

Prof. Dr. Bernhard Stüer und Dipl.-Jur. Dirk Buchsteiner *

Immissionsschutzrecht, Artenschutz in der Vorhabenzulassung, Überplanung von Stromtrassen, Nagoya-Protokoll

40. Umweltrechtliche Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht

Es war ein visionärer Akt, als 1976 in Berlin eine damals noch weitgehend von Männern dominierte Gruppe von Juristen beschloss, sich in einer wissenschaftlichen Fachgesellschaft mit dem damals neu entstehenden Umweltrecht zu befassen. Viel hat sich seitdem geändert. Aus einem damals rechtlichen Nischenbereich ist inzwischen ein vibrierender und weitgefächerter Rechtsbereich entstanden, für dessen aktuelle Fragen die traditionelle Jahrestagung der Gesellschaft für Umweltrecht (GfU) ein zentraler Impulsgeber ist. Für die Umweltrechtliche Fachtagung vom 10. bis 13.11.2016 war die GfU wie gewohnt thematisch am Puls der Zeit.

Der Präsident der GfU, Prof. Dr. Wolfgang Ewer (Kiel), konnte wieder 250 Teilnehmer aus Universitäten, Ministerien, Behörden und Kanzleien turnusgemäß im Großen Sitzungssaal des BVerwG in Leipzig begrüßen.¹ Zum 40. Jubiläum war nicht nur die Tagungsmappe gut gefüllt. Erstmals seit Jürgen Trittin besuchte mit Dr. Barbara Hendricks auch wieder die Hausspitze des Bundesumweltministeriums die Gesellschaft. Gerade für die Umweltrechtler, die sich mit Fragen des Klimawandels befassen, bot die Bundesumweltministerin einen vorausschauenden Werkstattbericht zur Klimakonferenz in Marrakesch. Ebenso bewegte der Ausgang der Präsidentenwahl in den USA die Gemüter auf der Belle Etagé des Bundesverwaltungsgerichts, war schließlich mit Donald J. Trump ein bekennender Klimawandelskeptiker in das Weiße Haus gewählt worden. Den zweiten Beratungstag eröffnete der Hausherr, BVerwG-Präsident Prof. Dr. Dr. h.c. Klaus Rennert (Leipzig/Freiburg), mit einem beeindruckenden, von langanhaltendem Beifall begleiteten Bericht über die aktuelle Umweltrechtsprechung seines Hauses.²

I. Bericht aus Berlin

Seit Aufnahme der Vereinsarbeit der GfU besteht ein enges Verhältnis zum Bundesumweltministerium und besetzt auch ein Ministeriumsangehöriger einen Vorstandsposten. Die Bundesministerin für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit, Barbara Hendricks, hob die besondere Bedeutung der Gesellschaft hervor, die nach ihren Worten das Umweltrecht maßgeblich mitgeprägt habe. Nirgends treffe sich so viel geballter umweltrechtlicher Sachverstand wie bei den Jahrestreffen der GfU. Auch sei das Umweltrecht bei der Gesellschaft in guten Händen.

Auf dem Terminplan der Bundesministerin stand sodann, in Marrakesch das Abkommen von Paris mit Leben zu füllen und zu klären, wie Transparenzregeln aussehen sollten, auf die sich die Welt einigen könnte. Der Prozess der raschen Ratifizierung bleibe als Signal für die Weltgemeinschaft wichtig. Welchen Bestand die hehren Ziele unter Berücksichtigung des neuen Winds im Weißen Haus haben, bleibe abzuwarten. Man hoffe in Berlin auf eine möglichst gute Zusammenarbeit. Auch wenn Präsident Trump schnellstmöglich das Abkommen von Paris verlassen möchte – ein Austritt aus dem Klimaabkommen sei erst nach vier Jahren möglich. Allerdings könnten die USA auch bei kürzeren Fristen gleich aus der ganzen Klimarahmenkonvention austreten.

Der Klimaschutzplan 2050 stelle den deutschen Beitrag zur Umsetzung des Pariser Abkommens dar, fuhr Hendricks fort. Man habe sich auf einen Entwurf verständigen können. Der Klimaschutzplan stelle dabei den *national contribution plan* von Deutschland dar und sei damit kein Alleingang. Das Pariser Abkommen ist die Summe der 194 Beiträge der Nationen. Jeder Beitrag bleibt gleich wichtig und jeder muss beitragen und sich auch der Überprüfung alle fünf Jahre stellen. Auch wenn Deutschland nur 1 % der Weltbevölkerung umfasse, sei der Anteil am CO₂-Ausstoß mehr als doppelt so hoch und damit auch Deutschland in der Pflicht. Der heraufziehende Klimawandel bleibe die größte Herausforderung der Weltgemeinschaft.

Umweltrecht als dynamische Rechtsmaterie bedürfe einer integrierten Umweltpolitik. Die Bundesministerin regte aufgrund des Querschnittsbereichs der Umweltpolitik an, dem Umweltministerium erweiterte Initiativrechte für Rechtsakte einzuräumen. Sie wolle zwar nicht auch das

* Rechtsanwalt und Notar Stüer ist zugleich Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Buchsteiner ist Referendar am Oberlandesgericht Celle und Lehrbeauftragter an der Kommunalen Hochschule für Verwaltung in Niedersachsen in Hannover. Über den Verlauf der Tagung gibt auch der im 1. Halbjahr 2017 erscheinende Tagungsband Auskunft.

Der Beitrag ist der Erinnerung an MinD a.D. Dr. Gerhard Feldhaus gewidmet, der am 31.10.2016 verstorben ist.

