

Aufsatz ÖR

Prof. Dr. Dr. h. c. Wolfgang Kahl, M. A.* und Sophia Effinger

Instrumente des Umweltrechts (Teil 1)

<https://doi.org/10.1515/jura-2022-3213>

Dieser zweiteilige Beitrag soll Studierenden sowie Rechtsreferendarinnen und -referendaren einen Überblick über die wichtigsten Instrumente des Umweltrechts geben, die zu den Kernmaterien des Allgemeinen Teils im Umweltrecht gehören. Er wendet sich in erster Linie an die Teilnehmerinnen und Teilnehmer entsprechender (auch) umweltrechtlicher Schwerpunktgebiete. Daneben dient er zugleich der Wiederholung von öffentlich-rechtlichem Pflichtfachstoff, insbesondere aus dem Allgemeinen Verwaltungsrecht. Der erste Teil behandelt im Schwerpunkt das Planungsrecht, die direkten Instrumente (Ordnungsrecht) und das Verfahren. Der zweite Teil beschäftigt sich vor allem mit dem informellen Verwaltungshandeln, sog. ökonomischen (indirekten) Instrumenten sowie der Umwelthaftung.

Stichwörter: Umweltrecht, Instrumente des Umweltrechts, Umweltordnungsrecht, ökonomische Instrumente, Umweltplanungsrecht, Umweltverfahrensrecht

I. Einleitung

Instrumente des Umweltrechts sind die Mittel, mit denen die Verwaltung ihre Ziele im Bereich des Umweltschutzes verfolgt.¹ Sie lassen sich unterschiedlich systematisieren.² Durchgesetzt hat sich eine auf die Wirkungsweise abstel-

lende Differenzierung,³ wobei eine grobe Unterscheidung zwischen Instrumenten direkter und indirekter Verhaltenssteuerung⁴ sowie Planungsinstrumenten gemacht werden kann.⁵ Während sich das Umweltrecht genetisch aus dem Besonderen Ordnungsrecht (insbesondere dem Gewerberecht) entwickelt hat und daher bis heute im Kern ordnungsrechtlich geprägt ist,⁶ gewinnen in neuerer Zeit Instrumente, die weniger auf Gefahrenabwehr und mehr auf Planung, Kooperation und Anreizsetzung gerichtet sind, zunehmend an Bedeutung.⁷ Diese Entwicklung spiegelt sich auch auf Prinzipienebene wider: Zum ordnungsrechtlichen Schutzprinzip traten spezifisch umweltrechtliche Grundsätze, namentlich zunächst (seit den siebziger Jahren des letzten Jahrhunderts) das Vorsorge-, Kooperations- und Verursacherprinzip und dann (seit den neunziger Jahren) das Nachhaltigkeits- und Integrationsprinzip hinzu.⁸ Umweltrechtliche Instrumente kommen dabei regelmäßig nicht isoliert zum Einsatz, vielmehr werden häufig im Interesse eines möglichst effektiven Umweltschutzes verschiedene Instrumente kombiniert (sog. Instrumentenmix),⁹ was für einen effektiven Umweltschutz unverzichtbar ist.¹⁰

Im Folgenden werden zunächst die planungsrechtlichen (II.) und die direkten Instrumente (III.) erläutert. Da dem Verfahren gerade im Umweltrecht eine besondere Bedeutung zukommt,¹¹ soll ihm ein eigener Abschnitt (IV.) gewidmet werden.

¹ Kloepfer Umweltrecht, 4. Aufl. 2016, § 5 Rn. 2; vgl. auch Ehlers/Pünder/Rennert Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 17 Rn. 2.
² Dazu Schoch/Eifert Besonderes Verwaltungsrecht, 2018, Kap. 5 Rn. 76; Reh binder/Schink/Reh binder Grundzüge des Umweltrechts, 5. Aufl. 2018, Kap. 3 Rn. 249.

***Kontaktperson: Wolfgang Kahl**, ist geschäftsführender Direktor des Instituts für deutsches und europäisches Verwaltungsrecht der Universität Heidelberg sowie der Forschungsstelle für Nachhaltigkeitsrecht, ebendort.

Sophia Effinger, cand. iur., ist studentische Hilfskraft am Lehrstuhl von Prof. Kahl.

³ Schoch/Eifert (Fn. 2), Kap. 5 Rn. 75; Kloepfer (Fn. 1), § 5 Rn. 41.

⁴ Vgl. Voßkuhle/Eifert/Möllers/Eifert GVwR I, 3. Aufl. 2022, § 19 Rn. 13.

⁵ Vgl. Kahl/Gärditz Umweltrecht, 12. Aufl. 2021, § 4 Rn. 49 ff.; Reh binder/Schink/Reh binder (Fn. 2), Kap. 3 Rn. 250; Sparwasser/Engel/Voßkuhle Umweltrecht, 5. Aufl. 2003, § 2 Rn. 58 ff.; Schlacke Umweltrecht, 8. Aufl. 2021, § 5 Rn. 2.

⁶ Vgl. Lübbe-Wolff NVwZ 2001, 481 (481 f.).

⁷ Kloepfer (Fn. 1), § 5 Rn. 22; Schlacke (Fn. 5), § 5 Rn. 1.

⁸ Allgemein Kahl/Gärditz (Fn. 5), § 4 Rn. 21 ff.

⁹ Kloepfer (Fn. 1), § 5 Rn. 60 ff.; Rodi/Mehling Handbuch Klimaschutzrecht, 2022, § 8 Rn. 4; vgl. auch Fehling ZUR 2020, 387 ff.

¹⁰ Kahl/Gärditz (Fn. 5), § 4 Rn. 3.

¹¹ Schoch/Eifert (Fn. 2), Kap. 5 Rn. 91.

II. Planungsrechtliche Instrumente

FALL 1:¹² Die Stadt S hatte aufgrund hoher Belastungen durch Stickstoffdioxid (NO₂) einen formell rechtmäßigen Luftreinhalteplan zur Verbesserung der Luftqualität erlassen. Jahre später wird an mehreren Messstationen in S der Immissionsgrenzwert von 40 µg/m³ im Jahresmittel gem. § 3 II der 39. BImSchV überschritten. Besteht ein Anspruch des Einzelnen auf Fortschreibung des Luftreinhalteplans? Wäre die Festsetzung von Durchfahrtsverboten für Dieselfahrzeuge zur Einhaltung des NO₂-Jahresmittelgrenzwertes im Luftreinhalteplan rechtmäßig?

1. Grundlagen

a) Begriff

Unter dem Begriff der Planung versteht man den »Vorentwurf einer normativen Ordnung«¹³, der auf die Erfassung gegenwärtiger und zukünftiger Entwicklungen bei bestmöglichem Ausgleich widerstreitender Interessen und verschiedener Aktivitäten abzielt.¹⁴ Ein Plan – das Ergebnis der Planung – bündelt und koordiniert die staatlichen Maßnahmen und Aufgaben, die für die Erreichung eines bestimmten Ziels erforderlich sind und ermöglicht deren Durchsetzung.¹⁵ Der Plan stellt keine eigenständige Rechtsform dar, sondern kann vielmehr in jeglichen verwaltungsrechtlichen Handlungsformen ergehen, insbesondere in Gestalt von formellen Gesetzen, Rechtsverordnungen, Satzungen, Verwaltungsvorschriften und Verwaltungsakten (Allgemeinverfügungen).¹⁶

b) Bedeutung

Effektiver Umweltschutz setzt voraus, dass einzelne Schutzmaßnahmen durch staatliche (i. w. S., einschließlich gerade auch kommunale) Planung koordiniert und untereinander abgestimmt werden.¹⁷ Gem. Art. 20a GG hat Umweltplanung die Langzeitfolgen gerade auch im Interesse künftiger Generationen zu berücksichtigen und Umwelt-

einwirkungen möglichst zu vermeiden.¹⁸ Unionsprimärrechtlich ist dieser integrativ-vorsorgende Ansatz in Art. 11, 191 II UA 1 S. 2 AEUV, Art. 37 GRCh, unionssekundärrechtlich vor allem in der sog. UVP- bzw. SUP-Richtlinie¹⁹ verankert. Die Umweltplanung ist ein zentrales Instrument zur Umsetzung dieses Ansatzes, da sie es ermöglicht, die der Umweltpolitik und dem Umweltrecht immanenten komplexen Ursachen- und Wirkungszusammenhänge zu erfassen und zu bewältigen.²⁰ Die Planung gewährleistet gerade im Umweltrecht, das von prognostischem Handeln unter Unsicherheitsbedingungen gekennzeichnet ist, eine gewisse »Vorhersehbarkeit, Rechtssicherheit und Transparenz«²¹ und ist somit als »zukunftsgeprägtes und zukunftsprägendes«²² Steuerungsinstrument für diesen Politikbereich besonders geeignet. Daher hat die Umweltplanung trotz ihrer gewissen Schwerfälligkeit hinsichtlich der Reaktion auf neue ökologische Herausforderungen²³ mit der beschriebenen Entwicklung des Umweltrechts von seinen ordnungsrechtlichen Wurzeln hin zu dem Präventions-, Risiko- und Integrationsverwaltungsrecht erheblich an Bedeutung gewonnen²⁴ und ist längst als zweites großes instrumentelles Standbein neben dem Umweltordnungsrecht getreten.²⁵

c) Merkmale

Pläne beinhalten in erster Linie Aussagen über den vorhandenen Ist- und den angestrebten Sollzustand sowie die Maßnahmen, die für die Erreichung des Soll-Zustands erforderlich sind.²⁶ Damit sind sie von einer finalen Normstruktur gekennzeichnet (»Zweck-Mittel«-Struktur), wohingegen das Umweltordnungsrecht (direkte Instrumente) einen konditionalen Charakter hat (»Wenn-Dann«-Struktur).²⁷ Direkte Instrumente sind eher punktuell-reaktiv,

¹² Nach BVerwGE 161, 201 ff.; BVerwG NVwZ 2018, 890 ff.; BVerwGE 168, 20 ff.; 172, 365 ff.; 172, 383 ff.

¹³ Schmidt-Aßmann Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs-idee, 2. Aufl. 2004, S. 332.

¹⁴ Scheidler ZfBR 2008, 336 (336); Schlacke (Fn. 5), § 5 Rn. 4. Zur Schwierigkeit der Begriffsbestimmung Isensee/Kirchhof/Hoppe HStR, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 77 Rn. 7.

¹⁵ Vgl. BVerwGE 128, 278 (287 f. Rn. 26).

¹⁶ Schlacke (Fn. 5), § 5 Rn. 6.

¹⁷ Vgl. Kloepfer/Durner Umweltschutzrecht, 3. Aufl. 2020, § 4 Rn. 4.

¹⁸ BVerfGE 157, 30 (135 f. Rn. 193); dazu Eifert ZöR 2022, 537 (541 f.); ders. JURA 2021, 1085 (1087); Frenz/Frenz Klimaschutzrecht, 2. Aufl. 2022, Einf. E Rn. 8; Sauthoff KlimR 2022, 11 (11).

¹⁹ RL 2011/92/EU, ABl. 2012 L 26/1 und RL 2001/42/EG, ABl. 2001 L 197/30; s. u. IV. 2.; zu den unionsrechtlichen Einflüssen auf die Planung s. Kahl/Ludwigs/Schlacke HVwRI, 2021, § 20 Rn. 31 ff.

²⁰ Reh binder/Schink/Reh binder (Fn. 2), Kap. 3 Rn. 368; Schlacke (Fn. 5), § 5 Rn. 11 f.

²¹ Runkel ZUR 2021, 651 (651).

²² Isensee/Kirchhof/Hoppe (Fn. 14), § 77 Rn. 1.

²³ Kloepfer (Fn. 1), § 5 Rn. 70; Schlacke (Fn. 5), § 5 Rn. 13.

²⁴ Sparwasser/Engel/Voßkuhle (Fn. 5), § 2 Rn. 88.

²⁵ Vgl. Scheidler NVwZ 2010, 19 (20); ders. (Fn. 14), 336.

²⁶ Kahl/Ludwigs/Schlacke (Fn. 19), § 20 Rn. 6.

