, das für komplexe Großverfahren, deren Planung und Genehmigung auf zahlreichen Entscheidungsebenen erfolgt, sich über viele Jahre erstreckt und bei denen auch in tatsächlicher Hinsicht im Laufe dieses Zeitraums Festlegungen erfolgen, deren substantielle Korrektur realistisch nicht erwartet werden kann, verfassungsrechtlichen Effektivitätsanforderungen nicht genügt, wenn und soweit es den in ihren Rechten Betroffenen erst ganz am Ende des Verfahrens eine erste Rechtsschutzmöglichkeit eröffnet.<sup>231</sup> Unter der Geltung von Art. 9 Abs. 3 AK muss deshalb auch die Verletzung umweltbezogener Bestimmungen in vorgelagerten Planungsentscheidungen jedenfalls dann ermöglicht werden, wenn und soweit diese mit (Strategischen) Umweltverträglichkeitsprüfungen verbunden sind und einen rechtlichen Rahmen für spätere Zulassungsentscheidungen setzen.<sup>232</sup>

Dementsprechend hat die Bundesregierung eine Erweiterung des Anwendungsbereichs des UmwRG durch eine Neufassung von § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4-6 UmwRG vorgeschlagen. Erfasst werden jetzt auch Pläne und Programme, bei denen eine Pflicht zur Durchführung einer Strategischen Umweltprüfung bestehen kann. Diese Pflicht kann sich daraus ergeben, dass für den konkreten Plan oder das konkrete Programm nach den gesetzlichen Vorgaben zwingend eine Strategische Umweltprüfung durchzuführen ist, oder darauf, dass der Plan oder das Programm nach dem Ergebnis einer Vorprüfung des Einzelfalls einer Strategischen Umweltprüfung bedarf. Das Bestehen einer SUP-Pflicht setzt dabei gem. § 14b Abs. 3 UVPG regelmäßig voraus, dass der Plan oder das Programm einen Rahmen für spätere Zulassungsentscheidungen setzt. Für Pläne und Programme nach Anlage 3 Nr. 1 UVPG hat der Gesetzgeber angenommen, dass eine solche Rahmensetzung regelmäßig vorliegt, für Pläne und Programme nach Anlage 3 Nummer 2 UVPG ist dies jeweils im Einzelfall zu prüfen. Ein Plan muss dabei nicht unbedingt zwingende Vorgaben für spätere Vorhaben enthalten. Es reicht vielmehr aus, wenn die Festle-

<sup>230</sup> Vgl. dazu auch Prieur, Länderbericht Frankreich, Anhang 3.1.1, Rn. 2.

<sup>231</sup> BVerfG, Urt. v. 17.12.2013, 1 BvR 3139 u. 3386/08 (Garzweiler II), Rn. 224.

<sup>232</sup> Zu der in manchem parallel gelagerten Problematik, an welcher Stelle eines behördlichen Entscheidungsprozesses unter Berücksichtigung völker- und unionsrechtlicher Vorgaben eine Umweltverbandsbeteiligung stattzufinden hat, vgl. BVerwG, Urt. v. 1.4.2015, 4 C 6.14, Rn. 33 ff. (Tief Flüge über Vogelschutzgebiet). das BVerwG lehnt hier eine Verpflichtung zur Verbandsbeteiligung schon in vorgelagerten Verfahrensschritten ab.

gung des Plans bei der späteren Zulassung eines Vorhabens im Rahmen einer Abwägungsentscheidung oder bei der Anwendung von Ermessensvorschriften oder Beurteilungsermächtigungen zu berücksichtigen ist. Erfasst werden von § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UmwRG unter anderem auch Flächennutzungspläne und Bebauungspläne, die einer Pflicht zur Durchführung einer Strategischen Umweltprüfung unterliegen.<sup>233</sup>

Angesichts der oben skizzierten noch undeutlichen Spruchpraxis des ACCC ist derzeit noch nicht mit letzter Sicherheit zu beurteilen, ob sich die auch nach der geplanten Novelle noch verbleibenden Beschränkungen des Rechtsschutzes gegenüber vorgelagerten Planungsentscheidungen mit der Aarhus-Konvention vereinbaren lassen. Dies gilt für die sich aus der Beschränkung des Anwendungsbereichs des UmwRG auf Verwaltungshandeln in der Form des Verwaltungsakts bzw. des öffentlich-rechtlichen Vertrages und die darin liegende Ausklammerung von Rechtsverordnungen etwa zur Flugroutenfestlegung.<sup>234</sup> Dies gilt auch für die in § 16 Abs. 4 S. 2 UVPG enthaltene Ausnahme für Raumordnungspläne für die Windenergienutzung und für den Abbau von Rohstoffen und die in § 19b S. 2 UVPG neu aufgenommene Bereichsausnahme für den Bundesverkehrswegeplan.<sup>235</sup>

Entsprechend der allgemeinen auf eine Verbesserung des Umweltschutzes gerichteten Zielsetzung der Konvention ist auch nach der Erweiterung des Anwendungsbereichs des UmwRG zu gewährleisten, dass der auf nachgelagerten Entscheidungsebenen garantierte Rechtsschutz seinerseits auch weiterhin eine effektive Kontrolle behördlicher Entscheidungen erlaubt. Bindende Vorabfestlegungen sind daher nur zulässig, soweit sie inzident angefochten und damit zum Gegenstand einer hinreichend effektiven gerichtlichen Kontrolle gemacht werden können.

## 2.7 Der Zugang zu Gericht im Rechtsvergleich

Ziel der Untersuchung soll auch eine beschränkte rechtsvergleichende Untersuchung des Zugangs zu Gericht sein. Die entsprechende Frage lautet:

*Wie erfolgte bislang die Umsetzung von Art. 9 Abs. 3 AK in anderen Mitgliedstaaten der EU (Frankreich, Großbritannien, Italien und Schweden)?*

### 2.7.1 Frankreich

Wegen seines auch in der praktischen Anwendung sehr großzügigen Systems der Interessentenklage hat die Umsetzung von Art. 9 Abs. 2 AK und Art. 9 Abs. 3 AK Frankreich bislang keine Probleme bereitet. Der von der Konvention ausgehende Veränderungsimpuls, der in Deutschland als so fundamental wahrgenommen wird, ist hier kaum zu bemerken. Eine ausdrückliche gesetzliche Umsetzung der Vorgaben der Konvention hat hier nur insoweit stattgefunden, als es um Kriterien für die Anerkennung von Umweltverbänden ging.<sup>236</sup> Dementsprechend gering sind auch der Niederschlag und die Aufmerksamkeit, die die Konvention in der Praxis der französischen Gerichte und in der Fachliteratur gefunden

<sup>233</sup> Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Anpassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer Vorschriften an europa- und völkerrechtliche Vorgaben, BT-Drs. 18/9526, 33 ff.; dort auch zu weiteren, nicht auf die Einbeziehung vorgelagerter Planungsphasen bezogenen Erweiterungen des Anwendungsbereichs des UmwRG.

<sup>234</sup> Kritisch dazu Klinger, ZUR 2016, 449 f.

<sup>235</sup> Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Anpassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer Vorschriften an europa- und völkerrechtliche Vorgaben, BT-Drs. 18/9526, 49; dort auch zur Rechtfertigung der letzteren dieser Ausnahmen mit dem Hinweis auf die vorbereitende und politische Natur des Bundesverkehrswegeplans für die Ausbaugesetze und auf die volle gerichtliche Überprüfbarkeit der Zulassungsentscheidungen für die jeweiligen Projekte. Kritisch dazu Klinger, ZUR 2016, 449 f.

<sup>236</sup> Prieur, Länderbericht Frankreich, Anhang 3, Rn. 12, näher dazu u. 2.8.2.

haben. Für den Zeitraum von 2010 bis 2014 berichtet *Michel Prieur* in seinem Länderbericht nur von wenigen Entscheidungen, die die Konvention überhaupt erwähnen.<sup>237</sup>

Fragen der Zulässigkeit spielen in der Praxis der französischen Gerichte eine so geringe Rolle, dass sie im Regelfall – wenn die Klage als zulässig angesehen wird – in den Entscheidungen oft nicht einmal mehr thematisiert werden.<sup>238</sup> Rechtliche Voraussetzung der Klagebefugnis ist das sog. „*intérêt à agir*“. Vor dem Hintergrund der Rechtsschutzgarantie des Art. 16 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 wird dieses Klageinteresse traditionell weit verstanden.<sup>239</sup>

Eine wenigstens teilweise restriktiv anmutende Praxis der französischen Gerichte findet sich nach *Prieur* allein hinsichtlich der Verknüpfung des geografischen Aufgabenzuschnitts von Umweltverbänden und ihrer Klagebefugnis. So ist einem national agierenden Umweltverband die Klagebefugnis für ein Vorgehen gegen eine lokale Mülldeponie abgesprochen worden. Auch Art. 9 Abs. 2 AK steht dem nach Auffassung des entscheidenden französischen Gericht nicht entgegen, weil insoweit ein hinreichender Spielraum für eine beschränkende nationale Regelung bestehe.<sup>240</sup>

Eine bemerkenswerte Weiterung der Klagerechte von Umweltverbänden kennt das französische Recht insofern es ihnen auch die Einleitung von Strafverfahren wegen Umweltrechtsverstößen gestattet. In diesen Verfahren können die Umweltverbände nicht allein die Verhängung strafrechtlicher Sanktionen, sondern auch an sie zu entrichtende Kompensationszahlungen beantragen. Die Kompensationen können dabei auch für einen bloß „moralischen“ Schaden, d.h. unabhängig von einem tatsächlichen Umweltschaden und unabhängig vom Andauern der Umweltrechtsverletzung zugesprochen werden. Die zugesprochenen Summen können erheblich sein.<sup>241</sup>

Wegen der Sorge vor einem zunehmenden Missbrauch der breit ausgebauten Klagerechte der Verbände hat der französische Gesetzgeber in jüngerer Zeit gewisse Beschränkungen erlassen. So finden sich eine Reihe neuerer Vorschriften, die das Klagerecht für Vereinigungen ausschließen, die sich zeitlich erst nach der von ihnen angegriffenen Entscheidung konstituiert haben. In das Baurecht ist darüber hinaus eine Klausel aufgenommen worden, nach der der Missbrauch eines Klagerechts durch eine Vereinigung mit der Festsetzung einer von ihr zu leistenden Kompensationszahlung sanktioniert werden kann.<sup>242</sup>

### 2.7.2 Großbritannien

In Großbritannien erfolgte keine gesetzliche Umsetzung von Art. 9 Abs. 3 AK. Insbesondere blieb die Section 31(3) des Supreme Court Act (SCA 1981), die die grundlegende Bestimmung zur Klagebefugnis darstellt, inhaltlich unverändert.<sup>243</sup> Das britische Recht kennt außerdem keine auf die Klagebefugnis bezogenen Sonderbestimmungen für umweltrechtliche Klagen bzw. für die Klagen von im Umweltschutz engagierten Nichtregierungsorganisationen.<sup>244</sup> Beides dürfte seine Erklärung darin finden, dass Section 31(3) SCA 1981 und insbesondere der hierin enthaltene Schlüsselbegriff des „*sufficient inte-*

<sup>237</sup> *Prieur*, Länderbericht Frankreich, Anhang 3, Rn. 11 ff.; seine Ausführungen nehmen denn auch vielfach Bezug eher auf die deutsche und die auf das Unionsrecht bezogene Debatte.

<sup>238</sup> *Prieur*, Länderbericht Frankreich, Anhang 3, Rn. 14.

<sup>239</sup> Zur verfassungsrechtlichen Bedeutung der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, vgl. Conseil Constitutionnel, Urt. v. 16.7.1971, 71-44 DC (*liberté d'association*). Mit dieser historischen Grundentscheidung erkannte der Conseil Constitutionnel der Präambel der Verfassung der 5. Republik und ihren Verweisen u.a. auf die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 Verfassungsrang zu und begründete so eine eigene Grundrechtskontrolle am Maßstab des sog. „*bloc de constitutionnalité*“.

<sup>240</sup> Näher dazu *Prieur*, Länderbericht Frankreich, Anhang 3, Rn. 29 m.w.N.

<sup>241</sup> *Prieur*, Länderbericht Frankreich, Anhang 3, Rn. 32 ff.

<sup>242</sup> *Prieur*, Länderbericht Frankreich, Anhang 3, Rn. 43 ff.

<sup>243</sup> *Day*, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4, Rn. 44.

<sup>244</sup> *Day*, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4, Rn. 46.

rest“ im Laufe der letzten Jahrzehnte von den Gerichten immer liberaler ausgelegt worden ist. In jüngerer Zeit ist die Klagebefugnis Einzelner oder von Nichtregierungsorganisationen in Fällen mit umweltrechtlichem Bezug von den Gerichten regelmäßig nicht mehr verneint worden. Zwar ist gelegentlich bezweifelt worden, ob diese richterliche Entscheidungspraxis als solche angesichts ihrer theoretisch jederzeitigen Veränderbarkeit den Anforderungen der Aarhus-Konvention bzw. des Unionsrechts genüge. Ungeachtet dieser Bedenken hat der Gesetzgeber aber angesichts der stabilen Interpretation der Bestimmungen zur Klagebefugnis keinen Anlass zu einer Reform der einschlägigen gesetzlichen Grundlagen gesehen.

Die britische Rechtsprechung ist insgesamt am Schutz von Interessen (Interessentenklage), nicht am Schutz individueller Rechte (Verletztenklage) ausgerichtet.<sup>245</sup> Dies gilt insbesondere auch für die Rechtslage in Schottland, wo die Rechtsprechung zur Rügebefugnis sich von einem vergleichsweise restriktiveren Ansatz wegentwickelt hat. Auch dort hat man sich mittlerweile der allgemeinen liberalen britischen Rechtsprechungslinie angeschlossen.<sup>246</sup> Entscheidend war dafür die Supreme Court Entscheidung in der Sache *Axa* von 2011, mit der der Gerichtshof die aus dem Privatrecht stammende Befugnisformel „title and interest“ ausdrücklich als für das öffentliche Recht untauglich verwarf und stattdessen eine Anknüpfung an das Merkmal „directly affected“ für einschlägig erklärte.<sup>247</sup> Bemerkenswert erscheint, dass Nichtregierungsorganisationen oder Bürgerinitiativen nach britischem Recht keine bestimmte Organisationsform aufweisen müssen, um rügebefugt zu sein. Im Gegenteil können Anwohner spontane Zusammenschlüsse bilden, die auch dann zur Klage befugt sein können, wenn es dem Zusammenschluss als solchem an Rechtspersönlichkeit fehlt.<sup>248</sup>

Eine geringfügig andere Anwendung der Regeln über die Klagebefugnis könnte sich aus der Rechtsprechung britischer Gerichte zu Section 288 des Town and Country Planning Act (TCPA 1990) ergeben. Die Bestimmung enthält Sondervorschriften zur Klagebefugnis für die dem Anwendungsbereich dieses planungsrechtlichen Rechtsregime unterfallenden behördlichen Entscheidungen. Nach dem Wortlaut der Bestimmung kommt es hier nicht auf einen „sufficient interest“ an, sondern darauf, ob der Kläger als „person aggrieved“ angesehen werden kann. Die wenigen hierzu ergangenen gerichtlichen Entscheidungen sind allerdings noch eher undeutlich. In der Entscheidung „*Ashton v Secretary of State for Communities and Local Government and Coin Street Community Builders Ltd*“ wies der Court of Appeal die Klage als unbegründet ab.<sup>249</sup> Dennoch stellte das Gericht Überlegungen auch zur Klagebefugnis an. Anlass dafür dürfte der Umstand gewesen sein, dass der Kläger sich an einem Vorverfahren nicht persönlich beteiligt hatte, und dem Gericht seine Klagebefugnis von daher nicht zweifelsfrei erschien. Unter Hinweis auf die einschlägige Rechtsprechung des EuGH betonte das Gericht zunächst die Notwendigkeit einer großzügigen Interpretation der einschlägigen Bestimmungen des nationalen Rechts zur Sicherung eines weiten Zugangs zu Gericht. Es betonte dann aber die semantischen Unterschiede zwischen den allgemeinen und den besonderen Anforderungen an die Klagebefugnis in Section 31 (3) SCA 1981 bzw. Section 288 TCPA 1990. Ob eine Person im Sinne letzterer Vorschrift als „aggrieved“ anzusehen sei, sei objektiv zu bestimmen. Dabei könne eine fehlende Beteiligung im Vorverfahren mit Blick auf das öffentliche Interesse an der zeitnahen Verwirklichung von Projekten der Klagebefugnis entgegenstehen.

---

<sup>245</sup> Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4, Rn. 23. unter Hinweis auf Lord Justice Sedley, *R (on application of Bancourt) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* (2007). Zu dieser grundlegenden Unterscheidung mit Blick auf die Europäisierung des Rechtsschutzes bereits: Wegener, Rechte des Einzelnen – Die Interessentenklage im europäischen Umweltrecht, 1998, S. 125 ff.

<sup>246</sup> Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4, Rn. 39 ff.

<sup>247</sup> Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4, Rn. 40.

<sup>248</sup> Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4, Rn. 58 ff.

<sup>249</sup> [2011] 1 P. & C.R. 5; Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4, Rn. 25.

Jedenfalls in den Fällen, in denen sich die Kläger in Vorverfahren beteiligt haben, müssen diese aber nach der jüngeren Entscheidung des Supreme Courts in Sachen „Walton vs. Scottish Ministers“ als ebenso „aggrieved“ wie als mit hinreichendem Interesse ausgestattet angesehen werden und muss ihre Klagebefugnis dementsprechend bejaht werden. In der Entscheidung betonte der Supreme Court einmal mehr die Notwendigkeit eines weiten Gerichtszugangs gerade in Umweltschutzangelegenheiten.<sup>250</sup>

### 2.7.3 Italien

Als eine grundsätzlich dem Modell der Interessentenklage folgende hat die italienische – insoweit ähnlich der französischen – Rechtsordnung allenfalls geringe Schwierigkeiten mit der Anpassung an die Vorgaben der Aarhus-Konvention.<sup>251</sup> Als Indiz dafür kann angesehen werden, dass die in Deutschland so intensiv diskutierte und die Rechtsprechung prägende Braunbär-Entscheidung des EuGH in der Rechtsprechung italienischer Gerichte bislang noch keinen Niederschlag und in der italienischen Literatur nur geringe Beachtung gefunden hat.<sup>252</sup> Eine gesonderte gesetzliche Umsetzung der Vorgaben des Art. 9 Abs. 3 AK hat bis heute nicht stattgefunden.

Für staatlich anerkannte Umweltvereinigungen gilt ein allgemeines, auf die objektive Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns gerichtetes Klagerecht, das auch den Bereich der Klagen wegen der Verletzung umweltbezogener Bestimmungen des nationalen Rechts nach Art. 9 Abs. 3 AK erfasst.<sup>253</sup> Diese anerkannten Umweltvereinigungen haben darüber hinaus auch das Recht, in Umweltstrafverfahren Schadensersatz zugunsten des Staates geltend zu machen.<sup>254</sup>

Für andere als die staatlich anerkannten Umweltvereinigungen kann sich ein Klagerecht aus der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte ergeben. Diese hat dafür bestimmte Anforderungen entwickelt, die sich vor allem auf die umweltschützerische Zielsetzung, die Beständigkeit und den lokalen Bezug der Vereinigung zum angegriffenen Projekt beziehen und im Ganzen als wenig restriktiv angesehen werden können.<sup>255</sup> Insbesondere sind auch ad-hoc gebildete Initiativen grundsätzlich klageberechtigt.<sup>256</sup>

Auch Individualkläger müssen nach italienischem Recht regelmäßig lediglich ein Interesse an der angegriffenen Verwaltungsentscheidung nachweisen, um zur Klage berechtigt zu sein. Zentrales Kriterium zur Bestimmung des Interesses ist dabei das der (vor allem räumlich verstandenen) „Nähe“ („vicinitas“). Die Gerichte wenden dabei auch deshalb einen großzügigen Maßstab an, damit Kläger auch Eingriffe in abgelegene Naturräume gerichtlich überprüfen lassen können.<sup>257</sup>

### 2.7.4 Schweden

In Schweden erfolgte keine ausdrückliche gesetzliche Umsetzung von Art. 9 Abs. 3 AK. Hintergrund ist das ohnehin großzügige Verständnis der Klagebefugnis im öffentlichen Recht, vor dem eine gesonderte Umsetzung entbehrlich erschien. Zur Bestimmung der Klagebefugnis stellt das schwedische Recht – insoweit abweichend vom deutschen Schutznormmodell – auf die von einer behördlichen Entscheidung oder Unterlassung verletzten „Interessen“ ab. Zwar findet sich in der (älteren) Literatur gele-

<sup>250</sup> [2012] UKSC 44; [2013] P.T.S.R. 5; Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4, Rn. 27.

<sup>251</sup> Poto, Länderbericht Italien, Anhang 5, Rn. 32 ff.

<sup>252</sup> Poto, Länderbericht Italien, Anhang 5, Rn. 26.

<sup>253</sup> Poto, Länderbericht Italien, Anhang 5, Rn. 17 ff.

<sup>254</sup> Vgl. dazu bereits Epiney/Sollberger, Zugang zu Gerichten und gerichtliche Kontrolle im Umweltrecht – Rechtsvergleich, völker- und europarechtliche Vorgaben und Perspektiven für das deutsche Recht, UBA-Berichte 1/02, 2002, S. 267.

<sup>255</sup> Poto, Länderbericht Italien, Anhang 5, Rn. 34 ff. Näher dazu u. 2.8.2.3.

<sup>256</sup> Poto, Länderbericht Italien, Anhang 5, Rn. 20 ff.

<sup>257</sup> Poto, Länderbericht Italien, Anhang 5, Rn. 30.

gentlich auch noch der Hinweis auf verletzte „Rechte“. Der Sache nach handelt es sich aber um einen dem Modell der Interessentenklage entsprechenden Ansatz.

Das Umweltgesetz Schwedens kennt zudem schon seit 1999 noch besondere Bestimmungen für die Klagerechte von Umweltverbänden. Nach 16:13 MB können Umweltschutzvereinigungen (nach 16:14 MB auch Vereinigungen, die sich dem Schutz der Erholung in der freien Natur verschrieben haben), die bestimmte Anforderungen erfüllen,<sup>258</sup> bestimmte auf der Grundlage des umfassenden Umweltgesetzes ergangenen behördlichen Entscheidungen ohne weitere Anforderungen an die Klagebefugnis anfechten. 16:13 MB listet die Entscheidungen auf, die dieser privilegierten Anfechtung durch Umweltverbände unterliegen. Vorschläge zur Erweiterung des Katalogs der genannten Entscheidungen haben sich auf gesetzgeberischer Ebene bisher nicht durchsetzen können.<sup>259</sup> Die schwedischen Verwaltungsgerichte haben aber unter dem Einfluss des Unionsrechts und von Art. 9 Abs. 3 AK entsprechende Erweiterungen vorgenommen. Nach ihrer Argumentation ist der Katalog der in 16:13 MB genannten anfechtbaren Entscheidungen nicht (mehr) als abschließend zu verstehen. Eine entsprechende Anwendung auf andere behördliche Entscheidungen und Unterlassungen kann daher geboten sein.<sup>260</sup>

Besondere Klagerechte für die in 16:13 MB genannten Umweltschutzvereinigungen ergeben sich daneben aus dem Planungs- und Baugesetz und aus einem Gesetz zur Anfechtung bestimmter durch Regierungsentscheidung zu genehmigender großer Projekte mit erheblichen Umwelteinwirkungen.<sup>261</sup>

Unter dem Einfluss von Art. 9 Abs. 3 AK und seiner Interpretation durch den EuGH im Slowakischer Braunbär-Fall hat die schwedische Verwaltungsgerichtsbarkeit die privilegierten Klagebefugnisse der Umweltverbände schließlich auch auf solche Bereiche des Rechts – wie etwa das Waldgesetz und das Jagdrecht – ausgedehnt, die keine ausdrücklichen entsprechenden voraussetzungslosen Klagerechte der Umweltverbände kennen. Ausgangspunkt waren gerichtliche Auseinandersetzungen über Abschusserlaubnisse für Wölfe.<sup>262</sup> 16:13 MB findet seit dem auch in diesen Rechtsgebieten entsprechende Anwendung. Nachdem die Abschusserlaubnisse auf Klagen von Umweltverbänden hin als rechtswidrig aufgehoben worden waren, hat die Schwedische Regierung allerdings den Versuch unternommen, die entsprechenden Entscheidungen ganz vom Rechtsschutz auszunehmen. Die Frage, inwieweit diese Ausnahme mit EU-Recht vereinbar ist, ist zum Stand der Studie noch beim Obersten Schwedischen Verwaltungsgericht anhängig.<sup>263</sup>

Nach der Rechtsprechung der schwedischen Verwaltungsgerichte verlangt Art. 9 Abs. 3 AK eine Erweiterung der Klagerechte von Umweltverbänden nicht allein in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen. Seine Wirkung erstreckt sich vielmehr auch auf Rechtsgebiete, die ganz oder zu wesentlichen Teilen noch allein nationalrechtlich geprägt sind. Beispielsfälle betrafen das Wald- oder Forstrecht,<sup>264</sup> sowie das Recht des Küstenschutzes.<sup>265</sup>

Wesentlicher Unterschied zum deutschen Rechtsschutzmodell ist des Weiteren die differenzierte Behandlung der Klagebefugnis einerseits und des materiellen Kontrollmaßstabs andererseits. Anders als nach § 42 Abs. 2 VwGO und § 113 Abs. 1 VwGO initiiert in Schweden die einmal für zulässig angesehene Klage eine umfängliche materielle Prüfung der angefochtenen Entscheidung. Der Kläger, dessen

<sup>258</sup> Zu diesen hier nicht näher behandelten Voraussetzungen an die Zielsetzung, den Bestand und die Organisation der Verbände und ihre Vereinbarkeit mit den Vorgaben der Aarhus-Konvention eingehender: u. 2.8.2.4.

<sup>259</sup> Darpö, Länderbericht Schweden, Anhang 7, Rn. 53.

<sup>260</sup> Vgl. insbesondere die Fälle MÖD 2012:47 und MÖD 2012:48, Darpö, Länderbericht Schweden, Anhang 7, Rn. 54.

<sup>261</sup> Näher dazu Darpö, Länderbericht Schweden, Anhang 7, Rn. 55 f.

<sup>262</sup> Der sog. „Kynna Wolf“-Fall, vgl. Darpö, Länderbericht Schweden, Anhang 7, Rn. 59 ff.

<sup>263</sup> Darpö, Länderbericht Schweden, Anhang 7, Rn. 60.

<sup>264</sup> Zum sog. „Änok“-Fall, vgl. Darpö, Länderbericht Schweden, Anhang 7, Rn. 61, 67 ff., 84, 91.

<sup>265</sup> Darpö, Länderbericht Schweden, Anhang 7, Rn. 37 f., 72 f.

Klage in einer vorgeschalteten Prüfung unter einem Aspekt als zulässig beurteilt worden ist, kann hinsichtlich der nachfolgenden materiellen Prüfung der Rechtmäßigkeit der Verwaltungsentscheidung auch rügen, diese verstoße gegen Normen des objektiven Rechts bzw. gegen Normen, die dem Schutz anderer dienen. Damit ist eine gegenüber dem deutschen Rechtsschutzmodell erhebliche Erweiterung der Rügefähigkeit von Rechtsverstößen verbunden, die die schwedische Rechtspraxis insoweit von in Deutschland zentralen Abgrenzungsstreitigkeiten freistellt und insgesamt die Bedeutung der Bestimmung des zulässigen Drittschutzes stark relativiert. Hierin dürfte ein weiterer Grund für die in Schweden vergleichsweise weniger intensive Debatte um die richtige Umsetzung von Art. 9 Abs. 2 AK und Art. 9 Abs. 3 AK liegen.

## 2.8 Exkurs: Die Bedeutung der Organisationsform für die Anerkennung von Umweltverbänden im Rechtsvergleich

### 2.8.1 Fragestellung

Im Folgenden ist der Forschungsfrage nachzugehen, welche Rolle die Organisationsstruktur von Verbänden für den Zugang zu Gericht in anderen EU-Mitgliedstaaten spielt. Der dabei vorzunehmende Rechtsvergleich betrifft vor allem die in § 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 UmwRG enthaltene Voraussetzung für die Anerkennung von Umweltverbänden in Deutschland. Nach dieser Regelung können nur Vereinigungen als (klagebefugte) Umwelt- oder Naturschutzverbände anerkannt werden, die „*jeder Person den Eintritt als Mitglied ermöglichen, die die Ziele der Vereinigung unterstützt*“, wobei „Mitglieder“ als Personen mit einem vollen Stimmrecht in der Mitgliederversammlung definiert werden, so dass eine demokratische Organisationsstruktur vorausgesetzt wird. Da eine Umweltverbandsklage gemäß § 2 Abs. 1 S. 2 UmwRG nur von nach § 3 UmwRG anerkannten Vereinigungen erhoben werden kann, bestehen für die aufgrund einer fehlenden demokratischen Organisationsstruktur nicht anerkennungsfähigen Vereinigungen keine derartigen Klagemöglichkeiten. Das betrifft sowohl Verbandsklagen gegen umweltrelevante Vorhaben, die von Art. 9 Abs. 2 AK erfasst werden, als auch die Klagemöglichkeiten, die gemäß des Entwurfes zu § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 bis 6 UmwRG n.F. für behördliche Entscheidungen im Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 3 AK vorgesehen sind.

Die in § 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 UmwRG festgelegten Anforderungen an eine demokratischen Organisationsstruktur können von mehreren in Deutschland durch ihre Aktivitäten im Bereich des Umweltschutzes bekannten Vereinigungen nicht erfüllt werden.<sup>266</sup> Zu nennen sind vor allem Greenpeace und der als Stiftung organisierte World Wildlife Fund (WWF). Der WWF hat, weil daher für ihn bei den unter Art. 9 Abs. 2 und 3 AK fallenden Vorhaben oder Maßnahmen keine Klagebefugnisse bestehen, beim Aarhus Convention Compliance Committee eine Beschwerde gegen die in Deutschland bestehende Rechtslage erhoben.<sup>267</sup> In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird jedoch überwiegend davon ausgegangen, dass die für eine Anerkennung von Umweltverbänden nach § 3 Abs. 1 UmwRG bestehenden Anforderungen – einschließlich der demokratischen Organisationsstruktur – dem Art. 9 Abs. 2 AK und dem Unionsrecht entsprechen.<sup>268</sup> Der Europäische Gerichtshof hat sich mit Vorgaben für eine Anerkennung als klagebefugter Umweltverband bisher lediglich bei einer schwedischen Regelung beschäftigt, nach der nur Vereinigungen mit mindestens 2000 Mitgliedern eine Klagebefugnis hatten, wobei er dies angesichts von landesweit nur zwei klagebefugten Umweltverbänden als zu weitgehende Einschränkung des Zugangs zu Gerichten angesehen hat.<sup>269</sup> Die Voraussetzung einer demokratischen Organisations-

<sup>266</sup> Vgl. Bunge (2013), § 3 Rn. 24; Schmidt/Schrader/Zschiesche (2014), Rn. 129 – mwN.

<sup>267</sup> Siehe die Beschwerde ACCC/C/2016/137 (Germany).

<sup>268</sup> Vgl. Schieferdecker, in: Hoppe/Beckmann (2012), § 3 UmwRG Rn. 58; Schlacke, in: Gärditz (2013), § 3 UmwRG Rn. 32; Bunge (2013), § 3 UmwRG Rn. 22 ff. - jeweils mwN; siehe auch Schmidt/Schrader/Zschiesche (2014), Rn. 129; insbesondere bezogen auf die Anforderungen an die Organisationsstruktur kritisch wohl nur Schmidt/Kremer, ZUR 2007, 57 (62).

<sup>269</sup> Vgl. EuGH, Urt v. 15.10.2009 – Rs. C-263/08 (Djurgarden-Lilla) – Rn. 47 ff. = ZUR 2009, 28 (31 f.).

struktur war hingegen – soweit ersichtlich – noch nicht Gegenstand einer gerichtlichen Entscheidung. Das gilt auch für die Beschlüsse des Aarhus Convention Compliance Committee, aus denen sich nur allgemein entnehmen lässt, dass sich insbesondere aus Art. 9 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 4 AK gewisse Regelungsspielräume des nationalen Gesetzgebers im Hinblick auf die Anerkennung von Umweltverbänden ergeben.<sup>270</sup> Daher ist offen, welche Erfolgsaussichten die erwähnte Beschwerde des WWF hat.

Vor diesem Hintergrund ist nachfolgend rechtsvergleichend zu untersuchen, welche Anforderungen in Frankreich, Großbritannien, Italien, Schweden und Polen im Zusammenhang mit der Klagebefugnis an die Organisationsstruktur von Umweltverbänden gestellt werden. Auf die demnächst durch das Aarhus Compliance Committee zu klärende Frage der Vereinbarkeit solcher Anforderungen mit Art. 9 Abs. 2 und 3 AK wird dabei nicht weiter eingegangen.

## 2.8.2 Rechtsvergleich

### 2.8.2.1 Frankreich

Für die Klagebefugnis von Umweltverbänden ist in Frankreich deren behördliche Anerkennung nicht notwendig. Es gibt zwar eine gesetzliche Regelung für die Anerkennung in Art. L. 141-1 des Umweltgesetzes von 2010<sup>271</sup>, in der etwas höhere Anforderungen enthalten sind als in den zuvor geltenden Vorschriften. Insbesondere wird verlangt, dass ein Umweltverband mindestens 2000 Mitglieder in sechs Regionen haben muss, damit er berechtigt ist, sich an bestimmten Verwaltungsräten oder behördlichen Kommissionen zu beteiligen, die auf nationaler Ebene tätig sind. Unabhängig davon sind nach ständiger Rechtsprechung jedoch auch nicht anerkannte Umweltverbände klagebefugt, wenn sie ausgehend von ihrer Satzung ein ausreichendes Interesse („intérêt à agir“)<sup>272</sup> an der gerichtlichen Überprüfung umweltrelevanter Verwaltungsentscheidungen geltend machen können.<sup>273</sup> Der Unterschied zu den behördlich anerkannten Umweltverbänden besteht darin, dass bei letzteren die Klagebefugnis ausgehend von den in der Satzung enthaltenen Zielen vermutet wird.<sup>274</sup> Im Städtebaurecht besteht nach Art. L. 600-1-1 des „Code de l’urbanisme“ insofern eine Ausnahme, als Nichtregierungsorganisationen generell nur dann klagebefugt sind, wenn sie sich zuvor auf lokaler Ebene registrieren lassen; ob zudem eine Anerkennung als Umweltverband vorliegt oder nicht, spielt dabei wiederum keine Rolle.<sup>275</sup>

Die in Frankreich geltenden Voraussetzungen für die Anerkennung von Umweltverbänden (Art. L. 141-1 und R 141-1 bis R 141-20 des Umweltgesetzes von 2010) entsprechen überwiegend den in § 3 Abs. 1 UmwRG enthaltenen Vorgaben, sie gehen teilweise aber auch etwas darüber hinaus.<sup>276</sup> Zunächst sind nachfolgend die Anforderungen zu nennen, die in Frankreich (F) und in Deutschland (D) weitgehend übereinstimmen. In beiden Ländern wird für eine behördliche Anerkennung (mindestens) verlangt, dass ein Verband / eine Vereinigung:

- seit mindestens drei Jahren besteht (F und D);
- nach ihrer Satzung hauptsächlich (F) bzw. vorwiegend und nicht nur vorübergehend (D) Ziele des Umweltschutzes fördert;

<sup>270</sup> Vgl. ACCC/C/2005/11, Rn. 35 ff.; ACCC/C/2008/32, Rn. 77, 80 und 92; sowie ACCC/C/2010/48 (Austria), Rn. 68.

<sup>271</sup> Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l’environnement.

<sup>272</sup> Siehe auch oben 2.7.1.

<sup>273</sup> Vgl. Prieur, Länderbericht Frankreich, Anhang 3, Rn. 92, mit Hinweis auf CE 25.07.2013 req. no. 355745.

<sup>274</sup> Vgl. Prieur, Länderbericht Frankreich, Anhang 3, Rn. 29.

<sup>275</sup> Vgl. Prieur, Länderbericht Frankreich, Anhang 3, Rn. 91.

<sup>276</sup> Vgl. Prieur, Länderbericht Frankreich, Anhang 3, Rn. 92 ff. sowie die Gegenüberstellung in Rn. 98 ff.

- im Sinne der satzungsgemäßen Ziele effektiv tätig geworden ist (F) bzw. die Gewähr für eine sachgerechte Aufgabenerfüllung bietet, wobei die bisherige Tätigkeit, der Mitgliederkreis und die Leistungsfähigkeit der Vereinigung zu berücksichtigen sind (D);
- nicht gewinnorientiert und uneigennützig tätig ist (F) bzw. gemeinnützige Zwecke verfolgt (D);
- eine effektive Mitwirkung der Mitglieder am Management ermöglicht (F) bzw. jeder Person den Eintritt als voll stimmberechtigtes Mitglied ermöglicht, die die Ziele der Vereinigung unterstützt (D).

Es gibt in Frankreich allerdings noch weitere Regelungen, die für die Anerkennung von Umweltverbänden bedeutsam sind:<sup>277</sup> Die Vereinigungen müssen auch über eine im Hinblick auf ihren räumlichen Tätigkeitsbereich ausreichende Mitgliederzahl verfügen und es muss ein ordnungsgemäßes Finanzmanagement nachgewiesen werden. Außerdem besteht eine Verpflichtung der Verbände, den Behörden jährlich einen Tätigkeitsbericht vorzulegen. Darüber hinaus gilt seit 2011, dass die Anerkennung nur noch zeitlich begrenzt für fünf Jahre erteilt wird und dass die Umweltverbände dann von sich aus unter Vorlage bestimmter Nachweise eine Erneuerung beantragen müssen.

Schließlich erfolgt die Anerkennung in beiden Ländern für einen bestimmten räumlichen Tätigkeitsbereich, der durch die Satzung festgelegt sein muss. Während in Deutschland nur zwischen der Anerkennung auf Landes- und Bundesebene unterschieden wird, gibt es jedoch in Frankreich auch Diskussionen über die Anerkennung von lediglich lokal tätigen Vereinigungen sowie über die Anforderung, dass eine ausreichende Zahl von Mitgliedern nachgewiesen werden muss. Diese Vorgaben stoßen in Frankreich auch auf Kritik, wobei vor allem die Mindestzahl von 2000 Mitgliedern für landesweit tätige Umweltverbände, die zu Restriktionen für kleinere und spezialisierte Verbände führt, diskutiert worden ist. Nach Auffassung des Conseil d'Etat<sup>278</sup> ist diese Regelung jedoch mit der Verfassung und mit allgemeinen Prinzipien vereinbar.<sup>279</sup>

Insgesamt gesehen zeigt der Vergleich demnach, dass für eine Anerkennung von Umweltverbänden in Frankreich zwar höhere Anforderungen gelten als in Deutschland. Das betrifft in gewisser Hinsicht auch die Organisationsstrukturen, denn es wird dort nicht nur eine Art demokratische Struktur verlangt, die den Mitgliedern eine Mitwirkungsmöglichkeit eröffnet, sondern es kommen auch noch Vorgaben für die Mitgliederzahl hinzu. Eine Klagebefugnis der Umweltverbände besteht jedoch auch unabhängig von der behördlichen Anerkennung, so dass insoweit die Organisationsstruktur – anders als bei § 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 UmwRG – letztlich keine Rolle spielt.

### 2.8.2.2 Großbritannien

Auf der Grundlage des Supreme Court Act 1981 steht im britischen Rechtssystem grundsätzlich jeder Person oder Personengruppe der Zugang zu den Gerichten offen, die ein ausreichendes Interesse („sufficient interest“) an der gerichtlichen Überprüfung einer Verwaltungsentscheidung („judicial review“) geltend machen kann. Es gibt darüber hinaus keine gesetzlichen Anforderungen an die Klagebefugnis von Umweltverbänden und somit auch keine dem § 3 UmwRG entsprechenden Vorgaben für deren Anerkennung. Deswegen sind z.B. auch lokale Gruppen klageberechtigt, die sich ohne eine feste Organisationsform gebildet haben, um gegen ein umweltrelevantes Vorhaben vorzugehen. Da solche Gruppen keine eigene Rechtspersönlichkeit haben, tragen ihre Mitglieder allerdings das Risiko einer persönlichen Haftung für die Kosten des Rechtsstreits. Von den Gerichten wird jedoch auch die „limited company“ als klagefähige Organisationsform mit eigener Rechtspersönlichkeit akzeptiert, bei der die Haftung ihrer Mitglieder hinsichtlich der Kosten beschränkt ist. Die Rechtsprechung geht davon aus,

---

<sup>277</sup> Vgl. Prieur, Länderbericht Frankreich, Anhang 3, Rn. 93 und Rn. 101.

<sup>278</sup> Der Staatsrat in seiner Funktion als oberstes Verwaltungsgericht, vgl. Epiney/Sollberger (2002), S. 91 f.

<sup>279</sup> Vgl. Prieur, Länderbericht Frankreich, Anhang 3, Rn. 92 – mwN.

dass solche Gruppen oder Organisationen unabhängig von ihrer Rechtsform lediglich die Interessen ihrer Mitglieder vertreten (können). Eine Vereinigung, bei der kein Mitglied ein „sufficient interest“ hat, ist daher als solche grundsätzlich nicht klagebefugt.<sup>280</sup>

Diese Überlegungen lassen sich – soweit ersichtlich – auch auf Klagen übertragen, die gegen vom Town and Country Planning Act (TCPA) erfasste Vorhaben geführt werden. In diesen Fällen besteht eine Klagebefugnis nach Section 288 TPCA nur für eine „person aggrieved“ (geschädigte Person). Die dabei zu beachtenden Anforderungen sind durch die Rechtsprechung dahingehend konkretisiert worden, dass auch eine vorherige Beteiligung des Klägers am Verwaltungsverfahren für die Klagebefugnis bedeutsam sein kann.<sup>281</sup> Ob die dazu entwickelten Kriterien auch in Fällen einer „judicial review“ anwendbar sind, muss noch näher untersucht werden. Unabhängig davon ist aber davon auszugehen, dass nach der TPCA sowohl einzelne Personen als auch Personengruppen klagebefugt sein können, wenn sie die Interessen von „geschädigten“ Personen vertreten, ohne dass es dabei auf die Organisationsform solcher Gruppen ankommt.

### 2.8.2.3 Italien

In Italien ist es – ähnlich wie in Frankreich – für die Klagebefugnis von Umweltverbänden ebenfalls nicht notwendig, dass diese behördlich anerkannt worden sind. Die Regelungen im Gesetz n. 349/1986 sehen zwar an sich eine formale Anerkennung durch das Umweltministerium vor, mit der eine Klagebefugnis gegen umweltrelevante Verwaltungsentscheidungen verbunden ist, sofern der Verband dabei ein in seiner Satzung enthaltenes Umweltschutzziel verfolgt. Die Rechtsprechung hat jedoch seit 2010 mehrfach entschieden, dass auch nicht behördlich anerkannte Verbände klagebefugt sind, wenn sie bestimmte Anforderungen erfüllen. Die gesetzlichen Vorschriften für die Anerkennung von Umweltverbänden haben also in Folge der weiten Interpretation der Klagebefugnisse durch die Gerichte insoweit keine Ausschlusswirkung.<sup>282</sup>

Ein Vergleich der Voraussetzungen für eine (landesweite) Anerkennung von Umweltverbänden in Italien und Deutschland zeigt, dass sich diese weitgehend entsprechen.<sup>283</sup> In beiden Ländern wird verlangt, dass die Vereinigungen nach ihrer Satzung den Umweltschutz fördern, hinsichtlich der Mitwirkung ihrer Mitglieder eine demokratische Struktur aufweisen und eine nicht nur vorübergehende sowie wirksame Aufgabenerfüllung gewährleisten. In Italien wird in diesem Zusammenhang auch verlangt, dass die Vereinigung national oder für mindestens fünf Regionen repräsentative Umweltschutzziele verfolgen. In Deutschland muss hingegen ein gemeinnütziger Zweck gegeben sein (im Sinne der Abgabenordnung). Außerdem wird hier – wie auch in Frankreich – vorausgesetzt, dass die Vereinigung im Zeitpunkt der Anerkennung mindestens drei Jahre besteht. Insoweit gehen die Anforderungen also weiter als in Italien. Im Hinblick auf die Organisationsstruktur, die (intern) demokratisch ausgestaltet sein muss, gelten jedoch in Deutschland, Frankreich und Italien die gleichen Vorgaben.

Sofern eine Vereinigung ohne behördliche Anerkennung als Umweltverband gegen eine Verwaltungsentscheidung vorgehen will, prüfen die italienischen Gerichte die Klagebefugnis im Einzelfall. Sie haben dafür bestimmte Anforderungen entwickelt, die den für die behördliche Anerkennung geltenden Vorgaben teilweise ähnlich sind. Auch nach der Rechtsprechung kommt es darauf an, dass die Vereinigung nach ihrer Satzung hauptsächlich und nicht nur gelegentlich Ziele des Umweltschutzes verfolgt. Außerdem muss sie in der Region, in der das im konkreten Fall betroffene Gebiet liegt, präsent und für einen längeren Zeitraum aktiv sein. Darüber hinaus wird noch eine konstante Zahl von Mitgliedern verlangt. Demnach ist es zwar notwendig, dass der Umweltverband organisatorisch eine gewisse

<sup>280</sup> Vgl. Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4, Rn. 58 ff.

<sup>281</sup> Vgl. Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4, Rn. 25.

<sup>282</sup> Vgl. Poto, Länderbericht Italien, Anhang 5, Rn. 34 ff.

<sup>283</sup> Vgl. Poto, Länderbericht Italien, Anhang 5, Rn. 41.

Struktur und Stabilität aufweist, eine bestimmte Organisationsform ist jedoch nicht erforderlich. Maßgeblich für die Zuerkennung einer Klagebefugnis ist vor allem, dass sich der Verband in der Region nachvollziehbar für bestimmte Umweltschutzziele eingesetzt hat.<sup>284</sup>

Zusammenfassend ergibt der Vergleich demnach, dass in Italien bei der behördlichen Anerkennung von Umweltverbänden zwar insbesondere hinsichtlich der Organisationsstruktur ähnliche Anforderungen gestellt werden wie in Deutschland. Nach der Rechtsprechung können aber auch nicht anerkannte Umweltverbände im Einzelfall klagebefugt sein, ohne dass dafür eine bestimmte Organisationsstruktur erforderlich ist.

#### 2.8.2.4 Schweden

In Schweden gibt es keine Regelungen für die behördliche Registrierung oder Anerkennung von Umweltverbänden. Vielmehr wird jede nicht-kommerziell arbeitende Vereinigung, die nach ihrer Satzung für den Umweltschutz eintritt, als Umweltverband angesehen.<sup>285</sup> Ob eine solche Vereinigung auch gegen umweltrelevante Verwaltungsentscheidungen klagen kann, entscheiden die Gerichte im Einzelfall auf der Grundlage des geltenden Umweltgesetzes (16:13 und 16:14 MB). Danach ist im Hinblick auf die Klagebefugnis zu prüfen, ob die Vereinigung

- als Zweck hauptsächlich den Natur- oder Umweltschutz fördert,
- nicht-kommerziell („non-profit“) ausgerichtet ist,
- seit mindestens drei Jahren in Schweden tätig ist und
- mindestens 100 Mitglieder hat oder auf andere Weise darlegen kann, dass ihre Tätigkeit von der Öffentlichkeit unterstützt wird („the activity is supported by the public“).

Diese Anforderungen entsprechen teilweise den Voraussetzungen, die in Deutschland für die behördliche Anerkennung eines Umweltverbandes erfüllt sein müssen. Das gilt vor allem für den Umweltschutz als Hauptzweck und für die nicht-kommerzielle oder gemeinnützige Ausrichtung der Tätigkeit<sup>286</sup>. Außerdem stimmen die Vorgaben hinsichtlich des Erfordernisses einer mindestens drei Jahre andauernden Tätigkeit überein. Die schwedische Regelung geht jedoch weiter als die Anforderung in § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 UmwRG, weil es nicht nur auf das Bestehen des Umweltverbandes, sondern auch darauf ankommt, dass dieser in Schweden tätig geworden ist. Die darüber hinaus geforderte Mindestzahl von Mitgliedern, die in Schweden als Nachweis einer öffentlichen Unterstützung der Tätigkeit gesehen wird, gibt es im deutschen Recht nicht. Hingegen kennt das schwedische Recht keine Vorgaben für eine demokratische Organisationsstruktur, wie sie in § 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 UmwRG enthalten sind, so dass dort z.B. auch Greenpeace klagebefugt sein kann.<sup>287</sup>

Die beschriebenen Anforderungen an die gerichtliche Prüfung der Klagebefugnis von Umweltverbänden in 16:13 und 16:14 MB sind in Schweden teilweise umstritten. Das betrifft vor allem die geforderte dreijährige Tätigkeit innerhalb des Landes, weil damit eine Diskriminierung ausländischer Umweltverbände verbunden ist, die als Verstoß gegen die Aarhus-Konvention angesehen wird. Außerdem bestehen Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit der zeitlichen Vorgabe mit Art. 11 UVP-RL (2011/92/EG). Das schwedische Umweltministerium hat daher bereits 2012 vorgeschlagen, dieses Kriterium zu streichen. Dabei wird auch argumentiert, dass die Möglichkeit zur Beteiligung für ad-hoc-Vereinigungen sowohl im Hinblick auf die Qualität der behördlichen Entscheidungsfindung als auch im Sinne einer ökologischen Demokratie („environmental democracy“) wichtig wäre. Dieser Vorschlag ist

---

<sup>284</sup> Vgl. die Hinweise auf die Rechtsprechung bei Poto, Länderbericht Italien, Anhang 5, Rn. 43 f.

<sup>285</sup> Vgl. Darpö, Länderbericht Schweden, Anhang 7, Rn. 105.

<sup>286</sup> Vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 1 und 4 UmwRG.

<sup>287</sup> Vgl. Darpö, Länderbericht Schweden, Anhang 7, Rn. 50 ff. und Rn. 105. (S. 13 f. und S. 28)

allerdings bisher nicht umgesetzt worden und es ist unsicher, ob damit in Zukunft gerechnet werden kann.<sup>288</sup>

Demnach ist in Schweden zwar einerseits eine behördliche Anerkennung von Umweltverbänden nicht vorgesehen, andererseits bestehen aber für die gerichtliche Prüfung der Klagebefugnis gesetzliche Anforderungen, die mit den in Deutschland geltenden Regelungen teilweise vergleichbar sind und an einem Punkt sogar etwas weitergehen. Allerdings verlangt das schwedische Recht keine demokratische Organisationsstruktur, so dass – anders als in Deutschland – nicht nur Vereinigungen mit vollstimmberechtigten Mitgliedern, sondern auch solche mit anderen Organisationsformen (z.B. Stiftungen) klagebefugt sein können. Außerdem ist zu beachten, dass die schwedischen Gerichte die gesetzlichen Kriterien für die Klagebefugnis nicht als strikte Vorgaben ansehen. Vielmehr bilden die genannten Kriterien lediglich den Ausgangspunkt für weitergehende Erwägungen zu dem in Umweltangelegenheiten gebotenen Rechtsschutz, wobei die Gerichte seit 2012 – vor allem beeinflusst durch das Braunbären-Urteil des EuGH (C-240/09) – dazu übergegangen sind, den Umweltverbänden grundsätzlich bei allen umweltrelevanten Verwaltungsentscheidungen eine Klagebefugnis zu eröffnen.<sup>289</sup>

### 2.8.2.5 Polen

In Polen werden Umweltverbände in Art. 3 Abs. 1 Pkt. 10 des UVP-G definiert als „gesellschaftliche Organisation, deren Satzungsziel der Umweltschutz ist“. Außerdem wird davon ausgegangen, dass sie grundsätzlich keine eigenen Interessen vertreten und daher nicht unmittelbar als Prozessbeteiligte, sondern lediglich als „Subjekte mit Rechten von Prozessbeteiligten“ vor Gericht auftreten können. Für die Klagebefugnis gibt es unterschiedliche Regelungen: Zum einen für die von Art. 9 Abs. 2 AK erfassten Vorhaben, bei denen im Zulassungsverfahren regelmäßig eine Öffentlichkeitsbeteiligung erforderlich ist, sowie zum anderen für alle weiteren unter Art. 9 Abs. 3 AK fallenden Verwaltungsentscheidungen.<sup>290</sup>

Bei den von Art. 9 Abs. 2 AK erfassten Vorhaben sind die Beteiligungs- und Klagerechte für Umweltverbände in Art. 44 UVP-G geregelt. Danach ist eine Vereinigung als Umweltverband anzusehen und kann die Stellung eines „Subjekts mit Rechten von Prozessbeteiligten“ erlangen, wenn sie:<sup>291</sup>

- nach ihrer Satzung als Tätigkeitsziel den Umweltschutz fördert;
- entweder als Verein oder als Stiftung registriert ist und damit den Status einer „gesellschaftlichen Organisation“ hat (die Rechtsgrundlagen dafür finden sich im Gesetz für Vereine vom 7. April 1989, das zwischen registrierten Vereinen – mindestens 15 Mitglieder und Eintragung in ein von den Gerichten geführtes zentrales Register – und einfachen Vereinen – mindestens 3 Mitglieder und Eintragung in ein kommunales Register – unterscheidet, sowie im Gesetz für Stiftungen vom 6. April 1984, das ebenfalls die Eintragung in ein zentrales Register vorsieht);
- vor der Beteiligung an dem Verwaltungs- oder Klageverfahren bereits mindestens 12 Monate lang satzungskonform tätig gewesen ist.

Diese Anforderungen des polnischen Rechts entsprechen teilweise den Vorgaben, die in Deutschland gemäß § 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 2 und 5 UmwRG bei den unter Art. 9 Abs. 2 AK fallenden Vorhaben für die Anerkennung von klagebefugten Umweltverbänden gelten. Insbesondere ist festzustellen, dass in beiden Ländern bestimmte Voraussetzungen für die Organisation und die Registrierung erfüllt sein müs-

<sup>288</sup> Vgl. Darpö, Länderbericht Schweden, Anhang 7, Rn. 53 f.

<sup>289</sup> Vgl. Darpö, Länderbericht Schweden, Anhang 7, Rn. 54 und Rn. 59 f. mit Hinweisen auf verschiedene Entscheidungen; grundlegend vor allem der Supreme Court in NJA 2012 s. 921, zusammengefasst bei Darpö, Länderbericht Schweden, Anhang 7, Rn. 72 f.

<sup>290</sup> Vgl. Bar/Jendróska/Rotko, Länderbericht Polen, Anhang 6, Rn. 6 ff.

<sup>291</sup> Vgl. Bar/Jendróska/Rotko, Länderbericht Polen, Anhang 6, Rn. 11 ff. (S. 2 f.)

sen, damit eine (Umwelt)Vereinigung berechtigt ist, sich an Verwaltungs- und Klageverfahren zu beteiligen. Deswegen haben vor allem Bürgerinitiativen, die sich ad hoc gebildet haben, um z.B. gegen den Bau einer Industrieanlage vorzugehen, keine Beteiligungs- und Klagerechte. Die Anforderungen an die Organisation der Umweltverbände sind in Deutschland allerdings höher als in Polen, denn dort wird keine demokratische Struktur verlangt und es können auch Stiftungen klagebefugt sein. Außerdem reicht es in Polen aus, wenn der Umweltverband seit 12 Monaten besteht, während in Deutschland eine Tätigkeit von mindestens drei Jahre verlangt wird. Hinzu kommt noch, dass in Polen diese Anforderung an eine Mindestdauer der Tätigkeit, die dort erst seit Anfang 2015 besteht, in der rechtswissenschaftlichen Literatur als mit Art. 9 Abs. 2 AK nicht vereinbar angesehen wird.<sup>292</sup>

Bei den Verwaltungsentscheidungen, für die kein Verfahren mit der Öffentlichkeitsbeteiligung vorgesehen ist, so dass sie unter Art. 9 Abs. 3 AK fallen, wird die Klagebefugnis von Vereinigungen in Art. 31 Verwaltungsverfahrensgesetz (in Polen als „Kodex“ bezeichnet) in der Fassung von 2013 geregelt. Auch diese Vorschrift setzt eine Registrierung als „gesellschaftliche Organisation“ – also als Verein oder Stiftung – voraus und sieht weiter vor, dass eine Beteiligung an Verwaltungs- und Gerichtsverfahren verlangt werden kann, wenn diese mit den satzungsmäßigen Zielen der Vereinigung konform ist und im Interesse der Gesellschaft liegt. Diese Regelung gilt für jede Nichtregierungsorganisation, die nach ihrer Satzung allgemeine oder öffentliche Interessen vertritt. Speziell für Umweltverbände besteht jedoch ein wesentlicher Unterschied gegenüber der Regelung in Art. 44 UVP-G, denn danach ist eine Verfahrensbeteiligung obligatorisch, wenn die Organisation förmlich registriert ist und satzungsgemäß den Umweltschutz fördert, während die Gerichte gemäß Art. 31 Verwaltungsverfahrensgesetz nach Ermessen entscheiden, ob „gesellschaftliche Interessen“ für den Zugang sprechen.<sup>293</sup>

Da entsprechend des § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 bis 6 Entwurf-UmwRG n.F. auch in Deutschland für behördliche Entscheidungen im Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 3 AK Klagebefugnisse nur für anerkannte Umweltverbände vorgesehen sind, ergibt sich somit, dass die den Zugang zu Gerichten betreffenden Regelungen in Polen und Deutschland hinsichtlich der Notwendigkeit einer Anerkennung oder Registrierung als Umweltverband ähnlich sind. Anders als in den zuvor untersuchten Ländern kommt eine Klagebefugnis von Umweltverbänden in Polen und Deutschland generell nur dann in Betracht, wenn die Vereinigung zuvor anerkannt oder registriert worden ist. Zwar ist dafür in Polen eine bestimmte Organisationsform (Verein oder Stiftung) erforderlich. Es können dort im Unterschied zur deutschen Rechtslage aber auch Vereinigungen klagebefugt sein können, die keine demokratische Organisationsstruktur aufweisen.

### 2.8.3 Zwischenergebnis

In den untersuchten Ländern gibt es demnach zwar überwiegend Regelungen für eine Anerkennung oder Registrierung von Umweltverbänden, deren Anforderungen unter anderem hinsichtlich der Organisationsstruktur den dafür in Deutschland geltenden Vorgaben entweder teilweise oder sogar weitgehend entsprechen. Zugleich bestehen dort aber – anders als in Deutschland – in der Regel aufgrund der durch die Rechtsprechung entwickelten Grundsätze auch Klagemöglichkeiten für nicht anerkannte Vereinigungen, so dass deren Organisationsstruktur für den Zugang zu Gerichten entweder nur begrenzt oder gar nicht relevant ist. Insbesondere eine demokratische Organisationsstruktur ist für einen Umweltverband in keinem der untersuchten Länder erforderlich, um eine Klage in Umweltangelegenheiten erheben zu können.

Soweit in den untersuchten Ländern die Anerkennung von Umweltverbänden vorgesehen ist und dabei auch Anforderungen an deren Organisationsstruktur gestellt werden, zielen die dafür vorgesehenen Regelungen also regelmäßig nicht darauf, den Zugang zu Gerichten zu regulieren:

<sup>292</sup> Vgl. Bar/Jendróska/Rotko, Länderbericht Polen, Anhang 6, Rn. 62 (unter e).

<sup>293</sup> Vgl. Bar/Jendróska/Rotko, Länderbericht Polen, Anhang 6, Rn. 18 ff. (insb. Rn. 21).

Nur in *Polen* wird für die Klagebefugnis von Umweltverbänden auch deren Registrierung vorausgesetzt. Es wird aber lediglich verlangt, dass die Umweltverbände als Verein oder Stiftung organisiert und nach den dafür geltenden Regelungen registriert sein müssen. Damit wird zwar eine bestimmte Organisationsform als juristische Person verlangt. Da auch Stiftungen klagebefugt sind, kommt es aber für den Zugang zu Gerichten auf eine demokratische Binnenstruktur, wie sie in § 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 UmwRG vorgesehen ist, nicht an.

Demgegenüber entsprechen in *Frankreich* die Voraussetzungen für die Anerkennung von Umweltverbänden zwar auch hinsichtlich der Organisationsstruktur weitgehend denen des deutschen Rechts. Nach der französischen Rechtsprechung können jedoch Klagen bei einem ausreichenden Interesse auch von nicht anerkannten Vereinigungen erhoben werden. Eine Anerkennung als Umweltverband ist daher im Grunde nur für die Beteiligung an bestimmten behördlichen Kommissionen relevant. Außerdem ist zwar für Nichtregierungsorganisationen bei Klagen im Bereich des Städtebaurechts eine Registrierung auf lokaler Ebene erforderlich. Dabei spielt es aber keine Rolle, ob die Vereinigungen auch als Umweltverband anerkannt sind oder die Voraussetzungen dafür erfüllen.

Ähnlich ist die Situation in *Italien*, denn auch dort wird zwar für die Anerkennung von Umweltverbänden in ähnlicher Weise wie in Deutschland eine demokratische Organisationsstruktur verlangt. Es können aber nach der Rechtsprechung darüber hinaus auch nicht anerkannte Verbände klagebefugt sein, sofern sie sich in der Region nachvollziehbar für bestimmte Umweltschutzziele eingesetzt haben.

In *Schweden* gibt es hingegen keine staatliche Anerkennung oder Registrierung von Umweltverbänden. Vielmehr sind die gesetzlichen Kriterien, nach denen sich die Einordnung als Umweltverband richtet, von den Gerichten bei der Prüfung der Zulässigkeit von Klagen im Einzelfall anzuwenden. Diese Kriterien stimmen zwar teilweise mit denen in § 3 Abs. 1 UmwRG überein und verlangen z.B. auch eine mindestens drei Jahre dauernde Tätigkeit des Umweltverbandes. Insgesamt gesehen sind die Anforderungen aber geringer als in Deutschland und eine demokratische Organisationsstruktur wird nicht vorausgesetzt. Daher können in Schweden z.B. auch Stiftungen klagebefugt sein.

Für *Großbritannien* gilt schließlich, dass es für eine Klagebefugnis nur darauf ankommt, dass der oder die Kläger – also einzelne Personen oder Personengruppen – im Einzelfall ein ausreichendes Interesse geltend machen können. Eine Anerkennung von Umweltverbänden ist nicht vorgesehen und es wird auch keine bestimmte Organisationsstruktur verlangt.

## 2.9 Zusammenfassung der Ergebnisse zum Zugang zu Gericht

Die in § 2 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 5 UmwRG enthaltenen Beschränkungen der Rechtsbehelfe von Umweltschutzvereinigungen auf die Rüge von „Rechtsvorschriften, die dem Umweltschutz dienen“ bzw. auf Verstöße, die „Belange der Umweltschutzes“ berühren, sind mit den Vorgaben aus Art. 9 Abs. 2 AK und – soweit sein Geltungsbereich reicht – auch mit den Vorgaben des einschlägigen Unionsrechts nicht zu vereinbaren. Die im Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Neufassung des UmwRG vorgeschlagene Streichung des entsprechenden Passus ist daher völker- und unionsrechtlich zwingend.

Zur Umsetzung von Art. 9 Abs. 3 AK muss mit Blick auf die durch den EuGH und das ACCC formulierten unions- und völkerrechtlichen Vorgaben ein deutlich erweiterter Rechtsschutz im Umweltrecht sichergestellt werden.

Die Erweiterung des Rechtsschutzes im Umweltrecht darf dabei der Sache nach nicht einem restriktiv verstandenen Schutznormkonzept verhaftet bleiben. Die schon bislang zu beobachtenden Rechtsprechungstendenzen zu einer erweiternden Auslegung insbesondere der Vorgaben der §§ 42 Abs. 2 und 113 Abs. 1 VwGO werden sich deshalb weiter verstärken. Es bleibt abzuwarten, ob im Zuge dieser Entwicklung auch der gesetzlich verbürgte Schutz von überindividuellen Interessen wie dem an einem dem geltenden Umweltrecht entsprechenden Arten- und Naturschutz klagefähig gestellt werden wird. Grenzen der Klagbarkeit von Normen des Umweltrechts werden sich vor diesem Hintergrund künftig

nur noch eingeschränkt aus prozessualen Vorgaben, sondern eher aus deren materiellen Gewährleistungsgehalt ergeben können.

Die Umsetzung der Vorgaben des EuGH zur gerichtlichen Geltendmachung von Verfahrensfehlern im Umweltrecht, wie sie sich insbesondere aus der Altrip-Entscheidung ergeben, in § 4 UmwRG ist gelungen. In der Rechtsprechung des BVerwG, des OVG Münster und anderer Verwaltungsgerichte bleibt aber weiter umstritten, ob auch eine isolierte Geltendmachung von Verfahrensfehlern durch Individualkläger zulässig sein muss. Die einschlägige Rechtsprechung des EuGH ist uneindeutig. In der Sache spricht vieles für die Annahme einer isolierten Anfechtbarkeit. Dabei kann der Kreis derjenigen, die Verfahrensfehler als solche geltend machen können, auf die von dem angegriffenen Verwaltungsakt Betroffenen begrenzt werden. Auch außerhalb des Anwendungsbereichs des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes verlangt Art. 9 Abs. 3 AK nach einer gegenüber dem traditionellen Verständnis erweiterten Rügefähigkeit von Verfahrensfehlern. Dies gilt jedenfalls insoweit, als die im Rahmen der behördlichen Entscheidungsfindung zu berücksichtigenden Verfahrensvorschriften zumindest auch der Sicherung des gesetzlich normierten Schutzes der Umwelt zu dienen bestimmt sind.

Die entsprechenden Klarstellungen müssen auch Klagerechte von Umweltverbänden normieren, dürfen sich auf diese aber nicht beschränken. Art. 9 Abs. 3 AK verlangt vielmehr nach einer generellen Erweiterung der Klagerechte auch für sonstige Mitglieder der „Öffentlichkeit“ im Sinne von Art. 2 Nr. 4 AK und damit auch für Individualkläger.

Die in gesetzgeberischer Umsetzung von Art. 9 Abs. 3 AK zu gewährenden Klagerechte dürfen nicht allein auf nach § 3 UmwRG anerkannte Umweltschutzvereinigungen beschränkt werden. Vielmehr müssen auch solche juristischen Personen, Umweltschutzvereinigungen, Organisationen oder Gruppen zur Klage berechtigt werden, die nach den allgemeinen Maßgaben des nationalen Rechts im Übrigen als rechtsfähig anerkannt werden.

Anders als nach Art. 9 Abs. 2 AK kann der Gesetzgeber die nach Art. 9 Abs. 3 AK zu gewährenden Klagerechte auf die Rüge der Verletzung „umweltbezogener Bestimmungen“ beschränken. Der notwendige Umweltbezug der Normen ist dabei allerdings im Sinne des von der Konvention verlangten weiten und effektiven Rechtsschutzes im Umweltrecht weit zu verstehen.

Die Spruchpraxis des ACCC legt eine über das bisher schon Gewährleistete hinausgehende Ausdehnung des Rechtsschutzes auf Entscheidungen in vorgelagerten Planungsverfahren nahe. Der Entwurf zum UmwRG erweitert diesen Anwendungsbereich entsprechend. Unter den Maßgaben des Art. 9 Abs. 3 AK muss der auf nachgelagerten Entscheidungsebenen gewährleistete Rechtsschutz seinerseits auch weiterhin eine effektive Kontrolle behördlicher Entscheidungen erlauben. Bindende Vorabfestlegungen sind daher nur zulässig, soweit sie entweder eigenständig oder inzident angefochten und damit zum Gegenstand einer hinreichend effektiven gerichtlichen Kontrolle gemacht werden können.

Der vorgenommene Rechtsvergleich hat ergeben, dass in den untersuchten EU-Mitgliedsstaaten geringere Anforderungen an die Klagebefugnisse von Umweltverbänden gestellt werden als in Deutschland. Vor allem ist überwiegend keine staatliche Anerkennung erforderlich, um Rechtsbehelfe in Umweltangelegenheiten einlegen zu können. Außerdem wird in keinem der untersuchten Länder in der gerichtlichen Praxis verlangt, dass die Verbände eine demokratische Organisationsstruktur entsprechend § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 UmwRG vorweisen müssen, um im Ergebnis klagebefugt zu sein.

### 3 Umweltrechtsbehelfe von Individualklägern und Gemeinden

Neben der im Vordergrund dieser Untersuchung stehenden Frage nach den Klagerechten der Umweltverbände zielen einzelne Fragen auch auf die potentielle Entwicklung von Klagerechten für Einzelne und für Kommunen.

### 3.1 Individualkläger

Die erste dieser Fragen lautet:

*Ist es im Lichte der Vorgaben der Aarhus-Konvention geboten, die Rügebefugnisse des Einzelnen als Individualkläger denen bei Verbandsklagen im Umweltrecht anzugleichen?*

#### 3.1.1 Die Dominanz der Verbandsklage

In Rechtsprechung und Literatur zum Rechtsschutz nach der Aarhus-Konvention standen und stehen die Klagerechte der Umweltverbände deutlich im Vordergrund. Wesentliche einschlägige Entscheidungen des EuGH und des BVerwG ergingen in Verfahren, die von anerkannten Umweltverbänden initiiert worden waren.<sup>294</sup> Dementsprechend konzentriert sich auch die rechtswissenschaftliche Diskussion bis heute vor allem auf deren Klagerechte.

#### 3.1.2 Individualkläger als Teil der klageberechtigten „Öffentlichkeit“

Schon früh ist allerdings auch darauf hingewiesen worden, dass sich die Diskussion um die von der Konvention vermittelten Klagerechte im Umweltrecht nicht auf die Rechte der Verbände verengen dürfe.<sup>295</sup> Die in Art. 9 Abs. 2 und Art. 9 Abs. 3 AK als potentiell klageberechtigt beschriebene „betroffene Öffentlichkeit“ bzw. „Öffentlichkeit“ umfasst nämlich schon nach den entsprechenden Legaldefinitionen der Konvention auch die Klagen einzelner natürlicher und juristischer Personen. Zwar lässt Art. 9 Abs. 2 AK noch eine gewisse Privilegierung der Umweltverbände erkennen. Schon diese Norm setzt aber auch Individualklagerechte voraus. Art. 9 Abs. 3 schließlich kennt jedenfalls in seinem Text überhaupt keine Differenzierung zwischen Umweltverbänden und Individualklägern. Auch für letztere bedarf es deshalb einer rechtswissenschaftlichen Diskussion und einer gesetzgeberischen und/oder gerichtlichen Klärung hinsichtlich der ihnen durch die Konvention vermittelten Klagerechte im Umweltrecht.

#### 3.1.3 Der Streit um die Klagerechte Einzelner

Diese Klärung erscheint umso dringlicher, als in der Literatur – soweit sie sich überhaupt mit der Frage auseinandersetzt – erhebliche Meinungsverschiedenheiten und Unsicherheiten hinsichtlich der konventionsvermittelten Individualklagerechte auszumachen sind. Die hierzu vertretenen Positionen könnten gegensätzlicher kaum sein. So wird in der Literatur teilweise sogar für die Klagerechte nach Art. 9 Abs. 2 AK nach einer Gleichbehandlung der Individualkläger mit den Umweltverbänden verlangt. Auch im Anwendungsbereich des Art. 9 Abs. 2 AK müsse ebenfalls dem Einzelnen die Klage eröffnet sein, mit der er als „betroffene Öffentlichkeit“ die Verletzung von Normen rügen könne, ohne geltend zu machen, in eigenen Rechten verletzt zu sein. Ziel sei die Popularklage zugunsten der Umwelt.<sup>296</sup> Auch soweit solche Einschätzungen ausdrücklich zurückgewiesen werden, wird in der Literatur die Asymmetrie beklagt, die sich ergebe, wenn Verbandsklagerechte zunehmend ausgebaut, Individualklagerechte aber auch weiter den überkommenen Restriktionen unterworfen blieben.<sup>297</sup> Egalisierend müssten deshalb die Hürden des Individualrechtsschutzes zumindest graduell abgebaut werden.

Eine Rechtsordnung, deren Fundament die gleiche Freiheit zur Selbstbestimmung anderer sei, werde auf Dauer den Wertungswiderspruch nur schwer akzeptieren können, der in der korporatistischen

---

<sup>294</sup> Die Ausnahme bildet insoweit das von einer Kommune initiierte Verfahren "Altrip", vgl. EuGH, Urt. v. 7.11.2013, C-72/12 (Altrip), NVwZ 2014, 49; BVerwG, Urt. v. 22.10.2015, 7 C 15.13 (Altrip); ACCC/C/2015/125 (Germany).

<sup>295</sup> Vgl. etwa Künzler, SächsVBl. 2013, 233 (234).

<sup>296</sup> Pernice, JZ 2015, 967 (971).

<sup>297</sup> Leidinger, NVwZ 2011, 1345 (1347); Gärditz, EurUP 2015, 196 (207).

Privilegierung partikularer Interessengruppen gegenüber der Allgemeinheit liege.<sup>298</sup> Der hier reklamierte Reformbedarf auch im Bereich der Individualklagen wird von anderen in Abrede gestellt. Verwiesen wird dazu auf den Wortlaut des Art. 9 Abs. 2 AK, der – auch in seiner Interpretation durch den EuGH – eine deutliche Privilegierung der Umweltverbände erkennen lasse. Für Individualkläger erlaubten die Norm und ihre unionsrechtlichen Umsetzungsentsprechungen dagegen gerade ein Festhalten an dem klassischen Modell der Verletztenklage. Gleiches müsse – jedenfalls im Wesentlichen – auch für die Klagerechte nach Art. 9 Abs. 3 AK gelten. Zwar fehle es hier an einer ausdrücklichen Bezugnahme auf das Kriterium der Rechtsverletzung und an einer ausdrücklichen Differenzierung zwischen Verbandsklagen und Individualklagen. Dafür werde hier aber auf im „*innerstaatlichen Recht festgelegte Kriterien*“ der Begründung von Klagerechten verwiesen. Dies erlaube es, Individualklagen weiterhin von der Verletzung subjektiver Rechte abhängig zu machen und – anders als nach Art. 9 Abs. 2 AK – auch die Klagen von Umweltverbänden nach Art. 9 Abs. 3 AK auf die Geltendmachung drittschützender Normen zu beschränken.<sup>299</sup>

### 3.1.4 Widersprüchliche Lesarten von Konvention und Unionsrecht

In diesem bereits oben<sup>300</sup> näher beschriebenen heterogenen Meinungsspektrum spiegeln sich zwei in der Aarhus-Konvention wie im Unionsrecht angelegte grundsätzlich denkbare Lesarten. Dabei betont die erstere das in der Konvention und im einschlägigen Unionsrecht enthaltene Ziel der Ermöglichung eines weiten Zugangs zu Gericht. Die Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts müssten im Sinne dieser Zielsetzung verstanden und ggfs. modifiziert werden. Entscheidend ist danach die übergreifende völker- und unionsrechtliche Prägung des nationalen Rechts, die institutionell durch die Rechtsprechung von ACCC und EuGH durchgesetzt und gesichert werde. Die konkurrierende Lesart betont dagegen die in der Konvention zum Ausdruck kommenden Rücksichtnahmen auf die unterschiedlichen nationalen Rechtsschutzsysteme. Diese habe sich auch der Unionsgesetzgeber mit der wörtlichen Übernahme jedenfalls der Bestimmung des Art. 9 Abs. 2 AK zu eigen gemacht. Sie müssten deshalb auch in der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH respektiert werden. Potentiell könne die grundsätzliche Anerkennung der Verletztenklage ihrerseits sogar Rückwirkungen auf die tradierte Rechtsprechung des Gerichtshofs haben. Die in ihr bislang angelegte stark unitarische Tendenz müsse angesichts des ausdrücklichen Respekts des Unionsgesetzgebers gegenüber den verschiedenen Rechtschutzmodellen der Mitgliedstaaten eher zurückgeschnitten als ausgebaut werden.

### 3.1.5 Rolle und Bedeutung von ACCC und EuGH

Vor der Folie dieses überaus heterogenen Meinungsbildes ist zunächst die Unsicherheit und relative Offenheit der weiteren Entwicklung zu betonen. Gute rechtliche Argumente lassen sich – jenseits gewisser extremer Überzeichnungen – auf beiden Seiten ausmachen. Angesichts der erkennbaren Bereitschaft der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit, die Leitentscheidungen des EuGH und die Auslegungsentscheidungen der Vertragsparteien der Aarhus-Konvention als verbindlich zu akzeptieren,<sup>301</sup> wird es insoweit wesentlich auf die weitere Entwicklung der Spruchpraxis des Gerichtshofs und des ACCC ankommen.

<sup>298</sup> So Gärditz, EurUP 2015, 196 (207), bei dem allerdings undeutlich bleibt, welche Konsequenzen sich hieraus ergeben sollen, wenn er insoweit einerseits auf den weiten und auch Individualkläger einbeziehenden Begriff der „betroffenen Öffentlichkeit“ im Unionsrecht verweist und die Problemlösungskapazitäten ausländischer Interessentenklagemodelle preist, seine Ausführungen andererseits aber „keineswegs“ als ein Plädoyer für ein solches Modell verstanden wissen will.

<sup>299</sup> Fellenberg/Schiller, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, UmwRG, Vorbemerkung, Stand: 65. Erg.-Lieferung April 2012, Rn. 11 f., m. w. N.

<sup>300</sup> Vgl. schon o. 2.4.1.

<sup>301</sup> Näher dazu Gärditz, Gutachten D, 2016, 93 ff.; Wegener, JZ 2016, 829 (832).

### 3.1.6 Weitere Veränderung des deutschen Rechtsschutzmodells

Insoweit lässt sich mit Blick auf Individualklagen mit einiger Sicherheit prognostizieren, dass jedenfalls eine unbesehene Übernahme bzw. Akzeptanz des tradierten restriktiven deutschen Rechtsschutzmodells in der Spruchpraxis weder des ACCC noch des EuGH zu erwarten ist. Zu deutlich ist die am Ziel des weiten Zugangs zu Gericht bzw. am effektiven Schutz der Rechte Einzelner und der Durchsetzung des Unionsrechts orientierte bisherige Entscheidungslinie beider Instanzen. Zu sehr sprechen auch die Argumente für eine stärkere Vereinheitlichung des Umweltrechtsschutzes in Europa und die relative Isolation des deutschen Rechtsschutzmodells gegen eine solche Annahme.

ACCC und EuGH werden vielmehr auch künftig auf ein tendenziell erweiterndes Verständnis subjektiver Rechte und damit des Begriffs der Rechtsverletzung drängen. Nach den jahrzehntelangen Erfahrungen mit der allgemeinen „Europäisierung“ des nationalen Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrechts werden dabei Forderungen nach einer wie immer verstandenen „Autonomie“ der nationalen Rechtsordnung die Entwicklung kaum substantiell begrenzen. Unter der Geltung der Aarhus-Konvention findet diese Auseinandersetzung ihre Wiederholung in den Forderungen nach einem substantiellem Respekt gegenüber dem in Art. 9 Abs. 2 AK genannten Modell der Verletztenklage und in dem Hinweis auf die in Art. 9 Abs. 3 AK normierte Berechtigung der Mitgliedstaaten zur Entwicklung oder Beibehaltung innerstaatlicher Kriterien der Rechtsbegründung. So berechtigt und plausibel diese Forderungen nach dem Textbefund auch erscheinen, werden sie in der unitarisierenden Grundströmung und der am Telos des effektiven Umweltrechtsschutzes orientierten Interpretation doch eher in den Hintergrund treten und die Entwicklung hin zu einem liberalisierten Rechtsschutzmodell im Umweltrecht allenfalls moderieren, nicht aber grundsätzlich aufhalten.

Für diese Annahme spricht schließlich, dass das überkommene restriktive deutsche Rechtsschutzverständnis im Umweltrecht sich auch innerstaatlich einer jahrzehntealten grundsätzlichen Kritik gegenüber sieht. Die Erfahrung mit dem Prozess der Europäisierung hat aber gezeigt, dass sich einzelstaatliche Sonderlösungen umso weniger bewahren lassen, als ihre innere Berechtigung auch innerstaatlich zweifelhaft erscheint. Das deutsche Modell des schutznormakzessorischen Rechtsschutzes hat zu spezifischen Kontrolldefiziten im Umweltrecht beigetragen, die auch in der innerstaatlichen Diskussion früh als problematisch erschienen und die auch der nationale Gesetzgeber jedenfalls in Teilen bereits korrigiert hat. Die Einführung der Verbandsklage im Naturschutzrecht kann dafür als prominentestes Beispiel genannt werden. Kritisch gesehen wurde und wird auch die in der Rechtsprechung lange verteidigte Nichtanerkennung der drittschützenden Wirkung von Vorsorgenormen und die starke Relativierung der Bedeutung des Verfahrensrechts. Die Einflussnahme des Völker- und Unionsrechts trifft deshalb auf eine auch intern hoch umstrittene und in ihrer Beschränkung vielfach als problematisch angesehene Rechtsschutzkonzeption.

Die deshalb zu erwartende weitere Liberalisierung des Rechtsschutzes im Umweltrecht auch für Individualkläger wird das tradierte Modell der Verletztenklage weiter in Richtung der Interessentenklage verschieben. Die Entwicklung der letzten Jahre hat dabei veranschaulicht, dass das Modell des am Schutz subjektiver Rechte orientierte deutsche Modell erhebliche Flexibilitätsreserven aufweist um eine solche Veränderung aufzunehmen und zu verarbeiten. Die Annäherung an die Interessentenklage kann daher weitgehend unter Wahrung der tradierten Normlandschaft und ihrer Begrifflichkeiten erfolgen. Die Anpassung wird schließlich auch dadurch erleichtert, dass sich die Veränderung jedenfalls in weiten Teilen als eine zunächst vor allem auf das Umweltrecht und dessen spezifischen Reformbedarf beschränkte verstehen lässt. Der vielfach befürchtete generelle Abschied von dem am Schutz subjektiver Rechte orientierten Rechtsschutzmodell muss jedenfalls nicht die unmittelbare Folge dieser Entwicklung sein.

Wie genau sich die weitere Entwicklung des Individualrechtsschutzes im Umweltrecht unter dem Einfluss der Aarhus-Konvention und des Unionsrechts in ihrer Auslegung durch ACCC und EuGH gestalten

wird, ist heute noch nicht mit letzter Sicherheit vorherzusagen. Genauere Aussagen dazu lassen sich aber aus der Fortschreibung schon heute absehbarer Entwicklungen in Teilbereichen gewinnen.

### 3.1.6.1 Normen eines erweiterten Gesundheitsschutzes

Eine weitgehende Klagbarkeit auch für Individualkläger und damit eine Angleichung an die Klagemöglichkeiten der Umweltverbände ergibt sich schon heute für alle Normen des Umweltschutzes, die sich einem erweiterten Gesundheitsschutz zuordnen lassen. Überwunden wird damit insbesondere die klassische Ausklammerung von Normen und Grenzwertfestsetzungen der Vorsorge aus dem Kreis der klagerechtsbegründenden Vorschriften. Insbesondere der EuGH hat schon zu einem sehr frühen Zeitpunkt entschieden, dass unionsrechtliche Normen, die einen Schutz der menschlichen Gesundheit zumindest mitbezwecken, Rechte für Einzelne begründen. Dies soll auch für solche Grenzwertfestsetzungen gelten, die – wie etwa die Normen zum Schutz des Grundwassers – nach traditionellem deutschem Verständnis allein dem Schutz der Allgemeinheit, nicht aber dem spezifischen Schutz Einzelner zu dienen bestimmt sind.<sup>302</sup> Die für die Entscheidung über die Klagbarkeit traditionell konstitutive Unterscheidung zwischen Allgemeinheit und Individuum verliert daher im Bereich des Gesundheitsschutzes ihre restriktive Funktion. Im Gegenteil verlangt schon die wenigstens mittelbare gesundheitsschützende Zielsetzung oder Funktion einer Norm nach ihrer gerichtlichen Durchsetzbarkeit auch durch Individualkläger. Einklagbar sind dabei auch behördliche Verpflichtungen zu allgemeinen und überindividuellen Maßnahmepaketen, wie dies insbesondere die Rechtsprechung des EuGH zur gerichtlichen Einklagbarkeit der Verpflichtung zur Entwicklung und Durchsetzung von Aktionsplänen im Bereich der Luftreinhaltung<sup>303</sup> zeigt.

Auch gesundheitsbezogenen Vorsorgenormen des Unionsrechts muss deshalb nach der Rechtsprechung des EuGH die Klagbarkeit durch wenigstens potentiell Betroffene zugestanden werden.<sup>304</sup> Soweit dazu in der deutschen Literatur noch der Versuch unternommen bzw. eingefordert wird, „auf hohem Niveau“ zwischen klagerechtsbegründenden und nicht klagerechtsbegründenden Vorsorgenormen zu differenzieren,<sup>305</sup> „dürfte sich dies als weitere“<sup>306</sup> im Prozess der Europäisierung zu Recht nicht zu vermittelnde scholastische Übung erweisen.

### 3.1.6.2 Naturschutzrecht

Hoch umstritten ist aktuell die Klagbarkeit naturschutzrechtlicher Bestimmungen durch Einzelne. Das klassische Modell der Verletztenklage stand und steht der Geltendmachung dieser Normen durch Individualkläger klar ablehnend gegenüber. Naturschutz ist Gemeinwohlaufgabe und als solche allein der Verwaltung anvertraut. Individuelle Rechte auf den Erhalt oder die Wiederherstellung gesetzlich geschützter Elemente der Natur bestehen grundsätzlich nicht.

Anderes kann sich nur in den Ausnahmefällen ergeben, in denen Grundeigentümer wegen des Allgemeinwohlerfordernisses aus Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG die Rechtmäßigkeit einer Enteignung unter jedem rechtlichen Gesichtspunkt rügen können.<sup>307</sup>

<sup>302</sup> EuGH, Urt. v. 28.2.1991, C-131/88 (Grundwasser).

<sup>303</sup> EuGH, Urt. v. 25.7.2008, C-237/07 (Janecek).

<sup>304</sup> Heute wohl h.M. vgl. etwa Groß, Die Verwaltung 2010, 349 (356); Ruffert, Subjektive Rechte im Umweltrecht der EG, 1996, S. 243 ff.; Wegener, Rechte des Einzelnen, 1998, S. 186; Calliess, NVwZ 2006, 1 (3).

<sup>305</sup> Rennert, DVBl. 2015, 793 (795) unter Hinweis auf: Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, Stand November 2012, Rn. 163 ff. zu § 5 BImSchG m.w.N.

<sup>306</sup> Auch andere spezifisch deutsche Unterscheidungen im Umweltrecht, wie etwa die zwischen norminterpretierenden Verwaltungsvorschriften ohne Außenwirkung und normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften mit (begrenzter) Außenwirkung haben sich ihrer inneren Unstimmigkeit und fehlenden Praktikabilität wegen zu Recht nicht vermitteln lassen.

<sup>307</sup> BVerwG, Urt. v. 14.7.2011, 9 A 14.10, NVwZ 2012, 180 (182, Rn. 18); Urt. v. 29.9.2011, 7 C 21.09, NVwZ 2012, 176 (178, Rn. 34); Urt. v. 26.9.2013, 4 VR 1.13, UPR 2014, 106 (109, Rn. 27 mwN). Der enteignend betroffene Grundeigentümer

Diese im Modell der Verletztenklage bestehende Schutzlücke war der eigentliche Grund für die nach ursprünglicher noch allein nationalrechtlich angeleiteter Konzeption auf das Naturschutzrecht in einem engen Sinne beschränkte Einführung der Umweltverbandsklage. Individualklagerechte blieben aber auch weiter ausgeschlossen.

Nach verbreiteter Überzeugung soll dieser Ausschluss auch unter der Geltung der neuen völker- und europarechtlichen Vorgaben Bestand haben.<sup>308</sup> Wie es der Präsident des Bundesverwaltungsgerichts formuliert: „*Außen vor bleibt der Natur- und Artenschutz.*“ Dieser sei ein wichtiges Gemeingut, habe aber keinen Bezug zur individuellen Freiheit. Ein solcher Bezug lasse sich auch nicht auf dem Umweg über das Gut des Wohlbefindens konstruieren, welches die Aarhus-Konvention neben der Gesundheit ebenfalls schützen wolle. Das Gut des Wohlbefindens sei schon seiner Qualität nach untauglich, um als Anknüpfungspunkt für subjektive Rechte zu dienen. Das Streben nach Wohlbefinden erfordere Freiheit, das Wohlbefinden selbst aber sei Ansichtssache. Das hätte schon die amerikanische Unabhängigkeitserklärung gewusst, die nicht das Recht auf „happiness“, sondern das Recht auf „*the pursuit of happiness*“ – auf das Streben nach Glück also reklamiert habe.<sup>309</sup>

Dieser Ansicht stehen die Stimmen aus der Literatur entgegen, die aus der Aarhus-Konvention die Pflicht zur Einführung eines objektiven Rechtsschutzes ableiten.<sup>310</sup> Ein solcher objektiver Rechtsschutz würde sich ohne weiteres auch auf die Geltendmachung der Verletzung naturschutzrechtlicher Bestimmungen erstrecken. Allerdings findet die Forderung nach einem objektiven Rechtsschutz weder in der Entscheidungspraxis des ACCC noch in der Rechtsprechung des EuGH oder der deutschen Verwaltungsgerichte Unterstützung. Im Gegenteil hebt insbesondere das ACCC in ständiger Entscheidungspraxis ausdrücklich hervor, dass die Konvention von den Vertragsparteien gerade keine Einführung der „*actio popularis*“ und damit eines objektiven Rechtsschutzsystems verlange.<sup>311</sup>

Dennoch wird in der Literatur auch jenseits der eben genannten Position eine Klagbarkeit naturschutzrechtlicher Normen durch Einzelne angenommen.<sup>312</sup> So fordern etwa *Kokott/Sobotta* unter Berufung auf die Aarhus-Konvention und das einschlägige Unionsrecht eine Subjektivierung und Klagbarkeit des Naturschutzrechts und damit ein individuelles „*Recht auf Erhaltung natürlicher Lebensräume in der näheren Umgebung des Wohnorts*“.<sup>313</sup> Hingewiesen wird dabei nicht allein auf das in der Präambel der Aarhus-Konvention angesprochene „Wohlbefinden“, sondern auch auf den dort reklamierten Schutz gegenwärtiger und künftiger Generationen. *Kokott/Sobotta* folgern daraus dass jedenfalls für das Unionsrecht grundsätzlich jedermann auf alle unmittelbar anwendbaren Bestimmungen berufen könne. Um eine Abgrenzung gegenüber der unbeschränkten Popularklage zu erreichen, wäre

---

kann daher ein breiteres Spektrum an Belangen rügen als eine auf Umweltbelange beschränkte Umweltvereinigung, vgl. BVerwG, Urt. v. 29. September 2011, 7 C 21.09, NVwZ 2012, 176 (178, Rn. 34 f.). Der nicht enteignend betroffene Grundeigentümer kann sich nur auf das Gebot der gerechten Abwägung berufen. Seine Belange sind abwägungserheblich, solange sie nicht objektiv geringwertig oder nicht schutzwürdig sind, vgl. BVerwG, Urt. v. 27.3.1992, 7 C 18.91, BVerwGE 90, 96 (101); Urt. v. 28.3.2007, 9 A 17.06, UPR 2007, 386 (387).

<sup>308</sup> Vgl. auch BVerwG, Urt. v. 26.04.2007, 4 C 12.05, NVwZ 2007, 1074 (1076, Rn. 33 ff., Mühlenberger Loch); OVG Lüneburg, Urt. v. 19.01.2011, 7 KS 161/08, NVwZ-RR 2011, 934 (935).

<sup>309</sup> Rennert, DVBl. 2015, 793 (795 f.). Ebenso: Groß, Die Verwaltung 2010, 349 (356).

<sup>310</sup> Pernice, JZ 2015, 967 (971). Für die Möglichkeit einer Anerkennung der individuellen Klagbarkeit auch rein naturschutzrechtlicher Schutzbestimmungen des Unionsrechts auch Hong, JZ 2012, 380 (382).

<sup>311</sup> Vgl. etwa ACCC/C/2008/32 (Germany) Rn. 92 st. Spruchpraxis.

<sup>312</sup> Vgl. auch Gellermann, DVBl. 2013, 1341 (1342).

<sup>313</sup> Kokott/Sobotta, DVBl. 2014, 132 (136).

allerdings vorstellbar, zumindest den Nachweis einer besonderen Nähe von Einzelnen zu dem jeweiligen umweltrechtlichen Schutzgut zu fordern. Dies entspräche der Formulierung des Gerichtshofs, dass die Betroffenen sich auf die jeweiligen Bestimmungen berufen könnten.<sup>314</sup>

Die Streitentscheidung wird mangels zwingender Interpretationsvorgaben und wegen der Autonomie des Völker- wie des Unionsrechts auch insoweit in den Händen des ACCC wie des EuGH liegen.

Das ACCC hat dabei schon wenigstens eine Tendenz zur Anerkennung von Klagerechten auch im Bereich des Naturschutzrechtes zu erkennen gegeben. In einer Entscheidung zur gezielten Tötung von Saatkrähen in Dänemark führte es aus:

*„the right of members of the public to challenge acts and omissions concerning wildlife is indeed covered by article 9, paragraph 3, of the Convention, to the extent that these amount to acts or omissions contravening provisions of national law relating to the environment.”*<sup>315</sup>

In der Sache beschäftigte sich das ACCC dann allerdings, obwohl der Beschwerdeführer ein Einzelner war, überwiegend mit den Klagerechten von Verbänden. Im Ergebnis verneinte das ACCC eine Verletzung von Art. 9 Abs. 3 AK allein durch die Nichteröffnung eines Klagewegs zu den Strafgerichten. Zur Erfüllung der Anforderungen der Konvention sei es ausreichend, wenn Mitgliedern der Öffentlichkeit andere - etwa verwaltungsgerichtliche - Klagemöglichkeiten offen stünden. Unklar bleibt in der Entscheidung, ob es auch genügt, wenn solche Klagemöglichkeiten allein Umweltverbänden, nicht aber Individualklägern offen stehen.<sup>316</sup>

Tendenziell für eine Klagbarkeit auch naturschutzrechtlicher Schutzbestimmungen durch Individualkläger spricht nach den obigen Ausführungen zur Braunbär- und zur Waddensee-Entscheidung<sup>317</sup> auch die Rechtsprechung des EuGH.<sup>318</sup> Zwar waren die diesbezüglichen Ausführungen des Gerichtshofs noch eher allgemeiner Natur. Sie verlangten aber nach einer grundsätzlichen Klagbarkeit auch der unionalen Normen des Naturschutzrechtes und differenzierten dabei ausdrücklich nicht zwischen den Rechten von Umweltverbänden und Einzelnen.

### 3.1.7 Klagerechte von Individualklägern in rechtsvergleichender Sicht

Eine jedenfalls weitgehende Gleichbehandlung von Umweltverbänden und Individualklägern legt auch der im Rahmen dieser Studie angestellte Rechtsvergleich nahe. Die hier untersuchten Rechtsordnungen unterscheiden hinsichtlich der Klagebefugnis und der materiellen Klagerechte grundsätzlich nicht zwischen Individualklägern und Verbänden.<sup>319</sup>

### 3.1.8 Abschied vom Modell der Verletztenklage auch jenseits des Umweltrechts?

Vielfach wird prognostiziert, der oben beschriebene Wandel des Rechtsschutzmodells weg von der am Schutz subjektiver Rechte ausgerichteten Verletztenklage hin zu einer am Schutz eines weiter bestimmten klägerischen Interesses orientierten Interessentenklage werde sich nicht auf das Umweltrecht beschränken lassen.<sup>320</sup> Hintergrund entsprechender Befürchtungen ist die im Ansatz zutreffende Einordnung des Modells der Verletztenklage als einer fundamentalen Systementscheidung.<sup>321</sup> Gegen

---

<sup>314</sup> Kokott/Sobotta, DVBl. 2014, 132 (136).

<sup>315</sup> ACCC/C/2006/18 (Denmark), Rn. 24.

<sup>316</sup> ACCC/C/2006/18 (Denmark), Rn. 30 ff.

<sup>317</sup> Vgl. dazu o. 2.4.4.

<sup>318</sup> Dazu, dass in dieser Frage „ein eindeutig klärendes Wort des EuGH nach wie vor aussteht“, Hong, JZ 2012, 380 (382, 388), der selbst allerdings eine entsprechende unionsrechtliche Klagerechtsbegründung für wahrscheinlich hält.

<sup>319</sup> Vgl. dazu o. 2.7.

<sup>320</sup> Kritisch: Rennert, DVBl. 2015, 793 (793, 797 f.); eher affirmativ: Hofmann, EurUP 2015, 266 ff.

<sup>321</sup> So in jüngerer Zeit prononciert: Gärditz, Gutachten D, 2016, D 9 ff., der allerdings selbst die Bedeutung des Systemgedankens später (D 101) wieder relativiert; kritisch dazu: Wegener, JZ 2016, 829 ff.

diese Annahme spricht allerdings der spezifisch umweltrechtliche völker- und unionsrechtliche Kontext, in dem die oben skizzierten Veränderungen des Rechtsschutzmodells zumindest bislang deutlich verhaftet sind. Dagegen sprechen auch die schon in der Vergangenheit zu beobachtende Ausdifferenzierung des Rechtsschutzes im deutschen Verwaltungsrecht und die ihm zugrundeliegende Flexibilität der Schutznormlehre. Schon heute zeigt sich hierin ein eher heterogenes denn ein systematisch geschlossenes Rechtsschutzkonzept. Auch wenn deshalb Rückwirkungen der Entwicklungen im generell von besonderer Dynamik geprägten und in manchem vorbildhaften Umweltrecht auf das allgemeine Verwaltungs- und Verwaltungsprozessrecht nicht ausgeschlossen werden können, so sind solche Wirkungen in ihrer Reichweite und Tiefe doch bislang noch nicht hinreichend sicher prognostizierbar.

### 3.2 Kommunen

Eine weitere im Rahmen dieser Studie zu untersuchende Frage zielt auf die Bedeutung von Klagerechten von Kommunen. Sie lautet:

*Ist es im Lichte der Vorgaben der Aarhus-Konvention bzw. nach dem Grundgesetz geboten, die Rügebefugnisse von klagenden Gemeinden denen bei Verbandsklagen anzugleichen?*

Die so formulierte Frage kann an entsprechende Wertungen in der Literatur anknüpfen, wonach die unverändert eingeschränkten kommunalen Rügebefugnisse angesichts der durch das Völker- und Unionsrecht erzwungenen Ausweitung der Klagerechte der Umweltverbände eine inhaltlich nicht zu rechtfertigende relative Schlechterstellung der Gemeinden darstellen sollen.<sup>322</sup> Während einerseits demokratisch zweifelhaft legitimierten und thematisch bloßen Teilinteressen verpflichteten Verbänden ein weithin uneingeschränktes Klagerecht im Umweltrecht eingeräumt werde, hätten sich die traditionell eng beschränkten einschlägigen Klagerechte der demokratisch legitimierten und verfassungsrechtlich dem Allgemeinwohl verpflichteten Kommunen nicht substantiell erweitert. Hier zeige sich eine unvollkommene Verschränkung der deutschen mit den europäischen Rechtsschutzvorgaben, die völker- und verfassungsrechtlich „auf den Prüfstand“ gehöre. Auch den Kommunen soll deshalb in Anlehnung an Formulierungen des Bundesverwaltungsgerichts zu den Umweltverbänden eine „prokuratorische Funktion für ihre Bevölkerung als ganze“ zuzubilligen sein.<sup>323</sup>

#### 3.2.1 Kommunale Rügebefugnisse nach geltendem Recht

Welche Rügebefugnisse das deutsche öffentliche Recht klagenden Gemeinden einräumt bzw. verweigert, ist bis heute Gegenstand einer kontroversen Diskussion. Die Einzelheiten sind trotz einer jahrzehntealten einschlägigen Debatte und trotz zahlreicher einschlägiger Entscheidungen insbesondere des Bundesverwaltungs- und des Bundesverfassungsgerichts bislang noch nicht vollständig geklärt.<sup>324</sup> Die Umsetzung der Vorgaben der Aarhus-Konvention und des Unionsrechts im Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz hat auch insoweit zu einer Erweiterung der Klagerechte jedenfalls hinsichtlich der Rügefähigkeit von Verfahrensfehlern geführt.<sup>325</sup> Inwieweit den Kommunen darüber hinaus aus der Konvention und dem einschlägigen Umweltrecht der Union noch weitergehende Rügebefugnisse erwachsen, erscheint trotz gelegentlicher entsprechender Behauptungen noch weithin unsicher. Fraglich ist auch, welche Bedeutung insoweit der verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 GG zukommt. Zu fragen ist hier insbesondere, ob diese Garantie eine Angleichung der kommunalen Rügebefugnisse an die der Umweltverbände erforderlich macht.

<sup>322</sup> So etwa eingehend: Dietz/Meyer, AöR 2015, 198 ff.

<sup>323</sup> Dietz/Meyer, AöR 2015, 198 (201, 221, 224).

<sup>324</sup> Näher dazu: von Nicolai, in: Redeker/von Oertzen, VwGO, 2014, § 42, Rn. 76 ff.; Wahl/Schütz, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 2016, § 42 Abs. 2, Rn. 104 ff. Zu den Paradoxien des kommunalen Klagerechts im Baurecht anschaulich Dietz/Meyer, AöR 2015, 198 (217).

<sup>325</sup> Vgl. dazu bereits o. 2.5. und u. 3.2.5.

Wie im Fall sonstiger Drittbetroffener hängt auch die Klagebefugnis einer Gemeinde von der Möglichkeit der Verletzung in eigenen Rechten ab. Eigene Rechte der Gemeinden ergeben sich aus – regelmäßig einfachgesetzlichen – Konkretisierungen der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG. Auf die Einhaltung des geltenden Rechts und das Wohl der Allgemeinheit können sich Gemeinden deshalb nur dann berufen, wenn und soweit die entsprechende Geltendmachung eine spezifisch kommunale Angelegenheit darstellt. Nach herrschender Auffassung ist es den Gemeinden deshalb nicht gestattet, als öffentliche Sachwalterin die Beeinträchtigung von Eigentum oder Gesundheit ihrer Bürger oder allgemeiner öffentlicher Interessen wie die des Natur- und Umweltschutzes<sup>326</sup> gerichtlich geltend zu machen.<sup>327</sup> Bedeutung erlangt diese Einschränkung – gemeinsam mit der nach herrschender Meinung nur eingeschränkten durch die Gemeinden zu initiiierenden inhaltlichen Abwägungskontrolle – auch hinsichtlich der Rüge möglicher Fehler bei der Umweltverträglichkeitsprüfung.

Wesentliche Grundlage der Rügebefugnisse der Gemeinden ist die kommunale Planungshoheit.<sup>328</sup> Sie kann insbesondere durch die staatliche Fachplanung beeinträchtigt werden. Sie ist in die entsprechenden Abwägungsentscheidungen einzustellen und dort auch entsprechend ihrem sachlichen Gewicht zu berücksichtigen. Mit den entsprechenden Anfechtungsklagen können Gemeinden auch eine Überprüfung der jeweiligen Planrechtfertigung beanspruchen.<sup>329</sup> Voraussetzung ist allerdings regelmäßig, dass sich die entsprechenden kommunalen Planungen bereits in der einen oder anderen Weise manifestiert haben.<sup>330</sup> Die entsprechenden Anforderungen an die Konkretisierung der kommunalen Planung sind im Einzelnen vielgestaltig und ihrerseits hoch umstritten. Vielgestaltig sind auch die wesentlich richterrechtlich geprägten Regeln über die Zulässigkeit kommunaler Planungen. Nur rechtmäßige kommunale Planungen können Grundlage kommunaler Rügebefugnisse sein. Eine erhebliche Rolle spielt insoweit das Verbot sogenannter bloßer „Negativplanungen“ mit denen Kommunen ihnen unerwünschte Vorhaben zu verhindern suchen. Letztere spielen insbesondere bei der Ausweisung von Flächen zur Windenergienutzung eine wichtige Rolle.

Rügebefugnisse von Gemeinden ergeben sich auch ohne eigene konkretisierte Planungen dann, wenn sich die angegriffene Fachplanung auf das Gemeindegebiet als solches als das Substrat der Planungshoheit auswirkt. Erforderlich ist dann aber, dass wesentliche Teile des Gemeindegebiets einer selbstständigen kommunalen Planung entzogen werden.<sup>331</sup>

Anerkannt ist schließlich, dass Gemeinden auch solche Planungen gerichtlich anfechten können, die die Funktionsfähigkeit kommunaler Einrichtungen erheblich in Mitleidenschaft zu ziehen drohen.<sup>332</sup>

In Einzelheiten umstritten ist, ob und inwieweit sich Gemeinden auf den Schutz ihres Eigentums berufen können.<sup>333</sup> Ein grundrechtlicher Schutz kommt ihnen dabei wegen ihrer Eigenschaft als Teil des Staates nach ganz herrschender Ansicht nicht zu.<sup>334</sup> Verfassungsrechtlich geschützt ist das Eigentum der Gemeinden deshalb nur im Rahmen der Gewährleistung der kommunalen Selbstverwaltung nach

<sup>326</sup> BVerwGE 100, 388 (395) = NVwZ 1997, 169; BVerwG, NVwZ 2003, 207 (208); BVerwG, Urt. v. 24.6.2004, 4 C 11/03 (Flugrouten) NVwZ 2004, 1229 (1234).

<sup>327</sup> BVerwG, Urt. v. 16.3.2006, 4 A 1001/04 (Schönefeld) Rn. 193 m.w.N.

<sup>328</sup> BVerwG, Urt. v. 16.3.2006, 4 A 1001/04 (Schönefeld) Rn. 173 ff., 194.

<sup>329</sup> BVerwG, Urt. v. 16.3.2006, 4 A 1001/04 (Schönefeld) Rn. 194.

<sup>330</sup> BVerwG, Urt. v. 21.3.1996, 4 C 26/94 (Autobahnring München) E 100, 388 (394), NVwZ 1997, 169; BVerwG, Urt. v. 7.6.2001, 4 CN 1/01 (Königsbrücker Heide) NVwZ 2001, 1280 (1281 ff.) st. Rspr.

<sup>331</sup> BVerwGE 74, 124 (132), NJW 1986, 2447; BVerwG, Urt. v. 7.6.2001, 4 CN 1/01 (Königsbrücker Heide) NVwZ 2001, 1280 (1281 ff.); BVerwG, Urt. v. 16.3.2006, 4 A 1001/04 (Schönefeld) Rn. 176 ff., st. Rspr.

<sup>332</sup> BVerwG, Urt. v. 26.2.1999 (Nordumfahrung Halle) NVwZ 2000, 560; BVerwG, Urt. v. (Wittsocker Heide) NVwZ 2001, 1030; BVerwG, Urt. v. 7.6.2001, 4 CN 1/01 (Königsbrücker Heide) NVwZ 2001, 1280 (1281) st. Rspr.

<sup>333</sup> Vgl. auch Dietz/Meyer, AöR 2015, 198 (216).

<sup>334</sup> BVerfG, Beschl. v. 8.7.1982, 2 BvR 1187/80 (Sasbach) Rn. 67 ff. st. Rspr.

Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG „soweit es Gegenstand und Grundlage kommunaler Aufgaben ist“.<sup>335</sup> Fehlt dem kommunalen Eigentum ein Bezug zur Erfüllung gemeindlicher Aufgaben, genießt es allein den einfacher zu überwindenden Schutz des einfachen Rechts.<sup>336</sup> Auch aus diesem kann sich zwar eine Rügebefugnis betroffener Gemeinden ableiten.<sup>337</sup> Diese Rügebefugnis wird allerdings durch den in der Rechtsprechung entwickelten Grundsatz geschwächt, wonach bei Enteignungen vorrangig auf Grundstücke in öffentlichem, auch kommunalem, Eigentum zurückzugreifen ist.<sup>338</sup>

Entsprechend der grundsätzlichen Ausgestaltung in § 42 Abs. 2 VwGO und § 113 Abs. 1 VwGO sind auch hinsichtlich der Rügebefugnisse der Gemeinden die Frage der Zulässigkeit und der Begründetheit der Klage zu unterscheiden. Gerade hinsichtlich der Rügebefugnisse der Gemeinden kommt dieser Unterscheidung eine besondere Bedeutung zu. Anders als etwa private Grundstückseigentümer<sup>339</sup> sind nämlich Kommunen bei Anfechtungsklagen gegen Planfeststellungsbeschlüsse nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts grundsätzlich auch dann, wenn sie die Zulässigkeitshürde des § 42 Abs. 2 VwGO überwinden, in der Begründetheit hinsichtlich der rügefähigen Rechtsverstöße beschränkt.<sup>340</sup> Anlässlich der kommunalen Klage erfolgt demnach regelmäßig keine umfassende Prüfung des angegriffenen Rechtsakts. Auch in der Begründetheit beschränkt sich die Prüfung vielmehr auf Verstöße gegen solche Vorschriften, die unmittelbar dem Schutz gerade der Kommune dienen.<sup>341</sup> Die gegenteilige Ansicht, nach der die von den Kommunen zulässig erhobenen Klagen analog zu Klagen von Enteignungsbetroffenen generell eine umfassende Abwägungskontrolle nach sich ziehen sollen,<sup>342</sup> hat in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bislang keine Unterstützung gefunden. Lediglich im Rahmen von zulässigen Normenkontrollanträgen von Kommunen nach § 47 VwGO und bei kommunal initiierten Inzidentkontrollen untergesetzlicher Rechtsnormen, etwa von Landesentwicklungsplänen, nimmt das Bundesverwaltungsgericht in der Begründetheit eine umfassende objektiv-rechtliche Prüfung vor.<sup>343</sup>

### 3.2.2 Stärkung der kommunalen Rügebefugnisse unter völker- und europarechtlichem Einfluss?

#### 3.2.2.1 Literaturauffassungen

In der Literatur<sup>344</sup> wird zum Teil die Auffassung vertreten, die Rügebefugnisse der Gemeinden würden durch die Aarhus-Konvention und das zu seiner Umsetzung ergangene Unionsrecht substantiell gestärkt. So soll die zulässige kommunale Klage gegen eine Fachplanungsentscheidung – analog den Klagen von Umweltverbänden – zu einer vollumfänglichen Prüfung der Abwägungsentscheidung unter allen rechtlichen und insbesondere umweltrechtlichen Gesichtspunkten führen müssen.<sup>345</sup> Eine be-

<sup>335</sup> BVerwG, Urt. v. 16.3.2006, 4 A 1001/04 (Schönefeld) Rn. 228.

<sup>336</sup> BVerwG, Urt. v. 16.3.2006, 4 A 1001/04 (Schönefeld) Rn. 228.

<sup>337</sup> Stapelfeldt/Siemko, KommJur 2008, 321 (328).

<sup>338</sup> BVerwG, Urt. v. 6.6.2002, 4 CN 6/01, NVwZ 2002, 1506; BVerwG, Urt. v. 16.3.2006, 4 A 1001/04 (Schönefeld) Rn. 228.

<sup>339</sup> Vgl. dazu etwa BVerwG, Urt. v. 18.3.1983, 4 C 80/79 (Landstraße 654) E 67, 74, NJW 1983, 2459.

<sup>340</sup> BVerwG, Urt. v. 26.2.1999, 4 A 47/96 (Nordumfahrung Halle) NVwZ 2000, 560.

<sup>341</sup> BVerwG, NVwZ 2001, 1160 (1161); dem folgend BVerwG, NVwZ 2003, 207 (208); BVerwG, Urt. v. 24.6.2004, 4 C 11/03 (Flugrouten) NVwZ 2004, 1229 (1234). In diesem Sinne auch OVG Koblenz, Urt. v. 11. 12. 2007 – 1 C 10303/07 und 1 C 10304/07; Stapelfeldt/Siemko, KommJur 2008, 321 (327 f.).

<sup>342</sup> VGH Kassel, NVwZ 1989, 484 (486); Kirchberg/Boll/Schütz, NVwZ 2002, 550 (554f.); Sparwasser/Engel/Voßkuhle, Umweltrecht, 3. Aufl. 2003, § 5 Rn. 22.

<sup>343</sup> BVerwG, Urt. v. 16.3.2006, 4 A 1001/04 (Schönefeld) Rn. 83.

<sup>344</sup> Vgl. insoweit: v. Schwanenflug/Strohmayr, NVwZ 2006, 395 ff.; v. Schwanenflug, NVwZ 2007, 1351 ff.; Ogorek, NVwZ 2010, 401 ff.; Kment, in: Hoppe/Beckmann, UVP, 4. Auflage 2012, § 4 UmwRG .Rn. 22; Fellenberg, NVwZ 2015, 1721 (1723); vgl. auch (zur „Öffentlichkeit“ im Rahmen der Umweltinformations-RL) BVerwG, Urt. v. 21.2.2008, 4 C 13.07, BVerwGE 130, 223, Rn. 23, 30 f.; VG Freiburg, Urt. v. 31.7.2010, 2 K 192/08, Rn. 264, offengelassen im Berufungsverfahren durch VGH Bad.-Württ., Urt. v. 23.9.2013, 3 S 284/11, Rn. 52.

<sup>345</sup> v. Schwanenflug/Strohmayr, NVwZ 2006, 395 ff.; v. Schwanenflug, NVwZ 2007, 1351 ff.

sondere Bedeutung soll dem einschlägigen Völker- und Europarecht auch hinsichtlich der Rügefähigkeit von Verfahrensfehlern durch Kommunen insbesondere im Rahmen der Umweltverträglichkeitsprüfung zukommen. Insoweit soll den Kommunen ein von eigenen subjektiven Rechten unabhängiges vollumfängliches Rügerecht einzuräumen sein.

### 3.2.2.2 Entscheidungen des ACCC

Das ACCC hat sich bereits zweimal mit Rügen kommunaler Körperschaften beschäftigt. Die Fälle gingen zurück auf eine Beschwerde des „London Borough of Hillingdon“ gegen die Planung einer Hochgeschwindigkeitsbahn<sup>346</sup> und auf eine Beschwerde der deutschen Kommune Altrip gegen die Errichtung eines Hochwasserrückhaltepolders.<sup>347</sup> Das ACCC wies beide Beschwerden als unzulässig ab. Die entscheidende Passage lautet:

*“Thereafter, the Committee determined that the communication was inadmissible under paragraph 20 (d) of the annex to decision I/7 for not being compatible with the provisions of the Convention and that decision and agreed to provide its reasoning for finding the communication inadmissible in the report of its forty-ninth meeting. The Committee considered that since it exercised administrative decision-making powers, the communicant was a public authority within the definition of article 2, paragraph 2(a), of the Convention. While under domestic law of the Parties, municipalities may exercise their right to self-government and other subjective rights, even before courts, in the context of the Convention and international law in general, a “public authority” under article 2 paragraph 2(a) of the Convention is an emanation of the Party concerned. Hence, an allegation brought to the Committee by the communicant would give rise to an internal dispute between authorities of a Party concerned which is not within the remit of the Committee. The Committee therefore found that the communicant is not a member of the public for the purposes of article 15 of the Convention and is thus unable to submit a communication to the Committee under paragraph 18 of the annex to decision I/7 of the Meeting of the Parties.”<sup>348</sup>*

Zu beachten ist jeweils, dass das ACCC die eigene Befugnis zur Streitentscheidung über von lokalen Selbstverwaltungskörperschaften eingebrachte Beschwerden deshalb verneint hat, weil dies zu einer völkerrechtlich nicht akzeptablen Präsenz einer Vertragspartei der Aarhus-Konvention auf beiden Seiten des Rechtsstreits führen würde und dem ACCC nach allgemeinen völkerrechtlichen Grundsätzen eine Kompetenz zu einer Entscheidung zwischen Streitigkeiten zwischen staatlichen Einrichtungen innerhalb eines Vertragsstaates nicht zugewiesen sei.<sup>349</sup> Zwar hat das ACCC die Kommunen insoweit als „*Stellen der öffentlichen Verwaltung*“ nach Art. 2 Abs. 2 lit. a AK bezeichnet. Für das Streitentscheidungsverfahren vor dem ACCC nach Art. 15 AK könne eine solche Stelle der öffentlichen Verwaltung nicht zugleich als Teil der klageberechtigten Öffentlichkeit angesehen werden. Das ACCC hat aber an gleicher Stelle ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es nach der internen nationalen Rechtsordnung möglich sein könne, dass Kommunen oder andere Selbstverwaltungskörperschaften mit eigenen klagefähigen Rechten ausgestattet werden. So haben denn auch sowohl die deutschen Gerichte im Fall

<sup>346</sup> ACCC/C/2014/100 (UK) siehe: Letter informing of the Committee’s determination regarding London Borough of Hillingdon, 7.8.2015, [http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/C2014-100/Correspondence\\_with\\_Party\\_concerned/ToPartiesC100\\_07.08.2015.pdf](http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/C2014-100/Correspondence_with_Party_concerned/ToPartiesC100_07.08.2015.pdf) (abgerufen am 19.10.16) In der Sache läuft das Verfahren weiter, weil die Beschwerde zugleich von zwei weiteren Beschwerdeführern erhoben worden ist, deren Beschwerden für zulässig angesehen wurden.

<sup>347</sup> ACCC/C/2015/125 (Germany).

<sup>348</sup> Report of the Compliance Committee on its forty-ninth meeting, [http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/CC-49/CC49\\_report\\_advance\\_unedited\\_02.10.2015.pdf](http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/CC-49/CC49_report_advance_unedited_02.10.2015.pdf) (abgerufen am 19.10.16) Rn. 52.

<sup>349</sup> Umfassend zur sich wandelnden Stellung von Kommunen im Völkerrecht: Aust, Das Recht der globalen Stadt – Grenzüberschreitende Dimensionen kommunaler Selbstverwaltung, 2016 (i.E.).

der Kommune Altrip, als auch die Britischen Gerichte im Fall des „London Borough of Hillingdon“<sup>350</sup> eine Klagebefugnis der Selbstverwaltungskörperschaften bejaht. So fehlt es also zwar an einer einschlägigen Entscheidungspraxis des ACCC, weil sich dieses aus völkerrechtlichen Gründen insoweit nicht für zuständig hält. Noch nichts ist damit aber darüber ausgesagt, ob und ggfs. inwieweit die Aarhus-Konvention eine kommunale Klagebefugnis anerkennt bzw. verlangt.

### **3.2.3 Stellung der Kommunen im Primärrecht der Union**

Zum Beleg für eine Stärkung der Rügebefugnisse der Kommunen wird in der Literatur wie in der Rechtsprechung vielfach auf das Primärrecht der Union verwiesen.

Dabei lassen sich zwei Begründungslinien unterscheiden.

#### **3.2.3.1 Kommunale Klagerechte in der Rechtsprechung des EuGH**

Zum einen wird auf die Rechtsprechung des EuGH verwiesen, der Klagerechte der Kommunen ganz generell anerkennt.

Angeführt werden dafür zunächst Entscheidungen in Vorlageverfahren, die auf von Kommunen angestregte nationale Ausgangsverfahren zurückgehen. In Deutschland kann insoweit beispielhaft das Vorlageverfahren der Gemeinde Altrip genannt werden. Indem sich der EuGH mit den entsprechenden Vorlagefragen in einem positiven Sinne befasst hat, hat er ausdrücklich die Klagerechte (auch) von Kommunen bestätigt. Diese Argumentation erscheint allerdings schon deshalb wenig überzeugend, weil der EuGH in den einschlägigen Vorabentscheidungsverfahren die Rügebefugnisse der Kommunen nicht selbst geprüft, sondern als nach nationalem Recht gegeben unterstellt hat. Das Urteil Altrip kann insoweit als beispielhaft gelten. Der EuGH beschäftigte sich nicht mit der Klagebefugnis der Gemeinde, sondern ordnete diese – ebenso wie die weiteren Kläger des Ausgangsverfahrens – als Eigentümer betroffener Grundstücke ein. Für eine Auseinandersetzung mit Umfang und Reichweite des kommunalen Klagerechts bestand für den Gerichtshof schon deshalb kein Anlass, weil das vorlegende Bundesverwaltungsgericht selbst diese Problematik in seinen Vorlagefragen gar nicht aufgeworfen, sondern die Klagebefugnis der Gemeinde unterstellt hatte.

Angeführt wird außerdem die Rechtsprechung des EuGH zu Nichtigkeitsklagen nach Art. 263 AEUV. Hier hat der Gerichtshof Kommunen durchweg als nach Art. 263 Abs. 4 AEUV potentiell klageberechtigte juristische Personen eingeordnet.<sup>351</sup> In der Tat zeigt die Entscheidungspraxis des EuGH insoweit eine große Offenheit gegenüber einer kommunalen Klageberechtigung. Diese wird vom Gerichtshof nicht grundsätzlich in Frage gestellt. Allerdings beziehen sich seine entsprechenden Entscheidungen allein auf die Auslegung einer spezifischen Rechtsschutzbestimmung des Unionsrechts für Klagen gegen Unionsorgane und deren Handlungen. Eine Aussage zu den nach nationalem Recht zu gewährenden Klagerechten von Kommunen und deren möglichen Grenzen ist damit jedenfalls unmittelbar nicht verbunden.

#### **3.2.3.2 Bedeutung von Art. 4 EUV**

Neben den Hinweisen auf die Rechtsprechung des EuGH zur Anwendung und Auslegung des Primärrechts findet im Hinblick auf die Rügebefugnisse der Kommunen auch immer wieder Art. 4 EUV besondere Beachtung. Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV erkennt die regionale und kommunale Selbstverwaltung ausdrücklich an und erhebt diese damit auch primärrechtlich zu einem besonderen EU-

---

<sup>350</sup> Day, Symposium, Anhang 8.2.2.4, unter Hinweis auf: *Parish Councils capable of being the “public concerned” under the AC (R (Halebank Parish Council) v Halton Borough Council) Local Planning Authorities also capable of being the “public concerned” when not acting in its capacity as a decision-maker but instead bringing a JR claim in the interests of its constituents (R (HS2 Action Alliance Ltd & London Borough of Hillingdon) v. Secretary of State for Transport)*.

<sup>351</sup> Entsprechende Argumentation bei *v. Schwanenflug/Strohmayr, NVwZ 2006, 395 (398)*; dem folgend auch *Ogorek, NVwZ 2010, 401 (404)*.

verfassungsrechtlich geschützten Wert. Aus diesem könnten sich dann aber auch entsprechende Klagerechte ableiten.<sup>352</sup>

Diese Argumentation verkennt die Zielsetzung des Art. 4 EUV. Intendiert ist gerade nicht eine Einwirkung der EU auf die Verfassungsstrukturen der Mitgliedstaaten etwa im beschriebenen Sinne einer Stärkung der Klagerechte der Kommunen. Art. 4 EUV ist vielmehr eine konservierende Schutznorm, die die traditionellen verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen und –strukturen zur Verfassungsidentität der Mitgliedstaaten erklärt und gegenüber dem unionsrechtlichen Einfluss nach Möglichkeit zu sichern sucht. Dementsprechend hat auch das OVG Münster zu Recht festgestellt, dass Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV zwar die regionale und lokale Selbstverwaltung anerkenne; was hierunter zu verstehen sei und welche Rechte der lokalen Ebene zustünden, richte sich aber nach den Verfassungsordnungen der Mitgliedsstaaten, in Deutschland also insbesondere nach Art. 28 Abs. 2 S.1 GG.<sup>353</sup> Nationale verfassungsrechtliche Grundentscheidungen etwa über die Selbstverwaltungsrechte der Kommunen und damit auch über deren prozessuale Eigenständigkeit sollen demnach mit Art. 4 EUV bewahrt und der unionsrechtlichen Überformung wenigstens dem Grunde nach entzogen werden. Aus der Norm ergibt sich gerade kein Anhaltspunkt für eine Veränderung der kommunalen Rügebefugnisse unter dem Einfluss des Unionsrechts. Eher im Gegenteil dürfte die Bestimmung für eine Begrenzung des unionsrechtlichen Einflusses auf die Ausgestaltung der nach nationalem Recht gewährten Rügebefugnisse der Gemeinden sprechen.

### 3.2.4 Rechtsvergleichende Betrachtung

Die Rechtsvergleichung hinsichtlich der Rügebefugnisse von Gemeinden ist an sich nicht Gegenstand dieser Studie. Entsprechende Aufträge an die ausländischen Fachgutachter ergingen nicht. Dennoch können Beobachtungen, die bei Gelegenheit der Studie entstanden, wenigstens knapp wiedergegeben werden. Sie dürften jedenfalls insoweit von Interesse sein, als auch die Rügebefugnisse der Kommunen unter einen – nach den obigen Ausführungen allerdings begrenzten – Einfluss völker- und europarechtlicher Entwicklungen geraten sind. Soweit inter- oder supranationale Spruchkörper wie das ACCC oder der EuGH berufen sind, über die Rügebefugnisse von Gemeinden (ggfs. mittelbar) zu entscheiden, fließen nationalrechtliche Vorverständnisse regelmäßig mit ein. Hinsichtlich des sich in den nationalen Rechtsordnungen entwickelnden Verständnisses von der richtigen Auslegung der Bestimmungen der Aarhus-Konvention ist zudem nicht auszuschließen, dass dieses Verständnis seinerseits von deutschen Gerichten aufgegriffen und der eigenen Interpretation zugrunde gelegt wird.

In Großbritannien ist die Frage einer aus der Aarhus-Konvention abzuleitenden Klagebefugnis lokaler Selbstverwaltungsbehörden bereits Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen gewesen. In der Sache „R (Halebank Parish Council) v Halton Borough Council“ entschied der Richter, dass das „Halebank Parish Council“, eine öffentliche lokale Selbstverwaltungskörperschaft als „betroffene Öffentlichkeit“ im Sinne der Aarhus-Konvention anzusehen sei.<sup>354</sup> Ebenso entschied ein Gericht hinsichtlich des London Borough of Hillingdon (LBH), einer Selbstverwaltungskörperschaft eines Londoner Bezirks. Mit der Entscheidung begrenzte das Gericht unter Berufung auf eigens zur Umsetzung der Aarhus-Konvention eingeführte Regeln des englischen Prozessrechts die vom LBH zu tragenden Kosten einer im Ergebnis erfolglosen Klage. Aus den Bestimmungen der Aarhus-Konvention ergäbe sich kein Anhaltspunkt für eine Ausklammerung lokaler Selbstverwaltungseinrichtungen aus dem Begriff der betroffenen Öffentlichkeit. Weder die Konvention, noch die Entscheidung des ACCC in ACCC/C/2012/68 noch der sog. Implementation Guide schlossen es aus, dass eine lokale öffentliche Einrichtung oder Behörde als Kläger in einem der von der Konvention vorgesehenen gerichtlichen Verfahren auftrete.

<sup>352</sup> In diesem Sinne: Ogorek, NVwZ 2010, 401 (404); undeutlich auch: Dietz/Meyer, AöR 2015, 198 (225).

<sup>353</sup> OVG Münster, Beschl. v. 18.12.2015, 8 B 400/15.

<sup>354</sup> [2012] EWHC 1889 (Admin); Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4, Rn. 30.

Entgegen dem Vorbringen der britischen Regierung stehe dem auch der Umstand nicht entgegen, dass die lokalen Behörden und Einrichtungen in anderen Verfahren als Beklagte fungieren und ihre Entscheidungen zum Gegenstand der gerichtlichen Überprüfung gemacht werden könnten. Je nach Ausgangslage könne eine öffentliche Selbstverwaltungskörperschaft nämlich einmal als Teil der „betroffenen Öffentlichkeit“ im Sinne der Art. 2 und 9 AK und unter anderen Umständen als „Behörde“ im Sinne von Art. 2 AK anzusehen sein. Die hier enthaltenen Begriffsdefinitionen schlossen sich nicht gegenseitig aus, sondern verlangten nach einer auf den jeweiligen Sachverhalt bezogenen konkreten Subsumtion.<sup>355</sup>

### 3.2.5 Rüge von Verfahrensfehlern durch Kommunen nach dem UmwRG

Wesentliche Verbesserungen der Rügebefugnisse der Kommunen dürften sich mit Blick auf die Rüge etwaiger Fehler in der Umweltverträglichkeitsprüfung ergeben. Nach bisherigem Rechtsverständnis insbesondere des Bundesverwaltungsgerichts scheiterten entsprechende Versuche der Kommunen regelmäßig am insoweit generell unterstellten Fehlen eigener materieller subjektiver Rechte. Die Kommunen konnten Fehler in der Umweltverträglichkeitsprüfung nicht generell, sondern allein soweit rügen, als damit zugleich eine Verletzung eigener kommunaler Rechte verbunden war. Da die Umweltverträglichkeitsprüfung aber auf eine Berücksichtigung von Umweltbelangen ausgerichtet ist, galt eine entsprechende Rüge vielfach bereits als unzulässig und im Übrigen regelmäßig als unbegründet.

In seiner Altrip-Entscheidung von Ende 2015 hat das Bundesverwaltungsgericht insoweit aber allem Anschein nach eine Wende vollzogen. Allerdings formuliert das Gericht insoweit noch vorsichtig und im Konjunktiv: Auch soweit Vorschriften über die Umweltverträglichkeitsprüfung, deren Verletzung eine Kommune rüge, allein dem Schutz der Umwelt, nicht aber der Gewährleistung eigener materieller subjektiver Rechte der Gemeinde dienen, „*stünde auch dies einem Aufhebungsanspruch nicht von vornherein entgegen*“.<sup>356</sup>

Zur Begründung beruft sich das Bundesverwaltungsgericht unmittelbar auf die Bestimmungen des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes. Die Fehlerfolgenregelung des § 4 Abs. 1 UmwRG gelte zwar in erster Linie für die umweltrechtliche Verbandsklage; sie sei aber gemäß § 4 Abs. 3 UmwRG auf Rechtsbehelfe von Beteiligten nach § 61 Nr. 1 und 2 VwGO entsprechend anwendbar. Dies habe zur Folge, dass die Verfahrensfehler auch insoweit unabhängig von den sonst geltenden einschränkenden Maßgaben des § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO zur Begründetheit der Klage führten. Hieraus folge, dass eine Genehmigungsentscheidung, die ohne die hierfür erforderliche Umweltverträglichkeitsprüfung oder UVP-Vorprüfung getroffen worden sei, auf die Klage eines gemäß § 42 Abs. 2 VwGO klagebefugten Dritten nach § 4 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 S. 1 UmwRG allein wegen dieses Fehlers aufzuheben sei.<sup>357</sup> Für Genehmigungsentscheidungen, die an einem Verfahrensfehler litten, auf den § 4 Abs. 1 Satz 1 UmwRG nach der Altrip-Entscheidung des EuGH in unionsrechtskonformer Auslegung zu erstrecken sei, könne nichts anderes gelten. Ob der Verzicht auf den nach § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO erforderlichen Zusammenhang zwischen der Rechtswidrigkeit der Genehmigungsentscheidung und der Verletzung in eigenen Rechten unionsrechtlich geboten sei, sei angesichts der in § 4 Abs. 3 UmwRG getroffenen Grundentscheidung des

<sup>355</sup> Näher zum Ganzen und zu der Entscheidung des Revisionsgerichts, das die erstinstanzliche Entscheidung schon allein unter Hinweis auf die eindeutigen Regeln des britischen Prozessrechts aufrechterhielt: Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4, Rn. S. 9 f.

<sup>356</sup> BVerwG, Urt. v. 22.10.2015, 7 C 15.13 (Altrip) Rn. 23.

<sup>357</sup> BVerwG, Urt. v. 22.10.2015, 7 C 15.13 (Altrip) Rn. 23 unter Hinweis auf: BVerwG, Urt. v. 20.12.2001, 9 A 30.10, Rn. 21 f.; Urt. v. 17.12.2013, 4 A 1.13, Rn. 41; Urt. v. 18.12.2014, 4 C 36.13, Rn. 34. Offen gelassen von VGH München, Beschl. v. 28.8.2007, 14 ZB 07.627, Rn. 8. Ebenso wie das BVerwG in der Argumentation auch v. Schwanenflug, NVwZ 2007, 1351 (1354 f.); Ziekow, NVwZ 2007, 259 (261); Kment, NVwZ 2007, 274 (279); a. A. Stapelfeldt/Siemko, KommJur 2008, 321 (331).

deutschen Gesetzgebers für die Anwendbarkeit des § 4 Abs. 1 UmwRG auf Rechtsbehelfe von Beteiligten nach § 61 Nr. 1 und 2 VwGO ohne Bedeutung.<sup>358</sup>

Hinsichtlich der den Kommunen nach dieser Interpretation des UmwRG zugewiesenen Klagerechte zur gerichtlichen Kontrolle möglicher UVP-Fehler ist hervorzuheben, dass die Bundesregierung in Kenntnis der oben wiedergegebenen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und der nachfolgend referierten Rechtsprechung des OVG Münster auf einen etwaigen Vorschlag zu einer restriktiven inhaltlichen Neufassung des § 4 Abs. 3 UmwRG verzichtet hat.<sup>359</sup>

Auch das OVG Münster hat jüngst in einem Beschluss zur selbstständigen Rüge eines Verfahrensfehlers die völker- und europarechtliche Ableitung der entsprechenden Befugnis einer Gemeinde und damit ihre Einordnung als „betroffene Öffentlichkeit“ im Sinne von Art. 9 Abs. 2 AK offengelassen.<sup>360</sup> Nach § 4 Abs. 3 UmwRG gälten dessen Absätze 1 und 2 auch für die Rechtsbehelfe von Beteiligten nach § 61 Nr. 1 und 2 VwGO. Eine Gemeinde sei eine juristische Person des öffentlichen Rechts und als solche nach § 61 Nr. 1 VwGO beteiligtenfähig.

Die Bezugnahme auf § 61 Nr. 1 VwGO in § 4 Abs. 3 UmwRG eröffne damit auch Gemeinden als Teil der betroffenen Öffentlichkeit grundsätzlich ein Rügerecht hinsichtlich UVP-bezogener Fehler.<sup>361</sup>

Ergänzend wies das OVG Münster aber auch auf seine generell von der Linie des Bundesverwaltungsgerichts abweichende ständige Entscheidungspraxis hin, nach der sich Kläger auf die fehlende oder fehlerhafte Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung oder UVP-Vorprüfung unabhängig von der Verletzung in eigenen materiellen Rechten berufen könnten. Dies diene der prozessualen Durchsetzung der durch die UVP-Richtlinie begründeten Verfahrensrechte und damit letztlich der Sicherung einer zutreffenden Entscheidung in der Sache. Eine Begrenzung des Rügerechts der Gemeinden auf Fälle einer materiell-rechtlichen Beeinträchtigung könne daher den nach der UVP-Richtlinie und Art. 9 Abs. 2 AK zu ermöglichenden weiten und effektiven Zugang zu den Gerichten beeinträchtigen. Darüber hinaus gelte es, ein Auseinanderfallen des Prüfungsumfangs in Zulässigkeit und Begründetheit zu vermeiden.

### 3.2.6 Klagerechte von Kommunen nach dem UIG

Bedeutung hinsichtlich der Beurteilung der aus der Aarhus-Konvention und dem Unionsrecht abzuleitenden Klagerechte von Kommunen kann auch der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu kommunalen Informationsansprüchen nach dem Umweltinformationsgesetz (UIG) zukommen.<sup>362</sup> Während das Gericht hier in seiner älteren Rechtsprechung mit Blick auf die Anspruchsberechtigung der Gemeinden noch Zurückhaltung erkennen ließ, hat es sie zwischenzeitlich als grundsätzlich anspruchsberechtigt anerkannt.

Ausgangspunkt der entsprechenden Überlegungen des Bundesverwaltungsgerichts war dabei die Definition des Jedermann-Anspruchs durch die EU-Umweltinformationsrichtlinie und die auch dieser Richtlinie zugrundeliegende Aarhus-Konvention. Beide knüpften zur Definition des „jeder“ an den wei-

---

<sup>358</sup> BVerwG, Urt. v. 22.10.2015, 7 C 15.13 (Altrip) Rn. 23.

<sup>359</sup> Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Anpassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer Vorschriften an europa- und völkerrechtliche Vorgaben, BT-Drs. 18/9526, 39.

<sup>360</sup> OVG Münster, Beschl. v. 18.12.2015, 8 B 400/15.

<sup>361</sup> OVG Münster, Beschl. v. 18.12.2015, 8 B 400/15 unter Hinweis auf BVerwG, Urt. v. 17.12.2013, 4 A 1.13, BVerwGE 148, 353, Rn. 41; OVG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 2.4.2012, 2 L 193/09, Rn. 66; Nds. OVG, Urt. v. 8.5.2012, 12 KS 5/10, OVGE 55, 339, NVwZ-RR 2012, 836, Rn. 22; und zu Gemeinden als Teil der betroffenen Öffentlichkeit auf die Schlussanträge des GA Cruz Villalón, v. 20.6.2013, Rn. 81, zu EuGH C-72/12 (Altrip) und auf Fellenberg, NVwZ 2015, 1721 (1723).

<sup>362</sup> BVerwG, Urt. v. 21.2.2008, 4 C 13/07, BVerwGE 130, 223, NVwZ 2008, 791 ff. Vgl. dazu auch OVG Berlin, 12 B 13.13, Urt. v. 28.1.2015 und OVG Berlin 12 B 3.13, Urt. v. 10.7.2015; Revisionen derzeit anhängig beim BVerwG (7 C 16.15 und 7 C 31.15).

ten Begriff der „Öffentlichkeit“ an und zielten auf eine Verbesserung des Umweltschutzes. Die Aarhus-Konvention, die den Begriff des Antragstellers nicht kenne, umschreibe den Begriff der Öffentlichkeit in Art. 2 Nr. 4 AK mit Blick auf das Rechtssubjekt „natürliche oder juristische Person“ und erweitere den Begriff um die nach innerstaatlichem Recht oder der innerstaatlichen Praxis anerkannten Vereinigungen, Organisationen oder Gruppen. Abgestellt werde damit nicht auf eine strenge Rechtsförmlichkeit der juristischen Organisationsformen; vielmehr werde der Vielfalt unterschiedlicher Organisationsformen Rechnung getragen, die zur Schärfung des Umweltbewusstseins und zum freien Meinungsaustausch in Umweltfragen beitragen könnten. Anspruchsberechtigt sei „die“ Öffentlichkeit, die ungeachtet der Frage ihrer Verfasstheit wie ein „Jedermann“ dem Staat gegenüber stehe. Daraus folge, dass Antragsteller auch juristische Personen des öffentlichen Rechts sein könnten, wenn sie sich ungeachtet ihres rechtlichen Status nach der Zielsetzung der Richtlinie in einer mit dem „Jedermann“ vergleichbaren Informationslage gegenüber der informationspflichtigen Stelle befänden. Soweit das Gericht in einer früheren Entscheidung einer Gemeinde als öffentlich-rechtlicher Körperschaft keinen Informationsanspruch auf der Grundlage des Umweltinformationsgesetzes 1994 zugebilligt habe, sei zu beachten, dass die Gemeinde im seinerzeit entschiedenen Fall Einsicht in Verwaltungsvorgänge über eine Maßnahme begehrt habe, durch die sie nicht in ihrer Planungshoheit berührt worden sei. Außerdem habe sich seit dieser Entscheidung mit der Transformation der Aarhus-Konvention und der entsprechenden Neufassung der Umweltinformationsrichtlinie die Rechtslage geändert. Nach ihren Zielsetzungen solle der Informationszugang erweitert werden. Dies gelte auch für den Kreis potentieller Antragsteller. Ein Informationsbedürfnis hinsichtlich umweltrelevanter Daten bestehe nicht nur im Verhältnis des Bürgers zum Staat, sondern könne auch bei einer öffentlich-rechtlich verfassten Rechtsperson bestehen, sofern sie sich „der“ Öffentlichkeit zuordnen lasse. Dass die Gemeinde ihrerseits im Verhältnis zum Bürger als Träger öffentlicher Gewalt auftrete und in diesem Fall eine auskunftsverpflichtete Behörde i.S. des Art. 2 Nr. 2 UIRL sei, schließe es nicht aus, sie im Verhältnis zu staatlichen Behörden im Rahmen der Umweltinformationsrichtlinie als anspruchsberechtigt anzusehen. Eine strikte Gegenüberstellung von Behörde (Anspruchsverpflichtung) und Öffentlichkeit (Anspruchsberechtigung) werde weder dem besonderen, verfassungsrechtlich in Art. 28 Abs. 2 GG verankerten Status der Gemeinde noch dem Sinn und Zweck der Umweltinformationsrichtlinie gerecht. Der besondere Status der Gemeinde, der im Anwendungsbereich der Umweltinformationsrichtlinie zu einer aufgabenspezifischen Differenzierung zwingt, sei im deutschen Recht, auf das Art. 2 Nr. 6 UIRL verweise, angelegt. Die Gewährleistung kommunaler Selbstverwaltung sichere den Gemeinden einen grundsätzlich alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft umfassenden Aufgabenbereich sowie die Befugnis zu eigenverantwortlicher Führung der Geschäfte in diesem Bereich.<sup>363</sup> Die Gemeinden seien selbst ein Teil des Staates, in dessen Aufbau sie integriert, innerhalb dessen sie aber mit eigenen Rechten ausgestattet seien. Einfachrechtlich werde eine Gemeinde, wenn sie Einwendungen gegen ein Vorhaben erhebe, die sich auf die eigenen Rechte beziehen, d.h. ihrer Selbstverwaltungsgarantie entspringen, wie die Öffentlichkeit behandelt.<sup>364</sup> Die Gemeinde sei zwar auch Behörde, die im Planfeststellungsverfahren anzuhören sei, soweit ihr Aufgabenbereich durch das Vorhaben berührt werde. Gemeinden könnten auch zur Auskunft verpflichtete Behörde i.S.v. Art. 2 Nr. 2 UIRL sein. Eine Gemeinde könne jedoch durch ein geplantes Vorhaben zugleich in eigenen Rechten betroffen sein. Im Bereich der Selbstverwaltung sei das gemeindliche Informationsbedürfnis vergleichbar mit dem eines privatrechtlich organisierten „Jedermann“. Die Informationsbeschaffung gelinge der Gemeinde auch nicht über ihre öffentlich-rechtliche Behördeneigenschaft, weil sie im Bereich der Selbstverwaltung nicht in die behördlich-hierarchischen Informationsstrukturen eingebunden sei.

<sup>363</sup> Unter Hinweis auf BVerfGE 107, 1, NVwZ 2003, 850 m.w. Nachw.

<sup>364</sup> Unter Hinweis auf das Beispiel des Einwendungsausschlusses gem. § 73 Abs. 4 S. 3 VwVfG; BVerfGE 104, 79, NVwZ 1997, 997 und Gurlit, EurUP 2006, 224 (226).

Die hier referierte neuere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist in der Literatur auf Zustimmung gestoßen. Weitergehend seien die hier entwickelten Grundsätze der Anspruchsberechtigung der Selbstverwaltungsträger auch auf andere gesetzliche Grundlagen des Informationszugangsrechts zu übertragen. Diesem Rechtsgedanken folgend sollen Kommunen etwa auch als Anspruchsberechtigte nach § 1 Abs. 1 S. 1 IFG anzuerkennen sein.<sup>365</sup>

Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts veranschaulicht, dass von einer Subsumtion auch der Kommunen unter die von der Aarhus-Konvention gebrauchten Begriffe der „Öffentlichkeit“ bzw. der „betroffenen Öffentlichkeit“ auszugehen ist. Das Gericht erkennt ausdrücklich an, dass die Konvention und das einschlägige Unionsrecht auf eine Stärkung der Rechte auch der Kommunen abzielen. So wie ihnen aus der Konvention und der Umweltinformationsrichtlinie Informationsansprüche zustehen können, so muss gleiches auch für die von der Konvention und der Öffentlichkeitsbeteiligungs-Richtlinie bzw. dem sonstigen Unionsrecht vermittelten Klagerechte gelten.

Allerdings verknüpft das Bundesverwaltungsgericht die von der Konvention gewährten kommunalen Rechte auch in der referierten Entscheidung durchgängig mit dem Selbstverwaltungsrecht aus Art. 28 Abs. 2 GG und insbesondere mit der aus ihr fließenden kommunalen Planungshoheit. Positive Aussagen darüber, ob und inwieweit der Kreis der kommunalen Rechte jenseits dieses klassischen Programms gemeindlicher Rechtswahrnehmung unter dem Einfluss der Aarhus-Konvention zu erweitern sein könnte, finden sich hier nicht.

### 3.2.7 Die Kommunen als Teil der „(betroffenen) Öffentlichkeit“

Um die oben diskutierten Einzelaspekte des völker- und unionsrechtlichen Einflusses auf die Klagerechte der Kommunen mit einem einheitlichen theoretischen Ansatz zu erfassen und zu erklären, muss – wie bei Individualklägern – an dem Begriff der „(betroffenen) Öffentlichkeit“ der Aarhus-Konvention angeknüpft werden.<sup>366</sup> Klagerechte ergeben sich aus der Konvention nur wenn und soweit die Gemeinden als eine solche Öffentlichkeit begriffen werden müssen. Auch das OVG Münster hat seine entsprechenden Überlegungen ausdrücklich von der Frage abhängig gemacht, ob die Gemeinden generell oder je nach dem Funktionskreis, in dem sie handeln, zur „betroffenen Öffentlichkeit“ gehören. Dem Gericht ist dabei darin zuzustimmen, dass Kommunen auch weiterhin nur insoweit ein Rüge-recht zusteht, als sie in ihrem Selbstverwaltungskreis, in Sonderheit in ihren Planungsinteressen berührt werden.<sup>367</sup> Dafür, dass das Unionsrecht hinsichtlich der Rechte von Kommunen auch im Übrigen auf deren Betroffenheit in den ihnen nach der nationalen Rechtsordnung zugewiesenen eigenen Zuständigkeiten abstellt, spricht auch die Neufassung von Art. 6 Abs. 1 UVP-RL. Danach sind anders als bislang nicht allein die Behörden, *„die in ihrem umweltbezogenen Aufgabenbereich voraussichtlich von dem Projekt berührt sein könnten“* im Verfahren zu beteiligen. Ausdrücklich einbezogen werden nunmehr vielmehr auch solche Behörden, bei den sich - wie bei den Kommunen - eine Betroffenheit aus *„ihrer lokalen oder regionalen Zuständigkeit“* ergibt.<sup>368</sup>

Jenseits des oben diskutierten Sonderfalls der kommunalen Verfahrensrechte im Bereich der Umweltverträglichkeitsprüfungen<sup>369</sup> wird man für die Begründetheit entsprechender Klagen beim gegenwärtigen Stand der Rechtsentwicklung auch weiterhin eine Verletzung der materiellen Selbstverwaltungsrechte der klagenden Kommunen verlangen müssen. Auch mit Blick auf die besondere Stellung, die

<sup>365</sup> Schrader, in: Schlacke/Schrader/Bunge (2010), Aarhus-Handbuch, § 1 Rn. 278; Schoch (2016), IFG § 1 Rn. 80 m.w.N.

<sup>366</sup> Zumindest im Ansatz ebenso Stapelfeldt/Siemko, KommJur 2008, 321 (328 f.).

<sup>367</sup> OVG Münster, Beschl. v. 18.12.2015, 8 B 400/15 unter Hinweis auf Puttler, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Auflage 2011, Art. 4 EUV, Rn. 19 f.

<sup>368</sup> RL 2014/52/EU v. 16.4.2014 zur Änderung der Richtlinie 2011/92/EU über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten, ABl. EU 2014, L 124/1.

<sup>369</sup> Vgl. dazu o. 3.2.5.

insbesondere die Aarhus-Konvention den Umweltverbänden einräumt, ist eine substantielle Erweiterung der kommunalen Klagerechte de lege lata nicht zwingend erforderlich.<sup>370</sup> Die hierin liegende Ungleichbehandlung von Verbänden einerseits und Kommunen andererseits kann zwar mit guten inhaltlichen Argumenten kritisiert werden.<sup>371</sup> Sie lässt sich aber der Konvention selbst entnehmen und ist damit völkerrechtlich nicht als unzulässig zu bezeichnen. Die völkerrechtliche Privilegierung der Verbände bildet zudem den Hintergrund und Anlass ihrer Privilegierung im nationalen Recht und erlaubt damit zugleich ihre auch verfassungsrechtliche Rechtfertigung. Letztere folgt auch daraus, dass die Kommunen Teil des Staatsaufbaus und nur im Umfang des ihnen gewährten Selbstverwaltungsrechts diesem gegenüber verselbstständigt sind.<sup>372</sup> Für die Beschränkung der kommunalen Klagerechte gerade in der Begründetheitsstation der verwaltungsprozessualen Klage spricht schließlich, dass der EuGH die in § 113 Abs. 1 VwGO normierte Anforderung der Verletzung eigener Rechte ausdrücklich als mit dem Unionsrecht vereinbar bezeichnet hat.<sup>373</sup> Eine substantielle Ausweitung der kommunalen Klagerechte über den bislang bereits erreichten Stand hinaus ist daher aus völker- und unionsrechtlicher Hinsicht eher nicht zu erwarten. Hinzuweisen ist insoweit insbesondere auf die Zurückhaltung, die das ACCC hinsichtlich der Entwicklung einer eigenen Spruchpraxis zu den aus der Aarhus-Konvention abzuleitenden kommunalen Rechten hat erkennen lassen. Entsprechende (Selbst-) Beschränkungen lassen sich der Rechtsprechung des EuGH zwar nicht mit gleicher Eindeutigkeit entnehmen. Vielmehr behandelt der Gerichtshof auch kommunale Klagerechte ohne weitere Diskussion im Rahmen seines einheitlichen richterrechtlichen Ansatzes zur effektiven Durchsetzung der durch das Umweltrecht der Union verliehenen Rechte. Einer expliziten und substantiellen Veränderung der Rechtsstellung der Kommunen jenseits der ihnen durch das Grundgesetz verliehenen Selbstverwaltungsrechte durch den Unionsgesetzgeber wie durch den Europäischen Gerichtshof steht aber die Identitätswahrungsklausel des Art. 4 EUV entgegen. Die Rechtsprechung des EuGH wird daher aller Voraussicht nach weniger einen expliziten als vielmehr allenfalls einen inkrementellen Einfluss auf die weitere Entwicklung der Klagerechte der Kommunen zeitigen. Dieser potentielle mittelbare Einfluss wird allerdings – analog zu den Klagerechten Einzelner – tendenziell ein eher weites Verständnis des kommunalen Selbstverwaltungsrechts und damit der kommunalen Betroffenheit und der aus ihr folgenden Klagerechte nahelegen. Diese unionsrechtlichen Impulse dürften die erkennbare Tendenz der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit zu einer Relativierung eines ehemals restriktiveren eigenen Konzepts kommunaler Klagerechte weiter verstärken.

## 4 Gerichtliche Kontrolle

### 4.1 Ansatz und Aufbau der Untersuchung

Die mit der Umsetzung von Art. 9 Abs. 2 und 3 AK und mit dem daran anknüpfenden Unionsrecht verbundene Ausweitung der Klagerechte von Umweltverbänden hat eine Diskussion darüber ausgelöst, ob und inwieweit insbesondere bei Verbandsklagen die gerichtliche Kontrolle der angegriffenen Verwaltungsentscheidungen eingeschränkt werden soll und kann.<sup>374</sup> Ein Ausgangspunkt für diese Diskussion ist die Befürchtung, dass die erweiterten Klagerechte die Dauer von Planungs- und Genehmigungsverfahren sowie von verwaltungsgerichtlichen Verfahren erheblich verlängern und dadurch

---

<sup>370</sup> Das räumen a.E. auch die Kritiker der Privilegierung der Umweltverbände ein, vgl. Dietz/Meyer, AöR 2015, 198 (249).

<sup>371</sup> Dietz/Meyer, AöR 2015, 198 ff.

