



MOHR · RECHTSANWÄLTE
Partnerschaftsgesellschaft mbB

Mohr Rechtsanwälte Postfach 500929 22709 Hamburg

NABU Landesverband Schleswig-Holstein e. V.
z. Hd. Herrn Ingo Ludwichowski
Färberstraße 51
24534 Neumünster

Sekretariat: Frau Kreipe
Durchwahl: 040/30 62 4-228
Telefax: 040/30 62 4-222
E-Mail: catharina.kreipe@mohrpartner.de

Hamburg, 04.02.2021
Az: 00545/18 6/X/RN
(Az. bitte stets angeben)

RECHTSGUTACHTLICHE STELLUNGNAHME

**ZUR BEAUFTRAGUNG VON FACHGUTACHTEN IN
UMWELTRECHTLICHEN ZULASSUNGSVERFAHREN**

Der NABU Deutschland, Landesverband Schleswig-Holstein e.V., hat uns mit einer gutachtlichen Stellungnahme zu der Frage beauftragt, ob und wie die derzeitige Praxis der Beauftragung von Fachgutachten in umweltrelevanten Zulassungsverfahren so verändert werden kann, dass die Gefahren parteilicher Interessenbeeinflussung minimiert und so ein häufiger Streitpunkt in derartigen Verfahren vermieden werden kann.

Dazu werden wir einleitend die Veranlassung für die Beauftragung darlegen (dazu A.), sodann die zu Begutachtung gestellten Fragen vorstellen (dazu B.) und diese dann beantworten (dazu C.). Die Ergebnisse werden abschließend zusammengefasst (dazu D.).

Dr. Precht Fischer ¹⁾
*Fachanwalt für Arbeitsrecht
Fachanwalt für Miet- und
Wohnungseigentumsrecht*

Rüdiger Nebelsieck, LL.M. ^{1) 2)}
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Oliver Kroll ¹⁾
*Fachanwalt für Arbeitsrecht
Fachanwalt für Miet- und
Wohnungseigentumsrecht*

Jan Mittelstein, LL.M. ^{1) 3)}
*Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht*

Karen Fock
Rechtsanwältin

Elena Wurster
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Theresa Kösters, lic. en droit ⁴⁾
Rechtsanwältin

Carina Blust
Rechtsanwältin

Anike Zell
Rechtsanwältin

Ann Kristin Weber
Rechtsanwältin

Sebastian Wessendorf
Rechtsanwalt

Dr. Peter C. Mohr
- bis zum 31. Dezember 2012 -

¹⁾ Partner im Sinne des PartGG

²⁾ Master in Environmental Law

³⁾ Master of Laws in European Community Law

⁴⁾ Licence en droit

Max-Brauer-Allee 81
22765 Hamburg-Altona

e-Mail: info@mohrpartner.de
www.mohrpartner.de

Partnerschaft mit
beschränkter Berufshaftung
Sitz Hamburg
AG Hamburg PR 550

Commerzbank
IBAN: DE95 2008 0000 0502 9673 00
BIC: DRESDEFF200

Hamburger Sparkasse
IBAN: DE67 2005 0550 1268 1171 71
BIC: HASPDEHHXXX

A. Problemaufriss

I. In Zulassungsverfahren für umweltrelevante Infrastrukturvorhaben sind zahlreiche umweltrechtliche Vorschriften zu prüfen. Dafür werden regelhaft von den Vorhabenträgern in Auftrag gegebene umweltfachliche Gutachten eingereicht, die zumeist die wesentlichen Grundlagen für die Entscheidung der Behörden darstellen.

II. Eine Auswertung wichtiger Planfeststellungs- und Klageverfahren unter Beteiligung des NABU Schleswig-Holstein hat ergeben, dass viele kontroverse Diskussionen in den Stellungnahmen beteiligter Behörden, Betroffener und Umweltvereine die Methoden und Bewertungen dieser Fachgutachten betreffen. Dieser oft sehr zeitaufwändige Streit setzt sich häufig auch in den Gerichtsverfahren fort und macht nach den Beobachtungen des NABU einen nennenswerten Teil der auf Verfahrensverzögerungen führenden Elemente dieser Verfahren aus, ja führt in vielen Fällen erst auf das Erfordernis von Klagen.

III. Die von Vorhabenträgern beauftragten Fachgutachterbüros stehen im Wettbewerb zueinander und verstehen sich nach verschiedentlich ausdrücklich geäußelter und im Übrigen nachvollziehbarer Meinung vieler als Dienstleister, deren Aufgabe es ist, ein vom Auftraggeber gewünschtes Vorhaben zu ermöglichen. Aufgrund der faktisch sehr weitgehenden wirtschaftlichen Abhängigkeit der Gutachterbüros von den Aufträgen der Vorhabenträger besteht die Gefahr von Gefälligkeitsgutachten. Wer zu Gutachtenergebnissen gelangt, die die Realisierung eines Vorhabens gefährden, muss um zukünftige Aufträge bangen, solange Wettbewerber günstigere Ergebnisse abliefern. Für solche Wettbewerber zahlen sich Gefälligkeitsgutachten solange aus, wie sie im Verfahren und für zukünftige Beauftragungen folgenlos bleiben.

IV. Das ist nicht selten der Fall. Denn die für die Zulassungsentscheidungen zuständigen Behörden sind personell und finanziell ganz unterschiedlich ausgestattet und nicht durchgängig in der Lage, inhaltliche Defizite der häufig auf den ersten Blick und im äußeren Umfang beeindruckend

wirkenden Fachgutachten selbst zu erkennen. Eher selten erlauben es die angestrebten Verfahrensdauern und die Finanzausstattung der Behörden zudem, dass die Behörde sich auf eigene Kosten noch unabhängigen fachlichen Rat einholt.

V. Andersherum können jene Gutachter, die auch auf Seiten der Umweltvereine oder sonstiger Kritiker der Infrastrukturvorhaben tätig sind, mit hoher Wahrscheinlichkeit davon ausgehen, selten oder nie von Vorhabenträgern beauftragt zu werden.

VI. So hat sich eine Praxis herausgebildet, nach der Gutachterbüros in der Regel entweder nur auf der Vorhabenträgerseite oder nur auf der Kritikerseite tätig sind und dadurch eine zeitnahe und sachangemessene Lösung fachlicher Fragen erschwert wird. Gutachterstreitigkeiten führen auch oft zu späteren Klagen und prägen diese wiederum noch häufiger als der Streit um Rechtsfragen.

VII. Vorab sei bereits an dieser Stelle vorsorglich darauf hingewiesen, dass derzeit kein Verbot besteht, dass sich Vorhabenträger und Behörden in einer frühen Phase des Verfahrens freiwillig und unter Beteiligung von Umweltvereinen und Umweltbehörden über die beabsichtigte Beauftragung von Gutachterbüros beraten und einvernehmliche Lösungen anstreben, um die Akzeptanz der eingeholten Gutachten bereits im Vorwege möglichst weitgehend abzusichern und spätere Streitigkeiten zu vermeiden. Die nachfolgenden Ausführungen nehmen daher die Situation in den Blick, dass ein solches Einvernehmen nicht herstellbar ist.

B. Gutachtauftrag

Vor diesem Hintergrund möchte der NABU der Gefahr von Gefälligkeitsgutachten entgegenwirken und dazu im Kern wissen, auf welchem Wege das nach aktueller Rechtslage möglich ist bzw. wie das Recht dahingehend geändert werden könnte.

