

Rechtsgutachten zur frühzeitigen Öffentlichkeitsbeteiligung in der ersten Phase des Standortauswahlverfahrens und zu Fragen des Rechtsschutzes

erstellt von

Prof. Dr. Wolfgang Ewer

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht

und

Dr. Tobias Thienel, LL.M. (Edinburgh)

Rechtsanwalt

im Auftrag des

Nationalen Begleitgremiums

am

27.05.2019

■ Prof. Dr. Wolfgang Ewer
■ Prof. Dr. Angelika Leppin
■ Prof. Dr. Marcus Arndt
■ Prof. Dr. Marius Raabe

■ Dr. Gyde Otto
■ Dr. Gunnar Postel
■ Dr. Bernd Hoefler
■ Dr. Tobias Thienel
■ Dr. Christoph Berlin
■ Dr. Jonas Dörschner

■ Walkerdamm 4 - 6
24103 Kiel
■ Telefon (04 31) 9 74 36 - 0
■ Telefax (04 31) 9 74 36 - 36
■ kanzlei@weissleder-ewer.de

■ Sitz Kiel.
■ Partnerschaftsregister:
AG Kiel PR 533 KI
■ www.weissleder-ewer.de

■ Mandate werden nur für die Partnerschaft angenommen und geführt. Vertretungsberechtigte Anwälte sind im Fußtext aufgeführt.
■ Die Gesellschafter der Partnerschaft – dies sind nicht alle aufgeführten Anwälte – sind aus dem Partnerschaftsregister ersichtlich.

Inhaltverzeichnis

A. Gutachtauftrag	3
B. Zur Rechtslage	4
I. Zur ersten Gutachtenfrage	4
1. Zur Aarhus-Konvention	5
a) Zur Anwendbarkeit des Art. 6 AK auf das Verfahren nach dem StandAG	9
b) Zur Vereinbarkeit der Vorfestlegung mit Art. 6 Abs. 4 AK	21
2. Zur Espoo-Konvention	34
a) Zur Anwendbarkeit der Espoo-Konvention	35
b) Zur Vereinbarkeit der Vorfestlegung mit der Espoo-Konvention	38
3. Zum Unionsrecht	44
a) Zur UVP-Richtlinie 2011/92/EU	44
aa) Zur Anwendbarkeit der Richtlinie 2011/92/EU	44
bb) Zur Vereinbarkeit der Vorfestlegung mit der Richtlinie 2011/92/EU	48
b) Zur SUP-Richtlinie 2001/42/EG	55
4. Ergebnis zur ersten Gutachtenfrage	58
II. Zur zweiten Gutachtenfrage	59
1. Zum Völkervertragsrecht	60
2. Zum Verfassungsrecht	61
3. Zu den Vorgaben des StandAG	68
4. Zum Umfang des Gebots der Öffentlichkeitsbeteiligung	71
III. Zur dritten Gutachtenfrage	75
IV. Zur vierten Gutachtenfrage	99
1. Zum Völkervertragsrecht	99
a) Zu den rechtsschutzpflichtigen Entscheidungen	100
aa) Zur Anwendbarkeit des Art. 9 Abs. 2 AK	101
bb) Zur Anwendbarkeit des Art. 9 Abs. 3 AK	104
b) Zu den Anforderungen an den Rechtsschutz	107
2. Zum Unionsrecht	110
3. Zum Verfassungsrecht	112
4. Ergebnis zur vierten Gutachtenfrage	124
V. Zur fünften Gutachtenfrage	125
1. Zu den Fehlerfolgen	125
a) Zu den Folgen eines Urteils nach § 17 Abs. 3 Satz 3 ff. StandAG	130
b) Zu den Folgen eines Urteils nach § 19 Abs. 2 Satz 6 ff. StandAG	134
2. Einstweiliger Rechtsschutz?	135
VI. Gesamtergebnis	137

A. Gutachtauftrag

Das Nationale Begleitgremium gemäß § 8 StandAG hat die Unterzeichner beauftragt, die folgenden Fragen in einem rechtswissenschaftlichen Gutachten zu beantworten:

- „1. Sind die Regelungen des Standortauswahlgesetzes zur Öffentlichkeitsbeteiligung vereinbar mit den sich aus der Aarhus-Konvention und ggf. weiteren völkervertragsrechtlichen Regelungen sowie mit den sich aus der Öffentlichkeitsbeteiligungsrichtlinie und ggf. anderen europäischen Regelungen ergebenden Anforderungen an die (frühe) Öffentlichkeitsbeteiligung, oder ergibt sich evtl. ein Novellierungsbedarf für das Standortauswahlgesetz (StandAG)?
2. Wird mit der bisherigen konzeptionellen Grundlegung der Öffentlichkeitsbeteiligung in Phase 1 des Standortauswahlverfahrens (s. das Positionspapier des BfE vom August 2018 zur Öffentlichkeitsbeteiligung bzw. nachfolgende Aktualisierungen) den im nationalen Recht, Unions- und Völkervertragsrecht geregelten Anforderungen zur (frühen) Öffentlichkeitsbeteiligung entsprochen, oder ergeben sich aus diesen Normen insbesondere im Hinblick auf die Prüfung von Alternativen zur tiefengeologischen Endlagerung und auf die Entwicklung des Beteiligungskonzeptes weiter gehende Pflichten zur Beteiligung der Öffentlichkeit und damit evtl. ein Novellierungsbedarf für das StandAG?
3. Wirken sich die in den §§ 15 Abs. 3 und 17 Abs. 2 S. 4 StandAG vorgesehenen Bundesgesetze einschränkend auf den in § 17 Abs. 3 S. 3–5 und in § 19 Abs. 2 S. 6–8 StandAG vorgesehenen Rechtsschutz aus?
4. Wäre eine solche Einschränkung mit dem Verfassungs-, Unions- und Völkervertragsrecht zu vereinbaren?
5. Gibt es im Hinblick auf die in § 17 Abs. 3 S. 3–5 und in § 19 Abs. 2 S. 6–8 StandAG vorgesehenen Rechtsschutzverfahren insbesondere im Bereich der Rechtsfolgen bei einer Aufhebung der Feststellungsbescheide einen Nachbesserungs- oder Novellierungsbedarf für das StandAG?“

Zu der zweiten Gutachtenfrage ist zu ergänzen, dass das BfE inzwischen im April 2019 ein neues Konzept für die Öffentlichkeitsbeteiligung in der Startphase der Endlagersuche veröffentlicht hat,

verfügbar unter https://www.bfe.bund.de/SharedDocs/IP6/BfE/DE/20190403_OEB_Konzept_ueberarbeitet.pdf?__blob=publicationFile&v=6.

Der übrige Hintergrund der Gutachtenfragen wird bei den einzelnen Gutachtenfragen zu schildern sein, soweit es dort darauf ankommt.

B. Zur Rechtslage

Die gutachterliche Bearbeitung wird der Reihenfolge der gestellten Fragen folgen.

I. Zur ersten Gutachtenfrage

Die erste Gutachtenfrage lautet, wie gesehen:

„Sind die Regelungen des Standortauswahlgesetzes zur Öffentlichkeitsbeteiligung vereinbar mit den sich aus der Aarhus-Konvention und ggf. weiteren völkervertragsrechtlichen Regelungen sowie mit den sich aus der Öffentlichkeitsbeteiligungsrichtlinie und ggf. anderen europäischen Regelungen ergebenden Anforderungen an die (frühe) Öffentlichkeitsbeteiligung, oder ergibt sich evtl. ein Novellierungsbedarf für das Standortauswahlgesetz (StandAG)?“

Hintergrund dieser Fragestellung ist der grundlegende Zuschnitt des Verfahrens über die Standortsuche. Das gesetzliche Verfahren nach dem Standortauswahlgesetz erfasst nicht mehr alle Fragen der Standortauswahl. Vielmehr gibt es in § 1 Abs. 3, Abs. 4 Satz 1 StandAG bereits eine gesetzliche Festlegung, nach der grundsätzlich Bergwerke in tiefen geologischen Formationen der Wirtsgesteine Steinsalz, Tongestein und

Kristallingestein für die Endlagerung in Betracht kommen. Damit „benennt“ das Gesetz bereits die „grundsätzlich in Betracht kommenden Wirtsgesteine“ und damit

„wird die Endlagerung in tiefengeologischen Formationen als grundsätzlich verpflichtende Entsorgungsoption festgelegt,“

Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Gesetzes zur Suche und Auswahl eines Standortes für ein Endlager für Wärme entwickelnde radioaktive Abfälle und anderer Gesetze, Gesetzentwurf der Fraktionen CDU/CSU, SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drucks. 18/11398, S. 48 (alle drei Zitate).

Alternativen zur tiefengeologischen Endlagerung (wie z.B. tiefe Bohrlöcher, Transmutation oder bodennahe Bunkeranlagen) sollen demnach grundsätzlich ausscheiden. Mit dieser Grundentscheidung ist der Gesetzgeber der Endlagerkommission gefolgt.

Es gilt hier aufgrund der ersten Gutachtenfrage zu prüfen, ob dies mit völkervertragrechtlichen und unionsrechtlichen Vorgaben vereinbar ist. Dabei wird zunächst auf das Völkervertragsrecht einzugehen sein, auch weil dieses das Unionsrecht wesentlich beeinflusst hat.

1. Zur Aarhus-Konvention

An erster Stelle soll das bereits in der Gutachtenfrage erwähnte Übereinkommen der Wirtschaftskommission der Vereinten Nationen für Europa (UNECE) vom 25.06.1998 über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten (BGBl. 2006 II S. 1252; ABI. EU 2005 L 124/4; im Folgenden: Aarhus-Konvention oder AK) thematisiert werden.

Soweit die erste Gutachtenfrage auch andere völkervertragrechtliche Regelungen einbezieht, kann auch das ältere Übereinkommen über die Umweltverträglichkeitsprüfung

im grenzüberschreitenden Rahmen vom 25.02.1991, die sog. Espoo-Konvention (BGBl. 2002 II S. 1407, ABl. EG 1992 C 104/7; im Folgenden auch: EK), eine Rolle spielen. Auf dieses Übereinkommen baut die Aarhus-Konvention auf. Dennoch soll hier aus Gründen der Vereinfachung der Darstellung zunächst die Aarhus-Konvention geprüft werden. Auf die Espoo-Konvention wird anschließend zurückzukommen sein.

Die Aarhus-Konvention sieht – wie schon ihre volle Bezeichnung besagt – u.a. einen Rahmen für die Beteiligung der Öffentlichkeit an bestimmten Entscheidungsverfahren vor. Gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. a AK sind die Maßgaben der Aarhus-Konvention für die Öffentlichkeitsbeteiligung, die sich aus diesem Artikel ergeben, anwendbar bei Entscheidungen darüber, ob die in Anhang I der Konvention aufgeführten Tätigkeiten zugelassen werden. Zu diesen „Tätigkeiten“ gehören „Anlagen [...] mit dem Zweck der endgültigen Beseitigung bestrahlter Kernbrennstoffe“.

(Gemäß Art. 22 AK sind nur der englische, der französische und der russische Wortlaut der Aarhus-Konvention – gleichermaßen – verbindlich. Nur auf diese Sprachfassungen kommt es auch für die innerstaatliche Anwendung in Deutschland an,

vgl. nur BVerwG, Urteil vom 16.12.1999 – 4 CN 9.98 –, BVerwGE 110, S. 203, 213.

An dieser Stelle ergibt sich aber aus den authentischen Sprachfassungen nichts anderes als aus der deutschen Übersetzung. Auf die Wiedergabe der authentischen Texte wird daher verzichtet. Dabei wird es auch an nachfolgenden Stellen bleiben, es sei denn, aus den authentischen Fassungen ergäben sich Erkenntnisse.)

Art. 6 AK ist somit auf Entscheidungen über die Zulassung von Anlagen zur Endlagerung bestrahlter Kernbrennstoffe grundsätzlich anwendbar. Die Errichtung und der Betrieb der Anlage zur Endlagerung wird jedoch erst in einem Genehmigungsverfahren nach §§ 9a Abs. 3 Satz 1, 9b Abs. 1 Satz 1, Abs. 1a Satz 1 AtG zugelassen. Insofern ist fraglich, ob das Standortauswahlverfahren bereits Art. 6 AK unterliegt.

Das Verfahren nach dem Standortauswahlgesetz führt zu einer für das Genehmigungsverfahren verbindlichen Standortentscheidung (§ 20 Abs. 3 Satz 1 StandAG), und es führt dazu, dass anstelle des Planfeststellungsverfahrens nach §§ 9a Abs. 3 Satz 1, 9b Abs. 1 Satz 1 AtG nur ein Genehmigungsverfahren stattzufinden hat (§ 9b Abs. 1a Satz 1 AtG). Demnach werden auch sehr gewichtige Umweltangelegenheiten, nämlich solche, die sich vor allem auf den Standort und nicht auf die Ausführung des Endlagers im Einzelnen beziehen, im Standortauswahlverfahren entschieden.

Daraus wird aber wohl noch nicht abgeleitet werden können, dass die Aarhus-Konvention nach ihrem Sinn und Zweck auch bereits auf das Standortauswahlverfahren an sich anwendbar sei. Dann würde sich aber letztlich nichts anderes ergeben, denn in diesem Fall wäre Art. 6 AK jedenfalls auf die Genehmigungsentscheidung nach §§ 9a Abs. 3 Satz 1, 9b Abs. 1 Satz 1, Abs. 1a Satz 1 AtG anwendbar, und die Anforderungen an die frühzeitige Öffentlichkeitsbeteiligung würden sich dann auch auf die Aspekte des Standorts und somit bis in das dafür maßgebliche Standortauswahlverfahren erstrecken,

vgl. auch Gärditz, Rechtsschutz im Standortauswahlverfahren für ein Endlager hochradioaktiver Abfälle, in: Schlacke/Beaucamp/Schubert, Infrastruktur-Recht, Festschrift für Wilfried Erbguth zum 70. Geburtstag, Berlin 2019, S. 479, 484; Keienburg, Gutachten zur Überprüfung des Standortauswahlgesetzes im Hinblick auf die Vereinbarkeit der Regelungen zum Standortauswahlverfahren mit EU-rechtlichen und völkerrechtlichen Vorgaben, verfügbar unter <https://www.bundestag.de/endlager-archiv/mediathek/dokumente.html>, S. 9 ff., m.w.N.; Schlacke, Zugang zu Rechtsschutz im Umwelt- und Atomrecht, in: Raetzke/Feldmann/Frank, Aus der Werkstatt des Nuklearrechts, Baden-Baden 2016, S. 53, 77; dies., Rechtsfragen bei der Umsetzung der Öffentlichkeitsbeteiligung einschließlich Rechtsschutz, in: Burgi, 15. Deutsches Atomrechtssymposium, Baden-Baden 2019 (im Erscheinen), S. 345, 351, m.w.N.

In jedem Fall ergibt sich die Anwendbarkeit des Art. 6 AK unter diesem Gesichtspunkt aber aus Anhang I Nr. 20 AK. Danach unterliegt der Anwendbarkeit des Art. 6 Abs. 1 lit. a AK auch

„[j]ede Tätigkeit, die nicht durch die Nummern 1 bis 19 erfasst ist, wenn für sie eine Öffentlichkeitsbeteiligung aufgrund eines Verfahrens zur Umweltverträglichkeitsprüfung nach den innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgesehen ist.“

Dies ist hier der Fall, denn im Rahmen des Standortauswahlgesetzes findet für den abschließenden Standortvorschlag nach § 18 Abs. 3 StandAG eine Umweltverträglichkeitsprüfung statt,

s. §§ 18 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 Satz 3, 19 Abs. 1 Satz 4 StandAG, sowie § 6 Satz 1, Nr. 11.2 Anlage 1, und Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Gesetzes zur Suche und Auswahl eines Standortes für ein Endlager für Wärme entwickelnde radioaktive Abfälle und anderer Gesetze, Gesetzentwurf der Fraktionen CDU/CSU, SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drucks. 18/11398, S. 53.

Im Zusammenhang mit der Umweltverträglichkeitsprüfung ist im deutschen Recht auch jeweils eine Öffentlichkeitsbeteiligung vorgesehen (§§ 18 ff. UVPG). Deshalb ist Art. 6 Abs. 1 lit. a AK jedenfalls aufgrund von Anhang I Nr. 20 AK anwendbar.

Allerdings ist noch insofern fraglich, ob Art. 6 AK auf das Verfahren der Standortsuche nach dem Standortauswahlgesetz anwendbar ist, als dieses Verfahren auf eine abschließende Entscheidung durch formelles Gesetz gerichtet ist (§ 20 Abs. 2 StandAG) und bestimmte Zwischenentscheidungen durch formelle Gesetze vorsieht (§§ 15 Abs. 3, 17 Abs. 2 Satz 4 StandAG). Diese Frage wird in einem ersten Schritt zu prüfen sein (dazu unter a)). Anschließend wird zu untersuchen sein, ob die Festlegung auf tiefe geologische Formationen der Wirtsgesteine Steinsalz, Tongestein und Kristallingestein, die ebenfalls durch formelles Gesetz erfolgt ist (§ 1 Abs. 3, Abs. 4 Satz 1 StandAG), mit

der Aarhus-Konvention vereinbar ist (dazu unter b)). Ggf. ergäbe sich dann der erfragte Novellierungsbedarf bereits aus der Aarhus-Konvention.

a) Zur Anwendbarkeit des Art. 6 AK auf das Verfahren nach dem StandAG

Gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. a AK ist – wie bereits erwähnt – dieser Artikel bei Entscheidungen darüber anzuwenden,

„ob die in Anhang I aufgeführten geplanten Tätigkeiten zugelassen werden.“

Aus dieser Passivformulierung geht noch nicht hervor, ob Art. 6 AK nur gelten soll, wenn die Zulassungsentscheidung von einer „Behörde“ getroffen wird. Dieser Begriff wird in einigen anderen Bestimmungen der Aarhus-Konvention, wie in Art. 4 Abs. 1 AK und in Art. 5 Abs. 1 und 2 AK, im Tatbestand der jeweiligen Norm verwendet, nicht aber im Tatbestand des Art. 6 Abs. 1 lit. a AK.

Allerdings deutet Art. 6 Abs. 2 lit. c AK darauf hin, dass es in dem gesamten Art. 6 AK nur um Zulassungsentscheidungen von Behörden gehen soll. Gemäß Art. 6 Abs. 2 lit. c AK ist nämlich die Öffentlichkeit u.a. über „die für die Entscheidung zuständige Behörde“ zu informieren. Eine andere für die Entscheidung zuständige Stelle wird dabei nicht in den Blick genommen.

Zudem sieht Art. 6 Abs. 6 AK vor, dass die Vertragsparteien „die zuständigen Behörden“ verpflichten, der betroffenen Öffentlichkeit Zugang zu bestimmten Informationen zu gewähren. Weiter heißt es in der deutschen Übersetzung des Art. 6 Abs. 9 Satz 1 AK:

„Jede Vertragspartei stellt sicher, dass die Öffentlichkeit, sobald die Behörde die Entscheidung gefällt hat, unverzüglich und im Einklang mit den hierfür passenden Verfahren über die Entscheidung informiert wird.“

Diese systematischen Befunde deuten darauf hin, dass auch in Art. 6 Abs. 1 lit. a AK nur Zulassungsentscheidungen von „Behörden“ gemeint sind. Der Begriff der Behörde wird in Art. 2 Nr. 2 AK definiert. Die Definition lautet in Art. 2 Nr. 2 Satz 2 AK:

„Diese Begriffsbestimmung umfasst keine Gremien oder Einrichtungen, die in gerichtlicher oder gesetzgebender Eigenschaft handeln.“

Danach liegt es zunächst nahe, dass Art. 6 AK nicht anwendbar ist, soweit eine Entscheidung über die Zulassung einer Tätigkeit nach Anhang I AK unmittelbar von einer gesetzgebenden Körperschaft getroffen wird. Dies könnte dann dahingehend zu verstehen sein, dass das Standortauswahlverfahren nach dem Standortauswahlgesetz nicht unter Art. 6 AK falle, weil die abschließende Zulassungsentscheidung (nur über den Standort) durch ein Bundesgesetz getroffen wird (§ 20 Abs. 2 StandAG).

Diese Schlussfolgerung begegnet jedoch grundsätzlichen Bedenken, soweit in der Form eines Gesetzes eine Zulassungsentscheidung getroffen wird, die sich der Sache nach nicht wesentlich anders als eine exekutivische Zulassungsentscheidung darstellt. Dies ist etwa dann der Fall, wenn die Zulassungsentscheidung nicht im üblichen Verfahren der Gesetzgebung ergeht, sondern ein behördlich dominiertes Verfahren mit den Verfahrensschritten, wie sie auch in der exekutivischen Planung üblich sind, abschließt. Das ist in dem Verfahren nach dem Standortauswahlgesetz freilich der Fall.

Die grundsätzlichen Bedenken folgen daraus, dass das Völkerrecht (im Allgemeinen) die verfassungsrechtliche Funktionentrennung innerhalb eines Staates nicht berücksichtigt. Es gilt vielmehr das Prinzip der Einheit des Staates,

EuGH, Urteil vom 30.09.2003 – C-224/01 *Köbler* –, Slg. 2003, S. I-10239, Rn. 32 (zum Völkerrecht).

Dies hängt mit dem Umstand zusammen, dass grundsätzlich nur der Staat als solcher, ohne seine Organe und Untergliederungen, ein Rechtssubjekt des Völkerrechts ist. In diesem Sinne ist kürzlich ausgesprochen worden:

„In the eyes of the outside world a state is a subject of international law and as such a unitary entity. Other states or international organisations are not concerned with its internal distribution of powers, duties or competences,”

[Übersetzung der Unterzeichner: In den Augen der Außenwelt ist ein Staat ein Völkerrechtssubjekt und als solches eine einzelne Einheit. Andere Staaten und internationale Organisationen kümmern sich nicht um seine interne Verteilung von Befugnissen, Pflichten und Zuständigkeiten.]

UK Supreme Court, Urteil vom 13.12.2018 – *In re UK Withdrawal from the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill* [2018] UKSC 64 –, verfügbar unter <http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2018/64.html>, Rn. 29.

Daraus folgt zum einen, dass es für die Anwendbarkeit des allgemeinen Völkerrechts nicht auf die föderale Unterscheidung zwischen – in Deutschland – Bund und Ländern ankommt. Dies hat das Oberste Bundesgericht der Vereinigten Staaten treffend wie folgt formuliert:

„In respect of all international negotiations and compacts, and in respect of our foreign relations generally, state lines disappear. As to such purposes, the State of New York does not exist,“

[Übersetzung der Unterzeichner: Hinsichtlich aller internationalen Verhandlungen und Verträge, und überhaupt mit Blick auf unsere auswärtigen Beziehungen, verschwinden die Grenzen der Bundesstaaten. In dieser Hinsicht gibt es den Staat New York nicht.]

U.S. Supreme Court, Urteil vom 03.05.1937 – *U.S. v. Belmont* –, 301 U.S. 324, 331.

Weiter folgt daraus, dass die Gewaltenteilung zwischen Legislative, Exekutive und Judikative für das Völkerrecht im Allgemeinen ohne Bedeutung ist; Akte von Staatsorganen sind dem Staat ungeachtet dieser Unterscheidung zurechenbar,

vgl. Internationaler Gerichtshof, Gutachten vom 29.04.1999 – *Difference relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights* –, ICJ Reports 1999, S. 62, 87.

Diese Rechtslage findet eine weitere Rechtfertigung darin, dass über die Frage, ob ein Staat das Völkerrecht beachtet hat, nicht sein innerstaatliches Recht, sondern nur das Völkerrecht entscheiden kann,

vgl. Art. 27 Satz 1 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge, BGBl. 1985 II S. 927; Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen, Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries, UN Doc. A/56/10, S. 74 ff. (zu Art. 3),

denn auch die föderale Struktur eines Staates und seine Gewaltenteilung gehören dem innerstaatlichen Recht an, das gegenüber dem Völkerrecht nicht entscheidend sein kann.

Das Völkerrecht schaut daher in der Regel nur auf das Ergebnis und nicht auf die innerstaatliche Form,

Thienel, Tihange: Schranken der grenzüberschreitenden Kernkraftnutzung, NuR 2018, S. 675, 680, m.w.N.

Dem Völkerrecht ist es demnach zwar nicht verwehrt, auch Normen aufzustellen, die sich inhaltlich nur auf bestimmte Staatsgewalten oder Organe beziehen. Soweit Art. 6 AK nur für Entscheidungen von Behörden über die Zulassung bestimmter Tätigkeiten

gelten will, gilt diese Maßgabe also selbstverständlich. Wann aber ein Organ im Sinne des Art. 2 Nr. 2 Satz 2 AK

„in [...] gesetzgebender Eigenschaft handel[t],“

kann nicht nur von der innerstaatlichen Form, sondern muss auch von einer materiellen völkerrechtlichen Betrachtung abhängen. Eine andere Sichtweise widerspräche dem Grundsatz der Irrelevanz des innerstaatlichen Rechts für das Völkerrecht und dem Grundsatz der Einheit des Staates, nach dem das Völkerrecht nur die Handlungsweise des Staates an sich, nicht aber die förmliche Gewaltenteilung „sieht“.

Dies entspricht auch der Praxis des Compliance Committee, das gemäß Art. 15 AK von den Vertragsparteien zur Überwachung der Einhaltung der Aarhus-Konvention eingerichtet worden ist. Die Praxis solcher Organe ist von Bedeutung für die Auslegung der Verträge, über deren Einhaltung sie wachen,

vgl. Internationaler Gerichtshof, Urteil vom 30.11.2010 – *Ahmadou Sadio Diallo* (Guinea ./ DR Kongo) –, ICJ Reports 2010, S. 639, 664; Thienel, Tihange: Schranken der grenzüberschreitenden Kernkraftnutzung, NuR 2018, S. 675, 679; konkret zum Compliance Committee BVerwG, Urteil vom 05.09.2013 – 7 C 21.12 –, BVerwGE 147, S. 312, 321 (Rn. 33); Epiney/Diezig/Pirker/Reitemeyer, Aarhus-Konvention, Handkommentar, Baden-Baden 2018, Einführung Rn. 38.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann den Äußerungen solcher Organe erhebliches Gewicht zukommen, auch wenn diese Organe nicht zu einer Fortentwicklung des Vertragsinhalts ermächtigt sind und ihre Auffassungen weder für internationale noch für staatliche Gerichte verbindlich sind,

BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 26.07.2016 – 1 BvL 8/15 –, BVerfGE 142, S. 313, 346 (Rn. 90); Urteil des Ersten Senats vom 24.07.2018 – 1 BvR 309/15, 502/16 –, NJW 2018, S. 2619, 2624 (Rn. 91).

Zu der hier interessierenden Frage hat das Compliance Committee ausgeführt:

„When determining how to categorize a decision, and act or an omission under the Convention, its label in the domestic law of a Party is not decisive,”

[Übersetzung der Unterzeichner: Bei der Kategorisierung einer Entscheidung, Handlung oder Unterlassung anhand der Konvention ist die Bezeichnung nach dem innerstaatlichen Recht einer Vertragspartei nicht maßgeblich.]

Findings and recommendations with regard to communication ACCC/C/2008/32 (Part I) concerning compliance by the European Union, adopted on 14 April 2011, UN Doc. ECE/MP.PP/C.1/2011/4/Add.1, Rn. 71; vgl. Findings and recommendations with regard to compliance by Belgium (Communication ACCC/C/2005/2005/11), adopted on 16 June 2006, UN Doc. ECE/MP.PP/C.1/2006/4/Add.2, Rn. 29.

Darüber hinaus hat das Compliance Committee klargestellt, dass es in einem materiellen Sinne auf den Kontext und die Wirkung der Entscheidung ankommt:

„[W]hether [a decision] falls under article 6 or article 8 of the Convention[, ...] must be determined on a contextual basis, taking into account the legal effects of the act, while its label under the domestic law of the Party concerned is not decisive,”

[Übersetzung der Unterzeichner: Ob eine Entscheidung unter Art. 6 oder Art. 8 der Konvention fällt, muss anhand des Zusammenhangs bestimmt werden, wobei die Rechtsfolgen der Entscheidung in Betracht zu ziehen sind, während die Bezeichnung nach dem innerstaatlichen Recht der jeweiligen Partei nicht entscheidend sind.]

Findings and recommendations with regard to communication ACCC/C/2011/61 concerning compliance by the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, adopted on 28 June 2013, UN Doc. ECE/MP.PP/C.1/2013/13, Rn. 52.

In der zuletzt genannten Entscheidung hatte sich das Compliance Committee mit einem Fall zu befassen, in dem die Zulassung eines Großprojekts zwar vom britischen Parlament erteilt worden war, aber in einer besonderen Entscheidungsform. Im Recht des britischen Parlaments gibt es insoweit eine Unterscheidung zwischen „öffentlichen Gesetzentwürfen“ („public bills“), also Entwürfen für allgemein-generell geltende Gesetze, einerseits und „privaten Gesetzentwürfen“ („private bills“), die nur die Rechtslage für bestimmte einzelne Rechtsunterworfenen ändern sollen, andererseits. Der Sache nach dazwischen stehen „hybride Gesetzentwürfe“ („hybrid bills“), mit denen meist Großprojekte zugelassen werden sollen, die also unmittelbar nur die Rechte einzelner Vorhabenträger ändern, aber zahlreiche weitere Interessen betreffen können. Im Fall des Compliance Committee lag ein „hybrides“ Gesetz über die Zulassung eines Eisenbahnprojekts vor,

Findings and recommendations with regard to communication ACCC/C/2011/61 concerning compliance by the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, adopted on 28 June 2013, UN Doc. ECE/MP.PP/C.1/2013/13, Rn. 20.

In seiner Würdigung dieser gesetzlichen Vorhabenzulassung hob das Compliance Committee hervor, dass zwar mit dem Parlament eine Körperschaft gehandelt hatte, die grundsätzlich in gesetzgebender Eigenschaft handelt. Das Compliance Committee betonte aber mehrfach, dass das Parlament eine spezifische Tätigkeit zugelassen hatte,

Findings and recommendations with regard to communication ACCC/C/2011/61 concerning compliance by the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, adopted on 28 June 2013, UN Doc. ECE/MP.PP/C.1/2013/13, Rn. 53 ff.,

und hielt sogar ausdrücklich fest:

„[T]he Parliament is no longer ‘acting’ in a legislative capacity, but rather as the ‘public authority’ authorizing a project,”

[Übersetzung der Unterzeichner: Das Parlament handelt nicht mehr in einer gesetzgebenden Eigenschaft, sondern vielmehr als die Behörde, die ein Projekt zulässt.]

Findings and recommendations with regard to communication ACCC/C/2011/61 concerning compliance by the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, adopted on 28 June 2013, UN Doc. ECE/MP.PP/C.1/2013/13, Rn. 54.

Damit unterscheidet sich die Maßstabsbildung des Compliance Committee zu Art. 2 Nr. 2 Satz 2 AK allerdings deutlich von der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 2011/92/EU über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) und zu Art. 1 Abs. 5 der früheren UVP-Richtlinie 85/337/EWG. Nach dieser Bestimmung galt die UVP-Richtlinie nicht für

„Projekte, die im einzelnen durch einen besonderen einzelstaatlichen Gesetzgebungsakt genehmigt werden, da die mit dieser Richtlinie verfolgten Ziele, einschließlich desjenigen der Bereitstellung von Informationen, im Wege des Gesetzgebungsverfahrens erreicht werden.“

Inzwischen lautet die entsprechende Bestimmung der Richtlinie 2011/92/EU aufgrund einer Änderung durch die Richtlinie 2014/52/EU, nun in Art. 2 Abs. 5 Unterabs. 1 der ersten Richtlinie, wie folgt:

„Unbeschadet des Artikels 7 können die Mitgliedstaaten ein Projekt, das durch einen besonderen einzelstaatlichen Gesetzgebungsakt zugelassen wird, von den Bestimmungen dieser Richtlinie, die sich auf die Beteiligung der Öffentlichkeit beziehen, ausnehmen, jedoch unter der Voraussetzung, dass die Ziele dieser Richtlinie verwirklicht werden.“

Den ersteren Bestimmungen hat der Gerichtshof der Europäischen Union in gefestigter Rechtsprechung (die durch die Neufassung weitgehend bestätigt worden ist) entnommen, dass ein Gesetzgebungsakt nicht unter die UVP-Richtlinie falle, wenn

- ▶ dieser Gesetzgebungsakt dem Vorhabenträger tatsächlich schon das Recht zur Durchführung des Projekts verleiht und dafür nicht noch auf weitere Akte verweist,

und

- ▶ der Gesetzgebungsakt alle für die Umweltverträglichkeitsprüfung erheblichen Punkte des Projekts umfasst, also auch anhand ausreichender Angaben zu dem Projekt und seinen Umweltauswirkungen erkennen lässt, dass die Zwecke der UVP-Richtlinie bei dem betreffenden Projekt erreicht wurden,

EuGH, Urteil vom 18.10.2011 – C-128-131, 134, 135/09 *Boxus u.a.* –, Slg. 2011, S. I-9711, Rn. 37 ff.; Urteil vom 16.02.2012 – C-182/10 *Solvay u.a.* –, zit. n. juris, Rn. 31 ff.; Urteil vom 11.09.2012 – C-43/10 *Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias* –, zit. n. juris, Rn. 79 ff.; Urteil vom 17.11.2016 – C-348/15 *Stadt Wiener Neustadt* –, zit. n. juris, Rn. 26 ff.

Auf diese Rechtsprechung hat sich die britische Regierung im Verfahren vor dem Compliance Committee berufen,

s. Compliance Committee, Findings and recommendations with regard to communication ACCC/C/2011/61 concerning compliance by the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, adopted on 28 June 2013, UN Doc. ECE/MP.PP/C.1/2013/13, Rn. 37 a.E.; s. auch den mündlichen Parteivortrag („Statement at CC37“) und den Schriftsatz vom 07.06.2013 („Comments on draft findings“), verfügbar unter <https://www.unece.org/env/pp/compliance/compliancecommittee/61tableuk.html>.

In der Tat hatte der Gerichtshof seine zunächst zu Art. 1 Abs. 5 der alten UVP-Richtlinie 85/337/EWG entwickelte Rechtsprechung ausdrücklich auf die Aarhus-Konvention übertragen,

s. EuGH, Urteil vom 18.10.2011 – C-128-131, 134, 135/09 *Boxus u.a.* –, Slg. 2011, S. I-9711, Rn. 50; Urteil vom 16.02.2012 – C-182/10 *Solvay u.a.* –, zit. n. juris, Rn. 42.

Die Rechtsprechung des Gerichtshofs hätte wohl die Konsequenz gehabt, dass die Aarhus-Konvention auf den „hybriden Gesetzentwurf“ des britischen Parlaments nicht anwendbar gewesen wäre. Durch das Gesetz wurde nämlich das Eisenbahnprojekt unmittelbar zugelassen, und im parlamentarischen Verfahren hatte es eine Umweltverträglichkeitsprüfung gegeben, die zumindest an den Anforderungen der UVP-Richtlinie orientiert war,

Compliance Committee, Findings and recommendations with regard to communication ACCC/C/2011/61 concerning compliance by the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, adopted on 28 June 2013, UN Doc. ECE/MP.PP/C.1/2013/13, Rn. 27, 34, 38.

Das Compliance Committee hat die Urteile des Gerichtshofs in den Rechtssachen *Boxus u.a.* und *Solvay u.a.* ebenfalls zur Kenntnis genommen, aber nur als Hinweis auf den Umstand zitiert, dass Rechtsformen, die dem britischen „hybriden Gesetzentwurf“ entsprechen, auch in anderen Staaten existieren,

Findings and recommendations with regard to communication ACCC/C/2011/61 concerning compliance by the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, adopted on 28 June 2013, UN Doc. ECE/MP.PP/C.1/2013/13, Rn. 56.

Das Compliance Committee hat sogar in der Schilderung des Sachverhalts angemerkt, es werde angenommen, dass die britischen „hybriden Gesetzentwürfe“ nicht unter die UVP-Richtlinie fallen,

Compliance Committee, Findings and recommendations with regard to communication ACCC/C/2011/61 concerning compliance by the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, adopted on 28 June 2013, UN Doc. ECE/MP.PP/C.1/2013/13, Rn. 27 mit Fn. 5.

Selbst ist das Compliance Committee, wie gesehen, zu der Auffassung gelangt, dass entscheidend sei, ob der Gesetzgebungsakt ein konkretes Projekt zulasse und damit der Sache nach wie eine behördliche Entscheidung wirke. In diesem Fall sei Art. 6 AK anwendbar. Der Gerichtshof schließt dagegen aus der unmittelbaren Zulassung eines konkreten Projekts durch den Gesetzgebungsakt, dass die UVP-Richtlinie dann gerade nicht anwendbar ist, wenn zusätzlich noch die Inhalte der Umweltverträglichkeitsprüfung aus dem Gesetzgebungsakt (wohl einschließlich der parlamentarischen Materialien) hervorgehen. Insofern zeigt sich eine deutliche und seitens des Compliance Committee recht ausdrückliche Meinungsverschiedenheit zwischen dem Gerichtshof und dem Compliance Committee, bezogen auf Art. 2 Nr. 2 Satz 2 AK.