²⁷ BVerfGE 95, 1 (16 Rn. 46) Scheidler (Fn. 14), 337.

während Planung flächendeckend-gesamthaft erfolgt.²⁸ Konstitutives Merkmal der Planung ist zudem das Planungsermessen, das sich vom allgemeinen Verwaltungsermessen (§ 40 VwVfG, § 114 VwGO) durch einen größeren administrativen Gestaltungsspielraum unterscheidet und das im Wege der Abwägung eine möglichst flexible Koordination von Umweltbelangen und einen angemessenen Ausgleich kollidierender Belange im Einzelfall gewährleisten soll.²⁹

d) Systematik

Zur Umweltplanung im weiteren, nicht verwaltungsrechtlichen Sinne³⁰ gehören die politischen Planungsinstrumente. Im Mittelpunkt der verwaltungsrechtlichen Umweltplanung stehen demgegenüber die Fachplanung und die raumbezogene Gesamtplanung, wobei fachliche Planung auch durch Gesamtplanung erfolgen kann.³¹

2. Politische Planungsinstrumente

Politische Planungsinstrumente³² legen als Programmplanung allgemeine Leitlinien für die Umweltpolitik fest.³³ So ist die Planung – neben übergreifenden Minderungszielen (§ 3, § 4 I 1 und 2, IV 1 KSG) und einem umfangreichen Berichtswesen (§ 10 KSG) – eines von drei Kernelementen des Bundes-Klimaschutzgesetzes (KSG)^{34, 35}. Instrument der Klimaschutzplanung ist zunächst der Klimaschutzplan der Bundesregierung, der gem. § 2 Nr. 7 KSG die deutsche Langfriststrategie zur Reduktion der

THG-Emissionen darstellt.³⁶ Auf Grundlage des Klimaschutzplans beschließt die Bundesregierung ein Klimaschutzprogramm, in welchem die Maßnahmen zur Erreichung der Klimaschutzziele festgelegt werden (§ 9 I 2 KSG).³⁷ Mit dem Sofortprogramm (§ 8 KSG) als Sanktionsinstrument können Eilmaßnahmen bei Überschreitung zulässiger Jahresemissionsmengen ergriffen werden.³⁸ Diese Programme vorzulegen und umzusetzen ist Aufgabe des jeweils fachlich zuständigen Bundesministeriums (§ 4 IV 2 KSG). Die Programme sind rahmenartige, »vorsteuernde Planungsinstrumente«³⁹. Als solche sind sie unmittelbar nur von interner Bedeutung und haben keine unmittelbare Außenwirkung,⁴⁰ nehmen aber erheblichen Einfluss auf die Legislative sowie die Verwaltung und die Kommunen (vgl. § 13 I KSG).⁴¹ Zu Recht kritisiert wird die bislang defizitäre Abstimmung der einzelnen Politikplanungsinstrumente im Mehrebenensystem des Klimaschutzes.⁴²

3. Fachplanung

a) Fachplanungen mit umweltspezifischer Zielsetzung

Fachplanungen mit umweltspezifischer Zielsetzung haben den Umweltschutz zum primären Planungsziel.⁴³ Hierzu gehören z. B. die Luftreinhalte- und Aktionsplanung (§ 47

²⁸ Scheidler (Fn. 14), 337.

²⁹ Kahl/Gärditz (Fn. 5), § 4 Rn. 50. Dazu Siegel Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2022, § 8 Rn. 222ff.

³⁰ Kloepfer (Fn. 1), § 5 Rn. 125f.; allgemein Isensee/Kirchhof/Hoppe (Fn. 14), § 77 Rn. 13.

³¹ Runkel (Fn. 22), 653. Beispiel: Konzentrationsplanung für Windenergieanlagen gem. § 35 III 3 BauGB; planfeststellungsbeschlusssetzender Bebauungsplan, z. B. §§ 17b II 1 FStrG, 18 III 1 PBefG.

³² Zur Begrifflichkeit des Politikplanungsrechts Reese ZUR 2020, 641 (642); im Anschluss daran für das Klimaschutzrecht Schlacke NVwZ 2022, 905 (909).

³³ Kloepfer (Fn. 1), § 5 Rn. 106; Schlacke (Fn. 5), § 5 Rn. 15; Sparwasser/Engel/Voßkuhle (Fn. 5), § 2 Rn. 91.

³⁴ BGBl. I 2019, 2513; z. g. d. Gesetz v. 18. 8. 2021, BGBl. 2021, 3905; zur Entstehungsgeschichte s. Rodi/Saurer (Fn. 9), § 10 Rn. 2ff.

³⁵ Für die unionale Ebene s. die Pflicht der Mitgliedstaaten zur Erstellung von integrierten nationalen Energie- und Klimaplänen (National Energy and Climate Plans [NECP]) gem. Art. 1 I, II, 3 I VO (EU) 2018/1999 (sog. EU-Governance-VO), ABl. 2018 L 328/1.

³⁶ BMU, Klimaschutzplan 2050 – Klimaschutzpolitische Ziele und Grundsätze der Bundesregierung, v. 14.11.2016, abrufbar unter <https://www.bmu.de/themen/klimaschutz-anpassung/klimaschutz/nationale-klimapolitik/klimaschutzplan-2050> (Stand 1. 10.2022). Vgl. auch § 6 KSG Rh.-Pf., § 6 KSG BW.

³⁷ S. BReg., Klimaschutzprogramm 2030 der Bundesregierung zur Umsetzung des Klimaschutzplans 2050, v. 9.10.2019, abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/klimaschutz/klimaschutzprogramm-2030-1673578> (Stand 1.10.2022); s. dazu Fellenberg/Guckelberger/Guckelberger Klimaschutzrecht, 2022, § 9 KSG Rn. 8ff.

³⁸ Fellenberg/Guckelberger/Küper/Callejon (Fn. 37), § 8 KSG Rn. 6.

³⁹ Schlacke (Fn. 5), § 16 Rn. 42.

⁴⁰ Frenz/Franßen/Operhalsky (Fn. 18), § 2 KSG Rn. 38; Hermes EurUP 2021, 162 (164). Landesklimaschutzgesetzen kommt noch weniger Verbindlichkeit zu, vgl. Schlacke (Fn. 32), 910.

⁴¹ Kahl/Ludwigs/Schlacke (Fn. 19), § 20 Rn. 41; dies. (Fn. 32), 911f., dort auch zur nicht expliziten Adressierung der Bürger/-innen durch das KSG sowie zur ausbaufähigen Öffentlichkeitsbeteiligung.

⁴² Vgl. Wissenschaftsplattform Klimaschutz (WPKS), Jahresgutachten 2021, abrufbar unter https://www.wissenschaftsplattform-klimaschutz.de/files/WPKS_JGA_Volltext.pdf (Stand 1.10.2022), S. 88ff.; Schlacke (Fn. 32), 912. Zum Ganzen auch für die Klimaschutzinstrumente insgesamt unter dem Aspekt von deren Kohärenz Kreuter-Kirchhof KlimR 2022, 70ff.

⁴³ Kahl/Gärditz (Fn. 5), § 4 Rn. 51.

BImSchG), die Lärminderungsplanung (§§ 47a-47f BImSchG), die Landschaftsplanung (§§ 8 ff. BNatSchG⁴⁴) oder die Ausweisung von Natur- bzw. Landschaftsschutzgebieten (§§ 23, 26 BNatSchG⁴⁵) bzw. FFH-Schutzgebieten (§ 32 BNatSchG⁴⁶).⁴⁷

b) Fachplanungen ohne umweltspezifische Zielsetzung

Dagegen haben Fachplanungen ohne umweltspezifische Zielsetzung ein anderes, typischerweise umweltbeeinträchtigendes Ziel (z. B. die Zulassung von Infrastrukturanlagen wie Straßen und Flughäfen), bei dessen Verwirklichung aber regelmäßig Umweltschutzbelange in die Abwägung einzubeziehen sind.⁴⁸ Das wesentliche verfahrensrechtliche Instrument hierfür ist die Planfeststellung.⁴⁹

4. Raumbezogene Gesamtplanung

a) Begriff und Systematik

Im Gegensatz zur Fachplanung ist die raumbezogene Gesamtplanung nicht auf ein bestimmtes bereichsspezifisches Ziel ausgerichtet, sondern umfasst alle umweltrechtlichen und nicht-umweltrechtlichen Bereiche einschließlich der einzelnen Fachplanungen.⁵⁰ Die Gesamtplanung ist bedeutendes Planungsinstrument des Umweltrechts, welchem eine hohe Integrations- bzw. Querschnittsfunktion zukommt.⁵¹ Die raumbezogene Gesamtplanung umfasst auf überörtlicher Ebene die Raumordnungsplanung und auf örtlicher Ebene die Bauleitplanung. Die Raumordnungsplanung ist auf Bundesebene im Raumordnungsgesetz des Bundes (ROG) und auf Landesebene durch die Landesplanungsgesetze (LPIG) geregelt. Die Raumordnungspläne sind in § 3 I Nr. 7 ROG legaldefiniert. Sie umfassen auf Landesebene die landesweiten

Raumordnungspläne (Landesentwicklungspläne⁵²) und die für Teile des Landesgebiets geltenden Regionalpläne⁵³ (§ 13 I 1 Nr. 1 und 2 ROG⁵⁴) sowie auf Bundesebene die Raumordnungspläne (§ 17 ROG). Auf örtlicher Ebene sind die von den Gemeinden zu erlassenden Bauleitpläne gem. § 1 II BauGB zu nennen, konkret der das gesamte Gemeindegebiet umfassende Flächennutzungsplan als vorbereitender Bauleitplan (§§ 5 ff. BauGB) und der für Teilbereiche der Gemeinde geltende Bebauungsplan als verbindlicher Bauleitplan (§§ 8 ff. BauGB).

b) Raumordnung

Die Raumordnung erfüllt zuvörderst eine Koordinierungs-, Integrations- und Vorsorgefunktion (vgl. § 1 I 1, 2 Nr. 1 und 2 ROG). Leitvorstellung ist dabei die nachhaltige Raumentwicklung, die ökologische, soziale und wirtschaftliche Interessen fortlaufend in Einklang bringt (§ 1 II ROG), wobei dem Umweltschutz grundsätzlich kein Vorrang zukommt.⁵⁵ Der Umsetzung dieser Leitvorstellung dienen die Erfordernisse der Raumordnung i. S. d. § 3 I Nr. 1 ROG, insbesondere die Grundsätze der Raumordnung (§ 3 I Nr. 3 ROG). Zu diesen gehören auch Umweltbelange (vgl. z. B. § 2 II Nr. 1, 2 und 6 ROG). Nach § 4 I 1 Hs. 2 Alt. 2, II ROG sind die Grundsätze im Rahmen von raumbedeutsamen Planungen, Maßnahmen und Entscheidungen öffentlicher Stellen i. S. v. § 4 I 1 Hs. 1 ROG⁵⁶ bei Abwägungen bzw. bei der Ermessensausübung lediglich zu berücksichtigen, haben also keine strikte Bindungswirkung.⁵⁷ Ziele der Raumordnung sind dagegen verbindliche Vorgaben, die bereits das Ergebnis einer planerischen Abwägung darstellen (§ 3 I Nr. 2 ROG) und die gem. § 4 I 1 Hs. 2 Alt. 1 ROG zu beachten sind.⁵⁸ Die Ziele und Grundsätze der Raumordnung sind i. S. d. Leitvorstellung gem. § 1 II ROG anzuwenden und durch Festlegungen in Raumordnungsplänen zu konkretisieren (vgl. § 7 I ROG, für die Grundsätze der Raumordnung auch § 2 I ROG). Dabei enthalten § 7 II 2, VI ROG umweltspezifische Vorgaben

⁴⁴ Bzw. das jeweilige Landesnaturschutzrecht, vgl. z. B. §§ 10 ff. LNatSchG BW, Art. 4 LNatSchG Bayern, §§ 6 ff. LNatSchG Sachsen.

⁴⁵ S. auch z. B. § 28 LNatSchG BW, Art. 12 LNatSchG Bayern, § 14 LNatSchG Sachsen.