1 Stüer, DVBl 2017, 29.

2 DVBl 2017, 209.

Landwirtschaftsressort verantworten, meinte sie nicht ohne Augenzwinkern, aber das BMUB müsse auch über Ressortgrenzen hin aktiv werden können. Das deutsche Umweltrecht sei inzwischen stark europarechtlich überformt. Für die Bundesministerin sei aber das bisherige Prinzip, EU-Vorgaben 1 zu 1 umzusetzen, behutsam zu überdenken. Anstatt Wort für Wort umzusetzen, sollte es aus ihrer Sicht eher um die Sinnhaftigkeit einer Regelung gehen. Sie begrüßt die Richtlinie zu nationalen Emissionshöchstmengen. So sollen die Emissionen von Ammoniak aus der Landwirtschaft reduziert werden. Hier seien einige EU-Staaten der Bundesrepublik voraus. Ein gutes Beispiel für die gute Zusammenarbeit sei das Nagoya-Protokoll.

Auch in ihrem Haus steht einiges an regulativer Arbeit an, berichtete die Bundesministerin. So sei die TA Luft von 2002 schon in die Jahre gekommen. Neues Wissen und neue technische Entwicklungen mahnen zur Novellierung. Angegangen werden müssen im Umweltressort auch die Gefahren von Hochwasserereignissen. Das Umweltministerium habe inzwischen den Entwurf für ein Hochwasserschutzgesetz 2 vorgelegt. Hiermit sollen die Verfahren verkürzt, erleichtert und bestehende Regelungslücken geschlossen werden. Ein Aspekt sei z.B. das geplante Verbot von Heizölverbrauchern in Risikogebieten. Aufgrund der Umweltauswirkung auf Luft, Boden und Gewässer, Feinstaub, Ammoniakinträge und Treibhausgase befinde sich die Intensivtierhaltung seit längerem in der Kritik. Neue Vorschriften zur Begrenzung der Umweltauswirkungen von Intensivtierhaltungsanlagen sollen zu einer umweltverträglicheren Landwirtschaft führen. Aus der Sicht der Bundesministerin sei es notwendig, die bestehenden Privilegierungstatbestände zu streichen und die Standortwahl von Intensivtierhaltungen einem Bebauungsplanverfahren durch die Gemeinden zu überantworten.

Ein weiterer aktueller Arbeitsbereich im BMUB ist es, das Emissionsausmaß der Wohnbebauung zu reduzieren, die für 40 % des CO₂-Ausstoßes in der Bundesrepublik verantwortlich sei. Dies schließe Vorgaben beim Neubau, aber auch Optimierungen im Gebäudebestand ein. *Hendricks* sprach sich dabei eher für Zuschüsse als für eine Zinsverbilligung aus. Eine Kombination der Einsparung und „die Art, wie wir heizen“, also Optimierung und Einsparung müsse das Ziel sein.

II. Immissionsschutzrecht

1. Vier Jahrzehnte Immissionsschutzrecht

Wie die Gesellschaft für Umweltrecht kann auch das Immissionsschutzrecht seit seinem Inkrafttreten 1974 auf eine mehr als vier Jahrzehnte umspannende Geschichte zurückblicken. Heute verfolgt das Immissionsschutzrecht mit dem Bundes-Immissionsschutzgesetz als zentralem Umweltgesetz das Ziel, potenziell schädliche Einwirkungen auf

den Menschen und seine Umwelt (Immissionen) sowohl durch Gefahrenabwehr als auch durch Vorsorge zu verringern. Für RA *Prof. Dr. Alexander Schink* (Bonn) zeigt sich die Erfolgsgeschichte des Immissionsschutzrechts nicht zuletzt an dem blauen Himmel über der Ruhr, den der damalige Kanzlerkandidat der SPD Willy Brandt noch zu Beginn der 60er-Jahre in einem Wahlkampfslogan gefordert hatte. Die Umweltbelastungen durch Industrie und Verkehr so z.B. durch Emissionen von SO₂, NO_x und Staub aus Industrieanlagen sind seit dem Inkrafttreten des BImSchG erheblich gesunken, doch auch weiterhin ist nach dem im Sommer 2016 veröffentlichten Integrierten Umweltprogramm 2030 nicht alles im grünen Bereich. Es bleibt also noch viel zu tun.

So zählen neben der immer noch hohen Luftbelastung auch die Lärmbelastungen, die Gefährdung der biologischen Vielfalt und des ökologischen Zustands der Gewässer, ein hoher Flächen- und Ressourcenverbrauch und nicht verringerte Abfallmengen zu den ungelösten umweltpolitischen Herausforderungen. Alle diese Bereiche werden im Anwendungsbereich des Immissionsschutzrechts berührt. Im Integrierten Umweltprogramm 2030 werden deshalb u.a. eine Energiewende gefordert, die eine nahezu emissionsfreie Energieversorgung aller Sektoren und einen natur- und sozialverträglichen Kohleausstieg verfolgt, ein Verkehrssystem, das umweltgerechte Mobilität und städtische Lebensqualität ermöglicht, die Energiewende unterstützt sowie Lärm- und Luftbelastungen minimiert und eine Landwirtschaft, die die biologische Vielfalt erhält, das Klima schützt, die Intensivhandlung beendet und Stoffausträge auf ein verträgliches Maß begrenzt. Die Zukunft der Kohleverstromung sieht sich damit mittelfristig vor düsteren Gewitterwolken, aber auch die Landwirtschaft darf sich wohl auf erweiterte umweltrechtlich Vorgaben einstellen.