<sup>372</sup> Nachweise dafür bei Dietz/Meyer, AöR 2015, 198 (211, 264). Ähnlich auch OVG Münster, Beschl. v. 18.12.2015, 8 B 400/15.

<sup>373</sup> EuGH, Urt. v. 15.10.2015, C-137/14 (Kommission/Deutschland) Rn. 63 f. näher dazu bereits o. 2.5.2.1.

<sup>374</sup> Vgl. Epiney/Sollberger (2002), S. 427 ff.; Ziekow, NVwZ 2007, 259 (266 f.); Wahl, in: Kluth/Rennert (2008), S. 55 ff.; Steinbeiß-Winkelmann, NJW 2010, 1233 (1237); Leidinger, NVwZ 2011, 1345 (1349 f.).

industrielle Vorhaben oder Infrastrukturprojekte verzögern oder sogar verhindern könnten.<sup>375</sup> Außerdem wird darauf verwiesen, dass der weite Zugang zu Gerichten in anderen EU-Staaten meist mit einer geringen Prüftiefe bei der gerichtlichen Kontrolle einhergehe, so dass es zulässig und sinnvoll sei, die Ausweitung der Klagerechte in Deutschland unter anderem mit einer Zurücknahme der als sehr hoch eingeschätzten Kontrolldichte zu verbinden.<sup>376</sup> Dem steht die Auffassung gegenüber, dass es gerade bei umweltrelevanten Verwaltungsentscheidungen im deutschen Recht bereits diverse Einschränkungen der gerichtlichen Kontrolle gebe, die einen effektiven Rechtsschutz erschweren und daher den Vorgaben des Art. 9 Abs. 2 und 4 AK sowie dem Unionsrecht zumindest teilweise nicht entsprechen würden.<sup>377</sup> Das betraf vor allem Regelungen für den Ausschluss von Einwendungen, die im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung bei Planungs- und Genehmigungsverfahren nicht rechtzeitig erhoben worden sind, für die nachfolgenden Rechtsschutzverfahren (insbesondere die materielle Präklusion gemäß § 2 Abs. 3 UmwRG).<sup>378</sup> Kritisiert wird aber beispielsweise auch die Anerkennung von gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielräumen der Verwaltung unter anderem bei der Anwendung naturschutzrechtlicher Vorschriften.<sup>379</sup>

Vor diesem Hintergrund ist zu untersuchen, wie der Umfang der gerichtlichen Kontrolle von umweltrelevanten Verwaltungsentscheidungen und die richterliche Prüftiefe in Deutschland im Vergleich mit der Ausgestaltung des Umweltrechtsschutzes in anderen EU-Staaten zu beurteilen sind. Dazu sind folgende Forschungsfragen vorgegeben worden:

- *Existieren in anderen EU-Mitgliedstaaten (Italien, Großbritannien, Polen, Schweden und Frankreich) ebenfalls Anforderungen für Rechtsbehelfe von Umweltverbänden, die vergleichbar sind mit der materiellen Präklusion nach § 2 Abs. 3 UmwRG, und wie werden solche Regelungen im Fachdiskurs (Schrifttum/Rechtsprechung) des jeweiligen Mitgliedstaats im Hinblick auf ihre Konformität mit den Anforderungen des Unionsrechts und der Aarhus-Konvention bewertet?*

- *Welche Begrenzungen in der richterlichen Prüftiefe/Kontrolldichte bestehen im nationalen Recht und sind sie sachlich begründet?*

- *Welche Begrenzungen in der richterlichen Prüftiefe bestehen verglichen mit dem deutschen Recht in Italien, Großbritannien, Schweden und Frankreich und sind diese ihrerseits jeweils konform mit dem Unionsrecht (insb. Effektivitätsgebot)?*

Diese Fragen betreffen zwei Aspekte der Reichweite und Intensität gerichtlicher Kontrolle, die in der rechtswissenschaftlichen Diskussion unterschieden werden, wobei die verwendete Terminologie jedoch nicht einheitlich ist:<sup>380</sup> Zum einen geht es darum, in welchem Umfang die Gerichte angegriffene

<sup>375</sup> Vgl. Zeissler/Schmitz, UPR 2016, 1 (4); siehe auch das auf notwendige Änderungen im Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz in Folge des Trianel-Urteils (EuGH vom 11.05.2011, Rs. C-115/09) bezogene BDI-Positionspapier (2011), S. 1 f., sowie zu weiteren Gesetzesänderungen die Stellungnahme der DIHK (2014), S. 1.

<sup>376</sup> So z.B. Leidinger, NVwZ 2011, 1345 (1349 f.), ferner BDI-Positionspapier (2011), S. 2 ff. (mit zahlreichen Vorschlägen); vgl. zu den Ansätzen dieser Diskussion außerdem Wahl, in Kluth/Rennert (2008), 55, mwN; siehe aber auch Epiney, NVwZ 2014, 465 (475), die darauf hinweist, dass die Ergebnisse eines Rechtsvergleichs zwischen verschiedenen EU-Staaten zwar auf eine gewisse Verbindung zwischen engem gerichtlichen Zugang und hoher Kontrolldichte (sowie umgekehrt) hindeuten, dass ein solcher Zusammenhang aber nicht „zwingend“ ist.

<sup>377</sup> Vgl. die kritische Diskussion der „Hinderniss-Kumulation“ von Ekaradt, EurUP 2012, 64 ff. und 128 ff., zu damals bestehenden Hemmnissen bei der Wahrnehmung von Beteiligungs- und Klagerechten auch Schmidt, ZUR 2011, 296 ff.

<sup>378</sup> Siehe z.B. die Kritik von Berkemann, EurUP 2014, 147 (155 f.); Bunge, ZUR 2015, 531 (534 f.); Frenz, NuR 2012, 619 ff.; Seibert, NVwZ 2013, 1040 (1044 f.); Schlacke, Aarhus Handbuch, § 3 Rn. 177; näher dazu Schmidt/Schrader/Zschiesche (2014), Rn. 196 ff.; a.A. BVerwG, Urt. v. 14.7.2011 – 9 A 12.10 – NuR 2011, 866 ff.; Geismann/Schulz, NuR 2014, 624 ff.

<sup>379</sup> Vgl. die Kritik an der Rechtsprechung des BVerwG bei Gassner, DVBl. 2012, 1479 ff.; Brandt, NuR 2013, 482 ff.; differenzierend Gellermann, NuR 2014, 597 ff.; vgl. auch Lau, UPR 2010, 169 ff.

<sup>380</sup> Siehe dazu Wahl, in: Kluth/Rennert (2008), S. 56 ff., der „Kontrolldichte“ als Oberbegriff ansieht und dann die „Kontrollbreite“ und „Kontrolltiefe“ unterscheidet; daran anknüpfend z.B. Steinbeiß-Winkelmann, NJW 2010, 1233 (1237); hingegen spricht z.B. Epiney, NVwZ 2014, 465 (470 ff.), von „Prüfungsumfang“ und „Kontrolldichte“ (= Prüftiefe).

Verwaltungsentscheidungen auf ihre Rechtmäßigkeit überprüfen; insoweit ist vom Prüfungsumfang oder von der Kontrollbreite die Rede, die durch das Klagevorbringen und durch Einschränkungen der Rügebefugnisse auf bestimmte Einwendungen oder Rechtsvorschriften bestimmt wird. Zum anderen stellt sich die Frage, inwieweit die Gerichte die relevanten Sach- und Rechtsfragen sowie die fachlichen Einschätzungen der Behörden prüfen können oder müssen; insoweit geht es um die richterliche Kontroll- oder Prüftiefe oder „Kontrolldichte“ (dieser Begriff wird aber auch allgemeiner verstanden). Die erste Forschungsfrage, ob es in anderen EU-Staaten ebenfalls eine materielle Präklusion von Einwendungen gibt, betrifft die Eingrenzung des Prüfungsumfangs, während sich die beiden anderen Fragen auf die richterliche Prüftiefe beziehen. Daran anknüpfend wird nachfolgenden zunächst der Prüfungsumfang bei der gerichtlichen Kontrolle betrachtet (siehe 4.2). Danach werden die Ansätze und Begrenzungen der richterlichen Prüftiefe erst in Deutschland und dann rechtsvergleichend untersucht (4.3 und 4.4). Den Abschluss bildet eine Gesamtbetrachtung der Ergebnisse (siehe 4.5).

## 4.2 Prüfungsumfang bei der gerichtlichen Kontrolle

Im Hinblick auf den Prüfungsumfang sollte ursprünglich nur untersucht werden, ob es in bestimmten EU-Staaten mit der materiellen Präklusion von Einwendungen gemäß § 2 Abs. 3 UmwRG vergleichbare Regelungen gibt (siehe 4.1). Der Untersuchungsansatz hat sich jedoch in Folge des unter anderem diese Vorschrift betreffenden EuGH-Urteils vom 15.10.2015 (Rs. C-137/14) verändert. Darin hat der Gerichtshof entschieden, dass der in § 2 Abs. 3 UmwRG vorgesehene Ausschluss von im Verwaltungsverfahren nicht rechtzeitig erhobenen Einwendungen für nachfolgende Rechtsbehelfsverfahren bei den von Art. 11 UVP-RL (2011/92/EU) und Art. 25 Industrieemissions-RL (2010/75/EU) erfassten Vorhaben mit Unionsrecht nicht vereinbar ist.<sup>381</sup> Deswegen soll § 2 Abs. 3 UmwRG mit der geplanten Novelle des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes aufgehoben werden.<sup>382</sup> Zugleich ist jedoch für die neuen Klagemöglichkeiten gegen SUP-pflichtige Pläne und Programme, die zur Umsetzung von Art. 9 Abs. 3 AK eingeführt werden sollen, eine materielle Präklusion der in den dafür stattfindenden Verfahren nicht rechtzeitig erhobenen Einwendungen vorgesehen (siehe § 7 Abs. 3 Entwurf-UmwRG n.F.). Außerdem soll aufgrund eines Hinweises des Gerichtshofs, dass nationale Regelungen zum Ausschluss missbräuchlicher Vorbringens im gerichtlichen Verfahren zulässig sind,<sup>383</sup> mit § 5 Entwurf-UmwRG n.F. eine solche Ausschlussmöglichkeit geschaffen werden. Daher ist zum einen weiterhin von Interesse, ob es in den zu untersuchenden EU-Staaten eine mit dem deutschen Recht vergleichbare materielle Präklusion von Einwendungen gibt. Zum anderen stellt sich ergänzend die Frage, wie die neue Regelung für den Ausschluss missbräuchlichen Vorbringens rechtsvergleichend zu beurteilen ist.

Ausgehend von dem veränderten Untersuchungsansatz wird im Folgenden zunächst die Diskussion dargestellt, die über die Präklusion von Einwendungen bezogen auf § 2 Abs. 3 UmwRG und andere vor allem die UVP-pflichtigen Vorhaben betreffende Vorschriften geführt worden ist (siehe 4.2.1). Danach ist auf die Vereinbarkeit solcher Vorschriften mit dem Unionsrecht nach dem angesprochenen EuGH-Urteil vom 15.10.2015 (Rs. C-137/14) einzugehen (siehe 4.2.2). Anschließend werden die durch dieses Urteil ausgelösten Änderungen des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes im Einzelnen vorgestellt (siehe 4.2.3). Dann folgt die vergleichende Betrachtung der Rechtslage in Frankreich, Großbritannien, Italien, Polen und Schweden (siehe 4.2.4) sowie ein Zwischenergebnis (siehe 4.2.5).

<sup>381</sup> EuGH, Urt. v. 15.10.2015 – C-137/14, ZUR 2016, 33 ff.; vgl. näher dazu Bunge, NuR 2016, 11 ff.; Frenz, NuR 2015, 832 ff.; Keller/Rövekamp NVwZ 2015, 1672 ff.; Klinger, ZUR 2016, 41 ff.; Ludwig, NJW 2015, 3484 (3486); Sobotta, EuZW 2016, 72 (73); Teßmer, Informationsdienst Umweltrecht (IDUR) Schnellbrief 192 (2015), 50 ff.

<sup>382</sup> Siehe Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes, BT-Drs. 18/9526.

<sup>383</sup> EuGH, Urt. v. 15.10.2015 – C-137/14, Rn. 81, ZUR 2016, 40.

#### 4.2.1 Die materielle Präklusion von Einwendungen nach § 2 Abs. 3 UmwRG

Der speziell für Rechtsbehelfe von Umweltverbänden geltende § 2 Abs. 3 UmwRG sieht vor, dass alle Einwendungen gegen Entscheidungen nach § 1 Abs. 1 Satz 1 UmwRG, die in den dafür vorgesehenen Verwaltungsverfahren nicht oder nicht rechtzeitig erhoben worden waren, obwohl dies möglich gewesen wäre, in Rechtsbehelfsverfahren ausgeschlossen sind. Für die Anforderungen an eine rechtzeitige Erhebung von Einwendungen verweist § 2 Abs. 3 UmwRG auf die Vorschriften des Fachplanungs- und Umweltrechts, die bei bestimmten Vorhaben eine zeitlich begrenzte Phase der Öffentlichkeitsbeteiligung vorsehen; das betraf insbesondere § 73 Abs. 4 Satz 3 VwVfG für Planfeststellungsverfahren bei Infrastrukturvorhaben und § 10 Abs. 3 Satz 5 BImSchG für die Genehmigung von Industrieanlagen. Bei den Rechtsfolgen solcher Vorschriften wird unterschieden zwischen der „formellen“ Präklusion von Einwendungen, die nur das Verwaltungsverfahren betrifft, und der „materiellen“ Präklusion, die sich auch auf die nachfolgenden Rechtsschutzverfahren erstreckt.<sup>384</sup> Diese materielle Präklusion hat zur Folge, dass die mit Ablauf der vorgegebenen Beteiligungsfristen ausgeschlossenen Einwendungen auch vor Gericht nicht mehr vorgebracht und berücksichtigt werden können.<sup>385</sup> Das führt zum Untergang dieser Einwendungen gegen ein Vorhaben in den Rechtsschutzverfahren und bewirkt somit eine Beschränkung des Prüfungsumfangs in der gerichtlichen Kontrolle, durch die auch die Erfolgsaussichten der Rechtsbehelfe beeinträchtigt werden können.<sup>386</sup>

Die Präklusionsvorschriften in den Fachgesetzen (z.B. § 73 Abs. 4 Satz 3 VwVfG und § 10 Abs. 3 Satz 5 BImSchG) galten ursprünglich nur für Einwendungen von betroffenen Bürgern bzw. Individualklägern. Die anerkannten Naturschutzverbände verfügten über eigenständige Mitwirkungsrechte, die teilweise mit ihren zunächst eng auf naturschutzrechtlich besonders relevante Verwaltungsentscheidungen begrenzten Klagemöglichkeiten verbunden waren.<sup>387</sup> Vor diesem Hintergrund wurde bei der bundesweiten Einführung einer naturschutzrechtlichen Verbandsklage in § 61 Abs. 3 BNatSchG 2002 die materielle Präklusion von Einwendungen der Verbände gesondert geregelt. In der Folgezeit sind die Umweltverbände dann allerdings u.a. durch das Planungsvereinheitlichungsgesetz von 2013 bei der Verfahrensbeteiligung mit den betroffenen Bürgern gleichgestellt worden.<sup>388</sup> Diese Entwicklung steht auch mit der Umsetzung der Öffentlichkeitsbeteiligungs-RL (2003/35/EG) sowie von Art. 9 Abs. 2 AK im Zusammenhang, weil die Umweltverbände danach als Teil der „betroffenen Öffentlichkeit“ anzusehen sind (siehe die Definitionen in Art. 2 Nr. 5 AK und in § 2 Abs. 6 UVPG). Dies hat zur Folge, dass bei den UVP-pflichtigen Vorhaben für die Mitwirkung der Umweltverbände und der betroffenen Bürger bei der vorgesehenen Öffentlichkeitsbeteiligung grundsätzlich die gleichen Anforderungen gelten. Zu nennen sind z.B. die Vorgaben für die öffentliche Bekanntmachung von Informationen über die Verfahren, für die Auslegung der Antragsunterlagen sowie die für eine Präklusion von Einwendungen maßgeblichen Beteiligungsfristen. Dafür gilt bisher noch gemäß § 73 Abs. 4 Satz 1 VwVfG und § 10 Abs. 3 Satz 2 bis 4 BImSchG, dass eine schriftliche Stellungnahme nur bis zwei Wochen nach Ablauf der für die öffentliche Auslegung der Antragsunterlagen geltenden Frist von einem Monat abgegeben werden kann. Danach stehen also unabhängig von der Komplexität des Vorhabens und von dem für eine Stellungnahme zu den Umweltauswirkungen erforderlichen Aufwand insgesamt nur gut sechs Wochen

<sup>384</sup> Vgl. den Überblick über die Arten der Präklusion und den Diskussionsstand bei Siegel, NVwZ 2016, 337 (338); Guckelberger/Geber, EurUP 2014, 167 (168 f.), mwN.

<sup>385</sup> Vgl. VGH Mannheim Urt. v. 20.7.2011 – 10 S 2102/09, ZUR 2011, 600 (602); Bunge, UmwRG, § 2 Rn. 98; Fellenberg/Schiller in Landmann/Rohmer, § 2 UmwRG, Rn. 60 mwN.

<sup>386</sup> Vgl. Zeissler/Schmitz, UPR 2016, 1; Guckelberger/Geber, EurUP 2014, 167 (168 f.); siehe zu den Auswirkungen auch Schmidt/Schrader/Zschesche (2014), Rn. 185, mit einigen Beispielen aus der Rechtsprechung, bei denen Einwendungen nach § 2 Abs. 3 UmwRG als präkludiert angesehen worden sind.

<sup>387</sup> Vgl. bezogen auf die Naturschutzverbände näher Schmidt/Schrader/Zschesche (2014), Rn. 10 ff. und Rn. 303 ff.; zur Entwicklung der Verbandsbeteiligung in diesem Zusammenhang allgemein Siegel, NVwZ 2016, 337 (338).

<sup>388</sup> Vgl. Siegel, NVwZ 2016, 337 (338); zu den Folgen z.B. für die Information der Verbände über Vorhaben und Zulassungsverfahren näher Schmidt/Schrader/Zschesche (2014), Rn. 190 f.

für die Einsichtnahme in die Unterlagen und die Ausarbeitung von Einwendungen zur Verfügung (im Zusammenhang mit der Novellierung des Umwelt-Rechtbehelfsgesetzes sollen aber in § 9 Abs. 1c und 1d UVPG längere Fristen geregelt werden).

Zur Vermeidung einer materiellen Präklusion müssen nicht nur die Beteiligungsfristen eingehalten, sondern auch die von der Rechtsprechung entwickelten Vorgaben für die Substantiierung der Einwendungen beachtet werden. Dabei sind bisher unterschiedliche Anforderungen an Individualkläger und Umweltverbände gestellt worden. Während es bei Individualklägern grundsätzlich ausreichte, die individuelle Betroffenheit durch die Auswirkungen eines Vorhabens darzulegen, wurden die von Umweltverbänden erhobenen Einwendungen nach § 2 Abs. 3 UmwRG auch dann als präkludiert angesehen, wenn darin eventuelle Defizite bei der Berücksichtigung von Umweltbelangen zwar angesprochen, aber nicht eingehend genug behandelt worden waren.<sup>389</sup> Die Rechtsprechung hat hierfür hohe Anforderungen an die Umweltverbände entwickelt:<sup>390</sup> Sie sollten zumindest Angaben zu den durch ein Vorhaben betroffenen Schutzgütern und den für diese zu erwartenden Beeinträchtigungen machen, und zwar z.B. auch zur räumlichen Zuordnung des Vorkommens von Arten. Es wurde zwar keine rechtliche Beurteilung, aber eine umfassende Auseinandersetzung mit den Planungs- oder Genehmigungsunterlagen hinsichtlich der umweltschutzfachlich relevanten Punkte verlangt. Als Maßstab für die Substantiierung der Einwendungen galt, dass sich die Umweltverbände umso eingehender mit den zu erwartenden Umweltauswirkungen auseinandersetzen mussten, je umfangreicher und intensiver diese in den ausgelegten Unterlagen begutachtet und bewertet worden waren.

Diese hohen Anforderungen an die Verbandsbeteiligung hat das Bundesverwaltungsgericht damit begründet, dass die bestehenden Beteiligungs- und Präklusionsregelungen dazu dienten, den besonderen fachlichen Sachverstand der Umweltverbände zu mobilisieren und damit die Bewältigung von Umweltschutzkonflikten durch die zuständigen Planungs- und Genehmigungsbehörden zu fördern.<sup>391</sup> Das entsprach vom Ansatz her dem Zweck von § 2 Abs. 3 UmwRG, denn die Vorschrift orientierte sich an der für naturschutzrechtliche Verbandsklagen eingeführten Präklusionsregelung in § 61 Abs. 3 BNatSchG 2002, mit der nach den Gesetzesmaterialien die Naturschutzverbände ebenfalls schon dazu veranlasst werden sollten, ihren Sachverstand frühzeitig in die Verwaltungsverfahren einzubringen, um auf Defizite bei der Berücksichtigung von Umweltbelangen hinzuweisen und damit deren Behebung zu ermöglichen.<sup>392</sup> Außerdem zielten diese Regelungen ebenso wie die in den Fachgesetzen enthaltenen Präklusionsvorschriften darauf, die Behörden und insbesondere auch die Vorhabenträger vor überraschendem Prozessvortrag zu schützen und dadurch Rechtssicherheit zu erzeugen.<sup>393</sup>

Insbesondere die Präklusion nach § 2 Abs. 3 UmwRG stieß jedoch auf Kritik, weil sie auch aufgrund der Anforderungen an die Verfahrensbeteiligung und an die Konkretisierung der Einwendungen einen Rechtsschutz einschränkende Wirkung haben konnte. Es bestanden erhebliche Zweifel, ob die Beteiligungsvorschriften mit dem Ziel des Art. 9 Abs. 2 AK, der betroffenen Öffentlichkeit in Umweltangelegenheiten einen weiten Zugang zu Gerichten zu gewähren, sowie den daran anknüpfenden Regelungen in Art. 11 UVP-RL (2011/92/EU) und Art. 25 Industrieemissions-RL (2010/75/EU) zu ver-

<sup>389</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden Guckelberger/Geber, EurUP 2014, 167 (168 f.); Geismann/Schulz, NuR 2014, 624 (629 f.); Schmidt/Schrader/Zschesche (2014), Rn. 188 ff. (mwN).

<sup>390</sup> Vgl. BVerwG Urt. v. 14.7.2011 - 9 A 12.10, Rn. 20, NuR 2011, 866 ff.; siehe auch Urt. v. 29.9.2011 - 7 C 21/09, Rn. 35, ZUR 2012, 187 ff.; Beschl. v. 10.1.2012 7 C 20/11, NVwZ 2012, 288 ff.

<sup>391</sup> Vgl. BVerwG, Urt. v. 14.7.2011 - 9 A 12.10, Rn. 19, NuR 2011, 866 ff.; siehe auch Urt. v. 29.9.2011 - 7 C 21/09, Rn. 34, ZUR 2012, 187 ff.

<sup>392</sup> Vgl. die Begründungen zu § 2 UmwRG, BT-Drs. 16/2495, S. 12, sowie zu § 61 Abs. 3 BNatSchG, BT-Drs. 14/6378, S. 62.

<sup>393</sup> Vgl. die Begründung zu § 61 Abs. 2 BNatSchG, BT-Drs. 14/6378, S. 62; siehe allgemein zu den Funktionen der Präklusion Guckelberger/Geber, EurUP2014, 167 (168 f.), mwN, sowie die Übersicht bei Zeissler/Schmitz, UPR 2016, 1.

einbaren waren.<sup>394</sup> Zudem war fraglich, ob es das Unionsrecht zuließ, die Einlegung von Rechtsbehelfen von der vorherigen Beteiligung am Verwaltungsverfahren abhängig zu machen.<sup>395</sup> Ähnliche Bedenken sind darüber hinaus aus der Aarhus-Konvention auch für den Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 3 AK abgeleitet worden.<sup>396</sup>

Das Bundesverwaltungsgericht hatte die bestehenden Beteiligungs- und Präklusionsregelungen zwar wiederholt als verfassungskonform<sup>397</sup> und als mit dem Unionsrecht vereinbar angesehen.<sup>398</sup> Es stufte in ständiger Rechtsprechung die Verfahrensbeteiligung und die damit verbundene Einwendungspräklusion als vorgezogenen Rechtsschutz ein und hielt sie vor allem aus Gründen der Rechtssicherheit für zulässig. Außerdem nahm es an, dass die Umweltverbände in der Lage seien, die hohen Anforderungen an die Erhebung von Einwendungen trotz der auch aus Sicht des Gerichts mit den Verfahrensvorschriften verbundenen Erschwernisse zu bewältigen. Dabei verwies es darauf, dass die Umweltverbände für ihre Anerkennung eine sachgerechte Aufgabenerfüllung gewährleisten müssten und dass auch aufgrund ihrer Routine eine effektive Wahrnehmung der Verfahrensbeteiligung erwartet werden könne.<sup>399</sup> Die Kommission vertrat jedoch die Auffassung, dass die Vorgaben von Art. 11 UVP-RL (2011/92/EU) und Art. 25 Industrieemissions-RL (2010/75/EU) unter anderem in Folge der Präklusionsregelungen in Deutschland nicht ausreichend umgesetzt worden sei. Sie leitete deshalb ein Vertragsverletzungsverfahren ein und verwies unter anderem darauf, dass durch die Präklusion auch neue Einwendungen, die sich erst nach Abschluss des Verwaltungsverfahrens ergeben, in den nachfolgenden Rechtsschutzverfahren außer Acht gelassen werden müssten.<sup>400</sup>

#### 4.2.2 Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 15.10.2015 (Rs. C-137/14)

Aufgrund der durch die Kommission erhobenen Klage hat der EuGH festgestellt, dass die in § 2 Abs. 3 UmwRG und § 73 Abs. 4 Satz 3 VwVfG vorgesehene materielle Präklusion von im Verwaltungsverfahren nicht rechtzeitig erhobenen Einwendungen für nachfolgende Rechtsschutzverfahren mit dem Unionsrecht nicht zu vereinbaren ist.<sup>401</sup> Die Begründung dafür fällt relativ knapp aus.<sup>402</sup> Das entscheidende Argument des EuGH ist, dass nach Art. 11 UVP-RL (2011/92/EU) und Art. 25 Industrieemissions-RL (2010/75/EU) bei den davon erfassten Verwaltungsentscheidungen ein weitreichender Zugang zu gerichtlichen Überprüfungsverfahren gewährt werden muss, in denen die materiell- und die verfahrensrechtliche Rechtmäßigkeit umfassend angefochten werden kann.<sup>403</sup> Deswegen ist es nach Auffassung des Gerichts nicht zulässig, die Gründe, die mit solchen Rechtsbehelfen geltend gemacht werden können, zu beschränken. Die angegriffenen Präklusionsregelungen stellten jedoch besondere Bedin-

<sup>394</sup> Vgl. eingehend dazu Guckelberger/Geber, EurUP 2014, 167 (171 ff. und 174 ff.); siehe auch Bunge, UmwRG, § 2 Rn. 18; Gellermann, DVBl. 2013, 1341 (1345 f.); Geismann/Schulz, NuR 2014, 624 (629 f.); Sauer, ZUR 2014, 195 (198 f.); Seibert, NVwZ 2013, 1040 (1044); Schmidt/Schrader/Zschiesche (2014), Rn. 196 ff. mwN; anderer Ansicht z.B. Brauhardt, UPR 2010, 296 ff.

<sup>395</sup> Vgl. Frenz, NuR 2012, 619 (622), unter Verweis auf EuGH, Urt. v. 15.10.2009 – C-263/08, Rn. 39, Slg. 2009, I-9967 (Djurgarden-Lilla).

<sup>396</sup> Siehe eingehend dazu Guckelberger/Geber, EurUP 2014, 167 (171 ff.).

<sup>397</sup> BVerwG, Urt. v. 24.5.1996 – 4 A 38.95, UPR 1996, 386; BVerwGE 104, 337 (345).

<sup>398</sup> Vgl. BVerwG, Urt. v. 14.4.2010 – 9 A 5.08, Rn. 107 f., ZUR 2010, 478 (483 f.); Urt. v. 14.07.2011 – 9 A 12.10, Rn. 23 ff., NuR 2011, 866 (867 f.); vgl. auch Zeissler/Schmitz, UPR 2016, 1 (2) - mwN.

<sup>399</sup> Vgl. BVerwG, Urt. v. 14.7.2011 – 9 A 12.10, Rn. 22, NuR 2011, 866 (867).

<sup>400</sup> Vgl. Johlen, NuR 2015, 513 (515); Geismann/Schulz, NuR 2014, 624; näher dazu die Pressemitteilung der Kommission vom 17.10.2013, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-13-967\\_de.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-967_de.htm).

<sup>401</sup> EuGH, Urt. v. 15.10.2015 – C-137/14, Rn. 75 ff., ZUR 2016, 33 ff.; siehe dazu Bunge, NuR 2016, 11 (13); Berkemann, DVBl. 2016, 205 (212 ff.); Fellenberg, NVwZ 2015, 1721 ff., Frenz, NuR 2015, 832 ff.; Keller/Rövekamp NVwZ 2015, 1672 ff.; Klinger, ZUR 2016, 41 ff.; Ludwig, NJW 2015, 3484 (3486); Siegel, NVwZ 2016, 337 ff.; Sobotta, EuZW 2016, 72 (73); Teßmer, Informationsdienst Umweltrecht (IDUR) Schnellbrief 192 (2015), 50 ff.; Zeissler/Schmidt, UPR 2016, 1 ff.

<sup>402</sup> Kritisch dazu bspw. Berkemann, DVBl. 2016, 205 (212); Zeissler/Schmitz, UPR 2016, 1 (3).

<sup>403</sup> EuGH, Urt. v. 15.10.2015 – C-137/14, Rn. 77, ZUR 2016, 33 (39), unter Verweis auf Urt. v. 12.5.2011 – C-115/09, ZUR 2011, 368 f. / (Trianel).

gungen auf, die zu einer in Art. 11 UVP-RL (2011/92/EU) sowie in Art. 25 Industrieemissions-RL (2010/75/EU) nicht vorgesehenen Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle führten.<sup>404</sup>

Zu den für die Rechtfertigung der Präklusionsregelungen vorgebrachten Argumenten, wonach diese der Rechtssicherheit sowie der Effizienz von Verwaltungs- und Gerichtsverfahren dienen sollten, nimmt der EuGH nur kurz wie folgt Stellung: Zum einen sei es nicht erwiesen, dass eine umfassende gerichtliche Kontrolle von umweltrelevanten Verwaltungsentscheidungen der Rechtssicherheit abträglich sein könnte.<sup>405</sup> Zum anderen sei die Zielsetzung von Art. 11 UVP-RL (2011/92/EU) und Art. 25 Industrieemissions-RL (2010/75/EU), der betroffenen Öffentlichkeit einen weiten Zugang zu Gericht und damit auch „eine umfassende materiell-rechtliche und verfahrensrechtliche Kontrolle der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung zu ermöglichen“, im Verhältnis zur Effizienz von Verwaltungs- und Gerichtsverfahren vorrangig.<sup>406</sup> Allerdings weist das Gericht ergänzend darauf hin, dass der nationale Gesetzgeber spezifische Verfahrensvorschriften vorsehen kann, „nach denen z.B. ein missbräuchliches oder unredliches Vorbringen unzulässig ist, die geeignete Maßnahmen darstellen, um die Wirksamkeit des gerichtlichen Verfahrens zu gewährleisten“.<sup>407</sup>

Das EuGH-Urteil betrifft nicht nur § 2 Abs. 3 UmwRG und § 73 Abs. 4 Satz 3 VwVfG, die in der Begründung ausdrücklich erwähnt werden, sondern auch andere Präklusionsregelungen, die auf unter Art. 11 UVP-RL (2011/92/EU) und Art. 25 Industrieemissions-RL (2010/75/EU) fallende Verwaltungsentscheidungen anwendbar sind. Das ist der Fall bei § 10 Abs. 3 Satz 5 BImSchG, der für die Öffentlichkeitsbeteiligung bei der Genehmigung von Industrieanlagen gilt, sowie bei § 215 Abs. 1 BauGB und § 47 Abs. 2a VwGO, die auf UVP-pflichtige Bebauungspläne anwendbar sind.<sup>408</sup> Auch nach diesen Vorschriften dürfen daher Einwendungen, die in den Verwaltungsverfahren nicht rechtzeitig geltend gemacht worden sind, nicht (mehr) für nachfolgende Rechtsbehelfsverfahren ausgeschlossen werden. Das erleichtert insbesondere bei UVP-pflichtigen Vorhaben die Einlegung von Rechtsbehelfen, da sich die materielle Präklusion hier insbesondere bei den Verbandsklagen als ein Hemmnis erwiesen hatte, das nunmehr wegfällt.<sup>409</sup> Eine „Mitwirkungslast“ bei der Öffentlichkeitsbeteiligung, wie sie sich faktisch aus den Präklusionsregelungen ergab, besteht jetzt nicht mehr, weil nach Auffassung des Gerichtshofs sowohl betroffene Bürger als auch Umweltverbände ihre Klagebefugnisse grundsätzlich unabhängig von einer vorherigen Beteiligung am Verwaltungsverfahren nutzen können.<sup>410</sup> Außerdem ergibt sich daraus, dass auch die Anwendung von § 2 Abs. 1 Nr. 3 UmwRG ausgeschlossen ist, denn darin wird die Zulässigkeit von Verbandsklagen davon abhängig gemacht, dass sich ein zur Beteiligung berechtigter Umweltverband bereits im Verwaltungsverfahren zur Sache geäußert hatte.<sup>411</sup> Die nur für das jeweilige Verwaltungsverfahren geltende (formelle) Präklusion von verspäteten Einwendungen, die insbesondere in § 73 Abs. 4 Satz 3 VwVfG und in § 10 Abs. 3 Satz 5 BImSchG vorgesehen ist, wird hingegen durch das EuGH-Urteil nicht berührt, so dass derartige Regelungen auch bei UVP-Verfahren

<sup>404</sup> EuGH, Urt. v. 15.10.2015 – C-137/14, Rn. 78, ZUR 2016, 33 (39).

<sup>405</sup> EuGH, Urt. v. 15.10.2015 – C-137/14, Rz. 79, ZUR 2016, 33, (39 f.).

<sup>406</sup> EuGH, Urt. v. 15.10.2015 – C-137/14, Rz. 80, ZUR 2016, 33 (40).

<sup>407</sup> EuGH, Urt. v. 15.10.2015 – C-137/14, Rz. 81, ZUR 2016, 33 (40).

<sup>408</sup> Vgl. Berkemann, DVBl. 2016, 205 (213); Bunge, NuR 2016, 11 (16); Zeissler/Schmitz, UPR 2016, 1 (4).

<sup>409</sup> Vgl. Bunge, NuR 2016, 11 (19); Frenz, NuR 2015, 832 (833); siehe zu den Erschwernissen, die sich insbesondere für Umweltverbände aus den Beteiligungs- und Präklusionsregelungen ergaben, näher Guckelberger/Geber, EurUP 2014, 167 (169), sowie Schmidt/Schrader/Zschiesche (2014), Rn. 507 ff. – jeweils mwN.

<sup>410</sup> Siehe dazu Bunge, NuR 2016, 11 (17); Keller/Rövenkamp, NVwZ 2015, 1672; Fellenberg, NVwZ 2015, 1721 (1724); Zeissler/Schmitz, UPR 2016, 1 (3 f.).

<sup>411</sup> Vgl. Bunge, NuR 2016, 11 (17); ebenso VG Cottbus, Beschl. v. 29.07.2016 – 3 L 296/16 – BeckRS 2016, 51111; vgl. auch VG Bremen, Beschl. v. 18.05.2016 – 5 V 366/16 – Urteilsabdruck S. 6 ff., zur unionsrechtskonformen (einschränkenden) Auslegung von § 2 Abs. 1 Nr. 3 UmwRG; aA OVG Koblenz, Beschl. v. 28.04.2016 – 8 B 10285/16 – ZUR 2016, 421 (422 f.).

weiterhin zulässig sind.<sup>412</sup> Nach ihrem Wortlaut lassen sich die genannten Vorschriften auch ohne Änderungen so verstehen, dass sich der dort vorgesehene Ausschluss von Einwendungen lediglich auf das Verwaltungsverfahren bezieht, also insoweit mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

Darüber hinaus steht das EuGH-Urteil einem nach dem Prozessrecht möglichen Ausschluss von Einwendungen in verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht entgegen.<sup>413</sup> Der Gerichtshof weist ausdrücklich darauf hin, dass nationale Regelungen zum Ausschluss von missbräuchlichem oder unredlichem Vorbringen zulässig sind, um die Wirksamkeit des gerichtlichen Verfahrens zu gewährleisten.<sup>414</sup> Es wird allerdings nicht konkretisiert, was in diesem Zusammenhang unter „Missbrauch“ zu verstehen ist. Das deutsche Prozessrecht enthält dazu bisher keine Regelung, ermöglicht aber nach § 87b Abs. 3 VwGO den Ausschluss von Einwendungen, die eine Partei nicht rechtzeitig innerhalb der vom Gericht für den Prozessvortrag gesetzten Fristen vorgebracht hat, sofern ihre Berücksichtigung zu erheblichen Verzögerungen des gerichtlichen Verfahrens führen würde. Fraglich ist, ob darüber hinaus z.B. auch ein Verzicht auf eine (konkrete) Stellungnahme im Verwaltungsverfahren ein Grund dafür sein kann, im gerichtlichen Verfahren erstmals vorgetragene Einwendungen als „missbräuchlich“ anzusehen. Da nach Auffassung des Gerichtshofs – wie vorstehend dargelegt – die erstmalige Erhebung von Einwendungen im gerichtlichen Verfahren grundsätzlich zulässig ist, spricht viel dafür, dass ein solches Vorgehen in der Regel nicht als „missbräuchlich“ bewertet werden darf.<sup>415</sup>

### 4.2.3 Änderungen im Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz

#### 4.2.3.1 Regelungen zur Präklusion von Einwendungen und zur Verfahrensbeteiligung

Der Gesetzgeber will aufgrund des EuGH-Urteils vom 15.10.2015 (Rs. C-137/14) die Präklusionsvorschriften in § 2 Abs. 3 UmwRG und § 47 Abs. 2a VwGO streichen und auch die Regelung für die Zulässigkeit von Rechtsbehelfen in § 2 Abs. 1 Nr. 3 UmwRG ändern.<sup>416</sup> Letztere verlangt bisher bei allen Rechtsbehelfen gegen Entscheidungen nach § 1 Abs. 1 Satz 1 UmwRG, dass der klagende Umweltverband zur Beteiligung am Verwaltungsverfahren berechtigt ist und sich dabei in der Sache geäußert hat. Zukünftig soll für Vorhaben gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Entwurf-UmwRG n.F. nur noch eine Beteiligung des Umweltverbandes zur Verfahrensbeteiligung erforderlich sein (siehe § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit a Entwurf-UmwRG n.F.). Damit reagiert der Gesetzentwurf auf die Feststellung des Gerichtshofs, dass ein weiter Zugang zu Gerichten gemäß Art. 11 UVP-RL (2011/92/EU) und Art. 25 Industrieemissions-RL (2010/75/EU) nur dann gewährleistet ist, wenn in einem Rechtsbehelfsverfahren auch Einwendungen geltend gemacht werden können, die in dem vorausgehenden Verwaltungsverfahren nicht erhoben worden sind. Diese Gesetzesänderungen würden insbesondere bei UVP-pflichtigen Vorhaben dazu führen, dass die Zulässigkeit eines Rechtsbehelfs nicht mehr davon abhängig gemacht werden kann, ob sich der klagende Umweltverband vorher am Zulassungsverfahren beteiligt und dabei eine Stellungnahme abgegeben hat.<sup>417</sup>

Bei den zur Umsetzung von Art. 9 Abs. 3 AK geplanten neuen Klagemöglichkeiten gegen SUP-pflichtige Pläne und Programme (siehe § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Entwurf-UmwRG n.F.) soll hingegen nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit b Entwurf-UmwRG n.F. für die Zulässigkeit ein Beteiligungsrecht des klagenden Umweltverbandes und eine Äußerung in der Sache während des Verwaltungsverfahrens verlangt werden. Damit

<sup>412</sup> Vgl. unter dem Aspekt der Verfahrenseffizienz zustimmend Fellenberg, NVwZ 2015, 1721 (1724); Ludwigs, NJW 2015, 3484 (3486); Siegel, NVwZ 2016, 337 (339); Beier, UPR 2016, 48 (51).

<sup>413</sup> Vgl. Berkemann, DVBl. 2016, 205 (214); Fellenberg, NVwZ 2015, 1721, (1724).

<sup>414</sup> EuGH, Urt. v. 15.10.2015 – C-137/14, Rn. 81, ZUR 2016, 33 (40).

<sup>415</sup> Vgl. Berkemann, DVBl. 2016, 205 (213); Klinger, ZUR 2016, 41 (42 f.); Siegel, NVwZ 2016, 337 (340 f.); Sobotta, EuZW 2016, 72 (73).

<sup>416</sup> Siehe den Gesetzentwurf zur Anpassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes v. 22.06.2016, BT-Drs. 18/9526.

<sup>417</sup> Vgl. die Begr. zum Gesetzentwurf, BT-Drs. 18/9526, S. 38.

überträgt der Gesetzentwurf diese formelle Mitwirkungspflicht, die – wie dargelegt – vor allem bei Rechtsbehelfen gegen UVP-pflichtigen Vorhaben nicht mehr zulässig ist, auf die Rechtsbehelfe gegen SUP-pflichtige Pläne und Programme.<sup>418</sup> Außerdem enthält § 7 Abs. 3 Satz 1 Entwurf-UmwRG n.F. eine neue Präklusionsvorschrift für bei der Aufstellung solcher Pläne und Programme – mit Ausnahme von Bebauungsplänen – nicht rechtzeitig vorgebrachte Einwendungen, deren Wortlaut dem § 2 Abs. 3 UmwRG nachgebildet ist.<sup>419</sup> Hinzu kommt noch, dass auch der Entwurf zu § 14i Abs. 3 UVPG n.F. die Einfügung einer das SUP-Verfahren betreffenden Präklusionsregelung vorsieht. Diese Regelungen für eine materielle Präklusion von Einwendungen gegen SUP-pflichtige Pläne und Programme entsprechen vom Ansatz her den zuvor für UVP-pflichtige Vorhaben geltenden Vorschriften. Die Begründung zu § 7 Entwurf-UmwRG n.F. führt dazu aus, dass dies zulässig sei, weil die neuen Klagemöglichkeiten gegen Pläne und Programme zur Umsetzung von Art. 9 Abs. 3 AK dienen und daher nur Entscheidungen betreffen, die nicht in den Anwendungsbereich von Art. 11 UVP-RL (2011/92/EU) und Art. 25 Industrieemissions-RL (2010/75/EU) fallen.<sup>420</sup>

Außerdem ist in Folge des durch eine Entscheidung des Aarhus-Convention-Compliance-Committee vom 20.12.2013<sup>421</sup> veranlassten Beschlusses der 5. Vertragsstaatenkonferenz eine Änderung in § 2 Abs. 1 Nr. 1 UmwRG geplant. Die in dieser Vorschrift enthaltene Beschränkung der Rügebefugnisse auf die Verletzung von Rechtsvorschriften, „die dem Umweltschutz dienen“, würde mit der Streichung dieser Formulierung für alle von Art. 9 Abs. 2 AK erfassten Vorhaben wegfallen. Dadurch würde für diese Vorhaben vorgesehen, dass mit einer Verbandsklage grundsätzlich verlangt werden kann, dass die angegriffene Verwaltungsentscheidung vollständig auf die Einhaltung aller verfahrens- und materiellrechtlichen Vorschriften überprüft wird.<sup>422</sup> Dementsprechend sieht § 2 Abs. 4 Nr. 1 Entwurf-UmwRG n.F., der § 2 Abs. 5 Nr. 1 UmwRG ersetzen soll, für diese Fälle auch nicht mehr vor, dass die Rechtsbehelfe nur bei einer Verletzung von umweltschutzbezogenen Vorschriften begründet sind. Es würde aber weiterhin verlangt, dass Verstöße gegen Rechtsvorschriften vorliegen, die für die Entscheidung oder deren Unterlassung „von Bedeutung“ sind. Die mit den geplanten Änderungen verbundene Erweiterung der Rügebefugnisse betrifft allerdings nur den Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 2 AK. Für die zur Umsetzung von Art. 9 Abs. 3 AK eingeführten Klagemöglichkeiten sieht der neue Satz 2 des § 2 Abs. 1 Entwurf-UmwRG n.F. hingegen vor, dass die Umweltverbände ihre gegen Entscheidungen gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2a bis 6 Entwurf-UmwRG n.F. gerichteten Rechtsbehelfe nur auf die Verletzung „umweltschutzbezogener Rechtsvorschriften“ stützen können. Dabei wird davon ausgegangen, dass Art. 9 Abs. 3 AK insoweit Umsetzungsspielräume eröffnet und daher – anders als Art. 9 Abs. 2 AK – eine solche Beschränkung der Rügebefugnisse zulässt.<sup>423</sup>

Bei den unter Art. 9 Abs. 2 AK fallenden Vorhaben ist somit davon auszugehen, dass sie aufgrund der Unzulässigkeit bzw. des Wegfalls der bisher geltenden Präklusionsregelungen und in Folge der erweiterten Rügebefugnisse grundsätzlich einer umfassenden Rechtmäßigkeitsprüfung unterzogen werden können. Hingegen würde bei den durch § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Entwurf-UmwRG n.F. neu eröffneten Klagemöglichkeiten gegen SUP-pflichtige Pläne und Programme, die zur Umsetzung von Art. 9 Abs. 3 AK dienen, die dafür vorgesehenen Präklusionsregelungen und die auf umweltschutzbezogene Vor-

<sup>418</sup> Vgl. Begr. zum Gesetzentwurf, BT-Drs. 18/9526, S. 38.

<sup>419</sup> So ausdrücklich die Begr. zum Gesetzentwurf, BT-Drs. 18/9526, S. 43.

<sup>420</sup> Vgl. Begr. zum Gesetzentwurf, BT-Drs. 18/9526, S. 43.

<sup>421</sup> Vgl. ACCC/C/2008/31, Ziffer 78 sowie Beschluss V/9h der 5. Vertragsstaatenkonferenz zur Aarhus-Konvention vom 29.6. bis 2.7.2014 in Maastricht.

<sup>422</sup> Vgl. Begr. zum Gesetzentwurf, BT-Drs. 18/9526, S. 38 – der dort zu findende Hinweis, aus der weiter nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 UmwRG geltenden Klagevoraussetzung, dass der Umweltverband geltend machen muss, in seinem „satzungsgemäßen Aufgabenbereich der Förderung der Ziele des Umweltschutzes durch die Entscheidung ... berührt zu sein“, könne sich doch eine Einschränkung der Rügebefugnis ergeben, kann nicht gefolgt werden, weil sich diese Regelung nach ihrem Wortlaut eindeutig nicht auf bestimmte Rechtsverstöße, sondern auf die angegriffene Verwaltungsentscheidung bezieht.

<sup>423</sup> Vgl. Begr. des Gesetzentwurfs, BT-Drs. 18/9526, S. 39; siehe im Einzelnen dazu auch oben 2.3.4.

schriften beschränkten Rügebefugnisse eine Einschränkung der gerichtlichen Kontrolle bewirken. Da es sich aufgrund der SUP-Pflichtigkeit um Pläne und Programme handelt, die mit ihren Festlegungen einen Rahmen für nachfolgende Zulassungsentscheidungen setzen<sup>424</sup>, stellt sich die Frage, ob sich die bei der Aufstellung nach § 7 Abs. 3 Satz 1 Entwurf-UmwRG n.F. mögliche Präklusion von Einwendungen auch auf die gerichtliche Überprüfung dieser Zulassungsentscheidungen auswirken würde. Wenn das der Fall ist, könnten sich dadurch Einschränkungen des Rechtsschutzes gegen Vorhaben gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Entwurf-UmwRG n.F. ergeben, bei denen nach dem EuGH-Urteil vom 15.10.2015 (Rs. C-137/14) sowie nach den geplanten und vorstehend erläuterten Gesetzesänderungen an sich eine umfassende gerichtliche Kontrolle möglich sein müsste.

Die materielle Präklusion von Einwendungen, die in einem Verwaltungsverfahren nicht rechtzeitig erhobenen worden sind, betrifft nur die Rechtsbehelfe, die sich gegen die in dem jeweiligen Verfahren getroffene Verwaltungsentscheidung richten.<sup>425</sup> Die geplante Regelung in § 7 Abs. 3 Satz 1 Entwurf-UmwRG n.F. würde daher unmittelbar nur bei den nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Entwurf-UmwRG n.F. gegen SUP-pflichtige Pläne und Programme zulässigen Rechtsbehelfen zu einer Einschränkung des Prüfungsumfangs führen. Das entspricht auch dem an der Zielsetzung des bisher noch geltenden § 2 Abs. 2 UmwRG orientierten Zweck des § 7 Abs. 3 Satz 1 Entwurf-UmwRG n.F.<sup>426</sup>, der insbesondere die Umweltverbände dazu anzuhalten soll, ihren Sachverstand schon in die Aufstellungsverfahren für diese Pläne und Programme einzubringen.<sup>427</sup> Die nachfolgenden behördlichen Verfahren und Entscheidungen insbesondere über die Zulassung von Vorhaben und die dagegen gerichteten Rechtsbehelfe sind demgegenüber eigenständig. Deswegen könnten sich z.B. Rechtsbehelfe gegen UVP-pflichtige Vorhaben grundsätzlich auch auf Einwendungen stützen, die in einem vorausgehenden Planungsverfahren nach § 7 Abs. 3 Satz 1 Entwurf-UmwRG n.F. präkludiert worden sind. Das ist praktisch bedeutsam, weil sich vor allem die gerichtliche Kontrolle der Zulassung von UVP-pflichtigen Vorhaben inzident auch auf die Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer zugrunde liegenden Planungsentscheidung erstrecken kann. Das ist insbesondere bei den nach § 10 Abs. 1 BauGB als Satzungen erlassenen Bebauungsplänen der Fall, weil bei diesen grundsätzlich jeder Verstoß gegen zwingende Rechtsvorschriften zur Nichtigkeit führt, so dass auch darauf gestützte Verwaltungsakte rechtswidrig sind.<sup>428</sup> Die Präklusionsregelung in § 7 Abs. 3 Satz 1 Entwurf-UmwRG n.F. soll allerdings nach Satz 2 der Vorschrift auf Bebauungspläne ohnehin keine Anwendung finden, so dass deren Inzidentkontrolle unabhängig von einem eventuellen Einwendungsausschluss im Aufstellungsverfahren möglich bliebe.

Es könnten sich jedoch Einschränkungen für eine Inzidentkontrolle ergeben, wenn aufgrund einer gegen einen Plan oder ein Programm erhobenen Klage ein Urteil ergangen ist, das deren Rechtmäßigkeit bestätigt. Dann führt die in § 121 VwGO geregelte Rechtskrafterstreckung dazu, dass dieses Urteil von den Prozessbeteiligten in anderen Klageverfahren – z.B. gegen eine nachfolgende Verwaltungsentscheidung – nicht mehr in Frage gestellt werden kann.<sup>429</sup> In solchen Fällen könnte sich eine materielle Präklusion von Einwendungen, die bei der Aufstellung eines Plans oder Programms nicht rechtzeitig erhoben und deswegen auch bei der gerichtlichen Überprüfung nicht berücksichtigt worden sind, also mittelbar auf nachfolgende Rechtsschutzverfahren auswirken.<sup>430</sup> Die Rechtskrafterstreckung erfasst

<sup>424</sup> Vgl. Begr. zum Gesetzentwurf, BT-Drs. 18/9526, S. 33 f.

<sup>425</sup> Vgl. zur Wirkungsweise der Präklusion allgemein Guckelberger/Geber, EurUP 2014, 167 (168 f.).

<sup>426</sup> Vgl. Begr. zum Gesetzentwurf, BT-Drs. 18/9526, S. 43.

<sup>427</sup> Vgl. Erläuterungen zum Zweck von § 2 Abs. 3 UmwRG und von anderen Präklusionsregelungen unter 4.2.1.

<sup>428</sup> Vgl. BVerwG, Beschl. von 07.05.1996- 4 B 55/96 – Rn. 8, jurion, mwN; allgemein zur Inzidentkontrolle von Bebauungsplänen W. Schrödter, in: Schrödter, BauGB, § 10 Rn. 33. siehe zum sog. Nichtigkeitsdogma auch Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, Vorb. §§ 214 – 216, Rn. 8.

<sup>429</sup> Vgl. Germelmann, in: Gärditz (2013), VwGO, § 121 Rn. 37 ff.; Kopp/Schenke (2016), VwGO, § 121 Rn. 13 ff.

<sup>430</sup> Bei Normenkontrollklagen nach § 47 VwGO stellt sich allerdings die Frage, inwieweit die Wirkungen der materiellen Präklusion den Prüfungsumfang überhaupt betreffen, denn es geht um eine objektive Rechtskontrolle, die sich nicht auf

allerdings nach § 121 VwGO immer nur die über einen bestimmten Streitgegenstand getroffene Entscheidung gemäß der Urteilsformel.<sup>431</sup> Die Bindungswirkung für nachfolgende Rechtsbehelfsverfahren kann daher auf Einzelfragen der Rechtmäßigkeit eines Plans oder Programms beschränkt sein, so dass dadurch die Geltendmachung anderer Gesichtspunkte nicht ausgeschlossen wird. Hinzu kommt, dass die Rechtskrafterstreckung nur relevant wird, wenn gerichtlich gegen einen Plan oder ein Programm vorgegangen worden ist. Sofern dies unterbleibt, kann dessen Rechtmäßigkeit unabhängig von einer Beteiligung an der Aufstellung weiterhin in einem Rechtsbehelfsverfahren gegen nachfolgende Zulassungsentscheidungen inzident überprüft werden. Demnach würde die materielle Präklusion von Einwendungen bei SUP-pflichtigen Plänen und Programmen nach § 7 Abs. 3 Satz 1 Entwurf-UmwRG n.F. nur in besonderen Fallkonstellationen dazu führen, dass sich daraus (mittelbar) auch bei Rechtsbehelfen gegen UVP-pflichtige Vorhaben eine Einschränkung des Prüfungsumfangs ergibt.

Zu beachten ist allerdings, dass die gerichtliche Kontrolle von Raumordnungs- und Bauleitplänen darüber hinaus in Folge des Grundsatzes der Planerhaltung deutlich eingeschränkt sein kann. Bei Bauleitplänen sieht § 215 Abs. 1 BauGB vor, dass auch nach § 214 Abs. 1 bis 3 BauGB an sich als beachtlich anzusehende Form- und Verfahrensfehler unbeachtlich werden, wenn nicht innerhalb eines Jahres seit der Bekanntmachung bei der zuständigen Gemeinde eine schriftliche Rüge erhoben wird. Nur bei erheblichen Mängeln des Abwägungsergebnisses ist die Geltendmachung in Rechtsbehelfsverfahren unbegrenzt möglich.<sup>432</sup> Für Raumordnungspläne gelten gemäß § 12 Abs. 5 ROG vergleichbare Regelungen, die vor allem für Normenkontrollklagen nach § 47 Abs. 1 VwGO z.B. gegen verbindliche Ziel festlegungen in Regionalplänen praktisch relevant sind.<sup>433</sup> Dabei entspricht die Rügefrist von einem Jahr der Frist für die Erhebung einer Normenkontrollklage nach § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO. Zwar haben die genannten Vorschriften praktisch die gleichen Rechtsfolgen wie eine materielle Präklusion, da sie ebenfalls die gerichtliche Überprüfbarkeit der Planungsentscheidungen unter Umständen erheblich einschränken. Das betrifft sowohl die direkt gegen Raumordnungs- und Bauleitpläne gerichteten Klagen, als auch Rechtsbehelfe gegen Verwaltungsentscheidungen, die auf solchen Plänen beruhen. Die beschriebenen Rügepflichten bestehen allerdings unabhängig davon, ob und wie sich der Kläger bei der Planaufstellung durch Einwendungen beteiligt hat, denn sie zielen darauf, die Rechtssicherheit im Hinblick auf die Wirksamkeit von (beschlossenen) Bauleitplänen zu erhöhen.<sup>434</sup> Es geht also anders als bei der geplanten Präklusionsregelung in § 7 Abs. 3 Satz 1 Entwurf-UmwRG n.F. nicht darum, die Beteiligung insbesondere der Umweltverbände an den Planungsverfahren sicherzustellen, um die Berücksichtigung von Umweltbelangen zu verbessern.<sup>435</sup> Daher spielt eine solche Beteiligung für die Anwendung von § 215 BauGB und von § 12 Abs. 5 ROG auch keine Rolle, mit der Folge, dass die darin geregelten Rügepflichten – trotz der gleichartigen Rechtsfolgen – von einer Präklusion nach § 7 Abs. 3 Satz 1 Entwurf-UmwRG n.F. zu unterscheiden und als eigenständig anzusehen wären.

---

vom Kläger geltend gemachte Rechtverstöße beschränkt, vgl. BVerwG, NVwZ 2007, 223, zur deswegen eingeschränkten Wirkung des aufgehobenen § 47 Abs. 2a VwGO auch Kerkmann/Lambrecht, in: Gärditz (2013), VwGO, § 47 Rn. 113.

<sup>431</sup> Vgl. Kopp/Schenke (2016), VwGO, § 121 Rn. 18; näher dazu Germelmann, in: Gärditz (2013), VwGO, § 121 Rn. 78 ff..

<sup>432</sup> Vgl. Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 215 Rn. 3, unter Hinweis auf BT-Drs. 15/2996, S. 99; Uechtritz, in: BeckOK BauGB, § 215 Rn. 2.

<sup>433</sup> Vgl. dazu Kerkmann/Lambrecht, in: Gärditz (2013), VwGO, § 47 Rn. 44; Kopp/Schenke (2016), VwGO, § 47 Rn. 33 – jeweils mwN.

<sup>434</sup> Vgl. Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, Vorb. §§ 214 – 216 Rn. 1; Uechtritz, in: BeckOK BauGB, § 215 Rn. 2, unter Hinweis auf die Begründung älterer Regelungen in BT-Drs. 7/2496, S. 22.

<sup>435</sup> Siehe dazu schon 4.2.1.

Insgesamt gesehen ergibt sich demnach, dass die nach der EuGH-Rechtsprechung erweiterten Rügebefugnisse bei den unter Art. 9 Abs. 2 AK fallenden Vorhaben sowie die erforderliche Streichung von § 2 Abs. 3 UmwRG grundsätzlich eine vollständige gerichtlichen Kontrolle ermöglichen. Die zur Umsetzung von Art. 9 Abs. 3 AK vorgesehenen Klagebefugnisse gegen SUP-pflichtige Pläne und Programme nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Entwurf-UmwRG n.F. soll jedoch dadurch eingeschränkt werden, dass nur Verstöße gegen umweltschutzbezogene Vorschriften gerügt werden könnten und dass nach § 7 Abs. 3 Satz 1 Entwurf-UmwRG n.F. eine materielle Präklusion von Einwendungen möglich wäre. Diese Präklusionsregelung würde zwar den gerichtlichen Prüfungsumfang bei Klagen gegen nachfolgende Zulassungsentscheidungen für UVP-pflichtige Vorhaben nicht direkt beschränken. Sie kann sich aber über eine Rechtskrafterstreckung nach § 121 VwGO auch darauf auswirken.

#### 4.2.3.2 Ausschluss missbräuchlichen Vorbringens gemäß § 5 Entwurf-UmwRG n.F.

Nach § 5 Entwurf-UmwRG n.F. bleiben die von Personen oder Vereinigungen im Sinne des § 4 Absatz 3 Satz 1 Entwurf-UmwRG n.F. in einem Rechtsbehelfsverfahren erstmals erhobenen Einwendungen „unberücksichtigt, wenn die erstmalige Geltendmachung im Rechtsbehelfsverfahren missbräuchlich oder unredlich ist“. Damit greift der Gesetzgeber einen Hinweis des Europäischen Gerichtshofs auf, wonach spezifische Vorschriften für die Zurückweisung missbräuchlichen Vorbringens im gerichtlichen Verfahren, die dessen Wirksamkeit gewährleisten sollen, zulässig sind.<sup>436</sup> Allerdings wird weder durch den Gerichtshof noch in § 5 Entwurf-UmwRG n.F. näher bestimmt, was unter „missbräuchlich“ oder „unredlich“ verstanden werden kann. Deswegen wäre es letztlich Aufgabe der Gerichte, bei Anwendung der neuen Vorschrift im Einzelfall die notwendigen Feststellungen zu treffen und dadurch die gesetzlichen Anforderungen zu konkretisieren.<sup>437</sup> Es stellt sich aber auch im Hinblick auf den Vergleich mit anderen EU-Staaten die Frage, ob der § 5 Entwurf-UmwRG n.F. weit oder eng auszulegen wäre und welche Folgen dies für den Umfang der gerichtlichen Kontrolle hätte.

In der Begründung zu § 5 Entwurf-UmwRG n.F. wird näher erläutert, bei welchen Fallkonstellationen die Vorschrift anwendbar sein könnte. Zum einen kann danach das erstmalige Vorbringen von Einwendungen im gerichtlichen Verfahren als missbräuchlich oder unredlich angesehen werden, wenn der Kläger zuvor im Verwaltungsverfahren ausdrücklich erklärt oder auf andere Weise deutlich gemacht hat, dass entsprechende Einwendungen nicht bestehen.<sup>438</sup> Damit sind offenbar Fälle gemeint, in denen die Gegenseite aufgrund des vom Kläger gezeigten Verhaltens darauf vertrauen kann, dass von diesem zuvor – bewusst oder unbewusst – nicht erhobenen Einwendungen auch vor Gericht nicht mehr geltend gemacht werden. In solchen Fällen liegt ein widersprüchliches Verhalten vor, das allgemein als Verstoß gegen Treu und Glauben und daher als rechtmissbräuchlich angesehen wird.<sup>439</sup> Zum anderen wird in der Begründung speziell bezogen auf anerkannte Umweltverbände auch dann ein missbräuchliches Verhalten als gegeben angesehen, wenn im gerichtlichen Verfahren erstmals Einwendungen erhoben werden, die dem Verband bereits im Zulassungsverfahren bekannt waren, sofern dieses Vorgehen den Schutzanliegen und Umweltbelangen widerspricht, als deren Sachwalter sich der Verband versteht.<sup>440</sup> Ergänzend heißt es, dass die Umweltverbände als „Quasi-Verwaltungshelfer“ anzusehen seien, die sich nicht „unvernünftig“ verhalten dürften.<sup>441</sup>

Diese Erläuterungen deuten darauf hin, dass bei der Anwendung von § 5 Entwurf-UmwRG n.F. auf anerkannte Umweltverbände insofern besondere Maßstäbe gelten sollen, als deren Tätigkeit – anders als

<sup>436</sup> So die Begr. zum Gesetzentwurf, BT-Drs. 18/9526, S. 41, unter Verweis auf EuGH, Urt. v. 15.10.2015 – C-137/14, Rn. 81.

<sup>437</sup> Vgl. Begr. zum Gesetzentwurf, BT-Drs. 18/9526, S. 41; siehe auch Keller/Rövenkamp, NVwZ 2015, 1672.

<sup>438</sup> So die Begr. zum Gesetzentwurf, BT-Drs. 18/9526, S. 41.

<sup>439</sup> Vgl. bezogen auf die Zulässigkeit einer Klage OVG Koblenz, Beschl. v. 03.11.2014 – 1 B 10905/14, 1 B 11015/14 – Rn. 7.

<sup>440</sup> So die Begr. zum Gesetzentwurf, BT-Drs. 18/9526, S. 41.

<sup>441</sup> Vgl. Begr. zum Gesetzentwurf, BT-Drs. 18/9526, S. 41, mit Hinweis auf BVerwG, Urt. v. 01.04.2015 – 4 C 6.14, Rn. 25.

bei Individualklägern – speziell auf den Umweltschutz ausgerichtet ist. Dafür scheinen auch die neuen Regelungen zu sprechen, die im Entwurf zu § 9 Abs. 1 Satz 3 UVPG, der gemäß § 14i Abs. 1 UVPG auch SUP-Verfahren erfassen würde, und im Entwurf zu § 10 Abs. 3a BImSchG vorgesehen sind. Diese Regelungen sehen vor, dass die anerkannten Umweltverbände im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung die Behörden „in einer dem Umweltschutz dienenden Weise unterstützen“ sollen. Nach der Begründung zum Gesetzentwurf ist damit eine Klarstellung der besonderen Rolle der anerkannten Umweltverbände beabsichtigt.<sup>442</sup> Dabei wird auf eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts verwiesen, in der die Mitwirkung der anerkannten Naturschutzverbände – ausgehend von den speziell dafür geltenden Regelungen – als eine die Behörden bei ihren Entscheidungen unterstützende, auf die Einbringung naturschutzfachlichen Sachverständnisses zielende „Sachverständnispelizipation“ qualifiziert worden ist, die Vollzugsdefiziten im Bereich des Naturschutzes und der Landschaftspflege entgegenwirken soll.<sup>443</sup> Die Begründung zum Entwurf von § 9 Abs. 1 Satz 3 UVPG geht – ohne dass dies näher erläutert wird – davon aus, dass sich diese Einschätzung auf die nach § 3 UmwRG anerkannten Umweltverbände übertragen lässt.<sup>444</sup> Daran anknüpfend heißt es dann, zu ihrer besonderen Rolle gehöre zum Beispiel auch eine frühzeitige und enge Abstimmung mit den zuständigen Behörden sowie die Einbringung von Erkenntnissen der Umweltverbände über Umweltauswirkungen, da eine entsprechende Mitwirkung im Verfahren dem frühzeitigen und wirksamen Schutz der Umwelt diene.

Allerdings wird in der Begründung zugleich klargestellt, dass aus dem neu gefassten § 9 Abs. 1 Satz 3 UVPG und aus § 10 Abs. 3a BImSchG bei Entscheidungen nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 2b Entwurf-UmwRG n.F. keine Mitwirkungspflicht ableitbar sein soll, weil die Zulässigkeit von Rechtsbehelfen gegen diese Entscheidungen gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. a Entwurf-UmwRG n.F. nicht von einer vorherigen Beteiligung am Verwaltungsverfahren abhängig gemacht werden darf.<sup>445</sup> Das ergibt sich zwar an sich schon aus dem Wortlaut dieser Vorschrift und erschließt sich zudem daraus, dass die vorgesehene Änderung der Zulässigkeitsanforderungen zur Umsetzung des EuGH-Urteils vom 15.10.2015 (Rs. C-137/14) dient.<sup>446</sup> Sowohl die geplanten Änderungen des § 9 Abs. 1 Satz 3 UVPG und des § 10 Abs. 3a BImSchG als auch weite Teile der Begründungen dazu deuten aber auf eine Mitwirkungspflicht der Umweltverbände an den Verwaltungsverfahren hin, so dass die vorgesehene Klarstellung zur Vermeidung von Missverständnissen notwendig erscheint.

Insgesamt gesehen schaffen die dargestellten Erläuterungen zum Gesetzentwurf damit jedoch kaum Klarheit darüber, welche Fälle letztlich durch den Missbrauchstatbestand in § 5 Entwurf-UmwRG n.F. erfasst werden. Insbesondere stellt sich die Frage, ob das erstmalige Vorbringen von Einwendungen vor Gericht durch einen Umweltverband bei Rechtsbehelfen gegen Entscheidungen gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 2b Entwurf-UmwRG n.F. überhaupt missbräuchlich sein kann, wenn die Umweltverbände gar nicht verpflichtet sind, sich durch Einwendungen am Verwaltungsverfahren zu beteiligen. Dagegen spricht, dass die für diese Fälle gesetzgeberisch verankerte Abkoppelung des Rechtsschutzes von der Verfahrensbeteiligung zumindest teilweise rückgängig gemacht würde, wenn aus dem Unterlassen einer Beteiligung abgeleitet werden könnte, dass das erstmalige Vorbringen von Einwendungen vor Gericht nach § 5 Entwurf-UmwRG n.F. missbräuchlich ist.<sup>447</sup> In derartigen Fällen wird die Vor-

---

<sup>442</sup> Siehe dazu Begr. zum Gesetzentwurf, BT-Drs. 18/9526, S. 47 und S. 49 f.

<sup>443</sup> Siehe zum Folgenden BVerwG, Urt. v. 01.04.2015 - 4 C 6.14, Rn. 25.

<sup>444</sup> Siehe aber Frenz, NuR 2012, 619 (622), der schon bezogen auf ältere Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts zutreffend angemerkt hat, dass sich die zu den speziellen Mitwirkungsregelungen des Naturschutzrechts entwickelten Überlegungen nicht ohne weiteres auf den Anwendungsbereich der UVP-Richtlinie und der Aarhus-Konvention übertragen lassen, weil dort die Rolle der Öffentlichkeit – und damit auch der Umweltverbände – anders verstanden wird.

<sup>445</sup> Siehe dazu Begr. zum Gesetzentwurf BT-Drs. 18/9526, S. 47 und S. 49 f.

<sup>446</sup> Siehe dazu 4.2.3.1.

<sup>447</sup> Vgl. Fellenberg, NVwZ 2015, 1721 (1724), der in seiner Analyse des EuGH-Urteils betont, dass eine gesetzliche Missbrauchsklausel keinesfalls ein Äquivalent für die entfallenen Präklusionsregelungen sein kann.

schrift daher so auszulegen sein, dass ein erstmaliges Vorbringen vor Gericht grundsätzlich auch dann zulässig ist, wenn ein Umweltverband die Möglichkeit zur Beteiligung am Verwaltungsverfahren nicht wahrgenommen hat.

Bei SUP-pflichtigen Plänen und Programmen ist die Situation zwar anders, weil die Zulässigkeit eines Rechtsbehelfs gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. b Entwurf-UmwRG n.F. von einer vorherigen Beteiligung des Umweltverbandes am Verwaltungsverfahren abhängen würde. Außerdem droht nach § 7 Abs. 3 Satz 1 Entwurf-UmwRG n.F. die materielle Präklusion der im Verwaltungsverfahren nicht oder verspätet erhobenen Einwendungen. Damit würde sich jedoch bereits aus diesen Vorschriften für die Umweltverbände eine „Mitwirkungslast“ bei der Aufstellung von Plänen und Programmen ergeben, die zur Folge hätte, dass sich die dagegen gerichteten Rechtsbehelfe ohnehin nur auf im Verwaltungsverfahren erhobene Einwendungen stützen können.<sup>448</sup> Das erstmalige Vorbringen von Einwendungen vor Gericht würde also schon durch die Präklusion gemäß § 7 Abs. 3 Satz 1 Entwurf-UmwRG n.F. ausgeschlossen. Eine Ausnahme bestünde nach § 7 Abs. 3 Satz 2 Entwurf-UmwRG n.F. nur für Bebauungspläne, die aber teilweise UVP-pflichtig sind, so dass – wie dargelegt – insoweit gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. a Entwurf-UmwRG n.F. ohnehin keine Pflicht zur Mitwirkung im Verwaltungsverfahren vorgesehen ist. Somit bliebe – von Bebauungsplänen abgesehen – bei Rechtsbehelfen gegen SUP-pflichtige Pläne und Programme praktisch kein Raum für eine Anwendung § 5 Entwurf-UmwRG n.F. auf die Fälle, in denen eine Verfahrensbeteiligung unterlassen worden ist.

Es stellt sich daher die Frage, auf welche Fallkonstellationen § 5 Entwurf-UmwRG n.F. überhaupt anwendbar sein könnte. Dabei ist zunächst zu beachten, dass die Regelung auf einen Hinweis im EuGH-Urteil vom 15.10.2015 (Rs. C-137/14) zurückgeht, wonach durch spezifische Vorschriften ein Ausschluss von „missbräuchlich“ erhobenen Einwendungen im gerichtlichen Verfahren vorgesehen werden kann. In der Literatur wird ganz überwiegend davon ausgegangen, dass sich die Anwendung solcher Vorschriften auf Ausnahmefälle beschränken muss.<sup>449</sup> Als Beispiel wird der Versuch eines Klägers genannt, ein Gerichtsverfahren durch die bewusste Verzögerung von Einwänden zu „sabotieren“.<sup>450</sup> Für diese Auffassung spricht auch, dass sich der Hinweis des Gerichtshofs nur auf Vorschriften bezieht, die dazu dienen, „die Wirksamkeit des gerichtlichen Verfahrens sicherzustellen“.<sup>451</sup> Es geht also um die Effektivität der richterlichen Entscheidungsfindung, nicht hingegen darum, ob und wie ein Umweltverband zuvor durch Einwendungen im Verwaltungsverfahren zur Berücksichtigung von Umweltbelangen durch die zuständige Behörde hätte beitragen können. Ausgehend davon kann die erstmalige Erhebung von Einwendungen im gerichtlichen Verfahren grundsätzlich nur dann als „missbräuchlich“ angesehen werden, wenn dadurch die richterliche Entscheidungsfindung beeinträchtigt wird.<sup>452</sup>

Für diese (enge) Auslegung von § 5 Entwurf-UmwRG n.F. spricht ferner, dass für das verwaltungsgerichtliche Verfahren nach § 86 Abs. 1 VwGO der Amtsermittlungsgrundsatz gilt.<sup>453</sup> Danach sind die Verwaltungsgerichte grundsätzlich verpflichtet, alle Sachfragen und Einwände aufzuklären, die nach ihrer Rechtsauffassung entscheidungserheblich sind.<sup>454</sup> Zwar sind Einschränkungen des Prüfungsumfanges möglich, insbesondere durch Fristsetzungen für das Vorbringen der Parteien und den Ausschluss verspäteter Einwendungen. Dementsprechend gibt § 6 Entwurf-UmwRG n.F. – wie bisher § 4a

<sup>448</sup> Siehe die Erläuterungen zu den Rechtswirkungen von § 2 Abs. 3 UmwRG oben 4.2.1

<sup>449</sup> So Berkemann, DVBl. 2016, 205 (213); Klinger, ZUR 2016, 41 (42 f.); Siegel, NVwZ 2016, 337 (340 f.); Sobotta, EuZW 2016, 72 (73), vgl. auch Fellenberg, NVwZ 2015, 1721 (1724); Keller/Rövenkamp, NVwZ 2015, 1672; Ludwigs, NJW 2015, 3484 (3486); a.A. wohl Beier, UPR 2016, 48 (52).

<sup>450</sup> Vgl. Sobotta, EuZW 2016, 72 (73).

<sup>451</sup> EuGH, Urt. v. 15.10.2015 – C-137/14, Rn. 81, ZUR 2016, 40.

<sup>452</sup> Vgl. Keller/Rövenkamp, NVwZ 2015, 1672.

<sup>453</sup> Vgl. Klinger, ZUR 2016, 41 (42).

<sup>454</sup> Vgl. Kopp/Schenke (2016), § 86 VwGO Rn. 5; Wimmer, in: Gärditz (2013), § 86 VwGO Rn. 30 – jeweils mwN.

Abs. 1 UmwRG – für die Klagebegründung eine Frist von sechs Wochen vor, in der alle Tatsachen und Beweismittel vorgebracht werden müssen. Sofern das Vorbringen eines Prozessbeteiligten rechtzeitig erfolgt, sind die geltend gemachten Einwendungen jedoch unabhängig davon zulässig, ob sie erstmals im gerichtlichen Verfahren erhoben werden oder ob sie schon im Verwaltungsverfahren hätten erhoben werden können. Außerdem kann die Klagebegründungsfrist nach § 6 Satz 3 Entwurf-UmwRG n. F. verlängert werden und für den Ausschluss verspäteter Einwendungen gilt § 87b Abs. 3 VwGO entsprechend, der insbesondere voraussetzt, dass die Erledigung des Rechtsstreits durch eine Berücksichtigung des verspäteten Vorbringens verzögert würde. Diese prozessrechtlichen Präklusionsregelungen zielen also – dem Hinweis im EuGH-Urteil vom 15.10.2015 (Rs. C-137/14) entsprechend – darauf, die Effektivität der richterlichen Entscheidungsfindung zu gewährleisten. Für eine weite Auslegung von § 5 Entwurf-UmwRG n.F., bei der speziell das erstmalige Vorbringen von Einwendungen durch Umweltverbände vor Gericht schon dann als „missbräuchlich“ eingestuft werden könnte, wenn ihre Erhebung bereits im Verwaltungsverfahren möglich und im Hinblick auf den Umweltschutz „vernünftig“ gewesen wäre<sup>455</sup>, gilt das jedoch nicht. Eine solche Auslegung würde vielmehr zu Wertungswidersprüchen mit den genannten prozessrechtlichen Regelungen führen, die eine effektive Entscheidungsfindung der Gerichte und den Schutz vor missbräuchlichen Verfahrensverzögerungen bereits ausreichend sicherstellen.

In Betracht käme eine Anwendung von § 5 Entwurf-UmwRG n.F. daher vor allem in Situationen, in denen durch einen ausdrücklichen oder konkludenten Verzicht auf Einwendungen im Verwaltungsverfahren ein Vertrauenstatbestand geschaffen worden ist, der ihre erstmalige Erhebung im gerichtlichen Verfahren als „missbräuchlich“ erscheinen lässt.<sup>456</sup> Bei derartigen Fallkonstellationen wird zwar von der Rechtsprechung auch schon die Möglichkeit einer „Verwirkung“ von Klagerechten anerkannt. Das betrifft insbesondere Fälle, in denen behördliche Entscheidungen den Klägern nicht bekannt gemacht worden sind, so dass für sie keine oder deutlich verlängerte Rechtsbehelfsfristen gelten.<sup>457</sup> In solchen Situationen kommt eine „Verwirkung“ der Klagebefugnis in Betracht, wenn der jeweilige Beklagte oder Begünstigte in seinem Vertrauen auf den Bestand der eigenen Rechtsposition geschützt werden soll, weil er aufgrund der Untätigkeit des Klägers nicht mehr mit einer Klage rechnen musste. Dafür wird aus dem Verbot des widersprüchlichen Verhaltens als allgemeinem Rechtsgrundsatz hergeleitet, dass das Klagerecht nicht mehr ausgeübt werden darf, wenn seit der Möglichkeit der Geltendmachung längere Zeit verstrichen ist und besondere Umstände hinzutreten, die eine Berufung darauf als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen.<sup>458</sup> Unter diesen Voraussetzungen kann § 5 Entwurf-UmwRG n.F. auch bei Entscheidungen nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 2b Entwurf-UmwRG n.F. angewendet werden, ohne dass Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht bestehen. Danach kann das erstmalige Vorbringen von Einwendungen vor Gericht aber wohl nur dann als missbräuchlich angesehen werden, wenn die Gegenpartei vor der Klageerhebung aktiv darüber getäuscht worden ist, welche Einwendungen der Kläger hat und vorbringen will. Die bloße Unterlassung einer Verfahrensbeteiligung kann hingegen – wie vorstehend dargelegt – kein Grund sein, die mit einer späteren Klage vorgebrachten Einwendungen nach § 5 Entwurf-UmwRG n.F. auszuschließen. Die Vorschrift kann demnach zwar zu Einschränkungen des Umfangs der gerichtlichen Kontrolle führen. Das wird aber wohl nur selten der Fall sein.

<sup>455</sup> Vgl. Begr. zum Gesetzentwurf, BT-Drs. 18/9526, S. 41, wonach ein „Missbrauch“ im Sinne des Entwurfs zu § 5 UmwRG n.F. bereits in Betracht kommen soll, wenn sich der Umweltverband bei einem Verzicht auf die Erhebung von Einwendungen im Verwaltungsverfahren im Hinblick auf seine eigenen Umweltschutzziele „unvernünftig“ verhalten hat.

<sup>456</sup> Diese Fallkonstellation wird auch in der Begr. zum Gesetzentwurf, BT-Drs. 18/9526, S. 41, zuerst genannt.

<sup>457</sup> Vgl. OVG Koblenz, Beschl. v. 03.11.2014 – 1 B 10905/14 u.a. – Rn. 7, juris; OVG Weimar, Beschl. v. 25.11.2008 – 4 ZKO 462/01 – BeckRS 2009, 32169; OVG Münster, Beschl. v. 24.09.2009 – 8 B 1343/09 – BeckRS 2009, 39189; VG Regensburg, Urt. v. 09.08.2012 – 2 K 12/535, BeckRS 2012, 56357; VG Aachen, Urt. v. 05.09.2013 – 1 K 2863/12 – Rn. 21 ff..

<sup>458</sup> So OVG Koblenz, Beschl. v. 03.11.2014 – 1 B 10905/14, 1 B 11015/14 – Rn. 7, juris, im Anschluss an BVerwG, Urt. v. 25.01.1974 – 4 C 2.72 – BVerwGE 44, 294 (301 f.); BVerwG, Beschl. v. 31.08.1999 – 3 B 57.99, NVwZ-RR 2000, 259.

## 4.2.4 Rechtsvergleich zum Prüfungsumfang in anderen EU-Staaten

### 4.2.4.1 Die den Länderberichten und der Auswertung zugrunde liegenden Fragestellungen

Die in den vorliegenden Länderberichten für Frankreich, Großbritannien, Italien, Polen und Schweden zur „Präklusion von Einwendungen“ enthaltenen Erläuterungen beziehen sich auf die ursprüngliche Forschungsfrage, ob es in diesen Staaten mit § 2 Abs. 3 UmwRG vergleichbare Regelungen gibt und wie diese dort im Schrifttum und der Rechtsprechung hinsichtlich ihrer Konformität mit den Anforderungen des Unionsrechts und der AK bewertet werden. Daran anknüpfend waren Detailfragen an die Gutachter gerichtet worden, insbesondere zur Ausgestaltung der Planungs- und Genehmigungsverfahren sowie zu den Anforderungen, die von den Umweltverbänden bei der Erhebung von Einwendungen zu beachten sind.<sup>459</sup> Da die Vereinbarkeit von § 2 Abs. 3 UmwRG mit dem Unionsrecht vor allem auch im Hinblick auf die hohen Anforderungen an die Verfahrensbeteiligung von Umweltverbänden bezweifelt wurde,<sup>460</sup> sollte damit näher geklärt werden, welche Rahmenbedingungen insoweit in den anderen EU-Staaten gelten. Deswegen wird in den Länderberichten zum Teil ausführlich auf die Ausgestaltung der Öffentlichkeitsbeteiligung in den Verwaltungsverfahren eingegangen.

Der Untersuchungsansatz hat sich allerdings dadurch verändert, dass § 2 Abs. 3 UmwRG in Folge des EuGH-Urteils vom 15.10.2015 (Rs. C-137/14) gestrichen worden ist, so dass es insbesondere bei UVP-pflichtigen Vorhaben keine materielle Präklusion von Einwendungen mehr gibt.<sup>461</sup> Stattdessen stellt sich die Frage, wie sich die zusammen mit den neuen Klagemöglichkeiten der Umweltverbände gegen SUP-pflichtige Pläne und Programm eingeführten Präklusionsregelungen sowie die § 5 Entwurf-UmwRG n.F. mögliche Zurückweisung missbräuchlichen Vorbringens durch die Verwaltungsgerichte, rechtsvergleichend einordnen lassen. Deswegen geht die folgende Auswertung der Länderberichte über die Betrachtung der Rechtslage bei den UVP-pflichtigen Vorhaben hinaus und versucht, einen allgemeinen Überblick zu geben, inwieweit in den untersuchten EU-Staaten der gerichtliche Prüfungsumfang in Umweltangelegenheiten insbesondere durch Präklusions- und Missbrauchsregelungen eingeschränkt wird. Dabei werden auch die Ergebnisse des Symposiums<sup>462</sup> berücksichtigt, in dem ergänzende Fragen insbesondere zum Ausschluss missbräuchlichen Vorbringens durch die Gerichte erörtert worden sind.

### 4.2.4.2 Frankreich

Für das französische Verwaltungsrecht wird aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung abgeleitet, dass Verwaltungs- und Rechtsschutzverfahren getrennt voneinander zu betrachten sind. Dementsprechend gibt es grundsätzlich keine materielle Präklusion von in Verwaltungsverfahren nicht rechtzeitig erhobenen Einwendungen für nachfolgende Rechtsschutzverfahren.<sup>463</sup> Zwar hat der Gesetzgeber für bestimmte Verwaltungsentscheidungen festgelegt, dass erst dann eine verwaltungsgerichtliche Klage erhoben werden kann, wenn zuvor ein Beschwerdeverfahren bei einer dafür zuständigen Behörde durchgeführt worden ist.<sup>464</sup> Das betrifft auch einige Entscheidungen im Bereich des Umweltrechts, insbesondere die Zulassung von UVP-pflichtigen Vorhaben.<sup>465</sup> Es handelt sich bei diesen Beschwerden allerdings um Rechtsbehelfe, die unabhängig von einer Beteiligung am vorangehenden Verwaltungsverfahren eingelegt werden können. Damit besteht ein deutlicher Unterschied zur materiellen Präklusion im deutschen Recht, denn diese führt dazu, dass sich eine Art Mitwirkungspflicht praktisch schon

<sup>459</sup> Siehe dazu Anhang 1 (dort unter 1.3).

<sup>460</sup> Siehe dazu bereits 4.1.

<sup>461</sup> Siehe die einleitenden Erläuterungen zu 4.2.

<sup>462</sup> Siehe dazu das Protokoll in Anhang 8.

<sup>463</sup> Vgl. Prieur, Länderbericht Frankreich, Anhang 3, Rn. 102.

<sup>464</sup> Vgl. Prieur, Länderbericht Frankreich, Anhang 3, Rn. 103 ff.

<sup>465</sup> Vgl. Prieur, Länderbericht Frankreich, Anhang 3, Rn. 106.

für die Verwaltungsverfahren ergibt.<sup>466</sup> Vergleichbar sind die Beschwerdeverfahren lediglich mit dem in Deutschland bei Verwaltungsakten gemäß § 68 VwGO in der Regel bestehenden Erfordernis, die Verwaltungsentscheidungen in einem behördlichen Widerspruchsverfahren überprüfen zu lassen, bevor gerichtlich dagegen vorgegangen werden kann. Das französische Recht kennt jedoch keine Einschränkung der gerichtlichen Kontrolle auf bestimmte Fragen, die sich in Deutschland bei bestimmten Umweltverbandsklagen nicht nur durch die materielle Präklusion gemäß § 7 Abs. 3 Entwurf-UmwRG n.F., sondern durch die Beschränkung der Rügebefugnisse auf Verstöße gegen umweltbezogene Rechtsvorschriften gemäß § 2 Abs. 1 Satz 2 Entwurf-UmwRG n.F. ergibt. Die Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen kann sich vielmehr grundsätzlich auf alle Sach- und Rechtsfragen erstrecken.<sup>467</sup>

Anders als im deutschen Recht (siehe § 5 Entwurf-UmwRG n.F.) gibt es in Frankreich auch keine Vorschrift, nach der im gerichtlichen Verfahren erstmalig geltend gemachte Argumente oder Einwendungen als „missbräuchlich“ zurückgewiesen werden können. Vielmehr ist es – wie dargelegt – immer möglich, vor Gericht auch neue Einwendungen erstmals geltend zu machen.<sup>468</sup> Sofern bestimmte Argumente sachfremd sind oder auf Rechtsgrundsätze verweisen, die nicht anwendbar sind, werden diese zwar in der Regel als „inopérant“ (irrelevant oder unwirksam) abgewiesen.<sup>469</sup> Darüber hinaus ermöglicht auch das französische Prozessrecht in ähnlicher Weise wie § 87b VwGO die Setzung von Fristen für das Klagevorbringen oder für Erwiderungen, bei deren Nichteinhaltung das verspätete Vorbringen zurückgewiesen werden kann, um Verzögerungen des Prozesses zu verhindern.<sup>470</sup> Die damit mögliche Eingrenzung des gerichtlichen Prüfungsumfangs aufgrund der Umstände des Einzelfalls, die im richterlichen Ermessen liegt, beruht jedoch nicht auf einem speziell geregelten Missbrauchstatbestand.

Es gibt in Frankreich jedoch eine Diskussion über die missbräuchliche Erhebung von Verbandsklagen.<sup>471</sup> Dabei geht es vor allem um Klagen gegen Bauvorhaben, mit denen Investoren oder Bauherren insbesondere durch neu gegründete Umweltverbände, die vorrangig Geldzahlungen als Gegenleistung für eine Klagerücknahme erzielen wollten, unter Druck gesetzt worden sind. Der Gesetzgeber hat deshalb 2013 im Baurecht eine spezielle Regelung geschaffen, nach der betroffene Investoren oder Bauherren einen Anspruch auf Schadensersatz haben können, wenn sich eine Verbandsklage als „missbräuchlich“ darstellt, weil sie sich nicht auf Interessen des Umweltschutzes stützt (L 600-7 Urban Code).<sup>472</sup> Darüber hinaus ermöglichen auch zivilrechtliche Regelungen bei einem Missbrauch von Klagerichten die Festsetzung einer Strafe von 3000 Euro (Art. 32-1 Civil Procedure Code) sowie Ansprüche auf Schadensersatz (Art. 1383 Civil Code).<sup>473</sup> Demnach gibt es zwar auch im französischen Recht spezielle Vorschriften, die insbesondere einen Schutz vor missbräuchlich erhobenen Verbandsklagen bieten sollen. Dabei spielt jedoch die in Deutschland im Hinblick auf § 5 Entwurf-UmwRG n.F. diskutierte Frage, ob und wann eine erstmalige oder überraschende Erhebung von Einwendungen vor Gericht missbräuchlich sein kann,<sup>474</sup> keine Rolle. Vielmehr ist – wie schon dargelegt – davon auszugehen, dass neues Vorbringen vor Gericht immer zulässig ist.

Der Prüfungsumfang im Einzelfall wird allerdings dadurch bestimmt, dass die französischen Gerichte trotz des geltenden Amtsermittlungsgrundsatzes von einer Darlegungspflicht des Klägers ausgehen.

---

<sup>466</sup> Vgl. Prieur, Länderbericht Frankreich, Anhang 3, Rn. 108; siehe zu den praktischen Konsequenzen der Präklusion 4.2.1.

<sup>467</sup> Vgl. Prieur, Länderbericht Frankreich, Anhang 3, Rn. 141; siehe auch Epiney, NVwZ 2014, 465 (470 f.).

<sup>468</sup> Siehe auch Prieur, Symposium Protokoll, Anhang 8 (unter 8.2.7.1).

<sup>469</sup> Vgl. Prieur, Symposium Protokoll, Anhang 8 (unter 8.2.7.1).

<sup>470</sup> Vgl. Prieur, Symposium Protokoll, Anhang 8 (unter 8.2.7.1).

<sup>471</sup> Vgl. 2.7.1.

<sup>472</sup> Vgl. Prieur, Länderbericht Frankreich, Anhang 3, Rn. 45; ders. Symposium Protokoll, Anhang 8 (unter 8.2.7.1).

<sup>473</sup> Vgl. Prieur, Symposium Protokoll, Anhang 8 (unter 8.2.7.1).

<sup>474</sup> Siehe 4.2.3.2.

Deshalb beschränken sie sich grundsätzlich darauf, nur die im Klagevorbringen gerügten Rechtsverletzungen zu überprüfen, wobei sie sich oft nur auf den Inhalt von Akten und Schriftstücken stützen und auf eine Sachverhaltsermittlung z.B. durch Gutachter verzichten, so dass den Klägern insoweit praktisch die Beweislast aufgebürdet wird.<sup>475</sup> Darüber hinaus ist die (allgemeine) Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage, die in Frankreich die Grundform des Rechtsmittels darstellt, vom Ansatz her nur auf eine Kontrolle der objektiven Legalität von behördlichen Entscheidungen und auf deren Aufhebung ausgerichtet. Deswegen ersetzen die französischen Gerichte diese Entscheidungen grundsätzlich nicht durch ihr eigenes Urteil und es erfolgt daher nur bei speziellen Fallkonstellationen einer „volle“ Kontrolle, die unter Umständen auch zu einer Abänderung der angegriffenen Entscheidung führt.<sup>476</sup>

Angesichts der gemäß § 7 Abs. 3 Entwurf-UmwRG n.F. in Deutschland auch zukünftig möglichen materiellen Präklusion von Einwendungen bei Rechtsbehelfen gegen Pläne und Programme ist weiterhin die Ausgestaltung der Beteiligung von Umweltverbänden und der Öffentlichkeit an den Verwaltungsverfahren von Interesse. Dafür gibt es bei umweltrelevanten Planungs- und Zulassungsverfahren sowie auch bei Rechtssetzungsverfahren in Frankreich verschiedene Möglichkeiten, die teilweise weiter gehen als in Deutschland und sich hinsichtlich der einzelnen Verfahrensregelungen unterscheiden.<sup>477</sup> Als Grundsatz gilt, dass Umweltverbände berechtigt sind, sich an allen Verfahren zu beteiligen, auch wenn sie nicht staatlich anerkannt sind. Lediglich bei bestimmten „administrative commissions“ ist für die Beteiligung eine Anerkennung des Verbandes notwendig, wobei relativ hohe Anforderungen hinsichtlich der Mitgliederzahl gestellt werden.<sup>478</sup>

Die Information der Öffentlichkeit – einschließlich der Umweltverbände – über die Verfahren erfolgt generell über die Presse, durch Aushang in den Rathäusern oder in den Amtsblättern. Seit 2012 besteht außerdem bei bestimmten Verfahren für Bürger und Umweltverbände die Möglichkeit, sich beim Umweltministerium registrieren zu lassen, um dann über das Internet direkt informiert zu werden.<sup>479</sup> Die Beteiligungsfristen sind je nach Ausgestaltung des Verfahren unterschiedlich lang (z.B. sind es bei UVP-pflichtigen Vorhaben 15 Tage bei Verfahren ohne öffentliche Anhörung bzw. 30 Tage plus eventuell weiteren 30 Tagen bei Durchführung einer solchen Anhörung). Sie können aber in fast allen Fällen von der zuständigen Behörde nach Ermessen verlängert werden.<sup>480</sup> Außerdem führt eine Überschreitung der Fristen lediglich zum Ausschluss der Einwendungen für das Verwaltungsverfahren, so dass es möglich bleibt, sie in einem anschließenden Rechtsschutzverfahren vorzubringen.<sup>481</sup> Schließlich werden an die Einwendungen, die von Umweltverbänden erhoben werden, auch keine besonderen inhaltlichen Anforderungen gestellt.<sup>482</sup>

Demnach sind die Rahmenbedingungen speziell für die Verfahrensbeteiligung von Umweltverbänden in Frankreich etwas anders ausgestaltet als in Deutschland. Die Unterschiede bestehen vor allem darin, dass sich in Frankreich in der Regel auch nicht anerkannte Umweltverbände an den Verwaltungsverfahren beteiligen können und dass keine besonderen Anforderungen an die Inhalte der Einwendungen gestellt werden.<sup>483</sup> Außerdem ist grundsätzlich eine flexible Handhabung der Beteiligungsfris-

<sup>475</sup> So Woehrling, NVwZ 1999, 502 (505); vgl. auch Lerche, in: Frowein (1993), S. 5 f.; Epiney/Sollberger (2002), S. 119 f.

<sup>476</sup> Vgl. näher dazu Epiney/Sollberger (2002), S. 93 ff. und S. 153 f., mwN; siehe auch 4.4.2.

<sup>477</sup> Vgl. Prieur, Länderbericht Frankreich, Anhang 3, Rn. 110 ff.

<sup>478</sup> Vgl. Prieur, Länderbericht Frankreich, Anhang 3, Rn. 120 ff.; siehe dazu auch oben 2.8\*\*\*

<sup>479</sup> Vgl. Prieur, Länderbericht Frankreich, Anhang 3, Rn. 127.

<sup>480</sup> Vgl. Prieur, Länderbericht Frankreich, Anhang 3, Rn. 128 ff.

<sup>481</sup> Vgl. Prieur, Länderbericht Frankreich, Anhang 3, Rn. 131.

<sup>482</sup> Vgl. Prieur, Länderbericht Frankreich, Anhang 3, Rn. 132.

<sup>483</sup> Siehe im Vergleich dazu insbesondere zur „Mitwirkungslast“ der Umweltverbände, die sich in Deutschland aus den Präklusionsregelungen und jetzt auch aus § 9 Abs. 1 Satz 2 UVPG n.F. ergibt, bereits 4.2.1 und 4.2.3.1.

ten möglich, die in Deutschland insbesondere bei UVP-pflichtigen Vorhaben gerade erst eingeführt worden ist (siehe § 9 Abs. 1e UVPG).

#### 4.2.4.3 Großbritannien

Im britischen Recht gibt es keine speziellen Regelungen für die in Umweltangelegenheiten bestehenden Klagebefugnisse.<sup>484</sup> Diese richten sich – ebenso wie der Prüfungsumfang – nach den allgemein für die Zulässigkeit von Klagen geltenden Regelungen und Grundsätzen. Bei einer „Judicial Review“ ist daher nach Section 31(3) Supreme Court Act (SCA 1981) für die Klagebefugnis maßgeblich, ob sich der Kläger auf ein „sufficient interest“ berufen kann. Bei Klagen gegen bau(planungs)rechtliche Entscheidungen kommt es hingegen nach Section 288 Town and Country Planning Act (TCPA 1990) darauf an, ob der Kläger als „person aggrieved“ (geschädigte Person) anzusehen ist.<sup>485</sup> Vor allem den Begriff „sufficient interest“ legt die Rechtsprechung inzwischen sehr weit aus, so dass sowohl Individualkläger als auch Vereine oder andere Gruppen regelmäßig als klagebefugt angesehen werden.<sup>486</sup>

In einer Entscheidung des Court of Appeal wird jedoch zu Section 288 TCPA 1990 und dem Begriff „person aggrieved“ die Auffassung vertreten, dass es ein Kriterium für die Zulässigkeit der Klage ist, ob sich der Kläger am Verwaltungsverfahren beteiligt hat, um seine Betroffenheit geltend zu machen.<sup>487</sup> Es handelt sich zwar nicht um eine zwingende Voraussetzung, weil bei der Entscheidung über die Zulässigkeit noch andere Aspekte – wie die Natur und das Gewicht der Interessen des Klägers und der Grundsatz eines weiten Zugangs zu Gerichten – berücksichtigt werden. Wenn die Beteiligung am Verwaltungsverfahren unterblieben ist, kann das aber dazu führen, dass das Gericht ein ausreichendes Interesse des Antragstellers an der Rechtsverfolgung als nicht hinreichend belegt ansieht.<sup>488</sup> In einem weiteren Fall zu Section 288 TCPA 1990 geht auch der Supreme Court davon aus, dass der Begriff „person aggrieved“ weit auszulegen und normalerweise dann als erfüllt anzusehen ist, wenn sich der Kläger mit Einwendungen am Verwaltungsverfahren beteiligt und dabei eingewandt hat, dass die angegriffene Entscheidung nicht ordnungsgemäß getroffen wurde.<sup>489</sup> Außerdem weist das Gericht ergänzend darauf hin, dass unter diesen Voraussetzungen auch ein „sufficient interest“ des Klägers vorliegt und somit eine „Judicial Review“ nach Section 31(3) SCA 1981 zulässig ist.<sup>490</sup>

Demnach ist die Beteiligung am Verwaltungsverfahren bei Klagen gegen Verwaltungsentscheidungen in Großbritannien zwar ein wesentliches Indiz dafür, dass das für die Zulässigkeit der Klage erforderliche Interesse des Klägers vorliegt. Nach der genannten Entscheidung des Supreme Court kann auch angenommen werden, dass ein Kläger sein Rechtsschutzinteresse im Regelfall durch die Beteiligung am Verwaltungsverfahren belegt. In Deutschland ist eine solche Beteiligung bei Verbandsklagen gegen SUP-pflichtige Pläne und Programme allerdings gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit b Entwurf-UmwRG n.F. eine zwingende Zulässigkeitsvoraussetzung, während es in Großbritannien im Ermessen der Gerichte liegt, eine Klage auch ohne vorherige Verfahrensbeteiligung aus anderen Gründen zuzulassen. Außerdem besteht ein wesentlicher Unterschied zur materiellen Präklusion von Einwendungen nach deutschem Recht darin, dass sich die von den britischen Gerichten entwickelten Kriterien nur auf die Zulassung der Klage beziehen und nicht auf mögliche Einwendungen der Kläger. Es gibt in Großbritannien also für die erstmalige Erhebung von Einwendungen vor Gericht keine Beschränkung. Vielmehr ermöglicht

<sup>484</sup> Vgl. Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4, Rn. 3; siehe auch schon 2.7.2.

<sup>485</sup> Vgl. Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4, Rn. 20 ff.; siehe auch schon 2.7.2.

<sup>486</sup> Siehe dazu schon 2.7.2.

<sup>487</sup> Vgl. *Ashton vs. Secretary of State for Communities an Local Government an Coin Street Community Builders Ltd.*, [2011] 1 P. & C.R. 5; siehe dazu Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4., Rn. 25 f. und 68.

<sup>488</sup> Vgl. Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4., Rn. 26.

<sup>489</sup> *Walton v. Scottish Ministers* [2012] UKSC 44; vgl. Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4, Rn. 27.

<sup>490</sup> Vgl. Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4., Rn. 27, mwN.

eine zulässige Klage – wie in Frankreich – im Hinblick auf den Prüfungsumfang grundsätzlich eine vollständige gerichtliche Kontrolle der angegriffenen Verwaltungsentscheidung.<sup>491</sup>

In Folge der beschriebenen Zulässigkeitsanforderungen für Rechtsbehelfe ist auch die Ausgestaltung der Beteiligung an den Verwaltungsverfahren bedeutsam. Die Möglichkeiten dafür sind in Großbritannien traditionell gut entwickelt, so dass neben betroffenen Bürgern auch interessierte Gruppen z.B. bei Planungs- und Genehmigungsverfahren („planning applications“) mitwirken können.<sup>492</sup> Die Grundlage ist eine Vereinbarung zwischen der Regierung und zivilgesellschaftlichen Organisationen („Compact on Relations between Government and the Voluntary and Community Sector“), nach der grundsätzlich jedermann und jede Organisation zur Verfahrensbeteiligung berechtigt ist.<sup>493</sup> Das gilt auch für alle Umweltverbände oder ähnliche Organisationen, die sich daher an jedem Verwaltungsverfahren beteiligen können, insbesondere auch bei Entscheidungen über Vorhaben oder Maßnahmen, für die keine UVP-Pflicht besteht.<sup>494</sup>

Die Information über Vorhaben sowie über die erforderlichen Planungs- und Genehmigungsverfahren erfolgt durch die zuständigen „Local Planning Authorities“ (LPA) regelmäßig mittels öffentlicher Bekanntmachungen und bei Anwohnern des für das Vorhaben vorgesehenen Standortes auch durch direkte Anschreiben.<sup>495</sup> Bei der Information von zivilgesellschaftlichen Organisationen haben die Behörden ein Ermessen, die Vorgehensweise wird aber häufig durch eine Mitteilungen über das Verfahren („Statement of Community Involvement“) detailliert festgelegt und die etablierten Umweltverbände mit Fachwissen werden üblicherweise direkt konsultiert.<sup>496</sup> Außerdem sind die Genehmigungsbehörden an bestimmte Vorgaben für eine formale Öffentlichkeitsbeteiligung gebunden. Die Mindestanforderungen dafür regelt Art. 13 Development Management Procedure Order. Danach beträgt der Zeitrahmen für die Beteiligung und die Erhebung von Einwendungen je nach Art der Bekanntgabe des Genehmigungsantrags mindestens 14 oder 21 Tage.<sup>497</sup> Zwar können auch danach noch Stellungnahmen eingereicht werden, solange das Verfahren noch nicht abgeschlossen ist. Da jedoch über (Bau)Genehmigungen meistens bereits innerhalb von acht Wochen nach Abschluss der Öffentlichkeitsbeteiligung entschieden wird, bleiben die verspätet erhobenen Einwendungen dabei unter Umständen außer Betracht.<sup>498</sup> Eine materielle Präklusion wie im deutschen Recht ist damit aber – wie vorstehend dargelegt – nicht verbunden. Daher können vor Gericht auch noch Einwendungen geltend gemacht werden, die im Verwaltungsverfahren nicht vorgebracht worden sind.

Der Prüfungsumfang bei einer Judicial Review wird vor allem durch den in Großbritannien geltenden Beibringungsgrundsatz bestimmt, der – anders als die in Deutschland nach § 86 VwGO vorgesehene Amtsermittlung – dazu führt, dass die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der entscheidungserheblichen Tatsachen vom Kläger zu tragen ist. Deswegen nehmen die britischen Gerichte bei ihren Entscheidungen in aller Regel selbst keine Ermittlungen zum Sachverhalt vor, sondern stützen sich lediglich auf vom Kläger nachgewiesene Tatsachen.<sup>499</sup> Die Beweislast geht zwar dann auf die Behörden über, wenn sich ein Kläger gegen Eingriffe in seine individuellen Rechte wendet.<sup>500</sup> Das kommt bei Klagen gegen umweltrelevante Verwaltungsentscheidungen aber nur in bestimmten Fallkonstellatio-

---

<sup>491</sup> Vgl. Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4., Rn. 82; siehe auch Epiney, NVwZ 2014, 465 (473).

<sup>492</sup> Vgl. Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4., Rn. 61.

<sup>493</sup> Vgl. Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4., Rn. 62.

<sup>494</sup> Vgl. Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4., Rn. 69.

<sup>495</sup> Vgl. Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4., Rn. 71.

<sup>496</sup> Vgl. Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4., Rn. 73.

<sup>497</sup> Vgl. Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4., Rn. 75.

<sup>498</sup> Vgl. Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4., Rn. 76 f.

<sup>499</sup> Siehe dazu Herdegen, in: Frowein (1993), 41 ff.; Epiney/Sollberger (2002), S. 192 f.

<sup>500</sup> Vgl. Herdegen, in: Frowein (1993), S. 41; Epiney/Sollberger (2002), S. 193 - mwN.

nen in Betracht. Daher ergeben sich in Umweltangelegenheiten dadurch Einschränkungen der gerichtlichen Kontrolle, dass der Kläger unter Umständen bestimmte Tatsachen nicht beweisen kann.

Außerdem müssen die wesentlichen Klagegründe mit dem Antrag auf Zulassung einer Judicial Review geltend gemacht werden. Nachdem die Zulassung erfolgt ist, bedarf das Vorbringen weiterer Gründe einer erneuten Genehmigung durch das Gericht (Civil Procedure Rule 54.15). Dabei werden zwar neue rechtliche Argumente, oft aber kein neuer Tatsachenvortrag akzeptiert.<sup>501</sup> Das kann in ähnlicher Weise zu einer Einschränkung des Umfangs der gerichtlichen Kontrolle führen wie die Zurückweisung verspäteten Vorbringens nach § 87b VwGO in Deutschland. Die inhaltlichen Anforderungen an die Zulassung einer Judicial Review sind zwar nicht hoch, weil es dafür ausreicht, dass die Erfolgsaussichten der Klage als „vertretbar“ („arguable“) erscheinen. Abgelehnt werden aber Anträge, die als leichtfertig oder missbräuchlich („frivolous or vexatious“) oder als völlig unbegründet („totally without merit“) anzusehen sind.<sup>502</sup> Eine Zurückweisung von Einwendungen, die erstmalig vor Gericht erhoben werden, ist jedoch nicht vorgesehen. Es gibt in Großbritannien also keine Regelung, die dem in Deutschland eingeführten Missbrauchstatbestand des § 5 Entwurf-UmwRG n.F. entspricht.

#### 4.2.4.4 Italien

Der Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten besteht auch in Italien grundsätzlich unabhängig von einer Beteiligung der Öffentlichkeit und der Umweltverbände an den Planungs- und Genehmigungsverfahren. Eine wichtige Rolle spielt dabei Art. 24 der italienischen Verfassung, der für jedermann den Zugang zu Gerichten gewährleistet.<sup>503</sup> Auf dieser Grundlage hat die Rechtsprechung sowohl Klagerechte der Umweltverbände bei den Verwaltungsgerichten als auch die Möglichkeit zur Geltendmachung von Umweltschäden durch Bürger und Umweltverbände gemäß Art. 2043 Civil Code bei den Zivil- und Strafgerichten anerkannt.<sup>504</sup> Die dafür entwickelten Anforderungen ermöglichen einen weiten Gerichtszugang, der den Bereich von Art. 9 Abs. 2 und 3 AK grundsätzlich abdeckt. Das entscheidende Kriterium für die Zulässigkeit von Klagen ist dabei das ausreichende Interesse des Klägers an der gerichtlichen Überprüfung einer Verwaltungsentscheidung im Sinne einer „Nähe“ zu der angegriffenen Maßnahme.<sup>505</sup> Eine Beteiligung an den Verwaltungsverfahren wird jedoch nicht verlangt und es gibt daher auch keine materielle Präklusion von dort nicht erhobenen Einwendungen.<sup>506</sup> Deswegen ist es grundsätzlich möglich, solche Einwendungen unabhängig von einer Verfahrensbeteiligung vor Gericht gelten zu machen. Dementsprechend gibt es im italienischen Recht auch keine dem Entwurf zu § 5 UmwRG n.F. entsprechende Vorschrift, die es ermöglichen würde, eine erstmalig im gerichtlichen Verfahren vorgebrachte Einwendung als „missbräuchlich“ zurückzuweisen. Art. 26 Code of Administrative Proceedings sieht jedoch vor, dass bei einer offensichtlich unbegründeten oder missbräuchlichen Klage sowohl eine Verurteilung des Klägers zu Schadensersatz als auch zu Strafzahlungen, die mindestens das Doppelte und höchstens das Vierfache der Gerichtsgebühren betragen sollen, möglich ist. Bei umweltrechtlichen Fällen gibt es bisher allerdings keine Beispiele für missbräuchlich erhobene Klagen.<sup>507</sup>

Eine Einschränkung des Umfangs der gerichtlichen Kontrolle kann sich demnach in Italien in ähnlicher Weise wie in Frankreich und Großbritannien nur aus prozessrechtlichen Regelungen ergeben. Danach gilt sowohl im Zivil- als auch im Verwaltungsprozess der Beibringungsgrundsatz, so dass die Gerichte lediglich die vom Kläger vorgebrachten und bewiesenen Tatsachen sowie die darauf beruhenden Ein-

<sup>501</sup> Vgl. Day, Symposium Protokoll, Anhang 8 (unter 8.2.7.2).

<sup>502</sup> Vgl. Day, Symposium Protokoll, Anhang 8 (unter 8.2.7.2), mit Nachweisen zur Rechtsprechung.

<sup>503</sup> Vgl. Poto, Länderbericht Italien, Anhang 5, Rn. 28 und 67.

<sup>504</sup> Vgl. Poto, Länderbericht Italien, Anhang 5, Rn. 2 ff. und Rn. 23 ff.; siehe auch schon 2.7.3.

<sup>505</sup> Vgl. Poto, Länderbericht Italien, Anhang 5, Rn. 30.

<sup>506</sup> Vgl. Poto, Länderbericht Italien, Anhang 5, Rn. 47.

<sup>507</sup> Vgl. Poto, Symposium Protokoll, Anhang 8 (unter 8.2.7.3).

wendungen gegen die Rechtmäßigkeit der angegriffenen Verwaltungsentscheidung prüfen.<sup>508</sup> Die Gerichte können zwar von sich aus eine Vervollständigung von Tatsachen anordnen und dazu z.B. Dokumente von der Verwaltung anfordern, so dass die mit dem Beibringungsgrundsatz verbundene Beweislast des Klägers etwas abgeschwächt wird.<sup>509</sup> Es erfolgt aber keine über das Klagevorbringen hinausgehende Überprüfung der Verwaltungsentscheidungen. Außerdem sind die Gerichte grundsätzlich nicht befugt, diese Entscheidungen durch eine eigene Entscheidung zu ersetzen, so dass sich ihre Kontrolle regelmäßig auf offensichtliche Fehler beschränkt.<sup>510</sup>

Da in Deutschland zukünftig bei Rechtsbehelfen gegen Pläne und Programme nach § 7 Abs. 3 Entwurf-UmwRG n.F. eine materielle Präklusion von Einwendungen in Betracht kommt, wird noch ein kurzer Überblick gegeben, welche Rahmenbedingungen in Italien für die Beteiligung von Umweltverbänden und der Öffentlichkeit an Verwaltungsverfahren gelten. Es gibt dafür zwar Regelungen im allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht, die den von einer Verwaltungsentscheidung betroffenen Bürgern grundsätzlich eine Verfahrensbeteiligung ermöglichen (Law 241/1990). Daraus ergibt sich aber kein Mitwirkungsrecht an Planungsverfahren.<sup>511</sup> Ergänzend dazu regelt jedoch Legislative Decree 152/2006 (Environmental Code) in Art. 309 und 310 weitergehende Beteiligungsmöglichkeiten an umweltrelevanten Planungs- und Zulassungsverfahren. Danach können sich insbesondere auch die Umweltverbände an allen Verfahren, in denen über Maßnahmen des vorsorgenden Umweltschutzes entschieden wird und die ihre Interessen betreffen, beteiligen und Einwendungen erheben. Dabei unterscheiden die genannten Regelungen nicht zwischen Planungs- und Genehmigungsverfahren, so dass sie weit ausgelegt werden können.<sup>512</sup> Damit besteht in Italien eine Art generelles Mitwirkungsrecht der Umweltverbände an umweltrelevanten Verfahren, während in Deutschland deren Beteiligung jeweils nur für bestimmte Vorhaben oder Pläne und Programme, die der UVP- oder SUP-Pflicht unterliegen, sowie für einige andere Entscheidungen z.B. durch § 63 BNatSchG gesondert geregelt ist.

Allerdings gibt es in Italien ähnlich wie in Deutschland spezielle Verfahrensvorschriften für die UVP-pflichtigen Vorhaben<sup>513</sup> sowie zusätzlich z.B. auch für bestimmte Infrastrukturvorhaben<sup>514</sup>, mit denen die Beteiligungsmöglichkeiten weiter ausgestaltet oder modifiziert werden. Nach den allgemeinen Regelungen sind die Behörden z.B. nicht verpflichtet, die Öffentlichkeit über umweltrelevante Vorhaben und Verfahren zu informieren, die speziellen Vorschriften z.B. für UVP-pflichtige Vorhaben sehen das jedoch vor. Dafür ist – wie in Deutschland – eine öffentliche Bekanntmachung im Internet und auch in Zeitungen erforderlich. Es besteht aber keine Verpflichtung, insbesondere die Umweltverbände direkt über die Vorhaben und Verfahren zu informieren.<sup>515</sup> Die allgemeinen Verfahrensvorschriften enthalten auch keine Fristen für die Erhebung von Einwendungen. Für die UVP-pflichtigen Vorhaben ist aber speziell geregelt, dass die relevanten Unterlagen innerhalb von 60 Tagen nach der Einreichung eingesehen und dass in dieser Frist auch Einwendungen erhoben werden können. Außerdem kann die zuständige Behörde bei diesen Vorhaben – so ähnlich wie in Frankreich<sup>516</sup> – eine öffentliche Anhörung („public inquiry“) durchführen, dies liegt aber in ihrem Ermessen.<sup>517</sup>

<sup>508</sup> Vgl. Poto, Symposium Protokoll, Anhang 8 (unter 8.2.6.3); siehe näher dazu auch Hartwig, in: Frowein (1993), S. 64 f.; Epiney/Sollberger (2002), S. 274 ff.

<sup>509</sup> Vgl. Hartwig, in: Frowein (1993), S. 65; Epiney/Sollberger (2002), S. 275 – jeweils mwN.

<sup>510</sup> Vgl. Poto, Symposium Protokoll, Anhang 8 (unter 8.2.6.3).

<sup>511</sup> Vgl. Poto, Länderbericht Italien, Anhang 5, Rn. 45 f.

<sup>512</sup> Vgl. Poto, Länderbericht Italien, Anhang 5, Rn. 47.

<sup>513</sup> Vgl. Poto, Länderbericht Italien, Anhang 5, Rn. 50 ff.

<sup>514</sup> Vgl. Poto, Länderbericht Italien, Anhang 5, Rn. 48 f.; Vgl. Molaschi, in: Lohse/Poto (2015), S. 115.

<sup>515</sup> Vgl. Poto, Länderbericht Italien, Anhang 5, Rn. 59.

<sup>516</sup> Vgl. Prieur, Länderbericht Frankreich, Anhang 3, Rn. 117 ff.

<sup>517</sup> Vgl. Poto, Länderbericht Italien, Anhang 5, Rn. 52, Molaschi, in: Lohse/Poto (2015), S. 114.

Für bestimmte Infrastrukturvorhaben und Industrieanlagen, die von der Regierung als besonders wichtig eingestuft worden sind, gelten allerdings gesonderte Regelungen (Art. 183 Legislative Decree 163/2006). Danach ist lediglich eine schriftliche Beteiligung vorgesehen.<sup>518</sup> Bei SUP-pflichtigen Plänen und Programmen entspricht das durchzuführende Verfahren vom Ablauf her zwar weitgehend dem UVP-Verfahren, es ist aber ebenfalls nur eine schriftliche Beteiligung der Öffentlichkeit und der Umweltverbände vorgesehen.<sup>519</sup> Demnach ist diese Form der Öffentlichkeitsbeteiligung und nicht die öffentliche Anhörung der Regelfall, was ebenso kritisiert wird wie die Tatsache, dass die Behörden durch keine Vorschrift oder gerichtliche Entscheidung verpflichtet werden, in ihren Entscheidungen näher zu begründen, inwiefern die jeweils erhobenen Einwendungen berücksichtigt worden sind.<sup>520</sup> Insgesamt gesehen werden jedoch vor allem die speziellen Vorschriften für die umweltrechtlichen Verfahren als Beleg dafür gewertet, dass sich die Beteiligungsmöglichkeiten für die Öffentlichkeit insbesondere aufgrund des Einflusses der Aarhus-Konvention und des Unionsrechts verbessert haben.<sup>521</sup>

#### 4.2.4.5 Polen

Bei Verwaltungsentscheidungen über die Zulässigkeit von Vorhaben ist in Polen – in ähnlicher Weise wie in Deutschland bei Verwaltungsakten – als Rechtsbehelf zunächst eine Art Widerspruch vorgesehen, der zu einer Überprüfung durch die Aufsichtsbehörde führt, bevor eine Klage vor den Verwaltungsgerichten möglich ist.<sup>522</sup> Dabei können grundsätzlich alle Verstöße gegen das formelle und materielle Recht unabhängig davon gerügt werden, ob der Rechtsbehelfsführer diese Verstöße vorher im Verwaltungsverfahren durch Einwendungen geltend gemacht hat. Das polnische Recht kennt also insoweit keine Einschränkung des Klagevorbringens im Sinne einer materiellen Präklusion.<sup>523</sup> Außerdem können sich die Umweltverbände bei den unter Art. 9 Abs. 2 AK fallenden Vorhaben, bei denen Art. 44 des polnischen UVP-Gesetzes die Öffentlichkeitsbeteiligung regelt, jederzeit einem laufenden Verwaltungsverfahren anschließen und auch Widerspruch oder Klage erheben, ohne sich an dem jeweils vorangehenden Verwaltungs- oder Rechtsschutzverfahren beteiligt zu haben.<sup>524</sup> Schließlich werden sowohl bei den Bürgern als auch bei den Umweltverbänden keine besonderen Anforderungen an den Inhalt von Einwendungen oder an die Begründung von Rechtsbehelfen gestellt.<sup>525</sup>

Demnach ist in Polen der Zugang zu einer gerichtlichen Überprüfung sowie das Vorbringen von Einwendungen bei den von Art. 9 Abs. 2 AK erfassten Vorhaben noch einfacher möglich, als es in Deutschland bei einem Wegfall der mit den Regelungen in § 2 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 3 UmwRG vor allem für die Umweltverbände verbundenen „Mitwirkungslast“ bei Verwaltungsverfahren der Fall ist.<sup>526</sup> Eine Einschränkung des Umfangs der gerichtlichen Kontrolle ergibt sich daher bei diesen Vorhaben auch in Polen lediglich aus dem Verwaltungsprozessrecht. Dort ist vorgesehen, dass die Verwaltungsgerichte die Rechtmäßigkeit einer Verwaltungsentscheidung nur ausgehend von den im Verwaltungsverfahren gesammelten Unterlagen und Akten der zuständigen Behörden überprüfen. Das schließt zwar die erstmalige Erhebung neuer Einwendungen im Prozess nicht aus. Das Klagevorbringen muss sich jedoch immer auf bereits vorliegende behördliche Dokumente beziehen, z.B. in dem Defizite in den UVP-Unterlagen gerügt werden.<sup>527</sup> Außerdem haben die Gerichte teilweise Einwendungen von Nichtregie-

<sup>518</sup> Vgl. Molaschi, in: Lohse/Poto (2015), S. 115.

<sup>519</sup> Vgl. Molaschi, in: Lohse/Poto (2015), S. 115 f.

<sup>520</sup> Vgl. Molaschi, in: Lohse/Poto (2015), S. 116 f.; darauf verweist auch Poto, Länderbericht Italien, Anhang 5, Rn. 66.

<sup>521</sup> Vgl. Molaschi, in: Lohse/Poto (2015), S. 117; darauf verweist auch Poto, Länderbericht Italien, Anhang 5, Rn. 66.

<sup>522</sup> Vgl. Bar/Jendroska/Rotko, Länderbericht Polen, Anhang 6, Rn. 49.

<sup>523</sup> Vgl. Bar/Jendroska/Rotko, Länderbericht Polen, Anhang 6, Rn. 50.

<sup>524</sup> Vgl. Bar/Jendroska/Rotko, Länderbericht Polen, Anhang 6, Rn. 57.

<sup>525</sup> Vgl. Bar/Jendroska/Rotko, Länderbericht Polen, Anhang 6, Rn. 58 f.

<sup>526</sup> Siehe näher dazu 4.2.3.1.

<sup>527</sup> Vgl. Bar/Jendroska/Rotko, Länderbericht Polen, Anhang 6, Rn. 51.

rungsorganisationen zurückgewiesen, die sich auf die unzureichende Berücksichtigung der Rechtsposition einer anderen Prozesspartei bezogen.<sup>528</sup> Davon abgesehen gibt es jedoch keine Einschränkungen der Rügebefugnisse und die Verwaltungsgerichte sind – mit Ausnahme des High Administrative Court (NSA) – auch nicht an das Klagevorbringen gebunden, sondern können aufgrund des Legalitätsprinzips eine darüber hinaus gehende (objektive) Kontrolle der Rechtmäßigkeit von Verwaltungsentscheidungen vornehmen.<sup>529</sup> Es ist daher – anders als z.B. in Großbritannien oder Italien – durchaus üblich, dass die Gerichte eine Verwaltungsentscheidung aus Gründen aufheben, die vom Kläger gar nicht geltend gemacht worden sind.<sup>530</sup>

Etwas anders ist die Situation im Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 3 AK. Bei den davon erfassten Verwaltungsentscheidungen gilt Art. 31 Polnisches Verwaltungsverfahrensgesetz, der eine Beteiligung der Umweltverbände an den dafür vorgesehenen Verfahren nur nach einer Zulassung durch die zuständige Behörde ermöglicht, wobei unter anderem geprüft wird, ob daran ein „gesellschaftliches Interesse“ besteht.<sup>531</sup> Außerdem wird für die Einlegung von Rechtsbehelfen durch einen Umweltverband bei allen Vorhaben, die unter Art. 31 Polnisches Verwaltungsverfahrensgesetz fallen, eine vorherige Beteiligung am Verwaltungsverfahren verlangt.<sup>532</sup> Auf den ersten Blick entspricht diese Regelung der Zulässigkeitsanforderung, die sich in Deutschland für die neuen Klagemöglichkeiten der Umweltverbände gegen SUP-pflichtige Pläne und Programme aus § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. b Entwurf-UmwRG n.F. ergibt, wo dafür ebenfalls eine Verfahrensbeteiligung vorausgesetzt wird. Die genannte polnische Regelung gilt jedoch nur für Entscheidungen in Form von Verwaltungsakten, während es bei umweltrelevanten Plänen und insbesondere im Bereich der räumlichen Planung bisher gar keine Klagemöglichkeiten für Umweltverbände gibt.<sup>533</sup> Darin wird ein erhebliches Defizit bei der Umsetzung von Art. 9 Abs. 3 AK gesehen und es ist bereits Beschwerde beim Aarhus Convention Compliance Committee erhoben worden.<sup>534</sup> Hinzu kommt noch, dass nach § 44 polnisches UVP-Gesetz die Öffentlichkeit zwar insbesondere bei den UVP-pflichtigen Vorhaben über das Internet sowie durch Aushänge oder andere öffentliche Bekanntmachungen über die Verfahren informiert wird.<sup>535</sup> Die nach § 31 Abs. 4 polnisches Verwaltungsverfahrensgesetz auch bei den unter Art. 9 Abs. 3 AK fallenden Vorhaben erforderliche Bekanntmachung findet jedoch regelmäßig nicht statt, so dass es für die Umweltverbände schwierig ist, rechtzeitig Kenntnis von den eingeleiteten Verfahren zu erhalten und sich daran zu beteiligen.<sup>536</sup> Schließlich ist die Anwendung von § 31 polnisches Verwaltungsverfahrensgesetz und damit auch eine Klagemöglichkeit z.B. bei „Emissionsgenehmigungen“ für von der Industrieemissions-RL 2010/75/EU nicht erfasste Anlagen sowie für einige anderer Verwaltungsentscheidungen ausgeschlossen, so dass auch insoweit eine unzureichende Umsetzung von Art. 9 Abs. 3 AK in Polen kritisiert wird.<sup>537</sup>

#### 4.2.4.6 Schweden

Es gibt auch in Schweden keine Regelung, die in einer mit dem deutschen Recht vergleichbaren Weise für Verwaltungs- und Rechtsschutzverfahren eine materielle Präklusion von Einwendungen vorsieht. Ferner besteht ein wesentlicher Unterschied im Verfahrensrecht darin, dass in Schweden die jedermann offen stehende Beteiligung an den umweltrelevanten Planungs- und Genehmigungsverfahren

<sup>528</sup> Vgl. Bar/Jendroska/Rotko, Länderbericht Polen, Anhang 6, Rn. 53.

<sup>529</sup> Vgl. Bar/Jendroska/Rotko, Länderbericht Polen, Anhang 6, Rn. 52 und 55 f.

<sup>530</sup> Vgl. Bar/Jendroska/Rotko, Länderbericht Polen, Anhang 6, Rn. 55.

<sup>531</sup> Vgl. Bar/Jendroska/Rotko, Länderbericht Polen, Anhang 6, Rn. 21.

<sup>532</sup> Vgl. Bar/Jendroska/Rotko, Länderbericht Polen, Anhang 6, Rn. 57.

<sup>533</sup> Vgl. Bar, Symposium Protokoll, Anhang 8 (unter 8.2.4.2).

<sup>534</sup> Vgl. Bar/Jendroska/Rotko, Länderbericht Polen, Anhang 6, Rn. 62, mit Hinweis auf ACCC/C/2014/119 (Polen); siehe näher dazu auch schon 2.6.1.

<sup>535</sup> Vgl. Bar/Jendroska/Rotko, Länderbericht Polen, Anhang 6, Rn. 37.

<sup>536</sup> Vgl. Bar/Jendroska/Rotko, Länderbericht Polen, Anhang 6, Rn. 41 ff.

<sup>537</sup> Vgl. Bar/Jendroska/Rotko, Länderbericht Polen, Anhang 6, Rn. 23 ff. und Rn. 62 – mwN.

nicht durch Fristen beschränkt wird. Es werden auch keine besonderen Anforderungen an den Inhalt der von Umweltverbänden erhobenen Einwendungen gestellt. Vielmehr ist jede vor Abschluss eines Verfahrens erhobene Einwendung den anderen Verfahrensbeteiligten mitzuteilen und von den zuständigen Behörden bei der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen, es sei denn, sie ist nicht oder kaum relevant.<sup>538</sup> Außerdem können in den Rechtsschutzverfahren grundsätzlich alle Verstöße gegen formell- oder materiell-rechtliche Vorschriften gerügt werden, da die angegriffene Verwaltungsentscheidung in der Regel nach dem Grundsatz der Amtsermittlung vollständig überprüft wird.<sup>539</sup>

Eine mit der Beteiligung am Verwaltungsverfahren verknüpfte Einschränkung besteht in Schweden nach 13:11 Planning and Building Act allerdings bei Rechtsbehelfen, die sich gegen lokale Entwicklungspläne (z.B. für Industriegebiete, Supermärkte, Parkplätze, Sportboot- oder Jachthäfen) richten. In diesen Fällen können sowohl betroffene Bürger als auch Umweltverbände nur dann einen Rechtsbehelf einlegen, wenn sie ihre Einwendungen bereits im vorangehenden Planungsverfahren vorgebracht haben.<sup>540</sup> Das Fehlen einer Beteiligung bewirkt demnach zwar keine materielle Präklusion von Einwendungen in dem Sinne, dass der Umfang der gerichtlichen Überprüfung eingeschränkt wird, sie führt aber zur Unzulässigkeit des Rechtsbehelfs und schließt damit die Geltendmachung von Einwendungen vor Gericht ganz aus.<sup>541</sup> Das wirft die in Schweden bisher noch nicht diskutierte Frage auf, ob diese Regelung aufgrund des EuGH-Urteils vom 15.10.2015 (Rs. C-137/14) – insbesondere soweit UVP-pflichtige Vorhaben davon betroffen sind – als mit dem Unionsrecht nicht vereinbare Beschränkung des Zugangs zu Gerichten anzusehen ist.<sup>542</sup>

Sofern eine Klage zulässig ist, erfolgt nach dem schwedischen Verwaltungsprozessrecht ausgehend vom Grundsatz der Amtsermittlung regelmäßig eine vollständige gerichtliche Überprüfung der angegriffenen Verwaltungsentscheidung, die nicht nur zu einer Aufhebung, sondern – anders als z.B. in Großbritannien oder Italien – auch zu einer Abänderung durch das Gericht führen kann.<sup>543</sup> Dabei nehmen vor allem die für Klagen gegen umweltrelevante Vorhaben zuständigen Gerichte (Land and Environmental Courts), in denen immer ein technischer Experte als Richter mit vollem Stimmrecht an den Entscheidungen beteiligt ist, eine eigenständige Untersuchung der Sach- und Rechtsfragen vor.<sup>544</sup> Der Prüfungsumfang und die Entscheidung des Gerichts richten sich daher nicht nach dem Klagevorbringen, sondern es kommt vielmehr darauf an, welche Punkte vor allem der für technische Fragen zuständige Richter für relevant hält. Insbesondere bei größeren Vorhaben führen qualifizierte Einwendungen von Umweltverbänden jedoch häufig dazu, dass die Richter auf mögliche Fehler der Behörden aufmerksam gemacht werden.<sup>545</sup> Eine gewisse Einschränkung der gerichtlichen Kontrolle besteht zwar aufgrund spezieller Regelungen bei Klagen gegen lokale Entwicklungspläne oder gegen Regierungsentscheidungen, die vor allem Infrastrukturvorhaben betreffen. In diesen Fällen müssen die Gerichte – anders als sonst – behördliche Ermessensspielräume beachten und können daher die Verwaltungsentscheidungen nicht abändern, sondern nur bestätigen oder aufheben.<sup>546</sup> Die insofern bestehenden Ähnlichkeiten mit den in anderen EU-Staaten üblichen Beschränkungen der gerichtlichen Kontrolle von behördlichen Entscheidungsspielräumen betreffen aber vor allem die Prüftiefe. Eine Beschränkung des Prüfungsumfangs ist hingegen nicht vorgesehen und es sind jedenfalls im Umwelt-

---

<sup>538</sup> Vgl. Darpö, Länderbericht Schweden, Anhang 7, Rn. 109 und 112.

<sup>539</sup> Vgl. Darpö, Länderbericht Schweden, Anhang 7, Rn. 18.

<sup>540</sup> Vgl. Darpö, Länderbericht Schweden, Anhang 7, Rn. 27.

<sup>541</sup> Vgl. Darpö, Länderbericht Schweden, Anhang 7, Rn. 112.

<sup>542</sup> Siehe näher dazu 4.2.2.

<sup>543</sup> Vgl. Darpö, Länderbericht Schweden, Anhang 7, Rn. 18.

<sup>544</sup> Vgl. Darpö, Symposium Protokoll, Anhang 8 (unter 8.2.6.4); ders., Länderbericht Schweden, Anhang 7, Rn. 15.

<sup>545</sup> Vgl. Darpö, Symposium Protokoll, Anhang 8 (unter 8.2.6.4).

<sup>546</sup> Vgl. Darpö, Länderbericht Schweden, Anhang 7, Rn. 27 ff. und 114.

rechtsschutz auch keine Beispiele für einen Ausschluss missbräuchlichen Vorbringens, wie ihn § 5 Entwurf-UmwRG n.F. ermöglicht, bekannt.<sup>547</sup>

Insgesamt gesehen ist daher festzustellen, dass es in Schweden – abgesehen von den besonderen Zulässigkeitsanforderungen bei Klagen gegen lokale Entwicklungspläne – keine Regelungen gibt, die den Umfang der gerichtlichen Überprüfung durch einen Ausschluss von Einwendungen, wie er im deutschen Recht insbesondere bei SUP-pflichtigen Plänen und Programmen möglich ist, einschränken. Vielmehr sieht das schwedische Prozessrecht grundsätzlich eine vollständige gerichtliche Überprüfung der angegriffenen Verwaltungsentscheidungen hinsichtlich der Sach- und Rechtsfragen vor, die von den speziell für Umweltangelegenheiten zuständigen Gerichten aufgrund des vorhandenen technischen Sachverständes auch umgesetzt werden kann.

#### **4.2.4.7 Diskussion der Ergebnisse und Prüfungsumfang im deutschen Recht**

Der Rechtsvergleich zeigt, dass Rechtsbehelfe gegen umweltrelevante Verwaltungsentscheidungen in allen untersuchten EU-Staaten grundsätzlich auch auf Einwendungen gestützt werden können, die in den Verwaltungsverfahren nicht vorgebracht worden sind. Es gibt also keine materielle Präklusion, wie sie im deutschen Recht nach § 2 Abs. 3 UmwRG für von Art. 9 Abs. 2 AK erfasste Vorhaben gegolten hat und jetzt bei SUP-pflichtigen Plänen und Programmen in § 7 Abs. 3 Satz 1 Entwurf-UmwRG n.F. vorgesehen ist. Außerdem sind Rechtsbehelfe in den untersuchten EU-Staaten überwiegend unabhängig davon zulässig, ob sich der Kläger zuvor am Verwaltungsverfahren beteiligt hat. Es gibt zwar auch Beispiele dafür, dass eine solche Beteiligung – wie in Deutschland bei SUP-pflichtigen Plänen und Programmen nach § 2 Abs. 1 Nr. 3b UmwRG – für die Zulässigkeit von Rechtsbehelfen vorausgesetzt wird. Das betrifft in Schweden bestimmte lokale Entwicklungspläne und in Polen einen Teil der von Art. 9 Abs. 3 AK erfassten Verwaltungsentscheidungen. Außerdem wird in Großbritannien vor allem bei Klagen gegen bau(planungs)rechtliche Entscheidungen von der Rechtsprechung die Beteiligung des Klägers am Verwaltungsverfahren als ein Kriterium für die Zulässigkeit berücksichtigt. Soweit dadurch auch Vorhaben betroffen sind, die in den Anwendungsbereich von Art. 11 UVP-RL (2011/92/EU) und Art. 25 Industrieemissions-RL (2010/75/EU) fallen, ergeben sich aufgrund des EuGH-Urteils vom 15.10.2015 (Rs. C-137/14) durchaus Zweifel an der Vereinbarkeit solcher Zulässigkeitsanforderungen mit dem Unionsrecht. Auf den gerichtlichen Prüfungsumfang wirken sie sich aber nicht aus, so dass mit einem (zulässigen) Rechtsbehelf auch neue Einwendungen vorgebracht werden können.

Aufgrund der Möglichkeit, in den Rechtsbehelfsverfahren auch neue Einwendungen vorzubringen, hat die Öffentlichkeitsbeteiligung und speziell die Mitwirkung der Umweltverbände an den Verwaltungsverfahren in den untersuchten EU-Staaten eine andere Bedeutung als im deutschen Recht. Das zeigt sich zum einen bei den Fristen für die Beteiligung, die nur für den Ablauf der Verwaltungsverfahren relevant sind und nicht zwingend zu einem Ausschluss von Einwendungen führen. Zum anderen werden an die Einwendungen von Umweltverbänden keine besonderen inhaltlichen Anforderungen gestellt, so dass insoweit für ihre Beteiligung die gleichen Bedingungen gelten, wie für andere Mitglieder der Öffentlichkeit im Sinne von Art. 9 Abs. 2 und 3 AK. Eine „Mitwirkungslast“ der Umweltverbände im Hinblick auf eine fachliche Unterstützung der Behörden, die sich in Deutschland aus den Präklusionsregelungen ergeben kann,<sup>548</sup> besteht daher nicht.

Demnach ist in den untersuchten EU-Staaten keine Einschränkung des Umfangs der gerichtlichen Kontrolle auf bestimmte Sach- oder Rechtsfragen vorgesehen. Mit einem zulässigen Rechtsbehelf<sup>549</sup> kann grundsätzlich die formelle und materielle Rechtmäßigkeit der angegriffenen Verwaltungsentscheidung

---

<sup>547</sup> Vgl. Darpö, Symposium Protokoll, Anhang 8 (unter 8.2.7.4).

<sup>548</sup> Siehe dazu 4.2.3.1.

<sup>549</sup> Siehe dazu auch den Rechtsvergleich oben 2.7.

umfassend gerügt werden, so dass ein vom Ansatz her „weiter“ Prüfungsumfang gegeben ist.<sup>550</sup> Demgegenüber gibt es im deutschen Recht mehrere normative Beschränkungen des Prüfungsumfangs. Das betrifft zunächst die Individualklagen gegen Verwaltungsakte, mit denen nur die Verletzung subjektiver Rechte geltend gemacht werden kann, so dass sich auch die gerichtliche Überprüfung auf die Verletzung dieser Rechte beschränkt (§ 113 Abs. 1 VwGO). Bei Umweltverbandsklagen gegen unter Art. 9 Abs. 2 AK fallende Vorhaben ist inzwischen zwar gemäß § 2 Abs. 4 Nr. 1 Entwurf-UmwRG n.F. eine umfassende Prüfung der Rechtmäßigkeit möglich. Mit den Verbandsklagen gegen Verwaltungsentscheidungen im Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 3 AK können aber nach § 2 Abs. 4 Nr. 2 Entwurf-UmwRG n.F. nur Verstöße gegen „umweltbezogene Rechtsvorschriften“ geltend gemacht werden. Das gilt auch für die an sich auf eine objektive Rechtmäßigkeitsprüfung ausgerichteten Normenkontrollklagen nach § 47 VwGO gegen SUP-pflichtige Pläne.<sup>551</sup> Sowohl bei diesen Fallkonstellationen der Umweltverbandsklage als auch bei den Individualklagen kann also nur die Verletzung bestimmter Vorschriften zum Gegenstand der gerichtlichen Prüfung gemacht werden. Außerdem sind bei Rechtsbehelfen gegen SUP-pflichtige Pläne und Programme durch die materielle Präklusion von Einwendungen nach § 7 Abs. 3 Satz 1 Entwurf-UmwRG n.F. sowie durch Regelungen zur Unbeachtlichkeit von Verfahrensfehlern im Einzelfall weitere Beschränkungen des Prüfungsumfangs möglich.<sup>552</sup> Hinzu kommt noch der in § 5 Entwurf-UmwRG n.F. vorgesehene Ausschluss von missbräuchlich erstmals vor Gericht erhobenen Einwendungen als zusätzlicher Ansatzpunkt für Einschränkungen.<sup>553</sup> Da es in den untersuchten EU-Staaten derartige Beschränkungen des Prüfungsumfangs nicht gibt, ist die gerichtliche Kontrolle im deutschen Recht insoweit nach wie vor vergleichsweise „eng“ ausgestaltet.<sup>554</sup>

Für den tatsächlichen Umfang der gerichtlichen Kontrolle im Einzelfall sind allerdings auch die Vorgaben des Prozessrechts maßgebend. Insoweit bestehen in den untersuchten EU-Staaten unterschiedliche Rahmenbedingungen, vor allem weil die Sachaufklärung teilweise nach dem Beibringungs- und teilweise nach dem Amtsermittlungsgrundsatz erfolgt. In den Länderberichten wird daher auch auf die jeweilige Ausgestaltung des Prozessrechts und dessen Handhabung eingegangen:

- In Großbritannien und Italien gilt der Beibringungsgrundsatz, so dass die Beweislast für die Sachaufklärung regelmäßig von den Klägern zu tragen ist. Außerdem gehen die Gerichte nur den im Klagevorbringen aufgeworfenen Fragen nach, was ebenfalls zu Einschränkungen führt. Eine umfassende Prüfung der relevanten Sach- und Rechtsfragen ist theoretisch zwar trotzdem möglich, in der gerichtlichen Praxis sind solche Fälle aber wohl die Ausnahme.
- In Frankreich gilt zwar der Amtsermittlungsgrundsatz, die Gerichte klären die Sachfragen aber ebenfalls in der Regel nicht selbst auf, weil insofern eine Darlegungspflicht des Klägers besteht. Die gerichtliche Kontrolle orientiert sich daher weitgehend am Klagevorbringen und die Nachprüfung beschränkt sich oft auf den Inhalt von Akten und Schriftstücken.
- In Polen stützt sich die gerichtliche Kontrolle – ähnlich wie in Frankreich – trotz des geltenden Amtsermittlungsgrundsatzes ebenfalls vor allem auf die Unterlagen der Behörden aus dem Verwaltungsverfahren. Die Gerichte gehen dabei jedoch unter Umständen über das Klagevorbringen hinaus und heben daher Verwaltungsentscheidungen auch aus Gründen auf, die der Kläger nicht geltend gemacht hat.

<sup>550</sup> So im Ergebnis auch Epiney/Reitemeyer (2014), Rn. 78 ff.; deren Rechtsvergleich als Länder mit einem weiten Prüfungsansatz neben Frankreich, Großbritannien, Italien und Schweden auch Dänemark und die Niederlande erfasst; die bei den Klagegründen zum Teil bestehenden Beschränkungen (z.B. in Frankreich und Großbritannien) stehen dem nicht entgegen, siehe dazu auch Epiney, NVwZ 2014, 465 (470 f.).

<sup>551</sup> Vgl. BVerwG, NVwZ 2007, 223 (Rn. 8); Kopp/Schenke (2016), VwGO, § 47 Rn. 112, mwN; siehe auch 4.2.3.1.

<sup>552</sup> Siehe oben 4.2.3.1 unter anderem auch zu §§ 214 und 215 BauGB und § 12 Abs. 5 ROG.

<sup>553</sup> Siehe zur Auslegung und Bedeutung des Entwurfs zu § 5 UmwRG n.F. im Einzelnen oben 4.2.3.2.

<sup>554</sup> So im Ergebnis auch schon Epiney, NVwZ 2014, 465 (470 f.); Wahl, in: Kluth/Rennert (2008), S. 59.

- In Schweden nehmen die Gerichte hingegen – ausgehend vom Amtsermittlungsgrundsatz – regelmäßig eine eigenständige Prüfung der Sach- und Rechtsfragen vor, wobei die mit sachverständigen Richtern ausgestatteten Gerichte, die für Klagen gegen umweltrelevante Vorhaben zuständig sind, auch selbst eine Sachaufklärung durchführen.

Dieser Überblick zeigt, dass der gerichtliche Prüfungsumfang durch die geltenden prozessrechtlichen Grundsätze im Einzelfall eingeschränkt sein kann. Das betrifft vor allem die Beschränkung der richterlichen Kontrolle auf die durch das jeweilige Klagevorbringen aufgeworfenen Sach- und Rechtsfragen in Großbritannien, Italien und in Frankreich. Dabei kommt die auch im deutschen Verwaltungsprozessrecht geltende Dispositionsmaxime zur Anwendung, nach der es grundsätzlich Sache der Parteien ist, durch ihr Vorbringen und die gestellten Anträge den Streitgegenstand zu bestimmen.<sup>555</sup> Außerdem spielt eine Rolle, ob die Sachaufklärung nach dem Beibringungs- oder dem Amtsermittlungsgrundsatz erfolgt. So kann der Beibringungsgrundsatz sowohl die Erhebung einer Klage als auch einen umfassenden gerichtlichen Kontrolle erheblich erschweren, weil der Kläger unter Umständen die notwendigen Beweise nur mit großem Aufwand oder gar nicht beibringen kann. Der Amtsermittlungsgrundsatz erleichtert hingegen dem Kläger sein Vorgehen, da die Sachaufklärung (auch) Aufgabe des Gerichts ist. Dementsprechend wird insbesondere aus Großbritannien und Italien berichtet, dass eine umfassende gerichtliche Kontrolle – die an sich möglich ist – selten vorkommt, während vor allem in Schweden regelmäßig eine eingehende Überprüfung der angegriffenen Verwaltungsentscheidung stattfindet.

Somit ergibt sich, dass die praktische Handhabung des an sich umfassenden Ansatzes der gerichtlichen Überprüfung in den untersuchten EU-Staaten zwar durch die unterschiedlichen prozessrechtlichen Grundsätze beeinflusst wird. Auch diese Unterschiede lassen jedoch nur begrenzt Rückschlüsse darauf zu, wie „weit“ oder „eng“ der Prüfungsumfang im Einzelfall tatsächlich ist, weil die prozessrechtlichen Grundsätze nicht einheitlich interpretiert und daher in der Praxis verschieden umgesetzt werden.<sup>556</sup> Außerdem ergeben sich daraus für die Kläger keine Einschränkungen der Rügebefugnisse, wie sie im deutschen Recht unter anderem durch Präklusionsregelungen bestehen. Vielmehr hängt die Reichweite der gerichtlichen Prüfung vom Vorgehen der Parteien und des Gerichts im Einzelfall ab. Einerseits ist z.B. auch in Großbritannien nach dem Beibringungsgrundsatz eine Klage möglich, mit der die Rechtmäßigkeit einer Verwaltungsentscheidung durch ein detailliertes Vorbringen und beweiskräftige Gutachten umfassend zur Diskussion gestellt wird. Andererseits trifft z.B. in Frankreich den Kläger trotz Geltung des Amtsermittlungsgrundsatzes eine Darlegungslast, die hohe Anforderungen an das Klagevorbringen stellt und daher zu Einschränkungen der gerichtlichen Kontrolle führen kann. Allerdings ist zu beachten, dass nur die Bestimmung des Streitgegenstandes durch den Kläger nach der Dispositionsmaxime den Prüfungsumfang betrifft, während es bei der Frage, wie weitgehend im gerichtlichen Verfahren ausgehend vom Beibringungs- oder Amtsermittlungsgrundsatz die Sachfragen aufgeklärt werden müssen, um die Prüftiefe geht.<sup>557</sup> Erst die Betrachtung beider Aspekte ermöglicht eine abschließende Beurteilung, wie intensiv die gerichtliche Kontrolle in den untersuchten EU-Staaten im Vergleich zu Deutschland ist.

#### 4.2.5 Zwischenergebnis

Eine materielle Präklusion von Einwendungen, die im deutschen Recht nach § 2 Abs. 3 UmwRG für von Art. 9 Abs. 2 AK erfasste Vorhaben gegolten hat und die durch die geplante Novellierung nach § 7 Abs. 3 Satz 1 Entwurf-UmwRG n.F. für SUP-pflichtige Pläne und Programme vorgesehen ist, gibt es in den

<sup>555</sup> Vgl. zum deutschen Recht z.B. Dawin, in: Schoch/Schneider/Bier (Stand Nov. 2009), § 86 VwGO Rn. 14; Kopp/Schenke (2016), § 86 VwGO Rn. 2.

<sup>556</sup> Vgl. Wahl, in: Kluth/Rennert (2008), S. 56 f., der darauf hinweist, dass die „faktische“ Kontrollintensität auch bei den Gerichten innerhalb eines Landes sehr unterschiedlich sein kann.

<sup>557</sup> Vgl. zu der insoweit gebotenen Differenzierung näher Dawin, in: Schoch/Schneider/Bier (Stand Nov. 2009), § 86 VwGO Rn. 6 und 14.

untersuchten EU-Staaten nicht. Dort können Rechtsbehelfe gegen umweltrelevante Verwaltungsentscheidungen daher grundsätzlich auch auf Einwendungen gestützt werden, die in den Verwaltungsverfahren nicht vorgebracht worden sind. Außerdem sind Rechtsbehelfe in den untersuchten EU-Staaten überwiegend unabhängig davon zulässig, ob sich der Kläger zuvor am Verwaltungsverfahren beteiligt hat. Insoweit bestehen nur wenige Ausnahmen, die sich meist auf Klagemöglichkeiten gegen bestimmte Vorhaben oder Pläne beschränken. Ansonsten ist es in diesen Staaten aber grundsätzlich möglich, eine Verwaltungsentscheidung im Hinblick auf alle Sach- und Rechtsfragen gerichtlich überprüfen zu lassen.

In Deutschland ist hingegen eine umfassende gerichtliche Kontrolle der Rechtmäßigkeit von Verwaltungsentscheidungen nur bei Umweltverbandsklagen gegen Entscheidungen nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 2b Entwurf-UmwRG n.F. vorgesehen. Für andere Umweltverbandsklagen und für Individualklagen werden die Rügebefugnisse der Kläger durch verschiedene Regelungen beschränkt, so dass die gerichtliche Kontrolle unter Umständen nur Einzelfragen erfasst. Damit ist der Prüfungsumfang in Deutschland trotz der durch § 1 Abs. 1 Entwurf-UmwRG n.F. noch einmal geplanten erweiterten Klagemöglichkeiten vom Ansatz her weiterhin deutlich enger als in den untersuchten EU-Staaten, in denen grundsätzlich eine umfassende gerichtliche Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen durch Verbands- und Individualklagen möglich ist. Im Einzelfall können sich allerdings auch in diesen Staaten aus den jeweiligen prozessrechtlichen Grundsätzen und ihrer Handhabung erhebliche Einschränkungen des Prüfungsumfangs und insbesondere auch der Prüftiefe ergeben. In den folgenden Abschnitten wird daher noch näher untersucht, wie intensiv die Gerichte in Deutschland und in anderen EU-Staaten umweltrelevante Verwaltungsentscheidungen kontrollieren.

### 4.3 Ansätze und Begrenzungen der richterlichen Prüftiefe in Deutschland

Die Effektivität des Rechtsschutzes in Umweltangelegenheiten hängt sowohl vom Umfang der gerichtlichen Überprüfung einer Verwaltungsentscheidung als auch von der Kontroll- oder Prüftiefe ab. Während es bei dem im vorstehenden Abschnitt betrachteten Prüfungsumfang darum ging, welche Sach- und Rechtsfragen überhaupt zum Gegenstand der gerichtlichen Kontrolle gemacht werden können, bezieht sich die nun zu untersuchende Frage nach den Begrenzungen der richterlichen Prüftiefe darauf, wie intensiv Verwaltungsentscheidungen von den Gerichten in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu überprüfen sind.<sup>558</sup> Es geht also darum, wie genau die Gerichte vor allem Sachfragen aufklären und speziell die Anwendung von Rechtsbegriffen nachvollziehen müssen, bei deren Konkretisierung technische oder naturwissenschaftliche Aspekte eine maßgebliche Rolle spielen. Diese Frage steht im Zusammenhang mit der Diskussion, ob es aufgrund der Ausweitung von Klagerechten der Umweltverbände sinnvoll und möglich ist, bei der gerichtlichen Kontrolle die Prüftiefe zu begrenzen.<sup>559</sup> Dem könnte das in Art. 19 Abs. 4 GG verankerte Gebot des effektiven Rechtsschutzes entgegenstehen, wonach die Rechtsanwendung durch die Verwaltung grundsätzlich einer vollständigen gerichtlichen Kontrolle unterliegt.<sup>560</sup> Es ist aber auch anerkannt, dass unter bestimmten Voraussetzungen behördliche Entscheidungsspielräume bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe sowie auch bei Ermessens- und Planungsentscheidungen in Betracht kommen, so dass die gerichtliche Kontrolle durchaus in verschiedener Hinsicht eingeschränkt sein kann.<sup>561</sup> Daher ist zu untersuchen, inwieweit die richterliche Prüftiefe im deutschen Umweltrecht bereits in sachlich gerechtfertigter Weise begrenzt ist und ob

<sup>558</sup> Siehe zu dieser Unterscheidung und den daran anknüpfenden Forschungsfragen bereits oben 4.1.