⁴⁶ S. auch z. B. § 36 LNatSchG BW, Art. 20 ff. LNatSchG Bayern, § 22 LNatSchG Sachsen.

⁴⁷ Zu den Perspektiven einer Fachplanung für Windenergieanlagen *Kümper DÖV* 2021, 1056 ff.

⁴⁸ *Kahl/Gärditz* (Fn. 5), § 4 Rn. 52.

⁴⁹ Dazu s. u. IV.3.

⁵⁰ Vgl. BVerfGE 3, 407 (425); *Isensee/Kirchhof/Hoppe* (Fn. 14), § 77 Rn. 27.

⁵¹ *Kahl/Gärditz* (Fn. 5), § 4 Rn. 59.

⁵² Vgl. hierzu auch auf landesrechtlicher Ebene z. B. § 7 I LPIG BW, § 17 LPIG NRW, § 3 LPIG Sachsen.

⁵³ Z. B. i. V. m. § 12 LPIG BW, § 4 LPIG Sachsen.

⁵⁴ S. auch die Abweichungsmöglichkeit für Berlin, Bremen und Hamburg gem. § 13 I 2 ROG.

⁵⁵ BVerwG NVwZ-RR 2003, 171 (171); *Spannowsky/Runkel/Goppel/Runkel* ROG, 2. Aufl. 2018, § 1 Rn. 95 f.; zum Klimaschutz *Sauthoff ZUR* 2021, 140 (143).

⁵⁶ Vgl. im Übrigen noch § 4 II, III ROG.

⁵⁷ *Kahl/Gärditz* (Fn. 5), § 4 Rn. 61.

⁵⁸ Zu ihrer großen Bedeutung für den Umweltschutz *Sauthoff* (Fn. 55), 145; s. auch *Kahl/Gärditz* (Fn. 5), § 4 Rn. 61.

insbesondere für die planerische Abwägung⁵⁹ und § 7 III ROG Instrumente wie Vorrang-, Vorbehalts- und Eigentumsgebiete, welche in der Praxis als wichtige ökologische Steuerungsinstrumente fungieren.⁶⁰

c) Bauleitplanung

Die Bauleitplanung ist für den Umweltschutz von »eminenten Bedeutung«⁶¹, da die Gemeinde hiermit über die Nutzung ihres Gebiets entscheidet, etwa ob, wie und wo Wohn- oder Gewerbegebiete, Windenergieanlagen oder Erholungsgebiete entstehen.⁶² Die Bauleitplanung soll nach § 1 V 1 und 2 BauGB eine nachhaltige städtebauliche Entwicklung gewährleisten und u. a. einen Beitrag zur Sicherung der natürlichen Lebensgrundlagen leisten. Die in § 1 VI Nr. 7, § 1a BauGB genannten Belange des Umweltschutzes sind in die planerische Abwägung einzubeziehen (§ 1 VII BauGB); hierzu gehört insbesondere der Klimaschutz (§ 1 VI Nr. 7 lit. a, § 1a V BauGB).⁶³ Die Berücksichtigung der Umweltschutzbelange wird prozedural durch die Umweltprüfung, insbesondere den abschließenden Umweltbericht, sichergestellt (§ 2 IV BauGB i. V. m. § 2a BauGB, Anl. 1 zu § 2 IV BauGB).⁶⁴ Mögliche umweltschutzbezogene Darstellungen im Flächennutzungsplan regeln § 5 II Nr. 2 lit. b und c, 4–7, 9 lit. b, 10 BauGB, die im Bebauungsplan möglichen umweltschutzbezogenen Festsetzungen finden sich insbesondere in § 9 I Nr. 2, 5, 10, 15–18, 24 und 25 BauGB.⁶⁵

LÖSUNG FALL 1: Die Aufstellung, aber auch die Fortschreibung eines Luftreinhalteplans,⁶⁶ der die Einhaltung der Immissionsgrenzwerte gem. § 3 II der 39. BImSchV gewährleistet, stellt gem. § 47 I 1 BImSchG zunächst eine objektive Pflicht der zuständigen Behörde dar.⁶⁷ Nach langer Diskussion darüber, ob dem ein subjektives öffentliches Recht des Einzelnen korrespondiert,⁶⁸ bestätigte der EuGH einen sich aus Art. 23 I der EU-Luftqualitäts-

richtlinie⁶⁹ ergebenden Anspruch,⁷⁰ der bei unionsrechts-, genauer richtlinienkonformer Auslegung (Art. 4 III EUV i. V. m. Art. 288 III AEUV) des nationalen Rechts zur Bejahung einer Schutznorm i. S. d. § 42 II Hs. 2 VwGO führt.

In Luftreinhalteplänen können grundsätzlich auf Grundlage des § 40 I 1 BImSchG Fahrverbote, ggf. auch nur für Dieselfahrzeuge, festgesetzt werden.⁷¹ Nach dem EuGH⁷² sind diese zwar unionsrechtlich nicht zwingend, können aber im Einzelfall zur effektiven Durchsetzung des Unionsrechts geboten sein, wenn die Einhaltung der NO₂-Grenzwerte anders nicht gewährleistet werden kann.⁷³ Die Fahrverbote müssen jedoch aufgrund der starken Grundrechtseingriffe (Art. 2 I, 12 I, 14 I GG) im Einzelfall verhältnismäßig sein.⁷⁴ Dabei sind u. a. Höhe und Dauer der Grenzwertüberschreitung und Bedeutung der betroffenen Verkehrswege zu berücksichtigen.⁷⁵ Streckenbezogene Verbote werden im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung als milderer Mittel gegenüber zonalen Verboten angesehen.⁷⁶ Bei einer absehbaren (gesicherten) baldigen Einhaltung der Grenzwerte unabhängig von Dieselfahrverboten sind letztere unverhältnismäßig.⁷⁷

III. Instrumente direkter Verhaltenssteuerung

FALL 2: A beantragt die Erteilung einer Genehmigung für den Neubau einer Windenergieanlage (WEA) mit zehn je 100 m hohen Windkraftanlagen (WKA) im Außenbereich der Gemeinde G. In der Nähe der geplanten Errichtungsstelle befinden sich eine Wohnsiedlung sowie Brutstätten der besonders streng geschützten Zwergfledermaus. Unter welchen Voraussetzungen hat A einen Anspruch auf Erteilung der Genehmigung? Was kann die Behörde zum Schutz der Fledermäuse tun, wenn sie die Genehmigung nicht vollständig versagen will?

⁵⁹ Dazu Beckmann DVBl. 2022, 809 ff.

⁶⁰ Dazu Sauthoff (Fn. 55), 146.

⁶¹ Kloepfer (Fn. 1), § 11 Rn. 115.

⁶² Vgl. Ellinghaus EurUP 2019, 306 (308).

⁶³ Ausführlich Rodi/Rodi (Fn. 9), § 14 Rn. 26; Sauthoff (Fn. 18), 11 ff.

⁶⁴ Dazu Mitschang UPR 2022, 161 ff.; Schink UPR 2020, 500 ff.

⁶⁵ Ausführlich Rodi/Sauthoff (Fn. 9), § 14 Rn. 30 ff.

⁶⁶ Seiner Rechtsnatur nach handelt es sich um ein internes Handlungskonzept ohne Außenrechtsqualität (h. M.; str., vgl. Kahl/Gärditz [Fn. 5], § 7 Rn. 162).

⁶⁷ Kahl/Gärditz (Fn. 5), § 7 Rn. 178 f.

⁶⁸ Berichtend Kahl/Gärditz (Fn. 5), § 7 Rn. 179 f.

⁶⁹ RL 2008/50/EG, ABl. 2008 L 152/1; dazu Epiney Umweltrecht der Europäischen Union, 4. Aufl. 2019, Kap. 7 Rn. 133 ff.

⁷⁰ EuGH Rs. C-404/13, ECLI:EU:C:2014:2382 Rn. 56.

⁷¹ BVerwGE 161, 201 (205 ff. Rn. 19 ff.); BVerwG NVwZ 2018, 890 (891 Rn. 16); die richtige Ermächtigungsgrundlage ist str., s. dazu Gött/Wanner JuS 2021, 141 (143 f.).

⁷² EuGH Rs. C-635/18, ECLI:EU:C:2021:437 Rn. 142.

⁷³ Frenz Grundzüge des Klimaschutzrechts, 2. Aufl. 2022, Rn. 1212 f.

⁷⁴ BVerwGE 161, 201 (211 ff. Rn. 38 ff.); BVerwG NVwZ 2018, 890 (891 Rn. 35 ff.); BVerwGE 172, 365 (372 ff. Rn. 31 ff.); 172, 383 (388 ff. Rn. 25 ff.); Frenz (Fn. 73), Rn. 1216 ff.; zum Umfang der gerichtlichen Kontrolle s. Kim EurUP 2022, 192 (200 ff.).

⁷⁵ BVerwGE 168, 20 (29 f. Rn. 37 ff., 34 f. Rn. 55 f.).

⁷⁶ BVerwGE 161, 201 (213 f. Rn. 41); 168, 20 (29 f. Rn. 38); Frenz NZV 2021, 441 (442).

⁷⁷ BVerwGE 168, 20 (29 f. Rn. 38); dazu Korbmacher DVBl. 2022, 1 (5).

1. Vorklärungen

a) Begriff und Typen

Instrumente direkter Verhaltenssteuerung sind ordnungsrechtliche Maßnahmen, die mit staatlichem Zwang durchgesetzt (vollstreckt) werden können.⁷⁸ Hierzu zählen zunächst Umweltgebote und -verbote, die unmittelbar und rechtsverbindlich ein bestimmtes positives Tun, Dulden oder Unterlassen anordnen. Deren Vollzug wird durch Kontrollinstrumente gewährleistet, wobei zwischen der präventiven Eröffnungskontrolle und der repressiven Befolgungskontrolle unterschieden werden kann.

b) Bedeutung

Wie eingangs erwähnt bilden die Instrumente direkter Verhaltenssteuerung noch immer das Herzstück der umweltrechtlichen Instrumente.⁷⁹ Das Ordnungsrecht ist vorübergehend etwas »aus der Mode gekommen«. Von seinen Kritikern wird es (im Wesentlichen zu Unrecht) als ineffizient, starr und »obrigkeitsstaatlich« angesehen.⁸⁰ Das Umweltordnungsrecht ist aber nach wie vor besonders gut geeignet, zielsicher konkrete Verhaltensweisen zu bewirken⁸¹ und effektiv vollzogen zu werden.⁸² Direkte Instrumente zeichnen sich zudem durch »rechtsstaatliche Klarheit und Berechenbarkeit«⁸³ mit transparenten Rechtsschutzmöglichkeiten (insbesondere Drittschutz) aus. Vor allem im Bereich der Gefahrenabwehr (vgl. z. B. § 5 I Nr. 1, § 22 I Nr. 1 und 2 BImSchG) sind sie daher unverzichtbar.⁸⁴

2. Umweltgebote und -verbote

a) Leistungspflichten

Zunächst spielen im Umweltrecht allgemeine Umweltgrundpflichten eine Rolle, also die Verpflichtung, sich in einem bestimmten, allgemeinen Sinne umweltfreundlich zu verhalten (z. B. § 5 I WHG, § 4 I BBodSchG).⁸⁵ Die Fachgesetze regeln ferner spezielle Handlungspflichten wie

Pflege-, Erhaltungs- und Bewirtschaftungspflichten (z. B. §§ 39 ff. WHG), aber auch Vorsorgepflichten (z. B. § 5 I Nr. 2 BImSchG). Betreiber potenziell umweltgefährdender Anlagen haben ggf. Eigenüberwachungspflichten (z. B. §§ 53 ff. BImSchG i. V. m. der 5. BImSchV), Verursacher von vermeidbaren Umweltbeeinträchtigungen kann eine Pflicht zu Ausgleichsmaßnahmen oder zur Kompensation (Ersatzmaßnahmen, Ersatzzahlung) treffen (z. B. § 15 II, VI BNatSchG)⁸⁶.

b) Duldungspflichten

Duldungspflichten entstehen vor allem im Zusammenhang mit staatlicher Umweltaufsicht; so muss etwa der Betreiber einer immissionsschutzrechtlichen Anlage das Betreten seiner Anlage zum Zwecke der Überwachung dulden (§ 52 II 1 BImSchG). Zudem bestehen sog. generelle Duldungspflichten, wie z. B. die Pflicht von Grundstückseigentümern, naturschützendes bzw. -pflegerisches Handeln anderer zu dulden (§ 65 I 1 BNatSchG).

c) Unterlassungspflichten

Die Verhaltenssteuerung durch unmittelbar wirkende gesetzliche Verbote, die bestimmte umweltgefährdende Verhaltensweisen untersagen oder beschränken,⁸⁷ spielt im Umweltrecht eine große Rolle. Diese Verbote (z. B. §§ 23 II 1, 26 II, 29 II 1, 39, 44 BNatSchG) gelten aber meist nicht uneingeschränkt, sondern es ist die Möglichkeit einer Befreiung vorgesehen. Im Falle des Verstoßes können die Behörden eingreifend tätig werden.⁸⁸

3. Eröffnungskontrolle

Die Eröffnungskontrolle beinhaltet Instrumente, die bestimmte Verhaltensweisen (insbesondere den Anlagenbetrieb) auf Beeinträchtigungen der Umwelt kontrollieren, bevor solche Tätigkeiten begonnen werden.⁸⁹

⁷⁸ Schoch/*Eifert* (Fn. 2), Kap. 5 Rn. 78.