Dynamische Betreiberpflichten können nach Maßgabe des Standes der Technik den Bestandsschutz einschränken. Hinzu kommen die Luftreinhalteplanung und die Lärmimmissionsplanung, die planungsrechtliche Elemente in das traditionell strikt gebundene immissionsschutzrechtliche Entscheidungsprogramm einbringt.

Die immissionsschutzrechtliche Anlagenzulassung ergeht zwar vom Konzept her weiterhin als gebundene Entscheidung. Durch die integrierte Wirkung der Genehmigung gehen aber auch andere umweltgeprägte Programme und damit auch planrechtliche Elemente in die Prüfung ein.

Die immissionsschutzrechtlichen Grundpflichten haben intermediale Wirkung. Nach der IVU- und IED-RL sind insbesondere Belastungsverschiebungen zu vermeiden. Ob die Orientierung an den immissionsschutzrechtlichen Standards vor allem der TA-Luft und der TA-Lärm diesen Anforderungen gerecht wird, ist eher zweifelhaft. Allerdings dürfte die zunehmende Beeinflussung der Luftreinhaltestandards durch die BVT-Schlussfolgerungen und die Berücksichtigung von BVT-Merkblättern zunehmend eine integrierte Sichtweise fördern.

Eine gewisse Abkehr von der Verpflichtung zur Einhaltung der Immissionsgrenzwerte stellen die aus Gründen der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigte Irrelevanzschwelle in Nr. 4.2.2 lit. a TA Luft, die Möglichkeit der Immissionskompensation, die Zulässigkeit einer Verbesserungsgenehmigung nach § 6 Abs. 3 BImSchG sowie die Überantwortung der CO₂-Reduzierung in das marktwirtschaftliche Instrumentarium des Emissionshandels (§ 5 Abs. 2 S. 2 BImSchG) dar. Da der Emissionshandel bislang keine nachhaltige Wirkung entfaltet, ist eine EU-rechtliche Nachsteuerung dringend geboten, erläuterte *Schink*.

Aus dem Erfordernis der Einhaltung anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften ergeben sich für den Anlagenbetreiber nicht selten erhebliche Rechtsunsicherheiten. Das gilt z.B. für die bauplanungsrechtlichen Anforderungen, da durchaus ungewiss sein könne, ob ein gemeindlicher Bebauungsplan rechtswirksam ist (Fall Trianel/Kraftwerk Datteln). Zudem sind vielfach naturschutzrechtliche Anforderungen einzuhalten, für die Fachkonventionen fehlen oder vorhandene Fachkonventionen in der gerichtlichen Praxis wieder in Frage gestellt werden.³ Die Anwendung des Verschlechterungsverbot nach der WRRL sowie das Gebot des Phasing out von Quecksilber führen nach wie vor auf unsicheres Terrain.

Ob das BImSchG zur Umsetzung der Energiewende und insbesondere zum Ausstieg aus der Kohleverstromung passende Instrumente bereithält, ist eher zweifelhaft. Die immissionsschutzrechtliche Anlagenehmigung ist nicht befristet, sodass einmal erteilte Zulassungen nur modifiziert, nicht jedoch aufgehoben werden können – dies ist nur unter den Voraussetzungen des § 20, 21 BImSchG und damit i.d.R. nur gegen Entschädigung möglich (vgl. § 21 Abs. 4 BImSchG).

Die Länder setzen ihre energiepolitischen Ziele (Ausweitung der Nutzung erneuerbarer Energien vor allem durch Windenergieanlagen, Ausstieg aus der Kohleverstromung) vor diesem Hintergrund vor allem durch raumordnerische Regelungen über Ziele der Raumordnung durch. Dabei begegnet die Darstellung von Konzentrationszonen in Regionalplänen jedenfalls dann keinen rechtlichen Bedenken, wenn der Windenergie ausreichend Raum gegeben wird und keine Verhinderungsplanung erfolgt. Die Verringerung der Standorte für konventionelle Kraftwerke in Raumordnungsplänen ist so lange zulässig, wie eine Zulassung solcher Anlagen noch erfolgen kann. Die Festsetzung von Emissionsstandards oder Wirkungsgraden für Kraftwerke als

Ziele der Raumordnung dürfte demgegenüber als Übergriff ins Fachrecht kompetenziell die Grenzen der Raumordnung überschreiten. Die Festlegung von Effizienzregeln, die eine größtmögliche Ausnutzung der Flächen sicherstellen sollen, ist demgegenüber zulässig.

Das untergesetzliche Regelwerk zum BImSchG hat z.T. eine lange „Halbwertszeit“. Das gilt z.B. für die TA Lärm, aber auch die TA Luft, die nur sporadisch Änderungen erfahren haben. Deshalb wird z.T. bezweifelt, ob sie, z.B. für den Infraschall, noch den neuesten wissenschaftlichen Erkenntnissen entsprechen.

Rechtsschutz können Dritte gegen die immissionsschutzrechtliche Genehmigung nur erlangen, wenn sie die Verletzung einer Vorschrift geltend machen, die zumindest auch ihrem Interesse dient (§ 42 Abs. 2 VwGO). Für die Schutz- und Gefahrenabwehrpflicht des § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG wird dies angenommen, nicht jedoch (überwiegend) für die Vorsorgepflicht aus § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG. Etwas anderes gilt, wenn konkretisierende Regelungen zum Schutz der Gesundheit fehlen.

