

## **Die Fehlerbehebung durch ergänzendes Verfahren nach dem UmwRG**

### **Neue prozessuale Instrumente zur Genehmigungserhaltung**

Vorsitzender Richter am OVG Professor Dr. Max-Jürgen Seibert\*

Die am 2.6.2017 in Kraft getretene Novelle des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes hat insbesondere für immissionsschutzrechtliche Genehmigungen, Baugenehmigungen sowie wasserrechtliche Erlaubnisse und Bewilligungen eine neue Heilungsmöglichkeit bei Drittanfechtungsklagen eingeführt. Abweichend von § 113 I 1 VwGO sehen §§ 4 I b 1 und 7 V 1 UmwRG vor, dass eine Verletzung von Verfahrensvorschriften oder materiellen Rechtsvorschriften nur dann zur Aufhebung der vorgenannten Entscheidungen im gerichtlichen Verfahren führt, wenn sie nicht durch Entscheidungsergänzung oder ein ergänzendes Verfahren behoben werden kann. Vorbild für dieses Instrument ist die planfeststellungsrechtliche Vorschrift des § 75 I a 2 VwVfG, die die Rechtsprechung des BVerwG kodifiziert hat. Die Vorstellung des Gesetzgebers, man könne „ohne Abstriche“ (BT-Drs. 18/9526, 44) an die Erfahrungen im Planfeststellungsrecht anknüpfen, ist allerdings verfehlt. Im Hinblick auf den unterschiedlichen Kontext insbesondere bei gebundenen Genehmigungen stellen sich eine Reihe von zu klärenden Fragen. Die folgenden Ausführungen werden sich der Übersichtlichkeit wegen auf den absehbaren Hauptanwendungsbereich, die immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen, konzentrieren, gelten aber in gleicher Weise etwa auch für Baugenehmigungen.

#### **I. Genehmigungserhaltung als Zielsetzung**

§§ 4 I b 1 und 7 V 1 UmwRG modifizieren das Prozessrecht bei Anfechtungsklagen mit dem Ziel einer Ressourcenschonung und Verfahrensbeschleunigung. Die normale Folge einer Rechtswidrigkeit der Genehmigung, nämlich die Kassation nach § 113 I 1 VwGO, soll vermieden werden, wenn sich der Fehler durch Genehmigungsergänzung oder in einem ergänzenden Verfahren beheben lässt. Das Gesetz räumt der Fehlerbehebung den Vorrang vor einer Aufhebung der Genehmigung ein, wie sich aus der Formulierung „nur dann“ ergibt. Geringfügige, überschaubare und grundsätzlich korrigierbare Fehler sollen nicht zwangsläufig zur Aufhebung der angefochtenen Genehmigung führen, mit der Folge, dass bei einem „zweiten Anlauf“ das gesamte Genehmigungsverfahren wiederholt werden muss. Die Fehlerheilung durch Entscheidungsergänzung oder in einem ergänzenden Verfahren soll also solche Fälle erfassen, in denen die Rechtmäßigkeit der Entscheidung unproblematisch herbeigeführt werden kann und die Durchführung eines neuen kompletten Genehmigungsverfahrens unverhältnismäßig wäre. Ziel ist die weitgehende Erhaltung der Genehmigung, die nicht aufgehoben, sondern – im Fall des ergänzenden Verfahrens – lediglich für rechtswidrig und nicht vollziehbar erklärt wird.

#### **II. Anwendungsbereich**

Der Anwendungsbereich der Heilungsvorschriften ist unübersichtlich geregelt und wirft erhebliche Abgrenzungsprobleme auf. Er erfasst praktisch alle Zulassungen von Vorhaben mit umweltrechtlichem Bezug. Sowohl § 4 I b 1 als auch § 7 V 1 UmwRG sind anwendbar auf Entscheidungen nach § 1 I Nr. 1 bis 2 b und 5 UmwRG. Das sind insbesondere:

- Entscheidungen über die Zulassung von Vorhaben oder Bebauungspläne, für die eine Pflicht zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) bestehen kann (Nr. 1),
- immissionsschutzrechtliche Genehmigungen für Anlagen, für die eine Öffentlichkeitsbeteiligung nach § 10 BImSchG erforderlich ist (Nr. 2),
- sowie sonstige Verwaltungsakte, durch die Vorhaben unter Anwendung umweltbezogener Rechtsvorschriften zugelassen werden, also unter anderem alle immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen, die meisten Baugenehmigungen oder wasserrechtliche Bewilligungen und Erlaubnisse (Nr. 5).

Seibert: Die Fehlerbehebung durch ergänzendes Verfahren nach dem UmwRG(NVwZ 2018, 97)

98

Insbesondere die „Auffangklausel“ des § 1 I Nr. 5 UmwRG bereitet Auslegungsschwierigkeiten. Sie dient eigentlich dazu, in Umsetzung des Art. 9 III Aarhus-Konvention anerkannten Umweltvereinigungen einen weiten Zugang zu Gericht einzuräumen. Während die Aarhus-Konvention auf Entscheidungen und Handlungen zielt, „die gegen umweltbezogene Bestimmungen ... verstoßen“, spricht § 1 I Nr. 5 UmwRG allgemein von Verwaltungsakten, durch die Vorhaben „unter Anwendung umweltbezogener Rechtsvorschriften“ zugelassen werden.

„Umweltbezogene Rechtsvorschriften“ sind nach der Legaldefinition des § 1 IV UmwRG alle Bestimmungen, die sich zum Schutz von Mensch und Umwelt auf den Zustand von Umweltbestandteilen iSv § 2 III Nr. 2 UIG und auf Faktoren iSv § 2 III Nr. 2 UIG beziehen. Im Zweifel ist der „Umweltbezug“ – in Anlehnung an die Spruchpraxis des Compliance Committee der Aarhus-Konvention – weit auszulegen; es genügt, dass sich die betreffende Rechtsvorschrift in irgendeiner Weise auf die Umwelt bezieht. Erfasst sein können zB Bestimmungen in Bezug auf Stadtplanung, Umweltsteuern, Chemikalien- oder Abfallrecht oder die Nutzung von natürlichen Ressourcen, unabhängig davon, ob sich die entsprechenden Bestimmungen im Planungs- oder Steuerrecht finden.<sup>1</sup>

Auch die unbestimmte Formulierung „unter Anwendung“ kann nur weit verstanden werden. Sie setzt nicht voraus, dass Umweltrecht verletzt sein muss oder dass eine solche Verletzung geltend gemacht wird. Sie stellt auch nicht darauf ab, ob die Behörde tatsächlich umweltbezogene Vorschriften geprüft hat. Entscheidend ist vielmehr, ob bei der Zulassung des Vorhabens umweltbezogene Bestimmungen zur Anwendung kommen, das heißt zu berücksichtigen sind. Dabei ist nicht danach zu differenzieren, ob das Vorhaben ersichtlich die umweltbezogenen Bestimmungen einhält oder ob diese Vorschriften näher geprüft werden müssen. Hiervon ausgehend werden zB nahezu alle Baugenehmigungen schon deshalb von der Nr. 5 erfasst, weil bei der Genehmigung von Neubauten die „Verordnung über energiesparenden Wärmeschutz und energiesparende Anlagentechnik bei Gebäuden“ zu berücksichtigen ist. Dass es sich insoweit um umweltbezogene Bestimmungen handelt, lässt sich schwerlich bestreiten.