⁷⁹ Schoch/*Eifert* (Fn. 2), Kap. 5 Rn. 78.

⁸⁰ Vgl. *Lübbe-Wolff* (Fn. 6), 484.

⁸¹ *Lübbe-Wolff* (Fn. 6), 484.

⁸² Schoch/*Eifert* (Fn. 2), Kap. 5 Rn. 78.

⁸³ *Kloepfer* (Fn. 1), § 5 Rn. 170 f.

⁸⁴ Schoch/*Eifert* (Fn. 2), Kap. 5 Rn. 78.

⁸⁵ *Kloepfer* (Fn. 1), § 5 Rn. 431, § 4 Rn. 121.

⁸⁶ *Schlacke* (Fn. 5), § 5 Rn. 25.

⁸⁷ *Hoppe/Beckmann/Kauch* Umweltrecht, 2. Aufl. 2000, § 8 Rn. 19.

⁸⁸ *Kloepfer* (Fn. 1), § 5 Rn. 432.

⁸⁹ *Schlacke* (Fn. 5), § 5 Rn. 31.

a) Anzeige- bzw. Anmeldepflichten

Anzeige- und Anmeldepflichten können sowohl Instrumente der präventiven Eröffnungs- als auch der repressiven Befolgungskontrolle sein. In der Eröffnungskontrolle ersetzt die Anzeige die Genehmigung und ist damit das mildeste Mittel der direkten Verhaltenssteuerung (»Verbot mit Anzeigevorbehalt«⁹⁰).⁹¹ Der Einzelne muss Tätigkeiten anzeigen, deren Auswirkungen auf die Umwelt nicht so groß sind, als dass eine Genehmigung erforderlich wäre (z. B. § 8 III 2 WHG, § 5 I 1 KrWG). Durch diese genehmigungsersetzenden Anzeigen kann sich einerseits die Verwaltung eine Informationsgrundlage verschaffen, die sie ggf. benötigt, um zu prüfen, ob ein nachträgliches Einschreiten erforderlich ist, und andererseits der umweltbelastend Handelnde eine kontrollierte Selbsteinstufung seiner Tätigkeit durchführen.⁹² Genehmigungsergänzende Anzeigepflichten (z. B. § 15 I BImSchG) greifen dagegen ein, um bereits genehmigte umweltbelastende Tätigkeiten zu überwachen. Sie ergänzen eine vorhandene Erlaubnis und gewährleisten, dass sich der Genehmigungsinhaber an diese hält und sind damit der Befolgungskontrolle zuzuordnen.⁹³ Der Behörde ermöglichen sie etwa die Prüfung, ob eine erneute Genehmigung (z. B. § 15 II 1 BImSchG), nachträgliche Anordnung (z. B. § 17 I BImSchG) oder Nebenbestimmung (z. B. § 18 V 1 KrWG) erforderlich ist.

b) Erlaubnisse

Die intensivere Stufe der Eröffnungskontrolle bilden die Erlaubnisse.

aa) Erlaubnisarten

Hauptinstrument der Eröffnungskontrolle ist das präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt (Kontrollerlaubnis). Hier werden umweltrelevante Tätigkeiten, die grundsätzlich nicht gesetzlich missbilligt, sondern grundrechtlich (insbesondere durch Art. 12 I GG) geschützt sind, auf die Einhaltung gesetzlicher Anforderungen überprüft (z. B. §§ 4, 6 BImSchG).⁹⁴ Ergibt das Erlaubnisverfahren, dass die jeweiligen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind und keine Versagungsgründe vorliegen, hat der Betroffene einen An-

spruch auf die Erteilung der Erlaubnis (gebundene Entscheidung).⁹⁵ Der Erlaubnis kommt hier Gestattungs-, aber auch Gestaltungswirkung zu, da durch sie ein konkretes Rechtsverhältnis begründet wird.⁹⁶ Dagegen untersagt das repressive Verbot mit Befreiungsvorbehalt umweltschädliche und sozial missbilligte Verhaltensweisen, wobei nur ausnahmsweise eine Befreiung (Ausnahmebewilligung, Dispens) von diesem Verbot erteilt werden kann (Ermessen), die dann den Rechtskreis des Betreibers erweitert.⁹⁷ Der Einzelne hat folglich keinen Anspruch auf Erteilung der Befreiung, sondern nur auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Erteilung⁹⁸ (z. B. § 8 i. V. m. § 12 II WHG, § 30 III, IV, § 45 VI, VII, § 67 BNatSchG).

bb) Erlaubnisgegenstände

Erlaubnisse können anlagen- und personenbezogen sein. Die anlagenbezogene Erlaubnis (Realkonzession) ist auf die Anlage und nicht auf die Person des Antragstellers bezogen (z. B. §§ 4, 6 BImSchG), wohingegen die personenbezogene Erlaubnis (Personalkonzession) an persönliche Eigenschaften (z. B. Zuverlässigkeit, finanzielle Leistungsfähigkeit) und Qualifikationen (z. B. Fachkunde) des Betreibers anknüpft.⁹⁹ In der Rechtspraxis fallen anlagen- und personenbezogene Genehmigungen oft zusammen (z. B. Sachkonzessionen mit personenbezogenen Elementen: § 7 II AtG, §§ 11 ff. KSpG). Sachkonzessionen sind bei Eigentumsübergang oder Betreiberwechsel ohne erneute behördliche Mitwirkung auf den Rechtsnachfolger übertragbar; allenfalls wird eine Anzeige gegenüber der zuständigen Behörde verlangt. Personalkonzessionen sind dagegen nicht frei übertragbar, hier ruft ein Eigentümer- bzw. Betreiberwechsel vielmehr das Erfordernis einer Änderungszulassung hervor.

cc) Nebenbestimmungen und modifizierende Genehmigungen

Genehmigungen werden i. d. R. mit Nebenbestimmungen (z. B. Befristung, Auflage) verknüpft, um eine interessengerechte, einzelfallbezogene Feinsteuerung zu ermöglichen.¹⁰⁰ Solche Nebenbestimmungen enthalten Neben-

⁹⁰ Kahl/Gärditz (Fn. 5), § 4 Rn. 70.

⁹¹ Kotulla Umweltrecht, 7. Aufl. 2018, S. 41.

⁹² Kloepfer (Fn. 1), § 5 Rn. 183 f.; Kotulla (Fn. 91), S. 41.

⁹³ Kahl/Gärditz (Fn. 5), § 4 Rn. 40.

⁹⁴ Kluth/Smeddinck/Kluth Umweltrecht, 2. Aufl. 2020, § 1 Rn. 163.

⁹⁵ Maurer/Waldhoff Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 9 Rn. 52 ff.; Siegel (Fn. 29), § 12 Rn. 397.

⁹⁶ Vgl. Kloepfer (Fn. 1), § 5 Rn. 211.

⁹⁷ Kahl/Gärditz (Fn. 5), § 4 Rn. 73.

⁹⁸ Kloepfer/Durner (Fn. 17), § 4 Rn. 41.

⁹⁹ Kloepfer/Durner (Fn. 17), § 4 Rn. 44.

¹⁰⁰ Detterbeck Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2022, Rn. 644; Maurer/Waldhoff (Fn. 95), § 12 Rn. 2.

pflichten, die selbstständig gerichtlich erzwungen werden können.¹⁰¹ Zu beachten ist hierbei, dass die allgemeine Vorschrift des § 36 (L)VwVfG oftmals von Sonderbestimmungen (z. B. §§ 12, 17 BImSchG) verdrängt wird. Eine modifizierende Genehmigung ist dagegen eine Inhaltsbestimmung und mithin nicht selbstständig gerichtlich durchsetzbar.¹⁰² Inhaltsbestimmungen sind als integrierender Bestandteil der Genehmigung Anordnungen, die den Genehmigungsgegenstand qualitativ verändern.¹⁰³

LÖSUNG FALL 2: Die geplante WEA des A ist eine nach § 4 I BImSchG i. V. m. § 1 I 1 und Nr. 1.6.2 Anh. 1 der 4. BImSchV genehmigungsbedürftige Anlage. Anspruchsgrundlage ist § 6 I BImSchG. Nach § 6 I Nr. 1 BImSchG hat A die Betreiberpflichten gem. § 5 BImSchG einzuhalten. Demnach dürften von der Anlage keine schädlichen Umwelteinwirkungen i. S. d. §§ 5 I Nr. 1, 3 I BImSchG ausgehen (Schutz- bzw. Gefahrenabwehrpflicht). Mit Blick auf die in der Nähe der WEA gelegene Wohnsiedlung ist besonders darauf zu achten, dass die Lärmimmissionen die einschlägigen Grenzwerte gem. TA Lärm (§ 48 I BImSchG) nicht überschreiten. Zudem müsste A seinen Vor- und Nachsorgepflichten (§ 5 I 1 Nr. 2, III, IV BImSchG) genügen. Im Übrigen dürften keine anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen (§ 6 I Nr. 2 BImSchG). Dies sind insbesondere Vorschriften des Bauplanungs- sowie des Naturschutzrechts.¹⁰⁴ Die nach § 35 I Nr. 5 BauGB im Außenbereich privilegierte Anlage ist zulässig, wenn die Erschließung gesichert ist und öffentliche Belange nicht entgegenstehen (§ 35 I BauGB). Einige möglicherweise entgegenstehende öffentliche Belange sind in § 35 III 1 BauGB aufgeführt.¹⁰⁵ Bezüglich des Artenschutzes wird das Verbot des § 44 I Nr. 1 BNatSchG relevant.¹⁰⁶ Sind alle diese Voraussetzungen erfüllt, so hat A einen Anspruch auf Genehmigungserteilung (gebundene Entscheidung). Er kann also einen Vornahmeantrag stellen und ggf. vor dem Verwaltungsgericht Vornahmeklage erheben (§ 113 V 1 VwGO, Spruchreife).

¹⁰¹ Zur Kontroverse bzgl. der isolierten Anfechtung der Nebenbestimmungen *Erbguth/Guckelberger* Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 2020, § 18 Rn. 15 ff.

¹⁰² *Siegel* (Fn. 29), § 12 Rn. 424. Zu dem Begriff s. *Erbguth/Guckelberger* (Fn. 101), § 18 Rn. 12.

¹⁰³ *Maurer/Waldhoff* (Fn. 95), § 12 Rn. 16.

¹⁰⁴ *Karabas* ZUR 2022, 400 (400 f.).

¹⁰⁵ Dazu VG Lüneburg BeckRS 2021, 5245 Rn. 41 ff.; *Hermendorf* ZUR 2022, 341 ff.; *Sauthoff* (Fn. 55), 146.