Die konkretere und jüngere Quelle für die Auslegung der Aarhus-Konvention ist die Praxis des Compliance Committee. Außerdem hat es den Anschein, dass die Auslegung des Gerichtshofs der Europäischen Union im Wesentlichen vom Wortlaut des Art. 1 Abs. 5 der alten UVP-Richtlinie 85/337/EWG und später des Art. 1 Abs. 4 sowie dann des Art. 2 Abs. 5 Unterabs. 1 der kodifizierten UVP-Richtlinie 2011/92/EU ausgegangen ist. Insbesondere findet die Vorgabe des Gerichtshofs, dass

„die mit dieser Richtlinie verfolgten Ziele, einschließlich desjenigen der Bereitstellung von Informationen, im Wege des Gesetzgebungsverfahrens erreicht werden,“

einen Anhalt zwar im Wortlaut der Richtlinie, aber nicht im Wortlaut des Art. 2 Nr. 2 Satz 2 AK. Es hat daher den Anschein, dass der Gerichtshof seine Rechtsprechung zur

UVP-Richtlinie, die im Ansatz schon vor dem Inkrafttreten der Aarhus-Konvention entstanden ist,

vgl. EuGH, Urteil vom 16.09.1999 – C-435/97 *WWF u.a.* –, Slg. 1999, S. I-5613, Rn. 57 ff.; Urteil vom 19.09.2000 – C-287/98 *Linster* –, Slg. 2000, S. I-6917, Rn. 51 ff. (die Aarhus-Konvention ist für ihre ersten Parteien am 30.10.2001 und für die Europäische Union am 17.02.2005 in Kraft getreten),

relativ umstandslos auf die Aarhus-Konvention übertragen hat. Überzeugender scheint mit Blick auf die Aarhus-Konvention die Auffassung des Compliance Committee. Indem diese darauf abstellt, ob ein Gesetz bei materieller Betrachtung – also allein der Sache nach – ein konkretes Vorhaben nicht anders als eine behördliche Entscheidung zulässt, nimmt sie die grundlegende Wertung auf, dass aus der Warte des Völkerrechts nicht auf die innerstaatliche Form, sondern auf die Sache selbst zu achten ist (s.o., S. 10 ff.).

Aus diesen Gründen wird hier von der Auffassung des Compliance Committee ausgegangen. Danach ist, wie dargelegt, das britische Parlament nicht in seiner gesetzgebenden Eigenschaft, sondern wie eine Behörde tätig geworden, indem es eine konkrete Tätigkeit (im Sinne des Anhangs I AK) zugelassen hat.

Dasselbe Ergebnis liegt auch hier mehr als nahe. Über die Auswahl des Standorts für ein Endlager wird zwar in der Form eines Bundesgesetzes entschieden (§ 20 Abs. 2 StandAG). Wie aus §§ 9a Abs. 3 Satz 1, 9b Abs. 1 Satz 1 StandAG für den Fall eines Endlagers ohne gesetzliche Standortfestlegung folgt, in dem nämlich auch über die Eignung des Standorts im Planfeststellungsverfahren zu entscheiden wäre, handelt es sich dabei aber der Sache nach um eine administrative Entscheidung. Mit dem Bundesgesetz nach § 20 Abs. 2 StandAG wird zudem die Tätigkeit der Endlagerung im Umfang der Standorteignung zugelassen.

Das Bundesgesetz zur Standortauswahl gemäß § 20 Abs. 2 StandAG hat somit die Wirkung einer Zulassung eines konkreten individuellen Vorhabens. Dass es diese Wirkung nur im Hinblick auf die Zulässigkeit des Standorts hat, steht der Würdigung, dass

sich das Gesetz damit auf einen Einzelfall bezieht und keine abstrakt-generelle Regelung trifft, nicht entgegen. Dieser Umstand verstärkt die Würdigung eher noch.

Die gesetzliche Standortauswahl nach § 20 Abs. 2 StandAG steht somit der Anwendbarkeit des Art. 6 AK nicht entgegen. Dasselbe gilt für die formell-gesetzlichen Schritte im Verfahren der Standortauswahl nach §§ 15 Abs. 3, 17 Abs. 2 Satz 4 StandAG.

b) Zur Vereinbarkeit der Vorfestlegung mit Art. 6 Abs. 4 AK

Demnach stellt sich die Frage, ob die Festlegung auf tiefe geologische Formationen der Wirtsgesteine Steinsalz, Tongestein und Kristallingestein gemäß § 1 Abs. 3, Abs. 4 Satz 1 StandAG mit Art. 6 AK vereinbar ist.

Diese Frage stellt sich vor allem mit Blick auf die Vorgabe des Art. 6 Abs. 4 AK, wonach die frühzeitige Öffentlichkeitsbeteiligung

„zu einem Zeitpunkt, zu dem alle Optionen noch offen sind und eine effektive Öffentlichkeitsbeteiligung stattfinden kann,“

stattzufinden hat. Aufgrund der gesetzlichen Vorfestlegung könnten nämlich nicht mehr „alle Optionen noch offen“ sein.

Die Forderungen, dass „alle Optionen noch offen“ sein müssen und „eine effektive Öffentlichkeitsbeteiligung [noch] stattfinden kann“, stehen in einem inneren Zusammenhang. Wenn nicht mehr alle Optionen offen sind, kann auch keine effektive Öffentlichkeitsbeteiligung mehr stattfinden,

vgl. Compliance Committee, Findings with regard to communication ACCC/C/2007/22 concerning compliance by France, adopted on 3 July 2009, UN Doc. ECE/MP.PP/C.1/2009/4/Add.1, Rn. 36; Epiney/Diezig/Pirker/Reite-

meyer, Aarhus-Konvention, Handkommentar, Baden-Baden 2018, Art. 6, 6bis Rn. 29,

denn die effektive Öffentlichkeitsbeteiligung zeichnet sich dadurch aus, dass das Ergebnis der Öffentlichkeitsbeteiligung noch angemessen berücksichtigt werden kann,

vgl. Compliance Committee, Findings with regard to communication ACCC/C/2008/26 concerning compliance by Austria, adopted on 25 September 2009, UN Doc. ECE/MP.PP/C.1/2009/6/Add.1, Rn. 57.

Dies kommt in der französischen Sprachfassung des Art. 6 Abs. 4 AK, nach der alle Optionen und Lösungen noch möglich sein müssen („toutes les options et solutions sont encore possibles“), noch etwas deutlicher zum Ausdruck. In der russischen Fassung heißt es ebenfalls treffend, dass alle Möglichkeiten, verschiedene Optionen in Betracht zu ziehen („открыты все возможности для рассмотрения различных вариантов“), noch offen sein müssen.

Demnach reicht es nicht aus, dass nur formell und de jure alle Möglichkeiten noch offen sind. Vielmehr müssen auch de facto alle Möglichkeiten, einschließlich der Nulloption, noch offen sein,

Compliance Committee, Findings and recommendations with regard to communication ACCC/C/2009/41 concerning compliance by Slovakia, adopted on 17 December 2010, UN Doc. ECE/MP.PP/2011/11/Add.3, Rn. 63; Epiney/Diezig/Pirker/Reitemeyer, Aarhus-Konvention, Handkommentar, Baden-Baden 2018, Art. 6, 6bis Rn. 30.

Deshalb können auch öffentliche Verlautbarungen, die eine stark ausgeprägte Tendenz zu einer Option erkennen lassen und so die de facto möglichen Optionen reduzieren, problematisch sein,

Compliance Committee, Findings with regard to communication ACCC/C/2008/26 concerning compliance by Austria, adopted on 25 September 2009, UN Doc. ECE/MP.PP/C.1/2009/6/Add.1, Rn. 57.

Auch andere tatsächliche Einschränkungen, etwa die fortschreitende Verwirklichung eines Projekts während des laufenden Verfahrens, können gegen Art. 6 Abs. 4 AK verstoßen. Dazu hat das Compliance Committee ausgeführt:

„A key issue is whether the public has had the opportunity to participate in the decision-making on those technological choices at one or other stage in the overall process, and before the ‘events on the ground’ have effectively eliminated alternative options. If the only opportunity for the public to provide input to decision-making on technological choices, which is subject to the public participation requirements of article 6, is at a stage when there is no realistic possibility for certain technological choices to be accepted, then this would not be compatible with the Convention,“

[Übersetzung der Unterzeichner: Eine zentrale Frage ist, ob die Öffentlichkeit die Gelegenheit hatte, an der Entscheidungsfindung zu diesen technologischen Optionen auf der einen oder anderen Stufe des gesamten Verfahrens teilzunehmen, bevor die tatsächliche Entwicklung in Wirklichkeit alle alternativen Optionen beseitigt hat. Wenn die einzige Gelegenheit für die Öffentlichkeit, sich in die Entscheidungsfindung zu technologischen Optionen einzubringen, die den Anforderungen an die Öffentlichkeitsbeteiligung nach Art. 6 unterliegt, auf einer Stufe stattfindet, in der es keine realistische Möglichkeit gibt, dass gewisse technologische Optionen noch angenommen werden, ist dies nicht vereinbar mit der Konvention.]

Compliance by Lithuania with its obligations under the Convention, Report by the Compliance Committee, adopted on 2 April 2008, UN Doc. ECE/MP.PP/2008/5/Add.6, Rn. 74 (zu Communication ACCC/C/2006/16).

Vor allem aber ist es problematisch, wenn bereits vor der ersten Öffentlichkeitsbeteiligung die Entscheidung, zu der die Öffentlichkeit noch konsultiert wird, durch vorab getroffene Teilentscheidungen eingeschränkt wird, so dass einige Optionen – wie etwa die Nulloption – nicht mehr zur Debatte stehen,

Compliance Committee, Findings and recommendations with regard to compliance by Armenia (Communication ACCC/C/2004/08), adopted on 31 March 2006, UN Doc. ECE/MP.PP/C.1/2006/2/Add.1, Rn. 29; Epiney/Diezig/Pirker/Reitemeyer, Aarhus-Konvention, Handkommentar, Baden-Baden 2018, Art. 6, 6bis Rn. 30.

Einschränkungen einer späteren Planungsentscheidung sind deshalb nicht vollkommen unzulässig. Für sie gilt aber:

„If the scope of the permitting authority is already limited due to earlier decisions, then the Party concerned should have also ensured public participation during the earlier stages of decision-making,”

[Übersetzung der Unterzeichner: Wenn der Entscheidungsspielraum der zulassenden Behörde bereits durch frühere Entscheidungen eingeschränkt ist, sollte die fragliche Vertragspartei auch auf den früheren Stufen der Entscheidungsfindung die Beteiligung der Öffentlichkeit sichergestellt haben.]

Compliance Committee, Findings with regard to communication ACCC/C/2007/22 concerning compliance by France, adopted on 3 July 2009, UN Doc. ECE/MP.PP/C.1/2009/4/Add.1, Rn. 38; Findings and recommendations with regard to communication ACCC/C/2014/104 concerning compliance by the Netherlands, adopted on 4 October 2018, UN Doc. ECE/MP.PP/C.1/2019/3, Rn. 76; Findings and recommendations with regard to communication ACCC/C/2014/100 concerning compliance by the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, adopted on 12 March 2019, UN Doc. ECE/MP.PP/C.1/2019/6, Rn. 83; vgl. auch Compliance by Lithuania with its obligations under the Convention, Report by the Compliance Committee, adopted on 2 April 2008, UN Doc. ECE/MP.PP/2008/

5/Add.6, Rn. 72 (zu Communication ACCC/C/2006/16), und dazu Epiney/Diezig/Pirker/Reitemeyer, Aarhus-Konvention, Handkommentar, Baden-Baden 2018, Art. 6, 6bis Rn. 31.

Fraglich ist insofern, ob dies auch gilt, wenn die Einschränkung der späteren Entscheidung durch ein formelles Gesetz erfolgt ist, oder in welcher Weise dann die Öffentlichkeit bei der Gelegenheit der gesetzlichen Einschränkung beteiligt worden sein muss.

Mit einem vergleichbaren Fall hatte sich das Compliance Committee erst kürzlich zu befassen. Dort ging es um eine von einer Behörde erteilte Laufzeitverlängerung für ein Kernkraftwerk in den Niederlanden. Der behördlichen Entscheidung über die Laufzeitverlängerung bis zum 31.12.2033 war eine Gesetzesänderung im Jahr 2010 vorausgegangen, in der gesetzlich festgeschrieben worden war, dass die Betriebserlaubnis für das Kernkraftwerk mit Wirkung ab dem 31.12.2033 widerrufen werden sollte. Damit war die Laufzeitverlängerung bis zu diesem Datum bereits gesetzlich vorgezeichnet. Diese gesetzliche Bestimmung ging ihrerseits auf eine vertragliche Abrede zwischen der Regierung und der Betreibergesellschaft des Kernkraftwerks aus dem Jahr 2006 zurück, in der ein Betriebsende am 31.12.2033 vereinbart worden war. Die behördliche Entscheidung über die Laufzeitverlängerung war somit einerseits durch das Gesetz aus dem Jahr 2010, andererseits durch den Vertrag von 2006 vorgezeichnet; der Entscheidungsspielraum der Behörde war dementsprechend eingeschränkt,

Compliance Committee, Findings and recommendations with regard to communication ACCC/C/2014/104 concerning compliance by the Netherlands, adopted on 4 October 2018, UN Doc. ECE/MP.PP/C.1/2019/3, Rn. 24 f., 79.

Das Compliance Committee stellte einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 4 AK fest. Dazu führte es aus:

„77. The Committee notes that, while the 2006 Covenant did not in itself amount to a decision under article 6 of the Convention, it stipulated that the Government would refrain from taking measures intended to close Borssele Nuclear Power

Plant before 2033 and established that the Government was required to compensate the operator if it failed to do so [...].

79. The Party concerned does not dispute that the legislative amendment of 1 July 2010 inserting section 15a (1) into the Nuclear Energy Act resulted from the 2006 Covenant. Section 15a (1) of the Nuclear Energy Act specifically set the end date of 31 December 2033 for the nuclear power plant, thereby establishing the parameters for the 18 March 2013 licence amendment.

80. The communicant submits that prior to the conclusion of the 2006 Covenant and the 2010 amendment of the Nuclear Energy Act only selected stakeholders were invited by parliament to comment and this has not been disputed by the Party concerned. As the Committee held in its findings on communication ACCC/C/2010/51 (Romania), participation in closed advisory groups cannot be considered as public participation meeting the requirements of the Convention. The Committee accordingly considers that the public did not have the opportunity to participate in a manner that would meet the requirements of article 6 prior to the 2010 amendment to the Nuclear Energy Act,”

[Übersetzung der Unterzeichner: 77. Das Compliance Committee stellt fest, dass der Vertrag von 2006, auch wenn er nicht selbst eine Entscheidung nach Art. 6 AK war, vorsah, dass die Regierung von Maßnahmen zur Schließung des Kernkraftwerks Borssele bis zum Jahr 2033 absehen werde und dass die Regierung andernfalls die Betreibergesellschaft entschädigen müsste.

79. Die betroffene Vertragspartei stellt nicht in Abrede, dass die Gesetzesänderung vom 01.07.2010, mit der § 15a Abs. 1 in das Atomenergiewertgesetz eingefügt wurde, aus dem Vertrag von 2006 hervorgegangen war. § 15a Abs. 1 des Atomenergiewertgesetzes legte gerade das Betriebsende am 31.12.2033 für das Kernkraftwerk fest und bestimmte daher die Parameter für die Änderung der Genehmigung am 18.03.2013.

80. Die Anzeigende trägt vor, dass vor dem Vertrag von 2006 und der Änderung des Atomenergiewertgesetzes von 2010 nur ausgewählte interessierte Kreise vom Parlament zur Äußerung aufgefordert wurden, und die betroffene Vertragspartei

hat das nicht bestritten. Wie das Compliance Committee in seinen Feststellungen zur Anzeige ACCC/C/2010/51 (Rumänien) entschieden hat, kann die Beteiligung in geschlossenen beratenden Gruppen nicht als Öffentlichkeitsbeteiligung gemäß den Anforderungen der Konvention angesehen werden. Das Compliance Committee ist deshalb der Auffassung, dass die Öffentlichkeit vor der Änderung des Atomenergiegesetzes von 2010 nicht die Gelegenheit hatte, sich in einer Weise zu beteiligen, die den Anforderungen von Art. 6 AK genügen würde.]

Compliance Committee, Findings and recommendations with regard to communication ACCC/C/2014/104 concerning compliance by the Netherlands, adopted on 4 October 2018, UN Doc. ECE/MP.PP/C.1/2019/3, Rn. 77 ff.

Diesem Fall des Compliance Committee könnte entnommen werden, dass auch eine gesetzliche Einschränkung des Entscheidungsspielraums einer Behörde in einem Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 lit. a AK, die nicht selbst mit einer Öffentlichkeitsbeteiligung gemäß Art. 6 AK verbunden war, zu einem Verstoß gegen Art. 6 Abs. 4 AK führe, weil infolge dieser Einschränkung bei der nachfolgenden frühzeitigen Öffentlichkeitsbeteiligung nicht mehr „alle Optionen offen“ sind. Es ist allerdings nicht sicher, dass dies der Auffassung des Compliance Committee wirklich entnommen werden kann.

Das Compliance Committee hat sich nicht mit der Feststellung begnügt, dass das Gesetz von 2010 den späteren Entscheidungsspielraum verkürzt habe und seinerseits ohne eine Öffentlichkeitsbeteiligung nach Art. 6 AK verabschiedet worden ist. Vielmehr hat das Compliance Committee auch hervorgehoben, dass der Vertrag von 2006 das Gesetz von 2010 wesentlich bestimmt hatte und dass (auch) er ohne eine Beteiligung der Öffentlichkeit zustande gekommen war. Demnach lag jedenfalls ein Teil des Problems in der doppelten Vorfestlegung durch das Gesetz und den Vertrag. Andernfalls hätte der Vertrag selbst gar nicht mehr erwähnt werden müssen, was aber in der oben zitierten Randnummer 79 in prominenter Weise geschehen ist; in der oben zitierten Randnummer 80 werden der Vertrag und die hierzu fehlende Öffentlichkeitsbeteiligung dann ebenfalls wieder aufgenommen.

Mit dem zitierten Fall und der Würdigung des Compliance Committee ist daher nicht schon festgestellt, dass gesetzliche Vorfestlegungen zu einem Verstoß gegen Art. 6 Abs. 4 AK führen, wenn diese ihrerseits nicht vorab gebunden sind. Auch ist nicht festgestellt, dass ein Verstoß vorliegt, wenn es in dem Gesetzgebungsverfahren über eine Vorfestlegung eine Öffentlichkeitsbeteiligung gegeben hat, die über die vorstehend referierte Ansprache nur bestimmter interessierter Kreise hinausgeht.

Zudem ist mit den vorstehend zitierten Ausführungen des Compliance Committee nur der dortige Fall angesprochen, in dem es über den gesamten Verfahrensgegenstand der Laufzeitverlängerung für das Kernkraftwerk schon eine Vorfestlegung gegeben hatte. Damit ist nicht unbedingt auch ausgesprochen, dass einzelne Vorfestlegungen über den Verfahrensgegenstand, die das weitere Verfahren nur hinsichtlich einzelner Aspekte binden, stets gegen Art. 6 Abs. 4 AK verstoßen.

Diesen beiden Aspekten wird also nachfolgend weiter nachzugehen sein. Die Praxis des Compliance Committee gibt hierzu leider keine näheren Erläuterungen her.

Zur Handlungsform des Gesetzes bietet sich zunächst ein erneuter Blick auf Art. 2 Nr. 2 Satz 2 AK an, wonach gesetzliche Planungsentscheidungen nicht unter die Aarhus-Konvention fallen. Hintergrund dieser Vorschrift ist, dass die gewählten Volksvertreter in einer gesetzgebenden Körperschaft dem Volk im Wahlvorgang und in dem darauf bezogenen politischen Prozess Rechenschaft für ihre Tätigkeit ablegen,

vgl. United Nations Economic Commission for Europe, The Aarhus Convention, An Implementation Guide, 2. Auflage 2014, verfügbar unter <http://www.unece.org/index.php?id=35869>, S. 49 (die Ausnahme in Art. 2 Nr. 2 Satz 2 AK „is due to the different character of such decision-making from many other kinds of decision-making by public authorities. Regarding decision-making in a legislative capacity, elected representatives are in theory directly accountable to the public through the election process.“).

Die unmittelbare Verantwortlichkeit der gesetzgebenden Körperschaften gegenüber dem Wahlvolk ist somit eine Konzeptalternative zu der Beteiligung der Öffentlichkeit in einem konkreten Planungsverfahren. Auf beiden Wegen wird eine Rückbindung der Entscheidung an das Volk gewährleistet. Deshalb gilt die Pflicht zur Beteiligung der Öffentlichkeit im konkreten Verfahren nicht, wo die Verantwortung gegenüber dem Volk sich nicht aus diesem Verfahren, sondern aus dem politischen System ergibt.

Damit geht einher, dass die Ausnahme von der Pflicht zur Öffentlichkeitsbeteiligung im konkreten Verfahren für die Tätigkeit der gesetzgebenden Körperschaft im Rahmen der abstrakt-generellen Rechtsetzung, nicht aber für konkret-individuelle Vorhabenzulassungen durch den Gesetzgeber gilt (s.o., S. 14 ff.). Die unmittelbare Verantwortlichkeit der gesetzgebenden Körperschaften gegenüber dem Wahlvolk tritt nämlich vor allem dann in den Vordergrund, wenn es um eine Tätigkeit geht, die wegen ihrer abstrakt-generellen Geltung im Ansatz das gesamte Wahlvolk betreffen kann. Wenn dagegen durch eine konkret-individuelle Vorhabenzulassung zwangsläufig nur bestimmte Teile des Wahlvolks betroffen werden, ist die Verantwortlichkeit der gesetzgebenden Körperschaft gegenüber dem gesamten Wahlvolk nur eingeschränkt relevant. Sie kann dann auch nur eingeschränkt die Funktion der Öffentlichkeitsbeteiligung erfüllen, weil nur die Wahlentscheidungen eines Teils des Volkes mit der fraglichen Tätigkeit im Zusammenhang stehen werden.

Daraus folgt, dass die schon aus verfassungsrechtlichen und politischen Gründen prinzipiell öffentliche Gesetzgebung, sofern sie abstrakt-generell wirkt, eine Alternative zur Öffentlichkeitsbeteiligung nach Art. 6 AK darstellt. Dies entspricht der bereits oben dargelegten Rechtslage zu Art. 2 Nr. 2 Satz 2 AK.

Demnach liegt es dann aber systematisch nahe, dass auch eine abstrakt-generell wirkende gesetzliche Vorfestlegung für ein Planungsverfahren nicht gegen Art. 6 Abs. 4 AK verstößt. In diesem Fall wird nämlich zwar auch schon die frühzeitige Öffentlichkeitsbeteiligung inhaltlich um die Aspekte verkürzt, für die es bereits die Vorfestlegung gibt. Hinsichtlich dieser Aspekte hat es dann mit dem Gesetzgebungsverfahren zu der

abstrakt-generellen Vorfestlegung aber eine Konzeptalternative zu der Öffentlichkeitsbeteiligung gegeben.

Mit einer gegenteiligen Schlussfolgerung würde auch zu viel bewiesen. Wäre es richtig, dass auch abstrakt-generelle gesetzliche Vorfestlegungen eines Planungsverfahrens gegen Art. 6 Abs. 4 AK verstoßen, weil in ihrer Folge nicht mehr „alle Optionen offen“ sind, schieden alle zwingenden Planungsleitsätze von vornherein aus. Diese sind aber ein Merkmal der rechtsstaatlichen Planung.

Zwingende Planungsleitsätze sind gesetzliche Regelungen, die bei öffentlichen Planungen strikte Beachtung verlangen und deswegen nicht im Rahmen der planerischen Abwägung überwunden werden können,

BVerwG, Urteil vom 22.03.1985 – 4 C 73.82 –, BVerwGE 71, S. 163, 165; VGH Kassel, Beschluss vom 05.05.1987 – 2 R 1430/86 –, zit. n. juris, Rn. 47; OVG Hamburg, Beschluss vom 07.12.1998 – 2 Bs 109/98 –, zit. n. juris, Rn. 5; VG Regensburg, Urteil vom 24.07.2006 – RN 13 K 05.395 –, zit. n. juris, Rn. 43.

Ein Vorhaben aus dem Bereich des Planungsrechts ist demnach nur zulässig, wenn an dem Vorhaben ein Bedürfnis besteht (Planrechtfertigung), die rechtlichen Schranken des Abwägungsgebots beachtet worden sind und das Vorhaben nicht gegen anderweitige rechtliche Bindungen verstößt,

BVerwG, Urteil vom 14.02.1975 – IV C 21.74 –, BVerwGE 48, S. 56, 59 ff.; OVG Hamburg, Beschluss vom 07.12.1998 – 2 Bs 109/98 –, zit. n. juris, Rn. 4 ff.; VG Regensburg, Urteil vom 24.07.2006 – RN 13 K 05.395 –, zit. n. juris, Rn. 42; vgl. BVerwG, Urteil vom 22.03.1985 – 4 C 73.82 –, BVerwGE 71, S. 163, 164.

Beispielsweise ist die Vorgabe in § 1 Abs. 3 Satz 1 FStrG, dass Bundesautobahnen „frei von höhengleichen Kreuzungen“ sind, ein zwingender Planungsleitsatz,

BVerwG, Urteil vom 22.03.1985 – 4 C 73.82 –, BVerwGE 71, S. 163, 164.

Ein anderes Beispiel ist die Vorgabe des § 48 Abs. 1 WHG, nach der eine Erlaubnis für das Einbringen und Einleiten von Stoffen in das Grundwasser nur erteilt werden darf, wenn eine nachteilige Veränderung der Wasserbeschaffenheit nicht zu besorgen ist,

VG München, Urteil vom 17.09.2013 – M 2 K 13.2648 –, zit. n. juris, Rn. 31.

Zwingende Planungsleitsätze sind somit Normen, die im Vorfeld und unabhängig von der Abwägung zu beachten sind. In diesem Sinne schränken alle zwingenden Planungsleitsätze die Abwägung und die mit ihr verbundene Öffentlichkeitsbeteiligung ein. Es liegt jedoch nicht nahe, dass dies gegen das Gebot der Öffentlichkeitsbeteiligung – sei es ein Gebot des originär deutschen Rechts oder eines der Aarhus-Konvention – verstößt. Es ergibt sich vielmehr aus der Natur der Sache, dass ein zu planendes Vorhaben nicht nur abzuwägenden Belangen begegnen, sondern auch strikte normative Vorgaben (eben zwingende Planungsleitsätze) zu beachten haben wird.

Sofern diese normativen Vorgaben durch abstrakt-generell geltendes formelles Gesetz formuliert werden, unterliegt der Gesetzgeber nach dem System der Aarhus-Konvention der öffentlichen Kontrolle durch den politischen Prozess und die Wahlen. Darüber hinaus ist der Gesetzgeber nicht verpflichtet, eine Öffentlichkeitsbeteiligung durchzuführen, auch wenn durch seine normativen Vorgaben ein nachfolgendes Verfahren der Planung mit Öffentlichkeitsbeteiligung um gewisse Aspekte verkürzt wird.

Der Sache nach wäre es zwar vorstellbar, alle formell-gesetzlichen Vorgaben, die im Vorfeld der planerischen Abwägung gelten sollen und diese somit einschränken, einer Überprüfung auf ihre Angemessenheit hin zu unterziehen. Die vorgenannten Beispiele zwingender Planungsleitsätze würde dieser Überprüfung sicherlich standhalten, weil es

sich aufdrängt, dass Bundesautobahnen keine höhengleichen Kreuzungen haben können oder dass die Beschaffenheit des Grundwassers zu schützen ist. In der Aarhus-Konvention gibt es aber keinen Anhaltspunkt für eine solche Überprüfung. Soweit Art. 6 Abs. 4 AK verlangt, dass eine frühzeitige Öffentlichkeitsbeteiligung zu einem Zeitpunkt stattfindet, zu dem noch „alle Optionen offen“ sind, ergibt sich daraus kein Ansatz für eine materielle Kontrolle von Einschränkungen dieses Grundsatzes. Überhaupt folgen aus der Aarhus-Konvention keine materiellen, sondern nur formelle Vorschriften für die Planungen der Parteien der Konvention.

Bezieht man dies nun auf die Vorfestlegung auf tiefe geologische Formationen der Wirtsgesteine Steinsalz, Tongestein und Kristallingestein gemäß § 1 Abs. 3, Abs. 4 Satz 1 StandAG, erweist sich, dass es sich hierbei um eine Vorgabe durch das formelle Gesetz handelt. Die Vorgaben wirken auch abstrakt-generell, denn sie schließen für jeden möglichen Standort die Alternativen zu dieser tiefengeologischen Endlagerung aus. Mit dieser negativen Wirkung handelt es sich auch um einen zwingenden Planungsleitsatz für das weitere Verfahren und für die endgültige Standortentscheidung nach § 19, 20 StandAG. Eine materielle Kontrolle dieser Vorgabe anhand der Aarhus-Konvention gibt es nicht. Vielmehr hat diese abstrakt-generelle Vorgabe nur der parlamentarische Gesetzgeber gegenüber seinem Wahlvolk zu verantworten.

Darüber hinaus ist aber auch festzuhalten, dass es zu den Vorgaben nach § 1 Abs. 3, Abs. 4 Satz 1 StandAG durchaus eine Öffentlichkeitsbeteiligung gegeben hat. Diese gesetzliche Festlegung ist auf Empfehlung der Endlagerkommission ergangen,

Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Gesetzes zur Suche und Auswahl eines Standortes für ein Endlager für Wärme entwickelnde radioaktive Abfälle und anderer Gesetze, Gesetzentwurf der Fraktionen CDU/CSU, SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drucks. 18/11398, S. 48; zur Empfehlung und den Gründen s. den Abschlussbericht der Endlagerkommission, K-Drucks. 268, S. 210 ff.,

und die Endlagerkommission hat hierzu einen Bürgerdialog durchgeführt,

s. zum Bürgerdialog Standortsuche im Allgemeinen den Abschlussbericht der Endlagerkommission, K-Drucks. 268, S. 413 ff., sowie zu den Alternativen zur tiefengeologischen Endlagerung insbesondere den Bericht über die Fokusgruppe Alternativen zum Bergwerk, K-MAT 30.

Außerdem war die Endlagerkommission selbst pluralistisch zusammengesetzt (§ 3 Abs. 1 Satz 1 StandAG a.F.) und auf einen hohen Grad an Konsens (§ 3 Abs. 5 Satz 1 StandAG a.F.) und Öffentlichkeit (§§ 5 Abs. 3, 9, 10 StandAG a.F.) ausgerichtet,

vgl. Smeddinck/Roßegger, Partizipation bei der Entsorgung radioaktiver Reststoffe - unter besonderer Berücksichtigung des Standortauswahlgesetzes, NuR 2013, S. 548, 553 f.; Smeddinck, Elemente des Standortauswahlgesetzes zur Entsorgung radioaktiver Abfälle - Vorgeschichte, Zuschnitt und Regelungskomplexe, DVBl. 2014, S. 408, 411 f.

Zudem ist bereits das Gesetzgebungsverfahren zum Standortauswahlgesetz von 2013, mit dem die Grundlagen für die Endlagerkommission gelegt wurden, in einer besonderen Weise öffentlich gemacht worden,

dazu Smeddinck/Roßegger, Partizipation bei der Entsorgung radioaktiver Reststoffe - unter besonderer Berücksichtigung des Standortauswahlgesetzes, NuR 2013, S. 548, 553.

Selbst wenn das Gebot des Art. 6 Abs. 4 AK, dass etwaige Einschränkungen einer nachfolgenden Planung und Öffentlichkeitsbeteiligung ihrerseits unter Beteiligung der Öffentlichkeit beschlossen worden sind (s.o., S. 24), auch im Fall abstrakt-genereller Vorgaben eines formellen Gesetzes, die die Planung nur unter einzelnen Aspekten einschränken, gelten sollte, wäre diesem Gebot hier also wohl genügt worden.

Demnach ist es zwar im Allgemeinen geboten, dass die Öffentlichkeit bereits zu einem Zeitpunkt beteiligt wird, zu dem noch „alle Optionen offen“ sind, und dass etwaige

vorherige Einschränkungen ihrerseits unter Beteiligung der Öffentlichkeit entstanden sind. Der zuletzt genannten Öffentlichkeitsbeteiligung bedarf es aber dann nicht, wenn die spätere Öffentlichkeitsbeteiligung durch ein abstrakt-generell geltendes formelles Gesetz um gewisse Aspekte verkürzt wird, weil sich das Gesetz als ein zwingender Planungsleitsatz auswirkt. In diesem Fall trifft die Verantwortung für das abstrakt-generelle Gesetz den parlamentarischen Gesetzgeber gegenüber dem Wahlvolk, und dieser Verantwortungszusammenhang tritt an die Stelle des Gebots der Beteiligung der Öffentlichkeit im Verfahren. In dem vorliegenden Fall kommt freilich hinzu, dass es eine intensive Beteiligung der Öffentlichkeit bei der Ausarbeitung der vorherigen Einschränkung nach § 1 Abs. 3, Abs. 4 Satz 1 StandAG gegeben hat.

Die Vorfestlegung in § 1 Abs. 3, Abs. 4 Satz 1 StandAG auf eine Endlagerung in tiefen geologischen Formationen der Wirtsgesteine Steinsalz, Tongestein und Kristallingestein verstößt demnach nicht gegen Art. 6 Abs. 4 AK.

2. Zur Espoo-Konvention

Oben (S. 4 f.) ist bereits die sog. Espoo-Konvention als eine Vorläuferin der Aarhus-Konvention erwähnt worden. Auch diese Konvention ist weiterhin in Kraft. Daher kann weiter geprüft werden, ob die Vorfestlegung auf die Endlagerung in tiefen geologischen Formationen der Wirtsgesteine Steinsalz, Tongestein und Kristallingestein gegen die Espoo-Konvention verstößt.

Die Espoo-Konvention ist nur in ihrer englischen, ihrer französischen und ihrer russischen Sprachfassung authentisch (Art. 20 EK). Allein auf diese Sprachfassungen kommt es auch für die innerstaatliche Anwendung der Konvention an (s.o., S. 6). Dennoch wird hier, solange sich keine relevanten Unterschiede oder Fragen der Auslegung des Wortlauts ergeben, nur die amtliche, nicht aber authentische deutsche Übersetzung wiedergegeben werden.

a) Zur Anwendbarkeit der Espoo-Konvention

Gemäß Art. 2 Abs. 3 EK ist vor einer Entscheidung über die Genehmigung oder Durchführung einer in Anhang I EK aufgeführten geplanten Tätigkeit, die voraussichtlich erhebliche nachteilige grenzüberschreitende Auswirkungen hat, eine Umweltverträglichkeitsprüfung nach Maßgabe der Konvention durchzuführen. Zu den Maßgaben der Konvention gehört auch eine grenzüberschreitende Beteiligung der Öffentlichkeit (Art. 2 Abs. 6, 4 Abs. 2 Satz 2 EK).

Zu den Tätigkeiten nach Anhang I EK gehörten bereits nach der Ursprungsfassung der Konvention (in der deutschen Übersetzung)

„Anlagen, die ausschließlich für die Erzeugung oder Anreicherung von Kernbrennstoffen, die Wiederaufarbeitung bestrahlter Kernbrennstoffe oder die Lagerung, Beseitigung und Aufarbeitung radioaktiver Abfälle bestimmt sind.“

Danach konnte sich die Frage ergeben, ob auch Anlagen erfasst werden, die zwar zur Lagerung und Beseitigung, nicht aber zur Aufarbeitung radioaktiver Abfälle bestimmt sind. Der Umstand, dass vor dem Wort „Aufarbeitung“ das Wort „und“ verwendet wird, während an anderen Stellen in der Aufzählung offenbar bewusst das Wort „oder“ vorkommt, deutete darauf hin, dass dies nicht der Fall sei. In den drei authentischen Sprachfassungen ergibt sich insoweit nichts anderes.

Anhang I EK ist aber mit der zweiten Änderung der Espoo-Konvention (BGBl. 2006 II S. 225) überarbeitet worden. Seitdem sind auch Anlagen, die für die „endgültige Beseitigung bestrahlter Kernbrennstoffe“ oder „ausschließlich für die endgültige Beseitigung radioaktiver Abfälle“ bestimmt sind, ausdrücklich erfasst. Um solche Anlagen geht es natürlich bei der Standortsuche nach dem Standortauswahlgesetz.

Mit dieser Änderung der Espoo-Konvention ist bewusst u.a. eine Anpassung an die Aarhus-Konvention bewirkt worden,

Entwurf eines Gesetzes zu der Zweiten Änderung des Übereinkommens vom 25. Februar 1991 über die Umweltverträglichkeitsprüfung im grenzüberschreitenden Rahmen (Zweites Espoo-Vertragsgesetz), Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/43, S. 19.

Demnach sind hier auch die Erwägungen übertragbar, die oben dazu angestellt wurden, dass Art: 6 AK der Sache nach auch auf das Standortauswahlverfahren anwendbar ist, obwohl dort nicht über die Tätigkeit der Endlagerung an sich, aber mit verbindlicher Wirkung über den Standort des Endlagers entschieden wird (s.o., S. 6 f.). Dieser Umstand steht daher auch der Anwendbarkeit der Espoo-Konvention nicht entgegen.

Dass grenzüberschreitende erhebliche Auswirkungen eines Endlagers möglich sind, folgt schon aus § 26 Abs. 2 Nr. 2 StandAG. Danach ist zu gewährleisten, dass die Auswirkungen der Endlagerung auf Mensch und Umwelt im Ausland nicht größer sind als im Inland zulässig. Ob die Auswirkungen erheblich sein können, hängt nicht nur von der (sehr geringen) Wahrscheinlichkeit eines Schadensereignisses, sondern auch von dem möglichen Umfang eines Schadensereignisses und von der Dauer der Möglichkeit eines solchen Ereignisses ab. Dies folgt schon aus allgemeinen Grundsätzen der Risikobewertung,

vgl. für diesen Ansatz nur BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 27.07.2005 – 1 BvR 668/04 –, BVerfGE 113, S. 348, 386; Beschluss des Ersten Senats vom 04.04.2006 – 1 BvR 518/02 –, BVerfGE 115, S. 320, 360 f.