Schließlich ist auch der Begriff „Vorhaben“ nicht weiter eingegrenzt. Die Gesetzesbegründung verweist zwar auf die Begriffsbestimmung von § 2 II UVP, hebt aber zugleich hervor, dass auf eine Bezugnahme auf die Anlage 1 zum UVP bewusst verzichtet wurde. Damit wird von dem Begriff „Vorhaben“ praktisch jede Maßnahme oder jedes Projekt erfasst.

Für die Anwendung der in Rede stehenden Fehlerheilungsvorschriften ist es nicht etwa erforderlich, dass der zu behebende Fehler umweltbezogene Vorschriften betrifft. Notwendig ist lediglich der

aufgezeigte umweltrechtliche Bezug der Genehmigung. Ob also zB eine Verletzung bauordnungsrechtlicher Vorschriften in einem ergänzenden Verfahren geheilt werden kann, hängt unter dem Gesichtspunkt des Anwendungsbereichs allein davon ab, ob bei Genehmigungserteilung umweltbezogene Vorschriften zu berücksichtigen waren.

Während der weit gefasste § 1 I Nr. 5 UmwRG bei der Eröffnung des Gerichtszugangs nur den Umweltvereinigungen zugutekommt, findet er bei der Fehlerheilung uneingeschränkt auch auf alle Privatkläger Anwendung (vgl. § 4 III 1 und § 7 VI 1 UmwRG). In der politischen Diskussion wird regelmäßig eine „Kompensation“ gefordert, wenn – völker- oder unionsrechtlich veranlasst – der Zugang zu Gericht erweitert wird. Mit der Fehlerheilung nach §§ 4 I b 1 und 7 V 1 UmwRG hat der Gesetzgeber allerdings versteckt eine „Überkompensation“ geschaffen. Es wäre ehrlicher und vor allem anwenderfreundlicher gewesen, jedenfalls für bestimmte Hauptanwendungsfälle wie die immissionsschutzrechtliche oder die baurechtliche Genehmigung unmittelbare, klare Regelungen im Fach- bzw. Prozessrecht zu schaffen.

### **III. Verfahrens- und materiell-rechtliche Fehler**

Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung<sup>2</sup> sah zunächst nur für materiell-rechtliche Fehler die Möglichkeit einer nachträglichen Fehlerbehebung in § 7 V 1 UmwRG vor. Nach öffentlicher Anhörung schlug der Ausschuss für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit vor, die Fehlerheilungsmöglichkeit auch auf Verfahrensfehler zu erstrecken und § 4 UmwRG um den Absatz 1 b zu ergänzen.<sup>3</sup> Damit sollte eine vollständige Parallelregelung zu § 75 I a 2 VwVfG geschaffen werden.

§ 4 I b 1 UmwRG erfasst sowohl relative als auch absolute Verfahrensfehler. Die Fehlerfolgenregelung dieser Vorschrift geht auch bei absoluten Verfahrensfehlern der allgemeinen Regelung des § 113 I 1 VwGO iVm § 4 I 1 UmwRG vor. Der Gesetzgeber wollte das Ziel der Genehmigungserhaltung in demselben Umfang wie im Planfeststellungsrecht verwirklichen und insgesamt eine Parallelregelung zu § 75 I a 2 VwVfG schaffen.<sup>4</sup> Die planfeststellungsrechtlichen Planerhaltungsvorschriften wie § 75 I a 2 VwVfG verdrängen nach der Rechtsprechung des BVerwG<sup>5</sup> § 113 I 1 VwGO iVm § 4 I 1 UmwRG, so dass grundsätzlich auch absolute Verfahrensfehler für eine Fehlerbehebung im ergänzenden Verfahren in Betracht kommen.

### **IV. Entscheidungsergänzung oder ergänzendes Verfahren**

§§ 4 I b 1 und 7 V 1 UmwRG sehen die Entscheidungsergänzung und das ergänzende Verfahren als alternative Instrumente vor. Der Begriff „Entscheidungsergänzung“ zielt auf ein bestimmtes Ergebnis, der Begriff „ergänzendes Verfahren“ auf ein Wiederaufgreifen des Genehmigungsverfahrens mit nicht genau absehbarem Ausgang. Eine Entscheidungsergänzung kann nur dann angeordnet werden, wenn die Genehmigung lediglich noch einer konkreten, inhaltlich bestimmten oder bestimmbaren Ergänzung bedarf, die Genehmigung aber ansonsten rechtmäßig ist und vollzogen werden darf. Wird hingegen die Möglichkeit einer Fehlerheilung im ergänzenden Verfahren eröffnet, wird die Genehmigung für rechtswidrig erklärt und bleibt solange nicht vollziehbar, bis der Fehler im ergänzenden Verfahren behoben worden ist; je nach den Umständen des Einzelfalls kann die Genehmigung modifiziert oder ergänzt werden oder auch

unverändert bleiben. Die Unterschiede beider Instrumente spiegeln sich in der Rechtskraftwirkung und den Klageanträgen (siehe dazu unten).

Die Unterscheidung zwischen Entscheidungsergänzung und ergänzendem Verfahren hat der Gesetzgeber unbesehen aus dem Planfeststellungsrecht übernommen. Im Planfeststel-

Seibert: Die Fehlerbehebung durch ergänzendes Verfahren nach dem UmwRG(NVwZ 2018, 97)

99

lungsrecht soll bei der Planergänzung der Planfeststellungsbeschluss inhaltlich um eine Regelung ergänzt werden, die für ein fehlerfreies Abwägungsergebnis notwendig ist. Das ergänzende Verfahren dient hingegen insbesondere dazu, Mängel im Abwägungsvorgang, aber auch Verstöße gegen Vorschriften des strikten Rechts zu beseitigen. Jedenfalls bei gebundenen Entscheidungen wie der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung ist diese Unterscheidung nicht zielführend. Sie schafft unnötige Auslegungsprobleme und erfordert überflüssige Abgrenzungen; zudem ist ein Bedürfnis für dieses Instrument nicht erkennbar. Für gebundene Entscheidungen hätte es ausgereicht, lediglich ein ergänzendes Verfahren vorzusehen, das ohne Weiteres die Fälle der Entscheidungsergänzung mit umfassen könnte, zumal auch die Entscheidungsergänzung eine Art ergänzendes Verfahren erforderlich macht und umgekehrt ein ergänzendes Verfahren – je nach Fallkonstellation – mit einer Entscheidungsergänzung abgeschlossen werden kann.

## V. Fehlerbehebung durch Entscheidungsergänzung

Die aus dem Planfeststellungsrecht übernommene Konstruktion einer Entscheidungsergänzung soll dann in Betracht kommen, wenn die nicht zu beanstandende Genehmigung lediglich um eine konkrete Regelung zu ergänzen ist. In diesem Falle wird die Klage auf Aufhebung der Genehmigung unanfechtbar zurückgewiesen und zugleich die Behörde verpflichtet, eine bestimmte ergänzende Regelung zu treffen. Von der Genehmigung und der in ihr enthaltenen Gestattung kann mit der rechtskräftigen Entscheidung Gebrauch gemacht werden. Trotz des Fehlers ist die Genehmigung unangreifbar geworden; die Verwirklichung des Vorhabens kann durch die Entscheidungsergänzung nicht mehr infrage gestellt werden. Diese Variante dürfte im Immissionsschutz- und Baurecht keinen oder allenfalls einen marginalen Anwendungsbereich haben. Das lässt sich gut vor Augen führen, wenn man sich zunächst das Vorbild und die Praxis im Planfeststellungsrecht vergegenwärtigt.