<sup>559</sup> Vgl. Epiney/Sollberger (2002), S. 427 ff.; Ziekow, NVwZ 2007, 259 (266 f.); Wahl, in: Kluth/Rennert (2008), S. 55 ff.; Steinbeiß-Winkelmann, NJW 2010, 1233 (1237); Leidinger, NVwZ 2011, 1345 (1349 f.).

<sup>560</sup> Vgl. hier nur Jarass/Pieroth (2016), GG, Art. 19 Rn. 67; Knauff, in: Gärditz (2013), VwGO, § 114 Rn. 4 – jeweils mwN.

<sup>561</sup> Vgl. Kopp/Schenke (2016), VwGO, § 114 Rn. 23 ff. und Rn. 37 ff.; Jestaedt, in: Ehlers/Pünder (2016), § 11 Rn. 27 ff. und Rn. 50 – jeweils mwN; siehe auch Kloepfer (2011), § 5 Rn. 28 ff.; Erbguth/Schlacke (2016), § 6 Rn. 18.

weitere Einschränkungen zulässig wären. Ausgehend davon wird dann im folgenden Abschnitt ein Rechtsvergleich mit der gerichtlichen Prüftiefe in anderen EU-Staaten vorgenommen.

Zuerst ist zu erörtern, welche Anforderungen durch die verfassungs- und prozessrechtlichen Vorgaben an die gerichtliche Kontrolle gestellt werden und inwieweit eine Begrenzung möglich ist (siehe 4.3.1). Danach werden die Begrenzungen der richterlichen Prüftiefe im Umweltrecht näher untersucht (siehe 4.3.2). Dazu werden die dafür bestehenden Ansätze in einem Überblick erfasst und hinsichtlich ihrer Relevanz analysiert (siehe 4.3.2.1). Ausgehend davon werden dann ausgewählte Bereiche, in denen die für eine Anerkennung behördlicher Entscheidungsspielräume angeführten Gründe diskussionswürdig erscheinen, näher untersucht: UVP-Vorprüfungen zur Feststellung der UVP-Pflichtigkeit von Vorhaben (siehe 4.3.2.2); die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe insbesondere durch Standardsetzungen im Immissionsschutzrecht (siehe 4.3.2.3); schließlich die Anerkennung von „Einschätzungsprärogativen“ im Naturschutzrecht (siehe 4.3.2.4). Zuletzt steht ein kurzes Zwischenergebnis (siehe 4.3.3).

### 4.3.1 Verfassungsrechtliche Vorgaben für die gerichtliche Kontrolle der Rechtsanwendung

#### 4.3.1.1 Grundsatz der vollständigen gerichtlichen Kontrolle

Aus der Rechtsschutzgarantie in Art. 19 Abs. 4 GG wird der Grundsatz abgeleitet, dass die mit einer (zulässigen) Klage angegriffenen Maßnahmen der Verwaltung von den Gerichten in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht vollständig zu überprüfen sind.<sup>562</sup> Daraus ergibt sich ein Anspruch der Bürger auf eine möglichst wirksame gerichtliche Kontrolle, so dass die Gerichte entsprechende Befugnisse zur tatsächlichen und rechtlichen Überprüfung von Rechtsverletzungen durch solche Maßnahmen haben müssen. Das schließt eine Bindung der Gerichte an die durch Verwaltungsbehörden im Einzelfall getroffenen tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen grundsätzlich aus. Der Amtsermittlungs- oder Untersuchungsgrundsatz in § 86 Abs. 1 VwGO, der die Gerichte dazu verpflichtet, selbst eine vollständige Sachaufklärung vorzunehmen, hat daher eine verfassungsrechtliche Grundlage.<sup>563</sup>

Außerdem ist Art. 20 Abs. 3 GG zu beachten, wonach sowohl die Behörden als auch die Gerichte einer Gesetzesbindung unterliegen. Daraus lässt sich zum einen die Verpflichtung ableiten, jeweils den richtigen Sachverhalt zu ermitteln, da eine auf unzutreffende Tatsachen gestützte Entscheidung nicht dem gesetzlichen Tatbestand entspricht und somit rechtswidrig ist. Deswegen kann sich das Gericht bei seiner Entscheidung nicht ohne weiteres auf die Tatsachen stützen, die von den Parteien behauptet werden, ohne deren Richtigkeit überprüft zu haben.<sup>564</sup> Zum anderen ist es danach Aufgabe der Gerichte, das anwendbare Recht selbst auszulegen und den Sachverhalt rechtlich zu bewerten.<sup>565</sup> Diese umfassende Prüfpflicht kommt auch in § 113 Abs. 1 VwGO zum Ausdruck, der bei Verwaltungsakten eine vollständige gerichtliche Kontrolle der Rechtmäßigkeit vorsieht, die gemäß § 108 Abs. 1 VwGO auf der Grundlage einer eigenen und freien richterlichen Überzeugungsbildung zu erfolgen hat.<sup>566</sup>

Dementsprechend erforschen die Gerichte gemäß § 86 Abs. 1 VwGO den Sachverhalt ohne Bindung an das Vorbringen der Parteien von Amts wegen und klären dabei die nach ihrer Rechtsauffassung entscheidungserheblichen Tatsachen im Einzelnen auf. Dabei sind alle zugänglichen Erkenntnismöglichkeiten einzubeziehen und es muss grundsätzlich jede zumutbare Aufklärung des Sachverhalts versucht werden, um eine ausreichende Grundlage für die notwendige richterliche Überzeugungsbildung

<sup>562</sup> Siehe dazu und zum Folgenden BVerfG, Beschl. v. 08.12.2011 – 1 BvR 1932/08 – NVwZ 2012, 694 (695); Beschl. v. 10.12.2009 – 1 BvR 3151/07 – Rn. 53, NVwZ 2010, 435 (437) – jeweils mwN; zustimmend Sachs/Jasper, NVwZ 2012, 649 (650); vgl. auch Gerhard, in: Schoch/Schneider/Bier (Stand Mai 1997), Vor §§ 113-114 VwGO Rn. 22.

<sup>563</sup> Allg. Meinung, vgl. Dawin, in: Schoch/Schneider/Bier (Stand Nov. 2009), § 86 VwGO Rn. 15 – mwN.

<sup>564</sup> Vgl. auch Dawin, in: Schoch/Schneider/Bier (Stand Nov. 2009), § 86 VwGO Rn. 16 – mwN.

<sup>565</sup> Vgl. Kopp/Schenke (2016), § 86 VwGO, Rn. 1a.

<sup>566</sup> Vgl. Gerhard, in: Schoch/Schneider/Bier (Stand Mai 1997), Vor §§ 113-114 VwGO Rn. 17 ff.

zu schaffen.<sup>567</sup> Das gilt allerdings nur, soweit die Sachaufklärung für die richterliche Entscheidungsfindung erforderlich ist.<sup>568</sup> Maßgeblich dafür ist vor allem das Rechtsschutzbegehren des jeweiligen Klägers und der durch sein Vorbringen vorgegebene Streitgegenstand.<sup>569</sup> Deswegen wird die Reichweite der gerichtlichen Kontrolle in erheblichem Umfang durch den Sachvortrag der Parteien, der die Ansatzpunkte der Rechtmäßigkeitsprüfung vorgibt, mitbestimmt.<sup>570</sup> Außerdem sollen die Prozessbeteiligten gemäß § 86 Abs. 1 Satz 1 2. Hs. VwGO bei der Sachaufklärung mitwirken. Daraus ergibt sich faktisch eine Art Darlegungslast, denn die Rechtsprechung geht davon aus, dass sich die richterliche Aufklärungspflicht in der Regel auf die Sachfragen beschränkt, die in Folge von unterschiedlichen Darstellungen oder Unklarheiten im Vorbringen der Parteien aufklärungsbedürftig sind. Es wird nicht verlangt, dass die Gerichte von sich aus Umstände erforschen, die möglicherweise die Rechtmäßigkeit der angegriffenen Verwaltungsentscheidung in Frage stellen, ohne dass dazu nach dem Vorbringen der Parteien oder aufgrund anderer konkreter Anhaltspunkte eine Veranlassung besteht.<sup>571</sup> Das Bundesverwaltungsgericht mahnt die Instanzgerichte vor allem bei den auf Bebauungspläne und andere gemeindliche Satzungen bezogenen Normenkontrollklagen nach § 47 VwGO sogar dazu, nicht „ungefragt“ auf Fehlersuche zu gehen.<sup>572</sup> Dies soll jedoch nur eine „Maxime richterlichen Handelns“ sein, die die Geltung des Amtsermittlungsgrundsatzes nicht in Frage stellt, so dass die Gerichte trotzdem ihre Entscheidung auch auf Gründe stützen können, die der Kläger nicht geltend gemacht hat.<sup>573</sup>

Eine uneingeschränkte Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Verwaltungsentscheidungen durch die Gerichte ist grundsätzlich auch dann geboten, wenn diese Entscheidungen auf der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe beruhen, die bezogen auf den Einzelfall konkretisiert werden müssen. Das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt klargestellt, dass sich die Regeln für eine beschränkte Kontrolle behördlicher Ermessensentscheidungen, die aus § 114 VwGO ableitbar sind, für die Auslegung und Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe nicht ohne Weiteres heranziehen lassen.<sup>574</sup> Sofern eine einheitliche Rechtsanwendung durch allgemeine Verwaltungsvorschriften behördenintern verbindlich vorgegeben wird, ändern sich dadurch Umfang und Intensität der durch Art. 19 Abs. 4 GG gebotenen gerichtlichen Kontrolle in der Regel ebenfalls nicht. Auch Verwaltungsvorschriften, die eine einheitliche Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe oder die einheitliche Ausübung des Verwaltungsermessens gewährleisten sollen, sind in Folge der Gesetzesbindung der Gerichte gemäß Art. 20 Abs. 3 und Art. 97 Abs. 1 GG grundsätzlich nicht Maßstab, sondern Gegenstand der richterlichen Kontrolle.<sup>575</sup>

Das Bundesverfassungsgericht erkennt jedoch auch an, dass der Gesetzgeber im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben die Möglichkeit hat, Gestaltungs-, Ermessens- und Beurteilungsspielräume

<sup>567</sup> So BVerwG, Beschl. v. 02.06.2006 – 6 B 53/05 – NVwZ-RR 2006, 626 (627); siehe auch Kopp/Schenke (2016), § 86 VwGO Rn. 5; die Aufklärungspflicht eher auf die nach dem Vortrag der Parteien verbleibenden Zweifel einschränkend hingegen Wimmer, in: Gärditz (2013), § 86 VwGO Rn. 19 f. und Rn. 30.

<sup>568</sup> Siehe ebenfalls BVerwG, Beschl. v. 02.06.2006 – 6 B 53/05 – NVwZ-RR 2006, 626 (627); Wimmer, in: Gärditz (2013), § 86 VwGO Rn. 19 f. und Rn. 30.

<sup>569</sup> Vgl. Dawin, in: Schoch/Schneider/Bier (Stand Nov. 2009), § 86 VwGO Rn. 46 ff.

<sup>570</sup> Vgl. auch Dawin, in: Schoch/Schneider/Bier (Stand Nov. 2009), § 86 VwGO Rn. 12 – mwN.

<sup>571</sup> Vgl. BVerwGE 66, 237 (238); Kopp/Schenke (2016), § 86 VwGO Rn. 12; Wimmer, in: Gärditz (2013), § 86 VwGO Rn. 30; siehe ferner Dawin, in: Schoch/Schneider/Bier (Stand Nov. 2009), § 86 VwGO Rn. 64, nach dessen Auffassung das Kriterium des „Sich-Aufdrängens“ von Sachfragen, die von den Parteien nicht benannt worden sind, allgemein die Aufklärungspflicht begrenzt.

<sup>572</sup> Vgl. BVerwG, Urt. v. 17.04.2002 – 9 CN 1/01 – NVwZ 2002, 1123 (1125), mwN; ebenso Wimmer, in: Gärditz (2013), § 86 VwGO Rn. 30; Kopp/Schenke (2016), § 86 VwGO Rn. 12; kritisch hingegen Dawin, in: Schoch/Schneider/Bier (Stand Nov. 2009), § 86 VwGO Rn. 49b ff.

<sup>573</sup> So BVerwG, Beschl. v. 04.10.2006 – 4 BN 26/06 – Rn. 7, NVwZ 2007, 223.

<sup>574</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 31.05.2011 – 1 BvR 857/07 – NVwZ 2011, 1062 (1064); ebenso Beschl. v. 08.12.2011 – 1 BvR 1932/08 – NVwZ 2012, 694 (695) – jeweils mwN.

<sup>575</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 31.05.2011 – 1 BvR 857/07 – NVwZ 2011, 1062 (1064), mit Hinweis auf BVerfGE 78, 214 (227).

für die Verwaltung zu eröffnen und die gerichtliche Kontrolle insoweit einzuschränken.<sup>576</sup> Dabei wird davon ausgegangen, dass eine gerichtliche Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen nicht stattfinden kann, „soweit das materielle (Gesetzes- oder Richter-)Recht der Verwaltung in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise Entscheidungen abverlangt, ohne dafür hinreichend bestimmte Vorgaben (Entscheidungsprogramme) zu enthalten.“<sup>577</sup> Auch das Bundesverwaltungsgericht stellt auf die gesetzlichen Vorgaben ab und hält Ausnahmen vom Grundsatz einer vollständigen gerichtlichen Kontrolle dann für möglich, wenn „der jeweiligen Rechtsvorschrift die Entscheidung des Gesetzgebers zu entnehmen ist, der Verwaltung das abschließende Urteil über das Vorliegen der durch einen unbestimmten Gesetzesbegriff gekennzeichneten tatbestandlichen Voraussetzungen zu übertragen.“<sup>578</sup>

Die für den Gesetzgeber bestehenden Möglichkeiten, solche Entscheidungsspielräume für die Verwaltung zu eröffnen, bedürfen jedoch ebenso wie die Ansätze zu ihrer Rechtfertigung einer differenzierten Betrachtung. So ist zwar die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines auf die Rechtsfolgen bezogenen Verwaltungsermessens, dessen Anwendung und Kontrolle durch § 40 VwVfG und § 114 VwGO näher geregelt wird, heute allgemein anerkannt.<sup>579</sup> Das gilt auch für den bei staatlichen Planungsentscheidungen bestehenden Gestaltungsspielraum (oder das „Planungsermessen“<sup>580</sup>), der sich nicht nur aus gesetzlichen „Abwägungsklauseln“ ergibt (siehe z.B. § 1 Abs. 7 BauGB), sondern von der Rechtsprechung direkt aus dem zum „Wesen einer rechtsstaatlichen Planung“ gehörenden „Gebot einer gerechten Abwägung aller von der Planung berührten öffentlichen und privaten Belange“ abgeleitet wird.<sup>581</sup> Es bestehen jedoch unterschiedliche Auffassungen hinsichtlich der Rechtfertigung behördlicher Beurteilungs- oder Prognosespielräume bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, die von der Rechtsprechung bisher nur ausnahmsweise für bestimmte Fälle anerkannt werden.<sup>582</sup> Insbesondere im Umweltrecht wird dabei auch über die Bedeutung und Bindungswirkung von Verwaltungsvorschriften und technischen Regelwerken diskutiert, die zur Konkretisierung solcher Rechtsbegriffe dienen.<sup>583</sup>

Demnach besteht weitgehend Einigkeit über die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die gerichtliche Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen hinsichtlich folgender „Grundpositionen“<sup>584</sup>: Es wird gemäß Art. 19 Abs. 4 GG wirksamer Rechtsschutz unter Beachtung der Gesetzesbindung gemäß Art. 20 Abs. 3 GG gewährt, die gerichtliche Kontrolle kann jedoch nicht weiter gehen als die materiellrechtliche Bindung der Verwaltung. Daher besteht zwar grundsätzlich ein Anspruch auf vollständige Überprüfung der angegriffenen Verwaltungsentscheidung in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht. Davon sind aber Abweichungen möglich, wenn der Gesetzgeber in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise eine begrenzte gerichtliche Kontrolle vorgesehen hat.

<sup>576</sup> Vgl. zur ständigen Rechtsprechung nur Beschl. v. 10.12.2009 – 1 BvR 3151/07 – NVwZ 2010, 435 (437 f.), sowie Beschl. v. 31.05.2011 – 1 BvR 857/07 – NVwZ 2011, 1062 (1064) - jeweils mwN.

<sup>577</sup> So BVerfG, Beschl. v. 16.12.1992 – 1 BvR 167/87 – NVwZ 1993, 666 (670); ähnlich Beschl. v. 10.12.2009 – 1 BvR 3151/07 – NVwZ 2010, 435 (437); siehe auch Beschl. v. 31.05.2011 – 1 BvR 857/07 – NVwZ 2011, 1062 (1065).

<sup>578</sup> So BVerwG, Urt v. 25.11.1993 – 3 C 38/91 – BVerwGE 94, 307 (309) = NVwZ 1995, 707 (708).

<sup>579</sup> Vgl. Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig (Stand Juli 2014), Art. 19 IV GG Rn. 189, u.a. mit Hinweis auf BVerfGE 8, 274 (326); 9, 137 (146 ff.).

<sup>580</sup> Dieser Begriff wird z.B. verwandt von Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig (Stand Juli 2014), Art. 19 IV GG Rn. 208.

<sup>581</sup> Grundlegend BVerwG, Urt. v. 30.04.1969 – 4 C 6.68 – NJW 1969, 1868 (1869); siehe zur Entwicklung und zum aktuellen Stand der Abwägungsdogmatik eingehend Berkemann, ZUR 2016, 323 ff.

<sup>582</sup> Vgl. zu dieser Diskussion Schmidt-Aßmann, in Schoch/Schneider/Bier (Stand Januar 2012) VwGO Einl. Rn. 186 ff.; siehe auch Schoch, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 40 Rn. 159, der die Thematik als „heillos umstritten“ bezeichnet; ähnlich Gerhardt, in: Schoch/Schneider/Bier (Stand Mai 1997), Vor §§ 113-114 VwGO Rn. 30; „verwirrende Fülle von Begriffen und Lehren“; vgl. auch Jestaedt, in: Ehlers/Pünder (2016), § 11 Rn. 46, mwN insbesondere zur Rechtsprechung.

<sup>583</sup> Vgl. Erbguth/Schlacke (2016), § 6 Rn. 18; Kloepfer (2011), § 5 Rn. 28 f.; siehe ferner allgemein zu unbestimmten Rechtsbegriffen näher Gerhardt, in: Schoch/Schneider/Bier (Stand Mai 1997), Vor §§ 113-114 VwGO Rn. 30 ff. und § 114 VwGO Rn. 55 ff.; Kopp/Schenke (2016), VwGO, § 114 Rn. 23 ff.; Knauff, in: Gärditz (2013), VwGO, § 114 Rn. 32.

<sup>584</sup> Vgl. dazu nur Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig (Stand Juli 2014), Art. 19 IV GG Rn. 180 – mwN.

#### 4.3.1.2 Vorgaben für die Anerkennung behördlicher Entscheidungsspielräume

Die Voraussetzungen für eine Anerkennung von gerichtlich nur begrenzt überprüfbareren Gestaltungs-, Ermessens- und Beurteilungsspielräumen der Verwaltungsbehörden hat das Bundesverfassungsgericht mehrfach behandelt. Den aktuellen Stand gibt die Entscheidung des ersten Senats vom 31.05.2011 zur Gewährung einer Investitionszulage nach dem InvZulG 1999 wieder,<sup>585</sup> an die auch der kurz danach ergangene Kammerbeschluss zur Zulässigkeit eines „Regulierungsermessens“ der Bundesnetzagentur im Telekommunikationsrecht anknüpft.<sup>586</sup> Die darin enthaltenen Ausführungen beziehen sich allgemein auf mögliche Einschränkungen der gerichtlichen Kontrolle durch behördliche Entscheidungsbefugnisse und betreffen daher nicht nur Beurteilungsspielräume bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, sondern auch planerische Gestaltungs- und Ermessensspielräume sowie die Kombination solcher Spielräume. Ausgehend davon werden hier die verfassungsrechtlichen Vorgaben allgemein dargestellt, um dann in den folgenden Abschnitten auf die Begrenzungen der richterlichen Prüftiefe im Umwelt- und Planungsrecht näher einzugehen.

In der Entscheidung zum InvZulG stellt das Bundesverfassungsgericht ausgehend von seiner älteren Rechtsprechung zunächst fest, dass Art. 19 Abs. 4 GG selbst keine geschützten Rechtspositionen begründet, sondern deren Existenz voraussetzt. Danach ergeben sich solche Rechtspositionen sowohl aus der Verfassung als auch aus dem einfachen Recht, so dass der Gesetzgeber sie unter Beachtung der Grundrechte ausgestalten kann.<sup>587</sup> Daraus wird der vorstehend schon erwähnte Grundsatz abgeleitet, dass die gerichtliche Kontrolle dort endet, wo der Gesetzgeber die Verwaltung in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise zu eigenen Entscheidungen ermächtigt, indem er das Entscheidungsverhalten nicht vollständig vorgibt und damit behördliche Einschätzungsspielräume eröffnet.<sup>588</sup>

Ob der Verwaltung solche Entscheidungsbefugnisse eingeräumt sind, muss allerdings ausdrücklich im Gesetz geregelt sein oder sich daraus durch Auslegung hinreichend deutlich ergeben. Im Hinblick darauf stellt das Bundesverfassungsgericht klar, dass es nicht der Verwaltung oder den Gerichten überlassen bleiben kann, ohne gesetzliche Grundlage durch die Annahme von behördlichen Entscheidungsbefugnissen die Grenzen zwischen Gesetzesbindung und grundsätzlich umfassender Rechtskontrolle der Verwaltung zu verschieben. Sofern ein Gericht solche Befugnisse anerkennen würde, obwohl sie mangels gesetzlicher Grundlage nicht bestehen, stünde dies nicht nur in Widerspruch zur Gesetzesbindung der Gerichte (Art. 20 Abs. 3 und Art. 97 Abs. 1 GG), sondern wäre auch eine Verletzung des Gebots effektiven Rechtsschutzes gemäß Art. 19 Abs. 4 GG.<sup>589</sup>

Außerdem weist das Bundesverfassungsgericht darauf hin, dass der Gesetzgeber bei der Einräumung von behördlichen Entscheidungsbefugnissen durch die Grundrechte, durch das Rechtsstaats- und das Demokratieprinzip sowie die daraus ableitbaren Grundsätze der Bestimmtheit und Normenklarheit gebunden ist. Daher muss insbesondere dann, wenn die Rücknahme der gerichtlichen Kontrolle anerkannte subjektive Rechte betrifft, berücksichtigt werden, dass im Rahmen der Gewaltenteilung nach dem Grundgesetz die Auslegung von Rechtsnormen und auch die Kontrolle der Rechtsanwendung im Einzelfall grundsätzlich den Gerichten vorbehalten ist. Schließlich darf der Gesetzgeber die in Art. 19 Abs. 4 GG verankerte Rechtsschutzgarantie auch nicht durch zu zahlreiche oder weitgreifende Beurtei-

<sup>585</sup> Beschl. v. 31.05.2011 – 1 BvR 857/07 – BVerfGE 129, 1 ff. = NVwZ 2011, 1062 ff.

<sup>586</sup> Beschl. v. 08.12.2011 – 1 BvR 1932/08 – NVwZ 2012, 694 ff.

<sup>587</sup> Vgl. Beschl. v. 31.05.2011 – 1 BvR 857/07 – NVwZ 2011, 1062 (1064) – mwN; ebenso Beschl. v. 08.12.2011 – 1 BvR 1932/08 – NVwZ 2012, 694 (695).

<sup>588</sup> Vgl. Beschl. v. 31.05.2011 – 1 BvR 857/07 – NVwZ 2011, 1062 (1065) – mwN; Beschl. v. 08.12.2011 – 1 BvR 1932/08 – NVwZ 2012, 694 (695); ähnlich bereits BVerfG, Beschl. v. 10.12.2009, 1 BvR 3151/07 – NVwZ 2010, 435 (437); vgl. auch Gerhard, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Vor §§ 113-114 (Stand Mai 1997), Rn. 22.

<sup>589</sup> Vgl. Beschl. v. 31.05.2011 – 1 BvR 857/07 – NVwZ 2011, 1062 (1065) – mwN; ebenso Beschl. v. 08.12.2011 – 1 BvR 1932/08 – NVwZ 2012, 694 (695).

lungsspielräume für ganze Sachbereiche oder gar Rechtsgebiete aushebeln. Vielmehr setzt die Einschränkung der gerichtlichen Kontrolle immer einen hinreichend gewichtigen und am Grundsatz des wirksamen Rechtsschutzes ausgerichteten Sachgrund voraus.<sup>590</sup>

Der grundlegenden Vorgabe des Bundesverfassungsgerichts, dass sich die Einräumung einer Letztentscheidungsbefugnis der Verwaltung immer „*ausdrücklich aus dem Gesetz ergeben oder durch Auslegung hinreichend deutlich zu ermitteln sein*“ muss, entspricht die normative Ermächtigungslehre.<sup>591</sup> Diese stützt sich auch auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, wonach ein durch den Gesetzgeber eröffneter Handlungsspielraum der Verwaltung „*immer nur aus dem Inhalt der betreffenden Rechtsnorm entnommen werden*“ kann.<sup>592</sup> Damit ist ein Bekenntnis zum Gesetzesvorbehalt verbunden, das sich auch aus dem Hinweis des Bundesverfassungsgerichts ergibt, dass von den drei Staatsgewalten nur der Gesetzgeber befugt sein kann, die nach Art. 19 Abs. 4 GG an sich umfassende Rechtskontrolle von Verwaltungsentscheidungen in bestimmten Fällen einzuschränken.<sup>593</sup>

Die normative Ermächtigungslehre ist zwar der Kritik ausgesetzt, dass aus der Formulierung einer Rechtsvorschriften in der Regel nicht hinreichend deutlich entnommen werden kann, ob die gerichtliche Überprüfbarkeit von darauf gestützten Verwaltungsentscheidungen zugunsten behördlicher Entscheidungsspielräume begrenzt sein soll.<sup>594</sup> Das ist insofern zutreffend, als es nur wenige Vorschriften gibt, die solche Spielräume ausdrücklich eröffnen.<sup>595</sup> Soweit der Wortlaut nicht eindeutig ist, besteht jedoch die Möglichkeit, das Vorliegen einer Beurteilungsermächtigung für die Verwaltung durch Auslegung der jeweiligen Vorschriften zu klären.<sup>596</sup> Das ist die bei der Rechtsanwendung aufgrund der Gesetzesbindung aus verfassungsrechtlicher Sicht gebotene Vorgehensweise, wobei die Richtigkeit der Auslegung typischerweise von den Gerichten überprüft wird. Sofern danach insbesondere bei unbestimmten Rechtsbegriffen nicht feststellbar ist, dass der Gesetzgeber damit die gerichtliche Kontrolle einschränken wollte, bleibt es aufgrund des gemäß Art. 19 Abs. 4 GG anzunehmenden Ausnahmecharakters solcher Einschränkungen beim Grundsatz einer vollständigen richterlichen Überprüfung.<sup>597</sup>

Es stellt sich allerdings die Frage, woran sich die Auslegung und Einordnung von unbestimmten Rechtsbegriffen orientieren kann, wenn sich aus der anzuwendenden Vorschrift selbst und auch aus den Gesetzesmaterialien nicht hinreichend deutlich entnehmen lässt, ob ein behördlicher Beurteilungsspielraum bestehen soll. Aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 31.05.2011 zum InvZulG 1999 ergeben sich dazu kaum Anhaltspunkte. Dort werden die verfassungsrechtlichen Grenzen für eine Einschränkung der gerichtlichen Kontrolle mit der Verweisung auf die Grundrechte, auf das Rechtsstaats- und das Demokratieprinzip sowie auf den Bestimmtheitsgrundsatz nur relativ

<sup>590</sup> Vgl. Beschl. v. 31.05.2011 – 1 BvR 857/07 – NVwZ 2011, 1062 (1065) – mwN; dem folgend Beschl. v. 08.12.2011 – 1 BvR 1932/08 – NVwZ 2012, 694 (695 f.).

<sup>591</sup> Vgl. Eichberger, NVwZ-Beilage 2013, 18 (21), unter wörtlicher Bezugnahme auf BVerfG, Beschl. v. 31.05.2011 – 1 BvR 857/07 – NVwZ 2011, 1062 (1065); zur normativen Ermächtigungslehre näher Jestaedt, in: Ehlers/Pünder (2016), § 11 Rn. 34 ff.; Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig (Stand Juli 2014), Art. 19 IV GG Rn. 185 f.; Gerhardt, in: Schoch/Schneider/Bier (Stand Mai 1997), Vor §§ 113-114 VwGO Rn. 31; vgl. auch Schoch, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVR III (2013), § 50 Rn. 287 f.

<sup>592</sup> So BVerwGE 62, 86 (98); BVerwG, Urt v. 25.11.1993 – 3 C 38/91 – NVwZ 1995, 707 (708), siehe auch die Nachweise zur neueren Rechtsprechung bei Eichberger, NVwZ-Beilage 2013, 18 (20 – dort Fn. 23).

<sup>593</sup> Vgl. Eichberger, NVwZ-Beilage 2013, 18 (21); BVerfG, Beschl. v. 31.05.2011 – 1 BvR 857/07 – NVwZ 2011, 1062 (1065); siehe auch Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig (Stand Juli 2014), Art. 19 IV GG Rn. 187.

<sup>594</sup> Vgl. Maurer (2011), § 7 Rn. 34; Erichsen, 12. Aufl. 2002, § 10 Rn. 33; siehe auch Ossenbühl, FS Redeker, S. 55 (63 f.).

<sup>595</sup> Als Beispiel ist neben § 3c Satz 1 UVPG, auf den noch einzugehen ist (siehe 4.3.2) der § 10 Abs. 2 Satz 2 TKG zu nennen: „Diese Märkte werden von der Bundesnetzagentur im Rahmen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums bestimmt.“

<sup>596</sup> Vgl. Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig (Stand Juli 2014), Art. 19 IV GG Rn. 187 f.; Jestaedt, in: Ehlers/Pünder (2016), § 11 Rn. 35 f.; Gerhardt, in: Schoch/Schneider/Bier (Stand Mai 1997), Vor §§ 113-114 VwGO Rn. 31.

<sup>597</sup> Vgl. Schmidt-Aßmann, in: Schoch/Schneider/Bier (Stand Januar 2012), VwGO Einl. Rn. 185; siehe auch Gerhardt, in: Schoch/Schneider/Bier (Stand Mai 1997), Vor §§ 113-114 VwGO Rn. 32.

allgemein umschrieben.<sup>598</sup> Ergänzend dazu formuliert das Gericht zwar erstmals eine Art „Aushöhlungs-vorbehalt“,<sup>599</sup> wonach der Gesetzgeber bei der Anerkennung von behördlichen Entscheidungsspielräumen sowohl eine quantitative als auch eine qualitative Grenze zu beachten hat: Zum einen darf der Gesetzgeber den Grundsatz eines effektiven Rechtsschutzes damit nicht für ganze Bereiche „aushebeln“ und zum anderen muss die Begrenzung der gerichtlichen Kontrolle immer durch gewichtige Sachgründe gerechtfertigt werden.<sup>600</sup> Dabei bleibt jedoch offen, welche Anforderungen insbesondere an die geforderten Sachgründe im Einzelnen zu stellen sind.<sup>601</sup>

In anderen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts finden sich zwar Anhaltspunkte dafür, unter welchen Voraussetzungen eine Begrenzung der gerichtlichen Kontrolle sachlich gerechtfertigt sein kann. So wird z.B. darauf verwiesen, dass unbestimmte Rechtsbegriffe aufgrund der besonderen Komplexität oder Dynamik der geregelten Materie so vage und dass ihre Konkretisierung im Zusammenhang mit der Überprüfung einer Verwaltungsentscheidung daher so schwierig sein könne, dass die gerichtliche Kontrolle an die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung stößt. In solchen Fällen sei es daher möglich, den Behörden ohne Verletzung rechtsstaatlicher Grundsätze begrenzt Entscheidungsspielräume zuzubilligen, weil sie aufgrund der ihnen zur Verfügung stehenden Handlungsformen für die erforderlichen Konkretisierungen besser ausgerüstet seien, als der Gesetzgeber und die Gerichte.<sup>602</sup> Es wird aber auch darauf hingewiesen, dass sowohl die Unbestimmtheit eines Rechtsbegriffs als auch die Notwendigkeit, bei seiner Anwendung eine Prognose treffen zu müssen, als solche regelmäßig keine Einschränkung der gerichtlichen Kontrolle rechtfertigen kann, so dass es dafür grundsätzlich weiterer Sachgründe bedarf.<sup>603</sup>

Außerdem bieten zwar die Fallgruppen, bei denen das Bundesverwaltungsgericht bisher behördliche Beurteilungsspielräume anerkannt hat, eine grobe Orientierung:<sup>604</sup> Bewertung von Prüfungsleistungen, (beamtenrechtliche) Eignungs- und Leistungsbeurteilungen, wertende Entscheidungen durch dafür besonders zusammengesetzte Gremien sowie Prognose-, Risiko- und Planungsentscheidungen (insbesondere im Umwelt- und Wirtschaftsrecht). Dieser Einteilung lässt sich jedoch nur sehr begrenzt entnehmen, welche sachlichen Gründe in den einzelnen Fallgruppen für die Anerkennung behördlicher Entscheidungsspielräume maßgebend sind. Insbesondere in der Fallgruppe „Prognose-, Risiko- und Planungsentscheidungen“ spielen verschiedene Gründe eine Rolle, weil es dabei um teilweise recht unterschiedliche Fallkonstellationen geht. In der Literatur werden deswegen auch die Begründungsansätze und Kriterien für eine sachliche Rechtfertigung von Beurteilungsspielräumen als solche ausgehend von der Rechtsprechung näher beschrieben und typisiert, wobei bezogen auf umweltrechtliche Vorschriften vor allem folgende Punkte genannt werden:<sup>605</sup>

- fachwissenschaftliche Erkenntnisdefizite in dem zu beurteilenden Sachgebiet;
- die Einbeziehung von außerrechtlichen Wertungen in eine Rechtsnorm;

<sup>598</sup> Vgl. Beschl. v. 31.05.2011 – 1 BvR 857/07 – NVwZ 2011, 1062 (1065).

<sup>599</sup> So Eichberger, NVwZ-Beilage 2013, 18 (21).

<sup>600</sup> Vgl. Beschl. v. 31.05.2011 – 1 BvR 857/07 – NVwZ 2011, 1062 (1065).

<sup>601</sup> So auch Eichberger, NVwZ-Beilage 2013, 18 (21); ferner Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig (Stand Juli 2014), Art. 19 IV GG Rn. 184.

<sup>602</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 10.12.2009 – 1 BvR 3151/07 – NVwZ 2010, 435 (437 f.) – Zuteilung von Emissionsberechtigungen.

<sup>603</sup> Vgl. Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig (Stand Juli 2014), Art. 19 IV Rn. 198; Schoch, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle GVwR III (2013), § 50 Rn. 260 – jeweils mwN.

<sup>604</sup> Vgl. die – teilweise etwas voneinander abweichenden – Übersichten bei Jestaedt, in: Ehlers/Pünder (2016), § 11 Rn. 46; Kopp/Ramsauer (2015), § 40 VwVfG Rn. 102 ff.; Sodan/Ziekow (2014), § 69 Rn. 11 f.; Maurer (2011), § 7 Rn. 37 ff.

<sup>605</sup> Siehe vor allem Nolte, in: Kluth/Smeddink (2013), § 7 Rn. 55; vgl. ferner Kopp/Schenke (2016), § 114 VwGO Rn. 25; Wolff, in: Sodan/Ziekow (2015), § 114 VwGO Rn. 315; Gerhardt, in: Schoch/Schneider/Bier (Stand Mai 1997), § 114 VwGO Rn. 58; Jestaedt, in: Ehlers/Pünder (2016), § 11 Rn. 45 ff.; Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig (Stand Juli 2014), Art. 19 IV GG Rn. 188 ff.; sowie Hoffmann-Riem, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle GVwR I (2012), § 10 Rn. 91.

- besondere Verfahrensregelungen z.B. zur Beteiligung repräsentativer oder fachkundig besetzter Ausschüsse im Verwaltungsverfahren;
- gesetzliche Bezugnahmen auf technische Regelwerke, die von der Verwaltung erstellt oder unter ihrer Mitwirkung erarbeitet worden sind (insbesondere durch Vorschriften, die eine Konkretisierung von unbestimmten Rechtsbegriffen durch Verwaltungsvorschriften vorsehen<sup>606</sup>);
- das Fehlen hinreichend bestimmter Entscheidungsvorgaben in der gesetzlichen Ermächtigung;<sup>607</sup>
- in dem zu beurteilenden Sachgebiet oder bei bestimmten Entscheidungen im Hinblick auf eine vollständige Kontrolle bestehende Funktionsgrenzen der Rechtsprechung.<sup>608</sup>

Die vorhandenen Typologien oder Kriterienkataloge können allerdings nicht als abschließend angesehen werden, weil es dem Gesetzgeber im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben frei steht, auch abweichend davon neue Entscheidungsspielräume der Verwaltung zu schaffen.<sup>609</sup> Auch das Bundesverfassungsgericht weist darauf hin, dass die bisher in der Rechtsprechung und der Literatur bestimmten Typen behördlicher Entscheidungsbefugnisse keinen feststehenden Kanon darstellen.<sup>610</sup> Dementsprechend hat das Bundesverwaltungsgericht in jüngerer Zeit ein „Regulierungsermessen“ und Beurteilungsspielräume der Bundesnetzagentur für verschiedene Anwendungsfälle des Telekommunikationsgesetzes anerkannt.<sup>611</sup> Für die Festlegung von regulierungsbedürftigen Märkten lässt sich direkt aus dem Wortlaut von § 10 Abs. 2 Satz 2 TKG entnehmen, dass der Behörde insoweit ein Entscheidungsspielraum zukommt. Außerdem sind solche Spielräume durch Auslegung unter Berücksichtigung des jeweiligen Sachzusammenhangs z.B. aus §§ 13 und 21 TKG sowie aus § 61 Abs. 1 und 2 TKG entnommen worden, was allerdings vor allem im Hinblick auf die davon in ihrer grundrechtlich geschützten Berufsfreiheit betroffenen Unternehmen teilweise als zu weit gehende Einschränkung der gerichtlichen Kontrolle kritisiert wird.<sup>612</sup> Ferner erkennt das Bundesverwaltungsgericht neuerdings bei mehreren Vorschriften des Naturschutzrechts eine „Einschätzungsprärogative“ der Verwaltung an, was ebenfalls teilweise auf Kritik stößt.<sup>613</sup> Dabei stützt sich das Gericht zwar in allen Fällen auf das materielle Recht und beachtet somit das für die Begrenzung der gerichtlichen Kontrolle bestehende Erfordernis einer normativen Ermächtigung. Die Beispiele deuten aber darauf hin, dass die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zunehmend recht großzügig verschiedene Gesichtspunkte für die Rechtfertigung behördlicher Entscheidungsspielräumen genügen lässt.<sup>614</sup>

---

<sup>606</sup> Grundlegend dazu BVerwG, Urt. v. 19.12.1985 – 7 C 65.82 – BVerwGE 72, 300 ff. = NVwZ 1986, 208 (213) – Kalkar; siehe auch BVerwG, Beschl. v. 10.01.1995 – 7 B 112.94 – NVwZ 1995, 994 ff.; Urt. v. 20.12.1999 – 7 C 15.98 – NVwZ 2000, 440.

<sup>607</sup> Siehe z.B. BVerwG, Beschl. v. 16.12.1992 – 1 BvR 167/87 – NVwZ 1993, 666 (670) – Privatschulzulassung, unter Hinweis auf BVerfGE 49, 89 (124 ff.) – Kalkar; in diese Richtung geht auch die Rechtfertigung der Beurteilungsspielräume bei verschiedenen naturschutzrechtlichen Regelungen, vgl. Jacob/Lau, NVwZ 2015, 246 f. – mwN.

<sup>608</sup> Ob sich nur damit eine Anerkennung von beschränkt überprüfbaren Entscheidungsspielräumen der Verwaltung auch ohne gesetzliche Grundlage aus verfassungsrechtlicher Sicht rechtfertigen lässt, hat das Bundesverfassungsgericht allerdings zuletzt ausdrücklich offen gelassen: Beschl. v. 31.05.2011 – 1 BvR 857/07 – NVwZ 2011, 1062 (1065).

<sup>609</sup> So Jestaedt, in: Ehlers/Pünder (2016), § 11 Rn. 46; vgl. auch Gerhardt, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 114 (Stand Mai 1997) Rn. 57.

<sup>610</sup> So Beschl. v. 10.12.2009 – 1 BvR 3151/07 – NVwZ 2010, 435 (438).

<sup>611</sup> Siehe dazu BVerwG, Urt. v. 28.11.2007 – 6 C 42.06 – BVerwGE 130, 39 (48); Urt. v. 02.04.2008 – 6 C 15/07 – BVerwGE 131, 41 (62); bestätigt durch BVerfG, Beschl. v. 08.12.2011 – 1 BvR 1932/08 – NVwZ 2012, 694 ff.; dieser „dogmatischen Figur“ grundsätzlich zustimmend Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig (Stand Juli 2014), Art. 19 IV GG Rn. 197a f.; siehe auch BVerwG, Urt. v. 23.11.2011 – 6 C 11/10 – NVwZ 2012, 1047 (1050), zur Ableitung eines Beurteilungsspielraums bei der Entgeltregulierung aus dem Unionsrecht.

<sup>612</sup> Vgl. Sachs/Jasper, NVwZ 2012, 649 ff., insbesondere zu BVerfG, Beschl. v. 08.12.2011 – 1 BvR 1932/08 – NVwZ 2012, 694 ff.; siehe auch die Kritik von Attendorn, NVwZ 2012, 135 (138 ff.), zur „Frequenzregulierung“ nach §§ 55 und 61 TKG; Winkler DVBl. 2013; 156 ff.; Gärditz, DVBl. 2016, 399 ff.

<sup>613</sup> Vgl. Gellermann, NuR 2014, 597 ff.; Gassner, DVBl. 2012, 1479 ff.; Brandt, NuR 2013, 482 ff.

<sup>614</sup> So auch Eichberger, NVwZ-Beilage 2013, 18 (20).

Demnach hat sich zwar bisher noch keine „geschlossene Dogmatik“ für die Rechtfertigung von Entscheidungsspielräumen der Verwaltung entwickelt.<sup>615</sup> Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung ist dafür aber grundsätzlich eine gesetzliche Ermächtigung erforderlich,<sup>616</sup> so dass die Absicht des Gesetzgebers, der Verwaltung bestimmte Entscheidungsbefugnisse zu eröffnen und die gerichtliche Kontrolle insoweit einzuschränken, durch Auslegung der jeweils einschlägigen Rechtsvorschriften im jeweiligen Sachzusammenhang hinreichend deutlich zu ermitteln sein muss. Maßgeblich ist dafür nicht nur das Gebot effektiven Rechtsschutzes, das nach Art. 19 Abs. 4 GG vor allem im Hinblick auf den Grundrechtsschutz gilt, sondern auch die Gesetzesbindung der Verwaltung und der Gerichte gemäß Art. 20 Abs. 3 GG. Deswegen gelten sowohl für Individualklagen als auch für Umweltverbandsklagen aus verfassungsrechtlicher Sicht grundsätzlich die gleichen Vorgaben für die Rechtfertigung von Einschränkungen der richterlichen Prüftiefe.

Die Überlegung, dass im Gegenzug zur Ausweitung der Klagebefugnisse und der Rügemöglichkeiten auch bei Verfahrensfehlern speziell im Umweltschutzrecht eine Reduktion der gerichtlichen Kontrolle in Betracht gezogen werden muss,<sup>617</sup> ist mit diesen Vorgaben nicht ohne Weiteres zu vereinbaren. Das gilt auch für den Vorschlag, durch eine Regelung in der Verwaltungsgerichtsordnung für Abwägungen, Prognosen oder Wertungen bei der Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen generell einen behördlichen Beurteilungsspielraum zu eröffnen.<sup>618</sup> Gegen eine solche Regelung spricht, dass eine Begrenzung der gerichtlichen Kontrolle nur durch eine den jeweils zu beachtenden verfassungsrechtlichen Vorgaben entsprechende Ausgestaltung des materiellen Rechts möglich ist.<sup>619</sup> Ausgehend davon ist daher auch die Frage zu beantworten, welche Begrenzungen der richterlichen Prüftiefe im Umweltrecht bestehen und ob sie gerechtfertigt sind.<sup>620</sup>

#### 4.3.1.3 Reichweite der Begrenzung der richterlichen Prüftiefe

Mit der Möglichkeit einer Anerkennung behördlicher Entscheidungsspielräumen verbindet sich Frage, wie weit der Gesetzgeber dadurch die vollständige gerichtliche Kontrolle der Rechtmäßigkeit von Verwaltungsentscheidungen, die an sich verfassungsrechtlich geboten ist, einschränken kann. Auch für die Beantwortung dieser Frage ist zunächst die Auslegung der Rechtsvorschriften maßgebend, aus denen solche Entscheidungsspielräume abgeleitet werden. Dabei ist zu beachten, dass der Gesetzgeber regelmäßig nur punktuell z.B. für die Konkretisierung einzelner Rechtsbegriffe oder hinsichtlich der Rechtsfolgen eine Letztentscheidungsbefugnis der Verwaltung anerkennt, so dass sich auch eine Begrenzung der gerichtlichen Kontrolle nur darauf beziehen kann.<sup>621</sup> Aus der Rechtsprechung ergeben sich aber auch unabhängig von den jeweils anwendbaren Rechtsvorschriften bestimmte Anforderungen an die Überprüfung von Gestaltungs-, Ermessens- und Beurteilungsspielräumen.<sup>622</sup> Es sind also auch dann, wenn solche behördlichen Entscheidungsspielräume anerkannt werden, grundsätzlich „Mindeststandards“ der gerichtlichen Kontrolle zu beachten.

<sup>615</sup> So Gerhardt, in: Schoch/Schneider/Bier (Stand Mai 1997), Vor §§ 113-114 VwGO Rn. 31, nach dessen Auffassung die Entwicklung einer solchen Dogmatik auch nicht erwartet werden kann; ebenso Schoch, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle GVwR III (2013), § 50 Rn. 288.

<sup>616</sup> Die Rechtfertigung von Entscheidungsspielräumen ohne gesetzliche Grundlage in Fällen, in denen eine volle gerichtliche Kontrolle an die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung stößt, hat das Bundesverfassungsgericht bisher nicht anerkannt: Beschl. v. 31.05.2011 – 1 BvR 857/07 – NVwZ 2011, 1062 (1064).

<sup>617</sup> Vgl. Leidinger, NVwZ 2011, 1345 (1349 f.); Steinbeiß-Winkelmann, NJW 2010, 1233 (1237); Ziekow, NVwZ 2007, 259 (266 f.); siehe auch Epiney/Sollberger (2002), S. 427 ff., Wahl, in: Kluth/Rennert (2008), S. 55 ff., m.w.N.

<sup>618</sup> Siehe dazu näher Ewer, NVwZ 1994, 140 ff.; Gerhardt, in: Schoch/Schneider/Bier (Stand Mai 1997), Vor §§ 113-114 VwGO Rn. 28 f., mwN.

<sup>619</sup> So Gerhardt, in: Schoch/Schneider/Bier (Stand Mai 1997), Vor §§ 113-114 VwGO VwGO, Rn. 28 - mwN.

<sup>620</sup> Siehe dazu noch unten 4.2.3.

<sup>621</sup> Vgl. bei Jestaedt, in: Ehlers/Pünder (2016), § 11 Rn. 41.

<sup>622</sup> Vgl. dazu näher Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig (Stand Juli 2014), Art. 19 IV GG Rn. 189, 192 und 209 ff.; Schoch, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle GVwR III (2013), § 50 Rn. 267 ff.

Diese grundlegenden Anforderungen an die gerichtliche Überprüfung hat die Rechtsprechung schrittweise und zunächst gesondert für die verschiedenen Arten von Entscheidungsspielräumen der Verwaltung entwickelt. Eine in der Literatur zunehmend verbreitete Auffassung geht allerdings davon aus, dass es trotz der Differenzierung verschiedener Ansätze bei den Gestaltungs-, Ermessens- und Beurteilungsspielräumen erhebliche Gemeinsamkeiten gibt, die sich insbesondere bei der Reichweite der gerichtlichen Kontrolle zeigen.<sup>623</sup> Auch Vertreter dieser Auffassung halten es zwar für sinnvoll, die verschiedenen Typen von Entscheidungsbefugnissen weiterhin begrifflich zu unterscheiden.<sup>624</sup> Zugleich wird aber aufgrund der festgestellten Gemeinsamkeiten davon ausgegangen, dass es eine Art Grundmodell der gerichtlichen Überprüfung von behördlichen Entscheidungsspielräumen gibt. Dieses Modell orientiert sich an § 114 VwGO und an den für die Kontrolle der planerischen Abwägung entwickelten Vorgaben, so dass es sich um eine dreistufige Prüfung handelt, die als „Abwägungskontrolle“ bezeichnet wird und folgende Punkte umfasst:<sup>625</sup>

- Die Gerichte prüfen uneingeschränkt, ob die Ermächtigungsgrundlage von der Verwaltung hinsichtlich aller Tatbestandsmerkmale und systematischen Einbindungen (auch bezogen auf höherrangiges Recht) richtig erfasst worden ist und ob sie ihre Entscheidungsspielräume korrekt erkannt hat.
- Außerdem wird ohne Einschränkung überprüft, ob die entscheidungserheblichen Tatsachen von der Verwaltung vollständig und zutreffend ermittelt worden sind.
- Einer begrenzten gerichtlichen Kontrolle unterliegt hingegen die getroffene Entscheidung selbst, insbesondere hinsichtlich des Abwägungsergebnisses. Die gerichtliche Prüfung erstreckt sich insoweit vor allem auf Fehler im Vorgang und in der Begründung der Entscheidung oder Abwägung, während das Ergebnis grundsätzlich nur darauf geprüft wird, ob die zu beachtenden Belange in einer Weise behandelt worden sind, die außer Verhältnis zu ihrer objektiven Gewichtigkeit steht.

Dieses einheitliche „Kontrollmodell“ entspricht auch den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zur Anerkennung und Ausgestaltung behördlicher Entscheidungsspielräume. In den im vorstehenden Abschnitt angesprochenen neueren Entscheidungen unterscheidet das Gericht zwar begrifflich zwischen Gestaltungs-, Ermessens- und Beurteilungsspielräumen und spricht damit verschiedene „Varianten“ von Entscheidungsbefugnissen der Verwaltung an. Bei den aus Art. 19 Abs. 4 und Art. 20 Abs. 3 GG abgeleiteten Anforderungen, die der Gesetzgeber bei der Eröffnung solcher Spielräume zu beachten hat, erfolgt aber keine Differenzierung mehr, sondern es werden dafür einheitliche Vorgaben bestimmt.<sup>626</sup> Auch aus den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts in seiner Entscheidung zur Zuteilung von Emissionszertifikaten ergibt sich, dass für die Reichweite der gerichtlichen Kontrolle bei Ermessens- und Beurteilungsspielräumen grundsätzlich gleichartige Vorgaben gelten:<sup>627</sup>

<sup>623</sup> Vgl. Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig (Stand Juli 2014), Art. 19 IV GG Rn. 187a; ders./Groß, NVwZ 1993, 617 (623 f.); siehe ferner Jestaedt, in: Ehlers/Pünder (2016), § 11 Rn. 27 ff.; Gerhardt, in: Schoch/Schneider/Bier (Stand Mai 1997), Vor §§ 113-114 VwGO Rn. 20 ff. und § 114 Rn. 4 ff.; vgl. auch Kopp/Schenke (2016), § 114 VwGO Rn. 23; Hoffmann-Riem, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle GVwR I (2012), § 10 Rn. 96 ff.; Wolff, in: Sodan/Ziekow (2014), § 114 VwGO Rn. 351; a.A. Schoch, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle GVwR III (2013), § 50 Rn. 286.

<sup>624</sup> Vgl. Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig (Stand Juli 2014), Art. 19 IV GG Rn. 187a; siehe auch schon Gerhardt, in: Schoch/Schneider/Bier (Stand Mai 1997), § 114 VwGO Rn. 55 – m.w.N.

<sup>625</sup> Die Darstellung folgt weitgehend Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig (Stand Juli 2014), Art. 19 IV GG Rn. 187a - m.w.N.; siehe auch Jestaedt, in: Ehlers/Pünder (2016), § 11 Rn. 41 f.; ähnlich schon Gerhardt, in: Schoch/Schneider/Bier (Stand Mai 1997), § 114 VwGO Rn. 7; Hoffmann-Riem, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVwR I (2012), § 10 Rn. 99; vgl. zur Überprüfung von Beurteilungsspielräumen auch Wolff, in: Sodan/Ziekow (2014), § 114 VwGO Rn. 353 ff.

<sup>626</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 31.05.2011 – 1 BvR 857/07 – NVwZ 2011, 1062 (1063 f.); daran anknüpfend Beschl. v. 08.12.2011 – 1 BvR 1932/08 – NVwZ 2012, 694 (694 f.).

<sup>627</sup> Siehe dazu Beschl. v. 10.12.2009 – 1 BvR 3151/07 – Rn. 58 und 59 = NVwZ 2010, 435 (438).

Danach können sich die der Verwaltung vom Gesetzgeber eröffneten Entscheidungsbefugnisse nur auf die konkrete Rechtsanwendung in Form der Subsumtion und nicht auf die Auslegung der anzuwendenden Vorschriften oder der daraus ableitbaren (rechtlichen) Maßstäbe beziehen, weil diese Aufgabe originär der rechtsprechenden Gewalt zusteht. Auch bei Einräumung eines Beurteilungsspielraums ist es also Aufgabe der Gerichte, die Rechtmäßigkeit einer Verwaltungsentscheidung zu kontrollieren, soweit es nicht um die der Verwaltung zugebilligten Bewertungen, sondern um die darüber hinaus relevanten (Rechts)Fragen geht. Außerdem gehört es grundsätzlich nicht zu den behördlichen Befugnissen, die für die Entscheidung maßgeblichen Tatsachen bindend festzulegen. Da ein behördlicher Eingriff ausgehend vom Prinzip der Gesetzmäßigkeit grundsätzlich nur zulässig ist, wenn bestimmte Tatsachen es rechtfertigen, ist Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit, dass die als Entscheidungsgrundlage dienenden Tatsachen wirklich gegeben sind und von der Behörde nicht nur „in vertretbarer Weise“ angenommen werden. Deswegen erstreckt sich die gerichtliche Überprüfung auch bei Verwaltungsakten mit Ermessens- oder Beurteilungsspielräumen darauf, ob die Behörde bei ihrer Entscheidung von in tatsächlicher Hinsicht zutreffenden Annahmen ausgegangen ist. Wenn die Verwaltung zu prognostischen Entscheidungen befugt ist, muss ebenfalls geprüft werden, ob der Sachverhalt richtig ermittelt worden ist und ob die Prognose auf einer geeigneten Methode beruht.

Ausgehend von diesen Überlegungen fasst das Bundesverfassungsgericht<sup>628</sup> die im Allgemeinen bei der gerichtlichen Überprüfung von behördlichen Ermessens- und Beurteilungsspielräumen geltenden Kontrollansätze wie folgt zusammen:

*„Daher ist auch bei Einräumung einer Letztentscheidungsbefugnis von den Gerichten zu prüfen, ob die Verwaltung den Gehalt der anzuwendenden Begriffe und den gesetzlichen Rahmen, in dem sie sich bewegen kann, erkannt hat, von einem zutreffenden und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen ist, die allgemein gültigen Beurteilungsmaßstäbe und die Regeln des inneren Entscheidungsverfahrens beachtet hat und sich nicht von sachfremden – gegen das Willkürverbot aus Art. 3 I GG verstoßenden – Erwägungen hat leiten lassen.“*

Daraus lässt sich entnehmen, dass den Verwaltungsbehörden mit der Eröffnung von Entscheidungsspielräumen keineswegs umfassende (Letzt)Entscheidungsbefugnisse eingeräumt werden, sondern dass sie trotzdem zumindest teilweise einer eingehenden gerichtlichen Kontrolle unterliegen. Das betrifft insbesondere die Aufklärung des Sachverhalts, die gerade im Umweltrecht aufgrund von dort nicht selten bestehenden Unsicherheiten über die relevanten Tatsachen schwierig und zugleich bedeutsam ist.

Auch dieser Kontrollansatz des Bundesverfassungsgerichts kann in drei „Stufen“ unterteilt werden, die dem oben beschriebenen Grundmodell einer „Abwägungskontrolle“ weitgehend entsprechen, nämlich in die (1) uneingeschränkte gerichtliche Kontrolle der Auslegung der jeweils anzuwendenden Rechtsvorschriften, (2) die ebenfalls uneingeschränkte Überprüfung der korrekten Tatsachenermittlung und (3) die begrenzte Kontrolle des Ergebnisses der getroffenen Entscheidung, die sich im Wesentlichen nur auf den Entscheidungsvorgang oder das Verfahren und auf das Vorliegen von (offensichtlich) sachlich nicht haltbaren Erwägungen oder Beurteilungen einzelner Belange erstreckt. Einen auf der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts beruhenden Katalog mit nahezu identische Prüfkriterien für Beurteilungsspielräume bei unbestimmten Rechtsbegriffen enthält § 4a Abs. 2 UmwRG, der jedoch mit der geplanten Gesetzesnovellierung aufgehoben werden soll, weil sich in der Praxis *„gegenüber den allgemeinen Bestimmungen der VwGO kein nennenswertes Beschleunigungspotential“* gezeigt hat.<sup>629</sup>

Demnach lassen sich aus den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die gerichtliche Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen gleichartige Prüfkriterien für alle Arten behördlicher Entscheidungs-

<sup>628</sup> Beschl. v. 10.12.2009 – 1 BvR 3151/07 – NVwZ 2010, 435 (438).

<sup>629</sup> So die Begr. zum Gesetzentwurf, BT-Drs. 18/9526, S. 41.

spielräume ableiten, obwohl ansonsten nach wie vor grundsätzlich zwischen Gestaltungs-, Ermessens- und Beurteilungsspielräumen unterschieden wird. Damit ergibt sich ein vom Ansatz her einheitliches „Kontrollmodell“, das grundsätzlich für alle Fälle, in denen Entscheidungsspielräume der Verwaltung anerkannt werden, ein Mindestmaß an richterlicher Prüftiefe und damit auch an effektivem Rechtsschutz gewährleistet. Darüber hinaus liefert dieses „Kontrollmodell“ Ansatzpunkte für den Vergleich mit der richterlichen Prüftiefe in anderen EU-Staaten (siehe 4.4), in denen vor allem die Unterscheidung zwischen Ermessens- und Beurteilungsspielräumen überwiegend unbekannt ist.<sup>630</sup>

### 4.3.2 Begrenzungen der richterlichen Prüftiefe im Umweltrecht

#### 4.3.2.1 Ansatzpunkte zur Begrenzungen der Prüftiefe

In diesem Abschnitt ist näher zu untersuchen, welche Begrenzungen der richterlichen Prüftiefe im Umweltrecht bestehen und durch welche Sachgründe sie gerechtfertigt sind. Damit sind an sich alle Vorschriften angesprochen, die behördliche Gestaltungs-, Ermessens- und Beurteilungsspielräume eröffnen und dem Umweltrecht – sowie dem damit im Zusammenhang stehenden Planungsrecht – zuzurechnen sind. Eine vollständige Analyse dieser auf mehr als 20 Gesetze verteilten Vorschriften ist im Rahmen dieser Untersuchung allerdings nicht möglich. Es kann nur ein Überblick gegeben werden, welche Ansatzpunkte für behördliche Entscheidungsspielräume und die damit verbundene Begrenzung der richterlichen Prüftiefe in diesem Bereich bestehen. Dabei konzentriert sich die Untersuchung vor allem auf die Fallkonstellationen, die bisher den wesentlichen Anwendungsbereich für umweltrechtliche Verbandsklagen darstellen, also vor allem auf die gerichtliche Prüftiefe bei UVP-pflichtigen Vorhaben im Immissionsschutz- und Wasserrecht sowie bei Infrastrukturprojekten.

In den Erläuterungen der verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Anerkennung behördlicher Entscheidungsspielräume ist bereits darauf eingegangen worden, dass vor allem die Rechtfertigung von Beurteilungsspielräumen bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe zum Teil kontrovers diskutiert wird, während gegen die Zulässigkeit von planerischen Gestaltungs- und Ermessensspielräumen grundsätzlich keine Bedenken bestehen.<sup>631</sup> Die Frage nach der sachlichen Begründbarkeit einer begrenzten richterlichen Prüftiefe im Umweltrecht stellt sich deswegen vor allem in den Fällen, in denen die Rechtsprechung behördliche Beurteilungsspielräume anerkennt. Im Folgenden werden daher insbesondere die dafür bestehenden Ansätze vorgestellt, es wird aber auch kurz auf die insbesondere bei UVP-pflichtigen Vorhaben durch Ermessens- und Planungsvorschriften eröffneten Entscheidungsspielräume eingegangen, um eine möglichst vollständige Übersicht zu erhalten, inwieweit die gerichtliche Kontrolle im umweltrechtlichen Rechtsschutz bereits begrenzt ist.

#### Beurteilungsspielräume (bei Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Einzelfall)

Im Bereich des Umweltrechts hat das Bundesverwaltungsgericht zuerst im Wyhl-Urteil für die Anwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs „Stand von Wissenschaft und Technik“ in § 7 Abs. 2 Nr. 3 AtG einen Beurteilungsspielraum der für die Risikoabschätzung im Einzelfall zuständigen Behörde bejaht.<sup>632</sup> Daran anknüpfend ist auch für die bei der Genehmigung gentechnischer Anlagen gemäß § 6 Abs. 2 GenTG vorgesehene Prüfung der Vorsorge nach dem „Stand von Wissenschaft und Technik“ ein Beurteilungsspielraum anerkannt worden, wobei zur Begründung auf die mit § 7 Abs. 2 Nr. 3 AtG ver-

<sup>630</sup> Vgl. insbesondere Jestaedt, in: Ehlers/Pünder (2016), § 10 Rn. 28, zur Anschlussfähigkeit eines einheitlichen „Grundmodells“ behördlicher Entscheidungsspielräume an das Unionsrecht.

<sup>631</sup> Siehe dazu schon oben 4.3.1.2.

<sup>632</sup> BVerwG, Urt. v. 19.12.1985 – 7 C 65.82 – BVerwGE 72, 300 ff. = NVwZ 1986, 208 (212) – dabei wird bezugnehmend auf BVerfGE 49, 89 (140) – Kalkar – zur Begründung insbesondere ausgeführt, die Exekutive verfüge dafür „nicht nur gegenüber der Legislative, sondern auch im Verhältnis zu den Verwaltungsgerichten über rechtliche Handlungsformen, die sie für die Verwirklichung des Grundsatzes bestmöglicher Gefahrenabwehr und Risikoversorge sehr viel besser ausrüsten.“

gleichbare Normstruktur und das bei der letztverantwortlichen Risikoermittlung durch die Genehmigungsbehörde einzuhaltende Verfahren verwiesen wird.<sup>633</sup> Außerdem hält das Bundesverwaltungsgericht noch bei der in manchen Fällen für die Festsetzung der Abwasserabgabe notwendigen Schätzung von Überwachungswerten einen gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum für gegeben, begründet dies aber nicht näher.<sup>634</sup>

Für die insbesondere bei der Genehmigung von Industrieanlagen nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BImSchG maßgeblichen Rechtsbegriffe „schädliche Umwelteinwirkungen“ und „Stand der Technik“ lehnt das Bundesverwaltungsgericht hingegen seit dem Voerde-Urteil die Anerkennung von behördlichen Beurteilungsspielräumen im Einzelfall ab.<sup>635</sup> Begründet wird diese insbesondere damit, dass bei einer Konkretisierung dieser Rechtsbegriffe durch die Genehmigungsbehörden eine ungleichmäßige Anwendung des Gesetzes zu befürchten sei und dass dies durch den Erlass von Verwaltungsvorschriften nach § 48 Nr. 1 BImSchG von vornherein vermieden werden sollte,

*„zumal das dort vorgesehene zentralisierte Verfahren bei sachgerechter Ausschöpfung der durch § 51 BImSchG eröffneten Möglichkeiten zur Nutzbarmachung naturwissenschaftlicher Erkenntnisse die Ermittlung der maßgeblichen Grenzwerte auf eine weitaus verlässlicher Basis stellt als dies der einzelnen Genehmigungsbehörde im konkreten Fall möglich wäre“.*<sup>636</sup>

Auch für den bei der Gestattung von Gewässerbenutzungen nach § 12 Abs. 1 Nr. 1 WHG maßgeblichen Rechtsbegriff „schädliche Gewässeränderungen“ sowie für den dabei – und auch sonst bei der Gewässerbewirtschaftung – zu beachtenden Begriff „Wohl der Allgemeinheit“ (§ 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 WHG) lehnt die ganz herrschende Meinung einen behördlichen Beurteilungsspielraum grundsätzlich ab, wobei zum einen auf das Voerde-Urteil und zum anderen auf das nach § 12 Abs. 2 WHG ohnehin bei den Gestattungen bestehende Bewirtschaftungsermessens verwiesen wird.<sup>637</sup> Im Abfallrecht wird für den Begriff „Wohl der Allgemeinheit“ in § 15 Abs. 2 KrWG ebenfalls überwiegend angenommen, dass seine Anwendung gerichtlich umfassend zu prüfen ist.<sup>638</sup>

Im Bereich des Naturschutzrechts hat das Bundesverwaltungsgericht hingegen mehrfach entschieden, dass den Behörden bei der Rechtsanwendung mangels konkreter gesetzlicher Vorgaben bei der Anwendung verschiedener Vorschriften eine „naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative“ zusteht. Dabei geht es vor allem um den Habitats- und Artenschutz gemäß §§ 34, 44 und 45 BNatSchG sowie um die Eingriffsregelung in §§ 13 ff. BNatSchG.<sup>639</sup> Damit geht die Anerkennung von Beurteilungsspielräumen im Einzelfall in diesem Bereich deutlich weiter als in anderen Bereichen des Umweltrechts. Da die naturschutzrechtlichen Vorschriften z.B. nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG bei der Genehmigung von Industrieanlagen als „andere öffentlich-rechtliche Vorschriften“ zu beachten sind, bewirken die darin enthaltenen Beurteilungsspielräume auch bei dieser gebundenen Entscheidungen eine – punktuelle – Begrenzung der richterlichen Prüftiefe (das betrifft z.B. regelmäßig die Genehmigung von Windparks). Ähnliches gilt auch für Entscheidungen z.B. über die Gestattung von Gewässerbenutzungen nach § 12

<sup>633</sup> BVerwG, Beschl. v. 15.04.1999 – 7 B 278.98 – NVwZ 1999, 1232 (1233 f.) – verfahrensrechtlich sieht dafür aktuell § 10 Abs. 7 GenTG vor, dass die Behörde für ihre Entscheidung eine Stellungnahme der überwiegend aus Sachverständigen bestehenden „Zentralen Kommission für die biologische Sicherheit“ (§ 4 GenTG) einholen und berücksichtigen muss.

<sup>634</sup> BVerwG, Urt. v. 29.01.2001 – 11 C 3.00 – NVwZ-RR 2001, 470 (471).

<sup>635</sup> BVerwG, Urt. v. 17.02.1978 – 1 C 102/76 – BVerwGE 55, 250 ff. = NJW 1978, 1450.

<sup>636</sup> So BVerwG, Urt. v. 17.02.1978 – 1 C 102/76 – BVerwGE 55, 250 ff. = NJW 1978, 1451.

<sup>637</sup> So Czychowski/Reinhardt (2014), WHG, § 12 Rn. 19 ; vgl. auch Pape, in: Landmann/Rohmer (Stand April 2011) § 12 WHG Rn. 51; Erbguth/Schlacke (2016), § 11 Rn. 48.

<sup>638</sup> Vgl. Beckmann, in: Landmann/Rohmer (2015), § 15 KrWG Rn. 41 und 47 - mwN (auch zur Gegenansicht).

<sup>639</sup> Vgl. dazu Jacob/Lau, NVwZ 2015, 241 (244 ff.) sowie unten 4.3.2.3.

Abs. 1 Nr. 2 WHG. Diese Entwicklung wird aufgrund der damit verbundenen Einschränkungen der gerichtlichen Kontrolle teilweise stark kritisiert.<sup>640</sup>

Ein besonderer Fall ist schließlich der für UVP-Vorprüfungen in § 3c Satz 1 UVPG vorgesehene Beurteilungsspielraum der zuständigen Behörde bei der Feststellung einer UVP-Pflicht für bestimmte Vorhaben. Zum einen hat der Gesetzgeber hier – anders als sonst – nicht nur in der Vorschrift zum Ausdruck gebracht, dass eine behördliche Einschätzungsbefugnis besteht, sondern es wird in § 3a Satz 4 UVPG auch die Begrenzung der gerichtlichen Kontrolle näher geregelt. Zum anderen ist die UVP-Vorprüfung selbst nicht gerichtlich angreifbar, weil sie nur eine verfahrenlenkende Funktion hat und noch keine Entscheidung über die Zulässigkeit des Vorhabens beinhaltet.<sup>641</sup>

Die Kriterien für die gerichtliche Überprüfung von Entscheidungen, bei denen der Behörde ein Beurteilungsspielraum zusteht, entsprechen dem bereits erläuterten Ansatz einer allgemeinen „Abwägungskontrolle“.<sup>642</sup> Es wird also sowohl die Auslegung der zugrunde liegenden Rechtsvorschriften als auch die korrekte Tatsachenermittlung grundsätzlich uneingeschränkt überprüft, während bezogen auf das Ergebnis der Entscheidung nur eine begrenzte Kontrolle im Hinblick auf Verfahrensfehler und (offensichtlich) sachlich nicht haltbare Erwägungen stattfindet. Teilweise lassen sich aus der jeweiligen Rechtsnorm aber auch davon abweichende – abgeschwächte oder strengere – Prüfkriterien ableiten; das betrifft insbesondere Regelungen aus dem Naturschutzrecht.<sup>643</sup>

### Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften

Die oft schwierige Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe kann nicht nur durch die zuständige Behörde und die Gerichte im Einzelfall, sondern auch allgemein durch Verwaltungsvorschriften erfolgen, um ein einheitliches Vorgehen der Verwaltung bei der Rechtsanwendung sicherzustellen.<sup>644</sup> Deswegen hatten behördliche Ausführungsvorschriften z.B. für den Vollzug immissionsschutzbezogener Regelungen auch schon vor Erlass des Bundes-Immissionsschutzgesetzes eine erhebliche praktische Bedeutung. Im Voerde-Urteil weist das Bundesverwaltungsgericht darauf hin, dass bereits in § 16 Abs. 3 Satz 2 GewO<sup>645</sup> zur Durchführung des Gesetzes der Erlass von Technischen Anleitungen in Form von Verwaltungsvorschriften, in denen die wesentlichen Grundsätze für die Genehmigung für emittierenden Anlagen sowie für nachträgliche Anordnungen festgelegt wurden, vorgesehen war.<sup>646</sup> Daran anknüpfend hat das Gericht die gemäß § 48 Abs. 1 BImSchG erlassene TA Luft zunächst als „antizipiertes Sachverständigengutachten“ angesehen, das aufgrund des fundierten fachlichen Aussagegehalts – vorbehaltlich besserer Erkenntnisse – der gerichtlichen Entscheidung zugrunde gelegt werden kann.<sup>647</sup> Dabei wurde jedoch nicht berücksichtigt, dass die Immissions- und Emissionsgrenzwerte der TA Luft nicht nur auf fachlichen Einschätzungen, sondern auch auf politischen Wertungen beruhen.<sup>648</sup> Daher hat das Bundesverwaltungsgericht später – ausgehend von seiner Rechtsprechung zum Atomrecht<sup>649</sup> –

<sup>640</sup> Siehe die Kritik von Gassner, DVBl. 2012, 1479 ff.; Brandt, NuR 2013, 482 ff.; Gellermann, NuR 2014, 597 ff.; im Ergebnis zustimmend hingegen Jacob/Lau, NVwZ 2015, 241 (246 f.).

<sup>641</sup> Vgl. dazu Sangenstedt, in: Landmann/Rohmer (Stand Okt. 2003), § 3c UVPG Rn. 14 ff.; ähnlich Dienes, in: Hoppe/Beckmann (2012), UVPG, § 3c Rn. 12; siehe auch Philipp-Gerlach/Lukas, ZUR 2014, 548 (459).

<sup>642</sup> Siehe dazu und zum Folgenden oben 4.3.1.3.

<sup>643</sup> Siehe dazu noch die nähere Untersuchung dieses Bereichs unten 4.2.3.3.

<sup>644</sup> Vgl. Jarass (2015), § 48 BImSchG Rn. 1; Thiel, in: Landmann/Rohmer (Stand Jan. 2015), § 48 BImSchG Rn. 1.

<sup>645</sup> Gewerbeordnung i.d.F. des sog. Luftreinhaltgesetzes vom 22. 12. 1959 (BGBl I, 781).

<sup>646</sup> Siehe BVerwG, Urt. v. 17.02.1978 – 1 C 102/76 – BVerwGE 55, 250 ff. = NJW 1978, 1451, unter Verweis auf die Begründung zum Entwurf des Bundes-Immissionsschutzgesetzes, BT-Drs. 7/179, S. 22.

<sup>647</sup> BVerwG, Urt. v. 17.02.1978 – 1 C 102/76 – BVerwGE 55, 250 ff. = NJW 1978, 1450 (1451 f.).

<sup>648</sup> Vgl. Koch, in: Koch (2014), § 4 Rn. 95 f. – mwN.

<sup>649</sup> BVerwG, Urt. v. 19.12.1985 – 7 C 65.82 – BVerwGE 72, 300 ff. = NVwZ 1986, 208 (213) – Kalkar – dabei ging es um die „Allgemeine Berechnungsgrundlage für Strahlenexpositionen bei radioaktiven Ableitung mit der Abluft oder in Oberflä-

die TA Luft und die TA Lärm als normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften eingestuft, die nicht nur verwaltungsintern eine Bindungswirkung entfalten, sondern auch von den Gerichten als Prüfungsmaßstäbe zu beachten sind.<sup>650</sup> Zur Begründung wird vor allem darauf verwiesen, dass § 48 Abs. 1 BImSchG eine Konkretisierungermächtigung für die Bundesregierung enthält und damit einen behördlichen Entscheidungsspielraum bei der Festlegung genereller Standards für die Rechtsanwendung eröffnet.<sup>651</sup> Die gerichtliche Kontrolle beschränkt sich daher auf die Vereinbarkeit dieser Festlegungen mit den gesetzlichen Vorgaben sowie darauf, ob sie durch neuere wissenschaftliche oder technische Erkenntnisse überholt sind und ob im Einzelfall ein atypischer Sachverhalt vorliegt, der davon nicht erfasst wird.<sup>652</sup> Soweit die Vorgaben einer normkonkretisierenden Verwaltungsvorschrift danach bindende Wirkung entfalten, unterliegt ihre Beachtung durch die Behörden bei der Rechtsanwendung im Einzelfall einer vollständigen gerichtlichen Kontrolle.<sup>653</sup>

Neben der TA Luft und der TA Lärm sind auch andere Verwaltungsvorschriften als normkonkretisierend angesehen worden, z.B. die Rahmen-Abwasser-Verwaltungsvorschrift von 1989<sup>654</sup> mit Mindestanforderungen an die Abwassereinleitung sowie die TA Abfall von 1991<sup>655</sup> mit Anforderungen nach dem Stand der Technik an die Entsorgung besonders überwachtungsbedürftiger Abfälle. Inzwischen werden die unbestimmten Rechtsbegriffe im Wasser- und Kreislaufwirtschaftsrecht jedoch ausgehend von veränderten Ermächtigungsgrundlagen (siehe § 16 KrWG und § 23 WHG) durch Rechtsverordnungen konkretisiert.<sup>656</sup> Auch im Bodenschutzrecht werden die Anforderungen an die Gefahrenabwehr und Vorsorge bei „schädlichen Bodenveränderungen“ durch eine Rechtsverordnung gemäß § 8 Abs. 1 und 2 BBodSchG konkretisiert.<sup>657</sup> Maßgeblich für diese Entwicklung ist die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, der bereits 1991 die Umsetzung von Richtlinien zur Luftreinhaltung durch die TA Luft als unzureichend angesehen hatte, weil er eine verbindliche Wirkung der europarechtlich vorgegebenen Umweltstandards und deren Einklagbarkeit als durch eine solche Verwaltungsvor-

---

chengewässer“ die nach Beratung im Länderausschuss für Atomkernenergie vom Bundesinnenminister erlassen worden war, um bei künftigen Genehmigungsverfahren sicherzustellen, dass die Einhaltung der Dosisgrenzwerte nach Maßgabe des § 45 S. 1 StrlSchVO auf der Basis hinreichend konservativer Rechenmodelle und Datenansätze geprüft wird.

- <sup>650</sup> Vgl. zur TA Luft u.a. BVerwG, Beschl. v. 10.01.1995 – 7 B 112/94 – NVwZ 1995, 994 ff.; BVerwG, Urt. v. 20.12.1999 – 7 C 15.98 – NVwZ 2000, 440; zur TA Lärm siehe BVerwG, Urt. v. 29.08.2007 – 4 C 2.07 – NVwZ 2008, 76; Urt. v. 29.11.2012 – 4 C 8.11 – NVwZ 2013, 372 (373); siehe auch Jarass (2015), § 48 BImSchG Rn. 42 – mwN.
- <sup>651</sup> Siehe zur TA Luft BVerwG, Urt. v. 21.06.2001 – 7 C 21.00 – BVerwGE 114, 342 ff. = NVwZ 2001, 1165 f., unter Hinweis auf Beschl. v. 10.01.1995 – 7 B 112.94 – NVwZ 1995, 994; siehe auch BVerwG, Urt. v. 28.10.1998 – 8 C 16.96 – NVwZ 1999, 1114 (1115), zur Rahmen-Abwasser-VwV von 1989; dem zustimmend Ergbuth/Schlacke (2016), § 6 Rn. 18; Nolte, in: Kluth/Smeddink (2013), § 7 Rn. 55; Jarass (2015), § 48 BImSchG Rn. 44; Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig (2014), Art. 19 IV GG Rn. 206a – jeweils mwN.
- <sup>652</sup> Vgl. BVerwG, Urt. v. 19.12.1985 – 7 C 65.82 – BVerwGE 72, 300 ff. = NVwZ 1986, 208 (212); Beschl. v. 15.02.1988 – 7 B 219.87 – NVwZ 1988, 824 (825); siehe auch Jarass (2015), § 48 BImSchG Rn. 48 ff.
- <sup>653</sup> Vgl. Jarass (2015), § 5 BImSchG Rn. 130, mwN; siehe auch Ergbuth/Schlacke (2016), § 6 Rn. 18.
- <sup>654</sup> Allgemeine Rahmen-Verwaltungsvorschrift über Mindestanforderungen an das Einleiten von Abwasser in Gewässer vom 08.09.1989 (GMBI S. 518) basierend auf § 7a Abs. 1 Satz 3 Wasserhaushaltsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23.09.1986 (BGBl I S. 1529); siehe dazu BVerwG, Urt. v. 28.10.1998 – 8 C 16.96 – NVwZ 1999, 1114 (1115).
- <sup>655</sup> Zweite allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Abfallgesetz vom 12.03.1991 (GMBI. I S. 139, berichtigt GMBI. I S. 469); zu siehe dazu Kloepfer (2011), § 5 Rn. 29 – mwN.
- <sup>656</sup> Die Rahmen-Abwasser-Verwaltungsvorschrift ist durch die Abwasserverordnung vom 21.04.1997, neu gefasst durch Bekanntmachung vom 17.06.2004 (BGBl. 1, S. 1108), und die TA Abfall ist unter anderem durch die Deponieverordnung v. 27.04.2009 (BGBl. I S. 900) ersetzt worden.
- <sup>657</sup> Siehe zur Bundes-Bodenschutz- und Altlastenverordnung vom 12.07.1999 (BGBl. I S. 1554) und ihrer Bedeutung für den Gesetzesvollzug näher Ergbuth/Schlacke (2016), § 13 Rn. 4 und 14; Sanden, in: Koch (2014), § 8 Rn. 33 und 37 f.

schrift nicht hinreichend gesichert ansah.<sup>658</sup> Die normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften werden daher als zur Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben, die eine Statuierung von Rechten oder Pflichten verlangen, nicht geeignet angesehen.<sup>659</sup> Im Immissionsschutzrecht erfolgt die Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben für die Luftreinhaltung daher nach § 7 Abs. 1 und § 48a Abs. 1 BImSchG ebenfalls durch Rechtsverordnungen.<sup>660</sup> Die für genehmigungsbedürftige Anlagen geltenden Anforderungen werden aber weiterhin vor allem in der TA Luft festgelegt.<sup>661</sup> Das betrifft auch die unionsrechtlich durch die sog. BVT-Schlussfolgerungen konkretisieren Anforderungen an die „besten verfügbaren Techniken“, deren Umsetzung deswegen als unzureichend kritisiert wird.<sup>662</sup>

Demnach wird die Auslegung und Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe in den genannten Bereichen des Umweltrechts vorrangig durch Rechtsverordnungen und – im Immissionsschutzrecht – auch durch normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften gesteuert. Die Rechtsanwendung im Einzelfall ist zwar gerichtlich grundsätzlich voll überprüfbar, sie beruht aber regelmäßig auf verbindlichen Vorgaben, die auf einer vorgelagerten administrativen Ebene in Form von Umweltschutzstandards festgelegt worden sind und die ihrerseits nur einer begrenzten gerichtliche Kontrollen unterliegen. An Stelle von Beurteilungsspielräumen im Einzelfall, wie sie im Naturschutzrecht zu finden sind, tritt also die Anerkennung und Ausübung von behördlichen Entscheidungsspielräumen bei der Standardsetzung. Die geltenden Rechtsverordnungen und normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften erfassen aber insbesondere im Immissionsschutzrecht nicht alle für die Rechtsanwendung relevanten Fälle. In der Praxis wird deshalb ergänzend auf behördliche Richtlinien und Empfehlungen, die nur eine interne Bindungswirkung haben, sowie auf durch private Organisationen (z.B. VDI und DIN) erstellte technische Regelwerke zurückgegriffen.<sup>663</sup> Solche Richtlinien und Regelwerke dienen ebenfalls zur Konkretisierung der gesetzlichen Anforderungen durch standardisierte Vorgaben und ermöglichen daher eine einheitliche Rechtsanwendung. Aufgrund ihres fachlichen Aussagegehalts berücksichtigen die Gerichte vor allem behördliche Richtlinien teilweise als „antizipierte Sachverständigengutachten“ bei der Sachaufklärung.<sup>664</sup> Ähnlich ist es bei den rechtlich unverbindlichen privaten Regelwerken, die aufgrund der darin enthaltenen fachlichen Einschätzungen im gerichtlichen Verfahren eine Indizwirkung haben können.<sup>665</sup> Daher sind auch diese behördeninternen Richtlinien und privaten Regelwerke für die Rechtsanwendung im Einzelfall von erheblicher Bedeutung, denn sie entfalten – obwohl sie gerichtlich voll überprüfbar sind – praktisch ebenfalls eine gewisse steuernde Wirkung.

<sup>658</sup> EuGH, Urt. v. 30.05.1991 – Rs. C-361/88 und Rs. C-59/89 – NVwZ 1991, 866 ff. und 868 ff.; siehe auch Erbguth/Schlacke (2016), § 9 Rn. 9.

<sup>659</sup> Vgl. Erbguth/Schlacke (2016), § 6 Rn. 18 und § 9 Rn. 9; Jarass (2015), § 48 BImSchG Rn. 4; Thiel, in: Landmann/Rohmer (Stand Jan. 2015), § 48a Rn. 1; Koch, in: Koch (2014), § 4 Rn. 99; siehe auch schon Biesecke, ZUR 2002, 325 (329).

<sup>660</sup> Siehe dazu insbesondere die Verordnung über Luftqualitätsstandards und Emissionshöchstmengen (33. BImSchV) vom 02.08.2010 (BGBl. I, S. 1065) sowie z.B. die GroßfeuerungsanlagenVO (13. BImSchV) und die Verordnung für Abfallverbrennungsanlagen (17. BImSchV); auch für den Lärmschutz gibt es Rechtsverordnungen, z.B. die 16. BImSchV für den Verkehrslärmschutz und die 32. BImSchV für Geräte und Maschinenlärm.

<sup>661</sup> Vgl. zum Verhältnis zwischen den quellenbezogenen Anforderungen der TA Luft und den unionsrechtlichen Luftqualitätsstandards näher BVerwG, Urt. 24.10.2013 – 7 C 36.11 – NVwZ 2014, 515 (520).

<sup>662</sup> Vgl. Jarass (2015), § 48 Rn. 12 – mwN; siehe auch Wasielewski, UPR 2012, 429; allgemein zur Umsetzung der BVT-Schlussfolgerungen ferner Erbguth/Schlacke (2016), § 9 Rn. 31; Betensted/Grandjot/Waskow ZUR 2013, 395 (398 f.).

<sup>663</sup> Vgl. Erbguth/Schlacke (2016), § 9 Rn. 29 f.; Jarass (2015), § 48 BImSchG Rn. 60 f.; Kloepfer (2011), § 8 Rn. 9.

<sup>664</sup> Vgl. VGH München, Urt. v. 18.06.2014 – 22 B 13.1358 – Rn. 45, BeckRS 2014, 53520, wonach mit dem bayrischen Windkrafterlass ein antizipiertes Sachverständigengutachten von „hoher Qualität“ für die Anwendung der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände in § 44 Abs. 1 BNatSchG vorliegt, mit dem von der obersten Landesbehörde eine zusätzliche fachliche Konkretisierungsebene zur Verfügung gestellt worden sei, die trotz der anerkannten fachlichen Einschätzungsprärogative von der Genehmigungsbehörde nicht ohne fachliche Begründung außer Betracht gelassen werden dürfe; siehe auch VGH München, Beschl. v. 09.06.2011 – 22 ZB 10.2192 – BeckRS 2011, 52234 (zur DIN 4150, Teil 3).

<sup>665</sup> Vgl. Jarass (2015), § 48 BImSchG Rn. 61, mit Nachweise zur Rechtsprechung; siehe auch Erbguth/Schlacke (2016), § 9 Rn. 29, u.a. bezogen auf die Geruchsimmissions-Richtlinie (GIRL) und VDI-RL; siehe zur Berücksichtigung im Verwaltungsprozess ferner Kopp/Schenke (2016), § 86 VwGO Rn. 5b.

## Ermessensspielräume (bei der Entscheidung über Rechtsfolgen)

Ein Ermessen der Behörde hinsichtlich der Rechtsfolgen ist im Umweltrecht vor allem bei der Anordnung von eingreifenden Maßnahmen z.B. gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1 BImSchG beim Betrieb genehmigungsbedürftiger Anlagen oder zur Durchsetzung der rechtlichen Vorgaben für den Naturschutz (§ 3 Abs. 2 BNatSchG) oder die Kreislaufwirtschaft (§ 63 KrWG) vorgesehen. Hinzu kommen Befreiungs- und Ausnahmeregelungen wie z.B. in § 45 Abs. 7 und § 64 Abs. 1 BNatSchG. Eine Sonderstellung nimmt daher das im Wasserrecht insbesondere bei der Gestattung von Gewässerbenutzungen gemäß § 12 Abs. 2 WHG bestehende Bewirtschaftungsermessen ein, bei dessen Ausübung die in § 6 WHG enthaltenen Grundsätze der Gewässerbewirtschaftung zu beachten sind.<sup>666</sup> Ausgehend davon wird ein weiterer Spielraum der zuständigen Behörde bei der Zuteilung und Ausgestaltung von Benutzungen anerkannt, so dass auf die Erteilung einer Erlaubnis oder Bewilligung (§ 8 WHG) – anders als bei der als gebundene Entscheidung ausgestalteten Genehmigung gemäß § 6 Abs. 1 BImSchG – grundsätzlich kein Rechtsanspruch besteht.<sup>667</sup> Die damit z.B. für die Eigentümer von Gewässern oder für Gewerbetreibende unter Umständen verbundenen Einschränkungen werden aufgrund der überragenden Bedeutung des Wasserhaushalts für die Allgemeinheit als verfassungsrechtlich unbedenklich angesehen.<sup>668</sup>

Bei der Gestattung von Gewässerbenutzungen setzt die Ermessensausübung aber erst ein, wenn das Vorliegen von Versagungsgründen nach § 12 Abs. 1 WHG geprüft und verneint worden ist.<sup>669</sup> Dabei ist vor allem zu klären, ob die beabsichtigte Benutzung zu „schädlichen Gewässerveränderungen“ führen kann und ob im Hinblick darauf das „Wohl der Allgemeinheit“ (§ 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 WHG) beachtet wird, wobei z.B. die gesondert geregelten Anforderungen an die Reinhaltung der Gewässer in § 32 und § 48 WHG relevant sind.<sup>670</sup> Damit beruht die Entscheidung der Behörde maßgeblich auf unbestimmten Rechtsbegriffen, bei denen – wie schon erwähnt – kein behördlicher Beurteilungsspielraum besteht.<sup>671</sup> Es wird allerdings darauf hingewiesen, dass im Wasserrecht in Folge der ausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffe einerseits und des Bewirtschaftungsermessens andererseits die Grenze zwischen Tatbestands- und Rechtsfolgenseite bisweilen „verschwimmt“. <sup>672</sup> Das zeigt sich auch in der Auffassung, dass Beurteilungsspielräume im Wasserrecht abzulehnen seien, weil es dafür aufgrund des bestehenden Bewirtschaftungsermessens keine Notwendigkeit gebe.<sup>673</sup> Diese Argumentation lässt jedoch außer Acht, dass sich solche Spielräume auch im Rahmen von § 12 Abs. 1 Nr. 2 WHG ergeben können, wenn eine beantragte Gewässerbenutzung die als „andere Anforderungen nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften“ beachtlichen Regelungen des Habitats- oder Artenschutzrechts berührt. Außerdem zeigen die Beispiele aus dem Naturschutzrecht, dass in einer Vorschrift durchaus sowohl Beurteilungs- als auch Ermessens- oder Abwägungsspielräume angelegt sein können.<sup>674</sup> Es liegt daher näher, bei den wasserrechtlichen Gestattungen die Ablehnung von Beurteilungsspielräumen bei der Rechtsanwendung im Einzelfall – ähnlich wie im Immissionsschutzrecht<sup>675</sup> – ebenfalls damit zu begründen, dass die

<sup>666</sup> Vgl. Czychowski/Reinhardt (2014), WHG, § 12 Rn. 33; Erbguth/Schlacke (2016), § 11 Rn. 48.

<sup>667</sup> Vgl. Czychowski/Reinhardt (2014), WHG, § 12 Rn. 33; Erbguth/Schlacke (2016), § 11 Rn. 48; Pape, in: Landmann/Rohmer (Stand April 2011), § 12 Rn. 52 ff. WHG – jeweils mwN.

<sup>668</sup> Vgl. BVerfGE 58, 300 (330 ff.) – Nassauskiesung; Czychowski/Reinhardt (2014), WHG, § 12 Rn. 34; Erbguth/Schlacke (2016), § 11 Rn. 48; Pape, in: Landmann/Rohmer (Stand April 2011), WHG, § 12 Rn. 54.

<sup>669</sup> Vgl. Pape, in: Landmann/Rohmer (2015), WHG, § 12 Rn. 48; Czychowski/Reinhardt (2014), WHG, § 12 Rn. 33; Erbguth/Schlacke (2016), § 11 Rn. 48.

<sup>670</sup> Vgl. Czychowski/Reinhardt (2014), WHG, § 12 Rn. 14; Erbguth/Schlacke (2016), § 11 Rn. 48.

<sup>671</sup> Vgl. Czychowski/Reinhardt (2014), WHG, § 12 Rn. 19; auch Pape, in: Landmann/Rohmer (Stand April 2011), WHG, § 12 Rn. 51; Erbguth/Schlacke (2016), § 11 Rn. 48.

<sup>672</sup> So Jacob/Lau, NVwZ 2015, 241 (245 f.) – mwN, bezogen auf die Regelung zum Aufstauen von Gewässern in § 33 WHG; siehe auch die Nachweise zu ähnlichen Diskussionsansätzen bei Czychowski/Reinhardt (2014), WHG, § 12 Rn. 18 f.

<sup>673</sup> Siehe vor allem Czychowski/Reinhardt (2014), WHG, § 12 Rn. 19.

<sup>674</sup> Siehe näher dazu 4.3.2.3.

<sup>675</sup> Siehe dazu auch noch 4.3.2.4.

Entscheidungsvoraussetzungen durch zahlreiche Rechtsverordnungen<sup>676</sup> sowie auch durch die Maßnahmenplanungen gemäß § 82 WHG konkretisiert werden sollen.

Außerdem stellt sich bei der Entscheidung über Gewässerbenutzungen noch die Frage, welche Bedeutung dem Verbot einer Verschlechterung des ökologischen und chemischen Zustandes von Gewässern aus Art. 4 Wasserrahmenrichtlinie (WRRL)<sup>677</sup>, das durch die §§ 27 und 47 WHG umgesetzt wird, im Einzelnen zukommt. Der Europäische Gerichtshof hat zwar geklärt, dass ein Verstoß gegen das Verschlechterungsverbot bei der Genehmigung von Vorhaben ein Versagungsgrund ist und dass eine Verschlechterung des ökologischen Zustandes vorliegt, wenn sich mindestens eine der Qualitätskomponenten des Anhang V der Richtlinie um eine Klasse verschlechtert oder wenn eine solche Komponente bereits in der niedrigsten Klasse eingeordnet ist und sich weiter verschlechtert.<sup>678</sup> Noch offen ist aber unter anderem, ob bei der Prüfung einer Verschlechterung auch Bagatellschwellen angewendet werden können.<sup>679</sup> Das OVG Bremen hatte dazu bereits entschieden, dass der Behörde dabei bezogen auf die naturschutzfachliche Einschätzung über die Durchgängigkeit eines Gewässers ein Beurteilungsspielraum zusteht.<sup>680</sup> Diese Auffassung wird aber nicht aus dem Wasserrecht, sondern aus der schon angesprochenen Rechtsprechung zum Naturschutzrecht abgeleitet und ist höchstrichterlich bisher nicht bestätigt worden, so dass hier nicht weiter darauf eingegangen werden soll.

### Gestaltungsspielräume im Planungsrecht oder „Planungsermessen“

Bei der nach § 1 Abs. 1 BauGB auf die Regelung der baulichen und sonstigen Nutzungen ausgerichteten Bauleitplanung wird davon ausgegangen, dass die dafür von den Gemeinden gemäß § 1 Abs. 7 BauGB durchzuführende Abwägung aller betroffenen öffentlichen und privaten Belange generell mit einem (planerischen) Gestaltungsspielraum verbunden ist, weil Planung ohne Gestaltungsfreiheit „*ein Widerspruch in sich*“ wäre.<sup>681</sup> Die ausgehend davon für das Abwägungsgebot in der Bauleitplanung von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze sind auch auf die Planfeststellungsentscheidungen für Infrastrukturvorhaben sowie auf andere staatliche Planungsentscheidungen übertragen worden (z.B. auf die Aufstellung von Raumordnungsplänen zur Koordinierung der überörtlichen Entwicklung gemäß §§ 8 ff. ROG sowie auf Landschaftspläne gemäß §§ 8 ff. BNatSchG oder wasserrechtliche Maßnahmenprogramme und Bewirtschaftungspläne gemäß §§ 82 ff. WHG). Das Bundesverwaltungsgericht geht davon aus, dass das Gebot einer gerechten Abwägung aller betroffenen Belange zum „Wesen“ einer rechtsstaatlichen Planung gehört und daher allgemein zu beachten ist.<sup>682</sup>

Demnach haben sowohl die Gemeinden bei der Bauleitplanung als auch andere Planungsbehörden eine eigenständige Entscheidungs- und Gestaltungsbefugnis, die z.B. bei der Aufstellung von Bebauungsplänen, aber auch bei Planfeststellungen in vielfältiger Weise genutzt werden kann, um insbesondere die Grundstücksnutzung näher zu regeln (z.B. bei Bebauungsplänen unter anderem durch die verbindliche Festsetzungen von natur- und immissionsschutzbezogenen Maßnahmen nach § 9 Abs. 1 Nr. 20, 23, 24 und 25 BauGB). Aufgrund der damit verbundenen Grundrechtseingriffe, die vor allem Art. 14 GG betreffen, unterliegt die Planung jedoch einer rechtlichen Bindung, die sich aus dem Rechts-

<sup>676</sup> Siehe z.B. die Abwasserverordnung (AbwV), durch die der nach § 57 Abs. 1 Nr. 1 WHG bei der Abwassereinleitung maßgebliche „Stand der Tehnik“ festgelegt wird; vgl. auch Laskowski/Ziehm, in: Koch (2014), § 5 Rn. 85.

<sup>677</sup> RL 2000/60/EG v. 23.10.2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik, ABl. EU L 327, 1, zuletzt geändert durch Entscheidung Nr. 2455/2001/EG v. 20.11.2001, ABl. EU L 331, 1.

<sup>678</sup> EuGH, Urt. v. 01.07.2015 – Rs. C-461/13 – Rn. 51 und Rn. 70 = ZUR 2015, 546 (550/551).

<sup>679</sup> Siehe dazu und zu weiteren offenen Fragen näher Faßbender, ZUR 2015, 195 (201) – mwN.

<sup>680</sup> Siehe OVG Bremen, Urt. v. 04.06.2009 – 1 A 9/09 – Rn. 11 = ZUR 2010, 151 (153).

<sup>681</sup> Vgl. BVerwGE 48, 56 ff.; Schrödter, in: Schrödter, BauGB, § 1 Rn. 186 ff.; Koch/Hendler (2015), § 17 Rn. 1 ff.

<sup>682</sup> Grundlegend BVerwG, Urt. v. 30.04.1969 – 4 C 6.68 – NJW 1969, 1868 (1869); siehe zur Entwicklung und zum aktuellen Stand der Abwägungsdogmatik eingehend Berkemann, ZUR 2016, 323 ff.

staatsgebot – insbesondere aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz – und den daraus von der Rechtsprechung abgeleiteten Anforderungen an eine gerechte Abwägung ergibt. Danach gilt für die gerichtliche Kontrolle (staatlicher) Planungsentscheidungen Folgendes:<sup>683</sup>

*„Das Gebot gerechter Abwägung ist verletzt, wenn eine (sachgerechte) Abwägung überhaupt nicht stattfindet. Es ist verletzt, wenn in die Abwägung an Belangen nicht eingestellt wird, was nach Lage der Dinge in sie eingestellt werden muss. Es ist ferner verletzt, wenn die Bedeutung der betroffenen privaten Belange verkannt oder wenn der Ausgleich zwischen den von der Planung berührten öffentlichen Belangen in einer Weise vorgenommen wird, der zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht. Innerhalb des so gezogenen Rahmens wird das Abwägungsgebot jedoch nicht verletzt, wenn sich die zur Planung berufene Gemeinde in der Kollision zwischen verschiedenen Belangen für die Bevorzugung des einen und damit notwendig für die Zurückstellung eines anderen entscheidet.“*

Daraus ist später eine Unterscheidung zwischen dem Abwägungsvorgang, bei dem es um die ausreichende Ermittlung der betroffenen Belange sowie um deren korrekte Bewertung und Gewichtung geht, und dem Abwägungsergebnis abgeleitet worden. Ausgehend davon wird die ausreichende Ermittlung der Belange grundsätzlich eingehend überprüft. Nach § 214 Abs. 3 Satz 2 BauGB oder § 75 Abs. 1a Satz 1 VwVfG sind Mängel im Abwägungsvorgang aber nur erheblich, wenn sie offensichtlich sind und das Abwägungsergebnis beeinflussen haben können.<sup>684</sup> Dieser Ansatz einer begrenzten gerichtlichen Überprüfung entspricht weitgehend den Prüfkriterien der allgemein bei behördlichen Entscheidungsspielräumen anwendbaren Abwägungskontrolle, auf die bereits eingegangen worden ist.<sup>685</sup>

Aus den Rechtsvorschriften, die bei der Planung zu beachten sind, ergeben sich aber auch konkretere Vorgaben, die einen mehr oder weniger großen Einfluss auf die planerische Abwägung haben können. Das betrifft vor allem die in der Rechtsprechung zum Fachplanungsrecht so genannten „Planungsleitsätze“, bei denen es um Rechtsnormen geht, die strikt verbindlich sind und daher nicht der Abwägung unterliegen, so dass ihre Verletzung direkt zur Rechtswidrigkeit der Planung führt.<sup>686</sup> Die Bezeichnung als „Leitsatz“ erscheint zwar bei einer strikten Rechtsnorm missverständlich und die Terminologie ist daher umstritten. Es wird damit aber verdeutlicht, dass verschiedene Zielvorgaben sowie auch Vorschriften außerhalb des Planungsrechts die Abwägung maßgeblich steuern können.<sup>687</sup> Das gilt z.B. für immissionschutzrechtliche Anforderungen (siehe u.a. die 16. BImSchV für den Verkehrslärmschutz) und insbesondere für die Vorgaben des Naturschutzrechts, die vor allem die Planfeststellung für Infrastrukturvorhaben aber auch die Aufstellung von Bebauungsplänen erheblich beeinflussen können.

Den Einfluss des Naturschutzrechts auf die Planung und ihre gerichtliche Kontrolle verdeutlicht insbesondere die Rechtsprechung zur Anerkennung von „Einschätzungsprärogativen“ bei den schon angesprochenen Regelungen des Naturschutzrechts, die ganz überwiegend auf Klagen gegen Planfeststellungen für Verkehrsprojekte zurückgeht.<sup>688</sup> Die Anwendung dieser Vorschriften unterliegt zwar teilweise auch einer Abwägung. In der Bauleitplanung richtet sich die Vermeidung und der Ausgleich von Eingriffen in Natur und Landschaft sogar nach eigenen Regelungen (§ 1a Abs. 3 und § 200a BauGB).<sup>689</sup> Speziell die Vorgaben für die nach einer negativen FFH-Verträglichkeitsprüfung notwendige Abweichungsentscheidung gemäß § 34 Abs. 3 BNatSchG sowie die Anforderungen an artenschutzrechtlichen

<sup>683</sup> Grundlegend BVerwG, Urt. v. 12.12.1969 – 4 C 105.66 – BVerwGE 34, 301 (309), ebenso Urt. v. 05.07.1974 – 4 C 40.72 – BVerwGE 45, 309 (314 f.).

<sup>684</sup> Siehe insgesamt dazu auch Berkemann, ZUR 2016, 323 (324 und 326 f.) – mwN.

<sup>685</sup> Siehe oben 4.2.3.2.

<sup>686</sup> Vgl. BVerwG, Urt. v. 14.02.1975 – 4 C 21/74 – NVwZ 1975, 1373 ff.

<sup>687</sup> Vgl. bezogen auf die Bauleitplanung dazu Schrödter, in: Schrödter, BauGB, § 1 Rn. 75 ff.; näher Koch/Hendler (2015), § 17 Rn. 71 ff., sowie zur Bedeutung von „Optimierungsgeboten“ und anderen Planungsgrundsätzen auch Rn. 31 ff. und 45 ff.

<sup>688</sup> Vgl. die Analyse der Rechtsprechung bei Jacob/Lau, NVwZ 2015, 241 (243 ff.), siehe auch Kment, ZUR 2016, 331 (332 f.).

<sup>689</sup> Siehe zur Umsetzung von festgesetzten Ausgleichsmaßnahmen sowie zu deren Refinanzierung auch §§ 135 s ff. BauGB.

Ausnahmen gemäß § 45 Abs. 7 BNatSchG gehen aber zum Teil über das hinaus, was üblicherweise nach dem (fach)planerischen Abwägungsgebot verlangt wird.<sup>690</sup> Es ergibt sich daher eine Art Verflechtung zwischen dem im Planungsrecht ausgehend vom Abwägungsgebot bestehenden „Planungsermessens“ einerseits und verschiedenen umweltrechtlichen Regelungen andererseits. Einige dieser Regelungen eröffnen zwar durch unbestimmte Rechtsbegriffe ihrerseits Beurteilungsspielräume für die Behörden, enthalten aber zugleich auch zusätzliche Anforderungen, die zum Teil noch durch Schutz- oder Vorsorgestandards konkretisiert werden, und schränken dadurch im Ergebnis den an sich weiten planerischen Gestaltungsspielraum unter Umständen deutlich ein.

Allerdings kann auch die vorgelagerte Planung durch ihre Vorgaben die Entscheidungen über die Zulassung von Vorhaben nach den §§ 4 ff. BImSchG oder über Gewässerbenutzungen nach den §§ 8 und 12 WHG maßgeblich beeinflussen. Die bestehenden planerischen Gestaltungsspielräume führen dann unter Umständen dazu, dass zusätzliche Anforderungen an die Realisierung von Vorhaben festgelegt werden, die über die nach den umweltrechtlichen Regelungen geltenden Zulassungsvoraussetzungen hinaus gehen. Das gilt insbesondere für die Anforderungen, die durch Festsetzungen in Bebauungsplänen z.B. durch die Gliederung von Baugebieten nach § 1 Abs. 4 BauNVO sowie nach § 9 Abs. 1 Nr. 23 und 24 BauGB an den Immissions- und Klimaschutz gestellt werden können.<sup>691</sup> Außerdem besteht die Möglichkeit, in Regional- und Flächennutzungsplänen z.B. durch die Festlegung von für Windenergieanlagen geeigneten Flächen deren Errichtung standortbezogen zu lenken.<sup>692</sup> Darüber hinaus kann die umweltbezogene Fachplanung verbindliche Vorgaben machen. Ein Beispiel sind die nach § 82 Abs. 1 WHG auf Landesebene für jede Flussgebietseinheit aufzustellen den Maßnahmenprogramme zur Gewässerbewirtschaftung, die mit der Festsetzung konkreter Anforderungen unter anderem die Ausübung des Bewirtschaftungsermessens bei der Gestattung von Gewässerbenutzungen steuern können.<sup>693</sup> Solche planerischen Vorgaben wirken sich direkt auf die nachfolgenden Zulassungsentscheidungen aus.

Daher haben die Klagemöglichkeiten, die betroffenen Grundstückseigentümern und auch Vorhabenträgern teilweise gegen vorgelagerte Planungsentscheidungen zur Verfügung stehen, eine erhebliche praktische Bedeutung.<sup>694</sup> Darüber hinaus verfügen die anerkannten Umweltverbände aufgrund der geplanten Novelle nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Entwurf-UmwRG n.F. über weitreichende Klagebefugnisse gegen SUP-pflichtige Pläne und Programme. Damit wird zwar die Möglichkeit zur gerichtlichen

<sup>690</sup> Vgl. bezogen auf die Abwägung zwischen dem Habitatschutz und anderen öffentlichen Interessen näher BVerwG, Urt. v. 09.06.2009 – 4 C 12.07 – Rn. 15 = ZUR 2010, 193 (194) – Flughafen Münster/Osnabrück; siehe dazu und zu den vergleichbar hohen Anforderungen bei artenschutzrechtlichen Ausnahmen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG eingehend Kment, ZUR 2016, 331 (336); die bei der FFH-Verträglichkeitsprüfung nach § 34 Abs. 1 BNatSchG sowie bei der Prüfung von Verbotstatbeständen nach § 44 Abs. 1 BNatSchG anerkannten Beurteilungsspielräume bewirken aber wohl eher eine Abschwächung der Abwägungskontrolle, vgl. Berkemann, ZUR 2016, 323 (327); siehe auch unten 4.3.2.3.

<sup>691</sup> Siehe z.B. BVerwG, Urt. v. 28.02.2002 – 4 CN 5.01 – ZUR 2002 356 ff., zur Immissionsvorsorge durch Bebauungsplanung bezogen auf Tierzucht- und Tierhaltungsbetriebe; eingehend zu den nach wie vor überwiegend unverändert geltenden Festsetzungsmöglichkeiten bereits Schmidt (1992), S. 182 ff.; vgl. zu Maßnahmen für den Klimaschutz auch Schmidt, NVwZ 2006, 1354 ff.

<sup>692</sup> Zur Festlegung von Vorbehalts- und Eignungsgebieten als Ziele der Raumordnung allgemein Hendler, in: Koch/Hendler (2015), § 3 Rn. 25 ff., mwN; vgl. zu den Anforderungen bei der Ausweisung von Gebieten für die Windnutzung bspw. BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 1.11 – NVwZ 2013, 519 ff.; Urt. v. 11.04.2013 – 4 CN 2.12 – NVwZ 2013, 1017 ff.

<sup>693</sup> Vgl. Czychowski/Reinhardt (2014), WHG, § 12 Rn. 49 – mwN, der das Zusammenwirken von planerischer Entscheidung und Ermessensausübung im Einzelfallentscheidung als „zweistufiges Bewirtschaftungsermessen“ bezeichnet.

<sup>694</sup> Siehe zu den Klagemöglichkeiten gegen raumordnerische Festlegungen z.B. BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 1.11 – NVwZ 2013, 519 ff.; Urt. v. 11.04.2013 – 4 CN 2.12 – NVwZ 2013, 1017 ff.; aus diesen Entscheidungen ergibt sich auch, dass speziell bei Windenergieanlagen im Hinblick auf die Festlegung von Tabuzonen und bezogen auf die Dokumentation der Abwägungsgrundlagen eine relativ strenge Kontrolle erfolgt, siehe auch Berkemann, ZUR 2016, 323 (326); vgl. zur Diskussion um die rechtliche Außenwirkung von wasserrechtlichen Maßnahmenprogrammen und dem dagegen möglichen Rechtsschutz ferner Laskowski/Ziehm, in: Koch (2014), § 5 Rn. 117 – mwN.

Kontrolle der Planungsentscheidungen eröffnet, die richterliche Prüftiefe ist jedoch – wie dargelegt – aufgrund der den Planungsträgern zustehenden Gestaltungsspielräume beschränkt.

### **Schlussfolgerungen und weiterführende Untersuchungsansätze**

Die Übersicht zeigt, dass Vorschriften mit unbestimmten Rechtsbegriffen, bei deren Anwendung im Einzelfall ein Beurteilungsspielraum der zuständigen Behörden anerkannt ist, im Umweltrecht insgesamt gesehen eine Ausnahme darstellen. Nach der Rechtsprechung und der herrschenden Meinung unterliegt die Anwendung der die Tatbestandsvoraussetzungen einer Rechtsnorm beschreibenden Rechtsbegriffe – den verfassungsrechtlichen Vorgaben entsprechend – weiterhin grundsätzlich einer vollen gerichtlichen Kontrolle. Das zeigt sich in der Ablehnung von behördlichen Beurteilungsspielräumen bei verschiedenen unbestimmten Rechtsbegriffen im Immissionsschutz-, Wasser- und Kreislaufwirtschaftsrecht und wird außerdem dadurch belegt, dass solche Beurteilungsspielräume im Einzelfall – soweit ersichtlich – nur durch die Regelung der UVP-Vorprüfung in § 3c Satz 1 UVPG und durch die Rechtsprechung bei den angesprochenen Beispielen im Atom- und Gentechnikrecht sowie im Naturschutzrecht anerkannt werden.

Der nach § 3c Satz 1 UVPG bei der UVP-Vorprüfung bestehende Beurteilungsspielraum ist schon aufgrund der ausdrücklichen Regelung ein Sonderfall. Die Feststellung der UVP-Pflicht hat allerdings eine erhebliche praktische Bedeutung, denn § 4 Abs. 1 UmwRG eröffnet die Möglichkeit, bei Fehlern im UVP-Verfahren die betroffene Verwaltungsentscheidung gerichtlich erfolgreich anzugreifen. Daher ist die bei der UVP-Vorprüfung bestehende Begrenzung der gerichtlichen Kontrolle näher zu betrachten (siehe unten 4.3.2.2). Auch die im Naturschutzrecht bei mehreren Regelungen von der Rechtsprechung anerkannte „naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative“ der Behörden stellt sich aufgrund der sonst üblichen Ablehnung solcher Beurteilungsspielräume als Besonderheit dar. Ihre sachliche Rechtfertigung ist angesichts der damit verbundenen Begrenzung der richterlichen Prüftiefe umstritten. Außerdem kommt den fraglichen Regelungen vor allem bei Infrastrukturprojekten sowie bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen in der Praxis eine große Bedeutung zu. Deswegen ist die Rechtsprechung zum Naturschutzrecht ebenfalls näher zu untersuchen (siehe unten 4.3.2.3). Auf den Beurteilungsspielraum bei der Anwendung des im Atom- und Gentechnikrecht verwendeten Begriffs „Stand von Wissenschaft und Technik“ soll hingegen nicht weiter eingegangen werden, weil dieser Bereich als für die Praxis vergleichsweise wenig relevant erscheint.

Im Immissionsschutz-, Wasser und Kreislaufwirtschaftsrecht ist zwar grundsätzlich eine vollständige gerichtliche Kontrolle der Rechtsanwendung im Einzelfall vorgesehen, die dafür maßgeblichen Anforderungen werden allerdings weitgehend durch dafür in Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften festgelegten Vorgaben konkretisiert. Diese Steuerung der Rechtsanwendung durch Standardsetzung unterliegt ihrerseits nur einer begrenzten gerichtlichen Kontrolle, weil den dafür zuständigen Behörden ein Entscheidungsspielraum zugestanden wird. Dass eine solche Einschränkung der gerichtlichen Überprüfungsbefugnisse zugunsten einer Konkretisierungsbefugnis der Exekutive für sinnvoll und notwendig gehalten wird, um eine einheitliche Rechtsanwendung zu gewährleisten, zeigt die Diskussion über die normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften. Der Europäische Gerichtshof hält solche Vorschriften jedoch zur wirksamen Umsetzung des Unionsrechts für ungeeignet. Deshalb werden z.B. im Wasser- und Kreislaufwirtschaftsrecht unbestimmte Rechtsbegriffe durch Rechtsverordnungen konkretisiert. Im Immissionsschutzrecht gelten allerdings neben einigen Rechtsverordnungen weiterhin auch die TA Luft und die TA Lärm. Außerdem werden noch andere von Behörden sowie privaten Organisationen erstellte Richtlinien oder Regelwerke für die Rechtsanwendung herangezogen. Damit bestehen vor allem in diesem Bereich verschiedene Ansätze zur Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe nebeneinander, wobei fraglich ist, ob normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften weiterhin zur Standardsetzung genutzt werden sollten. Da dieser Regelungsansatz für die Anwendung umweltrechtlicher Vorschriften eine zentrale Bedeutung hat, ist die Rechtfertigung und Reichweite

der bei der Standardsetzung anerkannten behördlichen Entscheidungsspielräume insbesondere im Immissionsschutzrecht noch näher zu untersuchen (siehe unten 4.3.2.4).

Bei den Ermessens- und Planungsvorschriften kann hingegen als geklärt angesehen werden, dass die bei ihrer Anwendung bestehenden behördlichen Entscheidungsspielräume aus verfassungsrechtlicher Sicht grundsätzlich gerechtfertigt und zulässig sind. Auch daraus ergeben sich zwar Einschränkungen der gerichtlichen Kontrolle, es sind dabei aber die ausgehend von § 114 VwGO und dem Abwägungsgebot sowie unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Vorgaben entwickelten Prüfkriterien für eine allgemeine „Abwägungskontrolle“ zu beachten,<sup>695</sup> die zum Teil sogar eine vollständige Überprüfung – insbesondere der Sachverhaltsermittlungen – vorsehen und daher den Anforderungen an einen effektiven Rechtsschutz gerecht werden. Auf diese Ansätze zur Begrenzung der richterlichen Prüftiefe ist hier daher nicht weiter einzugehen.

#### 4.3.2.2 Der Beurteilungsspielraum bei der UVP-Vorprüfung nach § 3c Satz 1 UVPG

Die seit 2001<sup>696</sup> gemäß § 3c UVPG für bestimmte in Anlage 1 genannte Vorhaben im Einzelfall vorgeordnete Prüfung der UVP-Pflichtigkeit (UVP-Vorprüfung oder Screening) hat eine erhebliche praktische Bedeutung.<sup>697</sup> Das ergibt sich zum einen aus der großen Zahl der Vorhaben, die nach Anlage 1 des UVPG einer Einzelfallprüfung zu unterziehen sind. Zum anderen hängt es vom Ergebnis der UVP-Vorprüfung ab, ob für die Zulassung eines Vorhabens ein Verfahren mit Umweltverträglichkeitsprüfung erforderlich ist oder ob ein vereinfachtes Verfahren ausreicht. Das ist nicht nur für den Vorhabenträger im Hinblick auf den mit einer Umweltverträglichkeitsprüfung verbundenen Aufwand von Interesse, sondern damit verbinden sich auch Beteiligungsrechte der Öffentlichkeit sowie spezielle Klage- und Rügemöglichkeiten bezogen auf Verfahrensfehler nach § 4 UmwRG sowohl für Umweltverbände als auch für Individualkläger und Gemeinden.<sup>698</sup> Es gibt daher auch eine ganze Reihe von Gerichtsentscheidungen, in denen es um die korrekte Durchführung von UVP-Vorprüfungen geht, bei denen – was häufig vorkommt – eine UVP-Pflicht im Ergebnis verneint worden ist.<sup>699</sup>

In § 3c Satz 1 und 2 UVPG werden mit der allgemeinen und der standortbezogenen Vorprüfung zwei Fallkonstellationen geregelt, für die aufgrund der in Satz 2 enthaltenen Rückverweisung auf Satz 1 grundsätzlich die gleichen Anforderungen gelten.<sup>700</sup> Daher ist entsprechend Satz 1 bei der Vorprüfung dann eine UVP-Pflicht festzustellen, wenn ein Vorhaben „nach Einschätzung der zuständigen Behörde“ aufgrund einer überschlägigen Prüfung unter Berücksichtigung der in der Anlage 2 aufgeführten Kriterien erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen haben kann. Schon aus dieser Formulierung lässt sich ableiten, dass die zuständige Behörde bei der Feststellung der UVP-Pflicht über einen Beurteilungsspielraum verfügen.<sup>701</sup> Das wird durch den 2007 ergänzend in § 3a UVPG eingefügten Satz 4<sup>702</sup> bestätigt, wonach die zur UVP-Pflichtigkeit getroffene Einschätzung der zuständigen Behörde in einem die Entscheidung über die Zulässigkeit des Vorhabens betreffenden gerichtlichen Verfahren nur darauf zu überprüfen ist, ob die Vorprüfung entsprechend § 3c UVPG durchgeführt worden ist und ob ihr

<sup>695</sup> Siehe dazu näher oben 4.3.1.3.

<sup>696</sup> Vgl. Sangenstedt, in: Landmann/Rohmer (Stand Mai 2007), § 3c UVPG Rn. 1.

<sup>697</sup> So Dienes, in: Hoppe/Beckmann (2012), § 3 c UVPG Rn. 8; siehe auch Sangenstedt, in: Landmann/Rohmer (Stand Mai 2007), § 3c UVPG Rn. 3.

<sup>698</sup> Vgl. Philipp-Gerlach/Lukas, ZUR 2014, 548 (551 f.).

<sup>699</sup> Siehe neben den hier im Folgenden angesprochenen Entscheidungen auch die Auswertung bei Philipp-Gerlach/Lukas, ZUR 2014, 548 (549 ff.), sowie bei Dienes, in: Hoppe/Beckmann (2012), § 3a UVPG Rn. 30.1 ff. – jeweils mwN.

<sup>700</sup> Vgl. Sangenstedt, in: Landmann/Rohmer (Stand 2003), § 3c UVPG Rn. 36; Philipp-Gerlach/Lukas, ZUR 2014, 548 (459).

<sup>701</sup> Vgl. Sangenstedt, in: Landmann/Rohmer (Stand 2003), § 3c UVPG Rn. 15; siehe auch Dienes, in: Hoppe/Beckmann (2012), § 3c UVPG Rn. 15.

<sup>702</sup> Siehe zu dieser Gesetzesänderung näher Dienes, in: Hoppe/Beckmann (2012), § 3a UVPG Rn. 26.1.

Ergebnis nachvollziehbar ist. Damit wird klargestellt, dass die von der zuständigen Behörde zu treffende „Einschätzung“ nur einer beschränkten gerichtlichen Kontrolle unterliegt.

Aufgrund des eindeutigen Wortlauts von § 3c Satz 1 und § 3a Satz 4 UVPG ist zwar allgemein anerkannt, dass den zuständigen Behörden bei der UVP-Vorprüfung ein Beurteilungsspielraum zusteht, es stellt sich jedoch die Frage, welche Sachgründe die damit verbundene Rücknahme der richterlichen Prüftiefe rechtfertigen könnten. In den Gesetzesmaterialien<sup>703</sup> wird zu Sinn und Zweck von § 3c UVPG lediglich folgendes ausgeführt:

*„Diese überschlägige Prüfung ist noch nicht darauf gerichtet, aufgrund einer in Einzelheiten gehenden Untersuchung das Vorliegen erheblicher nachteiliger Umweltauswirkungen festzustellen; eine derartige Untersuchung wird erst mit der eigentlichen Umweltverträglichkeitsprüfung vorgenommen; eine entsprechende Feststellung kann erst an ihrem Ende getroffen werden. Entsprechend ihrer verfahrenslenkenden Funktion mit einer auf eine überschlägige Vorausschau begrenzten Prüfungstiefe soll die Vorprüfung nur auf die Einschätzung gerichtet sein, ob nach Auffassung der zuständigen Behörde erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen zu besorgen sind.“*

Dementsprechend wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass die nach § 3c Satz 1 UVPG „aufgrund überschlägiger Prüfung“ von der Behörde durchzuführenden Untersuchungen regelmäßig nur summarisch sein können, weil sie im Zusammenhang mit § 3a Satz 1 UVPG darauf gerichtet sind, „unverzüglich“ eine Feststellung über das Vorliegen einer UVP-Pflicht zu treffen. Das schliesse ein aufwändiges und langdauerndes Prüfverfahren grundsätzlich aus und es sei daher auch nicht notwendig, in der UVP-Vorprüfung bereits alle möglichen Umweltauswirkungen eines Vorhabens lückenlos zu erfassen und eine wissenschaftlich exakte Beweisführung vorzunehmen. Vielmehr reiche es zur Feststellung einer UVP-Pflicht grundsätzlich aus, wenn die zuständige Behörde eine Plausibilitätsbetrachtung vornehme und damit nachvollziehbar darlege, warum nach ihrer Auffassung eine Realisierung des geplanten Vorhabens zu erheblichen nachteiligen Umweltauswirkungen führen kann.<sup>704</sup>

Aus dem beschriebenen Charakter der UVP-Vorprüfung kann für die sachliche Rechtfertigung des dabei nach § 3c Satz 1 UVPG bestehenden Beurteilungsspielraums der Behörde abgeleitet werden, dass damit vor allem den reduzierten Anforderungen an die Untersuchungspflichten, die sich aus dem summarischen Ansatz der „überschlägigen Prüfung“ ergeben, Rechnung getragen wird. Die Behörde muss bei der Vorprüfung nicht notwendigerweise umfassend aufklären, welche Umweltauswirkungen ein Vorhaben haben kann, so dass der Amtsermittlungsgrundsatz (§ 24 VwVfG) insoweit nur begrenzt eingreift. Daher beschränkt sich auch die gerichtliche Kontrolle gemäß § 3a Satz 4 UVPG darauf, zum einen die Beachtung der in § 3c Satz 1 UVPG genannten Prüfkriterien (insbesondere aus Anlage 2 des UVPG) und zum anderen die Nachvollziehbarkeit des Ergebnisses zu überprüfen. Dementsprechend wird in der Literatur davon ausgegangen, dass die zuständige Behörde keine „freie Beurteilung“ vornehmen darf, sondern anhand bestimmter Prüf- und Bewertungsmaßstäbe eine sachlich und fachlich begründete Entscheidung zu treffen hat.<sup>705</sup> Sofern sich aufgrund des summarischen Charakters der Vorprüfung nicht abschließend klären lässt, inwieweit mit erheblichen nachteiligen Umweltauswirkungen zu rechnen ist, soll der Grundsatz „im Zweifel pro UVP“ gelten. Maßgeblich für die Feststellung

---

<sup>703</sup> Vgl. zum Folgenden die Begründung zu § 3c im Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Umsetzung der UVP-Änderungsrichtlinie und weiterer Richtlinien vom 14.11.2000, BT-Drs. 14/4599, S. 95.

<sup>704</sup> Vgl. dazu Sangenstedt, in: Landmann/Rohmer (Stand 2003), § 3c UVPG Rn. 14 ff.; ähnlich Dienes, in: Hoppe/Beckmann (2012), § 3c UVPG Rn. 12; siehe auch Philipp-Gerlach/Lukas, ZUR 2014, 548 (459).

<sup>705</sup> So Sangenstedt, in: Landmann/Rohmer (Stand 2003), § 3c UVPG Rn. 15; Dienes, in: Hoppe/Beckmann (2012), § 3c UVPG Rn. 12.

der UVP-Pflicht ist dabei letztlich die Einschätzung der Behörde, ob solche Auswirkungen möglich sind oder ob insoweit ein „*Besorgnispotential*“ besteht.<sup>706</sup>

In der behördlichen Praxis kommt es allerdings häufig vor, dass die Vorhabenträger darauf drängen, bei der Vorprüfung im Ergebnis eine UVP-Pflicht zu verneinen. Deswegen neigen die Behörden dazu, auch in Grenzfällen unter Berücksichtigung zusätzlicher fachlicher Stellungnahmen der Vorhabenträger und der Fachbehörden im Rahmen der Vorprüfung solange zu ermitteln, bis aus ihrer Sicht feststeht, ob mit erheblichen nachteiligen Umweltauswirkungen zu rechnen ist.<sup>707</sup> Die Gerichte haben deswegen nicht nur regelmäßig Fälle zu entscheiden, in denen Zulassungsentscheidungen für Vorhaben wegen eines absoluten Verfahrensfehlers gemäß § 4 Abs. 1 UmwRG angegriffen werden, weil deren UVP-Pflichtigkeit durch eine – nach Auffassung des Klägers – im Ergebnis nicht nachvollziehbare UVP-Vorprüfung verneint worden war. Es stellt sich in solchen Fällen auch häufig die Frage, ob es zulässig ist, wenn der Verzicht auf eine Umweltverträglichkeitsprüfung auf einer Vorprüfung beruht, bei der bereits eine umfassende Ermittlung und Bewertung der Umweltauswirkungen erfolgt ist. Dazu hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass die Behörde im Rahmen der Vorprüfung nicht mit einer der Umweltverträglichkeitsprüfung vergleichbaren Prüftiefe „durchermitteln“ darf, weil sie damit die eigentliche Umweltverträglichkeitsprüfung unter Missachtung der dabei obligatorischen Öffentlichkeitsbeteiligung vorwegnehmen würde, statt sich – wie § 3c Satz 1 UVPG es vorsieht – auf eine überschlägige Vorausschau zu beschränken.<sup>708</sup> Zugleich weist das Gericht aber darauf hin, dass die Vorprüfung nicht nur eine oberflächliche Abschätzung spekulativen Charakters sein darf. Vielmehr ist dafür eine geeignete und ausreichende Informationsgrundlage erforderlich, so dass zusätzlich zu den vom Vorhabenträger übermittelten und durch die Konsultation anderer Behörden gewonnenen Erkenntnissen weitere behördliche Ermittlungen geboten und daher auch zulässig sein können.<sup>709</sup> Deswegen wird angenommen, dass der zuständigen Behörde auch hinsichtlich der Frage, welche Unterlagen und Informationen als geeignete Grundlage einer überschlägigen Prüfung benötigt werden, ein gerichtlich nur begrenzt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zusteht.<sup>710</sup>

Ansonsten hat das Bundesverwaltungsgericht zu dem in § 3c Satz 1 UVPG vorgesehenen Beurteilungsspielraum der Behörde nur recht knapp festgestellt, dass sich dieser aus dem Prognosecharakter der Vorprüfung sowie aus dem Wortlaut der Vorschrift („Einschätzung“ der Behörde) ergibt und durch den in § 3a UVPG eingefügten Satz 4 bestätigt wird.<sup>711</sup> Nach dieser Vorschrift beschränkt sich die gerichtliche Kontrolle darauf, zu prüfen, ob die Behörde vor allem die in Anlage 2 des UVPG enthaltenen Prüfkriterien berücksichtigt hat und zu einem den gesetzlichen Vorgaben entsprechenden sowie im Hinblick auf die Nachvollziehbarkeit vertretbaren Ergebnis gekommen ist.<sup>712</sup> Die Instanzgerichte nehmen außerdem teilweise Bezug auf die Kriterien, die allgemein für die „Abwägungskontrolle“ bei behördlichen Entscheidungsspielräumen entwickelt worden sind und die bisher auch in § 4a Abs. 2

<sup>706</sup> Vgl. Sangenstedt, in: Landmann/Rohmer (Stand 2003), § 3c UVPG Rn. 15; Philipp-Gerlach/Lukas, ZUR 2014, 548 (459); Dienes, in: Hoppe/Beckmann (2012), § 3c UVPG Rn. 12, der jedoch den Grundsatz „im Zweifel für die UVP“ ablehnt.

<sup>707</sup> Vgl. Philipp-Gerlach/Lukas, ZUR 2014, 548 (459).

<sup>708</sup> BVerwG, Urt. v. 20.12.2011 – 9 A 31.19 – ZUR 2012, 303 (305 f.); ebenso Urt. v. 25.06.2014 – 9 A 1.13 – BeckRS 2014, 55725 Rn. 18; siehe auch OVG Koblenz, Beschl. v. 02.04.2014 – 1 B 10249/14 – DVBl. 2014, 940 (924).

<sup>709</sup> BVerwG, Urt. v. 20.12.2011 – 9 A 31.19 – ZUR 2012, 303 (306); unter Hinweis auf Sangenstedt, in: Landmann/Rohmer (Stand 2003), § 3c UVPG Rn. 15; siehe auch Dienes, in: Hoppe/Beckmann (2012), § 3c UVPG Rn. 12.

<sup>710</sup> Vgl. BVerwG, Urt. v. 20.12.2011 – 9 A 31.19 – ZUR 2012, 303 (306); Urt. v. 25.06.2014 – 9 A 1.13 – BeckRS 2014, 55725 Rn. 18; siehe auch schon BVerwG, Urt. v. 07.12.2006 – 4 C 16/04 – Rn. 48 = NVwZ 2007, 576 (581); dazu ist allerdings anzumerken, dass aus dem Prognosegehalt einer Rechtsvorschrift – ebenso wie aus ihrer Unbestimmtheit – als solchem regelmäßig keine Einschränkung der gerichtlichen Kontrolle ableitbar ist, sofern nicht weitere Sachgründe dafür sprechen, vgl. Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig (2014), Art. 19 IV GG Rn. 198, siehe auch oben 4.3.1.2.

<sup>711</sup> Vgl. BVerwG, Urt. v. 07.12.2006 – 4 C 16/04 – Rn. 48 = NVwZ 2007, 576 (581).

<sup>712</sup> So BVerwG, Urt. v. 07.12.2006 – 4 C 16/04 – Rn. 51 = NVwZ 2007, 576 (581); siehe auch BVerwG, Urt. v. 20.12.2011 – 9 A 31.19 – ZUR 2012, 303 (306): „Plausibilitätskontrolle“ auf Grundlage der von der Behörde gegebenen Begründung; ebenso Urt. v. 18.12.2014 – 4 C 36.13 – Rn. 30 = ZUR 2015, 476 (479 f.); VGH Kassel, Urt. v. 25.02.2016 – 9 A 245/14 – Rn. 33.

UmwRG genannt werden.<sup>713</sup> Ausgehend davon kontrollieren die Gerichte die UVP-Vorprüfungen häufig relativ eingehend und prüfen dabei vor allem, ob die zur IVP-Pflicht getroffene Entscheidung auf einer zutreffenden Sachaufklärung beruht.<sup>714</sup> Demnach lässt sich der den Behörden eröffnete Beurteilungsspielraum nicht nur mit dem speziellen (summarischen) Charakter der UVP-Vorprüfung rechtfertigen. Es spricht auch viel dafür, dass trotz der bestehenden Begrenzung der gerichtlichen Kontrolle in der Regel ein effektiver Rechtsschutz gewährleistet ist.

#### 4.3.2.3 Die Beurteilungsspielräume oder Einschätzungsprärogativen im Naturschutzrecht

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt bei verschiedenen naturschutzrechtlichen Regelungen „*naturschutzfachliche Einschätzungsprärogativen*“ der zuständigen Behörden bei der Rechtsanwendung im Einzelfall an, die sich vor allem auf die Ermittlung und Bewertung möglicher Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft beziehen.<sup>715</sup> Dadurch ergeben sich behördliche Beurteilungsspielräume, die deutlich weiter gehen als in anderen Bereichen des Umweltrechts, in denen grundsätzlich von einer vollen gerichtlichen Überprüfbarkeit der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Einzelfall ausgegangen wird; die damit verbundenen Begrenzungen der gerichtlichen Kontrolle sind daher umstritten.<sup>716</sup> Außerdem hat diese Entwicklung eine erhebliche praktische Bedeutung, weil vor allem die Zulässigkeit von Infrastrukturprojekten und Windenergieanlagen häufig von der Beachtung naturschutzrechtlicher Vorschriften abhängt. Deshalb wird nachfolgend untersucht, ob sich die von der Rechtsprechung in diesem Bereich angenommenen Beurteilungsspielräume rechtfertigen lassen und den Anforderungen an einen effektiven Rechtsschutz entsprechen.

#### Auswahl von Vogelschutz- und FFH-Gebieten

Bei den nach Art. 4 Vogelschutzrichtlinie (2009/147/EG) von den Mitgliedstaaten auszuweisenden Vogelschutzgebieten nimmt das Bundesverwaltungsgericht an, dass den zuständigen Landesbehörden im Rahmen der unionsrechtlich vorgegebenen (ornithologischen) Kriterien bei der Identifikation und Auswahl der „*zahlen- und flächenmäßig geeignetsten*“ Flächen ein Beurteilungsspielraum zusteht.<sup>717</sup> Diese Auswahlmöglichkeit ist auch in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs anerkannt.<sup>718</sup> Entsprechendes gilt für die Auswahl und Abgrenzung von FFH-Gebieten, für deren Richtigkeit zusätzlich die von der EU-Kommission vorgenommene Gebietslistung spricht.<sup>719</sup>

#### Eingriffsregelung

Bei der Eingriffsregelung (§§ 13 ff. BNatSchG) geht das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass die Behörden sowohl bei der Bewertung, inwieweit ein Vorhaben zu erheblichen Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft führen wird, als auch bei der Bewertung der Kompensationswirkung von Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen über eine „*naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative*“ verfü-

<sup>713</sup> Vgl. OVG Münster, Urt. v. 25.03.2015 – 8 A 959/10 – ZUR 2015, 492 (496); Beschl. v. 23.07.2014 – 8 B 356/14 – juris Rn. 54; VG Münster, Urt. v. 17.06.2011 – 10 K 1373/09 – BeckRS 2011, 51912; siehe ferner oben 4.3.1.3.

<sup>714</sup> Als Beispiele dafür sind die in den vorstehenden Fußnoten zitierten Entscheidungen zu nennen, die zum Teil auch bei Philipp-Gerlach/Lukas, ZUR 2014, 548 ff., erörtert werden; siehe auch Dienes, in: Hoppe/Beckmann (2012), § 3a UVPG Rn. 30.9, der aufgrund einer Analyse mehrerer bis Ende 2010 ergangener Entscheidungen zum gleichen Ergebnis kommt.

<sup>715</sup> Vgl. Jacob/Lau, NVwZ 2015, 241 (244 ff.); speziell zum Artenschutzrecht näher Gellermann, NuR 2014, 597 ff.

<sup>716</sup> Vgl. die Kritik bei Gassner, DVBl. 2012, 1479 ff.; Brandt, NuR 2013, 482 ff.; Gellermann, NuR 2014, 597 ff.; hingegen im Ergebnis zustimmend Jacob/Lau, NVwZ 2015, 241 (246 f.); siehe dazu auch oben 4.3.1.2 und 4.3.2.1.

<sup>717</sup> Vgl. BVerwG, Urt. v. 14.11.2002 – 4 A 15.02 – NVwZ 2003, 485 (487); Urt. v. 13.03.2008 – 9 VR 10.07 – ZUR 2008, 378.

<sup>718</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 02.08.1993 – Rs. C-355/90 – BeckEuRS 1993, 197744, sowie Urt. v. 13.12.2007 – Rs. C-418/04 – BeckRS 2007, 71049 Rn. 39.

<sup>719</sup> Vgl. BVerwG, Urt. v. 27.02.2003 – 4 A 59.01 – NVwZ 2003, 1253 (1255); Urt. v. 28.03.2013 – 9 A 22.11 – Rn. 36 = BeckRS 2013, 52949; siehe zur Vermutungswirkung der Gebietslistung ferner BVerwG, Urt. v. 06.11.2013 – 9 A 14.12 – Rn. 42 = NVwZ 2014, 714 (718); Jacob/Lau, NVwZ 2015, 241 (245).

gen.<sup>720</sup> Den Hintergrund der Entscheidung bildete die unterschiedliche Umsetzung der – damals – rahmenrechtlichen Vorgaben des Bundes durch die Länder, von denen einige standardisierte Bewertungsverfahren entwickelt hatten, während in dem für die angegriffene straßenrechtliche Planfeststellung zuständigen Bundesland eine verbal-argumentative Bewertung üblich war. Das Gericht hielt es angesichts der sowohl auf Bundes- als auch auf Landesebene fehlenden rechtlichen Vorgaben für zulässig, derart verschiedene Bewertungsmethoden zu verwenden, obwohl dies zu unterschiedlichen Ergebnissen führen kann.<sup>721</sup> Außerdem wird darauf verwiesen, dass die Ausgestaltung des Kompensationskonzepts vor allem bezogen auf die Auswahl zwischen an sich in gleicher Weise geeigneten Kompensationsmaßnahmen „in erheblichem Umfang Elemente einer planerisch abwägenden Entscheidung aufweist“.<sup>722</sup> Die gerichtliche Kontrolle soll sich daher auf die Prüfung beschränken, ob die bei den Eingriffswirkungen und Kompensationsmaßnahmen vorgenommenen Bewertungen naturschutzfachlich vertretbar und nachvollziehbar begründet sind, so dass insbesondere die Verwendung einer hinreichend geeigneten Bewertungsmethoden dargelegt werden muss.<sup>723</sup>

Bei dieser Rechtsprechung ist zu beachten, dass sie sich auf die Anwendung der Eingriffsregelung in Planfeststellungsverfahren bezieht.<sup>724</sup> Dafür ist ohnehin anerkannt, dass im Rahmen der Abwägung aller betroffenen Belange, die im Hinblick auf die umfassende Genehmigungs- und Konzentrationswirkung der Planfeststellung (§ 75 Abs. 1 VwGO) geboten ist, grundsätzlich ein planerischer Gestaltungsspielraum besteht.<sup>725</sup> Das gilt auch für die Festlegung von Kompensationsmaßnahmen durch die Planfeststellungsbehörde, sofern sich – unter Berücksichtigung der in § 15 Abs. 3 BNatSchG genannten Kriterien insbesondere für die Inanspruchnahme landwirtschaftlicher Flächen – im konkreten Fall ergibt, dass mehrere als gleichwertig anzusehende Kompensationsmaßnahmen in Betracht kommen. Insoweit lässt sich daher ein behördlicher Entscheidungsspielraum ohne weiteres rechtfertigen.<sup>726</sup> Bei einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung gibt es zwar keine derartigen Gestaltungsmöglichkeiten der zuständigen Behörde. Diese hat vielmehr gemäß § 6 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 BImSchG nur zu entscheiden, ob das Vorhaben nach den vorgelegten Antragsunterlagen und den darin vorgesehenen Kompensationsmaßnahmen die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt. Denkbar ist aber, dass die Behörde im Rahmen ihres bei einer Festsetzung von Auflagen gemäß § 12 Abs. 1 BImSchG bestehenden Ermessens eine Auswahl unter mehreren vom Vorhabenträger angebotenen Kompensationsmaßnahmen treffen kann. Das dürfte in der Praxis nur selten vorkommen, es ergibt sich jedoch theoretisch ebenfalls ein Entscheidungsspielraum. Dieser betrifft allerdings ebenso wie bei der planerischen Gestaltung eines Kompensationskonzepts die Rechtsfolgen und nicht den Eingriffstatbestand, so dass insoweit die Zulässigkeit eines Beurteilungsspielraums nicht weiter diskutiert werden muss.

Es stellt sich allerdings die Frage, ob es gerechtfertigt ist, den Behörden hinsichtlich der Bewertung von Eingriffs- und Kompensationswirkungen eine Einschätzungsprärogative einzuräumen, so dass

<sup>720</sup> Grundlegend BVerwG, Urt. v. 09.06.2004 – 9 A 11.03 – ZUR 2005, 150 (152); siehe auch BVerwG, Urt. v. 06.11.2012 – 9 A 17.11 – Rn. 145 (juris).

<sup>721</sup> BVerwG, Urt. v. 09.06.2004 – 9 A 11.03 – ZUR 2005, 150 (152): „Enthält weder das Bundesrahmenrecht noch, wie hier in Brandenburg, das einschlägige Landesrecht verbindliche Bewertungsvorgaben, ist es (...) nicht geboten, die Eingriffssintensität anhand standardisierter Maßstäbe (...) zu beurteilen. Es stellt keine Besonderheit der Eingriffsregelung dar, dass das Ergebnis der als gesetzliche Erfordernis unverzichtbaren Bewertung unterschiedlich ausfallen kann, je nach dem welches Verfahren angewendet wird. Es kommt daher nicht darauf an, ob sich bei Verwendung anderer Parameter ein höherer Ausgleichsbedarf errechnen ließe (...) Der Planfeststellungsbehörde steht folglich bei der Bewertung der Eingriffswirkungen (...) eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative zu.“

<sup>722</sup> So auch BVerwG, Urt. v. 06.11.2012 – 9 A 17.11 – Rn. 145 (juris).

<sup>723</sup> BVerwG, Urt. v. 09.06.2004 – 9 A 11.03 – ZUR 2005, 150 (152); BVerwG, Urt. v. 06.11.2012 – 9 A 17.11 – Rn. 145 (juris).

<sup>724</sup> Vgl. die vorstehend zitierten Entscheidungen und darauf bezugnehmend Guckelberger/Singler, NuR 2016, 1 (5): „Nach dem BVerwG kommt der (Planfeststellungs)Behörde bei der Bewertung (...) eine Einschätzungsprärogative zu.“

<sup>725</sup> Siehe näher zur planerischen Abwägung bereits den Abschnitt zum „Planungsermessen“ oben 4.3.2.1.

<sup>726</sup> Vgl. auch Jacob/Lau, NVwZ 2015, 241 (246), die allerdings nicht auf den Bezug zur Planfeststellung eingeht.

diese nur begrenzt gerichtlich überprüfbar sind.<sup>727</sup> Das betrifft zum einen die Prüfung, ob nach § 14 Abs. 1 BNatSchG eine erhebliche Beeinträchtigung des Naturhaushalts oder des Landschaftsbildes und damit ein Eingriff vorliegt, sowie zum anderen die Bewertung geeigneter Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen nach § 15 Abs. 2 Satz 2 und 3 BNatSchG.<sup>728</sup> Das Bundesverwaltungsgericht hat hinsichtlich solcher Bewertungen eine Einschätzungsprärogative anerkannt, weil es dafür – wie schon erwähnt – weder im Bundes- noch im Landesrecht konkrete Vorgaben gab.<sup>729</sup> Zwar ist seit 2010 in § 15 Abs. 7 Satz 1 BNatSchG vorgesehen, dass der Bund durch Rechtsverordnung die Einzelheiten der Kompensation von Eingriffen bundesweit verbindlich regeln kann.<sup>730</sup> Die Bestrebungen zum Erlass einer Kompensationsverordnung des Bundes<sup>731</sup> waren jedoch bisher nicht erfolgreich<sup>732</sup>, so dass sich der Gesetzesvollzug insoweit gemäß § 15 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG weiter nach dem jeweiligen Landesrecht richtet, soweit dieses dem Bundesrecht nicht widerspricht. Auf der Landesebene findet sich neben ein paar Verordnungen und Richtlinien, mit denen einige Länder konkrete Bewertungs- und Bilanzierungsverfahren festgelegt haben, eine Vielzahl unterschiedlicher Vollzugshinweise und Handlungsanleitungen, die meist unverbindliche Empfehlungen enthalten.<sup>733</sup> Es gibt im Gesetzesvollzug also eine große Bandbreite verschiedener Ansätze, die von der landesweit verbindlichen Festlegung der Bewertungsverfahren bis zur einzelfallbezogenen Auswahl einer fachlich angemessenen Bewertungsmethodik durch die zuständige Behörde reicht.<sup>734</sup> Dabei ist nicht ersichtlich, dass ein bestimmter Ansatz aus fachlicher oder rechtlicher Sicht vorzugswürdig wäre und deshalb durch die Rechtsprechung als maßgeblicher Standard anerkannt werden könnte. Vielmehr wäre es – wie in anderen Bereichen des Umweltrechts auch – Aufgabe des Ordnungsgebers, die für notwendig gehaltene Vereinheitlichung des Vollzugs der Eingriffsregelung durch die Festlegung standardisierter Bewertungskriterien auf Bundesebene zu regeln. Da bis zum Erlass einer solchen Regelung durch § 15 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG ausdrücklich auf das Landesrecht verwiesen wird, kann angenommen werden, dass der Gesetzgeber damit praktisch die bereits zuvor von der Rechtsprechung anerkannten Beurteilungsspielräume der Landesbehörden – für eine unbestimmte Übergangszeit<sup>735</sup> – akzeptiert hat.

### FFH-Verträglichkeitsprüfung und artenschutzrechtliche Verbote

Bei der FFH-Verträglichkeitsprüfung, die nach § 34 Abs. 1 BNatSchG für Projekte mit möglicherweise erheblichen Auswirkungen auf Natura 2000-Gebiete durchzuführen ist, erkennt das Bundesverwaltungsgericht ebenfalls eine fachliche Einschätzungsprärogative an, die sich auf die Erfassung und Zuordnung von Lebensraumtypen sowie auch auf die Bestandsbewertung bezieht.<sup>736</sup> Zur Begründung wird ausgeführt, dass es bei der Zuordnung um Wertungen gehe, für die rechtlich keine konkreten Kriterien festgelegt worden seien. Dadurch werde für die Rechtsanwendung auf die herrschenden

<sup>727</sup> Vgl. die Kritik von Gellermann, NuR 2014, 597 ff.; Gassner, NuR 2013, 324 ff.; siehe auch Brandt, NuR 2013, 482 ff.

<sup>728</sup> Vgl. Jacob/Lau, NVwZ 2015, 241 (244); siehe zur Eingriffsbewertung näher Guckelberger/Singler, NuR 2016, 1 (5).

<sup>729</sup> BVerwG, Urt. v. 09.06.2004 – 9 A 11.03 – ZUR 2005, 150 (152 f.).

<sup>730</sup> Vgl. Lütkes, in: Lütkes/Ewer (2011), § 15 BNatSchG Rn. 81.

<sup>731</sup> Siehe zu dem Ende 2012 vorgelegten Verordnungsentwurf näher Schütte/Wittrock, ZUR 2013, 259 ff.

<sup>732</sup> Bisher ist die Verordnung vor allem am Widerstand der Bundesrates und der Länder gescheitert, vgl. Guckelberger, in: Frenz/Müggenborg (2016), § 15 BNatSchG Rn. 129 – mwN.

<sup>733</sup> Siehe im Einzelnen dazu die Auflistung bei Lütkes, in: Lütkes/Ewer (2011), § 15 BNatSchG Rn. 83.

<sup>734</sup> Siehe z.B. die Handlungsempfehlung zur Bewertung und Bilanzierung von Eingriffen im Freistaat Sachsen, hrsgg. vom Ministerium für Umwelt und Landwirtschaft, Stand 2009, unter 1.3. (mit Verweisen auf mehrere Anhänge) – [http://www.umwelt.sachsen.de/umwelt/download/natur/Handlungsempfehlung\\_170709.pdf](http://www.umwelt.sachsen.de/umwelt/download/natur/Handlungsempfehlung_170709.pdf) (aufgerufen am 19.10.16).

<sup>735</sup> Vgl. Lütkes, in: Lütkes/Ewer (2011), § 15 BNatSchG Rn. 83: „Das vielfältig vorhandene Landesrecht ... ist auch ein Grund, warum eine vereinheitlichende Bundeslösung noch auf sich warten lassen wird.“ Guckelberger, in: Frenz/Müggenborg (2016), § 15 BNatSchG Rn. 129, weist außerdem darauf hin, dass der Erlass einer Verordnung nicht nur durch Widerstände auf der Landesebene, sondern auch durch die notwendige Einigung unter mehrerer Ministerien erschwert wird.