Daher wird nicht zu verneinen sein, dass mit dem Endlager nach dem Standortauswahlgesetz erhebliche nachteilige grenzüberschreitende Auswirkungen verbunden sein können. Dies folgt schon aus dem sehr langen Zeitraum, der hier in Rede steht. Für die Pflicht zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung reicht im Übrigen die Möglichkeit erheblicher nachteiliger grenzüberschreitender Auswirkungen schon aus,

vgl. Internationaler Gerichtshof, Urteil vom 20.04.2010 – *Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentinien ./ Uruguay) –, ICJ Reports 2010, S. 14, 82 f.

(Rn. 204); v. Arnould, Völkerrecht, 3. Auflage, Heidelberg 2016, Rn. 886;
Thienel, in: Frenz, Atomrecht, Baden-Baden 2018, § 1 AtG Rn. 21.

Im Übrigen mag es zwar sein, dass nachteilige grenzüberschreitende Auswirkungen eines Endlagers nicht bei allen möglichen Standorten auf dem Bundesgebiet ernstlich in Betracht kommen. Ganz ausgeschlossen scheint es freilich nach dem aufgezeigten Maßstab nicht, dass jedenfalls eine hinreichende Möglichkeit grenzüberschreitender nachteiliger Auswirkungen in Deutschland überall bestehen wird. Selbst wenn dies nicht der Fall wäre, ergäbe sich aber ein Bedürfnis einer grenzüberschreitenden Öffentlichkeitsbeteiligung aus der Espoo-Konvention jedenfalls in einigen denkbaren Fällen der Standortauswahl. Folglich ist es nicht von vornherein ausgeschlossen, dass es einer Öffentlichkeitsbeteiligung (auch) aufgrund der Espoo-Konvention bedürfen wird.

Ähnlich wie bei der Aarhus-Konvention ergibt sich auch für die Espoo-Konvention die Frage, ob der Anwendbarkeit der Regelungen über die Umweltverträglichkeitsprüfung und die Öffentlichkeitsbeteiligung entgegensteht, dass die endgültige Entscheidung über den Standort in der Form eines formellen Bundesgesetzes getroffen wird (§ 20 Abs. 2 StandAG). Gemäß Art. 1 Nr. v EK ist nämlich eine „geplante Tätigkeit“, die ggf. Pflichten nach der Espoo-Konvention auslösen kann, nur

„jede Tätigkeit oder jede größere Änderung einer Tätigkeit, über die von einer zuständigen Behörde nach einem anwendbaren innerstaatlichen Verfahren entschieden werden muss,“

(Hervorhebung durch die Unterzeichner)

und es ist im Allgemeinen nicht naheliegend, dass eine zuständige Behörde oder ein anwendbares innerstaatliches Verfahren in diesem Sinne der Gesetzgeber bzw. das Gesetzgebungsverfahren sein kann,

Thienel, Tihange: Schranken der grenzüberschreitenden Kernkraftnutzung,
NuR 2018, S. 675, 679.

Hier liegt aber, ebenso wie bereits zur Aarhus-Konvention, die Annahme nahe, dass es im Sinne einer materiellen Betrachtung darauf ankommt, ob sich der formelle Gesetzgeber der Sache nach wie eine Behörde verhalten hat, indem er ein konkretes Vorhaben zugelassen hat (s.o., S. 14 ff.). Zumal die allgemeinen Erwägungen in dem Sinne, dass das Völkerrecht wegen der grundsätzlichen Irrelevanz der Einordnungen nach dem innerstaatlichen Recht und wegen des Prinzips der Einheit des Staates nur auf das Ergebnis und nicht auf die innerstaatliche Form abstellt, sind ebenso auf die Espoo-Konvention anwendbar,

s. insoweit Thienel, Tihange: Schranken der grenzüberschreitenden Kernkraftnutzung, NuR 2018, S. 675, 679 f.

Wenn es demnach auch hier darauf ankommt, ob der Gesetzgeber der Sache nach wie eine Behörde handelt, wenn er eine konkrete Tätigkeit verbindlich zulässt, ist auch die Espoo-Konvention hier grundsätzlich anwendbar. Der Bundesgesetzgeber soll hier schließlich nach §§ 19, 20 StandAG über einen konkreten Standort eine individuelle Zulassungsentscheidung treffen. Außerdem soll er damit ein weitgehend behördliches Verfahren zum Abschluss bringen. Es lässt sich daher nicht sagen, dass der Gesetzgeber auch materiell als Gesetzgeber, nämlich im Rahmen der abstrakt-generellen Normsetzung handle. Vielmehr wird er – wie das Compliance Committee zu Art. 2 Nr. 2 Satz 2 AK und zum Fall der individuellen Vorhabenzulassung durch ein britisches Gesetz ausdrücklich ausgesprochen hat (s.o., S. 16) – als eine Behörde tätig.

b) Zur Vereinbarkeit der Vorfestlegung mit der Espoo-Konvention

Wenn demnach die Espoo-Konvention grundsätzlich anwendbar ist (oder jedenfalls in Fällen eines grenznahen Standorts sein kann), stellt sich die Frage, ob die gesetzliche Vorfestlegung auf eine Endlagerung in tiefen geologischen Formationen der Wirtsgesteine Steinsalz, Tongestein und Kristallingestein gemäß § 1 Abs. 3, Abs. 4 Satz 1 StandAG gegen die Espoo-Konvention verstößt.

Eine Bestimmung über eine frühzeitige Öffentlichkeitsbeteiligung, nach der diese in einem Stadium stattzufinden habe, in dem noch „alle Optionen offen“ (Art. 6 Abs. 4 AK) sind, enthält die Espoo-Konvention nicht. Im Text der Espoo-Konvention wird vielmehr für die grenzüberschreitende Öffentlichkeitsbeteiligung nur vorgegeben, dass die Öffentlichkeit in dem betroffenen anderen Staat dieselbe Gelegenheit erhält, sich an dem Verfahren der grenzüberschreitenden Umweltverträglichkeitsprüfung zu beteiligen, wie die innerstaatliche Öffentlichkeit des für die Möglichkeit der grenzüberschreitenden nachteiligen Auswirkungen verantwortlichen Staates (Art. 2 Abs. 6 EK). Damit wird noch kein materieller Maßstab für die Öffentlichkeitsbeteiligung definiert, sondern nur eine Gleichbehandlung der Ausländer mit den Inländern gefordert. Solche Forderungen sind in der völkerrechtlichen Vertragspraxis verbreitet; diese Regelungstechnik bleibt in der Schärfe ihrer Anforderungen hinter Vorschriften, die auch materielle Maßstäbe definieren, zurück, und sie ist historisch der letzteren Regelungstechnik vorgegangen,

vgl. v. Arnould, Völkerrecht, 3. Auflage, Heidelberg 2016, Rn. 591, 932 f.

Dennoch folgt aus dem Gebot der Öffentlichkeitsbeteiligung auch, dass diese effektiv zu sein hat. Diese Forderung entspricht der Praxis des Implementation Committee der Espoo-Konvention,

vgl. nur – zusammenfassend – United Nations Economic Commission for Europe, Opinions of the Implementation Committee 2001-2010, verfügbar unter https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/eia/documents/ImplementationCommittee/Opinions_of_IC_2001-2010/Implementation_Committee_opinions_to_2010.e.pdf, Rn. 62, m.w.N.,

das die Parteien der Espoo-Konvention zur Überwachung der Einhaltung der Konvention eingerichtet haben,

s. Entscheidung II/4 der Zweiten Vertragsstaatenkonferenz vom Februar 2001, UN Doc. ECE/MP.EIA/2001/4, abrufbar unter <https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/documents/2001/eia/mp.eia.2001.4.e.pdf>.

Die Forderung nach einer praktischen Effektivität der Öffentlichkeitsbeteiligung ergibt sich zudem ohne Weiteres aus einer Auslegung des Art. 2 Abs. 6 EK nach Sinn und Zweck. Die teleologische Auslegung ist selbstverständlich auch im Völkerrecht zulässig (Art. 31 Abs. 1 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge, BGBl. 1985 II S. 927). Außerdem wird eine solche Auslegung konkret durch Art. 3 Abs. 8, 4 Abs. 2 Satz 2 und 6 Abs. 1 EK gestützt. Art. 3 Abs. 8 EK sieht in der (hier ausreichenden) deutschen Übersetzung Folgendes vor:

„Die beteiligten Vertragsparteien stellen sicher, dass die Öffentlichkeit der betroffenen Vertragspartei in den voraussichtlich betroffenen Gebieten über die geplante Tätigkeit unterrichtet wird und die Möglichkeit erhält, Stellungnahmen oder Widersprüche dazu abzugeben; ferner sorgen sie für die Übermittlung dieser Stellungnahmen oder Widersprüche entweder unmittelbar oder gegebenenfalls über die Ursprungspartei an die zuständige Behörde der Ursprungspartei.“

Gemäß Art. 4 Abs. 2 Satz 2 EK gilt (ebenfalls in der deutschen Übersetzung):

„Die beteiligten Vertragsparteien veranlassen die Verteilung der Dokumentation [zur Umweltverträglichkeitsprüfung – Ergänzung der Unterzeichner aufgrund des Satzes 1 der Norm] an die Behörden und die Öffentlichkeit der betroffenen Vertragspartei in den voraussichtlich betroffenen Gebieten sowie die Übermittlung von Stellungnahmen entweder unmittelbar an die zuständige Behörde der Ursprungspartei oder gegebenenfalls über die Ursprungspartei innerhalb einer angemessenen Frist, bevor die endgültige Entscheidung über die geplante Tätigkeit getroffen wird.“

Und in Art. 6 Abs. 1 EK heißt es schließlich in der deutschen Übersetzung:

„Die Vertragsparteien sorgen dafür, dass bei der endgültigen Entscheidung über die geplante Tätigkeit das Ergebnis der Umweltverträglichkeitsprüfung einschließlich der Dokumentation zur Umweltverträglichkeitsprüfung sowie die nach Artikel 3 Absatz 8 und Artikel 4 Absatz 2 dazu eingegangenen Stellungnahmen und

das Ergebnis der in Artikel 5 genannten Konsultationen gebührend berücksichtigt werden.“

Wenn somit ausdrücklich geregelt ist, dass

- ▶ die Öffentlichkeitsbeteiligung aufgrund einer Unterrichtung über die geplante Tätigkeit und anhand einer Dokumentation zur Umweltverträglichkeitsprüfung stattfindet,
- ▶ die Stellungnahmen oder Widersprüche ggf. auch von der Ursprungspartei selbst der richtigen Behörde zuzuleiten sind,

und

- ▶ die eingegangenen Stellungnahmen bei der endgültigen Entscheidung zu berücksichtigen sind,

bietet dies einen deutlichen Anhaltspunkt dafür, dass die Öffentlichkeitsbeteiligung in effektiver Weise stattzufinden hat. Auf dieses Ziel sind die erwähnten Einzelregelungen schließlich gerichtet.

Die Öffentlichkeitsbeteiligung kann aber der Sache nach nur noch begrenzt effektiv sein, wenn zum Zeitpunkt ihres Beginns nicht mehr alle Optionen offen sind (s.o., S. 21 f.). In diesem Fall können auch die Ergebnisse der Öffentlichkeitsbeteiligung nur noch eingeschränkt bei der endgültigen Entscheidung berücksichtigt werden.

Aus der Vorgabe einer effektiven grenzüberschreitenden Öffentlichkeitsbeteiligung folgt aber nicht mit derselben Spezifität wie aus Art. 6 Abs. 4 AK, dass es eine frühzeitige Öffentlichkeitsbeteiligung zu einem Zeitpunkt zu geben habe, zu dem noch alle Optionen offen sind. Eine effektive Öffentlichkeitsbeteiligung kann auch noch stattfinden, wenn gewisse Vorfestlegungen getroffen worden sind. Ein Optimierungsgebot in dem Sinne, dass die Öffentlichkeitsbeteiligung möglichst effektiv zu sein habe, würde zwar

wohl gebieten, dass wirklich alle Optionen für die Berücksichtigung der Ergebnisse der Öffentlichkeitsbeteiligung noch offen sein müssen. Ein solches Gebot ist der Espoo-Konvention aber wohl nicht zu entnehmen.

Im Übrigen gilt es auch für die Espoo-Konvention festzuhalten, was bereits zur Aarhus-Konvention ausgeführt worden ist: Angesichts der Grundentscheidung, nur Zulassungsentscheidungen einer zuständigen Behörde in einem anwendbaren innerstaatlichen Verfahren dem Bedürfnis einer grenzüberschreitenden Umweltverträglichkeitsprüfung mit Öffentlichkeitsbeteiligung zu unterwerfen (Art. 2 Abs. 3, 1 Nr. v EK), richtet sich die Espoo-Konvention zwar auch an legislative Vorhabenzulassungen, die nicht anders als behördliche Vorhabenzulassungen wirken (s.o., S. 36), nicht aber an abstrakt-generell wirkende normative Vorgaben. Insbesondere zwingende Planungsleitsätze des Gesetzgebers sind daher nicht als solche an die Espoo-Konvention gebunden. Für solche Vorgaben gibt es in der Espoo-Konvention auch keinen Maßstab für eine materielle Kontrolle.

Hinzu kommt mit Blick auf die Espoo-Konvention noch ein Problem des intertemporalen Rechts. Völkervertragsrechtliche Normen binden eine Partei im Allgemeinen nicht rückwirkend, also insbesondere

„nicht in bezug auf eine Handlung oder Tatsache, die vor dem Inkrafttreten des Vertrags hinsichtlich der betreffenden Vertragspartei vorgenommen wurde oder eingetreten ist,“

Art. 28 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge, BGBl. 1985 II S. 927 (in der nach Art. 85 des Übereinkommens nicht authentischen deutschen Übersetzung); diese Vermutung gegen die Rückwirkung von Verträgen gilt auch schon kraft Völkergewohnheitsrechts, vgl. Internationaler Gerichtshof, Urteil vom 03.02.2015 – *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Kroatien ./ Serbien) –, ICJ Reports 2015, S. 3, 49.

Die zweite Änderung der Espoo-Konvention, infolge derer auch Anlagen, die für die „endgültige Beseitigung bestrahlter Kernbrennstoffe“ oder „ausschließlich für die endgültige Beseitigung radioaktiver Abfälle“ bestimmt sind, von Anhang I EK erfasst werden (s.o., S. 35), ist für die Bundesrepublik Deutschland am 23.10.2017 gegenüber allen ihren Nachbarstaaten mit Ausnahme Belgiens in Kraft getreten (BGBl. 2017 II S. 1306). Im Verhältnis zu Belgien ist die zweite Änderung der Espoo-Konvention nicht in Kraft (s. BGBl. 2018 Fundstellennachweis B S. 909).

Wenn nun von der ursprünglichen Fassung des Anhangs I EK Endlager für radioaktive Abfälle nicht erfasst waren (dazu oben, S. 35), wäre die Espoo-Konvention somit auch auf die Standortentscheidung für ein solches Endlager erst am 23.10.2017 anwendbar geworden. Zu diesem Zeitpunkt war die Vorfestlegung gemäß § 1 Abs. 3, Abs. 4 Satz 1 StandAG aber bereits – seit dem 16.05.2017 – in Kraft (Art. 1, 5 Abs. 3 Satz 1 des Gesetzes zur Fortentwicklung des Gesetzes zur Suche und Auswahl eines Standortes für ein Endlager für Wärme entwickelnde radioaktive Abfälle und anderer Gesetze, BGBl. 2017 I S. 1074).

Insofern ist es nicht eindeutig, ob die Espoo-Konvention im Hinblick für das hier diskutierte Problem zeitlich gelten würde, weil die durch die Vorfestlegung verkürzte Umweltverträglichkeitsprüfung mit Öffentlichkeitsbeteiligung erst nach dem Inkrafttreten der zweiten Änderung stattfinden wird, oder ob sie nicht zeitlich gelten würde, weil die ggf. gegen sie verstoßende Vorfestlegung bereits vor dem Inkrafttreten der zweiten Änderung erlassen worden und in Kraft getreten ist. Auf diese Frage kommt es freilich nicht mehr an, wenn sich – wie dargelegt – schon inhaltlich kein Verstoß ergibt.

Demnach ist hier festzuhalten, dass die gesetzliche Vorfestlegung in § 1 Abs. 3, Abs. 4 Satz 1 StandAG auf eine Endlagerung in tiefen geologischen Formationen der Wirtsgesteine Steinsalz, Tongestein und Kristallingestein auch nicht gegen die Espoo-Konvention verstößt.

3. Zum Unionsrecht

Schließlich ist mit der ersten Gutachtenfrage auch nach der Vereinbarkeit der Vorfestlegung durch § 1 Abs. 3, Abs. 4 Satz 1 StandAG mit dem europäischen Unionsrecht gefragt. Dieses knüpft zu der vorliegenden Fragestellung im Wesentlichen an die Aarhus-Konvention an. Die sog. Öffentlichkeitsbeteiligungsrichtlinie 2003/35/EG hat die Aarhus-Konvention durch Änderungen an verschiedenen umweltrechtlichen Richtlinien der (damaligen) Gemeinschaft umgesetzt (s. v.a. Erwägungsgründe 5 bis 10 der Richtlinie). Zu den geänderten Richtlinien gehörte die (damalige) Richtlinie 85/337/EWG über die Umweltverträglichkeitsprüfung. Diese letztere Richtlinie ist mittlerweile durch die neue UVP-Richtlinie 2011/92/EU ersetzt worden; diese nimmt sowohl die Espoo-Konvention als auch die Aarhus-Konvention in Bezug (Erwägungsgründe 15, 18 bis 21).

Die Espoo-Konvention wird außerdem in der Richtlinie 2001/42/EG über die Prüfung der Umweltauswirkungen bestimmter Pläne und Programme, der sog. SUP-Richtlinie (nach dem Begriff der Strategischen Umweltprüfung, der aus der deutschen Umsetzung stammt), in Bezug genommen (Erwägungsgrund 7).

a) Zur UVP-Richtlinie 2011/92/EU

Demnach soll hier zunächst auf die UVP-Richtlinie 2011/92/EU eingegangen werden.

aa) Zur Anwendbarkeit der Richtlinie 2011/92/EU

Danach ist zunächst – ähnlich wie bei den zuvor thematisierten Konventionen – fraglich, ob die Richtlinie 2011/92/EU hier anwendbar ist, obwohl über den Standort des Endlagers für hochradioaktive Abfälle abschließend durch Bundesgesetz entschieden werden soll (§ 20 Abs. 2 StandAG). Dass das Endlager an sich unter die Richtlinie fällt, folgt aus Ziff. 3 lit. b Nrn. iii und iv des Anhangs I der Richtlinie (zur sachlichen Anwendbarkeit der Normen über die frühzeitige Öffentlichkeitsbeteiligung auf das bloße Standortauswahlverfahren s.o., S. 6 f.).

Insoweit sieht heute Art. 2 Abs. 5 Unterabs. 1 der Richtlinie 2011/92/EU, wie bereits gesehen (s.o., S. 16), Folgendes vor:

„Unbeschadet des Artikels 7 können die Mitgliedstaaten ein Projekt, das durch einen besonderen einzelstaatlichen Gesetzgebungsakt zugelassen wird, von den Bestimmungen dieser Richtlinie, die sich auf die Beteiligung der Öffentlichkeit beziehen, ausnehmen, jedoch unter der Voraussetzung, dass die Ziele dieser Richtlinie verwirklicht werden.“

Den Vorgängernormen dieser Bestimmung hat der Gerichtshof der Europäischen Union – wie ebenfalls bereits gesehen (s.o., S. 17 und 20) – entnommen, dass ein Gesetzgebungsakt dann nicht unter die UVP-Richtlinie fällt, wenn

▶ dieser Gesetzgebungsakt dem Vorhabenträger tatsächlich schon das Recht zur Durchführung des Projekts verleiht und dafür nicht noch auf weitere Akte verweist,

und

▶ der Gesetzgebungsakt alle für die Umweltverträglichkeitsprüfung erheblichen Punkte des Projekts umfasst, also auch anhand ausreichender Angaben zu dem Projekt und seinen Umweltauswirkungen erkennen lässt, dass die Zwecke der UVP-Richtlinie bei dem betreffenden Projekt erreicht wurden.

Angesichts der Neufassung in Art. 2 Abs. 5 Unterabs. 1 der Richtlinie 2011/92/EU (in der durch die Richtlinie 2014/52/EU geänderten Fassung) kommt hinzu, dass danach die Richtlinie nicht mehr aus sich heraus ggf. unanwendbar ist, sondern dass nur eine den Mitgliedstaaten die Option eingeräumt wird, gesetzliche Vorhabenzulassungen von der Anwendbarkeit des UVP-Rechts – hinsichtlich der Öffentlichkeitsbeteiligung – auszunehmen,

Keienburg, Gutachten zur Überprüfung des Standortauswahlgesetzes im Hinblick auf die Vereinbarkeit der Regelungen zum Standortauswahl-

verfahren mit EU-rechtlichen und völkerrechtlichen Vorgaben, verfügbar unter <https://www.bundestag.de/endlager-archiv/mediathek/dokumente.html>, S. 22.

Sofern eine innerstaatliche UVP-Pflicht besteht, bleibt demnach auch die Richtlinie anwendbar (vgl. Anhang I Nr. 20 AK; s.o., S. 7 f.). Schon danach bleibt es hier aber bei der Anwendbarkeit der Richtlinie, denn die Standortauswahl ist nach deutschem Recht gerade nicht vom UVP-Recht freigestellt; vielmehr hat zu dem Standortvorschlag nach § 18 Abs. 3 StandAG eine Umweltverträglichkeitsprüfung stattzufinden,

s. § 6 Satz 1, Nr. 11.2 Anlage 1 UVPG sowie den Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Gesetzes zur Suche und Auswahl eines Standortes für ein Endlager für Wärme entwickelnde radioaktive Abfälle und anderer Gesetze, Gesetzentwurf der Fraktionen CDU/CSU, SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drucks. 18/11398, S. 53.

Gleichwohl mag es von Interesse sein, auch die weiteren Voraussetzungen, die sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ergeben, zu prüfen. Insofern wird die zweite Voraussetzung, soweit sie sich nach der Rechtsprechung auf den „Gesetzgebungsakt“ bezieht, dahingehend zu verstehen sein, dass die Anforderungen der Richtlinie 2011/92/EU auch im Gesetzgebungsverfahren erfüllt und in den Materialien dokumentiert werden dürfen. Dass bereits ein Gesetz an sich die Umweltverträglichkeitsprüfung in sich trägt, ist sachlich kaum vorstellbar, denn ein Gesetz begründet seine Regelungen im Allgemeinen nicht, sondern erlässt sie nur. Demnach ist die zweite zitierte Voraussetzung hier erfüllt, weil im Verfahren der Standortsuche eine Umweltverträglichkeitsprüfung und eine Strategische Umweltprüfung stattfinden werden (vgl. §§ 18 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 Satz 3, 19 Abs. 1 Satz 4 StandAG, sowie §§ 6 Satz 1, 35 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 11.2 Anlage 1, Nrn. 1.15, 1.16 Anlage 5 UVPG).

Fraglich ist indes, ob die erste eben zitierte Voraussetzung erfüllt wird. Dazu müsste bereits das Gesetz das fragliche Vorhaben zulassen und dazu nicht erst noch auf einen weiteren administrativen Schritt verweisen. Hierzu ist festzuhalten, dass einerseits das

Bundesgesetz nach § 20 Abs. 2 StandAG abschließend und mit Bindungswirkung für das Genehmigungsverfahren über den Standort des Endlagers für hochradioaktive Abfälle entscheidet (§ 20 Abs. 3 Satz 1 StandAG), dass aber andererseits das Gesetz eben nur über den Standort entscheidet und die eigentliche Zulassung des Endlagers dem Genehmigungsverfahren nach §§ 9a Abs. 3 Satz 1, 9b Abs. 1 Satz 1, Abs. 1a Satz 1 AtG überlassen bleibt.

Demnach könnte einerseits die abschließende gesetzliche Entscheidung über den Standort dazu führen, darin eine Form der Zulassung zu sehen. Der Umstand, dass nur über den Standort entschieden wird, könnte insofern nicht auf die Form und Wirkung der Entscheidung bezogen, sondern vielmehr als eine Modifikation des relevanten „Projekts“ im Sinne der Richtlinie gesehen werden. Dafür spricht auch, dass es hier zwar im Anschluss an die gesetzliche Entscheidung noch ein behördliches Verfahren über die Genehmigung geben wird, dass dieses aber nach der gesetzlichen Konzeption nicht mehr in der Lage sein wird, die standortbezogene Umweltverträglichkeit zu prüfen.

Andererseits könnte der Umstand, dass noch ein Genehmigungsverfahren nachfolgt, in dem auf der Grundlage der Standortentscheidung die Eignung des Vorhabens vollumfänglich zu prüfen ist (§ 20 Abs. 3 Satz 2 StandAG), zu dem Schluss führen, dass durch das Gesetz noch kein Projekt „zugelassen“ wird, wie dies Art. 2 Abs. 5 Unterabs. 1 der Richtlinie 2011/92/EU vorsieht.

Insofern scheint es wahrscheinlicher, dass der Gerichtshof der Europäischen Union die letztere Sichtweise einnehmen würde, so dass die Richtlinie 2011/92/EU anwendbar bliebe. Die Berücksichtigung des Umstands, dass das Verfahren der Standortsuche behördlich dominiert ist und sich insofern mit Blick auf das Erfordernis der Umweltverträglichkeitsprüfung nicht wesentlich anders darstellt als ein Verfahren mit einer behördlichen Abschlussentscheidung, dürfte dem Gerichtshof nach seinem Maßstab zwar verschlossen sein, weil danach vielmehr die gesetzliche Entscheidung über einen Einzelfall und die Erfüllung der Anforderungen der Umweltverträglichkeitsprüfung im Gesetzgebungsverfahren den Weg zur Unanwendbarkeit der Richtlinie eröffnen (vgl. oben, S. 19). Er kann aber durchaus auf das im vorstehenden Absatz erwähnte

Wortlautargument abstellen und auf das Interesse an der Anwendbarkeit der Richtlinie (effet utile der Richtlinie) abstellen.

Die Richtlinie 2011/92/EU dürfte daher anwendbar sein. Angemerkt sei allerdings, dass der Gesetzgeber des Standortauswahlgesetzes nicht unbedingt hiervon ausgegangen ist. Er hat zwar zugrunde gelegt, dass eine Umweltverträglichkeitsprüfung und eine Strategische Umweltprüfung stattfinden würden, aber dazu hat er sich nicht auf die Richtlinie, sondern auf das Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung bezogen,

Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Gesetzes zur Suche und Auswahl eines Standortes für ein Endlager für Wärme entwickelnde radioaktive Abfälle und anderer Gesetze, Gesetzentwurf der Fraktionen CDU/CSU, SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drucks. 18/11398, S. 52 f.,

und für die Frage, ob die dortigen Anforderungen zugleich aus der Richtlinie folgen, kommt es ja auf die eben geprüfte Frage zur Anwendbarkeit des Art. 2 Abs. 5 Satz 1 der Richtlinie an. Diese Frage hat der Bundesgesetzgeber somit nicht beantwortet.

bb) Zur Vereinbarkeit der Vorfestlegung mit der Richtlinie 2011/92/EU

Wenn demnach davon auszugehen ist, dass die Richtlinie 2011/92/EU anwendbar ist, stellt sich die Frage, ob die Vorfestlegung in § 1 Abs. 3, Abs. 4 Satz 1 StandAG gegen die Richtlinie verstößt. Insoweit ist, wie schon zur Aarhus-Konvention, auf die Vorschrift einzugehen, nach der eine frühzeitige Öffentlichkeitsbeteiligung in einem Stadium stattzufinden hat, in dem „alle Optionen noch offen stehen“. Diese Vorschrift findet sich in Art. 6 Abs. 4 der Richtlinie und ist unmittelbar Art. 6 Abs. 4 AK entnommen.

Insofern ist oben zur Aarhus-Konvention dargelegt worden, dass nach dem System der Konvention – ausgehend von der Praxis des Compliance Committee – zwar Akte der Gesetzgebung, mit denen Vorhaben individuell-konkret zugelassen werden und die sich daher in der Sache wie behördliche Akte darstellen, unter Art. 6 AK fallen, dass

aber nach derselben Logik abstrakt-generelle Vorgaben wie zwingende Planungsleitsätze nicht unter die Konvention fallen und nicht nach ihr überprüft werden können. Aus diesen Gründen ist hier ein Verstoß gegen die Aarhus-Konvention verneint worden (s.o., S. 28 ff.).

Dieser Ansatz ist auf die Richtlinie 2011/92/EU nicht ohne Weiteres zu übertragen. Für die Richtlinie wird die gefestigte Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union anzuerkennen sein, die sich von dem oben zur Aarhus-Konvention vertretenen Ansatz gerade unterscheidet. Insbesondere trifft es danach nicht zu, dass gesetzliche individuell-konkrete Vorhabenzulassungen unter die Richtlinie fielen, weil sie behördlichen Vorhabenzulassungen gleichstünden. Vielmehr ist die individuell-konkrete und abschließende Vorhabenzulassungen nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs gerade der Ausgangspunkt für die Unanwendbarkeit der Richtlinie gemäß ihrem Art. 2 Abs. 5 Unterabs. 1 (s.o., S. 19).

Es könnte gleichwohl richtig sein, dass abstrakt-generelle Vorgaben für ein Zulassungsverfahren aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie 2011/92/EU herausfallen. Das könnte sich dann aber nicht aus Art. 2 Abs. 5 Unterabs. 1 der Richtlinie, sondern allenfalls aus dem Umstand ergeben, dass es sich bei abstrakt-generellen Normen schon nicht um die Zulassung eines Vorhabens – die Genehmigung eines Projekts – im Sinne des Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie handeln würde.

Dieser Ansatz begegnet jedoch Zweifeln, denn die Richtlinie 2011/92/EU ist mit einiger Sicherheit dahin auszulegen, dass die Projekte nach Art. 4 Abs. 1 und Anhang I der Richtlinie einer vollständigen Umweltverträglichkeitsprüfung zu unterziehen sind. Das mitgliedstaatliche Gesetz kann den Umfang der Umweltverträglichkeitsprüfung samt Öffentlichkeitsbeteiligung daher nicht einschränken. Die Umweltverträglichkeitsprüfung ist folglich nicht nur im Umfang des – ggf. vorab eingeschränkten – Zulassungsverfahrens nach dem mitgliedstaatlichen Recht, sondern im Umfang, den das jeweilige Projekt vorgibt, durchzuführen. Dies folgt aus dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts vor dem mitgliedstaatlichen Recht,

vgl. nur EuGH, Urteil vom 15.07.1964 – Rs. 6/64 *Costa ./ ENEL* –, Slg. 1964, S. 1141, 1269 f.; BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 30.06.2009 – 2 BvE 2, 5/08, 2 BvR 1010, 1022, 1259/08, 182/09 –, BVerfGE 123, S. 267, 398; Beschluss des Ersten Senats vom 19.07.2011 – 1 BvR 1916/09 –, BVerfGE 129, S. 78, 99,

in Verbindung mit der nicht durch den Zuschnitt des Genehmigungsverfahrens nach innerstaatlichem Recht bedingten Anordnung einer Umweltverträglichkeitsprüfung samt frühzeitiger Öffentlichkeitsbeteiligung in Art. 2 Abs. 1, 6 Abs. 4 der Richtlinie 2011/92/EU.

Abstrakt-generelle Vorgaben im Vorfeld der Umweltverträglichkeitsprüfung und Öffentlichkeitsbeteiligung sind demnach nicht schon als solche der Anwendung der Richtlinie 2011/92/EU entzogen. Eine solche Beschränkung des Anwendungsbereichs der Richtlinie lässt sich anders als nach Art. 2 Nr. 2 Satz 2 AK nicht begründen.

Damit ist jedoch nicht gesagt, dass eine Vorfestlegung für das Zulassungsverfahren eines Projekts nach Art. 4 Abs. 1 und Anhang I der Richtlinie 2011/92/EU zu einer relevanten Verkürzung der Umweltverträglichkeitsprüfung und der Öffentlichkeitsbeteiligung führt und daher gegen die Richtlinie verstößt. Insoweit kommt es vielmehr noch darauf an, ob die Gegenstände, um die die Umweltverträglichkeitsprüfung und die Öffentlichkeitsbeteiligung verkürzt werden, zum unionsrechtlich gebotenen Inhalt dieser Verfahrensschritte gehören.

Die Vorfestlegung des Standortauswahlverfahrens ergibt sich hier daraus, dass nur noch die Endlagerung in tiefen geologischen Formationen der Wirtsgesteine Steinsalz, Tongestein und Kristallingestein in Betracht kommt und grundlegende Konzeptalternativen ausscheiden (§ 1 Abs. 3, Abs. 4 Satz 1 StandAG). Fraglich ist deshalb, ob die UVP-Richtlinie 2011/92/EU auch eine Berücksichtigung der Konzeptalternativen im Rahmen der Umweltverträglichkeitsprüfung oder Öffentlichkeitsbeteiligung verlangt. Auch wenn dies nur für die Öffentlichkeitsbeteiligung oder die Umweltverträglichkeitsprüfung geboten wäre, ergäbe sich hier ein Verstoß.

Für die Umweltverträglichkeitsprüfung ist insofern in der neueren Rechtsprechung und Literatur weitestgehend anerkannt, dass diese keine umfassende Alternativenprüfung verlangt,

BVerwG, Beschluss vom 16.08.1995 – 4 B 92.95 –, Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr. 104; Beschluss vom 15.09.1995 – 11 VR 16.95 –, Buchholz 442.09 § 18 AEG Nr. 6; Beschluss vom 14.05.1996 – 7 NB 3.95 –, BVerwGE 101, S. 166, 175; Beschluss vom 30.06.2003 – 4 VR 2.03 –, Buchholz 407.4 § 1 FStrG Nr. 10; Appold, in: Hoppe/Beckmann/Kment, Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung, Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz, Kommentar, 5. Auflage, Köln 2018, § 3 UVPG Rn. 6; Bunge, Neue Anforderungen an die Umweltverträglichkeitsprüfung: die UVP-Änderungsrichtlinie 2014, NVwZ 2014, S. 1257, 1260; Kment, in: Hoppe/Beckmann/Kment (s.o.), § 16 UVPG Rn. 6; Sangenstedt, Die Reform der UVP-Richtlinie 2014: Herausforderungen für das deutsche Recht, ZUR 2014, S. 526, 532; Schiller, Unionsrechtliche Vorgaben für die Alternativprüfung, UPR 2016, S. 457, 461; Schink, Verstärkung der Öffentlichkeitsbeteiligung und neue UVP-Anforderungen für Unternehmen, DVBl. 2013, S. 1347, 1353; Winkler, in: Hoppe/Beckmann/Kment (s.o.), Einleitung Rn. 33 f.; anders aber Teile der früheren Literatur zum UVP-Recht: Bunge, Die Umweltverträglichkeitsprüfung von Projekten - Verfahrensrechtliche Erfordernisse auf der Basis der EG-Richtlinie vom 27. Juni 1985, DVBl. 1987, S. 819, 823; Hoppe/Püchel, Zur Anwendung der Art. 3 und 8 EG-Richtlinie zur UVP bei der Genehmigung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz, DVBl. 1988, S. 1, 6; Steinberg, Die gestufte Umweltverträglichkeitsprüfung im Raumordnungsverfahren, NuR 1992, S. 164, 167 ff.

Dies wird durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 lit. d der Richtlinie 2011/92/EU in der durch die Richtlinie 2014/52/EU geänderten Fassung bestätigt. Danach enthält der UVP-Bericht

„eine Beschreibung der vom Projektträger untersuchten vernünftigen Alternativen, die für das Projekt und seine spezifischen Merkmale relevant sind, und die

Angabe der wesentlichen Gründe für die getroffene Wahl unter Berücksichtigung der Auswirkungen des Projekts auf die Umwelt,“

s. auch § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6, Anlage 4 Nr. 2 UVPG.

Danach werden nur diejenigen Alternativen im Umweltbericht beschrieben und geprüft, die der Projektträger untersucht hat. Somit hat der Projektträger es selbst in der Hand, die Reichweite der Alternativenprüfung zu beschränken,

Winkler, in: Hoppe/Beckmann/Kment, Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung, Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz, Kommentar, 5. Auflage, Köln 2018, Einleitung Rn. 33; vgl. Kment, ebda., § 16 UVPG Rn. 6 a.E.

Daraus folgt, dass die Alternativenprüfung kein strikt erforderlicher Inhalt der Umweltverträglichkeitsprüfung nach der UVP-Richtlinie 2011/92/EU ist. Deshalb kann auch der Gesetzgeber bestimmte Alternativen von vornherein ausschließen, wie er es durch § 1 Abs. 3, Abs. 4 Satz 1 StandAG getan hat. Die Umweltverträglichkeitsprüfung wird daher durch die Vorfestlegung gegen bestimmte Alternativen nicht in einer Weise verkürzt, die gegen die Richtlinie 2011/92/EU verstieße.