Hauptanwendungsfall der vom *BVerwG*<sup>6</sup> entwickelten Planergänzung (vgl. heute § 75 I a VwVfG) ist das Fehlen von erforderlichen (Lärm-)Schutzmaßnahmen bei Verkehrsinfrastrukturprojekten (Straßen, Bahnstrecken, Flughäfen). Lässt sich eine im Planfeststellungsbeschluss nicht angeordnete Schutzauflage nachholen, ohne dass dadurch die Gesamtkonzeption der Planung in einem wesentlichen Punkt berührt und ohne dass in dem Interessengeflecht der Planung nunmehr andere Belange nachteilig betroffen werden, so ist der Planfeststellungsbeschluss zwar objektiv rechtswidrig, er wird aber gleichwohl vom Gericht bestätigt; der Betroffene hat keinen Anspruch auf Planaufhebung, sondern allein einen Anspruch auf Planergänzung. Konsequenzen für die Gesamtplanung ergeben sich selbst dann nicht, wenn sich später herausstellt, dass ein wirksamer oder ausreichender (passiver) Lärmschutz an dem betroffenen Grundstück faktisch nicht möglich ist; denn dann kann und muss der Betroffene in Geld entschädigt werden, gegebenenfalls auch aufgrund einer Enteignungsmaßnahme.<sup>7</sup>

Die Konstellation der Planergänzung ist mithin dadurch charakterisiert, dass die Planung nicht zu beanstanden ist und damit sicher feststeht, dass das durch den Planfeststellungsbeschluss festgestellte Vorhaben verwirklicht werden darf. Die Klage auf Aufhebung des Planfeststellungsbeschlusses wird dementsprechend als unbegründet abgelehnt; anders als beim ergänzenden Verfahren bedarf es keiner Feststellung der Rechtswidrigkeit und Nichtvollziehbarkeit des Planfeststellungsbeschlusses. Der Planfeststellungsbeschluss ist damit unanfechtbar und sofort vollziehbar. Der Anspruch auf Planergänzung ist mit der Verpflichtungsklage geltend zu machen; in der Praxis ergeht meist ein Bescheidungs Urteil.

Dieser Ansatz, dem die planungsrechtliche Unterscheidung von Abwägungsergebnis und Abwägungsvorgang zugrunde liegt, lässt sich nicht auf das Immissionsschutzrecht übertragen, das anders als das Planfeststellungsrecht strukturiert ist. Die Genehmigungsergänzung widerspricht dem Grundkonzept der immissionsschutzrechtlichen und Baugenehmigung; danach setzen eine Vorhabenzulassung und die damit verbundene Gestattung, das Vorhaben errichten und betreiben zu dürfen, grundsätzlich voraus, dass alle öffentlich-rechtlichen Vorschriften eingehalten sind. Insbesondere der planfeststellungsrechtliche Hauptanwendungsfall unzureichenden Lärmschutzes wird sich nicht über eine Entscheidungsergänzung bewältigen lassen. Im Immissionsschutzrecht ist die Einhaltung der Lärmrichtwerte Genehmigungsvoraussetzung und integraler Bestandteil der Genehmigung. Werden die Lärmrichtwerte voraussichtlich überschritten, kann in aller Regel nicht festgestellt werden, dass das Vorhaben auf jeden Fall verwirklicht werden darf. Eine zu erwartende Überschreitung von Lärmrichtwerten wird sich grundsätzlich nicht mit einer bloßen Entscheidungsergänzung „heilen“ lassen. Das immissionsschutzrechtliche Vorhaben unterscheidet sich von der gemeinnützigen Planfeststellung dadurch, dass bei Lärmschutzproblemen passive Lärmschutzmaßnahmen oder die Möglichkeit einer Enteignung ausscheiden. Passiver Schallschutz ist nach dem Schutzmodell des Bundes-Immissionsschutzgesetzes und der TA Lärm nicht ausreichend, um schädliche Umwelteinwirkungen zu vermeiden. Er ist nur in den gesetzlich ausdrücklich vorgesehenen Fällen – etwa für Verkehrsanlagen in der 16. und 24. BImSchV – vorgesehen, damit ein Vorhaben, das dem Gemeinwohl dient, nicht wegen von ihm ausgehender schädlicher Umwelteinwirkungen scheitern muss.<sup>8</sup>

Inwieweit ein immissionsschutzrechtliches Vorhaben angepasst oder verändert werden muss oder inwieweit sonstige Maßnahmen getroffen werden können, um die Einhaltung der Lärmrichtwerte zu gewährleisten, ist nicht von vornherein ohne Einfluss auf die Genehmigung und die damit verbundene Betriebsgestattung. Je nach Fallkonstellation kann allerdings ein ergänzendes Verfahren in Betracht kommen, wenn die Lärmproblematik nur einen Teilaspekt darstellt und die konkrete Möglichkeit besteht, sie zu bewältigen.

Die Entscheidungsergänzung scheidet damit bei immissionsschutzrechtlichen oder Baugenehmigungen grundsätzlich aus.

## **VI. Fehlerbehebung durch ergänzendes Verfahren**

§§ 4 I b 1, 7 V 1 UmwRG sehen ferner vor, dass ein Anspruch auf Aufhebung der Genehmigung ausscheidet, wenn ein Verfahrens- oder materieller Fehler im ergänzenden Verfahren behoben werden kann. Das Genehmigungsverfahren muss dann nicht in vollem Umfang wiederholt werden. Viel-

mehr nimmt die Genehmigungsbehörde das Genehmigungsverfahren wieder auf und führt es insoweit erneut durch, als es fehlerbehaftet ist. Im Falle des ergänzenden Verfahrens wird die angegriffene Genehmigung zwar nicht aufgehoben, aber für rechtswidrig und nicht vollziehbar erklärt. Die Genehmigung ist schwebend unwirksam, bis der Fehler im ergänzenden Verfahren geheilt wird. Als Ergebnis des ergänzenden Verfahrens ist denkbar, dass die Genehmigung unangetastet bleibt; sie kann aber auch zB mit Nebenbestimmungen oder Inhaltsbestimmungen versehen werden. Möglich ist auch, dass die Fehlerheilung nicht gelingt mit der Folge, dass die Genehmigung auf Dauer nicht vollziehbar ist.

## **1. Voraussetzungen für ein ergänzendes Verfahren**

### **a) Lediglich begrenzter Fehler**

Ein ergänzendes Verfahren kommt nur dann in Betracht, wenn der Verstoß nicht von solcher Art und Schwere ist, dass er das Vorhaben in der geplanten Form als Ganzes von vornherein infrage stellt. Das ergänzende Verfahren bietet keine Handhabe dafür, das Vorhaben in seinen Grundzügen oder in wesentlichen Teilen zu modifizieren. Die Identität des genehmigten Vorhabens darf nicht angetastet werden. Eine Fehlerbehebung im ergänzenden Verfahren scheidet somit aus, wenn der Mangel einen „zentralen Punkt“ betrifft, der sich nicht bereinigen lässt, ohne dass ein gänzlich neues Zulassungsverfahren durchgeführt wird.<sup>9</sup> Wesentliche Merkmale der Identität eines Bauvorhabens können etwa Lage, Bauvolumen, Höhe, Dachneigung, Kubatur oder Fensterfronten sein. Bei immissionsschutzrechtlichen Anlagen gehören auch Anlagentyp oder technische Ausstattungen zu den Identitätsmerkmalen des Vorhabens.