Abgemildert wird das Rechtsschutzdefizit durch die umweltrechtliche Verbandsklage, deren Reichweite und Effektivität nach den Entscheidungen des EuGH in Sachen Trianel⁴, Altrip⁵ und der vom 15.10.2015⁶ erheblich zugenommen hat. Im Kern bedeuten diese Entscheidungen: (1) Die Zulässigkeit der Verbandsklage ist nicht mehr auf drittschützende Normen beschränkt. (2) Auch (schwere) Verfahrensfehler können zum Erfolg einer Klage führen. (3) Die Kausalität des Verfahrensfehlers für das Ergebnis der Entscheidung muss nicht der Kläger nachweisen. (4) Die materielle Präklusion von Einwendungen ist nicht EU-rechtskompatibel. Vorhabenträger müssen sich daher noch stärker mit verbandsklagebezogenen Fragen befassen. Die Qualität der Antragsunterlagen wird steigen müssen.

Der nationale Gesetzgeber hat diese Anforderungen im UmwRG z.T. bereits umgesetzt; eine weitere Novelle ist in den Bundestag eingebracht:⁷ § 4 UmwRG n.F. unterscheidet in den Abs. 1 und 1a zwischen schweren und weniger schweren Verfahrensfehlern.

Die materielle Präklusion nach § 10 Abs. 3 S. 5 BImSchG soll gestrichen werden, während die formelle beibehalten werden soll.

Das zur Konfliktbewältigung entwickelte Trennungsprinzip des § 50 Abs. 1 BImSchG ist zwar in der Bauleitplanung nicht strikt zu beachten; es handelt sich jedoch um eine Abwägungsdirektive, der so weit wie möglich Rechnung zu tragen ist und damit um einen Abwägungsbelang von besonderer Bedeutung (Optimierungsgebot).

Die nach dem Trennungsprinzip sowie den Lärmgrenzwerten in der städtebaulichen Planung zu beachtenden rechtlichen Grenzen bzw. Orientierungswerte führen bei der Umsetzung des städtebaulichen Ziels der Innenentwicklung und Verdichtung nicht selten zu erheblichen Problemen, da die immissionsschutzrechtlichen Lärmgrenzwerte eine planerische Festsetzung von empfindlicher Wohnnutzung we-

3 So im Fall Trianel bei der Anwendung der tolerablen Stickstoff-Zusatzbelastung in FFH-Gebieten von 3 % nach dem Critical-Loads-Konzept durch OVG NRW, Urteil vom 16.6.2016 im Fall Trianel.

4 Rs. C-115/09.

5 Rs. C-72/12.

6 Rs. C-137/14.

7 Entwurf vom 5.9.2016, BT-Drucks. 18/9526.

gen der Verlärmung durch Verkehrsanlagen nicht zulassen. Ob das in die Diskussion gebrachte „Urbane Gebiet“ diese Problematik auflösen kann, bleibe abzuwarten. Hiernach wird zwar eine stärkere Verdichtung der Bebauung möglich. Ob dies mit der Anhebung des Lärmschutzstandards für Wohnbebauung auf das Niveau von Mischgebieten gelingen wird, ist wohl noch offen. Eine wesentliche Verbreiterung der planerischen Möglichkeiten dürfte kaum eintreten, da die Rechtsprechung heute schon in Gemengelagen eine Überschreitung von Lärmorientierungswerten aus städtebaulichen Gründen zulässt.⁸

Zahlreiche offene Fragen ergeben sich nach den Worten von *Schink* auch im Bereich des Verkehrslärmschutzes, der Luftreinhalteplanung und Lärmaktionsplanung – spannende Aufgaben also, mit denen sich die Umweltrechtler noch auf Jahre befassen können.

2. Die Änderungsgenehmigung nach § 16 BImSchG

Die Änderungsgenehmigung trifft mitten in das Leben einer immissionsschutzrechtlichen Anlage. Vor Errichtung kann sich ein zukünftiger Anlagenbetreiber im Allgemeinen noch entscheiden, wo und wie er bauen möchte. Wird die Anlage aber errichtet, baut der Betreiber auf einen erheblichen Vertrauensvorschuss, dass er die Anlage in Zukunft auch betreiben kann.

Für die Änderung genehmigungsbedürftiger Anlagen besteht ein dreigliedriges Regelungs- und Kontrollsystem. Dieses zielt in erster Linie darauf ab, die Einhaltung der Genehmigungspflicht für wesentliche Änderungen nach § 16 Abs. 1 BImSchG sicherzustellen, erläuterte RA *Prof. Dr. Olaf Reidt* den Anwendungsbereich von Änderungsgenehmigungen. Auf der ersten Stufe stehen dabei Änderungen, bei denen Auswirkungen auf die in § 1 BImSchG genannten Schutzgüter (Menschen, Tiere und Pflanzen, Boden, Wasser, Atmosphäre, Kultur- und sonstige Sachgüter) ausgeschlossen sind. In diesem Fall ist immissionsschutzrechtlich nichts zu veranlassen. Sind Auswirkungen auf die in § 1 BImSchG genannten Schutzgüter möglich, bedarf es gemäß § 15 Abs. 1 BImSchG vor Durchführung der Änderungsmaßnahme zumindest einer Anzeige bei der zuständigen Behörde (zweite Stufe). Diese entscheidet, ob es über die Anzeige hinaus eines Änderungsverfahren bedarf oder nicht. Hält die Behörde die Durchführung eines Änderungsverfahren für erforderlich (§ 15 Abs. 2 BImSchG) oder ist offensichtlich, dass die Notwendigkeit eines Änderungsverfahren nach § 16 BImSchG besteht, ist ein solches durchzuführen, bevor die Änderung der Anlage erfolgen darf (dritte Stufe).

Der Anzeigepflicht nach § 15 BImSchG und der Genehmigungspflicht nach § 16 BImSchG liegt ein identischer Begriff der Änderung zugrunde. Es geht jeweils um die Änderung der Lage, der Beschaffenheit oder des Betriebs einer genehmigungsbedürftigen Anlage. Vom Begriff der Anlage

sind dabei sowohl der Anlagenkern als auch Nebeneinrichtungen und Anlagen einer gemeinsamen Anlage umfasst.