Er strebt insoweit eine Lösung an, wonach die Vergabe der Gutachtaufträge durch die Zulassungsbehörde, aber auf Kosten des Vorhabenträgers erfolgt. Außerdem hält er es für zielführend,

wenn die Auswahl der Gutachterbüros möglichst breit und unter Einbeziehung der Umweltvereine und Umweltbehörden diskutiert und entschieden wird. Dabei soll den beteiligten Büros deutlich werden, dass eine hohe fachliche Akzeptanz ihrer Arbeit bei allen Beteiligten die Chancen für eine Beauftragung – anders als heute – erhöht, am besten eine solche sogar voraussetzt.

Er hat dazu die folgenden – hier etwas zusammengefassten - Fragen gestellt:

1. Aufgrund welcher Rechtsvorschriften muss der Vorhabenträger der genehmigenden Behörde insbesondere folgende Fachgutachten vorlegen?
 - a. Umweltverträglichkeitsprüfung und Unterlagen zur Vorprüfung
 - b. FFH-Verträglichkeitsprüfung bzw. FFH-Vorprüfung
 - c. artenschutzrechtlicher Fachbeitrag (insbesondere bei WKA-Genehmigungen)
 - d. Landschaftspflegerischer Begleitplan (insbesondere Prüfung der Eingriffsregelung)
 - e. Immissionsgutachten (insbesondere bei Tierhaltungsanlagen)
 - f. Wasserrechtliche Bewertungen hinsichtlich der Bewirtschaftungsziele

2. Ist ein Vorgehen nach dem NABU-Vorschlag derzeit bei irgendwelchen Genehmigungsverfahren vorgesehen?

3. Wenn und soweit das nicht der Fall ist: Wären dahingehende Änderungen der Gesetze rechtlich – auch unter Wahrung der Rechte von Vorhabenträgern - zulässig?

4. Wie müssten die derzeitigen Rechtsvorschriften geändert werden, um das NABU-Modell möglichst weitgehend umzusetzen?

5. Besteht eine europarechtliche Pflicht, der Erstellung von Gefälligkeitsgutachten entgegenzuwirken?

C. Beantwortung der Fragen

1. Rechtslage zur Vorlagepflicht von Gutachten durch die Vorhabenträger

Der Ursprung der Pflichten zur Vorlage bestimmter umweltrechtlicher Fachgutachten ist weit verstreut und nur teilweise normativ ausdrücklich festgelegt. Einschlägige konkrete Pflichten finden sich sowohl im maßgeblichen Verwaltungsverfahrensrecht als auch in den Fachgesetzen. Soweit ausdrückliche Pflichten in den Gesetzen fehlen, ergeben sie sich in der gebotenen Auslegung der allgemeinen Pflicht, die zur Entscheidung über einen Zulassungsantrag erforderlichen Unterlagen vorzulegen. Bei allem spielt eine große Rolle, ob es sich um Vorhaben im Anwendungsbereich des UVP-Rechts handelt oder nicht. Im Einzelnen:

a. Pflicht zur Vorlage eines UVP-Berichts bzw. einer Vorprüfung

aa. Für Vorhaben, die einer förmlichen Umweltverträglichkeitsprüfung bedürfen, hat der Vorhabenträger der Behörde gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 UVPG einen Bericht zu den voraussichtlichen Umweltauswirkungen des Vorhabens (UVP-Bericht) vorzulegen. Der Bericht muss den Vorgaben des UVPG und seines Anhangs 4 entsprechen, also insb. alle dort aufgeführten Schutzgüter und Einwirkpfade abhandeln. Da es in der UVP um die Ermittlung der entscheidungserheblichen Umweltauswirkungen geht, müssen die beizubringenden und dann für die förmliche Öffentlichkeitsbeteiligung bestimmten Gutachten in ihrer Art und Struktur auch geeignet sein, die Zulassungsfähigkeit zu bewerten, also die Bezüge zum materiellen Umweltrecht herzustellen. Das spielt etwa eine Rolle beim Artenschutzrecht, aber auch für die Pflicht zur Vorlage eines wasserrechtlichen Fachbeitrages (siehe dazu noch unten).

bb. Für Vorhaben, die möglicherweise einer UVP-Pflicht unterliegen, stellt die zuständige Behörde gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 UVPG auf der Grundlage geeigneter Angaben des Vorhabenträgers sowie eigener Informationen fest, ob nach den §§ 6 bis 14 UVPG eine UVP-Pflicht besteht oder nicht. Sofern entscheidungsrelevante Daten nicht bei der Behörde

verfügbar sind, trifft den Vorhabenträger eine Beibringungsobliegenheit (vgl. Schink/Reidt/Mitschang/Tepperwien, UVPG UmwRG, 2018, UVPG, § 5 Rn. 8). Das dürfte häufig der Fall sein, so dass der Vorhabenträger stets geeignete Angaben unter Nutzung gutachtlicher Unterstützung machen und dabei die Vorgaben der Anlage 2 zum UVPG beachten muss. Was er nicht mit vorlegen müsste, wäre seine eigene Beurteilung, ob aus diesen Angaben eine UVP-Pflicht folgt oder nicht. Diese Bewertung ist in den Angaben der Vorhabenträger aber praktisch sehr häufig enthalten.

cc. Das UVPG regelt zwar, welche Vorhaben einer UVP-Pflicht unterliegen, ist aber in seinen sonstigen Bestimmungen gemäß § 1 Abs. 4 nur subsidiär anwendbar. Das heißt, dass Vorschriften des Bundes und der Länder vorgehen, soweit sie einschlägige Regelungen beinhalten und soweit sie keine wesentlichen Anforderungen des UVPG unbeachtet lassen.

dd. Dies spielt besonders im Immissionsschutzrecht eine Rolle, da dieses seinerseits umfangreiche und abschließend zu verstehende Regelungen zur UVP-Pflicht im förmlichen immissionsschutzrechtlichen Zulassungsverfahren beinhaltet und daher vorgeht (vgl. Hoppe/Beckmann/Kment/Kment, UVPG, 5. Aufl. 2018, § 16 Rn. 9). Regelungen zum UVP-Bericht bzw. zur Vorprüfung finden sich dort in den §§ 4 Abs. 1 Satz 3, 4e der 9. BImSchV. Auch für die dem förmlichen BImSch-Verfahren unterfallenden Anlagen, zu denen etwa viele Anlagen der Massentierhaltung gehören, gilt also eine Pflicht zur Vorlage der Unterlagen durch den Vorhabenträger.

b. FFH-Verträglichkeitsprüfung und Vorprüfung

Die Umsetzung der aus Art. 6 Abs. 3 FFH-RL abzuleitenden unionsrechtlichen Pflicht, für Pläne und Projekte die FFH-Verträglichkeit zu prüfen, ist über eine Vielzahl nationaler Vorschriften umgesetzt worden, etwa im Bereich der Bauleitplanung, der Raumordnung, der Fachplanung und im Zulassungsrecht. Sie können und müssen hier nur exemplarisch abgehandelt werden.