Im Planfeststellungsrecht hat das *BVerwG* bisweilen seine eigenen Grundsätze nicht hinreichend ernst genommen und selbst gravierende Fehler, die die gesamte Planfeststellung infizierten, in das ergänzende Verfahren verwiesen.<sup>10</sup> Diese „Ausreizung“ und bisweilen auch „Überreizung“ der Grundsätze der Planerhaltung ist ersichtlich der besonderen Bedeutung gemeinnütziger Verkehrsinfrastrukturvorhaben geschuldet, für deren Verwirklichung ein hohes Allgemeininteresse streitet. Es besteht jedoch kein Anlass, bei gebundenen Entscheidungen im Immissionsschutz- oder Baurecht ähnlich „großzügig“ zugunsten privater Vorhabenträger zu verfahren. Orientierungsmaßstab muss vielmehr die Zielsetzung des Gesetzgebers sein, aus Gründen der Verhältnismäßigkeit wegen geringfügiger, begrenzter, überschaubarer Fehler keine wesentlich umfassendere, ansonsten rechtmäßige Genehmigung aufzuheben. Je komplexer und vielschichtiger eine Genehmigung ist, umso geringer kann die Bedeutung eines bestimmten Fehlers für das Ganze sein.

### **b) Konkrete Möglichkeit der Fehlerbehebung**

Eine Aufhebung der angefochtenen Genehmigung ist nur dann ausgeschlossen, wenn die konkrete Möglichkeit der Fehlerbehebung in einem ergänzenden Verfahren besteht. Die Fehlerbehebung darf jedenfalls nicht von vornherein als ausgeschlossen erscheinen. Vielmehr muss die hinreichende Wahrscheinlichkeit einer Heilung bestehen, ohne dass jedoch das Verwaltungsgericht verpflichtet wäre, das voraussichtliche Ergebnis des ergänzenden Verfahrens zu antizipieren. Das Gericht muss

sich nicht vergewissern, dass die Genehmigung voraussichtlich geheilt werden wird.<sup>11</sup> Aber es kann von einem Ausspruch, die Genehmigung lediglich für rechtswidrig und nicht vollziehbar zu erklären, absehen, wenn eine Heilung wenig wahrscheinlich ist.

Es muss sich ferner die konkrete Möglichkeit abzeichnen, dass sich der Mangel in absehbarer Zeit beseitigen lässt. Wenn im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung feststeht, dass eine Beseitigung des Mangels aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen auf unabsehbare Zeit nicht in Betracht kommt, steht dem Vorhaben ein unüberwindliches Hindernis entgegen, das der Fehlerbehebung in einem ergänzenden Verfahren keinen Raum mehr lässt. Ob eine Behebung des festgestellten Fehlers fernliegt oder gar als ausgeschlossen erscheint, hängt von den jeweiligen Gegebenheiten des konkreten Streitfalles ab.<sup>12</sup>

Die eher vage Chance einer Heilung reicht danach nicht aus. Bei einer lediglich geringen Wahrscheinlichkeit für eine Fehlerheilung müsste das Verwaltungsgericht eine arbeitsintensive umfassende Rechtmäßigkeitsprüfung vornehmen, die mit überwiegender Wahrscheinlichkeit überflüssig wäre. Das liefe im Ergebnis auf eine rein vorsorgliche, überwiegend unnötige Gutachtertätigkeit des Gerichts hinaus. Die Vorschriften der §§ 4 I a und 7 V UmwRG haben zwar einerseits die Ressourcenschonung beim Vorhabenträger sowie eine Verfahrensbeschleunigung zum Ziel; dieses Ziel muss aber andererseits mit der notwendigen Ressourcenschonung bei den Gerichten und einer damit einhergehenden Verfahrensbeschleunigung in Einklang stehen.

Ob danach ein ergänzendes Verfahren auf der Grundlage der vorgenannten Leitlinien in Betracht kommt oder ausscheidet, beurteilt sich jeweils nach den konkreten Umständen des Einzelfalles.<sup>13</sup>

### c) Einzelfälle

Die Möglichkeit einer Fehlerbehebung im ergänzenden Verfahren wird nicht wenige Fragen bei der Anwendung im Einzelfall aufwerfen. Die schwierigsten dürften sich im Zusammenhang mit der nachträglichen Heilung von Verfahrensfehlern stellen. Auch wenn hierauf nicht im Einzelnen eingegangen werden kann, soll zumindest eine der problematischsten Fallkonstellationen, die rechtswidrig unterbliebene UVP, näher betrachtet werden.

Mit Blick auf das Unionsrecht ist nicht ohne Weiteres klar, ob eine notwendige, aber nicht durchgeführte UVP in einem ergänzenden Verfahren nachgeholt werden kann. Nach Art. 2 I UVP-RL haben die Mitgliedstaaten zu gewährleisten, dass Projekte, bei denen mit erheblichen Auswirkungen auf die Umwelt zu rechnen ist, „vor Erteilung der Genehmigung“ einer UVP zu unterziehen sind. Prüfungen, die das Versäumnis korrigieren und erst nach der Zulassungsentscheidung erfolgen, stehen einer Prüfung vor Zulassung des Projekts nicht gleich.<sup>14</sup> Das schließt eine Behebung des Mangels in einem nach Abschluss des Rechtsstreits stattfindenden ergänzenden Verfahren allerdings nicht aus, wenn dadurch nicht die Möglichkeit eröffnet wird, das Unionsrecht zu umgehen oder nicht anzuwenden, und wenn die nachträgliche Legalisierung die Ausnahme bleibt.<sup>15</sup> Bereits in seinem

Seibert: Die Fehlerbehebung durch ergänzendes Verfahren  
nach dem UmwRG(NVwZ 2018, 97)

101

Wells-Urteil hatte der *EuGH*<sup>16</sup> ausgeführt, dass der Fehler einer unterbliebenen UVP nicht nur durch Aufhebung, sondern auch durch Aussetzung der bereits erteilten Genehmigung und

Nachholung der UVP geheilt werden könne. Die gerichtliche Feststellung der Rechtswidrigkeit und Nichtvollziehbarkeit der Genehmigung stellt in diesem Sinne sicher, dass die Zulassungsentscheidung nicht ausgeführt werden darf, bevor die unterbliebene UVP nachgeholt und die in ihrem Rahmen getroffenen Feststellungen und Bewertungen der Umweltauswirkungen des Vorhabens in einer erneuten Zulassungsentscheidung gewürdigt worden sind.<sup>17</sup> Zweifelhaft ist aber, ob diese Art der nachträglichen Fehlerbehebung aufgrund der Verpflichtung in § 4 I b 1 UmwRG die Ausnahme darstellt, wenn eine unterbliebene UVP regelmäßig in einem ergänzenden Verfahren nachgeholt werden kann. Die großzügige Praxis des *BVerwG* im Planfeststellungsrecht, die fehlende UVP im ergänzenden Verfahren nachholen zu lassen, begegnet daher Bedenken.<sup>18</sup> Allein der Hinweis des Bundesverwaltungsgerichts, dass die Vorschriften des UVPG gewährleisten, dass im Regelfall frühzeitig vor der Zulassungsentscheidung die UVP-Pflichtigkeit eines Vorhabens ermittelt und dementsprechend dessen Umweltverträglichkeit rechtzeitig geprüft werde,<sup>19</sup> dürfte den *EuGH* nicht zufriedenstellen. Irland ist mit einer vergleichbaren Argumentation vor dem *EuGH* gescheitert.<sup>20</sup> Die Bedenken können aber durch eine entsprechend zurückhaltende Anwendung der oben dargestellten Voraussetzungen für ein ergänzendes Verfahren entkräftet werden. Eine fehlerhaft unterbliebene UVP sollte in einem ergänzenden Verfahren nur dann nachgeholt werden können, wenn die Unterlassung im konkreten Einzelfall lediglich einen begrenzten Einfluss auf die Genehmigung und deren Rechtmäßigkeit hatte. Damit wird auch dem Effektivitätsgrundsatz im Hinblick auf mögliche Konsequenzen für die Genehmigung Rechnung getragen. Denn zum Zeitpunkt der Nachholung der UVP müssen alle Optionen noch offen sein, und die Heilung muss in diesem Verfahrensstadium noch eine im Hinblick auf den Ausgang des Entscheidungsverfahrens effektive Öffentlichkeitsbeteiligung ermöglichen.<sup>21</sup>