<sup>736</sup> BVerwG, Urt. v. 12.03.2008 – 9 A 3.06 – BeckRS 2008, 38060 – A 44 Hessisch-Lichtenau.

fachwissenschaftlichen Aussagen und somit auf eine Typzuordnung anhand der einschlägigen Konventionen und Standardwerke verwiesen. Da angesichts der Vielzahl von Arten, die in einem Lebensraum vorkommen können, bei der Zuordnungsentscheidung mehr als Plausibilität und Stimmigkeit nicht erreichbar sei, müsse die gerichtliche Kontrolle insoweit zurückgenommen werden.<sup>737</sup> Das gelte aufgrund der Vielzahl maßgeblicher Kriterien, ihrer relativen Offenheit und der notwendigen Ausfüllung durch außerrechtliche Begriffe auch für die Bestandsbewertung.<sup>738</sup> Dementsprechend wird bei prognostischen Entscheidungen über die Eignung von Kohärenzsicherungsmaßnahmen nach § 34 Abs. 5 BNatSchG ebenfalls eine Einschätzungsprärogative anerkannt.<sup>739</sup> Bei der nach einer negativen FFH-Verträglichkeitsprüfung gemäß § 34 Abs. 3 BNatSchG notwendigen Abwägung zwischen dem Habitatschutz und den für ein Projekt sprechenden öffentlichen Interessen geht das Bundesverwaltungsgericht jedoch davon aus, dass der Entscheidungsspielraum der Behörde aufgrund des Ausnahmecharakters einer Abweichung vom Habitatschutz begrenzter ist als sonst nach den für die planerische Abwägung geltenden Grundsätzen.<sup>740</sup>

Schließlich erkennt das Bundesverwaltungsgericht auch bei der Prüfung der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände in § 44 Abs. 1 BNatSchG behördliche Beurteilungsspielräume an, während die Abwägung, die bei den Ausnahmen von diesen Verboten nach § 45 Abs. 7 BNatSchG vorgesehen ist, an relativ strikte Vorgaben gebunden ist.<sup>741</sup> Auch dabei wird zur Begründung darauf verwiesen, dass der Gesetzgeber für die Prüfung, welche Anforderungen an die Art und den Umfang der artenschutzrechtlichen Bestandsaufnahme sowie die Erfassung und Bewertung der vorhabenbedingten Einwirkungen zu stellen sind, keine weiteren gesetzlichen Vorgaben gemacht habe. Es fehle außerdem eine untergesetzliche Maßstabssetzung, wie sie in anderen Bereichen des Umweltrechts mittels Durchführungsverordnungen oder normkonkretisierender Verwaltungsvorschriften vorliege. Dadurch verweise das Gesetz die Rechtsanwender auf die Erkenntnisse der ökologischen Wissenschaft und Praxis als Orientierungshilfe. Da für ökologische Fragestellungen allerdings noch in weitem Umfang keine eindeutigen, in den einschlägigen Fachkreisen allgemein anerkannten Antworten gefunden worden seien, könne dies nur als Ermächtigung der zuständigen Behörden verstanden werden, die artenschutzrechtliche Prüfung in Würdigung des jeweiligen naturschutzfachlichen Meinungsstandes eigenverantwortlich vorzunehmen. Damit habe der Gesetzgeber den Zulassungsbehörden, soweit anerkannte naturschutzfachliche Maßstäbe fehlen, eine sachlich gerechtfertigte Einschätzungsprärogative eingeräumt, die mit einer Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle verbunden sei.<sup>742</sup>

Der entscheidende Grund für die Anerkennung von Beurteilungsspielräumen ist demnach sowohl im Habitat- als auch im Artenschutzrecht, dass es nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts an vorgegebenen oder anerkannten ökologischen Maßstäben und Erkenntnissen fehlt, die es ermöglichen, bei den für die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe mit ökologischem Bezug notwendigen Bewertungen zu eindeutigen Ergebnissen zu kommen.<sup>743</sup> Dazu wird bezogen auf den Artenschutz festgestellt:

<sup>737</sup> BVerwG, Urt. v. 12.03.2008 – 9 A 3.06 – BeckRS 2008, 38060, Rn. 74.

<sup>738</sup> BVerwG, Urt. v. 12.03.2008 – 9 A 3.06 – BeckRS 2008, 38060, Rn. 75.

<sup>739</sup> Siehe auch BVerwG, Urt. v. 09.06.2009 – 4 C 12.07 – Rn. 28 = ZUR 2010, 193 (194) – Flughafen Münster/Osnabrück.

<sup>740</sup> Vgl. BVerwG, Urt. v. 09.06.2009 – 4 C 12.07 – Rn. 15 = ZUR 2010, 193 (194) – Flughafen Münster/Osnabrück; siehe zu der dabei erforderlichen Abwägung näher Kment, ZUR 2016, 331 (335).

<sup>741</sup> Vgl. BVerwG, Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14.07 – Rn. 65 = NuR 2009, 112 (115) – A 30 Bad Oeynhausen; etwas einschränkend Urt. v. 21.11.2013 – 7 C 40.11 – Rn. 15 ff. (juris).

<sup>742</sup> So BVerwG, Urt. v. 21.11.2013 – 7 C 40.11 – Rn. 16 (juris); ähnlich BVerwG, Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14.07 – Rn. 64 ff. = NuR 2009, 112 (115).

<sup>743</sup> Vgl. BVerwG, Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14.07 – Rn. 64 = NuR 2009, 112 (115); ähnlich bereits BVerwG, Urt. v. 12.03.2008 – 9 A 3.06 – BeckRS 2008, 38060, Rn. 74.

*„Wenn und solange die ökologische Wissenschaft sich insoweit nicht als eindeutiger Erkenntnisgeber erweist, fehlt es den Gerichten an der auf besserer Einsicht beruhenden Befugnis, eine naturschutzfachliche Einschätzung der sachverständig beratenen Planfeststellungsbehörde als „falsch“ oder „nicht rechters“ zu beanstanden. Deren Annahmen sind daher nur einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle zugänglich.“<sup>744</sup>*

Zugleich wird betont, dass ein wirksamer Rechtsschutz gewährleistet werde, weil die Gerichte zu prüfen haben, ob die Einschätzungen der Behörde im konkreten Einzelfall naturschutzfachlich vertretbar sind und nicht auf einem Bewertungsverfahren beruhen, dass sich zur Erfüllung der gesetzlichen Anforderungen als ungeeignet erweist.<sup>745</sup>

Es gibt beachtliche Einwände gegen diese Rechtfertigung von Beurteilungsspielräumen im Habitat- und Artenschutzrecht. Ein Argument gegen die Anerkennung ist, dass in anderen Bereichen des Umweltrechts ebenfalls unbestimmte Rechtsbegriffe anzuwenden sind, bei denen ein behördlicher Beurteilungsspielraum im Einzelfall jedoch – wie dargelegt<sup>746</sup> – ausdrücklich abgelehnt wird, obwohl auch dort Prognoseentscheidungen auf der Grundlage naturwissenschaftlicher oder technischer Maßstäbe zu treffen sind.<sup>747</sup> Dadurch wird die Frage aufgeworfen, ob eine Art. 3 Abs. 1 GG widersprechende Ungleichbehandlung von an sich gleichen Sachverhalten vorliegt.<sup>748</sup> Das Bundesverwaltungsgericht verweist zwar darauf, dass es vor allem im Artenschutzrecht an einer z.B. mit dem Immissionsschutzrecht vergleichbaren Normkonkretisierung durch untergesetzliche Regelwerke fehlt.<sup>749</sup> Es besteht insofern auch tatsächlich ein Unterschied zwischen der in gesetzlichen Ermächtigungen wie z.B. § 7 Abs. 1 und § 48 Abs. 1 BImSchG vorgesehenen Konkretisierung der für die Rechtsanwendung maßgeblichen Anforderungen durch Rechtsverordnungen oder Verwaltungsvorschriften einerseits und dem Habitat- und Artenschutzrecht andererseits, wo es derartige Regelungsermächtigungen gar nicht gibt. Während demnach in anderen Bereichen des Umweltrechts der Ansatz verfolgt wird, die einheitliche Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe durch die Festlegung von Standards auf einer der Einzelfallentscheidung vorgelagerten Ebene sicherzustellen, bleibt es im Habitat- und Artenschutz der im Einzelfall zuständigen Behörde überlassen, die gesetzlichen Anforderungen zu konkretisieren. Das könnte für die Anerkennung von Beurteilungsspielräumen speziell in diesem Bereich sprechen, es gibt allerdings z.B. auch im Immissionsschutzrecht einige Anwendungsfälle, für die keine konkreten Anforderungen z.B. in Form von Immissions- oder Emissionswerten festgelegt worden sind, so dass eine Sonderfallprüfung nach Nr. 4.8 TA Luft durchzuführen ist, die einer vollständigen gerichtlichen Kontrolle unterliegt.<sup>750</sup> Es ist also im Umweltrecht keine außergewöhnliche Situation, dass Behörden im Einzelfall unbestimmte Rechtsbegriffe konkretisieren und dafür unter Umständen schwierige fachliche Einschätzungen vornehmen müssen, ohne über einen Beurteilungsspielraum zu verfügen.

Demnach werden also durchaus ähnliche Fallkonstellationen unterschiedlich behandelt, so dass sich die Frage stellt, mit welchen Gründen die damit verbundene Differenzierung zwischen dem Habitat- und Artenschutzrecht sowie den anderen Bereichen gerechtfertigt werden könnte. Das bereits angesprochene Argument des Bundesverwaltungsgerichts, es fehle für die naturschutzfachlichen Bewertungen und Prognosen an rechtlich vorgegebenen oder allgemein anerkannten Maßstäben, ist dazu nicht geeignet. Zum einen ist vorstehend schon darauf hingewiesen worden, dass es solche Fallkonstellationen z.B. auch im Immissionsschutzrecht gibt. Zum anderen kann die Anerkennung eines Beur-

---

<sup>744</sup> BVerwG, Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14.07 – Rn. 65 = NuR 2009, 112 (115).

<sup>745</sup> BVerwG, Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14.07 – Rn. 65 und 67 = NuR 2009, 112 (115/116).

<sup>746</sup> Siehe den Überblick oben 4.3.2.1.

<sup>747</sup> Vgl. Gassner, DVBl. 2012, 1479 (1481).

<sup>748</sup> Vgl. Gassner, NuR 2013, 324 (325); siehe auch Jacob/Lau, NVwZ 2015, 241 (246).

<sup>749</sup> Vgl. BVerwG, Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14.07 – NuR 2009, 112 (115); Urt. v. 21.11.2013 – 7 C 40.11 – Rn. 15 ff. (juris).

<sup>750</sup> Siehe dazu Gassner, DVBl. 2012, 1479 (1481); ähnlich Gellermann, NuR 2014, 597 (599).

teilungsspielraums grundsätzlich nicht allein darauf gestützt werden, dass bei der Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen – möglicherweise schwierige – fachliche Fragestellungen geklärt und Prognoseentscheidungen getroffen werden müssen.<sup>751</sup> Darüber hinaus gilt für die als Grundlage von Prognosen und Bewertungen notwendige Sachverhaltsermittlung, dass es Aufgabe der Gerichte ist, diese gemäß § 86 Abs. 1 VwGO von Amts wegen vollständig zu überprüfen und zumindest in Zweifelsfällen auch mit Hilfe von Sachverständigen selbst vorzunehmen.<sup>752</sup> Es handelt sich dabei nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts um eine Art verfassungsrechtlichen Mindeststandard der gerichtlichen Kontrolle, der auch bei einer Anerkennung behördlicher Entscheidungsspielräume zu beachten ist.<sup>753</sup> Da die im Habitat- und Artenschutz anerkannten Beurteilungsspielräume auch die Sachaufklärung betreffen (vor allem die Bestandserfassung geschützter Arten), erscheinen sie deswegen sogar als zusätzlich rechtfertigungsbedürftig. Es kommt hinzu, dass sich die Sachverhaltsermittlung und die Bewertung bei naturschutzfachlichen Fragen regelmäßig auf mit den Antragsunterlagen vorgelegte Gutachten stützt, die von den Behörden oft inhaltlich kaum überprüft werden, weil sie – insbesondere wegen mangelnder Ausstattung – selbst nicht über den für die Beurteilung bestimmter Fragen notwendigen Sachverstand verfügen.<sup>754</sup> Deswegen erstreckt das Bundesverwaltungsgericht die Anerkennung von Beurteilungsspielräumen in diesem Bereich auch auf die beratend beteiligten (privaten) Sachverständigen.<sup>755</sup> Das führt jedoch zu weiteren Fragen nach der Unparteilichkeit und Legitimation vor allem von durch die Vorhabenträger beauftragten Sachverständigen.<sup>756</sup> Zugleich zeigt sich, dass die Zulassungsbehörden für die notwendigen Ermittlungen und Bewertungen nicht unbedingt besser geeignet sind als die – ebenfalls auf externen Sachverstand angewiesenen – Gerichte<sup>757</sup>, die allerdings in anderer Weise als die Behörden zur Neutralität verpflichtet sind und sich gerade dadurch als Kontrollinstitution gegenüber der Exekutive auszeichnen.<sup>758</sup>

Insgesamt gesehen ist daher fraglich, ob besondere Gründe für eine Anerkennung behördlicher Beurteilungsspielräume im Habitat- und Artenschutzrecht vorliegen. Es verbleibt allerdings noch das für das Bundesverwaltungsgericht maßgebliche Argument, es gebe für ökologische Fragestellungen in weitem Umfang keine in den Fachkreisen allgemein anerkannten Antworten, so dass speziell bei den artenschutzrechtlichen Prüfungen unter Umständen verschiedene Bewertungen als vertretbar anzusehen seien.<sup>759</sup> Dabei verweist das Gericht auch auf die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung, wenn es weiter ausführt, der Gesetzgeber habe den Zulassungsbehörden damit eine sachlich gerechtfertigte

<sup>751</sup> Vgl. Gassner, DVBl. 2012, 1479 (1482); Gellermann, NuR 2014, 597 (599) – mwN; vgl. ferner zu der teilweise als Argument angeführten Komplexität notwendiger Wertungen kritisch Gärditz (2016), Gutachten D 70 f.; siehe näher dazu oben 4.3.1.2 (auch zu den zusätzlich für die Rechtfertigung in Betracht kommenden Argumenten).

<sup>752</sup> Vgl. Gellermann, NuR 2014, 597 (599); Jacob/Lau, NVwZ 2015, 241 (247); siehe auch Brandt, NuR 2013, 482 (484).

<sup>753</sup> Siehe näher dazu oben 4.3.1.3.; vgl. aber auch Gärditz (2016), Gutachten D 75 ff., der unter bestimmten Voraussetzungen eine Rücknahme oder Reduzierung der Amtsermittlung befürwortet.

<sup>754</sup> Siehe im Einzelnen die Kritik von Meßerschmidt, EurUP 2014, 11 (17 ff.); Gellermann, NuR 2014, 597 (603); vgl. auch Gärditz (2016), Gutachten D 66 ff.

<sup>755</sup> Siehe BVerwG, Urt. v. 13.05.2009 – 9 A 73. 07 – Rn. 87 = NVwZ 2009, 1296 (1304), wo bezogen auf die Frage, ob bezogen auf eine Straßenplanung das Tötungsverbot in § 42 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG a.F. in Folge der signifikanten Erhöhung des Kollisionsrisikos für geschützte Fledermausarten zu beachten ist, festgestellt wird, „dass der sachverständig beratenen Planfeststellungsbehörde insoweit eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative zusteht“.

<sup>756</sup> Siehe dazu die Kritik von Meßerschmidt, EurUP 2014, 11 (18 ff.); Gärditz (2016), Gutachten D 67 ff.; zur Rolle von Gutachtern im Prozess ebenfalls kritisch Waechter, DÖV 2015, 121 (125 ff.).

<sup>757</sup> Vgl. Jacob/Lau, NVwZ 2015, 241 (247); siehe zu dem auch bei der gerichtlichen Kontrolle bestehenden Problem der Abhängigkeit vom externen Sachverstand näher Gärditz (2016), Gutachten D 66 ff.; vgl. auch Waechter, DÖV 2015, 121 (125 f.), zur damit im Zusammenhang stehenden Problematik der prozessualen Verwertbarkeit von Gutachten.

<sup>758</sup> Vgl. zum Eigenwert der gerichtlichen Kontrolle in diesem Zusammenhang näher Gärditz (2016), Gutachten D 64; ähnlich Gassner, DVBl. 2012, 1479 (1482); siehe auch Jacob/Lau, NVwZ 2015, 241 (247), der die Anerkennung der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogativen im Ergebnis allerdings trotzdem für gerechtfertigt hält.

<sup>759</sup> Siehe - teilweise wörtlich – BVerwG, Urt. v. 21.11.2013 – 7 C 40.11 – Rn. 16 (juris); Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14.07 – Rn. 65 = NuR 2009, 112 (115).

Einschätzungsprärogative eingeräumt, „*der – mangels vollständig determinierter Handlungs- und Kontrollmaßstäbe – eine Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle korrespondiert*“.<sup>760</sup>

Das Bundesverfassungsgericht hatte festgestellt, dass die gerichtliche Kontrolle nicht weiter reichen könne, als die materiell-rechtliche Bindung der Verwaltung bei der von ihr zu treffenden Entscheidung; sie ende daher grundsätzlich dort, wo das materielle Recht in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise das behördliche Entscheidungsverhalten nicht vollständig determiniere und der Verwaltung einen Einschätzungs- oder Auswahlspielraum belasse.<sup>761</sup> Das kann zwar nicht so verstanden werden, dass das für jeden unbestimmten Rechtsbegriff typische Fehlen konkreter Handlungs- und Kontrollmaßstäbe bereits die Anerkennung eines Beurteilungsspielraums rechtfertigt. Dem Bundesverwaltungsgericht ist aber zuzugestehen, dass es Situationen geben kann, in denen eine gerichtliche „Vollkontrolle“ im Hinblick auf die rechtlich und fachlich zutreffende Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe aufgrund des Fehlens von als „richtig“ anerkannten Bewertungsmaßstäben praktisch nicht möglich ist. Auch mit Hilfe von Sachverständigen lässt sich dann nur feststellen, dass unterschiedliche Bewertungen (fachlich) vertretbar sind. In solchen Fallkonstellationen kann – wie es das Bundesverwaltungsgericht verlangt<sup>762</sup> – bei den naturschutzfachlichen Bewertungen wohl mangels besserer Erkenntnisse tatsächlich nur kontrolliert werden, ob die vorgenommenen Untersuchungen in ihrer Ermittlungstiefe und hinsichtlich des methodischen Vorgehens ausreichen, um die gesetzlichen Voraussetzungen sachgerecht und mit einem vertretbaren Ergebnis zu prüfen.

Damit beschränken sich die Gerichte zwar auf eine nachvollziehende Kontrolle. Diese könnte aber – als im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben und des fachlich Möglichen – „vollständig“ verstanden werden<sup>763</sup>, zumal eine konsequente Handhabung dieses Ansatzes wohl noch etwas über die allgemein bei behördlichen Entscheidungsspielräumen maßgeblichen Prüfungsmaßstäbe einer „Abwägungskontrolle“<sup>764</sup> hinaus geht.

Diese Rechtfertigung einer hinsichtlich der naturschutzfachlichen Bewertungen faktisch beschränkten gerichtlichen Kontrolle steht und fällt allerdings – im jeweils zu beurteilenden Fall – mit der Annahme, dass die ökologische Wissenschaft für eine bestimmte naturschutzfachliche Frage keine anerkannten Bewertungsmaßstäbe zur Verfügung stellt. Dementsprechend hat auch das Bundesverwaltungsgericht seine Anerkennung von Beurteilungsspielräumen zumindest im Artenschutzrecht eingeschränkt:<sup>765</sup>

*„Für eine Einschätzungsprärogative ist aber kein Raum, soweit sich für die Bestandserfassung von Arten, die durch ein immissionsschutzrechtlich genehmigungspflichtiges Vorhaben betroffen sind, eine bestimmte Methode oder für die Risikobewertung ein bestimmter Maßstab durchgesetzt hat und gegenteilige Meinungen nicht mehr als vertretbar angesehen werden können. Die Behörde muss also im Genehmigungsverfahren stets den aktuellen Stand der ökologischen Wissenschaft - gegebenenfalls durch Einholung fachgutachtlicher Stellungnahmen - ermitteln und berücksichtigen. Ob sie diesem Erfordernis ge-*

---

<sup>760</sup> So BVerwG, Urt. v. 21.11.2013 – 7 C 40.11 – Rn. 16 (juris).

<sup>761</sup> So BVerfG, Beschl. v. 31.05.2011 – 1 BvR 857/07 - NVwZ 2011, 1062 (1065) - darauf bezieht sich auch das Bundesverwaltungsgericht bei zuvor genannten seiner Entscheidung; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 10.12.2009 – 1 BvR 3151/07 – NVwZ 2010, 435 (437); sowie – ähnlich – bereits Beschl. v. 16.12.1992 – 1 BvR 167/87 – NVwZ 1993, 666 (670).

<sup>762</sup> Vgl. Urt. v. 21.11.2013 – 7 C 40.11 – Rn. 20 (juris); siehe auch Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14.07 – Rn. 65 und 67 = NuR 2009, 112 (115/116).

<sup>763</sup> Vgl. Schoch, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVwR III (2013), § 50 Rn. 261, nach dessen Auffassung mit dem Gebot der vollständigen gerichtlichen Kontrolle keine Aussage verbunden ist, was „vollständig“ inhaltlich meint, und der – ebenfalls bezugnehmend auf das Bundesverfassungsgericht (siehe die vorstehenden Fn.) – ferner annimmt, dass die Intensität der rechtlichen Programmierung des Verwaltungshandelns auch die gerichtliche Kontrolldichte steuert.

<sup>764</sup> Dazu gehört vor allem die vollständige Überprüfung, ob die Behörde die Ermächtigungsgrundlage hinsichtlich aller Tatbestandsmerkmale richtig erfasst sowie alle entscheidungserheblichen Tatsachen zutreffend ermittelt hat – siehe näher dazu oben 4.3.1.3.

<sup>765</sup> BVerwG, Urt. v. 21.11.2013 – 7 C 40.11 – Rn. 19 (juris).

*nügt, unterliegt in einem sich anschließenden gerichtlichen Verfahren der Überprüfung. Die behördliche Einschätzungsprärogative bezieht sich mithin nicht generell auf das Artenschutzrecht als solches, sondern greift nur dort Platz, wo trotz fortschreitender wissenschaftlicher Erkenntnisse weiterhin ein gegensätzlicher Meinungsstand fortbesteht und es an eindeutigen ökologischen Erkenntnissen fehlt.“*

Diese Entscheidung bezieht sich zwar auf immissionsschutzrechtliche Genehmigungen, die vor allem aufgrund der häufig bei Windkraftanlagen für bestimmte Vogel- und Fledermausarten bestehenden Kollisionsrisiken die Gerichte vielfach beschäftigen. Der maßgebliche Grundgedanke, dass ein behördlicher Beurteilungsspielraum nicht mehr gerechtfertigt werden kann, sobald aufgrund von Erkenntnisfortschritten in der (ökologischen) Wissenschaft anerkannte Bewertungsmaßstäbe für bestimmte Fallkonstellationen vorliegen, gilt aber ebenso z.B. für Planfeststellungsentscheidungen bei Infrastrukturvorhaben. Außerdem ist zu beachten, dass Bewertungsstandards auch in untergesetzlichen Regelwerken festgelegt werden können. Es gibt zwar im Habitat- und Artenschutzrecht – wie schon erwähnt – keine Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen, in denen die gesetzlichen Anforderungen konkretisiert werden könnten. Grundsätzlich besteht aber die Möglichkeit, sowohl verfahrensrechtliche als auch inhaltliche Vorgaben für die Rechtsanwendung durch Verwaltungsvorschriften festzulegen, die entweder gemäß Art. 84 Abs. 2 GG durch den Bund oder entsprechend Art. 83 GG von den im Regelfall für den Gesetzesvollzug zuständigen Ländern<sup>766</sup> erlassen werden können. Insbesondere die Genehmigung von Windkraftanlagen wird durch die Länder zunehmend über „Windkrafterlasse“ gesteuert, die teilweise wohl nur empfehlenden Charakter haben, teilweise aber auch verwaltungsintern verbindlich sind und in Bayern sogar als „antizipierte Sachverständigengutachten“ bei der gerichtlichen Kontrolle berücksichtigt werden.<sup>767</sup> Darüber hinaus gibt es auch im Habitatschutzrecht typische Anwendungsfälle – z.B. Flächenverluste bei nach Anhang I der FFH-RL (92/43/EWG) geschützten Lebensräumen oder deren Beeinträchtigung durch Luftschadstoffe – für die durch Forschungsvorhaben als Fachkonventionen entwickelte Bewertungsansätze vorliegen, die insbesondere Bagatell- und Irrelevanzschwellen für mögliche Beeinträchtigungen vorsehen und von der Rechtsprechung bereits als maßgebliche Beurteilungsgrundlagen anerkannt sind.<sup>768</sup> Es spricht daher einiges dafür, dass der vom Bundesverwaltungsgericht seit Jahren zur Rechtfertigung der Beurteilungsspielräume behauptete Mangel an anerkannten Bewertungsmaßstäben nur noch partiell besteht.<sup>769</sup>

Insgesamt gesehen ergibt sich daher, dass im Habitat- und Artenschutzrecht nur dann eine natur-schutzfachliche Einschätzungsprärogative der Verwaltung angenommen werden kann, wenn anerkannte Bewertungs- oder Beurteilungskriterien tatsächlich fehlen und daher unterschiedliche Einschätzungen vertretbar sind. Für die gerichtliche Kontrolle bedeutet dies, dass ausgehend von der neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts<sup>770</sup> dem Modell der Abwägungskontrolle<sup>771</sup> entsprechend in der Regel einzelfallbezogen näher geprüft werden muss, ob die von der Behörde vorgenommenen oder als ausreichend angesehenen (privaten) Untersuchungen methodisch dem wissen-

<sup>766</sup> Vgl. Pieroth, in: Jarass/Pieroth (2015), Art. 83 GG Rn. 4.

<sup>767</sup> Vgl. VGH München, Urt. v. 18.06.2014 – 22 B 13.1358 – Rn. 45, BeckRS 2014, 53520; Beschl. v. 17.02.2016 – 22 CS 15.2562 – ZUR 306 (307); siehe auch Unterreitmeier, NuR 2014, 850 ff.; vgl. zur Entwicklung bei den Windkrafterlassen Schwarzenberger/Ruß, ZUR 2016, 278 ff.; Fest/Fechler, NVwZ 2016, 1050 ff.; zu weiteren fachlichen Ansätzen für die Abschätzung des Tötungsrisikos für Vögel – z.B. der zentralen Schlagopferdatei – Gellermann, NuR 2014, 597 (601 f.)

<sup>768</sup> Vgl. BVerwG, Urt. v. 12.03.2008 – 9 A 3.06 – Rn. 125 = NuR 2008, 633 ff., zum 2007 im Auftrag des BfN erstellten „Fachinformationssystem und Fachkonvention zur Bestimmung der Erheblichkeit im Rahmen der FFH-VP“, sowie BVerwG, Urt. v. 23.04.2014 – 9 A 25.12 – Rn. 34 ff. = ZUR 2014, 668 (670), u.a. anknüpfend an Urt. v. 28.03.2013 – 9 A 22.11 – Rn. 61 ff. = NuR 2013, 565 ff., zur Bewertung von Stickstoffimmissionen nach dem Konzept der „Critical Loads“ ausgehend von dem 2012 im Auftrag der Bundesanstalt für Straßenbau erstellten Forschungsbericht „Untersuchung und Bewertung von straßenverkehrsbedingten Nährstoffeinträgen in empfindliche Biotope“; eingehend dazu Kohls/Mierwald/Zirwick, ZUR 2014, 150 ff., mwN; siehe außerdem das Fachinformationssystem des BfN: [www.ffh-vp-info.de](http://www.ffh-vp-info.de) (abgerufen am 19.10.16).

<sup>769</sup> Vgl. im Ergebnis ähnlich Gellermann, NuR 2014, 597 (601 ff.).

<sup>770</sup> Vgl. BVerwG, Urt. v. 21.11.2013 – 7 C 40.11 – Rn. 20 (juris).

<sup>771</sup> Siehe oben 4.3.1.3.

schaftlichen Erkenntnisstand entsprechen und ob sie auch hinsichtlich der Sachverhaltsermittlung eine ausreichende Grundlage für eine sachgerechte Rechtsanwendung liefern. Das führt zwar hinsichtlich der fachlichen Bewertungen nur zu einer nachvollziehenden Kontrolle der Verwaltungsentscheidung, diese geht jedoch vom Ansatz her relativ weit und kann daher einer „Vollprüfung“ nahe kommen,<sup>772</sup> vor allem bei der – verfassungsrechtlich grundsätzlich gebotenen<sup>773</sup> – vollständigen Überprüfung der notwendigen Sachaufklärung.

Da sich die bei der Rechtsanwendung umstrittenen Fragen vor allem im Naturschutz häufig auf die Sachaufklärung beziehen,<sup>774</sup> kann davon ausgegangen werden, dass eine konsequente Umsetzung dieses Kontrollansatzes einen effektiven Rechtsschutz ausreichend gewährleistet. Die damit verbundene Begrenzung der richterlichen Prüftiefe dürfte allerdings eher gering und auch nur – wie dargelegt – in bestimmten Fallkonstellationen relevant sein.

Ob die (begrenzte) gerichtliche Kontrolle in der Praxis diesen Anforderungen tatsächlich entspricht oder ob der wiederholte Verweis auf die behördlichen Einschätzungsprärogativen eher eine „*Zauberformel richterlicher Selbstbeschränkung*“<sup>775</sup> ist, die Anlass zu Bedenken im Hinblick auf eine zu weit gehende Einschränkung der gerichtlichen Kontrolle im Einzelfall gibt,<sup>776</sup> kann hier nicht näher geklärt werden. Eine stichprobenartige Betrachtung von Entscheidungen, die in jüngerer Zeit zur Anwendung des artenschutzrechtlichen Tötungsverbots (§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG) bei der Genehmigung von Windkraftanlagen ergangen sind, zeigt zwar eine meist sehr eingehende gerichtliche Überprüfung insbesondere der von den Behörden vorgenommenen Sachverhaltsermittlung und ihrer Bewertung der signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos<sup>777</sup> für Vögel oder Fledermäuse.<sup>778</sup> Die Aussagekraft dieser Beobachtung ist aber begrenzt. Eine die Rechtsprechung insgesamt erfassende Analyse müsste breiter angelegt und auf verschiedene Fallkonstellationen bezogen sein. Dies würde jedoch über den durch die Forschungsfragen für diese Untersuchung gesetzten Rahmen hinausgehen.

#### 4.3.2.4 Die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe durch Standardsetzung insbesondere im Immissionsschutzrecht

Im Immissionsschutzrecht sollen vor allem die bei der Genehmigung von Industrieanlagen relevanten unbestimmten Rechtsbegriffe durch die Festlegung genereller Anforderungen in allgemeinen Verwaltungsvorschriften und Rechtsverordnungen konkretisiert werden.<sup>779</sup> Daher stellt sich die Frage nach der Rechtfertigung einer begrenzten richterlichen Prüftiefe in diesem Rechtsbereich vorrangig im Hinblick auf die Entscheidungsspielräume der Verwaltung bei der vorgesehenen Standardsetzung vor allem durch Verwaltungsvorschriften. Diese Fragestellung hat jedoch auch eine weitergehende Bedeutung, da ganz allgemein davon auszugehen ist, dass im Umweltrecht alles Wesentliche nicht im Gesetz, sondern in untergesetzlichen Regelwerken wie z.B. Verwaltungsvorschriften geregelt ist.<sup>780</sup> Die fol-

<sup>772</sup> So Gärditz (2016), Gutachten D 56.

<sup>773</sup> Vgl. Gassner, DVBl. 2012, 1479 (1482); näher dazu oben 4.3.1.3; einschränkend jedoch Gärditz (2016), Gutachten D 75 ff.

<sup>774</sup> Vgl. Gellermann, NuR 2015, 597 (602) Jacob/Lau, NVwZ 2015, 241 (247).

<sup>775</sup> Storost, DVBl. 2010, 737 (740).

<sup>776</sup> Vgl. Gellermann, NuR 2014, 597.

<sup>777</sup> Vgl. zu dieser Voraussetzung für das Eingreifen des Verbotstatbestandes in § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG bei der Zulassung von Vorhaben grundlegend BVerwG, Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14.07 – Rn. 91 = NuR 2009, 112 (119).

<sup>778</sup> Vgl. zu vorwiegend den Vogelschutz betreffende Bewertungen (meist bestätigend): BVerwG, Urt. v. 21.11.2013 – 7 C 40.11 – NVwZ 2014, 524 ff.; Urt. v. 27.06.2013 – 4 C 1.12 – NVwZ 2013, 1411 ff.; VGH München, Urt. v. 18.06.2014 – 22 B 13.1358 – BeckRS 2014, 53520; VGH Kassel, Beschl. v. 28.01.2014 -9 B 2184/13 – juris; OVG Magdeburg, Beschl. v. 21.03.2013 – 2 M 154/12 – NuR 2013, 507 ff.; VG Cottbus, Urt. v. 07.03.2013 – 4 K 6/10 – NuR 2014, 67 ff.; siehe dazu den Fledermausschutz betreffende Bewertungen (meist ablehnend) OVG Magdeburg, Urt. v. 16.05.2013 – 2 L 80/11 – NuR 2013, 514 ff.; VG Osnabrück, Urt. v. 27.02.2015 – 3 A 5/15- juris; VG Halle, Urt. v. 15.05.2014 – 4 A 36/11 – NuR 2014, 668 ff.; VG Hannover, 22.11.2012 – 12 A 2305/11 – NuR 2013, 69 ff.

<sup>779</sup> Siehe dazu die Schlussfolgerungen oben unter 4.3.2.1.

<sup>780</sup> So Hofmann/Koch, in: Führ (2016), GK-BImSchG § 48 Rn. 4.

genden Überlegungen zur Begrenzung der richterlichen Prüftiefe bei der Kontrolle von Verwaltungsvorschriften und Rechtsverordnungen betreffen daher über das Immissionsschutzrecht hinaus auch andere Bereiche des Umweltrechts.

Der zentrale Ansatzpunkt für die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe im Immissionsschutzrecht ist ursprünglich der in § 48 Abs. 1 BImSchG vorgesehene Erlass allgemeiner Verwaltungsvorschriften durch die Bundesregierung. Der Gesetzgeber hat mit dieser Vorschrift die Tradition der untergesetzlichen Festlegung von Standards für die technische Sicherheit und den Umweltschutz fortgesetzt, die bereits beim Inkrafttreten des Bundes-Immissionsschutzgesetzes 1974 in Form der TA Luft von 1964 und der TA Lärm von 1968 bestand.<sup>781</sup> Nach § 48 Abs. 1 BImSchG soll die Bundesregierung nach Anhörung der beteiligten Kreise (§ 51 BImSchG) mit Zustimmung des Bundesrates insbesondere die beim Gesetzesvollzug zu beachtenden Anforderungen an den Schutz vor „schädlichen Umwelteinwirkungen“ durch Immissionsgrenzwerte sowie den „Stand der Technik“ durch Emissionsgrenzwerte näher bestimmen. Da Verwaltungsvorschriften keine Rechtsnormen sind, haben sie zwar an sich nur eine behördeninterne Bindungswirkung.<sup>782</sup> Bei der TA Luft und TA Lärm ist allerdings anerkannt, dass sie auch für die Gerichte beachtlich sind.<sup>783</sup> Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Außenwirkung zunächst für die TA Luft damit begründet, dass insbesondere die darin nach § 48 Abs. 1 BImSchG festgelegten Immissionswerte für die Gerichte eine geeignete Erkenntnisquelle darstellen, weil sie in Folge der gesetzlich vorgeschriebenen Art und Weise ihrer Ermittlung auf Erkenntnissen und Erfahrungen verschiedener Fachleuten beruhen, so dass sie als „antizipiertes Sachverständigengutachten“ anzusehen sei.<sup>784</sup> Zur TA Luft von 1986 führte das Gericht dann aus, sie enthalte

*„generelle Standards, die entsprechend der Art ihres Zustandekommens ein hohes Maß an wissenschaftlich-technischem Sachverstand verkörpern und zugleich auf abstrakt-genereller Abwägung beruhende Wertungen des hierzu berufenen Vorschriftengebers zum Ausdruck bringen“.*<sup>785</sup>

Damit erkennt das Gericht auch hinsichtlich der nicht allein wissenschaftlich begründeten Wertungsentscheidungen des Vorschriftengebers eine normkonkretisierende Funktion der TA Luft an und leitet daraus die Beachtlichkeit für das gerichtliche Verfahren im Sinne einer beschränkten Kontrolle ab.<sup>786</sup>

Ein wesentlicher Grund für die Anerkennung dieser normkonkretisierenden Wirkung ist demnach, dass beim Erlass der Verwaltungsvorschriften ein umfangreiches Beteiligungsverfahren durchgeführt wird, um die vorhandenen Erfahrungen und den Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis bei der Standardsetzung auszuschöpfen.<sup>787</sup> Außerdem begründet das Bundesverwaltungsgericht die damit verbundene Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle damit, dass die für den Erlass zuständige Behörde aufgrund der bestehenden gesetzlichen Ermächtigung über einen Beurteilungsspielraum verfüge, dessen Ausübung von der Einzelentscheidung im jeweiligen Verwaltungsakt auf die Ebene einer abstrakt generalisierenden Regelung vorverlagert worden sei, um die Einheitlichkeit des Verwaltungshandelns sicherzustellen.<sup>788</sup> Die Literatur geht ebenfalls überwiegend davon aus, dass sich die

<sup>781</sup> Vgl. Thiel, in: Landmann/Rohmer (Stand Jan. 2015), § 48 BImSchG Rn. 1; siehe auch BVerwG, Urt. v. 17.02.1978 – 1 C 102/76 – NJW 1978, 1450 (1451), mit Hinweisen auf die Gesetzesbegründung.

<sup>782</sup> Vgl. BVerwG, Urt. v. 17.02.1978 – 1 C 102/76 – NJW 1978, 1450 (1451); Erbguth/Schlacke (2016), § 6 Rn. 18.

<sup>783</sup> Siehe dazu bereits den Abschnitt zu den normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften oben 4.3.2.1.

<sup>784</sup> Vgl. BVerwG, Urt. v. 17.02.1978 – 1 C 102/76 – NJW 1978, 1450 (1451).

<sup>785</sup> BVerwG, Urt. v. 21.06.2001 – 7 C 21.00 – BVerwGE 114, 342 ff. = NVwZ 2001, 1165 f., unter Hinweis auf BVerwG, Beschl. v. 10.01.1995 – 7 B 112.94 – NVwZ 1995, 994.

<sup>786</sup> Vgl. ebenfalls BVerwG, Urt. v. 21.06.2001 – 7 C 21.00 – BVerwGE 114, 342 ff. = NVwZ 2001, 1165 f., ähnlich schon BVerwG, Beschl. v. 10.01.1995 – 7 B 112.94 – NVwZ 1995, 994; siehe dazu auch Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig (2016), Art. 19 IV GG Rn. 206a – mwN.

<sup>787</sup> So auch BVerwG, Urt. v. 28.10.1998 – 8 C 16.96 – NVwZ 1999, 1114 (1115) zur Rahmen-Abwasser-VwV von 1989.

<sup>788</sup> So BVerwG, Urt. v. 28.10.1998 – 8 C 16.96 – NVwZ 1999, 1114 (1115), unter Hinweis auf Sendler, UPR 1993, 321 (324); siehe ferner di Fabio (1994), S. 464: „ausgeübte administrative Beurteilungsermächtigung“.

Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle mit dem der Bundesregierung durch § 48 Abs. 1 BImSchG eingeräumten Entscheidungsspielraum ergibt.<sup>789</sup> Die Bezeichnung als „Beurteilungsspielraum“ wird jedoch für missverständlich gehalten, weil sie üblicherweise auf die Rechtsanwendung im Einzelfall angewendet wird, die im Immissionschutzrecht grundsätzlich einer vollen gerichtlichen Kontrolle unterliegt.<sup>790</sup> Deswegen ist zur begrifflichen Abgrenzung bezogen auf den Erlass von Verwaltungsvorschriften auch von Normkonkretisierungs- oder Standardisierungsspielräumen die Rede.<sup>791</sup>

Es wird zwar auch die Auffassung vertreten, dass aus der TA Luft keine verbindliche Normkonkretisierung abgeleitet werden kann, weil der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, dass Entscheidungen über die Genehmigung von Industrieanlagen nach den §§ 4 ff. BImSchG einer uneingeschränkten gerichtlichen Kontrolle unterliegen.<sup>792</sup> Der Gesetzgeber hat aber zugleich in § 48 Abs. 1 BImSchG vorgesehen, dass die gesetzlichen Anforderungen an solche Genehmigungen durch die Festlegung standardisierter Vorgaben in Verwaltungsvorschriften auf einer vorgelagerten administrativen Ebene konkretisiert werden sollen. Das kann als eine Art Auftrag an die Bundesregierung zur Standardsetzung verstanden werden, denn sie ist nach Art. 84 Abs. 2 GG ohnehin zum Erlass von Verwaltungsvorschriften befugt, so dass es naheliegt, § 48 Abs. 1 BImSchG einen weitergehenden Regelungsgehalt zu entnehmen.<sup>793</sup> Dieser bezieht sich zudem nicht nur auf die für eine Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe wie „Stand der Technik“ erforderliche Ermittlung naturwissenschaftlich-technischer Grundlagen, sondern auch auf die dabei zum Teil notwendigen Wertungen.<sup>794</sup> Deswegen rechtfertigt die Rechtsprechung die Übertragung solcher Aufgaben auf die Exekutive auch damit, dass diese eine Standardsetzung in dem dafür durch § 48 Abs. 1 BImSchG vorgesehenen Verfahren besser bewältigen kann als der Gesetzgeber oder die Gerichte.<sup>795</sup> In der Literatur wird ebenfalls davon ausgegangen, dass solche funktionell-rechtlichen Überlegungen ein maßgebliches Kriterium für die Anerkennung von Beurteilungs- oder Standardisierungsspielräumen der Exekutive sein können.<sup>796</sup>

Trotzdem stellt sich die Frage, ob es noch sinnvoll ist, unbestimmte Rechtsbegriffe wie „schädliche Umwelteinwirkungen“ oder „Stand der Technik“ durch Verwaltungsvorschriften zu konkretisieren. Dagegen spricht vor allem, dass sie nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs<sup>797</sup> zumindest für die Umsetzung von unionsrechtlichen Vorgaben, die eine Statuierung von Rechten oder Pflichten verlangen, nicht geeignet sind.<sup>798</sup> Das betrifft insbesondere die Anforderungen an die besten

<sup>789</sup> Siehe Ergbuth/Schlacke (2016), § 6 Rn. 18; Nolte, in: Kluth/Smeddink (2013), § 7 Rn. 55; Jarass (2015), § 48 BImSchG Rn. 44; Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig (2016), Art. 19 IV GG Rn. 206a – jeweils mwN.

<sup>790</sup> So Jarass (2015), § 48 BImSchG Rn. 44; siehe dazu auch den Abschnitt zu Beurteilungsspielräumen unter 4.3.2.1.

<sup>791</sup> Vgl. Jarass (2015), § 48 BImSchG Rn. 2 (Normkonkretisierungsspielraum), sowie ders., NJW 1987, 1225 (1229), mwN, zum Begriff Standardisierungsspielraum; siehe dazu auch Gerhardt, NJW 1989, 2233 (2238).

<sup>792</sup> So Hofmann/Koch, in: Führ (2016), GK-BImSchG § 48 Rn. 56; Koch, in: Koch (2014), § 4 Rn. 98, unter Verweis auf die Gesetzesbegründung in BT-Drs. 7/179, S. 31; zur ursprünglich bestehenden Skepsis gegenüber der Anerkennung normkonkretisierender Verwaltungsvorschriften auch Gerhardt, NJW 1989, 2233 (2234).

<sup>793</sup> Vgl. Jarass (2015), § 48 BImSchG Rn. 2, der eine Pflicht zum Erlass annimmt; vgl. ferner das Voerde-Urteil des BVerwG v. 17.02.1978 – 1 C 102/76 – NJW 1978, 1450 (1451), wo es u.a. heißt: „Der Auftrag des § 48 Abs. 1 BImSchG, zur Durchführung des Bundes-Immissionschutzgesetzes allgemeine Verwaltungsvorschriften zu erlassen“; siehe darauf bezugnehmend auch Hofmann/Koch, in: Führ (2016), GK-BImSchG § 48 Rn. 3.

<sup>794</sup> Vgl. Gerhardt, NJW 1989, 2233 (2234 ff.).

<sup>795</sup> Vgl. dazu bezogen auf das Atomrecht bereits BVerfG, Beschl. v. 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 – NJW 1979, 359 (373); daran anknüpfend BVerwG, Urt. v. 19.12.1985 – 7 C 65.82 – BVerwGE 72, 300 ff. = NVwZ 1986, 208 (212).

<sup>796</sup> Vgl. Ergbuth/Schlacke (2016) § 6 Rn. 18; Nolte, in: Kluth/Smeddink (2013), § 7 Rn. 56; Schoch, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVwR III (2013), § 50 Rn. 288; Hoffmann-Riem, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVwR I (2012), § 10 Rn. 90 und 95; Gerhardt, in: Schoch/Schneider/Bier (2016), Vor §§ 113-114 VwGO Rn. 32; siehe auch schon Gerhardt, NJW 1989, 2233 (2234 ff.), mwN.

<sup>797</sup> EuGH, Urt. v. 30.05.1991 – Rs. C-361/88 – NVwZ 1991, 866 ff. (Schwefeldioxid/Schwebestaub), und Urt. v. 30.05.1991 – Rs. C-59/89 – NVwZ 1991, 868 ff. (Blei); siehe auch Ergbuth/Schlacke (2016), § 9 Rn. 9.

<sup>798</sup> Vgl. Ergbuth/Schlacke (2016), § 6 Rn. 18 und § 9 Rn. 9; Jarass (2015), § 48 BImSchG Rn. 4; Thiel, in: Landmann/Rohmer (2015), § 48a Rn. 1; Koch, in: Koch (2014), § 4 Rn. 99; siehe auch schon Biesecke, ZUR 2002, 325 (329).

verfügbaren Techniken, die durch neue BVT-Schlussfolgerungen für unter die Industrieemissions-RL (2010/75/EU) fallende Anlagen vorgegeben werden. Da es dabei um Genehmigungsanforderungen geht, die mit rechtlich verbindlicher Wirkung umgesetzt werden müssen, wird es für erforderlich gehalten, die in den BVT-Schlussfolgerungen enthaltenen Emissionsbandbreiten für die Rechtsanwendung im Einzelfall durch in Rechtsnormen festgelegte Emissionsgrenzwerte zu konkretisieren.<sup>799</sup> Das ist durch Rechtsverordnungen nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BImSchG möglich und § 7 Abs. 1a BImSchG sieht auch eine Pflicht zur Anpassung bestehender Regelungen an neue BVT-Schlussfolgerungen vor. Bisher werden solche Vorsorgeanforderungen aber nur für bestimmte Anlagenarten durch Rechtsverordnungen konkretisiert.<sup>800</sup> Die Umsetzung der unionsrechtlichen Anforderungen an Industrieanlagen erfolgt nämlich weiterhin vor allem durch die TA Luft. Daher sieht auch § 48 Abs. 1a BImSchG vor, dass die Bundesregierung prüfen muss, ob sich der darin festgelegte Stand der Technik durch neue BVT-Schlussfolgerungen fortentwickelt hat, um dies gegebenenfalls im Bundesanzeiger bekanntzumachen. Sofern neue BVT-Schlussfolgerungen vorliegen und eine Anpassung noch nicht erfolgt ist, sollen die bestehenden Standards für eine Übergangszeit weiter anwendbar sein.<sup>801</sup> Zwar kommt nach Nr. 5.1.1 Absatz 5 TA Luft auch eine Aufhebung der Bindungswirkung einzelner Regelungen in Betracht, sofern diese dem Stand der Technik nicht mehr entsprechen. Für solche Fälle soll jedoch die Bund/Länder Arbeitsgemeinschaft für Immissionsschutz (LAI) Vollzugsempfehlungen erstellen, so dass es auch dann kaum zu einer direkten Anwendung der BVT-Schlussfolgerungen durch die z.B. nach § 12 Abs. 1a BImSchG für die Festlegung von Auflagen bei der Genehmigung einer Industrieanlage zuständige Behörde kommen dürfte.<sup>802</sup> Demnach bestehen also im Immissionsschutzrecht durch das Festhalten an einer Normkonkretisierung durch Verwaltungsvorschriften weiter die vorstehend angesprochenen Rechtsunsicherheiten, während z.B. die unbestimmten Rechtsbegriffe im Wasser- und Kreislaufwirtschaftsrecht bereits seit einiger Zeit durch Rechtsverordnungen konkretisiert werden.<sup>803</sup>

Ein wesentlicher Grund dafür, dass speziell im Immissionsschutzrecht an den Verwaltungsvorschriften als Instrument zur Standardsetzung festgehalten wird, scheint zu sein, dass diese teilweise als im Verhältnis zu den Rechtsverordnungen flexibleres Instrument angesehen werden. Das betrifft zum einen die Überlegung, dass Verwaltungsvorschriften einfacher geändert werden können, um z.B. den Stand der Technik an die fortschreitende technische Entwicklung anzupassen.<sup>804</sup> Bisher sind jedoch insbesondere die TA Luft und die TA Lärm nur sehr zögerlich fortgeschrieben worden.<sup>805</sup> Außerdem dürfte die Änderung von Rechtsverordnungen kaum schwieriger sein als die von Verwaltungsvor-

<sup>799</sup> So Jarass (2015), § 48 BImSchG Rn. 12; vgl. allgemein dazu Betensted/Grandjot/Waskow ZUR 2013, 395 (398 f.).

<sup>800</sup> Im Hinblick auf die Umsetzung der Industrieemissions-RL (2010/75/EU) betrifft das vor allem die 13. BImSchV für Großfeuerungsanlagen und die 17. BImSchV für Abfallverbrennungsanlagen, vgl. Betensted/Grandjot/Waskow, ZUR 2013, 355 (399); siehe dazu auch den Überblick bei Jarass, NVwZ 2013, 169 f.

<sup>801</sup> Vgl. die Begründung zur Änderung von § 7 BImSchG in BT-Drs. 17/10486, S. 40; vgl. dazu auch König, DVBl. 2013, 1356 (1357 f.); Betensted/Grandjot/Waskow, ZUR 2013, 355 (399); Jarass, NVwZ 2013, 169 (171 f.).

<sup>802</sup> Vgl. König, DVBl. 2013, 1356 (1357 f.); siehe auch Betensted/Grandjot/Waskow, ZUR 2013, 355 (399); sowie Jarass, NVwZ 2013, 169 (171 f.), der darauf hinweist, dass eine Umsetzung der BVT-Schlussfolgerungen mittels Festlegung konkreter Anforderungen durch die Genehmigungsbehörden im Einzelfall wohl eher dem durch das britische Recht geprägten Ansatz entspricht, die besten verfügbaren Techniken nur durch Emissionsbandbreiten zu beschreiben – siehe dazu auch den 15. Erwägungsgrund der Richtlinie 2010/75/EU: „Es ist wichtig, mit Blick auf die besten verfügbaren Techniken den zuständigen Behörden ausreichend Spielraum für die Festlegung von Emissionsgrenzwerten zu gewährleisten.“

<sup>803</sup> Siehe dazu schon die Hinweise unter 4.3.2.1 im Abschnitt zu den normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften.

<sup>804</sup> Vgl. Hofmann/Koch, in: Führ (2016), GK-BImSchG § 48 Rn. 5, unter Hinweis auf Reinhardt, DÖV 1992, 102 (107 f.); siehe auch Gerhardt, NJW 1989, 2233 (2237), mwN, wonach diese Auffassung vor allem in der „Fachbürokratie“ besteht.

<sup>805</sup> Vgl. Thiel, in Landmann/Rohmer (Stand Jan. 2015), § 48 BImSchG Rn. 1; sowie Hofmann/Koch, in: Führ (2016), GK-BImSchG § 48 Rn. 6, wo die TA Lärm als Beispiel dafür genannt wird, dass die Anpassung von Vorschriften vorrangig vom Regelungswillen der Regierung und des sie tragenden Parteien sowie vom Widerstand der betroffenen Interessengruppen abhängt, während die Art der Rechtsquelle und das vorgesehene Verfahren eine untergeordnete Rolle spielen.

schriften, zumal für beide Handlungsformen vergleichbare Verfahrensanforderungen gelten.<sup>806</sup> Zum anderen wird davon ausgegangen, dass die normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften eine im Verhältnis zu Rechtsverordnungen geringere Bindungswirkung haben, weil sie keine Rechtsnormen sind und daher auch einer stärkeren gerichtlichen Kontrolle unterliegen.<sup>807</sup>

Es ist jedoch fraglich, ob das bei Rechtsverordnungen bestehende Normsetzungsermessen<sup>808</sup> weiter geht als der bei normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften anerkannte Entscheidungsspielraum der Verwaltung. Auch bei den Rechtsverordnungen verlangt das Bundesverfassungsgericht, dass die Ausübung des dem Ordnungsgeber zustehenden Gestaltungsspielraums „den Bedingungen rationaler Abwägung genügt“ und sowohl in rechtlicher als auch in sachlicher Hinsicht nachvollziehbar begründet wird.<sup>809</sup> Damit entsprechen die Kontrollmaßstäbe zumindest vom Ansatz her dem Modell der Abwägungskontrolle,<sup>810</sup> das allgemein für die gerichtliche Überprüfung behördlicher Entscheidungsspielräume – und damit auch bei der Standardsetzung durch Verwaltungsvorschriften – angewendet werden kann.<sup>811</sup> Daher prüfen die Gerichte sowohl bei Rechtsverordnungen als auch bei normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften die Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht als Vorfrage ihrer Anwendbarkeit im Einzelfall, denn sie sind als untergesetzliche Regelungen nur wirksam, wenn die gesetzlichen Vorgaben beachtet worden sind.<sup>812</sup> Dementsprechend hat das Bundesverwaltungsgericht z.B. bei der 13. BImSchV für Großfeuerungsanlagen von 1983 ebenso wie bei der TA Luft von 1986 aufgrund von Klagen gegen die Genehmigung einer Industrieanlage<sup>813</sup> und gegen eine nachträgliche Anordnung<sup>814</sup> in gleichartiger Weise geprüft und entschieden, dass die in beiden Regelwerken festgelegten Emissionsgrenzwerte der in § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG statuierten Vorsorgepflicht entsprechen.

Ein weiteres Beispiel betrifft die Vereinbarkeit einer in der TA Luft enthaltenen Regelung, die unter bestimmten Voraussetzungen auch bei zu hohen Immissionsvorbelastungen eine geringe Zusatzbelastung durch neue Anlagen zulässt, mit der Schutzpflicht in § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG. In seiner dazu aufgrund einer Verbandsklage gegen ein Kohlekraftwerk getroffenen Entscheidung geht das Bundesverwaltungsgericht zwar davon aus, dass diese Schutzpflicht als Instrument der Gefahrenabwehr grundsätzlich immer eingreift, wenn die durch ein zu genehmigendes Vorhaben verursachten Immissionen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu schädlichen Umwelteinwirkungen beitragen.<sup>815</sup> Es stellt jedoch unter Verweis auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zugleich fest, dass die Schutzpflicht dort ihre Grenze findet, „wo aufgrund einer sachverständigen Risikoabschätzung anzunehmen ist, dass das durch den emittierenden Betrieb verursachte Gesundheitsrisiko auch angesichts der bestehenden Vorbelastung irrelevant ist“.<sup>816</sup> Das soll auch für die konkrete Ausgestaltung der Irrelevanzklausel in Nr. 4.4.2 Satz 1 Buchst. a TA Luft 2002 gelten, obwohl diese unter anderem aufgrund einer gegenüber

<sup>806</sup> Vgl. Gerhardt, NJW 1989, 2233 (2237); für das Verfahren ist sowohl nach § 7 Abs. 1 Satz 1 als auch § 48 Abs. 1 BImSchG vor allem die Anhörung der beteiligten Kreise gemäß § 51 BImSchG erforderlich.

<sup>807</sup> Vgl. Jarass (2015), § 48 BImSchG Rn. 43 und 53; siehe auch Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig (2016), Art. 19 IV GG Rn. 206 – mwN.

<sup>808</sup> Vgl. dazu Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig (2014), Art. 19 IV GG Rn. 217 f. – mwN.

<sup>809</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 22.10.1991 – 1 BvR 393/85 – BVerfGE 85, 36 ff. = NVwZ 1992, 361 (362).

<sup>810</sup> Vgl. Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig (2016), Art. 19 IV GG Rn. 217a, mit einer näheren Beschreibung der auch schon unter 4.3.1.3 genannten Prüfungskriterien.

<sup>811</sup> Siehe eingehend dazu oben 4.3.1.3.

<sup>812</sup> Vgl. zur Inzidentkontrolle bei Rechtsverordnungen des Bundes – die nicht der Normenkontrollen nach § 47 VwGO unterliegen – näher Kerkmann/Lambrecht, in: Gärditz (2013), § 47 VwGO Rn. 41, mwN; siehe auch Nolte, in: Kluth/Smeddink (2013), § 7 Rn. 145; zu den Prüfungskriterien bei Verwaltungsvorschriften näher BVerwG, Urt. v. 19.12.1985 – 7 C 65.82 – NVwZ 1986, 208 (212).

<sup>813</sup> Vgl. BVerwG, Urt. v. 17.02.1984 – 7 C 8.82 – NVwZ 1984, 371 (372) – zur 13. BImSchV von 1983.

<sup>814</sup> Vgl. BVerwG, Beschl. v. 10.01.1995 – 7 B 112.94 – NVwZ 1995, 994 f. – zur TA Luft von 1986.

<sup>815</sup> Vgl. BVerwG, Urt. v. 24.10.2013 – 7 C 36.11 – NVwZ 2014, 515 (519).

<sup>816</sup> BVerwG, Urt. v. 24.10.2013 – 7 C 36.11 – NVwZ 2014, 515 (519 f.), unter Hinweis auf Urt. v. 11.12.2003 – 7 C 19.02 – BVerwGE 119, 329 (333 f.) = ZUR 2004, 229 (230 f.); siehe dazu auch die Nachweise in der folgenden Fußnote.

der TA Luft 1986 vorgenommenen Erhöhung der zulässigen Zusatzbelastung auf erhebliche Kritik gestoßen ist.<sup>817</sup> Das Bundesverwaltungsgericht geht nämlich davon aus, dass die gerichtliche Kontrolle aufgrund des Konkretisierungsspielraums, der dem Vorschriftengeber durch § 48 BImSchG eingeräumt wird, auf eine Vertretbarkeitskontrolle beschränkt ist; daher wird nur relativ knapp erläutert, warum die in der Begründung zur TA Luft 2002 für eine großzügigere Irrelevanzgrenze angegebenen Gründe plausibel erscheinen.<sup>818</sup> Der dem Vorschriftengeber eingeräumte Entscheidungsspielraum führt hier also zu einer deutlichen Begrenzung der gerichtlichen Kontrolle.

Die Gerichte sollen bei den Verwaltungsvorschriften zwar auch prüfen, ob die festgelegten Standards durch neuere wissenschaftliche oder technische Erkenntnisse überholt sind und ob atypische Einzelfälle vorliegen, die davon nicht erfasst werden.<sup>819</sup> Ausgehend davon werden die Verwaltungsvorschriften als „revisionsoffen“ bezeichnet.<sup>820</sup> Bei Rechtsverordnungen hält die Rechtsprechung jedoch unter bestimmten Voraussetzungen bei atypischen Sachverhalten ebenfalls eine Abweichung z.B. von Emissionsgrenzwerten für geboten.<sup>821</sup> Außerdem ist hinsichtlich des Vorliegens neuerer wissenschaftlicher Erkenntnisse fraglich, ob die Gerichte dies überhaupt ausreichend prüfen können, denn das Bundesverwaltungsgericht stellt hohe Anforderungen an die dafür erforderliche Sachverhaltsermittlung.<sup>822</sup> In dem dazu entschiedenen Fall hatte die Vorinstanz die Festlegung von über die Emissionsgrenzwerte der TA Luft von 1986 hinausgehenden Vorsorgeanforderungen in einer Genehmigung für zulässig gehalten, weil sie aufgrund einer verbesserten Luftreinhalte-technik und darauf beruhender Vorschläge für strengere Grenzwerte von einer Weiterentwicklung des Standes der Technik ausgegangen war. Diese Sachverhaltsermittlung hielt das Bundesverwaltungsgericht jedoch für unzureichend. Auch dabei wird zur Begründung auf die normkonkretisierende Funktion der TA Luft verwiesen, die das Gericht aus § 48 Abs. 1 BImSchG und den darin enthaltenen Verfahrensanforderungen ableitet. Ein Abrücken von den bestehenden Standards sei daher nur aufgrund „gesicherter Erkenntnisfortschritte in Wissenschaft und Technik“ möglich, „wenn sie den ihnen zu Grunde liegenden Einschätzungen, Bewertungen und Prognosen den Boden entziehen“; um dies beurteilen zu können, müsse im gerichtlichen Verfahren der Erkenntnisstand bei Erlass der TA Luft und dessen technische Umsetzung eingehend mit dem jetzigen Stand der Technik verglichen werden.<sup>823</sup> Derart umfassende Sachverhaltsermittlungen werden die Gerichte jedoch in der Regel nicht durchführen können, so dass die Feststellung des Vorliegens neuere wissenschaftliche oder technische Erkenntnisse kaum zu erwarten ist.<sup>824</sup>

Insgesamt gesehen kann demnach die bei normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften überwiegend anerkannte Begrenzung der gerichtlichen Kontrolle zwar dann als gerechtfertigt angesehen werden, wenn der Exekutive durch § 48 Abs. 1 BImSchG oder ähnliche Ermächtigungen die Aufgabe übertragen worden ist, unbestimmte Rechtsbegriffe durch die Festlegung genereller Standards zu konkretisieren. Für diese Auffassung spricht ferner, dass die Verwaltung eine solche Standardsetzung unter Mitwirkung sachverständiger Kreise entsprechend § 51 BImSchG besser leisten kann als die Gerichte. Als Instrument dafür stehen jedoch auch Rechtsverordnungen nach § 7 Abs. 1 BImSchG zur Verfü-

<sup>817</sup> Vgl. Hansmann, NVwZ 2003, 266 (272 ff.); Koch, in: Koch (2014), § 4 Rn. 87 ff.; diese Kritik bezieht sich allerdings nur auf die konkrete Ausgestaltung dieser Regelung; dass Irrelevanz- und Bagatellschwellen als solche aus Gründen der Verhältnismäßigkeit erforderlich und zulässig sind, wird hingegen grundsätzlich anerkannt, vgl. ebenfalls Koch, in: Koch (2014), § 4 Rn. 79, sowie die Anmerkung zu der zitierten Entscheidung von Hansmann, NVwZ 2014, 522.

<sup>818</sup> BVerwG, Urt. v. 24.10.2013 – 7 C 36.11 – NVwZ 2014, 515 (520).

<sup>819</sup> Vgl. Vgl. BVerwG, Urt. v. 19.12.1985 – 7 C 65.82 – NVwZ 1986, 208 (212); Beschl. v. 15.02.1988 – 7 B 219.87 – NVwZ 1988, 824 (825); Beschl. v. 10.01.1995 – 7 B 112.94 – NVwZ 1995, 994; siehe auch Jarass (2015), BImSchG, § 48 Rn. 48 ff.

<sup>820</sup> Vgl. di Fabio (1994), S. 465; ebenso Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig (2016), Art. 19 IV GG Rn. 206.

<sup>821</sup> Vgl. BVerwG, Urt. v. 26.04.2007 – 7 C 15.06 – ZUR 2007, 536 (537), zur 17. BImSchV für Abfallverbrennungsanlagen.

<sup>822</sup> BVerwG, Urt. v. 21.06.2001 7 C 21.00 – BVerwGE 114, 342 ff. = NVwZ 2001, 1165.

<sup>823</sup> BVerwG, Urt. v. 21.06.2001 7 C 21.00 – BVerwGE 114, 342 (344) = NVwZ 2001, 1165.

<sup>824</sup> Vgl. auch die Kritik von Hofmann/Koch, in: Führ (2016), GK-BImSchG § 48 Rn. 57, wo die praktische Durchführbarkeit einer gerichtlichen Überprüfung von Grenzwerten der TA Luft grundsätzlich angezweifelt wird.

gung<sup>825</sup>, die sich – wie gezeigt – sowohl bei den zu beachtenden Verfahrensanforderungen als auch bezogen auf die gerichtliche Kontrolle kaum von den Verwaltungsvorschriften unterscheiden. Zudem steht bei den Rechtsverordnungen außer Frage, dass sie als Rechtsnormen für Verwaltung und Gerichte verbindlich sind. Den normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften wird hingegen eine geringere Bindungswirkung zuerkannt, so dass sie nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs grundsätzlich nicht zur Umsetzung unionsrechtlich vorgegebener Rechtspflichten geeignet sind. Daher sollten auch im Immissionsschutzrecht die insbesondere für die Genehmigung von Industrieanlagen relevanten Rechtsbegriffe zukünftig zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten nur noch durch Rechtsverordnungen konkretisiert werden<sup>826</sup>, wie es bereits im Wasser- und Kreislaufwirtschaftsrecht der Fall ist.<sup>827</sup> Sofern eine flexible Handhabung der darin enthaltenen Vorgaben im Einzelfall möglich sein soll, ließe sich das durch eine entsprechende Ausgestaltung der Regelungen gewährleisten.<sup>828</sup> In Betracht kommt z.B. eine Nr. 4.8 TA Luft entsprechende Regelung, in der für die – nicht seltenen – Anwendungsfälle, für die keine Immissions- oder Emissionswerte oder andere konkrete Anforderungen festgelegt worden sind, eine einzelfallbezogene Sonderprüfung vorgesehen wird.

Außerdem kann weiterhin bei nicht von einer Rechtsverordnung erfassten Fällen auf behördeninterne Richtlinien und Empfehlungen z.B. der Bund/Länder Arbeitsgemeinschaft für Immissionsschutz (LAI) sowie auf technische Regelwerke wie z.B. DIN-Normen und VDI-Richtlinien zurückgegriffen werden.<sup>829</sup> Solche Richtlinien oder Regelwerke haben zwar für die Gerichte keine Bindungswirkung, sie werden aber – wie schon erwähnt – als „antizipierte Sachverständigengutachten“ oder als Orientierungshilfen berücksichtigt.<sup>830</sup> Damit trägt auch diese Art der Standardsetzung zu einem einheitlichen Gesetzesvollzug bei, es bleibt aber eine vollständige gerichtliche Kontrolle der Rechtsanwendung möglich.<sup>831</sup>

### 4.3.3 Zwischenergebnis

Die Untersuchung hat gezeigt, dass die richterliche Prüftiefe in Deutschland nach wie vor maßgeblich dadurch bestimmt wird, dass Verwaltungsentscheidungen grundsätzlich einer vollständigen gerichtlichen Kontrolle im Hinblick auf die Auslegung und Anwendung der einschlägigen Rechtsvorschriften und der dafür erforderlichen Sachaufklärung unterliegen. Im Rahmen der verfassungsrechtlichen Anforderungen an einen effektiven Rechtsschutz und unter Beachtung der in Art. 20 Abs. 3 GG vorgesehenen Gesetzesbindung kann der Gesetzgeber zwar auch behördliche Entscheidungsspielräume eröffnen und die richterliche Prüftiefe damit begrenzen. Es ist auch nach verfassungsrechtlicher Sicht nicht abschließend bestimmt, in welchen Fällen die Übertragung von Letztentscheidungsbefugnissen auf die Verwaltung als gerechtfertigt angesehen werden können. Erforderlich ist aber, dass sich das Bestehen eines behördlichen Entscheidungsspielraums hinreichend deutlich aus dem Gesetz ergibt.

Ausgehend davon werden bisher vor allem Gestaltungsspielräume bei planerischen Entscheidungen sowie Ermessensspielräume der Verwaltung bei der Festlegung von Rechtsfolgen als verfassungskonform anerkannt. Außerdem bestehen nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts in einigen Fällen auch Beurteilungsspielräume bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Einzelfall sowie „Normkonkretisierungsspielräume“ beim Erlass von Verwaltungsvorschriften. Diese Rechtsprechung ist jedoch teilweise umstritten. Das betrifft insbesondere verschiedene Regelungen des Naturschutzrechts, bei deren Anwendung das Bundesverwaltungsgericht eine „naturschutzfachliche Einschät-

<sup>825</sup> Vgl. auch Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig (Stand Juli 2014), Art. 19 IV GG Rn. 206.

<sup>826</sup> Vgl. im Ergebnis ebenso Hofmann/Koch, in: Führ (2016), GK-BImSchG § 48 Rn. 8 ff. und Rn. 16, ausgehend von der Überlegung, das aufgrund der bestehenden Grundrechtsrelevanz für die Standardsetzung ein Rechtsnormvorbehalt gilt.

<sup>827</sup> Siehe dazu schon den Abschnitt zu den normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften unter 4.3.2.1.

<sup>828</sup> Vgl. Hofmann/Koch, in: Führ (2016), GK-BImSchG § 48 Rn. 53; siehe dazu auch schon Gerhardt, NJW 1989, 2233 (2237).

<sup>829</sup> Vgl. Jarass (2015), § 48 Rn. 60, zur möglichen Rezeption solcher technischen Regelwerke in Rechtsvorschriften.

<sup>830</sup> Vgl. Jarass (2015), § 48 Rn. 61 – mwN; siehe auch oben 4.3.2.1 und 4.3.2.3.

<sup>831</sup> Vgl. Koch, in: Koch (2014), § 4 Rn. 100.

zungsprärogative“ der zuständigen Behörden für gegeben hält. Veranlasst durch dagegen gerichtete Klagen hat das Bundesverwaltungsgericht jedoch inzwischen klargestellt, dass sich diese Beurteilungsspielräume zumindest im Artenschutzrecht auf Fälle beschränken, in denen aus fachlicher Sicht unterschiedliche Bewertungen z.B. hinsichtlich der Beeinträchtigung geschützter Arten vertretbar sind.

Außerdem unterliegen auch die Fälle, in denen behördliche Entscheidungsspielräume bestehen, einer gerichtlichen Kontrolle. Dabei ist in der Regel insbesondere zu prüfen, ob die Behörde den durch die gesetzlichen Vorgaben gesetzten Rahmen richtig erkannt und eine zutreffende und vollständige Sachaufklärung vorgenommen hat. Eine begrenzte Kontrolle findet grundsätzlich nur hinsichtlich der Bewertungen statt, die von der Behörde vor allem bei technischen oder naturwissenschaftlichen Fragen zu treffen sind, wobei allerdings auch die Eignung der Bewertungsmaßstäbe geprüft wird. Außerdem kommt eine verbindliche Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe durch die Festlegung standardisierter Vorgaben in untergesetzlichen Regelwerken in Betracht, wobei den dafür zuständigen Behörden ein nur beschränkt überprüfbarer Entscheidungsspielraum zustehen kann. Dieser Regelungsansatz wird vom Gesetzgeber insbesondere im Immissionsschutz-, Gewässerschutz- und Kreislaufwirtschaftsrecht gegenüber einzelfallbezogenen Beurteilungsspielräumen bevorzugt, weil damit eine einheitliche Rechtsanwendung besser gewährleistet werden kann. Die vor allem im Immissionsschutzrecht verwendeten „normkonkretisierenden“ Verwaltungsvorschriften sind dafür aber nicht mehr als geeignetes Instrument anzusehen. Es empfiehlt sich, stattdessen insbesondere bei der Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben auf Rechtsverordnungen zurückzugreifen.<sup>832</sup>

Insgesamt gesehen ergibt sich demnach, dass im deutschen Umweltrecht abweichend vom Grundsatz einer vollständigen gerichtlichen Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen verschiedene Ansätze zur Begrenzung der richterlichen Prüftiefe anerkannt sind, die aus Entscheidungsspielräumen der Verwaltung im Einzelfall und bei der Standardsetzung in untergesetzlichen Regelwerken resultieren. Zwar ist insbesondere bei auf der Tatbestandsebene verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffen ganz überwiegend eine vollständige Überprüfung ihrer Anwendung im Einzelfall vorgesehen. Es kann aber nicht nur bei den allgemein der Abwägung unterliegenden Planungsentscheidungen z.B. in der Raum- und Bauleitplanung, sondern insbesondere auch bei Zulassungsentscheidungen für UVP-pflichtige Vorhaben davon ausgegangen werden, dass meistens zumindest bei einzelnen gesetzlichen Anforderungen und den bei ihrer Prüfung notwendigen Bewertungen ein behördlicher Entscheidungsspielraum besteht. So sind z.B. bei der Zulassung von Industrieanlagen nach § 6 Abs. 1 BImSchG nicht nur die unbestimmten Betreiberpflichten gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BImSchG zu beachten, die vielfach durch untergesetzliche Vorschriften konkretisiert werden, sondern es ist häufig auch eine Prüfung naturschutzrechtlicher Regelungen erforderlich. Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung ist zwar als gebundene Entscheidung an sich gerichtlich voll überprüfbar. Es bestehen aber sowohl bei der untergesetzlichen Standardsetzung als auch im Naturschutzrecht mehr oder weniger weite Entscheidungsspielräume der Verwaltung, so dass letztlich nur eine begrenzte gerichtliche Kontrolle erfolgt. Hingegen bestehen bei der Planfeststellung von Infrastrukturvorhaben aufgrund des planerischen Abwägungsgebots zwar generell Gestaltungsspielräume, diese werden jedoch teilweise durch strikte Schutzvorschriften und Standards z.B. in Form von Grenzwerten für Luftschadstoffe begrenzt.

Demnach erscheint der Versuch einer klaren Unterscheidung zwischen gebundenen Entscheidungen und solchen mit Gestaltungs-, Ermessens- oder Beurteilungsspielräumen im Umwelt- und Planungsrecht kaum noch möglich und sinnvoll. Vielmehr ist davon auszugehen, dass bei der gerichtlichen Kontrolle in der Regel zu differenzieren ist zwischen den Punkten, die einer vollständigen Überprüfung unterliegen, und den Punkten mit (anerkannten) Entscheidungsspielräumen der Verwaltung. Außer-

---

<sup>832</sup> Siehe insgesamt dazu 4.3.3.

dem kann angenommen werden, dass die verschiedenen Ansätze für behördliche Entscheidungsspielräume insbesondere im Hinblick auf die damit verbundenen Begrenzungen der richterlichen Prüftiefe weitgehende Übereinstimmungen aufweisen. Das zeigt sich bei den im Hinblick auf einen effektiven Rechtsschutz zu beachtenden Mindestanforderungen, die in dem für die gerichtliche Überprüfung von behördlichen Entscheidungsspielräumen vorgeschlagenen (allgemeinen) Modell der „Abwägungskontrolle“ abgebildet werden.<sup>833</sup> Dabei handelt es sich zwar vor allem bezogen auf die Ergebnisse der zu prüfenden Entscheidungen „nur“ um eine nachvollziehende Kontrolle, im Hinblick auf die vollständige Überprüfung der Auslegung der anwendbaren Rechtsvorschriften und der Sachaufklärung geht dieser Kontrollansatz jedoch recht weit und kann daher bei konsequenter Umsetzung einer „Vollprüfung“ relativ nahe kommen. Damit lässt sich im Ergebnis ein effektiver Rechtsschutz erreichen.

## 4.4 Rechtsvergleich zur richterlichen Prüftiefe in anderen EU-Staaten

### 4.4.1 Fragestellung

Im Zusammenhang mit der Betrachtung der Ansatzpunkte und Begrenzungen der richterlichen Prüftiefe im deutschen Recht, die im vorangehenden Abschnitt vorgenommen worden ist, wird in diesem Abschnitt der Forschungsfrage nachgegangen, welche Begrenzungen der gerichtlichen Kontrolle insofern in Italien, Großbritannien, Schweden und Frankreich bestehen und ob diese ihrerseits jeweils konform mit dem Unionsrecht (insbesondere mit dem Effektivitätsgebot) sind. Da ähnliche Fragestellungen insbesondere zur Rechtslage in Frankreich, Großbritannien und Italien bereits mehrfach eingehend untersucht worden sind<sup>834</sup>, geben die für die folgende Untersuchung auf der Grundlage eines vorgegebenen Questionnaire erstellten Länderberichte<sup>835</sup> einen aktuellen Überblick über die Ansätze der inhaltlichen Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen durch die Gerichte in den einzelnen EU-Staaten. Nachfolgend werden diese Länderberichte zusammen mit den bereits vorliegenden Studien ausgewertet und es werden auch die Ergebnisse der Diskussion berücksichtigt, die ergänzend zu den Länderberichten bezogen auf bestimmte Fragen zur Prüftiefe und zur Bedeutung des Unionsrechts in dem am März 2016 durchgeführten Symposium stattgefunden hat.<sup>836</sup>

### 4.4.2 Frankreich

Im Bericht von *Michel Prieur* wird zunächst darauf hingewiesen, dass sich die gerichtliche Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen in Frankreich – wie schon erwähnt<sup>837</sup> – grundsätzlich auf alle rechtlichen Gesichtspunkte erstreckt, so dass eine Aufhebung sowohl bei materieller als auch bei formeller Rechtswidrigkeit erfolgen kann.<sup>838</sup> Dabei besteht zwar ein weites richterliches Ermessen, es wird allerdings insbesondere im Umweltrecht zwischen wesentlichen und unwesentlichen Verfahrensfehlern unterschieden, wobei eine Aufhebung behördlicher Entscheidungen grundsätzlich nur bei wesentlichen Fehlern in Betracht kommt.<sup>839</sup> Außerdem richtet sich die richterliche Prüftiefe in Frankreich bei umweltrechtlichen Fällen danach, ob die Behörde ein uneingeschränktes Ermessen hatte oder ob ihr Entscheidungsspielraum beschränkt war.<sup>840</sup> Das gilt auch hinsichtlich der Einhaltung des Unionsrechts. Sofern ein uneingeschränktes Ermessen bestand, überprüfen die Gerichte nur, ob die Behörden den Sachverhalt fehlerfrei ermittelt und die Ermessensvorschrift fehlerfrei angewendet haben. In den

<sup>833</sup> Siehe im Einzelnen dazu oben 4.3.1.3.

<sup>834</sup> Vgl. vor allem Epiney/Sollberger (2002) und Frowein (1993); siehe zur neueren Entwicklung auch Epiney/Reitemeyer (2014) sowie Epiney, NVwZ 2014, 465 ff.

<sup>835</sup> Siehe dazu die Anhänge 1, 3 bis 5 und 7.

<sup>836</sup> Siehe dazu das Protokoll zum Symposium in Anhang 8.

<sup>837</sup> Siehe oben 4.2.4.2.

<sup>838</sup> Vgl. Prieur, Länderbericht Frankreich, Anhang 3, Rn. 141; siehe auch Epiney, NVwZ 2014, 465 (470 f.).

<sup>839</sup> Vgl. Prieur, Länderbericht Frankreich, Anhang 3, Rn. 141, mwN zu Entscheidungen über UVP-pflichtige Vorhaben.

<sup>840</sup> Siehe dazu und zum Folgenden näher Prieur, Länderbericht Frankreich, Anhang 3, Rn. 144 ff. – mwN.

meisten Fällen geht es in den verwaltungsgerichtlichen Verfahren jedoch um die Frage, ob die gesetzlichen Grenzen der behördlichen Entscheidungsbefugnisse eingehalten worden sind. Insoweit findet grundsätzlich eine effektive Kontrolle der Rechtsanwendung statt, die sich – anders als beim uneingeschränkten Ermessen – auch auf die Bewertung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Auslegung der einschlägigen Rechtsvorschriften erstreckt. Allerdings beschränkt sich im Umweltrecht vor allem die gerichtliche Kontrolle der Beurteilung von technischen Fragen, die bei der Berücksichtigung von Umweltbelangen bedeutsam sind, auf offensichtliche Ermessens- oder Beurteilungsfehler der Behörden. Darüber hinaus ist vor allem für die Überprüfung von bau(planungs)rechtlichen Entscheidungen bei Vorhaben, deren Realisierung zur Enteignung von Grundstücken führen kann, eine „bilanzierende“ Kontrolle entwickelt worden, bei der die Gerichte eine eigene Abwägung der Vor- und Nachteile vornehmen, die mit der drohenden Enteignung verbunden sind.<sup>841</sup>

Demnach lassen sich einige Parallelen zwischen den in Frankreich und in Deutschland bei der gerichtlichen Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen angewandten Prüfungsmaßstäben feststellen. Hier wie dort wird grundsätzlich unterschieden zwischen behördlichen Entscheidungen, bei denen eine rechtliche Bindung des Verwaltungshandelns durch die gesetzlichen Vorgaben besteht, sowie Fallkonstellationen mit (weiten) behördlichen Entscheidungs- oder Ermessensspielräumen. Soweit die Entscheidungen inhaltlich – mehr oder weniger – einer gesetzlichen Bindung unterliegen, geht die gerichtliche Kontrolle im Hinblick auf die zu beachtenden rechtlichen Vorgaben relativ weit und erfasst grundsätzlich auch die Bewertung von Fakten, während sie bei den reinen Ermessensentscheidungen (deutlich) eingeschränkt ist. Ferner wird bei der Relevanz von Verfahrensfehlern in beiden Ländern danach differenziert, ob sie im Hinblick auf den Inhalt der angegriffenen Entscheidung wesentlich oder unwesentlich sind (siehe für Deutschland § 46 VwVfG). Schließlich ist der von den französischen Verwaltungsgerichten insbesondere für Entscheidungen mit Enteignungswirkungen entwickelte Ansatz einer „Bilanzierung“ von Vor- und Nachteilen mit einer Prüfung der Verhältnismäßigkeit nach dem deutschen Recht vergleichbar.<sup>842</sup>

Es gibt jedoch aus systematischer Sicht auch grundlegende Unterschiede, da das Rechtsschutzsystem in Frankreich – anders als in Deutschland – grundsätzlich auf eine objektive Rechtskontrolle ausgerichtet ist.<sup>843</sup> Dabei werden ausgehend vom Grundsatz der Gewaltenteilung weitgehende Entscheidungsspielräume der Verwaltung anerkannt, so dass die richterliche Prüftiefe vom Ansatz her eher gering ist. Inzwischen berücksichtigen die französischen Verwaltungsgerichte allerdings zunehmend Aspekte des Grundrechtsschutzes und der Verhältnismäßigkeit, so dass behördliche Entscheidungen auch einer vollständigen Kontrolle unterzogen werden können.<sup>844</sup> Es ergibt sich daher nicht nur eine Unterscheidung zwischen gebundenen Entscheidungen und Ermessensentscheidungen, wie sie im deutschen Recht üblich ist, sondern die gerichtliche Kontrolle kennt mehrere „Stufen“,<sup>845</sup> wobei die Abgrenzung in der Praxis allerdings Schwierigkeiten bereitet und zudem aufgrund der dabei bestehenden richterlichen Entscheidungsspielräume stark kasuistisch geprägt ist:<sup>846</sup>

Die grundlegende „Stufe“ ist eine Minimalkontrolle, die immer durchzuführen ist und bei der die Verwaltungsentscheidungen nur auf Sachverhalts- oder Rechtsirrtümer sowie auf offensichtliche Beurtei-

<sup>841</sup> Vgl. Prieur, Länderbericht Frankreich, Anhang 3, Rn. 149 f. – mwN.

<sup>842</sup> Vgl. dazu näher Lerche, in: Frowein (1993), S. 12 ff.; es gibt allerdings auch andere Fallkonstellationen, bei denen der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Prüfmaßstab eine Rolle spielt, vgl. Epiney/Sollberger (2002), S. 151 – mwN.

<sup>843</sup> Siehe dazu näher Epiney/Reitemeyer (2014), S. 149 ff.

<sup>844</sup> Vgl. Epiney/Reitemeyer (2014), S. 153 – mwN.

<sup>845</sup> Vgl. die ausführlichen Darstellungen bei Epiney/Sollberger (2002), S. 142 ff., und Lerche, in: Frowein (1993), S. 8 ff., sowie die Übersicht bei Prieur, Symposium Protokoll, Anhang 8 (unter 8.2.6.1) – im Folgenden werden ausgehend davon die drei wesentlichen Stufen (minimal, normal, maximal) dargestellt, von den genannten Autoren werden jedoch zum Teil noch weitere Stufen oder Varianten der gerichtlichen Kontrolldichte genannt (siehe Lerche, aaO, und Prieur, aaO).

<sup>846</sup> Siehe dazu näher Epiney/Sollberger (2002), S. 150 ff.

lungsfehler (erreur manifeste d'appréciation) vor allem bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe und bei der Ermessensausübung überprüft werden.<sup>847</sup> Diese Form der Kontrolle findet insbesondere bei Entscheidungen statt, bei denen die Verwaltung weitgehend über die alleinige Kompetenz zur „rechtlichen Qualifizierung der ermittelten Tatsachen“ oder zur Auswahl von Rechtsfolgen verfügt, wobei jedoch nicht – wie im deutschen Recht – zwischen Beurteilungsspielräumen auf der Tatbestandsseite und der Ermessensausübung bei den Rechtsfolgen unterschieden wird.<sup>848</sup> Der Anwendungsbereich der die offensichtlichen Beurteilungsfehler betreffenden Überprüfung erstreckt sich daher im Bereich des Umweltrechts insbesondere auf die schon angesprochenen Fälle, in denen für die Rechtsanwendung technische Kenntnisse erforderlich sind, wie es z.B. bei der Genehmigung von Kernkraftwerken der Fall ist. Sie wird aber z.B. auch bei Entscheidungen im Raum- und Bauplanungsrecht sowie bei Anfechtungsklagen Dritter gegen Baugenehmigungen angewendet.<sup>849</sup> Deswegen beschränkt sich die gerichtliche Überprüfung z.B. bei Klagen, die sich gegen die Genehmigung von Windkraftanlagen richten, ebenfalls grundsätzlich auf eine Minimalkontrolle, obwohl dabei häufig die unionsrechtlichen Anforderungen an den Habitat- und Artenschutz zu beachten sind.<sup>850</sup>

Die nächsten „Stufe“ wird als „normale“ Kontrolle bezeichnet, bei der sowohl die Ermittlung des Sachverhalts als auch die Rechtsanwendung umfassend geprüft wird.<sup>851</sup> Dabei geht es um Fälle, in denen die Behörden an relativ präzise Rechtsvorschriften gebunden sind, wobei als Beispiel vor allem Klagen von Grundstückseigentümern gegen die Ablehnung einer Baugenehmigung zu nennen sind; die hier gegenüber den Anfechtungsklagen Dritter erhöhte Kontrolldichte ergibt sich aus dem gesetzlich verankerten Recht auf Bebauung des eigenen Grundstücks.<sup>852</sup> Außerdem wird angenommen, dass im Naturschutzrecht und im Bereich des Küstenschutzes grundsätzlich eine „normale“ gerichtliche Kontrolle stattfindet.<sup>853</sup> Zumindest bei Klagen gegen Genehmigungen für Windenergieanlagen, die hinsichtlich des geltenden Unionsrechts im Rahmen des für diese Studie durchgeführten Symposiums diskutiert worden sind, beschränkt sich die Überprüfung aber in Folge der dabei vorliegenden Anfechtung durch Dritte wie bereits erwähnt auf offensichtliche Fehler.<sup>854</sup>

Die höchste „Stufe“ der gerichtlichen Kontrolle ist eine „maximale“ Überprüfung der Verwaltungsentscheidung, die vor allem in den schon angesprochenen Fällen einer drohenden Enteignung von Grundstücken zur Anwendung kommt, darüber hinaus aber z.B. auch im Polizeirecht aufgrund der dort möglichen Verletzung von Grundrechten relevant ist.<sup>855</sup> Die hierbei von den Gerichten vorzunehmende Abwägung der Vor- und Nachteile kann auch Kosten-Nutzen-Erwägungen z.B. zugunsten von betroffenen Grundstückseigentümern umfassen und geht damit über die „normale“ Kontrolle hinaus. Dabei kommt eine Aufhebung der behördlichen Entscheidung zwar an sich nur in Betracht, wenn sie für betroffene Bürger mit besonders hohen finanziellen oder sozialen Kosten verbunden sein wird. Ausgehend von diesem Prüfungsansatz sind aber auch schon mehrfach Zulassungsentscheidungen für Vorhaben aufgehoben worden, bei denen erhebliche Beeinträchtigungen von Natur und Umwelt oder des Landschaftsbildes zu erwarten waren.<sup>856</sup>

---

<sup>847</sup> Vgl. Epiney/Sollberger (2002), S. 142 f.; Lerche, in: Frowein (1993), S. 9 ff. – jeweils mwN.

<sup>848</sup> Siehe dazu näher Lerche, in: Frowein (1993), S. 9 f.

<sup>849</sup> Vgl. die Beispiele bei Epiney/Sollberger (2002), S. 143 f.

<sup>850</sup> Siehe dazu Prieur, Symposium Protokoll, Anhang 8, mit Beispielen aus der Rechtsprechung (unter 8.2.6.1).

<sup>851</sup> Vgl. Epiney/Sollberger (2002), S. 144 ff.; Lerche, in: Frowein (1993), S. 11 f. – jeweils mwN.

<sup>852</sup> Vgl. Epiney/Sollberger (2002), S. 145.

<sup>853</sup> Siehe ebenfalls die Beispiele bei Epiney/Sollberger (2002), S. 145 f.

<sup>854</sup> Siehe die Beispiele bei Prieur, Symposium Protokoll, Anhang 8 (unter 8.2.6.1).

<sup>855</sup> Vgl. Epiney/Sollberger (2002), S. 146 ff.; Lerche, in: Frowein (1993), S. 12 ff.

<sup>856</sup> Vgl. die Beispiele aus der Rechtsprechung bei Prieur, Länderbericht Frankreich, Anhang 3, Rn. 150.

Diese Prüfungsstufen lassen sich nicht strikt voneinander abgrenzen und werden daher von den Gerichten teilweise nach Ermessen „vermischt“, wobei die jeweilige Intensität der Kontrolle wohl auch maßgeblich von Erwägungen zur Einzelfallgerechtigkeit abhängt.<sup>857</sup> Insgesamt gesehen ergibt sich daher eine Bandbreite der Kontrolldichte, die ausgehend vom Klagegegenstand und den jeweils zu beachtenden Rechtsvorschriften variiert und von einer Art Willkürkontrolle einerseits bis zu einer Vollkontrolle andererseits reicht.<sup>858</sup> Dabei ist die richterliche Prüftiefe tendenziell umso geringer, je mehr bei einer Verwaltungsentscheidung technisches Fachwissen oder politische Abwägungen eine Rolle spielen, und umso intensiver, je stärker Grundrechte der Bürger betroffen sind.<sup>859</sup>

Demnach kann die gerichtliche Kontrolle in Frankreich im Einzelfall durchaus ähnlich weit gehen wie der vom Ansatz her auf eine vollständige Überprüfung der Verwaltungsentscheidungen ausgerichtete Rechtsschutz in Deutschland, zumal auch hier speziell im Umweltrecht die richterliche Prüftiefe teilweise durch die Anerkennung behördlicher Entscheidungsspielräume begrenzt wird.<sup>860</sup> Es ist daher wenig aussagekräftig, wenn darauf verwiesen wird, dass die Kontrolldichte in Frankreich aufgrund des auf die objektive Rechtmäßigkeit ausgerichteten Prüfungsansatzes „prinzipiell“ herabgesetzt sei.<sup>861</sup> Vielmehr ist festzustellen, dass die gerichtliche Kontrolle dort vor allem bezogen auf den Schutz subjektiver Rechte und die Beachtung der Verhältnismäßigkeit weiterentwickelt und intensiviert worden ist.<sup>862</sup> Es sind daher auch keine Bedenken gegen die Vereinbarkeit des französischen Rechtsschutzsystems mit dem Unionsrecht ersichtlich.

Trotzdem spricht einiges dafür, dass die richterliche Prüftiefe in Frankreich bei Klagen im Bereich des Umweltrechts regelmäßig geringer ist als in Deutschland. Zum einen geht die Anerkennung von Entscheidungsspielräumen der Verwaltung insbesondere auf der Tatbestandsebene wohl weiter als in Deutschland, wo die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe in der Regel vollständig überprüft wird. Zum anderen halten sich die französischen Verwaltungsgerichte trotz des geltenden Amtsermittlungsgrundsatzes vor allem bei der Überprüfung von Tatsachen meist stark zurück und verzichten regelmäßig auf eine Sachverhaltsermittlung durch Gutachter, so dass die Kläger insoweit praktisch die Beweislast trifft.<sup>863</sup> Das betrifft auch Klagen Dritter gegen die Genehmigung von Bauvorhaben, bei denen – anders als bei den Klagen der Vorhabenträger – regelmäßig nur eine Minimalkontrolle bezogen auf offensichtliche Fehler vorgenommen wird, so dass sich die Gerichte in solchen Fällen mit der Sachaufklärung auch dann zurückhalten können, wenn z.B. bei Windkraftanlagen artenschutzrechtliche Vorgaben des Unionsrechts zu beachten sind.<sup>864</sup> Demgegenüber sind die deutschen Verwaltungsgerichte in derartigen Fällen trotz der auch hier vor allem im Habitat- und Artenschutzrecht anerkannten Beurteilungsspielräume grundsätzlich gehalten, im Rahmen einer „Abwägungskontrolle“ die Sachverhaltsermittlung vollständig zu kontrollieren und bei fachlichen Bewertungen die Nachvollziehbarkeit auch hinsichtlich der Methodik zu überprüfen.<sup>865</sup> Damit gehen die im deutschen Verwaltungsrecht grundsätzlich zu beachtenden Anforderung an die gerichtliche Kontrolle vom Ansatz her weiter als die Minimalkontrolle in Frankreich, so dass jedenfalls insoweit ein Unterschied hinsichtlich der Prüftiefe besteht, der sich wohl auch in der Gerichtspraxis auswirkt.<sup>866</sup> Aufgrund der Bandbreite der Prüfungs-

<sup>857</sup> Vgl. Epiney/Sollberger (2002), S. 150 ff. – mwN.

<sup>858</sup> Vgl. auch Epiney/Reitemeyer (2014), S. 153.

<sup>859</sup> Vgl. Epiney/Sollberger (2002), S. 140.

<sup>860</sup> Siehe zur Begrenzung der Prüftiefe in Deutschland oben 4.3.

<sup>861</sup> So aber Leidinger, NVwZ 2011, 1345 (1347).

<sup>862</sup> Vgl. Epiney, NVwZ 2014, 465 (473) – mwN; siehe auch oben 4.2.5.

<sup>863</sup> So Epiney/Sollberger (2002), S. 119 f., vgl. auch Woehrling, NVwZ 1999, 502 (505).

<sup>864</sup> Vgl. dazu die Antworten von Prieur, Symposium Protokoll, Anhang 8 (unter 8.2.6.1).

<sup>865</sup> Siehe zu diesem Kontrollansatz oben 4.3.2.3.

<sup>866</sup> Siehe dazu am Ende von 4.3.2.3 die Hinweise darauf, dass bei jüngeren Gerichtsentscheidungen zur Genehmigung von Windkraftanlagen meist eine relativ eingehende Überprüfung insbesondere der Sachaufklärung und auch der fachlichen

maßstäbe ist es aber wie erwähnt durchaus möglich, dass auch die französischen Verwaltungsgerichte in anderen Fällen eine dem deutschen Recht ähnliche Kontrolle durchführen oder dass sie insbesondere bei der Anwendung des Unionsrechts zu vergleichbaren Ergebnissen kommen. Die vorstehend angesprochenen Anwendungsbeispiele für eine „normale“ und „maximale“ Kontrolle, die sich auf das Naturschutzrecht beziehen, deuten darauf hin, dass es solche Fälle auch tatsächlich gibt. Daher zeichnet sich insgesamt gesehen sowohl vom Ansatz her als auch in der Praxis eher eine Annäherung der unterschiedlichen Rechtsschutzkonzepte und der richterlichen Prüftiefe als das Fortbestehen grundlegender Unterschiede im Verhältnis zum deutschen Recht ab.<sup>867</sup>

#### 4.4.3 Großbritannien

Zur gerichtlichen Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen in Großbritannien, die vor allem im Verfahren einer „judicial review“ grundsätzlich möglich ist, wird im Länderbericht von Carol Day zunächst darauf hingewiesen, dass sich die gerichtliche Kontrolle nur scheinbar gleichermaßen auf die formelle und materielle Rechtmäßigkeit erstreckt.<sup>868</sup> Zwar wird das Vorliegen von Verfahrensfehlern durch die Gerichte tatsächlich sehr weitgehend kontrolliert.<sup>869</sup> Die hier zu untersuchende Prüftiefe bei der materiellen Rechtmäßigkeit richtet sich aber nach dem durch case law anerkannten „Wednesbury (unreasonableness) test“, der in der Regel nur bei im Ergebnis unhaltbaren Verwaltungsentscheidungen zu einem Eingreifen der Gerichte führt.<sup>870</sup> Daher wird zur Intensität der gerichtlichen Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen in Großbritannien bereits vorab zusammenfassend festgestellt, dass sich eine Beschränkung hauptsächlich durch die Konzentration auf die Verfahrensfehler – anstelle einer näheren Prüfung der materiell-rechtlichen Fehler – ergibt.<sup>871</sup>

Der „Wednesbury test“ geht auf den Fall „Associated Provincial Picture House Ltd. v Wednesbury Corporation“ zurück und ist dann in anderen Entscheidungen aufgegriffen worden. Nach einer Formulierung von Lord Diplock in dem Fall „Council of Civil Service Unions v Minister for Civil Service“ führen danach Verstöße gegen das materielle Recht bei einer Verwaltungsentscheidung nur zum Eingreifen und zur Aufhebung durch das Gericht, wenn diese im Ergebnis wie folgt einzuordnen ist:

*“so outrageous in its defiance of logic or accepted moral standards that no sensible person who had applied his mind to the question to be decided could have arrived at it”.*<sup>872</sup>

Die gerichtliche Kontrolle beschränkt sich also auf die Prüfung, ob bei der Rechtsanwendung offensichtlich ein so schwerwiegender Fehler gemacht worden ist, dass das Ergebnis als abwegig oder unhaltbar angesehen werden muss. Damit werden praktisch bei allen auslegungs- oder konkretisierungsbedürftigen Rechtsbegriffen weitgehende Entscheidungsspielräume der Behörden anerkannt, ohne dabei – wie im deutschen Recht – Beurteilungs- und Ermessensspielräumen auf der Tatbestands-

---

Bewertungen festgestellt werden konnte; vgl. demgegenüber das von Lerche, in Frowein (1993), S. 6 f., beschriebene Beispiel eines Falles, in dem der Conseil d'Etat nahezu vollständig auf eine Sachaufklärung verzichtet hatte.

<sup>867</sup> Vgl. auch das Fazit von Epiney/Reitemeyer (2014), S. 162 ff. (bezogen auf Frankreich insbesondere Rn. 97).

<sup>868</sup> Vgl. Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4, Rn. 82.

<sup>869</sup> Siehe dazu auch die Beispiele bei Epiney/Reitemeyer (2014), S. 156 f.

<sup>870</sup> Vgl. Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4, Rn. 82.

<sup>871</sup> Vgl. Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4, Rn. 86 (mwN): „It has been noted that the primary limitation of JR in England and Wales is its focus on procedural, rather than substantial, impropriety.“

<sup>872</sup> Zitiert nach Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4, Rn. 82.

und Rechtsfolgenebene zu unterscheiden.<sup>873</sup> Zugleich gehen die Gerichte davon aus, dass es nicht ihre Aufgabe ist, die behördliche Entscheidung durch ein richterliches Urteil zu ersetzen. Der „Wednesbury test“ wird in Großbritannien allerdings schon seit den 1980er Jahren erheblich kritisiert, weil sich der vage Prüfungsmaßstab und das weite richterliche Ermessen bei der Anwendung als hohe Hürden für die Kläger erwiesen haben, die in der Praxis nur schwer überwindbar sind.<sup>874</sup>

Diese starke Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle von Verletzungen des materiellen Rechts in Großbritannien ist bereits vom Aarhus Convention Compliance Committee im Hinblick auf eine unzureichende Umsetzung von Art. 9 Abs. 2 und 3 AK diskutiert worden.<sup>875</sup> Dabei ist das ACCC zwar zu der Auffassung gelangt, dass in Großbritannien grundsätzlich die Möglichkeit besteht, bestimmte Aspekte der materiellen Rechtmäßigkeit von Verwaltungsentscheidungen – z.B. die fehlerhafte Sachverhaltsermittlung und rechtliche Fehler sowie sachfremde Erwägungen – gerichtlich überprüfen zu lassen. Es war aber nicht davon überzeugt, dass damit die Vorgaben der Aarhus-Konvention für den Rechtsschutz in Umweltangelegenheiten ausreichend umgesetzt werden. Trotzdem ist nicht festgestellt worden, dass eine Nichtbeachtung von Art. 9 Abs. 2 und 3 AK vorliegt, sondern das ACCC hat lediglich empfohlen, dass die britischen Gerichte bei von der Aarhus-Konvention erfassten Fällen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als besser geeigneten Prüfungsmaßstab anwenden sollten.<sup>876</sup> Entsprechende Bedenken sind auch schon vor den britischen Gerichten geltend gemacht worden.<sup>877</sup> Die insbesondere von Richtern des Supreme Court geäußerten „gravierenden Zweifel“, ob die bisher in der Praxis übliche Vorgehensweise der Aarhus-Konvention entspricht, betrafen den Fall einer Überprüfung des Anspruchs auf Zugang zu Umweltinformationen nach Art. 6 Abs. 2 AK. Die von den Richtern als „schwierig“ bezeichnete Frage, ob eine flexible Handhabung des „Wednesbury tests“ den danach gebotenen Rechtsschutz gewährleisten könnte, ist jedoch letztlich offen geblieben.<sup>878</sup>

Ähnlich war es bei der den Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 2 AK betreffenden Klage der Umweltgruppe Sustainable Shetland gegen die Genehmigung eines Windparks auf den Shetland Inseln durch die schottischen Ministerien. In diesem Fall ging es um die Frage, wie eingehend die Beachtung der VogelschutzRL (2009/147/EC) gerichtlich geprüft werden musste. Das in erster Instanz zuständige Gericht hatte eine eingehende Prüfung vorgenommen und war zu dem Ergebnis gekommen, dass die Behörde nicht ausreichend dargelegt habe, dass dieser Richtlinie entsprechend einen günstiger Erhaltungszustand der geschützten Vogelart Whimbrel bewahrt werde. Das Berufungsgericht hob diese Entscheidung jedoch auf, weil es die Genehmigung auch im Hinblick auf die unionsrechtlichen Vorgaben für rechtmäßig hielt. Dafür reiche die Feststellung aus, dass die Behörde die Auswirkungen des Vorhabens auf die geschützte Vogelart geprüft und als nicht erheblich angesehen habe. Damit sei dieser Punkt einer näheren Betrachtung durch das Gericht entzogen. Der daraufhin angerufene Supreme Court stimmte dem Berufungsgericht vom Ansatz her zu und bestätigte ebenfalls die Rechtmäßigkeit der Genehmigung. Dabei wurde zwar klargestellt, dass ein belegbarer Verstoß gegen die VogelschutzRL (2009/147/EC) ein vom Gericht zu berücksichtigender Einwand sein könne. Der Supreme Court sah jedoch im konkreten Fall für einen solchen Verstoß keine Anhaltspunkte, so dass er weder

---

<sup>873</sup> Siehe dazu auch Epiney/Reitemeyer (2014), S. 155 f. – mwN.

<sup>874</sup> Vgl. Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4, Rn. 83 – mwN.

<sup>875</sup> Vgl. ACCC/C/2008/C33 (United Kingdom).

<sup>876</sup> Vgl. Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4, Rn. 86, unter Hinweis auf <http://www.unece.org/env/pp/compliance/Compliancecommittee/33TableUK.html> (abgerufen am 19.10.16).

<sup>877</sup> Vgl. die eingehende Darstellung verschiedener Fallbeispiele bei Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4, Rn. 87 ff.

<sup>878</sup> Vgl. Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4, Rn. 92, mit Hinweis auf Evans v Attorney General & Information Commissioner [2014] EWCA Civ 254.

darauf noch auf die Frage, ob die bisher bei der Judicial Review stark beschränkte Rechtmäßigkeitsprüfung Art. 9 Abs. 2 und 4 AK widerspricht, weiter eingehen musste.<sup>879</sup>

Aus Sicht des Unionsrechts scheinen keine grundlegenden Bedenken gegen den sehr weitmaschigen Kontrollansatz der britischen Gerichte zu bestehen. In einem neueren Urteil zur Auslegung von Art. 5 und 6 UmweltinformationsRL 2003/4/EG,<sup>880</sup> in dem es um die Höhe der Gebühren für die Bereitstellung von Umweltinformationen und um die gerichtliche Kontrolle ihrer Festsetzung in Großbritannien geht, stellt der Europäische Gerichtshof in Übereinstimmung mit seiner bisherigen Rechtsprechung ausdrücklich klar, dass die Durchsetzung des Unionsrechts nicht allein dadurch übermäßig erschwert wird, dass das nationale Recht keine umfassende Überprüfung behördlicher Entscheidungen vorsieht. Allerdings verlangt er zugleich eine effektive Beachtung bestimmter Anforderungen, die für die Entscheidung über die Kostentragung aus den genannten Vorschriften der Richtlinie abgeleitet werden.<sup>881</sup> Für die Umsetzung oder Anwendbarkeit des Unionsrechts ist demnach vor allem relevant, ob die nationalen Gerichte die im Sinne des Effektivitätsgrundsatzes aus einer Richtlinie ableitbaren Vorgaben im Einzelfall berücksichtigen und ihnen dadurch Geltung verschaffen (können). Ob das jeweilige nationale Rechtssystem ansonsten einen weiten oder engen Kontrollansatz vorsieht und ob ausgehend davon – wie in Großbritannien – Verwaltungsentscheidungen an sich nur sehr beschränkt gerichtlich kontrolliert werden, spielt hingegen keine Rolle. Vielmehr reicht es aus Sicht des Gerichtshofs offenbar aus, wenn das nationale Prozessrecht auch eine genauere Kontrolle zulässt und wenn diese durchgeführt wird, soweit das Unionsrechts dies im Einzelfall verlangt.

Zum Stand der Diskussion in Großbritannien lässt sich demnach festhalten, dass trotz der auch dort bestehenden Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit des bisher bei der Judicial Review angewendeten Prüfungsmaßstabs mit den Anforderungen des Art. 9 Abs. 2 und 4 AK derzeit keine Änderung der dafür maßgeblichen Rechtsprechung absehbar ist. Der Empfehlung des ACCC, den in seiner Prüftiefe sehr beschränkten „Wednesbury test“ durch die Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu erweitern, wird – soweit ersichtlich – bisher jedenfalls im Bereich des Umweltrechts nicht gefolgt. Vielmehr besteht weiterhin die Auffassung, dass dieser Prüfungsansatz flexibel genug sei, um eine auch im Hinblick auf die Anforderungen der Aarhus-Konvention hinreichend genaue gerichtliche Kontrolle zu ermöglichen.<sup>882</sup> Da der Supreme Court diese Frage – wie dargelegt – trotz der „gravierenden Zweifel“ einzelner Richter bisher nicht geklärt hat, ist eine Änderung des Prüfungsmaßstabes wohl erst zu erwarten, wenn das ACCC das Problem wieder aufgreift und dann festgestellt wird, dass Großbritannien deshalb die Aarhus-Konvention nicht einhält.<sup>883</sup>

Für den Rechtsvergleich ergibt sich demnach, dass die durch die Gerichte weitgehend auf eine Art Willkürkontrolle beschränkte Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit von Verwaltungsentscheidungen in Großbritannien sowohl vom Ansatz her als auch in der Praxis deutlich hinter dem grundsätzlich auf eine vollständige Kontrolle ausgerichteten Rechtsschutz in Deutschland zurück bleibt. Maßgeblich für die insoweit bestehenden Unterschiede ist vor allem die weitgehende Anerkennung behördlicher Entscheidungsspielräume durch die britischen Gerichte, die aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung abgeleitet wird, so dass sie unabhängig vom Gegenstand der jeweiligen Regelung besteht und keiner besonderen sachlichen Begründung bedarf. Demgegenüber reicht in Deutschland allein die Konkreti-

---

<sup>879</sup> Sustainable Shetland v The Scottish Ministers and another (Scotland) [2015] UKSC 4; [https://www.supremecourt.uk/decided-cases/docs/UKSC\\_2014\\_0216\\_judgment.pdf](https://www.supremecourt.uk/decided-cases/docs/UKSC_2014_0216_judgment.pdf) (abgerufen am 19.10.16); paragraphs 29 - 38; vgl. auch Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4, Rn. 96.

<sup>880</sup> EuGH, Urt. v. 6.10.2015 – Rs. C-71/14 – NVwZ 2015, 1588 ff.

<sup>881</sup> Siehe insgesamt dazu EuGH, Urt. v. 06.10.2015 – Rs. C-71/14 – Rn. 58 und 59 = NVwZ 2015, 1588 ff. – mwN.

<sup>882</sup> Siehe die Zitate aus der erstinstanzlichen Entscheidung zu Evans v Attorney General & Information Commissioner [2013] EWHC 1960 - admin, bei Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4, Rn. 88.

<sup>883</sup> Vgl. Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4, Rn. 99.

sierungsbedürftigkeit einer Regelung grundsätzlich nicht für die Anerkennung eines Entscheidungsspielraums der Verwaltung aus, sondern es wird – wie eingehend erörtert<sup>884</sup> – zusätzlich ein sachlicher Grund für die damit verbundene Begrenzung der gerichtlichen Kontrolle verlangt. Der „Wednesbury test“ ist zwar an sich ein flexibler Prüfungsmaßstab und es erscheint daher nicht ausgeschlossen, die gerichtliche Kontrolle ausgehend davon auch auf die Ermittlung und Würdigung von Tatsachen zu erstrecken oder durch die Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu ergänzen.<sup>885</sup> Ausgehend von den im Bericht von Carol Day genannten Fallbeispielen kann aber angenommen werden, dass damit jedenfalls im Bereich des Umweltrechts vorerst nicht zu rechnen ist.<sup>886</sup> Dafür spricht auch, dass die Judicial Review grundsätzlich auf Rechtsfragen ausgerichtet ist und dass außerdem der Beibringungsgrundsatz gilt, so dass sich die britischen Gerichte in aller Regel nur auf nachgewiesene Tatsachen stützen und die Beweislast dem Kläger aufbürden.<sup>887</sup> Die richterliche Prüftiefe bei der materiell-rechtlichen Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen ist daher in Großbritannien insgesamt gesehen erheblich geringer als in Deutschland, denn hier ist für Fälle mit behördlichen Entscheidungsspielräumen eine vergleichsweise weitgehende „Abwägungskontrolle“ vorgesehen.<sup>888</sup>

#### 4.4.4 Italien

In dem Bericht von *Margherita Poto* wird ein Überblick über die bei der gerichtlichen Kontrolle von umweltrelevanten Verwaltungsentscheidungen in Italien bestehenden Ansatzpunkte gegeben.<sup>889</sup> Eine Besonderheit besteht dabei darin, dass dort Klagemöglichkeiten in Umweltangelegenheiten für die Umweltverbände und die Bürger vor den Verwaltungsgerichten und vor den Zivil- oder Strafgerichten bestehen:<sup>890</sup>

Mit einer Klage vor den Verwaltungsgerichten kann auch in Italien eine Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Verwaltungsentscheidungen verlangt werden, wobei grundsätzlich jede Person oder Vereinigung klagebefugt ist, die ein ausreichendes Interesse geltend machen kann.<sup>891</sup> Eine vollständige Kontrolle der behördlichen Entscheidung erfolgt allerdings nur in bestimmten, gesetzlich festgelegten Fallkonstellationen, zu denen umweltrelevante Entscheidungen nicht gehören. Es ist zwar grundsätzlich möglich, die Verletzung von verwaltungs- und umweltrechtlichen Vorschriften einschließlich des Verfahrensrechts umfassend geltend zu machen. Die italienischen Verwaltungsgerichte führen aber grundsätzlich nur eine externe Kontrolle in dem Sinne durch, dass sie die behördliche Entscheidung zwar aufheben, aber nicht durch eine eigene Entscheidung ersetzen können. Außerdem beschränkt sich die Kontrolle auf die von den Parteien gerügten Rechtsfehler, weil die Gerichte generell bei ihrer

<sup>884</sup> Siehe dazu oben 4.3.1.2 und bezogen auf das Naturschutzrecht auch 4.3.2.3.

<sup>885</sup> Vgl. Epiney/Sollberger (2002), S. 192 f. und S. 199 ff.; siehe auch

<sup>886</sup> Siehe ergänzend zu dem vorstehend schon angesprochenen Beispiel des Windparks auf den Shetland Inseln die weiteren Beispiele bei Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4, Rn. 87 ff, und dort insbesondere auch den Hinweis auf den Fall *Royal Society for the Protection of Birds v. Defra* (Court of Appeal Judgement - 18.03.2015 - EWCA Civ 227), in dem auf Grundlage des „Wednesbury tests“ die nicht plausibel begründeten Zahlenangaben zu einer bedrohten Vogelpopulation von Lord Justice Sullivan mit folgendem Argument akzeptiert worden ist: „If it was an appeal on the merits I would have said they are unconvincing, but I am unable to conclude that they are irrational“ (aaO, Rn. 98); vgl. ferner zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als noch nicht etabliertem Prüfungsmaßstab auch Epiney/Reitemeyer (2014), S. 158.

<sup>887</sup> Vgl. Epiney/Sollberger (2002), S. 191 f.; siehe dazu auch schon 4.2.4.

<sup>888</sup> Siehe dazu oben 4.3.1.3.

<sup>889</sup> Vgl. Poto, Länderbericht Italien, Anhang 5, Rn. 67 ff.

<sup>890</sup> Die Zuordnung eines Falles zu den Rechtswegen und Verfahren richtet sich – anders als im deutschen Recht – nicht nach der Unterscheidung zwischen öffentlich- und privatrechtlichen Streitigkeiten, sondern es ist grundsätzlich die Art oder Qualität des als verletzt angesehenen Rechts maßgebend, wodurch schwierige Abgrenzungsfragen entstehen können, vgl. näher dazu Epiney/Sollberger (2002), S. 259 ff.; im Umweltrecht ist die Rechtslage aber insofern geklärt worden, als vor allem Anfechtungsklagen gegen Zulassungsentscheidungen und andere Verwaltungsakte durch Art. 103 des Verwaltungsverfahrensgesetzes von 2010 den Verwaltungsgerichten zugewiesen werden, vgl. Caranta (2012), S. 6.

<sup>891</sup> Vgl. dazu und zum folgenden Poto, Länderbericht Italien, Anhang 5, Rn. 69; siehe näher dazu auch 2.7.3.

Prüfung über das Klagevorbringen nicht hinausgehen, so dass den Kläger eine Darlegungslast trifft.<sup>892</sup> Im Hinblick auf die Prüftiefe wird berichtet, dass die italienischen Verwaltungsgerichte zwar im Bereich des Umweltrechts an sich – ausgehend von einem kasuistisch entwickelten Katalog möglicher Ermessensfehler<sup>893</sup> und der in diesem Bereich bestehenden „competenza esclusiva“<sup>894</sup> – eine relativ eingehende Überprüfung der Verwaltungsentscheidung vornehmen und diese sogar abändern können, dies aber praktisch nicht tun.<sup>895</sup> Als Beispiele aus jüngerer Zeit werden insbesondere Klagen gegen Verwaltungsentscheidungen genannt, bei denen eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen war. In diesen Fällen ist der Consiglio di Stato (als Berufungsgericht) davon ausgegangen, dass den Behörden im Hinblick auf die erforderlichen Untersuchungen und Einschätzungen ein weiter Einschätzungsspielraum zusteht, so dass nur offensichtliche Fehler zum Erfolg der Klage führen können. In die gleiche Richtung geht wohl auch eine verwaltungsgerichtliche Entscheidung aus dem Jahr 2015, in der es um die Vereinbarkeit von behördlichen Vorgaben für die Vogeljagd mit der VogelschutzRL (2009/147/EU) ging.<sup>896</sup> Dementsprechend halten sich die italienischen Verwaltungsgerichte bei der Hinzuziehung von Gutachtern zurück und beschränken die Sachaufklärung meist auf die Überprüfung einfacher Fragen. Bei komplexen Sachverhalten und Einschätzungsspielräumen der Verwaltung werden hingegen meist nur offensichtliche Mängel in der Beurteilung oder der dazu gegebenen Begründung als relevant angesehen.<sup>897</sup>

Sofern eine Klage vor den Zivil- oder Strafgerichten erhoben wird, beschränkt sich die Überprüfung der Verwaltungsentscheidung auf eine indirekte Kontrolle, weil es in diesen Fällen vorrangig um die möglicherweise durch diese Entscheidung verursachten Umweltschäden geht. Die gerichtliche Kontrolle setzt also bei diesen Schäden und nicht bei der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns an.<sup>898</sup> Maßgeblich ist dafür auch, dass die Zivil- oder Strafgerichte nicht befugt sind, eine Verwaltungsentscheidung aufzuheben oder zu ändern.<sup>899</sup> Außerdem gilt auch bei den Zivil- und Strafgerichten die Dispositionsmaxime, so dass sich die gerichtliche Kontrolle nur auf die von den Parteien vorgebrachten Punkte erstrecken kann.<sup>900</sup> Eine besondere praktische Bedeutung haben wohl strafrechtliche Verfahren im Zusammenhang mit Aktivitäten der Mafia insbesondere im Bereich der illegalen Abfallentsorgung, weil dagegen teilweise von Seiten der Verwaltungsbehörden nicht oder nur unzureichend vorgegangen worden ist.<sup>901</sup> Letztlich handelt es sich hierbei aber um Klagemöglichkeiten, die neben dem Verwaltungsrechtsschutz zusätzliche und andersartige Kontrollansätze eröffnen, so dass hier nicht weiter darauf einzugehen ist.

Insgesamt gesehen gilt demnach in Italien auch für verwaltungsgerichtliche Klagen in umweltschutzrelevanten Fällen, dass sich die richterliche Prüftiefe regelmäßig auf offensichtliche Fehler bei der Rechtsanwendung oder Begründung von Verwaltungsentscheidungen beschränkt. Insbesondere bei der Sachaufklärung und bei den behördlichen Entscheidungsspielräumen ist die Prüftiefe deutlich geringer als bei der von den deutschen Verwaltungsgerichten durchgeführten „Abwägungskontrolle“,

<sup>892</sup> Siehe dazu schon 4.2.4.4.

<sup>893</sup> Vgl. dazu näher Epiney/Sollberger (2002), S. 284 ff.

<sup>894</sup> Vgl. dazu Epiney/Sollberger (2002), S. 293 ff.

<sup>895</sup> Siehe Poto, Länderbericht Italien, Anhang 5, Rn. 71 f., sowie Caranta (2012), S. 18 f. – jeweils mwN zur Rechtsprechung.

<sup>896</sup> Siehe näher dazu Poto, Symposium Protokoll, Anhang 8 (unter 8.2.6.3).

<sup>897</sup> Vgl. dazu Caranta (2012), S. 18 f., mit Bezug auf die angesprochenen Entscheidungen zu den UVP-Fällen; vgl. aber auch Epiney/Reitemeyer (2014), S. 161, mwN, wo – unter anderem unter Verweis auf Caranta (aaO) – ausgeführt wird, dass die italienischen Verwaltungsgerichte bei technischen Fragen die konkrete Vertretbarkeit der Entscheidung in letzter Zeit etwas genauer kontrollieren und nur in Fällen, in denen verschiedene Lösungen vertretbar erschienen, die dann maßgeblichen Zweckmäßigkeitserwägungen nicht überprüfen.

<sup>898</sup> Vgl. Poto, Länderbericht Italien, Anhang 5, Rn. 70.

<sup>899</sup> Vgl. Poto, Symposium Protokoll, Anhang 8 (unter 8.2.3.7).

<sup>900</sup> Vgl. Poto, Länderbericht Italien, Anhang 5, Rn. 70.

<sup>901</sup> Vgl. Poto, Symposium Protokoll, Anhang 8 (unter 8.2.3.3).

bei der vor allem die Sachverhaltsermittlung grundsätzlich vollständig zu überprüfen ist. Insoweit bestehen auch Parallelen zur Vorgehensweise in Frankreich und Großbritannien, wo die Gerichte ebenfalls grundsätzlich nur die von den Klägern vorgebrachten Punkte prüfen und den Sachverhalt von sich aus nicht näher aufklären. Es wird zwar auch berichtet, dass die italienischen Verwaltungsgerichte insbesondere dann, wenn Grundrechte betroffen sind, eine relativ weitgehende Kontrolle durchführen, die auch eine unzureichende Ermittlung des Sachverhalts sowie eine Reihe von Ermessensfehlern erfassen kann.<sup>902</sup> Deshalb wird die Ausgestaltung des Verwaltungsrechtsschutzes in Italien auch als eine „Mischung“ zwischen dem eher objektiv ausgerichteten französischen und dem subjektiv-rechtlichen deutschen Ansatz bezeichnet.<sup>903</sup> Der vorliegende Länderbericht verweist jedoch auf aktuelle Entscheidungen, nach denen vor allem bei Klagen gegen UVP-pflichtige Vorhaben und im Artenschutzrecht bei der Sachaufklärung lediglich eine sehr begrenzte Kontrolle stattgefunden hat, so dass sich der Rechtsvergleich darauf stützt. Im Hinblick auf die Frage, ob diese Vorgehensweise dem Unionsrecht entspricht, wird darauf verwiesen, dass sie sich aufgrund der Rechtsprechung des EuGH zur richterlichen Prüftiefe nicht eindeutig beantworten lässt.<sup>904</sup>

#### 4.4.5 Schweden

Im Bericht von *Jan Darpö* wird bei den Ausführungen zur richterlichen Prüftiefe in Schweden vor allem auf vorangehende Erläuterungen zum Zugang zu den Gerichten sowie zur materiellen Präklusion von Einwendungen verwiesen.<sup>905</sup> Im Ergebnis wird festgestellt, dass es bei der Überprüfung von umweltrelevanten Verwaltungsentscheidungen durch die Gerichte üblich ist, eine vollständige Kontrolle durchzuführen, bei der – anders als z.B. in Großbritannien und Italien – grundsätzlich auch eine Abänderung der Entscheidung möglich ist.<sup>906</sup> Demgegenüber ist die gerichtliche Überprüfung von Entscheidungen der Regierung über Infrastrukturvorhaben sowie von lokalen Entwicklungsplänen nach dem Planning and Building Act (PBL) beschränkt. Dabei untersuchen die Gerichte nur, ob die angegriffene Entscheidung nach dem Vorbringen der Kläger oder aufgrund eindeutiger Umstände des Falles als rechtswidrig anzusehen ist (13:17 PBL). Außerdem wird Raum für die Ermessensausübung der Behörden gelassen und es ist daher keine Abänderung, sondern nur eine Aufhebung oder Bestätigung dieser Entscheidungen durch die Gerichte möglich.<sup>907</sup> Diese Prüfungsmaßstäbe gelten gleichermaßen für betroffene Bürger und für Umweltverbände.

Demnach entspricht der Verwaltungsrechtsschutz in Schweden bei umweltrechtlichen Fällen vom Ansatz her dem im deutschen Recht geltenden Grundsatz einer vollständigen Überprüfung der Verwaltungsentscheidungen. In der Praxis dürfte die Prüftiefe sogar regelmäßig über die der deutschen Verwaltungsgerichte hinausgehen. Maßgeblich dafür ist, dass der Amtsermittlungsgrundsatz wohl konsequent angewendet wird, da bei den für umweltrechtliche Fälle zuständigen Gerichten technische Experten als voll entscheidungsbefugte Richter tätig sind, die eine entsprechende Sachaufklärung auch bei technischen und naturwissenschaftlichen Fragen vornehmen können.<sup>908</sup> Eine Begrenzung der Kontrolle aufgrund der Anerkennung von behördlichen Beurteilungs- oder Ermessensspielräumen scheint es dabei nicht zu geben. Vielmehr kann von den Gerichten neben der Rechtmäßigkeit auch die Zweckmäßigkeit der Verwaltungsentscheidungen überprüft werden, so dass dem schwedischen Kontrollansatz insoweit eine Art Sonderstellung zukommt.<sup>909</sup> Etwas anderes gilt allerdings bei Zulassungsent-

<sup>902</sup> Vgl. Epiney/Sollberger (2002), S. 280 ff.

<sup>903</sup> Vgl. Epiney/Sollberger (2002), S. 296 f.

<sup>904</sup> Vgl. Poto, Länderbericht Italien, Anhang 5, Rn 71 f.

<sup>905</sup> Vgl. Darpö, Länderbericht Schweden, Anhang 7, Rn. 114 ff.

<sup>906</sup> Vgl. Darpö, Länderbericht Schweden, Anhang 7, Rn. 18 f. und Rn. 114.

<sup>907</sup> Vgl. Darpö, Länderbericht Schweden, Anhang 7, Rn. 28 und 29.

<sup>908</sup> Vgl. Darpö, Symposium Protokoll, Anhang 8 (unter 8.2.6.4).

<sup>909</sup> Vgl. Epiney/Reitemeyer (2014), S. 161 f.

scheidungen für Infrastrukturvorhaben und bei den wohl mit der deutschen Bauleitplanung vergleichbaren lokalen Entwicklungsplänen. Bei diesen Fallkonstellationen gibt es auch in Schweden eine begrenzte gerichtliche Kontrolle, die im Hinblick auf „eindeutige Umstände des Falles“ als Ansatzpunkt der Überprüfung möglicherweise sogar weiter gehen, als die im deutschen Planungsrecht im Rahmen der „Abwägungskontrolle“ aufgrund der Gestaltungsspielräume der Planungsträger bestehenden Beschränkungen. Insgesamt gesehen kann daher festgestellt werden, dass die gerichtliche Kontrolle in Schweden und in Deutschland systematisch betrachtet grundsätzlich vergleichbar ist und hinsichtlich der Prüftiefe deutlich weiter geht als die der anderen untersuchten Rechtsschutzsysteme.

#### 4.4.6 Zwischenergebnis

Der Vergleich zwischen den untersuchten Ländern ergibt, dass die richterliche Prüftiefe bei der Kontrolle der materiellen Rechtmäßigkeit von umweltschutzrelevanten Verwaltungsentscheidungen unterschiedlich weit geht. Das Spektrum reicht von einer stark eingeschränkten Kontrolle in Großbritannien sowie – trotz eines an sich weitergehenden Kontrollansatzes – wohl auch in Italien, über eine jedenfalls teilweise intensivere Überprüfung in Frankreich, bis hin zur grundsätzlich vollständige Kontrolle der Rechtmäßigkeit in Schweden und in Deutschland. Soweit in den untersuchten Ländern die gerichtliche Kontrolle eingeschränkt wird, beruht dies vorwiegend auf einer Anerkennung von Beurteilungs- oder Entscheidungsspielräumen der Verwaltung, die teilweise erheblich weiter geht als in Deutschland. Außerdem gilt für die eher objektiv-rechtlichen Kontrollansätze in Frankreich, Großbritannien und Italien, dass sie insofern eine gewisse Begrenzung der Prüftiefe bewirken, als die Gerichte die angegriffene Verwaltungsentscheidung grundsätzlich nur bestätigen oder aufheben, nicht jedoch abändern und damit durch eine eigene Entscheidung in der Sache ersetzen. Hingegen ist in Schweden und Deutschland mit dem Ansatz der „Vollkontrolle“ grundsätzlich auch die Möglichkeit einer eigenen Sachentscheidung verbunden. Allerdings ist die gerichtliche Kontrolle auch in diesen Ländern in bestimmten Fallkonstellationen und Bereichen auf eine nachvollziehende Kontrolle und eine reduzierte Prüftiefe begrenzt, wobei solche Abweichungen von einer „Vollkontrolle“, die z.B. bei der Planung von Infrastrukturvorhaben oder bei der kommunalen (Bauleit)Planung bestehen, in der Regel gesetzlich vorgesehen – und nicht nur durch die Gerichte anerkannt – sind.

Demnach ergibt sich ein differenziertes Bild sowohl der Ausgestaltung als auch der praktischen Handhabung der unterschiedlichen Kontrollkonzepte in den untersuchten Ländern und im deutschen Recht. Das führt zu einer etwas veränderten Einschätzung der Unterscheidbarkeit zwischen den ursprünglich objektiv-rechtlich ausgerichteten Rechtsschutzsystemen vor allem in Frankreich und Großbritannien und dem subjektiv-rechtlich geprägten Rechtsschutz in Deutschland. Während sich aus rechtssystematischer Sicht die deutlich begrenzte Prüftiefe bei der objektiven Rechtskontrolle z.B. in Frankreich an sich klar vom Ansatz einer vollständigen Kontrolle in Deutschland unterscheiden lässt,<sup>910</sup> ist bei der praktischen Handhabung dieser Konzepte und der damit verbundenen Kontrollprinzipien zumindest eine Relativierung<sup>911</sup> festzustellen, die jedenfalls bei bestimmten Fallkonstellationen zur Annäherung führt. Das zeigt sich insbesondere bei der Ausweitung der Kontrollansätze in Frankreich einerseits und der in Deutschland vor allem im Naturschutzrecht anzutreffenden Abschwächung andererseits. Zudem spricht einiges dafür, dass das Unionsrecht auf eine Angleichung der Prüftiefe hinwirkt. Diese Einschätzungen beruhen allerdings auf einer noch recht unübersichtlichen Kasuistik,<sup>912</sup> die im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nur beschränkt analysiert werden konnte. Insgesamt gesehen lässt sich aber feststellen, dass die richterliche Prüftiefe in Deutschland – soweit ersichtlich – zwar hinter der Rechtspraxis in Schweden zurück bleibt, bisher aber in der Regel deutlich weiter geht als in Großbritannien und Italien sowie – mit Einschränkungen – auch in Frankreich.

<sup>910</sup> Vgl. Leidinger, NVwZ 2011, 1345 (1347), unter Hinweis auf v. Danwitz (2008), S. 60 ff. und passim.

<sup>911</sup> So Epiney/Reitemeyer (2014), S. 165.

<sup>912</sup> Siehe auch Epiney/Reitemeyer (2014), S. 165.

## 4.5 Diskussion der Ergebnisse

Für die abschließende Erörterung der rechtsvergleichenden Einordnung des Umweltrechtsschutzes in Deutschland, die in diesem Kapitel vor allem im Hinblick auf die gerichtliche Kontrolle der materiellen Rechtmäßigkeit umweltschutzrelevanter Verwaltungsentscheidungen näher untersucht worden ist, sind zunächst die Untersuchungsergebnisse noch einmal bezogen auf die Forschungsfragen<sup>913</sup> kurz in einem Überblick darzustellen:

Für den Umfang der gerichtlichen Kontrolle gilt, dass es in den untersuchten EU-Staaten keine mit dem deutschen Recht vergleichbaren Regelungen zur materiellen Präklusion von in den Verwaltungsverfahren nicht vorgebrachten Einwendungen für die Rechtsbehelfsverfahren gibt. Auch gesetzliche Regelungen für einen Ausschluss von erstmalig im gerichtlichen Verfahren erhobenen Einwendungen als missbräuchlich (siehe § 5 Entwurf-UmwRG n.F.) gibt es nicht. Vielmehr ist es in allen untersuchten Ländern möglich, vor Gericht zu allen Sach- und Rechtsfragen auch erstmalig Einwendungen zu erheben, so dass die angegriffenen Verwaltungsentscheidungen grundsätzlich einer umfassenden Rechtmäßigkeitsprüfung unterliegen. Außerdem sind Rechtsbehelfe überwiegend unabhängig von einer vorherigen Beteiligung des oder der Kläger am Verwaltungsverfahren zulässig. In Deutschland ist eine umfassende gerichtliche Kontrolle der Rechtmäßigkeit hingegen nur bei Umweltverbandsklagen gegen Entscheidungen gemäß dem Entwurf zu § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 2b Entwurf-UmwRG n.F. vorgesehen. Für Umweltverbandsklagen im Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 3 AK soll es hingegen eine materielle Präklusion von Einwendungen geben (§ 7 Abs. 3 Entwurf-UmwRG n.F.) und für Individualklagen gilt weiterhin § 42 Abs. 2 VwGO, so dass die Befugnisse der Kläger zur Geltendmachung von Rechtsverletzungen durch verschiedene Regelungen beschränkt werden. Insgesamt gesehen ist der Prüfungsumfang in Deutschland daher enger als in den untersuchten EU-Staaten. Im Einzelfall können sich allerdings auch in diesen Ländern aus den prozessrechtlichen Grundsätzen und ihrer Handhabung erhebliche Einschränkungen des Prüfungsumfangs ergeben.<sup>914</sup>

Für die richterliche Prüftiefe in Deutschland gilt, dass Verwaltungsentscheidungen grundsätzlich einer vollständigen gerichtlichen Kontrolle unterliegen. Der Gesetzgeber kann der Verwaltung zwar auch Entscheidungsspielräume einräumen und die richterliche Prüftiefe damit begrenzen. Dabei sind jedoch die verfassungsrechtlichen Anforderungen an einen effektiven Rechtsschutz und die Gesetzesbindung gemäß Art. 20 Abs. 3 GG zu beachten. In welchen Fällen ausgehend davon behördliche Entscheidungsspielräume als gerechtfertigt angesehen werden können, ist nicht abschließend festgelegt. Erforderlich ist aber, dass sich das Bestehen eines solchen Entscheidungsspielraums hinreichend deutlich aus dem Gesetz ergibt. Ausgehend davon werden bisher vor allem Gestaltungsspielräume bei planerischen Entscheidungen sowie Ermessensspielräume der Verwaltung bei der Festlegung von Rechtsfolgen als verfassungskonform anerkannt. Außerdem bestehen nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts in einigen Fällen auch Beurteilungsspielräume bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Einzelfall sowie „Normkonkretisierungsspielräume“ beim Erlass von Verwaltungsvorschriften. Diese Rechtsprechung ist jedoch teilweise umstritten. Das betrifft insbesondere verschiedene Regelungen des Naturschutzrechts, bei denen „naturschutzfachliche Einschätzungsprärogativen“ der zuständigen Behörden anerkannt werden. Veranlasst durch dagegen gerichtete Klagen hat das Bundesverwaltungsgericht jedoch klargestellt, dass sich die Beurteilungsspielräume hier auf Fälle beschränken, in denen aus fachlicher Sicht unterschiedliche Bewertungen z.B. hinsichtlich der Beeinträchtigung geschützter Arten vertretbar sind. Außerdem unterliegen auch solche Fälle einer gerichtlichen Kontrolle, die sich grundsätzlich insbesondere auf eine vollständige Sachaufklärung und die Prüfung der Methodik von fachlichen Bewertungen erstreckt. Damit wird vom Ansatz her eine recht weit-

<sup>913</sup> Siehe dazu oben 4.1.

<sup>914</sup> Siehe insgesamt dazu 4.2.5.

gehende und ausreichend effektive „Abwägungskontrolle“ gewährleistet. Außerdem kommt eine verbindliche Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe durch die Festlegung standardisierter Vorgaben in untergesetzlichen Regelwerken in Betracht. Dabei sollte vor allem zur Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben allgemein auf Rechtsverordnungen – an Stelle der vor allem im Immissionschutzrecht verwendeten „normkonkretisierenden“ Verwaltungsvorschriften – zurückgegriffen werden.<sup>915</sup>

Der Rechtsvergleich zur richterlichen Prüftiefe in anderen EU-Staaten hat sowohl im Hinblick auf die Ausgestaltung als auch bei der praktischen Handhabung der unterschiedlichen Kontrollkonzepte ein differenziertes Bild ergeben. Zwar lässt sich aus rechtssystematischer Sicht die deutlich begrenzte Prüftiefe bei der objektiven Rechtskontrolle vor allem in Großbritannien und in Frankreich an sich klar vom subjektiv-rechtlichen Ansatz und der damit verbundenen vollständigen Kontrolle in Deutschland unterscheiden. Diese verschiedenen Kontrollkonzepte werden in der Praxis jedoch nicht strikt umgesetzt, sondern sind in mehrfacher Hinsicht – meist bezogen auf bestimmte Fallkonstellationen – relativiert worden, so dass in der Praxis zumindest teilweise eine Annäherung feststellbar ist. Das zeigt insbesondere die Ausweitung der Kontrollansätze in Frankreich einerseits und die in Deutschland vor allem im Naturschutzrecht anzutreffende Abschwächung andererseits. Diese Entwicklung wird auch durch das Unionsrechts beeinflusst, aufgrund der unübersichtlichen Kasuistik lässt sich aber nicht genau einschätzen, wie weit bereits eine Annäherung der Kontrolldichte stattgefunden hat. Insgesamt gesehen bleibt die richterliche Prüftiefe in Deutschland zwar hinter der Rechtspraxis in Schweden zurück, sie geht aber derzeit in der Regel deutlich weiter als in Großbritannien und Italien sowie – mit Einschränkungen – auch in Frankreich.<sup>916</sup>

Für eine Gesamtbetrachtung des Rechtsschutzes und der gerichtlichen Kontrolle im Bereich des Umweltrechts ist bezogen auf das deutsche Recht außerdem bedeutsam, dass der Zugang zu den Gerichten aufgrund der Vorgaben des Unionsrechts insbesondere – aber nicht nur – für Umweltverbände deutlich ausgeweitet werden soll. Unabhängig davon, ob man die im Entwurf für die Änderung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes von 2016 vorgesehene Erweiterung der Klage- und Rügebefugnisse für ausreichend hält oder nicht<sup>917</sup>, ist diese Entwicklung ein Beleg dafür, dass das Unionsrecht zumindest hinsichtlich des Zugangs zu Gerichten eine deutliche Annäherung der Rechtsschutzsysteme bewirkt. Vor allem bei der ursprünglich im Vergleich mit anderen EU-Staaten<sup>918</sup> stark eingeschränkte Zulässigkeit von Verbandsklagen sieht § 1 Abs. 1 Nr. 4 bis 6 Entwurf-UmwRG n.F. eine erhebliche Ausweitung vor. Außerdem sollen aufgrund der in § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Entwurf-UmwRG n.F. geplanten Änderung bei Klagen gegen von Art. 9 Abs. 2 AK erfasste Vorhaben – wie in den untersuchten EU-Staaten – alle Verstöße gegen formelles und materielles Recht geltend gemacht werden können. Bei den Verbandsklagen im Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 3 AK sind allerdings Eingrenzungen der Rügebefugnisse auf „umweltbezogene Rechtsvorschriften“ in § 2 Abs. 1 Satz 2 Entwurf-UmwRG n.F. vorgesehen und bei Individualklagen wird weiterhin nach § 42 Abs. 2 VwGO eine Verletzung subjektiver Rechte verlangt.<sup>919</sup> Daher kann sich die gerichtliche Kontrolle in solchen Fällen nur auf die Anwendung bestimmter Vorschriften erstrecken und bei einer materiellen Präklusion von Einwendungen, die gemäß § 7 Abs. 3 Satz 1 Entwurf-UmwRG n.F. insbesondere bei SUP-pflichtigen Plänen zur Anwendung kommen soll, reduziert sich der Umfang der gerichtlichen Überprüfung unter Umständen noch weiter. Gegen diese Einschränkungen der Klage- und Rügebefugnisse bestehen im Hinblick auf die erforderliche Umsetzung von Art. 9 Abs. 3 AK teilweise Bedenken, die aber vor allem – wie bereits eingehend erörtert –

<sup>915</sup> Siehe insgesamt dazu 4.3.3.

<sup>916</sup> Siehe insgesamt dazu 4.4.6.

<sup>917</sup> Siehe zusammenfassend dazu oben 2.9 sowie bezogen auf die Klagebefugnisse von Bürgern und Kommunen auch 3.

<sup>918</sup> Siehe insgesamt dazu 2.7.

<sup>919</sup> Siehe dazu 4.2.4.

den Bereich der Individualklagen betreffen.<sup>920</sup> Im Ergebnis spricht daher viel dafür, dass bei den Klage- und Rügebefugnissen und dementsprechend beim Prüfungsumfang im deutschen Recht kein Raum für weitere Einschränkungen besteht, sondern dass eher eine Ausweitung erforderlich ist.

Demnach ergibt sich für die einführend angesprochene Diskussion,<sup>921</sup> ob aufgrund der – vor allem durch die Umsetzung von Art. 9 Abs. 2 und 3 AK veranlassten – Ausweitung der Klagebefugnisse von Umweltverbänden die gerichtliche Kontrolle vor allem bei Verbandsklagen einschränkbar ist,<sup>922</sup> dass dafür allenfalls bei der richterlichen Prüftiefe angesetzt werden könnte. Es ist jedoch fraglich, ob dafür ausgehend von den Vorgaben des Art. 9 Abs. 2 und 3 AK und des Unionsrechts einerseits sowie angesichts der in Deutschland zu beachtenden verfassungsrechtlichen Anforderungen andererseits überhaupt Spielräume bestehen:

Die in Art. 9 Abs. 2 und 3 AK und im entsprechenden Unionsrecht enthaltene Zielsetzung, einen weiten Zugang zu den Gerichten zu ermöglichen, steht einer Reduzierung der richterlichen Prüftiefe unterhalb des Niveaus einer „Vollkontrolle“ nicht grundsätzlich entgegen. Es werden nicht nur in anderen EU-Staaten, sondern insbesondere auch bei Maßnahmen der Kommission administrative Entscheidungsspielräume anerkannt, die mit einer begrenzten richterlichen Prüftiefe einhergehen.<sup>923</sup> Das Aarhus Convention Compliance Committee hat zwar angezweifelt, dass die weitgehende Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle in Großbritannien im Bereich des materiellen Rechts eine ausreichende Umsetzung von Art. 9 Abs. 2 und 3 AK gewährleistet, ein Verstoß gegen die Konvention wurde jedoch nicht festgestellt.<sup>924</sup> Auch der Europäische Gerichtshof geht grundsätzlich davon aus, dass die Durchsetzung des Unionsrechts nicht schon allein durch eine begrenzte gerichtliche Überprüfung behördlicher Entscheidungen übermäßig erschwert wird.<sup>925</sup> Entscheidend ist für den Gerichtshof offenbar vielmehr, dass die effektive Beachtung der Anforderungen, die sich konkret aus der anzuwendenden unionsrechtlichen Regelung ergeben, im Einzelfall gewährleistet wird.<sup>926</sup> Das ist auch bei einer begrenzten richterlichen Prüftiefe möglich, sofern sich diese damit begründen lässt, dass aus der jeweiligen unionsrechtlichen Regelung ein behördlicher Beurteilungsspielraum z.B. im Hinblick auf die Konkretisierung bestimmter Vorgaben durch technische Bewertungen im Einzelfall abgeleitet werden kann.<sup>927</sup> Umgekehrt besteht kein Raum für die Anerkennung solcher Spielräume, wenn das Unionsrecht strikte Vorgaben wie z.B. Grenzwerte für die Luftreinhaltung enthält, die ohne Abweichungen einzuhalten sind und deren Beachtung daher auch gerichtlich vollständig zu kontrollieren ist.<sup>928</sup>

Ob und inwieweit im konkreten Fall die Anerkennung von behördlichen Entscheidungsspielräumen und eine reduzierte gerichtliche Kontrolle mit dem Unionsrecht vereinbar sind, lässt sich demnach

<sup>920</sup> Siehe insgesamt dazu oben 2. und 3., insbesondere die Ergebnisse in 2.9 und 3.9.

<sup>921</sup> Siehe oben 4.1.

<sup>922</sup> Vgl. vor allem Leidinger, NVwZ 2011, 1345 (1349 f.); siehe ferner Epiney/Sollberger (2002), S. 427 ff.; Ziekow, NVwZ 2007, 259 (266 f.); Wahl, in: Kluth/Rennert (2008), S. 55 ff.; Steinbeiß-Winkelmann, NJW 2010, 1233 (1237).

<sup>923</sup> Vgl. schon Gerhardt, in: Schoch/Schneider/Bier (Stand Mai 1997), Vor §§ 113-114 VwGO Rn. 34 - mwN.

<sup>924</sup> Siehe dazu ACCC/C/2008/C33 sowie oben 4.4.3.

<sup>925</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 06.10.2015 – Rs. C-71/14 – Rn. 58 f. = NVwZ 2015, 1588 ff. – mwN.

<sup>926</sup> Vgl. dazu bezogen auf Regelungen für den Zugang zu Umweltinformationen in Art. 5 und 6 UmweltinformationsRL (2003/4/EG) EuGH, Urt. v. 06.10.2015 – Rs. C-71/14 – Rn. 58 und 59 = NVwZ 2015, 1588 ff.; siehe auch oben 4.4.3.

<sup>927</sup> Vgl. Gerhardt, in: Schoch/Schneider/Bier (Stand Mai 1997), Vor §§ 113-114 VwGO Rn. 34, mit Nachweisen zur Rechtsprechung des EuGH für die Anerkennung von Beurteilungsspielräumen der Kommission in solchen Fällen; als Beispiel dafür kommt auch die Umsetzung der in den BVT-Schlussfolgerungen vorgegebenen „Emissionsbandbreiten“ in Betracht, die eindeutig einer Konkretisierung bedürfen, die im deutschen Recht allerdings durch untergesetzliche Regelwerke und nicht durch die im Einzelfall zuständigen Behörden erfolgen soll – siehe dazu näher schon oben 4.3.2.4.

<sup>928</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 19.11.2014 – C-404/13 – ZUR 2015, 33 ff., zur Ablehnung eines Ermessens der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Einhaltung der Grenzwerte, die in der LuftreinhaltRL (2008/50/EG) für Stickoxide festgelegt sind; siehe auch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Umsetzung bestimmter Anforderungen an Abweichungs- oder Ausnahmeprüfungen im Habitats- und Artenschutzrecht, deren Einhaltung relativ eingehend überprüft wird, obwohl ansonsten Beurteilungsspielräume anerkannt werden, vgl. dazu Jacob/Lau, NVwZ 2015, 241 (246 f.), sowie oben 4.3.2.3.

nicht allgemein, sondern nur anhand der einschlägigen Vorschriften feststellen. Maßgeblich für die richterliche Prüftiefe ist also unabhängig davon, auf welchem „Kontrollkonzept“ das Rechtsschutzsystem eines Mitgliedstaates beruht, ausgehend vom Effektivitätsgrundsatz letztlich der Regelungsgehalt des jeweils anwendbaren (materiellen) Unionsrechts.<sup>929</sup> Darüber hinaus ist auch das Äquivalenzprinzip zu beachten, wonach die Anwendung nationaler Rechtsvorschriften bei der Umsetzung von Unionsrecht nicht ungünstiger sein darf als bei Verfahren, in denen über gleichartige innerstaatliche Sachverhalte entschieden wird.<sup>930</sup> Welche Konsequenzen sich daraus für eine (einheitliche) Ausgestaltung der Anforderungen an die gerichtliche Kontrolle bei Verbands- und Individualklagen ergeben, ist im Rahmen dieses Gutachtens allerdings nicht näher untersucht worden.

Aus den verfassungsrechtlichen Anforderungen an einen effektiven Rechtsschutz und aus der Gesetzesbindung gemäß Art. 20 Abs. 3 GG ergeben sich zum Teil vergleichbare Vorgaben.<sup>931</sup> Das Bundesverfassungsgericht geht zwar davon aus, dass die der Rechtsschutzgarantie nach Art. 19 Abs. 4 GG unterliegenden Rechtspositionen durch den Gesetzgeber unter Beachtung der Grundrechte ausgestaltet werden können.<sup>932</sup> Daraus wird abgeleitet, dass die gerichtliche Kontrolle grundsätzlich dort endet, wo der Gesetzgeber die Verwaltung in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise zu eigenen Entscheidungen ermächtigt, in dem er das Entscheidungsverhalten nicht vollständig vorgibt und damit behördliche Einschätzungsspielräume eröffnet.<sup>933</sup> Demnach sind Begrenzungen der richterlichen Prüftiefe durch Gestaltungs-, Ermessens- und Beurteilungsspielräume der Verwaltung grundsätzlich zulässig, es wird jedoch vorausgesetzt, dass sie sich aus dem einschlägigen materiellen Recht hinreichend deutlich ableiten lassen. Insoweit besteht eine Parallele zum Unionsrecht. Außerdem ist aus verfassungsrechtlicher Sicht insbesondere im Hinblick auf anerkannte subjektive Rechte zu berücksichtigen, dass im Rahmen der Gewaltenteilung die Kontrolle der Rechtsanwendung im Einzelfall grundsätzlich den Gerichten vorbehalten ist und dass der Gesetzgeber die Rechtsschutzgarantie auch nicht durch zu zahlreiche oder weitgreifende Beurteilungsspielräume „aushebeln“ darf. Deswegen muss eine Begrenzung der gerichtlichen Kontrolle mit hinreichend gewichtigen Sachgründen begründbar sein.<sup>934</sup>

Diese Vorgaben schließen eine generelle Anerkennung behördlicher Entscheidungsspielräume bei unbestimmten Rechtsbegriffen oder bei für die Rechtsanwendung erforderlichen Prognosen – wie sie z.B. in Großbritannien anzutreffen ist – grundsätzlich aus. Vielmehr können insbesondere Beurteilungsspielräume der Verwaltung im Einzelfall nur als gegeben angesehen werden, wenn sich dies aus den jeweils anzuwendenden (materiellen) Rechtsvorschriften ableiten lässt. Die dazu vorgenommene Betrachtung des deutschen Umweltrechts deutet darauf hin, dass die dafür bestehenden Ansatzpunkte vom Gesetzgeber und von der Rechtsprechung schon weitgehend genutzt werden.<sup>935</sup>

Darüber hinaus ist zu beachten, dass auch behördliche Entscheidungsspielräume einer gerichtlichen Kontrolle unterliegen. Daran werden in Deutschland aus verfassungsrechtlicher Sicht bestimmte Mindestanforderungen gestellt, die vom Ansatz her deutlich weitergehen, als die in anderen Ländern ver-

<sup>929</sup> Vgl. dazu – bezogen auf einen durch das Unionsrecht erweiterten Drittschutz – auch oben 2.4.4 und 2.4.6.

<sup>930</sup> Siehe z.B. EuGH, Urt. v. 10.07.1997 – C-261/95 – BeckRS 2004, 75789.

<sup>931</sup> Siehe insgesamt dazu oben 4.3.1.2.

<sup>932</sup> Vgl. Beschl. v. 31.05.2011 – 1 BvR 857/07 – NVwZ 2011, 1062 (1064) – mwN; ebenso Beschl. v. 08.12.2011 – 1 BvR 1932/08 – NVwZ 2012, 694 (695).

<sup>933</sup> Vgl. Beschl. v. 31.05.2011 – 1 BvR 857/07 – NVwZ 2011, 1062 (1065) – mwN; Beschl. v. 08.12.2011 – 1 BvR 1932/08 – NVwZ 2012, 694 (695); ähnlich bereits BVerfG, Beschl. v. 10.12.2009, 1 BvR 3151/07 – NVwZ 2010, 435 (437).

<sup>934</sup> Vgl. Beschl. v. 31.05.2011 – 1 BvR 857/07 – NVwZ 2011, 1062 (1065) – mwN; dem folgend Beschl. v. 08.12.2011 – 1 BvR 1932/08 – NVwZ 2012, 694 (695 f.).

<sup>935</sup> Dabei sind die Fälle, in denen Beurteilungsspielräume im Einzelfall anerkannt werden, zwar anders als in den meisten untersuchten EU-Staaten eher selten und zudem teilweise umstritten, die demgegenüber offenbar bevorzugte normkonkretisierende Standardsetzung der Exekutive durch untergesetzliche Regelwerke sowie ergänzend auch durch private Normung ist jedoch weit verbreitet und grundsätzlich anerkannt, siehe insgesamt dazu oben 4.3.2.

breitete Beschränkung der Prüfung auf offensichtliche Fehler.<sup>936</sup> Das betrifft vor allem die vom Bundesverfassungsgericht<sup>937</sup> geforderte Überprüfung, ob die Verwaltung den Gehalt der anzuwendenden Begriffe und den zu beachtenden gesetzlichen Rahmen erkannt hat und auch von einem zutreffenden und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen ist. Ein behördlicher Entscheidungsspielraum besteht daher grundsätzlich nur bezogen auf (fachliche) Bewertungen, wobei auch insoweit – wie sich bei den „naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogativen“ zeigt<sup>938</sup> – eine Vertretbarkeitskontrolle durchzuführen ist, die sich auch auf die Methodik und die Eignung der verwendeten Bewertungsmaßstäbe im Hinblick auf die gesetzlich vorgegebenen Schutzziele beziehen kann.<sup>939</sup>

Eine konsequente Anwendung dieses Prüfungsansatzes, der dem Modell einer „Abwägungskontrolle“<sup>940</sup> entspricht, kann zwar einer „Vollkontrolle“ nahe kommen.<sup>941</sup> Das gilt vor allem für die im Umweltrecht nicht seltenen Fälle, in denen die zur Rechtsanwendung notwendigen Sachverhaltsermittlungen auf (fachliche) Schwierigkeiten stoßen oder aus anderen Gründen umstritten sind, so dass im gerichtlichen Verfahren unter Umständen aufwändige Nachermittlungen erforderlich werden. Daher ist es nicht überraschend, dass Überlegungen zu einer Reduzierung der richterlichen Prüftiefe insbesondere durch eine Erhöhung der Darlegungslasten für Umweltverbände auch an diesem Punkt ansetzen.<sup>942</sup> Eine generelle Zurücknahme der richterlichen Prüftiefe kommt jedoch vor allem bei unbestimmten Rechtsbegriffen aufgrund der angesprochenen verfassungsrechtlichen Vorgaben – wie dargelegt – nicht in Betracht.<sup>943</sup>

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, dass sich häufig schon aus den bei der Verwaltungsentscheidung zu beachtenden verfahrens- und materiell-rechtlichen Anforderungen entnehmen lässt, wer für die Sachaufklärung verantwortlich ist und daher Darlegungs- oder sogar Beweislasten<sup>944</sup> zu tragen hat. Im Umweltschutzrecht sind in der Regel die Vorhabenträger oder Antragsteller verpflichtet, durch Unterlagen zu belegen, dass ihre Vorhaben oder Maßnahmen nicht zu (erheblichen) Umwelt- oder Gesundheitsbeeinträchtigungen führen werden. Dann ist es Aufgabe der zuständigen Behörden, diese Unterlagen zu prüfen und eventuell zusätzliche Untersuchungen durchzuführen (§§ 24 und 25 VwVfG). Das gilt vor allem für UVP-pflichtige Vorhaben<sup>945</sup>, bei denen nach § 4 Abs. 1 UmwRG erhebliche Fehler bei Durchführung des UVP-Verfahrens sogar grundsätzlich zur Rechtswidrigkeit der Vor-

<sup>936</sup> Siehe dazu oben 4.3.1.3 sowie im Einzelnen den Rechtsvergleich unter 4.4.