Abzugrenzen ist die (wesentliche) Änderung einer Anlage von deren Neuerrichtung. Dies gilt insbesondere bei einer Änderung der Lage, die nur kleinräumige Verschiebungen erfasst, nicht hingegen Fälle der Wiedererrichtung an einem gänzlich anderen Standort. Erweiterungen einer Anlage sind in der Regel jedenfalls dann nicht als Neuerrichtung zu qualifizieren, wenn es sich um bloße Vergrößerungen oder um die Errichtung gleichartiger Anlagen i.S.v. § 1 Abs. 3 der 4. BImSchV handelt. Erweiterungen oder sonstige Änderungen an Nebeneinrichtungen i.S.v. § 1 Abs. 2 der 4. BImSchV sind ebenfalls in aller Regel nur Änderungen i.S.d. §§ 15 und 16 BImSchG. Keine Änderung i.S.d. §§ 15, 16 BImSchG liegt vor, wenn nicht die Anlage geändert wird, sondern es zu einem Austausch des Anlagenbetreibers oder zu einer Veränderung in der Unternehmensorganisation des Betreibers kommt.

Eine wesentliche und damit nach § 16 BImSchG genehmigungsbedürftige Änderung kann sich aus verfahrensrechtlichen Erfordernissen ergeben. Entscheidet die zuständige Behörde im Rahmen des Anzeigeverfahrens nach § 15 BImSchG, dass es der Durchführung eines Änderungsverfahren bedarf, liegt darin ein Verwaltungsakt, der die Genehmigungsbedürftigkeit verbindlich fest schreibt.

Eine weitere verfahrensrechtliche Festlegung zur Wesentlichkeit ergibt sich aus § 16 Abs. 1 S. 1 2. Halbs. BImSchG. Danach ist die Durchführung eines Änderungsverfahren stets erforderlich, wenn die Änderung oder Erweiterung des Betriebs für sich genommen die Leistungsgrenzen oder Anlagengrößen der 4. BImSchV erreicht.

Im Weiteren enthält § 16 Abs. 5 BImSchG eine materielle Regelung zur Wesentlichkeit der Änderung. Aus dieser ergibt sich einerseits, dass es sich (anders als bei bloßen Instandsetzungs- und Reparaturarbeiten, s. vorstehend unter Ziff. 11) bei der Ersetzung oder dem Austausch von Anlagenteilen zwar um eine Änderung der Anlage i.S.v. § 15 Abs. 1 BImSchG handelt, die jedoch nicht wesentlich i.S.v. § 16 Abs. 1 BImSchG ist. Dies setzt allerdings voraus, dass der Ersatz bzw. Austausch sich seinerseits im Rahmen der erteilten Genehmigung bewegt, also nicht mit einer gleichzeitigen Änderung der Beschaffenheit der Anlage verbunden ist.

§ 16 Abs. 1 S. 2 BImSchG enthält eine den S. 1 der Vorschrift ergänzende Bagatellgrenze, nach der ein Änderungsverfahren nicht erforderlich ist, wenn die durch die Änderung hervorgerufenen nachteiligen Auswirkungen offensichtlich gering sind und die Erfüllung der sich aus § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG ergebenden Anforderungen sichergestellt ist.

⁸ BVerwGE 50, 49 (Mittelwertrechtsprechung).

Für das Änderungs genehmigungsverfahren gelten grundsätzlich dieselben Anforderungen wie für ein Erstgenehmigungsverfahren. Je nach Anlagentyp ist also zu unterscheiden, ob es eines förmlichen Verfahrens nach § 10 BImSchG oder eines vereinfachten Verfahrens nach § 19 BImSchG bedarf. Ebenfalls bestehen Möglichkeiten eines gestuften Verfahrens (Vorbescheid, Teilgenehmigung, Zulassung vorzeitigen Beginns). Wie bei der Erstgenehmigung besteht auch für die Änderungs genehmigung ein gebundener Zulassungsanspruch, wenn die Genehmigungsveroraussetzungen erfüllt sind.

Bei Anlagen, die unter die Industrieemissions-Richtlinie⁹ fallen (IED-Anlagen), ist mit den Antragsunterlagen für ein Änderungsverfahren ein Ausgangszustandsbericht (vgl. § 10 Abs. 1a BImSchG) für die gesamte Anlage, also über den Gegenstand der beantragten Änderung hinaus, vorzulegen (§ 25 Abs. 2 der 9. BImSchV).

Die Notwendigkeit einer Umweltverträglichkeitsprüfung im Änderungs genehmigungsverfahren richtet sich gemäß § 4 UVPG nach § 1 Abs. 3 der 9. BImSchV. Sie ist danach erforderlich, wenn die Änderung oder Erweiterung der Anlage für sich genommen die Größen- oder Leistungswerte nach Anlage 1 zum UVP-Gesetz erreicht oder überschreitet. Ansonsten bedarf es einer Vorprüfung im Einzelfall (vgl. § 3e i. V.m. § 3c UVPG) dazu, ob die Änderung oder Erweiterung erhebliche nachteilige Auswirkungen auf die in § 1a der 9. BImSchV genannten Schutzgüter (UVP-Schutzgüter) haben kann.