Nicht ausgeschlossen ist eine Nachbesserung der UVP bei konkreten weniger schweren Ermittlungsfehlern (zB im Zusammenhang mit Windenergieanlagen: zu kleiner Untersuchungsraum im Hinblick auf eine bestimmte Vogelart oder Nichtberücksichtigung kumulativer Wirkungen mit anderen Anlagen). Ebenso bestehen keine grundsätzlichen Bedenken, eine UVP-Vorprüfung im ergänzenden Verfahren entweder insgesamt nachzuholen oder wegen Mängeln nachzubessern. Insoweit kommt es jeweils auf die Umstände des Einzelfalls an.

Auch bei Verstößen gegen zwingendes materielles Recht kann im Einzelfall eine Behebung im ergänzenden Verfahren in Betracht kommen. Entscheidend ist, ob der Verstoß begrenzter Natur ist und eine Heilung möglich erscheint. So ist zB bei einer Überschreitung der nächtlichen Lärmrichtwerte durch eine Windenergieanlage ein leistungsreduzierter Betrieb in der Nachtzeit denkbar. Bei artenschutzrechtlichen Verstößen könnte gegebenenfalls eine Abschaltung der Windenergieanlage zu bestimmten Zeiten, etwa während der Aufzuchtzeit von Jungvögeln oder zu bestimmten Flugzeiten von Fledermäusen, Abhilfe schaffen. Den Gefahren durch Schatten- oder Eiswurf einer Windenergieanlage kann durch eine Abschaltautomatik begegnet werden.

Bei einem Bauvorhaben kann auch lediglich ein untergeordneter abtrennbarer Teil von einem Fehler betroffen sein, ohne dass die Identität des Vorhabens infrage gestellt wird. So könnte zB ein ergänzendes Verfahren in Betracht kommen, wenn bei einem beabsichtigten Lebensmittelmarkt ein Teil der Stellplätze planwidrig ist, aber gegebenenfalls verlegt werden könnte.<sup>22</sup>

## **2. Art und Gestaltung des ergänzenden Verfahrens**



Das „ergänzende Verfahren“ ist seinem Wortlaut nach ausschließlich auf das Genehmigungsverfahren der angegriffenen Genehmigung bezogen. Zur Fehlerheilung ist also ein das ursprüngliche immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren ergänzendes Verfahren durchzuführen. Das schließt nicht aus, dass im Rahmen des ergänzenden Verfahrens Fehler auch dadurch ausgeräumt werden, dass zugrunde liegende Verfahrenshandlungen oder Entscheidungen anderer Verwaltungsträger als der Genehmigungsbehörde nachgeholt, ergänzt oder verändert werden, um die Genehmigungsvoraussetzungen herbeizuführen. Die Anwendung der §§ 4 I b und 7 V UmwRG scheidet nicht daran, dass die Behebung von Genehmigungsmängeln im ergänzenden Verfahren von zusätzlichen Entscheidungen anderer Organe abhängt. In Betracht kommt zB der Erlass oder die (Teil-)Aufhebung einer Naturschutzverordnung (FFH-Gebiet) durch den Verordnungsgeber<sup>23</sup> oder die Änderung/Anpassung eines Bebauungsplans oder eines Flächennutzungsplans durch die Gemeinde, an den der Vorhabenträger gebunden war.<sup>24</sup> Da diese der Genehmigung zugrunde liegenden Entscheidungen anderer Verwaltungsträger kein ergänzendes Verfahren im Sinne der Heilungsvorschriften sind, bedarf es jeweils zusätzlich des ergänzenden immissionsschutzrechtlichen Verfahrens.

Weder § 4 I b 1 noch § 7 V 1 UmwRG treffen Aussagen zu Art und Gestaltung des ergänzenden Verfahrens. Bei dem ergänzenden Verfahren handelt es sich nicht um ein „Änderungsverfahren“ im engeren Sinne, sondern um ein spezielles, eigenständiges Verfahren zur Fehlerbehebung (Verfahren sui generis).<sup>25</sup> Das ursprüngliche Genehmigungsverfahren wird wieder aufgenommen und insoweit wiederholt, als es fehlerhaft war. Das ergänzende Verfahren ist also eine Art unselbstständiger Verfahrensteil des einheitlichen Genehmigungsverfahrens. Die nicht beanstandeten Teile des Genehmigungsverfahrens bleiben unberührt, jedenfalls soweit die teilweise Verfahrenswiederholung keine Auswirkungen auf sie hat und insoweit keine neuen Fragen aufwirft. Im ergänzenden Verfahren sind – je nach Fallkonstellation und konkretem Fehler – die davon Betroffenen (einschließlich der Umweltvereinigungen) erneut zu beteiligen. Am Ende des ergänzenden Verfahrens erlässt die Genehmigungsbehörde einen gesonderten Bescheid, der mit dem ursprünglichen Genehmigungsbescheid eine Einheit bildet. Je nach den Umständen des konkreten Einzelfalls kann der das ergänzende

Seibert: Die Fehlerbehebung durch ergänzendes Verfahren nach dem UmwRG(NVwZ 2018, 97)

102

Verfahren abschließende Bescheid den Genehmigungsbescheid unberührt lassen oder nachträgliche Neben- und Inhaltsbestimmungen oder sonstige Änderungen vorsehen.<sup>26</sup>

Anders als bei der Entscheidungsergänzung ist die Behörde nicht von Amts wegen verpflichtet, das ergänzende Verfahren durchzuführen. Diese Entscheidung liegt vielmehr allein beim Vorhabenträger.

### 3. Maßgebliche Sach- und Rechtslage im ergänzenden Verfahren

Nicht einfach zu beantworten ist die Frage, welche Sach- und Rechtslage bei der Fehlerheilung im ergänzenden Verfahren zugrunde zu legen ist.

Für das ergänzende Verfahren im Planfeststellungsrecht vertritt das *BVerwG* eine differenzierende Auffassung, die von Fall zu Fall angepasst wird. Danach soll der Zeitpunkt maßgeblich von der Zielrichtung des ergänzenden Verfahrens abhängen. Beschränkt es sich etwa darauf, bei einer

FFH-Verträglichkeitsprüfung einen punktuellen Fehler der früheren Entscheidung zu heilen, so bleibt der Zeitpunkt des (ersten) Planfeststellungsbeschlusses maßgeblich.<sup>27</sup> Gleiches soll für die Planergänzung (zB Entscheidung über Schutzauflagen) gelten, die eine im Übrigen nicht zu beanstandende Planung ergänze. Erforderlich sei ein einheitlicher Prognosehorizont für die planerische Abwägung des Gesamtvorhabens und die Prüfung ergänzender Schutzmaßnahmen, weil es sich um eine einheitliche planerische Abwägungsentscheidung handle. Wird hingegen die FFH-Verträglichkeitsprüfung in größerem Umfang nachgeholt bzw. auf eine neue Beurteilungsgrundlage gestellt, sollen die aktuellen tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse zugrunde zu legen sein. Dies legt im Übrigen auch das Unionsrecht nahe. Das Ziel des Verschlechterungsverbots würde sonst nur unvollständig erreicht.<sup>28</sup> Nach dieser Rechtsprechung scheint es die Behörde ein Stück weit selbst in der Hand zu haben, ob sie eine Neubewertung vornimmt oder nicht.