aa. Die zentrale Norm zur Umsetzung des Art. 6 Abs. 3 FFH-RL findet sich in § 34 Abs. 1 BNatSchG, auf den verschiedene Fachgesetze verweisen. Diese Norm verhält sich – mit der Ausnahme einer Antragspflicht in § 34 Abs. 6 BNatSchG für bestimmte und eigentlich nicht zulassungspflichtige Vorhaben – selbst aber nicht ausdrücklich zu der Frage, wer eine FFH-Verträglichkeitsprüfung durchführen bzw. die dafür erforderlichen Unterlagen vorlegen muss. Das Erfordernis einer FFH-Vorprüfung ist sogar in Gänze normativ ungeregt und nur höchstrichterlich entwickelt worden (vgl. Lütkes/Ewer/Ewer, 2. Aufl. 2018, BNatSchG § 34 Rn. 13). Es unterliegt daher auch keinen formellen Anforderungen (vgl. OVG Münster, Urteil vom 18.06.2019, 2 D 53/17.NE, LS 1, juris). Auch Art. 6 Abs. 3 FFH-RL selbst erlaubt es zwar den Mitgliedsstaaten, Vorhabenträgern die Vorlage von FFH-Verträglichkeitsuntersuchungen aufzugeben, verhält sich andersherum aber insoweit neutral (vgl. EuGH, Urteil vom 16.07.2020, C-411/19, Rn. 66, WWF-Italia, hier zitiert nach www.curia.eu).

bb. Für den Bereich uvp-pflichtiger Projekte findet sich die Pflicht zur Vorlage prüfungsgerechter Fachgutachten in § 16 Abs. 1 S. 2 UVPG bzw. in § 4e Abs. 1 S. 2 der 9. BImSchV. Danach muss der UVP-Bericht Angaben zu Auswirkungen auf Erhaltungsziele von Natura-2000 Gebieten enthalten, wenn ein Vorhaben geeignet ist, einzeln oder im Zusammenwirken das Gebiet erheblich zu beeinträchtigen. Im Rahmen der UVP-Vorprüfung sind nach § 7 Absätze 1 und 2 UVPG die Kriterien der Nummer 2.3 der Anlage 3 UVPG zu prüfen. In Nr. 2.3.1 sind Natura-2000 Gebiete ebenfalls genannt.

Diese Angaben sind die Angaben, die für die FFH-Verträglichkeitsprüfung nach § 34 Abs. 1 BNatSchG erforderlich sind. Folglich muss auch hier der Vorhabenträger die tatsächlichen Angaben liefern. Eine Bewertung dahingehend, ob das Vorhaben mit den Erhaltungszielen vereinbar ist, muss er aber nicht vornehmen. Praktisch wird diese Beurteilung in der Regel aber mit vorgenommen.

cc. Aber auch dann, wenn keine förmliche UVP durchgeführt werden muss, wird § 34 Abs. 1 S. 3 BNatSchG so ausgelegt, dass der Projektträger die zur Prüfung der

Verträglichkeit erforderlichen Unterlagen vorzulegen hat (vgl. Lütkes/Ewer/Ewer, 2. Aufl. 2018, BNatSchG § 34 Rn. 36). Auch hier muss also der Vorhabenträger die Angaben zu den Auswirkungen des Vorhabens machen, während der Behörde die eigentliche Verträglichkeitsprüfung obliegt.

c. Artenschutzrechtlicher Fachbeitrag

aa. Nach § 16 Abs. 1 Nr. 5 UVPG (bzw. nach § 4e Abs. 1 S. 2 Nr. 5 i.V.m. § 1a S. 1 Nr. 2 der 9. BImSchV) hat der UVP-Bericht eine Beschreibung über die zu erwartenden erheblichen Umweltauswirkungen des Vorhabens zu enthalten. Nach § 16 Abs. 4 S. 1 UVPG bestimmen sich Inhalt und Umfang des UVP-Berichts nach den Rechtsvorschriften, die für die Zulassungsentscheidung maßgebend sind. Das bedeutet, dass die Angaben so umfassend sein müssen, dass Beeinträchtigungen einzelner in § 2 Abs. 1 UVPG genannter Schutzgüter entsprechend den Vorgaben des materiellen Rechts festgestellt werden können (vgl. Hoppe/Beckmann/Kment/Kment, UVPG, 5. Aufl. 2018, § 16 Rn. 27). In § 2 Abs. 1 Nr. 2 UVPG sind Tiere als Schutzgut aufgeführt. Bei uvp-pflichtigen Vorhaben dürfte ein artenschutzrechtlicher Fachbeitrag also regelhaft notwendiger Teil des UVP-Berichts sein. Wobei auch hier nur die Grundlagen für die Prüfung, insbesondere des § 44 BNatSchG, angegeben werden müssen. Die eigentliche Beurteilung, ob § 44 BNatSchG verletzt ist, muss nicht vorgenommen werden.

bb. Wenn ein BImSchG-Verfahren ohne UVP durchgeführt wird, sind nach § 10 Abs. 1 S. 2 BImSchG und § 4 Abs. 1 S. 1 der 9. BImSchV dem Antrag die Unterlagen beizufügen, die zur Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen nach § 6 BImSchG erforderlich sind. Soweit die Zulässigkeit oder Ausführung des Vorhabens nach Vorschriften über Naturschutz und Landschaftspflege zu prüfen ist, sind nach § 4 Abs. 2 Satz 1 der 9. BImSchV die dafür erforderlichen Unterlagen beizufügen. Schon zu den nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG zu prüfenden Voraussetzungen gehören in der Regel auch Belange des Artenschutzes, so dass ein artenschutzrechtlicher Fachbeitrag vorzulegen sein dürfte (vgl. OVG Magdeburg, Urteil vom 20. April 2016 – 2 L 64/14 –, juris Rn. 76 ff.;

Helmes/Schwintowski/Sauer, Hintergrundpapier im Auftrag der Fachagentur Windenergie an Land, Rechtliche Anforderungen an ein Gütesiegel oder Prüfzeichen für die Planung von Windenergieanlagen, 2017, S. 36, 1.1). Im Übrigen dürfte ein artenschutzrechtlicher Fachbeitrag nach § 4 Abs. 2 Satz 1 der 9. BImSchV vorzulegen sein. Auch hier ist aber die eigentliche Prüfung der Verletzung des § 44 BNatSchG Aufgabe der Zulassungsbehörde.

d. Landschaftspflegerischer Begleitplan zur Prüfung der Eingriffsregelung

aa. Nach § 17 Abs. 4 S. 1 BNatSchG sind vom Verursacher eines Eingriffs die für die Entscheidung über die Eingriffsregelung erforderlichen Angaben zu machen. Nach § 17 Abs. 4 S. 2 BNatSchG kann die Behörde die Vorlage von Gutachten verlangen. Bei einem Fachplan sind nach § 17 Abs. 4 S. 3 BNatSchG die erforderlichen Angaben im Fachplan oder einem landschaftspflegerischen Begleitplan darzustellen. Auch bei Vorhaben, die nicht planfestgestellt werden, werden die Angaben zur Eingriffsregelung in der Regel in einem sog. landschaftspflegerischen Begleitplan getätigt.

bb. Bei UVP-pflichtigen Vorhaben dürfte sich das Erfordernis, Eingriffe darzustellen, schon daraus ergeben, dass auch die Landschaft nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 UVPG bzw. § 1a S. 1 Nr. 3 der 9. BImSchV ein Schutzgut ist.

cc. In BImSch-Verfahren ohne UVP dürfte sich das Erfordernis aus § 10 Abs. 1 S. 2 BImSchG, § 4 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 1 der 9. BImSchV ergeben, da diese Angaben zur Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen erforderlich sind, weil auch die Eingriffsregelung nach § 17 Abs. 1 BNatSchG in Genehmigungsverfahren zu prüfen ist.

dd. Auch hier müssen nur die Angaben zur Entscheidung über die Eingriffsregelung gemacht werden. Die eigentliche Bewertung muss darin aber nicht vorgenommen werden. Sie obliegt der Zulassungsbehörde.