<sup>937</sup> Beschl. v. 10.12.2009 – 1 BvR 3151/07 – NVwZ 2010, 435 (438); siehe dazu auch Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig (2016), Art. 19 IV GG Rn. 192.

<sup>938</sup> Siehe dazu näher oben 4.3.2.3.

<sup>939</sup> Vgl. BVerwG, Urt. v. 21.11.2013 – 7 C 40.11 – Rn. 19 (juris), bezogen auf die Zugriffsverbote des besonderen Artenschutzrechts (§ 44 Abs. 1 BNatSchG).

<sup>940</sup> Siehe im Einzelnen dazu 4.3.1.3.

<sup>941</sup> Vgl. Gärditz (2016), Gutachten D 56; siehe auch 4.3.2.3 zur Situation im Habitats- und Artenschutzrecht

<sup>942</sup> Siehe dazu Leidinger, NVwZ 2011, 1345 (1350 f.), dessen Überlegungen auf eine Art Beweislastumkehr hinaus laufen; vgl. auch Gärditz (2016), Gutachten D 77, der hier eine „vorsichtige Lockerung der Kontrolldichte“ für möglich hält.

<sup>943</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 10.12.2009 – 1 BvR 3151/07 – Rn. 59 = NVwZ 2010, 435 (438), wonach behördliche Eingriffe nur rechtmäßig, wenn die dafür gesetzlich vorausgesetzten Tatsachen wirklich gegeben sind, wobei es grundsätzlich nicht zu den behördlichen Befugnissen gehört, diese Tatsachen bindend festzulegen; siehe im Ergebnis auch Gärditz (2016), Gutachten D 75 ff., der es im Hinblick auf einen effektiven Rechtsschutz ausschließt, den Klägern in ähnlicher Weise wie im Zivilrecht die Darlegungs- und Beweislast aufzubürden, und lediglich „kontextabhängige Darlegungslasten und gedämpfte Beibringungselemente“ für zulässig hält, die nicht näher erläutert werden.

<sup>944</sup> Ein Beispiel dafür ist die aus Art. 6 Abs. 4 FFH-RL und dementsprechend aus § 34 Abs. 1 und 2 BNatSchG abgeleitete Vorgabe, dass der Projektträger im Falle möglicher (erheblicher) Beeinträchtigungen eines Natura 200-Gebiets im Rahmen der FFH-Verträglichkeitsprüfung einen „Gegenbeweis“ erbringen muss, um die Verträglichkeit des Projekts zu belegen, siehe dazu BVerwG, Urt. v. 17.01.2007 – 9 A 20.05 – Rn. 62 = BVerwGE 128, 1 ff. (Westumfahrung Halle); vgl. dazu auch Frenz, in: Frenz/Müggenborg (2016), § 34 BNatSchG Rn. 98 ff. – mwN.

<sup>945</sup> Bei diesen Vorhaben muss der Vorhabenträger bestimmte Unterlagen vorlegen (§ 6 UVPG), auf deren Grundlage dann die zuständige Behörde nach einer Beteiligung anderer Behörden und der Öffentlichkeit eine zusammenfassende Darstellung erarbeiten und eine Bewertung vorzunehmen hat (§§ 8 bis 12 UVPG).

habenzulassung führen.<sup>946</sup> Darüber hinaus sind aber auch bei anderen umweltrelevanten Vorhaben oder Maßnahmen die Antragsteller verpflichtet, die erforderlichen Unterlagen vorzulegen, wobei Nachforderungen der Behörden möglich sind.<sup>947</sup> Solche Regelungen weisen den Vorhabenträgern und den Behörden eindeutig die Verantwortlichkeit für die Sachaufklärung zu, so dass sich daraus insbesondere bei den aufwändigen Zulassungsverfahren – die meist UVP-pflichtig sind und zudem oft den Habitat- und Artenschutz betreffen – auch eine Rahmensetzung für die Sachaufklärung im verwaltungsgerichtlichen Prozess ergibt. Daher sind die Vorlagepflichten des Vorhabenträgers z.B. auch richtungsweisend für Entscheidungen über eine Kostenerstattung bei in das gerichtliche Verfahren eingebrachten Privatgutachten.<sup>948</sup> Außerdem lässt sich daraus ableiten, dass die Kläger bei einer Anfechtung von Zulassungsentscheidungen grundsätzlich keine über die Vorgaben des Verwaltungsprozessrechts hinausgehende Darlegungslast trifft. Etwas anderes gilt zwar möglicherweise aufgrund der speziellen Vorschriften für die Mitwirkung von Umweltverbänden in vorgelagerten Planungsverfahren, für die ausgehend von Art. 9 Abs. 3 AK Verbandsklagemöglichkeiten eröffnet werden sollen.<sup>949</sup> Auch diese Regelungen bestätigen aber letztlich, dass die verfahrens- und materiell-rechtlichen Vorschriften auch die gerichtliche Kontrolle maßgeblich beeinflussen.

Abschließend ist daher festzuhalten, dass der Gesetzgeber zwar sowohl aus unionsrechtlicher als auch aus verfassungsrechtlicher Sicht grundsätzlich die Möglichkeit zur Anerkennung von behördlichen Entscheidungsspielräumen hat und dadurch auch die richterliche Prüftiefe begrenzen kann. Eine generelle Reduzierung ist aber sowohl beim Prüfungsumfang als auch bei der richterlichen Prüftiefe aufgrund der zu beachtenden Bindung an das materielle Recht nicht möglich. Das gilt auch hinsichtlich der Sachaufklärung, die grundsätzlich von den Gerichten auf ihre Vollständigkeit zu überprüfen ist. In Betracht kommen daher allenfalls Änderungen des materiellen Rechts in einzelnen Bereichen. Außerdem bestehen teilweise noch Ansatzpunkte für eine verstärkte Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe durch untergesetzliche Regelwerke.

## 5 Kosten des Rechtsschutzes

### 5.1 Ansatz und Aufbau der Untersuchung

Der Rechtsschutz in Umweltangelegenheiten darf gemäß Art. 9 Abs. 4 AK „nicht übermäßig teuer“ sein. Diese Vorgabe ist durch Art. 11 Abs. 4 RL 2011/92/EG und Art. 25 Abs. 4 RL 2010/75/EU in das Unionsrecht übernommen worden. Damit wird den Mitgliedstaaten aufgegeben, die Regelungen für Prozess- und Anwaltskosten speziell im Bereich des Umweltrechtsschutzes so auszugestalten, dass ein „weiter Zugang zu Gericht“ gewährleistet ist. Die mit den Rechtsschutzverfahren verbundenen Kostenrisiken dürfen also nicht so groß sein, dass potenzielle Kläger von einer Rechtsverfolgung abgehalten werden. In Art. 9 Abs. 4 AK und im Unionsrecht werden zwar keine Kriterien dafür genannt, wann Prozesskosten „übermäßig teuer“ sind. Der Europäische Gerichtshof hat jedoch in zwei Urteilen zu den in Großbritannien und Irland vor dem Jahre 2013 geltenden Kostenregelungen<sup>950</sup> festgestellt, dass

<sup>946</sup> Etwas anderes gilt nach § 4 Abs. 1a UmwRG für andere (relative) Verfahrensfehler, wenn das Gericht klären kann, dass diese Fehler die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst haben; siehe dazu auch das Altrip-Urteil des EuGH v. 07.11.2013 – C-72/12 – Rn. 52 ff. = ZUR 2013, 36 (39 f.); siehe näher dazu oben 2.5.1.4.

<sup>947</sup> Siehe z.B. § 17 Abs. 4 BNatSchG bezogen auf Eingriffe in Natur und Landschaft, vgl. ferner § 34 Abs. 1 Satz 3 BNatSchG zu Projekten mit Auswirkungen auf Natura 2000-Gebiete sowie § 19 Abs. 2 iVm § 10 Abs. 1 BImSchG für im vereinfachten Verfahren zu erteilende immissionsschutzrechtliche Genehmigungen.

<sup>948</sup> Die von (beigeladenen) Vorhabenträgern gestellten Anträge auf die Erstattung von Gutachterkosten werden von den Gerichten nach § 162 Abs. 1 VwGO regelmäßig mit der Begründung abgelehnt, dass die Vorhabenträger ohnehin verpflichtet sind, gegenüber den zuständigen Behörden alle Nachweise zu erbringen, die für eine sachgerechte und rechtmäßige Entscheidung benötigt werden, vgl. VGH Kassel, Beschl. v. 20.04.2011, 11 F 429/11, juris, Rn. 20 f., unter Verweis auf VGH München, Beschl. v. 28.01.2010, 8 M 09.40063, NVwZ-RR 2010, 663; siehe dazu auch noch unten 5.4.

<sup>949</sup> Siehe zu den dafür vorgeschlagenen Mitwirkungsregelungen im Einzelnen oben 4.2.3.

<sup>950</sup> EuGH, Urt. v. 11.4.2013 – C-260/11 – sowie Urt. v. 13.2.2014 – C-530/11.

diese mit dem Unionsrecht nicht zu vereinbaren waren, wobei die bei der Erhebung von Prozesskosten für umweltrelevante Rechtsschutzverfahren zu beachtenden Anforderungen näher konkretisiert worden sind. Zugleich werden die Prozesskosten auch in Deutschland zumindest von den Umweltverbänden durchaus als Hindernis für die Wahrnehmung ihrer Klagemöglichkeiten angesehen.<sup>951</sup>

Vor diesem Hintergrund ist als Forschungsfrage zu untersuchen, ob Art. 9 Abs. 4 AK in Deutschland insbesondere im Hinblick auf die Gewährung von Prozesskostenhilfe und die Übernahme von Gutachterkosten konventionskonform umgesetzt wird. Zur Beantwortung dieser Frage werden im Folgenden zunächst die Vorgaben dargestellt, die der Europäischen Gerichtshof aus den genannten Vorschriften des Unionsrechts zur Umsetzung von Art. 9 Abs. 4 AK abgeleitet hat. Danach ist rechtsvergleichend zu prüfen, mit welchen Prozesskosten in anderen EU-Staaten bei umweltschutzbezogenen Rechtsschutzverfahren zu rechnen ist und wie dort versucht wird, „nicht übermäßig teure“ Verfahren zu gewährleisten. Abschließend wird dann untersucht, wie die in Deutschland geltenden Kostenregelungen im Hinblick auf die Vorgaben des Art. 9 Abs. 4 AK einzuordnen sind.

## 5.2 Anforderungen an „nicht übermäßig teure“ Rechtsschutzverfahren

Aus den schon angesprochenen Regelungen für ein faires Verfahren in Art. 9 Abs. 4 AK sowie Art. 11 Abs. 4 RL 2011/92/EG und Art. 25 Abs. 4 RL 2010/75/EU ergibt sich zwar, dass die mit den Rechtsschutzverfahren in Umweltangelegenheiten verbundenen Kostenrisiken potentielle Kläger nicht von einer Rechtsverfolgung abhalten dürfen. In den genannten Vorschriften werden allerdings keine Kriterien genannt, nach denen beurteilt werden kann, wann Prozesskosten als „übermäßig teuer“ anzusehen sind. Eine Konkretisierung der maßgeblichen Anforderungen ergibt sich bisher im Wesentlichen nur aus den beiden Urteilen, in denen der Europäische Gerichtshof die vor 2013 in Großbritannien geltenden Kostenregelungen als mit dem Unionsrecht unvereinbar angesehen hat.<sup>952</sup> Deswegen werden hier zunächst die Vorgaben dargestellt, die nach diesen Entscheidungen bei der Ausgestaltung von Kostenregelungen im nationalen Recht im Hinblick auf einen „nicht übermäßig teuren“ Rechtsschutz zu beachten sind.

Der Europäische Gerichtshof stellt zunächst fest, dass die nationalen Gerichte eine Prozesspartei dann zur Kostentragung verurteilen dürfen, wenn die Kosten angemessen und für die betroffene Partei insgesamt nicht übermäßig hoch sind.<sup>953</sup> Außerdem weist er darauf hin, dass es bei fehlender Bestimmtheit des Unionsrechts die Aufgabe der Mitgliedstaaten ist, die Vorgaben der – oben genannten – EU-Richtlinien im Rahmen ihres dabei hinsichtlich der Mittel bestehenden Gestaltungsspielraums wirksam umzusetzen. Deswegen sind bei einer Überprüfung des nationalen Rechts alle einschlägigen Bestimmungen zu berücksichtigen, insbesondere auch ein Prozesskostenhilfesystem.<sup>954</sup> Daran anschließend konkretisiert der Gerichtshof die bei der Entscheidung über die Kostentragung im Einzelfall zu beachtenden Anforderungen wie folgt:<sup>955</sup>

*„Das Gericht kann seine Bewertung jedoch nicht allein auf die wirtschaftliche Lage des Betroffenen begrenzen, sondern muss auch eine objektive Analyse der Höhe der Kosten vornehmen, zumal Einzelpersonen und Vereinigungen naturgemäß dazu berufen sind, eine aktive Rolle beim Umweltschutz zu spielen. Die Kosten des Verfahrens dürfen daher nicht die finanziellen Möglichkeiten des Betroffenen übersteigen und in keinem Fall objektiv unangemessen sein (...).“*

<sup>951</sup> Vgl. Schmidt/Schrader/Zschiesche (2014) Rn. 511; siehe auch Schmidt ZUR 2012, 210 ff.

<sup>952</sup> EuGH, Urt. v. 11.4.2013 – C-260/11 – NVwZ 2013, 855 ff. (Edwards und Pallikaropoulos), sowie EuGH, Urt. v. 13.2.2014 – C-530/11 – ZUR 2014, 344 ff. (Kommission/Vereinigtes Königreich).

<sup>953</sup> Urt. v. 13.2.2014 – C-530/11 – Rn. 44 = ZUR 2014, 344 ff. (Kommission/Vereinigtes Königreich).

<sup>954</sup> Urt. v. 13.2.2014 – C-530/11 – Rn. 46 = ZUR 2014, 344 ff. (Kommission/Vereinigtes Königreich).

<sup>955</sup> Urt. v. 13.2.2014 – C-530/11 – Rn. 47 bis 49 = ZUR 2014, 344 ff. (Kommission/Vereinigtes Königreich), mit Hinweis auf Urt. v. 11.4.2013 – C-260/11 – Rn. 40 bis 42 = NVwZ 2013, 855 ff. (Edwards und Pallikaropoulos).

*Was die Untersuchung der wirtschaftlichen Lage des Betroffenen angeht, darf diese nicht nur auf den geschätzten finanziellen Möglichkeiten eines „durchschnittlichen“ Klägers beruhen, da bei solchen Angaben möglicherweise nur ein entfernter Zusammenhang mit der Lage des Betroffenen besteht (...).*

*Darüber hinaus kann das Gericht die Lage der betroffenen Parteien, die begründeten Erfolgsaussichten des Antragstellers, die Bedeutung des Rechtsstreits für diesen sowie für den Umweltschutz, die Komplexität des Rechts und des anwendbaren Verfahrens sowie den möglicherweise mutwilligen Charakter des Rechtsbehelfs in seinen verschiedenen Verfahrensabschnitten berücksichtigen (...), gegebenenfalls aber auch die bereits in früheren Instanzen desselben Rechtsstreits angefallenen Kosten.“*

Ergänzend dazu hat der Europäische Gerichtshof klargestellt, dass ein den nationalen Gerichten bei der Anwendung von Kostenregelungen eingeräumtes Ermessen mit dem Erfordernis, ein nicht übermäßig teures Verfahren zu gewährleisten, vereinbar sein kann. Außerdem trägt es nach Auffassung des Gerichtshofs zur Beachtung dieses Erfordernisses bei, wenn die Gerichte Maßnahmen zum Schutz vor zu hohen Kosten treffen können und damit eine größere Vorhersehbarkeit der Kostenbelastung gewährleisten.<sup>956</sup> Insoweit hat der Europäische Gerichtshof die in Großbritannien und Irland ursprünglich geltenden Kostenregelungen daher nicht beanstandet. Eine unzureichende Umsetzung des Unionsrechts wurde jedoch darin gesehen, dass die britischen Gerichte nicht durch eine Rechtsnorm dazu verpflichtet worden waren, den Schutz der Kläger vor übermäßig hohen Kosten sicherzustellen.<sup>957</sup> Weiter wird dazu ausgeführt<sup>958</sup>:

*„Allein der Umstand, dass der Gerichtshof eine Untersuchung und Bewertung verschiedener – zudem umstrittener – Entscheidungen innerstaatlicher Gerichte und daher eines ganzen Rechtsprechungskomplexes vornehmen muss, um festzustellen, ob das nationale Recht mit den Zielen dieser Richtlinie in Einklang steht, während das Unionsrecht dem Einzelnen genaue Rechte verleiht, deren Wirksamkeit eindeutige Regeln erfordert, führt daher zu dem Schluss, dass die Umsetzung, auf die sich das Vereinigte Königreich beruft, jedenfalls nicht hinreichend klar und bestimmt ist.“*

Mit einer ähnlichen Argumentation hatte der Europäische Gerichtshof bereits zuvor die Kostenregelungen in Irland aufgrund einer durch die Kommission erhobenen Klage beanstandet.<sup>959</sup> In diesem Fall ging es nur um die Frage, ob in Irland ausreichende Regelungen bestehen, um einen unterlegenen Kläger vor der Auferlegung von Kosten der Gegenseite zu bewahren und dadurch die Kostenrisiken zu begrenzen.<sup>960</sup> Dabei war zwar unstrittig, dass die irischen Gerichte nach Ermessen im Einzelfall davon absehen konnten, der unterliegenden Partei die Kosten der Gegenseite aufzuerlegen. Der Gerichtshof verwies aber darauf, dass es sich hierbei nur um eine Rechtsprechungspraxis handele, die „*naturgemäß nicht gesichert*“ sei, so dass aufgrund der an die Umsetzung von Rechten Einzelner zu stellenden Anforderungen nicht als rechtswirksame Erfüllung der für einen „*nicht übermäßig teuren*“ Rechtsschutz geltenden Vorgaben des Unionsrechts angesehen werden können.<sup>961</sup>

Demnach reicht es zur Umsetzung der Vorgaben in Art. 11 Abs. 4 RL 2011/92/EG und Art. 25 Abs. 4 RL 2010/75/EU sowie des zugrunde liegenden Art. 9 Abs. 4 AK grundsätzlich nicht aus, dass es den nationalen Gerichten im Rahmen einer Ermessensentscheidung möglich ist, die vom Europäischen Gerichtshof für die Beurteilung von Kosten des Rechtsschutzes in Umweltangelegenheiten entwickelten Kriterien zu berücksichtigen. Zumindest bei einer in diesem Bereich uneinheitlichen Rechtsprechung, wie es sie in Großbritannien gab, muss vielmehr durch (klare) gesetzliche Regelungen gewähr-

---

<sup>956</sup> Urt. v. 13.2.2014 – C-530/11 – Rn. 54 = ZUR 2014, 344 ff. (Kommission/Vereinigtes Königreich).

<sup>957</sup> Urt. v. 13.2.2014 – C-530/11 – Rn. 55 = ZUR 2014, 344 ff. (Kommission/Vereinigtes Königreich).

<sup>958</sup> Urt. v. 13.2.2014 – C-530/11 – Rn. 56 = ZUR 2014, 344 ff. (Kommission/Vereinigtes Königreich).

<sup>959</sup> Urt. v. 16.07.2009 – C-427/07 – ZUR 2010, 32 ff. (Kommission/Irland).

<sup>960</sup> Vgl. näher dazu Wegener, EurUP 2014, 226 (234).

<sup>961</sup> Urt. v. 16.07.2009 – C-427/07 – Rn. 93 f. = ZUR 2010, 32 ff. (Kommission/Irland).

leistet werden, dass der Rechtsschutz „nicht übermäßig teuer“ ist. Das spricht dafür, dass es im nationalen Prozessrecht konkret darauf bezogene Vorschriften geben muss, die so ausgestaltet sind, dass die mit einer Klage gegen umweltrelevante Vorhaben oder Maßnahmen verbundenen Kosten für potenzielle Kläger weitgehend vorhersehbar sind und keine abschreckende Wirkung haben.<sup>962</sup>

## 5.3 Rechtsvergleich

### 5.3.1 Großbritannien

Die Betrachtung der Situation in Großbritannien steht am Anfang der vergleichenden Untersuchung, weil dort aufgrund der vorstehend angesprochenen Verurteilungen durch den Europäischen Gerichtshof seit 2013 neue Regelungen für Gerichts- und andere Prozesskosten eingeführt worden sind. Aus diesen Regelungen könnten sich Anhaltspunkte zur Umsetzung von Art. 9 Abs. 4 AK und des daran anknüpfenden Unionsrechts auch für andere EU-Staaten ergeben. Der Bericht von *Carol Day* stellt diese Regelungen ausführlich dar und geht dabei auch auf die Anforderungen für bestimmte Verfahren (Berufung und einstweilige Verfügung) sowie auf die Gewährung von Prozesskostenhilfe ein.

Zu den Kosten, die im Zusammenhang mit gerichtlichen Verfahren entstehen können, gehören in Großbritannien – wie in Deutschland – neben den Gerichtsgebühren auch die Honorare für Anwälte, Gutachter und Zeugen sowie z.B. Reise- und Kopierkosten. Die Gerichtsgebühren in England und Wales sind 2014 stark erhöht worden. So müssen jetzt 140 Pfund (zuvor 60 Pfund) für einen Antrag auf Zulassung einer *judicial review* und weitere 700 Pfund (zuvor 215 Pfund) für die Durchführung dieses Verfahrens nach der Zulassung entrichtet werden. Für Berufungsverfahren vor dem Supreme Court sind sogar bis zu 6.000 Pfund zu zahlen.<sup>963</sup>

Bei der Entscheidung über die Kostentragung wird in Großbritannien – wie in Deutschland – von dem Grundsatz ausgegangen, dass die unterlegene Prozesspartei neben den eigenen Kosten auch die der Gegenseite zu tragen hat. Seit April 2013 gelten in England und Wales allerdings für bestimmte Klageverfahren, bei denen es um Rechtsschutz in Umweltangelegenheiten gemäß Art. 9 AK geht, spezielle Regelungen für die Kostenerstattung. Diese Klageverfahren werden durch eine neue Vorschrift des Zivilprozessrechts (Civil Procedure Rule 45.41) als „Aarhus Convention claims“ definiert: „... a claim for judicial review of a decision, act or omission all or part of which is subject to the provisions of the ... [Aarhus Convention], ...“. Da sich die Regelung nur auf das Verfahren des *judicial review* bezieht, sind allerdings die im Town and Country Planning Act 1990 geregelten *statutory appeals* davon nicht erfasst, obwohl es dabei ebenfalls um umweltrelevante Klagemöglichkeiten geht. Deswegen hat der Court of Appeal den Anwendungsbereich der Kostenregelungen bereits als nicht mit der Aarhus-Konvention konform bezeichnet.<sup>964</sup>

Sofern ein „Aarhus Convention claim“ vorliegt, kann die obsiegende Prozesspartei eine Kostenerstattung nur noch bis zu bestimmten Obergrenzen („cost caps“) verlangen, die in einer Ausführungsbestimmung (Practice Direction 45) festgelegt worden sind: Wenn die Klage abgewiesen wird, kann der Beklagte gegenüber einer Einzelperson eine Erstattung seiner Kosten nur bis maximal 5000 Pfund beanspruchen; in allen anderen Fällen – also z.B. bei Verbandsklagen – sind es maximal 10.000 Pfund. Zugleich wird auch der Anspruch eines obsiegenden Klägers auf Kostenerstattung durch den Beklagten auf 35.000 Pfund begrenzt (sogenanntes „cross-cap“<sup>965</sup>). In Nordirland gelten die gleichen Obergrenzen einschließlich eines „cross-cap“ aufgrund der Costs Protection (Aarhus Convention) Regulati-

<sup>962</sup> Siehe dazu Kremer, ZUR 2014, 347 f.

<sup>963</sup> Vgl. Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4, Rn. 101 ff.

<sup>964</sup> Vgl. Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4, Rn. 104 ff. und Rn. 117 f. mit Hinweis auf *Secretary of State for Communities & Local Government v Sarah Louise Venn* [2014] EWCA Civ 1539.

<sup>965</sup> Vgl. Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4, Rn. 106.

ons von 2013. Der Anwendungsbereich dieser Regelung ist allerdings nicht auf judicial reviews beschränkt und erfasst daher – anders als in England und Wales – alle umweltrechtlichen Fälle.

Die beschriebenen Kostenbegrenzungen werden insbesondere von den Umweltverbänden kritisiert. Es besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass die festgelegten Obergrenzen nicht ausreichen, um die Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs für einen „nicht übermäßig teuren“ Rechtsschutz zu erfüllen. Zum einen wird insbesondere die Grenze von 5.000 Pfund für Einzelpersonen als zu hoch angesehen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Kläger bei einem Misserfolg auch die eigenen Kosten, also Gerichts- und Anwaltskosten (in der Regel 25.000 Pfund oder mehr), zu tragen hat. Zum anderen richtet sich die Kritik gegen die pauschalen Obergrenzen als solche, weil diese dazu führen, dass nicht – wie vom EuGH gefordert – im Einzelfall geprüft wird, ob der Kläger die Kosten tragen kann. Deswegen wird verlangt, die Regelungen dahingehend zu ändern, dass über die Kostenerstattung zukünftig unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls entschieden wird. Außerdem stößt die Begrenzung der Kostenerstattung für einen erfolgreichen Kläger auf 35.000 Pfund auf erhebliche Kritik, weil dadurch ein Schutz vor allem für staatliche Stellen gewährt wird, den die Aarhus-Konvention nicht vorsieht. Darüber hinaus führt dieses „cross-cap“ bei komplexen Fällen meistens dazu, dass die Kläger ihre Kosten – insbesondere auch für Gutachten<sup>966</sup> – nicht mehr vollständig erstattet bekommen und in erheblichem Umfang selbst tragen müssen.<sup>967</sup> Bei der Klage gegen die Planung einer Schnellstraße in Nordirland, über die vor Einführung der Obergrenzen entschieden worden ist, lagen die Kosten der erfolgreichen Kläger trotz ermäßigter Gebühren für die Rechtsanwälte und Berater bei 100.000 Pfund.<sup>968</sup> Solche Fälle werden deswegen, wenn ein Beweis durch Sachverständige erforderlich erscheint, inzwischen als „too expensive to win“ bezeichnet.<sup>969</sup>

Die bei den Zivilgerichten in England und Wales aufgrund des common law bestehende Möglichkeit, das Kostenrisiko auf Antrag nach richterlichem Ermessen im Einzelfall durch eine Protected Costs Order (PCO) zu begrenzen, werden durch die beschriebenen Regelungen für „cost caps“ verdrängt. In den Fällen, in denen nach dem Unionsrecht ein weiterer Zugang zu Gericht in Umweltangelegenheiten zu gewähren ist (Art. 11 Abs. 4 RL 2011/92/EG und Art. 25 Abs. 4 RL 2010/75/EU), ist dabei von der Rechtsprechung berücksichtigt worden, dass die Kostenrisiken für die Kläger nicht zu hoch sein dürfen. In anderen Fällen wird eine direkte Wirkung von Art. 9 Abs. 4 AK allerdings nicht anerkannt.<sup>970</sup>

Etwas anders ist die Situation in Schottland, weil die Gerichte dort bei von der Öffentlichkeitsbeteiligungs-RL (2003/35/EC) erfassten Klageverfahren im Einzelfall entscheiden, ob die Kostenerstattung durch eine Protected Expenses Order (PEO) nach den Rules of the Court of Session (Chapter 58A) auf 5000 Pfund begrenzt wird. Das ermöglicht zwar eine Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls, die Regelungen sehen aber vor, dass bei der Ermessensausübung neben der Höhe der Kosten auch Kriterien wie z.B. Vorteile des Klägers sowie ein öffentliches Interesse an dem Fall maßgeblich sind. Das hat in der Praxis mehrfach zu einer Ablehnung der PEO geführt. Bei Fällen, die nicht vom Unionsrecht erfasst werden, wird eine PEO zudem nur nach common law gewährt. Dabei sind bisher Obergrenzen festgesetzt worden, die weit höher lagen als 5000 oder 10.000 Pfund. Das ist einer der Gründe, aus denen die Coalition for Access to Justice for the Environment (CAJE) davon ausgeht, dass der Umweltrechtsschutz auch in Schottland nach wie vor „übermäßig teuer“ ist.<sup>971</sup>

<sup>966</sup> Vgl. Day, Symposium Protokoll, Anhang 8 (Antwort auf die letzte Frage unter 8.2.6.2.)

<sup>967</sup> Vgl. Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4, Rn. 107 ff. und 162 f.

<sup>968</sup> Vgl. Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4, Rn. 156.

<sup>969</sup> Vgl. Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4, Rn. 165.

<sup>970</sup> Vgl. Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4, Rn. 119 ff.

<sup>971</sup> Vgl. Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4, Rn. 145 ff.

Darüber hinaus bestehen in England und Wales auch bei Berufungsverfahren weiterhin Unsicherheiten hinsichtlich der Kostentragung, weil die vorstehend beschriebenen Regelungen für „Aarhus Convention claims“ dafür nicht direkt anwendbar sind. Vielmehr sind die (allgemeinen) Kriterien der Civil Procedure Rule 52.9a anzuwenden, so dass es von der Ermessensausübung durch das Gericht im Einzelfall abhängt, ob und inwieweit die Kostenerstattung begrenzt wird. Die Entscheidung kann daher unterschiedlich ausfallen. Es kommt sowohl eine Anwendung der für die vorangehende Instanz gültigen Kostenbegrenzung auf das Berufungsverfahren als auch die Festsetzung von zusätzlich erstattungsfähigen Kosten in Betracht. Die damit verbundenen Unsicherheiten sind bei den Umweltverbänden ein Anlass zur Besorgnis.<sup>972</sup>

Für die Anordnung von Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes, also z.B. für die Aussetzung der Vollziehbarkeit einer Genehmigung, besteht in England und Wales eine hinsichtlich der Kostenfolgen sehr problematische Regelung (Practice Direction 25A). Danach sollen die Gerichte einstweilige Anordnungen nur treffen, wenn sich der Kläger vorher verpflichtet hat, den Beklagten für alle dadurch verursachten Verluste zu entschädigen, sofern sich die Anordnung nachträglich als nicht notwendig erweist („cross-undertakings in damages“). Diese Regelung ist vom Aarhus Compliance Committee (ACCC/C/2008/33) und auch vom EuGH (Urt. v. 13.2.2014 – C-530/11, Rn. 64 bis 70) im Hinblick auf die immensen Kostenrisiken, die damit verbunden sind, als unvereinbar mit Art. 9 Abs. 4 AK und dem Unionsrecht angesehen worden. Seit 2013 gibt es daher eine spezielle Vorschrift für die „Aarhus Convention claims“ (Practice Direction 25A paragraph 5.1B), nach der die Gerichte bei der Entscheidung in diesen Fällen auch berücksichtigen müssen, ob die einstweilige Anordnung zur Vermeidung erheblicher Umweltschäden notwendig ist, um dann gegebenenfalls – im Hinblick auf die damit verbundenen Kostenrisiken – von einer Verpflichtungserklärung des Klägers zum Schadensersatz abzusehen. Auch nach dieser Regelung kann aber unter Umständen eine solche Verpflichtung vom Kläger verlangt werden, so dass insofern weiterhin eine abschreckende Wirkung besteht.<sup>973</sup>

Schließlich kann in Verfahren eines judicial review auch Prozesskostenhilfe beantragt werden. Diese Möglichkeit besteht grundsätzlich sowohl für Einzelpersonen als auch für Umweltverbände. Ob Prozesskostenhilfe gewährt wird, hängt nach den Civil Legal Aid (Merits Criteria) Regulations 2013 von den Umständen des Einzelfalls ab, wobei insbesondere die Erfolgsaussichten der Klage und der Nutzen für den Kläger sowie dessen Förderungswürdigkeit zu prüfen sind. In umweltrelevanten Klageverfahren ist es schwierig, eine Förderung zu erhalten, es sei denn, an dem Fall besteht ein breites öffentliches Interesse. Vor allem Umweltverbände werden praktisch nicht finanziell unterstützt.<sup>974</sup>

Ergänzend wird noch darauf hingewiesen, dass aufgrund des Criminal Justice and Courts Act 2015 neue Regelungen für judicial reviews gelten, deren Auswirkungen auf umweltrelevante Klageverfahren noch unklar sind. Danach ist insbesondere vorgesehen, dass bei der Erhebung einer Klage nähere Angaben über die Finanzierung des Verfahrens gemacht werden müssen. Bei juristischen Personen erstreckt sich diese Verpflichtung auch auf Informationen über ihre Mitglieder und deren Möglichkeiten zur finanziellen Unterstützung. Diese Angaben und Informationen sind vor allem bei den – vorstehend kurz angesprochenen – Entscheidungen der Gerichte über Prozesskostenhilfe relevant. Die Umweltverbände gehen davon aus, dass die Kläger dadurch davon abgebracht werden sollen, solche Hilfen zu beantragen, um die Klagen gegen staatliche Stellen insgesamt zu reduzieren.<sup>975</sup>

---

<sup>972</sup> Vgl. Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4, Rn. 111 f.

<sup>973</sup> Vgl. Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4, Rn. 113 ff.

<sup>974</sup> Vgl. Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4, Rn. 141, sowie eine ergänzende Auskunft zur praktischen Umsetzung der genannten Regelungen.

<sup>975</sup> Vgl. Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4, Rn. 126 ff.

Demnach spricht viel dafür, dass auch die speziellen Kostenregelungen für umweltrelevante Klageverfahren, die in Großbritannien seit 2013 eingeführt worden sind, nicht ausreichend gewährleisten, dass der Rechtsschutz gemäß Art. 9 Abs. 4 AK „nicht übermäßig teuer“ ist. Das gilt insbesondere für die Obergrenzen (cost caps), denen jetzt auch die Ansprüche der Kläger auf Kostenerstattung unterliegen. Außerdem ist das Kostenrecht in Großbritannien auch sonst nach wie vor so ausgestaltet, dass sich erhebliche Hindernisse für den Zugang zu Gerichten ergeben.<sup>976</sup>

### 5.3.2 Frankreich

Nach dem Bericht von *Michel Prieur* wird auch in Frankreich zwischen Gerichtskosten, zu denen auch Gutachterkosten gehören, und anderen Kosten – insbesondere für Anwaltshonorare – unterschieden. In verwaltungsgerichtlichen Verfahren gilt für die Gerichtskosten, dass diese grundsätzlich von der unterlegenen Partei zu tragen sind. Das Gericht kann aber bei besonderen Umständen auch anders entscheiden und z.B. die Teilung der Gerichtskosten anordnen. Über die anderen Kosten wird von den Gerichten ebenfalls im Einzelfall unter Berücksichtigung der finanziellen Situation der Parteien und der Billigkeit entschieden. Bei einer Klageabweisung wird zwar in der Regel der Kläger verpflichtet, die Kosten der Gegenseite zu erstatten, die Gerichte können aber nach Ermessen auch anders entscheiden. Außerdem müssen die Parteien ihre Anwaltskosten grundsätzlich selbst tragen. Da diese meist sehr hoch sind, kann sich daraus für Umweltverbände, denen keine Prozesskostenhilfe gewährt wird, ein Hindernis für die Inanspruchnahme von Rechtsschutz ergeben.<sup>977</sup>

In den meisten verwaltungsgerichtlichen Verfahren entscheiden die Gerichte nicht über eine Kostenverteilung, so dass jede Partei ihre eigenen Kosten zu tragen hat. Es gibt aber auch Fälle, in denen Klagen von Umweltverbänden abgewiesen worden sind, ohne dass sie die Gerichtskosten oder andere Kosten erstatten mussten. Soweit den Umweltverbänden z.B. nach erfolglosen Klagen in atomrechtlichen Streitigkeiten oder gegen Windkraftanlagen eine Kostenerstattung auferlegt worden ist, ging es um überschaubare Beträge in Höhe von 500 bis 3000 Euro.<sup>978</sup> Bei einer erfolgreichen Klage erhalten die Umweltverbände hingegen meistens eine Kostenerstattung, die sich auch auf die Anwalts- und Gutachterkosten erstreckt. Aufgrund des sehr weiten Ermessensspielraums der Gerichte ist aber auch eine andere Kostenverteilung möglich. Es lässt sich daher kaum voraussehen, wie entschieden werden wird, so dass eine Klageerhebung immer mit erheblichen Kostenrisiken verbunden ist.<sup>979</sup>

Die Gewährung von Prozesskostenhilfe ist grundsätzlich für alle Kläger möglich. Für Verbände gilt das dann, wenn es sich um gemeinnützige Organisationen mit Sitz in Frankreich und ohne ausreichende finanzielle Ressourcen handelt.<sup>980</sup> Die im Bericht von *Prieur* genannte sehr große Zahl von Umweltverbänden, die im Jahr 2002 finanzielle Hilfen erhalten haben, bezieht sich aber wohl nicht auf die Kosten konkreter Klageverfahren. Auch der Hinweis, dass kaum Beispiele für die Ablehnung von Anträgen der Umweltverbände auf Prozesskostenhilfe bekannt sind, lässt nur sehr begrenzt Rückschlüsse auf die gerichtliche Praxis zu.<sup>981</sup> Eine ergänzende Nachfrage hat ergeben, dass es wohl doch nur relativ wenige Fälle gibt, in denen die Umweltverbände tatsächlich Prozesskostenhilfe erhalten. Außerdem werden dadurch die sehr hohen Anwaltskosten regelmäßig nicht abgedeckt.<sup>982</sup>

Insgesamt gesehen ergibt sich demnach, dass in Frankreich die Prozesskosten wohl trotz der insoweit bestehenden Unsicherheiten kein großes Hindernis für den Umweltrechtsschutz darstellen. Nach den

<sup>976</sup> Vgl. auch das Fazit von Day, Länderbericht Großbritannien, Anhang 4, Rn. 162 ff.

<sup>977</sup> Vgl. Prieur, Länderbericht Frankreich, Anhang 3, Rn. 157.

<sup>978</sup> Vgl. die Beispiele bei Prieur, Länderbericht Frankreich, Anhang 3, Rn. 157 f.

<sup>979</sup> Vgl. Prieur, Länderbericht Frankreich, Anhang 3, Rn. 165.

<sup>980</sup> Vgl. Prieur, Länderbericht Frankreich, Anhang 3, Rn. 161.

<sup>981</sup> Vgl. Prieur, Länderbericht Frankreich, Anhang 3, Rn. 163.

<sup>982</sup> Diese Informationen stammen aus einer Diskussion mit *Michel Prieur* anlässlich des Symposiums (Anhang 8).

allgemeinen prozessrechtlichen Regelungen müssen die Gerichte bei der Kostenverteilung ohnehin die finanzielle Situation des Klägers berücksichtigen. Außerdem waren in den angeführten Beispielen die Beträge, die erstattet werden mussten, nicht sehr hoch. Mit der Frage, ob die Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs für „nicht übermäßig teure“ Verfahren damit ausreichend beachtet werden, haben sich die Gerichte in Frankreich bisher jedoch nicht beschäftigt. Es hat seit den Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs auch keine Änderungen des Kostenrechts gegeben.

### 5.3.3 Italien

Der Bericht von *Margaretha Poto* gibt einen kurzen Überblick über die in Italien für die Prozesskosten geltenden Regelungen. Zunächst wird darauf hingewiesen, dass bereits durch Art. 24 Abs. 3 der Verfassung auch für mittellose Kläger ein Zugang zu Gerichten ausdrücklich gewährleistet wird. Es besteht daher sowohl für Einzelpersonen als auch für gemeinnützige Organisationen die Möglichkeit, unter anderem bei verwaltungsgerichtlichen Verfahren durch Prozesskostenhilfe unterstützt zu werden. Zu den Kosten, die dabei anfallen können, gehören – wie in Deutschland – insbesondere die Gerichtsgebühren sowie Honorare für Rechtsanwälte und Sachverständige. Die Höhe der Gerichtskosten richtet sich nach dem Klagegegenstand und dem Streitwert.<sup>983</sup>

Für die Entscheidung über die Kostenverteilung durch die Gerichte gilt, dass grundsätzlich die unterliegende Partei alle Kosten tragen soll, einschließlich der Anwalts- und Gutachterkosten. In der Praxis sehen die Verwaltungsgerichte aber meistens eine Kostenteilung vor, bei der die Parteien vor allem ihre jeweiligen Anwaltskosten selbst zu tragen haben. Das gilt insbesondere im Hinblick auf die Anwaltshonorare, deren Bandbreite von etwa 5000 bis zu über 100.000 Euro reichen kann.<sup>984</sup> Die mit einer Klage verbundenen Kostenrisiken werden daher von den Umweltverbänden als großes Hindernis für die Inanspruchnahme von Rechtsschutz angesehen. Vor allem Rechtsanwälte aus großen und bekannten Kanzleien unterstützen umweltrelevante Klageverfahren aber teilweise kostenlos (*pro bono*), weil damit ein Prestigegewinn verbunden ist.<sup>985</sup> Eine Diskussion über die Frage, ob die geltenden Kostenregelungen so ausgestaltet sind, dass die Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs für einen „nicht übermäßig teuren“ Rechtsschutz beachtet werden, gibt es bisher auch in Italien nicht.

### 5.3.4 Schweden

Aus dem Bericht von *Jan Darpö* ergibt sich, dass die Rechtsschutzverfahren in Umweltangelegenheiten in Schweden grundsätzlich kostenfrei durchgeführt werden. Es gibt für die Verwaltungs- und Gerichtsverfahren keine Gebühren und es entstehen auch sonst keine Kosten (z.B. für die gerichtliche Anordnung von Unterlassungen). Insbesondere besteht bei erfolglosen Klagen keine Verpflichtung, die Kosten der Gegenseite zu tragen. Da es bei den gerichtlichen Verfahren keinen Anwaltszwang gibt, kann sich der Kläger außerdem selbst vertreten und muss daher nicht unbedingt Honorare für einen Rechtsanwalt zahlen. Hinzu kommt, dass aufgrund des Prinzips der Amtsermittlung die durch technische Experten beratenen Behörden und Gerichte dafür verantwortlich sind, offene Sachfragen umfassend aufzuklären, so dass in den Verfahren regelmäßig keine Kosten für Zeugen oder Experten durch eine Beweiserhebung anfallen. Lediglich in bestimmten Verfahren für die Genehmigung von Gewässerbenutzungen gelten spezielle Regelungen, nach denen der Antragsteller unter Umständen die Kosten der durch seine Aktivitäten betroffenen „water stakeholder“ tragen muss.<sup>986</sup>

Der Umweltrechtsschutz in Schweden ist demnach grundsätzlich nicht teuer und für die Öffentlichkeit gut zugänglich. Insofern werden die Vorgaben von Art. 9 Abs. 4 AK erfüllt. Die beschriebene Rechtslage

<sup>983</sup> Vgl. Poto, Länderbericht Italien, Anhang 5, Rn. 73 ff.

<sup>984</sup> Vgl. Poto, Länderbericht Italien, Anhang 5, Rn. 77; siehe auch Symposium Protokoll, Anhang 8 (unter 8.2.6.3).

<sup>985</sup> Vgl. Poto, Länderbericht Italien, Anhang 5, Rn. 78.

<sup>986</sup> Vgl. Darpö, Länderbericht Schweden, Anhang 7, Rn. 117 f.

führt allerdings dazu, dass ein Kläger, der Rechtsanwälte oder Sachverständige beauftragt, um seine Interessen durchzusetzen, die entstehenden Kosten auf jeden Fall selbst tragen muss. Das hat durchaus praktische Bedeutung, da vor allem durch komplexe Genehmigungsverfahren betroffenen Bürger teilweise auf den Rat von Rechtsanwälten und Sachverständigen angewiesen sind, um die bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten effektiv in Anspruch nehmen zu können.<sup>987</sup>

Da bei Rechtsschutzverfahren in Schweden keine Gerichtskosten anfallen, gibt es praktisch auch keine Prozesskostenhilfe. Die darauf gerichteten Anträge von Individualklägern sind bisher in aller Regel mit dem Argument abgewiesen worden, dass die Gerichte aufgrund des Amtsermittlungsgrundsatzes verpflichtet sind, die Sach- und Rechtslage in eigener Verantwortung zu klären.<sup>988</sup> Die Umweltverbände werden allerdings von mehreren staatlichen Stellen durch Zuschüsse unterstützt, um die Beteiligung an umweltrelevanten Entscheidungsprozessen zu fördern. Bei den Klageverfahren arbeiten die Umweltverbände in der Regel mit eigenen Juristen und es finden sich oft Sachverständige, die vor allem bei besonders umstrittenen Fällen bereit sind, die Verbände auf freiwilliger Basis zu unterstützen.<sup>989</sup> Angesichts dieser Situation gibt es in Schweden keine Veranlassung, über Veränderungen der Kostenregelungen im Hinblick auf einen „nicht übermäßig teuren“ Rechtsschutz zu diskutieren.

### 5.3.5 Zwischenergebnis

Der Rechtsvergleich zeigt, dass es eine Diskussion über die Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs für einen „nicht übermäßig teuren“ Umweltrechtsschutz nur in Großbritannien gibt. Dementsprechend finden sich auch nur dort speziell darauf ausgerichtete Kostenregelungen, wobei insbesondere die zur Begrenzung der Kostenerstattungspflichten eingeführten „cost caps“ auf erhebliche Kritik stoßen. In den anderen untersuchten Ländern richtet sich die Verteilung und Erstattung von Prozesskosten – einschließlich der Anwalts- und Gutachterkosten der Gegenseite – hingegen nach den allgemein dafür geltenden Regelungen. Danach haben die Gerichte in Frankreich und Italien grundsätzlich ein gewisses Ermessen und können auch Ausnahmen von dem Grundsatz zulassen, dass die unterlegene Partei zusätzlich zu den eigenen Kosten auch die der Gegenseite zu tragen hat. Das führt aber wohl in der Regel zu einer Kostenteilung in der Weise, dass jede Partei für die eigenen Anwalts- und Gutachterkosten aufkommen muss. In Schweden, wo keine Gerichtskosten anfallen, ist das sogar immer der Fall. Deswegen ergeben sich letztlich in allen untersuchten Ländern für die Kläger gewisse Kostenrisiken vor allem – aber nicht nur – durch die Honorare für die eigenen Anwälte und Gutachter, die hinsichtlich der Höhe nur schwer einschätzbar sind. Vor allem bei aufwändigen Verfahren muss in der Regel mit sehr hohen Kosten gerechnet werden, die ein Hindernis für die Klagerhebung darstellen.<sup>990</sup>

Demnach ist es ausgehend von der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs bei allen untersuchten Ländern – mit Ausnahme von Schweden – durchaus fraglich, ob die Kostenregelungen dem Unionsrecht und Art. 9 Abs. 4 AK entsprechen:

Das ergibt sich zum einen daraus, dass für die Kläger insbesondere hinsichtlich der Anwalts- und Gutachterkosten nur schwer abschätzbare Kostenrisiken in erheblichen Größenordnungen entstehen können. Diese Kostenrisiken haben in der Praxis zumindest in Einzelfällen auch eine abschreckende Wirkung und es ist nicht ersichtlich, dass die in den untersuchten Ländern bestehenden (unterschiedlichen) Möglichkeiten für eine Kostenbegrenzung – unter anderem auch durch die Gewährung von Prozesskostenhilfe – dafür brauchbare Lösungsansätze bereit halten. Es ist zwar in Großbritannien, Frankreich und Italien vor allem für Individualkläger grundsätzlich möglich, für die Prozessführung

<sup>987</sup> Vgl. Darpö, Länderbericht Schweden, Anhang 7, Rn. 117.

<sup>988</sup> Vgl. Darpö, Länderbericht Schweden, Anhang 7, Rn. 120.

<sup>989</sup> Vgl. Darpö, Länderbericht Schweden, Anhang 7, Rn. 121 f.

<sup>990</sup> So die übereinstimmenden Aussagen aller Gutachter in der anlässlich des Symposiums (Angang 8) durchgeführten Diskussion, wobei auch festgestellt wurde, dass die Anwaltshonorare oft weit über 100 Euro pro Stunde liegen.

finanzielle Unterstützung zu bekommen, diese decken jedoch nicht die üblichen Anwaltshonorare und reichen daher regelmäßig nicht aus, um vor allem bei komplexen Fällen eine effektive Prozessführung zu gewährleisten.<sup>991</sup>

Zum anderen ist vor allem die Vereinbarkeit der Rechtslage in Frankreich und Italien mit dem Unionsrecht schon deshalb zweifelhaft, weil es dort an einer nachvollziehbaren gesetzgeberischen Umsetzung des Art. 9 Abs. 4 AK und des entsprechenden Unionsrechts fehlt, wonach speziell im Bereich des Umweltrechtsschutzes „nicht übermäßig teure“ Verfahren zu gewährleisten sind. Dieses Fehlen ausdrücklicher Regelungen, auf die sich potenzielle Kläger berufen könnten, war aber bei den vom Europäischen Gerichtshof entschiedenen Fällen ein maßgeblicher Grund dafür, dass die Kostenregelungen in Irland und Großbritannien als mit dem Unionsrecht nicht vereinbar angesehen worden sind.<sup>992</sup> Nach dieser Rechtsprechung sind praktisch alle allgemeinen Kostenregelungen, nach denen es im Ermessen der Gerichte liegt, im Einzelfall über Kostenbegrenzungen zu entscheiden, als problematisch anzusehen. Inwieweit die nationalen Gerichte ausgehend von den allgemeinen Regelungen in der Praxis wirksame Kostenbegrenzungen sicherstellen, hat der Gerichtshof dabei nicht weiter berücksichtigt. Deswegen ist bisher auch offen geblieben, wie die ziemlich weitreichenden Vorgaben, die der Gerichtshof dafür entwickelt hat, im Einzelnen zu verstehen und umzusetzen sind. Insbesondere auf die Frage, wann ein Verfahren „übermäßig teuer“ ist, gibt es bisher keine Antwort. Lediglich die ohne anwaltliche Vertretung und auch sonst kostenfrei durchführbaren Rechtsschutzverfahren in Schweden können als grundsätzlich „nicht übermäßig teuer“ eingestuft werden.

## 5.4 Einschätzung der in Deutschland geltenden Kostenregelungen

### 5.4.1 Streitwerte als Grundlage der Gerichts- und Anwaltskosten

In Deutschland ist die Höhe der Gerichts- und Anwaltskosten vom Streitwert abhängig. Dieser wird durch das Gericht gemäß § 52 Abs. 1 GKG ausgehend von der Bedeutung der Sache für den Kläger festgelegt. Zur Konkretisierung dieser Vorschrift ist für die Verwaltungsgerichtsbarkeit ein Streitwertkatalog entwickelt worden, dessen Empfehlungen vor allem dann praktisch bedeutsam sind, wenn sich die „Bedeutung der Sache“ im konkreten Fall nicht ohne weiteres beziffern lässt.

Für Verbandsklagen sah Nr. 1.2 des Streitwertkatalogs von 2004<sup>993</sup> vor, dass sich die Festsetzung nach den „Auswirkungen der Entscheidung auf die vertretenen Interessen“ richten und „mindestens 15.000 Euro“ betragen sollte. Danach haben tatsächlich viele Verwaltungsgerichte diesen „Mindestbetrag“ von 15.000 Euro als Streitwert festgesetzt.<sup>994</sup>

Allerdings sind die Entscheidungen oft nicht näher begründet worden und manche Gerichte beziehen sich auch nicht auf die Empfehlungen für Verbandsklagen, sondern auf die für private Kläger bei ähnlichen Fallkonstellationen vorgesehenen Streitwerte.<sup>995</sup> Außerdem hat unter anderem das Bundesverwaltungsgericht mehrfach auch einen Streitwert von 30.000 Euro angesetzt, wobei in manchen Fällen

<sup>991</sup> Dies ergibt sich ebenfalls aus den übereinstimmenden Aussagen der Gutachter anlässlich des Symposiums (Angang 8).

<sup>992</sup> Siehe dazu näher oben 5.2.

<sup>993</sup> NVwZ 2004, 1327.

<sup>994</sup> Vgl. VGH München, Urt. v. 1.2.2011 – 2 K 10.1262, BeckRS 2011, 30165; VG Koblenz, Urt. v. 16.6.2011 – 7 K 1132/10, BeckRS 2011, 54024; VG Ansbach, Urt. v. 19.10.2011 – 11 K 10.00643, juris; VG Regensburg, Urt. v. 19.4.2012 – 2 K 11.127, BeckRS 2012, 51687; VG Augsburg, Urt. v. 7.11.2012 – 6 K 12.142, openJur 2012, 131522; VGH München, Beschl. v. 20.1.2012 – 22 B 09.2175, BeckRS 2012, 52952.

<sup>995</sup> Siehe z.B. VGH Kassel, Beschl. v. 8.5.2013 – 9 E 639/13, dort wird auf Nr. 19.2 iVm 2.2.2 des Katalogs von 2004 verwiesen, wo für Klagen von drittbetroffenen Privaten, die „sonstige Beeinträchtigungen“ durch eine immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige Anlage geltend machen, auch 15.000,- € vorgesehen sind; vgl. auch OVG Münster, Beschl. v. 5.11.2009 – 8 B 1342/09, juris Rn. 25 ff., zur differenzierenden Festsetzung der Streitwerte bei Klagen gegen einen Vorbescheid und mehrere Teilgenehmigungen für derartige Anlagen.

darauf verwiesen wurde, dass ein großer Prüfungsumfang vorlag.<sup>996</sup> Dabei ging es vor allem um Verbandsklagen gegen Planfeststellungen und immissionsschutzrechtliche Genehmigungen.

In dem Streitwertkatalog von 2013<sup>997</sup> ist die Nr. 1.2 etwas strikter formuliert und sieht für Verbandsklagen „in der Regel 15.000 bis 30.000 Euro“ als Streitwert vor. Damit wird nunmehr eine Obergrenze empfohlen, es bleibt aber weiterhin den Gerichten überlassen, wie sie ihr Ermessen nach § 52 Abs. 1 GKG im Einzelfall ausüben. Dass die Verwaltungsgerichte dabei zukünftig in Folge der Rechtsprechung des EuGH zum „nicht übermäßig teuren“ Rechtsschutz in Umweltangelegenheiten ihre bisherige Praxis bei der Streitwertfestsetzung ändern werden, ist nicht absehbar. Es gibt zwar zwei Entscheidungen, in denen argumentiert worden ist, dass zur Umsetzung des Unionsrechts bei Verbandsklagen in der Regel 15.000 Euro als Streitwert festgesetzt werden müssten.<sup>998</sup> Mit dem Hinweis darauf, dass der festgesetzte Betrag deutlich unterhalb der bei Klagen von Gemeinden empfohlenen 60.000 Euro liege, ist aber auch ein Streitwert von 30.000 Euro als mit dem Unionsrecht vereinbar angesehen worden.<sup>999</sup> Diese Entscheidungen beruhen zwar noch auf dem Streitwertkatalog von 2004, sie halten sich aber auch im Rahmen der durch die Empfehlungen von 2013 vorgegebenen „Bandbreite“ für die Streitwertfestsetzung. Eine Auswertung von neueren Entscheidungen zeigt, dass sich die Gerichte weiterhin an diesen Empfehlungen orientieren und bei den Verbandsklagen regelmäßig Streitwerte von 15.000 bis 30.000 Euro festsetzen.<sup>1000</sup>

Da die Gerichts- und Anwaltskosten ausgehend vom Streitwert durch die im Gerichtskostengesetz und im Rechtsanwaltsvergütungsgesetz festgelegten Gebührensätzen bestimmt werden, lässt sich das insoweit bestehende Kostenrisiko für die unterliegende Partei, von der diese Kosten nach § 154 Abs. 1 VwGO grundsätzlich zu tragen sind, an sich gut abschätzen. Dadurch wird unabhängig von der Höhe des Streitwerts eine gewisse Vorhersehbarkeit der Kosten gewährleistet. Trotzdem ist fraglich, ob die deutschen Kostenregelungen einen dem Art. 9 Abs. 4 AK und dem Unionsrecht entsprechenden „nicht übermäßig teuren“ Rechtsschutz gewährleisten.<sup>1001</sup> Dagegen spricht, dass weder bei der Streitwertfestsetzung nach § 52 Abs. 1 GKG noch bei der Entscheidung über die Kostentragung nach § 154 Abs. 1 VwGO von den Gerichten zu prüfen ist, welche Kosten für den Kläger tatsächlich entstehen und ob er diese auch tragen kann. Eine solche – individuelle – Prüfung müsste jedoch nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs an sich im Einzelfall stattfinden.<sup>1002</sup> Außerdem ist für die Höhe der insgesamt anfallenden Kosten nicht nur der Streitwert maßgebend. Vielmehr können durch vom Kläger selbst oder durch von der Gegenseite beauftragte Gutachter sowie durch eine Beweisaufnahme weitere Kos-

<sup>996</sup> Vgl. BVerwG, Beschl. v. 31.1.2006 – 4 B 49.05, NVwZ 2006, 823, im Anschluss daran OVG Lüneburg, Beschl. v. 17.12.2008 – 12 OA 347/08, juris Rn. 7 f.; ebenso VGH München, Beschl. v. 19.4.2011 – 8 ZB 10.129, BeckRS 2012, 53421, Rn. 34; BVerwG, Beschl. v. 12.5.2012 – 7 B 71.11; VGH Kassel, Beschl. v. 14.5.2012 – 9 B 1918/11, BeckRS 2012, 51646; BVerwG, Urt. v. 10.10.2012 – 9 A 18.11 (A 100).

<sup>997</sup> Siehe <http://www.bverwg.de/medien/pdf/streitwertkatalog.pdf> (abgerufen am 16.10.16).

<sup>998</sup> Vgl. VGH Kassel Beschl. v. 8.5.2013 – 9 E 639/13 zur Herabsetzung des Streitwerts auf 15.000,- € , nachdem dieser zunächst durch das VG Frankfurt für eine Klage gegen die immissionsschutzrechtliche Genehmigung einer Braunkohlestaubfeuerungsanlage ohne nähere Begründung auf 60.000,- € angesetzt worden war; siehe auch OVG Münster Beschl. v. 5.11.2009 – 8 B 1342/09, juris Rn. 31 ff.

<sup>999</sup> So OVG Lüneburg Beschl. v. 17.12.2008 – 12 OA 347/08, juris Rn. 9 ff., zur Heraufsetzung des Streitwerts von 15.000,- € auf 30.000,- € in Folge einer Streitwertbeschwerde des beigeladenen Vorhabenträgers bei einer Klage gegen die immissionsschutzrechtliche Genehmigung einer Tierhaltungsanlage.

<sup>1000</sup> Vgl. zu Streitwerten von 15.000 Euro (bzw. 7.500 Euro im einstweiligen Rechtsschutz): OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 28.02.2014 – 19 L 334.13 – BeckRS 2014, 52623; VGH Mannheim, Beschl. v. 24.03.2014 – 10 S 216/13 – openJur 2014, 8379; VG Frankfurt (Oder), Beschl. v. 07.01.2015 – 5 L 289/14 – juris; VGH München, Beschl. v. 27.05.2015 – 22 CS 15.485 – BeckRS 2015, 47038; siehe zu Streitwerten von 30.000 (bzw. 15.000 Euro im einstweiligen Rechtsschutz): BVerwG, Beschl. v. 28.11.2013 – 9 B 14.13 – juris, Rn. 38; VGH München, Urt. v. 19.02.2014 – 8 A 11.40051 – openJur 2014, 18869; OVG Lüneburg, Beschl. v. 25.02.2014 – 12 LA 97/13 – openJur 2014, 4981; VG München, Beschl. v. 03.06.2014 – 2 S 14.2116 – BeckRS 2014, 52394.

<sup>1001</sup> Kritisch dazu Kremer, ZUR 2014, 347 ff.; Schmidt/Schrader/Zschesche (2014) Rn. 459 ff.; vgl. auch Berkemann, JM (1) II.

<sup>1002</sup> Siehe dazu oben 5.2.

ten in erheblicher Höhe entstehen. Daher müssten an sich auch die insoweit bestehenden Kostenrisiken in eine Gesamtbetrachtung durch die Gerichte einbezogen werden, um dann bei „übermäßig teuren“ Verfahren eine den Kläger entlastende Regelung zur Kostentragung oder -verteilung treffen zu können. Da § 52 Abs. 1 GKG und auch § 154 Abs. 1 VwGO hierfür keine Ansatzpunkte bieten, ist zu untersuchen, welche Möglichkeiten sich dafür aus anderen prozessrechtlichen Regelungen ergeben.

#### 5.4.2 Erstattung der Kosten von (privaten) Gutachtern

Im Hinblick auf die zusätzlichen Kosten, die in einem verwaltungsgerichtlichen Prozess durch von den Parteien vorgelegte Privatgutachten entstehen können, stellt sich die Frage, ob die Regelung für eine Kostenerstattung in § 162 Abs. 1 VwGO ausreicht, um eine übermäßige Kostenbelastung der Kläger zu verhindern. Nach dieser Vorschrift kommt eine Erstattung der Kosten für Privatgutachten in Betracht, wenn es sich um „zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendige Aufwendungen“ handelt. Dabei sind zwei Szenarien zu unterscheiden: Zum einen kann es sein, dass der Kläger die Kosten für ein von ihm beauftragtes Gutachten erstattet verlangt, das er vorgelegt hat, um sein Vorbringen gegen die angegriffene Verwaltungsentscheidung zu stützen. Zum anderen können der beklagte Planungsträger oder der beigeladene Vorhabenträger versuchen, eine Kostenerstattung für zur Verteidigung der Verwaltungsentscheidung vorgelegte Gutachten zu bekommen.

Bei den vom Kläger vorgelegten Gutachten bejaht die Rechtsprechung die Erstattungsfähigkeit der Kosten dann, wenn er oder sein Rechtsbeistand selbst nicht über die notwendige Sachkunde verfügen, um das Klagevorbringen ausreichend zu begründen. Das ist regelmäßig dann der Fall, wenn z.B. technische oder ökologische Zusammenhänge nachvollzogen werden müssen, die einen mit der Materie nicht vertrauten Laien überfordern, so dass die Einschaltung eines Sachverständigen zur Substantiierung der Klage notwendig ist.<sup>1003</sup> Damit soll auch einer „prozessualen Chancen- und Waffengleichheit zwischen den Verfahrensbeteiligten“ Rechnung getragen werden.<sup>1004</sup> Zudem wird davon ausgegangen, dass der Kläger auch eine prozessuale Mitwirkungspflicht trägt, die er unter den genannten Umständen durch die Einholung eines Privatgutachtens erfüllt.<sup>1005</sup> Allerdings wird teilweise auch näher geprüft, ob die Prozesssituation die Einholung des Gutachtens herausgefordert hat und ob dessen Inhalt auf eine Verfahrensförderung zugeschnitten war.<sup>1006</sup> Daher ist die Erstattungsfähigkeit der Kosten von zur Klagevorbereitung eingeholten Gutachten in einigen Fällen auch verneint worden.<sup>1007</sup> Trotzdem bestehen gerade bei Klagen gegen umweltrelevante Vorhaben häufig gute Chancen für den Kläger, eine Kostenerstattung für die von ihm vorgelegten Gutachten zu bekommen.

Demgegenüber lehnen die Gerichte vor allem Anträge von privaten Vorhabenträgern, die auf Kostenerstattung nach § 162 Abs. 1 VwGO für eingebrachte Gutachten gestellt werden, regelmäßig als nicht „zweckentsprechend“ oder „notwendig“ ab. Dabei wird insbesondere darauf verwiesen, dass die Vorhabenträger ohnehin grundsätzlich verpflichtet sind, gegenüber den zuständigen Behörden alle Nachteile zu erbringen, die für eine sachgerechte und rechtmäßige Entscheidung benötigt werden.<sup>1008</sup>

<sup>1003</sup> Vgl. BVerwG, Beschl. v. 24.07.2008 – 4 KSt 1008/07, 4 A 1073/04 – juris, Rn 8 (Flughafen Schönefeldt); VGH Kassel, Beschl. v. 20.04.2011 – 11 F 90/11 – juris, Rn. 16 (Flughafen Frankfurt); VG Neustadt, Beschl. v. 25.11.2013 – 4 K 177/12 – juris, Rn. 15 (straßenrechtliche Planfeststellung); OVG Lüneburg, Beschl. v. 15.01.2014 – 7 OA 112/13 – juris, Rn. 3 (Einordnung eines Stoffes als Abfall); VG München, Beschl. vom 23.06.2014 – 8 M 13.5193 – juris, Rn. 13 (Baudenkmal).

<sup>1004</sup> VGH München, Beschl. v. 19.03.2014 – 2 M 13.1729 und 2 M 13.1730 – juris, Rn. 11.

<sup>1005</sup> Vgl. BVerwG, Beschluss vom 24.07.2008 – 4 KSt 1008/07, 4 A 1073/04 – juris, Rn. 8.

<sup>1006</sup> VG Düsseldorf, Beschl. v. 17.03.2014 – 17 K 6189/06 – juris, Rn. 7.

<sup>1007</sup> Vgl. OVG Saarland, Beschl. v. 25.09.2013 – 2 E 374/13 – juris, Rn. 14 (Grenzabstand eines Gebäudes); VG München, Beschl. v. 17.01.2014 – 1 M 13.5774 – juris, Rn. 18 und 19; sowie Beschl. v. 23.04.2012 – 2 M 10.4760 – openJur 2012, 122415, Rn. 33 ff.

<sup>1008</sup> Vgl. VGH Kassel, Beschl. v. 20.04.2011 – 11 F 429/11 – juris, Rn. 20 f., unter Verweis auf VGH München, Beschl. v. 28.01.2010 – 8 M 09.40063 – NVwZ-RR 2010, 663; siehe dazu auch OVG Münster, Beschl. v. 13.04.2015 – 8 E 109/15 –; OVG Lüneburg, Beschl. v. 26.03.2015 – 7 OB 62/14 – jeweils m.w.N.

Ähnlich ist es bei Kostenerstattungsanträgen öffentlicher Planungsträger, die mit der Begründung abgelehnt worden sind, dass grundsätzlich sämtliche Aufwendungen für im Prozess eingeholte Stellungnahmen als „nachgelagerte Planungskosten“ anzusehen seien, die bei einer anderen Prüfungsintensität bereits im Planfeststellungsverfahren hätten anfallen können.<sup>1009</sup> In solchen Fällen müssen die Kläger daher regelmäßig nicht damit rechnen, daß eine Kostenerstattung angeordnet wird.

Insgesamt gesehen verbleiben für die Kläger aber sowohl hinsichtlich der Gutachterkosten als auch hinsichtlich der Gerichts- und Anwaltsgebühren gewisse Unsicherheiten, in welchem Umfang sie diese Kosten am Ende tragen müssen. Zum einen gibt es bei den Gutachterkosten keine Garantie für eine Erstattung oder die Zurückweisung von Forderungen der Gegenseite. Zum anderen liegen vor allem bei komplexen Fällen die eigenen Anwaltskosten aufgrund von aufwandsbezogenen Vergütungsvereinbarungen meist deutlich höher, als es die Gebührentabelle vorsieht. Es kann daher angenommen werden, dass das Kostenrisiko insbesondere bei Verbandsklagen gegen UVP-pflichtige Vorhaben nicht selten 30.000 bis 50.000 Euro beträgt.<sup>1010</sup> Ähnlich ist die Situation z.B. bei Klagen von Grundstückseigentümern gegen planfeststellungsbedürftige Vorhaben, bei denen die Streitwerte meistens über denen der Verbandsklagen liegen, so dass höhere Gerichts- und Anwaltsgebühren anfallen. Das betrifft insbesondere die Eigentümer landwirtschaftlich genutzter Flächen.<sup>1011</sup> Auch dabei handelt es sich um Fälle im Bereich des Umweltrechtsschutzes, sofern es darum geht, ob bei der Planung umwelt- oder naturschutzrechtliche Vorschriften eingehalten worden sind. Die Kosten des Rechtsschutzes erreichen daher auch in Deutschland unter Umständen eine Größenordnung, die von den Klägern nicht mehr ohne Weiteres zu bewältigen ist und daher durchaus als „übermäßig teuer“ – auch im Sinne einer abschreckenden Wirkung des Kostenrisikos – angesehen werden könnte. Im Hinblick auf die Gutachterkosten besteht nach der zu § 162 Abs. 1 VwGO vorliegenden Rechtsprechung jedoch für die Kläger immerhin ein gewisses „Entlastungspotenzial“.

### 5.4.3 Prozesskostenhilfe

Aufgrund dieser Kostenrisiken ist schließlich noch zu überlegen, ob durch die Gewährung von Prozesskostenhilfe eine Kostenbegrenzung erreicht werden kann, die eine Überlastung der Kläger verhindert. Solche Regelungen können aus Sicht des Europäischen Gerichtshofs durchaus geeignet sein, einen im Ergebnis „nicht übermäßig teuren“ Rechtsschutz sicherzustellen. Diese Möglichkeit zur Inanspruchnahme von Prozesskostenhilfe besteht gemäß § 114 Abs. 1 ZPO vor allem für private Kläger, die nach ihren persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten der Prozessführung nicht, nur zum Teil oder nur in Raten aufbringen können, wenn für die Rechtsverfolgung hinreichende Erfolgsaussichten bestehen. Außerdem ist es nach § 116 Satz 1 Nr. 2 ZPO auch für juristische Personen oder parteifähige Vereinigungen grundsätzlich möglich, Prozesskostenhilfe zu erhalten.

Die Bewilligung von Prozesskostenhilfe nach § 114 Abs. 1 ZPO ist zwar bei Individualklägern – anders als z.B. in Frankreich<sup>1012</sup> – nicht von festen Beträgen für das verfügbare Einkommen abhängig. Vielmehr erfolgt eine Berechnung nach der individuellen Leistungsfähigkeit, bei der gemäß § 115 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 VwGO das Einkommen und das Vermögen des Klägers zugrunde gelegt werden, von denen die notwendigen Zahlungen z.B. für Steuern, gesetzlich vorgeschriebene Versicherungen, Unterhaltungspflichten und Mietkosten abzusetzen sind.<sup>1013</sup> Dadurch können auch Kläger mit einem höheren Einkommen unter Umständen beihilfeberechtigt sein und die Möglichkeit zur Ratenzahlung erhalten. Die Prozesskostenhilfe wird jedoch nicht bewilligt, wenn die Kosten der Prozessführung ins-

<sup>1009</sup> Vgl. VGH München, Beschl. v. 14.10.2013 – 8 C 12.1785 – juris, Rn. 7.

<sup>1010</sup> Vgl. dazu die Berechnungsbeispiele bei Schmidt/Schrader/Zschiesche (2014) Rn. 449 ff.; Kremer, ZUR 2014, 347 ff.

<sup>1011</sup> In solchen Fällen ist mit Streitwerten von 100.000 Euro und mehr zu rechnen, vgl. OVG Lüneburg, Beschl. v. 10.12.2015 – 7 KS 121/12 (B 1 OU Hameln), unter Hinweis auf BVerwG, Beschl. v. 11.02.2009 – 9 A 34.08 – juris Rn. 4.

<sup>1012</sup> Vgl. Prieur, Länderbericht Frankreich, Anhang 3, Rn. 163.

<sup>1013</sup> Siehe dazu näher Jeromin/Präml, in: Gärditz (2013) § 166 VwGO Rn. 17 ff.

gesamt vier Monatsraten und die gegebenenfalls aus dem Vermögen aufzubringenden Beiträge nicht übersteigt (§ 115 Abs. 4 VwGO). Außerdem ist die mit einer Bewilligung verbundene Kostenentlastung begrenzt. Im Falle eines Unterliegens entfallen zwar die Gerichtskosten und die Staatskasse übernimmt die Kosten einer eventuellen Beweisaufnahme sowie die regelmäßig nach § 49 RVG verminderten Gebühren des beigeordneten Rechtsanwalts. Die Anwaltskosten der Gegenseite sind vom Kläger jedoch nach § 123 ZPO voll zu tragen. Für eventuelle Gutachterkosten gibt es keine spezielle Regelung, so dass wohl der bereits erörterte § 162 Abs. 1 VwGO eingreift. Insgesamt gesehen bleibt daher noch ein gewisses Kostenrisiko bestehen und die anwaltliche Betreuung unterliegt der Einschränkung, dass die vor allem bei Klagen gegen komplexe Vorhaben üblichen Vergütungsvereinbarungen, mit denen der in diesen Fällen regelmäßig über die Gebührensätze hinausgehende Aufwand abgedeckt werden soll, nach § 3a Abs. 3 RVG unzulässig und nichtig sind. Die Prozesskostenhilfe ist daher zumindest bei derartigen Fällen, bei denen regelmäßig hohe Kostenrisiken bestehen, sowohl für die Kläger als auch für deren Anwälte mit einigen Nachteilen verbunden.

Für Umweltverbände kommt Prozesskostenhilfe zwar auch grundsätzlich in Betracht. Dafür muss der Verband allerdings nach § 116 Satz 1 Nr. 2 ZPO darlegen, dass die zu erwartenden Kosten weder von ihm noch von den am Gegenstand des Rechtsstreits wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können. Außerdem wird vorausgesetzt, dass die Unterlassung der Rechtsverfolgung allgemeinen Interessen zuwiderlaufen würde. Damit werden an die Anträge von juristischen Personen höhere Anforderungen gestellt als an die von natürlichen Personen. Dadurch soll verhindert werden, dass sich vermögende Personen, die am Ausgang eines Verfahrens wirtschaftlich interessiert sind, einer unermöglichten juristischen Person bedienen, um die Prozesskosten auf die Allgemeinheit zu verlagern.<sup>1014</sup> Es ist zwar sehr fraglich, ob die Mitglieder von Umweltverbänden als „wirtschaftlich Beteiligte“ im Sinne von § 116 Satz 1 Nr. 2 ZPO, deren finanziellen Verhältnisse relevant sein können, anzusehen sind.<sup>1015</sup> Einem nach § 3 UmwRG anerkannten Verband wird es jedoch regelmäßig schwer fallen, ausreichend darzulegen, dass die zu erwartenden Prozesskosten weder aus den laufenden Einnahmen noch aus dem vorhandenen Vermögen aufgebracht werden können. In der Rechtsprechung wird nämlich davon ausgegangen, dass auch bei aktuell nicht ausreichenden finanziellen Mitteln kein Anspruch auf Prozesskostenhilfe besteht, wenn ein Verband es trotz der absehbaren Notwendigkeit eines Prozesses versäumt hat, Rücklagen für dessen Finanzierung zu bilden.<sup>1016</sup> Außerdem wird bei der Prüfung berücksichtigt, dass für die Anerkennung nach § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UmwRG unter anderem maßgeblich ist, dass der Verband über die notwendige Leistungsfähigkeit zur Förderung des Umweltschutzes und damit auch zur Ausübung der Klagerechte verfügt.<sup>1017</sup> Es wird also praktisch vorausgesetzt, dass ein anerkannter Umweltverband grundsätzlich in der Lage ist, neben anderen Aufgaben auch die Verbandsklagen zu finanzieren.

Insgesamt gesehen ist demnach eher fraglich, ob die Regelungen zur Prozesskostenhilfe eine relevante Entlastung der Kläger im Hinblick auf möglicherweise „übermäßig teure“ Verfahren im Bereich des Umweltrechtsschutzes bewirken können. Die mögliche Entlastungswirkung ist bei Individualklägern auf jeden Fall begrenzt und Umweltverbände werden in aller Regel keine Prozesskostenhilfe erhalten.

## 5.5 Ergebnis

Die Kostentragung in umweltrelevanten Rechtsschutzverfahren richtet sich in Deutschland – ebenso wie z.B. in Frankreich und Italien – nach den allgemeinen Regelungen des Prozessrechts. Diese Regelungen entsprechen nur teilweise den Vorgaben, die vom Europäischen Gerichtshof ausgehend von

---

<sup>1014</sup> Vgl. Jeromin/Praml, in: Gärditz (2013) § 166 VwGO Rn. 28, unter Hinweis auf BT-Drs. 8/3068, S. 26.

<sup>1015</sup> So aber wohl OVG Münster Beschl. v. 30.4.2008 – 8 D 20/08 – juris, Rn. 14.

<sup>1016</sup> OVG Münster Beschl. v. 30.4.2008 – 8 D 20/08 – juris, Rn. 5 ff.

<sup>1017</sup> OVG Münster Beschl. v. 30.4.2008 – 8 D 20/08 – juris Rn. 17 ff.

Art. 9 Abs. 4 AK und dem entsprechenden Unionsrecht zur Gewährleistung eines nicht „übermäßig teuren“ Rechtsschutzes entwickelt worden sind. Aufgrund der Festlegung von Streitwerten, auf denen die Berechnung der Gerichts- und Anwaltskosten beruht, lassen sich diese Kosten in Deutschland zwar grundsätzlich gut abschätzen. Außerdem können die Umweltverbände ebenso wie Individualkläger unter bestimmten Voraussetzungen damit rechnen, dass sie von Gutachterkosten entlastet werden, und zumindest für Individualkläger kommt auch Prozesskostenhilfe in Betracht. Es verbleiben allerdings trotzdem gewisse Unsicherheiten hinsichtlich der Kostenrisiken. Zugleich fehlen bisher konkrete Regelungen zur Kostenbegrenzung im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Dadurch ergeben sich Zweifel an der Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht, weil der Gerichtshof – wie dargelegt<sup>1018</sup> – eine klare Umsetzung der daraus abgeleiteten Vorgaben durch das nationale Recht fordert.

---

<sup>1018</sup> Siehe dazu oben 5.2.

## 6 Quellenverzeichnis

### 6.1 Literaturverzeichnis

- Alleweldt, Ralf (2006): Verbandsklage und gerichtliche Kontrolle von Verfahrensfehlern: Neue Entwicklungen im Umweltrecht, DÖV 2006, 621 ff.
- Appel, Markus (2010): Subjektivierung von UVP-Fehlern durch das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz?, NVwZ 2010, 473 ff.
- Attendorn, Thorsten (2012): Die BNetzA und die Rechtsprechung des BVerwG zur "Frequenzregulierung", NVwZ 2012, 135 ff.
- Aust, Helmut Philipp (2016): Das Recht der globalen Stadt – Grenzüberschreitende Dimensionen kommunaler Selbstverwaltung. Berlin (i.E.).
- Bartunek, Beatrix (2000): Probleme des Drittschutzes bei der Planfeststellung. Erlangen-Nürnberg.
- Battis, Ulrich/Krautzberger, Michael/Löhr, Rolf-Peter (2016): Baugesetzbuch, Kommentar, 13. Auflage. München.
- Beckmann, Martin (2012): Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz (KrwG), in: Landmann, Robert von/Rohmer, Gustav (Hrsg.): Umweltrecht, Loseblatt-Kommentar. München.
- Beier, Arno (2016): Pauenschlag aus Luxemburg? Die gerichtliche Überprüfung von Zulassungsentscheidungen für UVP-pflichtige Projekte - Anmerkungen zum Urteil des EuGH v. 15.10.2015 (Rs. C-137/149), UPR 2016, 48 ff.
- Berkemann, Jörg (2014): Juris, Mitteilungen 2014, (1) II.
- Berkemann, Jörg (2016): Zur Abwägungsdogmatik: Stand und Bewertung, ZUR 2016, 323 ff.
- Berkemann, Jörg (2016): Querelle d'Allemand. Deutschland verliert die dritte Runde im Umweltverbandsrecht vor dem EuGH, DVBl. 2016, 205 ff.
- Berkemann, Jörg (2015): Vollkontrolle der Umweltverbandsklage! – „Empfehlung“ des Compliance Committee 2013/2014 der Aarhus-Konvention, DVBl. 2015, 389 ff.
- Berkemann, Jörg (2014): Rechtsschutz im Naturschutzrecht - Neue Entwicklungen, EurUP 2014, 147 ff.
- Berkemann, Jörg (2013): Der slowakische Braunbär im deutschen Prozessrecht - Eine Analyse vom EuGHE 2011 I-1255, DVBl. 2013, 1137 ff.
- Berkemann, Jörg (2011): Die Umweltverbandsklage nach dem Urteil des EuGH vom 12. Mai 2011 – Die "noch offenen" Fragen NuR 2011, 780 ff.
- Berkemann, Jörg (2011): Die unionsrechtliche Umweltverbandsklage des EuGH - Der deutsche Gesetzgeber ist belehrt »so nicht« und in Bedrängni, DVBl. 2011, 1253 ff.
- Bétaille, Julien (2011): Accès à la justice, Revue juridique de l'environnement 2011, 459 ff.
- Betensted, Josefine/Grandjot, René/Waskow, Siegfried (2013): Die Umsetzung der Richtlinie 2010/75/EU über Industrieemissionen (IE-Richtlinie) im Immissionsschutzrecht, ZUR 2013, 395 ff.
- Brandt, Edmund (2013): Tötungsrisiko und Einschätzungsprärogative, NuR 2013, 482 ff.
- Brauhardt, Beate (2010): Zur Einschränkung des Zugangs zu den Gerichten durch Präklusionsregelungen, UPR 2010, 296 ff.
- Bunge, Thomas (2016): Weiter Zugang zu Gerichten nach der UVP- und der Industrieemissions-Richtlinie: Vorgaben für das deutsche Verwaltungsprozessrecht, NuR 2016, 11 ff.
- Bunge, Thomas (2015): Der Rechtsschutz in Umweltangelegenheiten in Deutschland – Stand und offene Fragen. ZUR 2015, 531 ff.
- Bunge, Thomas (2014): Rechtsbehelfe in Umweltangelegenheiten: Vorgaben der Aarhus-Konvention und deutsches Recht – Die Entscheidung V/9h der fünften Tagung der Aarhus-Vertragsparteien, NuR 2014, 605 ff.
- Bunge, Thomas (2014): Rechtsfolgen von Verfahrensfehlern bei der Umweltverträglichkeitsprüfung, NuR 2014, 305 ff.

- Bunge, Thomas (2014): Zur Klagebefugnis anerkannter Umweltverbände, ZUR 2014, 3 ff.
- Bunge, Thomas (2013): Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz, Kommentar. 1. Auflage. Berlin.
- Calliess, Christian (2006): Feinstaub im Rechtsschutz deutscher Verwaltungsgerichte - Europarechtliche Vorgaben für die Klagebefugnis vor deutschen Gerichten und ihre dogmatische Verarbeitung, NVwZ 2006, 1 ff."
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.): EUV/AEUV - Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 4. Auflage, 2011, München.
- Czychowski, Manfred/Reinhardt, Michael (2014): Wasserhaushaltsgesetz (WHG), Kommentar, 11. Auflage. München.
- Dawin, Michael (2016), in: Schoch, Friedrich/Schneider, Jens-Peter/Bier, Wolfgang (Hrsg.): Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO, Loseblatt-Kommentar, 30. Auflage. München.
- di Fabio, Udo (1994): Risikoentscheidungen im Rechtsstaat: zum Wandel der Dogmatik im öffentlichen Recht, insbesondere am Beispiel der Arzneimittelüberwachung. Tübingen.
- Durner, Wolfgang (2005): Rechtspolitische Spielräume im Bereich der dritten Säule: Prüfungsumfang, prozessuale Ausgestaltung und Fehlerfolgen, in: Durner, Wolfgang/Walter, Christian (Hrsg.), Rechtspolitische Spielräume bei der Umsetzung der Aarhus-Konvention. Berlin.
- Eichberger, Michael (2013): Die Rechtsschutzgarantie vor Bundesverwaltungs- und Bundesverfassungsgericht, NVwZ-Beilage 2013, 18 ff.
- Ehlers, Dirk/Pünder, Hermann (2016): Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Auflage. Berlin.
- Ekardt, Felix (2014): Nach dem Altrip-Urteil: Von der Klagebefugnis zu Verfahrensfehlern, Abwägungsfehlern und Individualklage, NVwZ 2014, 393 ff.
- Ekardt, Felix (2012): Zur Europarechtswidrigkeit der deutschen Hindernis-Kumulation für Umweltklagen. Unter besonderer Berücksichtigung des Naturschutzrechts, EurUP 2012, 64 ff. und 128 ff.
- Epiney, Astrid (2014): Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz im Rechtsvergleich, NVwZ 2014, 465 ff.
- Epiney, Astrid (2012): Zur Rechtsprechung des EuGH im Umweltrecht im Jahr 2011, EurUP 2012, 88 ff.
- Epiney, Astrid/Reitemeyer, Stefan (2014): Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz im Umweltrecht – Vorgaben der Aarhus-Konvention und des EU-Rechts und Rechtsvergleich, in: Gesellschaft für Umweltrecht (Hrsg.): Dokumentation zur 37. Wissenschaftlichen Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht e.V., 71 ff. Berlin.
- Epiney, Astrid/Sollberger, Kaspar (2002): Zugang zu Gerichten und gerichtliche Kontrolle im Umweltrecht – Rechtsvergleich, völker- und europarechtliche Vorgaben und Perspektiven für das deutsche Recht, UBA-Berichte 1/02, 267 ff.
- Erbguth, Wilfried/Schlacke, Sabine (2016): Umweltrecht, 6. Auflage. Baden-Baden.
- Erbguth, Wilfried (1997): Das BVerwG und die Umweltverträglichkeitsprüfung, NuR 1997, 261 ff.
- Erichsen, Hans-Uwe (2002): Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Auflage. Berlin.
- Ewer, Wolfgang (1994): Beschränkung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe - Zulässiges und geeignetes Mittel zur Beschleunigung behördlicher und gerichtlicher Verfahren?, NVwZ 1994, 140 ff.
- Fellenberg, Frank (2015): Weiter frischer Wind aus Luxemburg – Zu den Klagemöglichkeiten im Umweltrecht, NVwZ 2015, 1721 ff.
- Fellenberg, Frank/Schiller, Gernot (2011): Rechtsbehelfe von Umweltvereinigungen und Naturschutzvereinigungen nach dem „Trianel-Urteil“ des EuGH (Rs. C-115/09), UPR 2011, 321 ff.
- Fest, Philip/Fechler, Thorben (2016): Neue Anforderungen an Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen, NVwZ 2016, 1050 ff.
- Franzius, Claudio (2012): Stuttgart 21: Eine Epochenwende?, GewArch 2012, 225 ff.

- Frenz, Walter (2015): Umweltklagen weiter effektuiert: Subjektive Rechte, Präklusion und Entscheidungserheblichkeit von Verfahrensfehlern, NuR 2015, 832 ff.
- Frenz, Walter (2012): Umweltverbandsklage und Präklusion, NuR 2012, 619 ff.
- Frenz, Walter/Müggenborg, Hans-Jürgen (Hrsg.): Berliner Kommentar zum Bundesnaturschutzgesetz, 2. Auflage, 2016, Berlin.
- Frowein, Jochen Abr. (1993): Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung. Bonn/Heidelberg.
- Führ, Martin (2016): Gemeinschaftskommentar zum Bundes-Immissionsschutzgesetz, (GK-BImSchG), 1 Auflage. Köln.
- Gärditz, Klaus Ferdinand (2016): Regulierungsermessen im Energierecht, DVBl. 2016, 399 ff.
- Gärditz, Klaus Ferdinand (2016): Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Einfluss des Unionsrechts - Umfang des Verwaltungsrechtsschutzes auf dem Prüfstand, Gutachten D zum 71. Deutschen Juristentag, München.
- Gärditz, Klaus Ferdinand (2015): Europäisierter Umweltrechtsschutz als Laboratorium des Verwaltungsprozessrechts: Entwicklungspfade zwischen Prozeduralisierung, Objektivierung und Subjektivierung, EurUP 2015, 196 ff.
- Gärditz, Klaus Ferdinand (2014): Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz im Umweltrecht, NVwZ 2014, 1 ff.
- Gärditz, Klaus Ferdinand (2013): Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) mit Nebengesetzen, Kommentar, 1. Auflage, Köln.
- Gassner, Erich (2013): Aktuelle Umwelt-/Naturschutz-Rechtsfragen, NuR 2013, 324 ff.
- Gassner, Erich (2012): Die naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative, ein ungerechtfertigtes Vorrecht, DVBl. 2012, 1479 ff.
- Gatz, Stephan (2013): Windenergie in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 2. Auflage. Bonn.
- Geismann, Maria/Schulz, Mathias (2014): Ist die materielle Präklusion nach § 2 Abs. 3 UmwRG europarechtskonform?, NuR 2014, 624 ff.
- Gellermann, Martin (2013): Verbandsklagen im Umweltrecht - aktueller Stand, Perspektiven und praktische Probleme, DVBl 2013, 1341 ff.
- Gellermann, Martin (2014): Zugriffsverbote des Artenschutzrechts und behördliche Einschätzungsprärogative, NuR 2014, 597 ff.
- Gerhardt, Michael (1989): Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften, NJW 1989, 2233 ff.
- Germelmann, Claas Friedrich (2013), in: Gärditz, Klaus Ferdinand (Hrsg.): Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) mit Nebengesetzen, Kommentar, 1. Auflage, Köln.
- Giesberts, Ludger (2016), in: Posser, Herbert/Wolff, Heinrich Amadeus (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar VwGO, 38. Edition. München.
- Greim, Jeanine (2014): Das Urteil des EuGH in der Rechtssache Altrip - Meilenstein oder Mosaikstein auf dem Weg zum gebotenen Individualrechtsschutz bei UVP-Fehler, NuR 2014, 81 ff.
- Greim, Jeanine (2013): Rechtsschutz bei Verfahrensfehlern im Umweltrecht - Eine Abhandlung am Beispiel des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes. Berlin.
- Groß, Thomas (2010): Die Klagebefugnis als gesetzliches Regulativ des Kontrollzugangs, Die Verwaltung 2010, 349 ff.
- Guckelberger, Annette/Singler, Philipp (2016): Aktuelle Entwicklungen der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung unter besonderer Berücksichtigung von Anlagen für erneuerbare Energien, NuR 2016, 1 ff.
- Guckelberger, Annette/Geber, Frederic (2014): Präklusion unter dem Einfluss der Aarhus-Konvention, EurUP 2014, 167 ff.
- Gurlit, Elke (2006): Das neue Umweltinformationsrecht: Grenzverschiebungen im Verhältnis von Staat und Gesellschaft, EurUP 2006, 224 ff.
- Hamenstädt, Kathrin/Ehnert, Tanja (2011): Case C-240/09 Lesoochránárske Zoskupenie of 8 March 2011, Maarstricht Journal of European and Comparative Law 2011, 359 ff.

- Hansmann, Klaus (2014): Anmerkung zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 24.10.2013 (7 C 36/11), NVwZ 2014, 515 ff.
- Hansmann, Klaus (2003): Die neue TA Luft, NVwZ 2003, 266 ff.
- Haug Volker M./Schadtle, Kai (2014): Der Eigenwert der Öffentlichkeitsbeteiligung im Planungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des § 46 VwVfG, NVwZ 2014, 271 ff.
- Heitsch, Christian (2004): Raumordnungsziele und Außenbereichsvorhaben - Steuerungswirkungen und Rechtsschutz, NuR 2004, 20 ff.
- Held, Jürgen (2016): Umweltrechtliche Verfahrensfehler im Lichte der neuesten Rechtsprechung, DVBl. 2016, 12 ff.
- Held, Jürgen (2012): Individualrechtsschutz bei fehlerhaftem Verwaltungsverfahren, NVwZ 2012, 461 ff.
- Hofmann, Ekkehard (2015): Der Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit - nur eine Frage des Umweltrechts?, EurUP 2015, 266 ff.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (2013): Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2. Auflage, München.
- Hong, Mathias (2012): Subjektive Rechte und Schutznormtheorie im europäischen Verwaltungsrechtsraum, JZ 2012, 380 ff.
- Hoppe, Werner/Beckmann, Martin (2012): Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung: UVPG, Kommentar, 4. Auflage, Köln.
- Jacob, Thomas/Lau, Marcus (2015): Beurteilungsspielräume und Einschätzungsprärogative, NVwZ 2015, 241 ff.
- Jans, Jan H. (2011): Who is the Referee? Access to Justice in a Globalised Legal Order: A Case Analysis of ECJ Judgment C-240/09 Lesoochránárske Zoskupenie of 8 March 2011, Review of European Administrative Law 2011, 85 ff.
- Jarass, Hans D. (2015): Bundes-Immissionsschutzgesetz: Kommentar unter Berücksichtigung der Bundes-Immissionsschutzverordnungen, der TA Luft sowie der TA Lärm, 11. Auflage, München.
- Jarass, Hans D. (2013): Das neue Recht der Industrieanlagen - Zur Umsetzung der Industrieemissions-Richtlinie, NVwZ 2013, 169 ff.
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo (2016): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 14. Auflage, München.
- Jasper, Christian/Sachs, Michael (2012): Regulierungsermessen und Beurteilungsspielräume – Verfassungsrechtliche Grundlagen, NVwZ 2012, 649 ff.
- Johlen, Heribert (2015): Die Präklusion auf dem Prüfstand, NuR 2015, 513 ff.
- Kahl, Wolfgang (2011): 35 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz – 35 Jahre Europäisierung des Verwaltungsverfahrensrechts, NVwZ 2011, 449 ff.
- Karge, Marcus (2010): Das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz im System des deutschen Verwaltungsprozessrechts, 1. Auflage. Baden-Baden.
- Keller, Karsten/Rövenkamp, Christiane (2015): Anmerkung zu EuGH vom 15.10.2015, Rs. C-137/14 (Europäische Kommission/Bundesrepublik Deutschland), NVwZ 2015, 1672 ff.
- Kirchberg, Josef-Walter/Boll, Michaela/Schütz, Peter (2002): Der Rechtsschutz von Gemeinden in der Fachplanung, NVwZ 2002, 550 ff.
- Klinger, Remo (2016): EuGH verwirft deutsche Regelungen zur Präklusion, ZUR 2016, 33 ff.
- Klinger, Remo (2014): Das Rechtsschutzgebot des Art. 9 Abs. 3 Aarhus-Konvention und seine Umsetzung in deutsches Recht, EurUP 2014, 177 ff.
- Klinger, Remo (2013): Der slowakische Braunbär im Dickicht des deutschen Verwaltungsprozessrechts, EurUP 2013, 95 ff.
- Klinger, Remo (2013): Erweiterte Klagerechte im Umweltrecht?, NVwZ 2013, 850 ff.
- Klinger, Remo (2012): Rechtswidrigkeit des Luftreinhalteplan München, ZUR 2012, 702 ff.
- Kloepfer, Michael (2011): Umweltschutzrecht, 2. Auflage. München.

- Kluth, Winfried/Smeddinck, Ulrich (2013): Umweltrecht, Wiesbaden.
- Kment, Martin (2016): Die Bewältigung von Nichtwissen durch adaptive Abwägung – zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Abwägung, ZUR 2016, 331 ff.
- Kment, Martin (2014): Beste verfügbare Techniken in der unionsrechtlichen Analyse - Meilenstein oder Stolperstein auf dem Weg zu einem einheitlichen Immissionsanlagenrecht?, VerwArch 2014, 262 ff.
- Kment, Martin (2007): Das neue Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz und seine Bedeutung für das UVP-G-Rechtsschutz des Vorhabenträgers, anerkannter Vereinigungen und Dritter, NVwZ 2007, 274 ff.
- Koch, Hans-Joachim (2014): Umweltrecht, 4. Auflage, München.
- Koch, Hans-Joachim/Hendler, Reinhard (2015): Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, 6. Auflage, Stuttgart/München.
- Köck, Wolfgang (2013): Der Eigenwert des Verwaltungsverfahrens in Umweltangelegenheiten, ZUR 2013, 449 ff.
- König, Jens Martin (2013): Alles neu? - Nach Umsetzung der europäischen Industrieemissions-Richtlinie beginnt der Vollzug des neuen Immissionsschutzrechts, DVBl. 2013, 1356 ff.
- Kohls, Malte/Mierwald, Ulrich/Zirwick, Alexander (2014): Irrelevanzschwellen für Stickstoffeinträge in FFH-Gebiete, ZUR 2014, 150 ff.
- Kokott, Juliane/Sobotta, Christoph (2014): Rechtsschutz im Umweltrecht – Weichenstellungen in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union, DVBl. 2014, 132 ff.
- Kopp, Ferdinand O./Schenke, Wolf-Rüdiger (2016): Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO), Kommentar, 22. Auflage, München.
- Kopp, Ferdinand O./Ramsauer, Ulrich (2015): Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), Kommentar, 16. Auflage, München.
- Kremer, Peter (2014): Übermäßig teures Verbandsklageverfahren, ZUR 2014, 347 ff.
- Künzler, Erich (2013): Der slowakische Braunbär und die Klagebefugnis - Triangelklänge zum Erfordernis der subjektiven Rechtsverletzung, SächsVBl. 2013, 233 ff.
- Landmann, Robert von/Rohmer, Gustav (Hrsg.): Umweltrecht, Loseblatt-Kommentar, 77. Ergänzungslieferung, 2015, München.
- Lau, Marcus/Jacob Thomas (2015): Beurteilungsspielraum und Einschätzungsprärogative, NVwZ 2015, 241 ff.
- Lau, Marcus (2010): Fachliche Beurteilungsspielräume in der FFH-Verträglichkeitsprüfung, UPR 2010, 169 ff.
- Leidinger, Tobias (2011): Europäisiertes Verbandsklagerecht und deutscher Individualrechtsschutz - Das Trianel-Urteil des EuGH und seine Folgen für das deutsche Verwaltungsrechtssystem, NVwZ 2011, 1345 ff.
- Leue, Anke (2010) in: Kodal, Kurt (Hrsg.): Straßenrecht - systematische Darstellung des Rechts der öffentlichen Straßen, Wege und Plätze in der Bundesrepublik Deutschland und in den deutschen Ländern, 7. Auflage. München.
- Lohse, Eva/Poto, Margherita (2015): Participatory rights in the environmental decision-making process and the implementation of the Aarhus Convention: a comparative perspective, S. 105 ff. Berlin.
- Ludwigs, Markus (2015): Bausteine des Verwaltungsrechts auf dem Prüfstand des EuGH - Die Revolution ist ausgeblieben, NJW 2015, 3484 ff.
- Lütkes, Stefan/Ewer, Wolfgang (Hrsg): Bundesnaturschutzgesetz, Kommentar, 2011, München.
- Masing, Johannes (2002): Relativierung des Rechts durch Rücknahme verwaltungsgerichtlicher Kontrolle – Eine Kritik anlässlich der Rechtsprechungsänderung zu den „Sperrgrundstücken“, NVwZ 2002, 810 ff.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter (2016): Grundgesetz, Loseblatt-Kommentar, 77. Auflage. München.
- Maurer, Hartmut (2011): Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage. München.
- Meßerschmidt, Klaus (2014): Proliferation und Privatisierung von Beurteilungsspielräumen im Umweltrecht, EurUP 2014, 11 ff.

- Moench, Christoph/Ruttloff, Marc (2011): Netzausbau in Beschleunigung, NVwZ 2011, 1040 ff.
- Müller, Bilun (2011): Access to the Courts of the Member States for NGOs in Environmental Matters under European Union Law – Judgment of the Court of 12 May 2011 — Case C-115/09 Trianel and Judgment of 8 March 2011 — Case C-240/09 Lesoochranarske Zoskupenie, Journal of Environmental Law 2011, 505 ff.
- Ogorek, Markus (2010): Die Anfechtung von Planfeststellungsbeschlüssen durch Gemeinden nach Inkrafttreten des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes, NVwZ 2010, 401 ff.
- Ossenbühl, Fritz (1993): Gedanken zur Kontrolldichte in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, in: Bender, Bernd/Breuer, Rüdiger/Ossenbühl, Fritz/Sendler, Horst (Hrsg.): Rechtsstaat zwischen Sozialgestaltung und Rechtsschutz - Festschrift für Konrad Redeker zum 70. Geburtstag, 55 ff. München.
- Pape, Kay Artur (2012): Wasserhaushaltsgesetz (WHG), in: Landmann, Robert von/Rohmer, Gustav (Hrsg.): Umweltrecht, Loseblatt-Kommentar. München.
- Pernice, Ingolf (2015): Umweltvölker- und europarechtliche Vorgaben zum Verbandsklagerecht und das System des deutschen Verwaltungsrechtsschutzes, JZ 2015, 967 ff.
- Philipp-Gerlach, Ursula/Lukas, Andreas (2014): Die UVP-Vorprüfung in der Rechtsprechung und Praxis, ZUR 2014, 548 ff.
- Porsch, Winfried (2013): Die Zulässigkeit und Begründetheit von Umweltverbandsklagen – Leipziger Intermezzo zu einem umstrittenen Thema, NVwZ 2013, 1062 ff.
- Quabeck, Christian (2010): Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung. Tübingen.
- Radespiel, Liane (2011): Zur unmittelbaren Wirkung von Art. 9 Abs. 3 der Aarhus-Konvention im Unionsrecht sowie zur Auslegung dieser Norm im Sinne eines effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes, EurUP 2011, 283 ff.
- Redeker, Martin/von Oertzen, Hans-Joachim (2014): Verwaltungsgerichtsordnung - Kommentar, 16. Aufl., 2014, Stuttgart.
- Rennert, Klaus (2015): Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 2015, 793 ff.
- Ruffert, Matthias (1996): Subjektive Rechte im Umweltrecht der EG, Heidelberg.
- Sauer, Matthias (2014): Rechtsschutz in Umweltangelegenheiten im Umbruch – Versuch eines Überblicks zum Stand der Diskussion, ZUR 2014, 195 ff.
- Schink, Alexander (2012): Der slowakische Braunbär und der deutsche Verwaltungsprozess – Anmerkungen zur jüngsten Rechtsprechung des EuGH, DÖV 2012, 622 ff.
- Schink, Alexander (2012): Neue rechtliche Anforderungen an Genehmigung und Betrieb von Anlagen in der Stahlindustrie, DVBl 2012, 197 ff.
- Schlacke, Sabine (2015): Klagebefugnis anerkannter Umweltverbände gegen Flugroutenfestlegung – Keine UVP bei Festlegung der Flugrouten, NVwZ 2015, 563 ff.
- Schlacke, Sabine (2012): Die Novelle des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes – EuGH ante portas?, ZUR 2013, 195 ff.
- Schlacke, Sabine (2012): Zur fortschreitenden Europäisierung des (Umwelt-)Rechtsschutzes, NVwZ 2014, 11 ff.
- Schlacke, Sabine (2011): Stärkung überindividueller Rechtsschutzes zur Durchsetzung des Umweltrechts, ZUR 2011, 312 ff.
- Schlacke, Sabine (2010): Rechtsbehelfe im Umweltrecht, in: Schlacke, Sabine/Schrader, Christian/Bunge, Thomas (Hrsg.): Informationsrechte, Öffentlichkeitsbeteiligung und Rechtsschutz im Umweltrecht - Aarhus-Handbuch, 375 ff. Berlin.
- Schlacke, Sabine/Schrader, Christian/Bunge, Thomas (2010): Informationsrechte, Öffentlichkeitsbeteiligung und Rechtsschutz im Umweltrecht - Aarhus-Handbuch, 375 ff. Berlin.
- Schlacke, Sabine (2009): Zur Beachtlichkeit von Verfahrensfehlern nach § 4 UmwRG – zugleich Anmerkung zu VGH Kassel, Urt. v. 24. 9. 2008, ZUR 2009, 80 ff.
- Schlacke, Sabine (2007): Das neue Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz, NuR 2007, 8 ff.

- Schmidt, Alexander (2012): Rechtsschutz in Planungskaskaden, in: Rodi, Michael (Hrsg.): Anspruchsvoller Umweltschutz in der Fach- und Raumplanung, 1. Auflage, Berlin.
- Schmidt, Alexander (2012): Zur Diskussion über erweiterte Klagebefugnisse im Umweltschutzrecht – auch auf vorgelagerten Planungsebenen, ZUR 2012, 210 ff.
- Schmidt, Alexander (2011): Die Wahrnehmung von Beteiligungs- und Klagemöglichkeiten durch die Umweltverbände – Erfahrungen und Entwicklungsmöglichkeiten, ZUR 2011, 296 ff.
- Schmidt, Alexander (2006): Klimaschutz in der Bauleitplanung nach dem BauGB 2004, NVwZ 2006, 1354 ff.
- Schmidt, Alexander (1992): Bauleitplanung und Immissionsschutz für gewerbliche Anlagen. Taunusstein.
- Schmidt, Alexander/Schrader, Christian/Zschiesche, Michael (2014): Verbandsklage im Umwelt- und Naturschutzrecht. München.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard/Groß, Thomas (1993), Zur verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte nach der Privatschul-Entscheidung des BVerfG, NVwZ 1993, 617 ff.
- Schmidt-Preuß, Matthias (2005), Gegenwart und Zukunft des Verfahrensrechts, NVwZ 2005, 489 ff.
- Schoch, Friedrich (2016): IFG - Informationsfreiheitsgesetz - Kommentar, 2. Auflage, München.
- Schoch, Friedrich/Schneider, Jens-Peter/Bier, Wolfgang (Hrsg.): Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO, Loseblatt-Kommentar, 30. Auflage, 2016, München.
- Schoch, Friedrich (2013), in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 3, 2. Auflage, München.
- Schrödter, Wolfgang (2015): Baugesetzbuch (BauGB), Kommentar, 8. Auflage. Baden-Baden.
- Schrödter, Wolfgang (2009), Aktuelle Entscheidungen zum UmwRG, NVwZ 2009, 157 ff.
- Schütte, Peter/Wittrock, Elith (2013): Der Entwurf einer Bundeskompensationsverordnung, ZUR 2013, 259 ff.
- Schütz, Peter, (2014), Rechtsschutz im Fachplanungsrecht, in (Hrsg.): Ziekow, Jan, Handbuch des Fachplanungsrechts, 2. Auflage, München.
- Schwarzenberg, Lars/Ruß, Sylvia (2016): Die Windkrafterlasse der Länder - Überblick und neue Entwicklungen, ZUR 2016, 278 ff.
- Schwerdtfeger, Angela (2010), Der deutsche Verwaltungsrechtsschutz unter dem Einfluss der Aarhus-Konvention, 1. Auflage, Tübingen.
- Seibert, Max-Jürgen (2013), Verbandsklagen im Umweltrecht, NVwZ 2013, 1040 ff.
- Siegel, Thorsten (2012), Zur Einklagbarkeit der Umweltverträglichkeit - Wesen und Reichweite von Umweltrechtsbehelfen, DÖV 2012, 709 ff.
- Siegel, Thorsten (2016), Die Präklusion im europäisierten Verwaltungsrecht, NVwZ 2016, 337 ff.
- Simon, Denys (2011), Effet direct – Accords Internationaux, Revue Europe 2011, n° 5, com. 147.
- Sobotta, Christoph (2016), Anmerkungen zu EuGH, Urt. V. 15.10.2015 - C-137/14, EuZW 2016, 72 ff.
- Sodan, Helge/Ziekow, Jan (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO, Großkommentar, 4. Auflage, 2014, München.
- Spannowsky, Willy/Uechtritz, Michael (Hrsg.): Beck'scher Online Kommentar BauGB, 33. Edition, 2016, München.
- Spieler, Martin (2013), Erweiterte Rechtsschutzmöglichkeiten von Umweltvereinigungen, jurisPR-UmwR 3/2013 Anm. 2.
- Spieth, Friedrich/Appel, Markus (2009), Umfang und Grenzen der Einklagbarkeit von UVP-Fehlern nach Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz, NuR 2009, 312 ff.
- Stapelfeldt, Alfred/Siemko, Sabrina (2008): Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz und Öffentlichkeitsbeteiligungsgesetz, KommJur 2008, 321 ff.

- Steinbeiß-Winkelmann, Christine (2010), Europäisierung des Verwaltungsrechtsschutzes, NJW 2010, 1233 ff.
- Stelkens, Paul/Bonk, Heinz Joachim/Sachs, Michael (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), Kommentar, 8. Auflage, 2014, München.
- Strorost, Ulrich (2010), Artenschutz in der Planfeststellung, DVBl. 2010, 737 ff.
- Streitwertkatalog für die Verwaltungsgerichtsbarkeit: Fassung 7/2004, NVwZ 2004, 1327 ff.
- United Nations Publication (2014): UNECE, The Aarhus Convention: An implementation Guide, 2. Auflage, Schweiz.
- Unterreitmeier, Johannes (2014): Neue Rechtssicherheit für die Windkraft - Windkrafterlasse als gerichtlich überprüfbare Regelwerke, zugleich Anmerkung zu VGH München, Urteil vom 18.6.2014, NuR 2014, 850 ff.
- v. Danwitz, Thomas (2008): Europäisches Verwaltungsrecht, 1. Auflage, Berlin/Heidelberg.
- v. Schwanenflug, Noreen (2007), Rechtsschutz von Kommunen in der Fachplanung – Erweiterter Rechtsschutz durch das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz auch für Kommunen?, NVwZ 2007, 1351 ff.
- v. Schwanenflug, Noreen/Strohmayr, Sebastian (2006), Rechtsschutz von Kommunen gegen UVP-pflichtige Vorhaben - Änderungen durch die Öffentlichkeitsbeteiligungsrichtlinie der EG?, NVwZ 2006, 395 ff.
- Verdure, Christophe (2011) L'accès à la justice en matière environnementale: examen de l'effet direct de l'article 9 § 3 de la Convention d'Aarhus; Note sous Cour de justice de l'Union européenne, Revue Environnement 2011, n° 5, 22.
- Waechter, Kay (2015): Infrastrukturvorhaben als Komplexitätsproblem, DÖV 2015, 121 ff.
- Wahl, Rainer (2009): Klagebefugnis und Kontrolldichte: Änderungen in der Konzeption des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, in: Kluth, Winfried/Rennert, Klaus (Hrsg.): Entwicklungen im Verwaltungsprozessrecht, 2. Auflage, Halle/Saale.
- Wegener, Bernhard (2016): "Nein, nein, nein!? Kein Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Einfluss des Unionsrechts?", JZ 2016, 829 ff.
- Wegener, Bernhard (2014): Die Aarhus-Konvention in der Rechtsprechung des EuGH, EurUP 2014, 226 ff.
- Wegener, Bernhard (2012): Klagen von Vereinigungen nach dem Umweltrechtsbehelfsgesetz, in: Ziekow, Jan (Hrsg.): Aktuelle Probleme des Luftverkehrs-, Planfeststellungs- und Umweltrechts 2011, Band 214, 1. Auflage, Berlin.
- Wegener, Bernhard (2011): Die europäische Umweltverbandsklage, ZUR 2011, 363 ff.
- Wegener, Bernhard (2008): Rechtsschutz im europäischen (Umwelt-)Recht – Richterrechtliche und sekundärrechtliche Bausteine und Fehlercodes unionaler Dogmatik, in: Hender/Marburger/Reiff/Schröder (Hrsg.), Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts (UTR 98), Berlin.
- Wegener, Bernhard (1998): Rechte des Einzelnen – Die Interessentenklage im europäischen Umweltrecht, Band 203, Baden-Baden.
- Wimmer, Norbert (2013), in: Gärditz, Klaus Ferdinand (Hrsg.): Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) mit Nebengesetzen, Kommentar, 1. Auflage, Köln.
- Winkler, Viktor (2013): Bundesnetzagentur und Beurteilungsspielraum, DSVBl. 2013, 156 ff.
- Woehrling, Jean-Marie (1999): Rechtsschutz im Umweltrecht in Frankreich, NVwZ 1999, 502 ff.
- Zeissler, Christian/Schmitz, Vera (2016): Das Urteil des EuGH vom 15.10.2015 in der Rechtssache C-137/14 als Ende der umwelt-recht-lichen Präklusion?, UPR 2016, 1 ff.
- Ziekow, Jan (2014): Verfahrensfehler im Umweltrecht - notwendige Nachjustierungen im deutschen Verwaltungsrecht, NuR 2014, 229 ff.
- Ziekow, Jan (2007): Das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz im System des deutschen Rechtsschutzes, NVwZ 2007, 259 ff.

## 6.2 Rechtsprechungsverzeichnis

BVerfG, Urt. v. 17.12.2013 - 1 BvR 3139 u. 3386/08 - BVerfGE 134, 242 - 357.

BVerfG, Beschl. v. 31.05.2011 - 1 BvR 857/07 - NVwZ 2011, 1062 ff.

BVerfG, Beschl. v. 08.12.2011 - 1 BvR 1932/08 - NVwZ 2012, 694 ff.

BVerfG, Beschl. v. 10.12.2009 - 1 BvR 3151/07 - NVwZ 2010, 435 ff.

BVerfG, Beschl. v. 19.11.2002 - 2 BvR 329/97 - NVwZ 2003, 850 ff.

BVerfG, Beschl. v. 16.12.1992 - 1 BvR 167/87 - NVwZ 1993, 666 ff.

BVerfG, Beschl. v. 31.05.1988 - 1 BvR 520/83 - BVerfGE 78, 214 ff.

BVerfG, Beschl. v. 08.07.1982 - 2 BvR 1187/80 - BVerfGE 61, 82 ff.

BVerfG, Beschl. v. 15.07.1981 - 1 BvL 77/78 - NJW 1982, 745 ff.

BVerfG, Urt. v. 15.07.1981 - 1 BvL 77/78 - BVerfGE 58, 300 ff.

BVerfG, Beschl. v. 08.08.1978 - 2 BvL 8/77 - BVerfGE 49, 89 ff.

BVerfG, Beschl. v. 03.02.1959 - 2 BvL 10/56 - BVerfGE 9, 137 ff.

BVerfG, Beschl. v. 12.11.1958 - 2 BvL 4/56 - BVerfGE 8, 274 ff.

BVerwG, Urt. v. 01.04.2015 - 4 C 6.14 - DÖV 2015, 851.

BVerwG, Urt. v. 25.06.2014 - 9 A 1.13 - BeckRS 2014, 55725.

BVerwG, Urt. v. 12.11.2014 - 4 C 34.13 - NVwZ 2015, 596.

BVerwG, Urt. v. 18.12.2014 - 4 C 35.13 - JurionRS 2014, 33663.

BVerwG, Urt. v. 18.12.2014 - 4 C 36.13 - BVerwGE 151, 138

BVerwG, Urt. v. 28.03.2013 - 9 A 22.11 - BeckRS 2013, 52949.

BVerwG, Urt. v. 11.04.2013 - 4 CN 2.12 - NVwZ 2013, 1017 ff.

BVerwG, Urt. v. 09.05.2013 - 7 C 21.12 - ZUR 2014, 52 ff.

BVerwG, Beschl. v. 27.06.2013 - 4 B 37.12 - JurionRS 2013, 40004.

BVerwG, Urt. v. 05.09.2013 - 7 C 21/12 - NVwZ 2013, 64 ff.

BVerwG, Urt. v. 02.10.2013 - 9 A 23.12 - NVwZ 2014, 367 ff.

BVerwG, Urt. v. 24.10.2013 - 7 C 36.11 - BVerwGE 148, 155 ff.

BVerwG, Urt. v. 21.11.2013 - 7 C 40.11 - juris.

BVerwG, Beschl. v. 28.11.2013 - 9 B 14.13 – juris.

BVerwG, Urt. v. 17.12.2013 - 4 A 1.13 - BVerwGE 148, 353 ff.

BVerwG, Beschl. v. 10.01.2012 - 7 C 20/11 - NVwZ 2012, 288 ff.

BVerwG, Beschl. v. 12.05.2012 - 7 B 71.11 - JurionRS 2012, 16416.

BVerwG, Urt. v. 10.10.2012 - 9 A 18.11 - NVwZ 2013, 642 ff.

BVerwG, Urt. v. 06.11.2012 - 9 A 17.11 - juris.

BVerwG, Urt. v. 29.11.2012 - 4 C 8.11 - NVwZ 2013, 372 ff.

BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 - 4 CN 1.11 - NVwZ 2013, 519 ff.

BVerwG, Urt. v. 14.07.2011 - 9 A 12.10 - NuR 2011, 866 ff.  
BVerwG, Urt. v. 29.09.2011 - 7 C 21.09 - ZUR 2012, 187 ff.  
BVerwG, Urt. v. 20.12.2011 - 9 A 30.10 - NVwZ 2012, 573 ff.  
BVerwG, Urt. v. 20.12.2011 - 9 A 31.19 - ZUR 2012, 303 ff.  
BVerwG, Urt. v. 23.11.2011 - 6 C 11/10 - NVwZ 2012, 1047 ff.  
BVerwG, Urt. v. 14.04.2010 - 9 A 5.08 - ZUR 2010, 478 ff.  
BVerwG, Urt. v. 24.06.2010 - 3 C 14.09 - NVwZ 2011, 115 ff.  
BVerwG, Urt. v. 09.06.2009 - 4 C 12.07 - ZUR 2010, 193 ff.  
BVerwG, Urt. v. 12.08.2009 - 9 A 64.07 - BVerwGE 134, 308 ff.  
BVerwG, Beschl. v. 28.12.2009 - Az. 9 B 26/09, Rn. 8 m.w.N.  
BVerwG, Urt. v. 23.01.2008 - 6 A 10.7 - BVerwGE 130, 180 ff.  
BVerwG, Urt. v. 21.02.2008 - 4 C 13/07 - NVwZ 2008, 791 ff.  
BVerwG, Urt. v. 12.03.2008 - 9 A 3.06 - BeckRS 2008, 38060.  
BVerwG, Urt. v. 13.03.2008 - 9 VR 10.07 - ZUR 2008, 378 ff.  
BVerwG, Urt. v. 02.04.2008 - 6 C 15.07 - BVerwGE 131, 41 ff.  
BVerwG, Urt. v. 09.07.2008 - 9 A 14.07 - NuR 2009, 112 ff.  
BVerwG, Urt. v. 28.11.2008 - 6 C 42.06 - BVerwGE 130, 39 ff.  
BVerwG, Urt. v. 17.01.2007 - 9 C 1.06 - ZUR 2007, 319 ff.  
BVerwG, Urt. v. 26.04.2007 - 4 C 12.05 - NVwZ 2007, 1074 ff.  
BVerwG, Urt. v. 29.08.2007 - 4 C 2.07 - NVwZ 2008, 76 ff.  
BVerwG, Urt. v. 13.12.2007 - 4 C 9.06 - ZUR 2008, 482 ff.  
BVerwG, Beschl. v. 31.01.2006 - 4 B 49.05 - NVwZ 2006, 823 ff.  
BVerwG, Urt. v. 16.03.2006 - 4 A 1075.04 - BVerwGE 125, 116 ff.  
BVerwG, Beschl. v. 26.04.2006 - 4 B 7.06 - NVwZ 2006, 821.  
BVerwG, Beschl. v. 04.10.2006 - 4 BN 26.06 - NVwZ 2007, 223 ff.  
BVerwG, Urt. v. 07.12.2006 - 4 C 16/04 - NVwZ 2007, 576 ff.  
BVerwG, Urt. v. 09.06.2004 - 9 A 11.03 - ZUR 2005, 150 ff.  
BVerwG, Urt. v. 27.02.2003 - 4 A 59.01 - NVwZ 2003, 1253 ff.  
BVerwG, Urt. v. 20.11.2003 - 4 CN 6/03 - NVwZ 2004, 615 ff.  
BVerwG, Urt. v. 17.04.2002 - 9 CN 1/01 - NVwZ 2002, 1123 ff.  
BVerwG, Urt. v. 06.06.2002 - 4 CN 6.01 - NVwZ 2002, 1506 ff.  
BVerwG, Beschl. v. 05.11.2002 - 8 VR 14.02 - NVwZ 2003, 207 ff.  
BVerwG, Urt. v. 14.11.2002 - 4 A 15.02 - BVerwGE 117, 149 ff.  
BVerwG, Urt. v. 11.01.2001 - 4 A 12.99 - NVwZ 2001, 1160 ff.  
BVerwG, Beschl. v. 15.04.1999 - 7 B 278.98 - NVwZ 1999, 1232 ff.

BVerwG, Beschl. v. 31.08.1999 - 3 B 57.99 - NVwZ-RR 2000, 259 ff.

BVerwG, Urt. v. 20.12.1999 - 7 C 15.98 - NVwZ 2000, 440 ff.

BVerwG, Urt. v. 12.02.1997 - 11 A 62.95 - BVerwGE 104, 79.

BVerwG, Urt. v. 23.04.1997 - 11 A 7.97 - BVerwGE 104, 337 ff.

BVerwG, Urt. v. 25.01.1996 - 4 C 5.95 - BVerwGE 100, 238 ff.

BVerwG, Urt. v. 28.02.1996 - 4 A 27.95 - NVwZ 1996, 1011 ff.

BVerwG, Urt. v. 21.03.1996 - 4 C 26.94 - NVwZ 1997, 169 ff.

BVerwG, Urt. v. 24.05.1996 - 4 A 38.95 - UPR 1996, 386 ff.

BVerwG, Beschl. v. 10.01.1995 - 7 B 112.94 - NVwZ 1995, 994 ff.

BVerwG, Urt. v. 08.06.1995 - 4 C 4.94 - NVwZ 1996, 381 ff.

BVerwG, Urt. v. 25.11.1993 - 3 C 38.91 - NVwZ 1995, 707 ff.

BVerwG, Beschl. v. 16.12.1992 - 1 BvR 167/87 - NVwZ 1993, 666 ff.

BVerwG, Urt. v. 27.09.1990 - 4 C 44.87 - NVwZ 1991, 364 ff.

BVerwG, Beschl. v. 15.02.1988 - 7 B 219.87 - DVBl. 1988, 539 ff.

BVerwG, Urt. v. 19.12.1985 - 7 C 65.82 - BVerwGE 72, 300 ff.

BVerwG, Urt. v. 30.05.1984 - 4 C 58.81 - NVwZ 1984, 718 ff.

BVerwG, Urt. v. 23.11.1982 - 9 C 74.81 - BVerwGE 66, 237 ff.

BVerwG, Urt. v. 26.03.1981 - 3 C 134.79 - DVBl 1981, 975-983.

BVerwG, Urt. v. 26.06.1981 - 4 C 5.78 - NJW 1981, 2592 ff.

BVerwG, Urt. v. 17.02.1978 - 1 C 102/76 - BVerwGE 55, 250 ff.

BVerwG, Urt. v. 14.02.1975 - 4 C 21/74 - NVwZ 1975, 1373 ff.

BVerwG, Urt. v. 14.02.1975 - IV C 21.74 - BVerwGE 48, 56 ff.

BVerwG, Urt. v. 05.07.1974 - 4 C 40.72 - BVerwGE 45, 309 ff.

BVerwG, Urt. v. 25.01.1974 - 4 C 2.72 - BVerwGE 44, 294 ff.

BVerwG, Urt. v. 30.04.1969 - 4 C 6.68 - NJW 1969, 1868 ff.

BVerwG, Urt. v. 12.12.1969 - 4 C 105.66 - BVerwGE 34, 301 ff.

EuGH, Urt. v. 16.04.2015 - Rs. C-570/13 - juris.

EuGH, Urt. v. 01.07.2015 - Rs. C-461/13 - ZUR 2015, 546 ff.

EuGH, Urt. v. 15.10.2015 - RS. C-137/14 - ZUR 2016, 33 ff.

EuGH, Urt. v. 13.02.2014 - Rs. C-530/11 - JurionRS 2013, 44536.

EuGH, Urt. v. 14.03.2013 - Rs. C-420/11 - NVwZ 2013, 565 ff.

EuGH, Urt. v. 11.04.2013 - Rs. C-260/11 - NVwZ 2013, 855 ff.

EuGH, Urt. v. 07.11.2013 - Rs. C-72/12 - NVwZ 2014, 49 ff.

EuGH, Urt. v. 08.03.2011 - Rs. C-240/09 - NVwZ 2011, 673 ff.

EuGH, Urt. v. 12.05.2011 - Rs. C-115/09 - Slg 2011, I-3673.

EuGH, Urt. v. 18.10.2011 - Rs. C-128/09 - ZUR 2012, 170 ff.  
EuGH, Urt. v. 22.12.2010 - Rs. C-279/09 - EuZW 2011, 137 ff.  
EuGH, Urt. v. 15.10.2009 - Rs. C-263/08 - Slg. 2009, I-9967.  
EuGH, Urt. v. 03.07.2008 - Rs. C-215/06 - Slg. 2008, I-4911.  
EuGH, Urt. v. 13.03.2007 - Rs. C-432/05 - NJW 2007, 3555 ff.  
EuGH, Urt. v. 13.12.2007 - Rs. C-418/04 - BeckRS 2007, 71049.  
EuGH, Urt. v. 04.05.2006 - Rs. C-290/03 - NVwZ 2006, 806 ff.  
EuGH, Urt. v. 07.01.2004 - Rs. C-201/02 - NVwZ 2004, 593 ff.  
EuGH, Urt. v. 07.09.2004 - Rs. C-127/02 - Slg. 2004, I-07405.  
EuGH, Urt. v. 12.12.1996 - Rs. C-298/95 - Slg. 1996, I-6747.  
EuGH, Urt. v. 02.08.1993 - Rs. C-355/90 - BeckEuRS 1993, 197744.  
EuGH, Urt. v. 28.02.1991 - Rs. C- 131/88 - Slg. 1991, I-825.  
OVG Koblenz, Beschl. v. 04.03.2016 - 8 B 10233/16, ZUR 2016, 361 ff.  
OVG Münster, Urt. v. 25.02.2015 - 8 A 959/10 - openJur 2015, 7133.  
OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 26.2.2015 - 11 S 3.15 - openJur 2015, 6646.  
VGH Kassel, Beschl. v. 02.03.2015 - 9 B 1791/14 - JurionRS 2015, 26759.  
OVG Lüneburg, Urt. v. 03.03.2015 - 4 LC 39/13 - openJur 2015, 6752.  
OVG Lüneburg, Beschl. v. 26.03.2015 - 7 OB 62/14 - JurionRS 2015, 13263.  
OVG Bautzen, Urt. v. 09.04.2015 - 1 C 26/14 - Justiz Sachsen  
OVG Münster, Beschl. v. 13.04.2015 - 8 E 109/15 - JurionRS 2015, 14825.  
VGH München, Beschl. v. 27.05.2015 - 22 CS 15.485 - BeckRS 2015, 47038.  
OVG Münster, Beschl. v. 18.12.2015 - 8 B 400/15 - DÖV 2016, 534.  
VGH Kassel, Beschl. v. 28.01.2014 - 9 B 2184/13 - openJur 2014, 3349.  
VGH München, Urt. v. 19.02.2014 - 8 A 11.40051 - openJur 2014, 18869.  
OVG Lüneburg, Beschl. v. 25.02.2014 - 12 LA 97/13 - openJur 2014, 4981.  
VGH Mannheim, Beschl. v. 24.03.2014 - 10 S 216/13 - openJur 2014, 8379.  
OVG Koblenz, Beschl. v. 02.04.2014 - 1 B 10249/14 - DVBl. 2014, 940 ff.  
VGH Stuttgart, Urt. v. 11.04.2014 - 5 S 534/13 - NVwZ-RR 2014, 634 ff.  
OVG Lüneburg, Urt. v. 30.4.2014 - 1 KN 110/12 - JurionRS 2014, 16676.  
OVG Münster, Beschl. v. 23.07.2014 - 8 B 356/14 - ZUR 2014, 613.  
OVG Schleswig, Beschl. v. 28.10.2014 - 1 MB 5/13 - BeckRS 2015, 41994.  
VGH Mannheim, Urt. v. 30.10.2014 - 10 S 3450/11 - NVwZ 2015, 238 ff.  
OVG Koblenz, Beschl. v. 03.11.2014 - 1 B 10905/14, 1 B 11015/14 - JurionRS 2014, 28735.  
OVG Koblenz, Beschl. v. 06.02.2013 - 1 B 11266/12 - ZUR 2013, 293 ff.  
OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 06.2.2013 - 1 B 11266/12.OVG - JurionRS 2013, 32050.

OVG Koblenz, Beschl. v. 27.02.2013 - 8 B 10254/13 - NVwZ 2013, 881 ff.

OVG Lüneburg, Beschl. v. 30.7.2013 - 12 MN 300/12 - NVwZ-RR 2013, 917.

VGH Mannheim, Urt. v. 23.09.2013 - 3 S 284/11 - VBIBW 2014, 357 ff.

OVG Münster, Urt. v. 14.10.2013 - 20 D 7/09.AK - DVBl 2014, 185 ff.

VGH München, Beschl. v. 20.01.2012 - 22 B 09.2175 - BeckRS 2012, 52952.

OVG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 02.04.2012 - 2 L 193/09 - juris.

OVG Lüneburg, Urt. v. 8.5.2012 - 12 KS 5/10 - NVwZ-RR 2012, 836 ff.

VGH Kassel, Beschl. v. 14.05.2012 - 9 B 1918/11 - NVwZ 2012, 1056 ff.

OVG Münster, Urt. v. 12.06.2012 - 8 D 38/08.AK - NuR 2012, 722 ff.

OVG Lüneburg, Urt. v. 19.01.2011 - 7 KS 161/08 - NVwZ-RR 2011, 934 ff.

VGH München, Urt. v. 01.02.2011 - 2 K 10.1262 - BeckRS 2011, 30165.

VGH München, Beschl. v. 19.04.2011 - 8 ZB 10.129 - BeckRS 2012, 53421.

VGH Mannheim, Urt. v. 20.07.2011 - 10 S 2102/09 - ZUR 2011, 600 ff.

OVG Münster, Beschl. v. 12.03.2009 - 8 D 58/08.AK - juris.

OVG Bremen, Urt. v. 04.06.2009 - 1 A 9/09 - ZUR 2010, 151 ff.

VGH Kassel, Urt. v. 16.09.2009 - 6 C 1005/08.T - ZUR 2010, 46 ff.

OVG Münster, Beschl. v. 24.09.2009 - 8 B 1343/09 - BeckRS 2009, 39189.

OVG Münster, Beschl. v. 05.11.2009 - 8 B 1342/09 - juris.

VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 17.11.2009 - 10 S 1851/09 - openJur 2012, 62159.

OVG Münster, Beschl. v. 20.04.2008 - 8 D 20/08, juris.

OVG Weimar, Beschl. v. 25.11.2008 - 4 ZKO 462/01 - BeckRS 2009, 32169.

OVG Münster, Urt. v. 03.12.2008 - 8 D 14/07 - JurionRS 2008, 35528.

OVG Magdeburg, Urt. v. 11.12.2008 - 2 K 235/06 - BeckRs 2009, 30469.

OVG Lüneburg, Beschl. v. 17.12.2008 - 12 OA 347/08, juris.

OVG Hamburg, Beschl. v. 19.02.2001 - 2 Bs 370/00 - NVwZ 2001, 1173 ff.

VGH Kassel, Urt. v. 23.11.1988 - 5 UE 1040/84 - NVwZ 1989, 484 ff.

VG Frankfurt (Oder), Beschl. v. 07.01.2015 - 5 L 289/14 - NuR 2015, 584.

VG Osnabrück, Urt. v. 27.2.2015 - 3 A 5/15 -openJur 2015, 6754.

VG Köln, Urt. v. 14.04.2015 - 14 K 4696/12 - JurionRS 2015, 17096.

VG Minden, Urt. v. 22.04.2015 - 11 K 3710/12 - openJur. 2014, 14664.

VG Berlin, Beschl. v. 28.02.2014 - 19 L 334/13 - openJur 2014, 12642.

VG München, Beschl. v. 03.06.2014 - 2 S 14/2116 - BeckRS 2014, 52394.

VG Aachen, Beschl. v. 28.11.2014 - 3 L 224/13 - JurionRS 2014, 27549.

VG Augsburg, Beschl. v. 13.02.2013 - Au 2 S 13/143 - BeckRS 2013, 47972.

VG Aachen, Urt. v. 05.09.2013 - 1 K 2863/12 - JurionRS 2013, 45518.

VG Regensburg, Urt. v. 19.04.2012 - 2 K 11/127 - BeckRS 2012, 51687.

VG Regensburg, Urt. v. 09.08.2012 - 2 K 12/535 - BeckRS 2012, 56357.

VG Wiesbaden, Urt. v. 16.08.2012 - 4 K 165/12.WI - BeckRS 2012, 55841.

VG München, Urt. v. 09.10.2012 - M 1 K 12/1046 - BeckRS 2012, 60373.

VG Augsburg, Urt. v. 07.11.2012 - 6 K 12/142 - openJur 2012, 131522.

VG Koblenz, Urt. v. 16.06.2011 - 7 K 1132/10 - BeckRS 2011, 54024.

VG Münster, Urt. v. 17.06.2011 - 10 K 1373/09 - BeckRS 2011, 51912.

VG Wiesbaden, Urt. v. 10.10.2011 - 4 K 757/11.WI - BeckRS 2011, 54849.

VG Ansbach, Urt. v. 19.10.2011 - AN 11 K 10/00643 - openJur 2012, 118442.

VG Freiburg, Urt. v. 31.07.2010 - 2 K 192/08 - VBIBW 2012, 197.

VG Karlsruhe, Beschl. v. 12.08.2009 - 4 K 1648/09 - openJur 2012, 61832.

### **6.2.1 Ausländische Rechtsprechung**

Walton vs. The Scottish Ministers (Scotland) (Rev 1) [2012] UKSC 44.

R (Halebank Parish Council) v Halton Borough Council and Another [2012] EWHC 1889 (Admin).

JB Trustees Ltd vs. Secretary of State for Communities and Local Government [2013] EWHC 3555 (Admin).

Ashton vs. Secretary of State for Communities an Local Government an Coin Street Community Builders Ltd., [2010]

EWCA Civ 600.R (Bancoult) vs. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (No 2) [2007] EWCA Civ 498.

Rukshanda Begum vs. Secretary of State for the Home Department, [1990] IMM AR1.

MÖD 2012:47 und MÖD 2012:48 v. 15.11.2012 (Urteile des Schwedischen Land- und Umweltgerichts in der Rs. M3163-12).

Conseil Constitutionnel, Urt. v. 16.7.1971, 71-44 DC (liberté d'association).

### **6.2.2 Spruchpraxis Aarhus Convention Compliance Committee**

UN-ECE - ACCC/C/2016/137 - Germany-letter to the communicant from secretariat v. 03.08.2016.

UN-ECE - ACCC/C/2015/125 - Germany-communication from the communicant v. 19.02.2015.

UN-ECE - ACCC/C/2014/100 - United Kingdom - letter informing of the Committee's determination regarding scheduling of Committee's discussion v.07.08.2015.

UN-ECE - ACCC/C/2014/119 - Poland - communication from the communicant v. 28.11.2014.

UN-ECE - ACCC/C/2011/58 - Bulgaria - Findings and recommendations of the Compliance Committee v. 28.09.2012.

UN-ECE - ACCC/C/2010/48 - Austria - Findings and recommendations of the Compliance Committee v. 16.12.2011.

UN-ECE - ACCC/C/2010/50 - Czech Republik - Findings and recommendations of the Compliance Committee v. 29.07.2012.

UN-ECE - ACCC/C/2008/31 - Germany - Findings and recommendations of the Compliance Committee v. 20.12.2013.

UN-ECE - ACCC/C/2006/18 - Denmark - Findings of the Compliance Committee v. 19.04.2008.

UN-ECE - ACCC/C/2005/11 - Belgium - Findings and recommendations of the Compliance Committee v. 16.6.2006.

UN-ECE - Report of the second meeting of the parties - Decision II/2/Add.3 v. 08.06.2005.

UN-ECE - Report of the second meeting of the parties - Decision V/9h CRP.4 v. 30.06.2014.

### **6.2.3 Internetverzeichnis**

BDI-Positionspapier zur Änderung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes, Dok.-Nr. D 0470, (2011): <http://www.bdi.eu> (auf Anfrage)

- BT-Drs. 18/9526 (2016): <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/18/095/1809526.pdf> (abgerufen am 19.10.16).
- BT-Drs. 18/5927 (2015): <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/059/1805927.pdf> (abgerufen am 19.10.16).
- BT-Drs. 18/6288 (2015): <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/062/1806288.pdf> (abgerufen am 19.10.16).
- BT-Drs. 18/6385 (2015): <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/063/1806385.pdf> (abgerufen am 19.10.16).
- BT-Drs. 17/10957 (2012): <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/109/1710957.pdf> (abgerufen am 19.10.16).
- BT Drs. 16/2495 (2006): <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/024/1602495.pdf> (abgerufen am 19.10.16).
- BT Drs. 16/2497 (2006): <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/16/024/1602497.pdf> (abgerufen am 19.10.16).
- BT-Drs. 15/2996 (2004): <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/15/029/1502996.pdf> (abgerufen am 19.10.16).
- BT-Drs. 14/6378 (2001): [https://www.bfn.de/fileadmin/MDB/documents/themen/recht/BT-Drs\\_14-6378.pdf](https://www.bfn.de/fileadmin/MDB/documents/themen/recht/BT-Drs_14-6378.pdf) (abgerufen am 19.10.16).
- BT-Drs. 14/4599 (2000): <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/14/045/1404599.pdf> (abgerufen am 19.10.16).
- BT-Drs. 7/2496 (1974): <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/07/047/0704793.pdf> (abgerufen am 19.10.16).
- BT-Drs. 7/179 (1973): <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/07/001/0700179.pdf> (abgerufen am 19.10.16).
- BVerwG, Beschl. v. 28.11.2013 – 9 B 14.13: <http://www.bverwg.de/entscheidungen/pdf/310713B4B8.13.0.pdf> (abgerufen am 19.10.16).
- Cruz Villalón, Pedro (2013): Schlussanträge des Generalanwalts v. 20.6.2013 Rs. C-72/12: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A62012CC0072> (abgerufen am 19.10.16).
- Darpö, Jan, Effective Justice? Synthesis report on the Implementation of Articles 9.3 and 9.4 of the Aarhus Convention in the Member States of the European Union, Uppsala 2013: [http://ec.europa.eu/environment/aarhus/access\\_studies.htm](http://ec.europa.eu/environment/aarhus/access_studies.htm) (abgerufen am 19.10.2016)
- DIHK, Der Zugang zu Gerichten in Umweltsachen - Umweltverbandsklage, Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz und Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland in fünf Punkten (2014): <http://www.dihk.de/themenfelder/innovation-und-umwelt/umwelt/umweltmedien/service/merkblatt-umweltsverbandsklage>
- Europäische Kommission (2013): Umweltpolitik: Europäische Kommission verklagt Deutschland wegen des Zugangs zu Gerichten, Pressemitteilung der Kommission v. 17.10.2013: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-13-967\\_de.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-967_de.htm) (abgerufen am 19.10.2016).
- Kokott, Juliane (2014): Schlussanträge der Generalanwältin v. 13.11.2014, Rs. C-570/13: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=159561&pageIndex=0&doclang=de&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=564897> (abgerufen am 19.10.16).
- Kokott, Juliane (2004): Schlussanträge der Generalanwältin v. 29.01.2004, Rs. C-127/02: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=48882&pageIndex=0&doclang=de&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1008857> (abgerufen am 19.10.16).
- Naturschutzbund Deutschland (2016): Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des UmwRG vom 19.04.2016: <https://www.nabu.de/imperia/md/content/nabude/naturschutz/naturschutzrecht/160517-nabu-stellungnahme-umwrg.pdf> (abgerufen am 19.10.16).
- OVG Bautzen, Urte. v. 09.04.2015 – 1 C 26/14 : <https://www.justiz.sachsen.de/ovgentschweb/documents/14C26.pdf> (abgerufen am 19.10.2016).
- Streitwertkatalog für die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Fassung der am 31.05./01.06.2012 und am 18.07.2013 beschlossenen Änderungen; <http://www.bverwg.de/medien/pdf/streitwertkatalog.pdf> (abgerufen am 19.10.2016).

Teßmer, Dirk (2015), EuGH erklärt Präklusionsregelung für europarechtswidrig!, Recht der Natur-Schnellbrief 192, S. 50 ff.:  
<http://idur.de/wp-content/uploads/2015/10/2015-IDUR-Schnellbrief-192gesch.pdf> (abgerufen am 19.10.16).

United Nations Publication (2014): UNECE, The Aarhus Convention: An implementation Guide, 2. Auflage:  
[https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/Publications/Aarhus\\_Implementation\\_Guide\\_interactive\\_eng.pdf](https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/Publications/Aarhus_Implementation_Guide_interactive_eng.pdf) (abgerufen am 19.10.16).

UN-ECE - ACCC/C/2016/137: [http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/C2015-137\\_Germany/ToPartyC137\\_03.08.2016.pdf](http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/C2015-137_Germany/ToPartyC137_03.08.2016.pdf) (abgerufen 19.10.16).

UN-ECE - ACCC/C/2015/125: [http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/C2015-125\\_Germany/Communication\\_Germany\\_Altripmunicipality\\_19.02.2015.pdf](http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/C2015-125_Germany/Communication_Germany_Altripmunicipality_19.02.2015.pdf) (abgerufen am 19.10.16).

UN-ECE - ACCC/C/2014/100: [http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/C2014-100/Correspondence\\_with\\_Party\\_concerned/ToPartiesC100\\_07.08.2015.pdf](http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/C2014-100/Correspondence_with_Party_concerned/ToPartiesC100_07.08.2015.pdf) (abgerufen am 19.10.16).

## Anhänge

### 1 Questionnaire

In the following section you will find the English translation of the original questions from the UBA and our more detailed sub-questions. Please answer as detailed as possible and provide us with references to and knowledge of your national scientific debate and to the relevant jurisdiction of your national courts. We welcome any additional information which you might find helpful in the context of the UBA-study.

#### 1.1 Access to Justice

##### Questions in the assignment of the UBA

1. *How exactly can you distinguish the legal requirements of Art. 9.2 AC on one hand and of Art. 9.3 AC on the other? Consider and describe especially the scale, scope and prerequisites of the rights of action for environmental groups (NGOs) and report the professional discourse among legal scholars and the relevant national case law.*
2. *How has Art. 9.3 AC hitherto been implemented in your national legal order?*
3. *Does the Aarhus Convention require uniform or at least similar rules on access to courts, standing and legal protection for individual and for collective (NGO) actions in environmental law?*

##### Explanations and sub-questions to Questions 1-4:

Consider the text of Art. 9.2 and 9.3 AC:

“2. Each Party shall, within the framework of its national legislation, ensure that members of the public concerned

(a) Having a sufficient interest

or, alternatively,

(b) Maintaining impairment of a right, where the administrative procedural law of a Party requires this as a precondition,

have access to a review procedure before a court of law and/or another independent and impartial body established by law, to challenge the substantive and procedural legality of any decision, act or omission subject to the provisions of article 6 and, where so provided for under national law and without prejudice to paragraph 3 below, of other relevant provisions of this Convention.

What constitutes a sufficient interest and impairment of a right shall be determined in accordance with the requirements of national law and consistently with the objective of giving the public concerned wide access to justice within the scope of this Convention. To this end, the interest of any non-governmental organization meeting the requirements referred to in article 2, paragraph 5, shall be deemed sufficient for the purpose of subparagraph (a) above. Such organizations shall also be deemed to have rights capable of being impaired for the purpose of subparagraph (b) above.

The provisions of this paragraph 2 shall not exclude the possibility of a preliminary review procedure before an administrative authority and shall not affect the requirement of exhaustion of administrative review procedures prior to recourse to judicial review procedures, where such a requirement exists under national law.

3. In addition and without prejudice to the review procedures referred to in paragraphs 1 and 2 above, each Party shall ensure that, where they meet the criteria, if any, laid down in its national law, members of the public have access to administrative or judicial procedures to challenge acts and omissions

by private persons and public authorities which contravene provisions of its national law relating to the environment.”

Art. 9.2 and 9.3 AC thereby define, inter alia, the standing-requirements in cases concerning environmental law.

German law traditionally does not provide for an extensive access to justice in environmental matters by NGOs but the law and the jurisdiction of the courts is currently developing in this direction.

A priori, German administrative law follows the principle that access to justice is limited to matters wherein the plaintiff can claim an infringement of his subjective rights (Schutznormtheorie). An action based on a violation of environmental law in the public interest only was therefore traditionally not admissible.

The only exception was for actions that may be brought by nature protection associations/NGOs (Verbandsklage), as partially foreseen in the nature protection legislation of the Länder since 1980 and in the Federal Nature Protection Act (Bundesnaturschutzgesetz - BNatSchG) since 2002. Furthermore, since 2006 actions could be started as well by environmental NGOs (e-NGOs) as foreseen in the UmwRG implementing Directive 2003/35/EC and as well access to justice according to Directive 2004/35/EC.

- We provide you with the text of the UmwRG and an English translation.

The UmwRG has been introduced to implement EC-Directive 2003/35 and thereby to implement also the requirements of Art. 9.2 AC. The UmwRG underwent some considerable alterations especially following the decision of the ECJ in C-115/09 (BUND/Trianel). Based on the UmwRG NGO actions are possible against certain administrative decisions enumerated in the law, and subject to certain conditions. Some of these conditions have been called into question in the literature.

Nowadays, there is an intensive debate about the necessity and the necessary content of yet another revision of the UmwRG. This time, the revision shall focus mainly on the implementation of Art. 9.3 AC. Initially, the German legislator and a good part of the legal literature on the subject considered Art. 9.3 AC as already fully implemented by existing EU and national legislation. This conviction has been put into question by the ECJ-judgment in C-240/09 (Slovak bear) and by a follow-up judgement of the German Federal High Administrative Court (Bundesverwaltungsgericht): BVerwG, 7 C 21.12, 5.9.2013 [ECLI:DE:BVerwG:2013: 050913U7C21.12.0].

- We provide the text of this judgement in German and an English translation.

In the meantime on 02.07.2014 the Fifth Meeting of the Parties adopted its decision V/9h on the compliance of Germany with the Convention, and there-in endorsed the findings and recommendations of the Aarhus Convention Compliance Committee (ACCC) in case ACCC/C/2008/31 (Germany). Its Conclusions and recommendations were the following:

- (a) By imposing a requirement that to be able to file an appeal under the Environmental Appeals Act an environmental NGO must assert that the challenged decision contravenes a legal provision “serving the environment”, the Party concerned fails to comply with article 9, paragraph 2, of the Convention;
- (b) By not ensuring the standing of environmental NGOs in many of its sectoral laws to challenge acts or omissions of public authorities or private persons which contravene provisions of national law relating to the environment, the Party concerned fails to comply with article 9, paragraph 3, of the Convention;

2. *Recommends* to the Party concerned that it take the necessary legislative, regulatory and administrative measures and practical arrangements to ensure that:

(a) NGOs promoting environmental protection can challenge both the substantive and procedural legality of any decision, act or omission subject to article 6 of the Convention, without having to assert that the challenged decision contravenes a legal provision “serving the environment”;

(b) Criteria for the standing of NGOs promoting environmental protection, including standing with respect to sectoral environmental laws, to challenge acts or omissions by private persons or public authorities which contravene national law relating to the environment under article 9, paragraph 3, of the Convention are revised, in addition to any existing criteria for NGO standing in the Environmental Appeals Act, the Federal Nature Conservation Act and the Environmental Damage Act;

In addition to this, the EU-Commission brought an infringement procedure before the ECJ (C-137/14), claiming that Germany failed to transform the requirements of EC-Directive 2003/35 properly.

These judgements, recommendations and proceedings seem to suggest a considerably different interpretation of the Administrative Courts Procedure Act (Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO) and the UmwRG allowing NGOs (and potentially also individuals and municipalities) to challenge the legality of administrative actions or inactions in the whole field of environmental protection.

Please, in view of the above, answer the following questions:

- *We are interested in how exactly courts and scholars in your national legal order distinguish the legal requirements of Art. 9.2 AC on the one hand and of Art. 9.3 AC on the other. Please give an overview on the scientific debate.*
- *Have there been alterations or amendments in your national legal order in order to transform the standing requirements of Art. 9.2/9.3 AC or EC-Directive 2003/35?*
- *Please provide a text and an English translation of the national provisions on standing in environmental matters.*
- *Consider and describe especially the scale, scope and prerequisites of the rights of action for environmental groups (NGOs) and for individuals and report the professional discourse among legal scholars and the relevant national case law.*
- *Do rights of action allow the courts to control the legality of administrative decisions under all aspects or are they limited to the control of certain areas of the law (especially “environmental law” provisions)? How is the term ‘law relating to the environment’ which is used in Art. 9.3 AC defined or understood in your national legal order? Does it include any law that relates to the environment, e.g. a law under any policy, including and not limited to, chemicals control and waste management, planning, transport, mining and exploitation of natural resources, agriculture, animal protection, energy, taxation, maritime affairs, that may relate in general, help protect, harm or otherwise impact on the environment?*
- *Please give us information about the discussion in your national legal order – if there is any – concerning the implications of the ECJ’s Slovak bear judgment C-240/09. Please give us also a first impression on the reactions on the ECJ judgments in C-401-403/12 P and C-404-405/12 P.*
- *Is Art. 9.3 AC in your national legal order considered to give a right of action mainly or only for NGOs or for individuals as well? Give a general overview on how the standing criteria for individuals from the public concerned are applied in environmental cases in your legal order. Does the individual have to show a specific interest in the decision at stake, or does it suffice that s/he lives in the vicinity of the (proposed) activity?*
- *Does your national legal order differentiate between the standing criteria for individuals and for NGOs? If yes, are there special rules for this differentiation in the field of environmental law? Do the same rules apply to individuals and NGOs of other Member States / Parties to the AC?*

## 1.2 The recognition of e-NGOs

### Question in the assignment of the UBA

***How does the formal structure of an e-NGO determine its access to justice in your national legal order?***

### Explanations and sub-questions

In Germany e-NGO's, in principle, have to be recognized by the authorities in a legally defined procedure to have the right to bring special NGO lawsuits on the basis of the UmwRG or the Nature conservation law. The legal conditions NGOs must fulfill in order to be recognized as an eNGO require, inter alia, that the NGO must have an (democratic) internal organizational structure that allows everyone to become a member and with equal decision-making powers for its members safeguarding to co-determine the e-NGO's objectives and political activities. Therefore in Germany some organizations with no such structure) could not be recognised

Please answer the following questions concerning the legal situation in your country:

- *Are e-NGOs or citizens' initiatives obliged to be recognized by authorities before they have legal standing in environmental procedures? What requirements need to be met? Did any criteria in the recognition procedure change since 2012?*
- *Are there any special requirements on the organization of e-NGOs and, if so, are they comparable with Section 3 para 1 UmwRG\*? [Is there any discussion on the compliance of these requirements?]*

\* "Upon request, a German or foreign association shall be recognized for the purpose of filing appeals pursuant to this Act. The association shall be recognized if (...)

5. It allows any person who supports the objectives of the association to become a member; members are persons who are given full voting rights in the general meeting of the association upon joining; if at least three quarters of its members are legal persons the association may be exempted from the requirement in the first half of this sentence, provided the majority of such legal persons fulfil this requirement."