Ob und inwieweit diese Differenzierungen auf gebundene Entscheidungen wie die immissionsschutzrechtliche Genehmigung übertragen werden können, wird noch einer näheren Betrachtung bedürfen und von der Rechtsprechung entwickelt werden müssen. Einerseits würde eine „normale“ Genehmigungsänderung oder -ergänzung auf die aktuelle Sach- und Rechtslage im Entscheidungszeitpunkt abzustellen haben. Andererseits ist der auf Genehmigungserhaltung gerichteten Konzeption des ergänzenden Verfahrens nach §§ 4 I b, 7 V UmwRG Rechnung zu tragen. Prüfungsgegenstand ist das Vorhaben der ersten Genehmigungserteilung, mit der der das ergänzende Verfahren abschließende Bescheid eine Einheit bildet. Die im ergänzenden Verfahren vorzunehmende Prüfung darf deshalb grundsätzlich nicht dazu führen, den unbeanstandeten Teil des Genehmigungsbescheids wieder infrage zu stellen, weil sich aufgrund unterschiedlicher Prüfungszeitpunkte Probleme in der Sache ergeben. Ungeachtet dessen sind Änderungen der Sach- und Rechtslage seit der (ersten) Genehmigungserteilung jedenfalls zugunsten des Genehmigungsinhabers zu berücksichtigen.<sup>29</sup> Sofern sich das ergänzende Verfahren nicht auf die Heilung punktueller Fehler beschränkt, sind auch einer artenschutzrechtlichen Prüfung oder einer FFH-Verträglichkeitsprüfung die aktuellen Kenntnisse zugrunde zu legen.

#### **4. Angreifbarkeit der Entscheidung im ergänzenden Verfahren**

Der das ergänzende Verfahren abschließende Bescheid ist nur insoweit angreifbar, als er eigenständige Regelungen enthält, durch die ein Betroffener erstmals oder weitergehend als bisher betroffen wird. Er eröffnet nicht etwa die Möglichkeit, die vom Gericht im vorangegangenen Urteil umfassend geprüften und für rechtmäßig gehaltenen „Teile“ des Genehmigungsbescheids erneut oder erstmals anzufechten, soweit sie durch den Ergänzungsbescheid nicht verändert worden sind. Insoweit ist der ursprüngliche Genehmigungsbescheid gegenüber allen Betroffenen, die keinen Rechtsbehelf gegen den ursprünglichen Genehmigungsbescheid eingelegt haben, unanfechtbar geworden. Der Kläger des Ausgangsverfahrens kann gegen die Entscheidung im ergänzenden Verfahren geltend machen, dass die vom Gericht festgestellten Mängel nach wie vor nicht behoben seien, mit Blick auf die Rechtskraft des Ausgangsurteils jedoch nicht, dass der Genehmigungsbescheid über die Beanstandung des Gerichts hinaus an weiteren Fehlern leide. Soweit im ergänzenden Verfahren die Genehmigung geändert worden ist, kann der Kläger

außerdem rügen, dass er dadurch erstmals oder stärker als bisher berührt sei. Gleiches gilt für grundsätzlich rügefähige Umweltbelange.<sup>30</sup>

Die Unanfechtbarkeit im beschriebenen Umfang ist die konsequente Folge des gesetzlichen Zieles, bei eher unbedeutenden und begrenzten Fehlern, die behebbar sind, das Verfahren abzuschichten und die Genehmigung in dem Umfang zu erhalten, in dem sie rechtmäßig ist. Untrennbar hiermit verknüpft ist die kehrseitige Pflicht des Gerichts zur umfassenden Rechtmäßigkeitsprüfung (dazu nachfolgend unter VII. 1.).

## VII. Rechtsschutzfragen

### 1. Pflicht zur umfassenden Rechtmäßigkeitsprüfung

Hat bei einer Drittanfechtungsklage der Hauptantrag auf Aufhebung der Genehmigung Erfolg, so genügt es normalerweise, dass das Verwaltungsgericht sich auf die Prüfung und Feststellung des zur Aufhebung führenden Fehlers beschränkt. Es ist nicht gehalten, darüber hinaus die Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsakts im Übrigen zu prüfen. Kann der Fehler<sup>31</sup> allerdings durch Entscheidungsergänzung oder in einem ergänzenden Verfahren behoben werden, ist das Verwaltungsgericht verpflichtet, die angefochtene Genehmigung umfassend auf ihre Rechtmäßigkeit zu prüfen. Der Aufhebungsanspruch kann in beiden Fällen nur verneint werden, wenn die Genehmigung ansonsten rechtmäßig ist.

Dies hat auch Bedeutung für den Umfang der Rechtskraft. Wird auf die Anfechtungsklage die Genehmigung nicht aufgehoben, weil der Fehler im ergänzenden Verfahren oder durch Entscheidungsergänzung behoben werden kann, wird der Aufhebungsantrag abgewiesen. Im Umfang dieser Klageabweisung ist zugleich rechtskräftig festgestellt, dass die Genehmigung nicht an sonstigen Mängeln leidet. Der Kläger kann daher in einem späteren Verfahren, insbesondere in einem Klageverfahren gegen die Entscheidung im ergänzenden Verfahren, nicht geltend machen, dass dem Geneh-

Seibert: Die Fehlerbehebung durch ergänzendes Verfahren nach dem UmwRG(NVwZ 2018, 97)

103

migungsbescheid andere als die festgestellten Fehler anhaften.<sup>32</sup>

### 2. Klageanträge und Tenorierung

Nach dem oben Ausgeführten stehen die Aufhebung der Genehmigung, das ergänzende Verfahren und die Entscheidungsergänzung in einem Stufenverhältnis zueinander. Das am weitesten reichende Klageziel ist die Aufhebung der Genehmigung. Der (Feststellungs-)Antrag, die Genehmigung für rechtswidrig und nicht vollziehbar zu erklären (Fall des ergänzenden Verfahrens), ist demgegenüber subsidiär. Der Antrag auf Verpflichtung der Behörde, bestimmte ergänzende Maßnahmen anzuordnen (Fall der Entscheidungsergänzung), ist wiederum gegenüber den beiden anderen Anträgen nachrangig und deshalb äußerst hilfsweise zu stellen.<sup>33</sup> Das Verwaltungsgericht hat sachdienliche Klageanträge anzuregen und den Kläger auf dieses Stufenverhältnis hinzuweisen. Mangels gegenteiliger Willensäußerungen oder sonstiger Anhaltspunkte enthält der auf Aufhebung der Genehmigung gerichtete Klageantrag konkludent die beiden Hilfsanträge.

Wird der weitergehende Klageantrag auf Aufhebung der Genehmigung abgewiesen und wird zugleich festgestellt, dass die Genehmigung rechtswidrig und nicht vollziehbar ist, so ist im Tenor auszusprechen, dass die Klage im Übrigen (nämlich hinsichtlich des Aufhebungsantrags) abgewiesen wird.