¹⁰⁶ Bestandteil eines Gesetzespakets v. 20.7.2022 zur Beschleunigung der Energiewende ist u. a. die 4. BNatSchG-Novelle, die verschiedene BNatSchG-Vorschriften geändert und die §§ 45 b ff. neu eingefügt hat (BGBl. I 2022, 1362). Danach liegt der Betrieb von Windenergieanlagen fortan im »überragenden öffentlichen Interesse« (vgl. § 45 Abs. 7 BNatSchG n. F.; vgl. auch § 45 b BNatSchG n. F.). S. zum Ganzen *Schütte/Winkler* ZUR 2022, 311 ff.; *dies.* ZUR 2022, 440 (441 f.); *Zenke* EnWZ 2022, 147 (151). Hinzuweisen ist in diesem Kontext ferner noch insbesondere auf das Gesetz zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land (BGBl. I 2022, 1353), das u. a. Änderungen des BauGB und ROG brachte (Art. 2 f.); dazu *Kment* NVwZ 2022, 1153 ff.; *Raschke/Roscher* ZfBR 2022, 531 (535 ff.).

Bezüglich des Tötungsrisikos der nach § 44 I Nr. 1 BNatSchG geschützten Fledermäuse kann die Behörde beispielsweise die Genehmigung mit der Nebenbestimmung versehen, die Anlage unter bestimmten Bedingungen während der Aktivitätszeiten der Fledermäuse abzuschalten, wenn dies nach § 12 I 1 BImSchG erforderlich ist, um die Erfüllung der in § 6 BImSchG genannten Genehmigungsvoraussetzungen sicherzustellen.¹⁰⁷

4. Repressive Kontrolle

Die repressive Kontrolle greift ein, nachdem eine Erlaubnis erteilt wurde. Der Verwaltung stehen hierbei fortlaufende Überwachungsinstrumente zur Verfügung, aber auch eingreifende Maßnahmen, die Verstöße gegen umweltrechtliche Pflichten sanktionieren (z. B. §§ 17, 20, 21, 52 BImSchG).¹⁰⁸

a) Überwachung

FALL 3:¹⁰⁹ Die B betreibt ein immissionsschutzrechtlich genehmigtes Sonderabfall-Lager, in dem gefährliche Abfälle lagern. Die Genehmigung regelt, dass B den für die Überwachung der Anlage zuständigen Behörden jederzeit Zutritt zur Anlage sowie Einsicht in die Betriebsbücher zu gestatten und sie bei der Erfüllung ihrer Aufgaben zu unterstützen hat. Die zuständige Behörde führt regelmäßig Vor-Ort-Besichtigungen durch, wobei einige Besuche verdachtsunabhängig ohne vorherige Ankündigung bei der Anlagenbetreiberin erfolgen. Am 10.7.2022 erfolgt erneut eine solche unangekündigte Besichtigung auf dem Anlagengrundstück der B. Die Behördenmitarbeiter stellen hierbei verschiedene Mängel an der Anlage fest. B erklärt daraufhin, mit der Besichtigung nicht einverstanden gewesen zu sein, da sie dieser als Anlagenbetreiberin nicht zugestimmt habe. Zudem sei das unangekündigte Vorgehen unverhältnismäßig. War die Besichtigung rechtmäßig?

Die Überwachung (Befolgungskontrolle, Umweltaufsicht) dient der Überprüfung, ob die Vorschriften des Umweltrechts und ggf. Nebenbestimmungen von den Betreibern eingehalten werden.¹¹⁰ Der staatlichen Überwachung durch die zuständigen Behörden dienen vor allem Betretungs- und Besichtigungsrechte sowie Akteneinsichtsrechte, Messungen oder Auskunftspflichten (z. B. § 52 BImSchG, § 52 BNatSchG, § 47 KrWG). Staatliche Überwachung kann aber auch in bloßer Umweltbeobachtung

¹⁰⁷ Vgl. VG Halle ZUR 2011, 211 (213 f. Rn. 25 ff.).

¹⁰⁸ *Schoch/Eifert* (Fn. 2), Kap. 5 Rn. 111 ff.

¹⁰⁹ Nach OVG Münster BeckRS 2021, 41234.

¹¹⁰ *Kloepfer/Durner* (Fn. 17), § 4 Rn. 56.

bestehen (z. B. §§ 44 ff. BImSchG).¹¹¹ In einigen Fällen ist ferner eine Pflicht zur Eigenüberwachung der Anlagenbetreiber vorgesehen (z. B. §§ 53 ff. BImSchG).¹¹² Auch indirekte Instrumente wie das Umwelt-Audit oder der Emissionshandel haben die Entlastung der staatlichen Überwachung zum Ziel.¹¹³

LÖSUNG FALL 3: Die Ermächtigungsgrundlage für die Besichtigung der Anlage findet sich in § 52 I BImSchG. Danach ist die zuständige Behörde verpflichtet, die Anlage der B zu überwachen, wozu auch Vor-Ort-Besichtigungen gehören.¹¹⁴ Für die effektive Durchführung der Überwachung ist B gem. § 52 II 1 Var. 1 BImSchG verpflichtet, den Mitarbeitern der Behörde Zutritt zum Anlagengrundstück zu verschaffen.¹¹⁵ Dafür ist ein positiver Willensakt im Sinne einer Gestattung des Betretens nicht erforderlich.¹¹⁶ Das behördliche Zutrittsrecht ist jedoch durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eingeschränkt:¹¹⁷ Unangekündigte Kontrollen verfolgen den legitimen Zweck, festzustellen, ob die Genehmigungsanforderungen eingehalten werden. Diese sind zur Erreichung dieses Zwecks auch geeignet und erforderlich, weil sie ein möglichst realitätsnahes Bild über den Zustand der Anlage ermöglichen. Geschäftsräume genießen im Rahmen von Art. 13 GG allgemein einen geringeren Schutz (als private Wohnräume), und auch eine ungerechtfertigte Störung der Betriebsabläufe durch die Besichtigung war nicht ersichtlich, sodass die Besichtigung auch angemessen¹¹⁸ und somit rechtmäßig war.

b) Eingreifende Maßnahmen

FALL 4:¹¹⁹ Der C betreibt eine immissionsschutzrechtlich genehmigte Anlage zur Verarbeitung von Kunststoffabfällen. Zunächst verarbeitete C nur bestimmte Industriefolien mit geringer Geruchsbelastung für die Bewohner des benachbarten Stadtteils. Seit Anfang 2021 kamen jedoch zusätzlich Verpackungsfolien mit Herkunft aus der Sortierung des »Gelben Sacks« hinzu, die stärker mit organischen Stoffen kontaminiert waren und daher bei der Verarbeitung zu stärkeren Geruchsmissionen und damit auch zu massiven Beschwerden der Nachbarschaft führten. Nachdem schon im September 2021 eine nachträgliche Anordnung zur verbesserten Abwasseraufbereitung keine Abhilfe schaffte, erlässt die zuständige Behörde am 20.5.2022 eine auf § 17 I 2 BImSchG gestützte nachträgliche Anordnung, nach der

Abgase mit einer Reinigungseinrichtung gefiltert werden und die Verwendung von Verpackungsfolien aus dem »Gelben Sack« unterlassen werden müssen. Im Juni 2022 führt die Behörde aufgrund weiterer Beschwerden der Anwohner eine Besichtigung durch, bei der sie feststellt, dass C weiterhin solche Verpackungsfolien verwendet und dass es bei der Abgasreinigungsanlage Undichtigkeiten gibt. Sodann erlässt sie am 4.7.2022 eine weitere, wiederum auf § 17 I 2 BImSchG gestützte nachträgliche Anordnung, wonach der weitere Betrieb der Anlage bis zur Nachrüstung der Abluftreinigungsanlage untersagt wird. Dies sei zum Schutz der Nachbarschaft erforderlich. Sind die nachträglichen Anordnungen vom 20.5. und 4.7.2022 rechtmäßig?

Eingreifende Maßnahmen können umweltrelevante Tätigkeiten nachträglich teilweise oder vollständig untersagen.¹²⁰ Werden umweltrechtliche Verhaltensanforderungen nicht eingehalten, steht der Verwaltung die Möglichkeit des Erlasses von nachträglichen Anordnungen, der Aufhebung einer Erlaubnis oder insbesondere der Untersagung, Stilllegung und Beseitigung zur Verfügung (z. B. §§ 17, 20 f., 24 ff. BImSchG). Erlaubnisse stehen oftmals unter dem Vorbehalt von nachträglichen Anordnungen, d. h., dass trotz Bestandskraft der Genehmigung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit auf Änderungen der Gefahrenlage reagiert werden kann, ohne die Erlaubnis selbst rechtlich zu berühren.¹²¹ So können nach § 17 I BImSchG bei Verletzung bestimmter Rechtspflichten oder bei Drohung einer solchen Verletzung nachträgliche Anordnungen bezüglich der Beschaffenheit der Anlage oder der Art und Weise des Anlagenbetriebs erlassen werden.¹²² Genügt eine solche nachträgliche Anordnung nicht, kann die Genehmigung auch zurückgenommen bzw. widerrufen werden, §§ 48, 49 VwVfG.¹²³ Insbesondere bezüglich des Widerrufs rechtmäßiger Erlaubnisse sind spezielle Regelungen im Umweltrecht (z. B. § 21 BImSchG, § 18 WHG) zu beachten.¹²⁴ Bei Nichterfüllung bestimmter Umweltpflichten bezüglich der Art und Weise des Betriebs oder der Beschaffenheit der Anlage oder bei Unzuverlässigkeit des Betreibers kann der Betrieb der Anlage gem. § 20 I, Ia, III BImSchG vorübergehend ganz oder teilweise untersagt werden.¹²⁵ Anlagen, die ohne die erforderliche Genehmigung betrieben werden, können stillgelegt oder untersagt werden (§ 20 II BImSchG). Die Stilllegung ist die dauerhafte Untersagung des Betriebs, während die Beseitigung zusätzlich den Abbau und die Entfernung der Anlage vom

¹¹¹ Kloepfer (Fn. 1), § 5 Rn. 399 f.

¹¹² Kloepfer/Durner (Fn. 17), § 4 Rn. 57.

¹¹³ Kloepfer (Fn. 1), § 5 Rn. 410 f.; näher dazu Teil II des Beitrags.

¹¹⁴ OVG Münster (Fn. 109), Rn. 11. Das OVG geht auch auf die Verwaltungspraxis bzgl. Besichtigungen während der Corona-Pandemie ein (Rn. 12).

¹¹⁵ OVG Münster (Fn. 109), Rn. 20.

¹¹⁶ OVG Münster (Fn. 109), Rn. 22.

¹¹⁷ OVG Münster (Fn. 109), Rn. 32 ff.; Kluth/Smeddinck/Beaucamp (Fn. 94), § 2 Rn. 82.

¹¹⁸ OVG Münster (Fn. 109), Rn. 41 ff.

¹¹⁹ Nach OVG Koblenz BeckRS 2015, 52137.

¹²⁰ Schlacke (Fn. 5), § 5 Rn. 77.

¹²¹ Jarass/Jarass BImSchG, 13. Aufl. 2020, § 17 Rn. 1.

¹²² Jarass/Jarass (Fn. 121), § 17 Rn. 22.

¹²³ Allgemein Erbguth/Guckelberger (Fn. 101), § 16 Rn. 1 ff.

¹²⁴ Kahl/Gärditz (Fn. 5), § 4 Rn. 81.

¹²⁵ Kluth/Smeddinck/Beaucamp (Fn. 94), § 2 Rn. 88.