Anders könnte dies bei der frühzeitigen Öffentlichkeitsbeteiligung nach Art. 6 Abs. 4 der Richtlinie 2011/92/EU liegen. Dies würde voraussetzen, dass sich die Öffentlichkeitsbeteiligung nicht nur auf die Umweltverträglichkeitsprüfung und deren Inhalte, sondern darüber hinaus auf das jeweilige Projekt mitsamt seiner Alternativen bezieht. Art. 6 Abs. 4 der Richtlinie 2011/92/EU lautet:

„Die betroffene Öffentlichkeit erhält frühzeitig und in effektiver Weise die Möglichkeit, sich an den umweltbezogenen Entscheidungsverfahren gemäß Artikel 2 Absatz 2 zu beteiligen, und hat zu diesem Zweck das Recht, der zuständigen Behörde bzw. den zuständigen Behörden gegenüber Stellung zu nehmen und Meinungen zu äußern, wenn alle Optionen noch offen stehen und bevor die Entscheidung über den Genehmigungsantrag getroffen wird.“

Hier wird auf die „umweltbezogenen Entscheidungsverfahren gemäß Artikel 2 Absatz 2“ der Richtlinie verwiesen. Art. 2 der Richtlinie 2011/92/EU lautet in der durch die Richtlinie 2014/52/EU geänderten Fassung (ohne dass es hier auf die Änderungen ankäme) in seinen Absätzen 1 und 2:

„(1) Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, damit vor Erteilung der Genehmigung die Projekte, bei denen unter anderem aufgrund ihrer Art, ihrer Größe oder ihres Standortes mit erheblichen Auswirkungen auf die Umwelt zu rechnen ist, einer Genehmigungspflicht unterworfen und einer Prüfung in Bezug auf ihre Auswirkungen auf die Umwelt unterzogen werden. Diese Projekte sind in Artikel 4 definiert.

(2) Die Umweltverträglichkeitsprüfung kann in den Mitgliedstaaten im Rahmen der bestehenden Verfahren zur Genehmigung der Projekte durchgeführt werden oder, falls solche nicht bestehen, im Rahmen anderer Verfahren oder der Verfahren, die einzuführen sind, um den Zielen dieser Richtlinie zu entsprechen.“

Art. 6 Abs. 4 der Richtlinie 2011/92/EU spricht, wie gesehen, von einer

„Möglichkeit, sich an den umweltbezogenen Entscheidungsverfahren gemäß Artikel 2 Absatz 2 zu beteiligen.“

Damit werden also nicht etwa die Umweltverträglichkeitsprüfungen nach Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie, sondern die Trägerverfahren nach Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie in Bezug genommen. Die Öffentlichkeit kann sich also nicht nur an den Umweltverträglichkeitsprüfungen, sondern an den Genehmigungsverfahren als solchen beteiligen.

Weiter ist dann aber fraglich, was nach der UVP-Richtlinie 2011/92/EU der Gegenstand der Trägerverfahren, der seinerseits Gegenstand der Öffentlichkeitsbeteiligung wird, zu sein hat. Insofern liegt es aber mehr als nahe, dass sich dieser Gegenstand nicht von

demjenigen der Umweltverträglichkeitsprüfung unterscheidet, dass also auch mit Blick auf das Genehmigungsverfahren und die Öffentlichkeitsbeteiligung keine weitergehende Alternativenprüfung als diejenige nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 lit. d der Richtlinie (in ihrer neuen Fassung).

Dafür spricht schon, dass Art. 6 Abs. 4 der Richtlinie von den „umweltbezogenen Entscheidungsverfahren gemäß Artikel 2 Absatz 2“ spricht, denn insoweit liegt es nahe, dass der Umweltbezug in den Vorschriften über den pflichtigen Inhalt des UVP-Berichts näher definiert wird. Demnach geht er dann aber nicht über die begrenzte Alternativenprüfung nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 lit. d der Richtlinie hinaus.

Weiter spricht dafür mit einigem Gewicht das enge systematische Verhältnis zwischen Art. 2 Abs. 2 und Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie. Danach werden in Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie die – wie Art. 6 Abs. 4 der Richtlinie sie nennt – „umweltbezogenen Entscheidungsverfahren“ genannt, weil in ihnen die Umweltverträglichkeitsprüfung stattfindet oder – anders ausgedrückt – weil sie die Umweltverträglichkeitsprüfung aufnehmen oder tragen. Dann liegt es aber nochmals sehr nahe, dass die Richtlinie 2011/92/EU von den umweltbezogenen Entscheidungsverfahren nur diejenigen Inhalte erwartet, die sie für die Umweltverträglichkeitsprüfung vorgibt.

Daraus folgt dann, dass die Vorgabe für den Umfang der Umweltverträglichkeitsprüfung in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 lit. d der Richtlinie 2011/92/EU (in ihrer neuen Fassung) auch für den Umfang des Genehmigungsverfahrens gilt, an dem die Öffentlichkeitsbeteiligung stattzufinden hat. Außerhalb des Umfangs der Umweltverträglichkeitsprüfung gibt es folglich auch kein Gebot der (frühzeitigen) Öffentlichkeitsbeteiligung.

Eine Umweltverträglichkeitsprüfung hat im Verfahren der Standortauswahl mit Blick auf den Standortvorschlag nach § 18 Abs. 3 StandAG stattzufinden,

s. § 6 Satz 1, Nr. 11.2 Anlage 1 UVPG sowie den Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Gesetzes zur Suche und Auswahl eines Standortes

für ein Endlager für Wärme entwickelnde radioaktive Abfälle und anderer Gesetze, Gesetzentwurf der Fraktionen CDU/CSU, SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drucks. 18/11398, S. 53.

Dort gibt es dann im Umfang der gesetzlichen Vorfestlegung nach § 1 Abs. 3, Abs. 4 Satz 1 StandAG keine Alternativenprüfung mehr. Dementsprechend hat aber auch der Projektträger im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 lit. d der Richtlinie 2011/92/EU (in ihrer neuen Fassung) insoweit keine Alternativen geprüft. Deshalb ist insoweit das Fehlen einer berücksichtigungsfähigen Alternative in der Umweltverträglichkeitsprüfung und im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung nicht richtlinienwidrig.

Die Vorfestlegung nach § 1 Abs. 3, Abs. 4 Satz 1 StandAG verstößt daher auch nicht gegen die Richtlinie 2011/92/EU.

b) Zur SUP-Richtlinie 2001/42/EG

Danach ist noch fraglich, ob etwas anderes für die SUP-Richtlinie 2001/42/EG gilt. Diese gibt eine Strategische Umweltprüfung für bestimmte Pläne und Programme, einschließlich solcher Pläne und Programme, die von einer Behörde für die Annahme durch das Parlament in einem Gesetzgebungsverfahren vorbereitet werden (Art. 2 lit. a der Richtlinie 2001/42/EG). Danach ist im Verfahren der Standortauswahl für die Vorschläge zur Festlegung der übertägig zu erkundenden Standortregionen, der untertägig zu erkundenden Standorte sowie der dazugehörigen Erkundungsprogramme jeweils eine Strategische Umweltprüfung durchzuführen,

s. § 35 Abs. 1 Satz 1, Nrn. 1.15, 1.16 Anlage 5 UVPG sowie den Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Gesetzes zur Suche und Auswahl eines Standortes für ein Endlager für Wärme entwickelnde radioaktive Abfälle und anderer Gesetze, Gesetzentwurf der Fraktionen CDU/CSU, SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drucks. 18/11398, S. 52 f.

Die Richtlinie macht insofern auch Vorgaben für die Öffentlichkeitsbeteiligung (Art. 6 bis 8 der Richtlinie 2001/42/EG).

Die Strategische Umweltprüfung enthält, anders als die Umweltverträglichkeitsprüfung, auch eine Alternativenprüfung. Dazu heißt es in Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2001/42/EG, dass in einem zu erstellenden Umweltbericht u.a.

„vernünftige Alternativen, die die Ziele und den geographischen Anwendungsbereich des Plans oder Programms berücksichtigen, ermittelt, beschrieben und bewertet [werden].“

Danach ist die Alternativenprüfung gegenständlich u.a. an die Zielsetzung des Plans oder Programms gebunden. Es sind daher nur solche Alternativen zu berücksichtigen, die das angestrebte Planungskonzept unter dem Vorbehalt gewisser Abstriche noch verwirklichen können,

Kment, in: Hoppe/Beckmann/Kment, Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung, Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz, Kommentar, 5. Auflage, Köln 2018, § 40 UVPG Rn. 24; vgl. Schink, Umweltprüfung für Pläne und Programme – Verfahrensanforderungen, NuR 2005, S. 143, 146; Spannowsky, Notwendigkeit und rechtliche Anforderungen an die Alternativenprüfung in der Bauleitplanung, UPR 2005, S. 401, 405.

Dies verleiht den Planungszielen

„einen gewissen Selbststand,“

Pietzcker/Fiedler, Die Umsetzung der Plan-UP-Richtlinie im Bauplanungsrecht, DVBl. 2002, S. 929, 935,

denn die Voraussetzung, dass die zu prüfenden Alternativen auch „vernünftig“ sind, tritt hinzu,

Schink, Umweltprüfung für Pläne und Programme – Verfahrensanforderungen, NuR 2005, S. 143, 146; vgl. Pietzcker/Fiedler, Die Umsetzung der Plan-UP-Richtlinie im Bauplanungsrecht, DVBl. 2002, S. 929, 935; Spannowsky, Notwendigkeit und rechtliche Anforderungen an die Alternativenprüfung in der Bauleitplanung, UPR 2005, S. 401, 404 f.

Es werden also nicht etwa die konkret verfolgten Planungsziele als solche auf ihre Vernünftigkeit hin geprüft. Vielmehr muss eine Alternative, damit sie in der Strategischen Umweltprüfung zu berücksichtigen ist, den Planungszielen gerecht werden und vernünftig sein.

Mit dem Maßstab der Vernünftigkeit ist dabei – jedenfalls vor allem – ein solcher der Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit gemeint,

Kment, Suche nach Alternativen in der Strategischen Umweltprüfung, DVBl. 2008, S. 364, 365; Spannowsky, Notwendigkeit und rechtliche Anforderungen an die Alternativenprüfung in der Bauleitplanung, UPR 2005, S. 401, 404 f.

Nach diesen Maßstäben spricht hier bereits viel dafür, dass der deutsche Gesetzgeber die Endlagerung in tiefen geologischen Formationen der Wirtsgesteine Steinsalz, Tongestein und Kristallingestein (§ 1 Abs. 3, Abs. 4 Satz 1 StandAG) als ein Planungsziel vorsehen durfte. Soweit er dies getan hat, war er dabei nicht an die Vernünftigkeit des Planungsziels gebunden. Soweit dieses Planungsziel unvernünftig wäre, könnte dies nur zu der Schlussfolgerung führen, dass diese spezifische Vorgabe noch nicht Teil des Planungsziels sei, sondern das Planungsziel nur in der Endlagerung an sich liegt.

Das scheint hier aber eher unwahrscheinlich, denn die gesetzliche Vorfestlegung deutet gerade darauf hin, dass insoweit auch ein Planungsziel definiert werden sollte. Darauf

deutet auch die Übernahme dieser Vorgabe aus der ausführlich begründeten Empfehlung der Endlagerkommission hin (dazu s.o., S. 32 f.).

Der letztere Umstand deutet – zusammen mit den Gründen der Endlagerkommission als solchen – zudem darauf hin, dass die Alternativen, die mit § 1 Abs. 3, Abs. 4 Satz 1 StandAG nunmehr ausgeschlossen werden, jedenfalls nicht als „vernünftig“ anzusehen sind. Insofern besteht angesichts der offenen Formulierung in der Richtlinie kein Anlass, den Inhalt des Wortes „vernünftig“ allein auf Erwägungen der Verhältnismäßigkeit zu reduzieren. Vielmehr kommen auch die vielfältigen technischen, risikorelevanten und ethischen Erwägungen der Endlagerkommission in Betracht. Der pluralistische und weitgehend öffentliche Prozess der Endlagerkommission verleiht diesen Erwägungen noch eine zusätzliche Legitimität.

Deshalb ist es insgesamt sehr wahrscheinlich, dass die Alternativen, die jenseits der Vorfestlegung nach § 1 Abs. 3, Abs. 4 Satz 1 StandAG liegen, nicht nach Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2001/42/EG bei der Strategischen Umweltprüfung zu berücksichtigen sind. Deshalb kann mit der Strategischen Umweltprüfung auch die Öffentlichkeitsbeteiligung stattfinden, ohne dass diese weiteren Alternativen berücksichtigungsfähig sein müssten.

4. Ergebnis zur ersten Gutachtenfrage

Aus den vorstehenden Darlegungen ergibt sich, dass im Ergebnis nicht festgestellt werden kann, dass die die Regelungen des Standortauswahlgesetzes zur Öffentlichkeitsbeteiligung im Hinblick auf die gesetzliche Vorfestlegung der Planung gemäß § 1 Abs. 3, Abs. 4 Satz 1 StandAG mit den sich aus der Aarhus-Konvention oder weiterem Völkervertragsrecht oder mit den sich aus dem Unionsrecht ergebenden Anforderungen an die (frühe) Öffentlichkeitsbeteiligung unvereinbar wären. Ein Novellierungsbedarf ergibt sich insoweit nicht.

II. Zur zweiten Gutachtenfrage

Die zweite Gutachtenfrage lautet wie folgt:

„Wird mit der bisherigen konzeptionellen Grundlegung der Öffentlichkeitsbeteiligung in Phase 1 des Standortauswahlverfahrens (s. das Positionspapier des BfE vom August 2018 zur Öffentlichkeitsbeteiligung bzw. nachfolgende Aktualisierungen) den im nationalen Recht, Unions- und Völkervertragsrecht geregelten Anforderungen zur (frühen) Öffentlichkeitsbeteiligung entsprochen, oder ergeben sich aus diesen Normen insbesondere im Hinblick auf die Prüfung von Alternativen zur tiefengeologischen Endlagerung und auf die Entwicklung des Beteiligungskonzeptes weiter gehende Pflichten zur Beteiligung der Öffentlichkeit und damit evtl. ein Novellierungsbedarf für das StandAG?“

Insoweit geht es um den Umstand, dass nach dem in der Frage genannten Positionspapier des Bundesamts für kerntechnische Entsorgungssicherheit (BfE) vom August 2018 die Form der Öffentlichkeitsbeteiligung nicht ihrerseits von einem sehr frühen Stadium an mit der Öffentlichkeit entwickelt werden sollte, sondern das BfE selbst als Träger der Öffentlichkeitsbeteiligung (§ 4 Abs. 2 Satz 1 Stand-AG) einen ersten Aufschlag für die Ausgestaltung der Öffentlichkeitsbeteiligung jenseits der gesetzlichen Vorgaben machen würde. Insofern ergibt sich die gestellte Frage, ob das Völkervertragsrecht, das Unionsrecht oder das Verfassungsrecht es gebieten, über die Fortentwicklung gemäß § 5 Abs. 3 Satz 1 StandAG des in §§ 5 ff. StandAG somit bewusst nicht abschließend beschriebenen „partizipativen, [...] transparenten, selbsthinterfragenden und lernenden Verfahren[s]“ der Standortauswahl (§ 1 Abs. 2 Satz 1 StandAG) ihrerseits in einer Form der Öffentlichkeitsbeteiligung zu beraten und zu entscheiden.

Ebenso stellt sich die Frage, ob eine solche Forderung an das BfE dem Standortauswahlgesetz schon selbst entnommen werden kann. Auch in diesem Sinne wird in der zitierten Fragestellung nach den Anforderungen an die frühzeitige Öffentlichkeitsbeteiligung im nationalen Recht gefragt. Wenn sich in der Tat ergeben sollte, dass das Standortauswahlgesetz eine solche Forderung bereits aufstellt, ergäbe sich freilich kein Novellierungsbedarf für das Gesetz – außer ggf. zur Klarstellung, aber diese stünde

wohl im Ermessen des Gesetzgebers, wenn sich das genannte Auslegungsergebnis bereits jetzt erzielen ließe, denn

„[d]em Bestimmtheitserfordernis ist [...] genügt, wenn die Auslegungsprobleme mit herkömmlichen juristischen Methoden bewältigt werden können,“

BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 17.09.2013 – 2 BvR 2436/10,
2 BvE 6/08 –, BVerfGE 134, S. 141, 184 f.

Vor diesem Hintergrund ist der Frage, ob die Form der Öffentlichkeitsbeteiligung ihrerseits in einem Verfahren der Öffentlichkeitsbeteiligung fortzuentwickeln ist, zunächst im Völkervertragsrecht, dann im Verfassungsrecht und schließlich im Standortauswahlgesetz selbst nachzugehen. Anschließend wird zu prüfen sein, wie weit das Gebot dieser Beteiligung der Öffentlichkeit ggf. reicht.

1. Zum Völkervertragsrecht

Dass das Völkervertragsrecht eine solche Förderung aufstellt, kann ausgeschlossen werden. Wie zuvor gesehen, ergeben sich vor allem aus Art. 6 AK, aber auch aus Art. 2 Abs. 6, 3 Abs. 8 und 4 Abs. 2 Satz 2 EK Anforderungen an die Beteiligung der Öffentlichkeit. Diese Anforderungen sind im innerstaatlichen Recht zu erfüllen. Dabei schaut das Völkerrecht allerdings prinzipiell nicht auf die innerstaatliche Form und die Grundlagen der Öffentlichkeitsbeteiligung, sondern auf die Adäquanz im Ergebnis (vgl. oben, S. 12).

Insbesondere in Art. 6 Abs. 2 AK wird der somit bestehende Gestaltungsspielraum der Vertragsstaaten zwar eingeschränkt, indem im Einzelnen beschrieben wird, worüber die Öffentlichkeit im Einzelnen zu unterrichten ist,

vgl. Compliance Committee, Compliance by Lithuania with its obligations under the Convention, Report by the Compliance Committee, adopted on 2

April 2008, UN Doc. ECE/MP.PP/2008/5/Add.6, Rn. 81 (zu Communication ACCC/C/2006/16).

Auch Art. 6 Abs. 2 AK fordert aber insoweit nur, dass die Öffentlichkeit in sachgerechter, rechtzeitiger und effektiver Weise frühzeitig“ informiert wird. Wie dies im Einzelnen zu geschehen hat oder wie vorab über die Form der Information zu entscheiden ist, gibt auch Art. 6 Abs. 2 AK aber nicht vor. Ähnliches gilt für das Erfordernis einer effektiven Öffentlichkeitsbeteiligung gemäß der Espoo-Konvention (dazu oben, S. 39 ff.).

Im Übrigen haben die Vertragsstaaten ihre Gestaltungsspielräume zwar stets in Übereinstimmung mit dem Sinn und Zweck der Öffentlichkeitsbeteiligung, wie er in Abs. 14 der Präambel der Aarhus-Konvention zum Ausdruck kommt, auszuüben,

„das Bewusstsein einer breiten Öffentlichkeit für Entscheidungen, die Auswirkungen auf die Umwelt und eine nachhaltige Entwicklung haben, zu schärfen sowie deren Beteiligung an diesen Entscheidungen zu unterstützen,“

s. zu dieser Pflicht Compliance Committee, Findings and recommendations with regard to communication ACCC/C/2012/70 concerning compliance by the Czech Republic, adopted on 20 December 2013, UN Doc. ECE/MP.PP/C.1/2014/9, Rn. 59,

aber auch daraus folgt 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. Das Völkervertragsrecht gibt daher die hier untersuchte Pflicht noch nicht her.

2. Zum Verfassungsrecht

Aus dem Verfassungsrecht – in der hier in Rede stehenden bundesrechtlichen Materie natürlich nur aus dem Bundesverfassungsrecht, also dem Grundgesetz – könnte sich

die untersuchte Pflicht, die Form der Öffentlichkeitsbeteiligung ihrerseits in einem Verfahren der Öffentlichkeitsbeteiligung fortzuentwickeln, jedoch ergeben.

Die Form der Öffentlichkeitsbeteiligung ist typischerweise in dem jeweils einschlägigen Planungsgesetz niedergelegt. Dies ist im Ansatz auch für das Standortauswahlgesetz der Fall, denn dieses sieht unterschiedliche Formen der Öffentlichkeitsbeteiligung vor (vgl. §§ 5 ff., v.a. §§ 5 Abs. 2 Satz 1, 7 StandAG). Das Gesetz beschreibt die Formen der Öffentlichkeitsbeteiligung aber bewusst nicht abschließend, denn die Öffentlichkeitsbeteiligung ist ja gerade fortzuentwickeln (§ 5 Abs. 3 Satz 1 StandAG).

Wenn aber die Öffentlichkeitsbeteiligung eine

„Pluralisierung der Akteure,“

Gärditz, Angemessene Öffentlichkeitsbeteiligung bei Infrastrukturplanungen als Herausforderung an das Verwaltungsrecht im demokratischen Rechtsstaat, GewArch 2011, S. 273, 275,

bedeutet und bewirken soll und wenn § 5 Abs. 1 Satz 2 StandAG die Bürgerinnen und Bürger als „Mitgestalter des Verfahrens“ bezeichnet, ist es plausibel, dass die Öffentlichkeit dort, wo nicht schon der Gesetzgeber eine abschließende Regelung über die Öffentlichkeitsbeteiligung getroffen hat, bei der näheren Gestaltung der Beteiligungsverfahren zu beteiligen ist. Dies könnte insbesondere aus der bewusst nur lückenhaften Erfüllung der Regelungsaufgabe des Gesetzgebers folgen.

Im Ausgangspunkt gilt nach der sog. Wesentlichkeitstheorie des Bundesverfassungsgerichts, dass das Rechtsstaatsprinzip und das Demokratieprinzip des Grundgesetzes den Gesetzgeber verpflichten, wesentliche Entscheidungen selbst zu treffen und nicht der Verwaltung zu überlassen,

BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 28.10.1975 – 2 BvR 883/73, 379, 497, 526/74 –, BVerfGE 40, S. 237, 248 f.; Beschluss des Zweiten

Senats vom 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 –, BVerfGE 49, S. 89, 126; Urteil des Zweiten Senats vom 24.05.2006 – 2 BvR 669/04 –, BVerfGE 116, S. 24, 58.

Dies gilt zumal im grundrechtsrelevanten Bereich. Dort ist der Gesetzgeber verpflichtet, die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen selbst zu treffen,

BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 24.09.2003 – 2 BvR 1436/02 –, BVerfGE 108, S. 282, 311; Beschluss des Zweiten Senats vom 17.09.2013 – 2 BvR 2436/10, 2 BvE 6/08 –, BVerfGE 134, S. 141, 184; Urteil des Ersten Senats vom 19.12.2017 – 1 BvL 3, 4/14 –, BVerfGE 147, S. 253, 309 f. (Rn. 116).

So müssen etwa die Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines Grundrechtseingriffs hinreichend klar und bestimmt geregelt sein,

BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 23.03.2011 – 2 BvR 882/09 –, BVerfGE 128, S. 282, 317; Beschluss des Zweiten Senats vom 20.02.2013 – 2 BvR 228/12 –, BVerfGE 133, S. 112, 132 (Rn. 54); Beschluss des Zweiten Senats vom 17.09.2013 – 2 BvR 2436/10, 2 BvE 6/08 –, BVerfGE 134, S. 141, 184,

aber auch die wesentlichen Regelungen für eine grundrechtlich geschützte Teilhabe müssen gesetzlich geregelt werden,

vgl. BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 18.07.1972 – 1 BvL 32/70, 25/71 –, BVerfGE 33, S. 303, 346; Urteil des Ersten Senats vom 19.12.2017 – 1 BvL 3, 4/14 –, BVerfGE 147, S. 253, 310 (Rn. 116),

wie überhaupt die wesentlichen Grundlagen für

„[s]taatliches Handeln, durch das dem Einzelnen Leistungen und Chancen gewährt und angeboten werden,

gesetzlicher Regelung bedürfen,

BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 28.10.1975 – 2 BvR 883/73 und 379, 497, 526/74 –, BVerfGE 40, S. 237, 249.

Das Bundesverfassungsgericht hat somit mit der Wesentlichkeitstheorie den Gesetzesvorbehalt von den vorkonstitutionellen

„überholte[n] Formeln (Eingriff in Freiheit und Eigentum) gelöst und von seiner demokratisch-rechtsstaatlichen Funktion her auf ein neues Fundament gestellt,“

BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 21.12.1977 – 1 BvL 1/75, 1 BvR 147/75 –, BVerfGE 47, S. 46, 79; vgl. auch BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 28.10.1975 – 2 BvR 883/73 und 379, 497, 526/74 –, BVerfGE 40, S. 237, 249; Beschluss des Zweiten Senats vom 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 –, BVerfGE 49, S. 89, 126.

Maßgeblich ist insofern nicht der Grundrechtseingriff, sondern die Grundrechtsrelevanz in einem weiteren Sinne. Diese ist im atomrechtlichen Bereich stark ausgeprägt,

vgl. nur BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 –, BVerfGE 49, S. 89, 127; s. auch, zur deshalb ausgeprägten Sozialbindung des Eigentums an kerntechnischen Anlagen, BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 06.12.2016 – 1 BvR 2821/11, 321, 1456/12 –, BVerfGE 143, S. 246, 325, 351 (Rn. 219, 297).

Zu den Regelungen, die der Gesetzgeber insoweit zu treffen hat, gehören dann auch die Leitlinien für das Verfahren,

BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27.11.1990 – 1 BvR 402/87 –, BVerfGE 83, S. 130, 152; Beschluss des Ersten Senats vom 13.07.2004 – 1 BvR 1298, 1299/94, 1332/95, 613/97 –, BVerfGE 111, S. 191, 217.

Dies gilt zumal dann, wenn das Verfahren selbst zum Schutz materieller Grundrechte geboten ist, denn das Gebot, Grundrechte durch entsprechende Verfahrensvorschriften zu verwirklichen, richtet sich zunächst an den Gesetzgeber,

BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27.11.1990 – 1 BvR 402/87 –, BVerfGE 83, S. 130, 152; vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 18.06.1986 – 1 BvR 787/80 –, BVerfGE 73, S. 280, 295 f.

Die materiellen Grundrechte können einen Grundrechtsschutz durch Verfahren gebieten,

vgl. nur BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 13.11.1979 – 1 BvR 1022/78 –, BVerfGE 52, S. 380, 389 f.; Beschluss des Ersten Senats vom 18.06.1986 – 1 BvR 787/80 –, BVerfGE 73, S. 280, 296; Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 19.12.2007 – 1 BvR 2681/07 –, zit. n. juris, Rn. 21; Dreier, in: ders., Grundgesetz, Kommentar, 3. Auflage, Band I, Tübingen 2013, Vorbemerkungen vor Art. 1 GG Rn. 105 ff.

Dazu gehört auch das Recht zur Beteiligung im Verfahren; dieses bewirkt eine

„Vorverlagerung des Rechtsschutzes, indem bereits im behördlichen Verfahren Einwendungen gegen das Vorhaben erhoben werden können,“

BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 20.12.1979 – 1 BvR 385/77 –, BVerfGE 53, S. 30, 60; vgl. Gärditz, Angemessene Öffentlichkeitsbeteiligung bei Infrastrukturplanungen als Herausforderung an das Verwaltungsrecht im demokratischen Rechtsstaat, GewArch 2011, S. 273, 275.

Gerade im Atomrecht gehört demnach auch die Beteiligung der (potenziell betroffenen) Öffentlichkeit zu den Anforderungen des materiellen Grundrechtsschutzes nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, also zum Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit,

BVerfG, Abweichende Meinung der Richter Dr. Simon und Prof. Dr. Heußner zum Beschluss des Ersten Senats vom 20.12.1979 – 1 BvR 385/77 –, BVerfGE 53, S. 30, 75 ff., v.a. S. 79 f.; Ossenbühl, Kernenergie im Spiegel des Verfassungsrechts, DÖV 1981, S. 1, 5 ff.; Pieroth, Das Verfassungsrecht der Öffentlichkeit für die staatliche Planung, in: Erbguth/Oebbecke/Rengeling/Schulte, Planung, Festschrift für Werner Hoppe zum 70. Geburtstag, München 2000, S. 195, 202; Schulze-Fielitz, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, 3. Auflage, Band I, Tübingen 2013, Art. 2 II Rn. 91; vgl. auch BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 02.12.1999 – 1 BvR 1580/91 –, NVwZ 2000, S. 309, 311; Wollenteit, in: Frenz, Atomrecht, Baden-Baden 2018, § 5 StandAG Rn. 4.

Hinzu kommt, dass es sich bei dem Verfahren der Standortauswahl (auch) um ein Planungsverfahren handelt,

vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Suche und Auswahl eines Standortes für ein Endlager für Wärme entwickelnde radioaktive Abfälle und zur Änderung anderer Gesetze (Standortauswahlgesetz – StandAG), Gesetzentwurf der Fraktionen CDU/CSU, SPD, FDP und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drucks. 17/13471, S. 26, 29 f., 31 f.; Bull, Wissenschaft und Öffentlichkeit als Legitimationsbeschaffer, DÖV 2014, S. 897, 904; Wollenteit, in: Frenz, Atomrecht, Baden-Baden 2018, § 15 StandAG Rn. 4 f.; vgl. auch VG Düsseldorf, Urteil vom 24.01.2018 – 6 K 12341/17 –, zit. n. juris, Rn. 89 f.

Dabei folgt das Gebot der gerechten Abwägung, das im Standortauswahlgesetz an diversen Stellen (v.a. in § 25 und Anlage 12 StandAG) zum Ausdruck kommt, auch schon aus dem Wesen einer rechtsstaatlichen Planung und damit aus dem Rechtsstaatsprinzip gemäß Art. 20 Abs. 3 GG,

vgl. nur BVerwG, Beschluss vom 12.07.2018 – 7 B 15.17 –, zit. n. juris, Rn. 16; OVG Münster, Urteil vom 08.06.2001 – 7a D 52/99.NE –, NVwZ 2001, S. 1071, 1072; OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 24.05.2018 – OVG 10 A 4.14 –, NVwZ-RR 2018, S. 923, 927.

Das Abwägungsgebot schließt insbesondere das Gebot ein, den Sachverhalt zutreffend und vollständig zu ermitteln und dazu zumindest die Betroffenen anzuhören,

BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 23.06.1987 – 2 BvR 826/83 –, BVerfGE 76, S. 107, 122; Beschluss des Zweiten Senats vom 17.07.1996 – 2 BvF 2/93 –, BVerfGE 95, S. 1, 23.

Bereits der Kreis der potenziell Betroffenen ist bei dem Verfahren der Standortauswahl nach dem Standortauswahlgesetz sehr groß. Aber auch ansonsten ist eine umfassende und formalisierte Öffentlichkeitsbeteiligung für ein rechtsstaatliches Planungsverfahren charakteristisch,

BVerwG, Urteil vom 10.10.2012 – 6 C 36.11 –, BVerwGE 144, S. 284, 301 (Rn. 40); vgl. Gärditz, Angemessene Öffentlichkeitsbeteiligung bei Infrastrukturplanungen als Herausforderung an das Verwaltungsrecht im demokratischen Rechtsstaat, GewArch 2011, S. 273, 275 f., m.w.N.

Insgesamt obliegt es somit dem Gesetzgeber wegen der allgemeinen Wesentlichkeit von Verfahrensregelungen, vor allem aber auch wegen der Bedeutung der Öffentlichkeitsbeteiligung für den Grundrechtsschutz und für eine rechtsstaatliche Planung, das Verfahren der Öffentlichkeitsbeteiligung bei der Standortauswahl nach dem Standortauswahlgesetz zu regeln. Diesem Auftrag ist der Gesetzgeber teilweise im Gesetz nachgekommen. Weitere Regelungen hat er aber ausdrücklich der Fortentwicklung der Öffentlichkeitsbeteiligung gemäß § 5 Abs. 3 Satz 1 StandAG überlassen.

Folglich ist die gesetzliche Regelung der Öffentlichkeitsbeteiligung bewusst lückenhaft oder zumindest nicht abschließend geblieben. Danach liegt es aber nahe, dass die verbleibenden Lückenschließungen und Ergänzungen ihrerseits unter Einbeziehung der Öffentlichkeit zu entwickeln sind.

Dies folgt nicht unmittelbar aus der Wesentlichkeitstheorie des Bundesverfassungsgerichts, denn auch wenn die intensive Beteiligung der Öffentlichkeit ihren Ergebnissen erhöhte Legitimität vermitteln kann, folgt daraus nicht, dass diese – vor allem demokratische – Legitimität im Sinne der Wesentlichkeitstheorie der Gesetzgebung gleichsteht, denn die Forderung nach einer Regelung der wesentlichen Umstände durch den Gesetzgeber folgt u.a. aus dem Rechtsstaatsprinzip und fordert damit gerade die Form des für die Exekutive verbindlichen Gesetzes (s. Art. 20 Abs. 3 GG). Aus dem Topos der Wesentlichkeitstheorie folgt aber, dass ein gesetzlicher Regelungsauftrag bestand und dass dieser nicht vollständig erfüllt ist, wenn der Gesetzgeber Weiteres für eine Fortentwicklung offenlässt. Mit Blick auf die Bedeutung der Öffentlichkeitsbeteiligung für den Grundrechtsschutz durch Verfahren ist es dann funktionsgerecht, die Fortentwicklung der Öffentlichkeitsbeteiligung ihrerseits unter einen Vorbehalt der Öffentlichkeitsbeteiligung zu stellen.

Daraus folgt, dass es ein Verfassungsgebot gibt, nach dem die Fortentwicklung der Öffentlichkeitsbeteiligung gemäß § 5 Abs. 3 Satz 1 StandAG ihrerseits unter Beteiligung der Öffentlichkeit stattzufinden hat.

3. Zu den Vorgaben des StandAG

Weiter ist der Frage nachzugehen, ob die beschriebene Rolle der Öffentlichkeit bei der Fortentwicklung der Öffentlichkeitsbeteiligung nach § 5 Abs. 3 Satz 1 StandAG sich auch schon aus dem Standortauswahlgesetz selbst ergibt.

Das Standortauswahlgesetz bietet durchaus Anhaltspunkte für die Annahme, dass die Fortentwicklung der Öffentlichkeitsbeteiligung nach § 5 Abs. 3 Satz 1 StandAG

ihrerseits unter Einbeziehung der Öffentlichkeit zu geschehen hat. Diese Anhaltspunkte folgen zunächst aus dem bereits erwähnten Umstand, dass § 5 Abs. 1 Satz 2 StandAG die Bürgerinnen und Bürger als „Mitgestalter des Verfahrens“ bezeichnet. Weiter folgen sie daraus, dass das Standortauswahlverfahren insgesamt partizipativ, transparent, selbsthinterfragend und lernend ausgestaltet sein soll (§ 1 Abs. 2 Satz 1 StandAG). Dies ist aber möglicherweise nur dann gewährleistet, wenn auch die Gestaltung der Öffentlichkeitsbeteiligung nach § 5 Abs. 3 Satz 1 StandAG partizipativ verläuft. Die Transparenz könnte in diesem Stadium verlangen, dass die Partizipation die gesamte Entwicklung des Verfahrens der Öffentlichkeitsbeteiligung erfasst.

Konkretere Ansätze folgen aus § 5 StandAG selbst. Die Vorschrift über die Fortentwicklung des Verfahrens zur Beteiligung der Öffentlichkeit in § 5 Abs. 3 Satz 1 StandAG ist zwar im Passiv abgefasst und gibt deshalb nicht an, wer das Verfahren fortentwickelt. In § 5 Abs. 3 Satz 2 StandAG werden insoweit aber „die Beteiligten“ genannt. Diesen Ausdruck verwendet das Gesetz sonst nur in § 5 Abs. 2 Satz 1 StandAG, wo davon die Rede ist, dass die Öffentlichkeit „beteiligt“ wird. Die Öffentlichkeit gehört somit zumindest zu den „Beteiligten“, so dass die Fortentwicklung des Verfahrens zur Beteiligung der Öffentlichkeit durch § 5 Abs. 3 Satz 2 StandAG auch ihr zugewiesen wird. Im Übrigen wird die einleitende Formulierung aus § 5 Abs. 2 Satz 1 StandAG, nach der das BfE für etwas zu sorgen hat, in § 5 Abs. 3 Satz 1 oder 2 StandAG gerade nicht wieder aufgenommen. Danach hat also nicht etwa das BfE auch für die in § 5 Abs. 3 Satz 1 StandAG vorgesehene Fortentwicklung der Öffentlichkeitsbeteiligung zu sorgen; auch sonst ist diese Fortentwicklung nicht dem Gesetzestext nach beim BfE angesiedelt.

Wenn demnach die Öffentlichkeit zu den „Beteiligten“ gehört, die das Verfahren fortzuentwickeln haben, wird damit der Schluss verstärkt, dass auch diese Fortentwicklung partizipativ und transparent zu geschehen habe. Dass das BfE gemäß § 4 Abs. 2 Satz 1 StandAG „Träger der Öffentlichkeitsbeteiligung“ ist, ändert daran nichts, denn damit werden nur die Pflichten nach § 4 Abs. 2 Satz 2 und 3 StandAG begrifflich zusammengefasst. In diesem Sinne heißt es in der Gesetzesbegründung,

„[e]ntsprechend der Rolle des Bundesamtes für kerntechnische Entsorgungssicherheit als Träger der Öffentlichkeitsbeteiligung [werde] die bereits im geltenden

Rechtvorgesehene Regelung übernommen, nach der es die Öffentlichkeit über das Standortauswahlverfahren umfassend und systematisch über das Internet und andere geeignete Medien informiert,“

Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Gesetzes zur Suche und Auswahl eines Standortes für ein Endlager für Wärme entwickelnde radioaktive Abfälle und anderer Gesetze, Gesetzentwurf der Fraktionen CDU/CSU, SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drucks. 18/11398, S. 50.

Damit wird – wie eben beschrieben – die Pflicht nach § 4 Abs. 2 Satz 2 StandAG in einen Zusammenhang mit der Rolle des BfE als Träger der Öffentlichkeitsbeteiligung gestellt (unmittelbar anschließend wird auch die Pflicht nach § 4 Abs. 2 Satz 3 StandAG erwähnt). Die Trägerschaft des BfE meint daher nur seine Pflichtenstellung, ermächtigt das BfE aber darüber hinaus zu nichts.