## 1.3 Preclusion of objections

### Question in the assignment of the UBA

- *Does your national legal order include restrictions on access to justice for e-NGOs, which are comparable to the "material" preclusion (materielle Präklusion) of section 2 para 3 UmwRG? If so, how is this evaluated in the professional legal discourse (relevant literature/case law) with special regard to its conformity with EU law and the AC?*

### Explanations and sub-questions

In the German legal order access to justice in environmental matters for eNGOs, as well as for the general public, is restricted by the legal principle of the "material" preclusion (materielle Präklusion). This principle can be found in Section 2.3 UmwRG as well as in several other legal provisions concerning the public participation procedures for projects with environmental impact (e.g., Section 9.1 UVPG, Section 10.3 BImSchG, Section 73.4 VwVfG). "Material" preclusion means that e-NGOs and the general public have to make all their possible objections in administrative procedures before the competent authority decides on the development consent for a project. All objections which have not been made within the time limits set out for the public participation procedure, but could have been made at this time, will be precluded. The preclusion applies to the decision on the development consent for the project as well as to all possible legal proceedings against this decision. The competent authorities may

take objections in a single case into account even if they have been made out of time but the courts always have to respect the preclusion according to Section 2.3 UmwRG (or similar provisions). Consequently, the e-NGOs and the general public can only bring arguments in support of their legal action that were already made during the administrative procedure.

With this provision the legislator intends to achieve that e-NGOs provide their expertise already during the planning and licensing procedure as far as possible at this time. This shall help the competent authorities to make better and well informed decisions by early identification and elimination of deficits concerning environment protection during the administrative procedure. Besides, the provision shall streamline the appeal system and safeguard as well legal interests of the developer: There shall be no complication and prolongation by “surprising” objections against a project in the event of an appeal. The possibility to make new objections in an appeal that could not be made at the time of the consultation phase, is not affected by this system.

The BVerwG has also set up requirements for the content of objections by e-NGOs: At least the legally protected environmental goods that are affected by the project and its environmental impacts have to be mentioned. The more detailed these environmental impacts were analyzed in the planning documents, the more the e-NGO's are under the obligation to analyze these impacts themselves. These requirements are considered necessary to mobilize the expertise of the e-NGOs which shall help the public authorities to better solve conflicts in the area of environmental protection (BVerwG, 14.07.2011 – 9 A 12.10, 19). Consequently, NGOs may be precluded with objections made in their statement in the administration procedure if an impact of a project is not dealt with according these requirements. Objections of citizens do not have to meet these requirements. For citizens it is enough to name how they are legally affected by a project.

Consequently, due to the above described “material” preclusion of objections the Courts may not be entitled to fully review the decision on a development consent for a project. There is an ongoing debate whether this “material” preclusion limits access to justice in environmental matters in accordance with EU-Law. The BVerwG assumes that Section 2.3 UmwRG is in compliance with EU-Law. However, the European Commission launched an infringement proceeding against Germany to the ECJ inter alia on this issue (C-137/14).

To make an objection which avoids preclusion it is necessary to follow the rules for the participation of e-NGOs and the general public in planning and licensing procedures and the legal requirements on the content of the objections. The following procedural characteristics and legal requirements should be considered:

(1) E-NGOs - as well as the general public - are usually informed only by public notices informing about the start of the licensing procedure in the internet or in newspapers.

(2) Once the public participation procedure has started the e-NGOs have access to the information and documents which are relevant for the development consent request of the project. Therefore, and also for the objections, certain time limits should be observed: Access to information on infrastructure projects or industrial plants is available for a time period of one month. Objections can be made during this time frame plus the two weeks following it. There is no possibility to extend that period. It is questioned if these periods are too short, especially for large-scale projects. Nonetheless, the BVerwG has ruled that these periods are long enough.

Please answer the following questions concerning this subject:

1. *Which requirements do e-NGOs have to meet in your national legal order to be able to participate in planning and licensing procedures?*

2. *Do they have the right to participate only in administrative procedures with a mandatory EIA or can they participate in other procedures as well?*
3. *Do the authorities directly inform the e-NGOs about projects and administrative procedures that may have effects on the environment? If not: How and where can e-NGOs get information about those upcoming procedures? How do they get access to the relevant information and planning documents concerning the projects?*
4. *Are there any time limits to make an objection or give a statement in your national legal order? Will objections passing this time limit be excluded in the administrative procedure and the decision on the development consent of a project? Is an objection that has been made “out of time” also precluded in any legal proceeding against the decision on the development consent (“material” preclusion as described above)? Are there any specific requirements concerning the content of objections by e-NGOs?*
5. *Is there a discourse (relevant literature / case law) on the participation procedure and the possibilities to make objections for e-NGOs with particular regard to the conformity with EU-Law and the AC in your country?*

## 1.4 Intensity of the Judicial Review (gerichtliche Kontrolldichte)

### Question in the assignment of the UBA

- ***What are the requirements and limitations as to the intensity and the scope of judicial review in your national legal order in comparison to German law? Are these limitations in conformity with EU law?***

### Explanations and sub-questions

According to Art. 9.4 AC the implementation of access to justice in environmental matters requires effective remedies. In this context the “intensity of the judicial review” (gerichtliche Kontrolldichte) is of special interest in Germany. The German Constitution (GG) generally provides in Art. 19.4 GG that everyone has the right of access to the courts when his or her legal rights have been violated by public authorities. Therefore, the Administrative Courts shall, as a general legal principle, completely review acts of public authorities, especially when fundamental rights might be infringed. Consequently, the Courts are generally obliged to entirely review the public authorities’ application of the law. And although eNGOs are not directly protected by the provision of Art 19.4 GG, the principle of the complete review of acts of public authorities generally applies to their appeals as well.

But it is as well recognized that decisions of authorities are not “fully reviewed” by the Courts when the law states that the authorities have discretion (Ermessen) either, when they have to decide upon ordering measurements or, when they have to balance the interests at stake in a decision about a project (which has to be done e.g. for the planning of infrastructure projects and for land use planning). Besides, the BVerwG ruled that the public authorities have a “margin of assessment” (Beurteilungsspielraum) in the application of specific provisions in environmental law.

In the German legal order there is a distinction between “discretion” (Ermessen) and “margin of assessment” (Beurteilungsspielraum) as follows:

In administrative law the legal provisions generally consist of two parts: First, some requirements are listed which have to be met to give the competent authority the right to make a decision in a specific case (“Tatbestand”). Second, the provisions name specific legal consequences e.g. concerning the permissibility of a project or the conditions that could be stipulated by the competent authorities to ensure compliance with legal requirements (“Rechtsfolge”). As a general rule, the competent authorities may have discretion (Ermessen) only with regard to the specific legal consequences that could result in a single case. Inter alia, for the permit of industrial power plants it is required that the project is in

accordance with the best available technologies (BAT) concerning air pollution control. Therefore, in a lawsuit against the development consent the courts have to review whether the competent authority ensured compliance with the BAT-standards (e.g. limit values for air pollution which are laid down in technical regulations). Concerning the decision on a permit the competent authority only has discretion (Ermessen) to decide which obligations should be stipulated to ensure that the project will be realized in accordance with the state of the art (e.g. by ordering monitoring measurements). In cases where different obligations would have been possible to ensure compliance with those requirements the courts do not completely review the administrative choice as long as it is appropriate and does not violate the principle of proportionality. On the other hand some legal provisions may also statue a “margin of assessment” (Beurteilungsspielraum) with regard to the requirements (“Tatbestand”) which have to be met to give the competent authority the right to make an order in a specific case. This means that the competent authority should be responsible to decide if a legal requirement is fulfilled based on its professional and scientific expertise. One example for that is Art. 3c Environmental Impact Assessment Act (UVPG). This provision concerns the case-by-case examination whether a project listed in Annex II of Directive 2011/92/EU shall be subject to an environmental impact assessment according to Art. 5 to 10 of this Directive or not. For such a case-by-case examination Art. 3c Sentence 1 UVPG states that an environmental impact assessment shall be carried out

“if the competent authority, on the basis of an approximate assessment with due regard to the criteria listed in Annex 2 (of the UVPG), *judges* that the project is capable of having significant adverse environmental impacts which would have to be taken into account ... “.

In the wording of this provision “*to judge*” means that the competent authority has a “margin of assessment”. Accordingly Art. 3a sentence 4 UVPG lays down the following:

“If the determination that no environmental impact assessment is to be made is based on a preliminary examination of the individual case pursuant to Article 3c, the competent authority’s assessment may in court proceedings relating to the project approval decision be reviewed only to establish whether the preliminary examination was made in accordance with the requirements of Article 3c and whether the result is plausible.”

Moreover, Section 4a.2 UmwRG\* (amendment of 2013) contains general requirements concerning the judicial review of provisions with an accepted “margin of assessment” which could be relevant e.g. in the area of nature protection legislation but the influence of this provision on the judicial practice is still unclear.

\*Section 4a para 2 UmwRG:

“To the extent that in applying environmental legislation a public authority is accorded a discretion to determine whether substantive conditions are satisfied, the court’s review of the authority’s decision shall be limited to determining whether

1. the facts were stated correctly and in full,
2. procedural rules and principles of legal assessment were satisfied,
3. errors were made concerning the law to be applied,
4. irrelevant matters were taken into consideration.”

In view of the above the following questions and points should be discussed in detail:

- *Please give an overview on the limitations/restrictions of the “intensity of the judicial review” in your national legal order with special regard on the limitations in environmental and planning law. Do Courts have different approaches on e-NGOs’ lawsuits and citizens lawsuits?*

- *Is there a discourse (relevant literature/case law) on the limitations of the “intensity of the judicial review” with regard to the conformity with the requirements in EU-Law of both effective justice in environmental matters and effective implementation of certain environmental protection standards (e.g. requirements concerning protected animals according to the Habitats-Directive 92/43/EEC)?*

## 1.5 Legal Costs

Art. 9.4 AC states that access to justice in environmental matters shall not be prohibitively expensive. This requirement is imported into EU-Law in Art. 11.4 EIA-Directive 2011/92/EU and Art. 25 Industrial Emissions Directive 2010/75/EU. As the EU-Study on “Effective Justice?” shows until 2012 there were no specific implementations of these requirements into the national legal order several Member States: The courts’ orders for legal fees and legal aid in environmental matters were based on the general law on legal costs.

Meanwhile the ECJ ruled that in the United Kingdom the plaintiffs are not protected sufficiently against high costs (Case C-260/11 *Edwards v Environment Agency*; Case C-530/11 *Commission v United Kingdom*). The ECJ states that EU-Law imposes a duty for effective protection against high costs in environmental procedures. The public concerned should not be prevented from seeking or pursuing a claim for, a review by the reason of the financial burden in environmental matters. The interest of a person wishing to defend his or her rights and the public interest in the protection of the environment should be taken into account. The Court should control in each particular case whether the overall costs for the plaintiff can be prohibitively expensive. All costs for the judicial proceeding, lawyer fees, witness fees or expert fees on all stages of the proceedings shall be taken into account. The ECJ stated that the British costs’ regime did not meet these requirements since neither the overall costs a claimant could face nor the distribution of these costs were sufficiently predictable. Therefore it held that the UK has failed to transpose EU-Law with all the requisite clarity and precision.

[The VwGO states that all costs shall be borne by the defeated party. Moreover, the court fees and the lawyer fees are determined according to the “value of the case” (Streitwert). The Streitwert is set by the court and is left to the discretion of the judge. The BVerwG recommends that for actions of e-NGOs the Streitwert shall be set from 15.000 – 30.000 Euros. However, in recent times with a view to Art. 9.4 AC the courts are tending to the minimum amount (15.000 Euro). This setting determines the regularized court fees and lawyer fees. Consequently, the resulting costs are usually not very high (about 10.000 Euro based on 15.000 Euro Streitwert if an appeal was heard in two instances). The risk for the plaintiffs to bear all costs of the opposing party is insofar predictable.

However, this cannot be said for the additional costs for expert fees. In Germany expert opinion in environmental matters is ordered in three different situations:

(1) E-NGOs often order expert opinion preparing legal proceedings to identify the non-consideration of environmental impacts in the application documents for a project. The related costs are predictable for the plaintiff because he decides to involve an expert but it might be unclear whether the defeated party has to reimburse these costs if the appeal is successful. It depends on a decision of the court whether the costs are “necessary expenses” (notwendige Aufwendungen) for an “adequate prosecution” (zweckentsprechende Rechtsverfolgung) according to section 162.1 VwGO.

(2) The Court itself can ask for expert opinion when specific environmental impacts of a development project or the effectivity of protective measures are not sufficiently clear. In such a case the plaintiff can neither predict the court’s decision on ordering expert opinion nor the amount of the expert’s fee and he has to bear these costs when his claim will be dismissed.

(3) When e-NGOs file a lawsuit against private development projects as a rule the developer will participate in the trial (third party intervention – Beiladung) and can defend the project. In those cases

developers often commission experts to proof that their project is in compliance with legal requirements. These expert costs have been very high in the past (in some cases up to 300.000 Euro) and it is not predictable whether the developer may request restitution if the claim will be dismissed. Again, the court has to decide in the single case whether those costs are “necessary expenses” (notwendige Aufwendungen) for an “adequate prosecution” (zweckentsprechende Rechtsverfolgung).

In view of the above the following points and questions shall be examined or answered:

- *Please give a general overview on how the distribution of costs for court fees, lawyer fees, expert fees, including fees for expert studies, or witness fees is regulated in your national legal order. Have there been any new regulations since the 2012 EU study to ensure that the access to justice in environmental matters is not prohibitively expensive? Do your national courts put in practice the rulings of the ECJ to ensure that the legal costs are not prohibitively expensive (e.g. with granting legal aid on an individual basis)?*
- *How does your legal system deal with the restitution of experts' fees? Are these costs predictable and not too expensive? Are e-NGOs entitled to demand the fees for expert opinion that was ordered primarily for the preparation of the lawsuit when their appeal was successful? Is it possible for the developers who intervene in the trial to claim the refunding of the expert opinion fees from the losing party (e-NGO)?*

## 2 Questionnaire Polen

### 2.1 Einführung und Untersuchungsansatz

Das Forschungsprojekt zielt darauf, die Umsetzung von Art 9 Abs. 2 und 3 Aarhus-Kovention (AK) und die daran anknüpfenden Regelungen des Unionsrechts für den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten sowie den dazu in anderen EU-Mitgliedstaaten geführten wissenschaftlichen Diskurs zu untersuchen. In Deutschland steht insbesondere die Umsetzung von Art. 9 Abs. 3 AK noch bevor und es sind daher in nächster Zeit erneut Diskussionen über die Verbandsklagerechte zu erwarten. Mit dem Rechtsvergleich soll versucht werden, dafür eine breitere Diskussionsbasis zu gewinnen. Die im deutschen Recht bestehenden Regelungen für den Ausschluss von Einwendungen sind dabei auch aufgrund eines dagegen gerichteten Vertragsverletzungsverfahrens der Kommission vor dem Europäischen Gerichtshof (C-137/14) von besonderem Interesse.

Die dazu in dem Forschungsauftrag des UBA enthaltene Frage lautet wie folgt:

- *Existieren in anderen EU-Mitgliedstaaten (Italien, Großbritannien, Polen, Schweden und Frankreich) ebenfalls Anforderungen für Rechtsbehelfe von Umweltverbänden, die vergleichbar sind mit der materiellen Präklusion nach § 2 Abs. 3 Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz (UmwRG), und wie werden solche Regelungen im Fachdiskurs (Schrifttum/Rechtsprechung) des jeweiligen Mitgliedstaats im Hinblick auf ihre Konformität mit den Anforderungen des Unionsrechts und der AK (Aarhus-Konvention) bewertet?*

Damit diese Frage beantwortet werden kann, werden nachfolgend (II.) die Anforderungen an den Ausschluss von Einwendungen im deutschen Recht und die dazu geführten Diskussionen etwas näher erläutert. Außerdem werden konkretere Fragen dazu gestellt, die bezogen auf das polnische Recht beantwortet werden sollen. Diese Fragen zielen darauf, einen Überblick über alle für die Erhebung und Berücksichtigung von Einwendungen in den Verwaltungsverfahren und in den gerichtlichen Rechtschutzverfahren zu erhalten. Achten Sie bei der Beantwortung der Fragen bitte darauf, dass die Studie des UBA beabsichtigt, einen generellen Überblick über die aufgeworfenen Rechtsprobleme zu geben. Bitte beantworten Sie daher ihre Fragen in einem zusammenhängenden Rechtsgutachten und fassen Sie die Ergebnisse dieses Gutachtens in einer Kurzzusammenfassung von 1-2 Seiten zusammen.

Zum besseren Verständnis der unten näher erläuterten Rechtsprobleme finden Sie im Anhang eine aktuelle Version des Umweltrechtsbehelfsgesetzes (UmwRG).

## 2.2 Erläuterungen und konkrete Fragestellungen

Im deutschen Recht wird der Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten für die Umweltverbände und auch für die betroffenen Bürger durch den Grundsatz der „materiellen Präklusion“ eingeschränkt. Dieser Grundsatz ist sowohl in § 2 Abs. 3 UmwRG<sup>1019</sup> als auch in anderen Vorschriften verankert, in denen die Öffentlichkeitsbeteiligung bei umweltrelevanten Projekten geregelt wird (z.B. § 73 Abs. 4 VwVfG und § 10 Abs. 3 BImSchG). „Materielle“ Präklusion bedeutet, dass die Umweltverbände und die betroffenen Bürger alle Einwendungen gegen ein Vorhaben innerhalb des Zulassungsverfahrens geltend machen müssen, bevor die Behörde über das Projekt entscheidet. Alle Einwendungen, die nicht innerhalb der Fristen für die Beteiligung der Öffentlichkeit erhoben worden sind, obwohl sie hätten erhoben werden können, sind danach ausgeschlossen. Das betrifft die behördliche Zulassungsentscheidung für das Projekt und auch die dagegen erhobenen Rechtsbehelfe. Die Behörden können zwar im Einzelfall auch verspätete Einwendungen noch berücksichtigen, die Gerichte sind jedoch an die Präklusion durch § 2 Abs. 3 UmwRG oder vergleichbare Vorschriften gebunden. Deswegen können die Umweltverbände ihre Klagen vor den Verwaltungsgerichten nur auf die Einwendungen stützen, die sie bereits im Zulassungsverfahren erhoben haben.

Durch diese Regelung will der Gesetzgeber erreichen, dass die Umweltverbände ihren Sachverstand in die Planungs- und Zulassungsverfahren einbringen, soweit das zu diesem Zeitpunkt möglich ist. Damit soll die Entscheidungsfindung der Behörden verbessert und sichergestellt werden, dass sie mögliche Defizite bei der Berücksichtigung des Umweltschutzes schon im Verwaltungsverfahren identifizieren und beseitigen können. Außerdem dient die Regelung dazu, die Rechtsschutz- und Klageverfahren zu rationalisieren und die Interessen der Vorhabenträger dadurch zu schützen, dass diese Verfahren nicht durch „überraschende“ Einwendungen gegen das Projekt verkompliziert oder verlängert werden. Es bleibt aber möglich, in einem Klageverfahren neue Einwendungen zu erheben, sofern diese während der Öffentlichkeitsbeteiligung im Verwaltungsverfahren noch nicht vorgebracht werden konnten (z.B. weil zu bestimmten Umweltauswirkungen noch keine Unterlagen vorlagen).

Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) verlangt außerdem, dass die Einwendungen der Umweltverbände bestimmte inhaltliche Anforderungen erfüllen: Es sollen zumindest Angaben dazu gemacht werden, welche Schutzgüter durch ein Vorhaben betroffen sind und welche Beeinträchtigungen der Umwelt drohen. Dabei sollen sich die Umweltverbände umso intensiver mit den möglichen Auswirkungen eines Projekts auf die Umwelt auseinandersetzen, je umfangreicher und intensiver die fachliche Bewertung dazu in den Planungsunterlagen ausgearbeitet ist. Diese Anforderungen werden damit begründet, dass durch die Verfahrensbeteiligung und den Einwendungsausschluss der fachliche Sachverstand der Umweltverbände mobilisiert und damit auch eine Bewältigung von Umweltkonflikten durch die zuständigen Behörden ermöglicht werden soll (BVerwG Urt. v. 14.7.2011 - 9 A 12.10, Rn. 19). Deswegen sollen die Umweltverbände auch dann mit Einwendungen gegen ein Projekt ausgeschlossen sein, wenn ihre Stellungnahme den beschriebenen Anforderungen nicht genügt. An die Einwendungen von Bürgern werden hingegen nicht so hohe Anforderungen gestellt. Bei diesen reicht es aus, wenn sie ihre rechtliche Betroffenheit durch ein Projekt darlegen.

Die beschriebene „materielle Präklusion“ von Einwendungen kann dazu führen, dass die Verwaltungsgerichte die Rechtmäßigkeit einer Vorhabenzulassung nicht vollständig überprüfen dürfen. Deswegen

---

<sup>1019</sup> Die Vorschrift lautet: „Hat die Vereinigung (= Umweltverband) im Verfahren nach § 1 Abs. 1 Satz 1 (= Zulassungsverfahren) Gelegenheit zur Äußerung gehabt, ist sie im Verfahren über den Rechtsbehelf mit allen Einwendungen ausgeschlossen, die sie im Verfahren nach § 1 Abs. 1 Satz 1 nicht oder nach den geltenden Rechtsvorschriften nicht rechtzeitig geltend gemacht hat, aber hätte geltend machen können.“

wird diskutiert, ob die damit verbundene Einschränkung des Zugangs zu Gerichten mit dem Unionsrecht vereinbar ist. Das BVerwG geht davon aus, dass § 2 Abs. 3 UmwRG dem Unionsrecht entspricht. Die Kommission ist jedoch anderer Auffassung und hat ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland vor dem EuGH eingeleitet (C-137/14).

Um eine Einwendung „rechtzeitig“ zu erheben, ist es notwendig, die Verfahrensvorschriften für die Beteiligung der Umweltverbände und der Öffentlichkeit an Planungs- und Zulassungsverfahren einzuhalten. Dabei sind die folgenden rechtlichen Anforderungen zu beachten:

- Die Umweltverbände – und auch die Bürger – werden in der Regel ausschließlich durch eine öffentliche Bekanntmachung im Internet oder in Tageszeitungen über die Projekte und die Möglichkeiten zur Beteiligung an den Zulassungsverfahren informiert.
- Sobald die Öffentlichkeitsbeteiligung beginnt, können sich die Umweltverbände bei den Behörden oder im Internet über die Unterlagen für das Projekt informieren. Dabei und bei der Erhebung von Einwendungen sind bestimmte Fristen zu beachten: Der Zugang zu den Unterlagen besteht bei Zulassungsverfahren für Infrastrukturprojekte und für Industrieanlagen für einen Monat. Die Einwendungen können nur innerhalb dieses Zeitraums und innerhalb von weiteren zwei Wochen nach Auslegung der Unterlagen erhoben werden. Eine Möglichkeit zur Verlängerung dieser Fristen besteht nicht. Es wird darüber diskutiert, ob diese Fristen vor allem bei großen Projekten zu kurz sind. Das BVerwG hat jedoch entschieden, dass es die Einwendungsfristen für ausreichend hält.

**Bitte beantworten Sie zu der dargestellten Thematik die folgenden Fragen:**

- *Welche Anforderungen bestehen im polnischen Recht für die Beteiligung von Umweltverbänden an Planungs- und Genehmigungsverfahren?*
- *Ist eine Beteiligung der Umweltverbände nur bei Vorhaben und Verfahren vorgesehen, für die eine UVP-Pflicht besteht, oder können sie sich auch in anderen Verfahren beteiligen?*
- *Werden die Umweltverbände über diese Vorhaben und Verfahren und die Möglichkeit zur Beteiligung direkt von den Behörden informiert? Wenn nicht: Wo und wie können Sie sich über die Verfahren informieren? In welcher Weise erhalten sie Zugang zu den relevanten Informationen und zu den Planungsunterlagen für die Vorhaben?*
- *Gibt es Fristen für die Erhebung von Einwendungen oder die Abgabe von Stellungnahmen im polnischen Recht? Werden nicht fristgerecht erhobene („verspätete“) Einwendungen im Verwaltungsverfahren und von der behördlichen Entscheidung über das Vorhaben ausgeschlossen? Sind verspätete Einwendungen auch für Rechtsschutzverfahren, die gegen eine behördliche Zulassungsentscheidung eingeleitet werden, ausgeschlossen (im Sinne der beschriebenen „materiellen Präklusion“)? Werden außerdem besondere inhaltliche Anforderungen an die Einwendungen von Umweltverbänden gestellt?*
- *Gibt es in Polen einen Diskurs in Literatur und Rechtsprechung darüber, ob die Beteiligungsverfahren und die Möglichkeiten der Umweltverbände, Einwendungen gegen umweltrelevante Vorhaben zu erheben, mit der Aarhus-Konvention und dem Unionsrecht vereinbar sind?*

## 3 Länderbericht Frankreich

### 3.1 Access to Justice

#### 3.1.1 Answer Questionnaire I. 1.

1 The legal requirements of art. 9.2 AC and of art. 9.3 AC are the implementation modalities of access to justice of the two first pillars of the Aarhus Convention: the right to information and the right to participation. The distinction between the two articles is about the provisions being challenged. Art. 9.2 provides for the challenging of decision, act or omission subject to the provisions of art. 6 about “public participation in decision on specific activities”. As art. 9.3 provides for the challenging of acts and omissions not subject to a specific article of the Aarhus Convention but related to any provisions of each national law related to the environment.

2 We notice that there is no specific provision about challenging art. 7 and 8 about public participation concerning plans, programs and policies and during the preparation of executive regulations. But access to justice for these acts or omission could require, according to art. 9.3, national provisions being adopted for such public participation.

3 The rights of action of environmental NGOs applies to both articles 9.2 and 9.3. Each article refers to the public as defined in art. 2-4 “means one or more natural and legal persons and in accordance with national legislation or practice, their associations, organizations and groups”. The only difference between art. 9.2 and 9.3 is about the public involved:

4 Access to justice to challenge decisions on specific activities (art.6) is limited to “the public concerned” defined in art. 2-5 as the public affected or likely to be affected or having an interest. There is then a very important specific mention of the NGOs concerned which makes a difference with the others members of the public. Any environmental NGO meeting any requirement under national law “shall be deemed to have an interest”. That means that they should be considered automatically admissible without any supplementary legal requirement. It is a presumption of legal interest for environmental NGOs challenging a specific activity. As a repetition art. 9.2 last alinea reiterates that NGOs shall be deemed to have an interest and shall also be deemed to have rights capable of being impaired for the purpose of sub-paragraph (b). That makes a difference with the requirements for natural persons such as neighbors who have to show an interest such as likely to be affected.

5 Access to justice to challenge decisions which contravene national environmental law is open to all members of the public without limitation to the public concerned. The only restriction is that national law may establish criteria for access to justice of the public.

6 In both cases it is clear that national legislation may make precise the conditions or criteria of admissibility of NGOs. But there are general requirements about access to justice. They apply both to natural and legal persons and they apply both to art. 9.2 and art. 9.3:

*Preamble (8): citizens must have access to justice*

*Preamble (13): importance of the role of environmental NGOs*

*Preamble (18): effective judicial mechanisms should be accessible to the public, including organizations*

*Art. 1: each Party shall guarantee access to justice in environmental matters*

*Art. 3.1: each Party shall take measures to achieve access to justice*

*Art. 3.2: each Party shall endeavor to ensure that officials and authorities assist and provide guidance to the public (including NGOs) in seeking access to justice*

*Art. 3.4: each Party shall provide for appropriate recognition of and support to associations... and ensure that its national legal system is consistent with this obligation*

*Art. 3.5: The convention shall not affect the right of a Party to maintain or introduce measures for wider access to justice*

*Art. 3.6: This convention shall not require any derogation from existing rights to access to justice*

*Art. 3.9: The public shall have access to justice without discrimination, and in the case of a legal person, without discrimination as to where it has its registered seat or an effective center of its activities.*

*Art. 9.2: the objective is giving the public concerned wide access to justice within the scope of this convention*

*Art. 9.4: the procedure referred to in paragraph 1, 2, 3 of art. 9 shall provide adequate and effective remedies*

### **3.1.2 Answer Questionnaire I. 2.**

7 Art. 9-2 and 9.3 AC have been implemented without problem in French national law. Indeed before the Aarhus Convention, the environmental Code combined with traditional administrative law already allowed access to justice for legal persons and for NGOs based on general principles of law (art. 17 of the 1789 Human Rights Declaration) and on specific environmental law legislation since the 1976 nature protection law. Since 1906 the Council of State (CE) makes admissible the standing for an action in administrative Courts for groups such as trade unions or associations in the name of the collective interest they represent (CE 28 December 1906 Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges).

8 Jurisprudence is in fact very limited about the Aarhus Convention. From 2010 to 2014 there were only two judicial courts' decisions with express reference to Aarhus (Cass. Crim. 3 May 2011 n° 10-81529 and Cass. Commercial, 6 May 2014 n°13-11883 about article 6). There were 20 administrative courts' decisions during the same period with the express mention of Aarhus in visas, and 15 with express reference in the decision (about annex 1: 1; art.3-1: 1; art.6 :9; art.7 :1; art.8 :2 ; art.9-2: 1; art. 9-4:1).

### **3.1.3 Answer Questionnaire I. 3.**

9 The Aarhus Convention requires similar rules on access to courts for individuals and NGOs. The standing for Individual and environmental NGOs requires the same necessity to ensure that the public has a sufficient interest. But as art.9.2 mentions the interest of any NGO shall be deemed sufficient, it is considered that environmental NGOs will always have standing, by definition and according to its by-law, to challenge specific activities. This fits with the objective of wide access to justice. The finding and recommendations of the Aarhus compliance committee have agreed in many cases on this interpretation. As art. 9.3 AC is without prejudice to the review procedure referred to in paragraph 2, it can be considered that the standing of environmental NGOs will follow for art. 9.3 the same rules as for art. 9.2. The criteria for NGOs standing set by national law should always be consistent with the objective of the Convention to ensure wide access to justice (Aarhus compliance committee finding and recommendations ACCC/C 2008/31 concerning Germany, para.92).

10 The Aarhus Compliance Committee in a communication concerning the European Union was very clear "It is clear ... that the jurisprudence established by the ECJ is too strict to meet the criteria of the Aarhus Convention" (para. 87). "The Committee is convinced that if the examined jurisprudence of the EU Courts on access to justice were to continue, unless fully compensated for by adequate administrative review procedure, the Party concerned [ the EU ] would fail to comply with article 9-3 of the Convention" (ACCC/C/2008/32 (European Union)).

### **3.1.4 Answer Questionnaire I sub-questions**

#### ***Scientific debate***

11 There has not been specific academic discussion on how to distinguish art. 9.2 and 9.3 because challenging acts of national law relating to the environment include necessarily the admissibility to challenge acts mentioned in art.6 AC and provisions of national law relating to the environment. Even if in the year 1976 there has been two general environmental laws: one on nature protection (law 10 July 1976) and the other on classified installations for environmental protection ie industrial and agricultural activities (law 19 July 1976), the standing for NGOs remained uniform and available for both issues.

### ***Alterations or amendments***

12 There has not been any alteration or amendment to transform the standing requirements of the Aarhus convention, but only limited amendments about the legal procedure of registration of NGOs (see infra II).

### ***National provisions on standing***

13 Text in English on standing: see the document in English of the environmental code, but not up to date.

### ***Prerequisite on the right of actions for individuals and NGOs***

14 In general admissibility is a preliminary issue but is not submitted to a specific procedure. If the application is declared inadmissible the Court will not decide on the merits of the case. When the application is considered admissible the judge is not required to rule explicitly on the admissibility. He may consider it not necessary to decide on the admissibility of the action. Generally, the admissibility will be accepted implicitly. But if the defendant challenges the admissibility, then the Court will have to answer more or less in detail. The concept of “public concerned” does not exist in French law; all standing is governed by the “*intérêt à agir*” (interest to act in courts). The article 2 of the environmental Charter in the Constitution recognizing that everyone has the duty to participate in preserving the environment does not give to everyone a standing to challenge any administrative act (CE 3 August 2011 req. n° 330566, B and A).

15 The general constitutional principle of free access to justice for everybody, both individuals and NGOs is based in law on art. 16 of the Declaration of the Rights of Man and the Citizen of 1789 which is part of the Constitution (see CC 31 January 2014, QPC -363, para.4: “the right of standing of interested persons must not be substantially affected”).

### **16 For individuals**

17 There are no specific rules for admissibility on environmental issues. The ordinary rules of law apply. Any natural person with legal capacity may initiate a judicial action. The only requirement is to have an interest to act (*intérêt à agir*). Generally legal interest is broadly interpreted by the Courts. The Aarhus Convention has not led Courts to interpret more broadly standing issues.

18 As regards illegality proceedings (*contentieux de l'excès de pouvoir*) in administrative Courts any individual has standing if he has an interest. If the decision of the public authority is individual and relates to that specific person, the interest is automatically recognized and gives legal standing. If the decision of the public authority is a general decision or a generally applicable binding normative instrument (either national or local), standing is granted if the applicant shows a personal interest material or moral (to live near a polluted industry, to live in the municipality for an action against a municipal administrative act). The spatial relation between the plaintiff and the decision involved is crucial and is part of the standing criteria. But action from an individual has been dismissed when challenging a decree on the recognition of environmental NGOs because the plaintiff acting in its personal capacity had not a direct interest for standing (CE 25 September 2013, req. n°352660).

19 As regards full review proceedings (*contentieux de pleine juridiction*) a subjective right must be argued and proved. There are two situations: liability action to allocate pecuniary compensation needs to prove damages with material and moral impacts; full jurisdiction action to ask the judge to modify a situation. In this last proceeding the powers of the Court are more important than in the illegality proceeding. It applies in environmental issues about litigation concerning the classified installations. Legal standing for litigation about classified installation has specific rules different from ordinary administrative procedure rules. Article 514-6 of environmental Code gives a list of administrative decisions submitted to this specific full review proceeding: authorization or refusal of industrial installations (permit about specific activities, about a list of activities called “*la nomenclature des installations classes*” similar to the list of activities of annex 1 of Aarhus Convention), specific prescriptions, administrative sanctions. The specific rules are related to:

20 The delay of appeal which is 2 months for the exploiter and one year for third parties as individual neighbors since article R. 515-3-1 of environmental Code (decree of 30 December 2010). Before 2010 the delay of appeal for neighbors was longer: 4 years. But since 2010 there is derogation to this new delay about the appeal regarding wind turbines, the delay being limited to only six months instead of one year. The reduction of such a delay is a limitation to access to justice. This one year delay also applies to NGOs appeals. A special delay exists since 2006 for challenging nuclear activities (2 or 4 years for third parties including NGOs, see article L.596-23 environmental Code)

21 Another limitation of standing concerning only individuals (unless a NGO is the owner of a building) is III of article L. 514-6 of the environmental Code: third parties having rented or bought a real property or a construction in the neighborhood of a classified facility after the publication of the permit of that facility or after the publication of the act reducing the initial prescriptions, cannot bring an action in Courts against that facility. This restriction of standing called issue of the “pre-occupation” could be considered as a limitation of standing for the Aarhus Convention or be considered as national criteria of standing?

## 22 For NGOs

23 [for a general vision in comparative environmental law, read Claude Lambrechts “Access to justice of environmental NGOs in western Europe” in *Mélanges A.C. Kiss, mankind and the environment*, ed. Frison- Roche, 1998, p. 409].

24 Traditionally French Courts, both administrative and judicial, have a broad and liberal view of NGOs standing. It is the implementation of the liberty of associations mentioned in the preamble of the Constitution and recognized by the Constitutional Council as a fundamental principle recognized by republican law; it is also required by article 16 of the human rights and citizens Declaration of 1789 considered by the Constitutional Council as «a guaranty for interested persons to exercise an effective judicial remedy” (CC, QPC n°2011-138, 17 June 2011, association Vivraviry). In 1919 even an association not declared in the prefecture had standing to go to court (CE, 21 March 1919, dame Polier, rec. p.297; see too CE 31 October 1969 Syndicat de défense des canaux de la Durance, rec. P.462).

25 There are specific rules for standing in environmental matters since 1976. But even before 1976 the jurisprudence recognized standing for NGOs whose social object was the protection of French esthetic heritage (CE, 30 May 1947, de Persan rec. p.228). In 1976, after the specific rules, some legal scholars were afraid of a rush in administrative and criminal Courts by the NGOs. Some judges were afraid of a competition between NGOs and public prosecution bodies for the defense of the general interest linked with the environment. Experience of nearly 40 years of jurisprudence shows that these fears were not justified. There has not been an abuse of access to justice by NGOs because there remain all procedural barriers such as : delays, cost, necessity of a barrister and also because the growing number of participatory procedures give other means to NGOs to put pressure and influence on the decision making process, and which are more effective than going to Court. The more the pub-

lic participatory process on decision making is fair, open and transparent (which in fact is mainly used by NGOs more than by individuals), the less the access to justice is used.

26 Some scholars contest that NGOs standing come from a specific law, considering that NGOs have their own interest to protect the environment giving them a right to act (L. Neyret, *Atteinte au vivant et responsabilité civile*, LGDJ2006, n°576). This position is confirmed by the more and more liberal position of the Cassation Court, making easier the legal conditions of NGOs standing and even more liberal than art. L 142-2 environmental code. Now the Cassation Court admits that an “action civile” may be used before the civil judge and not necessarily before the criminal judge (Cass. 2° civ. 7 December 2006 n° 05-20- 297). Admissibility of an NGO action has even been recognized without any criminal offence (Cass. 3° civ. 26 September 2007, *Environnement 207*, n° 212, note M. Boutonnet).

27 Read about: “Access to civil justice of environmental NGOs” by Benoit Grimonprez, in *Access to Justice (l'accès au juge)*, Virginie Donier et Beatrice Lapérou-Schneider, ed., Bruylant, 2013, p.292).

28 The existing specific measures for standing of NGOs are in a specific chapter of the environmental Code called “access to justice of associations and local bodies”. (Book one, title IV, chapter II). It divides access to justice in five different ways:

29 1. Any NGO for the protection of the environment and nature may initiate a case in the administrative Court; it needs to have a habilitation to sue the president or of the general assembly of the NGO, and to show an interest to act related to the environmental objective stated in their by-law. An NGO called CAP 21, whose president was a former minister of the environment, has been declared inadmissible as being an NGO having essentially a political orientation and not justifying an interest to act about the mineral code (CE 7 December 2011, req. n° 346697). It is not necessary to have a specific administrative recognition (article L. 142-1-1° alinéa of the environmental Code). But an NGO action is inadmissible if the plaintiff has not the capacity to act according to the NGO by-law: inadmissible action of an anti shale gas NGO the plaintiff having not the legal quality to act; in that situation only the general assembly of the NGO could give authorization to act in justice (CE 25 September 2013, req. n°352660). The NGO must have an interest to act, including in relation to its geographical scope of intervention. A national NGO is not admissible to act locally against a waste deposit even invoking art. 9-2 AC because art. 9-2 AC applies “within the framework of its national legislation” and Aarhus could not be invoked (CAA Marseille, 11 February 2010, WWF France, req. n°08MA00162). This restriction about the geographical standing of NGOs is classical (CE 27 May 1991 *Federation regionale des associations de protection de la nature*; CE 31 May 1996 *France nature Environment*, req.n°116641).

30 2. NGOs having a specific administrative recognition (association agréée) according to article L.141-1 environmental Code have a presumption of legal standing to act against any administrative decision that is directly related to their objective and their activities determined by their by-law and having negative environmental impact on the territory of their specific agreement (article L142-1-2° alinea of the environmental Code). It applies too to the recognized departmental NGO of fishermen (art. L. 433-2 environmental Code). As there have been Court decisions in favor of retroactive effect of the agreement, (CE 25 June 2003 *commune de Saillagouse*, req. n°233119; CAA Douai 17 march 2005, *association vie et paysage*, req. n°03DA00544) a law of 2006 confirmed in 2010 decided that the presumption of legal standing applies only for an action concerning an administrative act decided after the date of the recognition. This restriction is a new limitation of access to justice to prevent abuse from NGOs.

31 This presumption of legal standing for recognized associations is considered as progress for a better access to justice of environmental NGOs. It is applied broadly by administrative Courts for actions related to environmental issues including actions in urban law against building permits as they impact the environment.

32 3. NGOs recognized under art. L. 141-1 (environmental Code), have a specific right before criminal Courts. According to article L. 142-2 alinea 1 (environmental Code) recognized associations have the right to oblige the criminal prosecutor to initiate criminal prosecution and penalties (constitution de partie civile) for direct or indirect damages to the environment when there has been a violation of a law or of a regulation. This right to initiate criminal prosecution was established in 1976 only for some specific environmental legislation. Then it has been consistently extended to a growing list of sectors involved such as nature protection, water, air, soil, landscape, urbanism, quality of life, pollution. In 2006 it has been extended to nuclear activities and radioprotection, and in 2010 to the field of misleading environmental advertising. It remains a controversy about the Cassation criminal Court's decision on the refusal to apply art. L.142-2. Recognized environmental NGOs are inadmissible for actions about the violation of marine fisheries regulations for violation of law and regulations in the marine environment (Cass. Crim. 23 May 2000, droit environnement 2000, n°84, p. 8 note Guihal ; Cass. Crim.7 April 2009, droit environnement, October 2009, p.23 note Léost).

33 The capacity given to recognized NGOs to initiate criminal prosecution in the name of the environment as a collective interest not only facilitates criminal penalties but allows NGOs to receive civil compensation for criminal violation of environmental law.

34 For a detailed examination by the Cassation Court criminal chamber of the admissibility for NGOs to use art. L.142-2 (environmental code) see Cass. Crim. 1 June 2010 n° 09-87159. In this case the judge examines the legal standing of six national and local NGOs in regard to their legal situation and their interest to act in criminal procedure in relation with their bylaws applying legal conditions of art. L 142-2 and of the procedure criminal code.

35 In the Erika case in the Court of appeal, many NGOs were admissible but two NGOs were inadmissible: "Friends of the Earth" because the president had no specific mandate to sue (only a telephone agreement, a procedure not mentioned in their bylaws), and association "collectif black tide" because it did not exist at the date of the accident (CA Paris, 30 March 2010, n°08/02278, p.131). In Cassation Court about Erika case, the Court confirmed the inadmissibility of the association "office français pour l'éducation à l'environnement en Europe FEEEE) because their bylaws and the decision to sue by the president were not signed; The Court declared inadmissible the action of Association "Robin des Bois" because this ONG was not recognized and because as such, their objectives were about resources in water and not in marine waters (Cass. Crim.25 September 2012, n°10/82938).

36 About civil compensation on the basis of art. L 142-2 (environmental Code) after a criminal violation of environmental law, the Cassation Court recognized the legal standing of NGOs for moral reparation for infringement to the collective rights and interests that an ONG has to defend, even if there has not been concrete damage of pollution or a possible damage or an accident, only because of the violation of a rule, and even if the violation has stopped at the date of the legal action by the ONG (see Cass. Crim. 5 October 2010, n°09-88748; Cass. Civ. 9 June 2010, n°09-11738; Cass.civ.8 June 2011, n° 10-15500; Cass. Civ. 20 November 2012, n° 11-19562; Cass. Civ. 20 November 2012, n° 11-21382). In the case of Cass.civ. 9 June 2010 and Cass. Civ. 8 June 2011 the ONG received 1500 euros as compensation for moral prejudice; in the case Court of appeal Nimes, 14 September 2012, n°12-00633 the NGO receives 7000 euros of compensation for moral prejudice.

37 F.G. Trebulle considered that giving money to NGOs for compensation of moral prejudice "has a disciplinary aspect as punitive damages manifestation of failure of criminal law. What would happen if several NGOs stand for compensation for moral prejudice?" (Daloz, 2011, p.2694).

38 4. Some NGOs, not recognized but only normally registered, have too the right to oblige the criminal prosecutor to initiate criminal prosecution according to art. L. 142-2 alinéa 2 (environmental Code) and article 2 criminal procedure code. The only condition to use this right is to have been registered for at least five years. This specific category consist of NGOs having in their by-law the objective

of protection of water as mentioned in article L. 211-1 (environmental Code for NGOs of fishermen) or the protection against pollution related to classified installations (article L.511-1 environmental Code).

39 For an interesting illustration see Appeal Court of Nouméa 25 February 2014 about 5 NGOs not recognized but considered admissible to claim compensation after criminal injury on the environment. In this case the NGOs received not only compensation for prejudice to their collective mission of protecting the environment (50 000 euros to share between 5), but they also received compensation for ecological damage applying the case about Total and Erika of Cass. Crim. 25 September 2012 (83 000 euros to share between 5 NGOs).

40 This Nouméa jurisprudence of 2014 applies a liberal jurisprudence of the Cassation Court criminal chamber of 2006 about environment and urbanism considering that an NGO, even not recognized has a legal standing to claim compensation after a criminal injury only on the legal basis of article 2 of criminal procedure code if the action is directly in relation with the objective of the NGO as stated in their bylaws (Cass. Crim. 12 September 2006, n° 05-86958).

41 For 3) and 4), a law of 2007 has modified procedural criminal Code (new article 85) introducing some new delays for the admissibility of this type of rights.

42 5. Access to Constitutional Court by NGOs: Since the QPC procedure in 2008, legal persons including NGOs have standing indirectly to the Constitutional Council; they cannot go directly to the CC but must have first an action in administrative or judicial Courts through the preliminary ruling on constitutionality; as being plaintiff they are also plaintiffs in the Constitutional Council. See CC 7 May 2014 QPC 2014-395, Fédération environnement durable and alii, about air planification and regional scheme of wind turbines where several NGOs were plaintiff. In the internal regulation of the CC, NGO can have standing for intervention if they have a direct interest. In the case about shale gas (CC, n°2013-346 QPC, 11 October 2013) some NGOs intervening were declared inadmissible and others admissible.

43 But access to justice of environmental NGOs has been recently reduced in relation with urban law (Read : The fight against NGOs activism in urban litigation , by Carole Chevilly-Hiver, in “L'accès au juge”, op. cit, Bruylant, 2013 p. 303).

44 Since 1994 and in 2006 access to justice in urban law has been limited considering that jurisprudence was too much open to NGOs legal actions. The new article L. 600-1-1 of the Urban Code since a 2006 law on housing, forbids standing of a NGO against a decision on occupation and utilization of soils (ie in urban issues) if the by-law of the NGO has been registered in prefecture after the application of the action was posted . This is to prevent legal action of circumstances by creation of a new NGO just to challenge a specific urban permit. Some scholars' comments have considered that this restriction could be in non-compliance with Aarhus Convention and directive 2003/4 (see comments in the Environmental Code by Chantal Cans, Dalloz, 2015, p.165). The Council of State stated that this reform complied with article 6 of the European Human Right Convention (CE 11 July 2008, req. n° 313386, Association des amis des paysages Bourganiauds). Then the Constitutional Council stated in 2011 that the article L. 600-1-1 of the Urban Code complied with the right to appeal and with the principle of equality (CC, QPC n° 2011-138 of 17 June 2011). For the Constitutional Council the limitation to standing for NGOs by the new article L. 600-1-1 urban Code is limited to individual decisions concerning soil utilization, it is justified by the will to stop actions only motivated to prevent any new building permit; but “this restriction does not affect substantially NGOs standing” and does not affect standing of the NGOs' members and does not affect freedom of association.

45 In the same context of mistrust against NGOs, after lobbying by the builders and developers, the ordonnance of 18 July 2013 introduced an article L. 600-7 in the urban Code allowing the builder to ask for compensation against the NGO using standing against an urban decision in a way exceeding the defense of legitimate interest. Alinea 2 of art. L. 600-7 of urban Code precise that when an NGO has

the objective of protecting the environment (even without a specific recognition) the action is presumed to be within the limits of the defense of its legitimate interests i.e. only for environmental protection and not for individual interests. In fact it is said that some people specially set up a so called “environmental NGO” only to get financial compensation from the developers in exchange for withdrawing the legal action against the building permit.

### ***Scope of judicial review of administrative decisions according to rights of action***

46 About the term “law related to environment” used in article 9-3 AC, there is no definition in French law. When applying the Rio Declaration principle 4 about integration of environment in others’ policies, there is a broad vision of the concept of environment, including the quality of life. It is related to any legislation and activity that may impact on the environment as it is recognized in the environmental impact assessment legislation. Some few cases deal with that issue. In a controversial law case concerning a local anti-nuclear NGO, the judge refused recognition of the NGO because it had not sufficient guaranty of organization in a specific territory, as if nuclear issues were not environmental issues (CAA Bordeaux 7 February 2008, req.n°06BX0814, association Tchernoblaye). We could too refer to the case law about the hunters’ association: are they or not protection of the environment NGOs? (See infra II p. 11). An NGO managing community gardens in the suburbs has been considered as not having an environmental objective but rather a social objective (TA Paris, 22 May 2003, France nature environment, droit environment 2003 n°114, p.247).

47 A new field of case law about the definition of the environment is related to the interpretation of art 7 of the environmental Charter about participation to the decision making process. It stated that public participation is necessary for decisions likely to affect the environment. The question is which decision does not affect the environment? In this regard there are four controversial decisions of the Constitutional Council:

48 The CC decision 26 April 2013, QPC n°2013-308, Association ensemble pour la planète stated that permits for research works on mineral resources in New Caledonia regarding prospecting for nickel, are not decisions likely to affect the environment, but permits for exploitation could affect the environment.

49 The CC decision 23 November 2012, QPC n°2012-282 France Nature Environnement, considers that a local permit for advertising banners on private buildings undergoing works is not in the scope of an application of the environmental Charter, as not having such an impact on the environment as some large lighting signs and temporary installations (para.21). But other installations of lighting signs have an impact on the environment (para 22).

50 The CC decision 24 May 2013, QPC n° 2013-316, SCI Pascal stated that the delimitation of the maritime public domain is not a decision likely to affect the environment. Without explanation in the decision, it could be considered that the delimitation being a purely procedural act of recognition has not in itself an impact on the environment.

51 The CC decision of 24 May 2013, QPC n° 2013-317, syndicat français de l’industrie cimentaire, stated that adoption of technical norms concerning the use of wood in construction has no direct impact on the environment and therefore is not a decision requiring public participation

52 Another illustration of the scope of application of the word “environment” is in the decision of CE 28 February 2001 req.n°213776, Association France Nature Environnement (Revue juridique de l’environnement, 4/2001, note Braud, p.563) considering as a commission had to be composed of “representatives of recognized NGOs for the protection of the environment” that a decree providing that this commission is composed of “representatives of associations of protection of nature or of bodies managing fauna and flora” is illegal.

53 Controversy exists between different interpretations by tribunals: an appeal administrative court considered that a decision of approbation of a wind turbine development plan is a decision having an important impact on the environment and as such should have been subject to public participation procedure. But in cassation, the Council of State considered that such a plan just delimited an area and as such has not an impact on the environment, it would have been different for a permit for a wind turbine (CE, 26 June 2013, req n°360466, commune de Roquefère).

***The implication of the Slovak bears ECJ case C 240/09***

54 Opinion of advocate general Sharpston considered that it is for each national Court to determine if article 9-3 AC has direct effect. So the Court decided that article 9-3 AC has not direct effect.

55 This case considers that art 9-3 AC is not regarded as being directly applicable because national law must establish criteria for members of the public entitled to exercise the rights provided by art.9-3 AC. But by interpreting art.9-3 AC the ECJ decides that national law:

- *is responsible for ensuring that rights of standing are effectively protected (para.46 and 47)*
- *must not make in practice NGOs standing impossible or excessively difficult (principle of effectiveness) (para. 48 and 49)*
- *must be consistent with the objectives laid down in art. 9-3 AC (para.50)*
- *must enable an environmental protection organization to challenge before a Court a decision taken following administrative proceedings liable to be contrary to EU environmental law (para. 51).*

56 As mentioned by a scholar, even if the ECJ considers that art 9-3 has not a direct effect or is not self executing, it needs to guarantee plaintiffs of an effective judicial protection in national law (see Denys Simon, brief comment in “Europe” n°5 May 2011 comm.147). In another comment by Christophe Verdure (in “Europe” n° 5 May 2011 comm.59 “access to justice in environmental issue”) it is stressed that even if art 9-3 is not transposed by the European Union and has not been the subject of EU legislation, as the issue is regulated by a treaty concluded by the European Union and the member states the topic “concerns a field in large measure covered by” European Union law (quoted from the case para. 36). This idea of a subject concerning a field which has already been covered to a large extent has been used in the case Etang de Berre (case C-239/03 Commission / France para 29 to 31). The ECJ imposes to member states two restrictions for, implementing art 9-3 in line with Aarhus Convention:

57 *“those provisions, although drafted in broad terms, are intended to ensure effective environmental protection” (para 46)*

58 *“it is inconceivable that art 9-3 of AC be interpreted in such a way as to make it in practice impossible or excessively difficult to exercise rights conferred by EU law” (para49).* Christophe Verdure considers that the question has to be stated by national law and that it should be better if the Commission implement clearly art 9-3 by a new proposal of directive like the one of 24 October 2003.

59 Another comment (Laure-Clement Wilz and alii, RFDA, n°06, 2011, p.1225 considers that the application of Aarhus by the Council of State in CE 28 March 2011 n° 330256, should have been more in adequation with the ECJ on Slovak bears because the CE did not take into account the requirement of para 49 about a necessary interpretation of article 9-3 in such a way as to make it impossible to exercise rights.

60 The comment by Laurent Coutron in RTD Eur. N°30 of December 2011 is very interesting. He notices that even if art 9-3 has not a direct effect, the ECJ “regulates drastically procedural autonomy of member states” with a strict conception of the conform interpretation obligation. ECJ “addresses a quasi-obligation of performance guarantee by national authority” (para 49 of the case). The European

Court of Justice “succeed in valuing considerably legal position of the NGOs and member states have no other choice but to empower NGOs to get standing”.

61 For F.G. Trebulle (Dalloz 2011, p.2694) this case proves the «irradiation of Aarhus Convention to the extent that absence of direct effect is largely offset by the injunction of conform interpretation”.

62 For Catherine Flaesch-Mougin and Isabelle Bosse- Platière (RTD Eur. 2011, p.662) if art. 9-3 does not have direct effect, however the ECJ mention for an interpretation to the fullest extent possible, that the matter “relates to a field covered in large measure by it [EU law] (para. 40), and that it is necessary “in order to forestall future differences of interpretation, that provision [art. 9-3 AC] should be interpreted uniformly, whatever the circumstances in which it is to apply” (para. 42).

63 As regards the Trianel case about Germany (ECJ C-115/09 of 12 May 2011 we want to mention five opinions of scholars.

64 For Bilun Muller (“Access to the Courts of the member states for NGOs in environmental matters under European Union law” in Journal of Environmental Law vol.23, n°3, 2011, p.505): “in its decision the Court (ECJ) took the side of the majority of German scholars who argue that NGOs are in a privileged position and that their locus standi is to be assumed... The Trianel decision of the Court will lead to radical changes in the German legal conception of standing in front of administrative courts”. “The Trianel decision means that actions brought by NGOs relying on rights protecting the general public will be deemed well founded, if such provisions are infringed. Therefore the restriction in section 2(5) of the umweltrechtsbehelfsgesetz which provides that annulment actions are deemed to be well founded if the decision infringes environmental law provisions which confer individual rights only (similarly to its provision on admissibility) is no longer applicable”. “Finally the [Slovak bears case] clarified that NGOs must not only have access to courts in matters enforcing their right to access to environmental information or to public participation in environmental decision-making but also in other matters governed by EU environmental law”.

65 For Eckard Rehbinder in the Trianel case, “the Court relying on the principle of wide access to justice and effectiveness, held that environmental associations are accorded a particular role in verifying compliance with EU environmental law (watchdog function) that militates for an enlarged standing to sue”... Germany will be compelled to amend its Environmental Remedies Act... “Technically, this could be easily done by just omitting the requirement in §2 (1) n° 1 of the Act that the legal violation asserted must “establish rights of individuals” (in “Environmental policy and law” “Judgement on German implementation of the Aarhus Convention” vol.41, number 3, June 2011,p.144. [In general about the transposition of article 9-3 AC see Eckard Rehbinder, “Access to justice for decisions taken by European bodies in environmental matters”, in Mélanges Michel Prieur, Dalloz, 2007 p. 661].

66 For Eva Julia Lohse “the interpretation of the ECJ is inevitably restricted to the scope of the directive, i.e. to cases where an environmental impact assessment becomes obligatory... this means that, as long as the follow up directive transposing article 9-3 of the Convention has not been issued, access to justice will not be granted in all environmental matters” “... the German implementation only contravenes Union law where provisions originating in EU environmental law are at stake. Although environmental law is an area highly regulated by Union law, there remain many provisions for the protection of the environment that have a purely domestic background and need therefore not to be included in a revised Umw RG. This is especially true, if Germany decides not to change the wording of the UMwRG, but interprets §2(1) UmwRG in a way that facilitates the implementation of EU environmental law and therefore does not introduce the altruistic action but for EU environmental law”...” the decision leaves the critical observer with the following question: Does the Convention require the introduction of an “altruistic group action” as a minimum standard and if not, could the EU at least oblige its member states to do so by means of the directive?”...” In the long run a modification of §2(1) UmwRG by the legislator will be necessary” (ELNI review n°2/ 2011p. 96).

67 For Michel Aubert (AJDA 2011, p.1614) this case “ends a general rule of German procedural administrative law about standing of NGOs against act implementing directive 85/337. This should not be problematical in French administrative law which broadly recognizes in general NGOs interest to act since CE 28 December 1906, *syndicat des patrons coiffeurs de Limoges*.”

68 For F.G. Trebulle (Dalloz, 2011, p. 2694) this case “does not recognize *stricto sensu actio popularis* but deals with the need, in Aarhus perspective, of ensuring extension of standing to organizations having a sufficient interest to act”.

69 *First impression on ECJ case 401/12P and 404/12P of 13 January 2015*

70 In the first instance the judgment of the General Court of the European Union, 14 June 2012, T-396/09 annulled two Commissions’ decisions of 2008 rejecting as inadmissible the applications lodged by a Netherlands NGO. This annulment was on the basis of violation by the Commission of article 9-3 AC. In a comment by Laurent Coutron (RTD Eur. 2012, p. 607) it has been considered a “revolution” in environmental litigations. Considering that the Regulation n° 1367/2006 had been adopted to implement obligations of Aarhus Convention including article 9-3. (para. 58), the General Court of the EU reinforces the justiciability of international agreement by a finalist interpretation, increasing seriously the legal standing of environmental NGOs.” It is a very daring thesis”.

71 On appeal the ECJ set aside this judgement. But it is necessary to stress that even if the ruling is classical and dismisses the application for annulment by the Netherlands NGO, this case trough the opinion of advocate general Jaaksen in cases C-401- 402-403/12P forecast an important future evolution and states a strong analysis of art 9-3 AC announcing a coherent interpretation of Aarhus convention by ECJ and Aarhus compliance committee. It is very useful to read and exploit the wording of the advocate general. He mentions that:

*“It is important to note the tension which exists between the refusal to recognize the possibility of relying directly on art 9-3 AC, justified by the need implementing measures, and the will to guarantee effective judicial protection as expressed in Lesoochranarske zoskupenie case” (para 69).*

*“It therefore appears legitimate to ask how to develop the conditions of direct effect for the purposes of the possibility of relying directly on the provisions of conventions” (para75).*

*“It is usually the intention of the privileged stakeholders to initiate such a review before the courts of the European Union, but in the context of the Aarhus Convention that possibility was also afforded to environmental protection organizations satisfying the criteria laid down in this regard “(para. 77).*

*Then there is a complete analysis of art 9-3 AC “art 9-3 as a rule which must be referred to for the purpose of the review of legality (see from para 85 to 133.)*

72 The main ideas are:

*“The obligation to guarantee access to justice is sufficiently clear to preclude a rule which would have the object or the effect of removing certain categories of non legislative decisions taken by public authorities from the scope of the review to be conducted by the national courts “(para 94).*

*“The contracting parties are therefore obliged to adopt a mechanism which is above all effective, and not simply to make a choice between different types of procedure. Thus, the view should be taken that the signatories to the convention enjoy a degree of discretion as regards the procedures to be introduced, but that the obligation to introduce administrative or judicial remedies must be performed in accordance with the requirements of the convention in order to guarantee the possibility of challenging infringement of environmental law as provided by art 9-3 of the convention. It follows that the implementation of that obligation must be assessed in the light of the requirement of effective access to justice” (para 106).*

*“It must be held that art 10 of the Aarhus regulation (EU regulation n°1367/2006) does not fully implement the obligation arising under art 9-3 AC (para 131) ” [as stated by the Aarhus compliance committee: C 2008/32 of 2011].*

73 There have been two short observations by French scholars. Denys Simon refers to para 94 of the conclusion (see quoted supra) and considers that the Court should have used the idea of obligation of conform interpretation to oblige member states to have a uniform interpretation of art 9-3 (“Europe” n° 3 March 2015 comm.100). Simon Jolivet notices that contrary to the judgment of the general Court of the European Union the ECJ failed to extend a jurisprudence allowing exceptionally referring to an international treaty without a direct effect (see *Revue Juridique de l’environnement*, n° 2, 2015).

***Is art. 9-3 AC in France considered to give a right of action mainly or only for NGOs or for the individual as well?***

74 Art.9-3AC gives a right of action both to individual and to NGOs as it refers to “members of the public” as it is defined in art.2-4 AC as “the public” means both individuals (natural persons) and their associations (legal persons as NGOs). There is no difference as the “right to access to justice” is concerned as a fundamental right of “every person” recognized in art. 1 AC.

75 The difference is on the modalities of access to justice which depends of criteria (“if any” as mentioned in art.9-3AC; there could be no criteria and open access for NGOs) laid down by national law. It is critical to distinguish the principle of access to justice of NGO which is binding, and the modalities and procedure of access which allow variation between national law provided that mandatory conditions for access to justice as effectiveness and wide access is ensured.

76 Unfortunately in France, as access to justice is open even before environmental law existence, art.9-3 AC is not very useful and is not an added value especially as the Council of State maintains a traditional jurisprudence very strict on admissibility with direct effect of international conventions. This jurisprudence stated that a plaintiff (individual as NGOs) cannot invoke the breach of an article of an international convention when this article has not a direct effect. The Conseil d’Etat applies this jurisprudence rule to art. 9-3 AC in the decision of CE 5 April 2006, req. n° 275742. art. 9-3 AC “is binding only between state Parties to the Convention and cannot be usefully invoked by the applicants”.

***77 General overview on how standing criteria for individuals are applied?***

78 There are no specific criteria for standing of individuals in the legislation. There is no mention of the principle of access to justice neither in the environmental Code neither in the constitutional charter of the environment. It is a general customary principle of law and based on the constitution through the 1789 Declaration. The criteria are determined by the administrative jurisprudence. For illegality proceeding the plaintiff needs to have a sufficient interest and has not to maintain impairment of a right. For an action regarding an individual decision, the persons to whom the decision is addressed is automatically granted legal standing. But if the action comes from a third party (as an action by a neighbor about a building permit or an industrial authorization) the plaintiff must show a specific interest. If the action concerns administrative regulation a specific interest is necessary. But for liability proceeding the violation of a right has to be proved. Even if the standing is open, the French system is not action popularis because the judge requires always an “interest”:

79 The human right to environment established in the constitution in 2005 (environmental Charter) does not provide a general right to standing in environmental matters, it is always necessary for the plaintiff to prove that the decision challenged in justice affects its particular situation (TA Amiens 8 december 2005, Nowacki).

80 Action against an administrative decision needs for the plaintiff to justify a personal interest giving him standing and he cannot argue only violation of human right to environment (CE 3 august 2011, Association Vivre à Meudon, req. n° 330566): action against a national decree drawing up the

list of current priority roads in a specific area has been declared non admissible for individual persons who did not live along these roads but only in the area; but a local NGO protecting the quality of life and opposed to the development of roads has been admissible as having a sufficient interest in relation with the objective of its by-law.

81 The individuals have to show a specific interest in the decision at stake, one of the most useful demonstrations of this interest is to show that he lives in the vicinity of the proposed activity or building. Both elements are complementary.

***Standing criteria for individuals and NGOs?***

82 See the answer in I.d supra

83 Do the same rule apply to individual and NGOs of other member states or parties to AC?

84 According to a classical jurisprudence standing of individuals and NGOs in environmental matters is open to any legal or natural person: French citizens as well as foreigners from the EU or from a third country. But they will have to meet the requirement of being “interested.”

85 Concerning the standing of foreign NGOs:

86 The art. 5 of the 1901 law on the associations require for foreign NGOs a prior declaration in the prefecture of the seat or activity in France. This has been considered as a limitation to access to justice and as a violation of the European Human Rights Convention. France has been condemned by the Strasbourg Human Rights Court on 15 January 2009 (para.58, n° 36497/05, Ligue du monde islamique c/ France). That is why the French Court of Cassation consider now that it is admissible for a civil action in the criminal courts by a foreign legal person even without a prior declaration in France (Cass. Crim. 8 December 2009, req. N°09.81.607). Then the Constitutional Council, taking into consideration the Human Rights Court decision (which is very innovative for constitutional judge), decided that the law cannot prejudice the right to effective access to justice and cannot prevent foreign NGOs having not an installation or seat in France, to have standing in respect of rules of admissibility (CC 7 November 2014, QPC 2014- 424, Association Mouvement Raelin International) [see German translation]. (see comments by Agnes Roblot-Troizier, Standing for foreign associations and the conventionality of the constitutional control, in les nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel n° 47, April 2015, p. 135).

87 In environmental law there have been several cases of standing of foreign NGOs always admissible: about a transfrontier impact assessment action of Netherland province in Strasbourg administrative Court has been admissible (TA Strasbourg, 3 August 1989, province de Hollande septentrionale, Revue juridique de l’environnement 1990, p.125); regarding the permit of a nuclear power plant, action from the city of Genève admissible CE 27 May 1991, ville de Genève, Rec. p. 205; about the contamination of the river Rhine, a foreign NGO from Netherland and the city of Amsterdam are also admissible as stated by the CE 18 April 1986 , req. n° 53934, Mines de potasse d’Alsace about water contamination. In the case CE 23 December 1981, req n° 15309, commune de Thionville, German NGOs were admissible regarding a nuclear power plant in France.

88 To conclude the topic “access to justice” we quote interesting comments of judge L. Lavrysen in a global symposium on “access to justice in environmental matters on 24 June 2014 about the Aarhus Compliance Committee decisions on access to justice :

89 “ As article 9-2 is concerned the Committee held that it applies to decisions with respect to permits for specific activities where public participation is required under article 6. For these cases, the Convention obliges the Parties to ensure standing for environmental organizations. “*Environmental organizations meeting the requirements referred to in article 2 paragraph 5, are deemed to have a sufficient interest to be granted access to a review procedure before a court and/or another independent and impartial body established by law.*” Although what constitutes a sufficient interest and impairment

of a right shall be determined in accordance with national law, it must be decided “with the objective of giving the public concerned wide access to justice within the scope of the Convention” (C/11 Belgium, ECE/MP.PP/C.1/2006/4/Add.2, para 2). While referring to “the criteria, if any, laid down in national law” in article 9 paragraph 3, the Convention neither defines these criteria nor sets out the criteria to be avoided and allows a great deal of flexibility in this respect. On the one hand, the Parties are not obliged to establish a system of popular action (*actio popularis*) in their national laws with the effect that anyone can challenge any decision, act or omission relating to the environment. On the other hand, the Parties may not take the clause “where they meet the criteria, if any, laid down in its national law” as an excuse for introducing or maintaining such strict criteria that they effectively bar all or almost all members of the public, especially environmental organizations, from challenging acts or omissions that contravene national law relating to the environment. The phrase “the criteria, if any, laid down in national law” indicates that the Party concerned should exercise self-restraint not to set too strict criteria. Access to such procedures should thus be the presumption, not the exception” (ACCC/C/2005/11 concerning Belgium, paras. 34-36).

### 3.2 The recognition of e-NGOs

90 How do the formal structures of an NGO determine its access to Justice? Are they obliged to be recognized before they have legal standing? Did any criteria change since 2012? Are there special requirements comparable with UmwRG?

91 As it has been explained supra, standing for NGOs does not always require a specific recognition (see I. d p.4). Legal standing is possible before recognition or without any recognition under the condition to have a direct interest. But the exception of art. L. 600-1-1 urban Code (supra p. 5 and 6) forbids standing in urban law for any NGO (recognized or not) before its registration in prefecture.

92 When a specific recognition (*agrément*) is required the legal procedure has been established in 1976 in the law on nature protection and in the law on urbanism. It has been modified in 1995 and then in 2010 with a new regulation by decree of 12 July 2011 (art.R.141-1 to R.141-20 environmental Code. The legal basis is the article L. 141-1 environmental Code. It has been considered that the reform had the objective to be more severe in the recognition which was considered before as liberal. Now more precise criteria is required of representation and good governance and financial transparency. Scholars comments mention that the last reform of 2011 is in a way more restrictive (Chantal Cans, environmental Code, 2015, p.1453) and limits the right to participate giving a monopoly to the big national NGOs because of the requirement of a minimum of 2000 members in 6 regions to be allowed to participate in certain national administrative councils (Philippe Billet, The new restrictions to NGOs participation to the decision making process, in *La semaine juridique, administration et collectivités territoriales*, n° 39-40, September 2011, 2311). This restriction to participation in national administrative councils affects specialized and academic NGOs such as the French Association for Environmental Law (SFDE) as not having enough members (less than 2000), they cannot be allowed to be members of such councils. It is a loss of scientific expertise for the State. However the Council of State did not annul the reform considering its compatibility with the constitution and with general principles (CE, 25 September 2013, req. n°352660). It should be noticed that the 2011 reform is mainly about the recognition procedure and the conditions of the participation to consultative bodies, but does not affect the consequences of the recognition on access to justice. About access to justice the judge in para.19 of the case law of September 2013 mentions that the standing for recognized NGOs does not prevent the standing for non recognized NGOs if they have a sufficient direct interest for standing (the same judicial statement in CE 25 July 2013 req. n° 355745, *Association de Defense du Patrimoine Naturel de Plourin*).

93 The criteria of the recognition:

- Only after 3 years of existence (as it was since 1976).

- Discretionary appreciation by the administration of the representation based on: effective participation of members of the NGO to the management of the NGO; Public and effective activities or publications and works in environment or urbanism proving principal action for environmental protection; sufficient number of members in relation with the territorial scope of activity of the NGO; unselfish management; guaranty of financial regularity.
- The recognition is available only for 5 years (that is a new requirement) and must be renewed on the initiative of the NGO; a detailed file must be completed by the NGO on the model of arrêté of 12 July 2011 requiring among others the by-law, the last financial and administrative report, the number of members. The effective territorial scope of activity of the NGO must be given in relation with the by-law; it may be departmental, regional or national. Before 2011 there could be recognition for activities of NGOs at the communal level, first level of territorial public bodies with 37000 communes in France. Since 2011 the first level of territorial recognition is the department (95 in France metropole). As there were many small local environmental NGOs they can no longer be recognized as such. That could be considered as a new restriction for NGOs. However article R. 141-3 environmental Code allows recognition could be used in a territorial scope less big than the territorial recognition, in the place where the NGO exercises effectively its activities. This flexibility has been confirmed by art.15 Law 27 December 2012 on participation modifying art. L. 141-1 5° alinéa environmental Code. So there could be a recognition infra regional or infra départemental.
- The decision of recognition: the competent authority to give the recognition depends on the territorial scope of activity of the NGO: for a departmental or regional NGO the competent authority is the prefect of the department where the NGO is registered; for a national NGO the decision is taken by the ministry of environment. The refusal of recognition as the decision of recognition must be motivated. The silence of the administration over a period of six months means a refusal of recognition. The list of recognized NGOs is public (in 2011 there were 110 recognized national NGOs over a total of 2125 recognized NGOs and over a total of environmental NGOs of about 5000). After the 2011 reform, in 2014 there are only 34 recognized national NGOs (including SFDE) and among them 17 may participate as members of national consultative councils. If the NGO no longer fulfils the criteria or if the NGO does not send each year a report of activities, the recognition may be revoked by the administration.

94 The litigation on recognition is a litigation of full jurisdiction in the administrative Court. There has been quite a number of case laws. A controversial issue has been about the very powerful associations of hunters in France. As they were considering themselves as protectors of the environment, they asked for recognition as environmental NGOs. The ecological NGOs disagreed and a tribunal decided to withdraw the recognition given to a hunter association because their principal activity was not the protection of the environment (CAA Nantes 30 December 2003 req. n° 00NT02011, Association Manche Nature). Then the hunters' lobby in the Parliament obtained a new law of 2008 and in 2012 modifying article L. 141-1 environmental Code and giving the possibility for national, regional and departmental associations of hunters to ask for recognition. But they must respect the criteria. In CAA Nantes, 12 October 2012, req. n° 11NT00892, Association Manche Nature, the administrative judge considered the recognition of the hunters association as legal. The major issue of that controversy is not about the consequences of access to justice, but about the right for recognized NGOs to be member of environmental consultative bodies, where the hunters are in competition with the ecologists.

95 The interest for standing must fit with the by law object of the NGO. An NGO having as its objective to help citizens to protect themselves from any damage is inadmissible to challenge a building permit for wind turbines, because they have not sufficient interest for standing (CE 15 April 2005 req. n° 273398, Association des Citoyens et des Contribuables de Sane sur Vienne).

96 The others case law concerns the full jurisdiction power of the judge who may declare illicit a refusal of recognition and decide to grant the recognition (TA Paris 29 April 2010 req.n° 0718905, Association des Familles Victims du Saturnisme; granting recognition to this association because the fight against lead poisoning is also a fight against lead pollution).

97 As regards the standing in relation with the territorial scope of the NGO in CE 25 June 2012, req. 346395, Le collectif anti-nucléaire, standing for annulment of a national decree of 2009 authorizing the closure of a nuclear installation has been considered admissible for an NGO which has not been recognized. Without mention in its by law of its territorial activity, but as having a local seat, has been considered by the Court as a local NGO having interest for standing. In the same decision a national NGO recognized "Friends of the Earth" has been admissible to challenge the same decree as having an interest because its statutory object is in direct relation with the object of the challenged decree.

98 If we compare the French system of recognition (artL.141-1 and R. 141-1 to R141-20 environmental Code) with the German system section 3 para1 UmwRG:

99 Section 3 corresponds to art R. 141-2 "conditions for the recognition"; the French text is less developed than the German. But some elements make the French text more demanding:

100 The common points:

- Objectives of bylaws predominant and not temporarily for environment= Germany
- Objective of bylaw principally for environment = France
- Existence of three years = both
- Guarantee of performance and effectiveness= Germany
- Effective activities = France
- Public benefit purpose = Germany
- Non profit activity and unselfish management = France

101 The differences:

- French requirement must have not only statutory environmental objectives but also effective activities or publications or works.
- The objective of the NGO is not limited to the protection of the "environment", but is broader with an enumeration in article L.141-1 environmental Code: nature protection, management of wild fauna, improvement of living conditions, protection of water, air, soil, sites and landscape, urbanism fight against pollution and noise pollution.
- Sufficient number of members in relation to the territorial scope of activity
- Recognition on a territorial basis of the recognition
- Guarantee on good finance and accounting management
- Limited time of recognition: formal renewal after 5 years
- Requirement of an annual report to administration

### 3.3 Preclusion of objections

102 In French law there is not the rule of material preclusion. Because of the separation of powers theory, administrative procedure and judicial procedure are separate. An NGO can have access to justice even if it did not participate to the administrative procedure. The two processes are independent.

103 Only by exception, specific laws require a preliminary administrative complaint or prior administrative appeal before access to justice. But this formal reclamation against an administrative act is not an opinion or consultation. But a prior step of access to justice.

104 There are two ways of challenging an administrative decision before going to Court: the non contentious appeal (*recours gracieux*) and the hierarchical appeal (*recours hiérarchique*).

105 It is only required to introduce a non contentious appeal for reclamation of compensation to administration in full review.

106 There is an increasing number of laws or regulations requiring a preliminary administrative appeal before access to administrative Courts in order to limit the explosive growth of litigation in Courts. It is called obligatory prior administrative appeal (*recours administratif préalable obligatoire* or *RAPO*). There are 140 (*Conseil d'Etat, rapport, Les recours administratifs préalables obligatoires, la documentation française, 2008*). Most specific litigation procedures of that type is in taxation law and civil and military servants' law. Eight exist in environmental law. Access to this preliminary procedure is open like access to justice to individual and NGOs. An important case law on admissibility of legal arguments has decided that new legal means may be raised for the first time in Court even if they were not raised before in the obligatory prior administrative appeal (CE 21 March 2007, req. n°284586, Garnier). A recent example of such an obligatory prior administrative appeal is about impact statement law (decree 29 December 2011, article R. 122-3-V environmental Code): any action against a decision demanding an impact study in the case by case situation, has to be prior submitted to the obligatory administrative appeal. It can be considered that this procedure of access to justice before the final decision applies art. 9-3 AC. Other examples are about the challenge of the refusal of a hunting permit (article L.423-5 environmental Code) or the challenge of greenhouse gas emission allowances (article R.229-27 environmental Code).

107 In general when there is such an obligatory prior administrative appeal, the decision taken by the administrative appeal body necessarily replaces the initial decision (CE 30 May 2007, req.n° 287280, *Société Lesaffre frères*).

108 In general administrative procedural law, it is required before standing to administrative Court about right to information to act prior to the CADA which is the commission for access to administrative documents. It applies regularly to environmental issues. But it is clear that this hypothesis of mandatory prior administrative appeal is totally different from the materielle proklusion, because the prior appeal is the first step of a legal action and is available even if there has not been use of participation right during the administrative procedure. It is a loss of standing if the prior administrative appeal is not used.

109 The material preclusion has been clearly refused by the ECJ (ECJ C-263/08 of 15/10/2009 (*Lila Vartans association for environmental protection*): "participation in the decision-making procedure has no effect on the conditions for access to the review procedure".

#### 3.3.1 Requirements to participate to planning and licensing procedure

110 Participation of NGOs to planning and licensing procedure does not need specific requirements. It is open to all NGOs. Modalities may change according to specific procedures. There are several situations:

111 1) Participation in drafting of national and local regulations having an impact on the environment: applying the notice and comment procedure for implementing art. 8 of AC and art. 7 of the environmental Charter, a recent law of 27 December 2012 (art. L. 120-1 environmental Code) organize such participation open to anybody, individual as NGOs. There is a notice of the draft regulation by electronic mail, the public has a minimum of 21 days to send observations by mail or electronically. The final decision must be motivated and must take into consideration the public observation. A synthesis of the public observations must mention the observations taken into account.

- For Communes of less than 10 000 inhabitants, the same process, but the notice may be posted in the town hall and by internet too if it exists in the town hall
- For Communes of less than 2000 inhabitants participation may be by a public hearing

112 2) Participation in drafting of individual decisions of public authorities having a direct impact on the environment: notice by internet and comment for a minimum of 15 days.

- For communes of less than 10 000 inhabitants, posted in the town hall or internet

113 The public participation of 1) and 2) does not apply in a situation of emergency.

114 3) Participation through the National public debate commission which is an independent public body existing since a law of 1995 (article L. 121-1 environmental Code). The object of the public debate is about “opportunity, objectives, principal characteristic of a project, modalities of information and public participation after the debate”. It includes 25 members. Two of them are members of recognized environmental NGOs. It set up, before the public hearing, a public debate for a list of important projects of works or management mentioned in article R. 121-2 environmental Code. It may organize other public debates at the request of several public bodies and at the request of a national recognized NGO. In all cases the commission has a discretionary power to organize or not the public debate. Its decision (ie refusal of public debate) can be challenged in Courts by NGOs having an interest ( CE 17 May 2002, req.n° 236202, Association France Nature environnement, where the CE annul the refusal of public debate asked by an NGO; CE 3 July 2003, req. n° 240850, Association des intérêts des habitants de Toulouges). The public debate takes place during no more than 4 months with a prolongation of 2 months. Two months after the end of the public debate the president of the commission draws up conclusions and put on the internet. Three months after these conclusions the project initiator must decide to continue or not its project and must mention measures taking in account lessons from the public debate. The conclusions of the public debate are part of the public enquiry file.

115 4) Local consultation prior to urban planning: modified by ordonnance of 5 January 2012 (article L.300-2 urban Code): open to anybody including local NGOs., is mandatory or optional, must have a sufficient duration, is organized freely by the local authorities; but standing is limited regarding the procedural illegality (art. L 300-2-IV urban Code).

116 5) Optional consultation prior to the public enquiry: since 2010 a new category of consultation is optional for environmental projects, prior to the public enquiry and during the elaboration of a project, a plan, a program or a decision. (Art. L.121-16 environmental Code). The modalities of the consultation are open, but the public authority may decide to set up a “committee” with all stakeholders including recognized NGOs.

117 6) Participation in public enquiry: it is the most famous, oldest and sophisticated procedure of public participation. It occurs at the end of the elaboration of the project or of the planning document before taking the final decision. Before 2011 there was a list of projects and works subject to public enquiry. Since decree 29 December 2011 it is obligatory for national or local projects submitted to environmental impact assessment (EIA) as mandatory (both works and plans and programs (list for EIA art. R. 122-2 environmental Code) or to case by case EIA. However there is a list of projects which are not subject to public enquiry (see article L. 123-2 and R.123-1 environmental Code).

118 The commissioner of the public enquiry responsible for the management of the public enquiry is designated by the administrative Court. The duration of the public enquiry is a minimum of 30 days, it may be extended for 30 days more. During this period the public may consult the file including the EIA, make written comments and proposals, discuss with the commissioner. This person may organize a public hearing and ask for an expertise. All the costs are supported by the project developer (L. 123-13 environmental Code). At the end of the consultation, the commissioner writes a final report with motivated conclusions including the proposals of modifications and the answer of the developer. These documents are public.

119 There is a large number of case laws about the public enquiry with many standing actions by NGOs. A specific procedure rule (article L123-16 environmental Code) obliges the referral administrative judge to decide the stay of execution of the act involved in case of unfavorable findings by the commissioner. There is also an automatic stay of execution for a decision taken without public enquiry required or in the absence of EIA required. Many law cases are about the question to know if the findings of the commissioner are favorable or unfavorable.

120 7) Participation of NGOs in administrative commissions on environment: Article L.141-2 environmental Code stated that recognized NGOs for the protection of the environment may participate at the action of public bodies concerning the environment. That could be considered that the recognized NGOs have, among NGOs a monopoly for participation. In fact according to laws and regulations concerning each administrative commission, nominations in some of them are reserved to recognized NGOs, and in other regulations without referring expressly to recognized NGOs, ordinary NGOs are often appointed.

121 But there has been a modification by a law of 2000 (L 141-3 environmental Code) and a decree of 12 July 2011 concerning the designation of recognized NGOs in some administrative bodies. It can be considered as a limitation to the existing right to participate. The list of these administrative bodies is in the decree n° 2011-833 of 12 July 2011: there are 20 at national level, 6 at regional level and 6 at departmental level. From now, according to article R. 141-21 environmental Code, it is not sufficient to be recognized. It is necessary to fulfill three supplementary criteria:

- A minimum number of members (2000 members for national NGOs according to arrêté 12 July 2011 and a number determined by each prefect for local NGOs, [generally from 20 to 300 for regional NGOs and from 20 to 100 for departmental NGOs])
- Justify experience and knowledge, by works, research, publications or operational activities
- Financial resources must not come principally from the same private or public source

122 We notice that these criteria are about the same as the criteria for recognition of NGOs, but a little more precise. They have been considered not incompatible with the objective of effective public required by art. 2-2 of the Directive n°2003/35/CE (see CE 25 September 2013, req.n°352660, para 24).

123 From now the recognized NGO must first apply to be allowed to participate in an administrative commission on environment, then it is, or not, appointed to such or such commission. This system is much more complicated than before and needs much bureaucracy because there are three procedural steps: - procedure for the recognition – procedure for being able to participate in a commission – appointment in a commission. We consider that it is not progress and that gives to big NGOs a monopoly to the detriment of small NGOs. It is detrimental to some scientific NGOs, such as the French Society for Environmental Law, SFDE) which, having less than 2000 members, as a national NGO cannot be a member of any national commission.

124 8) Participation in environmental impact assessment procedure:

125 Any decision taken after an EIA must take into consideration the result of the public consultation (article L. 122-1- IV environmental Code). Since 2010, when a project submitted to EIA is not subject to a public enquiry or to any other public consultation, it must be decided by the developer to make available to the public the EIA and the administrative file. The public, including any NGO, even when not registered, may comment during a minimum of 15 days (article L. 122-1-1 and R. 122-11 environmental Code). (idem for EIA of plans and programs article L. 122-8 environmental Code). At the request of the developer a meeting of consultation with the local stakeholders, including NGOs, may be organized about the potential impact of the project (article L. 122-1-2 environmental Code).

### **3.3.2 Do they only have the right to participate in mandatory EIA or in other procedures as well?**

126 As seen supra in III.a. all NGOs may participate in all environmental procedures. The restrictions concern only participation in some administrative commissions.

### **3.3.3 Information of NGOs about projects**

127 There is no individual information about projects, but ordinary information as for individuals: by press, or posted in the Town hall, or by announcement in the official journal. Since 2012 about participation to decision-making process of national environmental regulations, NGOs, as individuals, may be registered by the ministry of environment, to receive automatically by internet all notice of consultation on draft decisions. I myself am registered and I receive all announcements by mail.

### **3.3.4 Time limit for comments or objections**

128 As said supra, each procedure has its own time limit:

- Drafting regulation = 21 days
- Drafting individual decision = 15 days
- Public enquiry = 30 days (+30)
- EIA without public enquiry= 15 days

129 All these delays are a minimum; the administration has a discretionary power to decide more.

- National public debate = 4 months (+ 2), this delay is a maximum

130 For the other procedures without fixed delay, it is up to each authority to fix it.

131 Objections passing this time limit are excluded and not taken into account. But they can be used in any further legal action.

132 The content of objections by NGOs is not regulated. There are no specific requirements.

### **3.3.5 [Is there a discourse on the participation procedure and the possibilities to make objections for NGOs with particular regard to conformity with EU law and AC in France?]**

133 In Courts it is possible to refer to the conformity of the participation procedure with EU law but not with all articles of AC.

134 Participation procedure for NGO must be conformed to EU treaties and EU rules and directives. As AC is now part of EU law, AC being ratified by EU, EU law must implement the obligation arising under the AC under the control of the EU Court. French courts control that French procedure legally implements the EU directive applying AC.

135 But the Council of State always considers that a plaintiff is not admissible to argue the violation of art 9 of AC because this article has not a direct effect and implies only obligations between States' Parties ( see CE, 5 April 2006, n° 275242 about art. 9-3 AC which cannot be usefully invoked by the applicants) . idem about article 8 AC (CE 28 December 2005, n° 267287; CE 16 November 2011 n°

344972; CE 20 March 2013 n°354321; CE 16 July 2014 n°365515 and 365 522;). Until now, in reality there has not been any complaint about France in the AC Compliance Committee about a French violation of art 9. It is a sign that probably there is no violation, because the French standing of environmental NGOs is in conformity with art. 9 of AC, as it is with EU directives.

136 However CE sometime refers to AC when it is considered that the article involved has a direct effect. In CE 9 December 2011, req.n°324294, Réseau sortir du nucléaire (NGO), it has been considered that projects of annexe 1 of AC (as with nuclear power plant installation and decommissioning) does not require the organization of a national public debate of French art. L 121-1 environmental Code. In CE 12 April 2013 req.n° 342409 Association stop THT, art. 6-3 AC has a direct effect but is not applicable to the case. It is the same for art. 6-2 and 6-7 in CE 23 March 2013, n° 329642. Article 6 of AC has been excluded about a wind turbine zoning plan, because wind turbines are not mentioned in annexe 1 of the Aarhus Convention (CE 16 April 2010, n° 318067). In a general statement about an action against the creation of a national park the CE referring to Aarhus convention in general considered that the convention has been applied legally through the public enquiry (CE 29 October 2013 n° 360085).

137 There could be divergence of appreciation about “direct effect” between administrative courts. CE in a decision of 28 December 2005, req. n°277128 considered that art. 6-4 AC not having a direct effect; but Paris administrative Tribunal in a decision of 7 February 2013, association pour la defense du site de Notre-Dame, did an extensive review of the application by the administration of article 6-4 AC supposing a direct effect.

138 In many administrative cases, the Aarhus Convention is mentioned systematically by the plaintiff and is referred to in the visas, but there is rarely a strict demonstration of its functioning and it is easy for the court not to take it into consideration. Generally the court considers that the plaintiff did not argue sufficiently and did not give enough precisions for checking on the merits (CAA Douai, 6 March 2014, req n° 12 DA 1087, para. 3; CAA Paris, 31 July 2014, req. n°12PA02598, para. 12; CAA Marseille, 24 September 2013, req. n°12MA03711, para.7.

139 See Julien Betaille’s article, in English, on direct effect and Aarhus Convention in French administrative Courts (ENLI review, 2009(2) p.63). According to case law the following have a direct effect art. 6-2; 6-3; 6-7; 6-1a; Annexe 1; have not a direct effect: the Preamble, art. 1; 2-4; 5-2; 6-4; 6-6; 6-8; 6-9; 7; 8; 9-3; 9-5. In this situation of not having a direct effect, the plaintiffs, including NGOs are not entitled to rely on these articles before a French Court. But they can rely on a similar disposal of French law and of European Union law. [in the same issue of ELNI 2009 (2) p. 74 Pavel Cerny, Practical application of article 9 AC in EU countries]. However in a case of 2011 the Council of State refers to the implementation of all art 6 AC as if all paragraphs were admissible as having a direct effect (CE, 28 March 2011, req. n° 330256, para., in this same case the CE gives a direct effect to art.9-4 of AC).

### 3.4 Intensity of the Judicial Review (gerichtliche Kontrolldichte)

140 Requirements and limitations as to the intensity and the scope of judicial review?

#### 3.4.1 Intensity of the Judicial Review

141 The control of legality of administrative decisions is under all legal aspects and is not limited. But the administrative judge has a rather broad discretionary power to fully judge merits and to give to procedural aspects legal consequences as annulment of the act. The main distinction is between merits which address the «substantial legality» with annulment of the act when there is direct infringement of the law or of the regulation or in case of misuse of power, and the “procedural legality” when there is lack of competence of the author of the act, or in a situation of formal error. Generally in environmental cases the judge makes a distinction inside formal error between substantial formality and not substantial formality. There will be annulment of the act only in the case of violation of a substantial formality determined discretionary by the judge. It will be proportionate to the importance of the formality and its impact on the final decision. In the case CE 23 December 2011, req. 335033, Danthony, which is not an environmental case, but could apply to an environmental case, the administrative judge stated that the irregularity of a prior consultation does not systematically involve the illegality of the administrative act. An irregularity may involve the illegality of the act if it has impacted the sense of the decision or has deprived the litigants of a legal guarantee. For an environmental case, see CA Marseille, 20 October 2005, req. n°03MA01914 société Durance granulats, insufficiency of the impact assessment is a procedural failure, it will be considered as a substantial formality if it fails to inform completely the public or if it has had an influence on the decision making process as for the consequences of the project on the environment. For the same jurisprudence see CE 14 October 2011, req. n° 323257, Société Ocréal. The absence of the non technical summary of the impact assessment makes illegal the final decision (CE 28 June 1999, req. n°186921, commune de saint martin Bellevue).

142 It can be considered that the margin of assessment or discretion is generally used in environmental litigation rather broadly. It is opposed to what is called an entitlement binding or mandatory duty (competence liée). One can say that in all matters, including environmental law, the administrative judge has a pragmatic and flexible approach in fashioning the substantive law. The breach by the administration of the principle of legality includes the control of the violation of the constitution, including human rights and since 2005 the environmental Charter, the violation of laws and regulations, the violation of general principles of law and unwritten rules of interpretation even customary, the violation of EU directives and the violation of international treaties if they have a direct effect.

143 In all cases the Courts do not make differences between eNGO lawsuits and citizens’ lawsuits.

#### 3.4.2 Limitation of the intensity of the Judicial Review

144 The main distinction relating to the intensity of the review is between the full control and the control minimum or *erreur manifeste d’appréciation* (manifest error of appreciation). It applies to environmental matters and to the conformity with the requirements of EU law. It depends if the administration has an absolute discretion or a limited discretion.

145 We are using here the presentation of the French administrative law by an English law professor, L. Neville Brown (French administrative law, Butterworths,, London 1983) for a better explanation in English.

146 Where the administration has an absolute discretion, the judge will ensure that the administration has committed no mistake of law or fact. Every administrative decision must be motivated. This means that there has to be substantial reasons justifying the decision that could be adduced to, or discovered by, the Court. Traditionally, those reasons do not need to be disclosed to the administré at the time when the decision was made; but the administrative judge could call for the reasons if litiga-

tion ensued and lays down that reasons must be stated, in writing and with sufficient precision, at the time when any administrative decision is made.

147 Where the administration has a limited discretion, it is the most frequent causes of litigation. In this case the administration has a discretion exercisable within statutory limits, and the judge sees that these limits are observed. The administrative Court has, and freely exercises, an effective control over the limits of the opportunity by interpreting the statute and assessing or “qualifying” the facts of the situation in the light of the terms of the statute as so interpreted.

148 About the control of facts, the Conseil d’Etat limits its control in two types of cases. The first is questions of policing, such as measures concerning foreigners. The second concerns scientific or similar technicalities, including technical aspects of environmental issues. The Court would not review the question whether a hair lotion was poisonous (CE 27 April 1951 Société Toni). However the Conseil d’Etat show is willing to quash obvious mistakes called “manifest error” by the administration in its appreciation of the facts (CE 6 November 1963 concerning the disadvantage of adding gum Arabic to ice cream). A famous illustration of this type of control of “legal qualification of facts” in relation with urban environment is the case law Gomel (CE 4 April 1914): there was a prohibition on building in Paris, place Beauvau justifiable under the statute only on the ground of preserving an existing view of architectural value, as a conserved urban landscape. The Conseil d’Etat considered itself competent in such a case to consider whether such a view existed; the question was not the fact of the existence of the place Beauvau, but rather within the category of a place having an exceptional value? Where the Conseil d’Etat was convinced that the administration, although making no mistake in its findings of facts, had nevertheless committed a “manifest error in the appreciation of those facts” the Conseil d’Etat was prepared to quash the decision. In other words, the administrator has the right to err, to decide wrongly, but not to make a manifestly wrong decision. As writes professor Neville Brown, manifest error may be linked with the concept of proportionality familiar as *verhältnismässigkeit* to German administrative law and now imported into European community law.

149 Since 1971 there is a new theory of the judge as a particular application of the broader doctrine of manifest error. This new theory is about the “bilan” or balance sheet. It is a kind of extension of control of opportunity in the area of land use planning. This will allow the judge to extend judicial control in expropriation (or compulsory purchase). The administrative Court may weigh for itself the advantages and the disadvantages of a challenged expropriation. To cite Mr Braibant’s conclusion before the Council of State (CE 28 May 1971 ville nouvelle est de Lille):

*“question such as whether the eastern motorway should pass near to Metz or near to Nancy remain matters of opportunity (discretion of the administration). It is only above and beyond a certain point, that is, where the cost, whether socially or financially, appears abnormally high, that you ought to intervene.”* Already in 1971 Mr Braibant mentioned among the social costs “environment and quality of life”.

150 As soon as 1972 the Council of State took into consideration to evaluate the legality of an expropriation environmental protection as an element of the balance (CE 12 April 1972, Pelte). In 1973 the Council of State rejected a proposal to build a recreational airport near Poitiers when it was shown that the noise and disturbance to local residents would be greater than the new facilities the project would bring to the area (CE 26 October 1973, Grassin). In 1973 Ecology became an element of the summary (CE 25 July 1975 syndicats CFDT marins pêcheurs de Brest). In 1980 a touristic resort development on the seashore of the island of Oleron has been annulled because of the aggression to the natural environment even in an area without any specific protection (CE 26 March 1980, Beau de Lomenie). In 2006 a high voltage electricity link has been quashed by the judge because it would damage a wonderful natural area, the Gorges du Verdon after an action by NGOs (CE, 10 July 2006, Association Protection Lac de Sainte Croix).

### 3.5 Legal Costs

#### 3.5.1 General overview

151 In France there is a distinction between court fees or legal costs or regulated fees (“les dépens”) and others fees which are not included in the court fees “called frais irrépétibles”.

152 The rules are different in administrative courts, civil courts, criminal courts and the Constitutional Council.

153 In the civil procedure Code article 695 gives a list of 12 categories of “court fees”; among them: court taxation, fiscal stamp (before 2014, 35 euros in first instance, 150 euros on appeal, this fiscal stamp has been deleted since 1 January 2014; it had been set up in 2010 and the Council of State dismissed an appeal considering that it was not an excessive burden for the litigants, a part being used to support the legal aid, (CE 28 December 2012 , n° 353337) , compensation for witnesses, payment of judicial officers or bailiffs, cost for interpretation, cost for enquiries. The principle is that the loser pays these fees for the two parties (article 696 civil procedure code). But the judge may decide otherwise. He may decide not to ask anyone for court fees and put the costs for the state. In all situations the judge must take into account the equity and the economic situation of the party condemned (article 700 civil procedure code).

154 The “other’s fees” or (frais irrépétibles) are the barristers’ fees, and the expertise cost when decided by the Court. The principle is that these fees are supported by each party for its own personal expenses. But exceptionally, the judge may with discretionary power, decide to charge the loser to pay these fees, which appears in fact a little bit as a kind of penalty (article 700 civil procedure code). According to a Court of cassation decision if the expertise is required on the bases of art 145 of civil procedure code, the defendant is not the loser and must not pay the court fees (Cass. 2° civ. 10 February 2011 n° 10.11.774).

155 In criminal courts the State pays all the court fees of the case; only barristers’ fees remain for each party. But the condemned person pays tax: 31 euros in first instance; 127 euros in correctional court.

156 In civil courts if the loser is a private company they will have to pay fees to the NGO (article 700 civil procedure code) ie In Cassation Court, civ 3, 20 November 2012 n° 11-19562, Esso company had to pay 2500 euros to the ONG; I, Cassation Court , civ.3, 8 June 2011 n° 10-15500, Alvea company had to pay 1200 euros to the ONG.; Vale company had to pay 1676 euros to the ONG (CA Nouméa 25 February 2014).

157 In administrative Courts the rules on fees are in the administrative justice code art. L 761-1 and R. 761-1 to 761- 5. The court fees or legal costs (les dépens) include expertise fees, enquiry fees and all other instruction measure. Except particular provisions, these court fees are paid by the loser, unless particular circumstances of the case justify that they are paid by the other party or shared between them (article R 761-1 administrative justice code). For the others’ fees not included in the court fees, the judge decides who pays, generally the loser. But the judge must take into consideration equity and the economic situation of the plaintiff. For instance on nuclear litigations the NGOs in general the loser had to pay 300 euros to EDF (electric public company) (CE 1 March 2013 n° 340859); or 500 euros to EDF (CE 1 March 2013 n° 353009); or 1000 euros to EDF; or 3000 euros to industry of wind turbines (CE 6 June 2014 n° 360437); or 3000 euros to a big commercial space company. The judge may decide that nobody will pay (article L 761-1 administrative justice code). If the administration is the loser the state has to pay fees to the NGO winner: 1500 euros (CE 26 February 2013 n° 365640); for a private person with legal aid the state had to pay 2500 euros (CE 26 January 2011 n° 310270). But the barrister’s fees will remain the charge for each party. They are generally rather expensive; this can constitute sometimes an obstacle for NGOs not entitled to legal aid. The plaintiff

may litigate in first instance in person without a lawyer for legality action. For damages in a first instance and in appeal and cassation for legality action he will have to employ a barrister..

158 In most of the administrative cases, the judge does not decide on fees and each party pays its own fees. Even when the winner (EDF) asks for payment from the loser NGO the judge may refuse the EDF demand (CE 12 April 2013 n°342409). There are many dismissals of NGOs actions without any obligation to pay any court fees or other fees (CE16 April 2010 n° 318067; CE 28 March 2011 n° 330256; CE 20 March 2013 n° 354321; CE 23 March 2013 n° 329642; CE 25 September 2013 n° 352660; CE 16 July 2014 n°365515).

159 There is a penal sanction of a fine for a vexatious litigant (article R 741-12 administrative justice code).

160 In the Constitutional Council for the QPC action, it is free. There is no provision for court fees. In reality the action of QPC is part of the administrative or judicial litigation as a preliminary ruling. The plaintiff will use the same lawyer or ask a specialist lawyer. But there is no obligation to use the specific bar for action in the Cassation court and the Council of State (avocats aux Conseils ou avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation), they form a close corporation with a monopoly of legal representation before the two high Courts, but not in the Constitutional Council. Art. 10 of the internal rule of the Constitutional Council about QPC of 4 February 2010 provides that oral observations may be presented by ordinary barristers or by the specific bar barristers. For the administration, they generally do not use private professional lawyers but civil servants in charge of legal actions.

161 Legal aid is possible for administrative Courts (article R 441 administrative justice code), judicial Courts and Constitutional Council. The legal status of legal aid for all courts is in law n°91-647 of 10 July 1991. Legal aid is granted on a case by case basis. In article 2 alinea 2 of that law it is also open to NGOs but "exceptionally", only for non profit organizations, if the NGO has its seat in France and has not sufficient resources, which is appreciated by the judge on the basis of all resources from the last year. The European Court of human rights has considered that the distinction in France about legal aid between natural and legal persons, with or without non profit, is not arbitrary (CEDH, 26 Aout 2008, n° 14565/04, VP diffusion SARL c/France decision on admissibility).

162 The principle of effective judicial protection set up by article 47 alinea 3 of the EU fundamental rights Charter in relation with legal aid, may be invoked by a legal person to get the legal aid (ECJ, 2° ch. 22 December 2010, C-279/09, Deb Deutsche Energiehandels).

163 For natural persons it's provided if the person has less than 941 euros of resources to get a 100% of aid paid by the State; and with 1411 euros the aid is up to 15%. For resources over 1411 euros the aid is not given. When legal aid is provided for an action, the same legal aid can be used before the Constitutional Council but the state contribution paid to the barrister may be increased for action of QPC (art. 23-12 ordonnance portant loi organique on Constitutional Council, law of 10 December 2009). It seems that the legal aid for NGOs is a reality because in 2002 there have been 23 426 NGOs receiving legal aid, and 15% of the civil action in criminal courts were exercised by NGOs with legal aid. It was impossible to find examples of caselaw about refusal of legal aid to NGOs which may signify that the refusals are rare. In an administrative appeal Court decision in Nantes, the office of the Court of legal aid refused legal aid to an environmental NGO without giving motivation, but however the NGO went to the Court and won the litigation. The Court decided than the loser (a town and a company) had to pay the NGO 1500 euros as winner of the case applying art. L 761-1 administrative justice court (CAA Nantes, 12 December 2012 req. n° 13NT 03426).

164 There has not been any study or reform on the subject since 2012 and no national courts' decisions on the issue of prohibitive expenses.

165 As mentioned in *V.a.* the cost may be variable according to the case and the necessity or not of expertise. When the NGOs action was successful they generally will get the payment of all the fees by the defendant including expertise fees and advocate fees. But as the discretionary power of the judge is very high in this case, there could be variable solutions as to sharing of fees between the two parties. So it is always very risky for NGOs to go to Court without knowing exactly in advance the real cost. But as NGOs often receive compensation for moral damage they can receive enough money in one case to be able to go to Court for another litigation.

166 The developer who intervenes in the trial may claim the refunding of the expert opinion fee from the NGO as losing party, and the judge will decide. It is difficult to know exactly the tendency of judges in the matter because there are illustrations of all situations: payment by the NGO, payment by the other party, payment shared by both.

167 In criminal courts the victim of an environmental incident may ask the State to pay in advance the cost of the expertise.

168 As regards the notion of “not prohibitively expensive” costs of proceedings (art. 9-3 AC and art. 10 bis 5° of directive 85/337 and 15 bis 5° of directive 96/61) the ECJ case C- 260-11 Edwards and Pallikatopoulos (11 April 2013), found that this certainly would not prevent a court from ordering one party to bear the costs (para 25). The requirement that litigation should not be prohibitively expensive concerns all the costs arising from participation in judicial proceedings (para.27). In the absence of criteria for acceptable costs of proceedings the only test is a case by case assessment. Neither is it required that member states have to provide for a functional system of legal aid. But a national court must take into account both the interest of the person wishing to defend his right and the public interest in the protection of the environment (para.39). As it is mentioned in the opinion of Mrs Kokott, it is necessary to take in consideration the objective of environmental protection as a general objective because: “the environment cannot defend itself before a court, but needs to be represented, for example by active citizens or NGOS” (para.42).

169 In French courts this issue has not been decided.

### 3.6 Conclusion

170 Access to justice for NGOs in environmental issues is not only legally required by the Aarhus Convention and EU law as hard law, but is also required by soft law and universal political will. Germany cannot ignore the Rio 1992 Declaration and its principle 10 and the Bali declaration approved by the governing council of UNEP programme in decision SS.XI/5, part A of 26 February 2010 with the consensus of Germany, called “guidelines for the development of national legislation on access to information, public participation and access to justice in environmental matters”.

171 These guidelines are useful for drafting new German legislation:

#### **Guideline 16:**

*“States should ensure that the members of the public concerned have access to a court of law or other independent and impartial body to challenge the substantive and procedural legality of any decision, act or omission relating to public participation in decision-making in environmental matters”.*

#### **Guideline 17:**

*“States should ensure that the members of the public concerned have access to a court of law or other independent and impartial body or administrative procedures to challenge any decision, act or omission by public authorities or private actors that affect the environment or allegedly violate the substantive or procedural legal norms of the State relating to the environment”.*

#### **Guideline 18:**

*“States should provide broad interpretation of standing in proceedings concerned with environmental matters with a view to achieving effective access to justice”.*

172 Note 2 says that

*“the public concerned” may be defined as the public affected or likely to be affected by, or having an interest in, the environmental decision-making. For the purpose of this definition, non governmental organizations promoting environmental protection, and meeting any requirements under national law should be deemed to have an interest”*

## 4 Länderbericht Großbritannien

### 4.1 Summary

#### Articles 9(2) and 9(3) and Standing

1 Section 31(3) of the Supreme Court Act 1981 provides: “No application for judicial review shall be made unless the leave of the High Court has been obtained in accordance with rules of court; and the court shall not grant leave to make such an application unless it considers that the applicant has a sufficient interest in the matter to which the application relates”.

2 In determining whether a claimant has standing, the High Court considers the merits of the application, the nature of the claimant’s interest and the circumstances of the case. While these rules are rules of court and it is for the courts to interpret them, the question of “standing” is not an act of discretion but an assessment of fact and law.

3 Section 31(3) of the SCA 1981 applies to all applications for Judicial Reviews (JR) in England and Wales. There are no separate provisions in terms of standing for environmental cases or for cases brought by environmental NGOs.

4 The test of “sufficient interest” has gradually evolved over that thirty year period to be liberal with respect to individuals and environmental NGOs. There have been no specific alterations or amendments to s.31(3) of the Supreme Court Act 1981 as a result of either the UK’s ratification of the Aarhus Convention or subsequent EU or domestic jurisprudence.

5 The standing principles in Northern Ireland are the same as in England and Wales, with the “sufficient interest” test appearing in the relevant court rules and the same liberal approach in modern case law.

6 Until 2011, the situation with regard to standing in Scotland was based more upon the protection of rights and was, therefore, significantly more restrictive. However, in 2011 the Supreme Court held in *Axa* that the standing test “title and interest”, which is derived from private law, had no place in JR procedures in the field of public law. The Supreme Court advocated that a preferable test was one of “directly affected”.

7 There is no legislative requirement as to the formal structure or standing of an NGO or community group relevant to the question of standing comparable with section 3 of the UmwRG. Local residents can form a group to challenge a decision and the courts do not require the body to have a distinct legal entity. Such groups may be unincorporated or incorporated.

8 The UK has a great tradition and a well-developed system of consultations with citizens and civil society, which provides that anyone – including environmental NGOs - can respond to a planning consultation. In addition to individuals who may be directly affected by a planning application, community groups and specific interest groups (national as well as local in some cases) can provide representations on planning applications.

#### Article 9(2) – Substantive and procedural legality

9 Article 9(2) of the Aarhus Convention requires contracting Parties to ensure that members of the public concerned have access to a review procedure to challenge the procedural and substantive legality of any decision, act or omission subject to the provisions of Article 6 of the Convention.

10 While JR is ostensibly a process whereby the procedural *and* substantive legality of a decision can be challenged, in practice the main way in which substantive legality can be contested in JR is by applying the *Wednesbury* unreasonableness test (the usual test for JR of administrative action in English law in the absence of illegality or procedural impropriety, as discussed later) where an authority has made a judgment on substantive issues. The courts are acutely aware that it is not their role to substitute their judgment for that of the decision-maker, but the *Wednesbury* unreasonable test is, in practice, very difficult to satisfy. As such, a primary limitation of JR in the UK is its focus on procedural, rather than substantive, impropriety.

11 This issue has been discussed in a number of recent UK cases and grave doubts have been expressed by the Supreme Court about the extent to which JR provides a mechanism for compliance with EU law and the Aarhus Convention.

#### **Article 9(4) - Costs**

12 Despite the introduction of bespoke cost rules for environmental cases in 2013, legal costs in the UK remain high and, in some cases, prohibitively expensive for individuals and community groups. This is largely because losing parties have to pay the court fee, their own legal costs (which routinely amount to £25,000 and often rather more) plus a cap of either £5,000 or £10,000. Moreover, successful claimants are often unable to recover their full costs in complex environmental cases due to the imposition of a “cross-cap” on the costs that can be recovered from an unsuccessful defendant of £35,000. As such, claimants in England and Wales and Scotland are routinely facing costs of £31-36k on losing a case (often more in Scotland) and may suffer significant financial losses when winning complex cases.

13 It is argued that the cross cap of £35,000 is unfair and contrary to the letter and spirit of the Aarhus Convention. There is no basis for such a measure in the Aarhus Convention – prohibitive expense applies to the claimant (not the defendant public body) and, as such, it should be removed. There is also UK-wide confusion about which figure applies to community groups – which can often be very small and poorly funded – but which (because they comprise more than one individual) attract the £10,000 in England and Wales and Northern Ireland and are not eligible for automatic costs protection at all under the regime in Scotland.

14 There are also concerns about the efficacy of measures introduced in relation to interim relief and, as of July 2013, the introduction of a six week time limit for lodging an application for JR in cases concerning planning matters. It has been noted that this deadline may have undermined the UK’s ability to comply with the requirement for “fairness” under Article 9(4) of the Aarhus Convention. There is also uncertainty around adverse costs exposure on appeal and the extremely limited availability of public funding for all cases, including environmental claims.

## 4.2 Access to Justice

***How exactly can you distinguish the legal requirements of Art. 9.2 AC on one hand and of Art. 9.3 AC on the other? Consider and describe especially the scale, scope and prerequisites of the rights of action for environmental groups (NGOs) and report the professional discourse among legal scholars and the relevant national case law.***

***How has Art. 9.3 AC hitherto been implemented in your national legal order?***

***Does the Aarhus Convention require uniform or at least similar rules on access to courts, standing and legal protection for individual and for collective (NGO) actions in environmental law?***

***We are interested in how exactly courts and scholars in your national legal order distinguish the legal requirements of Art. 9.2 AC on the one hand and of Art. 9.3 AC on the other. Please give an overview on the scientific debate.***

***Consider and describe especially the scale, scope and prerequisites of the rights of action for environmental groups (NGOs) and for individuals and report the professional discourse among legal scholars and the relevant national case law.***

### Introduction

15 Article 9(2) of the Aarhus Convention requires Parties to ensure that: “members of the public concerned (a) having a sufficient interest or, alternatively, (b) maintaining impairment of a right, where the administrative procedural law of a Party requires this as a precondition, have access to a review procedure”. It then states: “What constitutes a sufficient interest and impairment of a right shall be determined in accordance with the requirements of national law and consistently with the objective of giving the public concerned wide access to justice within the scope of this Convention”.

16 Article 9(2) of the Convention provides: “the interest of any non-governmental organization meeting the requirements referred to in article 2, paragraph 5, shall be deemed sufficient for the purpose of subparagraph (a) above. Such organizations shall also be deemed to have rights capable of being impaired for the purpose of subparagraph (b) above”.

17 Article 2(5) of the Convention defines “The public concerned” as “the public affected or likely to be affected by, or having an interest in, the environmental decision-making; for the purposes of this definition, non-governmental organizations promoting environmental protection and meeting any requirements under national law shall be deemed to have an interest”.

18 Article 9(2) therefore gives special protection, in terms of standing to “non-governmental organizations promoting environmental protection”.

19 Article 9(3) of the Convention is much less prescriptive, allowing contracting Parties to set their own criteria for standing: “each Party shall ensure that, where they meet the criteria, if any, laid down in its national law, members of the public have access to administrative or judicial procedures”.

### 4.2.1 Standing in England and Wales

20 Section 31(3) of the Supreme Court Act 1981 provides: “No application for judicial review shall be made unless the leave of the High Court has been obtained in accordance with rules of court; and the court shall not grant leave to make such an application unless it considers that the applicant has a sufficient interest in the matter to which the application relates”.

21 In determining whether a claimant has standing, the High Court considers the merits of the application, the nature of the claimant’s interest and the circumstances of the case. While these rules are rules of court and it is for the courts to interpret them, the question of “standing” is not an act of discretion but an assessment of fact and law.

22 Section 31(3) of the Supreme Court Act 1981 applies to all Judicial Reviews (JR). There are no separate provisions in terms of standing for environmental cases or for cases brought by environmental NGOs.

23 Over the last thirty years, the courts in England and Wales have adopted a liberal approach to the interpretation of “sufficient interest”, and one that is based on a theory of interests as opposed to rights: “What modern public law focuses upon are wrongs - that is to say, unlawful acts of public administration. These often, of course, infringe correlative rights, but they do not necessarily do so: hence the text for standing for public law claimants, which is interest based rather than rights based<sup>1020</sup>”.

24 There are few modern examples of individuals or environmental groups being refused standing and perhaps because the courts are exhibiting a broad approach to sufficient interest, the Government has not been prompted to amend the SCA 1981 to specifically reflect the requirements of the Aarhus Convention. Concern has been expressed that the courts could return to a narrower interpretation of sufficient interest at any time should they wish to do so and, accordingly, the SCA 1981 should be amended to guarantee appropriate access<sup>1021</sup>. However, as yet there has been no imperative for the Government to do so.

25 However, there are two recent UK cases in which standing has been directly addressed in the context of the Aarhus Convention<sup>1022</sup>. First, in *Ashton v Secretary of State for Communities and Local Government and Coin Street Community Builders Ltd*<sup>1023</sup> the appellant was a local resident whose property was affected by the development. He was a member of the Waterloo Community Development Group (“WCDG”) and did not make any representations to the local planning authority at the planning stage or during the public inquiry on the basis that he had asked WCDG to make representations on his behalf. The Court of Appeal rejected his challenge under section 288 of the Town and Country Planning Act 1990 on the merits, but went on to consider whether he would in any event have been a “person aggrieved” for the purpose of a challenge under s.288 of the Town and Country Planning 1990 Act<sup>1024</sup>. In his judgment, Pill LJ considered Article 10a of the EIA Directive, *Miljöskyddsörening v Stockholm*<sup>1025</sup> (in which the ECJ considered the rights of “small, locally established environmental protection associations”) and *Commission v Ireland*<sup>1026</sup>. He concluded the follow-

<sup>1020</sup> Lord Justice Sedley, *R (on application of Bancoult) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* (2007).

<sup>1021</sup> Castle, P., Day, M., and Hatton, C. (2004). *Environmental Justice - Report by the Environmental Justice Project*. page 32. Available at: <http://www.ukela.org/content/doclib/116.pdf> (abgerufen am 19.10.16).

<sup>1022</sup> Information taken from Banner, C. (2015). *The Aarhus Convention - A Guide for UK Lawyers*. See chapter 8 by James Maurici, Barrister. Hart Publishing.

<sup>1023</sup> [2011] 1 P. & C.R. 5.

<sup>1024</sup> Section 288(1) Town and Country Planning Act 1990 states: “If any person—(a) is aggrieved by any order to which this section applies and wishes to question the validity of that order on the grounds (i) that the order is not within the powers of this Act, or (ii) that any of the relevant requirements have not been complied with in relation to that order; or (b) is aggrieved by any action on the part of the Secretary of State to which this section applies and wishes to question the validity of that action on the grounds—(i) that the action is not within the powers of this Act, or (ii) that any of the relevant requirements have not been complied with in relation to that action, he may make an application to the High Court under this section”. See: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/8/section/288> (abgerufen am 19.10.16).

<sup>1025</sup> Case C-263/08. Paragraph 45 states: “. . . the national rules thus established must, first, ensure, ‘wide access to justice’ and, second, render effective the provisions of Directive 85/337 on judicial remedies. Accordingly, those national rules must not be liable to nullify Community provisions which provide that parties who have a sufficient interest to challenge a project and those whose rights it impairs, which include environmental protection associations, are entitled to bring actions before the competent courts”.

<sup>1026</sup> Case C-427/07. At paragraph 82, the ECJ held: “. . . Member States must ensure that, in accordance with the relevant national legal system, members of the public concerned having a sufficient interest, or alternatively, maintaining the impairment of a right, where the administrative procedural law of a Member State requires this as a precondition, have access to a review procedure under the conditions specified in those provisions, and must determine what constitutes a

ing principles could be extracted from the authorities and applied when considering whether a person is aggrieved within the meaning of s.288 of the 1990 Act:

- Wide access to the courts is required under s.288 of the 1990 Act;
- Participation in the planning process which led to the decision sought to be challenged is normally required. What constitutes sufficient participation will depend on the opportunities available and the steps taken;
- There may be situations in which failure to participate is not a bar to challenging a decision;
- A further factor to be considered is the nature and weight of the person's substantive interest and the extent to which it is prejudiced. The sufficiency of the interest must be considered;
- This factor is to be assessed objectively - there is a difference between feeling aggrieved and being aggrieved;
- What might otherwise be a sufficient interest may not be sufficient if acquired for the purpose of establishing a status under s.288;
- The participation factor and the interest factor may be interrelated in that it may not be possible to assess the extent of the person's interest if he has not participated in the planning procedures; and
- While recognising the need for wide access to the courts, weight may be given, when assessing the prior participation required, and the interests relied on, to the public interest in the implementation of projects and the delay involved in judicial proceedings.

26 In *Ashton*, the judge did not consider the appellant's participation in the planning process sufficient in the circumstances to acquire standing under s.288. The judge made no finding as to whether the appellant would also fail under the interest limb of the test, though it was considered likely that he would do so.

27 This case would now have to be considered in the light of the wide approach to the "person aggrieved test" taken by the Supreme Court in *Walton v Scottish Ministers*<sup>1027</sup>. In *Walton*, the Supreme Court held (*Obiter dictum*) that whether somebody was a "person aggrieved" depended on the particular legislation involved and the nature of the complaint made<sup>1028</sup>. A wide interpretation was appropriate, particularly in the context of statutory planning appeals as the quality of the natural environment was of legitimate concern to everyone. In particular, a person would ordinarily be regarded as aggrieved if they made objections or representations as part of the procedure which preceded the decision challenged, and if their complaint was that the decision was not properly made. The petitioner was, in this case, a "person aggrieved". He had made representations to the ministers, had taken part in the local inquiry, lived in the vicinity of the peripheral road and was an active member of various local environmental organisations. As a participant in the procedure, he was entitled to be concerned

---

sufficient interest and impairment of a right consistently with the objective of giving the public concerned wide access to justice."

<sup>1027</sup> [2012] UKSC 44; [2013] P.T.S.R. 5.

<sup>1028</sup> *Sidebotham, Ex p.* (1880) 14 Ch. D. 458, *Arsenal Football Club Ltd v Smith (Valuation Officer)* [1979] A.C. 1 and *Lardner vs. Renfrewshire DC* 1997 S.C. 104 considered.

about a perceived failure to follow a fair procedure<sup>1029</sup>. The Supreme Court also observed that he would have had standing, as a party with sufficient interest, to raise common law proceedings for JR<sup>1030</sup>.

28 The issue of standing was raised again in *Coedbach Action Team Ltd v Secretary of State for Energy and Climate Change*<sup>1031</sup>. *Coedbach* was a limited company formed by local residents to oppose a proposal to build two biomass power stations in Wales. The group applied for a Protected Costs Order (PCO) to support an application for a JR of consent for the power stations granted by the Secretary of State (for which there were ongoing appeals). In the interim, the Secretary of State granted consent under the Electricity Act 1989 for a biomass power station in England and directed that planning permission be deemed to be granted under s. 90(2) of the Town and Country Planning Act 1990. *Coedbach* did not object to the applications for consent and played no part in the process until it issued an application for permission to apply for a JR of the English decision out of a concern that the decision might influence the decisions in respect of the Welsh proposals. The issue of standing arose in the context of the PCO application, and *Coedbach's* attempt to rely on the Aarhus Convention.

29 The judge noted the claimant was a limited company whose aims and objects were to protect a particular local environment and that it played no part in the decision-making process leading to the grant of the consents to the Interested Party. The judge pointed out that *“But for the coincidence that the planning appeals with which the claimant is concerned were in progress at a time when the defendant's decision was made it is clear, in my judgment, that the claimant would have shown no interest in challenging the lawfulness of the defendant's decision. The claimant readily accepts that its sole purpose in challenging the defendant's decision is to prevent it becoming material to the decisions to be made in the planning appeals in which the claimant is an objector”*. As such, the judge concluded the claimant was not a member of the public concerned for the purposes of the EC Public Participation Directive<sup>1032</sup> (PPD).

#### 4.2.1.1 The scope of the “public concerned”

30 In *R (Halebank Parish Council) v Halton Borough Council*<sup>1033</sup>, the judge held (in considering an application for a PCO application) that the Parish Council fell within the definition of the “public” for the purposes of the Aarhus Convention.

31 Similarly, in a lengthily reasoned costs order following an unsuccessful JR claim by the London Borough of Hillingdon (LBH) alleging that the safeguarding directions issued to protect land required for the HS2 railway were adopted in breach of the Strategic Environmental Directive 2004/42/EC<sup>1034</sup>, the judge held that the LBH was entitled to an Aarhus Convention costs cap under Civil Procedure Rules 45-41-44 and 5.1-5.2 on the basis that the Aarhus costs cap regime in the Rules: *“relates to claims of a particular nature rather than to any particular type or category of claimant”*, and that *“local authorities and other public bodies are not included. Nor is there any qualification in terms of the claimant's means, or its ability to fund the proceedings, or the likelihood of its being able to meet from its own resources any order for costs which might be made in favour of another party”*. The judge held that because the Civil Procedure Rules were *“entirely unambiguous”* on this point, resort to the Aarhus Con-

<sup>1029</sup> See paragraphs 83-88, 103 and 151-156 of the judgment.

<sup>1030</sup> *AXA General Insurance Ltd, Petitioners* [2011] UKSC 46, [2012] 1 A.C. 868 considered (paras 90-97).

<sup>1031</sup> [2010] EWHC 2312 (Admin); [2011] 1 Costs L.R. 70.

<sup>1032</sup> Directive 2003/35/EC of the European Parliament and of the Council of 26 May 2003 providing for public participation in respect of the drawing up of certain plans and programmes relating to the environment and amending with regard to public participation and access to justice Council Directives 85/337/EEC and 96/61/EC.

<sup>1033</sup> [2012] EWHC 1889 (Admin).

<sup>1034</sup> For the determination of the substantive issues in the case, see *R (HS2 Action Alliance Ltd.) vs. Secretary of State for Transport* [2014] EWHC 2759 (Admin).

vention to achieve a strained interpretation of them was not permissible. Nonetheless, he went on to reject the Secretary of State's submission that "*the concept of access to justice for members of the public under article 9 of the Aarhus Convention must necessarily exclude a local authority bringing a claim in the interests of those living in its area*". He held that neither the Convention, the Compliance Committee's decision in ACCC/C/2012/68 nor the Guide "*preclude the possibility of [Article 9's scope extending to] one public authority acting in the public interest when it seeks judicial review of a decision made by another authority, even though its own administrative acts may themselves be subject to scrutiny by the court in proceedings brought by an individual claimant.*"

32 On appeal (R (HS2 Action Alliance Ltd & London Borough of Hillingdon) v. Secretary of State for Transport<sup>1035</sup>), the Secretary of State challenged the Order the LBH an Aarhus PCO under the Civil Procedure Rules<sup>1036</sup>. The Secretary of State submitted: (i) whether a claimant is entitled to an Aarhus PCO was to be determined by reference to whether they are a "*member of the public concerned*" within the meaning of Articles 2 and 9 of the Aarhus Convention, and (ii) a local authority claimant was not a "*member of the public concerned*" within the meaning of Articles 2 and 9 because it fell within the separate definition of a 'public authority' under Article 2.

33 The LBH submitted: (i) the provisions of the Civil Procedure Rules were clear that whether a claimant is entitled to an Aarhus PCO falls to be determined by reference to whether the decision challenged is, or is claimed to be within the scope of the Aarhus Convention, (ii) as the Rules were unambiguous on this point, the Aarhus Convention could not be relied upon to achieve a contrary interpretation that would undermine the clear wording of the Rules, and (iii) in any event, the terms "*public authority*" and "*member of the public concerned*" under Articles 2 and 9 of the Convention were not mutually exclusive for all purposes, and a local authority acting not in its capacity as a decision-maker but instead bringing a JR claim in the interests of its constituents<sup>1037</sup> was a "*member of the public concerned*" in that context despite the fact that it would be a "*public authority*" when acting in its capacity as a decision-maker on the receiving end of a JR claim.

34 The Court unanimously agreed with LBH's first and second submissions, and held that since this was sufficient to determine the cross-appeal, it was neither necessary nor appropriate to resolve the dispute as to the proper interpretation of the Convention, particularly since that issue was likely to be resolved in LBH's pending communications to the Aarhus Compliance Committee against the UK and EU in relation to HS2.

#### 4.2.1.2 Interested parties and interveners

35 An "interested party" is someone directly affected by the outcome of the case. The claimant is under a duty to identify and notify such parties giving them an opportunity to participate in proceedings.

36 In contrast, "interveners" include anyone who has applied to the court to make oral or written representations<sup>1038</sup>. Before 2000, only third parties who opposed the claim could intervene in this way but now anyone, whether opposing or supporting may do so. The court has the discretion to accept interventions and may impose conditions, such as whether the intervention should be by way or written or oral representations. Essentially, the intervener must persuade the court that they have something extra to offer the case often perhaps by putting it in a wider legal and policy context.

<sup>1035</sup> [2015] EWCA Civ 203.

<sup>1036</sup> CIVIL PROCEDURE RULES 45.41-45.44 and Practice Direction 45 paragraph 5.1.

<sup>1037</sup> Pursuant to its powers under s.222 of the Local Government Act 1972.

<sup>1038</sup> Civil Procedure Rules Part 54.

37 In the past third party interventions were fairly rare, but more recently they have become far more common, particularly in the higher courts. For instance, between 2005 and 2009 the House of Lords (as was) permitted interventions in 68 out of 310 decisions<sup>1039</sup>.

38 The increase in the number of applications to intervene is presumably the reasoning behind the introduction of unhelpful provisions in Part 4 of the Criminal Justice and Courts Act 2015, which seek to expose interveners to costs orders in certain circumstances (see legal costs below).

#### 4.2.2 Standing in Scotland

39 Until 2011, the situation with regard to standing in Scotland was based more upon the protection of rights and was, therefore, significantly more restrictive. Rather than the broad test of “sufficient interest”, the standing test in Scotland was “title and interest<sup>1040</sup>”. For example, in *Marco McGinty v The Scottish Ministers*, the Outer Court of Session held that while Mr McGinty (who lived approximately four miles from the site of a development proposal he sought to challenge and used the area for bird-watching and recreation) may have been able to establish a title to sue, he could not establish an interest to sue (i.e. he did not have a “real and legitimate” or “real and practical” interest to bring the proceedings). Lord Brailsford noted that Mr McGinty’s “only claim was that as a member of the public who used the area for recreational purposes, he was entitled to be consulted”.

40 However, in 2011 the Supreme Court (whose decisions bind Scottish courts) held in *Axa General Insurance Limited and others v The Lord Advocate and others*<sup>1041</sup> (“Axa”), that the standing test “title and interest”, which is derived from private law, had no place in JR procedures in the field of public law. The Supreme Court advocated that a preferable test was one of “directly affected”. *Axa* case was not an environmental case, although its principles would apply to environmental JRs and it is assumed that the claimant in *McGinty* would now be considered to have standing under the new test. Certainly, had not the Supreme indicated a change, the Scottish approach would be vulnerable as being contrary to the principles underlying recent CJEU decision on access to justice<sup>1042</sup>.

41 However, it has been noted that the Scottish courts appear reluctant to apply the new test of sufficient interest as introduced in *Axa*, nor do they seem keen to apply it as fulsomely as is the practice in England and Wales<sup>1043</sup>. For example, in *Walton v Scottish Ministers*<sup>1044</sup>, the Supreme Court robustly criticised the Inner House of the Court of Session, which questioned not only the Petitioner’s standing as a person aggrieved under statutory provisions in the Roads (Scotland) Act 1984, but expressed the view that he would not have had sufficient interest to take a JR on the same matter.

42 Similarly, in September 2013, the Inner House overturned a ruling from the Outer House in *McGinty vs Scottish Ministers*, which had found against the petitioner on standing. While taking *AXA* into account, the Inner House indicated that it considered that petitioners ought to demonstrate suffi-

<sup>1039</sup> See Justice (2009) To Assist the Court: Third Party Interventions in the UK.

<sup>1040</sup> Rule 58.8(2) of the Rules of the Court of Session 1994, as amended by SSI 2000/317, provides: “Any person not specified in the first order made under rule 58.7 as a person on whom service requires to be made, and who is directly affected by any issue raised, may apply by motion for leave to enter the process; and if the motion is granted, the provisions of this Chapter shall apply to that person as they apply to a person specified in the first order.” An annotation to this rule in Greens Annotated Rules of the Court of Session printed in the Parliament House Book, vol 2, C 478/4 states: “The motion to enter the process should state the title and interest of the person.” Although the phrase “title and interest” does not appear in rule 58.8(2), it is used in the form of petition for judicial review which is set out in Form 58.6. That form, which is to be read together with Rule of Court 58.6(1), requires paragraph 1 of the petition to state the “designation, title and interest” of the petitioner.

<sup>1041</sup> [2011] CSIH 31.

<sup>1042</sup> See, e.g. Case C-240/09 (the ‘Slovak brown bear case’, and C-115/09 (“Trianel”).

<sup>1043</sup> Statement made to 7th Meeting of the Task Force on Access to Justice in Geneva on behalf of the Coalition for Access to Justice for the Environment (CAJE) in June 2014.

<sup>1044</sup> [2012] UKSC 44.

cient interest on each individual argument in a case, rather than adopting the more expansive interpretation of the English and Welsh courts where legal standing is granted on grounds of public interest and is looked at more generally.

#### 4.2.3 Standing Northern Ireland

43 The standing principles in Northern Ireland are the same as in England and Wales, with the “sufficient interest” test appearing in the relevant court rules<sup>1045</sup> and the same liberal approach in modern case law. For example in *Family Planning Association of Northern Ireland v Minister for Health, Social Services and Public Safety*<sup>1046</sup> the court cited with approval the passage in the leading text book on Judicial Review, De Smith: “*In summary it can be said that today the court ought not to decline jurisdiction to hear an application for judicial review on the grounds of lack of standing to any responsible person or group seeking, on reasonable grounds, to challenge the validity of government action*”.

#### ***Have there been alterations or amendments in your national legal order in order to transform the standing requirements of Art. 9.2/9.3 AC or EC-Directive 2003/35?***

44 There have been no amendments to the standing requirements set out in Section 31(3) of the Supreme Court Act 1981 since the passage of the Act. The test of “sufficient interest” has gradually evolved over that thirty year period to be liberal with respect to individuals and environmental NGOs, but there have been no specific alterations or amendments to the Supreme Court Act as a result of either the UK’s ratification of the Aarhus Convention or relevant EU or domestic jurisprudence. There has, however, been change in the case-law pertaining to Scotland following the judgment of the Supreme Court in *Axa General Insurance Limited and others v The Lord Advocate and others*<sup>1047</sup> (see above).

#### ***Please provide a text and an English translation of the national provisions on standing in environmental matters.***

45 Section 31(3) of the Supreme Court Act 1981 provides: “No application for judicial review shall be made unless the leave of the High Court has been obtained in accordance with rules of court; and the court shall not grant leave to make such an application unless it considers that the applicant has a sufficient interest in the matter to which the application relates”.

#### ***Do rights of action allow the courts to control the legality of administrative decisions under all aspects or are they limited to the control of certain areas of the law (especially “environmental law” provisions)? How is the term ‘law relating to the environment’ which is used in Art. 9.3 AC defined or understood in your national legal order? Does it include any law that relates to the environment, e.g. a law under any policy, including and not limited to, chemicals control and waste management, planning, transport, mining and exploitation of natural resources, agriculture, animal protection, energy, taxation, maritime affairs, that may relate in general, help protect, harm or otherwise impact on the environment?***

46 Section 31(3) of the Supreme Court Act 1981 relates to all JRs; there is no specific provision for environmental cases or type of environmental case.

#### ***Please give us information about the discussion in your national legal order – if there is any – concerning the implications of the ECJ’s Slovak bear judgment C-240/09.***

<sup>1045</sup> Order 53, rule 3(5) Rules of the Court of Judicature (Northern Ireland) 1980.

<sup>1046</sup> [2005] NI 188 (para 45).

<sup>1047</sup> [2011] CSIH 31.

47 In *Lesoochranárske Zoskupenie VLK*<sup>1048</sup>, the CJEU concluded that while Article 9(3) of the Convention did not have direct effect, it was for the national court “to interpret its national law in a way which, to the fullest extent possible, is consistent with the objectives laid down in Article 9(3) of the Aarhus Convention”. In that case a Slovakian association which had the objective of protection of the environment, applied to the Slovakian Ministry of the Environment to be a party to administrative proceedings relating to the grant of derogations to the system of protection for species such as the brown bear, access to protected countryside areas, or the use of chemical substances in such areas. This was rejected and this was challenged in the Courts. In those proceedings the Court made a reference to the CJEU as to the effect of Article 9(3) of the Aarhus Convention.

48 The CJEU held that it had jurisdiction to interpret Article 9(3) of the Convention. In this regard it noted that the Public Participation Directive (PPD) does not cover fully the implementation of the obligations resulting from Article 9(3) of the Aarhus Convention and that, consequently, its Member States are responsible for the performance of these obligations. However, the CJEU found it cannot be inferred that the dispute in the main proceedings does not fall within the scope of EU law because a specific issue which has not yet been subject to EU legislation may fall within the scope of EU law if it relates to a field covered in large measure by it. The CJEU held:

*“45. It must be held that the provisions of Article 9(3) of the Aarhus Convention do not contain any clear and precise obligation capable of directly regulating the legal position of individuals. Since only members of the public who meet the criteria, if any, laid down by national law are entitled to exercise the rights provided for in Article 9(3), that provision is subject, in its implementation or effects, to the adoption of a subsequent measure.*

*46. However, it must be observed that those provisions, although drafted in broad terms, are intended to ensure effective environmental protection.*

*47. In the absence of EU rules governing the matter, it is for the domestic legal system of each Member State to lay down the detailed procedural rules governing actions for safeguarding rights which individuals derive from EU law, in this case the Habitats Directive, since the Member States are responsible for ensuring that those rights are effectively protected in each case (see, in particular, Case C-268/06 Impact [2008] ECR I2483, paragraphs 44 and 45).*

*48. On that basis, as is apparent from well-established case-law, the detailed procedural rules governing actions for safeguarding an individual's rights under EU law must be no less favourable than those governing similar domestic actions (principle of equivalence) and must not make it in practice impossible or excessively difficult to exercise rights conferred by EU law (principle of effectiveness) (Impact, paragraph 46 and the case-law cited).*

*49. Therefore, if the effective protection of EU environmental law is not to be undermined, it is inconceivable that Article 9(3) of the Aarhus Convention be interpreted in such a way as to make it in practice impossible or excessively difficult to exercise rights conferred by EU law.*

*50. It follows that, in so far as concerns a species protected by EU law, and in particular the Habitats Directive, it is for the national court, in order to ensure effective judicial protection in the fields covered by EU environmental law, to interpret its national law in a way which, to the fullest extent possible, is consistent with the objectives laid down in Article 9(3) of the Aarhus Convention.*

*51. Therefore, it is for the referring court to interpret, to the fullest extent possible, the procedural rules relating to the conditions to be met in order to bring administrative or judicial proceedings in accordance with the objectives of Article 9(3) of the Aarhus Convention and the objective of effective judicial protec-*

---

<sup>1048</sup> Case C-240/09 [2011] 2 C.M.L.R. 43.

tion of the rights conferred by EU law, so as to enable an environmental protection organisation, such as the zoskupenie, to challenge before a court a decision taken following administrative proceedings liable to be contrary to EU environmental law (see, to that effect, Case C-432/05 Unibet [2007] ECR I2271, paragraph 44, and Impact, paragraph 54).

52. In those circumstances, the answer to the first and second questions referred is that Article 9(3) of the Aarhus Convention does not have direct effect in EU law. It is, however, for the referring court to interpret, to the fullest extent possible, the procedural rules relating to the conditions to be met in order to bring administrative or judicial proceedings in accordance with the objectives of Article 9(3) of that convention and the objective of effective judicial protection of the rights conferred by EU law, in order to enable an environmental protection organisation, such as the zoskupenie, to challenge before a court a decision taken following administrative proceedings liable to be contrary to EU environmental law.”

49 Through this case, the CJEU has sought to ensure Member States do not apply an overly restrictive approach to standing, especially for NGOs. The principle was subsequently applied, *obiter dictum*, in a Scottish JR of a grant of planning permission, where the court upheld an argument that it would run counter to Article 9(3) of maximising citizens’ right of access to the courts in environmental cases, to have a domestic rule to the effect that unless a petitioner challenged a conditional resolution of a planning authority, he was precluded from challenging the substantive grant of planning permission<sup>1049</sup>.

**Please give us also a first impression on the reactions on the ECJ judgments in C-401-403/12 P1050 and C-404-405/12 P1051**

50 In Joined Cases C-401/12 P to C-403/12 P, the applicants applied to the European Commission for an internal review under Article 10 of Regulation 1367/2006<sup>1052</sup> (“the Regulation”) of the decision

<sup>1049</sup> Bova v Highland Council [2011] SCLR 751 per Lord Pentland at paragraphs 54 and 55: “[54] Counsel for the petitioners drew attention to the judgement of the European Court of Justice in Lesoochranárske zoskupenie VLK v Ministerstvoivotného prostredia Slovenskej republiky (Case C - 240/09) in which it was confirmed that the provisions of the Aarhus Convention had to be regarded as an integral part of the legal order of the European Union. Article 9(3) of the Aarhus Convention was intended to guarantee to citizens of the European Union an effective right of access to national courts for the purpose of challenging inter alia acts and omissions of public authorities which contravened provisions of national law relating to the environment. In paragraph 46 of its judgement the Court of Justice emphasised that the provisions of Article 9(3), although drafted in broad terms, were intended to ensure effective environmental protection. In paragraph 50 the Court went on to say that it was for national courts to interpret national law in a way which, to the fullest extent possible, was consistent with the objectives laid down in Article 9(3) of the Aarhus Convention. It seems to me that it would run counter to the policy (reflected in Article 9(3)) of maximising citizens’ rights of access to the courts in the sphere of environmental law to have a rule which in effect required a petitioner to challenge a conditional resolution of a planning authority under pain of losing the right to challenge the later substantive grant of planning permission which had a concrete impact on his rights. [55] In the circumstances of the present case, I would have been disposed to hold (had the point been a live one) that the petitioners were not barred from pursuing the petition by reason of mora, taciturnity and acquiescence. They acted promptly to seek legal advice after planning permission had been granted; they kept the respondents and the interested parties informed about the progress of their challenge; they did not delay in taking steps to obtain the evidence necessary to support a legal aid application; and once legal aid had been granted, they raised the proceedings quickly. Looking at the detailed timeline produced for the First Hearing, it discloses a picture of intensive activity on the part of the petitioners and their lawyers in seeking to build up their case and take it forward after planning permission had been granted on 5 March 2010. I would have found it impossible, in these circumstances, to have inferred that the petitioners had acquiesced in the grant of planning permission. In my opinion, they cannot be taken to have become barred from challenging that particular decision because of their failure to challenge the earlier resolution.”

<sup>1050</sup> Judgment available here: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=161324&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=560384>.

<sup>1051</sup> Judgment available here: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=161323&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=560982>.

to grant the Netherlands an exemption under Directive 2008/50<sup>1053</sup> on ambient air quality. The Commission rejected the request as inadmissible on the basis that the decision was not a measure of individual scope and, therefore, not an "administrative act" within the meaning of Article 2(1)(g) of Regulation 1367/2006. The NGOs sought the annulment of that decision.

51 In joined cases C-404/12 P and C-405/12 P, the applicants sought to annul Commission Regulation 149/2008<sup>1054</sup> by establishing Annexes II, III and IV setting maximum (pesticides) residue levels for products covered by Annex I. The Commission rejected the request for the same reason given above. The General Court annulled the Commission's decision in both cases.

52 The Applicants argued that Article 10(1) of the Regulation was incompatible with Article 9(3) of the Aarhus Convention because it restricts the categories of acts that can be challenged within the administrative review procedure to "acts of individual scope".

53 The General Court concluded that as the Regulation had been adopted to meet the EU's obligations under Article 9(3) of the Aarhus Convention, it follows that Article 10(1) of the Regulation (in so far as it provides for an internal review procedure only in respect of acts defined as "measures of individual scope") is incompatible with Article 9(3) of the Aarhus Convention. The Court therefore annulled the Commission's decisions. The Commission, the Council and the Parliament appealed the ruling to the Grand Chamber.

54 The Council (supported by the Parliament and the Commission) sought to rely on case-law maintaining that the provisions of an international treaty must be unconditional and sufficiently precise to be relied upon in support of an action for annulment of an act of secondary EU law<sup>1055</sup>. The Grand Chamber held that Article 9(3) of the Aarhus Convention does not contain any unconditional and sufficiently precise obligations capable of directly regulating the legal position of individuals and rejected the application of the *Fediol* and the *Nakajima* cases. Article 10(1) of the Regulation neither made direct reference to specific provisions of the Aarhus Convention, nor conferred rights on individuals to rely on Article 9(3). Moreover, Article 10(1) did not implement specific obligations stemming from Article 9(3) of the Convention since the parties to the Convention had a broad margin of discretion when defining the rules for the implementation of "*the administrative or judicial procedures*". Finally, the Court held that it cannot be considered that, by adopting the Regulation, the EU intended to implement obligations deriving from Article 9(3) of the Aarhus Convention "*with respect to national administrative or judicial procedures, which as EU law now stands, fall primarily within the scope of member State law*", referring in this respect to the Slovak brown bear case<sup>1056</sup>.

---

<sup>1052</sup> Regulation (EC) No 1367/2006 of the European Parliament and of the Council of 6 September 2006 on the application of the provisions of the Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters to Community institutions and bodies.

<sup>1053</sup> Directive 2008/50/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on ambient air quality and cleaner air for Europe.

<sup>1054</sup> Commission Regulation (EC) No 149/2008 of 29 January 2008 amending Regulation (EC) No 396/2005 of the European Parliament and of the Council by establishing Annexes II, III and IV setting maximum residue levels for products covered by Annex I thereto.

<sup>1055</sup> Case 70/87 (*Fédération de l'industrie de l'huilerie de la CEE (Fediol) v Commission of the European Communities*) and Case C-69/89 (*Nakajima All Precision Co. Ltd v Council of the European Communities*).

<sup>1056</sup> Case C-240/09 (*Lesoochránárske zoskupenie VLK v Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky*), paragraphs 41 and 47.

55 These rulings are very disappointing. In failing to address the compatibility of Article 10(1) of the Regulation with the Aarhus Convention (with the effect that very few decisions adopted in environmental matters can be challenged), the Court has missed a long overdue opportunity to align retrospective CJEU case-law emanating from the *Plaumann*<sup>1057</sup> case of 1963 with the requirements of the Aarhus Convention, to which all of the Member States and the EU in its own right are contracting Parties. They are also somewhat surprising in light of international scrutiny on this issue and the CJEU's increasing willingness to reflect the findings of the Aarhus Convention Compliance Committee in its own judgments.

***Is Art. 9.3 AC in your national legal order considered to give a right of action mainly or only for NGOs or for individuals as well? Give a general overview on how the standing criteria for individuals from the public concerned are applied in environmental cases in your legal order. Does the individual have to show a specific interest in the decision at stake, or does it suffice that s/he lives in the vicinity of the (proposed) activity?***

56 As discussed above, section 31(3) of the Supreme Court Act 1981 does not distinguish between individuals and NGOs. The more restrictive approach to standing in Scotland, in which the petitioner had to demonstrate "title and interest" to sue, has been modified following the Supreme Court ruling in *Axa General Insurance Limited and others v The Lord Advocate and others*<sup>1058</sup>.

***Does your national legal order differentiate between the standing criteria for individuals and for NGOs? If yes, are there special rules for this differentiation in the field of environmental law? Do the same rules apply to individuals and NGOs of other Member States / Parties to the AC?***

57 There is no differentiation between the standing criteria for individuals and NGOs. Similarly, there are no restrictions in the Civil Procedure Rules (England and Wales) regarding geographical scope. Thus, in theory, foreign environmental individuals and NGOs are not prohibited from applying for JR, providing they can demonstrate sufficient interest in the matter to which the application relates. Thus, there was no bar to an Irish NGO (An Taisce) applying for a JR of the decision of the Secretary of State to make an order granting development consent for the construction of a European pressurised reactor (EPR) nuclear power station at Hinkley Point in Somerset<sup>1059</sup>. However, in such cases, a court is more likely to exercise its discretion to require greater provision for security of costs before the action takes place<sup>1060</sup>.

<sup>1057</sup> Case 25-62 (*Plaumann & Co. v Commission of the European Economic Community*).

<sup>1058</sup> [2011] CSIH 31.

<sup>1059</sup> *R (on the application of An Taisce (National Trust for Ireland)) v Secretary of State for Energy and Climate Change & NNB Generation Co Ltd (Interested Party)* [2014] EWCA Civ 1111.

<sup>1060</sup> CIVIL PROCEDURE RULES 25.12.

### 4.3 The recognition of e-NGOs

***How does the formal structure of an e-NGO determine its access to justice in your national legal order?***

***Are e-NGOs or citizens' initiatives obliged to be recognized by authorities before they have legal standing in environmental procedures? What requirements need to be met? Did any criteria in the recognition procedure change since 2012?***

***Are there any special requirements on the organization of e-NGOs and, if so, are they comparable with Section 3 para 1 UmwRG\*? [Is there any discussion on the compliance of these requirements?]***

58 The Supreme Court Act 1981 merely states that an applicant must have “*a sufficient interest in the matter to which the application relates*”. As such, there is no legislative requirement as to the formal structure or standing of an NGO or community group relevant to the question of standing comparable with section 3 of the UmwRG. There have been no changes to the legislative position since 1981.

59 Local residents can form a group to challenge a decision and the courts do not require the body to have a distinct legal entity. Such groups may be unincorporated or incorporated. The unincorporated association form is usually chosen when a number of individuals agree or 'contract' to come together for a common purpose. They are relatively straightforward to run, cost nothing to set up and do not need to register with, or be regulated by, either Companies House or the Financial Services Authority. However, they have no separate legal identity so their members carry the risk of personal liability. The limited company is an organisational structure which gives limited liability to its members, and the courts have accepted that a limited company may be formed to bring a case in order to limit exposure to costs.

60 An association, whether incorporated or not, may therefore be able to bring an action on behalf of its members but amalgamation as such does not provide enhanced interest – “*an aggregate of individuals each of whom has no interest cannot of itself have an interest*”<sup>1061</sup>, provided that that association represents interests which are relevant to its claim for JR.

---

<sup>1061</sup> Lord Wilberforce in *R v Inland Revenue Commissioners ex parte National Federation of Self Employed and Small Businesses Ltd* [1982] AC 617.

## 4.4 Preclusion of objections

***Does your national legal order include restrictions on access to justice for e-NGOs, which are comparable to the “material” preclusion (materielle Präklusion) of section 2 para 3 UmwRG? If so, how is this evaluated in the professional legal discourse (relevant literature/case law) with special regard to its conformity with EU law and the AC?***

***Which requirements do e-NGOs have to meet in your national legal order to be able to participate in planning and licensing procedures?***

61 The UK has a great tradition and a well-developed system of consultations with citizens and civil society, which provides that anyone can respond to a planning consultation. In addition to individuals who might be directly affected by a planning application, community groups and specific interest groups (national as well as local in some cases) can provide representations on planning applications.

62 The importance of improving the partnership between government and civil society organisations was first recognised in the “*Compact on Relations between Government and the Voluntary and Community Sector*”. The Compact was adopted in 1998 and an annual report is issued every year on its implementation in addition to an annual meeting between the Government and representatives of the community sector. The Renewed Compact<sup>1062</sup> is an agreement between the Government, and their associated Non-Departmental Public Bodies, Arms-Length Bodies and Executive Agencies, and civil society organisations<sup>1063</sup> (CSOs) in England. The agreement aims to ensure that the Government and CSOs work effectively in partnership to achieve common goals and outcomes for the benefit of communities and citizens in England.

63 When determining planning applications, a Local Planning Authorities (LPA) must have regard to the provisions of the development plan (so far as material to the application) and to any other material considerations<sup>1064 1065</sup>.

64 Section 78 of the Town and Country Planning Act 1990 provides the applicant with a right to appeal a refusal of planning permission (or the imposition of conditions) to the Secretary of State within 12 weeks of the Decision Notice<sup>1066</sup>. Anyone else, including those who objected to a planning application (so-called interested or third parties), have no equivalent right of appeal. Their only recourse is to apply to the High Court for a Judicial Review of the LPA’s decision, subject to the usual rules on standing under s. 31(3) of the Supreme Court Act 1981.

65 The Secretary of State determines the format of an appeal and takes account of the following information:

- the material submitted to the local planning authority – including the views of interested parties;

---

<sup>1062</sup> Available here:

[https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/214617/the\\_compact.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/214617/the_compact.pdf) (abgerufen am 19.10.16).

<sup>1063</sup> Charities, social enterprises and voluntary and community groups.

<sup>1064</sup> Section 70(2) Town and Country Planning Act 1990 and section 38(6) Planning and Compulsory Purchase Act 2004

<sup>1065</sup> A material planning consideration is one which is relevant to making the planning decision in question. The scope of what can constitute a material consideration is very wide. In general the courts have held that planning is concerned with land use in the public interest, so that the protection of purely private interests such as the impact of a development on the value of a neighbouring property or loss of private rights to light could not be material considerations. Examples of material planning considerations can be found here: <http://www.rtpi.org.uk/media/686895/Material-Planning-Considerations.pdf> (abgerufen am 19.10.16).

<sup>1066</sup> See: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/8/section/78> (abgerufen am 19.10.16).

- any relevant legislation and policies, including changes to legislation, any new Government policy and any new or emerging development plan policies since the local planning authority's decision was issued; and
- any other matters that are material to the appeal.

66 Any third party wishing to take a very active part in an inquiry must write to the Planning Inspectorate requesting "Rule 6" status<sup>1067</sup>. Where an interested party would like their views to be taken into account they must send representations to the Planning Inspectorate within 6 weeks of the start date of the appeal<sup>1068</sup>. Representations submitted after this date will not normally be accepted. An interested party can submit views irrespective of whether they commented at the application stage (equally, submissions can be made if the third party did submit views at the application stage but has additional points to make).

67 Section 288 of the Town and Country Planning Act 1990 provides a right for an "aggrieved person" to appeal the Decision of a Planning Inspector to the High Court.