### **3. Kostenentscheidung**

Ist der Hauptantrag auf Aufhebung der Genehmigung unbegründet, hat jedoch der Hilfsantrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit und Nichtvollziehbarkeit der Genehmigung Erfolg, sollten dem Kläger in der Regel unter Anwendung des § 155 I 3 VwGO keine Verfahrenskosten auferlegt werden. Auch wenn man im Hinblick auf die Antragsstufung von einem geringen Teilunterliegen des Klägers ausgehen könnte, obsiegt der Kläger letztlich in der Sache. Er hat die Genehmigung wegen deren Rechtswidrigkeit erfolgreich angegriffen und erreicht in jedem Fall, dass von der Genehmigung kein Gebrauch gemacht werden kann. Der Gesetzgeber will mit der Fehlerheilung im ergänzenden Verfahren nicht das Interesse des die Genehmigungsaufhebung beantragenden Klägers an der Verhinderung des Vorhabens umlenken oder umdeuten in etwas anderes, sondern lediglich die radikale Folge einer Kassation verhindern, wenn der Fehler in einem ergänzenden Verfahren behoben werden kann.<sup>34</sup> Es fällt damit grundsätzlich in den Risiko- und Verantwortungsbereich der Behörde und des Genehmigungsinhabers, für die Rechtswidrigkeit der Genehmigung auch unter Kostengesichtspunkten einzustehen. Dieses Ergebnis drängt sich erst recht auf, wenn die bei Urteilsfindung in Rechnung zu stellende Möglichkeit in den Blick genommen wird, dass das ergänzende Verfahren später gar nicht durchgeführt wird oder nicht zu einer Heilung führt.

Auch das *BVerwG* stellt insbesondere in neuerer Zeit in Entscheidungen, in denen der Planfeststellungsbeschluss nur für rechtswidrig und nicht vollziehbar erklärt wird, den Kläger von einer Kostentragung frei.<sup>35</sup> Diese überzeugende und interessengerechte Rechtsprechung entkräftet zugleich den Vorwurf einer Schmälerung des effektiven Rechtsschutzes.

### **4. Rechtsmittel**

Ist der Hauptantrag auf Aufhebung der Genehmigung zurückgewiesen worden, auf den Hilfsantrag die Genehmigung aber für rechtswidrig und nicht vollziehbar erklärt worden, kann der Kläger hiergegen Rechtsmittel einlegen, um eine Aufhebung der Genehmigung zu erreichen.

Hat das Verwaltungsgericht dem Hauptantrag auf Genehmigung zur Aufhebung stattgegeben, kann der Beklagte oder der beigeladene Genehmigungsinhaber gegen diese Entscheidung Rechtsmittel auch lediglich mit dem Ziel einlegen, dass die Genehmigung für rechtswidrig und nicht vollziehbar erklärt wird mit der Folge, dass der festgestellte Fehler in einem ergänzenden Verwaltungsverfahren behoben werden könnte.<sup>36</sup>

### **5. Einstweiliger Rechtsschutz**

Kommt im Hauptsacheverfahren zwar keine Aufhebung der Genehmigung in Betracht, aber die Feststellung, dass die Genehmigung rechtswidrig und nicht vollziehbar ist, weil sich mögliche Verfahrens- oder materielle Fehler im ergänzenden Verfahren beheben lassen, so ist in der Regel die sofortige Vollziehung des Genehmigungsbescheids gem. § 80 V VwGO auszusetzen. Die

Aussetzung der Vollziehung entspricht der Feststellung der Nichtvollziehbarkeit im Hauptsacheverfahren. Im Eilverfahren kann deshalb auf die Prüfung verzichtet werden, ob der Fehler im Hauptsacheverfahren zur Aufhebung der Genehmigung oder nur zur Feststellung der Rechtswidrigkeit und Nichtvollziehbarkeit führen würde.

Anders liegt es, wenn im Hauptsacheverfahren weder die Aufhebung der Genehmigung noch die Feststellung, dass sie rechtswidrig und nicht vollziehbar ist, in Betracht kommt, sondern nur eine Entscheidungsergänzung. In diesem Fall scheidet die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes gem. § 80 V VwGO nach Auffassung des *BVerwG* aus. Insoweit bestehe keine Gefahr einer Verkürzung des Rechtsschutzes. Durch den vorläufigen Vollzug der angegriffenen Entscheidung könnten vollendete Tatsachen nicht geschaffen werden, weil sie auch nachträglich um weitere (Lärmschutz-)Auflagen ergänzt werden könne.<sup>37</sup> Im Immissionsschutzrecht kommt allerdings grundsätzlich schon keine Entscheidungsergänzung in Betracht, so dass sich die Frage in aller Regel nicht stellen wird.

### VIII. Kritische Würdigung

#### 1. Beeinträchtigung des effektiven Rechtsschutzes?

Zum Teil ist bezweifelt worden, ob ein effektiver Rechtsschutz für Individualkläger noch gewährleistet ist, wenn der Klageerfolg (Aufhebung der Genehmigung) von der „Reparaturfreundlichkeit“ des Verwaltungsakts abhängt.<sup>38</sup> Solche Bedenken sind nicht begründet. Effektiver Rechtsschutz nach Art. 19 IV GG dient der gerichtlichen Klagbarkeit von subjektiven Rechten und damit der Verhinderung und Unterbindung von Rechtsverletzungen. Ob dies dadurch erreicht wird, dass die Genehmigung aufgehoben wird, oder dadurch, dass sie für rechtswidrig und nicht vollziehbar erklärt

Seibert: Die Fehlerbehebung durch ergänzendes Verfahren nach dem UmwRG(NVwZ 2018, 97)

104

wird, ist aus Sicht der subjektiven Rechtsposition im Ergebnis grundsätzlich gleichwertig. In beiden Fällen ist der Kläger vor Beeinträchtigungen seiner subjektiven Rechtsposition geschützt. Auch bei der Kostenentscheidung sollten sich keine Unterschiede ergeben.<sup>39</sup>

Allerdings geht es den Klägern bei vielen Drittanfechtungsklagen gegen immissionsschutzrechtliche Vorhaben darum, das Vorhaben mit einer Aufhebung der Genehmigung insgesamt zu Fall zu bringen. Für Umweltorganisationen kommt hinzu, dass eine Aufhebung der Genehmigung medienwirksamer ist als eine bloße Rechtswidrigkeitsfeststellung mit einem anschließenden ergänzenden Verfahren, und zwar auch dann, wenn bei einer Aufhebung der Genehmigung absehbar ist, dass es zu einem zweiten Anlauf beim Genehmigungsverfahren kommen wird. Die Verbände können damit besser dokumentieren, dass ihre Aktivitäten von Erfolg gekrönt sind.<sup>40</sup> Dieses Klageinteresse ist durchaus nachvollziehbar, aber rechtlich nicht geschützt, ungeachtet der Frage, ob und inwieweit Umweltverbände sich auf Art. 19 IV GG berufen können. Geschützt ist das Klageziel, dass eine rechtswidrige Genehmigung so lange ihre Wirkung nicht entfalten darf, wie der Fehler nicht behoben und die Rechtmäßigkeit der Genehmigung sichergestellt ist. Insoweit übernimmt das Gericht auch weder die Funktion eines Reparaturbetriebs für die Verwaltung noch wird es mitgestaltend im Genehmigungsverfahren tätig. „Reparieren“ muss die Verwaltung selbst,

das Gericht beschränkt sich auf die Fehlerfeststellung. Dies gilt auch für obiter dicta oder Hinweise des Gerichts, wie in einem möglichen zweiten Genehmigungsverfahren (nach Aufhebung) oder in einem ergänzenden Verfahren (nach Rechtswidrigkeitserklärung) rechtmäßig zu verfahren ist; derartige Hinweise sollen die gerügten Fehler lediglich konkretisieren und verdeutlichen.<sup>41</sup>