Wenn demnach die Öffentlichkeitsbeteiligung auch unter Beteiligung der Öffentlichkeit fortzuentwickeln ist, stimmt dies auch mit dem besonderen Sinn und Zweck der gesamten Öffentlichkeitsbeteiligung nach dem Standortauswahlgesetz überein. Indem § 5 Abs. 1 Satz 2 StandAG die Bürgerinnen und Bürger als „Mitgestalter des Verfahrens“ bezeichnet, weicht das Gesetz von einer Vorstellung der Öffentlichkeitsbeteiligung ab, die die Öffentlichkeitsbeteiligung im Wesentlichen als eine Unterstützung der Behörde oder des öffentlichen Anliegens, nämlich als Vorkehrung für eine möglichst vollständige Sachverhaltsermittlung und für die Gewährung rechtlichen Gehörs betrachtet. Das Standortauswahlgesetz zielt demgegenüber auf die gesellschaftliche Konsensbildung durch Beteiligung und auf ein insgesamt kommunikatives Verfahren,

vgl. zum Ganzen Wollenteit, in: Frenz, Atomrecht, Baden-Baden 2018, § 5 StandAG Rn. 4.

Auch insofern ist es nur stimmig, dass die Öffentlichkeit, auch soweit das Verfahren zu ihrer Beteiligung fortzuentwickeln ist, nicht gleichsam nach dem Gutdünken der

Verwaltung in weiteren Formaten beteiligt werden soll, sondern auch über im Hinblick auf die Formate ihrer eigenen Beteiligung eine ausgesprochen aktive Rolle einnehmen soll. Dies bestätigt nochmals, dass die Fortentwicklung der Öffentlichkeitsbeteiligung gemäß § 5 Abs. 3 Satz 1 StandAG ihrerseits unter Beteiligung der Öffentlichkeit stattzufinden hat.

4. Zum Umfang des Gebots der Öffentlichkeitsbeteiligung

Danach stellt sich in ähnlicher Weise sowohl nach den verfassungsrechtlichen als auch nach den einfachgesetzlichen Maßgaben die Frage, wie die Öffentlichkeit in dem Verfahren zur Fortentwicklung der Öffentlichkeitsbeteiligung zu beteiligen ist. Dass dies überhaupt zu geschehen habe, ist mittlerweile auch in dem neueren Konzept des BfE für die Öffentlichkeitsbeteiligung in der Startphase der Endlagersuche (s.o., S. 4) anerkannt.

Aus dem dargelegten verfassungsrechtlichen Ansatz folgt, dass die Bürgerinnen und Bürger im Sinne eines Grundrechtsschutzes durch Verfahren, also zur Vorverlagerung ihres Rechtsschutzes und zur Erleichterung des Einbringens von Einwendungen und anderen eigenen Vorstellungen, auch in das Verfahren über die Fortentwicklung der Öffentlichkeitsbeteiligung einzubeziehen sind (s.o., S. 65 ff.). Anhand des Standortauswahlgesetzes ergibt sich sodann die Ergänzung, dass dies auch im Hinblick auf die Rolle der Bürgerinnen und Bürger als „Mitgestalter des Verfahrens“ (§ 5 Abs. 1 Satz 2 StandAG) und insofern mit der Zielsetzung einer möglichst breiten Konsensbildung und einer intensiven Kommunikation zwischen dem Staat und den Bürgerinnen und Bürgern geboten ist (s.o., S. 70). Insofern ist auch schon in konventionellen Planungsverfahren anerkannt,

- ▶ dass die Einräumung der Möglichkeit, dass die Bürger ihre Belange und Ideen auch schon im Vorfeld der formellen Beteiligung in die Planung einbringen können, zur Optimierung der Planung beitragen kann,

und

- ▶ dass eine solche vorgezogene Beteiligung die Legitimation des Planungs- und Entscheidungsprozesses erhöhen kann,

Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, Handbuch für eine gute Bürgerbeteiligung, Berlin, 2014, S. 12.

Unter beiden Ansätzen ergibt sich aber nur, dass die Öffentlichkeit auch eine Rolle bei der Fortentwicklung der ihrer Beteiligung im Standortauswahlverfahren haben muss. Dies folgt insbesondere aus der einfachgesetzlichen Bezeichnung der Bürgerinnen und Bürger als „Mitgestalter des Verfahrens“ in § 5 Abs. 1 Satz 2 StandAG. Danach sind die Bürgerinnen und Bürger eben nicht die einzigen Gestalter des Verfahrens.

Aus dem Verfassungsrecht ist ebenfalls keine stärkere Rolle der Bürgerinnen und Bürger abzuleiten, denn die Beteiligungsformate, die zum Grundrechtsschutz durch Verfahren entwickelt worden sind und die diesem genügen, stellen – wie bereits angemerkt wurde – klassischerweise nicht die Bürgerinnen und Bürger in den Mittelpunkt, sondern weisen der Beteiligung der Bürgerinnen und Bürger vielmehr eher eine im Verhältnis zum behördlichen Verfahren dienende Funktion zu. Die Rolle als „Mitgestalter des Verfahrens“ nach § 5 Abs. 1 Satz 2 StandAG geht darüber hinaus (s.o., S. 70).

Zugleich wird man allerdings verlangen dürfen, dass die Beteiligung der Öffentlichkeit bei der Fortentwicklung der Öffentlichkeitsbeteiligung auch effektiv zu sein habe. Diese Forderung ergibt sich insbesondere aus dem auf eine intensive Kommunikation zwischen dem Staat und den Bürgerinnen und Bürgern angelegten Ansatz des Standortauswahlgesetzes. Außerdem lässt sich diese Forderung gerade auch auf die Bezeichnung der Bürgerinnen und Bürger als „Mitgestalter des Verfahrens“ nach § 5 Abs. 1 Satz 2 StandAG zurückführen, denn so wie mit jeder Gestaltungsfunktion notwendig ein Anspruch auf die Effektivität der Gestaltung einhergeht, hat dies auch für eine Funktion als „Mitgestalter“ zu gelten.

Daraus folgt, dass im Grundsatz nicht verlangt werden kann, dass die Fortentwicklung der Öffentlichkeitsbeteiligung schon im Ansatz der Öffentlichkeit überlassen wird. Das dürfte auch nur eingeschränkt möglich sein, weil die Beteiligung der Öffentlichkeit in der Form von Veranstaltungen eine gewisse behördliche Planung auch der Inhalte erfordern und auch eine Online-Beteiligung eine gewisse Diskussionsgrundlage zur Anregung der Bürgerinnen und Bürgern voraussetzen dürfte.

Allerdings wird die behördliche Vorarbeit zur Beteiligung der Öffentlichkeit dort eine Grenze finden, wo sie zu Vorfestlegungen führen oder die öffentliche Diskussion in anderer Weise verkürzen kann. Behördliche Vorschläge dürfen daher weder mit Blick auf die anzusprechenden Themen noch hinsichtlich der Lösungsvorschläge abschließend sein. Ansonsten wären die Bürgerinnen und Bürger nicht „Mitgestalter“, sondern sie würden nur Feedback zu einer behördlichen Gestaltung geben. Das entspräche aber nur dem klassischen Ansatz der Öffentlichkeitsbeteiligung, nicht aber dem offenen kommunikativen Ansatz des Standortauswahlgesetzes.

Demnach ist es zwar zulässig, dass das BfE einen „ersten Aufschlag“ zur Fortentwicklung der Öffentlichkeitsbeteiligung formuliert. Dies dürfte sogar sachlich erforderlich sein. Das BfE hat dabei aber Beschränkungen der Rolle der Bürgerinnen und Bürger bei dieser Fortentwicklung zu vermeiden. Die Bürgerinnen und Bürger müssen stets fähig bleiben, auch grundlegende Konzeptalternativen vorzubringen (darin unterscheidet sich dieser Ansatz etwa von der Öffentlichkeitsbeteiligung nach den UVP- und SUP-Richtlinien, s.o., S. 51 f., 56 ff.).

Weil das Standortauswahlgesetz dem nicht nur nicht entgegensteht, sondern für diese Forderungen offen ist, ergibt sich an diesem insoweit kein Novellierungsbedarf. Denn hinsichtlich der Einbringung weiterer Formen der Öffentlichkeitsbeteiligung bedarf es nicht zwingend gesetzlicher Ausgestaltung. Dies ist auch für andere Planungs- und Zulassungsverfahren, wie das klassische Planfeststellungsverfahren anerkannt. Hierzu ist vom Bundesverwaltungsgericht in seinem

Urteil vom 03.03.2011 – 9 A 8.10 –, NVwZ 2011, S. 1256, 1258,

festgestellt worden:

„Danach bestehen grundsätzlich keine Bedenken, dem Planfeststellungsverfahren, auf dem die Entscheidung beruht, ein informelles Verfahren mit dem Ziel vorzuschalten, eine Empfehlung für eine Planung zu erarbeiten, die auf breite Akzeptanz in der Öffentlichkeit stoßen kann. Gesetzliche Bestimmungen stehen dem nicht entgegen. Das Verfahren zur Erstellung des Plans, dessen Feststellung beantragt wird, ist vom Gesetzgeber bislang nicht ausgestaltet worden. Das lässt dem Vorhabenträger Raum für eine den jeweiligen Gegebenheiten Rechnung tragende Einrichtung eines informellen Lenkungsverfahrens zur Vertrauensbildung und Akzeptanzförderung, wie es im Streitfall mit den hier daran beteiligten Vertretern von Bund (zuständiges Ministerium), Land (Oberste Baubehörde) und Gemeinde stattgefunden hat.“

Daher bedarf es in diesem Punkte keiner Ergänzung des Standauswahlgesetzes.

III. Zur dritten Gutachtenfrage

Die dritte Gutachtenfrage lautet wie folgt:

„Wirken sich die in den §§ 15 Abs. 3 und 17 Abs. 2 S. 4 StandAG vorgesehenen Bundesgesetze einschränkend auf den in § 17 Abs. 3 S. 3–5 und in § 19 Abs. 2 S. 6–8 StandAG vorgesehenen Rechtsschutz aus?“

Der gesetzliche Hintergrund dieser Fragestellung ist wie folgt: In § 15 Abs. 3 StandAG ist vorgesehen, dass die übertägig zu erkundenden Standortregionen und das weitere Verfahren mit den Gebieten, zu denen keine hinreichenden Informationen für die Anwendung der Kriterien nach den §§ 22 bis 24 StandAG vorliegen, durch Bundesgesetz bestimmt werden. Gemäß § 17 Abs. 2 Satz 4 StandAG werden zudem die untertägig zu erkundenden Standorte durch Bundesgesetz bestimmt.

Dem Gesetzgebungsverfahren nach § 17 Abs. 2 Satz 4 StandAG ist allerdings ein Verfahren vorgeschaltet, in dem das BfE durch Bescheid feststellt, „ob das bisherige Standortauswahlverfahren nach den Regelungen dieses Gesetzes durchgeführt wurde und der Auswahlvorschlag diesen entspricht“ (§ 17 Abs. 3 Satz 1 StandAG). Dieser Bescheid kann gemäß § 17 Abs. 3 Satz 3 bis 5 StandAG in entsprechender Anwendung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und von den Standortgemeinden sowie von Einwohnerinnen und Einwohnern und Grundstückseigentümerinnen und Grundstückseigentümern vor dem Bundesverwaltungsgericht beklagt werden. Ein Regelungsvorschlag des BfE für das Bundesgesetz nach § 17 Abs. 2 Satz 4 StandAG gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 StandAG darf erst dann an das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit übermittelt werden, wenn „gegen den Bescheid nach [§ 17 Abs. 3 StandAG] keine Rechtsbehelfe mehr eingelegt werden können oder das Bundesverwaltungsgericht über den Bescheid nach Absatz 3 rechtskräftig entschieden hat“ (§ 17 Abs. 2 Satz 2 StandAG). Damit soll gewährleistet werden, dass die Rechtsschutzoption nach § 17 Abs. 3 Satz 3 bis 5 StandAG ausgeschöpft werden kann, solange noch kein Bundesgesetz erlassen ist, das die Auswahl der untertägig zu erkundenden Standorte mit Gesetzeskraft legitimiert.

§ 19 Abs. 2 StandAG wiederholt diesen Ansatz für die abschließende Standortauswahl und für das bis dahin vorangegangene Auswahlverfahren. Auch insoweit besteht also ein Rechtsweg gegen einen Bescheid des BfE zum Bundesverwaltungsgericht, dessen Beschreiten die Vorlage des Regelungsentwurfs an das zuständige Ministerium hindert.

Im Vorfeld des Bundesgesetzes nach § 15 Abs. 3 StandAG über die übertägig zu erkundenden Standortregionen und das weitere Verfahren mit den Gebieten, zu denen keine hinreichenden Informationen für die Anwendung der Kriterien nach den §§ 22 bis 24 StandAG vorliegen, ist allerdings kein Rechtsschutz nach diesem Muster vorgesehen. Dies wird in der Literatur gerade auch vor dem Hintergrund kritisch gesehen, dass auch das Bundesgesetz nach § 15 Abs. 3 StandAG enteignungsrechtliche Vorwirkung haben soll (§ 12 Abs. 1 Satz 4 StandAG i.V.m. §§ 9d, 9e AtG),

Wollenteit, in: Frenz, Atomrecht, Baden-Baden 2018, § 15 StandAG Rn. 5.

Ebenfalls ist dies vom Vertreter des BUND in der Endlagerkommission kritisiert worden,

Sondervotum von Klaus Brunsmeier (BUND) zum Abschlussbericht der Kommission Lagerung hochradioaktiver Abfälle, K-Drucks. 268, S. 492, 500.

Ausgangspunkt der Überlegungen ist Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG. Diese Norm lautet:

„Hält ein Gericht ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig, so ist das Verfahren auszusetzen und, wenn es sich um die Verletzung der Verfassung eines Landes handelt, die Entscheidung des für Verfassungsstreitigkeiten zuständigen Gerichtes des Landes, wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes handelt, die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes einzuholen.“

Hier kommt freilich nur eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht in Betracht, denn verfassungswidrig könnte hier allenfalls ein Bundesgesetz sein. Bundesgesetze

sind aber nicht an die Landesverfassungen gebunden. Vielmehr geht jedes Bundesrecht jeglichem Landesrecht im Rang vor (Art. 31 GG),

vgl. nur BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15.10.1997 – 2 BvN 1/95 –, BVerfGE 96, S. 345, 364.

Somit ergibt sich aus Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG im hier interessierenden Umfang ein Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts für formelle Bundesgesetze,

BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 16.12.2014 – 1 BvR 2142/11 –, BVerfGE 138, S. 64, 90 (Rn. 78); Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 07.11.2005 – 1 BvR 1178/05 –, NJW 2006, S. 1339, 1340.

Die Fachgerichte dürfen demnach – jedenfalls in einem Hauptsacheverfahren – erst dann Folgerungen aus einer von ihnen angenommenen Verfassungswidrigkeit eines formellen Bundesgesetzes ziehen, wenn das Bundesverfassungsgericht bereits den Verfassungsverstoß festgestellt hat,

BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 31.01.1989 – 1 BvL 17/87 –, BVerfGE 79, S. 256, 266; Beschluss des Ersten Senats vom 24.06.1992 – 1 BvR 1028/91 –, BVerfGE 86, S. 382, 389; Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 04.03.2014 – 2 BvL 2/13 –, NVwZ-RR 2014, S. 369, 370; OVG Lüneburg, Beschluss vom 13.09.2017 – 7 ME 77/17 –, GewArch 2017, S. 482.

Gegen die Regelungen formeller Bundesgesetze steht den Bürgerinnen und Bürgern daher kein unmittelbarer (prinzipaler) verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz zur Seite,

vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 23.06.1987 – 2 BvR 826/83 –, BVerfGE 76, S. 107, 115; Gärditz, Rechtsschutz im Standortauswahlverfahren für ein Endlager hochradioaktiver Abfälle, in: Schlacke/Beau-

camp/Schubert, Infrastruktur-Recht, Festschrift für Wilfried Erbguth zum 70. Geburtstag, Berlin 2019, S. 479, 492.

Auch können die Verwaltungsgerichte untergesetzliche Rechtsnormen oder Akte der Exekutive nicht für rechtswidrig erklären, wenn sie dazu inzident ein formelles Bundesgesetz für nichtig erklären oder sonst außer Acht lassen müssten,

vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 23.03.1994 – 1 BvL 8/85 –, BVerfGE 90, S. 226, 235.

Deshalb ist für Bürgerinnen und Bürger auch gegen die Bundesgesetze nach § 15 Abs. 3, § 17 Abs. 2 Satz 4 und § 20 Abs. 2 StandAG kein unmittelbarer verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz, sondern nur die Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG statthaft,

Bull, Wissenschaft und Öffentlichkeit als Legitimationsbeschaffer, DÖV 2014, S. 897, 903; Däuper/von Bernstorff, Gesetz zur Suche und Auswahl eines Standortes für die Endlagerung radioaktiver Abfälle, Zugleich ein Vorschlag für die Agenda der „Kommission Lagerung hoch radioaktiver Abfallstoffe“, ZUR 2014, S. 21, 27; Gärditz, Rechtsschutz im Standortauswahlverfahren für ein Endlager hochradioaktiver Abfälle, in: Schlacke/Beaucamp/Schubert, Infrastruktur-Recht, Festschrift für Wilfried Erbguth zum 70. Geburtstag, Berlin 2019, S. 479, 484; John, in: Koch, Umweltrecht, 4. Auflage, München 2014, § 10 Rn. 110; Keienburg, Gutachten zur Überprüfung des Standortauswahlgesetzes im Hinblick auf die Vereinbarkeit der Regelungen zum Standortauswahlverfahren mit EU-rechtlichen und völkerrechtlichen Vorgaben, verfügbar unter <https://www.bundestag.de/endlager-archiv/mediathek/dokumente.html>, S. 16; Mann/Sieven, Der Atomausstieg und seine Folgeprobleme im Kontext der Energiewende, VerwArch 2015, S. 184, 220 f.; Schlacke, Zugang zu Rechtsschutz im Umwelt- und Atomrecht, in: Raetzke/Feldmann/Frank, Aus der Werkstatt des Nuklearrechts, Baden-Baden 2016, S. 53, 71, 73; dies., Rechtsfragen bei der Umsetzung der Öffentlichkeitsbeteiligung einschließlich Rechtsschutz, in: Burgi, 15. Deutsches

Atomrechtssymposium, Baden-Baden 2019 (im Erscheinen), S. 345, 346, 350; Wiegand, Konsens durch Verfahren?, Öffentlichkeitsbeteiligung und Rechtsschutz nach dem Standortauswahlgesetz im Verhältnis zum atomrechtlichen Genehmigungsverfahren, NVwZ 2014, S. 830, 834; Wollenteit, Standortplanung für ein atomares Endlager ohne Klagerechte?, ZNER 2013, S. 132, 135; ders., in: Frenz, Atomrecht, Baden-Baden 2018, § 17 StandAG Rn. 5,

wobei freilich die Beschwerdebefugnis problematisch sein kann,

s. dazu Gärditz, Rechtsschutz im Standortauswahlverfahren für ein Endlager hochradioaktiver Abfälle, in: Schlacke/Beaucamp/Schubert, Infrastruktur-Recht, Festschrift für Wilfried Erbguth zum 70. Geburtstag, Berlin 2019, S. 479, 493; Schlacke, Rechtsfragen bei der Umsetzung der Öffentlichkeitsbeteiligung einschließlich Rechtsschutz, in: Burgi, 15. Deutsches Atomrechtssymposium, Baden-Baden 2019 (im Erscheinen), S. 345, 350.

Mit der Verfassungsbeschwerde kann zudem gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG nur die Verletzung eigener Grundrechte (Art. 1 bis 19 GG) oder grundrechtsgleicher Rechte (Art. 33 Abs. 1 und 2, teils Art. 33 Abs. 5, Art. 38, 101, 103, 104 GG) gerügt werden. Der Rechtsweg der Verfassungsbeschwerde ist daher nicht ebenso rechtsschutzintensiv wie der Verwaltungsrechtsweg,

vgl. Bull, Wissenschaft und Öffentlichkeit als Legitimationsbeschaffer, DÖV 2014, S. 897, 903 f.; Däuper/von Bernstorff, Gesetz zur Suche und Auswahl eines Standortes für die Endlagerung radioaktiver Abfälle, Zugleich ein Vorschlag für die Agenda der „Kommission Lagerung hoch radioaktiver Abfallstoffe“, ZUR 2014, S. 21, 27 f.; Gärditz, Rechtsschutz im Standortauswahlverfahren für ein Endlager hochradioaktiver Abfälle, in: Schlacke/Beaucamp/Schubert, Infrastruktur-Recht, Festschrift für Wilfried Erbguth zum 70. Geburtstag, Berlin 2019, S. 479, 484 f.; Gaßner/Neusüß, Standortauswahlverfahren und Sicherheitsanforderungen für ein Endlager, ZUR 2009, S. 347, 351; John, in: Koch, Umweltrecht, 4. Auflage, München 2014, § 10 Rn. 110; Keienburg, Gutachten zur Überprüfung des Standortauswahl-

gesetzes im Hinblick auf die Vereinbarkeit der Regelungen zum Standortauswahlverfahren mit EU-rechtlichen und völkerrechtlichen Vorgaben, verfügbar unter <https://www.bundestag.de/endlager-archiv/mediathek/dokumente.html>, S. 16; Mann/Sieven, Der Atomausstieg und seine Folgeprobleme im Kontext der Energiewende, *VerwArch* 2015, S. 184, 220 f.; Schlacke, Zugang zu Rechtsschutz im Umwelt- und Atomrecht, in: Raetzke/Feldmann/Frank, *Aus der Werkstatt des Nuklearrechts*, Baden-Baden 2016, S. 53, 71, 77; Wiegand, Konsens durch Verfahren?, *Öffentlichkeitsbeteiligung und Rechtsschutz nach dem Standortauswahlgesetz im Verhältnis zum atomrechtlichen Genehmigungsverfahren*, *NVwZ* 2014, S. 830, 834; Wollenteit, Standortplanung für ein atomares Endlager ohne Klagerechte?, *ZNER* 2013, S. 132, 135; ders., in: Frenz, *Atomrecht*, Baden-Baden 2018, § 17 StandAG Rn. 5.

Vor diesem Hintergrund sind die bereits beschriebenen Rechtsschutzformate eingeführt worden, die im Vorfeld des Erlasses des Gesetzes nach § 17 Abs. 2 Satz 4 StandAG über die untertätig zu erkundenden Standorte bzw. des Gesetzes nach § 20 Abs. 2 StandAG über den Standort angesiedelt sind. In diesen Formaten werden jeweils die feststellenden Bescheide des BfE über die Gesetzmäßigkeit des bis zu dem jeweiligen Punkt durchgeführten Standortauswahlverfahrens und die Übereinstimmung des Regelungsvorschlags mit dem Verfahren angefochten,

vgl. zur Statthaftigkeit der Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 1. Var. VwGO) nur Gärditz, *Rechtsschutz im Standortauswahlverfahren für ein Endlager hochradioaktiver Abfälle*, in: Schlacke/Beaucamp/Schubert, *Infrastruktur-Recht*, Festschrift für Wilfried Erbguth zum 70. Geburtstag, Berlin 2019, S. 479, 483; Schlacke, *Rechtsfragen bei der Umsetzung der Öffentlichkeitsbeteiligung einschließlich Rechtsschutz*, in: Burgi, *15. Deutsches Atomrechtssymposium*, Baden-Baden 2019 (im Erscheinen), S. 345, 354.

Dadurch wird die Beschränkung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes durch die formellen Bundesgesetze umgangen. Der Gesetzgeber ist insoweit davon ausgegangen, dass das Gesetzgebungsverfahren keinen Fortgang nehmen werde, solange

das BfE gemäß § 17 Abs. 2 Satz 2 StandAG oder § 19 Abs. 2 Satz 2 StandAG seinen Regelungsentwurf nicht an das zuständige Ministerium übersenden darf,

Entwurf eines Gesetzes zur Suche und Auswahl eines Standortes für ein Endlager für Wärme entwickelnde radioaktive Abfälle und zur Änderung anderer Gesetze (Standortauswahlgesetz – StandAG), Gesetzentwurf der Fraktionen CDU/CSU, SPD, FDP und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drucks. 17/13471, S. 28; dazu auch Schlacke, Zugang zu Rechtsschutz im Umwelt- und Atomrecht, in: Raetzke/Feldmann/Frank, Aus der Werkstatt des Nuklearrechts, Baden-Baden 2016, S. 53, 73 f.

Das trifft jedenfalls in voraussichtlich praktisch wirksamer Weise zu. Der Verfahrensschritt eines Regelungsentwurfs des BfE als Vorstufe für einen Gesetzentwurf der Bundesregierung (Art. 76 Abs. 1 1. Var. GG) ist gesetzlich vorgesehen,

dies hebt auch Wollenteit, in: Frenz, Atomrecht, Baden-Baden 2018, § 17 StandAG Rn. 11 a.E., hervor.

Das Standortauswahlgesetz bindet zwar den späteren Bundesgesetzgeber selbst nicht,

vgl. nur BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15.12.2015 – 2 BvL 1/12 –, BVerfGE 141, S. 1, 21 f.; OLG Schleswig, Beschluss vom 27.11.2017 – 1 Ss OWi 221/17 –, SchlHA 2018, S. 75, 76.

Deshalb kann auch der Umstand, dass das Standortauswahlgesetz den Regelungsvorschlag als Vorstufe für den Gesetzentwurf der Bundesregierung vorsieht, nicht dazu führen, dass ein Gesetzentwurf nicht doch – etwa aus der Mitte des Bundestags, evtl. aber auch durch die Bundesregierung in ihrer Eigenschaft als Teilnehmerin an der Gesetzgebung (Art. 76 Abs. 1 1. und 2. Var. GG) – ohne diesen Regelungsentwurf in den Bundestag eingebracht werden könnte.

Es darf aber als höchst unwahrscheinlich gelten, dass dies geschehen würde. Im Übrigen wäre ein so entstehendes Gesetz, das gar nicht auf dem Regelungsentwurf des BfE aufbaute, wohl auch verfassungswidrig, denn sofern der Gesetzgeber im Wege der Legalplanung tätig wird, ist er schon aus verfassungsrechtlichen Gründen auf die Vorarbeit der Exekutive – hier also auf die Tätigkeit und den Regelungsentwurf des BfE – angewiesen,

BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 17.07.1996 – 2 BvF 2/93 –, BVerfGE 95, S. 1, 16.

Mit §§ 17 Abs. 2 Satz 2, 19 Abs. 2 Satz 2 StandAG wird daher in effektiver Weise sichergestellt, dass das Verfahren auf der Ebene der untertätig zu erkundenden Standorte nicht fortschreitet, wenn gegen den jeweiligen feststellenden Bescheid des BfE Klage erhoben worden ist. Damit wird auch die Effektivität des Rechtsschutzes auf diesen Stufen gesichert.

Damit ist die frühere Diskussion, ob die gesetzliche Planung nach den Grundsätzen aus dem

Beschluss des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 17.07.1996 – 2 BvF 2/93 –, BVerfGE 95, S. 1 ff. („Südumfahrung Stendal“),

zulässig ist oder ihrer Legitimität ein Rechtsschutzdefizit entgegensteht, nach einer Einschätzung aus der jüngsten Literatur weitgehend entschärft worden,

Wollenteit, in: Frenz, Atomrecht, Baden-Baden 2018, § 15 StandAG Rn. 5, § 17 StandAG Rn. 5.

Gleichwohl könnten sich aus dem Umstand, dass das Bundesverwaltungsgericht nach Art. 100 Abs. 1 GG gehindert wäre, Folgerungen aus einer von ihnen angenommenen Verfassungswidrigkeit eines formellen Bundesgesetzes zu ziehen, solange es die

Frage nicht dem Bundesverfassungsgericht vorlegt und dieses ebenso entscheidet (s.o., S. 77), noch Einschränkungen des verfügbaren Rechtsschutzes ergeben.

Zu ergänzen ist dabei allerdings, dass die Nichtbeachtung von Unionsrecht ungeachtet eines entgegenstehenden Bundesgesetzes auch vor den Fachgerichten und nicht nur vor dem Bundesverfassungsgericht gerügt werden kann. Den Anwendungsvorrang des Unionsrechts haben auch die Fachgerichte schon, ggf. auch zulasten eines formellen Gesetzes, zu beachten,

Gärditz, Rechtsschutz im Standortauswahlverfahren für ein Endlager hochradioaktiver Abfälle, in: Schlacke/Beaucamp/Schubert, Infrastruktur-Recht, Festschrift für Wilfried Erbguth zum 70. Geburtstag, Berlin 2019, S. 479, 492; Jarass/Beljin, Die Bedeutung von Vorrang und Durchführung des EG-Rechts für die nationale Rechtsetzung und Rechtsanwendung, NVwZ 2004, S. 1, 4.

Soweit allerdings nicht Unionsrecht, sondern einfachgesetzliches Recht in Rede steht, ergibt sich die Frage, ob in einem späteren Stadium des Rechtsschutzes auch die vorherige Stufe oder die vorherigen Stufen des Standortauswahlverfahrens, über die schon Bundesgesetze erlassen worden sind, inzident geprüft werden können. In einem Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht über den Bescheid im Vorfeld der Festlegung der untertägig zu erkundenden Standorte (§ 17 Abs. 2 und 3 StandAG) ginge es insoweit um die inzidente Prüfung, ob die übertägig zu prüfenden Standortregionen rechtmäßig ausgewählt worden sind. Diese Frage wäre von dem Bundesgesetz nach § 15 Abs. 3 StandAG erfasst. In einem Verfahren über den Bescheid im Stadium des Standortvorschlags (§ 19 Abs. 2 StandAG) ginge es dann um die inzidente Kontrolle sowohl der Stufe der Festlegung der übertägig zu erkundenden Standortregionen als auch der Stufe der Festlegung der untertägig zu erkundenden Standorte.

Mit Blick auf die Wirkung der gesetzlichen Festlegung der übertägig zu erkundenden Standortregionen nach § 15 Abs. 3 StandAG hat das damalige Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit (BMUB) gegenüber der

Endlagerkommission die Auffassung vertreten, die spätere Überprüfungsmöglichkeit nach (heute) § 17 Abs. 3 reiche trotz dieses Bundesgesetzes auch in die Vorphase zurück,

BMUB, Stellungnahme: Gegenstand und Reichweite eines gegebenenfalls neuen Rechtsschutzes in § 19 StandAG, K-Drucks. /AG2-31, S. 1 ff., dazu auch der Abschlussbericht der Endlagerkommission, K-Drucks. 268, S. 455, und (kritisch) das Sondervotum von Klaus Brunsmeier (BUND) zum Abschlussbericht, ebda., S. 492, 500, sowie Schlacke, Zugang zu Rechtsschutz im Umwelt- und Atomrecht, in: Raetzke/Feldmann/Frank, Aus der Werkstatt des Nuklearrechts, Baden-Baden 2016, S. 53, 73.

Danach würden sich aus dem Bundesgesetz nach § 15 Abs. 3 StandAG keine Restriktionen des späteren Rechtsschutzes ergeben. Demgegenüber ist aber auch schon vertreten worden, dieses Bundesgesetz beschränke den Rechtsschutz sehr wohl,

Schlacke, Rechtsfragen bei der Umsetzung der Öffentlichkeits-beteiligung einschließlich Rechtsschutz, in: Burgi, 15. Deutsches Atomrechtssymposium, Baden-Baden 2019 (im Erscheinen), S. 345, 352; Wollenteit, in: Frenz, Atomrecht, Baden-Baden 2018, § 15 StandAG Rn. 5; vgl. auch Wiegand, Konsens durch Verfahren?, Öffentlichkeitsbeteiligung und Rechtsschutz nach dem Standortauswahlgesetz im Verhältnis zum atomrechtlichen Genehmigungsverfahren, NVwZ 2014, S. 830, 834.

Das Bundesministerium hat seine Auffassung vor allem wie folgt begründet:

„In den Fällen der § 14 und § 17 StandAG beschränkt sich der Regelungsgehalt und damit auch die Bindungswirkung der Legalentscheidungen nach dem Wortlaut des StandAG jeweils auf die Benennung von Gebieten bzw. Standorten, die zu erkunden sind. Die Legalentscheidungen haben die in § 12 Absatz 2 Satz 3 StandAG angeordnete Rechtsfolge, dass aufgrund der gesetzlichen Entscheidung bei der Anwendung bergrechtlicher Vorschriften ein zwingender Grund des öffentlichen Interesses für die Erkundung zu bejahen ist. Eine verbindliche

Bestätigung über die Einhaltung des bisherigen Standortauswahlverfahrens beinhalten die gesetzlichen Entscheidungen hingegen nicht,“

BMUB, Stellungnahme: Gegenstand und Reichweite eines gegebenenfalls neuen Rechtsschutzes in § 19 StandAG, K-Drucks. /AG2-31, S. 3.

Dieser Ansatz, nach dem es maßgeblich auf den Regelungsgehalt der Bundesgesetze ankommt, ist berechtigt. Schon aus dem fundamentalen Grund, dass ein Gesetz eine Rechtsquelle und damit eine Quelle von Normen ist, ist es auch nur im Umfang seiner Regelungen der verwaltungsgerichtlichen Überprüfung entzogen. Das Gesetz trifft eben Regelungen, nicht Feststellungen. Es stellt deshalb auch nicht etwa fest, dass etwaige Vorarbeiten der Exekutive zum Gesetz rechtmäßig waren, sondern es trifft nur seine Regelungen. Die Vorarbeiten sind nicht Inhalt des Gesetzes. Insofern gilt:

„Der Staat spricht nicht in den persönlichen Äußerungen der an der Entstehung des Gesetzes Beteiligten, sondern nur im Gesetz selbst. Der Wille des Gesetzgebers fällt zusammen mit dem Willen des Gesetzes‘ (Radbruch, Rechtsphilosophie, 4. Auflage 1950, S. 210 f.),“

BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 17.05.1960 – 2 BvL 11/59, 11/60 –, BVerfGE 11, S. 126, 130 (zur Methodik der Auslegung).

Daraus folgt, dass etwaige Verfahrensfehler im Stadium der Auswahl der überfällig zu erkundenden Standortregionen durch den Vorhabenträger und das BfE (§§ 14 Abs. 1 Satz 1, 15 Abs. 1 StandAG), die sich noch in der abschließenden Standortauswahl auswirken, ungeachtet des Bundesgesetzes nach § 15 Abs. 3 StandAG rügefähig bleiben. Das Bundesgesetz legalisiert oder ratifiziert diese Verfahrensfehler nicht.

Jedoch hat die zutreffende Auffassung des zuständigen Bundesministeriums, dass sich die Regelungswirkung des Bundesgesetzes nach § 15 Abs. 3 StandAG und das darauf bezogene Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts nur auf die Benennung der überfällig zu erkundenden Standortregionen erstrecken, eine Kehrseite. Diese

Regelungswirkung bedeutet, dass das Bundesverwaltungsgericht in einem Anfechtungsprozess nach § 17 Abs. 3 Satz 3 ff. StandAG oder § 19 Abs. 2 Satz 6 ff. StandAG nicht die Auswahl der überfällig zu erkundenden Standortregionen als solche anhand des einfachgesetzlichen Rechts überprüfen kann.

Damit ist indes nicht gesagt, dass das Bundesverwaltungsgericht auch etwaige Verfahrensfehler, die die Fehlerhaftigkeit der Benennung der überfällig zu erkundenden Standortregionen nach sich ziehen, nicht prüfen könnte. Auch insoweit legalisiert das Gesetz, mit dem die Benennung erfolgt, nicht das dafür maßgebliche Verfahren. Das Bundesverwaltungsgericht kann also einen Verfahrensfehler (in den Entscheidungsgründen seines Urteils) feststellen und deshalb den Bescheid des BfE, der die Rechtmäßigkeit des Verfahrens festgestellt hatte,

vgl. dazu, dass der Bescheid nur feststellen kann, dass – nicht ob – das Verfahren insgesamt rechtmäßig war, nur Wollenteit, in: Frenz, Atomrecht, Baden-Baden 2018, § 17 StandAG Rn. 17,

antragsgemäß aufheben,

Wollenteit, in: Frenz, Atomrecht, Baden-Baden 2018, § 17 StandAG Rn. 18.

In diesem Fall würde sich dann auswirken, dass das Verfahren der Standortauswahl nach § 1 Abs. 2 Satz 1 StandAG u.a. „selbsthinterfragend“ und nach § 1 Abs. 5 Satz 1 StandAG „reversibel“ sein soll. Mit der Charakterisierung als „selbsthinterfragend“ ist dabei gemeint, dass sich

„alle am Standortauswahlprozess beteiligten Personen und Institutionen [...] entlang des gesamten Prozesswegs der Endlagerung immer wieder selbst und gegenseitig [...] hinterfragen [sollen],“

Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Gesetzes zur Suche und Auswahl eines Standortes für ein Endlager für Wärme entwickelnde radioaktive Abfälle und anderer Gesetze, Gesetzentwurf der Fraktionen

CDU/CSU, SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drucks. 18/11398,
S. 47,

und mit der Reversibilität nach § 1 Abs. 5 Satz 1 StandAG ist gemäß der Definition in § 2 Nr. 5 StandAG „die Möglichkeit der Umsteuerung im laufenden Verfahren zur Ermöglichung von Fehlerkorrekturen“ gemeint. Damit soll nach der Gesetzesbegründung gerade auch auf den Fall eines

„Anpassungsbedarfes des ursprünglichen Plans“

reagiert werden können,

Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Gesetzes zur Suche und Auswahl eines Standortes für ein Endlager für Wärme entwickelnde radioaktive Abfälle und anderer Gesetze, Gesetzentwurf der Fraktionen CDU/CSU, SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drucks. 18/11398, S. 48.