3. Diskussion zum Immissionsschutzrecht

Deutlich wurde im Arbeitskreis mit Blick auf 40 Jahre Immissionsschutzrecht, dass der Umfang zwar zugenommen hat, aber die Regelungsqualität Defizite aufweist. Teile des Immissionsschutzrechts erscheinen mit der heißen Nadel genäht, schwer durchschaubar und schwierig anzuwenden. Dies betrifft beispielsweise die Biokraftstoffregelungen wie auch die Umsetzung der IED und der BVT. Auch beschäftigte die Runde die Frage, wie man bei Änderungs genehmigungen mit Irrelevanz umgehen kann. Folge der auch von der Bundesumweltministerin kritisierten Salamtaktik kann aber dann sein, dass man bei der Gesamtanlage in Konfliktlagen gerät.

Es ist ein Zeichen der Zeit, dass das Europarecht das nationale Umweltrecht bestimmt; doch was bedeutet eine 1 zu 1-Umsetzung? Inhaltlich soll dadurch erreicht werden, nicht über das Europarecht hinauszugehen, was durch eine wortgetreue Übernahme erreicht werden soll. Dies kann allerdings zu abstrusen Stilblüten führen, wie Ministerialrätin *Dr. Susan Krohn* (BMUB, Berlin) berichtete. Wenn der euro-

päische Richtliniengeber bei der Novellierung eigener Rechtsakte redaktionell Begrifflichkeiten austauscht, beginnt im BMUB das Grübeln über Feinheiten der Wortwahl. EU-Richtlinien lassen vielfach eine Klarheit vermissen und daher ist die am Wortlaut klebende Umsetzung gerade für den Vollzug eher schwierig. Vielfach dient die Umsetzung im Wortlaut auch nur als Umsetzungsnachweis gegenüber Kommission und dem EuGH. Auch ist diese Form der Umsetzung dem Problem enger Umsetzungsfristen geschuldet.

In der Diskussion hieß es zudem, dass Verkehrsemissionsschutz Anlagenzulassungsrecht ist. Über § 40 BImSchG in Verbindung mit StVO sind entsprechende Verkehrsverbote für Dieselmotorkraftfahrzeuge denkbar, aber auch klare Regeln erforderlich. Überdenkenswert ist vielleicht auch eine blaue Plakette, während eine City Maut mangels gesetzlicher Grundlage vielleicht nicht umsetzbar ist. Im Bereich der Luftreinhalteplanung besteht noch ein Forschungs- und Aufklärungsbedarf, hieß es aus der Anwaltschaft. Die Umsetzung der EU-Vorgabe mache es manchen Städten schwer. *Prof. Dr. Hans Dieter Jarass* (Münster) erkannte hier auch einen Ressortkonflikt zwischen Verkehrs- und Umweltressort.

Welche Anforderungen das Immissionsschutzrecht zu erfüllen hat und welcher Aufgabenkatalog gerade im Hinblick auf europarechtliche Vorgaben abzarbeiten ist, beschäftigte die Teilnehmer des Arbeitskreises. Mit Blick auf die Öffentlichkeitsbeteiligung kam die Frage auf, ob man die Öffentlichkeit nicht in einer anderen Weise einbinden kann als bisher, meinte *Dr. Andreas Wasielewski* (Kiel). Im Europarecht geht es nur um Transparenz – unabhängig von der Relevanz. Vielleicht könnte man zu einer Vereinfachung kommen und die Öffentlichkeitsbeteiligung in einem Anzeigeverfahren durchführen. Im nationalen Recht bestehe die Tradition, alles Notwendige im Zulassungsverfahren abzarbeiten, erläuterte *Schink*. Es spreche viel dafür, die Öffentlichkeitsbeteiligung auch weiterhin in das immissionsschutzrechtliche Verfahren zu integrieren.

Auch wenn neue Anforderungen kommen, sollte das BImSchG nicht überfrachtet werden, mahnte *Jarass*. Waren es früher klare und durchsichtige Regelungen, so ist das BImSchG etwas undurchsichtig geworden. Da die Leistungsfähigkeit eines Rechtsrahmens auch an der Anwendungsfreundlichkeit hängt, sollte man rechtstechnisch gegensteuern.

III. Artenschutz in der Vorhabenzulassung

Wie wichtig das Thema Artenschutz in der Vorhabenzulassung ist, wissen nicht nur diejenigen, die auf dem Holzweg mit ihren Vorhaben schon vor allerlei possierlichem Getier gescheitert sind.¹⁰ Hilfe im naturschutzfachlichen Dickicht versuchen mangels normativen Einschätzungen Fachkonventionen zu bieten. Stellen diese aber auch verlässliche Grundlagen für die Bewältigung der Aufgaben des Artenschutzes dar? Dieser und weiteren Fragen des Artenschut-

9 Richtlinie 2010/75/EU.

10 *Buchsteiner*, Die lignogene Verkehrswegeplanung im Spannungsfeld zwischen Frust und Forst, FS Stüer, 2013, S. 373.

zes widmeten sich RiBVerwG Dr. Ulrike Bick (Leipzig) aus juristischer und Dr. Katrin Wulfert (Bosch & Partner, Bochum) aus naturschutzfachlicher Sicht.

Das artenschutzrechtliche Tötungsverbot des § 45 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ist nur dann erfüllt, wenn sich das Tötungsrisiko signifikant erhöht. Das allgemeine Lebensrisiko einer individuellen Tötung ist davon nicht erfasst.¹¹ Dieses Signifikanzkriterium sollte beibehalten werden; da waren sich die Referentinnen einig. Das Kriterium muss für die individuelle Prognose und Bewertung im Rahmen der artenschutzrechtlichen Prüfung allerdings weiter konkretisiert werden. Dabei ist zu überlegen, ob die Signifikanz mit Bezug zum einzelnen Individuum einer Art oder mit Bezug zur Population zu betrachten ist. Aus fachlicher Sicht kann eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos nicht unabhängig von der Populationsbiologie der jeweiligen Art beurteilt werden (z.B. Reproduktionsrate, Mortalitätsrate).