e. Immissionsschutzgutachten

Die Frage des NABU zu Immissionsgutachten zielt auf Gutachten zu den Themen Lärm, Luft, Gerüche und Erschütterungen, also solche Umweltauswirkungen, die vornehmlich das „Schutzgut Mensch“ aber zugleich auch sonstige Schutzgüter wie luftschadstoffempfindliche Lebensräume betreffen. Das betrifft etwa Stickstoff- oder Ammoniaketräger in diese Lebensräume aus Massentierhaltungsanlagen.

aa. Bei uvp-pflichtigen Vorhaben dürfte sich das Erfordernis, auch solche Immissionen gutachtlich aufbereitet darzustellen, schon daraus ergeben, dass der Mensch nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UVPG bzw. § 1a S. 2 Nr. 1 der 9. BImSchV Schutzgut ist, im Übrigen auch die Natur.

bb. In BImSch-Verfahren ohne UVP sind nach § 10 Abs. 1 S. 2 BImSchG und § 4 Abs. 1 S. 1 der 9. BImSchV dem Antrag die Unterlagen beizufügen, die zur Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen erforderlich sind. Nach § 4 Abs. 1 S. 3 der 9. BImSchV müssen die Unterlagen insbesondere die Angaben nach §§ 4a bis 4d enthalten. Nach § 4a Abs. 2 der 9. BImSchV sind bei der Möglichkeit, schädliche Umwelteinwirkungen hervorzurufen, Prognosen zu den Immissionen vorzulegen.

f. Wasserrechtlicher Fachbeitrag

In der Rechtsprechung des EuGH ist für Oberflächenwasserkörper durch das Grundsatzurteil vom 01.07.2015 zur Weservertiefung (C-461/13, juris) und für Grundwasserkörper durch das Urteil vom 28.05.2020 zur A33/OU Ummeln (C-535/18, juris) geklärt, dass die Anforderungen des Art. 4 WRRL, die insbesondere über die §§ 27 und 47 WHG in das deutsche Recht umgesetzt worden sind, nicht nur Bewirtschaftungsvorgaben darstellen, sondern auch in Zulassungsverfahren zu beachten sind. In der Praxis hat sich seit dem Weser-Urteil zur Prüfung dieser Anforderungen die Vorlage eines „Wasserfachbeitrages“ entwickelt, auf dessen Grundlage die Frage des NABU zielt.

aa. Der UVP-Bericht muss nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 UVPG bzw. § 1a S. 2 Nr. 3 der 9. BImSchV auch das Schutzgut Wasser betrachten. Dies setzt hinsichtlich der Maßgaben des Art. 4 WRRL nicht notwendig die Vorlage eines einzigen und als „Wasserfachbeitrag“ titulierten Dokuments voraus, wohl aber nach dem aktuellen Urteil des EuGH vom 28.05.2020 im Verfahren C-535/18 die Vorlage von hinreichend übersichtlichen Angaben, die erforderlich sind, um die wasserbezogenen Auswirkungen des Projekts anhand der insbesondere in Art. 4 Abs. 1 WRRL vorgesehenen Kriterien und Pflichten zu beurteilen (a.a.O., Unterfrage 2 zur Vorlagefrage 2 sowie Randnummer 77 ff., juris). Diese Pflicht folgt aus Art. 3 Buchstabe b i.V.m. Art. 5 Abs. 3 UVP-RL.

bb. Bei nicht uvp-pflichtigen Vorhaben sind nach § 10 Abs. 1 S. 2 BImSchG und § 4 Abs. 1 S. 1 der 9. BImSchV (bzw. inhaltsähnlichen Regelungen des sonstigen Verfahrensrechts) die erforderlichen Unterlagen beizufügen. Dies bezieht sich also ggf. auch auf Angaben zur Prüfung der Bewirtschaftungsziele.

g. Zwischenergebnis zur Frage 1

Als Ergebnis zur Frage 1 ist festzuhalten, dass nach aktueller Rechtslage für den Vorhabenträger gesetzlich normierte Pflichten bestehen, die tatsächlichen Angaben zu machen, die für die Beurteilung der umweltrechtlichen Regelungen erforderlich sind, während der Zulassungsbehörde die eigentliche Bewertung und -prüfung zugeordnet ist.

Insoweit finden sich – nahezu – keine gesetzlichen Regelungen, die es den Zulassungsbehörden erlauben könnten, den Vorhabenträgern Vorgaben zur Auswahl der von ihnen zu beauftragenden Gutachter zu machen.

Ansatzweise tauglich dafür erscheinen allenfalls die Abstimmungen und Beratungen im Kontext von sog. „Scoping-Terminen“ nach Maßgabe des § 15 Abs. 1 UVPG, die allerdings nur für uvp-pflichtige Vorhaben und zudem nur dann gelten, wenn ein

Vorhabenträger eine solche Vorabstimmung über den Untersuchungsrahmen der UVP beantragt oder die zuständige Behörde ihn selbst für zweckmäßig hält. Die in diesem „Vorverfahren“ vorgesehenen Unterrichtungen und Beratungen betreffen gemäß Satz 1 vornehmlich den Untersuchungsrahmen, kann sich gemäß Satz 2 aber auch auf weitere Gesichtspunkte des Verfahrens erstrecken, darunter auch die Einholung von Sachverständigengutachten. Insoweit erscheint es bereits zweifelhaft, ob die Behörde Kriterien für die Gutachterausswahl empfehlen darf (vgl. Ewer, Möglichkeiten zur Beschleunigung verwaltungsgerichtlicher Verfahren über Vorhaben zur Errichtung von Infrastruktureinrichtungen und Industrieanlagen, Gutachten für den Nationalen Normenkontrollrat, 2019, S. 135/136, abrufbar unter www.normenkontrollrat.bund.de). Ausgeschlossen wäre es jedenfalls nach aktueller Rechtslage, insoweit mehr als Empfehlungen auszusprechen.

2. Ist ein Vorgehen nach dem NABU-Vorschlag derzeit bei irgendwelchen Genehmigungsverfahren vorgesehen?

Mit seiner zweiten Frage möchte der NABU wissen, ob Zulassungsbehörden - trotz der soeben dargelegten Pflichten der Vorhabenträger - dazu berechtigt bzw. verpflichtet sind, ihre Entscheidung durch von ihnen selbst beauftragte Fachgutachten neutraler abzusichern.

Sofern und soweit das der Fall ist, stellt sich die weitere Unterfrage, ob das auch auf Kosten der Vorhabenträger möglich erscheint, da ansonsten die Neigung, derartige Aufträge zu erteilen, nicht gefördert werden dürfte.