Sowohl der gesetzliche Begriff der „Fehlerkorrekturen“ als auch der Begriff des „Anpassungsbedarfes des ursprünglichen Plans“ aus der Gesetzesbegründung deuten darauf hin, dass sich ein Fall der „Umsteuerung im laufenden Verfahren“ auch aufgrund eines Urteils des Bundesverwaltungsgerichts ergeben kann. Diese Folge ist demnach sogar gesetzlich gewollt.

In dem Fall, dass das Bundesverwaltungsgericht einen Fehler, der in der Sache die Fehlerhaftigkeit der durch Gesetz getroffenen Auswahl zur Folge hat, feststellt und deshalb den Feststellungsbescheid des BfE aufhebt, müsste demnach das BfE einen neuen Regelungsentwurf erstellen und diesen an das Ministerium übersenden. Insoweit würde es das Verfahren gemäß § 1 Abs. 5 Satz 1 StandAG revidieren. Anschließend würde ein neues Gesetzgebungsverfahren für eine neu zu treffende Auswahl einsetzen,

vgl. BMUB, Stellungnahme: Gegenstand und Reichweite eines gegebenenfalls neuen Rechtsschutzes in § 19 StandAG, K-Drucks. /AG2-31, S. 2.

Deshalb ist es dann auch prozessual möglich, dass das Bundesverwaltungsgericht das Verfahren auch insoweit auf Verstöße gegen einfachgesetzliches Recht prüft, als diese Verstöße (nur) für den Inhalt der gesetzlichen Auswahlentscheidung nach § 15 Abs. 3 StandAG ursächlich geworden sind. Unter anderen Umständen bestünde hinsichtlich einer solchen Prüfung kein Rechtsschutzinteresse, weil die gesetzliche Auswahl nicht wegen Verstoßes gegen ein anderes einfaches Gesetz beanstandet werden könnte und das Bundesverwaltungsgericht die gesetzliche Auswahl deshalb nicht dem Bundesverfassungsgericht vorlegen könnte. Auf einen bloß einfachgesetzlichen begründeten Verfahrensfehler käme es deshalb vor dem Bundesverwaltungsgericht in keiner Weise an, wenn auf ihm nur die Fehlerhaftigkeit der durch Gesetz getroffenen Auswahl beruhen kann. Anders ist das aber, wenn aus der Reversibilität und dem selbsthinterfragenden Charakter des Standortauswahlverfahrens folgt, dass infolge der bundesverwaltungsgerichtlichen Feststellung eines derartigen Fehlers das Gesetzgebungsverfahren neu zu eröffnen ist.

In diesem Zusammenhang ist dann der Gesetzgeber gehalten, nicht einfach an seiner früheren Auswahl festzuhalten, sondern eine neue Entscheidung zu treffen. Wie bereits gesehen, ist der Gesetzgeber nämlich im Fall einer Legalplanung auf die Vorarbeit der Exekutive angewiesen (s.o., S. 81). Wenn aber die Exekutive ihre Vorarbeit als rechtswidrig behandelt, wird deshalb auch der Gesetzgeber gehalten sein, sich erneut mit der Angelegenheit zu befassen.

In jedem Fall bestünde aber die (auch durchaus naheliegende) Möglichkeit, dass der Gesetzgeber infolge eines neuen Regelungsvorschlags und Gesetzentwurfs eine neue Auswahl trifft. Diese Möglichkeit genügt, um der Prüfung auf einfachgesetzlich begründete Verfahrensfehler, die die Auswahl in Frage stellen, seitens des Bundesverwaltungsgerichts einen Sinn zu geben und daher der Klägerin oder dem Kläger ein Rechtsschutzinteresse beizulegen.

Nicht der Nachprüfung entzogen sind in jedem Fall Rügen, mit denen ein Fehler gerügt wird, der bereits im Verfahren der übertägig zu erkundenden Standortregionen

vorgekommen ist, der sich aber in der abschließenden Standortauswahl fortsetzt. Beispielsweise könnte gerügt werden, es sei bereits frühzeitig die Entscheidung gefallen, Salzstöcke für hervorragend geeignet zu halten, diese Entscheidung sei aber fachlich und rechtlich unzutreffend (wobei diese Entscheidung über die andere gesetzliche Festlegung in § 1 Abs. 3 StandAG, nach der das Wirtsgestein Steinsalz grundsätzlich in Betracht kommt, hinausginge). Eine solche Entscheidung mag dann schon die Auswahl der übertägig zu erkundenden Standortregionen beeinflusst haben, aber es würde mit der Anfechtungsklage nicht beanstandet, dass Standortregionen von Salzstöcken nach § 15 Abs. 3 StandAG für die übertägige Erkundung ausgewählt wurden, sondern es würde beanstandet, dass der abschließende Standortvorschlag in fehlerhafter Weise einen Salzstock zum Gegenstand habe. Das ist zulässig, denn das Gesetz nach § 15 Abs. 3 StandAG hätte eben nicht die Wertung über Salzstöcke, sondern nur die übertägig zu erkundenden Standortregionen als solche bestätigt.

Es bleibt jedoch nach allem dabei, dass eine unmittelbare Aufhebung der Auswahl der übertägig zu erkundenden Standortregionen durch das Bundesverwaltungsgericht nicht in Frage kommt. Dies folgt aus Art. 100 Abs. 1 GG; darüber kann das Standortauswahlgesetz als einfaches Gesetz nicht disponieren

Für die Wirkung des Bundesgesetzes nach § 15 Abs. 3 StandAG ergibt sich demnach das folgende Ergebnis:

- Trotz dieses Bundesgesetzes kann das Bundesverwaltungsgericht später auch anhand des einfachgesetzlichen Rechts überprüfen, ob über die Auswahl der übertägig zu erkundenden Standortregionen und das weitere Verfahren mit den Gebieten, zu denen keine hinreichenden Informationen für die Anwendung der Kriterien nach den §§ 22 bis 24 StandAG vorliegen, rechtmäßig entschieden worden ist. Verneinte es dies, würde es den anderslautenden feststellenden Bescheid des BfE aufheben. In der Folge würde das BfE einen neuen Regelungsvorschlag erarbeiten und dem Ministerium zuleiten. Damit ergäbe sich ein Neuanfang des Gesetzgebungsverfahrens nach § 15 Abs. 3 StandAG, der der Prüfung durch das Bundesverwaltungsgericht einen Sinn gibt.

- ▶ Dieselbe Prüfung könnte das Bundesverwaltungsgericht ohnehin anhand des Unionsrechts und des Verfassungsrechts vornehmen; sofern es zur Annahme eines Verstoßes der getroffenen Auswahl gegen das Grundgesetz käme, hätte es das in § 15 Abs. 3 StandAG vorgesehene Bundesgesetz dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen.
- ▶ Verfahrensfehler, die sich bereits früh ereignet haben, aber die sich ungeachtet der gesetzlichen Entscheidung nach § 15 Abs. 3 StandAG auch noch in dem abschließenden Standortvorschlag auswirken, können ohnehin voll überprüft werden. Das Gesetz nach § 15 Abs. 3 StandAG legalisiert nicht das gesamte Verfahren bis zum Erlass dieses Gesetzes, denn es nimmt dieses Verfahren nicht in seinen Regelungsgehalt auf.
- ▶ Allerdings bleibt es dabei, dass das Bundesverwaltungsgericht nicht die durch Gesetz getroffene Auswahl der übertägig zu erkundenden Standortregionen als solche aufheben könnte. Insofern wird die Effektivität des Rechtsschutzes eingeschränkt.

Diese Folgerungen aus dem begrenzten Regelungsgehalt des Bundesgesetzes nach § 15 Abs. 3 StandAG werden durch die Systematik des Standortauswahlgesetzes noch bestätigt. Ein Bescheid über die Frage,

„ob das bisherige Standortauswahlverfahren nach den Regelungen dieses Gesetzes durchgeführt wurde und der Auswahlvorschlag diesen entspricht,“

ergeht gemäß § 17 Abs. 3 Satz 1 StandAG erst im Vorfeld der gesetzlichen Festlegung der untertägig zu erkundenden Standorte, und er bezieht sich dann auf das gesamte „bisherige Standortauswahlverfahren“ von Beginn an, also einschließlich der Phase der (administrativen) Auswahl der übertägig zu erkundenden Standortregionen. Außerdem wird nach § 19 Abs. 2 Satz 3 StandAG im Vorfeld des abschließenden Gesetzes über den Standort erneut geprüft,

„ob das bisherige Standortauswahlverfahren nach den Regelungen dieses Gesetzes durchgeführt wurde und der Standortvorschlag diesen entspricht.“

Auch hier bezieht sich die Prüfung auf das gesamte „bisherige Standortverfahren“, aber hinsichtlich des Verfahrens bis zum Bescheid nach § 17 Abs. 3 Satz 1 StandAG ist das BfE an diesen Bescheid gebunden, soweit dieser bestandskräftig ist (§ 19 Abs. 2 Satz 4 StandAG).

Daraus folgt, dass Gegenstand der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle nach § 17 Abs. 3 Satz 3 ff. StandAG oder § 19 Abs. 2 Satz 6 ff. StandAG jeweils das gesamte Verfahren sein soll, soweit nicht die Regelungswirkung der gesetzlichen Auswahlentscheidungen reicht. Dies bestätigt den Befund, dass das Bundesgesetz nach § 15 Abs. 3 StandAG nicht zur Legalisierung des bis dahin durchlaufenen Verfahrens vorgesehen ist.

Diese Erwägungen sind auf das Gesetz nach § 17 Abs. 2 Satz 4 StandAG übertragbar. Auch dieses ist nur dazu bestimmt, die untertägig zu erkundenden Standorte zu bestimmen. Nur diese Liste der Standorte ist daher nach dem Erlass des Gesetzes nach § 17 Abs. 2 Satz 4 StandAG dem Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit von Bundesgesetzen unterworfen. Das gesamte Verfahren außerhalb dieser Listung unterliegt auch nach Erlass des Gesetzes der vollen verwaltungsgerichtlichen Kontrolle.

Bei dem Gesetz nach § 17 Abs. 2 Satz 4 StandAG kommt freilich hinzu, dass für diesen Gegenstand vor Erlass des Gesetzes das Rechtsschutzformat nach § 17 Abs. 3 Satz 3 ff. StandAG zur Verfügung steht. Rechtsschutzdefizite aufgrund des Gesetzes werden daher im Vorfeld seines Erlasses ausgeglichen.

Der Umstand, dass das BfE – wie bereits erwähnt – bei seiner Prüfung des bisherigen Standortauswahlverfahrens nach § 19 Abs. 2 Satz 3 StandAG hinsichtlich des Verfahrens bis zum Bescheid nach § 17 Abs. 3 Satz 1 StandAG an diesen Bescheid gebunden ist, soweit dieser bestandskräftig ist (§ 19 Abs. 2 Satz 4 StandAG) – was dann schon deshalb zwangsläufig der Fall sein wird, weil es ohne eine Bestandskraft dieses

Bescheids gar nicht zum Bundesgesetz über die untertägige Erkundung und somit auch nicht zur untertägigen Erkundung selbst kommen kann (§ 17 Abs. 2 Satz 2 StandAG),

s. Wollenteit, in: Frenz, Atomrecht, Baden-Baden 2018, § 19 StandAG Rn. 18 –

dürfte aber noch eine weitere Konsequenz haben: Da bestandskräftige Verwaltungsakte im Allgemeinen im Umfang ihrer Regelungswirkung auch die Gerichte binden,

vgl. nur BFH, Urteil vom 30.03.1993 – VIII R 63/91 –, BB 1993, S. 1699, 1700; VG Münster, Urteil vom 09.11.2015 – 1 K 1155/14 –, zit. n. juris, Rn. 23; Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Auflage, München 2017, § 10 Rn. 20; Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 8. Auflage, München 2014, § 43 Rn. 123 ff.; Schwarz, in: Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, Handkommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2016, § 43 VwVfG Rn. 20,

dürfte es, wenn auch Fehler des Verfahrens bis zum Bescheid nach § 17 Abs. 3 Satz 1 StandAG gerügt werden sollen, erforderlich sein, diesen anzufechten. Im gerichtlichen Verfahren gegen den Bescheid nach § 19 Abs. 2 Satz 3 StandAG dürfte das wegen der Bestandskraft des früheren Bescheids nach § 17 Abs. 3 Satz 1 StandAG nicht mehr möglich sein,

Wollenteit, in: Frenz, Atomrecht, Baden-Baden 2018, § 19 StandAG Rn. 31.

Somit ergibt sich aus der Bindungswirkung gemäß § 19 Abs. 2 Satz 4 StandAG

„ein phasenspezifisches und zugleich abschichtendes, d.h. den Streit- bzw. Prozessstoff von Stufe zu Stufe reduzierendes Rechtsschutzmodell,“

Schlacke, Konzentrierter oder phasenspezifischer Rechtsschutz: Individual- und Verbandsklage - Einsatzbereiche, Ergänzung, Kompensation?, ZUR 2017, S. 456, 461 (auch mit dem Hinweis, im StandAG werde so das gesamte Standortauswahlverfahren der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle

zugänglich; das dürfte nur für die beiden Rechtsschutzmöglichkeiten nach §§ 17 Abs. 3 Satz 3 ff., 19 Abs. 2 Satz 6 ff. StandAG in der Gesamtschau, nicht aber für die letztere Rechtsschutzmöglichkeit allein gelten).

Damit ergibt sich ein ausschließlicher phasenspezifischer Rechtsschutz,

vgl. zum phasenspezifischen Rechtsschutz allgemein Erbguth, Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, VVDStRL 61 (2002), S. 221, 244 f., sowie mit Blick auf das StandAG Schlacke, Rechtsfragen bei der Umsetzung der Öffentlichkeitsbeteiligung einschließlich Rechtsschutz, in: Burgi, 15. Deutsches Atomrechtssymposium, Baden-Baden 2019 (im Erscheinen), S. 345, 348,

der der Verfahrensökonomie und der Vermeidung weiterer erheblicher Verzögerungen dient,

Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Gesetzes zur Suche und Auswahl eines Standortes für ein Endlager für Wärme entwickelnde radioaktive Abfälle und anderer Gesetze, Gesetzentwurf der Fraktionen CDU/CSU, SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drucks. 18/11398, S. 63; Wollenteit, in: Frenz, Atomrecht, Baden-Baden 2018, § 19 StandAG Rn. 17.

Wenn dies zutrifft, kann die Regelungswirkung des Gesetzes nach § 15 Abs. 3 StandAG sich freilich nicht mehr im Verfahren nach § 19 Abs. 2 Satz 6 ff. StandAG auswirken, weil alle Verfahrensfehler im Rahmen der Auswahl der übertägig zu erkundenden Standortregionen im Zeitraum vor dem Bescheid nach § 17 Abs. 3 Satz 1 StandAG liegen werden. Deshalb werden sie nur im Verfahren nach § 17 Abs. 3 Satz 3 ff. StandAG zu prüfen sein.

Eine alternative Sichtweise könnte aber davon ausgehen, dass nicht schon die Bestandskraft eines Verwaltungsakts, sondern erst die ggf. hinzutretende und

bestätigende Rechtskraft eines verwaltungsgerichtlichen Urteils auch spätere Gerichte binden kann. Dies hat das Bundesverwaltungsgericht im Baurecht vertreten, soweit dort in Rede steht, ob die bestandskräftige Ablehnung eines Baugesuchs die Bauaufsichtsbehörde später bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit dieses Bauvorhabens bindet, etwa wenn ein neuer Bauantrag gestellt wird oder der Erlass einer Rückbauverfügung geprüft wird. Dies hat das Bundesverwaltungsgericht abgelehnt, weil sonst allein aus der Bestandskraft der behördlichen Entscheidung ein mit Art. 14 Abs. 1 GG in Wirklichkeit unvereinbares Bauverbot entstehen könnte,

vgl. BVerwG, Urteil vom 06.06.1975 – IV C 15.73 –, BVerwGE 48, S. 271, 273 ff.; Beschluss vom 09.03.1990 – 4 B 145.88 –, zit. n. juris, Rn. 32; so auch BGH, Urteil vom 26.01.1984 – III ZR 216/82 –, BGHZ 90, S. 17, 22; im Ergebnis ebenso OVG Münster, Urteil vom 04.12.2006 – 7 A 568/06 –, BRS 70 Nr. 105; OVG Magdeburg, Beschluss vom 20.02.2008 – 2 L 192/07 –, LKV 2008, S. 416, 417; OVG Bautzen, Urteil vom 09.11.2015 – 1 A 317/14 –, SächsVBl. 2016, S. 148, 150; OVG Magdeburg, Beschluss vom 28.11.2016 – 2 L 124/15 –, zit. n. juris, Rn. 7.

Demnach könnte auch hier zugrunde zu legen sein, dass noch nicht die Bestandskraft eines Bescheids, sondern ggf. erst die Rechtskraft eines diesen bestätigenden Urteils spätere Gerichte bindet, weil sonst in einem späteren Verfahren – hier dem Verfahren gegen den Bescheid nach § 19 Abs. 2 Satz 3 StandAG – nie mehr Rechtsschutz erlangt werden könnte und dies jedenfalls die Grundrechte selbst betroffener Klägerinnen und Kläger verletzen würde. Die Folge wäre, dass nicht schon die Bestandskraft des Bescheids nach § 17 Abs. 3 Satz 1 StandAG, sondern erst die Rechtskraft über eine erfolglose Anfechtung dieses Bescheids die Prüfung von Verfahrensfehlern, die sich vor dem Bescheid nach § 17 Abs. 3 Satz 1 StandAG ereignet haben, im Prozess nach § 19 Abs. 2 Satz 6 ff. StandAG verhindern würde. Daraus wiederum würde folgen, dass es nicht zwingend erforderlich wäre, den Bescheid nach § 17 Abs. 3 Satz 1 StandAG zu beklagen, um solche Fehler zur gerichtlichen Prüfung zu stellen. Diese Prüfung könnte vielmehr auch noch aufgrund der Klage gegen den Standortvorschlag stattfinden.

Die entsprechende, eben referierte Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist allerdings in Rechtsprechung und Literatur erheblicher Kritik ausgesetzt,

VGH München, Beschluss vom 23.11.2015 – 1 ZB 15.1978 –, BayVBl. 2016, S. 383; VG Freiburg, Urteil vom 25.03.2009 – 2 K 1638/08 –, zit. n. juris, Rn. 68; VG Karlsruhe, Urteil vom 03.08.2016 – 4 K 4014/15 –, zit. n. juris, Rn. 27; Erichsen/Knoke, Bestandskraft von Verwaltungsakten, NVwZ 1983, S. 185, 192; Gaentzsch, Konkurrenz paralleler Anlagengenehmigungen, NJW 1986, S. 2787, 2792; Kopp, Die Bestandskraft von Verwaltungsakten, DVBl. 1983, S. 392, 399; Merten, Die Bestandskraft von Verwaltungsakten, NJW 1983, S. 1993, 1996; Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 8. Auflage, München 2014, § 43 Rn. 125; die Richtigkeit des allgemeinen, verfassungsrechtlichen Ansatzes offenlassend BVerwG, Urteil vom 17.10.1989 – 1 C 18.87 –, BVerwGE 84, S. 11, 14 f.

Dies gilt jedenfalls, soweit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht nur die Annahme zugrunde liegt, dass die Rechtswidrigkeit eines Bauvorhabens nicht von der Regelungswirkung und der Bestandskraft eines Bescheids, mit dem ein Bauantrag abgelehnt wird, umfasst ist; diese Annahme ist richtig,

vgl. dazu VG Augsburg, Urteil vom 08.05.2014 – Au 2 K 13.1638 –, zit. n. juris, Rn. 22; VG Freiburg, Urteil vom 12.10.2016 – 6 K 641/16 –, zit. n. juris, Rn. 65; Gaentzsch, Konkurrenz paralleler Anlagengenehmigungen, NJW 1986, S. 2787, 2792; Ortloff, Inhalt und Bindungswirkungen der Baugenehmigung, NJW 1987, S. 1665, 1670; Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 19. Auflage, München 2017, § 43 Rn. 20,

aber sie ist auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar, weil die Regelungswirkung des Bescheids nach § 17 Abs. 3 Satz 1 StandAG sich ja gerade in der Feststellung der Rechtmäßigkeit des bisherigen Verfahrens und des Vorschlags für die untertätig zu erkundenden Standorte erschöpft. Diese Feststellung gehört also, soweit sie reicht,

zweifellos zur Regelungswirkung dieses Bescheids und nimmt an seiner Bestandskraft teil.

Angesichts des referierten Meinungsbilds ist bisher nicht völlig geklärt, ob und in welchem Umfang die Bestandskraft eines Verwaltungsakts auch dann die Gerichte bindet, wenn seine Regelungswirkung die Verwirklichung von Grundrechten betrifft,

Kilian/Hissnauer, in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, Großkommentar, 5. Auflage, Baden-Baden 2018, § 121 Rn. 79.

Es spricht jedoch mehr dafür, dass die Bindungswirkung aufgrund der Bestandskraft auch in diesem Fall eintritt. Dies entspricht vor allem der grundsätzlichen Wirkung der Bestandskraft (s.o., S. 92).

Außerdem lassen Wortlaut und Systematik des § 19 Abs. 2 StandAG den Ansatz, dass im Fall der Grundrechtsrelevanz keine Bindung des Bundesverwaltungsgerichts an den bestandskräftigen Verwaltungsakt nach § 17 Abs. 3 Satz 1 StandAG eintritt, wohl nicht zu. Das folgt aus verschiedenen Überlegungen: Zunächst ordnet zwar § 19 Abs. 2 Satz 4 StandAG nur eine Bindung des BfE, nicht aber des Bundesverwaltungsgerichts an den bestandskräftigen Verwaltungsakt nach § 17 Abs. 3 Satz 1 StandAG an. Wenn sodann aber § 19 Abs. 2 Satz 6 und 8 StandAG besagt, dass „gegen die Entscheidung nach [§ 19 Abs. 2] Satz 3“ StandAG geklagt werden kann, legt dies nahe, dass damit nur ein Klagerecht gegen die Entscheidung gemeint ist, die jenseits der Bindung an den früheren Bescheid gemäß § 19 Abs. 2 Satz 4 StandAG noch zu treffen ist. Außerdem könnte der Ansatz, nach dem die Bestandskraft des Bescheids nach § 17 Abs. 3 Satz 1 StandAG nicht auch das Bundesverwaltungsgericht bindet, nur für den Fall gelten, dass Grundrechte der Klägerinnen oder Kläger betroffen sind. Diese Unterscheidung widerspricht aber der Besserstellung der Klägerinnen und Kläger nach dem Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz und nach § 19 Abs. 2 Satz 6 StandAG gegenüber den selbst betroffenen Klägerinnen und Klägern, die sich aus § 4 Abs. 3 Satz 2 UmwRG ergibt. Zudem ist es wenig naheliegend, dass § 19 Abs. 2 Satz 4 StandAG für unterschiedliche

Klägerinnen und Kläger wesentlich unterschiedliche Bedeutungen mit Blick auf die gerichtliche Prüfungskompetenz haben sollte.

Aus diesen Gründen wird – wenn auch nicht vollkommen ohne Zweifel – im Folgenden davon auszugehen sein, dass die Bestandskraft eines Bescheids nach § 17 Abs. 3 Satz 1 StandAG auch das Bundesverwaltungsgericht in einem Prozess nach § 19 Abs. 2 Satz 6 ff. StandAG binden kann, und dies auch ohne dass diese Bestandskraft aus einem Urteil des Gerichts hervorgegangen wäre. Deshalb wird unter der vierten Gutachtenfrage zu prüfen sein, ob der Umstand, dass Verfahrensfehler, die sich vor dem Erlass des Bescheids nach § 17 Abs. 3 Satz 1 StandAG ereignet haben, nur mit der Klage nach § 17 Abs. 3 Satz 3 ff. StandAG zur gerichtlichen Prüfung gestellt werden können.

Insgesamt ergibt sich damit zur dritten Gutachtenfrage das folgende Bild:

- ▶ Trotz der Bundesgesetze nach §§ 15 Abs. 3, 17 Abs. 2 Satz 4 StandAG kann das Bundesverwaltungsgericht später auch anhand des einfachgesetzlichen Rechts überprüfen, ob über die Auswahl der überörtlich zu erkundenden Standortregionen und das weitere Verfahren mit den Gebieten, zu denen keine hinreichenden Informationen für die Anwendung der Kriterien nach den §§ 22 bis 24 StandAG vorliegen, bzw. über die Auswahl der unterörtlich zu erkundenden Standorte rechtmäßig entschieden worden ist. Verneinte es dies, würde es den anderslautenden feststellenden Bescheid des BfE aufheben. In der Folge würde das BfE einen neuen Regelungsvorschlag erarbeiten und dem Ministerium zuleiten. Damit ergäbe sich ein Neuanfang des jeweiligen Gesetzgebungsverfahrens, der der Prüfung durch das Bundesverwaltungsgericht einen Sinn gibt.
- ▶ Dieselbe Prüfung könnte das Bundesverwaltungsgericht ohnehin anhand des Unionsrechts und des Verfassungsrechts prüfen; sofern es zur Annahme eines Verstoßes der getroffenen Auswahl gegen das Grundgesetz käme, hätte es das jeweilige Bundesgesetz dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen.

- ▶ Verfahrensfehler, die sich bereits früh ereignet haben, aber die sich ungeachtet der gesetzlichen Entscheidung nach § 15 Abs. 3 StandAG oder § 17 Abs. 2 Satz 4 StandAG auch noch in dem abschließenden Standortvorschlag auswirken, können ohnehin voll überprüft werden. Die beiden Bundesgesetze legalisieren nicht das gesamte Verfahren bis zum Erlass dieses Gesetzes, denn sie nehmen dieses Verfahren nicht in ihren Regelungsgehalt auf.
- ▶ Allerdings bleibt es dabei, dass das Bundesverwaltungsgericht nicht die durch Gesetz getroffene Auswahl der übermäßig zu erkundenden Standortregionen oder der untermäßig zu erkundenden Standorte als solche aufheben könnte.
- ▶ Die Rechtmäßigkeit des Verfahrens bis zum Erlass des Bescheids des BfE nach § 17 Abs. 3 Satz 1 StandAG kann wohl nur im Verfahren nach § 17 Abs. 3 Satz 3 ff. StandAG zur verwaltungsgerichtlichen Kontrolle gestellt werden. In dem späteren Verfahren nach § 19 Abs. 2 Satz 6 ff. StandAG würde sich sonst die Bestandskraft des Bescheids nach § 17 Abs. 3 Satz 1 StandAG auswirken (§ 19 Abs. 2 Satz 4 StandAG).

In dem Umfang, der in den letzten beiden vorstehenden Absätzen beschrieben ist, wird der verfügbare Rechtsschutz eingeschränkt.

IV. Zur vierten Gutachtenfrage

Die vierte Gutachtenfrage knüpft an die soeben beantwortete dritte Frage an und lautet:

„Wäre eine solche Einschränkung mit dem Verfassungs-, Unions- und Völkervertragsrecht zu vereinbaren?“

Somit sind die unter der dritten Gutachtenfrage identifizierten Einschränkungen des Rechtsschutzes nun auf ihre Vereinbarkeit mit – wie bisher in dieser Reihenfolge – dem Völkervertragsrecht, dem Unions- und dem Verfassungsrecht zu überprüfen.

1. Zum Völkervertragsrecht

Die bereits zu den ersten beiden Gutachtenfragen thematisierte Espoo-Konvention enthält keine Anforderungen an den Rechtsschutz gegen die von ihr erfassten Vorhaben, die voraussichtlich erhebliche nachteilige grenzüberschreitende Auswirkungen haben. Im Mittelpunkt steht daher bei der Betrachtung des Völkervertragsrechts die ebenfalls schon thematisierte Aarhus-Konvention. Diese enthält Anforderungen an den Rechtsschutz vor allem in ihrem Art. 9.

Vor dem Hintergrund, dass das Standortauswahlgesetz mit der Auswahl der übertägig zu erkundenden Standortregionen, der Auswahl der untertägig zu erkundenden Standorte und der abschließenden Standortentscheidung drei Ebenen vorsieht, werden bei der näheren Prüfung ebenfalls unterschiedliche Fragestellungen auseinanderzuhalten sein: Zunächst wird zu fragen sein, ob außer auf der Ebene der abschließenden Entscheidung auch auf den beiden vorgelagerten Ebenen des Standortauswahlverfahrens (Auswahl der zu erkundenden Standortregionen/Standorte) Rechtsschutz geboten ist. Weiter wird dann die Frage aufzuwerfen sein, worauf sich der gebotene Rechtsschutz zu erstrecken hat und ob die vorgenannten Einschränkungen damit in einem Konflikt stehen.

a) Zu den rechtsschutzpflichtigen Entscheidungen

Die Anforderungen der Aarhus-Konvention an die Gewährung von Rechtsschutz ergeben sich in unterschiedlicher Weise aus Art. 9 Abs. 2 und 3 AK. Diese beiden Absätze lauten wie folgt:

„(2) Jede Vertragspartei stellt im Rahmen ihrer innerstaatlichen Rechtsvorschriften sicher, dass Mitglieder der betroffenen Öffentlichkeit,

a) die ein ausreichendes Interesse haben

oder alternativ

b) eine Rechtsverletzung geltend machen, sofern das Verwaltungsprozessrecht einer Vertragspartei dies als Voraussetzung erfordert,

Zugang zu einem Überprüfungsverfahren vor einem Gericht und/oder einer anderen auf gesetzlicher Grundlage geschaffenen unabhängigen und unparteiischen Stelle haben, um die materiell-rechtliche und verfahrensrechtliche Rechtmäßigkeit von Entscheidungen, Handlungen oder Unterlassungen anzufechten, für die Artikel 6 und – sofern dies nach dem jeweiligen innerstaatlichen Recht vorgesehen ist und unbeschadet des Absatzes 3 – sonstige einschlägige Bestimmungen dieses Übereinkommens gelten.

Was als ausreichendes Interesse und als Rechtsverletzung gilt, bestimmt sich nach den Erfordernissen innerstaatlichen Rechts und im Einklang mit dem Ziel, der betroffenen Öffentlichkeit im Rahmen dieses Übereinkommens einen weiten Zugang zu Gerichten zu gewähren. Zu diesem Zweck gilt das Interesse jeder nichtstaatlichen Organisation, welche die in Artikel 2 Nummer 5 genannten Voraussetzungen erfüllt, als ausreichend im Sinne des Buchstaben a. Derartige Organisationen gelten auch als Träger von Rechten, die im Sinne des Buchstaben b verletzt werden können.

Absatz 2 schließt die Möglichkeit eines vorangehenden Überprüfungsverfahrens vor einer Verwaltungsbehörde nicht aus und lässt das Erfordernis der Ausschöpfung verwaltungsbehördlicher Überprüfungsverfahren vor der Einleitung

gerichtlicher Überprüfungsverfahren unberührt, sofern ein derartiges Erfordernis nach innerstaatlichem Recht besteht.

(3) Zusätzlich und unbeschadet der in den Absätzen 1 und 2 genannten Überprüfungsverfahren stellt jede Vertragspartei sicher, dass Mitglieder der Öffentlichkeit, sofern sie etwaige in ihrem innerstaatlichen Recht festgelegte Kriterien erfüllen, Zugang zu verwaltungsbehördlichen oder gerichtlichen Verfahren haben, um die von Privatpersonen und Behörden vorgenommenen Handlungen und begangenen Unterlassungen anzufechten, die gegen umweltbezogene Bestimmungen ihres innerstaatlichen Rechts verstoßen.“

Hier wird zunächst auf Art. 9 Abs. 2 AK, dann auf Art. 9 Abs. 3 AK einzugehen sein.

aa) Zur Anwendbarkeit des Art. 9 Abs. 2 AK

Art. 9 Abs. 2 AK betrifft nach seinem Unterabs. 1

„Entscheidungen, Handlungen oder Unterlassungen anzufechten, für die Artikel 6 und – sofern dies nach dem jeweiligen innerstaatlichen Recht vorgesehen ist und unbeschadet des Absatzes 3 – sonstige einschlägige Bestimmungen dieses Übereinkommens gelten.“

Damit wird in erster Linie auf Art. 6 AK verwiesen. Art. 6 Abs. 1 lit. a AK ist – wie bereits gesehen (s.o., S. 5 ff.) – auf Entscheidungen über die Zulassung der in Anhang I AK aufgeführten Tätigkeiten anwendbar; hinsichtlich dieser Zulassungsentscheidungen gebietet Art. 6 AK eine Öffentlichkeitsbeteiligung.

Mit den gesetzlichen Auswahlentscheidungen nach § 15 Abs. 3 StandAG und § 17 Abs. 2 Satz 4 StandAG wird aber noch keine Anlage „mit dem Zweck der endgültigen Beseitigung bestrahlter Kernbrennstoffe“ (Anhang I Nr. 1 AK) zugelassen; auch wird

damit noch nicht abschließend über den Standort einer solchen Anlage entschieden. Zudem ist auch Anhang I Nr. 20 AK insoweit nicht anwendbar, wonach auch

„[j]ede Tätigkeit, die nicht durch die Nummern 1 bis 19 erfasst ist, wenn für sie eine Öffentlichkeitsbeteiligung aufgrund eines Verfahrens zur Umweltverträglichkeitsprüfung nach den innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgesehen ist,“

unter Art. 6 Abs. 1 lit. a AK fällt. Für das Vorfeld der gesetzlichen Auswahlentscheidungen nach § 15 Abs. 3 StandAG und § 17 Abs. 2 Satz 4 StandAG sieht das deutsche Recht nämlich keine Umweltverträglichkeitsprüfung, sondern nur eine Strategische Umweltprüfung vor (s.o., S. 55). Den Unterschied zwischen diesen beiden Prüfungen kennt auch die Aarhus-Konvention, denn die Strategische Umweltprüfung ist dort in Art. 7 AK angesprochen. Mit der „Umweltverträglichkeitsprüfung“ ist in Anhang I Nr. 20 AK daher nicht auch die Strategische Umweltprüfung gemeint.

Daher fallen die Auswahlentscheidungen nach § 15 Abs. 3 StandAG und § 17 Abs. 2 Satz 4 StandAG insgesamt nicht unter Art. 6 AK. Folglich ist Art. 9 Abs. 2 AK hierauf nur anwendbar, wenn das innerstaatliche Recht auch Entscheidungen nach

„sonstige[n] einschlägige[n] Bestimmungen dieses Übereinkommens,“

Art. 9 Abs. 2 Unterabs. 1 AK,

der Geltung dieser Bestimmung unterwirft. Hierzu hat die Bundesregierung in einem jüngeren Gesetzentwurf ausgeführt:

„Damit regelt Artikel 9 Absatz 2 der Aarhus-Konvention eine Option, neben Artikel 6 auch andere Bestimmungen der Konvention – wie z.B. Artikel 7 – nicht dem Regime des Artikel 9 Absatz 3 der Konvention, sondern dem strengeren Regime des Artikel 9 Absatz 2 der Aarhus-Konvention zu unterwerfen,“

Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer Vorschriften an europa- und völkerrechtliche Vorgaben, Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 18/9526, S. 35.

Diese Option hat der deutsche Gesetzgeber indes mit dem Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz bewusst nicht genutzt,

Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer Vorschriften an europa- und völkerrechtliche Vorgaben, Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 18/9526, S. 35,

und aus dem Standortauswahlgesetz folgt auch bereichsspezifisch nichts anderes. Demzufolge sind gerade Pläne und Programme i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 UmwRG – also Pläne und Programme, die einer Strategischen Umweltprüfung bedürfen – nicht von Art. 9 Abs. 2 AK erfasst,

vgl. Kment, in: Hoppe/Beckmann/Kment, Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung, Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz, Kommentar, 5. Auflage, Köln 2018, § 2 UmwRG Rn. 17.

Vielmehr erfasst Art. 9 Abs. 2 AK angesichts der deutschen Rechtslage ausschließlich Entscheidungen nach Art. 6 Abs. 1 lit. a i.V.m. Anhang I AK,

Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer Vorschriften an europa- und völkerrechtliche Vorgaben, Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 18/9526, S. 32; Schlacke, Rechtsfragen bei der Umsetzung der Öffentlichkeitsbeteiligung einschließlich Rechtsschutz, in: Burgi, 15. Deutsches Atomrechtssymposium, Baden-Baden 2019 (im Erscheinen), S. 345, 352; vgl. Kment, in: Hoppe/Beckmann/Kment, Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung, Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz, Kommentar, 5. Auflage, Köln 2018, § 2 UmwRG Rn. 17.

Deshalb gehören auch die SUP-pflichtigen Auswahlentscheidungen nach § 15 Abs. 3 StandAG und § 17 Abs. 2 Satz 4 StandAG nicht in den Anwendungsbereich des Art. 9 Abs. 2 AK,

vgl. Schlacke, Rechtsfragen bei der Umsetzung der Öffentlichkeitsbeteiligung einschließlich Rechtsschutz, in: Burgi, 15. Deutsches Atomrechtssymposium, Baden-Baden 2019 (im Erscheinen), S. 345, 352.

Für die abschließende Standortentscheidung nach § 20 Abs. 2 StandAG gilt dies aber nicht, denn diese unterliegt einer Pflicht zur Umweltverträglichkeitsprüfung einschließlich einer Öffentlichkeitsbeteiligung und fällt daher – jedenfalls – unter Art. 6 Abs. 1 lit. a i.V.m. Anhang I Nr. 20 AK (s.o., S. 7 f.). Insoweit ist daher Art. 9 Abs. 2 AK anwendbar. Auch die gesetzliche Form der Standortentscheidung ändert an der Anwendbarkeit des Art. 6 AK, auf den Art. 9 Abs. 2 AK verweist, nichts (s.o., S. 10 ff.).

bb) Zur Anwendbarkeit des Art. 9 Abs. 3 AK

Art. 9 Abs. 3 AK geht in seiner Anwendbarkeit über Art. 9 Abs. 2 AK hinaus,

Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer Vorschriften an europa- und völkerrechtliche Vorgaben, Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 18/9526, S. 32; United Nations Economic Commission for Europe, The Aarhus Convention, An Implementation Guide, 2. Auflage 2014, verfügbar unter <http://www.unece.org/index.php?id=35869>, S. 197; Schlacke, Rechtsfragen bei der Umsetzung der Öffentlichkeitsbeteiligung einschließlich Rechtsschutz, in: Burgi, 15. Deutsches Atomrechtssymposium, Baden-Baden 2019 (im Erscheinen), S. 345, 352.

