Rechtsgutachten zur Öffentlichkeitsbeteiligung in Phase 1 des Standortauswahlverfahrens und zu Fragen des Rechtsschutzes

I. Einführung

Das Nationale Begleitgremium (NBG) hat in seiner 25. Sitzung am 1. Februar 2019 beschlossen, sich zu Fragen der Öffentlichkeitsbeteiligung in der ersten Phase des Standortauswahlverfahrens und zu Fragen des Rechtsschutzes gutachterlich beraten zu lassen. Welche Maßstäbe an die frühzeitige Öffentlichkeitsbeteiligung - vor allem im Hinblick auf die ebenfalls anzuwendenden bzw. bei der Auslegung des nationalen Rechts zu berücksichtigenden völkerrechtlichen und unionsrechtlichen Regelungen - anzulegen sind, ist noch nicht abschließend geklärt. Und auch beim Thema Rechtsschutz gibt es bereits Diskussionen über Unklarheiten. Aufgrund seines gesetzlichen Auftrags, das Standortauswahlverfahren und insbesondere die Öffentlichkeitsbeteiligung unabhängig und vermittelnd zu begleiten, um so Vertrauen in die Verfahrensdurchführung zu ermöglichen, kann sich das NBG unabhängig und wissenschaftlich zu diesen Fragen beraten lassen. Das Standortauswahlgesetz (StandAG) sieht auch vor, dass das NBG dem Deutschen Bundestag Empfehlungen zum Standortauswahlverfahren geben kann – also zum Beispiel auf Unklarheiten oder Lücken im Gesetz und einen etwaigen Änderungs- oder Ergänzungsbedarf hinweisen kann.

Die Ergebnisse der beiden Gutachten der Herren Prof. Dr. Ewer / Dr. Thienel sowie Herrn Dr. Wollenteit werden im Folgenden kurz gegenübergestellt.

II. Ergebnisse der beiden Rechtsgutachten

1. Vereinbarkeit der Regelungen des StandAG zur Öffentlichkeitsbeteiligung mit völkervertraglichen und unionsrechtlichen Regelungen?

Im Völkervertragsrecht, genauer gesagt in der sog. Aarhus-Konvention (AK) wird verlangt, dass u. a. bei „Entscheidungen“ über die Zulassung von Anlagen mit dem Zweck der Beseitigung bestrahlter Kernbrennstoffe die betroffene Öffentlichkeit frühzeitig beteiligt wird – also „zu einem Zeitpunkt, zu dem alle Optionen noch offen sind und eine effektive Öffentlichkeitsbeteiligung stattfinden kann“.

Aber ist diese Vorschrift hier überhaupt anwendbar? Nach Ansicht der ersten beiden Gutachter ist problematisch, dass im Standortauswahlverfahren die abschließende Entscheidung über den Standort für ein Endlager durch ein Bundesgesetz getroffen wird. Die Vorschrift der AK verlange aber die Entscheidung einer Behörde. Der Gesetzgeber dürfe hier jedoch unter Zugrundelegung der Einschätzung des Aarhus Convention Compliance Committees (kurz: ACCC, das ist das Gremium, das die Einhaltung der Vorschriften der AK überprüft) wie eine Behörde angesehen werden, weil er bei einer „materiellen völkerrechtlichen Betrachtung“ die Tätigkeit der Endlagerung bestrahlter Kernbrennstoffe im Hinblick auf den geeigneten Standort zulasse. Die Vorschrift sei somit anwendbar. Und sie wird nach Einschätzung der ersten beiden Gutachter auch erfüllt. Die vom Gesetzgeber im StandAG getroffene Vorfestlegung auf ein Endlager in tiefen geologischen Formationen in den Wirtsgesteinen Steinsalz, Ton- oder Kristallingestein müsse sich im Übrigen nicht am Maßstab dieser völkerrechtlichen Vorschrift messen lassen. Sie sei wie ein zwingender gesetzlicher Planungsleitsatz vom parlamentarischen Gesetzgeber gegenüber seinem Wahlvolk zu verantworten. Auch die Anforderungen der Espoo-Konvention (EK) würden deshalb erfüllt. Aus der UVP-Richtlinie folge außerhalb des Umfangs der Umweltverträglichkeitsprüfung (diese findet im Standortauswahlverfahren erstmals bei der untertägigen Erkundung der durch Bundesgesetz