Grundstück voraussetzt.¹²⁶ Zur Wahrung der Eröffnungskontrolle und wegen der Gefahr irreversibler Umweltbeeinträchtigungen genügt hierfür die formelle Illegalität des Betriebs.¹²⁷ Auch immissionsschutzrechtlich genehmigungsfreie Anlagen können untersagt werden (§§ 24, 25 BImSchG). Fehlt es an einer speziellen Ermächtigungsgrundlage, kann auf die polizei- bzw. ordnungsrechtliche Generalklausel zurückgegriffen werden.¹²⁸

LÖSUNG FALL 4: Die nachträgliche Anordnung vom 20. 5. 2022 hat ihre Rechtsgrundlage in § 17 I 2 BImSchG. Stellt sich – wie hier – nachträglich heraus, dass von der genehmigten Anlage schädliche Umwelteinwirkungen (§ 3 I BImSchG) auf die Nachbarschaft ausgehen, soll (gebundenes Ermessen) die Behörde zum Schutz der Nachbarschaft (§ 5 I Nr. 1 BImSchG) die erforderlichen Anordnungen erlassen, d. h., es trifft sie grundsätzlich eine Pflicht zum Einschreiten, es sei denn, atypische Umstände rechtfertigen eine Ausnahme. Konkret konnte C zum Schutz der Nachbarschaft vor Geruchsbeeinträchtigungen (vgl. § 3 I i. V. m. § 3 II, IV BImSchG) verpflichtet werden, die hierfür ursächlichen Missstände an der Anlage zu beheben.¹²⁹ Ausgeschlossen wäre dies nur, wenn die nachträgliche Anordnung unverhältnismäßig gewesen wäre (§ 17 II BImSchG). Der Schutz der Nachbarschaft vor Gesundheitsgefahren stellt einen legitimen Zweck dar (vgl. § 1 I BImSchG, Art. 2 II 1 GG). Die Anordnung des Einbaus von Luftfiltern und des Unterlassens der Verarbeitung eines bestimmten Folienstoffs sind zur Erreichung dieses Zwecks auch geeignet und erforderlich. Die Maßnahmen waren schließlich angemessen, denn sie bezogen sich auf die konkrete Art und Weise des Betriebs der Anlage und stellten keine vollständige Untersagung des Betriebs dar, sodass den wirtschaftlichen Belangen des C (Art. 12 I GG) hinreichend Rechnung getragen wurde. Die nachträgliche Anordnung war mithin rechtmäßig.

Die Anordnung vom 4. 7. 2022 hätte dagegen nicht auf Grundlage des § 17 I 2 BImSchG erlassen werden dürfen und war somit wegen Verstoßes gegen Art. 20 III GG (Vorbehalt des Gesetzes) materiell rechtswidrig. Eine vollständige Untersagung der Anlage, auch wenn sie bis zur – nicht absehbaren – Behebung der Mängel durch C befristet war, stellt eine Untersagungsverfügung i. S. d. § 20 I

BImSchG dar.¹³⁰ § 20 BImSchG regelt insoweit das »Ob«, § 17 BImSchG das »Wie« des Betriebens der Anlage.¹³¹

IV. Verfahrensinstrumente

Bei umweltrechtlichen Entscheidungen spielt wegen deren Komplexität, Multipolarität und Ungewissheit das Entscheidungsverfahren eine besonders große Rolle.¹³² So kommt insbesondere der (frühen) Öffentlichkeitsbeteiligung (z. B. § 25 III VwVfG, § 3 BauGB), dem obligatorischen (z. B. § 73 VI VwVfG bzw. Spezialvorschrift¹³³) oder fakultativen (z. B. § 10 VI BImSchG) Erörterungstermin sowie der frühzeitigen Überprüfung von Vorhaben oder Plänen auf deren Umweltauswirkungen (UVP, SUP) eine erhebliche Bedeutung zu. Wie das Entscheidungsverfahren ausgestaltet ist (Verfahrensarten bzw. -typen), unterscheidet sich je nach Gegenstand der Genehmigung, der Gefahr bzw. des Risikos, die bzw. das von der Anlage ausgeht sowie der Zahl und Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter.¹³⁴

1. Verfahrensarten

a) Verfahren der Eröffnungskontrolle

In der Eröffnungskontrolle lassen sich das einfache und das förmliche Genehmigungsverfahren sowie das Planfeststellungsverfahren unterscheiden.¹³⁵ Einfache Genehmigungsverfahren sind im Umweltrecht die Ausnahme; es geht hier insbesondere um Anlagen, von denen nur geringere Umweltbelastungen ausgehen (z. B. § 19 BImSchG). Umweltrechtlicher Regelfall ist das förmliche Genehmigungsverfahren¹³⁶ (z. B. § 10 BImSchG i. V. m. der

¹²⁶ Kahl/Gärditz (Fn. 5), § 4 Rn. 82.

¹²⁷ BVerwGE 84, 220 (233); Giesberts/Reinhardt/Posser BeckOK Umweltrecht, 63. Ed. 2021, § 20 BImSchG Rn. 28; Schlacke (Fn. 5), § 5 Rn. 78.

¹²⁸ Kahl/Gärditz (Fn. 5), § 4 Rn. 84; Einschränkungen bestehen aufgrund der Legalisierungswirkung der Genehmigung, s. dazu BVerwGE 55, 118 (120 ff.); Landmann/Rohmer/Hansmann/Ohms, Umweltrecht, 97. EL, Dezember 2021, § 17 BImSchG Rn. 40 ff. Im Übrigen sind Einzelheiten hinsichtlich der Konkurrenz der Eingriffsnormen z. T. str., insbesondere bei nicht genehmigungsbedürftigen Anlagen, vgl. näher Kahl/Gärditz, a. a. O., § 7 Rn. 146 ff. (148 f.) m. w. N.

¹²⁹ OVG Koblenz (Fn. 119), Rn. 20.

¹³⁰ OVG Koblenz (Fn. 119), Rn. 13.

¹³¹ OVG Koblenz (Fn. 119), Rn. 13; Landmann/Rohmer/Hansmann/Ohms (Fn. 128), § 17 BImSchG Rn. 32.

¹³² Schoch/Eifert (Fn. 2), Kap. 5 Rn. 91.

¹³³ Nach der Spezialvorschrift kann ein Erörterungstermin auch entbehrlich sein, vgl. z. B. § 18 a AEG.

¹³⁴ Schoch/Eifert (Fn. 2), Kap. 5 Rn. 91; allgemein Erbuth/Guckelberger (Fn. 101), § 14 Rn. 16.

¹³⁵ Kloepfer (Fn. 1), § 5 Rn. 248.

¹³⁶ Nicht zu verwechseln mit dem förmlichen Entscheidungsverfahren i. S. d. §§ 63 ff. (L)VwVfG. Diese Vorschriften kommen nur zur Anwendung, wenn ihre Anwendung (durch Normen außerhalb des VwVfG) ausdrücklich gesetzlich angeordnet ist (§ 63 I VwVfG), was bei umweltrechtlichen Gesetzen regelmäßig (so auch im BImSchG) gerade nicht der Fall ist.

9. BImSchV).¹³⁷ Es soll insbesondere zu einer angemessenen Berücksichtigung der mit der Anlage verbundenen Gefahren bzw. Risiken für kollidierende Rechtsgüter (vgl. § 1 I BImSchG) sowie zu einer erhöhten Akzeptanz der Entscheidung beitragen.¹³⁸ Die Beteiligung der Öffentlichkeit spielt hierfür eine wichtige Rolle.¹³⁹ Das Planfeststellungsverfahren (§§ 72 ff. VwVfG) als spezielles förmliches Verfahren dient der Realisierung komplexer, raumbedeutender Infrastrukturvorhaben, bei denen eine Vielzahl öffentlicher und privater Belange kollidiert.¹⁴⁰

b) Gestufte Verwaltungsverfahren

Bei der Genehmigung großer Anlagen, die mit entsprechenden Planungs- und Investitionsrisiken verbunden sind, spielen gestufte Verwaltungsverfahren eine erhebliche Rolle. Hier kann die Behörde einen Vorbescheid oder eine Teilgenehmigung erlassen (z. B. §§ 8, 9 BImSchG). Mit dem Vorbescheid kann über bestimmte Vorfragen wie den Standort des Genehmigungsgegenstands vorweg verbindlich entschieden werden, während die Behörde mit der Teilgenehmigung einen abgrenzbaren Teil des Vorhabens genehmigt.¹⁴¹ Die Teilgenehmigung hat im Gegensatz zum Vorbescheid Gestattungswirkung, sprich der Antragsteller kann mit der Errichtung des Anlagenteils beginnen.

c) Zulassung vorzeitigen Beginns

Zum Teil sehen die Umweltgesetze überdies das Instrument der Zulassung vorzeitigen Beginns vor (z. B. § 8 a BImSchG). Hierbei kann – jederzeit widerruflich – mit der Errichtung bzw. dem Betrieb der Anlage begonnen werden, bevor eine Genehmigungsentscheidung vorliegt. Der Antragsteller handelt jedoch auf eigenes Risiko und muss bei einer späteren Ablehnung der Genehmigung den früheren Zustand wiederherstellen.¹⁴² Solche Zulassungsentscheidungen sind zwar ob der mit ihnen verbundenen Gefahr einer Entwertung des Genehmigungsverfahrens durch faktische Vorwegnahme nicht unumstritten, können aber aus Gründen des Allgemeininteresses (z. B. Ener-

giehende, Stärkung des Wirtschaftsstandorts) besonders »erwünschte« Investitionen deutlich beschleunigen, wie zuletzt der Fall der »Tesla Gigafactory« gezeigt hat.¹⁴³

2. Umweltverträglichkeitsprüfung und Strategische Umweltprüfung

FALL 5: Besteht für die Genehmigung der WEA in Fall 2 eine UVP-Pflicht? Besteht für die Aufstellung des Luftreinhalteplans in Fall 1 eine SUP-Pflicht?

a) Umweltprüfungen: Begrifflichkeit, Rechtsrahmen und Zweck

Bei bestimmten öffentlichen und privaten Vorhaben (§ 2 IV UVPG) bzw. bei bestimmten Plänen und Programmen (§ 2 VII UVPG) wird vor der Zulassungsentscheidung (§ 2 VI UVPG) über das Vorhaben eine Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP bzw. Projekt-UVP) und vor der Aufstellung des Plans oder Programms eine Strategische Umweltprüfung (SUP bzw. Plan-UVP) durchgeführt.¹⁴⁴ Beide Instrumente werden unter dem Oberbegriff der Umweltprüfungen zusammengefasst. Sie verfolgen einen medienübergreifenden, integrativen Umweltschutz¹⁴⁵ und fungieren als wichtiges Instrument des Vorsorgeprinzips (vgl. § 3 S. 2 UVPG), indem sie im Vorhinein die – ggf. auch grenzüberschreitenden (§ 2 III UVPG) – Umweltauswirkungen eines Vorhabens oder eines Plans oder Programms auf die Schutzgüter ermitteln, beschreiben und bewerten (§ 3 S. 1 i. V. m. § 2 I, II UVPG).¹⁴⁶ Das UVPG ist dabei in seinem europäischen und internationalen Kontext zu sehen: Ihm liegt die sog. UVP-Richtlinie der EU zugrunde.¹⁴⁷ Indem die UVP vor allem der Öffentlichkeitsbeteiligung dient, ist sie zugleich Ausprägung der »zweiten Säule« der Aarhus-Konvention (1998)¹⁴⁸, die auf den Säulen »Information – Partizipation – Rechtsschutz« basiert.¹⁴⁹ Die Umweltprüfungen sind dabei unselbstständiger Teil des Verfahrens,

¹³⁷ Kloepfer (Fn. 1), § 5 Rn. 269.

¹³⁸ Landmann/Rohmer/Dietlein (Fn. 128), § 10 BImSchG Rn. 5.

¹³⁹ S. am Beispiel der Energiewende *Renn u. a.* ZUR 2014, 281 ff. Näher zum Ganzen sogleich IV. 4.

¹⁴⁰ Näher s. u. IV.3.

¹⁴¹ Kluth/Smeddinck/Beaucamp (Fn. 94), § 2 Rn. 73; Jarass/Jarass (Fn. 121), § 9 Rn. 1.

¹⁴² Giesberts/Reinhardt/Enders (Fn. 127), § 8 a BImSchG Rn. 14.

¹⁴³ Dazu *Hohnerlein NVwZ* 2022, 750 ff.

¹⁴⁴ Koch/Hofmann/Reese/Ramsauer Handbuch Umweltrecht, 5. Aufl. 2018, § 3 Rn. 99.

¹⁴⁵ Schlacke (Fn. 5), § 5 Rn. 62.

¹⁴⁶ Peters/Balla/Hesselbarth UVPG, 4. Aufl. 2019, Einl. Rn. 37.

¹⁴⁷ Näher *Epiney* (Fn. 69), Kap. 6 Rn. 68 ff.