Dieser Absatz ist grundsätzlich auf alle Handlungen und Unterlassungen von Privatpersonen oder Behörden anwendbar, die umweltbezogene Rechtsvorschriften verletzen können,

Compliance Committee, Findings and recommendations with regard to compliance by Belgium (Communication ACCC/C/2005/2005/11), adopted on 16

June 2006, UN Doc. ECE/MP.PP/C.1/2006/4/Add.2, Rn. 26, 28; Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer Vorschriften an europa- und völkerrechtliche Vorgaben, Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 18/9526, S. 32,

und umfasst damit insbesondere auch die Pläne und Programme nach Art. 7 AK,

Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer Vorschriften an europa- und völkerrechtliche Vorgaben, Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 18/9526, S. 35.

Allerdings erhebt sich die Frage, ob dies auch gilt, wenn es um einen Plan oder ein Programm geht, der oder das in der Form eines formellen Gesetzes erlassen wird. Der Umstand, dass der Bundesgesetzgeber das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz auch mit der jüngsten Anpassung an die Aarhus-Konvention und dabei insbesondere auch an Art. 9 Abs. 3 AK,

Gesetz zur Anpassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer Vorschriften an europa- und völkerrechtliche Vorgaben vom 29.05.2017, BGBl. 2017 I 1298; dazu der Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 18/9526, S. 1, 23, 26, 31 ff.,

nicht auf Pläne und Programme in Gesetzesform erstreckt, sondern vielmehr

„Pläne und Programme, über deren Annahme durch formelles Gesetz entschieden wird,“

§ 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 UmwRG a.E.,

ausdrücklich ausgenommen hat, spricht bereits dagegen.

In der Tat stellt sich die Frage der Anwendbarkeit auf formell-gesetzliche Akte hier in anderer Weise als mit Blick auf Art. 6 AK (dazu s.o., S. 10 ff.). Art. 9 Abs. 3 AK verlangt, wie bereits gesehen, dass Mitglieder der Öffentlichkeit

„Zugang zu verwaltungsbehördlichen oder gerichtlichen Verfahren haben, um die von Privatpersonen und Behörden vorgenommenen Handlungen und begangenen Unterlassungen anzufechten.“

Der Fall der von Privatpersonen vorgenommenen Handlungen spielt hier keine Rolle, weil Pläne und Programme in Gesetzesform nicht von Privaten angenommen werden können. Fraglich ist demnach, ob solche Pläne und Programme zu den von Behörden vorgenommenen Handlungen (oder Aspekte von ihnen zu den behördlichen Unterlassungen) gehören können. Zur Definition der Behörden gehört, wie bereits gesehen, Art. 2 Nr. 2 Satz 2 AK mit dem folgenden Wortlaut:

„Diese Begriffsbestimmung umfasst keine Gremien oder Einrichtungen, die in gerichtlicher oder gesetzgebender Eigenschaft handeln.“

Der parlamentarische Gesetzgeber ist demnach grundsätzlich keine Behörde. Seine Pläne und Programme fallen demnach grundsätzlich auch nicht unter Art. 9 Abs. 3 AK. Diese Auffassung hat sich auch der Bundesgesetzgeber zu eigen gemacht, als er Pläne und Programme in formeller Gesetzesform von der Anwendbarkeit des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes ausgenommen hat,

Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer Vorschriften an europa- und völkerrechtliche Vorgaben, Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 18/9526, S. 35; so auch Schlacke, Rechtsfragen bei der Umsetzung der Öffentlichkeitsbeteiligung einschließlich Rechtsschutz, in: Burgi, 15. Deutsches Atomrechtssymposium, Baden-Baden 2019 (im Erscheinen), S. 345, 352.

Oben ist allerdings u.a. aus der Praxis des Compliance Committee abgeleitet worden, dass der formelle Gesetzgeber gleichwohl wie eine Behörde zu behandeln sei, wenn er sich wie eine Behörde verhält, indem er eine spezifische Tätigkeit unmittelbar zulässt (s.o., S. 14 ff.). Fraglich ist also, ob diese Wertung auch hier Raum greift, ob also auch der formelle Gesetzgeber, der einen Plan oder ein Programm erlässt, sich insoweit wie eine Behörde verhält. Das dürfte allerdings nicht der Fall sein, denn Pläne oder Programme können begrifflich entweder durch eine Behörde oder durch den Gesetzgeber erlassen werden (vgl. Art. 2 lit. a 1. Spiegelstrich der Richtlinie 2001/42/EG – die Aarhus-Konvention enthält ebenso wenig wie die vorhergegangene Espoo-Konvention eine Definition der Pläne und Programme). Wenn Art. 9 Abs. 3 AK nur auf Handlungen oder Unterlassungen von (Privatpersonen oder) Behörden anwendbar ist und dies nach Art. 2 Nr. 2 Satz 2 AK bewusst den Gesetzgeber ausschließen soll, kann dies also nicht mit der Erwägung überspielt werden, einen Plan oder ein Programm hätte an sich auch eine Behörde erlassen können und deshalb verhalte sich der Gesetzgeber insoweit wie eine solche. Dies liegt zwar bei Zulassungen spezifischer Tätigkeiten nahe, weil dies eine typische Tätigkeit der Behörden ist, aber für Pläne und Programme gilt dasselbe eben nicht.

Deshalb erfasst Art. 9 Abs. 3 AK nicht die hier in Rede stehenden Entscheidungen über die Festlegung der übertägig zu erkundenden Standortregionen und der untertägig zu erkundenden Standorte.

b) Zu den Anforderungen an den Rechtsschutz

Wenn demnach nur Art. 9 Abs. 2 AK auf die abschließende Standortentscheidung Anwendung findet, ist damit gleichwohl effektiver Rechtsschutz geboten. Dies folgt ohne Weiteres aus Art. 9 Abs. 4 AK.

Weiter ist zu Art. 9 Abs. 2 AK festzuhalten, dass es zwar nach Art. 9 Abs. 2 Unterabs. 3 AK nicht ausgeschlossen ist, eine Ausschöpfung verwaltungsbehördlicher Überprüfungsverfahren zur Voraussetzung des gerichtlichen Rechtsschutzes zu machen, dass

es aber deshalb nicht auch zulässig ist, die Gründe, auf die ein gerichtlicher Rechtsbehelf anschließend noch gestützt werden kann, zu beschränken,

EuGH, Urteil vom 15.10.2015 – C-137/14 *Kommission ./. Deutschland* –, zit. n. juris, Rn. 76, zu Art. 11 Abs. 4 Unterabs. 1 der Richtlinie 2011/92/EU und Art. 25 Abs. 4 Unterabs. 1 der Richtlinie 2010/75/EU, die den Wortlaut des Art. 9 Abs. 2 Unterabs. 3 AK übernehmen; zur Übertragung auf Art. 9 Abs. 2 AK auch Heß/Brigola, Die Fallstricke der unions- und völkerrechtlichen Metamorphose des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes (UmwRG) im Jahr 2017, NuR 2017, S. 729, 730.

Das hierfür maßgebliche Ziel,

„den rechtsuchenden Bürgern einen möglichst weitreichenden Zugang zu gerichtlicher Überprüfung zu geben,“

EuGH, Urteil vom 15.10.2015 – C-137/14 *Kommission ./. Deutschland* –, zit. n. juris, Rn. 80,

dürfte aus Art. 9 Abs. 2 und 4 AK ableitbar sein.

Weiterhin bietet sich, auch wenn Art. 9 Abs. 3 AK an sich nicht anwendbar ist, ein systematisches Argument aus dieser Norm an. Nach dieser Bestimmung muss nur die Verletzung umweltbezogener Rechtsvorschriften rügefähig sein. Dieser Begriff ist aber weit auszulegen und kann auch Bestimmungen in Bezug auf Stadtplanung, Umweltsteuern, Chemikalien- oder Abfallrecht, die Nutzung von natürlichen Ressourcen oder die Verschmutzung durch Schiffe umfassen, unabhängig davon, ob sich die entsprechenden Bestimmungen im Planungs-, Steuer- oder Seerecht oder anderswo finden,

United Nations Economic Commission for Europe, The Aarhus Convention, An Implementation Guide, 2. Auflage 2014, verfügbar unter <http://www.unece.org/index.php?id=35869>, S. 197; Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer Vorschriften an

europa- und völkerrechtliche Vorgaben, Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 18/9526, S. 32.

Diese Reichweite der rügefähigen umweltbezogenen Rechtsvorschriften nach Art. 9 Abs. 3 AK legt es nahe, dass eine Verkürzung des Rechtsschutzes um bestimmte rechtliche Aspekte, wie sie hier evtl. doch aus den Bundesgesetzen nach §§ 15 Abs. 3, 17 Abs. 2 Satz 4 StandAG folgen kann, erst recht nach Art. 9 Abs. 2 AK problematisch ist, wo eine Beschränkung auf umweltbezogene Rechtsvorschriften – oder dementsprechend auch auf andere rechtliche Aspekte – schon gar nicht zulässig ist,

s. Compliance Committee, Findings and recommendations with regard to communication ACCC/C/2008/31 concerning compliance by Germany, adopted on 20 December 2013, UN Doc. ECE/MP.PP/C.1/2014/8, Rn. 78 ff.

Somit gebietet Art. 9 Abs. 2 und 4 AK einen inhaltlich umfassenden und effektiven Rechtsschutz. Dieser wird allerdings gewährleistet, wenn das Bundesverwaltungsgericht alle Verstöße auch gegen einfachgesetzliches Recht dem Grunde nach prüfen kann. Dass es unter Umständen, nämlich wenn ein Fehler im Verfahren nur die Rechtswidrigkeit der durch Gesetz getroffenen Auswahlentscheidung nach sich ziehen kann, mit seiner Entscheidung nur bewirken kann, dass das fragliche Gesetzgebungsverfahren erneut in Gang gesetzt wird (s.o., S. 86 ff.), steht dem nicht entgegen, denn soweit sich der Fehler nicht bloß in der vorherigen Auswahlentscheidung, sondern auch noch in dem abschließenden Standort auswirkt, ist die Überprüfung ungeachtet dessen noch möglich (s.o., S. 88 f.). Die gesetzliche Festlegung der zu erkundenden Standortregionen oder Standorte könnte sich daher auf der Ebene der abschließenden Standortentscheidung sachlich nur noch dahingehend auswirken, dass schon in diesen Stadien Alternativen fehlerhaft ausgeschieden worden wären. Auf der Ebene der abschließenden Standortentscheidung ist aber nach dem – aus Sicht der Aarhus-Konvention – materiellen Recht keine echte Alternativenprüfung mehr geboten (s.o., S. 51 f.). Dies wird anhand der Aarhus-Konvention nicht kontrolliert.

Es ist insofern auch kein Problem, wenn das Verfahren bis zum Bescheid nach § 17 Abs. 3 Satz 1 StandAG nur in dem Verwaltungsprozess nach § 17 Abs. 3 Satz 3 ff. StandAG geprüft werden kann, weil sonst über die Rechtmäßigkeit des Verfahrens bis zu diesem Zeitpunkt die Bestandskraft des genannten Bescheids gemäß § 19 Abs. 2 Satz 4 StandAG eintritt (s.o., S. 91 ff.). In diesem Fall gibt es den erforderlichen Rechtsschutz schließlich grundsätzlich auf der Ebene nach § 17 Abs. 3 StandAG. Dass nur die Verwaltungsprozesse nach § 17 Abs. 3 Satz 3 ff. StandAG und § 19 Abs. 2 Satz 6 ff. StandAG gemeinsam den Anforderungen des Art. 9 Abs. 2 AK an einen umfassenden und effektiven Rechtsschutz genügen, ergibt kein Problem. Solche Fälle sind auch nach der strukturell vergleichbaren Rechtsschutzgarantie des Art. 13 EMRK (BGBl. 2010 II 1199) unproblematisch,

vgl. nur Breuer, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, 2. Auflage, München 2015, Art. 13 Rn. 44; Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Auflage, München 2012, § 24 Rn. 180, mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte; vgl. auch BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 17.12.2013 – 1 BvR 3139, 3386/08 –, BVerfGE 134, S. 242, 300, und dazu noch nachfolgend unter B. IV. 3.

2. Zum Unionsrecht

Im Unionsrecht liegt es nicht wesentlich anders als nach der Aarhus-Konvention, weil in Art. 11 Abs. 1, 3 und 4 der Richtlinie 2011/92/EU die Regelungen des Art. 9 Abs. 2 AK weitestgehend wortgleich übernommen werden. Art. 9 Abs. 3 AK findet dagegen in der Richtlinie 2011/92/EU keine Entsprechung, weil der Anwendungsbereich der Richtlinie dem des Art. 9 Abs. 2 AK entspricht. Ein weiterer Umsetzungsakt der Union für Art. 9 Abs. 3 AK ist im Gesetzgebungsverfahren gescheitert,

dazu Berkemann, Der slowakische Braunbär im deutschen Prozessrecht – Eine Analyse von EuGHE 2011 I-1255, DVBl. 2013, S. 1137, 1138.

Die SUP-Richtlinie 2001/42/EG, in deren Anwendungsbereich Art. 9 Abs. 3 AK gilt, enthält zudem keinerlei Anforderungen an den Rechtsschutz gegen Pläne und Programme, auch wenn diese nicht in Gesetzesform, sondern bei Behörden ergehen,

OVG Lüneburg, Beschluss vom 30.07.2013 – 12 MN 300/12 –, NVwZ-RR 2013, S. 917, 918; Franzius, Stuttgart 21: Eine Epochenwende?, GewArch 2012, S. 225, 232 f.; Gärditz, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band I, Stand: 07/2011, Vor § 14a UVPG Rn. 22; ders., Rechtsschutz im Standortauswahlverfahren für ein Endlager hochradioaktiver Abfälle, in: Schlacke/Beaucamp/Schubert, Infrastruktur-Recht, Festschrift für Wilfried Erbguth zum 70. Geburtstag, Berlin 2019, S. 479, 487; Schlacke, Rechtsfragen bei der Umsetzung der Öffentlichkeitsbeteiligung einschließlich Rechtsschutz, in: Burgi, 15. Deutsches Atomrechtssymposium, Baden-Baden 2019 (im Erscheinen), S. 345, 351 f.; Stevens, Klagen gegen Braunkohlenpläne, DVBl. 2014, S. 349, 353,

Dies hat zur Folge, dass aus dem Unionsrecht keine Anforderungen an den Rechtsschutz gegen die gesetzlichen Auswahlentscheidungen nach §§ 15 Abs. 3, 17 Abs. 2 Satz 3 StandAG folgen,

Gärditz, Rechtsschutz im Standortauswahlverfahren für ein Endlager hochradioaktiver Abfälle, in: Schlacke/Beaucamp/Schubert, Infrastruktur-Recht, Festschrift für Wilfried Erbguth zum 70. Geburtstag, Berlin 2019, S. 479, 487; Schlacke, Rechtsfragen bei der Umsetzung der Öffentlichkeitsbeteiligung einschließlich Rechtsschutz, in: Burgi, 15. Deutsches Atomrechtssymposium, Baden-Baden 2019 (im Erscheinen), S. 345, 351 f.

Jedoch gelten dieselben Grundsätze wie für Art. 9 Abs. 2 AK auch für Art. 11 Abs. 1 ff. der Richtlinie 2011/92/EU. Der Rechtsschutz nach §§ 17 Abs. 3 Satz 3 ff., 19 Abs. 2 Satz 6 ff. StandAG ist daher durch Art. 11 Abs. 1 ff. der Richtlinie geboten,

Gärditz, Rechtsschutz im Standortauswahlverfahren für ein Endlager hochradioaktiver Abfälle, in: Schlacke/Beaucamp/Schubert, Infrastruktur-Recht,

Festschrift für Wilfried Erbguth zum 70. Geburtstag, Berlin 2019, S. 479, 486; Schlacke, Rechtsfragen bei der Umsetzung der Öffentlichkeitsbeteiligung einschließlich Rechtsschutz, in: Burgi, 15. Deutsches Atomrechtssymposium, Baden-Baden 2019 (im Erscheinen), S. 345, 351,

aber er genügt, wie im vorstehenden Abschnitt dieses Gutachtens näher dargelegt worden ist, den danach geltenden Anforderungen.

3. Zum Verfassungsrecht

Weiter gilt es noch zu prüfen, ob die unter der dritten Gutachtenfrage konstatierten Einschränkungen des Rechtsschutzes gegen das Grundgesetz verstoßen.

Verfassungsrechtliche Fragestellungen ergeben sich mit Blick auf die Zulässigkeit der legislativen Entscheidungen nach dem Standortauswahlgesetz unter den Gesichtspunkten der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG) und des Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG),

Gärditz, Rechtsschutz im Standortauswahlverfahren für ein Endlager hochradioaktiver Abfälle, in: Schlacke/Beaucamp/Schubert, Infrastruktur-Recht, Festschrift für Wilfried Erbguth zum 70. Geburtstag, Berlin 2019, S. 479, 481.

Mit Blick auf die Gewaltenteilung hat der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts in seinem Beschluss zur „Südumfahrung Stendal“ ausgeführt, dass die Planung, die auch nach dem Standortauswahlgesetz stattfindet, vom Grundgesetz nicht zwingend der Exekutive zugeordnet wird. Vielmehr ist auch eine Legalplanung zulässig,

„sofern die Materie ihrer Natur nach geeignet ist, gesetzlich geregelt zu werden (vgl. Ossenbühl, in: Isensee/Kirchhof, HStR, Bd. III, § 62, Rn. 65), und sonstige verfassungsrechtliche Gründe nicht entgegenstehen,“

und wenn für die Legalplanung

„im Einzelfall gute Gründe bestehen, etwa weil die schnelle Verwirklichung des Vorhabens von besonderer Bedeutung für das Gemeinwohl ist,“

wobei dem Gesetzgeber ein Beurteilungs- und Einschätzungsspielraum zusteht,

BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 17.07.1996 – 2 BvF 2/93 –, BVerfGE 95, S. 1, 16 f. (erstes wörtliches Zitat von S. 16, zweites wörtliches Zitat von S. 17).

Unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzes ergibt sich ein ähnlicher Maßstab. Das allgemeine Grundrecht auf Rechtsschutz gegen die „öffentliche Gewalt“ gemäß Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG gewährleistet zwar nur Rechtsschutz gegen die vollziehende Gewalt,

BVerfG, Beschluss des Plenums vom 30.04.2003 – 1 PBvU 1/02 –, BVerfGE 107, S. 395, 403 ff.; Beschluss des Zweiten Senats vom 25.01.2005 – 2 BvR 656, 657, 683/99 –, BVerfGE 112, S. 185, 207,

nicht aber auch gegen die Legislative,

BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 25.06.1968 – 2 BvR 251/63 –, BVerfGE 24, S. 33, 49; Urteil des Ersten Senats vom 18.12.1968 – 1 BvR 638, 673/64 und 200, 238, 249/65 –, BVerfGE 24, S. 367, 401; Beschluss des Ersten Senats vom 10.05.1977 – 1 BvR 514/68, 323/69 –, BVerfGE 45, S. 297, 334 f.

Ein Anspruch auf effektiven Rechtsschutz ist aber auch in Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG und Art. 14 Abs. 3 GG enthalten,

BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 03.07.1973 – 1 BvR 153/69 –, BVerfGE 35, S. 348, 361; Beschluss des Ersten Senats vom 10.05.1977 – 1 BvR 514/68, 323/69 –, BVerfGE 45, S. 297, 322, 333; Urteil des Ersten

Senats vom 17.12.2013 – 1 BvR 3139, 3386/08 –, BVerfGE 134, S. 242, 299.

Ein Gesetz mit enteignender Wirkung oder enteignungsrechtlicher Vorwirkung kann gegen Art. 14 Abs. 1 GG verstoßen, indem es den Rechtsschutz schmälert, den Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG im Normalfall des Handelns der Exekutive gewähren würde,

BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 18.12.1968 – 1 BvR 638, 673/64 und 200, 238, 249/65 –, BVerfGE 24, S. 367, 401 f.; Beschluss des Ersten Senats vom 10.05.1977 – 1 BvR 514/68, 323/69 –, BVerfGE 45, S. 297, 333; Beschluss des Zweiten Senats vom 17.07.1996 – 2 BvF 2/93 –, BVerfGE 95, S. 1, 22.

Daraus folgt, dass eine Legalplanung mit enteignender Wirkung oder enteignungsrechtliche Vorwirkung nur zulässig ist, wenn

„triftige Gründe für die Annahme bestehen, daß die Durchführung einer behördlichen Planfeststellung mit erheblichen Nachteilen für das Gemeinwohl verbunden wäre, denen nur durch eine gesetzliche Regelung begegnet werden kann,“

BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 17.07.1996 – 2 BvF 2/93 –, BVerfGE 95, S. 1, 22.

Auch insoweit genießt der Gesetzgeber einen Beurteilungs- und Einschätzungsspielraum; es wird nur geprüft, ob

„[d]ie Einschätzungen und Wertungen des Gesetzgebers [...] offensichtlich fehlerhaft [oder] eindeutig widerlegbar oder mit den Prinzipien der verfassungsrechtlichen Ordnung unvereinbar [sind],“

BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 17.07.1996 – 2 BvF 2/93 –, BVerfGE 95, S. 1, 25 f.

Fraglich ist somit, ob hier solche triftigen Gründe für die gesetzlichen Entscheidungen nach §§ 15 Abs. 3, 17 Abs. 2 Satz 4 StandAG vorliegen. Eine Rechtsschutzverkürzung findet freilich nur durch das Gesetz nach § 15 Abs. 3 StandAG statt, weil wegen der Inhalte des Gesetzes nach § 17 Abs. 2 Satz 4 StandAG das Rechtsschutzformat nach § 17 Abs. 3 Satz 3 ff. StandAG vorgeschaltet ist (s.o., S. 91).

Soweit Fehler, die sich bis zum Erlass des Bescheids nach § 17 Abs. 3 Satz 1 StandAG ereignet haben oder haben sollen, nur im Prozess nach § 17 Abs. 3 Satz 3 ff. StandAG und nicht mehr im Prozess nach § 19 Abs. 2 Satz 6 ff. StandAG rügefähig sind (s.o., S. 91 ff.), ist dies keine Folge des Gesetzes nach § 17 Abs. 2 Satz 4 StandAG, sondern eine Folge der Bestandskraft des Bescheids über das Verfahren bis zu diesem Zeitpunkt gemäß § 19 Abs. 2 Satz 4 StandAG. Gleichwohl wird auch dieser Umstand im Folgenden zu prüfen sein, weil er sich aus dem Rechtsregime des Standortauswahlgesetzes ergibt.

Soweit es nun die triftigen Gründe für die Entscheidungen in Gesetzesform betrifft, war in dem Fall der Südumfahrung Stendal für das Bundesverfassungsgericht das Interesse an einer Beschleunigung des Planungsverfahrens, das im Zusammenhang mit der Wiedervereinigung stand, maßgeblich,

s. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 17.07.1996 – 2 BvF 2/93 –, BVerfGE 95, S. 1, 23 f.

Dieses Interesse wird hier allerdings nicht zugrunde zu legen sein, denn es ist bereits mit einem jahrzehntelangen Verfahren zu rechnen (s. nur § 1 Abs. 5 Satz 2 StandAG),

Bull, Wissenschaft und Öffentlichkeit als Legitimationsbeschaffer, DÖV 2014, S. 897, 904; Wollenteit, in: Frenz, Atomrecht, Baden-Baden 2018, § 15 StandAG Rn. 5.

Der Gesetzgeber hat sich aber bereits mit dem Bedürfnis triftiger Gründe für die Legalplanung auseinandergesetzt und hierzu Folgendes ausgeführt:

„Die vom Bundesverfassungsgericht geforderten Gründe sind hier gegeben. Ein wichtiger tragender Grund ist die besondere Bedeutung der Endlagerung radioaktiver Abfälle als großes Infrastrukturprojekt und nationale Aufgabe. Eine zeitliche Dimension besteht insoweit, als nun nach mehreren Generationen des Streits über einen geeigneten Standort für ein atomares Endlager in Deutschland die Perspektive einer möglichst breit von der Gesamtbevölkerung in Deutschland getragenen Lösung eröffnet ist. Dabei bietet die Entscheidungsform des Gesetzes das größtmögliche Maß an demokratischer Legitimation und damit die größtmögliche Chance auf eine dauerhaft akzeptierte Streitentscheidung. Dies wird durch den außerordentlich hohen Stellenwert der hier berührten grundrechtlichen Schutzgüter unterstrichen. Ferner wird die Annahme des Vorliegens ‚guter‘ bzw. ‚triftiger‘ Gründe dadurch erleichtert, dass nicht nur ein vorgelagertes Verfahren, sondern auch ein nachgelagertes Verfahren, nämlich das Genehmigungsverfahren die Errichtung, den Betrieb und die Stilllegung der konkreten Anlage betreffend, stattfindet. Dieses Verfahren bietet die Gelegenheit, ein weiteres Mal die nach zutreffender Einschätzung des Bundesverfassungsgerichts in erhöhtem Maße bei der Verwaltung vorhandenen Fach- und Sachkompetenzen innerhalb eines nach den Regeln des Verwaltungsverfahrenrechts mit großer Gründlichkeit und anschließender verwaltungsgerichtlicher Kontrollmöglichkeit ablaufenden Verfahrens einzusetzen,“

Entwurf eines Gesetzes zur Suche und Auswahl eines Standortes für ein Endlager für Wärme entwickelnde radioaktive Abfälle und zur Änderung anderer Gesetze (Standortauswahlgesetz – StandAG), Gesetzentwurf der Fraktionen CDU/CSU, SPD, FDP und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drucks. 17/13471, S. 29 f.

Der Gesetzgeber hat damit vor allem das Erfordernis eines besonders hohen Maßes an demokratischer Legitimation in den Mittelpunkt seiner Überlegungen gestellt. Darin hat er in der Literatur Zustimmung erfahren,

Bull, Wissenschaft und Öffentlichkeit als Legitimationsbeschaffer, DÖV 2014, S. 897, 904,

aber dieser Überlegung ist entgegengehalten worden, die gesetzliche Entscheidung sei nur eingeschränkt geeignet, dem Ergebnis eine höhere Legitimation zu vermitteln, weil vor allem hochkomplexe Sachverhalte zu beurteilen sind und das Parlament dazu nur wenig beitragen könne,

Gärditz, Rechtsschutz im Standortauswahlverfahren für ein Endlager hochradioaktiver Abfälle, in: Schlacke/Beaucamp/Schubert, Infrastruktur-Recht, Festschrift für Wilfried Erbguth zum 70. Geburtstag, Berlin 2019, S. 479, 498 f.

Außerdem ist dem Legitimationsanliegen des Gesetzgebers entgegengehalten worden, für die Vermittlung demokratischer Legitimation wäre es ausreichend gewesen, dass der Bundestag die Exekutive mit der Einleitung eines Planfeststellungsverfahrens an einem bestimmten Standort betraut, ohne dies aber gleich in Gesetzesform zu tun,

Gaßner/Neusüß, Standortauswahlverfahren und Sicherheitsanforderungen für ein Endlager, ZUR 2009, S. 347, 351.

Das dürfte allerdings nicht ausreichend sein. Demokratische Legitimation wird nicht nur durch die gesetzliche Regelung des Verhaltens der Exekutive, sondern auch durch die parlamentarische Kontrolle vermittelt,

s. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 13.06.2017 – 2 BvE 1/15 –, BVerfGE 146, S. 1, 39 f. (Rn. 87 f.); Urteil des Zweiten Senats vom 07.11.2017 – 2 BvE 2/11 –, BVerfGE 147, S. 50, 127 f. (Rn. 198 f.).

Die hier zu legitimierende Entscheidung ist vor allem die Entscheidung für den Standort eines Endlagers für hochradioaktive Abfälle. Der Standort ist auf eine bestmögliche Sicherheit für einen Zeitraum von einer Million Jahren angelegt (§ 1 Abs. 2 Satz 2 Stand-

AG). Tatsächlich wird das Endlager perspektivisch noch für einen längeren Zeitraum nutzbar sein müssen. Dies ergibt sich schon aus der Halbwertszeit des Uran-235 von 703,8 Mio. Jahren und des Uran-238 von 4,468 Mrd. Jahren. Dabei handelt es sich um Zeiträume, die über die gesamte bisherige Menschheitsgeschichte hinausgehen. Es liegt somit auf der Hand, dass mit dem Endlagerstandort eine über viele Generationen hinweg relevante Frage zu entscheiden ist. Zudem ist diese Frage bereits seit mehreren Jahrzehnten politisch höchst relevant.

Es ist deshalb durchaus angemessen, wenn der Gesetzgeber meint, die Entscheidung über eine solche Frage sich selbst vorbehalten zu müssen. Jedenfalls ist diese Einschätzung weder offensichtlich fehlerhaft noch eindeutig widerlegbar oder mit den Prinzipien der verfassungsrechtlichen Ordnung unvereinbar (s.o., S. 114).

Freilich kommt hinzu, dass nicht nur die eigentliche Standortentscheidung, sondern auch die Entscheidungen über die übertägig zu erkundenden Standortregionen und die untertägig zu erkundenden Standorte dem Gesetzgeber selbst zugewiesen sind,

vgl. Wiegand, Konsens durch Verfahren?, Öffentlichkeitsbeteiligung und Rechtsschutz nach dem Standortauswahlgesetz im Verhältnis zum atomrechtlichen Genehmigungsverfahren, NVwZ 2014, S. 830, 834.

Die Entscheidung über die übertägig zu erkundenden Standortregionen führt dabei auch zu einer Verkürzung des noch verfügbaren Rechtsschutzes. Deshalb ist auch diese Entscheidung nicht nur anhand der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG), sondern auch anhand der Rechtsschutzgarantie aus Art. 14 GG zu prüfen. Für die Entscheidung über die untertägig zu erkundenden Standorte trifft dies nur zu, soweit das Gesetz hierüber nachträglich nur noch sehr eingeschränkt angefochten werden kann. Dieser Umstand wird aber durch den vorgelagerten Rechtsschutz nach § 17 Abs. 3 Satz 3 ff. StandAG kompensiert (s.o., S. 91).

Das Verhalten der Exekutive im Rahmen der Auswahl der überörtlich zu erkundenden Standortregionen und der unterörtlich zu erkundenden Standorte ist hochkomplex. Es ist jedenfalls weder offensichtlich fehlerhaft noch eindeutig widerlegbar oder der Verfassung fremd, dass der Gesetzgeber entschieden hat, dieses Verhalten nicht nur mit den üblichen Mitteln der parlamentarischen Kontrolle zu begleiten, sondern sich einige Entscheidungen auch innerhalb des Verfahrens selbst vorzubehalten. Dadurch wird der Möglichkeit vorgebeugt, dass es zu politisch fehlsamen Abwägungsentscheidungen, die es bereits auf diesen Ebenen gibt (s. §§ 13 Abs. 2 Satz 2, 14 Abs. 1 Satz 4, 16 Abs. 2 Satz 2 StandAG), kommt. Außerdem wird dadurch gewährleistet, dass der Bundestag zumindest anlässlich der gesetzlichen Verfahrensschritte vollumfänglich über das Verhalten der Exekutive unterrichtet wird.

Hinzu kommt, dass die Zuständigkeiten des Gesetzgebers nach §§ 15 Abs. 3, 17 Abs. 2 Satz 4 StandAG nicht nur die Unterrichtung und Eingriffsbefugnis des Parlaments, das kraft seiner unmittelbaren demokratischen Legitimation als einzige Stelle zur Gesetzgebung berechtigt ist,

BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 10.10.1972 – 2 BvL 51/69 –, BVerfGE 34, S. 52, 59; Beschluss des Zweiten Senats vom 17.07.1996 – 2 BvF 2/93 –, BVerfGE 95, S. 1, 15 f.,

zur Folge haben. Vielmehr bewirken diese Zuständigkeiten des Gesetzgebers auch eine unmittelbare Rückbindung an das Wahlvolk und die Geltung des Grundsatzes der Parlamentsöffentlichkeit (Art. 42 Abs. 1 Satz 1 GG), der

„ein wesentliches Element des demokratischen Parlamentarismus [ist und] [...] dem Bürger die Wahrnehmung seiner Kontrollfunktion [ermöglicht] und [...] damit der effektiven Verantwortlichkeit des Parlaments gegenüber dem Wähler [dient],“

BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15.01.2019 – 2 BvL 1/09 –, zit. n. juris, Rn. 59.

In diesem Sinne sind auch die grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte darauf gerichtet, dass die maßgeblichen Entscheidungen

„aus einem Verfahren hervorgehen, das der Öffentlichkeit Gelegenheit bietet, ihre Auffassungen auszubilden und zu vertreten, und die Volksvertretung dazu anhält, Notwendigkeit und Ausmaß von Grundrechtseingriffen in öffentlicher Debatte zu klären,“

BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 25.03.1992 – 1 BvR 1430/88 –, BVerfGE 85, S. 386, 403 f.; Urteil des Zweiten Senats vom 24.09.2003 – 2 BvR 1436/02 –, BVerfGE 108, S. 282, 312.

Vor diesem Hintergrund hätte es nicht dieselbe demokratisch legitimierende Wirkung, wenn der Bundestag nur die Exekutive mit der Einleitung eines Planfeststellungsverfahrens an einem bestimmten Standort betraute, ohne dass diese Standortentscheidung verbindlich wäre,

so aber Gaßner/Neusüß, Standortauswahlverfahren und Sicherheitsanforderungen für ein Endlager, ZUR 2009, S. 347, 351.

Damit wäre nämlich nicht gewährleistet, dass das Parlament auch die Vorarbeiten der Exekutive zu diesem Standort debattiert, kontrolliert und mitgetragen hat. Zudem wäre ohne die Verbindlichkeit der gesetzlichen Entscheidungen innerhalb und am Schluss des Verfahrens nicht gewährleistet, dass die Exekutive, die in erster Linie nicht an Aufträge des Bundestags, sondern an Recht und Gesetz gebunden ist (Art. 20 Abs. 3 GG), bei dem Standort auch bleibt.

Ebenfalls vor diesem Hintergrund ist es auch kein durchdringender Einwand gegen die Zuständigkeiten des Gesetzgebers nach §§ 15 Abs. 3, 17 Abs. 2 Satz 4 StandAG, dass sehr komplexe Entscheidungen zu treffen sind, die die epistemischen Fähigkeiten des Parlaments übersteigen,

so aber Gärditz, Rechtsschutz im Standortauswahlverfahren für ein Endlager hochradioaktiver Abfälle, in: Schlacke/Beaucamp/Schubert, Infrastruktur-Recht, Festschrift für Wilfried Erbguth zum 70. Geburtstag, Berlin 2019, S. 479, 498 f.

Dieser Befund ist zwar an sich richtig, aber er ändert nichts daran, dass die verstärkte Rolle des Parlaments bei diesen Entscheidungen die parlamentarische Kontrolle über das Verfahren und damit auch die Legitimation der abschließenden Standortentscheidung erhöht. Dies ist aber umso bedeutsamer angesichts dessen, dass es sich bei dieser Entscheidung auch um eine solche planerischer Art handelt, die nicht allein naturwissenschaftlich ableitbar ist, sondern auch einen dezisionistischen Charakter hat. Für die insoweit vorzunehmende Bewertung der für und wider die jeweiligen Standorte sprechenden Belange und deren Wechselwirkungen kommt der erhöhten Legitimation der ersten Gewalt aber besondere Bedeutung zu. Zudem begründet die Befassung des Parlaments gegenüber dem BfE die Notwendigkeit einer Kommunikation des Verfahrensgeschehens gegenüber dem Gesetzgeber und der Öffentlichkeit. Diese Kommunikation erleichtert dann ihrerseits wiederum die effektive Befassung des Parlaments mit den Sachfragen.

Aus diesen Gründen ist es zulässig, dass die Auswahl der übertägig zu erkundenden Standortregionen und der untertägig erkundenden Standorte jeweils dem Gesetzgeber übertragen ist. Die mit dem Gesetz über die erstere Auswahl einhergehende Einschränkung des Rechtsschutzes ist durch das Anliegen einer starken demokratischen Legitimation aller Entscheidungen im Standortauswahlverfahren gerechtfertigt.

Zudem ist noch zu bedenken, dass insoweit allenfalls die Unterlassung einer eigentlich gebotenen Einbeziehung einer Standortregion für die übertägige Erkundung einer fachgerichtlichen Kontrolle entzogen wäre. Der reziproke Fall, dass nämlich eine objektiv nach den §§ 22 f. StandAG nicht zu berücksichtigende Region gleichwohl einbezogen worden ist, könnte noch dadurch geheilt werden, dass bei Einbeziehung von Standorten dieser Region in die untertägige Erkundung oder den Standortvorschlag im Rahmen der fachgerichtlichen Kontrolle der Bescheide nach § 17 Abs. 3 Satz 1 StandAG und

§ 19 Abs. 2 Satz 3 StandAG die fehlende Erfüllung der gesetzlichen Eignungskriterien für diese Standorte festgestellt werden kann.