ausgewählten Standorte statt) kein Gebot der frühzeitigen Öffentlichkeitsbeteiligung. Aus der SUP-Richtlinie folge zwar, dass im Standortauswahlverfahren sowohl für die Vorschläge zur Festlegung der übertägig zu erkundenden Standortregionen als auch der untertägig zu erkundenden Standorte eine sog. Strategische Umweltprüfung durchzuführen sei. Aber diese verlange nur die Einbeziehung von „vernünftigen“ Alternativen, die den Planungszielen gerecht werden.

Nach der Einschätzung von Herrn Dr. Wollenteit ist die o.g. Vorschrift der AK nicht anwendbar. Er stellt nicht wie die beiden ersten Gutachter auf die abschließende Entscheidung über den Standort für ein Endlager ab, sondern auf die Ermittlung von Teilgebieten durch die BGE. Diese könne hier zwar unter Zugrundelegung des funktionalen Verständnisses in der Definition des Behördenbegriffs der AK als „Behörde“ verstanden werden. Aber bei der Ermittlung der Teilgebiete handle es sich nicht um eine „Entscheidung“ im Sinne der Vorschrift der AK, weil diese Teilentscheidung nicht einen Teil der späteren Zulassungsentscheidung vorwegnehme. Auch handle es sich bei der Ermittlung der Teilgebiete nicht um die Vorbereitung eines umweltbezogenen Plans oder Programms im Sinne der AK, weil ihr die dazu erforderliche rechtliche Mindestwirkung fehle. Selbst wenn man dieser Einordnung nicht folge, seien die Vorgaben der AK an die frühzeitige Öffentlichkeitsbeteiligung im Standortauswahlverfahren erfüllt. Auch aus der Richtlinie zur Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten (UVP-Richtlinie), der Richtlinie über die Prüfung der Umweltauswirkungen bestimmter Pläne und Programme (SUP-Richtlinie) und der Öffentlichkeitsbeteiligungsrichtlinie folgten keine weitergehenden Anforderungen für eine frühzeitige Öffentlichkeitsbeteiligung.

Ebenso wie Herr Prof. Dr. Ewer/ Dr. Thienel kommt Herr Dr. Wollenteit zum Ergebnis, dass die Regelungen des Standortauswahlgesetzes bezüglich der Anforderungen an die frühe Öffentlichkeitsbeteiligung mit den von ihnen geprüften Vorgaben des Völkervertrags- und Unionsrechts vereinbar sind und insoweit kein Novellierungsbedarf für das Standortauswahlgesetz besteht.

2. Untersuchung der bisherigen konzeptionellen Grundlegung der Öffentlichkeitsbeteiligung am Maßstab der Normen des Völkervertrags-, Unions- und nationalen Rechts

Wird mit der bisherigen konzeptionellen Grundlegung der Öffentlichkeitsbeteiligung durch das BfE den im Völkervertrags-, Unions- und nationalen Recht enthaltenen Anforderungen an die (frühe) Öffentlichkeitsbeteiligung entsprochen? Oder ergeben sich aus diesen Normen insbesondere im Hinblick auf die Prüfung von Alternativen zur tiefen-geologischen Endlagerung und auf die (Fort-) Entwicklung des Beteiligungskonzeptes weitergehende Pflichten?

Nach Auffassung von Herr Prof. Dr. Ewer/ Dr. Thienel folgt aus dem Völkervertragsrecht nicht, dass die Öffentlichkeitsbeteiligung in einer bestimmten Form zu erfolgen habe, oder dass über diese Form ihrerseits in einem Verfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung zu entscheiden sei. Aus dem Verfassungsrecht folge die Pflicht des Gesetzgebers, das Verfahren der Öffentlichkeitsbeteiligung bei der Standortauswahl zu regeln. Dieser Pflicht sei der Gesetzgeber im StandAG teilweise nachgekommen. Eine Fortentwicklung der Öffentlichkeitsbeteiligung habe er aber ausdrücklich vorgesehen. Mit Blick auf die Bedeutung der Öffentlichkeitsbeteiligung für den Grundrechtsschutz durch Verfahren sei es funktionsgerecht, diese Fortentwicklung der Öffentlichkeitsbeteiligung ihrerseits unter den Vorbehalt der Öffentlichkeitsbeteiligung zu stellen, sprich die Bürgerinnen und Bürger als „Mitgestalter des Verfahrens“ einzubeziehen. Diese dürften dabei auch grundlegende Konzeptalternativen vorbringen.