Zur Erhöhung der Planungssicherheit für den Rechtsanwender sollten die zur Beurteilung erforderlichen naturschutzfachlichen Parameter in den von der Rechtsprechung zum Signifikanzkriterium entwickelten Kriterienkatalog aufgenommen werden.

Sowohl unter Berücksichtigung der Zielsetzung der FFH-RL als auch aus naturschutzfachlicher Sicht ist eine Berücksichtigung differenzierter naturschutzfachlicher Kriterien für einen qualifizierten Vergleich im Rahmen der Ausnahme zwingend erforderlich, um die Alternative mit den geringsten Beeinträchtigungen auf die artenschutzrechtlichen Schutzgüter zu ermitteln.

Für die Beurteilung der Verschlechterung des Erhaltungszustandes der Population der Art ist der Bezugsrahmen der Metapopulation zu betrachten, sofern die Datengrundlagen sowie die Autoökologie der betroffenen Arten dies zulassen. Ist der Rückgriff auf die Metapopulation nicht möglich, ist aus Gründen der Rechtssicherheit sowie aus planungspraktischen Erwägungen auf die Ebene der betroffenen Population bzw. Populationen abzustellen.

Das europäische Naturschutzrecht muss für Behörden und Gerichte rechtssicherer gestaltet werden. Gerichtliche Entscheidungen zum Artenschutz stützen sich regelmäßig auf Leitfäden, Merkblätter, Auslegungshinweise und Ähnliches, ohne allerdings näher zu problematisieren, wer diese verfasst hat, wie sie im Einzelnen zustande gekommen sind und welche Akzeptanz sie in der Fachwelt haben. Um die Planungssicherheit zu erhöhen, wird auch von Vorhabenträgern und Planungsbehörden zunehmend der Ruf nach „mehr Standardisierung“ laut. Bundeseinheitliche Vorgaben wären sinnvoll, sind aber gerade im Artenschutz wegen der stets gebotenen Einzelfallprüfung schwer zu formulieren. Darüber hinaus ist ihr Zustandekommen nicht gewährleistet, wie die gescheiterte Bundeskompensationsverordnung gezeigt hat. Daher stellt der Weg über die Fachkonventionen wohl eine bessere Lösung dar. Die Anforderungen an diese sind jedoch klar zu definieren, die etablierten Fachkonventionen sind als solche auszuweisen.

Die von RA Rüdiger Nebelsieck (LL.M, Hamburg) moderierte Diskussion bewegte sich in überschaubaren Gefilden. An der Rechtsprechung des BVerwG zum Signifikanzkriterium und zur Ausnahmeregelung in § 45 Abs. 7 BNatSchG gab es zwar Kritik, aber es bestand auch viel Übereinstimmung mit den Referentinnen. Eine große Schleife über Luxemburg und den EuGH ist wohl aktuell nicht zu erwarten. Vielleicht sei aber eine Vorlage an den EuGH erforderlich, um diesem die Möglichkeit zu geben, seine Rechtsprechung zu Art. 9 der Vogelschutz-RL zu überprüfen, hatte Bick bereits in ihrem Vortrag überlegt. Einigkeit bestand jedenfalls darüber, dass die bisherigen Kriterien fortentwickelt und konturiert werden müssen.

Eine rein mathematische oder statistische Betrachtung dürfe nicht zu einer Scheingenauigkeit führen. Auch dürfe der Populations- und Individualbezug nicht vermischt werden. Ebenso sei offen, ob je nach Tierart differenziert werden müsse. Sei der Luchs anders zu behandeln als die Libelle, das Rotkehlchen oder der Rotmilan, wäre eine TA-Fledermaus oder gar eine TA-Naturschutz anzuraten oder könne man hier durch Leitfäden in den einzelnen Ländern ganz unterschiedlich vorgehen? Eines sei auch klar: Der Artenschutz sei ebenso wie der europäische Gebietsschutz Ausdruck eines unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. In besondere Schutzgüter dürfe nicht einfach ohne überzeugende Gründe, sondern nur unter Beachtung der Angemessenheit eingegriffen werden. Das spreche dafür, sich nicht endlos mit der Frage des erheblichen Eingriffs oder der Verletzung eines artenschutzrechtlichen Verbotstatbestandes aufzuhalten, sondern in Zweifelsfällen eine Abweichungs- bzw. Ausnahmeprüfung durchzuführen. Trotz allem dürfe das Artenschutzrecht nicht eine absolute Sperre für sinnvolle Projekte werden. Doch wie arbeitet man Artenschutzbelange sinnvoll und bestenfalls gerichtsfest ab?

Auch die Frage, ob es hinreichende Neutralität oder eher Lagerkämpfe zwischen einzelnen Gutachtern gebe, beschäftigte die Diskussion. Im Erörterungstermin sitzen dann oftmals eine ganze Riege von Fachgutachtern als Sachverständige für den Vorhabenträger und geben an, alle Vögel, Fledermäuse untersucht zu haben, während eine regelmäßig etwas kleinere Anzahl von Experten auf Naturschutzverbandsseite auf Schwachstellen deutet. Ob eine Fachkonvention zur allgemeinen Überzeugung reicht, blieb offen. So wurden in der Diskussion auch normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften („TA Naturschutz“) gefordert, bestenfalls auch mit Bindungswirkung für die Gerichte, deren Überzeugungskraft gegenüber dem EuGH allerdings in Frage gezogen wurde. Bei einer derartigen Standardisierung handelt es sich um politische Wertungsfragen auf sachverständiger Grundlage. Hierfür braucht man eine demokratisch legitimierte Verantwortungszuständigkeit. Hierauf

11 BVerwGE 130, 299 (Hessisch Lichtenau).

wird sich die Fachwelt jedoch kaum einigen können, wurde ebenfalls aus dem Auditorium angemerkt.