Soweit es schließlich noch um den Umstand geht, dass im Hinblick auf Verfahrensfehler vor dem Erlass des Bescheids nach § 17 Abs. 3 Satz 1 StandAG (wohl) nur der Prozess nach § 17 Abs. 3 Satz 3 ff. StandAG und nicht auch noch der Prozess nach § 19 Abs. 2 Satz 6 ff. StandAG zur Verfügung steht (s.o., S. 91 ff.), ergibt sich auch daraus keine verfassungswidrige Verkürzung des Rechtsschutzes. Für diesen phasenspezifischen Rechtsschutz samt einer Abschichtung des Sach- und Streitstoffs gelten die folgenden Maßgaben des Bundesverfassungsgerichts:

„Mit Art. 14 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG vereinbar sind echte Verfahrensstufungen in Form bindender Vorentscheidungen, die durch den Angriff gegen die Endentscheidung nicht mehr oder nur eingeschränkt einer gerichtlichen Überprüfung zugeführt werden können, allerdings nur, sofern – erstens – sich die Bindung einer Behörde an vorangehende Feststellungen oder Entscheidungen einer anderen Behörde hinreichend klar aus einer gesetzlichen Bestimmung ergibt, – zweitens – gegen die mit Bindungswirkung ausgestattete Teil- oder Vorentscheidung ihrerseits effektiver Rechtsschutz zur Verfügung steht und – drittens – die Aufspaltung des Rechtsschutzes mit einer etwaigen Anfechtungslast gegenüber der Vorentscheidung für die Betroffenen klar erkennbar und nicht mit unzumutbaren Risiken und Lasten verbunden ist,“

BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 17.12.2013 - 1 BvR 3139, 3386/08 -, BVerfGE 134, S. 242, 300.

Die Voraussetzung, dass sich die Bindung einer Behörde an vorangehende Feststellungen oder Entscheidungen einer anderen Behörde hinreichend klar aus einer gesetzlichen Bestimmung ergibt, ist angesichts des § 19 Abs. 2 Satz 4 StandAG ersichtlich erfüllt. Außerdem ist auf dieser Grundlage die Anfechtungslast gegenüber der Vorentscheidung hinreichend klar erkennbar. Dass diese Anfechtungslast besteht, ist zwar oben nicht ganz ohne letzte Zweifel bejaht worden (s.o., S. 91 ff.), aber es ist für die

hinreichende Bestimmtheit einer Norm – wie bereits erwähnt (s.o., S. 60) – unkritisch, wenn die Norm noch der Auslegung bedarf,

BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 17.09.2013 – 2 BvR 2436/10,
2 BvE 6/08 –, BVerfGE 134, S. 141, 184 f.

Im Übrigen ist oben das Ergebnis erzielt worden, dass jedenfalls § 19 Abs. 2 StandAG den Umstand, dass der bestandskräftige Bescheid nach § 17 Abs. 3 Satz 1 StandAG auch das Bundesverwaltungsgericht bindet, hinreichend deutlich zum Ausdruck bringt (s.o., S. 96 f.). Auf die Zweifelsfrage, ob auch bestandskräftige und nicht rechtskräftig bestätigte Bescheide auch die Gerichte stets binden (s.o., S. 93 ff.), kommt es demnach nicht mehr entscheidend an.

Vor diesem Hintergrund ist die Anfechtung der Vorentscheidung nach § 17 Abs. 3 Satz 1 StandAG auch nicht mit unzumutbaren Nachteilen für die potenziellen Klägerinnen und Kläger verbunden. Im Zeitpunkt der Festlegung der untertägig zu erkundenden Standorte steht bereits fest, dass diese Standorte für das Endlager ernstlich in Betracht kommen. Deshalb kann bereits ein Anlass zur Anfechtung bestehen.

Schließlich steht im Stadium der Vorentscheidung auch bereits vollumfänglicher Rechtsschutz zur Verfügung. Dies folgt aus dem Rechtsschutzformat nach § 17 Abs. 3 Satz 3 ff. StandAG, das auf eine Überprüfung anhand des gesamten einschlägigen Rechts einschließlich des einfachgesetzlichen und untergesetzlichen Rechts gerichtet ist.

Die Gestaltung des Rechtsschutzes im Standortauswahlgesetz ist deshalb mit dem Grundgesetz vereinbar.

4. Ergebnis zur vierten Gutachtenfrage

Die unter der dritten Gutachtenfrage konstatierten – begrenzten – Einschränkungen des Rechtsschutzes sind demnach mit dem Völkerrecht, dem europäischen Unionsrecht und dem Grundgesetz vereinbar.

V. Zur fünften Gutachtenfrage

Die fünfte Gutachtenfrage lautet wie folgt:

„Gibt es im Hinblick auf die in § 17 Abs. 3 S. 3–5 und in § 19 Abs. 2 S. 6–8 StandAG vorgesehenen Rechtsschutzverfahren insbesondere im Bereich der Rechtsfolgen bei einer Aufhebung der Feststellungsbescheide einen Nachbesserungs- oder Novellierungsbedarf für das StandAG?“

Insoweit soll hier auftragsgemäß drei Fragestellungen nachgegangen werden. In erster Linie stellt sich die Frage, welche Rechtsfolgen sich aus einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts nach § 17 Abs. 3 Satz 3 ff. StandAG oder nach § 19 Abs. 2 Satz 6 ff. StandAG ergeben können, insbesondere ob und ggf. wann ein neues Gesetzgebungsverfahren erforderlich werden kann. Hierzu ist in der Literatur kritisiert worden, dass das Standortauswahlgesetz keine ausdrücklichen Regelungen bereithält,

Hofmann, in: Smeddinck, Standortauswahlgesetz, Kommentar, Berlin 2017, § 20 Rn. 32; Wollenteit, in: Frenz, Atomrecht, Baden-Baden 2018, § 17 StandAG Rn. 28, § 19 StandAG Rn. 28.

Ergänzend kann dann noch zur Frage der Erforderlichkeit von einstweiligem Rechtsschutz im Rahmen des Standortauswahlgesetzes Stellung genommen werden.

1. Zu den Fehlerfolgen

Wie bereits verschiedentlich gesehen, kann das Bundesverwaltungsgericht in einem Prozess nach § 17 Abs. 3 Satz 3 ff. StandAG oder nach § 19 Abs. 2 Satz 6 ff. StandAG angerufen werden. In diesen Prozessen hat es jeweils über eine Anfechtungsklage gegen einen Bescheid des BfE des Inhalts, dass das bisherige Verfahren gemäß den Regelungen des Standortauswahlgesetzes durchgeführt wurde und der jeweilige Vorschlag – für die untertägig zu erkundenden Standorte oder für den Standort – diesen Regelungen auch materiell entspricht. Fraglich ist vor diesem Hintergrund, was zu

geschehen hat, wenn das Bundesverwaltungsgericht der Klage stattgibt oder sie abweist. Diese Frage ist nur teilweise ausdrücklich geregelt, aber die Antworten ergeben sich gleichwohl aus dem Gesetz und seinem systematischen Zusammenhang.

Unproblematisch ist zunächst der Fall, dass die Klage abgewiesen wird. Gemäß § 17 Abs. 2 Satz 2 StandAG und § 19 Abs. 2 Satz 2 StandAG darf das BfE seinen Regelungsvorschlag erst dann dem zuständigen Ministerium übermitteln, wenn gegen den jeweiligen feststellenden Bescheid keine Rechtsbehelfe mehr eingelegt werden können oder das Bundesverwaltungsgericht über den Bescheid rechtskräftig entschieden hat. Wenn das Bundesverwaltungsgericht in der Weise rechtskräftig entschieden hat, dass es die Klage abgewiesen hat, endet die Unzulässigkeit der Übermittlung des Regelungsvorschlags an das Ministerium, und das Verfahren kann seinen Fortgang nehmen,

Wollenteit, in: Frenz, Atomrecht, Baden-Baden 2018, § 17 StandAG Rn. 29, § 19 StandAG Rn. 28.

Dies entspricht ersichtlich auch dem Zweck des zeitweiligen Verbots nach §§ 17 Abs. 2 Satz 2, 19 Abs. 2 Satz 2 StandAG. Durch dieses Verbot soll der Rechtsschutz dadurch effektuiert werden, dass während der Anfechtung des Feststellungsbescheids, die als Ersatz der Anfechtung der nachfolgenden gesetzlichen Entscheidung konzipiert ist, nicht das Gesetzgebungsverfahren weitergehen kann, was die Frustrierung der Bemühungen um Rechtsschutz anhand des einfachgesetzlichen Rechts zur Folge haben könnte, sobald das jeweilige Bundesgesetz in Kraft tritt (s.o., S. 80 ff.). Wenn aber die Bemühungen um Rechtsschutz in einem rechtskräftigen abweisenden Urteil ihren Abschluss gefunden haben, besteht kein Anlass mehr für das zeitweilige Verbot eines Fortgangs des Gesetzgebungsverfahrens.

Weniger offensichtlich ist die Antwort auf die Frage, was geschieht, wenn das Bundesverwaltungsgericht der Klage stattgibt.

Für diesen Fall ist in der Literatur zunächst die Frage aufgeworfen worden, ob die Entscheidung nur dahin gehen kann, dass der Bescheid für rechtswidrig und nicht vollziehbar erklärt wird, anstatt dass er aufgehoben wird. In diesem Fall könnte, gemäß dem Vorbild für diese Tenorierung aus dem Planfeststellungsrecht (§ 75 Abs. 1a Satz 2 VwVfG), noch ein ergänzendes Verfahren zur Heilung eines Fehlers des Bescheids stattfinden. Gegen diese Möglichkeit ist dann aber eingewandt worden, dies erscheine im Kontext eines Klageverfahrens, bei der keine Gestaltung, sondern eine Feststellung streitgegenständlich ist, systemwidrig,

s. Wollenteit, in: Frenz, Atomrecht, Baden-Baden 2018, § 17 StandAG Rn. 30.

Insofern bietet es sich an, zunächst auf die Frage einer Heilung des Bescheids während des laufenden Prozesses und erst anschließend auf die Frage einer Heilung nach einem klagstattgebenden Urteil des Bundesverwaltungsgerichts einzugehen.

Streitgegenstand der Anfechtungsklage ist nur der angefochtene Verwaltungsakt unter Einschluss seiner Rechtmäßigkeit und, soweit diese für eine stattgebende Entscheidung erforderlich ist, der Verletzung subjektiver Rechte,

vgl. BVerwG, Urteil vom 28.04.1972 – IV C 42.69 –, BVerwGE 40, S. 101, 104; Urteil vom 25.06.1992 – 7 C 1.92 –, BVerwGE 90, S. 255, 257; Urteil vom 22.09.2016 – 2 C 17.15 –, BVerwGE 156, S. 159, 162 (Rn. 11); Clausen, in: Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Band II, Stand: 01/2012, § 121 Rn. 61 f.; Rennert, in: Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 15. Auflage, München 2019, § 121 Rn. 25.

Die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts kann noch im Prozess durch eine Heilung (§ 45 VwVfG) beeinflusst werden. Dies setzt aber voraus, dass sich der Fehler und ggf. die Heilung auf den Verwaltungsakt beziehen. Darum geht es hier aber nicht. Das ergänzende Verfahren zu Heilungszwecken würde sich hier nicht auf den Bescheid,

sondern auf das Verfahren nach dem Standortauswahlgesetz und/oder auf den Regelungsvorschlag beziehen. Die Rechtmäßigkeit des Verfahrens und des Vorschlags ist nur der Gegenstand des Verwaltungsakts. Dessen angefochtener Regelungsgehalt geht nur dahin, dass das Verfahren und der Vorschlag rechtmäßig sind.

In Rede steht daher nur, ob an dem Verfahren und dem Vorschlag, auf die sich der feststellende Bescheid bezieht, noch etwas mit Wirkung für den Anfechtungsprozess geändert werden kann. Das ist aber in erster Linie keine Frage einer Heilung des Bescheids, sondern eine Frage des für die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts maßgeblichen Zeitpunkts der Sach- und Rechtslage. Wenn dieser Zeitpunkt so spät liegt, dass eine Heilung des Verfahrens oder des Vorschlags sich noch auf die Rechtmäßigkeit des Feststellungsbescheids auswirken kann, wird eine Heilung während des Prozesses im Erfolgsfall die Rechtmäßigkeit des Bescheids zur Folge haben.

Insofern gilt nach allgemeinen Grundsätzen, dass sich der maßgebliche Zeitpunkt der Sach- und Rechtslage aus dem materiellen Recht ergibt. Enthält dieses insoweit keine Regelung, gilt für Anfechtungsklagen im Zweifel die Regel, dass bei Verwaltungsakten ohne Dauerwirkung die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung maßgebend ist, bei Verwaltungsakten mit Dauerwirkung hingegen auch spätere Veränderungen der Sach- und Rechtslage bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung des Tatsachengerichts zu berücksichtigen sind,

vgl. nur VGH Mannheim, Urteil vom 10.12.2009 – 6 S 1110/07 –, zit. n. juris, Rn. 15, m.w.N.

Die feststellenden Verwaltungsakte nach § 17 Abs. 3 Satz 1, 19 Abs. 2 Satz 3 StandAG erschöpfen sich in der Feststellung, dass das bisherige Verfahren nach den Regelungen des Standortauswahlgesetzes durchgeführt wurde und der Vorschlag diesen Regelungen entspricht. Die Imperfekt-Fassung hinsichtlich des Verfahrens legt zunächst nahe, dass es allein auf den Zeitpunkt des Erlasses des jeweiligen Verwaltungsakts ankommt. Das überzeugt aber letztlich nicht. Die Feststellungsbescheide dienen, wie bereits erwähnt, der Zulassung von Rechtsschutz im Vorfeld des Gesetzes nach § 17

Abs. 2 Satz 4 StandAG bzw. nach § 20 Abs. 2 StandAG. Sie betreffen daher inhaltlich die Rechtmäßigkeit der mit diesen Gesetzen zu treffenden Regelungen sowie, anlässlich dieser Regelungen, die Rechtmäßigkeit des bisherigen Verfahrens. Daraus folgt, dass sie sich inhaltlich auf den Stand des Verfahrens im Zeitpunkt der Gesetzgebung beziehen sollen. Dieser Zeitpunkt ist aber während eines Anfechtungsprozesses hinausgeschoben. Deshalb erscheint es überzeugend, dass der maßgebliche Zeitpunkt der Sach- und Rechtslage für die gerichtliche Prüfung der Feststellungsbescheide der letzte mögliche Zeitpunkt, nämlich derjenige der letzten mündlichen Verhandlung vor dem (erstinstanzlich zuständigen) Bundesverwaltungsgericht ist.

Es wäre schwerlich sachgerecht, wenn das Bundesverwaltungsgericht einen Feststellungsbescheid aufheben müsste, obwohl das Verfahren und der Vorschlag, auf die sich der Bescheid bezieht, aufgrund von Änderungen seit seinem Erlass rechtmäßig sind. Dann hätte insbesondere eine weitere Sperre für den Fortgang des Gesetzgebungsverfahrens keinen inhaltlichen Sinn mehr. Auch wäre damit gerade keine Vorabkontrolle des Gesetzesinhalts mehr verbunden.

Daraus folgt, dass es zulässig ist, noch im laufenden Verwaltungsprozess Änderungen am Verfahren der Standortauswahl oder am Regelungsvorschlag vorzunehmen. Dies entspricht auch dem Grundsatz der Reversibilität (§ 1 Abs. 5 Satz 1 StandAG) und dem selbsthinterfragenden Charakter des Verfahrens (§ 1 Abs. 2 Satz 1 StandAG). Solche Änderungen wirken sich dann noch auf die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Feststellungsbescheids aus.

Folglich ist eine Heilung des Verfahrens und des jeweiligen Vorschlags noch während des Verwaltungsprozesses möglich. In diesem Sinne kann also ein ergänzendes Verfahren stattfinden, allerdings nicht bezogen auf den Feststellungsbescheid, sondern auf das Standortauswahlverfahren und den Regelungsvorschlag als seinen Gegenstand.

Nach dieser Klarstellung stellt sich die weitere Frage, ob das Bundesverwaltungsgericht so tenorieren kann, dass es den Feststellungsbescheid nur für rechtswidrig und nicht

vollziehbar erklärt. Damit würde es eine weitere Möglichkeit der Fehlerheilung nach dem Urteil eröffnen (vgl. § 75 Abs. 1a Satz 2 VwVfG).

Dies wird im Ergebnis zu Recht mit dem Argument abgelehnt, der Bescheid habe nur feststellenden Charakter,

Wollenteit, in: Frenz, Atomrecht, Baden-Baden 2018, § 17 StandAG Rn. 30.

Die fragliche Tenorierung dient im Planfeststellungsverfahren der Vermeidung einer Aufhebung des gesamten Planfeststellungsbeschlusses. Dies findet hier aber schon deshalb keine Entsprechung, weil im Anfechtungsprozess nicht das Standortauswahlverfahren inklusive eines Ergebnisses in Bescheidform streitgegenständlich ist, sondern nur ein Feststellungsbescheid über das Standortauswahlverfahren. Dieser kann aufgehoben werden, ohne dass eine Grundlage für die Fehlerheilung – also der rechtmäßige „Rest“ – entfielen.

Wenn das Bundesverwaltungsgericht den Bescheid aufhebt, stellt es in den Entscheidungsgründen seines Urteils einen Fehler im Verfahren oder am Vorschlag fest. Dies löst dann eine Reaktion im Standortauswahlverfahren aus. Zur Ermöglichung einer Fehlerkorrektur ist das Verfahren bewusst reversibel ausgestaltet (§§ 1 Abs. 5 Satz 1, 2 Nr. 5 StandAG). Das Verfahren wird also insoweit zurückversetzt, wie dies aufgrund des Fehlers erforderlich ist.

a) Zu den Folgen eines Urteils nach § 17 Abs. 3 Satz 3 ff. StandAG

In der Folge eines Verwaltungsprozesses nach § 17 Abs. 3 Satz 3 ff. StandAG, der den feststellenden Bescheid über das bisherige Standortauswahlverfahren und über diesen Vorschlag für die untertägig zu erkundenden Standorte zum Gegenstand hätte, gilt dabei Folgendes:

Wenn es um einen Fehler geht, der sich noch vor dem Bundesgesetz über die übertägig zu erkundenden Standortregionen ereignet hat und der entweder in materieller Hinsicht diese gesetzliche Auswahl betrifft oder sich in dieser Auswahl auswirkt, wird auch das Gesetz zu überarbeiten sein. Das BfE wird daher einen neuen Regelungsvorschlag zu erstellen haben,

s. Wollenteit, in: Frenz, Atomrecht, Baden-Baden 2018, § 17 StandAG Rn. 31, und s.o., S. 87.

Der Gesetzgeber wird dann auch verfassungsrechtlich gehalten sein, sich mit dem neuen Vorschlag des BfE zu befassen, denn er ist im Rahmen einer Legalplanung schon aus verfassungsrechtlichen Gründen auf die Vorarbeit der Exekutive angewiesen, so dass er reagieren muss, wenn die Exekutive ihre Vorarbeit nachträglich als rechtswidrig behandelt (s.o., S. 88).

Wenn der fragliche Fehler dagegen entweder

- ▶ vor dem Bundesgesetz über die übertägig zu erkundenden Standortregionen vorgekommen ist, aber nicht die durch dieses Gesetz getroffene Auswahl in Frage stellt, sondern sich erst im Regelungsvorschlag für die untertägig zu erkundenden Standorte auswirkt,

oder

- ▶ erst nach dem Bundesgesetz nach über die übertägig zu erkundenden Standortregionen vorgekommen ist,

liegt noch kein Bundesgesetz vor, das zu korrigieren wäre. Vielmehr würde das BfE nur das Standortauswahlverfahren und/oder seinen Regelungsvorschlag für die untertägig zu erkundenden Standorte korrigieren.

Dabei kann die Unterscheidung zwischen absoluten und relativen Verfahrensfehlern nach § 4 Abs. 1, 1a UmwRG eine gewisse Aussagekraft haben,

vgl. Wollenteit, in: Frenz, Atomrecht, Baden-Baden 2018, § 17 StandAG Rn. 32.

Unmittelbar anwendbar ist diese Bestimmung aber nicht. Die Unterscheidung nach § 4 UmwRG ist in Prozessen nach dem Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz für die Frage ausschlaggebend, ob das Gericht die angefochtene Entscheidung aufhebt oder nicht. Im Fall der absoluten Verfahrensfehler ist ein Nachweis der Kausalität des Fehlers für die Entscheidung entbehrlich,

vgl. BVerwG, Urteil vom 21.01.2016 – 4 A 5.14 –, BVerwGE 154, S. 73, 85 (Rn. 41); Kment, in: Hoppe/Beckmann/Kment, Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung, Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz, Kommentar, 5. Auflage, Köln 2018, § 4 UmwRG Rn. 19.

Hier liegt es anders. Angefochten wird nach §§ 17 Abs. 3 Satz 3 ff. StandAG nicht die ggf. fehlerhafte Entscheidung als solche, denn diese ergeht nachfolgend in der Form eines Bundesgesetzes. Vielmehr wird nur ein Feststellungsbescheid über die Rechtmäßigkeit des bisherigen Standortauswahlverfahrens und des Regelungsvorschlags für die untertägig zu erkundenden Standorte angefochten. Der Verwaltungsakt wird aufgehoben, wenn sich seine Feststellung als unrichtig und damit rechtswidrig erweist (sofern der Verwaltungsakt teilbar ist, kommt gemäß § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO auch eine Teilaufhebung in Betracht). Für das Gericht kann dabei maßgeblich sein, ob ein Fehler nach den Grundsätzen des § 46 VwVfG im Verfahren unbeachtlich ist, denn in diesem Fall wäre der feststellende Verwaltungsakt nicht unrichtig und nicht rechtswidrig. Wenn es vor dem Urteil einen Versuch einer Heilung des Standortauswahlverfahrens oder des Regelungsvorschlags gegeben hat, kann sich auch die Frage stellen, ob diese erfolgreich war. Das wäre aber keine auf den feststellenden Verwaltungsakt bezogene Frage des § 45 VwVfG; sondern fraglich wäre nur, ob die Heilung noch von der für den Verwaltungsakt maßgeblichen Sach- und Rechtslage umfasst wird (s.o., S. 127 ff.).

Für die Frage der Fehlerfolgen nach einem stattgebenden Urteil des Bundesverwaltungsgerichts über den feststellenden Verwaltungsakt ist § 4 Abs. 1, 1a UmwRG nicht mehr unmittelbar relevant. Wenn ein Fehler festgestellt worden ist, wird dieser im Wege der Revision des Verfahrens (§ 1 Abs. 5 Satz 1 StandAG) zu beseitigen sein. Das Stadium, in dem der Fehler vorgekommen ist, wird daher erneut und nun fehlerfrei zu durchlaufen sein. Sofern das weitere Verfahren auf dem Fehler aufgebaut hat, wird auch das weitere Verfahren zu wiederholen sein. Dies ähnelt dann dem Ablauf des ergänzenden Verfahrens nach § 214 Abs. 4 BauGB, in dem ebenfalls das Verfahren an der Stelle unmittelbar vor dem vorgekommenen Fehler wieder aufgenommen wird und anschließend alle weiteren Verfahrensschritte durchlaufen werden,

vgl. dazu nur BVerwG, Beschluss vom 25.02.1997 – 4 NB 40.96 –, Buchholz 406.11 § 215 BauGB Nr. 9; Beschluss vom 08.03.2010 – 4 BN 42.09 –, Buchholz 406.11 § 4a BauGB Nr. 1; Kalb/Külpmann, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch, Kommentar, Band V, Stand: 08/2015, § 214 Rn. 242 f.

Mit anderen Worten: Für die Form der Heilung kommt es nicht auf den nach § 4 Abs. 1, 1a UmwRG zu beurteilenden Aufhebungsanspruch einer Klägerin oder eines Klägers betreffend die Planung an sich an, sondern auf die Frage, wie der Fehler effektiv aus dem Verfahren oder dem Regelungsvorschlag beseitigt werden kann. Wenn es einen relevanten Fehler gegeben hat, aufgrund dessen der feststellende Verwaltungsakt rechtswidrig ist (was allerdings auch wegen einer Unbeachtlichkeit im Verfahren oder einer prozessbegleitenden Heilung des Verfahrens oder des Regelungsvorschlags nicht der Fall sein könnte), wird es einen Rücksprung im Sinne der Reversibilität des Verfahrens (§ 1 Abs. 5 Satz 1 StandAG) geben müssen. Über den Umfang entscheidet die jeweilige Art des Fehlers. Dabei kann dann aber § 4 Abs. 1 UmwRG indizieren, dass ein nach dieser Norm absoluter Fehler sich auch auf den Regelungsvorschlag ausgewirkt hat. Mit geringerer Indizwirkung folgt dies freilich auch aus einem relativen Fehler (vgl. § 4 Abs. 1a Satz 2 UmwRG).

b) Zu den Folgen eines Urteils nach § 19 Abs. 2 Satz 6 ff. StandAG

In einem Prozess gegen den Feststellungsbescheid, der im Stadium des Standortvorschlags ergeht, nach § 19 Abs. 2 Satz 6 ff. StandAG können nach der hier vertretenen Auffassung Fehler bis zum Bescheid nach § 17 Abs. 3 Satz 1 StandAG nicht mehr geprüft werden (s.o., S. 91 ff.). Deshalb kann auch das Bundesgesetz nach § 15 Abs. 3 StandAG dort keine Rolle mehr spielen (s.o., S. 93).

Dasselbe gilt weitgehend für das Bundesgesetz nach § 17 Abs. 2 Satz 4 StandAG, weil dieses nur auf Fehlern beruhen kann, die bis zu seinem Erlass vorgekommen sind. Wenn aber für den Bescheid nach § 17 Abs. 3 Satz 1 StandAG noch die Sach- und Rechtslage bis zur letzten mündlichen Verhandlung des Bundesverwaltungsgerichts über dessen Anfechtung maßgeblich ist (s.o., S. 128 f.), werden bis zu diesem Zeitpunkt alle Verfahrensfehler von der Bindungswirkung nach § 19 Abs. 2 Satz 4 StandAG erfasst. Dann bleiben für den Prozess nach § 19 Abs. 2 Satz 6 ff. StandAG nur noch Verfahrensfehler in Bezug auf die Regelungen des Gesetzes nach § 17 Abs. 2 Satz 4 StandAG, die noch nach der letzten mündlichen Verhandlung des Bundesverwaltungsgerichts – etwa im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren – entstanden sind.

Weiter ist darauf hingewiesen worden, dass sich die Bindungswirkung des Bescheids nach § 17 Abs. 3 Satz 1 StandAG nur auf die Beurteilung des Verfahrens, also nur auf etwaige Verfahrensfehler im Zusammenhang mit dem Gesetz nach § 17 Abs. 2 Satz 4 StandAG, bezieht,

Wollenteit, in: Frenz, Atomrecht, Baden-Baden 2018, § 19 StandAG Rn. 31.

Das trifft nach dem Wortlaut des § 19 Abs. 2 Satz 4 StandAG zu. Materielle Fehler der Auswahl der untertägig zu erkundenden Standorte sind aber – anders als im Grundsatz das gesamte bisherige Verfahren – gar nicht mehr Gegenstand des Bescheids nach § 19 Abs. 2 Satz 3 StandAG und deshalb auch nicht Gegenstand des Anfechtungsprozesses gegen diesen Bescheid. Es kann daher – nur mit der eben genannten Ausnahme für Verfahrensfehler in Bezug auf die Auswahl der untertägig zu erkundenden Standorte, die nach dem letzten für den Bescheid nach § 17 Abs. 3 Satz 1 StandAG

maßgeblichen Zeitpunkt entstanden sind – aufgrund eines Urteils des Bundesverwaltungsgerichts nach § 19 Abs. 2 Satz 6 ff. StandAG nicht dazu kommen, dass der Gesetzgeber das Gesetz nach § 17 Abs. 2 Satz 4 StandAG zu überarbeiten haben wird,

teils abweichend Wollenteit, in: Frenz, Atomrecht, Baden-Baden 2018, § 19 StandAG Rn. 31.

Für Fehler, die sich dann nur noch auf das weitere Verfahren bis zum Standortvorschlag des BfE und auf diesen Standortvorschlag selbst beziehen können, gelten dann die vorstehenden Ausführungen entsprechend (s.o., S. 131 ff.). Infolge der Feststellung solcher Fehler in einem Prozess nach § 19 Abs. 2 Satz 6 ff. StandAG werden also die Fehler auszuräumen und, wenn Weiteres auf ihnen beruht, das weitere Verfahren zu wiederholen sein.

Diese Folgen ergeben sich schon aus dem Gegenstand des Prozesses und aus der Reversibilität des Verfahrens nach dem Standortauswahlgesetz (§ 1 Abs. 5 Satz 1 StandAG). Eine Novellierung des Gesetzes scheint insofern nicht erforderlich zu sein.

2. Einstweiliger Rechtsschutz?

Zuletzt kann noch geprüft werden, ob es im Standortauswahlgesetz besonderer Vorschriften über den einstweiligen Rechtsschutz bedarf. Derartige Vorschriften gibt es bisher nicht. Da eine Klage vor dem Bundesverwaltungsgericht jeweils die Folge hat, dass das BfE seinen Regelungsvorschlag nicht dem Ministerium unterbreiten darf, ist aber für die Klägerin oder den Kläger schon effektiver Rechtsschutz gewährleistet. Durch diese Konstruktion entsteht eine Art aufschiebende Wirkung gegen die jeweilige gesetzliche Regelung (s.o., S. 80 ff.). Diese muss folglich nicht erst in einem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes durch ein Gericht bewirkt werden.

In Betracht kommt es demnach allenfalls, dem Vorhabenträger einstweiligen Rechtsschutz gegen diese quasi aufschiebende Wirkung nach dem Vorbild der §§ 80a Abs. 3,

80 Abs. 5 VwGO zur Seite zu stellen. Danach könnte der Vorhabenträger eine gerichtliche Entscheidung erlangen, durch die die Sperrwirkung für das weitere Verfahren der Gesetzgebung nach §§ 17 Abs. 2 Satz 2, 19 Abs. 2 Satz 2 StandAG aufgehoben wird, weil die erhobene Klage nur geringe Aussicht auf Erfolg hat. Das erscheint allerdings weder rechtlich zwingend noch nach dem System des Standortauswahlgesetzes sinnvoll.

Ein rechtliches Bedürfnis für einen solchen einstweiligen Rechtsschutz gibt es schon deshalb nicht, weil der Vorhabenträger eine Eigengesellschaft des Bundes (§ 3 Abs. 1 Satz 1 StandAG i.V.m. § 9a Abs. 3 Satz 2 2. Hs. AtG) und als solche nicht Träger des Grundrechts auf effektiven Rechtsschutz gemäß Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG ist,

vgl. zur fehlenden Grundrechtsberechtigung von Eigengesellschaften der öffentlichen Hand nur BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 22.02.2011 – 1 BvR 699/06 –, BVerfGE 128, S. 226, 245 f., und zur fehlenden Trägerschaft des Grundrechts nach Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG nur BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 09.04.1975 – 2 BvR 879/73 –, BVerfGE 39, S. 302, 316; Beschluss des Zweiten Senats vom 19.08.2011 – 2 BvR 1/10 –, BVerfGE 129, S. 108, 118; Beschluss 2. Kammer des Zweiten Senats vom 22.02.2019 – 2 BvR 2203/18 –, NVwZ 2019, S. 642, 643.

Für den allgemeinen Justizgewährungsanspruch gemäß Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG, der gewisse Lücken des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG füllen kann,

vgl. BVerfG, Beschluss des Plenums vom 30.04.2003 – 1 PBvU 1/02 –, BVerfGE 107, S. 395, 404 ff.,

gilt nichts anderes,

vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 14.04.1987 – 1 BvR 775/84 –, BVerfGE 75, S. 192, 200 f.; Beschluss des Ersten Senats vom 16.12.2014 – 1 BvR 2142/11 –, BVerfGE 138, S. 64, 84 f. (Rn. 59 f.).

Schon deshalb gibt es kein verfassungsrechtliches Gebot, dem Vorhabenträger einstweiligen Rechtsschutz gegen die Sperrwirkung einer Klage gegen das weitere Gesetzgebungsverfahren (§§ 17 Abs. 2 Satz 2, 19 Abs. 2 Satz 2 StandAG) einzuräumen. Ein solches Gebot gibt es auch deshalb nicht, weil Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG keinen Rechtsschutz gegen formelle Gesetze verlangt (s.o., S. 113).

Derartiger einstweiliger Rechtsschutz wäre außerdem im Standortauswahlgesetz nicht systemgerecht. Das Gesetz will aus gutem Grunde den Bürgerinnen und Bürgern und überhaupt der Öffentlichkeit möglichst weitreichenden Rechtsschutz einräumen, um auch damit der Standortentscheidung erhöhte Legitimität zu geben. Dies schließt es in nachvollziehbarer Weise aus, zugleich dem bundeseigenen Vorhabenträger gegenläufigen Rechtsschutz zur Verfügung zu stellen. Der Bundesgesetzgeber konnte sich in sinnvoller Weise hiergegen entscheiden. Auch insoweit ergibt sich folglich kein Bedarf nach einer Ergänzung des Standortauswahlgesetzes.

VI. Gesamtergebnis

Die Ergebnisse der vorstehenden Begutachtung können in aller Kürze wie folgt zusammengefasst werden:

- ▶ Die Regelungen des Standortauswahlgesetzes zur Öffentlichkeitsbeteiligung sind im Hinblick auf die gesetzliche Vorfestlegung der Planung gemäß § 1 Abs. 3, Abs. 4 Satz 1 StandAG mit den sich aus der Aarhus-Konvention oder weiterem Völkervertragsrecht oder mit den sich aus dem Unionsrecht ergebenden Anforderungen an die (frühe) Öffentlichkeitsbeteiligung vereinbar.
- ▶ Die in § 5 Abs. 3 Satz 1 StandAG vorgesehene Fortentwicklung der Öffentlichkeitsbeteiligung hat ihrerseits unter Beteiligung der Öffentlichkeit stattzufinden. Dies schließt allerdings einen „ersten Aufschlag“ des BfE und andere Vorarbeiten des BfE, die insbesondere zur Stimulierung der Öffentlichkeit sinnvoll sein können, nicht aus.

- ▶ Die beiden Bundesgesetze nach § 15 Abs. 3 StandAG und nach § 17 Abs. 2 Satz 4 StandAG wirken sich nicht in der Weise einschränkend auf den Rechtsschutz aus, dass sie das jeweils bis dahin durchlaufene Verfahren legalisieren und der nachfolgenden verwaltungsgerichtlichen Prüfung anhand einfachgesetzlichen Rechts entziehen. Ihre Regelungsgehalte erstrecken sich allein auf die Auswahl der übermäßig zu erkundenden Standortregionen bzw. der untermäßig zu erkundenden Standorte. In einem Prozess nach § 17 Abs. 3 Satz 3 ff. StandAG kann das Bundesverwaltungsgericht auch Verfahrensfehler, die sich auf die Auswahl im Bundesgesetz nach § 15 Abs. 3 StandAG ausgewirkt haben, prüfen. Ggf. würde es den Bescheid nach § 17 Abs. 3 Satz 1 StandAG, der die Rechtmäßigkeit des bisherigen Verfahrens festgestellt hat, aufheben. Daran schlosse sich dann ein neues Gesetzgebungsverfahren an. Das Bundesverwaltungsgericht kann nur eine gesetzlich getroffene Auswahl nicht unmittelbar aufheben. Insoweit ergibt sich eine gewisse Einschränkung des Rechtsschutzes. Außerdem ergibt sich eine Einschränkung des Rechtsschutzes insoweit, als auch das Bundesverwaltungsgericht in einem Prozess nach § 19 Abs. 2 Satz 6 ff. StandAG an den Bescheid über die Rechtmäßigkeit des Verfahrens bis zum Gesetzgebungsverfahren nach § 17 Abs. 2 StandAG gebunden ist (§ 19 Abs. 2 Satz 4 StandAG). Daraus folgt, dass Verfahrensfehler, die bis zum Stadium nach § 17 StandAG vorgekommen sind, im Prozess nach § 17 Abs. 3 Satz 3 ff. StandAG gerügt werden müssen und nicht mehr später im Prozess nach § 19 Abs. 2 Satz 6 ff. StandAG gerügt werden können.

- ▶ Diese Einschränkungen des Rechtsschutzes sind mit der Aarhus-Konvention und dem europäischen Unionsrecht sowie mit dem Grundgesetz vereinbar. Insbesondere gibt es im Hinblick auf die Gewaltenteilung nach Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG und das Rechtsschutzgebot aus Art. 14, 19 Abs. 4 Satz 1 GG tragfähige Gründe für die Entscheidungen in Gesetzesform.

- ▶ Die Folgen eines Urteils des Bundesverwaltungsgerichts ergeben sich mit hinreichender Deutlichkeit aus dem Standortauswahlgesetz. Wenn das Gericht eine Klage abweist, kann das jeweilige Gesetzgebungsverfahren mit der Übersendung des Regelungsvorschlags des BfE an das zuständige Ministerium seinen Fortgang nehmen. Wenn das Gericht dagegen einer Klage stattgibt, wird im Sinne der Reversibilität des Verfahrens (§ 1 Abs. 5 Satz 1 StandAG) das BfE das Verfahren

und ggf. seinen Regelungsvorschlag zu überarbeiten haben. Es wird dabei den festgestellten Fehler und ggf. seine Konsequenzen auszuräumen haben. Wenn ein Fehler auch den Inhalt des Gesetzes nach § 15 Abs. 3 StAG betrifft, wird mit einem neuen Regelungsvorschlag des BfE auch ein neues Gesetzgebungsverfahren einzusetzen haben.

Dieses Gutachten haben wir nach bestem Wissen und Gewissen erstellt.

gez. Prof. Dr. Ewer

Prof. Dr. Wolfgang Ewer

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

gez. Dr. Thienel

Dr. Tobias Thienel, LL.M. (Edinburgh)

Rechtsanwalt