*"s.288 Proceedings for questioning the validity of other orders, decisions and directions.*

*(1) If any person*

- a. is aggrieved by any order to which this section applies and wishes to question the validity of that order on the grounds—*
  - i. that the order is not within the powers of this Act, or*
  - ii. that any of the relevant requirements have not been complied with in relation to that order; or.*
- b. is aggrieved by any action on the part of the Secretary of State to which this section applies and wishes to question the validity of that action on the grounds—*
  - i. that the action is not within the powers of this Act, or*
  - ii. that any of the relevant requirements have not been complied with in relation to that action,*

*he may make an application to the High Court under this section".*

68 The TCPA 1990 does not define an "aggrieved person", but for the relevant case-law on this point, please see the discussion on *Ashton v Secretary of State for Communities and Local Government and Coin Street Community Builders Ltd*<sup>1069</sup>, above.

***Do they have the right to participate only in administrative procedures with a mandatory EIA or can they participate in other procedures as well?***

69 Environmental NGOs are not precluded from participating in any planning (administrative) procedure.

***Do the authorities directly inform the e-NGOs about projects and administrative procedures that may have effects on the environment? If not: How and where can e-NGOs get information about those upcoming procedures? How do they get access to the relevant information and planning documents concerning the projects?***

---

<sup>1067</sup> Further information about Rule 6 status can be found here:  
[http://www.planningportal.gov.uk/uploads/pins/guide\\_rule\\_6.pdf](http://www.planningportal.gov.uk/uploads/pins/guide_rule_6.pdf) (abgerufen am 19.10.16).

<sup>1068</sup> Further information about planning appeals can be found here:  
[http://www.planningportal.gov.uk/uploads/pins/procedural\\_guide\\_planning\\_appeals.pdf](http://www.planningportal.gov.uk/uploads/pins/procedural_guide_planning_appeals.pdf) (abgerufen am 19.10.16) and  
[http://www.planningportal.gov.uk/uploads/pins/taking-part\\_planning-written.pdf](http://www.planningportal.gov.uk/uploads/pins/taking-part_planning-written.pdf) (abgerufen am 19.10.2016).

<sup>1069</sup> [2011] 1 P. & C.R. 5.

70 The first an environmental NGO may hear about a proposal for a new development is often through the developer's own public consultation process.

71 However, following receipt of a formal planning application, the Local Planning Authority (LPA) will display public notices and/or write to homes and businesses near the proposed site inviting comments. Most LPAs also publish details online, with larger developments also advertised in local newspapers. The public can view the details of a proposal – including architectural drawings – at the LPA offices.

72 LPAs often consult a large number of organisations before reaching a decision. Planning law requires some bodies to be consulted on certain planning applications. Such bodies (referred to as 'statutory consultees') are under a duty to provide advice on the proposal in question. They include organisations such as the Environment Agency, Forestry Commission and Natural England<sup>1070</sup>. In addition to statutory consultees, LPAs must also consider whether there are planning policy reasons to engage other consultees who – whilst not designated in law – are likely to have an interest in a proposed development ('non-statutory consultees'<sup>1071</sup>). To help applicants develop their proposals, LPAs are encouraged to produce and publish a locally specific list of non-statutory consultees.

73 LPAs have discretion about how they inform communities and other interested parties about planning applications<sup>1072</sup> but they often set out in detail how they will consult the community in a Statement of Community Involvement prepared under Section 18 of the Planning and Compulsory Purchase Act 2004<sup>1073</sup>. Consultation would normally include parish councils (who may have their own informal parish plans which are not included in the statutory scheme) and established environmental NGOs, such as the local County Wildlife Trust<sup>1074</sup> and regional groups of the Campaign to Protect Rural England<sup>1075</sup>, the RSPB<sup>1076</sup> and/or Friends of the Earth, with expert knowledge and data about the local area.

***Are there any time limits to make an objection or give a statement in your national legal order? Will objections passing this time limit be excluded in the administrative procedure and the decision on the development consent of a project? Is an objection that has been made "out of time" also precluded in any legal proceeding against the decision on the development consent ("material" preclusion as described above)? Are there any specific requirements concerning the content of objections by e-NGOs?***

74 Local planning authorities are required to undertake a formal period of public consultation, prior to deciding a planning application (see Article 13 of the Development Management Procedure Order<sup>1077</sup> (as amended)). There are separate arrangements for listed building and conservation area

---

<sup>1070</sup> A full list of statutory consultees can be found here:

<http://planningguidance.planningportal.gov.uk/blog/guidance/consultation-and-pre-decision-matters/table-2-statutory-consultees-on-applications-for-planning-permission-and-heritage-applications/> (abgerufen am 19.10.16).

<sup>1071</sup> Organisations identified in national policy and guidance can be found here:

<http://planningguidance.planningportal.gov.uk/blog/guidance/consultation-and-pre-decision-matters/table-3-non-statutory-consultees-identified-in-national-planning-policy-or-guidance/> (abgerufen am 19.10.16).

<sup>1072</sup> See Table 1 of the Article 13 of the Development Management Procedure Order (as amended) for minimum requirements: <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2010/2184/article/13/made> (abgerufen am 19.10.16).

<sup>1073</sup> See: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/5/section/18> (abgerufen am 19.10.16).

<sup>1074</sup> See <http://www.wildlifetrusts.org/> (abgerufen am 19.10.16).

<sup>1075</sup> See <http://www.CivilProcedureRulese.org.uk/> (abgerufen am 19.10.16).

<sup>1076</sup> See <http://www.rspb.org.uk/> (abgerufen am 19.10.16).

<sup>1077</sup> See <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2010/2184/article/13/made> (abgerufen am 19.10.16).

consent set out in Regulation 5 of the Listed Building and Conservation Area Regulations<sup>1078</sup> (as amended).

75 Local Authorities have discretion about how they inform communities and other interested parties about planning applications. Article 13 of the Development Management Procedure Order (as amended) sets out the minimum statutory requirements<sup>1079</sup>. The time period for commenting on a planning application are set out in the publicity accompanying a planning application. This will be not less than 21 days, or 14 days where a notice is published in a newspaper.

76 Anyone can respond to a planning consultation. In addition to individuals who might be directly affected by a planning application, community groups and specific interest groups (national as well as local in some cases) may wish to make representations. Once the consultation period has concluded a local planning authority can proceed to determine the planning application. Thus, to *ensure* comments are taken in to account comments must be made before the expiry of the statutory deadline.

77 The public can still submit comments on planning applications after the expiry of the consultation period. However, as the decision can be made any time after the consultation period has expired it is important to do so as quickly as possible and it is not always certain that late comments will be taken into account. The public cannot comment on decided applications.

78 Most planning applications are decided within eight weeks, unless they are unusually large or complex - in which case the time limit is extended to 13 weeks.

***Is there a discourse (relevant literature / case law) on the participation procedure and the possibilities to make objections for e-NGOs with particular regard to the conformity with EU-Law and the AC in your country?***

79 Concerns have been raised about the absence of a third party right of appeal in the town and country planning system<sup>1080</sup>, the impact of new Cabinet Office Consultation Principles<sup>1081</sup> and recent approaches to public participation on transport (such as the High Speed railway 2) and energy infrastructure planning<sup>1082</sup>. However, as a general rule the UK's approach to public participation in administrative decision-making (including environmental NGOs) is broadly satisfactory.

---

<sup>1078</sup> See <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/1990/1519/regulation/5/made> (abgerufen am 19.10.16).

<sup>1079</sup> Supra, n. 58, see Table 1.

<sup>1080</sup> See: <http://www.CivilProcedureRules.org.uk/resources/housing-and-planning/planning/item/1908-third-party-rights-of-appeal-in-planning>. (abgerufen am 19.10.16).

<sup>1081</sup> See Banner, C. (2015) The Aarhus Convention. A Guide for UK Lawyers. Chapter 9, page 196 onwards. Hart publishing

<sup>1082</sup> For a discussion on the latter see Heffron, R.J. and Haynes, P. (2014). 'Challenges to the Aarhus Convention: Public Participation in the Energy Planning Process in the United Kingdom', Journal of Contemporary European Research. 10(2), pp. 236-247. Available at: <http://www.jcer.net/index.php/jcer/article/viewFile/561/462> (abgerufen am 19.10.16).

## 4.5 Intensity of the Judicial Review (gerichtliche Kontrolldichte)

*What are the requirements and limitations as to the intensity and the scope of judicial review in your national legal order in comparison to German law? Are these limitations in conformity with EU law?*

*Please give an overview on the limitations/restrictions of the “intensity of the judicial review” in your national legal order with special regard on the limitations in environmental and planning law. Do Courts have different approaches on e-NGOs’ lawsuits and citizens lawsuits?*

*Is there a discourse (relevant literature/case law) on the limitations of the “intensity of the judicial review” with regard to the conformity with the requirements in EU-Law of both effective justice in environmental matters and effective implementation of certain environmental protection standards (e.g. requirements concerning protected animals according to the Habitats-Directive 92/43/EEC)?*

### Introduction

80 Article 9(2) of the Aarhus Convention requires contracting Parties to ensure that members of the public concerned have access to a review procedure to challenge the procedural and substantive legality of any decision, act or omission subject to the provisions of Article 6 of the Convention.

81 The Aarhus wording is imported into Article 10a of the EC Directive on Environmental Impact Assessment (EIA) via Article 7 of the EC Public Participation Directive (PPD). Article 9(3) of the Convention does not refer specifically to either substantive or procedural legality, instead referring to “acts or omissions [...] which contravene its national law relating to the environment”. As such, the issue to be considered in such a review procedure is whether the act or omission in question contravened any provision – be it procedural or substantive – in national law relating to the environment.

### 4.5.1 The scope of the review in the UK

82 While Judicial Review is ostensibly a process whereby the procedural *and* substantive legality of a decision can be challenged, in practice the main way in which substantive legality can be contested in JR is by applying the *Wednesbury* unreasonableness test where an authority has made a judgment on substantive issues. *Wednesbury* unreasonableness is the usual test for judicial review of administrative action in English law in the absence of illegality or procedural impropriety. In *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v Wednesbury Corporation*<sup>1083</sup>, the English court set out the standard of unreasonableness of public-body decisions that would make them liable to be quashed on JR. This came to be known as *Wednesbury* unreasonableness and was later articulated in *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service*<sup>1084</sup> by Lord Diplock as a decision: “So outrageous in its defiance of logic or accepted moral standards that no sensible person who had applied his mind to the question to be decided could have arrived at it”. It essentially means the court does not intervene and set aside an administrative decision unless it is perverse<sup>1085</sup>.

83 The courts are acutely aware that it is not their role to substitute their judgment for that of the decision-maker, but the *Wednesbury* unreasonable test is, in practice, very difficult to satisfy. The test has, in fact, been under sustained attack for several decades. Lord Lester and Jeffrey Jowell argued in a seminal article<sup>1086</sup> that *Wednesbury* unreasonableness has three serious flaws. First, to label a decision

<sup>1083</sup> [1948] 1 KB 223[1].

<sup>1084</sup> A.C. 374, 410 per Lord Diplock.

<sup>1085</sup> Arden, Lady Justice. (2013). Proportionality: the way ahead? Public Law P.L. (2013) July Pages 498-518.

<sup>1086</sup> Lester, Lord Lester and Jowell, Jeffrey. Beyond *Wednesbury*: Substantive Principles of Administrative Law. [1987] P.L. 368.

“unreasonable” is conclusory and does not give an intellectually honest reason for reaching the conclusion of unreasonableness. This “*naturally encourages suspicion that prejudice or policy may be hiding beneath Wednesbury’s ample cloak*”<sup>1087</sup>. Secondly, *Wednesbury* is unrealistic, because reviewing courts actually sometimes quash decisions that are “*coldly rational*”<sup>1088</sup>. Building on Lester and Jowell’s second criticism, it has been argued that continued invocation of *Wednesbury* borders on dishonesty: “*If the courts really were to restrict rationality review to such manifest absurdity then we would all be out of business, in this area at least. There would be almost no successful challenges of this kind*”<sup>1089</sup>. Thirdly, *Wednesbury* is: “*confusing and tautologous ... It allows the courts to interfere with decisions that are unreasonable, and then defines an unreasonable decision as one which no reasonable authority would take*”<sup>1090</sup>.

84 Ultimately, Lester and Jowell concluded: “*the Wednesbury test, because of its vagueness, allows judges to obscure their social and economic preferences more easily than would be possible were they to be guided by established legal principle*”<sup>1091</sup>.

85 There is no “special provision” in the common law for environmental cases – the threshold for *Wednesbury* unreasonableness is applied uniformly throughout.

86 It has been noted that the primary limitation of JR in England and Wales is its focus on procedural, rather than substantive, impropriety<sup>1092</sup>. This issue was also discussed by the Aarhus Compliance Committee in Communication ACCC/C/2008/C33<sup>1093</sup>. The Committee concluded that the UK allows for members of the public to challenge certain aspects of the substantive legality of decisions, acts or omissions subject to Articles 9(2) and (3) of the Convention including, for example, material errors of fact, errors of law, regard to irrelevant considerations, failure to have regard to relevant considerations, jurisdictional error and *Wednesbury* unreasonableness. However, the Committee was not convinced that the UK, despite these exceptions, meets the standards for review required by the Convention as regards substantive legality. Particular reference was made to criticisms by the House of Lords<sup>1094</sup> and the ECHR<sup>1095</sup>, concerning the very high threshold for review imposed by the *Wednesbury* test. While the Committee, on the basis of the information before it in C33, did not go as far as to find the UK in non-compliance with Article 9(2) or (3), it did suggest (perhaps picking up on submissions made by the UK Government during the hearing) that the application of the “proportionality principle” by the courts in England and Wales could provide a more appropriate standard of review in cases within the scope of the Aarhus Convention.

87 However, the domestic authorities do not appear to share the concerns of the Aarhus Compliance Committee and others. In *Evans*<sup>1096</sup>, the Court of Appeal confirmed that *Wednesbury* unreasonableness is the correct standard of review to apply in cases concerning EIA screening decisions.

<sup>1087</sup> Ibid, 368, 372.

<sup>1088</sup> Ibid.

<sup>1089</sup> Ellis, Evelyn (ed.) (1999). *Unreasonableness and Proportionality in UK Law. The Principle of Proportionality in the Laws of Europe* (Oxford: Hart) p.95.

<sup>1090</sup> Lester, Lord and Jowell, Jeffrey. [1987] *Beyond Wednesbury: Substantive Principles of Administrative Law*. P.L. 368, 372.

<sup>1091</sup> Ibid, 368, 381.

<sup>1092</sup> Donson, F. and Lee, R. (1996). *Environmental Protection: Public or Private Law*. 1 *Judicial Review* 56.

<sup>1093</sup> See <http://www.unece.org/env/pp/compliance/Compliancecommittee/33TableUK.html> (abgerufen am 19.10.16), paragraphs 121-125.

<sup>1094</sup> See, for example, Lord Cooke in *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Daly* [2001] UKHL 26, [2001] 2 AC 532 paragraph 32.

<sup>1095</sup> *Smith and Grady v United Kingdom* (1999) 29 EHRR 493, paragraph 138.

<sup>1096</sup> *Evans -v- Secretary of State for Communities and Local Government* [2013] EWCA Civ 115.

88 In another case called *Evans*<sup>1097</sup> (“*Evans II*”), the English Courts addressed whether JR offered an intensity of review consistent with Article 9(4) of the Aarhus Convention<sup>1098</sup>. The claimant at first instance drew attention to the Compliance Committee’s concerns that the *Wednesbury* test provides an inadequate standard of review. The judge held:

*130 I do not think the provisions of article 9 of the Aarhus Convention really tell against that conclusion. On the contrary, article 9(1) in general terms, so far as concerns requests under article 4 (access to environmental information), requires “access to a review procedure” by an independent and impartial body established by law. That generality of approach is reflected in article 6(2) of the Directive itself.*

*131 It is true that article 9(2) of the Aarhus Convention requires access to such a body “to challenge the substantive and procedural legality of any decision”: albeit that is dealing specifically with requests under article 6 (public participation in decisions on specific activities) and such language is not in fact deployed in article 9(1) of the Aarhus Convention. It is also true that the Implementation Guide to the Aarhus Convention 2nd ed (2013), p 199 asserts that the entitlement to challenge the “substantive and procedural legality” is “implicit” in article 9(1) also; and the 2011 recommendations of the Implementation Committee had indicated concern as to whether a judicial review procedure, of the model adopted under the law of England and Wales, meet the standards of review said to be required by the Aarhus Convention with regard to substantive legality. But the point was tentatively put by the Implementation Committee: and there was, at all events, no finding that the United Kingdom was in non-compliance with article 9 of the Aarhus Convention: see para 127. Moreover, while the Implementation Guide itself may properly be taken into account, it is not binding: any more than are the views of the Implementation Committee.*

*132 Mr Swift cited R (Evans) v Secretary of State for Communities and Local Government [2013] EWCA Civ 114, a case on the Town and Country Planning (Environmental Impact Assessment) (England and Wales) Regulations 1999 (SI 1999/293). Among other things, in that case, article 9 of the Aarhus Convention fell to be considered, including the suggested need for assessment by a court of the substantive and procedural legality of an environmental decision, at para 33. It was observed by Beatson LJ, at para 37 of his judgment (with which Sir Stanley Burnton and Patten LJ agreed), that the expressed concerns of the Aarhus Convention Compliance Committee did not bind the English courts and in any event did not “identify the variations in the intensity of *Wednesbury* review that reflect the nature of the interests affected”.*

*133 As may be gathered from what I have previously said, I attach considerable importance to the principle reaffirmed by Beatson LJ in this last sentence. Judicial review is a procedure consistent with the requirements of article 9(4) of the Aarhus Convention. It is a flexible procedure, enabling an appropriate intensity of review where such intensity of review is called for: see also the analogous reasoning of the Court of Appeal in T-Mobile (UK) Ltd v Office of Communications [2009] 1 WLR 1565—a competition case dealing with Parliament and Council Directive 2002/21/EC. In the present kind of case, close scrutiny by the court is called for: and such close scrutiny of the reasons given for the accountable person’s opinion must require—and has here required—a close scrutiny by the court of the initial decision to withhold. Indeed, if there were substantive or procedural illegality or irregularity in the original decision such a review by the court, under section 53<sup>1099</sup>, should reveal it. In my view, that amply complies with the requirements of article 6(2) of Directive 2003/4.”*

<sup>1097</sup> R (on the application of Rob Evans) v (1) Attorney General (2) Information Commissioner [2013] EWHC 1960 (Admin).

<sup>1098</sup> Ibid, paragraphs 130-138.

<sup>1099</sup> Section 53 of the Freedom of Information Act 2000 (the Act) available here: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/36/section/53> (abgerufen am 19.10.16).

89 Thus, the judge at first instance held JR to be a sufficiently flexible procedure to enable an appropriate intensity of review where such intensity of review is called for. On Appeal in *Evans II*<sup>1100</sup>, the Court of Appeal addressed the slightly different question of the intensity of review required under the EC Directive on Access to Information<sup>1101</sup> (which requires a procedure in which the acts or omissions of the public authority concerned can be reconsidered by that or another public authority or reviewed administratively by an independent and impartial body established by law):

*“Nature of the review required by article 6(2)”*<sup>1102</sup>

68 *We heard a good deal of argument on the question whether article 6(2) requires a full reconsideration of the merits by the court de novo or whether some form of judicial review is sufficient. I have reached a decision on the third issue without addressing this question. In deference to the submissions of counsel, however, it is right that I should say something about it. Miss Rose relies on the statement of Sullivan LJ in the Department for the Environment case [2012] PTSR 1299 (see para 42 above) and submits that article 6(2) requires the court to consider de novo for itself the propriety of releasing the information ...*

69 *Mr Swift says that we should prefer the approach of Beatson LJ in R (Evans) v Secretary of State for Communities and Local Government [2013] JPL 1027. This case involved a different Directive (the “Environmental Impact Assessment Directive”: Council Directive 85/337/EEC as subsequently amended) which concerned environmental impact assessments and which contained provisions derived from the Aarhus Convention. Beatson LJ (with whom the other members of the court agreed) decided that orthodox Wednesbury review is compatible with the requirements of the “access to justice” provisions in the Directive. But since (i) the case involves a different Directive and (ii) the statement of Sullivan LJ is binding on us, I shall not lengthen this judgment by elaborating on the differences between the two Directives to which Miss Rose drew our attention.*

73 *If I had considered that it was necessary to decide what kind of review is required by article 6(2), I would have been inclined to hold that it was not acte clair and to make a reference to the Court of Justice. It seems to me that it is not clear that in relation to article 6(2) the approach of Sullivan LJ in the Department for the Environment case [2012] PTSR 1299 is to be preferred to that of Beatson LJ in the Evans case [2013] JPL 1027. The policy imperatives of the Aarhus Convention and the Directive are clear enough in broad terms. The difficult question is whether a Wednesbury review is sufficiently flexible to meet the requirements of article 6(2)”.*

90 The Supreme Court handed down its judgment in *Evans II* on 26<sup>th</sup> March 2015<sup>1103</sup>. While the noble Lords did not express a definitive view on the “difficult question” of “whether a Wednesbury review is sufficiently flexible to meet the requirements of Article 6(2)”<sup>1104</sup> [of EC Directive 2003/4/EC<sup>1105</sup>],

<sup>1100</sup> R (on the application of Evans) (Appellant) v Attorney General (Respondent) & Information Commissioner (Interested Party) [2014] EWCA Civ 254.

<sup>1101</sup> Directive 2003/4/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on public access to environmental information and repealing Council Directive 90/313/EEC.

<sup>1102</sup> Article 6(1) of EC Directive 2003/4/EC states: “Member States shall ensure that any applicant who considers that his request for information has been ignored, wrongfully refused (whether in full or in part), inadequately answered or otherwise not dealt with in accordance with the provisions of Articles 3, 4 or 5, has access to a procedure in which the acts or omissions of the public authority concerned can be reconsidered by that or another public authority or reviewed administratively by an independent and impartial body established by law. Any such procedure shall be expeditious and either free of charge or inexpensive”. Article 6(2) states: “In addition to the review procedure referred to in paragraph 1, Member States shall ensure that an applicant has access to a review procedure before a court of law or another independent and impartial body established by law, in which the acts or omissions of the public authority concerned can be reviewed and whose decisions may become final. Member States may furthermore provide that third parties incriminated by the disclosure of information may also have access to legal recourse”.

<sup>1103</sup> See: [https://www.supremecourt.uk/decided-cases/docs/UKSC\\_2014\\_0137\\_Judgment.pdf](https://www.supremecourt.uk/decided-cases/docs/UKSC_2014_0137_Judgment.pdf) (abgerufen am 19.10.16).

<sup>1104</sup> See R (on the application of Evans) (Appellant) v Attorney General (Respondent) & Information Commissioner (Interested Party) [2014] EWCA Civ 254, paragraph 73.

grave doubts were expressed about the extent to which JR represents a suitable standard of review. In particular, Lord Wilson noted that it “remains difficult to shoe-horn the facility for judicial review into the requisite review procedure<sup>1106</sup>”.

91      *Additionally, Lord Neuberger held:*

*“105 ... In that connection, Mr Eadie contends that the fact that a section 53 certificate can be challenged by a domestic judicial review satisfies the requirements of articles 6.2 and 6.3, as the court’s decision on a judicial review is “final” and “binding on the public authority concerned”. A domestic judicial review does not normally involve reconsideration of the competing arguments or “merits”. However, it seems to me clear that article 6.2, with its stipulation that the court should be able to “review” the “acts and omissions of the public authority concerned”, requires a full “merits” review. Even assuming in the Attorney General’s favour that, on a domestic judicial review, the court could, unusually, consider the merits, it gets him nowhere at least in a case such as this, where a tribunal has ruled that the information should be disclosed and the certificate is merely based on the fact that he disagrees with the final decision of the Upper Tribunal...*

92      *And Lord Wilson:*

*185. The fifth recital to the Directive explains that its purpose was to make EU law consistent with the Aarhus Convention dated 25 June 1998 (“the Convention”), the subjects of which, in the words of its title, were “access to information, public participation in decision-making and access to justice in environmental matters”. So access to justice was the third pillar of the Convention and was the subject of detailed provision in its article 9, paragraph 1 of which was the subject of efficient transposition into article 6 of the Directive. But article 6 should not be subject to the intricate analysis apt to a domestic statute. It required the provision to Mr Evans of a right to invoke two robust, independent inquiries into whether the refusal to give him the environmental information was in accordance with the Directive. But, while they are obliged to achieve the result envisaged by a directive, and in particular to provide effective judicial protection for an individual’s exercise of such rights as it confers, member states have “the freedom to choose the ways and means of ensuring that a directive is implemented”: paras 40 to 47 of the judgment of the Grand Chamber of the ECJ in the Impact case, cited at para 106 above.*

*187. The Attorney General seeks a ruling that the facility for judicial review of a section 53 certificate satisfies the paragraph 2 requirement for a review procedure before a court of law. He may in part be motivated to do so by his wish to preserve the facility for a certificate to be given following a decision notice served by the Commissioner and prior to any appeal. If in such circumstances the paragraph 2 requirement is to be satisfied, it can be satisfied only by the facility for the applicant to seek judicial review of the section 53 certificate. At all events the Attorney General cites the decision of the Court of Appeal in *T-Mobile (UK) Ltd v Office of Communications* [2008] EWCA Civ 1373, [2009] 1 WLR 1565, in which an article of an EU directive required provision of an “effective appeal mechanism” in which “the merits of the case are duly taken into account”. Although ultimately there was no argument to the contrary, Jacob LJ concluded, at para 19, that the jurisdiction to conduct a judicial review was flexible enough to accom-*

---

<sup>1105</sup> Article 6(2) of the Directive 2003/4/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on public access to environmental information and repealing Council Directive 90/313/EEC implementing Article 9(1) Aarhus Convention.

<sup>1106</sup> See Supreme Court judgment paragraph 187.

*moderate whatever standard the article required; and in paras 20 to 29 he convincingly set out the grounds of his conclusion. Nevertheless it remains difficult to shoe-horn the facility for judicial review into the requisite review procedure. However intense the judicial scrutiny, the focus of the judicial review can only be upon whether the accountable person had formed his opinion on reasonable grounds; but I agree with the Court of Appeal that paragraph 2 requires that the focus of the review procedure should be upon whether refusal of the information was in accordance with the Directive. Grave doubts about whether, in the case of environmental information, judicial review can satisfy the paragraph 2 requirement should lead an accountable person to be even more cautious before deciding to give a certificate under section 53 in relation to a decision notice served by the Commissioner rather than to appeal against it to the First-tier Tribunal (own emphasis added).*

93 Thus, significant doubts have been expressed by the Supreme Court as to the extent to which JR may be able to satisfy the intensity of review required by both Article 9(2) of the Aarhus Convention and Article 6(2) of EC Directive 2003/4/EC on Public Access to information.

94 In Scotland, the Inner House set out its view on the scope of JR in fairly bleak terms in the case of *Viking*<sup>1107</sup>. The case concerned a grant of permission by the Scottish Ministers for the Viking Wind Farm on central Shetland in 2012. The Petitioner (Sustainable Shetland) applied for a JR, seeking reduction of the Scottish Ministers' decision on the grounds, *inter alia*, that they had failed to take into account their duties under the EC Wild Birds Directive<sup>1108</sup> in respect of a species of bird called the whimbrel. In October 2013, Lady Clark of the Outer House held the Scottish Ministers had failed to comply with their obligations under the Birds Directive. In 2014, the Inner House overturned Lady Clark's Opinion on the basis that her jurisdiction should be confined to an examination as to whether the grant of consent had been a lawful decision as opposed to whether the Scottish Ministers had demonstrated a proper understanding of, and compliance with, the Directive. The Inner House held that the obligation to comply with the Birds Directive is an entirely factual question for the Scottish Ministers to determine and that "*once that conclusion was arrived at, the Wild Birds Directive, and any associated problems of interpretation and application, fell out of the picture as far as this proposal was concerned*<sup>1109</sup>".

95 This judgment raises a number of concerns. As the Scottish Minister's decision letter confirmed a divergence in view as to the potential effect of the wind farm on the UK whimbrel population (SNH as statutory advisers (and RSPB) believing the impact to be nationally significant and the Scottish Ministers holding it to be less so), it is arguable that it was appropriate, if not necessary, for Lady Clark to examine whether the Ministers had properly understood or interpreted their duties under the Birds Directive.

96 The case went to the Supreme Court<sup>1110</sup>, which considered the respective approach of the courts below - the Lord Ordinary on the one hand requiring the Scottish Ministers to, in effect, conduct a full review of their functions under the Birds Directive and that of the Inner House - that the Directive was but one of a number of material considerations to be taken into account in reaching a lawful decision whether to grant consent under the Electricity Act 1989.

97 Lord Carnwath held that, in principle, the Inner House was "*clearly right*" in that the ministers' functions in this case derived, not from the Birds Directive, but from their statutory duty to consider a

<sup>1107</sup> *Sustainable Scotland v The Scottish Ministers* [2014] CSIH 60 – see: <http://www.scotcourts.gov.uk/search-judgments/judgment?id=cdc395a6-8980-69d2-b500-ff0000d74aa7> (abgerufen am 19.10.16).

<sup>1108</sup> Directive 2009/147/EC.

<sup>1109</sup> *Supra*, n.43, paragraphs 23-27.

<sup>1110</sup> *Sustainable Shetland (Appellant) v The Scottish Ministers and another (Respondents) (Scotland)* [2015] UKSC 4. See [https://www.supremecourt.uk/decided-cases/docs/UKSC\\_2014\\_0216\\_judgment.pdf](https://www.supremecourt.uk/decided-cases/docs/UKSC_2014_0216_judgment.pdf) (abgerufen am 19.10.16).

proposal for development under the Electricity Act 1989. However, the noble Lord also held that it did not follow that, once it had been decided that the impact on whimbrel population was not of significance, the Directive (in the words of the Inner House) “*fell out of the picture*”. If there had been evidence that the proposal, while having no significant effect in itself on the whimbrel population, might prejudice the fulfilment of the ministers’ duties under the Directive, this would have been a potential objection which required consideration. As such, while the Supreme Court considered the approach of the Inner House too extreme, it refrained from providing an explicit view on whether JR fulfils the requirements of Article 9(2) of the Convention.

98 Most recently, in *RSPB v Defra*<sup>1111</sup>, Lord Justice Sullivan neatly summarised the limitations of JR as a review mechanism in environmental cases. When examining which population of Black-Headed gulls on the Ribble Estuary Special Protection Area (SPA) gave the most representative figure, the Secretary of State had discounted a 1999 figure of 14,300 individuals. Sullivan, LJ commented that ascertaining the baseline figure for the assemblage was not simply a mathematical exercise, it required the Secretary of State to exercise his planning judgment as to which counts would give the most representative figure. The Secretary of State had given reasons for excluding the 1999 figure. While those reasons were “*intelligible*”, the judge observed that: “*If this was an appeal on the merits I would have said that they are unconvincing, but I am unable to conclude that they are irrational*”.

#### **4.5.2 Conclusion**

99 While the Supreme Court has been invited to confirm its view on the extent to which JR satisfies the requirement for a review of “substantive legality” under Article 9(4) the Aarhus Convention, it has unfortunately failed to do so. The Compliance Committee has left the door ajar for a subsequent Communication on this point, suggesting also that proportionality may provide a suitable standard of review for such cases. It is understood that NGOs in the UK are investigating this possibility with a view to making further submissions to the Compliance Committee.

---

<sup>1111</sup> Court of Appeal Judgment 18.3.15 [2015] EWCA Civ 227.

## 4.6 Legal Costs

***Please give a general overview on how the distribution of costs for court fees, lawyer fees, expert fees, including fees for expert studies, or witness fees is regulated in your national legal order. Have there been any new regulations since the 2012 EU study to ensure that the access to justice in environmental matters is not prohibitively expensive? Do your national courts put in practice the rulings of the ECJ to ensure that the legal costs are not prohibitively expensive (e.g. with granting legal aid on an individual basis)?***

### Introduction

100 The extraordinarily high cost of pursuing Judicial Review in the UK has generated significant debate in recent years. The ensuing national and international concern forced the devolved administrations to introduce separate costs regimes for environmental cases in 2013. These regimes now cap the liability of unsuccessful claimants for the costs of the defendant public body in Judicial Review (“adverse costs”) to pre-determined, quantifiable amounts and make special provision for interim relief. There is no doubt the new regimes are encouraging claimants to contemplate legal action, although a variety of new challenges, and the primary limitation of JR as a procedural review, serve to constrain advancements in this context. The efficacy of the new schemes, and relevant developments impacting on legal costs, are outlined below.

### 4.6.1 Costs in England and Wales

#### 4.6.1.1 What do “legal costs” cover?

101 Costs can typically include lawyers’ fees, witness and expert fees, court fees, travel, copying and VAT.

102 The court fees do not vary according to the value of the case (i.e. the German civil law system incorporating ‘Streitwert’ does not apply). However, the court fees for Judicial Review in England and Wales have doubled since 2014. A fee of £140 (previously £60) is payable when a claimant lodges an application for permission to apply for JR at the High Court. A further £700 (previously £215) is payable if permission is granted and the claimant wishes to pursue the claim<sup>1112</sup>. If permission is refused on the papers, there is a £350 fee on request to reconsider at a hearing a decision on permission and a further £350 payable if permission is granted (making a similar total of £840 payable).

103 The cost of applying for permission to appeal to the Supreme Court was increased in 2011 from £800 to £1000<sup>1113</sup> and the current cost of filing a notice of appeal is £1600. If permission is granted, there is a charge of £800 to proceed and £4280 to file a statement of facts and issues, making the court fees alone for the Supreme Court total in excess of £6,000.

#### 4.6.1.2 Costs – the general rule

104 The general principle in the UK is that “costs follow the event” (i.e. the unsuccessful party pays the costs of the successful party). However, following judgments of the CJEU in *Commission v United Kingdom*<sup>1114</sup> and *Edwards v Environment Agency*<sup>1115</sup>, the Ministry of Justice introduced special costs

<sup>1112</sup> See the Schedule to The Civil Proceedings Fees (Amendment) Order 2014 available at: <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2014/874/schedule/made> (abgerufen am 19.10.16).

<sup>1113</sup> Supreme Court Fees (Amendment) Order 2011 (SI 1737 (L16) /2011).

<sup>1114</sup> Case C-530/11 – infraction proceedings brought against the UK as a result of a complaint lodged by a coalition of NGOs in 2005.

<sup>1115</sup> *Edwards v Environment Agency* (Case C-260/11) and *R (Edwards) v Environment Agency* (No. 2) [2013] UKSC 78).

rules for JRs concerning environmental matters (“Aarhus Convention claims”), which took effect in England and Wales<sup>1116</sup> on 1<sup>st</sup> April 2013.

105 Civil Procedure Rule 45.41 (2) defines an Aarhus Convention claim as: “*a claim for judicial review of a decision, act or omission all or part of which is subject to the provisions of the ... [Aarhus Convention], including a claim which proceeds on the basis that the decision, act or omission, or part of it, is so subject*”. The regime in England and Wales currently excludes cases brought by way of statutory review (unlike Northern Ireland, discussed below).

106 Practice Direction 45<sup>1117</sup> sets limits on the costs recoverable from a party in an Aarhus Convention claim in England and Wales. The cap on the costs recoverable from an unsuccessful claimant is £5,000 in respect of an individual and £10,000 in all other cases. However, PD45 also limits the costs that can be recoverable by a successful claimant to £35,000 (the so-called “cross-cap”).

107 Where the claimant asserts the claim is an Aarhus Convention claim, these figures apply unless the defendant challenges that fact and the court upholds the challenge. Where the court does not uphold the challenge, it will normally order the defendant to pay the claimant’s costs of defending the claim on an indemnity basis. This has the effect of generally dissuading defendants from challenging the status of the claim.

108 The UK’s First Progress Report to the Aarhus Convention Compliance Committee in respect of Decision V/9n<sup>1118</sup> confirms that the Government undertook a cross-departmental exercise to review the costs regime for cases under the Aarhus Convention in late 2013. It is understood that consideration was given to amending the current costs caps of £5,000 for individuals and £10,000 for organisations, although no announcement has subsequently been made.

109 There is widespread concern amongst environmental NGOs that the adverse caps of £5,000 and £10,000 are too high, particularly for individual claimants. The CJEU judgments in *Commission v UK*<sup>1119</sup> and *Edwards*<sup>1120</sup> confirm that the figures of £5,000 and £10,000 must be “not prohibitively expensive” for claimants on both an objective *and* subjective basis, i.e. they must not be prohibitively expensive on an objective view and they must not be prohibitively expensive for *that particular claimant*. There are, therefore, calls on the Government to amend the CIVIL PROCEDURE RULES to make provision for the figures to be reduced on cause shown, as is currently the case in Scotland.

110 Similarly, there is criticism that the cross cap of £35,000 is unfair and contrary to the letter and spirit of the Aarhus Convention. It is argued that there is no basis for such a measure in the Aarhus Convention – prohibitive expense applies to the claimant (not the defendant public body) and, as such, provision for a cross-cap should be removed from the CIVIL PROCEDURE RULES.

#### 4.6.1.3 Appeal costs

111 There are no special provisions covering the costs of appeals in Aarhus Convention claims. Civil Procedure Rule 52.9A makes general provision in relation to the costs of an appeal:

*(1) In any proceedings in which costs recovery is normally limited or excluded at first instance, an appeal court may make an order that the recoverable costs of an appeal will be limited to the extent which the court specifies.*

<sup>1116</sup> Similar schemes were introduced in Scotland and Northern Ireland shortly afterwards.

<sup>1117</sup> See Practice Direction 45 (Fixed Costs) available at: <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part45-fixed-costs/practice-direction-45-fixed-costs#5.1> (abgerufen am 19.10.16).

<sup>1118</sup> Concerning Communication C33. See. <http://www.unece.org/env/pp/compliance/Compliancecommittee/33TableUK.html> (abgerufen am 19.10.16).

<sup>1119</sup> See paragraphs 47-51 of the judgment.

<sup>1120</sup> See paragraphs 40-48 of the judgment.

(2) In making such an order the court will have regard to –

(a) the means of both parties;

(b) all the circumstances of the case; and

(c) the need to facilitate access to justice.

(3) If the appeal raises an issue of principle or practice upon which substantial sums may turn, it may not be appropriate to make an order under paragraph (1).

(4) An application for such an order must be made as soon as practicable and will be determined without a hearing unless the court orders otherwise.

112 Thus, while a claimant at first instance can ascertain their precise adverse costs liability should they be unsuccessful in advance of lodging an application for JR, an appellant has no such certainty. It is currently up to the judge to decide, on the circumstances of each case, whether the original cap covers the appeal, whether the same cap is imposed again (i.e. making a total adverse costs liability of £10,000 for individuals and £20,000 for all other cases) or whether an entirely new figure is appropriate. The uncertainty surrounding the extent of liability for adverse costs on appeal(s) remains an issue of concern to NGOs working in this field.

#### 4.6.1.4 Injunctive relief and cross-undertakings in damages

113 The lodging of an application, or the granting of permission, does not have an automatic suspensive effect in the UK. However, in accordance with CIVIL PROCEDURE RULES Part 25, the court may grant an interim injunction at any time in the course of JR proceedings. This order could be granted conditionally or unconditionally until 2010, at which point the CIVIL PROCEDURE RULES was amended to *require* claimants to provide a cross-undertaking in order to secure interim relief<sup>1121</sup>. Such an undertaking requires the claimant to agree to reimburse the defendant for any loss suffered by reason of the injunction if it subsequently transpires that it ought not to have been granted. The cross-undertaking has been described as the “price” of an injunction – if the applicant is unwilling to pay the price he does not get the injunction.

114 In April 2011, the Aarhus Compliance Committee found that the high costs involved in pursuing injunctive relief effectively amount to prohibitively expensive procedures that are in non-compliance with Article 9(4) of the Aarhus Convention<sup>1122</sup>. Similarly, in *Commission v UK*, the CJEU held that the requirement that proceedings not be prohibitively expensive applies also to the financial costs resulting from measures which the national court might impose as a condition for the grant of interim measures in cases falling within Articles 3(7) and 4(4) of the EC Public Participation Directive<sup>1123</sup> and that “*the system of cross-undertakings in respect of the grant of interim relief constitutes an additional element of uncertainty and imprecision so far as concerns compliance with the requirement that proceedings not be prohibitively expensive*”.

115 In light of the CJEU judgment, in 2013 Practice Direction 25A (Interim Injunctions) was duly amended as follows:

“5.1B

---

<sup>1121</sup> See Practice Direction 25A – Interim Injunctions, paragraph 5.1 available at: [www.justice.gov.uk/guidance/courts-and-tribunals/courts/procedure-rules/civil/contents/practice directions/pd part25a.html](http://www.justice.gov.uk/guidance/courts-and-tribunals/courts/procedure-rules/civil/contents/practice%20directions/pd%20part25a.html) (abgerufen am 19.10.16).

<sup>1122</sup> See <http://www.unece.org/env/pp/compliance/Compliancecommittee/33TableUK.html> (abgerufen am 19.10.16).

<sup>1123</sup> See *Commission v UK* (Case C-530/11) paragraphs 64-70 and *Edwards and Pallikaropoulos* (Case C-260/11) paragraphs 27 and 28.

(1) *If in an Aarhus Convention claim the court is satisfied that an injunction is necessary to prevent significant environmental damage and to preserve the factual basis of the proceedings, the court will, in considering whether to require an undertaking by the applicant to pay any damages which the respondent or any other person may sustain as a result and the terms of any such undertaking –*

*(a) have particular regard to the need for the terms of the order overall not to be such as would make continuing with the claim prohibitively expensive for the applicant; and*

*(b) make such directions as are necessary to ensure that the case is heard promptly.*

*(2) ‘Aarhus Convention claim’ has the same meaning as in rule 45.41(2).”*

116 Whilst seemingly a step forward, the fact that a claimant may still have to provide the court with a cross-undertaking in damages remains a dissuasive factor. To the author’s knowledge, there have been no applications for interim relief following the introduction of this new provision in the CIVIL PROCEDURE RULES in 2013.

#### 4.6.1.5 Exclusion of statutory appeals

117 The costs regimes for Aarhus Convention claims introduced in 2013 only apply to applications for JR. Civil Procedure Rule 45.41 (2) defines an Aarhus Convention claim as: “*a claim for **judicial review** of a decision, act or omission all or part of which is subject to the provisions of the ... [Aarhus Convention], including a claim which proceeds on the basis that the decision, act or omission, or part of it, is so subject*” (own emphasis added).

118 Thus, appeals against statutory bodies (such as appeals under sections 288 of the Town and Country Planning Act 1990) are not covered. This shortfall (which contrasts with the position in Northern Ireland) was highlighted in the recent case of *Venn*<sup>1124</sup>, in which Lord Justice Sullivan noted that the availability of Protective Costs Orders for environmental cases falling within the Aarhus Convention had been deliberately limited to JRs and did not extend to statutory appeals or applications. The judge held that it was not appropriate for the court to exercise its discretion to grant costs protection in respect of an application to quash planning permission under s.288 of the Town and Country Planning Act 1990 as that would side-step a limitation deliberately enacted in the CIVIL PROCEDURE RULES to give effect to a Convention which had not been directly incorporated into domestic law, but noted that legislative action was necessary to remedy Rule 45.41’s non-compliance with the Aarhus Convention.

#### 4.6.1.6 Protected Costs Orders (PCOs)

119 In private law cases (e.g. nuisance proceedings), claimants must apply to the court for a Protected Costs Order (PCO). A PCO is an order of the court that the claimant is not liable to pay the costs of a successful defendant or that his liability to pay will be limited to a particular amount.

120 The decision to grant a PCO is one of the discretion of the courts, and until recently they were fairly rare. In the context of JR proceedings, they were given a significant boost by the Court of Appeal in *R (Corner House Research) v Secretary of State for Trade and Industry*<sup>1125</sup> (“*Corner House*”). In *Corner House*, the Court of Appeal held that a PCO may be made at any stage of the proceedings, on such conditions as the court thinks fit, provided that the court is satisfied that:

**(a) The issues are of general public importance;**

**(b) The public interest requires that those issues should be resolved;**

---

<sup>1124</sup> Secretary of State for Communities & Local Government v Sarah Louise Venn [2014] EWCA Civ 1539.

<sup>1125</sup> [2005] 1 WLR 2600.

**(c) The claimant has no private interest in the outcome of the case;**

**(d) Having regard to the financial resources of the parties and the amount of costs likely to be involved, it is fair and just to make the order; and**

**(e) If the order is not made, the claimant will probably discontinue the proceedings and will be acting reasonably in so doing.**

121 The court also made it clear that if the lawyers acting for the claimant were acting *pro bono* this would be likely to enhance the merits of the application for a PCO. Shortly afterwards, in *McArthur v Lord Advocate*<sup>1126</sup>, the Scottish Court of Session recognised its competency to grant Protective Expenses Orders (PEOs), with similar guidelines to those set out in *Corner House*, above.

122 However, *Corner House* was not an environmental case and was not driven by Aarhus conditions concerning the principle of “not prohibitively expensive”. Some of the limitations imposed by the Court of Appeal were problematic in practice – for example, in *Berkeley*<sup>1127</sup>, Mr Justice Underhill refused an application for a PCO on the basis that the issues raised, despite involving a large development in a prominent local site, was not one of general public importance. Moreover it was clear that the text of “no private interest” is not one that appears in the Aarhus access to justice provision, nor the EU Directives replicating them.

123 In 2010, the Court of Appeal in *Garner* recognized that the Corner House limitations could not apply where EU access to justice provisions applied and that they must be modified, “*insofar as it is necessary to secure compliance with the directive*”. Essentially the tests of general public importance and no private interest no longer applied, at least in cases where the EU Directive was involved<sup>1128</sup>.

124 The principles established in *Garner* have now, at least as far as JR is concerned, been superseded by the introduction of the new costs rules for Aarhus Convention claims in 2013 discussed above.

125 However, the position with regard to private law cases remains uncertain and unsatisfactory. In *Morgan v Baker*<sup>1129</sup>, the Court of Appeal held that the requirement of the Aarhus Convention that costs in environmental proceedings should not be “prohibitively expensive” was, at most, a matter to which the court might have regard in exercising its discretion with regard to costs. Similarly, in *Miller Argent*<sup>1130</sup>, the Court of Appeal held that while private nuisance actions were, in principle, capable of constituting procedures which fell within the scope of the Aarhus Convention, the requirement in Article 9(4) of the Convention that proceedings should not be prohibitively expensive was no more than a factor to be taken into account when considering a claimant’s application for a PCO. In *Miller Argent*, the Court of Appeal held that the judge at first instance had correctly exercised his discretion when refusing to make a group litigation order under CIVIL PROCEDURE RULES r.19.11 for prospective claimants to bring an action in private nuisance and, as no submissions on the Aarhus Convention had been made during the course of the application, he was right to order that the applicants pay the costs of the application.

<sup>1126</sup> 2006 SLT 170.

<sup>1127</sup> *River Thames Society v First Secretary of State & 3 ORS sub nom Lady Berkeley v First Secretary of State* [2006] EWHC 2829, see paragraph 10.

<sup>1128</sup> It was accepted that the access to justice provisions in the EIA directive as amended had direct effect and therefore could be involved by the claimant. In other cases, it would be far less certain that a court would feel obliged to modify the Corner House principles. UK law has adopted a dualist approach to international public law, and provisions of Aarhus, though influential, cannot be directly relied upon in the UK Courts.

<sup>1129</sup> (1) *Francis Roy Morgan* (2) *Catherine Margaret Baker* (Appellants) v *Hinton Organics (Wessex) Ltd* (Respondent) & CAJE (Intervenor) [2009] EWCA Civ 107.

<sup>1130</sup> *Alyson Austin & Ors v Miller Argent (South Wales) Ltd* [2011] EWCA Civ 928.

#### 4.6.1.7 Criminal Justice and Courts Act 2015

##### Implications for environmental cases

126 While it is assumed that the introduction of new costs regimes for environmental cases has enabled claimants to bring cases to the High Court more readily<sup>1131</sup>, the incoming 2010 coalition Government sustained a systematic attack on Judicial Review as a mechanism to hold public bodies to account. While new legislative provisions and dramatic drops in public funding have not targeted environmental claims in particular, such cases have been a casualty of these generalised measures. As such, advances resulting from European infraction proceedings and the findings of the Aarhus Compliance Committee have undoubtedly been mitigated.

127 Part 4 of the Criminal Justice and Courts Act 2015<sup>1132</sup> inserts a number of provisions into the Senior Courts Act 1981 concerning applications for JR<sup>1133</sup>. It is unclear what effect some of these new provisions will have on Aarhus Convention claims. However, it would appear that provisions relating to the provision of financial information and interveners (discussed below) will apply to environmental cases.

##### Definition of environmental cases

128 Section 90 of the CJC Act 2015 gives the Lord Chancellor the power to make Regulations providing that provisions relating to the capping of costs in sections 88 and 89 of the Act (see below) do *not* apply to environmental cases. However, there is presently no statutory definition of an environmental case or Aarhus Convention claim. The general position is that the broad definition of “environmental information” in Article 2(3) of the Aarhus Convention is taken as the basis for determining whether a case is an Aarhus Convention claim under Civil Procedure Rule 45.53. The leading authority on this point is *Venn v Secretary of State for Communities and Local Government*<sup>1134</sup>, in which the Court of Appeal held that since administrative matters likely to affect “*the state of the land*” are classed as “*environmental*” under Aarhus, the definition of “environmental” in the Convention is arguably broad enough to catch many planning matters. The definition of environmental cases is, therefore, currently broad (at least in England and Wales).

129 Section 90 of the CJCA 2015 gives the Secretary of State the power to define, by way of Statutory Instrument, Aarhus Convention claims. The “worst case scenario” would be for the Secretary of State to define environmental cases as only those falling within the ambit of the EC Public Participation Directive (i.e. cases concerning Integrated Pollution Prevention and Control (IPPC) and Environmental Impact Assessment (EIA)) for the purpose of costs protection under the Civil Procedure Rules. This is currently the case in Scotland and is believed to be a major limitation (see below).

##### Information about financing of JR applications

---

<sup>1131</sup> It should be noted that while this is assumed to be the case by practitioners and NGOs, there is no statistical data on which to base this assertion. The author has attempted to obtain data on the number of applications for environmental JRs lodged since 2013. However, the Ministry of Justice has refused to disclose data on the basis that it is not environmental information for the purposes of the Environmental Information Regulations 2004 and that the request is “manifestly unreasonable” under the Freedom of Information Act 2000. The author is currently challenging the refusal to disclose information through the Information Rights Tribunal (hearing scheduled for June 2015).

<sup>1132</sup> See [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/2/pdfs/ukpga\\_20150002\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/2/pdfs/ukpga_20150002_en.pdf) (abgerufen am 19.10.16).

<sup>1133</sup> Part 4 also inserts provisions into the Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007 in respect of the jurisdiction of the Upper Tribunal to hear JR applications.

<sup>1134</sup> [2014] EWCA Civ 1539, at §11.

130 Section 85 of the CJCA 2015 inserts new provisions into section 31(3) of the Senior Courts Act 1981, which concerns applications for leave (permission) to apply for JR<sup>1135</sup>.

131 When applying for leave to apply for JR, applicants must show that they have a sufficient interest in the matter to which the application relates<sup>1136</sup>. Section 85(1) and (2) of the CJCA 2015 amends 31(3) of the SCA 1981 so that applicants will also have to provide the court with any information about the financing of the application that is specified in rules of court for the purposes of this application. The information that may be specified includes:

- information about the source nature and extent of financial resources available, or likely to be available, to the applicant to meet liabilities arising in connection with the application, and
- if the applicant is a body corporate that is unable to demonstrate that it is likely to have financial resources available to meet such liabilities, information about its members and about their ability to provide financial support for the purposes of the application.

132 The level of financial support (whether direct or indirect) above which information must be provided for a body corporate will be set out in Rules of court.

133 Section 86 of the CJCA 2015 applies when the High Court, the Upper Tribunal or the Court of Appeal is determining costs in JR proceedings. When making an order for costs, the court or tribunal will be required to have regard to the information about the financing of the proceedings provided under section 31(3)(b) of the SCA 1981. In particular, the court must consider whether any other person (other than a party to the proceedings) who is identified in that information as someone who is providing financial support for the purposes of the proceedings or likely or able to do so, should be liable for costs.

134 These new provisions means that all individuals and bodies providing funds towards a JR (above an as yet undefined threshold, but thought to be in the order of £1,500<sup>1137</sup>) will have to be declared and information about the extent of their financial resources supplied to the court. The declaration has to include those who are “likely” to support the action. The court “*must*” then consider awarding court costs against those individuals/bodies identified by charities. The general view amongst NGOs is that these measures were introduced to dissuade individuals and groups from providing funding for JRs, thus reducing the number of claims being brought against public bodies<sup>1138</sup>.

## Interveners

135 Section 87 CJCA 2015 applies where a person (or organisation) who is not a relevant party to the proceedings<sup>1139</sup> is granted permission to file evidence or make representations in JR proceedings (“interveners”<sup>1140</sup>).

---

<sup>1135</sup> See <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/54/section/31> 8abgerufen am 19.10.16).

<sup>1136</sup> Section 31(3) SCA 1981.

<sup>1137</sup> During the passage of the Criminal Courts and Justice Bill, the Government tabled an amendment requiring that the court and tribunal procedure rules that implement the clause include a minimum threshold for contributions, so that those who contribute an amount below that threshold need not be identified in the information provided to the court. The figure suggested by the Government to be included in a subsequent public consultation was £1,500.

<sup>1138</sup> See, for example, briefings produced by Wildlife and Countryside Link here: [http://www.wcl.org.uk/docs/Criminal\\_Justice\\_Courts\\_Bill\\_Wildlife\\_Countryside\\_Link\\_briefing\\_July\\_2014.pdf](http://www.wcl.org.uk/docs/Criminal_Justice_Courts_Bill_Wildlife_Countryside_Link_briefing_July_2014.pdf) (abgerufen am 19.10.16).

<sup>1139</sup> A relevant party includes any of the following: (a) a person who is or has been an applicant or defendant in the proceedings; (b) a person who is or has been an appellant or respondent in the proceedings; (c) any other person who is or has been directly affected by the proceedings and on whom the application for judicial review, or for leave to apply for JR has been served.

136 Section 87(3) of the Act provides that a relevant party to the proceedings may not be ordered by the High Court or the Court of Appeal to pay the intervener's costs in connection with the proceedings, unless exceptional circumstances apply. However, where a relevant party to the proceedings applies to the court and the court is satisfied that one of the conditions below is satisfied, the court must order the intervener to pay any costs specified in the application that the court considers have been incurred by the relevant party as a result of the intervener's involvement in that stage of the proceedings<sup>1141</sup>. The conditions are:

- the intervener has acted, in substance, as the sole or principal applicant, defendant, appellant or respondent;
- the intervener's evidence and representations, taken as a whole, have not been of significant assistance to the court;
- a significant part of the intervener's evidence and representations relates to matters that it is not necessary for the court to consider in order to resolve the issues that are the subject of the stage in the proceedings; or
- the intervener has behaved unreasonably.

137 The court is not required to make an order for costs against an intervener if it considers that there are exceptional circumstances that make it inappropriate to do so (these exceptional circumstances will be specified in rules of court).

138 Prior to the CJC Act 2015, the position on costs in legal proceedings was entrusted largely to the courts' general discretion to be exercised in light of all the circumstances of the case<sup>1142</sup>. Statutory provisions directing courts as to when they can, and cannot, order costs to be paid in relation to proceedings before them are unusual. In practice, individuals and NGOs seeking to intervene in proceedings were asked to provide assurances to the court that they will not seek to make an application for an order for costs against any of the relevant parties, i.e. that they will simply cover their own costs.

139 As a result of the CJC 2015, interveners will be at risk of an order for costs where costs have been incurred by a relevant party as a result of the intervener's involvement and the court is satisfied that one of the four listed circumstances are satisfied. As such, the Act introduces a new and unwelcome element of uncertainty with regard to adverse costs.

140 Most of the conditions in section 87 are uncontroversial - the court can already make an order for costs against any party that has behaved unreasonably. The most worrying condition is that the intervener's evidence and representations, taken as a whole, are not considered to have been of significant assistance to the court. This will place a relatively high burden on the intervener to contribute something that none of the relevant parties have raised themselves. In reality, this provision is likely to be an unhelpful step and will defer individuals and NGOs from intervening in cases.

---

<sup>1140</sup> According to the Explanatory Notes to the Bill, the new presumption only applies where an intervener applies to the court for permission either to provide evidence or make submissions to the court. It does not apply where a person or body is invited by the court to intervene, because in such cases the intervener does not require the intervener to be granted permission.

<sup>1141</sup> Section 87(4) CJC 2015.

<sup>1142</sup> With the exception of environmental claims following the introduction of the Aarhus costs rules in CIVIL PROCEDURE RULES 45.53 in April 2013.

#### 4.6.1.8 Public funding

141 Despite dramatic cuts in public funding since 2010, legal aid is still available for Judicial Review cases<sup>1143</sup>. Whether an individual qualifies for public funding will depend upon the merits of the case (including the likelihood of success and benefit to the client<sup>1144</sup>) and the completion of a financial eligibility check<sup>1145</sup>. In reality, public funding is very difficult to obtain in environmental cases unless the case is of wider public interest. It should also be noted that NGOs are not eligible for public funding in any event.

142 These difficulties were examined by the Aarhus Compliance Committee in the context of Communication ACCC/C/2008/C33 concerning costs, in which the Committee concluded that “*the system as a whole is not such as “to remove or reduce financial [...] barriers to access to justice”, as article 9, paragraph 5, of the Convention requires a Party to the Convention to consider*<sup>1146</sup>”.

143 Despite these findings, the UK has markedly reduced the availability of public funding generally and has given no consideration to the merits of making environmental NGOs eligible for legal aid in order to improve the UK’s compliance with Article 9(4) and 9(5) of the Aarhus Convention.

#### 4.6.2 Costs in Scotland

144 The Scottish Government is in the process of modernising and enhancing the efficiency of the civil justice system through a number of reforms, including the Courts Reform (Scotland) Act 2014 and the Government’s response to the Taylor Review in June 2014<sup>1147</sup>.

145 Protected Expenses Orders (PEOs) are theoretically available at common law in both Judicial Review cases and statutory appeals, as well as being codified in Chapter 58A of the Rules of the Court of Session<sup>1148</sup>. The PEO regime in Scotland caps adverse costs liability for certain parties to £5,000. The UK’s First Progress Report to the Aarhus Convention Compliance Committee in respect of Decision V/9n<sup>1149</sup> maintains: “*case law demonstrates that groups are taking advantage of the availability of PEOs both at common law and under statute*” and provides a number of cases by way of illustration<sup>1150</sup>.

146 However, it should be noted that Chapter 58A of the Rules of Court only apply to individuals and NGOs promoting environmental protection<sup>1151</sup>. Thus, representatives of unincorporated bodies or individuals acting in a special capacity (such as trustees) are not eligible. The Court may also refuse to

<sup>1143</sup> Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012, Schedule 1 (Civil Legal Services), Part 1 (Services), s.19(1). Available at: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/10/schedule/1/enacted> (abgerufen am 19.10.16).

<sup>1144</sup> See the Civil Legal Aid (Merits Criteria) Regulations 2013 available at: <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2013/104/regulation/6/made> (abgerufen am 19.10.16).

<sup>1145</sup> See Civil Legal Aid (Financial Resources and Payment for Services) Regulations 2013 available at: <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2013/480/contents/made> (abgerufen am 19.10.16).

<sup>1146</sup> See Findings and recommendations with regard to communication ACCC/C/2008/33 concerning compliance by the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, paragraphs 136 and 142 available at: [http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/C2008-33/Findings/ece\\_mp\\_pp\\_c1\\_2010\\_6\\_add.3\\_eng.pdf](http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/C2008-33/Findings/ece_mp_pp_c1_2010_6_add.3_eng.pdf) (abgerufen am 19.10.16).

<sup>1147</sup> See <http://www.scotland.gov.uk/Resource/0045/00451822.pdf> (abgerufen am 19.10.16).

<sup>1148</sup> See: <https://www.scotcourts.gov.uk/docs/default-source/rules-and-practice/rules-of-court/court-of-session/chapter58a-1.pdf?sfvrsn=6> (abgerufen am 19.10.16).

<sup>1149</sup> Concerning Communication C33. See <http://www.unece.org/env/pp/compliance/Compliancecommittee/33TableUK.html> (abgerufen am 19.10.16).

<sup>1150</sup> Newton Mearns Residents Flood Prevention Group v East Renfrewshire Council [2013] CSIH 70; Carroll v Scottish Borders Council [2014] CSOH 30; Sustainable Shetland v Scottish Ministers [2014] CSIH 60; Friends of Loch Etive, petitioner [2014] CSOH 116; John Muir Trust, petitioner [2014] CSOH 172A.

<sup>1151</sup> SSI 2013 No. 81 58A.3. (4)(e) <http://www.legislation.gov.uk/ssi/2013/81/made> (abgerufen am 19.10.16).

make a PEO if it considers that the applicant has failed to demonstrate a sufficient interest in the subject matter of the proceedings or the proceedings have no real prospect of success<sup>1152</sup>.

147 Rule 58A.5 provides that in determining the terms of a PEO the court must take into account the circumstances including the need to ensure that it is not prohibitively expensive to continue with the proceedings, the extent to which the applicant would benefit (whether financially or otherwise) if successful in the proceedings to which the order would apply, the terms on which the applicant is represented, whether and to what extent the applicant is acting on behalf of another person who may have been able to bring the proceedings and whether and to what extent the applicant is willing to limit the expenses which he or she would be able to recover from another party if successful. There was a full discussion on the considerations to be given to applications under the new rules by Lord Drummond Young in *Carroll v Scottish Borders Council*<sup>1153</sup>.

148 Moreover, it should be noted that whilst all five petitioners cited in the UK Progress Report applied for a PEO - three of the applications were refused<sup>1154</sup>. For example, in *Newton Mearns Residents Flood Prevention Group for Cheviot Drive*<sup>1155</sup>, a group of local residents sought to challenge the grant of planning permission for the construction of houses without ensuring adequate flood prevention measures. The Lord Ordinary held that the circumstances of the case did not satisfy the requirement for general public importance. No important point of law or principle was raised where the petitioners' primary objective was the safeguarding of their respective private interests and there was a strong indication that they were seeking to challenge the merits of the decisions rather than raise any issue for JR and the Court could not be satisfied that the petition had any real prospects of success<sup>1156</sup>.

149 The availability of PEOs under the new rules is also limited to JR and statutory review cases falling within the scope of the EC Public Participation Directive<sup>1157</sup> (PPD). Petitioners in broader "Aarhus cases" must apply for a PEO under common law. Thus, it is not certain that a PEO will be granted, and only a handful of such PEOs have been granted in Scotland at common law. The difficulty is that the *Corner House* principles set an extremely high test to obtain such an order. Furthermore, those that have been granted have had very high limits. In *McGinty v Scottish Ministers*<sup>1158</sup> a cap on adverse costs of £30,000 was set. Whilst this was an environmental case, it was dealt with at common law. In *Walton v Scottish Ministers*<sup>1159</sup>, again dealt with at common law but with reference to the particular issues arising in environmental cases, the adverse costs cap was set at £40,000.

150 The remit of the Taylor Review did not extend to examining the obligations of the Scottish Government regarding expenses and funding of environmental litigation under the PPD or the Aarhus Convention<sup>1160</sup>. However, the Review strongly implied that EU law consider Aarhus cases to be defined

<sup>1152</sup> RCS 58A.2(4) and (5).

<sup>1153</sup> 2014 SLT 659. For further discussion of this case see Banner, C. (2015). *The Aarhus Convention – A Guide for UK Lawyers*. Chapter three (The Aarhus Convention in Scotland by Lorna Drummond QC, pages 69-70).

<sup>1154</sup> PEO applications made by Newton Mearns Residents Flood Prevention Group, Friends of Loch Etive and the John Muir Trust were all refused. Note also that while Sustainable Scotland was granted a PEO, this was before the new rules came into effect – they may no longer be eligible.

<sup>1155</sup> [2013] CSIH 70.

<sup>1156</sup> The Extra Division upheld the Lord Ordinary's Opinion that the case did not satisfy the requirement of general public importance.

<sup>1157</sup> Directive 2003/35/EC of the European Parliament and of the Council of 26 May 2003 providing for public participation in respect of the drawing up of certain plans and programmes relating to the environment and amending with regard to public participation and access to justice Council Directives 85/337/EEC and 96/61/EC.

<sup>1158</sup> [2010] CSOH 5.

<sup>1159</sup> [2011] CSOH 10.

<sup>1160</sup> Confirmed in email correspondence with Kay McCorquodale, Secretary to the Taylor Review, 15 March 2013.

by the PPD<sup>1161</sup>. While the Review recommended that PEOs be available in all public interest cases (therefore covering many Aarhus cases outside the scope of the PPD) it held that the decision to grant a PEO (and at what level) were matters for judicial discretion - not specific rules of court<sup>1162</sup>.

151 A submission to the Aarhus Compliance Committee from members of the Coalition for Access to Justice for the Environment (CAJE) in respect of the UK's First Progress Report on Decision V/9n concluded that legal action in Scotland remains, as a whole, prohibitively expensive for most individuals, community groups and environmental NGOs. Litigants still have to raise their own legal costs which for a complex JR, accounting for lawyers and court fees, can add up to tens of thousands of pounds. In particular, barriers to legal aid in Scotland mean that very few awards are granted in environmental cases<sup>1163</sup>, and the system effectively prohibits aid for public interest cases (which most Aarhus challenges are). When deciding whether to grant legal aid under Regulation 15 of the Civil Legal Aid (Scotland) Regulations 2002<sup>1164</sup>, the Scottish Legal Aid Board (SLAB) looks at whether "other persons" might have a joint interest with the applicant. If so, SLAB is prohibited from granting legal aid if it would be reasonable for those other persons to help fund the case. Moreover, the test states that the applicant must be "*seriously prejudiced in his or her own right*" without legal aid in order to qualify<sup>1165</sup>. Furthermore, as in England and Wales, community groups are unable to apply for legal aid under the Scottish regime.

152 These criteria strongly imply that a private interest is not only necessary to qualify for legal aid, but that a wider public interest will effectively disqualify the applicant. A recent Freedom of Information request confirmed that in the last 5 years the Scottish Government had not had any discussions with SLAB on the impact of Regulation 15 in environmental cases. Environmental NGOs in Scotland consider the removal of Regulation 15 essential for compliance with Article 9(4) of the Aarhus Convention and the PPD.

153 These long-term difficulties were exacerbated in 2013 by the introduction of a cap on the expenses of a JR to be covered by legal aid (including Counsel's fees, solicitors' fees and outlays) of £7,000. This is an entirely unrealistic figure to run a complex environmental JR. While applications can be made to increase the figure, the cap is likely to reduce the number of solicitors willing to act in this area as they run the risk of incurring liability for counsel's fees and outlays which are not covered by the cap. Due to the low levels of payment for legal aid compared with market rates, and the complexities of JR cases, individuals can struggle to find a lawyer willing to represent them on this basis.

<sup>1161</sup> See <http://www.scotland.gov.uk/About/Review/taylor-review/Report> Taylor Review of Expenses and Funding of Civil Litigation in Scotland, Chapter 5, Paragraph 29 (abgerufen am 19.10.16).

<sup>1162</sup> See <http://www.scotland.gov.uk/About/Review/taylor-review/Report> Taylor Review of Expenses and Funding of Civil Litigation in Scotland, Chapter 5, Paragraph 33 (abgerufen am 19.10.16).

<sup>1163</sup> In correspondence with the Scottish Parliament's Public Petitions Committee (regarding FoES petition on Aarhus compliance), SLAB indicated that in a three-year period (2008-2011) only two environmental cases where Regulation 15 was considered had been granted legal aid. (<http://www.scottish.parliament.uk/parliamentarybusiness/CurrentCommittees/40063.aspx>) (abgerufen am 19.10.16). In the same period, three cases had been refused Legal Aid citing Regulation 15, and all were environmental cases. Correspondence with SLAB in April 2012 confirmed that two of the three cases refused were later granted on appeal, and by that point a further award of Legal Aid had been granted in a case where Regulation 15 was relevant, amounting to a total of 5 cases granted over a 4 year period. We consider that it is likely most of these cases had a strong private interest. To the best of our knowledge, only one of these grants was in a public interest matter, and this was when the case was on appeal, at which point SLAB somewhat arbitrarily decided that Regulation 15 did not apply to the appeal proceedings. It is not clear on what basis this decision was made, but it may be cited as an example of legal aid being available for public interest cases.

<sup>1164</sup> See <http://www.legislation.gov.uk/ssi/2002/494/regulation/15/made> (abgerufen am 19.10.16).

<sup>1165</sup> For a more detailed dissection see Frances McCartney, 'Public interest and legal aid' Scots Law Times, Issue 32: 15-10-2010.

### 4.6.3 Costs in Northern Ireland

154 The Costs Protection (Aarhus Convention) Regulations (Northern Ireland) 2013 became operative in Northern Ireland on 15<sup>th</sup> April 2013<sup>1166</sup>. They contain similar provisions to those pertaining to England and Wales, limiting adverse costs liability to £5,000 for individuals and £10,000 where the applicant is a legal person or an individual applying in the name of a legal entity or unincorporated association. The cross-cap in Northern Ireland is £35,000. All these figures are exclusive of VAT. The caps apply to all environmental cases (a hugely controversial and last-minute amendment to the recent Planning Bill to restrict the availability of planning judicial reviews to European grounds only was thwarted by the Environment Minister<sup>1167</sup>).

155 However, experience suggests that the caps remain prohibitively expensive in Northern Ireland. One practitioner<sup>1168</sup> reports that a PCO of £10,000 was too high for one of his clients who could not afford to pay his own legal costs and potentially suffer adverse costs of £10,000 (plus VAT). The claimant then tried to continue the case as a litigant in person but was unable to do so and the case could not continue. The same practitioner also highlighted the detrimental effect of the cross-cap of £35,000<sup>1169</sup>. In straightforward JRs the cross cap may not be problematic - but this is not the case in complex environmental cases involving issues of public importance cases. This issue is illustrated by the following two cases.

156 The first case concerned a proposed 50 mile dual carriageway scheme at a cost of £800m<sup>1170</sup>. The road affected 250 farmers, over 100 of whom supported the case. A PCO was obtained, but only after a difficult and fully contested hearing, under the pre-regulation law. The Order granted by the High Court was that the objectors would have to pay £20,000 if they lost but there was no cross cap in the event that they won. In the event, the claimants were successful and therefore their full costs were recovered. The case ran for 6 days in the High Court, was highly technical and very challenging. Their costs came out at between £100k + £150k for the costs of a solicitor, senior and junior counsel, a roads consultant, an environmental consultant and an agricultural consultant. Some of the consultants, counsel and the solicitor proceeded on the basis of concessionary fees (the “true” costs would have been nearer £250,000). The claimants’ position would have deteriorated under the 2013 Regulations because, whilst their liability to adverse costs would have been reduced to £10,000, had they lost (they were an unincorporated association) they would have recovered only £35,000 leaving them with a shortfall of close to £100k (or over £200k against the “true costs.”). There is little doubt this case would not have been brought had the claimants faced this kind of shortfall, win or lose.

157 The second case was conducted after the Regulations came into force. It concerned the construction of a sports stadium at a value of approximately £81m. The grouping opposing the development consisted of roughly 200 nearby households. The case was again taken on the basis of concessionary fees by both the solicitor and senior counsel (managing without junior counsel reduced costs). Unpredictably, the case ran for 13 days making it, probably, the longest judicial review in Northern Ireland legal history. The residents were successful. They will recover £35,000 plus VAT leaving them approximately £18,000 out of pocket. Had the stadium case been charged at commercial rates the “true” costs would have exceeded £100,000 and the shortfall would have been, beyond argument, prohibitively expensive.

<sup>1166</sup> See: <http://www.legislation.gov.uk/nisr/2013/81/regulation/1/made> (abgerufen am 19.10.16).

<sup>1167</sup> For further information see Banner, C. (2015). *The Aarhus Convention – A Guide for UK Lawyers*, Chapter 4 (The Aarhus Convention in Northern Ireland – A Tale of Two Politics) by William Orbinson QC, pages 76-77.

<sup>1168</sup> Information for Northern Ireland provided by Roger Watts, C & J Black Solicitors, 13 Linenhall Street, Belfast, BT2 8AA as part of a submission made by CAJE to the UK’s first progress report on Decision V/9n.

<sup>1169</sup> Provided under Regulation 3(3) of The Costs Protection (Aarhus Convention) Regulations (Northern Ireland) 2013.

<sup>1170</sup> [2012] NIQB 97. This case occurred before the 2013 Regulations came into force.

158 While these cases might be seen as atypical (as they were at the top end in terms of scale and complexity), it is difficult to see how, under current administrative review procedures, the costs for many environmental JRs can be kept below £35,000 by the time solicitor, counsel and all necessary consultants are paid. Environmental challenges are often complex, multifaceted and accompanied by voluminous documentation.

159 Additionally, it is reported that:

- Legal aid is invariably denied in Northern Ireland when a group of objectors have a similar interest in objecting to a scheme in development. Accordingly, financial assistance from public funds is rarely available for potential applicants in environmental legal challenges;
- The indemnity costs rule applies with full force in Northern Ireland. If successful, objectors can only recover the costs they agreed to pay their own legal team. If these were reduced or are concessionary then that is all that can be recovered from the unsuccessful public authority<sup>1171</sup>; and
- Contingent and no-win no fee arrangements are unlawful in Northern Ireland.

#### 4.6.4 The failure to incorporate access to justice provisions into UK law

160 The Aarhus Convention entered into force in the UK on 24th May 2005<sup>1172</sup>. However, one decade on, it has still not been fully incorporated into UK law. While the first two pillars were incorporated into EU law (and therefore transposed into domestic legislation<sup>1173</sup> as a result of EC Directives on Access to Information and Public Participation<sup>1174</sup>), a Directive on access to justice stalled in the European Parliament, thus preventing the vital third pillar being unincorporated into EU or UK law.

161 In a case brought by Greenpeace<sup>1175</sup>, the English High Court held: “*the Aarhus Convention is itself irrelevant; it has only been incorporated into UK law to the extent that an EC Directive is involved; the Directives were not involved, other than as an element of background*”. Greenpeace took this case to the Aarhus Convention Compliance Committee (ACCC), which pointed out that the UK: “*being a Party to the Convention, is bound by the Convention under international law and that the nature of its national legal system or lack of incorporation of the Convention in national law are not arguments that it can successfully avail itself of as justification for improper implementation of the Convention.*”

#### 4.6.5 Conclusion

162 Despite the introduction of bespoke cost rules for environmental cases, legal costs in the UK remain very high and, in many cases, prohibitively expensive for individuals and community groups. This is largely because losing parties have to pay the court fee, their own legal costs (which routinely amount to £25,000 and often rather more) plus a cap of either £5,000 or £10,000 – and winning par-

<sup>1171</sup> The 2013 Regulations do provide that where lawyers are providing representation free of charge in whole or part then the Court shall order that such part of the recoverable costs shall be paid to the Northern Ireland Lawyers Pro Bono Unit as it thinks just. The reference to ‘recoverable costs’ may be a reference to the £35,000 in regulation 3(2). This provision may assist the Pro Bono Unit but will not assist in cases where legal representation is not provided pro-bono.

<sup>1172</sup> The UK ratified the Aarhus Convention on 23rd February 2005.

<sup>1173</sup> By 14th February and 25th June 2005 respectively.

<sup>1174</sup> Directive 2003/4/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on public access to environmental information and Directive 2003/35/EC of the European Parliament and of the Council of 26 May 2003 providing for public participation in respect of the drawing up of certain plans and programmes relating to the environment and amending with regard to public participation and access to justice Council Directives 85/337/EEC and 96/61/EC.

<sup>1175</sup> In 2012, Greenpeace challenged the Secretary of State for Energy and Climate Change’s designation of the National Policy Statement (NPS) for Nuclear Power Generation in the UK. The High Court refused Greenpeace permission to bring the case and ordered it to pay £8,000 legal costs. The Aarhus Convention Compliance Committee found the UK in breach of the Convention on the basis that the order for costs of £8,000 was “prohibitively expensive” and thus the UK was not in compliance with Article 9(4) of the Convention.

ties are often unable to recover their full costs in more complex environmental cases because of the cross-cap of £35,000. As such, claimants in England and Wales and Scotland are routinely facing costs of £31-36k on losing a case (often more in Scotland) and may even suffer significant financial losses when winning complex cases.

163 Many believe that the cross cap of £35,000 is unfair and contrary to the letter and spirit of the Aarhus Convention. It is argued that there is no basis for such a measure in the Aarhus Convention – prohibitive expense applies to the claimant (not the defendant public body) and, as such, it should be removed. There is also UK-wide confusion about which figure applies to community groups – which can often be very small and poorly funded – but which (because they comprise more than one individual) attract the £10,000 cap in England and Wales and Northern Ireland and are not eligible for automatic costs protection at all under the regime in Scotland.

164 There are also concerns about the efficacy of measures introduced in relation to interim relief and, as of July 2013, the introduction of a six week time limit for lodging an application for JR in cases concerning planning matters. It has been noted that this deadline may have undermined the UK's ability to comply with the requirement for "fairness" under Article 9(4) of the Aarhus Convention. There is also uncertainty around adverse costs exposure on appeal and the extremely limited availability of public funding for all cases, including environmental claims.

***How does your legal system deal with the restitution of experts' fees? Are these costs predictable and not too expensive? Are e-NGOs entitled to demand the fees for expert opinion that was ordered primarily for the preparation of the lawsuit when their appeal was successful? Is it possible for the developers who intervene in the trial to claim the refunding of the expert opinion fees from the losing party (e-NGO)?***

#### **4.6.6 Expert fees**

165 As discussed in the section on Northern Ireland (see above), expert costs can be significant. In theory, a successful claimant could seek to recover expert costs from the unsuccessful public body. However, the imposition of a cross-cap of £35,000 on recoverable costs from the defendant (which claimants will invariably be subject to in order to benefit from capped adverse costs protection) means that in practice, expert costs would rarely be recoverable. Thus, complex cases involving technical expert evidence are now described as "too expensive to win" as successful claimants could inevitably end up significantly out of pocket.

#### **4.6.7 Interveners and costs**

166 Before 2000, only third parties opposing a claim could apply to intervene in JR proceedings. Since that date, however, anyone (whether opposing or supporting) can apply. The court has the discretion to grant interventions and impose conditions on the form of the intervention (i.e. in writing only or by way of oral intervention).

167 Until 2013, the leading authority on the issue of third party costs in JR was *Bolton MDC v Secretary of State for the Environment*<sup>1176</sup>. In *Bolton*, the House of Lords (as was) held that a third party would normally only be entitled to its costs where there was likely to be a separate issue on which it was entitled to be heard or if it has an interest which requires separate representation.

168 However, the case of *R (Peel Investments) v Health and Safety Executive*<sup>1177</sup> gives comfort to commercial bodies in regulated industries in respect of intervening in JR proceedings. Such entities can be reassured by the weight the judge in *Peel* attached to the nature of the relationship between

<sup>1176</sup> [1995] 1 W.L.R. 1176.

<sup>1177</sup> [2013] EWHC 1012 (Admin), [2013] Env. L.R. D6.

Regulator and Regulated Entity in order to find that Regulated Entities can have a separate interest, and so may be awarded their costs of intervening, when decisions of their Regulator are challenged. So, where such a relationship exists, the usual position taken by courts (that points of relief and discretion can be properly argued by the decision-maker) may be more readily displaced. It is important to note that in *Peel*, it was found to be highly pertinent that the regulator (here, the Health and Safety Executive) directly regulated the intervener's relevant activities. The intervener successfully argued that it would be wholly inappropriate to ask a regulator to run arguments as to relief and discretion on behalf of an entity it regulates. The intervener also highlighted that, as in *Bolton*, the case was of considerable commercial and financial importance to it as an interested third party.

169 However, there is one final nuance. Section 87(5) of the Criminal Justice and Courts Act 2015 provides that: "*On an application to the High Court or the Court of Appeal by a relevant party to the proceedings, if the court is satisfied that a condition described in subsection (6) is met in a stage of the proceedings that the court deals with, the court must order the intervener to pay any costs specified in the application that the court considers have been incurred by the relevant party as a result of the intervener's involvement in that stage of the proceedings*". The conditions in sub-section (6) being:

- the intervener has acted, in substance, as the sole or principal applicant, defendant, appellant or respondent;
- the intervener's evidence and representations, taken as a whole, have not been of significant assistance to the court;
- a significant part of the intervener's evidence and representations relates to matters that it is not necessary for the court to consider in order to resolve the issues that are the subject of the stage in the proceedings; or
- the intervener has behaved unreasonably.

170 Thus, interveners will in future be at risk of an order for costs where costs have been incurred by a relevant party as a result of their involvement and the court is satisfied that one of the circumstances listed above apply. This means that while interveners may – in certain circumstances be able to recover their costs from an unsuccessful environmental NGO - they are also at risk of an order for costs where costs have been incurred by a relevant party as a result of their involvement and the court is satisfied that one of the circumstances listed above are satisfied.

## 5 Länderbericht Italien

### 5.1 Access to Justice

***How exactly can you distinguish the legal requirements of Art. 9.2 AC on one hand and of Art. 9.3 AC on the other? Consider and describe especially the scale, scope and prerequisites of the rights of action for environmental groups (NGOs) and report the professional discourse among legal scholars and the relevant national case law.***

***How has Art. 9.3 AC hitherto been implemented in your national legal order?***

***Does the Aarhus Convention require uniform or at least similar rules on access to courts, standing and legal protection for individual and for collective (NGO) actions in environmental law?***

***We are interested in how exactly courts and scholars in your national legal order distinguish the legal requirements of Art. 9.2 AC on the one hand and of Art. 9.3 AC on the other. Please give an overview on the scientific debate.***

***Have there been alterations or amendments in your national legal order in order to transform the standing requirements of Art. 9.2/9.3 AC or EC-Directive 2003/35?***

### 5.1.1 Introductory remarks

- 1 The main difference between Art. 9.2 and 9.3 AC in Italy<sup>1178</sup> may be drawn differentiating:
- access to a review procedure (before an administrative court) on the one hand: Art. 9.2
  - access to an administrative procedure (before an administrative authority) and access to a judicial procedure (before a court other than administrative, i.e. criminal and civil) on the other hand: Art. 9.3.

### 5.1.2 Art. 9.2 Access to review procedure before an administrative court

2 Art. 9.2 has been implemented applying the general rules of access to administrative judicial review for members of the public affected, or potentially affected, by an administrative decision. The national rule that has implemented this provision is L. Decree n.152/2006, known as “Environmental Code”, EC (Titolo III, Parte VI, Art. 311-318 EC; specifically on this topic see Art. 318 EC), which refers to the general rules on administrative judicial review for any kind of claim related to environmental protection. The L. Decree has abrogated the previous legal provisions, in place before the implementation of the Aarhus Convention.

3 According to the general rules: (a) any member of the public with (b) a sufficient interest (meaning: members of the public potentially affected by the decision) or (c) claiming the violation of a right have access to (d) the judicial review before an administrative court.

(a) Members of the public are both individuals and e-NGOs.

(b) Sufficient interest: 1) Members of the public that have participated to the administrative proceeding; 2) Members of the public that had the right to participate but their participation was not allowed.

(c) Violation of a right: Members of the public that might not have participated to the administrative proceeding and that have suffered a damage from the final administrative decision.

(d) The administrative review can be initiated before the administrative court of first instance (Ricorso giurisdizionale al Tribunale Amministrativo Regionale) or alternatively before the President of Republic (Ricorso straordinario al Capo dello Stato).

### 5.1.3 Art. 9.3 Access to judicial procedure – other than administrative court – and access to administrative procedure

4 Art. 9.3 has been implemented in the Italian legal system with a differentiation from Art. 9.2 in two main domains: members of the public and actions. In this case, a difference between legal provisions anterior to EC-Directive 2003/35 and legal provision/case-law interpretation will be drawn. The implementation of Art. 9.3 covers the following spectrum of procedures:

A) *Set of actions in place before the implementation of Aarhus: an overview of the legal provisions still applicable and on the abrogated ones*

- *In general, each person/group of persons whose right or legitimate interest was breached by a public authority has legal standing to act in court against that decision (Art. 2043 Civil Code).*
- *According to the Law 349/1986 (Art. 18), all the e-NGOs recognized by the MoE could challenge public decisions or omissions, both at a national and at a local level through a review procedure. This provision is now replaced by L. decree n. 152/2006 (Environmental Code, EC, see below) that abrogates it (Art. 318, EC) and provides that only the MoE has legal standing in case of environ-*

---

<sup>1178</sup> [http://www.minambiente.it/sites/default/files/archivio/notizie/national\\_report\\_italy2013\\_aarhus.pdf](http://www.minambiente.it/sites/default/files/archivio/notizie/national_report_italy2013_aarhus.pdf) (abgerufen am 19.10.16).

- mental damages (Art. 311 EC). Today, the legal standing for the e-NGOs is acknowledged by case-law, which comprises it under the general rule on tort liability (Art. 2043 C.c.).*
- *Recognized e-NGOs can also challenge decisions of the local authorities (regional, provincial, municipal) that cause environmental damages (Law 127/1997). This provision is still applicable after the EC-Directive 2003/35 implementation.*
  - *Private individuals do not have direct legal standing for public decisions; in case of criminal behavior (the private or public act is punishable by criminal law) any individual or group of individuals is entitled to commence an investigation, by addressing either the police or the judiciary. In case the request is sound, these authorities are obliged to act.*
  - *Any private person whose right was breached by another private person can challenge that act or omission directly before a court or request both tort compensation for damages and criminal sanctions.*
- B) *Set of actions specifically concerning an environmental damage after the implementation of Aarhus*
- *Actions of the MoE*
    - 1) *The L. Decree 152/2006 charges the State (MoE) to initiate an administrative procedure in any case of potential damage to the environment, by issuing an order which is immediately executive (Art. 312-313 EC).*
    - 2) *The MoE has access to a judicial procedure, also by bringing a civil action before a criminal court, to request for specific redress or compensation of environmental damages (Art. 311 EC; Art. 2043 c.c.).*
  - *Actions of individuals, e-NGOs and territorial entities potentially affected by environmental damages, or with an interested to participate to an administrative proceeding.*
    - 1) *As for the notion of access to administrative procedure, these categories of subjects have two orders of actions: 1. They cannot initiate an administrative procedure but they can challenge acts or omissions of the MoE before the Ministry itself (Ricorso in opposizione); 2. They can request the MoE to seize the court in matters related to environmental damages and its compensation.*
    - 2) *As for the notion of access to judicial procedure, it is necessary to distinguish between (a) individual and territorial entities on one side, and (b) e-NGOs on the other side.*
      - (a) *Individual and territorial entities cannot act for environmental damages against the direct responsible.*
      - (b) *E-NGOs can always intervene in procedures on environmental damages. In case of local damages, e-NGOs can address their requests for compensation directly to the court on behalf of the public administration. As said above, after the abrogation of Art. 18 L. 349/1986, case-law comprises this hypothesis of legal standing under the general rule on tort (Art. 2043 Civil Code)<sup>1179</sup>. As a rule, e-NGOs can bring civil actions before a criminal court, when in their statutes they are representative of environmental interests –territorial delimited- that have been damaged by the criminal activity<sup>1180</sup>. According to a large jurisprudence, now also e-NGOs not recognized (see below) are admitted to participate to those procedures.*

---

<sup>1179</sup> Cass. pen., Sez. III, 3 October 2006, n. 36514, Censi, Ced Cassazione n. 235059; Cass. pen., Sez. III, 28 October 2009, n. 755, Ciaroni, ivi, n. 246015; Cass. pen., Sez. III, 11 February 2010, n. 14828, De Flammis, ivi, 246812).

<sup>1180</sup> Cass. Pen. Sez. III n. 36514/2006; Cass. Pen. Sez. III n. 554/2007.

- *Actions of the Ombudsman (Difensore civico)*

*The majority of local administration, such as Regions, Provinces, Municipalities can nominate an Ombudsman to assist the public. The Ombudsman collects citizens' complaints and provides remedies against the denial to access to administrative acts.*

*Actions of the Istituto Superiore per la Protezione dell'Ambiente (National Institute for Environmental Protection ISPRA), regional agencies for environmental protection, local police, forest guards, customs officials.*

*They all insure -through inspections in polluting companies and installations- that environmental law is properly implemented.*

- *Actions of the Municipality's Major, magistrates, MoE.*

*They can all initiate an administrative procedure issuing orders (closure of productive site, confiscation), as safeguard and preventive measures.*

**Please provide a text and an English translation of the national provisions on standing in environmental matters.**

#### **5.1.4 Legal standing of the MoE**

*L. Decree 152/2006 (EC) Risarcimento del danno ambientale Art. 311, comma 1*

*(Azione risarcitoria in forma specifica e per equivalente patrimoniale)*

*1. Il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio agisce, anche esercitando l'azione civile in sede penale, per il risarcimento del danno ambientale in forma specifica e, se necessario, per equivalente patrimoniale, oppure procede ai sensi delle disposizioni di cui alla parte sesta del presente decreto.*

*English Translation Art. 311, paragraph 1*

*(Specific redress or request for compensation of environmental damages)*

*1. The Minister of Environment has standing in actions for specific redress, also bringing civil actions before a criminal court and, if necessary, for compensation of environmental damages or decides according to the provisions of Part VI.1181*

#### **5.1.5 Legal standing of the e-NGOs**

*Italian version: Art. 2043 Codice Civile*

*Qualunque fatto doloso o colposo che cagioni ad altri un danno ingiusto obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*

*English translation: Art. 2043 Civil Code*

*Any negligent or fraudulent fact causing an unjust damage obliges the author of the fact to compensate the damage.*

*Sub-question:*

**Consider and describe especially the scale, scope and prerequisites of the rights of action for environmental groups (NGOs) and for individuals and report the professional discourse among legal scholars and the relevant national case law.**

---

<sup>1181</sup> Part VI comprises all the actions of the MoE in case of environmental damages, such as the competence to initiate an administrative procedure, and to issue orders.

## 5.1.6 Scale and scope of legal remedies for e-NGOs and for individuals

### 5.1.6.1 Legal remedies: the review procedure

5 The Italian legal system is based on the protection of the legitimate interests (*interessi legittimi*), according to Art. 24 Constitution and Art. 1 Legislative Decree 2 July 2010 n. 104. “Legitimate interest” is the public interest of the party to obtain an administrative decision. The administrative courts hear cases involving legitimate interests, though there are also some other areas, -such as public procurement, public services, housing and urban planning- where they have exclusive jurisdiction (deciding on the infringement both of a right and of an interest).

6 The constitutional provision sets the basis for the participation of the public (i.e. any party that may get injured by the administrative decision, as well as the organizations representatives of potentially injured interests) that has an interest to an administrative decision

- to participate into the decision-making process and
- to have access to a *review procedure* of any *illegitimate* administrative decision of the public authority.

7 Participation into the decision-making process implies that all the mentioned parties can examine the acts of the proceeding and submit written pleadings and documents, that the public administration shall take into account if relevant for the proceeding itself (Art. 10 Law 241/1990). This general provision -valid for all the administrative proceedings (see below § 14)- is applicable to the environmental decision-making process.

8 An administrative decision is *illegitimate* when it infringes the rule of law (any legal provision ruling the discretionary power of the public administration), including the provisions concerning the right of the interested parties to be heard in an environmental decision (i.e. environmental impact assessment).

9 The *review procedure* can be either an administrative review (before the President of the Republic) or a judicial review (before the administrative courts of first instance, *Tribunali Amministrativi Regionali*, T.A.R.)<sup>1182</sup>.

10 The parties can challenge an environmental impact statement, EIA, (a decree, in Italy) of a project subject to environmental impact assessment.

11 The review before the President of the Republic is possible against any illegitimate administrative decision and has no court or legal fees. It is open to any party that has a legitimate interest.

### 5.1.6.2 Interim measures in the review procedure

12 Neither administrative appeals nor applications for judicial review have automatic suspensive effects.

13 Traditionally interim measures are taken when two conditions are met, namely *periculum in mora* (urgency) and *fumus boni juris* (a *prima facie* positive assessment on the case).

14 *Interim* measures adopted in first instance may be appealed to the Consiglio di Stato (or the special second-instance Court for the Sicily Region: Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Sicilia) without the need to wait for the first instance judgment on the merits.

---

<sup>1182</sup> This provision was specifically applied to the environmental organizations by Art. 310, Legislative Decree n. 152/2006, see below §15. The Legislative Decree states that against the decisions, acts and omissions related to the Environmental Impact Assessment participation, it is always possible to recourse before the administrative courts.

15 It is difficult to go into more details focusing on environmental cases, since *interim* measures are normally not reported. They are however often given in environmental cases.<sup>1183</sup>

16 The doctrine underlines that a problem linked to the limits for *interim* relief is the effectiveness of remedies provided by administrative courts. These courts are quite apt at annulling illegal decisions and are getting used to award pecuniary damages. Judicial protection in case of omissions instead is less developed; according to the prevailing view, Art. 117 Legislative Decree 2 July 2010 n. 104 (Administrative Procedure Code) only allows administrative courts to declare the duty of the defendant public administration to act; they cannot give the defendant public administration indications on the actual content of the measures to be taken. Moreover, even in the case of annulment, it is still up to the competent authority to decide again the issue<sup>1184</sup>.

### 5.1.7 Prerequisites of the right of action

17 With regard to the provisions mentioned in Art. 9, para 3 AC, any person or group of persons have recourse to the judicial review procedure against the acts or omissions that infringe their rights or interests.

#### 5.1.7.1 Ex lege standing

18 Under the Law n. 349/1986 on the Establishment of the Ministry of the Environment (1986 Law) the environmental organizations can be officially recognized by the Ministry of the Environment (MoE) and be granted access to justice in order to challenge unlawful administrative decisions “in general” – i.e. not necessarily subject to a public participation procedure<sup>1185</sup> – if they pursue (not occasionally) objectives of environmental protection described in their By-laws<sup>1186</sup>. It is not required that the appealed decisions fall into the specific field of activity of the associations.

19 According to Art. 13, 1986 Law, any environmental organization can apply for the *recognition* by the decree of the MoE if it meets the following legal requirements:

- 1) *It shall have an environmental objective*
- 2) *It shall be nationally representative (representing national interests) or representative in at least 5 Regions of Italy*
- 3) *It shall have a democratic internal order*
- 4) *It shall grant a continuity of action and an external relevance of the activity*

1) Environmental objective. The statutory objectives of the organisation shall be specifically dedicated to the protection of the environment<sup>1187</sup>.

2) National representativeness. The environmental protection objectives shall serve a national purpose.

3) Democratic internal order. The act of the MoE 24 October 1996, Prot. 2157/SCOC/96<sup>1188</sup> has clarified that democratic internal order implies that:

<sup>1183</sup> T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 14 March 2012, n. 552, and T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 23 March 2011, n. 546.

<sup>1184</sup> See article by Roberto Caranta, Study on the Implementation of Articles 9.3 and 9.4 of the Aarhus Convention in Italy, in [http://ec.europa.eu/environment/aarhus/access\\_studies.html](http://ec.europa.eu/environment/aarhus/access_studies.html).

<sup>1185</sup> In line with Art.9 para 3 AC, which refers to acts and decisions “in general” (namely, non-necessarily subject to a participation procedure by the “public concerned”).

<sup>1186</sup> The system introduced by the 1986 Law has remained unchanged after the entry into force of the Environmental Code (Legislative Decree 152/2006, as amended).

<sup>1187</sup> See, e.g., CdS, Sez. IV, 19 June 2014, n. 3111, where the association was not granted access to justice in so far as its statutory objectives were not specifically dedicated to the protection of the environment, as they were mainly objectives of political nature.

<sup>1188</sup> L DOC 3.

- a) The power to alter, amend or repeal the By-laws in whole or in part, or to adopt new By-Laws shall be vested in the organization's members (Assembly). The Assembly shall name the Board of Directors. Any limitation to the members of the organization violates the Assembly sovereignty.
- b) Every member of the organization has the right to join the Assembly and the right to vote.
- c) Any statutory body which derives its authority or is controlled by another governing body (with different objectives) limits the Assembly sovereignty.
- 4) Continuity of action and external relevance of the activity

The MoE shall recognize the organization in 90 days from the application.

#### 5.1.7.2 In concreto standing

20 Besides the decree of the MoE, the administrative courts have stated that an environmental organization can have the right of *locus standi* on a case-by-case basis<sup>1189</sup>.

#### Consiglio di Stato

21 In this regard, three main complementary consolidated opinions of the Consiglio di Stato (administrative court of second instance, hereinafter also CdS) have formed an integrated approach, where the emerging ideas are the following:

**A.** The administrative court can acknowledge, case by case, the standing to local organizations that

**a)** in their By-Laws have the environmental protection as a main purpose and this protection shall not be occasional nor episodic<sup>1190</sup> and

**b)** have a sufficient degree of representativeness and stability on a territory connected to the affected area<sup>1191</sup>.

**B.** The standing of the environmental organization can be considered as legitimate only if

**a)** the organization is not established for the only purpose to have an automatic standing before the administrative court

**b)** is proven a consolidate "territorial connectivity" that has to persist in a significant period of time (in the case, 18 days were considered a "non significant period of time")<sup>1192</sup>;

---

<sup>1189</sup> Elena Fasoli observed that "this strict legislative criterion is mitigated by judicial practice. In fact, the majority of the more recent Italian case-law tends to confer legal standing not only to the national (and "officially" recognized) associations, but also, on a case-by-case basis, to the representatives of the local associations, not acting on behalf of the national organization. The environmental associations are thus granted standing when they protect interests that could be prejudiced by the decisions once a concrete and stable connection with the territory is established. It is difficult to predict whether the existence of a conspicuous number of recent case-law, which effectively allow the representatives of local associations (not acting on behalf of the national ones) to go before the courts, could be considered sufficient to meet the requirements of clarity and precision necessary in order to be regarded as a valid implementation of the obligations arising e.g. from art. 10 (2) Directive 85/337/EEC", in E. Lohse, M. Poto, Participatory rights in the Environmental Decision-Making Process and the Implementation of the Aarhus Convention: a Comparative Perspective", Duncker&Humblot, Berlin, 2015.

<sup>1190</sup> CdS, Sez. IV, 24 May 2011 n. 3107.

<sup>1191</sup> The so-called "vicinitas", the Latin word to express the degree of proximity between neighbours (§ 10 ): CdS; Sez. IV, 9 January 2014, n. 36; CL DOC 3 CdS, Sez. IV, 8 November 2010 n. 7907.

<sup>1192</sup> Part of legal doctrine does not agree with the strict interpretation of the requirement. R. Caranta observes that: "Under Art. 9 l. 7 agosto 1990, n. 241, having legal personality is a condition sufficient for participation in the administrative proceedings. However, according to the prevailing opinion, this is not enough to give standing. Therefore ad hoc groups are often denied standing, because of their occasional nature and – even more often – because they are not representative. Other times even groups operating on a very specific local level are given standing. The more relaxed approach

c) the organization has a consistent number of members, which shows the causal connection between the interest and the claimed prejudice<sup>1193</sup>.

C. According to the leading case-law, the standing of national and ultra-regional environmental groups does not rule out the standing of local associations which represent a well-defined geographical area (local branches)<sup>1194</sup>. This is particularly true for spontaneous committees which are set up in order to protect the environment, the health and/or the quality of life of residents within a specific area. The areas and the populations threatened by activities possibly affecting the environment or public health would otherwise have no way to defend themselves in case of inertia of national environmental groups authorized to recourse.<sup>1195</sup>

#### **Tribunali Amministrativi Regionali (T.A.R.)**

22 The administrative court of first instance (T.A.R.) has also specified that there is a “substantial criterion”, based on an assessment “in concreto” on the degree of the representativeness of the entity, related to its by-law and organizational structure, as well as its local branch and its previous activities to protect the environmental interest<sup>1196</sup>. The concrete and stable connection to the territory has also been considered an element of legitimation<sup>1197</sup>.

*Sub-question:*

***Do rights of action allow the courts to control the legality of administrative decisions under all aspects or are they limited to the control of certain areas of the law (especially “environmental law” provisions)? How is the term ‘law relating to the environment’ which is used in Art. 9.3 AC defined or understood in your national legal order? Does it include any law that relates to the environment, e.g. a law under any policy, including and not limited to, chemicals control and waste management, planning, transport, mining and exploitation of natural resources, agriculture, animal protection, energy, taxation, maritime affairs, that may relate in general, help protect, harm or otherwise impact on the environment?***

#### **5.1.8 Implementation of Art. 9.2 and Art. 9.3 AC**

23 As said, it is necessary to distinguish between actions under 9.2 AC and under 9.3.AC.

---

is probably preferable considering that, as shown above, individuals as such often have standing; logically speaking groups can hardly be subject to stricter requirements than individuals.”

<sup>1193</sup> CdS, Sez. V, 17 September 2012 n. 4909.

<sup>1194</sup> A stricter reading of the Administrative Court of Appeal in Sicily (special only for this Region) and of Consiglio di Stato – dating 2006 and 2004- allowed standing only to the national representative of the organisation: Cons. giust. amm. Sicilia, 22 November 2011, n. 897; Cons. Stato, Sez. IV, 14 aprile 2006, n. 2151, in Resp. civ. prev., 2006, 1098, note M. Poto, Il giudice e il legislatore di fronte alla questione ambientale, ovvero sulla sfida all’Idra di Lerna.

<sup>1195</sup> CdS, Sez. VI, 24 May, 2011, n. 3107, confirmed by T.A.R. Sardegna Cagliari, Sez. I, 11 July 2014, n. 599.

<sup>1196</sup> T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. II, 24 March 2009, n. 324, recalling CdS, Sez. VI, 7 February 1996, n. 182; T.A.R. Liguria, Sez. I, 22 June 2004, n. 1020 and 18 marzo 2004 n. 267; T.A.R. Marche, 22 February 2002, n. 184.

<sup>1197</sup> T.A.R. Umbria, Perugia, Sez. I, 14 January 2014, s.n.d.; T.A.R. Lazio Roma, Sez. II, 6 February 2013, n. 1282.

### 5.1.8.1 Administrative Court

24 As said, the implementation of Art. 9.2 AC provides that the interested parties can ask for a review of any decision of the public administration (i.e. order of the MoE) before the administrative court.

1. As for the intensity of judicial review, the administrative courts have unlimited jurisdiction in respect of the exhaustive cases set up by the law. This means that there are limited matters of administrative jurisdiction on the merits, where the court is responsible for deciding whether the act is correct on its merits (Art. 134 Administrative Procedure Code<sup>1198</sup>). Environmental decisions and consequential damages are not included in the list. In case of environmental-related acts, the court's control will be limited on the legality of the act under all aspects interested by breach of administrative law (including the review on the damages), depending on the claim raised by the party (i.e. violation of the general rules on administrative proceedings; violation of environmental rules set up by the environmental laws).
2. Both the Consiglio di Stato and the Corte di Cassazione have clarified that, though the control on the legality can be supported by technical expertise, it is always an external control, meaning that the administrative court cannot substitute its own decision for that of the authority.<sup>1199</sup>
3. As for the control on certain areas of the environmental law, before the administrative courts the principle is applied that judicial decisions must be commensurate with the forms of order sought by the parties. This principle has two consequences: a) A court cannot of its own motion adjudicate on requests which have not been pleaded before it. The judicial review on the legality of the acts is therefore limited on the claims raised by the parties (Art. 112 Code civil procedure)<sup>1200</sup>; b) the court cannot rule beyond the limits of the requests. This means that only the requests raised by the party shall receive an answer from the court. Therefore, "law relating to environment" is intended in a broad sense, including all the activities related to the environment, as far as the parties have requested a judicial decision on them.

### 5.1.8.2 Civil or criminal court

25 In case of action brought before the civil or criminal courts (Implementation of Art. 9.3), the powers of the judges will be limited to an indirect control on the act, primarily focusing on the environmental damages as a consequence of the act: the court will assess on the damages, disapplying the illegitimate act. The illegitimate act is considered as *tamquam non esset* (=as if it did not exist) for the period of the judicial decision. The main difference between this judicial review and the judicial review before an administrative court is that the criminal and civil courts can disapply the act, while the administrative court can annul it. Also before the civil and criminal court is applied the rule that judicial

<sup>1198</sup> The exhaustive list of cases is justified by the principle of separation of powers: in the Italian legal systems the courts cannot overrule the administrative activity but in specific cases. According to Art. 134 the unlimited jurisdiction of the administrative court covers: 1. Cases of judgments' execution; 2. Electoral decisions; 3. Administrative sanctions; 4. Territorial delimitations and borders; 5. The denials of film authorization. (Italian: Art. 134 Materie di giurisdizione estesa al merito: 1. Il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle controversie aventi ad oggetto: a) l'attuazione delle pronunce giurisdizionali esecutive o del giudicato nell'ambito del giudizio di cui al Titolo I del Libro IV; b) gli atti e le operazioni in materia elettorale, attribuiti alla giurisdizione amministrativa; c) le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti e quelle previste dall'articolo 123; d) le contestazioni sui confini degli enti territoriali; e) il diniego di rilascio di nulla osta cinematografico di cui all'articolo 8 della legge 21 novembre 1962, n. 161).

<sup>1199</sup> Cass. civ., Sez. Un., 17 February 2012, numbers 2312 and 2313; Corte cost., 3 March 2011, n. 175; Cons. St., Sez. VI, 9 February 2011, n. 871.

<sup>1200</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 9 January 2014, n. 36.

decisions must be commensurate with the forms of order sought by the parties: any violation of environmental laws, broadly intended, might have caused damages to the parties.

***Please give us information about the discussion in your national legal order – if there is any – concerning the implications of the ECJ's Slovak bear judgment C-240/09. Please give us also a first impression on the reactions on the ECJ judgments in C-401-403/12 P and C-404-405/12 P.***

### **5.1.9 ECJ judgments in C-401-403/12 P and C-404-405/12 P**

#### **5.1.9.1 Case C-240/09**

26 The case was discussed by the scholars, but never quoted by the Courts. The doctrine in Italy has ranked it as one of the most important cases where the national judge shall interpret, to the fullest extent possible, the procedural rules relating to the conditions to be met in order to bring administrative or judicial proceedings in accordance with the objectives of Article 9 (3)<sup>1201</sup>. An author has underlined that the Italian translation of the expression “to the fullest extent possible” does not mirror the meaning in English, for it is much more restrictive. On the contrary, the author underlines that the purpose of the ECJ is to interpret the procedural rules in order to allow the most comprehensive involvement of the e-NGOs in environmental cases before the Courts: the expression does not provide a conditional statement, but rather an imperative one<sup>1202</sup>.

#### **5.1.9.2 Cases C-401-403/12 P and C-404-405/12 P**

27 The judgments of the Court of Justice are published in Italian in one the most important websites for environmental news (<http://www.reteambiente.it/normativa/21624/>) but have neither been commented nor published with comments in legal journals yet.

***Is Art. 9.3 AC in your national legal order considered to give a right of action mainly or only for NGOs or for individuals as well? Give a general overview on how the standing criteria for individuals from the public concerned are applied in environmental cases in your legal order. Does the individual have to show a specific interest in the decision at stake, or does it suffice that s/he lives in the vicinity of the (proposed) activity?***

### **5.1.10 Individual and collective rights**

28 In general, under Art. 24 of the Italian Constitution, everyone has the right of access to courts for vindicating her/his own rights or legitimate interests. In practice, rules on standing in front of the courts (especially the administrative ones) have been elaborated by the case-law. It is noteworthy that in Italy the Consiglio di Stato's decisions (court of appeal in administrative judicial review) can be challenged before the Corte di Cassazione, that has jurisdiction on mere legitimacy questions (where fundamental rights are involved). Therefore, we find sometimes two different trends, in case-law, one set up by the Consiglio di Stato, one by the Corte di Cassazione.

29 Apart from damages actions, where the standing is restricted to the damaged parties, standing does not change according to the type of remedy requested. The first case dates back to the early '70s, with the Italia Nostra Case. The Tovel lake in Trentino had endemic algae, which at times gave red colour. The provincial government decided to build a road, in order to facilitate the visits to the lake. A leading environmental association, Italia Nostra, challenged the decision. The Consiglio di Stato stated that the standing of the Italia Nostra was legitimate, based on its by-laws provisions. The Corte di Cas-

<sup>1201</sup> Urbano Barelli, I limiti alle energie rinnovabili con particolare riferimento alla tutela della biodiversità, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, fasc. 1, 2014, pag. 1.

<sup>1202</sup> Marco Onida, Accesso alla giustizia ambientale nell'Unione Europea: un percorso ancora incompiuto?, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, fasc. 3-4, 2014, pag. 441. Roberto Caranta underlines this scarce attention of the Courts toward the Slovak Brown Bear, only reported in *Ambiente e sviluppo*, 2011, 5, 466.

sazione, on the contrary, affirmed that standing could be given only to individuals with a specific interest, this way excluding any fundamental right to environment.

30 Progressively, the protection of the environmental rights connected to health has become so rooted as to be ranked as fundamental right. The first case was raised by an action of some citizens who asked an environmental assessment where a nuclear plant was planned to be built<sup>1203</sup>. The case was followed by an individual action of a person worrying about the environmental effects of a water treatment plant<sup>1204</sup>. In line with this trend, the administrative courts allow now individuals' standing in all cases where the concept of *vicinitas* is involved. *Vicinitas* is a word borrowed from Latin, which connects to the idea of neighborhood and has been interpreted by the courts as a satisfactory degree of proximity between neighbours. The doctrine has underlined that the concept is flexible enough: for instance, being an owner of some land affected, or bordering a land affected, by activities potentially harmful for the environment, is a sufficient title to qualify the standing<sup>1205</sup>. A similar decision was taken in the case of living close to an actual or potential source of pollution<sup>1206</sup>. A case was brought before the administrative court by the owner of a flat two km distant to a beach, where building works were to be allowed by the municipality. The Consiglio di Stato held that the owner of the flat had sufficient standing, even if the flat was two kilometers distant to the building site. The Consiglio di Stato, though rejecting the admission of an *actio popularis*, held that is to be avoided a situation where no one can challenge a decision affecting the environment. The building, whose permission was in discussion, rested on a beach which was flanked by a large pine grove beach, without any immediate neighbors: consequently, the Consiglio di Stato held that the title of flat owner, though at some distance, was enough to have standing based on the proportionality principle<sup>1207</sup>.

31 This broad approach does not dispense the claimants from providing evidence about the circumstances grounding the legal standing, which means: actual or potential damages of the activity affecting the territory<sup>1208</sup>.

***Does your national legal order differentiate between the standing criteria for individuals and for NGOs? If yes, are there special rules for this differentiation in the field of environmental law? Do the same rules apply to individuals and NGOs of other Member States / Parties to the AC?***

#### **5.1.11 Standing criteria for individuals and e-NGOs**

32 The law (Art. 13, L. 349/1986 for the e-NGOs; Art. 2043 Civil Code for both e-NGOs and individuals) and the interpretation of the courts have set up a series of pre-requisites of the right of action for the e-NGOs, which have been progressively interpreted to allow the most comprehensive standing of the e-NGOs before the courts. A common criterion -established by the courts- for e-NGOs and citizens' standing is the assessment of the *vicinitas* (for further details on the definition, see §10), in order to exclude all cases of *actio popularis*. The doctrine has further observed that the conditions laid down for e-NGOs in Art. 13 L. 349/1986 do not appear to be disproportionate or to run counter the objective of facilitating the access to judicial review, especially considering that the standing is granted also to local branches of the e-NGOs listed in the provision. Roberto Caranta observes anyway that Art. 13 L. 349/1986 favors national organizations, while the requirements spelt out by the case law are meant to give standing to e-NGOs which are active at local or regional level. The Italian administrative courts

<sup>1203</sup> Cass. Civ., Sez. un., 9 March 1979, n. 1463.

<sup>1204</sup> Cass. Civ., Sez. un., 6 October 1979, n. 5172.

<sup>1205</sup> Roberto Caranta, op.cit.; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 7 August 2008, n. 1097, concerning the authorization for geothermal research activities.

<sup>1206</sup> CdS, Sez. III, 15 February 2012, n. 784.

<sup>1207</sup> CdS, Sez. VI, 13 September 2010, n. 6554; see Roberto Caranta op.cit.

<sup>1208</sup> T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 8 February 2011, n. 383.

have not yet been addressed by “foreign” e-NGOs: it is to believe that in this case standing should be allowed to both multinational or international e-NGOs and local “foreign” e-NGOs in case of negative cross-border effects of the challenged measures<sup>1209</sup>.

33 To sum up, according to the case-law, standing for groups or associations (including e-NGOs) is linked to a number of cumulative requirements: 1) groups must be effectively involved in the protection of the environment on the basis of specific provisions in their By-Laws; 2) they must be linked to and be representative of the local community impacted by the challenged decision.

## 5.2 The recognition of e-NGOs

***How does the formal structure of an e-NGO determine its access to justice in your national legal order?***

***Are e-NGOs or citizens’ initiatives obliged to be recognized by authorities before they have legal standing in environmental procedures? What requirements need to be met? Did any criteria in the recognition procedure change since 2012?***

### 5.2.1 Recognition of e-NGOs or citizens’ initiatives

34 As said above, the law requires a formal recognition for the e-NGOs in order to be granted the standing before the courts. This formal recognition is not asked for citizens’ initiatives. Nevertheless, for both categories, the case-law has set up a common criterion: the assessment of the *vicinitas* (see §10), in order to exclude all cases of *actio popularis*.

35 Under the Law n. 349/1986 the environmental organizations can be officially recognized by the Ministry of the Environment (MoE) and be granted access to justice in order to challenge unlawful administrative decisions “in general” – i.e. non necessarily subject to a public participation procedure– if they pursue (not occasionally) objectives of environmental protection described in their by-laws. It is not required that the appealed decisions fall into the specific field of activity of the associations. According to Art. 13, 1986 Law, any environmental organization can apply for the recognition by the decree of the MoE if it meets the following legal requirements:

- 1) *It shall have an environmental objective*
- 2) *It shall be nationally representative (representing national interests) or representative in at least 5 Regions of Italy*
- 3) *It shall have a democratic internal order*
- 4) *It shall grant a continuity of action and an external relevance of the activity*

36 Anyway, as seen above (§7.2), standing is now granted on a case-by-case basis (Consiglio di Stato and T.A.R.) even to e-NGOs which are not recognized according to these criteria, and therefore the provision does not operate as an exclusionary clause<sup>1210</sup>.

37 This open interpretation of the courts toward a broader standing covers a period antecedent to 2012 (2010-2015).

***Are there any special requirements on the organization of e-NGOs and, if so, are they comparable with Section 3 para 1 UmwRG\*? [Is there any discussion on the compliance of these requirements?]***

---

<sup>1209</sup> See Roberto Caranta, op.cit.

<sup>1210</sup> Ibid.

## 5.2.2 Requirements of the e-NGOs

38 As said above (§§7.1 and 7.2), the law and the interpretation of the courts have set up a series of pre-requisites of the right of action for the e-NGOs, which have been progressively interpreted to allow the most comprehensive standing of the e-NGOs before the Courts.

39 The common elements with Section 3 para 1 UmwRG are: 1. The recognition upon request; 2. The democratic participation for any person supporting the objectives of the association.

40 For the sake of completeness, the requirements are listed again here below:

### 5.2.2.1 Prerequisites of the right of action

#### *Ex lege standing*

41 Under the Law n. 349/1986 on the Establishment of the Ministry of the Environment (1986 Law) the environmental organizations can be officially recognized by the Ministry of the Environment (MoE) and be granted access to justice in order to challenge unlawful administrative decisions “in general” – i.e. non necessarily subject to a public participation procedure – if they pursue (not occasionally) objectives of environmental protection described in their by-laws. It is not required that the appealed decisions fall into the specific field of activity of the associations. According to Art. 13, 1986 Law, any environmental organization can apply for the recognition by the decree of the MoE if it meets the following legal requirements:

- 1) *It shall have an environmental objective*
- 2) *It shall be nationally representative (representing national interests) or representative in at least 5 Regions of Italy*
- 3) *It shall have a democratic internal order*
- 4) *It shall grant a continuity of action and an external relevance of the activity*

1) Environmental objective. The statutory objectives of the organisation shall be specifically dedicated to the protection of the environment.

2) National representativeness. The environmental protection objectives shall serve a national purpose.

3) Democratic internal order. The act of the MoE 24 October 1996, Prot. 2157/SCOC/96 has clarified that democratic internal order implies that:

a) The power to alter, amend or repeal the By-laws in whole or in part, or to adopt new By-Laws shall be vested in the organization’s members (Assembly). The Assembly shall name the Board of Directors. Any limitation to the members of the organization violates the Assembly sovereignty.

b) Every member of the organization has the right to join the Assembly and the right to vote.

c) Any statutory body which derives its authority or is controlled by another governing body (with different objectives) limits the Assembly sovereignty.

4) Continuity of action and external relevance of the activity.

The MoE shall recognize the organization in 90 days from the application.

#### **In concreto standing**

42 Besides the decree of the MoE, the administrative courts have stated that an environmental organization can have the right of *locus standi* on a case-by-case basis<sup>1211</sup>.

### Case-law: Consiglio di Stato

43 In this regard, three main complementary consolidated opinions of the Consiglio di Stato have formed an integrated approach, where the emerging ideas are the following:

A. The administrative court can acknowledge, case by case, the standing to local organizations that

a) In their By-Laws have the environmental protection as a main purpose and this protection shall not be occasional nor episodic and

b) Have a sufficient degree of representativeness and stability on a territory connected to the affected area.

B. The standing of the environmental organization can be considered as legitimate only if

a) The organization is not established for the only purpose to have an automatic standing before the administrative court

b) A consolidate “territorial connectivity” is proven and it has to persist in a significant period of time (in the case, 18 days were considered a “not significant period of time”);

c) The organization has a consistent number of members, which shows the causal connection between the interest and the claimed prejudice.

C. According to the leading case-law, the standing of national and ultra-regional environmental groups does not rule out the standing of local associations which represent a well-defined geographical area (local branches)<sup>1212</sup>. This is particularly true for spontaneous committees which are set up in order to protect the environment, the health and/or the quality of life of residents within a specific area. The areas and the populations threatened by activities possibly affecting the environment or public health would not otherwise have no way defend themselves in case of inertia of national environmental groups authorized to recourse.<sup>1213</sup>

### Case-law: Tribunali Amministrativi Regionali (T.A.R.)

44 The administrative court of first instance (T.A.R.) has also specified that there is a “substantial criterion”, based on an assessment *in concreto* on the degree of the representativeness of the entity, related to its by-law and organizational structure, as well as its local branch and its previous activities

---

<sup>1211</sup> Elena Fasoli observed that “this strict legislative criterion is mitigated by judicial practice. In fact, the majority of the more recent Italian case-law tends to confer legal standing not only to the national (and “officially” recognized) associations, but also, on a case-by-case basis, to the representatives of the local associations, not acting on behalf of the national organization. The environmental associations are thus granted standing when they protect interests that could be prejudiced by the decisions once a concrete and stable connection with the territory is established. It is difficult to predict whether the existence of a conspicuous number of recent case-law, which effectively allow the representatives of local associations (not acting on behalf of the national ones) to go before the courts, could be considered sufficient to meet the requirements of clarity and precision necessary in order to be regarded as a valid implementation of the obligations arising e.g. from art. 10 (2) Directive 85/337/EEC”, in E. Lohse, M. Poto, Participatory rights in the Environmental Decision-Making Process and the Implementation of the Aarhus Convention: a Comparative Perspective”, Duncker&Humblot, Berlin, 2015.

<sup>1212</sup> A stricter reading of the Administrative Court of Appeal in Sicily (special only for this Region) and of Consiglio di Stato – dating 2006 and 2004- allowed standing only to the national representative of the organization: Cons. giust. amm. Sicilia, 22 November 2011, n. 897; CdS, Sez. IV, 14 April 2006, n. 2151, in Resp. civ. prev., 2006, 1098, note M. Poto, Il giudice e il legislatore di fronte alla questione ambientale, ovvero sulla sfida all’Idra di Lerna.

<sup>1213</sup> CdS, Sez. VI, 24 May, 2011, n. 3107, confirmed by T.A.R. Sardegna Cagliari, Sez. I, 11 July 2014, n. 599.

to protect the environmental interest<sup>1214</sup>. The concrete and stable connection to the territory has also been considered an element of legitimation<sup>1215</sup>.

### 5.3 Preclusion of objections

***Does your national legal order include restrictions on access to justice for e-NGOs, which are comparable to the “material” preclusion (materielle Präklusion) of section 2 para 3 UmwRG? If so, how is this evaluated in the professional legal discourse (relevant literature/case law) with special regard to its conformity with EU law and the AC?***

***Which requirements do e-NGOs have to meet in your national legal order to be able to participate in planning and licensing procedures?***

#### 5.3.1 General law on Administrative Procedure (L.241/1990)

45 In any major area of administrative law, it is necessary to refer to the general law on administrative procedures, that sets up the basic principles for any administrative action. Any special law applied to a specific administrative law area (such as environment, public procurement) may contain further and more specific provisions, according to the general rule “*lex specialis derogat legi generali*” (the special principle prevails on the general one), provided that the special provisions contain at least the basic guarantees of the general law. Law n. 241/1990 is the general law on administrative procedures and provides a general overview of the good administration principles, as set up by the Italian Constitution in Art. 97. More specifically, Law n. 241/1990 disciplines the administrative action, by providing:

- rules on good administration (duty to identify the subject responsible for the proceeding; duty to communicate the beginning of the proceeding; duty to give reasons about the final decision)
- rules on participation (any member of the public likely to be directly affected by the decision as well as anybody having a public or a private interest in a future decision by a public authority, including associations representing common interests, can participate in the decision/making where such interests are likely to be affected)
- rules on access to documents (right to have access to the documents and copy them)
- judicial review in case of rejection of the right to have access to documents (before the Ombudsman or before the administrative courts).

46 With regards to the participation in planning acts and procedure, Law 241/1990 does not guarantee it as a general rule implying that, participation in the environmental law area is wider than in other administrative areas not disciplined by special provisions (see §15).<sup>1216</sup>

#### 5.3.2 Environmental Code

47 As said above (§14), the general law on administrative procedures, does not guarantee the e-NGOs’ participation into planning acts and procedures. The framework has been re-shaped by the Environmental Code, EC: according to Articles 309 and 310, Legislative Decree n. 152/2006 (EC), the e-NGOs can participate to the procedures affecting their interests, by submitting observations to the

<sup>1214</sup> T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. II, 24 March 2009, n. 324, recalling CdS, Sez.VI, 7 February 1996, n. 182; T.A.R. Liguria, Sez. I, 22 June 2004, n. 1020 and 18 March 2004 n. 267; T.A.R. Marche, 22 February 2002, n. 184.

<sup>1215</sup> T.A.R. Umbria, Perugia, Sez. I, 14 January 2014, s.n.d.; T.A.R. Lazio Roma, Sez. II, 6 February 2013, n. 1282.

<sup>1216</sup> V. Molaschi, The implementation of the Aarhus Convention in Italy: a strong “vision” and a weak “voice”, in E. Lohse, M. Poto, Participatory rights in the Environmental Decision-Making Process and the Implementation of the Aarhus Convention: a Comparative Perspective”, Duncker&Humblot, Berlin, 2015, cit., pag. 90.

competent authority<sup>1217</sup>. The Environmental Code does not differentiate between planning acts and licensing procedures, giving room to the broadest interpretation of the mentioned participation. The procedure allowing the participation is simply defined as any procedure confirming the adoption of precautionary measures adopted by the Ministry of Environment or by the Government. The participation will consist in the submission of written pleadings, regarding any case of environmental damages or threaten of imminent damage and in the request of State intervention for the protection of the environment. Art. 310 provides the legal standing to support this participation before the Courts. These two articles enshrine the right to participate of the e-NGOs into the environmental procedures, comprising both the planning acts and the licensing measures, without any further distinction between procedures. This right to participate to the planning and licensing procedure is not a *condicio sine qua non* for the right of standing, so that the standing is not conditional to the previous exercise of the right of participation. This implies that the right of standing is supported by a sufficient interest in all cases the e-NGOs' participation into the administrative proceeding was allowed or not allowed. Moreover, as said above, the right of standing is in any case granted where there is the violation of a right, regardless whether the e-NGOs have participated to the administrative proceeding (See § 2 of the Study). The requirements to participate are the same as the one set up for the general participation to the administrative procedure (Art. 9 L. 241/1990): legal personality and potential damage. The absence of a link between the two rights (participation to the administrative procedure and standing) is confirmed by the provisions in Articles 309, 310 and 311 EC, where the right to participate is conferred to the environmental associations, while the right of standing is conferred only to the MoE. Nevertheless, the Italian legal system recognized the right of standing also to the e-NGOs, as said above, via the provisions of Art. 2043 Civil Code. It is worth mentioning a recent judgment of the Consiglio di Stato, that has recognized the right of standing to an e-NGOs that not only did not participate to the administrative procedure, but it did not even have a standing in the first instance judgment<sup>1218</sup>.

### 5.3.3 Projects of Common Interest" (PCI)

48 Moreover, in compliance with the provisions set by Art. 9, Reg. EU n. 347/2013, the Italian Ministry of Economic Development has approved the Decree n. 81099, 11<sup>th</sup> February 2015, granting the public participation in case of plans and programs related to "projects of common interest" (PCI) in the trans-European energy infrastructure. The Decree contains the manual aiming at applying the principles of public participation to all the parties involved in the permit granting process. In this sense, the close –though not mandatory- cooperation between the project promoter, the investors and the competent authority (Ministry of Economic Development) is in line with the provisions of Art. 9.3 Reg. EU

<sup>1217</sup> 309. Richiesta di intervento statale 1. Le regioni, le province autonome e gli enti locali, anche associati, nonché le persone fisiche o giuridiche che sono o che potrebbero essere colpite dal danno ambientale o che vantano un interesse legittimamente la partecipazione al procedimento relativo all'adozione delle misure di precauzione, di prevenzione o di ripristino previste dalla parte sesta del presente decreto possono presentare al Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, depositandole presso le Prefetture - Uffici territoriali del Governo, denunce e osservazioni, corredate da documenti ed informazioni, concernenti qualsiasi caso di danno ambientale o di minaccia imminente di danno ambientale e chiedere l'intervento statale a tutela dell'ambiente a norma della parte sesta del presente decreto. 2. Le organizzazioni non governative che promuovono la protezione dell'ambiente, di cui all'articolo 13 della legge 8 luglio 1986, n. 349, sono riconosciute titolari dell'interesse di cui al comma 1. 3. Il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare valuta le richieste di intervento e le osservazioni ad esse allegate afferenti casi di danno o di minaccia di danno ambientale e informa senza dilazione i soggetti richiedenti dei provvedimenti assunti al riguardo. 4. In caso di minaccia imminente di danno, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, nell'urgenza estrema, provvede sul danno denunciato anche prima d'aver risposto ai richiedenti ai sensi del comma 3. 310. Ricorsi 1. I soggetti di cui all'articolo 309, comma 1, sono legittimati ad agire, secondo i principi generali, per l'annullamento degli atti e dei provvedimenti adottati in violazione delle disposizioni di cui alla parte sesta del presente decreto nonché avverso il silenzio inadempimento del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e per il risarcimento del danno subito a causa del ritardo nell'attivazione, da parte del medesimo Ministro, delle misure di precauzione, di prevenzione o di contenimento del danno ambientale.

<sup>1218</sup> CdS, Sez. VI, 12 February 2015, n. 769.

n. 347/2013. In particular, the project promoters are now required to dialogue with the local actors (institutions and civil society). When the project is approved or modified according to the suggestions of the public authority, at least one public consultation shall be carried out. The public consultation shall inform the stakeholders on the project at an early stage and shall help to identify the most suitable location or trajectory and the relevant issues to be addressed in the application file.

49 According to Art. 6 Decree n. 81099/2015 (recalling Annex VI (3), Reg. 347/2013), the stakeholders to be involved in the public consultation and participation project are: all the interested parties, affected by a project of common interest, including the national, regional and local authorities, the landowners and citizens living in the vicinity of the project, the general public and their associations, organizations or groups. All the stakeholders shall be extensively informed and consulted at an early stage, when potential concerns by the public can still be taken into account and in an open and transparent manner. Where relevant, the competent authority shall actively support the activities undertaken by the project promoter. This list therefore includes the e-NGOs that might be affected by a project of common interest, this way expressly recognizing their right to participate to planning procedures. Also in this case, the general requirement is an “interest”, connected to a potential damage.

***Do they have the right to participate only in administrative procedures with a mandatory EIA or can they participate in other procedures as well?***

#### **5.3.4 Participation in case of mandatory EIA**

50 The main context for the application of participatory rights of the e-NGOs is the EIA procedure, which is regulated at the national level and, within the framework of national laws, at the regional level (through subsidiarity). National legislation pertaining to the EIA procedure is in line with EU law.

51 The main legislative act covering the EIA procedure is the Legislative Decree 152/2006 “Norms on the Environment”, Part 2, Titles I (general principles), III (national EIA, Art. 19-29), and IV (interregional and trans-boundary EIA) as modified by Legislative Decree 128/2010. Annex II of L.D. 152/2006 contains a list of activities (identical to annex I to Directive 92/2011 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment) for which EIAs are compulsory at the national level since they are deemed to have a significant impact. Additional activities listed in annex III of L.D. 152/2006 as modified (projects that are subject to an obligatory regional EIA, (corresponding to those listed in annex II to the EU Directive) are also subject to EIA procedure at the regional level. Annex IV shows activities subject to a screening procedure to assess whether or not are likely to have a significant impact. The criteria to be subject to EIA (screening) are listed in annex V: this procedure serves to evaluate whether a project could have a significant or negative impact on the environment. Projects listed in Annex IV that are located in specified protected areas (including costal and marine protected areas) are automatically subject to an EIA.

52 The public, including public interest groups such as e-NGOs, are entitled to participate both in the EIA and in the screening procedure. In the screening procedure the public concerned can send comments to the relevant public authority within 45 days from the presentation of the draft project and of its screening evaluation. EIA legislation stipulates that the public be informed at an early stage of the procedure. Accordingly, the proponent of the activity subject to the EIA procedure shall request the competent public authority for authorization and inform the public at the same time by publishing a notice in both the website of the Competent Authority, in a national and in regional/local newspapers that provide general information on the proposed activity, indicating where and for how long the relevant documentation will be available, and specifying practical details about public participation. The applicant assumes the expenses of publishing the notice as well as of providing EIA documentation (which includes a study on the adverse effects on the environment) and copies thereof. National legislation now foresees the possibility to provide written comments within 60 days (previous law allowed 45 days) from the day the documentation has been deposited and made available to the pub-

lic. In order to favor the public, some flexibility on deadlines for submitting comments is applied. The competent authority can also decide to organize consultations through a public hearing where the EIA study, further technical opinions and observations by the public are discussed. The hearing by the competent authority is concluded with a report on the works and on the findings, which are kept into consideration for the final decision. The outcome of the EIA procedure in Italy is a Decree on the “environmental compatibility” of the proposed activity issued by the MoE and the Minister for Cultural Heritage on the basis of the opinion of an independent EIA/SEA Commission charged with assessing the documentation provided by the proponent. The assessment made by the EIA/SEA Commission is based *inter alia* on the comments provided by the public and on reasoned opinion. The opinion and the subsequent Decree can turn out to be either negative, in which case the project is not deemed to be environmentally compatible and is therefore not executed, or positive, in which case specific conditions for the execution of the project (including mitigation measures) are prescribed. The final decision (the assessment by the EIA/SEA Commission and the Decree on environmental compatibility) is published in newspapers, in the Official Journal and on the MoE’s website.

53 According to Legislative Decree 163/2006 a special EIA procedure, anchored at the early stage of planning, applies to specific projects (infrastructures) identified by the Government as strategic or of national interest. Provisions on public participation in this context remain unchanged.

54 If a change leads to an increase or to a substantially different activity, a new EIA procedure (including public participation) has to be carried out to change existing activities already subject to an EIA.

55 On Integrated Pollution Prevention and Control (IPPC), Legislative Decree 152/2006 “Norms on the Environment”, Part 2, Title III *bis*, (art. 29 *bis* - *quattordices*) as modified by Legislative Decree 128/2010 and implementing EU Directive 1/2008, foresees a similar procedure for public participation when issuing “integrated environmental authorization” (AIA), with 30 days for comments by the public.

### 5.3.5 Participation in all other cases

56 Legislation on EIA and IPPC, like any other sectoral environmental legislation, is complemented by general provisions on public participation in administrative decisions (Law 241/90), focusing on aspects not specifically regulated by sectoral legislation. As said above, according to Law n. 241/1990, any member of the public likely to be directly affected by the decision as well as anybody having a public or a private interest in a future decision by a public authority, including associations representing common interests, can participate in the decision/making where such interests are likely to be affected. More specifically, the concerned public, so defined, is entitled to receive the relevant information, to have access to all documents and to give comments to be taken into consideration.

***Do the authorities directly inform the e-NGOs about projects and administrative procedures that may have effects on the environment? If not: How and where can e-NGOs get information about those upcoming procedures? How do they get access to the relevant information and planning documents concerning the projects?***

### 5.3.6 Duty to inform in the General Law on Administrative Procedure (1990)

57 Law n. 241/1990 did not foresee any specific duty to inform for the competent authorities. The legislation has progressively changed and nowadays the sectoral legislation provides a set of rules for the public authorities (case of mandatory EIA in the Environmental Code and Projects of Common Interest). Besides the case where the law provides a general duty for the public authority, it is extremely difficult to assess how and where the e-NGOs get information about the upcoming procedures.

58 Nevertheless, in recent years, the principle of total accessibility to the public administration activity has been added to numerous legislative measures, following the formula of an efficient “open

government”<sup>1219</sup>. In compliance with Article 11, Legislative Decree. n. 150/2009, transparency is intended as total “accessibility”, through the publication -on governmental official websites- of the information concerning every aspect of the public administration’s organization. The main aspects of the total accessibility include:

1. Publication. It’s compulsory to publish: the balance sheets of politicians, and relatives within the second degree; acts of procedures for approval of plans and planning variants; data concerning health, appointments of general managers, as well as the accreditation of clinical facilities.
2. Transparency. A definition of the general principle of transparency: total accessibility to information regarding the organization and activity of the PA, in order to encourage widespread forms of democratic control on the pursuit of official duties and on the resource utilization, via data publication on institutional sites.
3. Data publication on the governmental official websites. To allow effective the knowledge of the action of PA and to solicit and facilitate the participation of citizens, information and public documents are to be disseminated and directly accessible on the governmental official websites.
4. Total accessibility. The model is inspired by the US Freedom of Information Act, which guarantees accessibility to anyone who requests it in any document or data held by the PA, except in cases where the law expressly excludes it (e.g. for safety reasons).
5. Civic Access. It introduces a new institution: the civic right to access. This new form of access is designed to empower the trust between citizens and public administration and to promote the rule of law (and the prevention of corruption). All citizens have the right to request and obtain that the P.A. publishes records, documents and information that have not been disclosed yet.
6. Quality and clarity of the information. It regulates the quality of the information disseminated by the P.A. through the institutional websites. All data formats must be intact, and published in such a way as to ensure that the document is stored without manipulation or forgery; the data must also be updated and complete, easy to consult; they must indicate the source and be reusable (unlimited copyright or patent).
7. Obligation of deadline in publications. To determine the actual duration of the publication: 5 years starting as of January 1st of the year following the year in which the obligation of publication starts and in any case until the acts have produced their effects.
8. Transparent administration. A special section shall be created in the governmental official websites, named “transparent administration” - to post everything that establishes the measure.
9. Three-year plan for transparency and integrity. The three-year plan is governed by transparency and integrity - that is an integral part of the Plan of prevention of corruption - and that should indicate the modalities for implementing the transparency requirements, as well as objectives connected with the plan of performance.
10. Publication of the curricula, salaries and positions of the managerial staff. Other provisions relating to the publication of the curricula, the salaries, assignments and all other personnel data management, as well as the publication of notices on competitions measures adopted for recruiting the staff at the PA.

---

<sup>1219</sup> Further details in the website: <http://qualitapa.gov.it/relazioni-con-i-cittadini/open-government/trasparenza-e-diffusione-di-informazioni-della-pa/>.

### 5.3.7 Duty to inform in the Environmental Code (2006)

59 EIA legislation stipulates that the public be informed at an early stage of the procedure. Accordingly, the proponent of the activity subject to the EIA procedure shall request the competent public authority for authorization and inform the public at the same time by publishing a notice in both the website of the Competent Authority, in a national and in regional/local newspapers that provide general information on the proposed activity, indicating where and for how long the relevant documentation will be available, and specifying practical details about public participation, such as the indication of the offices where it is possible to have access to the documentation, and the time limits to participate. The applicant assumes the expenses of publishing the notice as well as of providing EIA documentation (which includes a study on the adverse effects on the environment) and copies thereof.

### 5.3.8 Duty to inform in the Projects of Common Interest (2015)

60 As said above (§16), in case of Projects of Common Interest, the legislation has provided detailed criteria on the duty to inform. The project promoter shall, within a period not superior to 24 months, draw up and submit a concept for public participation to the competent authority, that shall request modifications or approve the concept. When the project is approved or modified according to the suggestions of the public authority, at least one public consultation shall be carried out. The public consultation shall inform stakeholders about the project at an early stage and shall help to identify the most suitable location or trajectory and the relevant issues to be addressed in the application file.

*Are there any time limits to make an objection or give a statement in your national legal order? Will objections passing this time limit be excluded in the administrative procedure and the decision on the development consent of a project? Is an objection that has been made "out of time" also precluded in any legal proceeding against the decision on the development consent ("material" preclusion as described above)? Are there any specific requirements concerning the content of objections by e-NGOs?*

### 5.3.9 Time limits in the General Law on Administrative Procedure (1990)

61 The General Law did not foresee time limits for participation, but it refers to specific provisions in case of planning and programming procedures, stating that the guarantees on participation are not applicable to normative acts, planning and programming procedures, as well as tax proceedings, that have their own special discipline<sup>1220</sup> (Art. 13).

### 5.3.10 Time limits in the Environmental Code (2006)

62 According to Art. 24, Environmental Code (as amended by Art. 2, paragraph 20, L. Decree n. 128/2010) within a period of sixty days from the submission of the EIA (Art. 23), any interested party can have access to the documents related to the project and its environmental study, submit its observations, even providing new or additional relevant information and evaluation. The measure of environmental impact assessment must take into account the comments received, considering them simultaneously, individually or for groups.

63 The competent authority may order that the consultation is carried out through a public inquiry to examine the environmental impact study, the advice provided by the public administrations and the comments from the public, without interrupting or suspending the deadline for the investigation. The mentioned investigation concludes with a report on the work and assess the results emerged,

<sup>1220</sup> Art. 13, Law n. 241/1990: Art. 13 (Ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione) 1. Le disposizioni contenute nel presente capo non si applicano nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione. 2. Dette disposizioni non si applicano altresì ai procedimenti tributari per i quali restano parimenti ferme le particolari norme che li regolano.

which are acquired and evaluated for the purpose of the measure of environmental impact assessment. The applicant, if the investigation does not take place, may, at its request, be asked to have a contradictory with the parties that have submitted observations or opinions. The minutes of the contradictory are acquired and evaluated for the purpose of the measure of environmental impact assessment. Within thirty days following the expiry of the period of the 60 days (time limit to participate), the proposer may request to modify the designs, partly as a result of observations or findings that have emerged. In case of acceptance of the request, the competent authority shall set for the acquisition of the documents a period not exceeding forty-five days which may be extended at the request of the proposer for justified reasons, and gives the measure of environmental impact assessment within ninety days from the submission of modified documentation. In case the authority considers that the changes are substantial and relevant to the public, it provides that the party deposits copy of these changes and, simultaneously, it gives notice of the filing. Within a period of sixty days from the publication of the amended proposal, any interested party has access to the project and its environmental study, submit its observations, even providing new or additional relevant information and assessment. In this case, the competent authority expresses the measure of environmental impact assessment within ninety days of the expiry of the deadline for submitting comments. On its website, the competent authority shall publish the documentation submitted, including observations, any counter-claims and any changes made to the project.

64 To sum up, we can observe that the time limit to provide written comments is now 60 days (previous law allowed 45 days) from the day the documentation has been deposited and made available to the public. No deadline extension is provided by the law, but the parties have sufficient margins to interact, also considering that the competent authority can also decide to organize consultations through a public hearing (public inquiry, following the model of the French *enquête publique*) where the EIA study, further technical opinions and observations by the public are discussed. The participation to the EIA is instrumental to have a right of standing before the courts, in case the parties are willing to initiate an administrative judicial procedure, pleading the violation of a legitimate interest. The legal standing is anyway granted in case of impairment of a right, for those that have not participated (see §2).

### 5.3.11 Time limits in the Projects of Common Interest (2015)

65 The period to grant public participation and consultation is slightly different from the provisions of the Regulation n. 347/2013 -24 months according to the Italian Decree-, but the procedure is very similar. The project promoter shall, within a period not superior to 24 months, draw up and submit a concept for public participation to the competent authority, that shall request modifications or approve the concept.

***Is there a discourse (relevant literature / case law) on the participation procedure and the possibilities to make objections for e-NGOs with particular regard to the conformity with EU-Law and the AC in your country?***

### 5.3.12 Literature on the implementation of the AC and the EU-law with regard to the participation of the e-NGOs

66 The doctrine has underlined the participatory gaps in the Italian implementation of the rules on the e-NGOs participation and therefore also on the possibility for them to make objections. In this regard, Viviana Molaschi has underlined that “First of all, participation is mostly limited to documental participation, like in the Italian law on administrative procedures, Law 241/1990. Surprisingly, this happens also in the case of the EIA regarding major public works, which generally raise tough opposition and protests by the communities involved, and in the case of the SEA, an instrument capable of orienting administrative decisions from the planning phase, when plural options are still possible, including those regarding the siting of projects. Neither legislation nor interpretation given by judicial

decisions impose on the public authority any obligation of complete and precise motivation on how the participatory contributions offered by the public concerned are considered, an aspect that weakens the effectiveness of public participation and environmental protection itself. In fact, environmental safeguards can be achieved if the environmental point of view is represented in decision-making procedures and public authorities have the duty to consider and evaluate it, as a “rule of the procedure”, it being understood that the power to decide belongs to the public administration. When more advanced participatory tools are provided (like, in the “ordinary” EIA, public inquiry, and cross examination), their regulation follows a top-down layout: there is not any obligation to call in response to a request “from below”, according to a bottom-up scheme. Finally, the evolution of Italian legislation with respect to the AC, with its “stops and goes”, shows that both access to environmental information and public participation are granted more effectively when the AC impacts national procedural autonomy through the intermediation of the EU implementation. Under EU law, it is easier to “force” the recalcitrant national legislator”.<sup>1221</sup>

---

<sup>1221</sup> V. Molaschi, The implementation of the Aarhus Convention in Italy: a strong “vision” and a weak “voice”, pag. 90.

## 5.4 Intensity of the Judicial Review (gerichtliche Kontrolldichte)

*What are the requirements and limitations as to the intensity and the scope of judicial review in your national legal order in comparison to German law? Are these limitations in conformity with EU law?*

*Please give an overview on the limitations/restrictions of the “intensity of the judicial review” in your national legal order with special regard on the limitations in environmental and planning law. Do Courts have different approaches on e-NGOs’ lawsuits and citizens lawsuits?*

### 5.4.1 Judicial review

67 As said above, and in line with the German law, the Italian Constitution provides that everyone has the right to access to the courts when her/his legal rights have been violated by public authorities. Art. 24 of the Italian Constitution states that, everyone has the right of access to courts for vindicating her/his own rights or legitimate interests.

68 The intensity of the judicial review is different depending on the jurisdiction (administrative courts on one side; civil and criminal on the other side).

### 5.4.2 Administrative Court

69 Any interested party can ask for a review of any decision of the public administration (i.e. order of the MoE) before the administrative court.

1. As for the intensity of judicial review, the administrative courts have unlimited jurisdiction in respect of the exhaustive cases set up by the law. This means that there are limited matters of administrative jurisdiction on the merits, where the court is responsible for deciding whether the act is correct on its merits (Art. 134 Administrative Procedure Code<sup>1222</sup>). Environmental decisions and consequential damages are not included in the list. In case of environmental-related acts, the court’s control will be limited on the legality of the act under all aspects interested by breach of administrative law (including the review on the damages), depending on the claim raised by the party (i.e. violation of the general rules on administrative proceedings; violation of environmental rules set up by the environmental laws).
2. Both the Consiglio di Stato and the Corte di Cassazione have clarified that, though the control on the legality can be supported by technical expertise, it is always an external control, meaning that the administrative court cannot substitute its own decision for that of the authority.<sup>1223</sup>
3. As for the control on certain areas of the environmental law, before the administrative courts is applied the principle that judicial decisions must be commensurate with the forms of order sought by the parties. This principle has two consequences: a) A court cannot of its own motion adjudicate on requests which have not been pleaded before it. The judicial review on the legali-

<sup>1222</sup> The exhaustive list of cases is justified by the principle of separation of powers: in the Italian legal systems the courts cannot overrule the administrative activity but in specific cases. According to Art. 134 the unlimited jurisdiction of the administrative court covers: 1. Cases of judgments’ execution; 2. Electoral decisions; 3. Administrative sanctions; 4. Territorial delimitations and borders; 5. The denials of film authorization. (Italian: Art. 134 Materie di giurisdizione estesa al merito: 1. Il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle controversie aventi ad oggetto: a) l’attuazione delle pronunce giurisdizionali esecutive o del giudicato nell’ambito del giudizio di cui al Titolo I del Libro IV; b) gli atti e le operazioni in materia elettorale, attribuiti alla giurisdizione amministrativa; c) le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti e quelle previste dall’articolo 123; d) le contestazioni sui confini degli enti territoriali; e) il diniego di rilascio di nulla osta cinematografico di cui all’articolo 8 della legge 21 novembre 1962, n. 161).

<sup>1223</sup> Cass. civ., Sez. un., 17 February 2012, nn. 2312 and 2313; Corte cost., 3 March 2011, n. 175; Cons. St., sez. VI, 9 February 2011, n. 871.

ty of the acts is therefore limited on the claims raised by the parties (Art. 112 Code civil procedure)<sup>1224</sup>; b) the court cannot rule beyond the limits of the requests. This means that only the requests raised by the party shall receive an answer from the court. Therefore, “law relating to environment” is intended in a broad sense, including all the activities related to the environment, as far as the parties have requested a judicial decision on them.

### 5.4.3 Civil or Criminal Court

70 In case of action brought before the civil or criminal courts, the judicial review will be limited to an indirect control on the act, primarily focusing on the environmental damages as a consequence of the act: the court will assess on the damages, disapplying the illegitimate act. The illegitimate act is considered as *tamquam non esset* (=as if it did not exist) for the period of the judicial decision. The main difference between this judicial review and the judicial review before an administrative court is that the criminal and civil courts can disapply the act, while the administrative court can annul it. Also before the civil and criminal court is applied the rule that judicial decisions must be commensurate with the forms of order sought by the parties: any violation of environmental laws, broadly intended, might have caused damages to the parties.

***Is there a discourse (relevant literature/case law) on the limitations of the “intensity of the judicial review” with regard to the conformity with the requirements in EU-Law of both effective justice in environmental matters and effective implementation of certain environmental protection standards (e.g. requirements concerning protected animals according to the Habitats-Directive 92/43/EEC)?***

### 5.4.4 Discourse on the limitations of the intensity of the judicial review

71 To sum up, judicial review is performed in a peripheral way, since administrative court stop well short of acting as appellate bodies and of going into the merits of the decisions challenged in front of them. In this regard, Roberto Caranta quotes the case-law in which Consiglio di Stato limited its controls in deciding on the environmental impact assessment: only the shortcomings in the analysis performed and in the given reasons can be challenged in front of the administrative courts<sup>1225</sup>.

72 In conclusion, it is noteworthy that the judicial review before an administrative court is still anchored to the idea of a “trial on the act” rather than a “trial on the relationship”, performing the review on the formal procedure rather than on the substance (the merits) behind the decision. Though the legislative provisions have been progressively harmonised the tools for the parties (L. Decree n. 104/2010: by introducing the judicial expertise also in the administrative judicial review, and the same set of evidence as the judicial review before the civil and criminal court), the administrative courts are still reluctant to conduct an assessment on the substance of the administrative decision. Therefore, administrative courts are very wary in naming expert witnesses, and when they do it, it is merely to check simple facts, while the assessment on the complex factual situation by the decision maker is not touched unless manifestly erroneous or lacking sufficient reasons<sup>1226</sup>. It is difficult to say if it meets the EU standards, since the Court of Justice is not very specific as to the intensity of review required from the national courts<sup>1227</sup>.

<sup>1224</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 9 January 2014, n. 36.

<sup>1225</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 5 July 2010, n. 4246.

<sup>1226</sup> Cons. Stato, Sez. V, 25 July 2011, n. 4454.

<sup>1227</sup> See case C-75/08 Mellor [2009] ECR I-3799, paragraph 59.

## 5.5 Legal Costs

**Please give a general overview on how the distribution of costs for court fees, lawyer fees, expert fees, including fees for expert studies, or witness fees is regulated in your national legal order. Have there been any new regulations since the 2012 EU study to ensure that the access to justice in environmental matters is not prohibitively expensive? Do your national courts put in practice the rulings of the ECJ to ensure that the legal costs are not prohibitively expensive (e.g. with granting legal aid on an individual basis)?**

**How does your legal system deal with the restitution of experts' fees? Are these costs predictable and not too expensive? Are e-NGOs entitled to demand the fees for expert opinion that was ordered primarily for the preparation of the lawsuit when their appeal was successful? Is it possible for the developers who intervene in the trial to claim the refunding of the expert opinion fees from the losing party (e-NGO)?**

### 5.5.1 Overview on the distribution of costs

73 The Italian Constitution has a special provision to assure a proper system of legal aid. Article 24.3 of the Constitution states that “the indigent are assured, by appropriate measures, the means for legal action in all levels of jurisdiction”.

74 Legal aid, which is usually applied in criminal and labor proceedings, has been extended to civil and administrative proceedings, is regulated by Presidential Decree 115/2002.

75 Not only individuals but also non-profit Entities or associations are entitled to legal aid, if they have an annual income lower than Euro 10.766,33 (this threshold is periodically updated by a decree of the Ministry of Justice according to the inflation increase).

76 The costs categories faced by an applicant when seeking access to justice in environmental matters are: the court fee; the stamp duties; the lawyer fees; the expert fees (when needed). The appeal must be introduced in writing to the Administration with stamp duties of around Euro 14,60. The lack of a stamp does not render the appeal inadmissible.

77 Normally, according to the general rules, after the judgment the losing party bears the costs of the proceeding. However, it is a general practice that the T.A.R. declares that each party should bear its own costs. Costs depend on the subject-matter and amount/value in controversy (so called *contributo unificato* or Court fees) and on lawyers' fees which vary from Euro 4,000-5,000 to Euro 100,000-150,000. Other costs are the expenses for notification (which vary from Euro 5 to 10 €).

78 Members of *Legambiente* have reported that Environmental NGO costs and lawyers' fees are a major obstacle. An NGO member has expressed worrying for an increase in the *contributo unificato* and for the insufficient level of funds available for parties entitled of State assistance. However, lawyers often provide legal assistance *pro bono*, which may be the case for large and well-known associations, since lawyers can count on publicity and prestige deriving from these activities<sup>1228</sup>.

79 As for the restitution of the experts' fees, the general rule in our system is that each party is responsible for anticipating all the court expenses and fees, including the experts' fees, and then the losing party has to reimburse the other side for costs<sup>1229</sup>.

<sup>1228</sup> See WWF website: <http://www.wwf.it/news/pubblicazioni/?2781/il-lavoro-degli-eco-avvocati-wwf-nel-2011> (abgerufen am 19.10.16).