IV. GfU-Forum

Bereits am Vorabend traf sich die Familie der Umweltrechtler beim GfU-Forum, zu dem Vors. Richterin am VG *Michaela Ecker* (Freiburg) bereits etwa 85 Teilnehmer im Großen Sitzungssaal begrüßen konnte.

1. Überplanung von Infrastruktur

Nach fünf Jahren seit dem Inkrafttreten des NABEG sind auf dessen Grundlage immer noch keine Planfeststellungsverfahren eingeleitet worden. Doch gilt diese Beschleunigungsgesetzgebung nur für Höchstspannungsleitungen und stellt damit nur einen Aspekt des für die Energiewende benötigten Netzausbaus dar. Ob das ambitionierte Ziel, 2050 einen Anteil von 80 % am Strommarkt aus erneuerbaren Energien bereitzustellen, erreicht werden kann, steht weiter in den juristischen Sternen. Doch prägt immer noch das Leitbild des Neubaus das Recht des Energieleitungsbaus. Dabei liegt im bestehenden Netz ein enormes Potenzial, selbst wenn Stromtrassen vielfach noch aussehen wie zu Uromas Zeiten, wusste *Dr. Tom Pleiner*. Der Träger des deutschen Studienpreises zeigte auf, wie der Netzausbau zu ausreichend dimensionierten Stromleitungen gelingen kann. Die Energiewende braucht einen gesamtgesellschaftlichen Konsens und vor allem flexiblere Planung. Der Überplanung alter Leitungstrassen muss dabei der Vorzug vor dem Neubau von Trassen gegeben werden. Dies folgt auch aus Vorgaben des Natur- und Umweltschutzes. Die schonende Überplanung von Millionen Kilometern bestehender Leitungstrassen bedarf der umfassenden Kodifikation der bislang sehr verstreuten Anreize. Nach dem bisherigen Recht sind die maßgeblichen Vorgaben für die Rekonfiguration jeweils vom Neubau von Infrastruktur abzuleiten. An klaren Vorgaben fehlt es jedoch. Die Überplanung muss organisiert werden, auch sie ist nicht ohne eigene Nachteile. Die Anerkennung der Überplanung bietet die Chance, das Experimentierlabor zu verlassen und das energiewirtschaftliche Planungsrecht zum Motor der Rechtsentwicklung und damit zum Vorbild für andere Infrastrukturbereiche zu machen.

Pleiner stellte dabei das Beispiel der Elektromobilität heraus. Die Rekonfiguration des Straßennetzes durch Elektromobilität und selbstfahrende Autos sind nicht mehr Utopien und auch hier braucht es ein rechtliches Leitbild. Es muss flexibler geplant werden können und Innovationen muss Raum gelassen werden in der Hoffnung, dass auch bald bessere Speichermedien bestehen. Es stehen noch weitere Transformationsprozesse bevor.

2. Nagoya-Protokoll

Nagoya ist nicht nur eine alte japanische Stadt, sondern auch Namensgeber des Nagoya-Protokolls. Bei diesem Protokoll handelt es sich um einen multilateralen umweltvölkerrechtlichen Vertrag, der Zugang und Vorteilsausgleich bei genetischen Ressourcen und assoziiertem traditionellem Wissen regelt. Das Nagoya-Protokoll¹² wurde 2010 zur Umsetzung der Ziele der UN-Konvention über biologische Vielfalt (CBD) von 1993 beschlossen. Nachdem 50 Staaten und die EU am 14.7.2014 das Protokoll ratifiziert hatten, trat es am 12.10.2014 in Kraft. Deutschland ist dem Protokoll zum 20.7.2016 beigetreten, berichtete *Thomas Ebben* LL.M vom BMUB.

Auf der Basis gegenseitiger Zustimmung soll ein Ausgleich zwischen den unterschiedlichen Interessen der Ursprungsländer bezüglich ihrer genetischen Ressourcen („grünes Gold“) und derjenigen Länder erfolgen, in denen die genetischen Ressourcen genutzt werden. Vor allem die von Entwicklungsländern angeprangerte Biopiraterie soll so eingedämmt werden. Um sich hiergegen zu schützen, hat man ein Access und Benefit-System entwickelt.

Das Bundesgesetz zur Umsetzung sieht vor, dass etwa 16 Stellen für den Vollzug benötigt werden. Bisher sind mit *Ebben* erst fünf Mitarbeiter damit betraut. Ganz oben steht in Art. 9 der EuVO der Austausch mit den Herkunftsländern. Man soll Hinweisen Beachtung schenken, wenn man Kontrollen durchführt, meinte *Ebben*. Nachvollziehbarkeit ist das Ziel. Entwicklungsländer wollen nachvollziehen, was mit den Ressourcen passiert. Hier könnte sich auch ein Vorteilsausgleich auf vertraglicher Grundlage anbieten wie beispielsweise ein 1,5 %-Anteil des Umsatzes.

V. Von Leipzig nach Berlin und zurück

Zu ihrem nächsten Jahrestreffen findet sich die Familie der Umweltrechtler am 9. bis 11.11.2017 wieder in der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften am Berliner Gendarmenmarkt ein. Im Jahr darauf wird sie wieder am Simsonplatz in Leipzig zu Gast sein.

¹² Engl.: Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from Their Utilization.