Zur Beantwortung dieser Frage wenden wir uns zunächst den allgemeinen Regeln zu (dazu a.) und behandeln dann gesetzliche Sonderregeln (dazu b. und c).

a. Allgemeine verfahrensrechtliche Verpflichtung der Zulassungsbehörden zur Beauftragung eigener Fachgutachten?

aa. Nach § 24 Abs. 1 S. 1 VwVfG ermittelt die Behörde den Sachverhalt von Amts wegen. Nach § 24 Abs. 1 S. 2 VwVfG bestimmt sie Art und Umfang der Ermittlungen und ist an das Vorbringen der Beteiligten nicht gebunden.

bb. Nach § 26 Abs. 1 S.1 VwVfG bedient sich die Behörde der Beweismittel, die sie nach pflichtgemäßem Ermessen zur Ermittlung des Sachverhalts für erforderlich hält. Nach § 26 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VwVfG kann sie insbesondere die schriftliche Äußerung von Sachverständigen einholen. Nach § 26 Abs. 2 Sätze 1 und 2 VwVfG sollen Beteiligte mitwirken, indem sie insbesondere bekannte Tatsachen und Beweismittel angeben.

cc. Der Amtsermittlungsgrundsatz des § 24 Abs. 1 VwVfG verpflichtet die Behörde allerdings nicht, sämtliche Tatsachen selbst zu erheben und nachzuprüfen. Über die Mitwirkung nach § 26 Abs. 2 VwVfG hinaus sind die Beteiligten – wie soeben dargelegt - nach diversen Vorschriften des Fachrechts verpflichtet, Unterlagen vorzulegen (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 19. Auflage 2020, § 24 Rn. 9). Für die Beiträge der Beteiligten besteht die Verpflichtung der nachvollziehenden Kontrolle. Die Behörde ist dabei im Rahmen der Amtsermittlung zur Überprüfung der vorgelegten Unterlagen auf Richtigkeit und Vollständigkeit verpflichtet. (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 20. Auflage 2019, § 24 Rn. 9; Stelkens/Bonk/Sachs/Kallerhoff/Fellenberg, 9. Aufl. 2018, VwVfG § 24 Rn. 28, beck-online; OVG Greifswald, Beschluss vom 08. Mai 2018 – 3 M 22/16 –, Rn. 79, juris). Es soll eine Plausibilitätskontrolle vorgenommen werden (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 20. Auflage 2019, § 24 Rn. 10; Stelkens/Bonk/Sachs/Kallerhoff/Fellenberg, 9. Aufl. 2018, VwVfG § 24 Rn. 50), ferner sollen stichprobenartige Prüfungen einzelner Angaben erfolgen (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 20. Auflage 2019, § 24 Rn. 10).

dd. Bei fehlenden oder mangelhaften Gutachten hat die Behörde - nur - die Pflicht, den Vorhabenträger aufzufordern, die Unterlagen nachzubessern (vgl. beispielhaft § 3 Abs. 5

AtVfV). Geschieht das nicht, muss sie nicht selbst Gutachten in Auftrag geben, sondern kann den Antrag i.d.R. ablehnen (vgl. OVG Magdeburg, Urteil vom 20. April 2016 – 2 L 64/14 –, juris Rn. 79, 80 für Gutachten auf eigene Kosten; Stelkens/Bonk/Sachs/Kallerhoff/Fellenberg, 9. Aufl. 2018, VwVfG § 24 Rn. 28, 52, § 26 Rn. 64). Da dies der ressourcensparendere Weg sein dürfte, dürften die Behörden davon Gebrauch machen.

ee. Fraglich erscheint, ob die Zulassungsbehörde auf Kosten des Vorhabenträgers ein Gutachten einholen kann, auch wenn dieser selbst schon eines eingereicht hat, dessen Qualität aber fragwürdig erscheint.

Nach § 26 Abs. 1 VwVfG kann die Behörde grundsätzlich Sachverständigengutachten einholen. Wenn dies zur Beurteilung eines Sachverhalts mangels eigener Sachkunde erforderlich ist, muss sie dies sogar tun (sog. Notwendigkeit, vgl. Kopp/Ramsauer, 20. Auflage 2019, § 26 Rn. 29, vgl. auch § 13 Abs. 1 Satz 1 der 9. BImSchV).

In dem Fall der Notwendigkeit dürfte sie auch die Kosten vom Vorhabenträger erstattet bekommen. Die Regelungen zur Auslagererstattung setzen immer voraus, dass diese notwendig waren. Dass ist bei Kosten für Gutachten der Fall, wenn diese zur Beurteilung der Genehmigungsvoraussetzungen erforderlich sind (vgl. Landmann/Rohmer UmweltR/Hansmann/Röckinghausen, 88. EL September 2018, BImSchG § 52 Rn. 85; Helmes/Schwintowski/Sauer, Hintergrundpapier im Auftrag der Fachagentur Windenergie an Land, Rechtliche Anforderungen an ein Gütesiegel oder Prüfzeichen für die Planung von Windenergieanlagen, 2017, S. 37, 1.2).

Wenn es also faktisch so ist, dass in den Behörden keine Sachkunde zur Prüfung der eingereichten Gutachten auf Plausibilität vorhanden ist, dann müssten die Behörden Gutachten zur Prüfung dieser Gutachten einholen und könnten die Kosten erstattet bekommen.

ee. Eine allgemeine verwaltungsverfahrensrechtliche Pflicht, eigene Gutachten in Auftrag zu geben, lässt sich aus dem Amtsermittlungsgrundsatz danach schwerlich ableiten mit der

Folge, dass personell selbst nicht hinreichend ausgestatteten Behörden die Last einer fehlerfreien Bewertung komplexer Fachfragen im Grundsatz selbst tragen. Diese Lage verbietet ihnen aber andersherum nicht von vornherein, eigene Gutachter zu beauftragen. Dieses Recht kann im Fall der sog. „Notwendigkeit“ in eine Pflicht umschlagen und hat dann auch zur Folge, dass die dafür entstehenden Kosten erstattungsfähig sein können. Die nachfolgend abgehandelten gesetzlichen Sonderregeln beinhalten nach dem Verständnis des Unterzeichners Konkretisierungen dieser allgemeinen Fallgruppe der „Notwendigkeit“.

b. Besonderheiten im BImSch-Verfahren nach der 9. BImSchV: Einholung von Gutachten (auch) durch die Behörde

aa. Nach § 2 Abs. 2 Nr. 3 der 9. BImSchV soll die Behörde mit dem Vorhabenträger erörtern, welche Gutachten voraussichtlich erforderlich sind und wie doppelte Gutachten vermieden werden können. Der Gesetzgeber scheint also davon auszugehen, dass zweite Gutachten zur Prüfung erster, vom Vorhabenträger eingereichter Gutachten erforderlich sein könnten, wobei sich aus den oben zitierten Vorschriften des Immissionsschutzrechts allgemein ergibt, dass im Grundsatz der Vorhabenträger die für die Prüfung der Zulassungsvoraussetzungen erforderlichen Unterlagen vorlegen muss.

bb. Nach § 13 Abs. 1 S. 1 der 9. BImSchV holt gleichwohl die Genehmigungsbehörde Sachverständigengutachten ein, soweit dies notwendig ist.

Nach Satz 3 ist das in drei Fällen in der Regel notwendig, die nicht die hier erörterten Gutachten betreffen, sondern Sicherheitsberichte nach der Störfallverordnung, Wirtschaftlichkeitsanalysen und Kosten-Nutzen-Vergleiche, also eher Spezialmaterien.

Darüber hinaus gehende Fälle sind in der Praxis selten (vgl. Czajka, in: Feldhaus, Bundesimmissionsschutzrecht, Band 2, 9. BImSchV, § 13, Rn. 29 a.E., 200. Lfg. Oktober 2017). Nach dem oben Festgestellten müssten die Behörden eigentlich aber für alle Materien, für deren Prüfung sie selbst keine ausreichende Sachkunde besitzen, Gutachten einholen (vgl.