Herr Dr. Wollenteit schließt aus seiner Untersuchung des Beteiligungskonzepts des BfE den Schluss, dass zwar keine Thematisierung grundsätzlicher Vorhabenalternativen wie die in der Fragestellung angesprochene Lagerung in tiefen Bohrlöchern, in oberflächennahen Bunkeranlagen oder die

Transmutation vorgesehen sei, mit denen sich die Endlagerkommission eingehend befasst hat. Er stellt zudem fest, dass das Standortauswahlverfahren bis zur Übergabe des Zwischenberichts Teilgebiete durch die BGE abgesehen von der „Wächterfunktion des NBG“ keine formalisierten Beteiligungsmöglichkeiten vorsehe. Aus seinen Ausführungen zur Frage 1 folge, dass dieses „Defizit“ jedoch unions- und völkerrechtlich nicht zu beanstanden sei. Auf Grund der gesetzlich vorgesehenen Fortentwicklung des Verfahrens der Öffentlichkeitsbeteiligung und des Anspruchs, ein partizipatives, lernendes und selbsthinterfragendes Verfahren zu verwirklichen, eröffne das StandAG auch Spielraum, die Grundentscheidungen des Gesetzgebers für die tiefen-geologische Endlagerung in den Wirtsgesteinen Steinsalz, Ton- oder Kristallingestein zum Gegenstand einer Öffentlichkeitsbeteiligung zu machen. Eine Verpflichtung, diese Grundentscheidungen im Rahmen einer Öffentlichkeitsbeteiligung zur Disposition zu stellen, besteht jedoch nicht. Sie könne allein durch den Gesetzgeber revidiert werden.

Bei Frage 2 kommen somit beide Gutachter zu dem Ergebnis, dass die Öffentlichkeit an der Fortentwicklung des Beteiligungskonzepts im Standortauswahlverfahren in einem kommunikativen Verfahren bzw. dialogorientierten Prozess zu beteiligen sei und insoweit kein Novellierungsbedarf des Gesetzes bestehe.

3. Einschränkung des Rechtsschutzes durch die Bundesgesetze zu den übertägig zu erkundenden Standortregionen und den untertägig zu erkundenden Standorten?

Die Gutachter Herr Prof. Dr. Ewer/ Dr. Thienel weisen auf eine begrenzte Einschränkung des Rechtsschutzes hin: Das Bundesverwaltungsgericht dürfe wegen des sog. Verwerfungsmonopols des Bundesverfassungsgerichts (das besagt, dass nur dieses über die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen entscheiden darf) nicht die durch Bundesgesetz getroffene Auswahl der übertägig zu erkundenden Standortregionen oder der untertägig zu erkundenden Standorte als solche aufheben. Außerdem sehen sie in der gesetzlich geregelten Bestandskraft des Bescheids des BfE mit der Feststellung, dass das Standortauswahlverfahren bis zur Übermittlung des Vorschlags für die untertägig zu erkundenden Standorte nach den Regelungen des StandAG durchgeführt wurde, eine gewisse Einschränkung des zweiten im StandAG geregelten Rechtsschutzverfahrens.