<sup>1229</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 19 March 2015, n. 1510.

80 The experts named by the courts can request a cheque or payable order payment in advance to pay for the expertise provided in the court. The final payment (fees, expenses, remuneration) will be liquidated in the judgment.

## 6 Länderbericht Polen

### 6.1 Access to Justice

#### *I. What are the requirements under Polish law for the participation of environmental associations in planning and permitting procedures?*

1 In Polish law, a distinction must be made between two groups of provisions:

- those implementing Art. 9 para. 2 and 3 of the Aarhus Convention (AC)
- and those implementing Art. 6 and 7 of the AC

2 The provisions of the AC regulating access to justice in environmental matters for environmental associations, i.e. Art. 9 para. 2 and 3 of the AC, have been implemented separately in Poland (see below). In responding to the questions posed, this paper primarily examines aspects of access to justice; in a few cases, problems related to public participation (including the participation of environmental associations) are taken into account where appropriate.

3 As regards the approval procedure for various planning documents (such as regional plans, programmes, development plans for individual economic sectors, etc.), it should be highlighted that many planning documents require a strategic environmental assessment (SEA; in accordance with Directive 2001/42/EC of 27 June 2001). Public participation is a part of this strategic environmental assessment and allows “everyone” (both environmental associations and members of the public concerned, without subjective restrictions) to raise objections. However, environmental associations do not have the right to appeal administrative decisions on these strategic planning documents, neither before the respective administrative instances (administrative appeal procedure) nor before the administrative courts. Polish experts have voiced criticism, pointing out that this situation is not in line with Art. 9 para. 3 of the AC. (See A. Haładyj, *Udział społeczeństwa w strategicznej ocenie oddziaływania na środowisko jako instytucja prawa ochrony środowiska*, Wydawnictwo KUL, Lublin 2015, p. 411 ff.)

4 On the other hand, environmental associations do have access to justice in environmental matters if a procedure’s aim is the issuance of an individual administrative act. However, the prerequisite for this access to justice is that an association joins an ongoing procedure, which means that the association pursues “foreign” interests rather than its own (although it cannot be ruled out that an association may also have its own interests in individual cases, for example as the owner of a plot of land). The term for the status of associations in these cases in the Polish Code of Administrative Procedure is “*podmiot na prawach strony*”, which translates as “*subject with rights of a party*”.

5 This means that associations are not considered actual parties to a case, but they are granted similar rights. In such cases, environmental associations have the right to appeal individual administrative acts.

6 The legal foundations for the participation of environmental associations in administrative and judicial procedures (including against administrative decisions) as subjects with rights of a party in Polish law can be divided in two categories:

7 Legal provisions which allow environmental associations to participate in procedures which involve public participation (including the right to appeal decisions taken in this context). These are provisions implementing Art. 9 para. 2 of the AC.

8 Legal provisions which allow for the participation of environmental associations in other types of procedures (with the same consequences as those described above, i.e. the right to appeal decisions taken in this context). These are provisions implementing Art. 9 para. 3 of the AC.

#### **Legal provisions implementing Art. 9 para. 2 of the AC**

9 According to Polish law, public participation takes place in the framework of procedures dealing with:

- a. decisions that require an environmental impact assessment,
- b. IPPC permits,
- c. certain types of permits for genetically modified organisms (also see question 2).

10 The public participation procedure gives everyone the right to submit comments or suggestions within a period of 21 days. The deadline for submissions is set by the authority responsible for issuing the specific administrative act. The comments and suggestions must be examined by this authority. However, this does not necessarily mean that those making suggestions will automatically become parties to the procedure.

11 It is important to point out that, according to Art. 44 of the Act on Providing Information on the Environment and Environmental Protection, Public Participation in Environmental Protection and on Environmental Impact Assessment (EIA) of 3 October 2008, which in the following will be referred to as the EIA Act (Dz.U. of 2013, Pos. 1235 with amendments), it is also possible for an environmental association to obtain the status of a "subject with rights of a party". As a consequence, that status allows an association to submit comments and suggestions not only during the 21-day-period, but throughout the whole legal procedure. In addition, associations have a right to appeal decisions.

12 According to Art. 3 para. 1 item 10 of the EIA Act, an environmental association is defined as a "social organisation whose statutory objective is environmental protection".

13 Legally, a group of people can be considered to be an environmental association if two conditions are met:

14 It is a "social organisation", which means it is registered, and is either organised as an association or a foundation. The act of 7 April 1989 on the law of associations provides for two types of associations: /i/ registered associations (at least 15 members, entry in a central register administered by the court) or /ii/ simple associations (at least three members, entry in a municipal register). The establishment of foundations is regulated in the act of 6 April 1984. Like a registered association, each foundation must be included in a central register.

15 The statutes need to state environmental protection as the objective of activities.

16 Informal groups, in particular various kinds of committees (citizens' initiatives) that are formed *ad hoc* with the goal, for example, of preventing the construction of industrial installations, must not be recognised as environmental associations.

17 On 1 January 2015, an amended version of Art. 44 of the EIA Act entered into force. It stipulates that only environmental associations that have taken up their statutory activities at least 12 months prior to the procedure's commencement are allowed to take part in a procedure (public participation). Before 1 January 2015 there was no such requirement.

#### **Legal provisions implementing Art. 9 para. 3 of the AC**

18 In types of procedures other than those with public participation described above, environmental associations can apply to be admitted to the procedure as subjects with rights of a party. The

basis for this is Art. 31 of the Code of Administrative Procedure of 14 June 1960, which is referred to as the "codex" in Poland (Dz. U. of 2013, pos. 267 with amendments).

#### Art. 31

*§ 1. A social organisation can intervene in a matter involving another person with a request to:*

*1) /...../,*

*2) participate in proceedings, if such participation is justified by its statutes and where there would be a public benefit in allowing it.*

*§ 2. The public administration body, in allowing the request of the social organisation, shall make an ex officio decision on commencement of proceedings or on admission of the organisation to proceedings. A decision refusing commencement of proceedings or admission to proceedings can be the made the subject of an interlocutory objection by the social organisation.*

*§ 3. Social organisations shall participate in proceedings with the rights of a party.*

19 A social organisation may only make use of the rights stated in Art. 31 of the Code of Administrative Procedure if it is organised in the form of a (simple or registered) association or a foundation.

20 Art. 31 of the Code of Administrative Procedure is a generic provision and refers to all kinds of procedures and all types of social organisations, including environmental associations. On the basis of this article, an environmental association can request to join an environmental permitting procedure if this is in line with its statutory goals.

21 One difference between Art. 31 of the Code of Administrative Procedure and Art. 44 of the EIA Act is that, according to Art. 44, the authority is obliged to admit the organisation as long as it exists in the appropriate form (copy of the register entry as proof) and has incorporated environmental objectives into its statutes. According to Art. 31, on the other hand, the authority takes a discretionary decision on whether the association's access to the procedure would be a public benefit. Thus the provision in Art. 44 of the EIA Act is more favourable to environmental associations than Art. 31 of the Code of Administrative Procedure.

22 In practice, environmental associations often have problems obtaining information on ongoing procedures with public participation and therefore have little opportunity to apply for admission to the procedure (see below, answer to question III).

23 It should be noted that there are some special provisions which rule out the application of Art. 31 of the Code of Administrative Procedure altogether. Environmental associations do not have any right to join a procedure in the following cases:

24 Art. 185 para. 2 of the Act on the Protection of the Environment - regarding emission permits, excluding IPPC permits,

25 Art. 127 para. 8 of the Water Law of 18 July 2001 (Dz. U. of 2015, pos. 469) - regarding permits under water law,

26 Art. 28 para. 3 of the Building Law of 7 July 1994 (Dz. U. of 2013, pos. 1409 with amendments) - regarding building permits, with the exception of procedures with an integrated "repeated" EIA (see question II).

27 If an environmental association claims the rights granted in Art. 31 of the Code of Administrative Procedure, it is not required to prove that it has taken up its activities at least 12 months prior to the procedure's commencement.

***II. Is the participation of environmental associations limited to projects and procedures for which an EIA must be carried out, or is their participation also allowed in other procedures?***

28 According to Art. 44 of the EIA Act (which serves to implement Art. 9 para. 2 of the AC), environmental associations can participate in procedures with public participation. These are procedures with the purpose of issuing the following administrative acts:

29 A decision on environmental conditions that concludes the EIA procedure (according to Polish law, the EIA is carried out in the framework of the "special procedures to comply with the aims of 2011/92/EU", as referred to in Art. 2 para. 2 of the Directive);

30 A permit for the realisation of projects (such as a construction permit), in the framework of which a "repeated" EIA is carried out; according to the Act of 3 October 2008 a "repeated" EIA must be carried out for projects which have been subject to an EIA at an earlier stage (in the context of the decision on environmental requirements), but for which an assessment of new, additional circumstances seems necessary and which could not have been carried out earlier because necessary information was not then available;

31 A decision that requires a separate EIA for Natura 2000 sites according to Art. 6 para. 3 of Directive 92/43/EEC;

32 A so-called integrated permit according to Directive 2010/75/EU;

33 Permits for combustion plants according to Directive 2010/75/EU;

34 Permits related to the handling of genetically modified organisms.

35 Based on Art. 31 of the Code of Administrative Procedure (which implements Art. 9 para. 3 AC) environmental associations can apply to be admitted to other types of procedures that are environmentally relevant.

***III. Do the authorities directly inform environmental associations about projects and procedures and the possibility of participation? If not: where and how can they obtain information about the procedures? How do they gain access to relevant information and planning documents for the projects?***

36 Environmental associations are not informed directly about projects and procedures and their opportunities to participate. Neither Art. 44 of the EIA Act nor Art. 31 of the Code of Administrative Procedure provide for this.

37 However, if a procedure takes place that requires public participation (i.e. that falls within the scope of Art. 44 of the EIA Act), certain methods of informing the public about the initiation of procedures and access to documentation are provided for. These include:

- notification via the authority's website,
- information on the notice board of the authority,
- notifications near planned projects (for example public notices).
- Sometimes it may be necessary to publish information in daily newspapers (Art. 3 para. 1 item 11 of the EIA Act).

38 After having been admitted to the procedure, an environmental association receives the important rights of a party, which means it must be informed about all procedural steps the authority takes, including the final decision.

39 Exemptions apply if more than 20 people are involved in a procedure for the issuance of a decision on environmental requirements (mass procedure). In that case, the participants (including both "true" parties and subjects with rights of parties) are not informed individually by mail, but via public notices (Art. 74 para. 1b of the EIA Act).

40 An environmental association receives information about administrative procedures and can inspect all related files at the seat of the authority. It can make copies and transcripts.

41 In administrative procedures to which Art. 31 of the Code of Administrative Procedure can be applied, public notification regarding the commencement of the procedure is not provided for.

42 However, Art. 31 para. 4 says:

*"In commencing proceedings in a matter involving a third party, the public administration body shall inform the social organisation if it believes that the organisation would be interested in participating in proceedings as a result of its statutory objects and there would be a public benefit in allowing it to do so."*

43 However, this provision is not applied in practice.

44 If such a procedure is already ongoing, it is unlikely that an environmental association will become aware of the procedure and be able to join it.

45 If, however, an environmental association does obtain information and is admitted to the procedure, it has the rights of a party and must be informed individually about all of the authority's procedural actions. It is entitled to inspect the authority's files, examine documentation and make copies (transcripts).

***IV. Are there deadlines for raising objections or submitting comments under Polish law? If objections are raised after the deadline (late objections) in an administrative procedure, will they be disregarded in the administrative procedure and in the subsequent decision by the authority? Are late objections also ruled out in redress procedures against the permit decision taken by the authority (in the sense of "substantive preclusion" as described below)? Are there any particular substantive requirements for objections made by environmental associations?***

46 Where not stated otherwise, the following answers to question IV refer to the participation of environmental associations according to both Art. 44 of the EIA Act and Art. 31 of the Code of Administrative Procedure.

47 In the course of a procedure before an authority of first instance in which environmental associations participate as subjects with rights of a party, they may raise any objections until the administrative act is issued.

48 Exceptions apply only to those objections that are raised in the framework of a public participation procedure by the following subjects: (i) natural persons that are not parties, (ii) social organisations that are not subjects with rights of parties because they have not submitted the necessary application. The above-mentioned subjects (i) and (ii) fall into the weak category "everyone".

49 As regards appeals and court procedures, it should be noted from the outset that these procedures consist of the following three stages in Poland:

- a. lodging a complaint against the administrative act, which is decided on by the next highest authority (which is a necessary prerequisite for action before an administrative court),
- b. if the authority of the second instance rejects the complaint, action can be brought against the rejection before an administrative court (court of first instance),
- c. if this action is dismissed, the last option is to consider applying for annulment with the appellate court of the highest instance (cassation), which is the High Administrative Court (NSA) in Warsaw, the second and highest in the hierarchy of administrative courts in Poland.

50 Everyone who lodges a complaint about a decision (administrative act) in the framework of an administrative or judicial procedure can raise any objections, both substantive and procedural, even if those have already been brought forward at an earlier stage in the administrative procedure. In Polish

law, there is no restriction in the sense of the German principle of substantive preclusion (*materielle Präklusion*).

51 The restriction concerns only the possibility to present new evidence supporting the objections raised. Namely, the administrative court decides on the basis of the documents that have been collected in the course of the administrative procedure and may admit new evidence in exceptional cases only - and only in the form “of documents” (art. 106 § 1 and 3 of the Proceedings before Administrative Courts Law Act - PACLA). Therefore, the objection raised before the administrative court may be “new” (i.e. not raised before during the proceedings), but shall be based on the materials which had been already collected in the files of the case. For example, the objection of the party to the proceedings may consist in pointing out the mistakes (shortages) in the EIA report, however the party shall present it as a mistake by the competent administrative authority which failed to examine the case properly; the party shall not enter into a substantive discussion with regard to the content of the EIA report, supporting his/her arguments with expert analysis submitted for the first time at this stage (i.e. before the administrative court). Similarly, the objection may concern the fact that the competent authority failed to consult another authority (although it was required by the law) or that the opinion of that authority has not been taken into account; in this case the party should point out - respectively - that the opinion of the other authority is not included into the files, or that the opinion was not reflected properly in the final administrative decision.

52 According to Polish law, both administrative and judicial procedures are based on the principle of legality, which means that the key criterion for a review of an administrative act is conformity with the law. All objections of this kind are permissible, not only those that have a direct impact on the rights of the plaintiff. For example, someone living next to a planned industrial plant can point out environmental risks which do not affect his own rights, but are the result of a violation of legal provisions.

53 There are judgments in which the administrative courts have dismissed objections raised by social organisations or other stakeholders. These objections usually referred to other parties in the case, e.g. one party died and the administrative authority wrongfully claimed to have informed his legal successor about the procedure. According to the High Administrative Court, such objections may only be raised by the legal successors themselves and not by other parties.

54 Apart from the exceptions described, there are generally no restrictions regarding the content of objections that may be raised by subjects who have a right to pursue legal action.

55 Neither the administrative authorities of the second instance nor the administrative courts are bound by the content of the objections. *Ex officio* they only examine the conformity of an administrative act with the law. It is quite common for an administrative act to be revoked for other reasons than those put forward in the complaint (administrative procedure) or the action (judicial procedure).

56 Only the High Administrative Court (NSA) is bound by the scope of the statement of claim.

57 In addition, it should be noted that, according to Art. 44 of the EIA Act, environmental associations may join an ongoing administrative procedure when it is before the authorities of first instance at any time, but may also appeal the decision in the second instance or may choose to bring action before the administrative court without the requirement of having become involved in the procedure at an earlier stage. In such cases, the legal action is the first action of an environmental association in the procedure. If, however, an environmental association wishes to act based on Article 31 of the Code of Administrative Procedure, it must participate in the procedure when it is before the first instance of administrative authorities in order to maintain its right to take legal action (both in the administrative and in the judicial procedure).

58 In Polish law, there are generally no specific substantive requirements for legal remedies that environmental associations (and natural persons who are parties) are entitled to. According to Art.

128 of the Code of Administrative Procedure, complaints against administrative acts do not require a particular justification. *“It is sufficient if it is evident from the appeal that the party is dissatisfied with the decision issued.”*

59 There are no specific substantive requirements for statements of claim in judicial procedures either. Only the review procedure before the NSA (cassation) must comply with certain formal requirements regardless of whether it is brought by an association or by another subject. Objections can only be made regarding the judicial procedure in the first instance and the judgment passed in this context. The action must be prepared by a lawyer or legal counsel (*obligation to be represented by counsel*).

60 It rarely happens that unfounded objections made by an environmental association are rejected for formal reasons. In practice, however, unfounded claims are not convincing and chances are low that the authority or court will use them as a basis for its decision, unless they contain an important aspect that has been completely neglected previously.

***V. In Poland, is there a discussion in scholarly literature and the legal system on whether the participation procedures and the opportunities for environmental associations to raise objections against environmentally relevant projects are compatible with the Aarhus Convention and European law?***

61 The problem of substantive preclusion is unknown in Polish law. There has, to date, never been any restriction of this kind in administrative or judicial procedures.

62 Other legal aspects of the participation procedures and the opportunities for environmental associations to raise objections against environmentally relevant projects are indeed under discussion, including the conformity of Polish law with the Aarhus Convention and European Union law. The following problems are being addressed:

- a. The scholarship (as mentioned above) highlights a lack of opportunities for environmental associations to access strategic (in particular planning) documents and criticises this as a violation of Art. 9 para. 3 of the AC (also see Haładyj, *Udział społeczeństwa w strategicznej ocenie oddziaływania na środowisko jako instytucja prawa ochrony środowiska /Public participation in the strategic EIA as a legal instrument of environmental protection/*, Wydawnictwo KUL, Lublin 2015, p. 411 f.)
- b. It must be added that the Frank Bold Foundation has filed a complaint against Poland for a violation of the AC with the Compliance Committee of the AC (ACCC/C/2014/119). The decision on this complaint is still pending.
- c. The Polish Advocate for Citizens’ Rights (Ombudsman) has declared that he considers the limited options for environmental associations to challenge permits under water law (Art. 127 para. 2 of the Water Law) to be incompatible with Art. 9 para. 3 of the AC. Accordingly, in a letter dated 4 April 2013, he officially requested that the Environment Minister make necessary amendments to the law. (<http://www.sprawy-generalne.brpo.gov.pl/pdf/2007/09/568853/1712551.pdf>). The Minister replied that in his opinion, the existing procedural rights of environmental associations were sufficient or compensated for by other legal remedies, in particular the right to participate in administrative procedures regarding decisions on environmental requirements. He also promised to consider the problems addressed by the Ombudsman in the next amendment to the Water Law. (<http://www.sprawy-generalne.brpo.gov.pl/szczegoly.php?pismo=1712551>). The law has yet to be amended.
- d. In a 2014 commentary, Polish scholars pointed out that the exclusion of environmental associations from the administrative procedure for emission permits other than IPPC permits according to Article 185 para. 2 of the Act on the Protection of the Environment was not in line with Article 9 para. 3 of the AC. (see M. Bar, J. Jendrońska (w:) M. Górski, M. Pchałek, W. Radecki,

J. Jerzmański, M. Bar, S. Urban, J. Jendrośka, *Prawo ochrony środowiska. Komentarz /The Act on the Protection of the Environment. Commentary/*, C.H. Beck, Warszawa 2014, p. 571).

- e. d) Finally, there are also experts who criticise the amendment of Art. 44 u.o.o.s of 1 January 2015 as being incompatible with Art. 9 para. 2 of the AC (E.g. Z. Bukowski, “Rola sądów i trybunałów w ochronie środowiska” /*Conference: The role of courts in environmental protection/*, Wrocław, kwiecień 2015). According to the amendment receiving this criticism, environmental associations are only allowed to participate in a procedure if they have taken up their statutory activities at least 12 months prior to the commencement of the procedure.

## 6.2 Summary

63 Under Polish law, environmental associations have various opportunities to participate in environment-related procedures and to appeal administrative acts in matters that are linked with a public participation procedure. These are mainly procedures that are dealing with the following: /a/ administrative acts that require an environmental impact assessment, /b/ IPPC permits, /c/ certain types of permits for genetically modified organisms.

64 The legal provisions that establish the rights described above implement Art. 9 para. 2 of the AC. The only restriction on the participation rights of environmental associations is the requirement that they need to take up their environment-related activities in line with their statutes at least 12 months prior to the commencement of the procedure (this 12-month requirement has been in place since 1 January 2015).

65 In such cases, environmental associations need to prove that they are formally registered as a social organisation (i.e. an association or foundation, not an ad-hoc group) and that environmental protection is the objective of their activities according to their statutes. The above-mentioned rights result from Art. 44 of the EIA Act.

66 In the case of other environment-related decisions by the authorities (i.e. administrative acts that do not require public participation), environmental associations may apply to be accepted as participants in an existing procedure according to the general provisions of the Code of Administrative Procedure (Art. 31).

67 The authority will then review whether the organisation (environmental association) is registered and whether environmental protection is its objective according to its statutes. However, the decisive factor is whether the organisation’s participation would bring about a public benefit, which point the authority may determine at its own discretion.

68 There are, however, special provisions that considerably limit the application of Art. 31 of the Code of Administrative Procedure. According to these provisions, environmental associations do not have the opportunity to participate in procedures: /a/ related to emission permits, excluding IPPC permits (according to Art. 185 para. 2 of the Act on the Protection of the Environment), /b/ related to permits under the Water Law (according to Art. 127 para. 8 of the Water Law), /c/ regarding building permits, with the exception of procedures with an integrated so-called “repeated” EIA (according to Art. 28 para. 3 of the Building Law). These legal restrictions are being criticised for their lack of conformity with Art. 9 para. 3 of the AC.

69 If environmental associations are already participants in a procedure (according to Art. 44 of the EIA Act or Art. 31 of the Code of Administrative Procedure), they are usually entitled to raise any type of objection, both substantive and procedural. These objections may be raised in the administrative or in the judicial procedure. There are few exceptions to this rule in case law.

70 The principle of substantive preclusion is unknown in Polish law. Environmental associations may raise their objections at any stage during the administrative or judicial procedure. Certain excep-

tions apply to new objections raised before the administrative court. Only those objections that can be formulated based on the documents the authority already has in its files are admissible.

71 Polish law does not contain any particular substantive requirements for objections raised by environmental associations. There is no formal requirement to write a detailed, well-founded justification, but the formulation of the objection determines its success.

72 The authorities do not directly (individually) inform environmental associations about projects and procedures, nor about the opportunity to be admitted to an existing procedure. If a public participation procedure takes place, certain methods of informing the public are specified in the relevant laws (e.g. internet, notice boards etc.). This is the only way for an association to learn about procedures. In other cases, environmental associations are only able to become aware of a procedure through coincidence. Once they have joined the procedure, associations have the right to be informed about the administrative procedure and to inspect relevant documents.

73 As regards strategic, environment-related documents (plans, programmes etc.), environmental associations may only raise their objections in the framework of a strategic environmental impact assessment. They do not have the right to appeal approved documents under Polish law. This solution is being criticised [in scholarship] as a violation of Art. 9 para. 3 of the AC.

## 7 Länderbericht Schweden

### 7.1 Summary

1 Sweden has a “universally” applicable Environmental Code, which harmonised the general rules and principles in this field. The Code applies to all human activities that might harm the environment. However, certain activities are also regulated in special pieces of legislation, such as the Planning and Building Act. Infrastructure installations also have regulations of their own, as do mining and forestry. Fauna is protected, in part, through hunting law.

2 As for environmental decision-making, the municipalities play a key role under both the Environmental Code and the Planning and Building Act. The County Administrative Boards are also responsible for important environmental legislation and issue permits for environmentally hazardous activities. Installations and activities involving a substantial environmental impact must obtain a permit from the Land and Environmental Court, as must all kinds of water operations. Also national authorities, such as the Environmental Protection Agency and the Swedish Chemicals Agency are responsible for some environmental decision-making.

3 Sweden has administrative courts for the appeal of administrative decisions and ordinary courts for civil and criminal cases. The administrative courts decide cases on the merits in a reformatory procedure, meaning that they replace the appealed decision with a new one following analysis of all the relevant facts of the case. Furthermore, the ultimate responsibility for the investigation of the case rests with the court according to the “ex officio principle”. The Environmental Code establishes a system of five Land and Environmental Courts and one Land and Environmental Court of Appeal. They are all divisions within the ordinary courts, but essentially act as administrative courts for cases under the Environmental Code and the Planning and Building Act. A Land and Environmental Court has some of the characteristics of a tribunal, consisting of both law-trained judges, technicians and experts. All members of the courts have an equal vote. The route for appeals in cases concerning the environment is always the same: Municipal level → County Administrative Board → Land and Environmental Court → Land and Environmental Court of Appeal (MÖD). Some cases can also be brought to the Supreme Court. Thus all appeals of environmental decisions follow this route, although the starting-point and terminus differ. The decision-making procedure in environmental cases in Sweden is open, meaning that in principle everybody can participate in the proceedings leading to the first decision. On appeal, the scope of the trial is set by the claims of the action, which the appeal body will decide upon in ac-

cordance with the “ex officio principle”. Thereby, the appeal body or court decides the case on the merits, thus addressing both substantial and procedural issues raised in the administrative decision. The procedure may include all kinds of “actions” for annulment, performance, altering the decision, remit, etc.

4 The Swedish concept of standing in administrative cases is strongly “interest-based”. If the provisions in an Act are meant to protect certain interests, the representatives of those interests can challenge the decision by way of appeal. Standing is generally defined as belonging to the “person to whom the decision concerns”. Additional criteria are that the decision affects him or her adversely and that it is appealable, which it always is as long as the decision entails factual or legal consequences in a very broad sense. To get a clearer picture of that scope of persons, one must study the case law that has been established in each administrative area or even under specific pieces of legislation. Under the Environmental Code, the courts have applied a generous attitude, stating that in principle, every person who may be harmed or exposed to more than a minor inconvenience by the environmentally harmful activity at stake is considered a party with interest. Thus, everyone who may be harmed by an activity or exposed to even minor risks – for example neighbours, people affected by emissions or other disturbances from the activity – should have the right to appeal the decision in question. As the Environmental Code brought together all kinds of legislation which previously was separate, this formula is generally applicable. Accordingly, if a permit concerns water operations such as a marina, neighbours who will be affected by the road traffic to the marina are allowed to appeal. The determination of the public concerned is straightforward and depends on the kinds of disturbance (discharges into air and water, noise, odour, traffic, and so on) that the person in question can be affected by, and at what distance.

5 In contrast to this case law created state of affairs, standing for ENGOs is decided by criteria in express legislation, at least as a starting point. In recent years, however, and in the wake of the case law of CJEU, ENGO standing rights have expanded by way of national courts applying the “so as to enable” formula according to the *Slovak Brown Bear* case. In the Environmental Code, standing is given to certain organisations in order to appeal decisions on permits, approvals or exemptions, the criteria being that it is a non-profit association whose purpose according to its statutes is to promote nature conservation, environmental protection or outdoor recreation interests. Additional criteria are that the organisation has been active for at least 3 years in Sweden and has at least 100 members or else can show that it has “support from the public”. Thus, ENGOs meeting those criteria are able to defend the public interest according to their statutes, without any further qualification. These criteria have also been used by the courts in areas to which ENGO standing rights have been expanded in case law.

6 As the administrative procedure in Sweden in all instances is reformatory, the starting point is that the court scrutinizes every part of the appealed decision. Once the applicant is allowed to appeal, the scope of review is complete, meaning that s/he can invoke all kinds of interests in favour of the cause. No arguments are precluded. Thus, the appellant can plead any private or public interest in the case irrespective of the instance of appeal in a higher level of administration or in the courts. Moreover, all kinds of administrative decisions can be brought to the administrative courts by way of appeal, including administrative omissions. Any member of the public who is affected by a certain activity can notify the supervisory authority and ask for administrative action in his or her interest. In this situation, the authority is obliged to issue a decision on the case, be it to take action or not. That decision is appealable using the route described above, and accordingly, the matter will be dealt with in substance by the environmental courts. Thus, there does not exist any administrative discretion in Sweden, at least as a general rule.

7 The environmental procedure in Sweden is as a general rule free of charge. There are no court fees, no obligation to pay the opponents’ costs, no bonds to be paid for obtaining injunctive relief, or other costs to be paid, irrespective of whether the case is on administrative appeal or goes to court. As

the ultimate responsibility to investigate the case lies with the administration and the environmental courts – which both have technicians participating in the decision-making – neither are there any witness or experts' fees to be paid. Basically, this makes the environmental procedure cheap and easily accessible to the public. The other side of the coin however is that when applicants want to be represented by counsel or use experts of their own – which may be necessary in complicated cases – they will have to pay out of their own pocket and the costs cannot be remunerated from a losing opponent. It is also noteworthy that there is no obligation to use lawyers in court, not even at the higher judicial levels.

## 7.2 Introduction

### 7.2.1 General outline over Swedish environmental law and procedure

8 The text under Section 1 is an updated version of the first sections in the country report from Sweden to the European Commission in the “Effective Justice” study of 2012. That text was written at the beginning of 2012. The reason for updating is mainly for the convenience of the reader, as many of the answers to the UBA questionnaire can be found in the general description of the legal system of Sweden, to which I often refer. Another reason is that the development of case law on access to justice in environmental matters in Sweden has been rapid since the 2012 study was published, thus it is necessary to give a broader picture from the beginning. This is especially true given that a number of the recent cases concern some of the key issues in the UBA study. Furthermore, in order to avoid repetition, I have cleared the 2012 text from those parts which are less relevant for this study.

### 7.2.2 Environmental legislation

9 Since 1999, Sweden has had a “universally” applicable Environmental Code (1998:808, MB), which harmonised the general rules and principles in this field. The Code applies to all human activities that might harm the environment. It is, in principle, immaterial whether commercial or private operations or measures are involved. The Code contains the environmental principles and provisions providing for environmental quality norms as well as environmental impact assessments. Certain listed water operations, industrial undertakings, quarries and other environmentally hazardous activities are subject to permit or notification requirements. The Code also contains provisions relating to nature protection, flora and fauna, genetically modified organisms, chemicals and waste.

10 However, certain activities are also regulated in special pieces of legislation. Planning and building issues are covered by the 2010 Planning and Building Act (2010:900, PBL). Infrastructure installations, such as railroads and highways, also have regulations of their own, as do mining and forestry. Fauna is protected, in part, through hunting law.

### 7.2.3 System for decision-making and administrative appeal

11 Both municipalities and special environmental administrative authorities act as supervisors under the Environmental Code. The authority to issue plans and permits under the Planning and Building Act resides with the municipalities. Decisions from the local level are appealed to the regional County Administrative Board. The County Administrative Boards are also responsible for “green” issues – that is, nature conservation and species protection – and supervision concerning water-related activities and larger industrial activities. Additionally, the Counties issue permits for environmentally hazardous activities, landfills, waste transportation and disposal, and chemical activities, amongst others. Installations and activities considered to have a substantial environmental impact must obtain a permit from the Land and Environmental Court, as do all kinds of water operations. This latter situation, in which courts “exercise administrative powers”, is unique in Europe.<sup>1230</sup> Also nation-

---

<sup>1230</sup> C-263/08 DLV para 37.

al authorities, such as the Environmental Protection Agency, the Swedish Chemicals Agency and the National Board of Health and Welfare, are responsible for some environmental decision-making.

12 Permit decisions according to the specific legislation on mining and infrastructure projects are made by national authorities and their regional branches, such as the National Transport Administration and Geological Survey of Sweden. Those decisions can be appealed to the Government. Decisions regarding hunting are made by the County Administrative Boards or the Environmental Protection Agency. The Swedish Forest Agency and its regional branches make decisions regarding forestry.

13 Some larger projects require a preliminary governmental decision on “permissibility” before a permit can be granted (Chapter 17 MB). This system is today restricted to nuclear activities, major infrastructure projects and wind farms.

#### 7.2.4 The role of the courts

14 Sweden has administrative courts for the appeal of administrative decisions and ordinary courts for civil and criminal cases. The administrative courts decide cases on the merits in a reformatory procedure, meaning that they replace the appealed decision with a new one. Another vital difference compared with civil procedure is that in the administrative procedure, the ultimate responsibility for the investigation of the case rests with the court according to the “ex officio principle”.<sup>1231</sup>

15 The Environmental Code of 1999 established a system of five Land and Environmental Courts and one Land and Environmental Court of Appeal. They are all divisions within the ordinary courts, but essentially act as administrative courts for environmental cases. Their jurisdiction covers all kinds of decisions made pursuant to the Environmental Code and the Planning and Building Act. They are also competent in cases concerning damages and private actions against hazardous activities. A Land and Environmental Court has some of the characteristics of a tribunal. It consists of one professional judge, one environmental technician and two expert members. Industry and national public authorities nominate the expert members. The underlying philosophy is that they will contribute their experience of municipal or industrial operations or public environment supervision. The Land and Environmental Court of Appeal is comprised of three professional judges and one technician. All members of the courts have an equal vote.

16 The route for appeals in cases concerning the environment is (almost) always the same and quite simple: Municipal level → County Administrative Board → Land and Environmental Court → Land and Environmental Court of Appeal (MÖD). Cases starting in the Land and Environmental Court can ultimately be brought to the Supreme Court (HD). Cases starting in an authority cannot be appealed beyond the Land and Environmental Court of Appeal, except in rare occasions when the court allows for such an appeal to be made. However, this is possible only in cases under the Planning and Building Act. Thus all appeals of environmental decisions follow this route, although the starting-point and terminus differ. Leave to appeal is required to bring an appeal to the Land and Environmental Court of Appeal or the Supreme Court.

17 Some cases are dealt with in a different manner. Decisions on hunting and forestry are appealed to the administrative courts. Governmental decisions can be challenged by seeking judicial review in the Supreme Administrative Court (HFD) pursuant to Act 2006:304. This procedure furnishes a legality control in accordance with the European Convention on Human Rights (ECHR) and the Aarhus Convention. There is no Constitutional Court in Sweden, nor is there any abstract norm control. Instead, when a court is dealing with a case, it is obliged to control the legal basis for the decision and must disapply any act or statute which is in conflict with the Constitution or superior norms. In addi-

<sup>1231</sup> See Nilsson, AK: Enforcing environmental responsibilities (2012), also Darpö, J: Environmental Justice through the Courts (2009).

tion to this, some municipal statutes and decisions can be challenged in a “legality-control” procedure in the administrative courts by any of the municipality’s inhabitants according to the Local Government Act (1991:900).

### 7.2.5 General on standing for the public concerned

18 The decision-making procedure in environmental cases in Sweden is open, meaning that in principle everybody can participate in the proceedings leading to the first decision. On appeal, the scope of the trial is set by the claims of the action, which the appeal body will decide upon in accordance with the “ex officio principle”. Thereby, the appeal body or court decides the case on the merits, thus addressing both substantial and procedural issues raised in the administrative decision. The procedure is reformatory and includes all kinds of “actions” for annulment, performance, altering the decision, remit, etc.

19 The set of criteria for standing is always one and the same, irrespective of the type of action and in all instances of appeal. When the appeal body or court decides on standing, this is done as a “preliminary issue”, strictly separated from the substance of the case and considered no later than the first round of communication (written appeal and first response from the counterpart). The preliminary decision exclusively concerns the standing issue, thus leading to situations where even clear cases of administrative misinterpretation of law or misuse of power can never be tried in court because the appellant is not regarded as affected by the decision and consequently did not have the right to appeal.

20 The Swedish concept of standing in administrative cases is strongly “interest-based”. If the provisions in an Act are meant to protect certain interests, the representatives of those interests can challenge the decision by way of appeal. Commonly in administrative proceedings, it is not very problematic to determine who belongs to the “public concerned” in a typical “two-party case”, that is, a case between an applicant and the authority or an authority and an addressee. The applicant/addressee can appeal if the decision affects him or her adversely. If the appeal body subsequently alters the decision, the deciding authority can then appeal. Things become more complex when a decision affects a broader scope of people. According to a basic principle of administrative procedure, all parties that are affected by an administrative decision and its preparation are able to participate in the proceedings and – at the end of the day – have the right to appeal the final outcome. In principle, this is true irrespective of the nature of the administrative decision-making. Such “multi-party cases” exist within several areas of administrative law, and are most common in areas concerning the environment, planning and building, security, public order, etc. All who are granted standing can vindicate any interest – be it private or public interest – in favour of his or her case. Thus, those other than applicants/addressees who are concerned are not at all dependent on the primary parties to advocate their interests. The time-frame for such an intervention is the same as for all parties in the administrative procedure, which is the time-frame for appeal. Normally, an appeal has to be made within three weeks from publication or notification of the decision. As always in the Swedish administrative procedure, natural and legal persons are treated alike as long as they are parties to the proceedings.

### 7.2.6 Standing for individuals

#### 7.2.6.1 General on standing for individuals in environmental decision-making

21 Standing is defined generally in Section 22 of the Administrative Procedure Act (1986:223) as belonging to the “person whom the decision concerns”. Additional criteria are that the decision affects him or her adversely and that it is appealable, which it always is so long as the decision entails factual or legal consequences in a very broad sense.<sup>1232</sup> In some pieces of environmental legislation or case

<sup>1232</sup> RÅ 2004 ref 8.

law, you can find definitions relating to “an interest which is protected by the law” or even “rights that have been infringed”, but basically the delimitation of who is entitled to appeal – the “public concerned” – goes back to the general and quite vague definition in the Administrative Procedure Act. To get a clearer picture of who falls within this category, one must study the case law that has been established in each administrative area or even under specific pieces of legislation. For example, people living in the vicinity of an activity or an area can be regarded as concerned by administrative decisions according to the Environmental Code, but not according to the Planning and Building Act. However, generally speaking, there has in recent years been a broadening of the range of individual actors who can appeal and represent themselves before the courts, not least as a result of the influence of EU law. It should also be noted that additional requirements for standing sometimes are expressly made in certain legislation within administrative law.

### 7.2.6.2 Standing for individuals in the Environmental Code

22 In the Environmental Code, the definition of standing for individuals is given in Chapter 16 section 12 (16:12 MB), essentially reflecting the provision in the Administrative Procedure Act (my italics):<sup>1233</sup>

Appeals may be made against appealable judgements or decisions by

1. anyone who is the subject of a judgement or decision against him;
2. local employees' associations that organise workers in the activity to which the decision relates in the case of judgements and decisions concerning permits for environmentally hazardous activities;
3. national employees' organizations within the meaning of the Employment (Co-determination in the Workplace) Act (1976:580), the corresponding employers' organizations and consumer associations in the case of decisions taken by a county administrative board or a central administrative authority pursuant to an authorization issued in accordance with Chapter 14, provided that the decision does not relate to an individual case; and
4. authorities, municipal committees or other bodies which have a right of appeal pursuant to specific provisions in this Code,(...).

23 The Supreme Court and the Land and Environmental Court of Appeal have interpreted this provision generously regarding who may be considered to be a member of the public concerned in line with a judgment from the Supreme Administrative Court in 1997 (*RÅ 1997 ref. 38*, see section 1.7), stating that:<sup>1234</sup>

...in principle, every person who may be harmed or exposed to other kinds of inconvenience by the environmentally harmful activity at stake in a permit decision is considered a party in interest. However, a mere theoretical or completely insignificant risk of damage or detriment is not sufficient.

24 According to the quoted decision, everyone who may be harmed by an activity or exposed to even minor risks – for example neighbours, people affected by emissions or other disturbances from the activity – should have the right to appeal the decision in question. As the Environmental Code brought together all kinds of legislation which previously was separate, this formula was made generally applicable. Accordingly, if a permit concerns water operations such as a marina, neighbours who

<sup>1233</sup> Unofficial translation in a document from the Ministry of the Environment and Energy.

<sup>1234</sup> The translation is made in the Milieu study 2007.

will be affected by the road traffic to the marina are allowed to appeal (*NJA 2004 s. 590 I*). The determination of the public concerned is straightforward in cases pertaining to traditional hazardous activities, and depends on the kinds of disturbance (discharges into air and water, noise, odour, traffic, and so on) that the person in question can be affected by, and at what distance. This can be illustrated by the two cases *MÖD 2003:98* and *MÖD 2003:99*, where a property owner – living 12 km downstream from industrial works discharging substances into a water course – was allowed to appeal a permit concerning certain substances in the first case, but not concerning other substances in the second case, as they were not considered to have any negative effect on her interests. It should however also be noted about Swedish administrative and environmental procedure that once the applicant is allowed to appeal, the scope of review is complete, meaning that he or she can invoke all kinds of interests in favour of the cause. No arguments are precluded. Thus, the appellant can plead any private or public interest in the case irrespective of the instance of appeal in higher levels of administration or in the courts (*RAÅ 1993 ref. 97*).

25 Traditionally, mere public interests did not suffice for standing. Private interests, although generously interpreted, had to be been affected for the individual to gain admission to the court. Thus, in decision-making concerning shore protection, nature conservation and species protection, individuals did not have standing at all – not even close neighbours.<sup>1235</sup> This state of affairs was criticized over the years in the literature and in the remits of the National Implementation Report from Sweden required in terms of the Aarhus Convention.<sup>1236</sup> However, in a recent judgement, the Land and Environmental Court of Appeals expressly dissociated itself from previous case law on this issue (*MÖD 2015:8*). Here, the court instead emphasised that those who are concerned by a certain activity in environmental cases must be able at some point in the procedure to have a say when the issues raised are decided upon. If a certain decision – to which the individual cannot appeal – is decisive for the latter proceedings concerning that activity, those requirements are not met. In this case, a first decision concerned the protection of a species in the area. A second decision concerned the right to land in order to place sewage pipes there. The landowner was not granted standing to appeal the first decision, but he was able to raise the species protection issue in the subsequent proceedings where he had standing rights. However, the effectiveness of this was nullified by the fact that the deciding authority in the second set of proceedings used the first decision as a starting point, without questioning it in substance. According to the Land and Environmental Court of Appeals, such a division of the decision-making is not in line with the Aarhus Convention and it may also be regarded as a deprivation of the individual's right to a fair trial according to ECHR. Therefore, the claimant was granted standing in the species protection case.

26 All kinds of administrative decisions can be brought to the administrative courts by way of appeal. According to case law in the environmental area, this is also true about administrative omissions. Any member of the public who is affected by a certain activity can notify the supervisory authority and ask for administrative action in his or her interest. According to the jurisprudence of the Parliamentary Ombudsman, the authority must then issue a decision on the case, be it to take action or not (a decision not to take action is called a 0-decision). That decision is appealable using the route described above, and accordingly, the matter will be dealt with in substance by the environmental courts. For example, the inhabitants living on Hornsgatan, one of the main access roads of Stockholm, have been challenging the local authorities' negligence to enforce the air quality standards for particu-

<sup>1235</sup> *MÖD 2001:29*, *MÖD 2013:32*, see also Darpö, J: Biological Diversity and the Public Interest. From de Lege 2009 (Juridiska fakultetens årsbok, Uppsala universitet), s. 201, available in full text on [www.jandarpo.se](http://www.jandarpo.se) (abgerufen am 19.10.16).

<sup>1236</sup> See Opinion by Faculty of Law, Uppsala universitet, on the 2014 National Implementation report, [www.jandarpo.se/](http://www.jandarpo.se/) Övrigt material (2013: Remissvar: Den nationella implementeringen av Århuskonventionen. Miljödepartementets förslag till rapport till det femte partsmötet 2014), however only in Swedish.

late matter and oxides of nitrogen in accordance with EU law.<sup>1237</sup> The municipality of Stockholm has been unwilling to take any further action, but, following an administrative appeal, the County Administrative Board ordered additional measures to be taken in order to bring down the levels of PM<sub>10</sub>. The inhabitants have appealed this decision, asking the Land and Environmental Court to strengthen the precautionary measures to protect their interests. This way, the final decision on how to protect the inhabitants' health will probably be dealt with by the Land and Environmental Court of Appeal. However, for many years this possibility to challenge omissions did not apply when the supervisory authorities refrained from bringing actions for the updating of permits for environmentally hazardous activities, such as IPPC installations. Such initiatives were regarded as the prerogative of the authorities. As this view-point clearly is in breach of the Aarhus Convention and the implementing EU law on access to justice, the case law was revoked by a judgment from the Land and Environmental Court of Appeal in late 2011 (*MÖD 2011:46*).

### 7.2.6.3 Standing for individuals in the Planning and Building Act

27 As already mentioned, standing for individuals is more restricted in the Planning and Building Act (PBL), compared with the Environmental Code. Even though the provision on standing – that is section 22 of the Administrative Procedure Act – has the same phrasing as 16:12 MB, case law differs. Concerning PBL decisions on building permits and local development plans, only those who live closest – “border neighbours” – can appeal. In addition to this, the Planning and Building Act presents additional criteria for standing. Most importantly – and this is unique within administrative law – there is a prior participation requirement. To be able to appeal a decision on a local development plan, the public concerned must have voiced their opinion during the participation phase of the decision-making, more precisely, when the proposed plan is published for consultation (13:11 PBL).

28 Furthermore, when the public concerned challenges local development plans, the scope of the review in court is supposed to be restricted. According to 13:17 PBL, the court can only scrutinize whether such a decision “is in breach of law in a manner that is described by the applicant or is clear from the circumstances in the case”. This provision is section 7 in Act 2006:306 about judicial review of certain governmental decision. In addition to this and in the same way as in judicial review, the procedure according to 13:17 PBL is cassatory. Thus, in contrast to the ordinary administrative appeal, the reviewing court can only accept or quash the local development plan. This provision in 13:17 PBL was introduced in 2011 when the procedural order for the appeal of such plans changed from the Government to the environmental court system. At the beginning, the Land and Environmental Court of Appeal took a very cautious attitude, largely abiding to the evaluation of the public interests that had been performed by the County Administrative Board. The court also meant that individual complainants could only invoke their own interests in the case (*MÖD 2013:47 Plankan*). This radically new approach was criticized in the literature, as it introduced elements in the procedure that were not foreseen in the legislation and also contradicted what was said in the preparatory works to the reform.<sup>1238</sup> In later case law, the Land and Environmental Court of Appeals distinguished its viewpoint on the matter. In *MÖD 2014:12 Seminariet*, the court emphasized that judicial review according to 13:17 PBL means that the courts shall respect the room for administrative discretion, but only to the extent it is allowed for in the substantive provisions of law. Furthermore, the court is still free to make its own evaluation of those private and public interests which shall be taken into account according to the PBL. Individual members of the public concerned can also invoke – including public interests – to argue their case.

<sup>1237</sup> Accordingly, this is a Swedish equivalent to the Janecek case (C-237/07).

<sup>1238</sup> Darpo: Allmänna och enskilda intressen (2013).

#### 7.2.6.4 Standing for individuals to challenge governmental decisions

29 In some sectorial legislation, the administrative decisions are appealed to the Government. Some examples are permits for the building of railroads, highways and airports, mines and electric power lines, which all are decided by national agencies (Swedish Transport Administration, Mining Inspectorate of Sweden and Swedish Energy Market Inspectorate). Furthermore, as described above, one of the requirements for obtaining a permit for some large developments is a prior decision by the Government on the “permissibility” of the project according to Chapter 17 MB. All these Governmental decisions can be challenged by way of judicial review in the Supreme Administrative Court (HFD) according to Act 2006:304. The scope of the review in these cases is equally restricted as the one under 13:17 PBL, meaning that the court is supposed to leave more room for administrative discretion in a cassatory procedure. HFD commonly uses this description of the scope of the trial (“the intensity of review”) in judicial review:<sup>1239</sup>

*Judicial review comprises of, besides the pure interpretation of the law, even such matters as facts and evidence evaluation and the question whether the decision is contrary to the requirements of objectivity, impartiality, and equality before the law. The trial also includes errors in procedure which may have affected the outcome of the case. If the applied provisions are so designed that the authority has some discretion in their decision-making, judicial review includes examining the question whether the decision falls within the freedom of action.*

30 However, as in common law systems, the scope of the trial in judicial review largely is decided in case law. Also, on a general level, I think it is safe to say that, in recent years, there has been an expansion of the scope of review by way of court activism, not least as a result of the influence of EU law.

31 Individuals whose “civil rights or obligations according to Article 6.1 ECHR” are affected can apply for judicial review at HFD (section 1 in Act 2006:304). Under old case law, the Governmental decision on permissibility was binding for the permit bodies, including the courts, in all aspects upon which a judgment had been rendered. This system created two kinds of problems in environmental decision-making. First, it barred the full implementation of the legal requirements for permits – not least according to EU law – as the full consequences of the activity rarely were known when the Government decided on the permissibility and therefore important permit conditions could not be finally evaluated. That such a system is in breach of EU law was made clear by the Supreme Court in the *Bunge case*.<sup>1240</sup> Second, another problem that occurred in practise regarding standing was that the governmental decision was taken at such an early stage that HFD had not been able to identify those who would be affected by the project. Accordingly, individuals who applied for judicial review were considered to lack standing and thus their cases was dismissed. When subsequently they appealed the permit for the project, they were prevented from challenging its localization and the basic parameters, as those issues had already been decided by the government.<sup>1241</sup> This Catch-22 situation clearly is in breach of Article 9.2 of the Aarhus Convention and was heavily criticized for many years in the legal literature.<sup>1242</sup> It therefore came as no surprise when the matter was brought to the European Court of Human Rights by the neighbours to a major railroad development and Sweden was found to be in breach of Article 6 ECHR.<sup>1243</sup> However, the standing rule applicable in those days related to the stand-

<sup>1239</sup> My translation from RÅ 2005 ref 44.

<sup>1240</sup> NJA 2013 s. 613. The case concerned a Natura 2000 assessment and permit, but the reasoning of the Supreme Court is generally applicable.

<sup>1241</sup> RÅ 2004 ref. 108 Botniabanan I and RÅ 2008 ref. 89 Botniabanan II.

<sup>1242</sup> See decision by the Compliance Committee of the Aarhus Convention on the EU funding of a landfill for waste in Lithuania, C/2006/17 (EU). See also Darpö, J: Rätt tillstånd för miljön. Om tillståndet som miljörettsligt instrument, rättskraften och mötet med nya miljökrav, part 2.3.5. Final report in the research program ENFORCE. Published 2010-07-12 on [www.jandarpo.se](http://www.jandarpo.se) (abgerufen am 19.10.2016); Artiklar & Rapporter, however only in Swedish.

<sup>1243</sup> ECtHR 2014-09 -25 in case No 29878/09 Karin Andersson and others v. Sweden.

ard formula in section 22 in the Administrative Procedure Act and it seems that HFD in case law under Act 2006:304 allows for a wider circle of individuals who “may be affected” to apply for judicial review of a governmental decision on the permissibility of large scale developments.<sup>1244</sup> In my view, this latter problem relating to standing to appeal Governmental decisions is also taken care of by the legislator and HFD.

### 7.2.7 Case law in individual’s standing on environmental decision-making

32 As noted, the traditional stance of the courts on individuals’ standing is rather generous in the area of environmental law. The courts have also been quite sensitive to modern developments in the concept of standing, not least due to international law. Below, I have listed the landmark cases on standing for individuals in environmental law in Sweden.

#### 7.2.7.1 Supreme Administrative Court (HFD)

*RÅ 1993 ref. 97 Public concerned and the public interest*

33 When an individual appeals a permit decision, both private and public interests can be invoked to advocate his or her cause.

*RÅ 1997 ref. 38 Standing for individuals*

34 The right of appeal is given to any person at risk of suffering harm or detriment caused by a decision, if that risk is not merely theoretical or completely insignificant.

*RÅ 2005 ref. 44 The public interest and the scope of EIA*

35 A neighbour appealed a municipal decision on a local development plan, claiming that it would have a negative impact on a protected species in the area (great crested newt), which was not taken into account in the EIA. HFD stated that individuals who are affected by such plans are able to invoke the public interest to advocate their cause. As an EIA should cover all relevant impacts of the development in order to be able to take them into account in the decision-making – including species protection – the plan was quashed.

#### 7.2.7.2 Supreme Court

*NJA 2004 s. 590 A uniform definition of public concerned in the Environmental Code*

36 The ambition of the Swedish Environmental Code is to introduce a uniform and generous definition of “the public concerned”. Each person who may suffer any damage or nuisance from an activity – if the risk of such an impact concerns a legally protected interest and is not merely theoretical or insignificant – shall have the possibility to appeal a permit for that activity.

*NJA 2012 s. 921 Public concerned in Swedish law and the Aarhus Convention*

37 The Company Taggen Vindpark AB applied and received a permit to build 83 wind turbines 170m high, in the sea off the east coast of Sweden. The permit decision was appealed by a number of individuals and two ENGOs. One of the ENGOs was granted standing, whereas all other parties were dismissed. They appealed that decision first to the Environmental Court of Appeals and then to the Supreme Court.

38 Concerning the individuals, the Supreme Court noted that according to case law, those individual members of the public concerned who live within 450m to 3 km from a planned wind farm can appeal the permit decision. The qualifying distance to entitle challenges depends upon the size and construction of the installation and the individual circumstances of the case in question. This case law

<sup>1244</sup> RÅ 2008 ref 89, HFD 2011 not 26.

is in line with what has been previously decided by the supreme courts of Sweden (*RÅ 1997 ref 38* and *NJA 2004 s. 590*) and meets the requirements of the Aarhus Convention. In this case, the complainants lived 11-12 km away from the offshore wind farm and although they claimed to be affected by disturbances from the installation – mainly noise, shadowing and blinking lights – they could not be regarded as affected in a way so as to grant them standing rights. Furthermore, investigations into the case exploring the impact of the windfarm, did not indicate that it would have any negative effect on the value of their properties. As merely an impact upon the aesthetics of the landscape affecting the individuals view of the coastline, was not considered to be a factor that gave rise to standing rights for the individuals, their appeals were dismissed.

### 7.2.7.3 Land and Environmental Court of Appeal

#### *MÖD 2002:82 Public concerned at what distance?*

39 Individuals living 5 km from an incineration plant and thus at risk of being affected by air pollution were allowed to appeal the permit decision for that operation.

#### *MÖD 2003:19, MÖD 2004:31 Challenges to administrative to omissions*

40 A decision of a supervisory authority not to intervene in a certain activity (a so-called 0-decision) can be appealed and its substance can be challenged by the public concerned.

#### *MÖD 2003:98 and MÖD 2003:99 The definition of the public concerned*

41 When deciding on who should be given the right to appeal a permit decision, decisive factors are the distance to the activity, the nature of the emissions (discharged substances) and their likely effects. A property owner, living 12 km downstream from industrial works was granted standing to appeal a permit concerning discharges into the water of not readily biodegradable and toxic substances (*MÖD 2003:98*). The same person was dismissed in another case, concerning a permit for that same industry for the discharges of formic acid, which is readily biodegradable and therefore was not considered to have any negative effect on her interests (*MÖD 2003:99*).

#### *MÖD 2011:46 Public concerned and omission by public authority*

42 A company operated a landfill under a permit issued in 2005. A neighbour complained to the supervisory authority (the County Administrative Board), claiming that the activity was operated in breach of several conditions in the permit. He asked the Board to initiate proceedings to revoke or update the permit. The authority, however, found no reason to undertake any measures. The neighbour appealed to the Environmental Court. The court dismissed the appeal on the grounds that the possibility to initiate proceedings to revoke or update a permit was the prerogative of the environmental authorities and that, according to consistent case law of the National Licensing Board and the Environmental Court of Appeal, individuals were not allowed to appeal decisions not to undertake such a measure.

43 The neighbour appealed to the Environmental Court of Appeal. This court stated that it is a general public law principle that those who are affected by an environmental decision should have the possibility to appeal the decision, and that this principle should also apply in cases where the activity operates under a permit. With reference to Sweden's international obligations – and thus revising its previous case law – the court found that a neighbour has the right to appeal a supervising authority's decision not to undertake any measure to revoke or update a permit. The court also referred to its case law on the possibility to appeal supervisory decisions concerning activities that operate without permits (cf. *MÖD 2003:19* and *MÖD 2004:31*).

#### *MÖD 2014: 12 Appeals on a local development plan (Seminariet)*

44 The city of Uppsala decided a local development plan for the area Seminariet. Neighbours and different associations appealed the decision to the County Administrative Board, which upheld the

plan. However, both the Land and Environment Court and the Land and Environmental Court of Appeal – to which the city appealed – disallowed the plan. The Land and Environmental Court of Appeal emphasized that the aim of the trial is to decide whether the local plan is in accordance with the provisions of PBL. If the law gives room for discretion to the deciding administration, this must be respected by the courts. Thus, it is the substantive content of the provisions which set the scope of the trial and individual parties have a right to challenge whether those rules have been correctly applied. Furthermore, even if the County Administrative Board has a certain prerogative in the weighing of different public interest, this does not preclude the court from trying that it has been done according to the law. In this case, the Land and Environmental Court of Appeal found – in contrast to the County Administrative Board – that the proposed development would have a significant impact on the cultural values of the area, why the plan was quashed.

*MÖD 2015:8 Public and private interests*

45 A municipality planned to locate sewage pipes for sewage on the land of a private person. In order to be able to do so, they needed, first derogation from the species protection requirements, and second a permit from the Cadastral Offices. The County Administrative Board granted the species derogation and the property owner appealed to the Environmental court. However, the court dismissed his appeal in line with established case law (*MÖD 2001:29, MÖD 2004:55, MÖD 2013:32 and MÖD 2007:6*). According to this case law, private parties cannot challenge decisions that merely concern public interests, although they can invoke such interests in cases where they have standing.

46 The property owner appealed to the Land and Environmental Court of Appeals. The court noted that since the establishment of the old case law on the matter, Sweden and EU have ratified the Aarhus Convention. Article 9.3 of that convention has wide applicability and covers all kinds of decisions concerning the environment. Even though this provision does not have direct effect, the CJEU has emphasized that national standing rules must ensure wide access to justice and cannot invalidate EU law provisions that entitle the public concerned to bring actions before the competent courts. Furthermore, it is an obligation for the national courts to interpret – to the extent possible – existing rules on standing in order to apply them in line with Article 9.3 of the Aarhus Convention and the principle of legal protection in EU law (C-240/09).

47 Against this backdrop, the court stated, it can be questioned if the old case law – which partly is based on the “protected norm theory” – is compatible with modern environmental law and the Aarhus Convention. The derogation decision concerned general environmental interests to which Article 9.3 applies. The conventional requirements are not only for wide standing rights, but also for effective justice. Thus, those who are affected by a decision must be able at some point in the procedure to have their say when the issues raised are decided upon. If a certain decision – to which the public concerned cannot appeal – is decisive for the latter proceedings in the matter, those requirements are not met.

48 In this case, the first decision concerned the protection of a species in the area, which is a subject that an individual can raise in the subsequent proceedings where he has standing rights. However, the effectiveness of this is nullified by the fact that the Cadastral Offices used the first decision as a starting point, without substantively questioning it. Such a division of the decision-making is not in line with the Aarhus Convention and may also be regarded as a deprivation of the individual’s right to a fair trial according to ECHR. Thus, the property owner was granted standing in the case concerning derogation from the species protection.

## 7.2.8 Standing for groups and ENGOs

### 7.2.8.1 General about ENGO standing in Sweden

49 The experience of ENGO standing has been very positive in Sweden and the general opinion is that the organisations have used the possibility in a responsible manner.<sup>1245</sup> The most common appeals made by the Swedish ENGOs – mainly the Swedish Society for Nature Conservation (SNF) and the Swedish Ornithological Society (SOF) – since 1999 have been concerning permits to industrial installations and water works, exemptions to species and habitats protection, and shore protection.<sup>1246</sup> Concerning the protection of large carnivores, Swedish Carnivore Association (SRF) and Nordulv have been very active. In recent times and due to the less strict numeric criterion in 16:13 MB, local ENGOs have also raised actions in the courts.

### 7.2.8.2 ENGO standing according to the Environmental Code

50 The standing criteria do not change according to the nature of the claimant so long as the person, company or organisation represent their own interest as a member of the public concerned, stakeholder, operator of a business, owner of real estate, etc. As with civil rights and obligations protected by the ECHR, both natural and legal persons represent interests that they can defend by legal means in the environmental courts. However, according to the Environmental Code, a legal entity cannot represent an individual appellant. But nothing prevents a person who represents that entity from acting as counsel for the individual, something which quite often happens in environmental cases.

51 Provisions on standing for ENGOs and other organisations under the Environmental Code are provided for in 16:13 and 16:14 MB:<sup>1247</sup>

Section 13 Appealable judgements and decisions concerning permits, approvals or exemptions issued pursuant to this Code, concerning withdrawal of the status of protected areas pursuant to Chapter 7 or supervision pursuant to Chapter 10 or questions relating to provisions adopted pursuant to this Code, may be appealed against by a non-profit association or another legal person

1. whose primary purpose is to promote nature conservation

or environmental protection interests;

2. who is non-profit;

3. who has operated in Sweden for at least three years; and

4. who has at least 100 members or by some other means shows that the activity is supported by the public.

The right to appeal pursuant to the first paragraph shall apply even in the cases where the appeal only refers to a condition or other provision in the judgement or decision and also in the cases where the judgement or decision is the result of an assessment pursuant to Chapter 22, Section 26, Chapter 24, Sections 2, 3, 5, 6 or 8 of this Code or an assessment pursuant to Chapter 7, Sections 13, 14 or 16 of the Act (1998:812) Containing Special Provisions concern-

<sup>1245</sup> See Implementation Report 2014 from Sweden: [http://www.unece.org/env/pp/reports\\_trc\\_implementation\\_2014.html](http://www.unece.org/env/pp/reports_trc_implementation_2014.html), (abgerufen am 19.10.2016), p. 27f.

<sup>1246</sup> The success rate of ENGO standing in environmental cases is reported to be almost 50% in the environmental courts, to be compared with 24 % for appeals from other actors in the environmental procedure, see SOU 2005:59, part 3.3.1.

<sup>1247</sup> Unofficial translation in a document from the Ministry of the Environment and Energy.

ing Water Operations. However, the right to appeal pursuant to the first paragraph do not apply to judgements or decisions relating to the Swedish Armed Forces, the Swedish Fortifications Agency, the Swedish Defence Materiel Administration or the National Defence Radio Establishment.

Anyone who wishes to appeal pursuant to the first or second paragraph must do so within the time limit fixed for the parties and for the claimants.

Section 14 The provisions of Section 13 concerning the right of appeal of certain non-profit associations shall be applicable regarding shore protection also for a non-profit association whose purpose according to their statutes is to promote outdoor interests.

52 In short, a non-profit association whose purpose according to its statutes is to promote nature conservation, environmental protection or outdoor recreation interests may appeal decisions on permits, approvals or exemptions pursuant to the Code. Additional criteria for such ENGO standing are that the organisation has been active for at least 3 years in Sweden and has at least 100 members or else can show that it has “support from the public”. Thus, ENGOs meeting those criteria are able to defend the public interest according to their statutes, without any further qualification.

53 The possibility for ENGOs to appeal certain environmental decisions originally was established in the Environmental Code in 1999, although at that time, the numeric criterion was 2,000 members. However, due to the judgment by the CJEU in the *DLV case* (C-263/08), the legislation was reformed in 2010. Further changes have been made to meet the access to justice provisions in the ELD (2004/35), enabling ENGOs to appeal supervisory decisions concerning contaminated land. Since 1999, there have also been proposals from different governmental commissions to expand ENGO standing to all kinds of decisions under the Environmental Code. Due to strong resistance from industry, these ideas have to date not survived negotiation within the Governmental offices. Still, there are some proposals pending for further reform of the provisions on ENGO standing. First, the Ministry of the Environment and Energy has suggested that the condition that the ENGO must have been active in Sweden for 3 years should be abolished.<sup>1248</sup> The national criterion surely is in breach of the non-discrimination clause in the Aarhus Convention. However, in practise, this is not a problem when an ENGO from another Nordic country appeals a Swedish decision, as it is equated to a Swedish organization in accordance with the 1974 Nordic Convention on Environmental Protection.<sup>1249</sup> But if a Polish or a German ENGO appeals a Swedish permit for a combustion plant with far ranging effects on the atmosphere or the Baltic Sea, it will not meet the national criterion. Furthermore, according to the ministerial paper, the time criterion is in breach of Article 11 of the EIA directive (2011/92). It also argues that it is important for the quality of the decision-making and from an environmental democracy point of view that individuals from the public concerned have the possibility to organize in ad hoc groups in order to present their opinions and advocate their cause. For these reasons, the Ministry argues that the criteria on nationality and length of activity cannot stand. However, these proposals have been resting within the Governmental offices for some years now and their future must be regarded as uncertain.

54 This is quite surprising, as the courts have been very active in promoting standing rights for ENGOs. One can actually say that in this area of law, the role of legislator has been overtaken by the courts and that development has been rapid. In a series of judgements, the Supreme Court and the Land and Environmental Court of Appeals – the latter being in fact the body which creates precedents in the area of environmental law – have expanded the standing rules in 16:13 MB in order to make

---

<sup>1248</sup> Promemoria: Effektivare identifiering, beskrivning och bedömning av miljökonsekvenser. Remiss/Miljödepartementet 2012-08-17 (dnr M2012/2031/R).

<sup>1249</sup> Nordiska Miljöskyddskonventionen (SÖ 1974:99).

them in line with the international obligations. In *NJA 2012 s. 921*, the Supreme Court stated that the criteria for ENGO standing in the Environmental Code must not be regarded as fixed, but should instead be used as mere starting-points for considerations on access to justice. Most importantly, the overall picture should be taken into account and someone must be able to challenge the decision at stake. In accordance with this judgement, the Land and Environmental Court of Appeals found that an association of bird watchers enjoyed the support from the public, despite the fact that they had only 40 members (*MÖD 2015:XX*). This court has also expanded the understanding of the locution “decisions about permits, approvals or exemptions” in 16:13 MB in order to have it cover all kinds of decisions by the supervisory authority in relation to activities that *may be in need* of such a formal decision (*MÖD 2012:47*, *MÖD 2012:48* and *MÖD 215:XX*).<sup>1250</sup> Thus, in order for ENGOs to have standing to challenge administrative omissions, it suffices that there is an allegation that a certain activity requires a permit or even that the argumentation in the case has brought the issue to the courts attention.

### 7.2.8.3 ENGO standing the Planning and Building Act

55 ENGOs which meet the requirements in 16:13 MB, can also appeal certain decisions according to the Planning and Building Act. The challengeable decisions are listed in law and all concern local development plans on certain activities, but only if they may have a significant effect upon the environment (13:12 and 4:34 PBL). The list reflects the Public Participation Directive (2003/35) and covers plans for industrial operations, supermarkets, parking lots and similar arrangement for densely populated areas, harbours for leisure boats, ski resorts, hotels, amusement parks, zoological gardens, permanent camping sites, tramways and metros. In addition to this, organisations meeting the 16:13 or 16:14 criteria– thus including organisations for outdoor recreation – can appeal municipal planning decisions which may have an impact upon the shore protection in the area (13:13 PBL). In the same way as when individual members of the public concerned appeal decisions on local development plans, 13:17 PBL applies to ENGOs. Thus, the scope of the trial is to evaluate whether there has been any breach of law in the decision-making. However, as ENGOs are regarded as representatives of the public interests (*NJA 2012 s. 921* with reference to *C-115/09 Trianel*), there is little difference compared with an ordinary reformatory administrative appeal procedure concerning the scope of the trial. As for the outcome of the proceedings, the court can only accept or quash the decision at stake.

### 7.2.8.4 ENGO standing to apply for judicial review of Governmental decisions

56 As noted, the provision on access to justice by ENGOs in 16:13 MB has also been expanded to certain other laws dealing with infrastructure projects, mining, electric power lines, and similar activities. Commonly, these permits are appealed to the Government. In relation to those decisions, there is a possibility open to ENGOs to apply for judicial review of governmental decisions in accordance with section 2 of Act 2006:304. Here, it is stated that ENGOs meeting the criteria of the 16:13 MB shall have the possibility available to them to challenge any such “governmental permits to which Article 9.2 of the Aarhus Convention applies”. As the reader is aware, Article 9.2 covers two situations. First, if an activity is listed in Annex I to the Convention (Article 6.1.a). This annex lists major industrial operations, landfills, energy operations, mines and other kinds of large scale operations with great impact on the environment and natural resources. Second, Article 9.2 also covers activities which are not listed, but still may have a “significant effect to the environment” (Article 6.1.b). In most – but not all – situations, the criteria for ENGO standing for judicial review is similar to the obligation to produce an Environmental Impact Assessment according to the EIA Directive (2011/92).

57 Thus, decisive for ENGO standing is whether an activity may have significant impact to the environment. HFD has dealt with this question in different situations. The first one is obviously when

<sup>1250</sup> These cases have been confirmed by later decisions from the Land and Environmental Court of Appeals, see for example *MÖD 2014:30* and *MÖD decision 2014-03-18* in case No 11609/13.

ENGOS apply for judicial review. Such examples can be found in *HFD 2011 not. 17 Tollare* and *HFD 2012 not. 54 Shore protection i Sollentuna*. In these two cases, HFD dismissed the ENGOS as the plans in question did not entail significant effects to the environment. However, in *HFD 2011 ref. 4 Norra Djurgårdsstaden*, the ENGO Djurgården-Lilla Värtan (DLV) was granted standing as the local plan in question concerned a major development in Stockholm, where an EIA procedure was compulsory. The second situation is when individuals ask for judicial review of a Governmental decision, claiming that an EIA procedure should have been performed in the decision-making. Thus, HFD's evaluation of such a claim in substance has importance for the understanding of ENGO standing in other cases, as the requirements are the same.

58 However, as the local plans since 2011 no longer are appealed to the Government, but to the environmental courts, fewer cases of this category will occur in HFD. But for those activities which remain to be appealed to the Government, Act 2006:304 still applies, including the Article 9.2 criteria. It should be noted that those criteria are “closed” in that they cannot be interpreted to include environmental decisions according to Article 9.3. In my view, this procedural order certainly does not meet the requirement of the Aarhus Convention when the Government decides on matters which do not require an EIA, but which still relate to the environment. This problem may be solved by way of a generous attitude from the government in granting ENGO standing directly, as all “parties to the proceedings” can ask for judicial review. This is however less likely, considering the general attitude at the political level towards ENGO standing.

#### 7.2.8.5 ENGO standing in sectorial legislation

59 Traditionally, ENGO access to justice was not provided for in important environmental legislation outside the Environmental Code, such as the Forestry Act and the legislation on hunting. Although vital parts of the Habitats Directive are implemented by this legislation, decisions pursuant to those laws could not be challenged by ENGOS. However, on this area of law, the general principles on standing according to section 22 of the Administrative Procedure Act apply and the development of case law after the *Slovak Brown Bear* has been rapid.

60 It all started when the Swedish Environmental Protection Agency (SEPA) authorized hunting seasons both in early 2010 and again in early 2011 with a bag limit of 27 and 20 wolves respectively. Several ENGOS appealed these decisions; but the appeals were thrown out because the organisations were found not to have standing under Swedish law. However, in early 2012, the CJEU's judgement in the *Slovak Brown Bear* case (C-240/09) had begun to influence the jurisprudence of the Swedish administrative courts concerning hunting decisions. As the reader knows, in this case, the CJEU ruled that national courts must, to the extent possible, interpret national procedural rules in such a way so as to allow ENGOS standing to appeal national implementation of EU environmental laws. So when yet another hunting decision was taken at the end of 2011 and the complaining ENGOS were denied access to justice by the lower administrative courts, HFD in the summer of 2012 decided that the issue of standing must be reviewed in light of our international obligations. The case was remitted back to the Stockholm Administrative Court of Appeal, which subsequently granted the ENGOS standing, referring to the Aarhus Convention and the case law of CJEU (the *Kynna wolf case*). In doing so, it applied the criteria for standing in 16:13 MB, as the hunting legislation for obvious reasons, lacks such provisions. Ever since that case, ENGOS have standing to challenge hunting decisions by the SEPA. Accordingly, the decisions on the hunting licenses in 2013 and 2014 were brought to court and subsequently quashed. After this, the Swedish government barred the possibilities to challenge these decisions in court, which triggered the EU Commission to initiate an infringement case in 2014. Moreover, in January 2015, HFD issued leave to appeal on the question as to whether such a procedural order is in line with EU law.

61 ENGOS standing rights have also expanded into areas of (exclusive) national environmental legislation. In the *Ånok case*, HFD granted standing to the Swedish Society for Nature Conservation in a case concerning a permit for a clear-cutting operation according to the Forestry Act. The Land and

Environmental Court of Appeals has applied the same viewpoint in cases concerning the legislation on shore protection, which also is mainly according to national law.<sup>1251</sup>

### 7.2.9 Case law on ENGO standing in environmental decision-making

62 Below, you can find the landmark cases concerning ENGO standing in environmental matters.

#### 7.2.9.1 Supreme Administrative Court

63 HFD, decision 2012-06-28 in case No 2687-12 and Stockholm Administrative Court of Appeals, judgement 2013-02-07 in case No 4390-12: The Kynna wolf case

64 In November of 2011, SEPA made a decision under administrative provisions on ‘protective hunting’ to cull an individual wolf, known as the Kynna wolf. The Swedish Society for Nature Conservation (SNF) appealed the decision and requested an injunction. The case was rejected by the Stockholm Administrative Court, which found that the organisation lacked standing to proceed. The Stockholm Administrative Court of Appeal (CoA) agreed. SNF appealed to the Supreme Administrative Court (HFD). Although the wolf had already been shot, HFD ordered Stockholm Administrative CoA to hear the case. HFD noted that Sweden is a signatory to the Aarhus Convention, and referred to the *Slovak Brown Bear* case, as well as its own lack of precedent on the right of environmental NGOs to appeal administrative decisions pertaining to hunting of species protected by EU law.

65 In February of 2013, the Stockholm Administrative CoA determined that SNF should have had standing in the case. Article 9.3 of the Aarhus Convention grants the public the right to challenge acts and omissions that violate national environmental law. Jurisprudence of the CJEU in *Slovak Brown Bear* established that while Article 9.3 does not have direct effect, national procedural law must be interpreted so to give effect to Union law. Thus, Swedish administrative law, which according to section 22 in the Administrative Procedural Act generally requires appellants to be ‘concerned’ and negatively affected by a decision, must be interpreted in such a way that it is possible for environmental organizations to challenge in court administrative decisions that conflict with EU environmental law.

66 Although SEPA’s hunting decisions were made under hunting law and not environmental legislation, the decision clearly concerned EU environmental law. The court therefore used the same criteria for ENGO standing that is set out in the Environmental Code: in order to have standing to appeal, an NGO must have a primary purpose of nature protection or other environmental interests, be non-profit, have been active in Sweden for at least three years, and have at least 100 members or else show that it has “support from the public”.

*HFD 2014:8 Ånok: ENGO standing according to the Forestry Act*

67 The National Forest Agency permitted a clear-cutting operation in Northern Sweden in a mountain forest with high conservation value. The Swedish Society for Nature Conservation (SNF) appealed the decision and claimed that the operation was in breach of the Forestry Act. The Administrative Court granted standing and quashed the decision. The property owners and the Forest Agency appealed to the Administrative Court of Appeal, which decided that the ENGO lacked standing in the case. SNF appealed to the Supreme Administrative Court (HFD).

68 HFD noted that there is no standing rule in the Forestry Act, and this is why the issue must be decided using general administrative law principles. In case law, those who have “noteworthy interest” in the matter shall be considered to have standing to appeal the decision at stake (*RÅ 1994 ref. 82, RÅ 1995 ref. 77*).

<sup>1251</sup> MÖD 2013:6.

69 HFD then went on to consider if the decision to permit clear-cutting in the area is an administrative act which is covered by the Aarhus Convention. According to the court, Article 9.2 is not applicable as forestry operations are not mentioned in the list in Annex I to the Convention (Article 6.1.a) and the operation in this case cannot be regarded as having a significant effect on the environment (Article 6.1.b). Concerning Article 9.3, the court referred to the Implementation Guide 2013 (at page 206f) and noted that the provision covers decisions which relate to the environment. Furthermore, it is not necessary to establish that a breach of law has taken place in order to give standing, it suffices if the public concerned alleges that there has been such unlawful conduct. HFD then noted that according to the Forestry Act, nature conservation and environment protection shall be taken into account in the decision-making. Also, a permit for a clear-cutting operation in the mountains must not be issued if it “contravenes essential nature conservation values”. The Environmental Code can also be applied in these cases. HFD therefore concluded that the permit in question was clearly covered by Article 9.3 of the Aarhus Convention.

70 Regarding the issue of ENGO standing, HFD pointed out that although the legal basis for the decision was national law, this situation was closely related to those to which EU law on the environment applies. The court then cited the *Slovak Brown Bear* (C-240/09), where CJEU established that it is a Union law requirement to interpret the national procedural rules widely in order to allow ENGO standing in environmental decision-making. HFD furthermore stated that there is also, on a more general level, a need for a common understanding of the standing rules, irrespective of whether national or EU law is applied. In sum, in order to secure effective legal remedies for the public concerned, they should be able to appeal a decision on clear-cutting in the mountains. Accordingly, SNF was granted standing in the case.

#### 7.2.9.2 Supreme Court

*NJA 2010 s. 419: Numeric criterion*

71 As a result of the preliminary ruling by the CJEU in the *DLV case* (C-263/08), the Supreme Court set aside the numeric criterion in the Environmental Code for NGOs to have at least 2,000 members as a requirement for having standing rights.

*NJA 2012 s. 921: Fixed criteria for ENGO standing*

72 The Company Taggen Vindpark AB applied and received a permit to build 83 wind turbines 170m high, in the sea off the east coast of Sweden. The permit decision was appealed by a number of individuals and two ENGOs. One of the ENGOs was granted standing, whereas all other parties were dismissed. They appealed that decision first to the Environmental Court of Appeals and then to the Supreme Court.

73 The decision to dismiss the appeal for one of the ENGOs was confirmed by the Supreme Court, although some clarifying statements were made. According to Chapter 16 sections 13-14 of the Environmental Code, a “non-profit association whose purpose according to its statutes is to promote nature conservation, environmental protection or outdoor recreation interests” may appeal decisions on “permits, approvals or exemptions” pursuant to the Code. Additional criteria for such NGO standing are that the organisation has been active for at least 3 years in Sweden and has at least 100 members or else can show that it has “support from the public”. The Supreme Court started by citing CJEU in the *DLV case* (C-263/08), where that court accepted numeric criteria, but only to the extent that they are necessary to decide whether the organisation still exists and is active. The standing criteria furthermore must not be set at a level that conflicts with the aim of providing the public concerned a wide access to justice. Also local associations must be able to use legal means to protect their interests according to the environmental legislation. It is therefore necessary, stated the Supreme Court, that one utilizes a generous attitude in these matters, and that fixed criteria in law is applied only as a starting point for decisions on standing to appeal. One must also consider the overall picture – especially in

cases where no individuals have standing rights – and take into account that someone must be able to challenge the decision. In this case, however, it was unclear how much support the ENGO had, and it was therefore acceptable to dismiss their appeal (one should note however, that the other ENGO was allowed to appeal).

### 7.2.9.3 Land and Environmental Court of Appeal

#### *MÖD 2001:9: In Sweden*

74 The geographic criterion “in Sweden” in Chapter 16 section 13 of the Environmental Code for NGO standing entails the possibility to appeal decisions concerning permits, approvals or exemptions in all parts of Sweden, irrespective of where the organisation is registered according to its statutes or has its activities. However, the provision does not furnish a right to appeal a supervisory decision in a case concerning nature protection.

#### *MÖD 2006:22: Different associations*

75 The national association of real estate owners (Villaägarnas Riksförbund) was not considered to be an environmental NGO from the mere fact that its statutes said that one of the objectives of the organisation was to promote environmental interests.

#### *MÖD 2008:28: Different associations*

76 The national association of fishermen (Sveriges Fiskares Riksförbund) was not regarded as an environmental NGO having standing under the Environmental Code.

#### *MÖD 2008:45: Numeric criterion*

77 MILKAS, an established NGO opposing nuclear power, was not allowed to appeal a decision concerning a deposit of radioactive waste at Forsmark nuclear power station due to the fact that the organisation has only two other legal entities as members, the well-known NGOs Friends of the Earth and The Peoples Campaign against Nuclear Power.

#### *MÖD 2009:6: Numeric criterion*

78 A subdivision of the Swedish Society for Nature Conservation (SNF) is a separate legal entity and cannot appeal a decision according to Chapter 16 section 13 of the Environmental Code if it does not have the required number of members (at least 2,000 at the time).

#### *MÖD 2012:47 and MÖD 2012:48: Different kinds of decisions*

79 According to Chapter 16 section 13 of the Environmental Code (16:13 MB), certain ENGOs may appeal decisions on “permits, approvals or exemptions” pursuant to the Code. According to old case law, those provisions were read narrowly, restricting the types of decision which could be subject to appeal. In two cases, the Land and Environmental Court of Appeals distinguished itself from this old case law and clarified that the application of fixed standing criteria must comply with the Aarhus Convention and EU law.

80 In both cases, the Swedish Society for Nature Conservation (SNF) appealed a decision from the County Administrative Board to accept that certain activities were undertaken without a formal decision. The first (*MÖD 2012:47*) concerned the necessity of having an exemption from the species protection regime, and the second (*MÖD 2012:48*) a permit according to the legislation on Natura 2000. Both appeals were dismissed by the Environmental Court.

81 The Environmental Court of Appeals, however, noted that the Swedish Council of Legislation had criticised the formulation of 16:13 MB for being too restrictive, especially concerning the possibility to challenge decisions from the supervisory authorities. Moreover, case law of CJEU emphasises the necessity of giving the public concerned wide access to justice in environmental matters (*C-240/09 Slovak Brown Bear*). Even though both County Boards’ decisions can be regarded as such supervisory

decisions that are not covered by 16:13 MB, they are not expressly excluded. The decisions were also closely connected to “exemptions and permits”, as they related to the legislation on species protection and Natura 2000. Furthermore, developments within EU law should be taken into account when deciding the standing issue and the national courts have a responsibility of their own in this regard. Also, the challenged decisions were without any doubt covered by Article 9.3 of the Aarhus Convention. Given this context, 16:13 MB should be read in order to fulfil the international obligations and thus be understood as also relating to a decision on whether an exemption and a permit is needed or not. SNF was therefore granted standing in both cases.

*MÖD 2015:XX (MÖD 2015-04-15 in case No M 8662-14) Public support*

82 According to Chapter 16 section 13 of the Environmental Code (16:13 MB), an ENGO has standing rights on condition that it has at least 100 members or else can show that it has “support from the public”. In old case law, this criterion has been read narrowly, excluding for example an organisation with 92 members (*MÖD decision 2010-09-21 in case No M 1505-10*). In this case, a local bird association with only 37 members appealed a municipal decision relating to the development of wind turbines, but was dismissed both by the County Administrative Board and the Environmental Court for lack of standing. The ENGO appealed to the Land and Environmental Court of Appeals.

83 To begin with, the Land and Environmental Court of Appeals noted that the Swedish Council of Legislation had criticised the formulation of 16:13 MB for being too restrictive and that the Supreme Court has emphasised that the standing criteria in 16:13 MB should be read generously. One must also consider the overall picture – especially in cases where no individuals have standing rights – and take into account that someone must be able to challenge the decision. Moreover, case law of CJEU emphasises the necessity of giving the public concerned wide access to justice in environmental matters (C-263/08 *DLV* and C-240/09 *Slovak Brown Bear*). Even though the number of members in the organisation did not meet the numeric criterion in 16:13 MB, it had been regularly active for a long period of time. The organisation had arranged annual bird watching exhibitions with as many as 500 visitors and it also had taken part in public hearings in cases concerning nature protection. Therefore, the Land and Environmental Court of Appeals found that the ENGO had the support from the public in the sense that was meant in 16:13 MB. As the court also considered – along with previous case law from recent years (*MÖD 2012:47, MÖD 2012:48, MÖD 2014:30*) – that the decision in question was covered by 16:13 MB, the ENGO was granted standing in the case.

## 7.3 The UBA Questionnaire

### 7.3.1 Access to Justice

84 Article 9.2 relates to activities covered by Annex I to the Aarhus Convention – either because they are listed directly (items 1-19) or they require an EIA procedure according to national legislation (item 20). This follows from Article 6.1.a AC. Furthermore, Article 9.2 also applies to all other kinds of activities and measures that may have a significant effect to the environment (Article 6.1.b). Thus, my understanding is that Article 9.2 goes further than EU law in the sense that it requires access to justice for the public concerned, irrespective of whether the activity is listed or not. This can be illustrated by the example of a clear-cutting operation in forestry, an activity which is not listed under the EIA Directive. If such an operation may have a significant effect on the environment, Article 9.2 is directly applicable in the Member State. In Swedish case law, this was indirectly clarified by the Supreme Administrative Court in the *Ånok* case.

85 Furthermore, according to this provision, members of the public shall have the possibility to challenge any “decision, act or omission” concerning the permitting of those activities mentioned above. In my understanding, this means that the public concerned shall have the possibility to challenge in court any decision in relation to those activities, including those on reconsiderations and updating of the permit. And this applies irrespective of whether the authority decides to update the per-

mit condition or not. Thus, the possibility to challenge the authority's omission in that respect still belongs to Article 9.2. Understood otherwise, the word "omission" would lose all meaning. This is also how I interpret the CJEU's reasoning in *Mellor*<sup>1252</sup> and *Boxus*<sup>1253</sup> (see *Effective Justice*, part 3.2.3). To conclude, if an authority chooses not to update a permit condition covered by Article 9.2 and its implementation in EU law, this still falls under Article 9.2, not under Article 9.3.<sup>1254</sup>

86 The distinction between Articles 9.2 and 9.3 is decisive for the access to justice possibilities in Sweden only in two situations. Both concern "closed" provisions, that is, procedural rules which cannot be interpreted so as to enable ENGO standing. The first is section 2 of the Act on judicial review of certain governmental decisions (2006:304), where ENGO standing directly relates to Article 9.2. The other is 13:12 PBL, which only covers certain listed activities, such as industrial installations and supermarkets. All these activities are regarded as Article 9.2 permits according to EU law. Other kinds of decisions under PBL cannot be challenged by the ENGOs.

***How has Art. 9.3 AC hitherto been implemented in your national legal order?***

87 Exclusively by case law, no measure taken by the legislator (except for what is required in terms of EU law, for example implementing Article 12 and 13 ELD (2004/35)).

***Does the Aarhus Convention require uniform or at least similar rules on access to courts, standing and legal protection for individual and for collective (NGO) actions in environmental law?***

88 As showed in part 1, individuals' standing follows from general administrative law principles and case law, which differs from one area to another. For obvious reasons, environmental law has very distinct features in this context. Thus, from the starting point of open provisions in the Administrative Procedure Act and the Environmental Code, more detailed standing rules for individuals in environmental decision-making have been created in the case law of the Supreme Administrative Court, the Supreme Court and the Land and Environmental Court of Appeals.

89 In contrast, standing for ENGOs is decided by criteria in express legislation, at least as a starting point. In recent years, however, and in the wake of the case law of CJEU, ENGO standing rights have expanded by way of national courts applying the "so as to enable" formula according to the *Slovak Brown Bear* case.

90 All in all, as the express legislation and the case law relate to individuals and ENGO respectively, I would answer in the negative to the question. Rules on standing are distinct between individuals and ENGOs, even though there are similarities.

***We are interested in how exactly courts and scholars in your national legal order distinguish the legal requirements of Art. 9.2 AC on the one hand and of Art. 9.3 AC on the other. Please give an overview on the scientific debate.***

91 The cases where this has been an issue are mentioned under section 1.8.4. Here, you can also find an elaboration on the two remaining situations where the distinction between Article 9.2 and 9.3 has importance. In other cases, the courts sometimes mention the two provisions, but do not take any firm position on which to apply, as they tend to find support for standing in either of them. In this respect, *Ånok* (sections 1.8.5 and 1.9.1) is a clarifying exception, as the HFD actually deals first with Article 9.2, then with Article 9.3. But I would guess that in the following, the Swedish courts will be even more reluctant to distinguish between the two articles in the Convention and prefer instead to refer to *Ånok* directly.

<sup>1252</sup> C-75/08 Mellor para 66.

<sup>1253</sup> Joined Cases C-128/09 to C-131/09, C-134/09 and C-135/09 Boxus (2011-10-18), § 57.

<sup>1254</sup> For a similar reasoning, see the Compliance Committee in case C/2010/50 Czech Republic, § 82.

92 One of the drawbacks with choosing Sweden as a comparative example, is that it is a small country of no more than 9 million inhabitants. As can be seen from the list of literature, most of what has been written on the Aarhus Convention was authored by me. Moreover, one cannot really say that there is a legal scientific debate on the division between Article 9.2 and 9.3.<sup>1255</sup> The *MB-commentary* (under 16:13 MB) and *Michanek & Zetterberg* (2012, parts 19.3-19.4) mentions the issue, but without any detail. *Ebbesson* (2002) elaborates on Article 9.2, but does not really debate the distinction between that article and Article 9.3. Besides, Ebbesson's article is from 2002 and his textbook is also rather old (2008, a new edition is due to be published in August 2015). In a case commentary to MÖD 2012:47 and MÖD 2012:48, *Annika Nilsson* (2012) claims that a decision by a supervisory authority not to initiate reconsideration and updating of a permit belongs to Article 9.3. As mentioned under B.1, I do not agree with this conclusion concerning activities covered by Article 9.2.

***Have there been alterations or amendments in your national legal order in order to transform the standing requirements of Art. 9.2/9.3 AC or EC-Directive 2003/35?***

93 ENGO standing was introduced by the Environmental Code in 1999. When Sweden ratified the Convention, minor changes were introduced in the legislation concerning access to justice in environmental matters. Through Governmental bill 2004/05:65, it was made clear that the public concerned can submit complaints to the competent authorities about activities that may be hazardous for the health or the environment, and that the authorities then are obliged to control compliance with permits and other conditions for the activity in question (26:1 MB). In this reform, a reference was also made to 16:13 MB in the sectorial legislation on highways, railroads, water fairways, airports and mines, enabling ENGOs to appeal permit decisions on those developments. Further changes in 16:13 were by Governmental bill 2006/07:95, partly to bring the provision into line with Articles 12 and 13 of ELD. Through Governmental bill 2008/09:119, 16:14 MB was introduced, allowing ENGOs and recreation associations to challenge decisions on shore protection. Finally, as a result of CJEU's judgement in *DLV case*, changes were made to the numeric criterion in 16:13 MB through Governmental bill 2009/10:184.

94 ENGO standing according to 13:12 PBL was introduced by Governmental bills 2004/05:65 and 2009/10:184, implementing the PPD (2003/35). Also, when the ENGOs and recreation organisations were given standing rights to challenge decisions on shore protection through Governmental bill 2008/09:119, a similar provision was introduced in 13:13 PBL.

95 ENGO standing rights were introduced in the Act (2006:304) on judicial review of certain government decisions, enabling them to challenge governmental decisions on permits for activities covered by Article 9.2 of the Aarhus Convention (Governmental bill 2005/06:56).

*Please provide a text and an English translation of the national provisions on standing in environmental matters.*

96 See sections 1.6.1, 1.6.2, 1.6.4 (individuals) and sections 1.8.2-1.8.4 (ENGOs).

***Consider and describe especially the scale, scope and prerequisites of the rights of action for environmental groups (NGOs) and for individuals and report the professional discourse among legal scholars and the relevant national case law.***

97 See Part 1 in respect of the first question. Concerning the legal debate among scholars, see Part 2, section B.1.3, first arrow-point.

<sup>1255</sup> I discussed the matter with Jonas Ebbesson, Gabriel Michanek and Charlotta Zetterberg and we all agree on that conclusion.

***Do rights of action allow the courts to control the legality of administrative decisions under all aspects or are they limited to the control of certain areas of the law (especially “environmental law” provisions)? How is the term ‘law relating to the environment’ which is used in Art. 9.3 AC defined or understood in your national legal order? Does it include any law that relates to the environment, e.g. a law under any policy, including and not limited to, chemicals control and waste management, planning, transport, mining and exploitation of natural resources, agriculture, animal protection, energy, taxation, maritime affairs, that may relate in general, help protect, harm or otherwise impact on the environment?***

98 As the administrative procedure in Sweden in all instances is reformatory, the starting point is that the court scrutinizes every part of the appealed decision. In other words, there is no administrative discretion, at least as a general rule. This is also true for the proceedings under the Environmental Code. As mentioned above, the judicial review of local developments plans under 13:17 PBL and of Governmental decisions under Act 2006:304 are restricted more or less to legality issues, meaning that the court is supposed to leave more room for administrative discretion in a cassatory procedure. In this way, these appeal procedures under PBL and Act 2006:304 are closer to judicial review in the common law sense.

99 Case law has defined Article 9.3 widely, basically covering any decision which may have an impact to the environment. Examples of such decisions are species protection under the hunting legislation and Environmental Code, forestry, industrial activities, etc.

***Please give us information about the discussion in your national legal order – if there is any – concerning the implications of the ECJ’s Slovak bear judgment C-240/09. Please give us also a first impression on the reactions on the ECJ judgments in C-401-403/12 P and C-404-405/12 P.***

100 The reactions from the farmers’ and hunters’ organisations, as well as from the competent authorities under the sectorial legislation – not least the Forest Agency – have been coloured by either anger or denial. Interestingly, the authorities even fight ENGO standing in the court proceedings, neglecting the principle of sincere cooperation under Article 4.3 TEU. Industry as a whole and the Government are silently resisting. In contrast, the response from the courts and academia has been as a whole very positive.

101 There has been no reaction yet to the Dutch cases on internal review, other than an article by Sanja Bogojević in Yearbook on European Law. The article is interesting and I agree with her that the stinginess of the CJEU in internal cases (direct action) is compensated by the attitude from the same court concerning access to justice in national courts (indirect action). We believe that CJEU strongly advocates a procedural order where the national courts act as watchdogs for EU law, cooperating with CJEU by way of preliminary rulings.

***Is Art. 9.3 AC in your national legal order considered to give a right of action mainly or only for NGOs or for individuals as well? Give a general overview on how the standing criteria for individuals from the public concerned are applied in environmental cases in your legal order. Does the individual have to show a specific interest in the decision at stake, or does it suffice that s/he lives in the vicinity of the (proposed) activity?***

102 As elaborated upon in Part 1, Article 9.3 is equally relevant for individual members of the public concerned and ENGOs.

103 A general overview on the standing criteria is given in Part 1.6. The affected individuals do not have to show a specific interest, it suffices that s/he lives in the vicinity. But, as mentioned above, if the decision concerns *only* public interests – such as shore protection – the individuals in the neighbourhood do not have standing to appeal. But then again, one can argue that this does not hold true after the judgement in MÖD 2015:8.

***Does your national legal order differentiate between the standing criteria for individuals and for NGOs? If yes, are there special rules for this differentiation in the field of environmental law? Do the same rules apply to individuals and NGOs of other Member States / Parties to the AC?***

104 This question is already answered under Part 2, section B.1.3. ENGO standing only exist under environmental law, although standing for different kinds of organisations – such as tenants associations and trade unions – exists in other areas of administrative law. The 16:13 criteria exclude “foreign” ENGOs by the locution “in Sweden”. However, it seems to be commonly understood that this criteria will be disregarded by the court, if ever the situation arises (see also NJA 2012 s. 921).

### **7.3.2 The recognition of e-NGOs**

***How does the formal structure of an e-NGO determine its access to justice in your national legal order?***

105 To be able to constitute a non-profit association, it suffices to have statutes and a board of directors. Thus, three persons can establish such an association. There is no requirement for registration, be that to the tax authorities or the company register (although one can register on a voluntary basis or in order to protect the organization’s trade mark). Any non-profit association with an environmental interest in the statutes will be regarded as an ENGO. There is no requirement for a “democratic structure” or similar. Thus, Greenpeace has standing in environmental cases, if they can show that they have “support from the public”. The latter condition, in my view, does not create a problem for the well-established organizations in Sweden. Basically, it is the time criterion – 3 years of existence – that poses a barrier to access to justice for the local associations and ad hoc groups.

***Are e-NGOs or citizens’ initiatives obliged to be recognized by authorities before they have legal standing in environmental procedures? What requirements need to be met? Did any criteria in the recognition procedure change since 2012?***

106 The answer to the first question is negative. There have been no reforms since 2012 – with one exception – since the standing provision in section 22 in the Administrative Procedure Act and 16:13 MB are open, thus enabling the courts to grant ENGOs standing in environmental cases. The exception is the reform in late 2014, when the hunting decisions were delegated to the County Administrative Boards in order to prevent the courts from quashing the wolf hunting decisions. It is expected that this situation will be remediated in late 2015, either by HFD in the ongoing case concerning last winter’s licensed hunt or by express legislation as a result of pressure from the Commission.

***Are there any special requirements on the organization of e-NGOs and, if so, are they comparable with Section 3 para 1 UmwRG\*? [Is there any discussion on the compliance of these requirements?]***

107 The criteria in section 3.1.1 and 3.1.2 are partly also expressed in 16:13 MB, except that the Swedish courts will not require the organisations to have been active for the full duration of time. Section 3.1.3 – 3.1.5 do not have any similarities in 16:13 MB, although “non-profit” surely may qualify as “public benefit purposes” in many cases...

### **7.3.3 Preclusion of objections**

***Does your national legal order include restrictions on access to justice for e-NGOs, which are comparable to the “material” preclusion (materielle Präklusion) of section 2 para 3 UmwRG? If so, how is this evaluated in the professional legal discourse (relevant literature/case law) with special regard to its conformity with EU law and the AC?***

108 The only examples can be found in early case law under 13:17 PBL, which is commented upon in Part 1, section 1.6.3 and 1.7 concerning MÖD 2013:47 *Plankan* and MÖD 2014:12 *Seminariet*. Furthermore, there are no tendencies to differ between individual and public interests in cases concern-

ing judicial review on governmental decisions under the Act 2006:304, except for some conflicting cases from HFD, dating 20 years back to when Sweden was not a member to the European Union.

***Which requirements do e-NGOs have to meet in your national legal order to be able to participate in planning and licensing procedures?***

Do they have the right to participate only in administrative procedures with a mandatory EIA or can they participate in other procedures as well?

109 The Swedish planning and environmental procedure is open in its participatory phase. Anyone can take part in the proceedings and all arguments can be brought into the case and must be considered by the authorities according to the ex officio principle. We do not ask people where they live, so to say, and this is actually one of the basic components in environmental procedure in Sweden. Thus, all members of the public can participate in decision-making concerning planning and environmental matters.

***Do the authorities directly inform the e-NGOs about projects and administrative procedures that may have effects on the environment? If not: How and where can e-NGOs get information about those upcoming procedures? How do they get access to the relevant information and planning documents concerning the projects?***

110 If the project concerns an activity which requires a permit and an EIA or a local development plan, a public announcement is made to alert the public. If a large number of people are affected by a “smaller” operation, which does not require a permit procedure, the authority in charge – commonly a municipal board – may also issue a public notice in order to simplify the procedure.

111 In other cases, the public concerned must rely on what can be found in the media and in the dockets of the deciding authorities. Here, one should observe that since 1766 Swedish administration is based on the constitutional principle of transparency, meaning that the public can ask for any document in the hands of an authority (Chapter 2 of the Freedom of Press Act, 1949:105, TF). The access right covers information from all documents that are held by the authority (TF 2:3), have been drawn up or received by the authority (TF 2:6-7) and are not deemed to be secret according to express legislation in the Public Access to Information and Secrecy Act (2009:400, OSL). Concerning environmental decision-making, most information is therefore open to the public and must be disclosed by the authorities “promptly”, in most cases within 1 or 2 days.

***Are there any time limits to make an objection or give a statement in your national legal order? Will objections passing this time limit be excluded in the administrative procedure and the decision on the development consent of a project? Is an objection that has been made “out of time” also precluded in any legal proceeding against the decision on the development consent (“material” preclusion as described above)? Are there any specific requirements concerning the content of objections by e-NGOs?***

112 No, there are no such time limits. Any objection submitted to the authority before the decision is made, must be communicated with the other parties to the proceedings and factored into the decision-making. The only exception to this is when the comment is of no or little relevance. The only example of “preclusion” in environmental law is found in 13:11 PBL, which states that those who appeal a local development plan must have voiced their opinion during the consultation period for the plan. But this is actually not a preclusion of arguments, rather a prerequisite for standing. There are no specific requirements concerning what an ENGO can or cannot say.

***Is there a discourse (relevant literature / case law) on the participation procedure and the possibilities to make objections for e-NGOs with particular regard to the conformity with EU-Law and the AC in your country?***

113 Apart from my article about the *Plankan case*, there is no such discussion (see Part 1.6.3). The *MB-commentary* (under 13:17 MB) refers to the preparatory works to the 2011 reform and refers to two cases from the Land and Environmental Court of Appeal (MÖD 2012:31 and MÖD 2012:37), which only partly deal with the issue. However, *Plankan* and *Seminariet* are not mentioned. *Michanek & Zetterberg* (2012, part 25.1.3, p. 466ff) discusses 13:17 and the possibilities for the public concerned to invoke individual and public interests. Without mentioning *Plankan* or *Seminariet*, the authors express the same view as I have on the issue.

#### 7.3.4 Intensity of the Judicial Review (gerichtliche Kontrolldichte)

***What are the requirements and limitations as to the intensity and the scope of judicial review in your national legal order in comparison to German law? Are these limitations in conformity with EU law?***

114 In the ordinary environmental review – both within the administration and in the courts – the process is “full” and reformatory, as described in Part 1. As noted, judicial review of governmental decisions according to Act 2006:304 and of local development plans according to 13:17 PBL is more restricted. In my view, limitations in the scope of the trial would be problematic to introduce in the environmental procedure. As I argued in the article *Allmänna och enskilda intressen* (2014) about the *Plankan case*, in doing so, there is an imminent risk of restricting the scope of the trial in a way that runs counter to EU law on the environment.

***Please give an overview on the limitations/restrictions of the “intensity of the judicial review” in your national legal order with special regard on the limitations in environmental and planning law. Do Courts have different approaches on e-NGOs’ lawsuits and citizens lawsuits?***

115 See above under Part 1, section 1.6.3 and 1.6.4 and Part 2, section B III. There is no difference between individual members of the public concerned and ENGOs in this respect. They are treated the same in the environmental procedure.

***Is there a discourse (relevant literature/case law) on the limitations of the “intensity of the judicial review” with regard to the conformity with the requirements in EU-Law of both effective justice in environmental matters and effective implementation of certain environmental protection standards (e.g. requirements concerning protected animals according to the Habitats-Directive 92/43/EEC)?***

116 See above under Part 2, section B III.

#### 7.3.5 Legal Costs

***Please give a general overview on how the distribution of costs for court fees, lawyer fees, expert fees, including fees for expert studies, or witness fees is regulated in your national legal order. Have there been any new regulations since the 2012 EU study to ensure that the access to justice in environmental matters is not prohibitively expensive? Do your national courts put in practice the rulings of the ECJ to ensure that the legal costs are not prohibitively expensive (e.g. with granting legal aid on an individual basis)?***

117 Environmental procedure in Sweden is as a general rule, free of charge. There are no court fees, no obligation to pay the opponents’ costs, no bonds to be paid for obtaining injunctive relief, or other costs to be paid, irrespective of whether the case is on administrative appeal or goes to court. As the ultimate responsibility to investigate the case according to the “ex officio-principle” lies with the administration and the environmental courts – which both have technicians participating in the decision-making – neither are there any witness or experts’ fees to be paid. Basically, this makes the environmental procedure cheap and easily accessible for the public. The other side of the coin is that when applicants want to be represented by counsel or use experts of their own, they will have to pay out of their own pocket and the costs cannot be remunerated from a losing opponent. Thus, although the

procedure on the face of it can be regarded as very “democratic”, it also has its drawbacks. Under these circumstances, almost no law firms engage in representing the public concerned in environmental cases. In addition to this, in complicated permit procedures, there may be an urgent need for inexperienced neighbours to use counsel and experts to be able to match the expertise of the operators. So although there is no obligation to use lawyers in court – not even in the Land and Environmental Court of Appeals or the Supreme Court – sometimes this is necessary to be able to protect one’s interests effectively.

118 The only exception to the general rule of a “free” environmental procedure is found in the permit procedure for water operations.<sup>1256</sup> The applicant here has to pay the litigation costs of all those who will be affected by the activity - the “water law stakeholders”. The parties covered, however, is narrower than the public concerned and consists of those whose real estate will be affected by the activity, for example by flooding, loss of fishing water, etc. Accordingly, the stakeholders in cases concerning permits for water operations almost always are represented by counsel in court. If the stakeholder chooses to appeal the permit decision, s/he may at the most risk having to pay his or her own costs in the Land and Environmental Court of Appeals and the Supreme Court. Thus, the loser pays principle does not apply even in these cases. As already mentioned, however, a stakeholder can be ordered to remunerate the opponents if he or she has acted recklessly in the procedure (“mala fide”).

119 The system of litigation costs in the water procedures entails uncertainty, which sometimes can be very problematic. As the ultimate decision on who belongs to the circuit of stakeholders lies with the court, those who consider themselves affected by the activity have to hire a lawyer at their own risk. Most commonly, they can rely on real estate insurance including legal aid. But if the environmental court – or in the worst case, the Land and Environmental Court of Appeals – at the end of the day does not consider them to be water law stakeholders, they will have to pay their own litigation costs and the insurance might not cover all the expenses incurred.

120 As the environmental procedure in Sweden is basically free from costs, there is little legal aid available. The issue has been raised in some cases, where claimants have asked the court to grant legal aid according to Act 1996:1619. These applications have generally been turned down by the Land and Environmental Court of Appeals, the court referring to the “ex officio principle” and the investigatory responsibilities of the courts (MÖD 2003:66).

121 Some of the national authorities provide grants for environmental NGOs, which they can use at their own discretion. Most importantly, the SEPA each year distributes funds to organizations – among them the SNF – to be used for taking legal action in order to develop case law in the environmental area. Also the Swedish Transport Administration and the Swedish Consumer Agency provide grants to ENGOs to increase public influence on different decision-making processes in the environmental area.

***How does your legal system deal with the restitution of experts’ fees? Are these costs predictable and not too expensive? Are e-NGOs entitled to demand the fees for expert opinion that was ordered primarily for the preparation of the lawsuit when their appeal was successful? Is it possible for the developers who intervene in the trial to claim the refunding of the expert opinion fees from the losing party (e-NGO)?***

122 If the public concerned or the developer employs experts, they have to pay for this by themselves. ENGOs commonly work with in-house lawyers and experts are often quite willing to give a

---

<sup>1256</sup> However, in a quite recent and rather curious judgement from the Supreme Court, it was decided that an ENGO was liable for the litigation costs in a case concerning an application to reopen a permit case due to manifest error in the decision-making procedure (NJA 2011 s. 884). The application was turned down and the losing party was ordered to pay the operator’s costs.

helping hand on a voluntary basis, at least to the most important organisations and in respect of the more controversial cases.

## 8 Symposium am 9. März 2016

### 8.1 Tagesordnung

**Agenda of the Symposium: “Comparative View on Access to Justice in Environmental Matters”  
Berlin, 9 March 2016**

**Facilitators:** Karl Stracke, Dr. Michael Zschiesche  
Independent Institute for Environmental Issues (UfU)

- |                   |   |
|-------------------|---|
| <b>12:15 p.m.</b> | <b>Start of the registration of participants</b>  |
| <b>12:45 p.m.</b> | <b>Welcome Speeches</b><br><i>Tina Mutert, Federal Environmental Agency (UBA) and Dr. Michael Zschiesche, Independent Institute for Environmental Issues (UfU)</i>  |
|                   | <b><u>Panel 1: The implementation of Art. 9.2 and 9.3 AC</u></b>  |
| <b>01:00 p.m.</b> | <b>The German legal situation – Open questions and possible consequences for the German lawmaker in a comparative view</b><br><i>Prof. Dr. Bernhard Wegener, University of Erlangen-Nuremberg, Germany</i>  |
| <b>01:30 p.m.</b> | <b>Does Art. 9.3 AC provide for a special status for e-NGOs leading to the requirement of an objective power of review? – the French approach</b><br><i>Prof. Dr. Michel Prieur, University of Limoges, France</i>                                  |
| <b>01:45 p.m.</b> | <b>Access to justice derived from collective interest protection goals (coastal protection, conservation and species protection law) – recent developments in Swedish law</b><br><i>Prof. Dr. Jan Darpö, University of Uppsala, Sweden</i>          |
| <b>02:00 p.m.</b> | <b>Discussion/Questions of understanding</b>  |
| <b>02:30 p.m.</b> | <b>The admissibility of different national requirements for access to justice under the AC - Standing under Section 31 (3) SCA 1981 and Section 288 TCPA 1990 in Great Britain</b><br><i>Carol Day, Consultant solicitor, London, Great Britain</i> |
| <b>02:45 p.m.</b> | <b>The importance of criminal proceedings and claims for damages in the judicial enforcement of environmental law and the relation to administrative proceedings in Italy</b><br><i>Prof. Dr. Margherita Poto, University of Torino, Italy</i>      |
| <b>03:00 p.m.</b> | <b>The Polish debate on legal protection in administrative proceedings preceding the licensing procedure</b><br><i>Magdalena Bar, Attorney at law, Warszawa, Poland</i>   |
| <b>03:15 p.m.</b> | <b>Discussion/Questions of understanding</b>  |
| <b>03:45 p.m.</b> | <b>Coffee break/Pretzels</b>  |

**Panel 2: The scope of review and the preclusion of statements**

- 04:15 p.m.**      **The German legal situation – Open questions and possible consequences for the German lawmaker in a comparative view**  
*Prof. Dr. Alexander Schmidt, University of Applied Sciences Anhalt, Germany*
- 04:45 p.m.**      **The scope of review in the judicial practice of**  
  
**France**, *Prof. Dr. Michel Prieur, University of Limoges, France*  
**Great-Britain**, *Carol Day, Consultant solicitor, London, Great Britain*  
**Italy**, *Prof. Dr. Margherita Poto, University of Torino, Italy*  
**Sweden**, *Prof. Dr. Jan Darpö, University of Uppsala, Sweden*
- presented by a case study on natural conservation law.**
- 05:45 p.m.**      **Discussion/Questions of understanding**
- 06:15 p.m.**      **The preclusion of statements without prior participation - the application of the Country Town and Planning Act by English Courts**  
*Carol Day, Consultant solicitor, London, Great Britain*  
*Prof. Dr. Michel Prieur, University of Limoges, France*
- 06:30 p.m.**      **Discussion**
- 06:45 p.m.**      **Closing Speech/Remarks**  
*Daniel Lamfried, Federal Environmental Agency (UBA)*
- 07:00 p.m.**      **End of Workshop**
- 07:30 p.m.**      **Optional common dinner nearby (on own expenses)**

## 8.2 Protokoll

Preliminary note: This is a documentation of the presentations held in Panel 1 and 2 at the abovementioned symposium on 9 March 2016, in Berlin, by Prof. Dr. Michel Prieur (France), Carol Day, Consultant solicitor (Great Britain), Prof. Dr. Margherita Poto (Italy); Magdalena Bar, Attorney at law (Poland) and Prof. Dr. Jan Darpö (Sweden).

### Panel 1:

#### **The implementation of Art. 9.2 and 9.3 of the Aarhus Convention**

In the first panel the discussion is intended to elaborate on the requirements of Art. 9.3 AC that have so far not been implemented by special legislation in Germany. The discussion should indicate whether the AC requires a further widening of “standing” and other judicial control criteria under German law. The panel will therefore address the following topics and questions specially related to the country-studies made by the foreign experts invited:

## **8.2.1 France: Does Art. 9.3 AC provide for a special status for e-NGOs leading to the requirement of an objective power of review? – the French approach.**

### **8.2.1.1 What is the general objective of the AC for e-NGO standing ?**

AC requires for e-NGOs an active role through access to justice

In general:

- preamble, recitals 7, 8, 13, 18
- art. 3-1; 3-4; 3-9
- art.2-5 e-NGOs shall be deemed to have an interest

In art. 9 AC: 9-2 objective of giving e-NGOs “wide access to justice”. Art. 3-5 allows a “wider access”

### **8.2.1.2 Are conditions for standing different for art 9.2 and art. 9.3 ?**

- To get environmental information: access to justice for e-NGOs “without an interest having to be stated” art.9-1 et art.4-1
- To participate to decision making of art.6 and of other provision of AC and challenged in court: “the interest of any NGO shall be deemed sufficient” art. 9-2 et 2-5
- To challenge national law relating to the environment (art.9-3) will interest of e-NGO shall be deemed sufficient?

Standing for art 9-2 and 9-3 should be the same even if art 9-3 does not mention NGOs and does not mention public concerned; why?

- Because art. 9-3 is not isolated but is submitted to the preamble, the definitions of art. 2 and the general provisions of art.3 of the AC
- Because each Party must establish a consistent (coherent) framework to implement the AC art. 3-1
- Because the preamble (18) refers to NGOs as requiring effective judicial mechanisms (art. 9-4) to protect legitimate interests and enforce the law
- Because the requirement of “effective remedies” (art.9-4) needs not to differentiate the standing according to the decision involved ;such differentiation could be considered as a discrimination
- Because there is a double reference: art.9-3 is without prejudice to the review procedure referred to in para 2; and art 9-2 is without prejudice to para 3
- Because to ensure wide access to justice is required by the compliance committee ( 2008/31 concerning Germany , para 92)
- Because as stating by the meeting of Parties (decision II/2 of 2005):parties which choose to apply criteria under art. 9-3 are invited “to take fully into account the objective of the Convention to guarantee access to justice”

Consequence of Art 9-3 having no direct effect

CJUE 8 march 2011 C/240/09: Even without direct effect : “therefore if the effective protection of EU environmental law is not to be undermined, it is inconceivable that art. 9.3 of the AC be interpreted in such a way as to make it in practice impossible or excessively difficult to exercise rights conferred by EU law” (§49)

### 8.2.1.3 As a consequence of standing why do e-NGOs have an objective power of review?

- e-NGOs have standing because they are considered as challenging not in their subjective interest but in the interest of the environment
- It is because of this representation of a general interest that they have an objective power of review even if national law does not confer individual rights
- They may challenge the legality of a decision in the public interest as a duty to protect the environment as a constitutional obligation
- e-NGOs are considered to have a legitimate interest in environmental matters

### 8.2.1.4 Is a special status needed for standing of e-NGOs under the AC?

- National law may (not an obligation) establish criteria for standing art. 9.3. But criteria is not “an excuse for introducing or maintaining so strict criteria that they effectively bar NGO from challenging”(ACCC/C/2005/11 Belgium)
- National law may impose specific requirements art. 2.5
- But always in conformity with the general requirements of AC about e-NGO role

### 8.2.1.5 What are the French conditions for standing leading to the requirement of an objective power of review?

- It is not actio popularis decided by French law but there is a liberal interpretation of legal criteria by the judge
- Specific requirements for e-NGOs exist more about their participation in decision making than for access to justice
- The legal regime of recognition of e-NGOs modified in 2011 does not affect access to justice
- The consequence of the standing is the objective power of review by the judge

#### Conditions for standing in administrative courts

- e-NGOs standing is the same for all national law on the environment: specific chapter of environmental Code (L142-1). Requires By-law about environment + specific habilitation by the board
- Any e-NGO has standing L 142-1-1°al if they justify a sufficient direct interest
- Recognized e-NGO are deemed to have a sufficient interest on the territory of their recognition L 142-1-2°al (presumption of interest)

#### Conditions for standing in criminal courts

- Recognized e-NGO have the right to oblige to initiate criminal prosecution for damages to environmental collective interests being a violation of a criminal rule L 142-2 (since 1976)
- Idem for not recognized NGOs but only registered since 5 years having the objective of protection of water or fighting against industrial pollution L 142-2-2°al

## 8.2.2 Great-Britain: The admissibility of different national requirements for access to justice under the AC - Standing under Section 31 (3) SCA 1981 and Section 288 TCPA 1990

### 8.2.2.1 Standing in England and Wales: Judicial Review

- Exercised by High Court judges under the Part 54 of the Civil Procedure Rules (CPR)
- Applies to:

- Decisions by public authorities (development corporations, LPAs, statutory agencies and by the relevant Secretaries of State)
- Decisions by domestic tribunals and certain courts (e.g. the Magistrates' Court)
- Decisions by Parliament if incompatible with EU law or the ECHR
- Decisions not to act in the exercise of a public function (e.g. an LPA not taking enforcement action against a breach of planning control)
- The legality of subordinate regulations and rules, including statutory instruments as well as policies, advice and guidance
- No automatic right for third parties to challenge a decision, act or omission of a public body in the High Court
- Must have sufficient "standing" – section 31(3) Supreme Court Act 1981

#### **8.2.2.2 Standing in England and Wales: Statutory Appeal**

- Applies to:
  - Challenges to a decision made by the Secretary of State following a planning appeal
  - "Call in" of an application that would normally be decided by an LPA
  - The adoption of a development plan document
- No automatic right for applicants to challenge such decisions
- Challenges brought by an "aggrieved person" via statutory review proceedings under s.288 of the Town and Country Planning Act 1990 (TCPA)

#### **8.2.2.3 Standing in Judicial Review in England and Wales**

- Test of "sufficient interest" has evolved to be liberal - R v HM Inspectorate of Pollution ex parte Greenpeace Ltd no.2
- Few individuals or environmental groups refused standing - Coedbach Action Team Ltd v Secretary of State for Energy and Climate Change
- Standing based on a theory of interests as opposed to rights:

"What modern public law focuses upon are wrongs - that is to say, unlawful acts of public administration. These often, of course, infringe correlative rights, but they do not necessarily do so: hence the text for standing for public law claimants, which is interest based rather than rights based "

- No differentiation between the standing criteria for individuals and eNGOs
- No amendments to the SCA 1981 to reflect the requirements of the Aarhus Convention or the PPD
- No legislative requirement as to the formal structure or standing of an eNGO or community group relevant to the question of standing comparable with s.3 of the UmwRG
- Local residents can form a group to challenge a decision and the courts do not require the body to have a distinct legal entity:
- Unincorporated bodies
- Incorporated bodies

- Amalgamation does not provide an enhanced interest - “an aggregate of individuals each of whom has no interest cannot of itself have an interest” (R v Inland Revenue Commissioners ex parte National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd)

#### 8.2.2.4 Standing and the meaning of the “Public Concerned”

- No restrictions regarding geographical scope – R (on the application of An Taisce (National Trust for Ireland)) v Secretary of State for Energy and Climate Change & NNB Generation Co Ltd
- Parish Councils capable of being the “public concerned” under the AC (R (Halebank Parish Council) v Halton Borough Council)
- Local Planning Authorities also capable of being the “public concerned” when not acting in its capacity as a decision-maker but instead bringing a JR claim in the interests of its constituents (R (HS2 Action Alliance Ltd & London Borough of Hillingdon) v. Secretary of State for Transport )

#### 8.2.2.5 Standing in Judicial Review: Northern Ireland and Scotland

##### Northern Ireland

- Position is as England and Wales
- “Sufficient interest” test appears in the relevant court rules (Order 53, rule 3(5) Rules of the Court of Judicature (Northern Ireland) 1980)
- Same liberal approach in modern case law - Family Planning Association of Northern Ireland v Minister for Health, Social Services and Public Safety

##### Scotland

- Pre 2011 - based upon the protection of rights and significantly more restrictive (Schutz-normtheorie)
- Post 2011 - Supreme Court case of Axa held the “title and interest” test derived from private law should be replaced with “directly affected”

#### 8.2.2.6 Statutory Appeal – Section 288 TCPA 1990

“Proceedings for questioning the validity of other orders, decisions and directions”

(1) If any person

(a) is aggrieved by any order to which this section applies and wishes to question the validity of that order on the grounds—

- (i) that the order is not within the powers of this Act, or
- (ii) that any of the relevant requirements have not been complied with in relation to that order; or

(b) is aggrieved by any action on the part of the Secretary of State to which this section applies and wishes to question the validity of that action on the grounds—

- (i) that the action is not within the powers of this Act, or
- (ii) that any of the relevant requirements have not been complied with in relation to that action, he may make an application to the High Court under this section”.

- “Aggrieved” taken in the ordinary sense of the word as any person whose rights (legal, procedural, monetary or personal) have been infringed

- Liberal approach to allowing “aggrieved” parties to bring applications for statutory challenges since the 1970s
- But the meaning of “aggrieved person” has traditionally been more restrictive than that of “standing” in JR
- Relevant principles identified in the case of Ashton – drawing on Article 10a of the EIA Directive, *Miljöskyddsörening v Stockholm* and *Commission v Ireland* (Case C-427/07)

#### 8.2.2.7 An “Aggrieved person”

- Ashton principles:
  - Wide access to the courts is required under s.288 of the 1990 Act
  - Participation in the planning process normally required
  - Sufficient participation will depend on the opportunities available and the steps taken
  - A failure to participate will not necessarily be a bar to challenging a decision
  - The nature and weight of a person’s substantive interest and the extent to which it is prejudiced is also relevant
  - The sufficiency of the interest is to be assessed objectively - there is a difference between feeling aggrieved and being aggrieved
  - What might otherwise be a sufficient interest may not be sufficient if acquired for the purpose of establishing a status under s.288
  - It may not be possible to assess the extent of the person’s interest if s/he has not participated in the planning procedures
  - While recognising the need for wide access to the courts, weight may be given to the public interest in the implementation of projects and the delay involved in judicial proceedings
- Principles in Ashton modified further by the wide approach to the “person aggrieved test” taken by the Supreme Court in *Walton v Scottish Ministers* [2012]
- “Person aggrieved” depends on:
  - the particular legislation involved
  - The nature of the complaint made
- Wide interpretation appropriate in Ashton given the quality of the natural environment was of legitimate concern to everyone
- In particular, a person would ordinarily be regarded as aggrieved if they made objections or representations as part of the procedure which preceded the decision challenged, and if their complaint was that the decision was not properly made

#### 8.2.2.8 What the Aarhus Convention requires – Articles 9.2 and 9.3

- Article 2(5) of the Convention defines “The public concerned” as “the public affected or likely to be affected by, or having an interest in, the environmental decision-making; for the purposes of this definition, non-governmental organizations promoting environmental protection and meeting any requirements under national law shall be deemed to have an interest”
- Article 9(2) therefore gives special protection, in terms of standing to “non-governmental organizations promoting environmental protection”

- Article 9(3) of the Convention is much less prescriptive, allowing contracting Parties to set their own criteria for standing: “each Party shall ensure that, where they meet the criteria, if any, laid down in its national law, members of the public have access to administrative or judicial procedures”

#### **8.2.2.9 The UK tests and Articles 9(2) and (3) Aarhus Convention**

- Consensus view is that the tests for standing in JR and an “aggrieved person” in SA do not present an obstacle to complying with Art 9(2) and 9(3) Aarhus Convention
- Pre-Axa restrictive position for JR in Scotland substantially addressed
- Concern expressed that the courts could return to a narrower interpretation of sufficient interest at any time should they wish to do so. SCA 1981 should be amended to guarantee appropriate access
- Test for “Aggrieved person” in SR now more in line with standing following Ashton and Walton v Scottish Ministers
- Uniform test?

#### **8.2.3 Italy: The importance of criminal proceedings and claims for damages in the judicial enforcement of environmental law and their relation to administrative proceedings in Italy.**

##### **8.2.3.1 Background information**

From the 1960s nationwide environmental legislation was gradually introduced in Italy. A feature of the Italian environmental policy is its reliance on administrative and criminal enforcement

##### **8.2.3.2 Current legislation**

Legislative decree n. 152/2006 provides a systematic overview to the fragmented pieces of legislation that previously were in place

##### **8.2.3.3 Actors in charge of the enforcement**

- Ministry of the Environment and other Ministries (Cultural Heritage, Health, Public Works)
- Regions, Provinces, Municipalities
- A strong impact on the public opinion is given by the activism of the public prosecutors

Criminal Law: the EcoMafia (environmental crime businesses that involves the Mafia)

- The “Land of Fires” and the action of Legambiente
- Strong link between waste-related environmental crime and role of organized crime
- Coordinated actions of the Government for mapping territories, controlling and prohibiting cultivations in the most polluted areas and for coordinating interventions for land reclamation

Enforcement of environmental law via prosecutors

- The National Anti-Mafia District coordinates all the investigations related to the organized activities of illegal trafficking (National EcoMafia Prosecutor)

Two new eco-crimes (thanks to the pressure of Legambiente and the actions of prosecutors)

- a. Art. 260 152/2006 (introduced in 2001): illegal trafficking of waste
- b. D.132/2014: illegal burning of waste (Toxic smokes)

Still, the enforcement is weak.

- waste related crimes have to be considered corporate crimes (investigations involved legal representatives of legal firms rather than mafia members)
- Criminal liability cannot be ascribed to a company: therefore only administrative liability

#### **8.2.3.4 Role of the courts: administrative and criminal**

- AC: Ministries and local authorities are responsible for administrative permitting and remediation procedures. Their measures are under the administrative court scrutiny
- CC: The public prosecutors are under a constitutional obligation to enforce the violation of the environmental law with criminal relevance

#### **8.2.3.5 The environmental permit**

- To carry out activities potentially dangerous to the environment, there is need of a prior environmental permit, granted by the competent authority for the area in which the activity or the plant is located
- An activity carried out without the permit, is declared as illegitimate by the court
- In case of infringement of an existent environmental permit, both criminal and administrative liability can arise (no criminal sanction in case the polluter has duly and timely notified the contamination and performed the remediation of the site)

#### **8.2.3.6 Damages**

- In case of infringement of environmental laws, as well as of the environmental permit, the damaged party can go before an administrative or criminal court.
- Legal standing for the State, the local authorities, the e-NGOs

#### **8.2.3.7 Judicial review of the criminal courts on the administrative act**

- Articles 4 and 5 L. 2248/1865 (All. E) state that the ordinary courts (civil and criminal) are not entitled to review on the legitimacy of the act, with the consequences that they cannot annul, revoke or overturn the act.
- They can only temporarily disapply the act, which means that they can review the effects of the act (leading to a criminal conduct), suspending the review on the legality of the act itself

#### **8.2.3.8 Judicial review of the administrative courts**

- The administrative court can review the act, with specific limits on the intensity of this review. The judicial review is formal and intrinsic.

Which branch of law is more important for the protection of the environment?

- Civil law does not play a dominant role (civil damages are often asked before the criminal court)
- From the legislative view point, criminal law and the role of public prosecutors activism have contributed to a dramatic change of the environmental awareness
- In practice, the implementation of the legal provisions is still in progress: therefore, at least for the Eco-mafia crimes, the easiest solution remains to classify them in the framework of administrative liabilities

The answer is: Administrative Law

## **8.2.4 Poland: The Polish debate and the currently pending case ACCC/2015/119 on legal protection in administrative proceedings preceding the licensing procedure**

### **8.2.4.1 Art. 9.3 AC and strategic documents**

- “...each Party shall ensure that (...) members of the public have access to administrative or judicial procedures to challenge acts and omissions by private persons and public authorities which contravene provisions of its national law relating to the environment”
- It is widely acknowledged that Art. 9.3 encompasses decisions on strategic (planning) documents, such as spatial plans, sectoral plans, air protection plans etc. - see e.g. ACCC findings in cases: ACCC/C/2005/11 (Belgium), ACCC/C/2011/58 (Bulgaria)
- Thus, access to justice in such cases shall be widely granted

### **8.2.4.2 Access to justice in Poland**

- No legal basis for NGOs to challenge adopted plans or programs
- In some cases individuals have a right to challenge the adopted document (e.g. spatial plans)
- However the criteria are strict (legal interest in the case, narrowly interpreted) = access to justice is limited
- Jurisprudence of administrative courts confirms that environmental NGOs have no right to challenge plans or programs because there is no legal basis for this (e.g. verdicts in cases IV SA/Wa 338/05; II OSK 40/10; II OSK 1736/09; II OSK 1457/05)
- In case II OSK 40/10 the Court has even referred to Art. 9 of AC – but stated that it allows to limit standing to those „having the interest in the case” (?)
- Seems the court mixed Art. 9.3 with 9.2 + disregarded Art. 2.5 („non-governmental organizations promoting environmental protection and meeting any requirements under national law shall be deemed to have an interest’

### **8.2.4.3 ACCC/C/2014/119**

- The above situation – subject to complaint to the ACCC – by the Frank Bold Foundation
- The complaint focused on spatial plans, however the same allegations could be raised with regard to other plans and programs
- The case is still pending

### **8.2.4.4 Literature**

- The academic discussion on the issue – very limited
- The current situation criticised in ‘Public participation in the strategic EIA as a legal instrument of environmental protection’ by Dr Anna Haładyj

### **8.2.4.5 Further developments?**

- Currently - no plans to change the law (no discussion / draft laws)
- Perhaps the findings of ACCC will change the approach of the government

## **8.2.5 Sweden: Access to justice derived from collective public interests protection goals (coastal protection, conservation and species protection law) – recent developments in Swedish law.**

### **8.2.5.1 RÅ 1993 ref 97, RÅ 2005 ref 44, MÖD 2003:19 and MÖD 2004:31, MÖD 2011:46**

- Invoke all interests ...

- Certain restrictions on multi-stage decision-making ...
- Administrative omissions are challengeable ...

#### 8.2.5.2 C-115/09 Trianel, C-240/09 Slovak BB => HFD (2687-12), HFD 2014:8, NJA 2012 s 921, MÖD 2012:47 and MÖD 2012:48, MÖD 2015:17

- A new understanding of “those who are affected”, also if NOT EU law ...
- Generous reading of “permit decisions” ...
- Generous reading of numeric criteria ...

#### 8.2.5.3 HFD about the Problem of legal protection

CABs in 2014, SEPA confirmed, AC => ACoA => HFD 2015-12-18; Case No 312-15

- Art 12 Habitats Directive is unconditional and clear, case-law under Art 288 = “rights” ...
- Legal principles of Union law includes legal protection in court; Art 4(3) & Art 19(1) 2nd para TFEU, Art 47 European Charter ...
- C-240/09; P of equivalence, P of effectiveness (48), to the fullest extent possible (C 432/05 Unibet), but here NOT ...
- P of “useful effect” (effet utile) means that a court must have the possibility to check whether a national authority has acted according to clear and unconditional obligations according to a directive and – if not – can disapply conflicting national rules (C-127/02 p 66, C-263/08 p 45) ...
- Thus have ENGOs “rights” according to the Habitats Directive, which must enjoy judicial protection ...
- ...in a court according to Article 267

### Panel 2:

## The intensity of review and abusive conduct in legal proceedings / legal costs

### 8.2.6 The intensity of review in the judicial practice of France, Great-Britain, Italy and Sweden presented by case studies on nature conservation law

At the current state of our comparative study it is not completely clear to us how far the intensity of judicial review goes in the countries studied. This is especially true with regard to cases where EU law has to be observed. Therefore, we would like to use the symposium to discuss this issue in a broader way based on case studies.

From a general point of view, there are some differences concerning the intensity of judicial review in the countries surveyed. The spectrum ranges from a low intensity of control on merits in the United Kingdom to a mixture of different control-levels in France or Italy and a “full” review in Sweden. However, when comparing the different approaches as such it is not clear whether the intensity of judicial review also varies strongly in practice. This question arises especially in cases where EU law applies. In such cases there should be no major differences between the decisions of the courts because the “effet utile” must be observed in every Member State.

As described in our questionnaire, in Germany the intensity of judicial review is subject to a discourse especially concerning environmental law. Under Article 19.4 GG (German Constitution) everyone has the right of access to the courts when their legal rights have been violated by public authorities. Therefore, as a general rule, the Administrative Courts shall completely review administrative decisions with respect to the application of the law. This is true in particular when a plaintiff claims an infringement of fundamental rights. Although actions brought by eNGOs are not subject to Article 19.4 GG the

principle of “complete review” applies. However, it is recognized that administrative decisions are not fully reviewed by the courts when the law states that public authorities have discretion (Ermessen). Furthermore, under the case law of the Federal Administrative Court public authorities may also have a “margin of assessment” (Beurteilungsspielraum) with regard to certain requirements for the application of the law. If such a case occurs the limitations for judicial review provided in Section 4a.2 UmwRG (Environmental Appeals Act – amendment of 2013) must be observed.

Such a “margin of assessment” is especially accepted in nature conservation law, for instance, the application of Section 44.1 BNatSchG (Federal Nature Conservation Act) implementing the requirements for the protection of species under Art. 12 of the Habitats-Directive (92/43/EEC) and of wild birds under Art. 5 of the Birds-Directive (2009/147/EC). This is justified by the Federal Administrative Court (BVerwG: 27.06.2013 – 4 C 1.12; 06.11.2013 – 9 A 14.12) as follows: It is not specified by the law how the inventory of protected species has to be made and how the impacts of projects on the conservation status should be evaluated. Moreover, there are pretty much no accepted professional standards to answer ecological questions arising in cases where impacts of projects on protected species have to be assessed. Therefore, it is the task of the competent authority to decide case-by-case which conditions are relevant for taking into account the professional scientific discourse.

The previously described jurisdiction is criticized in legal discourse referring to the principle of “complete review” and to the judgement of the EJC (07.09.2004, C-127/02) concerning the requirements of the Habitats-Directive (92/43/EEC). At the same time, German economic interest groups seek more limitations on the intensity of the judicial review to compensate the extended right of action for e-NGOs since 2006. However, the case law on “margins of assessment” also affects companies when e.g. an administrative decision on imposing certain obligations for a wind-energy-plant (for instance switch off times to protect endangered species) cannot be fully reviewed in Court.

In practice, a “margin of assessment” is especially relevant with regard to the question whether the operation of wind-energy-plants will significantly increase the risk of killing specific wild birds. Since the killing of protected species is prohibited under the abovementioned EU laws this is a crucial issue in reviewing the licensing of such plants. In this context it would be interesting to get information on how the courts in other EU Member States usually handle the judicial review based on case studies (for example concerning permissions for wind-energy-plants).

Please give an overview on the legal practice and the case law in your country with regard to the following questions:

- 1. To what extent do courts examine the compliance of the administrative decisions with the law and especially EU law (e.g. permissions for wind-energy-plants)?**
- 2. Do the courts usually investigate the facts / the factual situation themselves when the claimant raised doubts on the risk-assessment for the protected birds by the authorities or do they allow the authorities a margin of discretion or assessment?**
- 3. Which criteria do courts apply to decide whether this margin of discretion or assessment was exceeded by the authority?**
- 4. Does the intensity of judicial review usually relate to the objections provided by the claimant? Does it make a difference whether EU law applies or not?**
- 5. Is it more likely that courts investigate the facts themselves and intensify their review when the claimants objections are supported by an expert opinion?**
- 6. Is it common especially for e-NGOs to submit an expert opinion to support their objections in such cases?**

## 7. Can claimants request a refund for the expert opinion fees in general or when their claim has been successful?

### 8.2.6.1 Intensity of review in France

***To what extent do courts examine the compliance of the administrative decisions with the law and especially EU (e.g. permissions for wind-energy-plants)?***

- Categories of review of the legality of administrative acts include
  - Administration under a mandatory duty (compétence liée) = normal review or full control (contrôle normal) including legal appreciation of facts (Gomel 1914).
  - Administration with absolute or limited discretion (pouvoir discrétionnaire)= intensity of review variable: always review for competence, procedure (substantial formality), mistake of fact and of law, misuse of power, but:
    - a. Normal review (full control) + legal appreciation of fact;
    - b. Limited review (contrôle restreint): only manifest error of appreciation (1961): no reasonable administrator could have reached that view;
    - c. Limitation of limited review (minimum review) = refusal of legal appreciation of facts and of manifest error (applies in some technical issues or in sensitive policy measures or decision of an examination board);
    - d. Maximum review: balance sheet (Bilan 1970) + proportionality (expropriation, administrative police powers).

Intensity of review within the meaning of the decision

If the law provides that a permit may be refused only if it disturbs a sensitive area:

- a. Refusal of the permit: normal review = legal appreciation of fact by the judge
- b. Issue of the permit: limited review = only review of manifest error (CE 1968 plage de Pampe-lonne)

Examples for wind-energy-plant cases:

- Wind energy plants are not necessarily forbidden in Natura 2000 sites (EC guidance “wind energy development and Natura 2000” of 2011)
- Evaluation of risks by impact assessment and Natura 2000 study of incidence (CJUE 21 July 2011 and CJUE 11 April 2013)
- CAA Marseille 4 July 2013 wind plant issued in ZNIEFF inventory and 5 km from a Natura 2000 site: limited review; confirmation of the permit: no demonstration by the plaintiffs of environmental damages for birds; only wintering area for the protected species in Natura 2000 site where the displacement of the species are very rare (no manifest error);
- CAA Bordeaux 31 October 2013 refusal of wind plant in special protection area: normal review; confirmation of the refusal: risk of environmental damages, appropriate assessment insufficient, no imperative reason of overriding public interest to carry out the project in the site; Habitats-Directive mentioned, reference to CJUE 21 July 2011 and requirement of “no reasonable scientific doubt “over the absence of adverse effects (CJUE 11 April 2013 – § 40).

***Do the courts usually investigate the facts / the factual situation themselves when the claimant raises doubts on the risk assessment for the protected birds by the authorities – or do they allow the authorities a margin of discretion or assessment?***

The courts investigate the facts if there is a mistake of fact, but evaluation of risks and appropriate assessment allow a margin of discretion.

***What criteria do courts apply when deciding whether this margin of discretion or assessment was exceeded by the authority?***

Criteria applied by the courts: facts stated correctly, procedural rules satisfied, errors of law, but legal appreciation of facts only for review of refusal; if the permit is issued: only limited review for manifest error, which gives a large margin of discretion.

***Does the intensity of judicial review usually relate to the objections provided by the claimant?***

***Does it make a difference whether EU law applies or not?***

Yes - without difference whether EU law applies or not.

***Is it more likely that courts investigate the facts themselves and intensify their review when the claimants objections are supported by an expert opinion?***

The courts investigate the facts themselves; intensity of review depends of the objections and scientific demonstration by the NGOs with or without expert opinion, on the basis of the environmental assessment and of the Natura 2000 appropriate assessment. As required by CJUE 11 April 2013 (C-258/11) the assessment “must be complete, precise and definitive with conclusions capable of removing all reasonable scientific doubt” §44 applying the precautionary principle.

***Is it common especially for eNGOs to bring an expert opinion to support their objections in such cases?***

It is not common; for wind plant and Natura 2000 there are no examples; but examples for public security required for wind energy plant and impact on weather radar system CE 13/12/2013 refusal of permit confirmed after expert opinion demonstrated a risk; but TA Amiens 18/2/2014 refusal of permit quashed after expert opinion demonstrated absence of risk.

***Can claimants request refund of the expert opinion fees in general or when their claim has been successful?***

Normally expert fees are paid by the unsuccessful party when expertise is requested by the judge. Each party support expert fees for their own expert. The judge may with discretionary power decide to charge or not the loser to pay all fees or decide to share by both.

#### **8.2.6.2 Intensity of review in Great-Britain**

***To what extent do the courts examine the compliance of the administrative decisions with the law and especially EU law (e.g. permissions for wind-energy-plants)?***

The Courts are acutely aware that it is not their role to substitute their judgment for that of the decision-maker.

Planning / development proposals and balancing of material considerations is a matter for the public body and subject to the irrationality / unreasonableness test.

Case-law demonstrates more willing to intervene on some issues concerning EU law

Interference with rights => proportionality

EIA - Evans v Secretary of State for Communities and Local Government [2013]

***Do the courts usually investigate the facts / the factual situation themselves when the claimant raises doubts on the risk assessment for protected birds by the authorities – or do they allow the authorities a margin of discretion or assessment?***

No [R (on the application of Frack Free Balcombe Residents Association v West Sussex County Council (2014)]

***Which criteria do courts apply to decide whether this margin of discretion or assessment was exceeded by the authority?***

No distinction (in terms of the scope of JR) between environmental cases and other cases

= Unlawful/illegal

= Unfair (procedural impropriety)

= Incompatibility with the ECHR

= Not in conformity with EU law

= Unreasonable (irrational)

Application of proportionality in practice in some EU cases

***Does the intensity of judicial review usually relate to the objections provided by the claimant?***

***Does it make a difference whether EU law applies or not?***

The Court can consider any issue and if it is an EU obligation then it is under a freestanding obligation to ensure compliance with EU law (but this does not happen in practice).

***Is it more likely that courts investigate the facts themselves and intensify their review when the claimants objections are supported by an expert opinion?***

Case-law suggests that this is true if claimant eNGO is an expert body and not challenging a statutory body.

***Is it common especially for eNGOs to bring an expert opinion to support their objections in such cases?***

Yes, whether internal or external depends on expertise and matters in dispute.

***Can claimants request refunding for the expert opinion fees in general or when their claim has been successful?***

Yes, when successful (i.e. “loser pays”)

Costs recovery in environmental cases is subject to a cross-cap of £35,000 so claimants and their lawyers may end up considerably out of pocket.

### **8.2.6.3 Intensity of review in Italy**

***To what extent do the courts examine the compliance of the administrative decisions with the law and especially EU law (e.g. permissions for wind-energy-plants)?***

The Administrative Court is the Court in charge of examining such cases. In a recent judgment, the TAR Liguria (02/12/2015) was asked to assess whether the hunting calendar was in compliance with the Directive n. 2009/147. The case was raised by an e-NGO (Onlus associazione Verdi Ambiente) that claimed that the hunting calendar was not in compliance with the ISPRA (Institute for Environmental Protection and Research) opinion, stating that the hunting activity should start in a date anterior to the one declared by the ISPRA. The administrative court in this special case rejected the claim, saying that the hunting calendar provisions were not in contrast with the EU Directive provisions (Including Dir. 2009/147). By saying so, the administrative court motivates its decision by saying that it is stated within “the limit of the judicial review of the administrative court –limits that are set by the so-called legitimacy control”. This legitimacy control shall not go beyond the assessment on the satisfaction of procedural rules.

The limits of judicial review are the “legitimacy or legality of the decision”. It is a formal, extrinsic judicial review. (TAR Liguria, Sec. I, 02/12/2015, ISPRA case)

***Do the courts usually investigate the facts / the factual situation themselves when the claimant raised doubts on the risk-assessment for the protected birds by the authorities or do they allow the authorities a margin of discretion or assessment?***

Before the administrative courts, the parties (including the authorities) can present their own factual situation, even supported by technical experts. In this regard, there are three different perspectives: two offered by the two opposite parties and one offered ex officio. Theoretically, the final assessment of the court goes beyond both the technical expertise provided by the parties and the one ex officio, since the final decision can differ from both of them. Nevertheless, the case-law in this specific matter shows that the final judgment does not differ from the one offered by the authorities.

***Which criteria do courts apply to decide whether this margin of discretion or assessment was exceeded by the authority?***

Mere procedural criteria, the so-called “legitimacy control” (See TAR Liguria 02/12/2015). TAR Pescara sec. I, 24/10/2014 n. 427 states that in case of judicial review of an environmental impact assessment, the judge cannot replace the public administration assessment, since the p.a. has the widest margins of discretionary powers. The judicial review is limited to the control on manifestly illogical, irrational, unreasonable and arbitrary decisions of the public administration (in line with Cons. Stato, Sec. IV, 09/01/2014 n. 36). The administrative courts have unlimited jurisdiction in respect of the exhaustive cases set up the law (e.g. cases of judgments’ executions, electoral decisions territorial delimitations or borders). Environmental decisions and consequential damages are not included in the list.

***Does the intensity of judicial review usually relate to the objections provided by the claimant? Does it make a difference whether EU law applies or not?***

The judge has to limit their judicial review to the objections of the parties, and cannot go beyond these limits. Like the ordinary courts, the administrative courts apply the principle that judicial decisions must be commensurate with the forms of orders sought by the parties. This principle has two consequences: 1) a court cannot of its own motion adjudicate on requests which have not been pleaded before it; 2) the court cannot rule beyond the limits of the requests. (See. Cass. Civ. Sez. Un., 07/01/2014 n. 66, where the principle is applied to a case where an e-NGO was the claimant). It does not make any difference whether EU-law applies or not.

***Is it more likely that courts investigate the facts themselves and intensify their review when the claimants objections are supported by an expert opinion?***

It is not a matter of likelihood. The courts cannot investigate the facts themselves, nor intensify their review due to the submission of technical expertise. The case law has repeatedly affirmed the principle that judicial review is limited to manifestly illogical decisions or erroneous reconstructions of factual background (Cons. Stato, Sec. IV, 09/01/2014 n. 36), but it cannot replace the decision of the public administration, even in case of a technical expertise supporting the parties objections.

***Is it common especially for e-NGOs to bring an expert opinion to support their objections in such cases?***

It is not so common, but it is what happened in the case decided by TAR Liguria, Sec. II, 02/12/2015 quoted above. Here the ISPRA opinion was brought before the court for consideration by an e-NGO. Nevertheless, in this case the court did not consider the ISPRA opinion infringed by the public administration decision (approval of the hunting calendar in contrast with the technical opinion)

The parties can present their own factual situation, even supported by technical opinions (see ISPRA case). A technical expert submission can be ordered also by the judge ex officio. Nevertheless, the

judge can decide to dissent from both the parties and the ex officio technical expertise (see ISpra case).

***Can claimants request refund of the expert opinion fees in general or when their claim has been successful?***

The general rule is that the refunding of judicial expenses is provided only in case of a successful claim (Cons. Stato, Sec. IV, 19/0372015, n. 1510). There are also cases where the courts can decide on the compensation of expenses (not recorded in the environmental law decisions), where the case is particularly complex and controversial. In this case, every party shall support the judicial expenses on its own.

**8.2.6.4 Intensity of review in Sweden**

***To what extent do the courts examine the compliance of the administrative decisions with the law and especially EU law (e.g. permissions for wind-energy-plants)?***

All land and environmental courts in Sweden – that is the five land and environmental courts and the Land and Environmental Court of Appeals – will decide the case on the merits in a “full review” of all facts and aspects of law. This is according to the general principles of administrative procedure, including the responsibility of the administrative courts to by its own accord find the correct application of law in the situation at stake (the “ex officio principle” or the “inquisitorial principle”). In order to fulfill this task, the courts have technical judges who have equal voting with the legally trained judges (1+1 in the lower courts, 3+1 in LECOA).

***Do the courts usually investigate the facts / the factual situation themselves when the claimant raised doubts on the risk-assessment for the protected birds by the authorities or do they allow the authorities a margin of discretion or assessment?***

The courts always look into all details of the case and make an evaluation on its own. This is actually even irrespective of whether the claimant has invoked a “counter-investigation” of his or her own. There is no such thing as “administrative discretion”, not least when EU law is involved. Thus, the judicial review in court in Sweden is more similar to the ordinary administrative appeal in other member states of the EU.

***Does the intensity of judicial review usually relate to the objections provided by the claimant? Does it make a difference whether EU law applies or not?***

If the neighbor in a permit case only argues about the noise level from the activity, s/he still can make an appeal about every aspect of the operation, such as waste management, discharges by substances to air and water, etc. However on next level of appeal, s/he cannot expand her complaint further (“jumping revision”). But this is rarely a problem, as most complainants are unhappy with most aspects of large scale operations (permit cases). In other cases concerning enforcement, s/he is free to come back to launch a new complaint to the administration, over and over again.

***Is it more likely that courts investigate the facts themselves and intensify their review when the claimants objections are supported by an expert opinion?***

That seems likely, but it is really not decisive. The technical judge’s evaluation of the operator’s application and EIA is usually decisive and, of course, s/he is often alerted to issues raised by a high quality counter-investigation by eNGOs, especially in larger cases.

***Is it common especially for e-NGOs to bring an expert opinion to support their objections in such cases?***

Very common, not to say, always ...

### ***Can claimants request refunding for the expert opinion fees in general or when their claim has been successful?***

As a general rule, no, and never for ENGOs. However, the larger ENGOs receive public funding for bringing cases of topical interest.

#### **8.2.7 Examples for abuse rights of action**

On 15 October the ECJ has ruled that the German “material preclusion of statements” is not in accordance with EU law (Case 137/14, para 78 – 80). However, in addition the ECJ also held (para 81) that “the national legislature may lay down specific procedural rules, such as the inadmissibility of an argument submitted abusively or in bad faith, which constitute appropriate mechanisms for ensuring the efficiency of the legal proceedings.”

This has led to a discourse on how abusive conduct in legal proceedings can be defined:

***Do you have any experience in your national legal order with provisions about abusive conduct in legal proceedings and especially with courts excluding objections in environmental cases because the plaintiff has submitted an argument abusively?***

##### **8.2.7.1 Abusive conduct in France**

Abusive argument in courts:

- In French administrative procedural rules and in environmental law there is no concept of “abusive” arguments in courts. Raising a plea of law for the first time in courts is always possible
- If the argument raised is “abusive” it will be rejected as “inopérant” ineffective, irrelevant: that is about a non-applicable or non-existing rule of law, consideration on facts have nothing to do with the issue

Abusive action in administrative courts

- if there are no serious reasons; capricious action by a professional plaintiff; making false certification, defamatory arguments
- fine of 3000 euros (R 741-12 CJA)= no violation of Human rights convention(35009/02-2/12/2005)
- Since 2013: damages for abusive urban law action (to stop action of monetizing withdrawal of action) (L 600-7 urban code)
- Decision of judge refusing action which is manifestly inadmissible (R 222-1 CJA)

Abusive action in judicial courts

- Art. 32-1 civil procedure code: fine of 3000 euros for dilatory or abusive action
- Art 1383 civil code: compensation for damages caused by abusive action
- used for abusive action on urban permits: fine for using abusively a legal instrument

##### **8.2.7.2 Abusive conduct in Great-Britain**

Frivolous and Vexatious Claims in JR

Permission

- The Court’s permission to proceed is required in a claim for JR (CPR 54.4)
- The test for the grant of permission is low

- Permission will be granted where the Claimant can show there is an “arguable” case (R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Rukshanda Begum [1990])
- An “arguable” case - a case that is not hopeless, frivolous or vexatious, but may have some merit
- April 2013 - March 2015 - 48% of environmental cases granted permission to proceed (cf 16% for all other JRs in 2014 and 7% in the first quarter of 2015)

#### Totally Without Merit (TWM)

- July 2015 – Claimant’s automatic right to an oral permission hearing in JR claims withdrawn
- Cases deemed on the papers to be “totally without merit” are no longer entitled to an oral renewal (CPR 52.15)
- Samia Wasif v Secretary of State for the Home Department: Mohammed Hossain v Secretary of State for the Home Department (2016) - Court of Appeal gave guidance on the meaning of totally without merit:
- Claims should not be certified as TWM unless the Judge is confident that the claim was truly bound to fail
- Criteria to be applied in answering that question is distinct from those pertaining to applications for permission to seek JR

Whether a claimant can raise a new ground in JR depends on the nature of the point:

- If legal (e.g. allegation of failure to comply with PSED or conduct EIA) - should not matter if not raised before (although a judge is still likely to take it less seriously, depending on circumstances)
- If factual - hard to raise if not raised before

#### 8.2.7.3 Abusive conduct in Italy

Cases of abusive conduct in legal proceedings has been recently disciplined by the Code of administrative proceedings. Art. 26 Cap has set out exceptions to the previously mentioned rules on the limits of judicial review and on judicial expenses incurred in case of abusive conduct of the parties. In particular, in case of “lite temeraria”:

1. The judge can condemn the abusive party and mandate the refunding of judicial expenses, up to double of the total expenses
2. The judge can condemn ex officio the abusive party to the payment of a fine, to an amount not less than the expenses incurred and no more than the sum equal to the quintuple of the judicial fees.

The abusive conduct is said to have occurred any time a party has presented reasons that are manifestly unfounded or has abusively filed a claim or abusively resisted to it. The case of abusive conduct has not been recorded yet in environmental cases.

#### 8.2.7.4 Abusive conduct in Sweden

There are no such experiences to common knowledge. Certainly, there are “unnecessary” cases going to court, but they commonly involve quarrelling neighbors. That is a rather complicated problem to deal with through legislation; how can one define “abusive” or “unnecessary”? However, there exist certain good examples of using ADR (alternative dispute resolution mechanisms, like mediation) at the municipal level in such cases.