Landmann/Rohmer UmweltR/Dietlein, 89. EL Februar 2019, 9. BImSchV § 13 Rn. 11). Das geschieht nach der eigenen praktischen Erfahrung des Unterzeichners und ergänzenden Abfragen bei häufiger für Behörden tätige Kollegen aber vergleichsweise selten.

cc. Nach § 13 Abs. 1 Satz 4 der 9. BImSchV können Sachverständige darüber hinaus mit Einwilligung des Antragstellers herangezogen werden, wenn zu erwarten ist, dass hierdurch das Genehmigungsverfahren beschleunigt wird. Dabei geht der Gesetzgeber davon aus, dass die Behörde den Sachverstand zwar selbst hat, die Prüfung in zeitlicher Hinsicht aber nicht sofort vornehmen kann (vgl. Landmann/Rohmer UmweltR/Dietlein, 89. EL Februar 2019, BImSchG § 10 Rn. 202b). Von dieser Möglichkeit wird in der Praxis nach den Recherchen des Unterzeichners wohl nahezu kein Gebrauch gemacht.

dd. Die Kosten für notwendige oder mit Einwilligung des Vorhabenträgers eingeholte Gutachten trägt der Antragsteller nach § 52 Abs. 4 S. 1 BImSchG (vgl. Jarass, BImSchG, 10. Auflage, 2013, § 10 Rn. 55 a.E., § 52 Rn. 61; Landmann/Rohmer UmweltR/Hansmann/Röckinghausen, 88. EL September 2018, BImSchG § 52 Rn. 85; Helmes/Schwintowski/Sauer, Hintergrundpapier im Auftrag der Fachagentur Windenergie an Land, Rechtliche Anforderungen an ein Gütesiegel oder Prüfzeichen für die Planung von Windenergieanlagen, 2017, S. 37, 1.2).

ee. Nach § 13 Abs. 2 S. 2 der 9. BImSchV gilt ein vom Vorhabenträger vorgelegtes Gutachten als ein von der Behörde eingeholtes Sachverständigengutachten im Sinne des § 13 Abs. 1 der 9. BImSchV, wenn der Vorhabenträger den Gutachtauftrag nach Abstimmung mit der Genehmigungsbehörde, an einen nach §§ 29b Abs. 1 BImSchG bekanntgegebenen Gutachter oder an einen Gutachter, der die Anforderungen des § 29a Abs. 1 Satz 2 BImSchG erfüllt, erteilt. Nach der herrschenden Meinung sind diese Gutachten aber nur dann als behördliche Gutachten anzusehen, wenn die Behörde maßgeblichen Einfluss auf den Inhalt des Auftrages nehmen kann (vgl. Landmann/Rohmer UmweltR/Dietlein, 89. EL Februar 2019, 9. BImSchV § 13 Rn. 11).

Von dieser Möglichkeit wird in der Praxis nach den Recherchen des Unterzeichners regelmäßig Gebrauch gemacht. Auf diesem Weg werden von der Behörde mangels Sachkunde einzuholende Zweitgutachten von vornherein in den meisten Fällen vermieden.

c. Sonderregelung im Netzausbaubeschleunigungsgesetz (NABEG)

Eine im Vergleich zu dem soeben behandelten Immissionsschutzrecht deutlich weniger komplexe Sonderregelung findet sich bei Planfeststellungen für den Netzausbau nach dem NABEG. In dessen § 21 Abs. 1 und 2 wird zwar dem Vorhabenträger die Vorlage des Plans und seiner Inhalte abverlangt und in Absatz 4 eine Besonderheit für den UVP-Bericht normiert. Diese ändert auch ersichtlich nichts an der Pflicht des Vorhabenträgers, jedenfalls diesen Bericht selbst vorzulegen. Allerdings regelt § 21 Abs. 3 S. 1 NABEG, dass die Planfeststellungsbehörde vom Vorhabenträger die Vorlage von Gutachten verlangen oder Gutachten einholen, also selbst in Auftrag geben kann. Die Entscheidung, welche Möglichkeit gewählt werden soll, steht im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde (vgl. Nebel/Riese in Steinbach/Franke, Kommentar zum Netzausbau, 2. Aufl. 2017, § 21 NABEG, Rn 29). Die Norm soll Fälle regeln, in denen die Antragsunterlagen nicht ausreichend sind und sowohl vertiefende Untersuchungen als auch bislang nicht bearbeitete Themen umfassen (dieselben, a.a.O., Rn. 25 und 269).

d. Zwischenergebnis zu Frage 2

Die vom NABU präferierte Vorgehensweise, die zur Beurteilung der Zulassungsfähigkeit von umweltrelevanten Vorhaben nötigen Fachgutachten auf Kosten der Vorhabenträger durch die Behörde beauftragen zu lassen, findet sich im aktuellen Zulassungsrecht nicht. Dieses ist davon geprägt, dass der Vorhabenträger im Grundsatz die Pflicht zur Vorlage derartiger Unterlagen allein trägt. Die Behörde ist allerdings berechtigt, auf eigene Kosten Zweitgutachten zu komplexen Fragen zu beauftragen. Auf Kosten des Vorhabenträgers kann sie das ebenfalls tun, allerdings nur in eng begründeten Ausnahmefällen. Solche liegen vor, wenn Fachgesetze die Ermächtigungsgrundlage dafür – wie das NABEG weitgehend und

das BImSchG enger – beinhalten oder nach allgemeinen Grundsätzen dann, wenn die oben dargelegten Kriterien einer „Notwendigkeit“ bejaht werden können.

Eine formale Einflussnahmemöglichkeit Dritter, etwa anerkannter Umweltvereine, auf die Auswahl der vom Vorhabenträger oder von der Behörde zu beauftragenden Gutachter sieht das aktuelle Recht nicht vor. Eine informelle Plattform dafür sieht – soweit ersichtlich – der Scoping-Termin gemäß § 15 UVPG (bzw. gemäß inhaltsgleichen Normen des Fachrechts) vor, soweit er stattfindet und soweit Dritte dazu eingeladen werden und auch eine Beratung über die Auswahlkriterien für die Fachgutachter erfolgt.

3. Wären Änderungen der Gesetze zur Umsetzung des NABU-Modells rechtlich – auch unter Wahrung der Rechte von Vorhabenträgern – zulässig?

Wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt, zielt das NABU-Modell primär darauf, die Fachgutachten zum Umweltbericht und diesen selbst auf Kosten der Vorhabenträger durch die Behörde beauftragen zu lassen und dabei die Auswahl der Gutachter im Verfahren mit allen Beteiligten frühzeitig zu diskutieren.

Zugleich zeigt beispielhaft der Blick auf § 13 BImSchG, noch mehr aber der auf § 21 Abs. 3 NABEG, dass unsere Rechtsordnung im Grundsatz sowohl eine Beauftragung der Fachgutachten durch den Vorhabenträger als auch eine durch die Behörde erlaubt.

Allerdings würden Gesetzesänderungen im Anwendungsbereich der UVP-Richtlinie derzeit, soweit es um den Umweltbericht geht, gegen Art. 5 der UVP-RL verstoßen und auch eine Änderung der UVP-RL erfordern. Art. 5 UVP-RL nämlich regelt ausdrücklich, dass der Projektträger den UVP-Bericht erstellt (vgl. auch EuGH, Urteil vom 07.11.2018, Rs. C-461/17, 4. Ls.).

Solange diese Regelung nicht geändert wird, wäre eine Änderung der deutschen Gesetze also europarechtswidrig, soweit es um die nach Maßgabe der UVP-RL relevanten

Mindestanforderungen an die vom Vorhabenträger vorzulegenden Dokumente geht, also um den UVP-Bericht gem. Art. 5 Abs. 1 und 2 UVP-RL sowie die gem. Art. 5 Abs. 3 Buchstabe c) i.V.m. Anhang IV UVP-RL vorzulegenden Informationen.