Herr Dr. Wollenteit kommt nach einer Auslegung der maßgeblichen Regelungen des StandAG nach Wortlaut, Systematik sowie Sinn und Zweck zum Ergebnis, dass der im StandAG vorgesehene Rechtsschutz sich auch auf die Überprüfung von Phasen zu erstrecken habe, die den gesetzgeberischen Standortentscheidungen vorgelagert waren. Die Überprüfungsmöglichkeit reiche also grundsätzlich bis zum Beginn des Standortauswahlverfahrens zurück. Schon Mängel bei der Ermittlung der Teilgebiete könnten relevant sein. Allein der nicht mehr anfechtbare erste Feststellungsbescheid des BfE führe in Bezug auf Verfahrensfehler im zweiten Rechtsschutzverfahren zu einer Verkürzung des Rechtsschutzes. Diese habe allerdings ihren Grund nicht in dem Gesetzescharakter der Standortentscheidungen, sondern beruhten vielmehr auf der nachvollziehbaren Annahme des Gesetzgebers, dass eine vorgelagerte bestandskräftige oder rechtskräftige Überprüfung des Verfahrens auf mögliche Fehler für den dadurch betroffenen Zeitraum nicht noch einmal wiederholt werden müsse. Festzuhalten sei also, dass sich die im StandAG vorgesehenen Bundesgesetze zu den übertägig zu erkundenden Standortregionen und den untertägig zu erkundenden Standorten nicht einschränkend auf den jeweils zeitlich nachfolgenden Rechtsschutz auswirkten.

4. Wäre eine solche Einschränkung rechtlich überhaupt zulässig?

Die Gutachter Herr Prof. Dr. Ewer/ Dr. Thienel gelangen hier zu dem Ergebnis, dass die von ihnen in der Antwort zu Frage 3 festgestellten begrenzten Einschränkungen des Rechtsschutzes mit dem Völkerrecht, dem Unionsrecht und dem Grundgesetz vereinbar seien. Als problematisch wird v. a.

die Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz erachtet. In Betracht käme eine Unvereinbarkeit mit dem verfassungsrechtlichen Prinzip der Gewaltenteilung (weil die Planung eines Vorhabens grundsätzlich Aufgabe der Verwaltung sei, nicht des Gesetzgebers) sowie dem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz, das auch in dem grundrechtlich gewährleisteten Schutz des Eigentums enthalten ist. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat dazu in seinem Beschluss zur „Südumfahrung Stendal" ausgeführt, dass die Planung von Vorhaben vom Grundgesetz nicht zwingend der Verwaltung vorbehalten ist. Eine Legalplanung (also die Planung eines Vorhabens durch ein Gesetz) ist nach Ansicht des BVerfG zulässig, wenn

- „die Materie ihrer Natur nach geeignet ist, gesetzlich geregelt zu werden",

- „sonstige verfassungsrechtliche Gründe nicht entgegenstehen" und

-„im Einzelfall gute Gründe (für die Planung durch ein Gesetz) bestehen, etwa weil die schnelle Verwirklichung des Vorhabens von besonderer Bedeutung für das Gemeinwohl ist" – wobei dem Gesetzgeber ein Beurteilungs- und Einschätzungsspielraum zusteht.

Das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz gegen die öffentliche Gewalt gewährleiste zwar nur Rechtsschutz gegen die vollziehende Gewalt, nicht aber auch gegen die Legislative. Ein Anspruch auf effektiven Rechtsschutz sei aber auch in den verfassungsrechtlichen Regelungen zum Eigentumsgrundrecht enthalten. Ein Gesetz mit enteignender Wirkung oder enteignungsgleicher Vorwirkung könne gegen das Grundrecht auf Eigentum verstoßen, wenn und weil es den Rechtsschutz schmälert, den das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz im Falle des Handelns der Verwaltung gewähren würde.

Der Bundesgesetzgeber hat v. a. das Erfordernis eines besonders hohen Maßes an demokratischer Legitimation zur Begründung der legalplanerischen Elemente im Standortauswahlverfahren angeführt. Diese Entscheidung ist nach Einschätzung der Gutachter Prof. Dr. Ewer/ Dr. Thienel weder offensichtlich fehlerhaft, noch eindeutig widerlegbar oder mit den Prinzipien der verfassungsrechtlichen Ordnung unvereinbar.