¹⁴⁸ Vgl. Art. 6 der Aarhus-Konvention, BGBl. II 2006, 1251: s. auch u. IV. 4. Von der EU als Vertragspartei der Aarhus-Konvention wurde diese umgesetzt durch die RL 2003/35/EG (sog. Öffentlichkeitsbeteiligungs-RL), ABl. 2003 L 156/17.

¹⁴⁹ Koch/Hofmann/Reese/Ramsauer (Fn. 144), § 3 Rn. 99. Zur Drei-Säulen-Struktur der Aarhus-Konvention s. Schlacke/Schrader/Bun-

das der Zulassungsentscheidung (§ 4 UVPG) bzw. der Aufstellung eines Plans oder Programms (§ 33 UVPG) dient. Die UVP ist Verfahrensinstrument, das aber auch gewisse materiell-rechtliche Gehalte aufweist.¹⁵⁰ Sie steht zwischen den Planungs- und direkten Instrumenten und ist gleichzeitig auch informationelles Instrument (vgl. § 3 UVPG).¹⁵¹

b) UVP- bzw. SUP-Pflicht

Die Regelungen zur Feststellung der UVP-Pflicht für Vorhaben bzw. der SUP-Pflicht für Pläne und Programme finden sich in §§ 5 ff. bzw. §§ 33 ff. UVPG. Welche Vorhaben obligatorisch einer UVP unterzogen werden, ergibt sich aus §§ 5 ff. i. V. m. Anl. 1 Sp. 1 UVPG (Kennzeichnung mit »X«). Die UVP kann bei Neu- und bei Änderungsvorhaben (§ 2 IV i. V. m. §§ 6, 9 UVPG) sowie bei kumulativen Vorhaben (§§ 10–13 UVPG) obligatorisch sein. Andere Vorhaben unterliegen einer UVP-Pflicht, wenn dies eine Vorprüfung im Einzelfall ergeben hat (§ 7 UVPG). Insoweit ist zwischen einer allgemeinen Vorprüfung (sog. Screening) für Vorhaben mittlerer Größe und Leistung (in Anl. 1 Sp. 2 UVPG gekennzeichnet mit »A«) und einer standortbezogenen Vorprüfung für kleinere Vorhaben mit geringerer Leistung (in Anl. 1 Sp. 2 UVPG gekennzeichnet mit »S«) zu unterscheiden.¹⁵² Für die SUP nennt § 35 I Nr. 1 UVPG i. V. m. Anl. 5 Nr. 1 UVPG Pläne und Programme, bei denen die SUP obligatorisch ist (z. B. Verkehrswegeplanung nach §§ 15 ff. FStrG, Flughafenausbauplanungen nach § 12 I LuftVG). Gem. § 35 I Nr. 2 UVPG sind die in Anl. 5 Nr. 2 UVPG aufgeführten Pläne und Programme einer SUP zu unterziehen, wenn sie einen Rahmen i. S. v. § 35 III UVPG für die Zulässigkeit von UVP-pflichtigen Vorhaben der Anl. 1 setzen (z. B. Lärmaktionspläne nach § 47 d BImSchG, Luftreinhaltepläne nach § 47 I BImSchG).¹⁵³ § 36 UVPG sieht eine SUP-Pflicht für Pläne und Programme vor, die aufgrund ihrer Auswirkungen auf Natura-2000-Gebiete einer Verträglichkeitsprüfung nach § 36 S. 1 Nr. 2 i. V. m. § 34 BNatSchG unterliegen. Zuletzt gibt es für sonstige Pläne und Programme nach § 35 II UVPG eine fakultative Umweltprüfung.¹⁵⁴

ge/Bunge Aarhus-Handbuch, 2. Aufl. 2019, S. 12 ff.; Epiney/Diezig/Pirker/Reitemeyer Aarhus-Konvention, 2018, Einf. Rn. 4.

150 Kahl/Gärditz (Fn. 5), § 4 Rn. 91.

151 Kloepfer (Fn. 1), § 5 Rn. 496 ff.

152 Kahl/Gärditz (Fn. 5), § 4 Rn. 94.

153 Peters/Balla/Hesselbarth (Fn. 146), Einl. Rn. 50.

154 Peters/Balla/Hesselbarth (Fn. 146), Einl. Rn. 50.

c) Durchführung der UVP bzw. SUP

Die Verfahrensschritte der SUP und UVP verlaufen spiegelbildlich zueinander.¹⁵⁵ Wurde die UVP- bzw. SUP-Pflicht nach § 5 I bzw. § 34 I UVPG durch die zuständige Behörde festgestellt, beginnt das Verfahren mit einem sog. Scoping (§ 15 bzw. § 39 UVPG), bei dem der Untersuchungsrahmen sowie der Untersuchungsgegenstand zwischen Vorhabenträger und der Behörde abgestimmt werden. Anschließend werden für die Erstellung des UVP-Berichts durch den Vorhabenträger (§ 16 UVPG) bzw. die zuständige Planungsbehörde (§ 40 UVPG) die Umweltauswirkungen ermittelt. Andere Behörden sind nach § 17 bzw. § 41 UVPG, die Öffentlichkeit nach §§ 18–23 bzw. § 42 I i. V. m. §§ 18 I, 19, 21 I, 22 UVPG zu beteiligen;¹⁵⁶ bei grenzüberschreitenden Vorhaben bzw. Plänen und Programmen sind die jeweiligen Sondervorschriften (§§ 54 ff. bzw. §§ 60 ff. UVPG) zu beachten. Auf Grundlage des Umweltberichts, der behördlichen Stellungnahmen sowie der Äußerungen der betroffenen Öffentlichkeit wird eine zusammenfassende Darstellung (§ 24 UVPG) bzw. der Umweltbericht (§ 40 UVPG) erarbeitet. Anhand dessen bewertet die Behörde schließlich nach §§ 25 ff. bzw. § 43 UVPG die Umweltauswirkungen und entscheidet über die Zulassung oder Ablehnung des Vorhabens bzw. die Annahme des Plans oder Programms. Die Maßnahmen zur Verminderung von Umweltauswirkungen sind gem. § 28 bzw. § 45 UVPG zu überwachen (Monitoring).

LÖSUNG FALL 5: Die WEA in *Fall 2* ist mit mehr als drei WKA eine Windfarm i. S. d. § 2 V 1 UVPG. Für dieses Neuvorhaben ist nach Nr. 1.6.2. der Anl. 1 Sp. 2 UVPG (»A«) eine allgemeine Vorprüfung des Einzelfalls (Screening) nach § 7 I 1 UVPG durchzuführen. Zur Vorbereitung des Screenings muss der Vorhabenträger nach § 7 IV UVPG geeignete Angaben zu seinem Vorhaben machen (vgl. Anl. 2 UVPG). Ob das Vorhaben UVP-pflichtig ist, hängt damit vom Ergebnis der Vorprüfung ab.

Der Luftreinhalteplan wird in § 35 I Nr. 1 UVPG i. V. m. Anl. 5 Nr. 1 UVPG nicht genannt, sodass kein Fall einer obligatorischen SUP-Pflicht gegeben ist. Der Plan ist jedoch in Anl. 5 Nr. 2.2 UVPG aufgeführt, sodass er nach § 35 I Nr. 2 UVPG SUP-pflichtig sein könnte. Danach besteht eine SUP-Pflicht, wenn der Plan Festlegungen mit Bedeutung für spätere Zulassungsentscheidungen enthält (§ 35 III UVPG). Dies könnte im Hinblick auf das Dieselfahrverbot der Fall sein. Hierbei handelt es sich jedoch nicht um eine Zulassungsentscheidung i. S. d. § 2 VI UVPG

155 Kahl/Gärditz (Fn. 5), § 4 Rn. 119.

156 S. u. IV. 4.

(insbesondere mangels Vorhabenqualität i. S. v. § 2 II UVPG um keinen Fall von § 2 VI Nr. 1 i. V. m. Anl. 1 UVPG). Der Luftreinhalteplan ist somit nicht SUP-pflichtig.¹⁵⁷

3. Planfeststellungsverfahren

a) Anwendungsbereich und Wirkungen

Bei raumbedeutsamen Großvorhaben mit erheblichen Auswirkungen auf eine Vielzahl von Interessen bedarf es des besonderen Verfahrens der Planfeststellung (§§ 72 ff. VwVfG bzw. Spezialgesetz), durch das öffentliche und private Belange gleichermaßen berücksichtigt werden sollen.¹⁵⁸ Bei der Planfeststellung handelt es sich um ein Zulassungsinstrument, das gleichzeitig eine raumplanerische Entscheidung ist.¹⁵⁹ Die Planfeststellungsbedürftigkeit des Vorhabens wird durch bundes- oder landesrechtliche Rechtsvorschriften (außerhalb des VwVfG) angeordnet (§ 72 I VwVfG), so etwa für den Bau von Bundesfernstraßen (§§ 17 ff. FStrG), Eisenbahntrassen (§§ 18 ff. AEG) und Flughäfen (§ 8 LuftVG) oder die Errichtung von Abfalldeponien (§ 35 II KrWG) sowie Hochspannungsfreileitungen und Gasversorgungsleitungen (§ 43 EnWG).¹⁶⁰ Das Planfeststellungsverfahren ist subsidiär in den §§ 73–78 (L)VwVfG¹⁶¹ geregelt, die jedoch nur zur Anwendung kommen, soweit nicht – wie häufig – in dem jeweiligen Fachgesetz Spezialvorschriften vorhanden sind. Der Planfeststellungsbeschluss, der das Verfahren abschließt (§ 74 I 1 VwVfG), ist sachbezogene Allgemeinverfügung i. S. v. § 35 S. 2 Var. 2 VwVfG.¹⁶² Er hat nach § 75 I 1 Hs. 2 VwVfG Konzentrationswirkung, d. h., er schließt nach anderen Vorschriften erforderliche Genehmigungen, Erlaubnisse, Bewilligungen und Zustimmungen (z. B. Baugenehmigung, wasserrechtliche Bewilligung, Zustimmung der Naturschutzbehörde) mit ein.¹⁶³ Der Beschluss legalisiert das Vorhaben (Gestattungswirkung, § 75 I 1 Hs. 1 VwVfG) und begründet Rechte und Pflichten aller Planbetroffenen (Gestaltungswirkung, § 75 I 2 VwVfG).¹⁶⁴

¹⁵⁷ Zur SUP-Pflicht bei Luftreinhalteplänen BVerwGE 168, 20 (23 f. Rn. 22).

¹⁵⁸ Kahl/Ludwigs/Durner (Fn. 19), § 21 Rn. 46; Wolff/Bachhof/Stober/Kluth/Kluth Verwaltungsrecht I, 13. Aufl. 2017, § 62 Rn. 3.

¹⁵⁹ Ehlers/Fehling/Pünder/Wickel Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 39 Rn. 7.

¹⁶⁰ Kopp/Ramsauer/Wysk VwVfG, 22. Aufl. 2021, § 72 Rn. 3.

¹⁶¹ Und wiederum subsidiär in den übrigen Vorschriften des VwVfG, mit Ausnahme der §§ 51, 71a–71e VwVfG.

¹⁶² Detterbeck (Fn. 100), Rn. 470.

¹⁶³ Detterbeck (Fn. 100), Rn. 945.

¹⁶⁴ Kopp/Ramsauer/Wysk (Fn. 160), § 75 Rn. 17.