Diese Vorgaben des Umweltunionsrechts verbieten es aber nach der Rechtsauffassung des Unterzeichners nicht, die nach dem Fachrecht erforderlichen Gutachten selbst über die Behörde zu beauftragen. Denn das Fachrecht selbst – etwa Art. 6 Abs. 3 und 12 FFH-RL oder Art. 4 WRRL – enthalten dazu keine formalen und hier maßgeblichen Beschränkungen, so dass es dazu bei der Verfahrenautonomie der Mitgliedsstaaten verbleibt. Zugleich greifen Umweltberichte regelhaft auf weitere Fachgutachten zurück, deren Erstellung nicht selbst über Art. 5 UVP-RL formal gesteuert wird, und fassen diese in der Systematik der UVP-RL zusammen.

Unionsrechtlich möglich wären danach auch bei uvp-pflichtigen Projekten beispielsweise die Beauftragung von FFH-Verträglichkeitsprüfungen, Artenschutzfachbeiträgen, Wasserfachbeiträgen oder Landschaftspflegerischen Begleitplänen durch die Behörde. Insoweit hat der Europäische Gerichtshof in seinem aktuellen Urteil vom 16.07.2020 (C-411/19, WWF Italia, www.curia.de) zur FFH-Verträglichkeitsprüfung entschieden, dass Art. 6 Abs. 3 FFH-RL einer nationalen Regelung nicht entgegensteht, die dem Antragsteller die Pflicht auferlegt, eine Verträglichkeitsprüfung vorzulegen. Damit hat der Gerichtshof aber andersherum nicht die Auffassung vertreten, dass nur eine solche Regelung unionsrechtskonform wäre.

Diese Fachgutachten wären dann im UVP-Bericht aufzugreifen und dort in die formale Methodik des UVPG zu überführen.

Auch verbietet die UVP-RL nicht, dass sich die Zulassungsbehörde für die ihr obliegende Umweltverträglichkeitsprüfung i.S.d. Art. 8 und 8 a UVP-RL fachgutachtlich unterstützt, wie das aber nach aktuellem nationalen Recht im Bedarfsfall schon jetzt zulässig ist (vgl. exemplarisch § 20 AtG, ferner schon oben).

Eine Beauftragung der Umweltgutachten durch die Zulassungsbehörde auf Kosten von Vorhabenträgern würde auch auf keine verfassungsrechtlichen Hindernisse stoßen und insbesondere keine Grundrechte von Vorhabenträgern verletzen müssen. Zwar können mit einem derartigen Konzeptwechsel auch Nachteile von Vorhabenträgern verbunden sein, etwa weil die Behörden in ihrer Auftragsvergaben an (meist unterschwellen-)vergaberechtliche Vorschriften gebunden sind und daraus – isoliert betrachtet – finanzielle Mehrkosten und Zeitverluste folgen könnten. Allerdings zielt das Konzept gerade auf eine neutralere und damit auch rechtssichere Entscheidungsfindung. Diese kann sowohl im weiteren Verwaltungsv erfahren erhebliche Streitigkeiten vermeiden helfen und dadurch etwaige vorherige Zeit- und Kostennachteile wieder ausgleichen als auch die Zahl von Gerichtsverfahren verringern. Zudem spricht prima facie nichts für die Annahme, dass selbst unterstellte Mehrkosten für Vorhabenträger eine Grundrechtsrelevanz entfalten könnten.

4. Wie müssten die derzeitigen Rechtsvorschriften geändert werden, um das NABU-Modell möglichst weitgehend umzusetzen?

a. Beauftragung der Umweltgutachten im Anwendungsbereich der UVP-RL

aa. Für uvp-pflichtige Vorhaben im Anwendungsbereich der UVP-RL müsste im Sinne einer vollständigen Umsetzung des NABU-Modells zunächst Art. 5 Abs. 1 S. 1 UVP-RL geändert werden. Er könnte lauten:

„Ist eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen, so lässt die zuständige Behörde auf Kosten des Projektträgers und mit den gemäß Satz 2 vom Projektträgers bereitzustellenden Informationen zum Projekt einen UVP-Bericht erstellen.“

bb. In der Folge müssten die Umsetzungsvorschriften des nationalen Rechts im UVPG sowie die inhaltsähnlichen Vorschriften im Fachrecht geändert werden, also insbesondere die Regelungen zur UVP-Vorprüfung und zur Vorlage eines Umweltberichts.

(1) Zur UVP-Vorprüfung könnte § 7 Abs. 4 UVPG (und könnten die entsprechenden Normen bei Änderungsvorhaben etc.) wie folgt geändert werden:

„Zur Vorbereitung der Vorprüfung ist der Vorhabenträger verpflichtet, der zuständigen Behörde geeignete Angaben nach Anlage 2 zu den Merkmalen des Neuvorhabens und des Standortes zu übermitteln und die Kosten für die von der Behörde zur Ermittlung möglicher erheblicher Umweltauswirkungen des Neuvorhabens zu tragen.“

(2) Zur Vorbereitung des UVP-Berichts liegt es nahe, den Termin gem. § 15 UVPG und die Hinzuziehung der in Abs. 3 S. 3 aufgeführten Beteiligten nicht mehr nur fakultativ, sondern obligatorisch auszugestalten. Satz 1 könnte – mit redaktionellen Folgeanpassungen in den weiteren Sätzen und Absätzen – wie folgt formuliert werden:

„Die zuständige Behörde und der Vorhabenträger stimmen sich mit den gemäß Abs. 3 S. 3 hinzuzuziehenden Beteiligten frühzeitig über Inhalt, Umfang und Detailtiefe der Angaben für den UVP-Bericht ab (Untersuchungsrahmen). Die Abstimmung hat sich auch auf weitere Gesichtspunkte des Verfahrens, insbesondere auf dessen zeitlichen Ablauf, auf die zu beteiligenden Behörden und auf die Einholung von Sachverständigengutachten sowie die Auswahl der Sachverständigen zu erstrecken.“

(3) Zum UVP-Bericht könnte § 16 Abs. 1 S. 1 UVPG (mit redaktionellen Folgeanpassungen in den nachfolgenden Absätzen) in zwei Sätze aufgeteilt und könnten diese wie folgt formuliert werden:

„Der Vorhabenträger hat der zuständigen Behörde für den von dieser auf seine Kosten zu erstellenden Umweltbericht

- eine dafür geeignete Beschreibung des Vorhabens mit Angaben zum Standort, zur Art, zum Umfang und zur Ausgestaltung, zur Größe und zu anderen wesentlichen Merkmalen des Vorhabens

- sowie eine Beschreibung der vernünftigen Alternativen, die für das Vorhaben und seine spezifischen Merkmale relevant sind,

zu übermitteln.

Die zuständige Behörde beauftragt auf dieser Grundlage und auf Kosten des Vorhabenträgers bei geeigneten Fachgutachtern unter Berücksichtigung der dazu im Termin gem. § 15 UVPG ausgesprochenen Empfehlungen der Teilnehmer die weiteren Teile des UVP-Berichts, nämlich

..... (bisherige Nummern 2 ff.).“

b. Beauftragung von Umweltgutachten durch Behörden in sonstigen Zulassungsverfahren und hinsichtlich der Fachgutachten außerhalb des Anwendungsbereichs der UVP-RL

Die soeben dargelegten Änderungsvorschläge können entsprechend auf diejenigen Fachregelungen angewendet werden, die eine Vorlagepflicht – auch – von Umweltgutachten durch die Vorhabenträger regeln. Dabei ist allerdings zu bedenken, dass die Gesetzgebungskompetenz für das Verwaltungsverfahrensgesetz gemäß Art. 84 Abs. 1 GG nur in Ausnahmefällen ohne Abweichungsmöglichkeit für die Länder geregelt werden kann (vgl. auch Ewer, Möglichkeiten zur Beschleunigung verwaltungsgerichtlicher Verfahren über Vorhaben zur Errichtung von Infrastruktureinrichtungen und Industrieanlagen, Gutachten für den Nationalen Normenkontrollrat, 2019, S. 137).