Herr Dr. Wollenteit weist hier zu Beginn seiner Ausführungen darauf hin, dass sich diese Frage auf Grund seiner Verneinung zu Frage 3 eigentlich nicht mehr stelle. Aber das Vorliegen von völker-, unions- oder verfassungsrechtlichen Bedenken gegen eine Einschränkung des Rechtsschutzes stützten seine Ansicht, dass es keine solche Einschränkung des Rechtsschutzes nach StandAG gebe. Eine einschränkende Auslegung der rückwirkenden Reichweite des Rechtsschutzes im StandAG wäre im Hinblick auf die Anforderungen der Aarhus-Konvention zu einem effektiven Rechtsschutz als problematisch anzusehen. Im Bereich des Unionsrechts habe der Europäische Gerichtshof (EuGH) das in der UVP-Richtlinie normierte Ziel, einen weiten Zugang zu Gerichten zu gewähren, mehrfach hervorgehoben. Die Ausübung der durch das Unionsrecht verliehenen Rechte dürfe nicht praktisch unmöglich gemacht werden (Effektivitätsgrundsatz). Würde aber die Reichweite des Rechtsschutzes durch die Annahme verkürzt, dass aufgrund früherer bundesgesetzlicher Festlegungen eine umfassende Prüfung ausscheiden müsse, könne dies den Rechtsschutz in erheblichem Umfang ineffektiv werden lassen. Im Hinblick auf das Verfassungsrecht wird von Herrn Dr. Wollenteit ebenfalls das Problem der Vereinbarkeit mit dem Prinzip der Gewaltenteilung sowie dem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz, das auch in dem grundrechtlich gewährleisteten Schutz des Eigentums enthalten ist, erörtert. Mit der Integration der beiden Rechtsschutzformate in das StandAG sei das Risiko der Verfassungswidrigkeit entschärft worden. Sollte die Reichweite des Rechtsschutzes durch eine enge Auslegung allerdings empfindliche Einschränkungen erfahren, stiegen die verfassungsrechtlichen Risiken wieder, die nach geltendem Recht jederzeit im Wege einer abstrakten Normenkontrolle zum Tragen kommen könnten.

5. Novellierungsbedarf beim Rechtsschutz nach dem StandAG?

Die Antworten der beiden Gutachter weichen hier erheblich voneinander ab:

Nach Ansicht von Herrn Prof. Dr. Ewer/ Dr. Thienel ergeben sich die Folgen eines Urteils des Bundesverwaltungsgerichts in den Rechtsschutzverfahren „mit hinreichender Deutlichkeit“ aus dem Standortauswahlgesetz: Wenn das Gericht die Klage abweist, dann könne das jeweilige Gesetzgebungsverfahren mit der Übersendung des Auswahl- bzw. Standortvorschlags des BfE an das BMU fortgesetzt werden. Wenn das Gericht der Klage stattgibt, dann habe das BfE auf Grund der im StandAG verankerten Reversibilität des Verfahrens seinen Auswahlvorschlag zu überarbeiten und dabei den/ die festgestellten Fehler und ggf. deren Konsequenzen auszuräumen bzw. seinen Standortvorschlag zu überarbeiten und dabei den/ die festgestellten Fehler und ggf. deren Konsequenzen auszuräumen. Wenn ein Fehler auch den Inhalt des Gesetzes betrifft, dann habe mit einem neuen Regelungsvorschlag des BfE auch ein neues Gesetzgebungsverfahren einzusetzen. Es bestünde hier somit kein Bedarf einer Ergänzung des Standortauswahlgesetzes. Dasselbe gelte im Hinblick auf den einstweiligen Rechtsschutz.

Herr Dr. Wollenteit sieht indessen insbesondere im Bereich der Rechtsfolgen bei einer Aufhebung der Feststellungsbescheide einen Nachbesserungs- oder Novellierungsbedarf für das StandAG. Nach seiner ausführlich begründeten Auffassung bedarf es dieser Klarstellung durch den Gesetzgeber vor allem deshalb, weil die Anwendung der Fehlerfolgenregelungen des Umweltrechtsbehelfsgesetzes zum Teil zu systemwidrigen Ergebnissen führten. Er regt die Entwicklung eines besser auf das StandAG abgestimmten Fehlerfolgenrechts im Bereich des Rechtsschutzes an sowie eine Präzisierung der Rechtsfolgen im Falle einer Aufhebung des Feststellungsbescheids des BfE und macht dazu auf den Seiten 65 bis 69 seines Gutachtens ganz konkrete Vorschläge.