Nach Eintritt seiner Unanfechtbarkeit (Bestandskraft) sind Unterlassungs-, Beseitigungs- und Änderungsansprüche gegen das Vorhaben bzw. die Anlage ausgeschlossen (§ 75 II 1 VwVfG). Der Planfeststellungsbeschluss kann in den Fachgesetzen mit einer enteignungsgleichen Vorwirkung ausgestattet werden (z. B. § 19 I 2 FStrG, § 15 I 1 KSpG).¹⁶⁵ In einfacheren Fällen kann unter bestimmten Voraussetzungen statt eines Planfeststellungsbeschlusses eine Plangenehmigung erteilt werden, die gleichfalls Verwaltungsakt mit weitgehend den gleichen Wirkungen (insbesondere Konzentrationswirkung) ist (§ 74 VI 1 VwVfG; s. aber auch § 74 VI 2 VwVfG). In noch unwesentlicheren Fällen kann gem. § 74 VII VwVfG sowohl von einem Planfeststellungsbeschluss als auch einer Plangenehmigung abgesehen werden.

b) Rechtmäßigkeit

Der Planfeststellungsbeschluss muss zunächst in formeller Hinsicht rechtmäßig sein, d. h., dass die jeweils einschlägigen Vorschriften über Zuständigkeit, Verfahren und Form beachtet worden sein müssen. Die Behörde muss für die Angelegenheit sachlich und örtlich zuständig sein. Hinsichtlich des Verfahrens sind insbesondere die Öffentlichkeitsbeteiligung im Rahmen des Anhörungsverfahrens (§ 73 VwVfG)¹⁶⁶ sowie die UVP prägend. Für die materielle Rechtmäßigkeit des Planfeststellungsbeschlusses wird auf die Planungsgrundsätze der Bauleitplanung zurückgegriffen.¹⁶⁷ Der planerische Gestaltungsspielraum der Planfeststellungsbehörde wird durch die Planrechtfertigung, die Beachtung von Planungsleitsätzen und das Abwägungsgebot eingeschränkt.¹⁶⁸ Danach muss die Planfeststellung zunächst für die Ziele des jeweiligen Fachgesetzes vernünftigerweise geboten sein.¹⁶⁹ Sie hat ferner die einschlägigen Planungsleitsätze, also zwingendes Recht, das sich der Abwägung entzieht, zu beachten.¹⁷⁰ Besonders relevant können insofern etwa die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung (§§ 14 ff. BNatSchG) oder entgegenstehende Schutzgebietsausweisungen (§§ 31 ff. BNatSchG) sein.¹⁷¹ Im Rahmen der Abwägung aller öffentlichen und

¹⁶⁵ Näher Ehlers/Fehling/Pünder/Wickel (Fn. 159), § 39 Rn. 84 f., 86 f.

¹⁶⁶ S. u. IV. 4.

¹⁶⁷ BVerwGE 48, 56 (60).

¹⁶⁸ Schlacke (Fn. 5), § 5 Rn. 42.

¹⁶⁹ BVerwGE 72, 282 (285).

¹⁷⁰ Kopp/Ramsauer/Wysk (Fn. 160), § 74 Rn. 67.

¹⁷¹ Vgl. Kahl/Gärditz (Fn. 5), § 4 Rn. 55.

privaten (Umwelt-)Belange ist die Abwägungsfehlerlehre zu beachten¹⁷² und müssen Planungsalternativen in Erwägung gezogen werden.¹⁷³

4. Öffentlichkeitsbeteiligung

a) Begriff und Bedeutung

Unter Öffentlichkeit versteht man allgemein gesprochen die an der Entscheidung Interessierten, die nicht zwingend Verfahrensbeteiligte (§ 13 VwVfG) und – anders als etwa im Fall von § 73 IV 1 VwVfG – nicht in eigenen subjektiven öffentlichen Rechten (i. S. v. § 42 Hs. 2 VwGO) verletzt sein müssen.¹⁷⁴ Teilweise wird der Öffentlichkeitsbegriff im jeweiligen Fachgesetz ausdrücklich definiert (z. B. § 2 VIII, UVPG), teilweise vorausgesetzt (§ 10 III 3 BImSchG). Er ist von dem – engeren – Begriff der »betroffenen Öffentlichkeit« (z. B. § 2 IX UVPG, § 73 VI 1 VwVfG) abzugrenzen. Die Öffentlichkeitsbeteiligung erfasst die Mitwirkung am Verwaltungsverfahren und ist damit von dem Oberbegriff der Partizipation zu unterscheiden, der sowohl die Mitwirkung als auch die Mitentscheidung der Bürgerinnen und Bürger am Verwaltungshandeln umfasst.¹⁷⁵ Mitwirkung im Verwaltungsverfahren nimmt insbesondere die Form von Anhörungs- (z. B. § 28 VwVfG), Einwendungs- (z. B. § 10 III 4 BImSchG, § 73 IV VwVfG) und Erörterungsrechten (z. B. § 73 VI VwVfG) an.¹⁷⁶ Die Funktion der Öffentlichkeitsbeteiligung besteht darin, Informationen im Interesse einer umfassenden Sachverhaltsaufklärung und rationalen Entscheidung der Behörde zu ermitteln¹⁷⁷ sowie für Akzeptanz in der Bevölkerung zu sorgen.¹⁷⁸ Zudem gewährleistet die Öffentlichkeitsbeteiligung durch die mit ihr verbundene Transparenz und Akzeptanz eine gewisse ergänzende (»weiche«) demokratische Legitimation (außerhalb der demokratischen Legitimationsvermittlung durch das Volk gem. Art. 20 II GG)¹⁷⁹

172 Dazu *Berkemann* ZUR 2016, 323 ff.; *Martini/Finkenzeller* JuS 2012, 126 ff.

173 Koch/Hofmann/Reese/Sanden (Fn. 144), § 13 Rn. 165; s. auch OVG Münster BeckRS 2021, 41289 Rn. 53.

174 *Knauff* DÖV 2012, 1 (2).

175 *Schmitt Glaeser* VVDStRL 31 (1973), 179 (184).

176 Vgl. auch Voßkuhle/Eifert/Möllers/Kersten GVwR II, 3. Aufl. 2022, § 29 Rn. 35 ff.

177 BVerwGE 28, 131 (132 f.); *Albrecht/Zschiegner* NVwZ 2020, 671 (671).

178 Vgl. Landmann/Rohmer/Hofmann (Fn. 128), § 18 UVPG Rn. 1.

179 Die Einzelheiten sind str.; vgl. statt vieler einerseits *Appel* NVwZ 2012, 1361 (1362); *Haug/Schaftle* NVwZ 2014, 271 (273) und anderer-

und einen Grundrechtsschutz durch Verfahren¹⁸⁰. Insbesondere im unionsrechtlich geprägten Umweltrecht kommt dem Verfahren nicht nur dienende Funktion¹⁸¹, sondern ein Eigenwert zu (»Umweltschutz durch Verfahren«¹⁸²).

b) Beispiele

aa) Immissionsschutzrecht

Die immissionsschutzrechtliche Öffentlichkeitsbeteiligung gem. § 10 III-VI BImSchG i. V. m. §§ 8 ff. der 9. BImSchV ist mehrstufig aufgebaut:¹⁸³ Sie beginnt mit der öffentlichen Bekanntmachung des Vorhabens, der die Auslegung von Antrag und Unterlagen zur Einsichtnahme sowie die Möglichkeit der Öffentlichkeit zur Erhebung von Einwendungen innerhalb der gesetzlichen Ausschlussfrist folgen. Nach Ablauf der Einwendungsfrist kann ein Erörterungstermin durchgeführt werden. Einwendungsbefugt ist nicht nur der in eigenen Rechten potenziell Betroffene (Dritter, Nachbar i. w. S.), der einen Abwehranspruch geltend macht, sondern z. B. auch ein durchreisender Vertreter oder der Bewohner einer anderen Region (sog. Jedermann-Einwendungsrecht).¹⁸⁴ Dabei ist die (formelle) Präklusionsregelung des § 10 III 5 BImSchG zu beachten.

bb) Fachplanungsrecht

Im Planfeststellungsverfahren wird der vom Träger des Vorhabens einzureichende Plan (§ 73 I VwVfG) parallel zur Beteiligung der Fachbehörden gem. § 73 II, III VwVfG in den Gemeinden, in denen sich der Plan voraussichtlich auswirken wird, nach vorheriger ortsüblicher Bekanntmachung (§ 73 V VwVfG) ausgelegt. Drittbetroffene (»jeder, dessen Belange durch das Vorhaben berührt werden«) können dann gem. § 73 IV VwVfG innerhalb einer Ausschlussfrist Einwendungen erheben, wobei u. a. die materielle Präklusionsregelung des § 73 IV 3 VwVfG im Umweltrecht wegen Verstoßes gegen Art. 11 UVP-Richtlinie, Art. 25 Industrieemissions-(IE)-Richtlinie für unionsrechtswidrig und vom Gesetzgeber daraufhin im Anwen-

seits – deutlich zurückhaltender und die Partizipation primär beim Rechtsstaatsprinzip verankernd – *Gärditz* GewArch 2011, 273 ff.

180 BVerfGE 53, 30 (65 Rn. 65); BVerwGE 85, 368 (373 f.); *Ronellenfisch* NVwZ 1999, 583 (589).

181 So aber das in Deutschland, insbesondere in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, nach wie vor vorherrschende Verständnis; berichtend *Lippert* ZUR 2013, 203 (204).

182 *Lippert* (Fn. 181), 206.

183 Vgl. *Kahl/Gärditz* (Fn. 5), § 7 Rn. 40 ff.

184 *Kahl/Gärditz* (Fn. 5), § 7 Rn. 41 m. w. N.

ungsbereich der beiden Richtlinien für unanwendbar erklärt wurde (§ 7 IV UmwRG).¹⁸⁵ Die Behördenstellungennahmen und Einwendungen erörtert die Anhörungsbehörde im Erörterungstermin nach § 73 VI VwVfG. Der Erörterungstermin gilt als das Herzstück des Verfahrens.¹⁸⁶ Allerdings führt die Erörterung meist nicht mehr zu substantiellen Änderungen, weil die wichtigsten Entscheidungen schon zuvor getroffen wurden.¹⁸⁷ Zudem können Fehler im Rahmen der Erörterung nach § 75 Ia 2 Hs. 2 i. V. m. § 45 I Nr. 3 VwVfG durch Nachholung geheilt werden,¹⁸⁸ wobei die Regelungen der §§ 45, 46 VwVfG der Heilung durch Planergänzung oder ein ergänzendes Verfahren vorgehen¹⁸⁹ und für Verfahrensfehler bei (insbesondere UVP-

pflichtigen) Vorhaben im Anwendungsbereich des UmwRG die Sonderregelungen des § 4 UmwRG zu beachten sind¹⁹⁰. Auch deshalb wurde § 25 III VwVfG eingeführt (frühe Öffentlichkeitsbeteiligung). Aus Gründen der Verfahrenseffizienz hat der Gesetzgeber jedoch 2018 mit dem sog. Planungsbeschleunigungsgesetz¹⁹¹ die Öffentlichkeitsbeteiligung durch Ausnahmen vom Erörterungstermin und durch Aufwertung des weniger förmlichen Planungs- und Genehmigungsverfahrens (z. B. FStrG) wieder stark eingeschränkt.¹⁹² Zu beachten sind schließlich die mit dem Gesetz zur Sicherstellung ordnungsgemäßer Planungs- und Genehmigungsverfahren während der COVID-19-Pandemie (PlanSiG) geschaffenen vorübergehenden Sonderregelungen, die insbesondere auf eine Digitalisierung zielen.¹⁹³

185 EuGH Rs. C-137/14, ECLI:EU:C:2015:683 Rn. 75 ff.; BVerwG NVwZ 2017, 627 (628 Rn. 11); *Kahl/Gärditz* (Fn. 5), § 4 Rn. 53; zur Präklusion im Umweltrecht s. *Lorenzen NVwZ 2022*, 674 ff.

186 Vgl. *Zeccola/Augsten DÖV 2022*, 442 (444).

187 Vgl. *Zeccola/Augsten* (Fn. 186), 443 f.; s. auch *Kopp/Ramsauer/Wysk* (Fn. 160), § 73 Rn. 115.

188 *Zeccola/Augsten* (Fn. 186), 444.

189 BVerwGE 128, 76 (79 Rn. 12); *Schoch/Schneider/Kupfer VwVfG*, 2. EL 2022, § 75 Rn. 69.

190 Dazu *Stelkens/Bonk/Sachs/Neumann/Külpmann* (Fn. 188), § 73 Rn. 144 ff.

191 BGBl. I 2018, 2237.

192 Näher *Antweiler NVwZ 2019*, 29 (30); *de Witt ZUR 2021*, 80 (82).

193 Dazu *Ruge ZUR 2020*, 481 ff.; *Wysk NVwZ 2020*, 905 ff.