Außerhalb des Anwendungsbereichs des UVPG ist eine Abstimmung über die Kriterien für die Auswahl geeigneter Sachverständiger zudem nicht über den Termin gem. § 15 UVPG möglich. Insoweit müssen andere geeignete „Plattformen“ nutzbar gemacht werden.

Grundsätzlich geeignet erscheinen insoweit die Erörterungen gem. § 25 Abs. 2 VwVfG zwischen der Behörde und Antragstellern vor deren Antragstellung, in die hinsichtlich der Umweltgutachten auch anerkannte Umweltvereine und Umweltbehörden einbezogen werden könnten. Ebenfalls denkbar erscheint, die frühe Öffentlichkeitsbeteiligung gem. § 25 Abs. 3 VwVfG auch für eine Diskussion der Auswahlkriterien geeigneter Fachgutachter zu nutzen.

5. Besteht eine unionsrechtliche Pflicht, der Erstellung von Gefälligkeitsgutachten entgegenzuwirken?

Die Vorlage von „Gefälligkeitsgutachten“ in umweltrelevanten Zulassungsverfahren gefährdet die effektive Umsetzung des materiellen Umweltunionsrechts, also etwa der Einhaltung der Maßgaben des Habitat- und Artenschutzrechts, des Gewässerschutz- oder Luftreinhalterechts. Insoweit schränkt der „effet-utile“ die grundsätzlich anzuerkennende Verfahrenautonomie der Mitgliedsstaaten dahingehend ein, dass die Vorschriften des nationalen Verwaltungsverfahrensrechts die Einhaltung des Unionsrechts nicht vereiteln oder unzumutbar erschweren dürfen (vgl. dazu z.B. EuGH, Urteil vom 08.11.2016, *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, C-243/15, Rn. 58, juris). Daraus wird man konkrete Maßgaben zur Reichweite einer nötigen Reaktion auf Gefälligkeitsgutachten allerdings schwerlich entwickeln können.

Nichts anderes ergibt sich bei einem konkreten Blick auf die UVP-RL, die ausweislich ihrer Erwägungsgründe gerade auf die verfahrensrechtlichen Anforderungen zielt und über diese zu einer Effektivierung des Umweltschutzes beitragen will.

Einerseits nämlich enthält Art. 5 Abs. 3 der UVP-Richtlinie Regelungen, die die Vollständigkeit und Qualität von UVP-Berichten sichern sollen. Dazu zählt die Maßgabe, dass der UVP-Bericht von kompetenten Fachleuten erstellt werden muss, ferner die Maßgabe, dass die Behörde sicherstellt, dass sie über Personal mit Fachkenntnis verfügt oder diese Kenntnis erforderlichenfalls einholt, um den Bericht zu prüfen. Andererseits regelt Art. 5 Abs. 1 S. 1 UVP-RL, dass der Vorhabenträger den Umweltbericht zu erstellen und vorzulegen hat. Dies verdeutlicht, dass die Richtlinie davon ausgeht, dass die nötige Qualität des UVP-

Berichts aus Sicht des Normgebers auch bei einer Beauftragung der Fachgutachter durch den Vorhabenträger im Grundsatz möglich erscheint.

Daraus kann zusammenfassend abgeleitet werden, dass Art. 5 UVP-RL zwar Gefälligkeitsgutachten verhindern will, mithin ein Entgegenwirken im Grundsatz fordert. Damit ist aber nicht zugleich gerade und nur das NABU-Modell unionsrechtlich gefordert.

D. Zusammenfassung der Ergebnisse

I. Das nationale Zulassungsrecht ordnet die originäre Pflicht zur Vorlage von Umweltgutachten sehr weitgehend und im wichtigen Bereich umweltprüfungspflichtiger Projekte sogar durchgängig den Vorhabenträgern zu. Die Zulassungsbehörden sind weitestgehend darauf beschränkt, erforderliche Zweitgutachten oder ergänzende Gutachten zu beauftragen. Dies ist dann möglich, wenn ohne Zweitgutachten Zweifel über die Zulassungsfähigkeit nicht ausgeräumt werden können oder wenn in vom Staat als wichtig eingestuften Projekten die Planungsträger nötige Unterlagen nicht fristgerecht selbst beibringen. Dies wird in einzelnen Fachgesetzen dahingehend geregelt, dass Behörden befugt sind, Gutachten nicht nur zu verlangen, sondern solche auch selbst einzuholen.

II. Änderungen der gesetzlichen Lage hin zu dem NABU-Modell sind grundsätzlich möglich und scheitern nicht an höherrangigem nationalen Recht. Im Anwendungsbereich der UVP-RL erfordert eine vollständige Umsetzung des NABU-Modells allerdings eine Änderung des Art. 5 UVP-RL. Ohne eine solche Änderung sind nationale Verfahrensregelungen mit behördlicherseits beauftragten Fachgutachten im Anwendungsbereich der Richtlinie nur eingeschränkt möglich, erlauben aber nach diesseitiger Auffassung die behördliche Beauftragung von Fachgutachten, die wiederum zusammengefasst Eingang in den UVP-Bericht finden. Dazu gehören etwa Fachgutachten zum Habitat-, Arten- und Gewässerschutzrecht.

III. Diese rechtliche Stellungnahme zeigt auf, wie Art. 5 Abs. 1 UVP-RL und die seiner Umsetzung dienenden nationalen UVP-Vorschriften geändert werden könnten, um das NABU-

Modell vollständig umsetzen zu können. Diese Vorschläge sind weitgehend auch auf andere Verfahrensregelungen übertragbar, in denen dem Vorhabenträger bislang eine Vorlagepflicht auferlegt wird. Modifiziert werden müsste für sie allerdings der Vorschlag für uvp-pflichtige Vorhaben, die Diskussion über die Kriterien der Gutachterausswahl in einem obligatorisch erforderlichen und modifizierten „Scoping-Termin“ gemäß § 15 UVPG durchzuführen. Insoweit erscheinen Änderungen des allgemeinen Verwaltungsverfahrensrechts möglich.

IV. Unabhängig von etwaigen Gesetzesänderungen besteht allerdings bereits jetzt kein Verbot, dass sich Vorhabenträger und Behörden im Rahmen eines Scoping-Termins nach § 15 UVPG oder sonst in einer frühen Phase des Verfahrens freiwillig und unter Beteiligung von Umweltvereinen und Umweltbehörden über die beabsichtigte Beauftragung von Gutachterbüros beraten und einvernehmliche Lösungen anstreben, um die Akzeptanz der eingeholten Gutachten bereits im Vorwege möglichst weitgehend abzusichern und spätere Streitigkeiten zu vermeiden.

V. Das Unionsrecht verpflichtet die Mitgliedsstaaten zwar dazu, der Gefahr von Gefälligkeitsgutachten entgegenzuwirken, ohne allerdings konkret nur das NABU-Modell zu ermöglichen.

Rüdiger Nebelsieck
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Karen Fock
Rechtsanwältin