## **2. Prüfungsaufwand**

Die Pflicht zur umfassenden Rechtmäßigkeitsprüfung (s. o. unter VII. 1.) wird den Arbeitsaufwand der Verwaltungsgerichte spürbar erhöhen. In der Mehrzahl der Fälle wird der Zeitaufwand für die Bearbeitung der Verfahren steigen. Wo das Verwaltungsgericht allerdings auch bisher schon trotz Genehmigungsaufhebung eine umfassende Prüfung vorgenommen hat, um den Beteiligten (Teil-)Sicherheiten für eine absehbare Wiederholung des Genehmigungsverfahrens zu geben, können die neuen Vorschriften auch zur Ressourcenschonung auf Seiten des Gerichts beitragen. Der unbeanstandete Teil der Genehmigung kann dann im „zweiten Anlauf“ nicht wieder erneut infrage gestellt werden. Zugleich kann und muss der Kläger, will er nicht später ausgeschlossen sein, die unbeanstandeten Genehmigungsteile mit Rechtsmitteln angreifen, so dass früher (rechtskräftig) Klarheit über diese Teile besteht.

Anders als bei gemeinnützigen Infrastrukturvorhaben im Planfeststellungsrecht besteht im Immissionsschutzrecht nicht die vergleichbare sichere faktische Aussicht, dass das Vorhaben verwirklicht werden wird. Die beim Vorhabenträger liegende Entscheidung über die Durchführung des ergänzenden Verfahrens hängt unter anderem von ökonomischen Erwägungen ab. So kann zB die Einschränkung von Betriebszeiten zu einem nicht mehr ausreichend rentablen Betrieb führen. Unter dem Gesichtspunkt der Ressourcenschonung bei den Gerichten wird deshalb im Immissionsschutzrecht die konkrete Möglichkeit einer Fehlerbehebung tendenziell genauer geprüft werden müssen als im Planfeststellungsrecht, um umfangreiche überflüssige Prüfungen zu vermeiden.

## **3. Höhere Risikobereitschaft der Verwaltung?**

Die neuen Fehlerheilungsvorschriften könnten dazu führen, dass die Verwaltung möglicherweise weniger sorgfältig arbeitet und risikobereiter wird, weil die „Fallhöhe“ bei einer Fehlerfeststellung durch das Gericht deutlich geringer geworden ist. Sie könnte häufiger auf eine nachträgliche Fehlerbehebung im ergänzenden Verfahren setzen, sei es, weil sie Einwendungen der Betroffenen nur insoweit nachgehen will, als sie das Gericht für berechtigt hält, sei es, weil die Folgen einer solchen „Teilbeanstandung“ weniger gravierend und überschaubarer geworden sind. Dadurch wird vor allem auch die präventive Wirkung aufgrund der sonst drohenden Gefahr einer Genehmigungsaufhebung abgeschwächt. Andererseits dürfte sich in der Praxis meist wenig verlässlich voraussehen lassen, ob der Fehler zu einer Genehmigungsaufhebung oder (nur) zu einem ergänzenden Verfahren führen wird.

## **4. Bilanz**

Eine Gesamtwürdigung der §§ 4 I b 1 und 7 V 1 UmwRG ergibt ein ambivalentes Bild. Bei sachgerechter, zurückhaltender Bejahung einer Fehlerheilungsmöglichkeit im ergänzenden Verfahren kann eine sinnvolle Ressourcenschonung und Beschleunigung erreicht werden. Die

neuen Fehlerheilungsvorschriften werfen allerdings viele unnötige Auslegungsfragen und zum Teil auf Dauer angelegte schwierige Anwendungsprobleme auf.

Es ist bedauerlich, dass der Gesetzgeber nicht zumindest für bestimmte Hauptanwendungsbereiche (zB immissionsschutzrechtliche Genehmigungen, Baugenehmigungen) klare und unkomplizierte Anwendungsvorschriften im jeweiligen Fachrecht bzw. als allgemeine Regelung im Prozessrecht geschaffen hat; die Unübersichtlichkeit für den Rechtsanwender ist kaum zu überbieten. Man fragt sich bereits, warum es für Verfahrens- und materiell-rechtliche Fehler zwei verschiedene Vorschriften an unterschiedlichen Stellen geben muss. Der Verweis auf § 1 I UmwRG ist unnötig kompliziert; es hätte genügt, die Anwendung schlicht auf Zulassungen mit Umweltbezug zu erstrecken, statt auf insgesamt fünf Nummern des § 1 I UmwRG zu verweisen. Schwer nachvollziehbar ist ferner, warum eine Fehlerheilung im ergänzenden Verfahren nur bei Zulassungen, die einen Umweltbezug haben, in Betracht kommen soll. Das Ziel einer Genehmigungserhaltung ist kein Spezifikum umweltbezogener Entscheidungen.

Das Instrument der Genehmigungsergänzung ist verzichtbar. Es ist grundsätzlich nicht kompatibel mit gebundenen Genehmigungen für private Vorhaben. Denn solange nicht feststeht, dass eine Vorhabenzulassung alle (drittschützenden) öffentlich-rechtlichen Vorschriften einhält, darf grundsätzlich nicht zulasten Dritter von ihr Gebrauch gemacht werden; deshalb scheidet eine Genehmigungsergänzung schon aus materiell-rechtlichen Gründen aus. Diese Regelungsalternative hat allenfalls einen marginalen Anwendungsbereich und verursacht unnötigen Prüfungsaufwand. Die potenziell von ihr erfassten Fälle können problemlos im ergänzenden Verfahren bewältigt werden. Dies eröffnet einerseits die Möglichkeit für flexiblere Lösungen und vermeidet anderer-

Seibert: Die Fehlerbehebung durch ergänzendes Verfahren  
nach dem UmwRG(NVwZ 2018, 97)

105

seits, dass sich der Inhaber einer rechtswidrigen Genehmigung einen zeitlichen Vorteil verschafft.

Die Gerichtspraxis sollte die Zielvorstellung des Gesetzgebers im Auge behalten und eine Fehlerheilung im ergänzenden Verfahren nur für solche Fälle vorsehen, in denen die Rechtmäßigkeit der Entscheidung unproblematisch herbeigeführt werden kann und die Durchführung eines neuen kompletten Genehmigungsverfahrens unverhältnismäßig wäre. Dies setzt eine Begrenzung auf überschaubare, weniger schwere Fehler voraus, die im Verhältnis zum gesamten Prüfprogramm der Genehmigung von eher untergeordneter Bedeutung sind. Nur dann lässt sich auch der angestrebte Beschleunigungseffekt erzielen, ohne an anderer Stelle bei den Gerichten übermäßigen Prüfungsaufwand zu verursachen.

---

\* Der *Verf.* ist Vorsitzender des für das Umweltrecht zuständigen 8. *Senats* beim *OVG Münster* und Honorarprofessor an der Universität Bonn. Teile des Beitrags hat der *Verf.* als Impulsreferat auf der Tagung des Bundesumweltministeriums und des Bundesumweltamts „Die erneute Novelle des UmwRG in der Praxis“ am 30.11./1.12.2017 in Berlin vorgetragen.

<sup>1</sup> BT-Drs. 18/9526, 24, unter Verweis auf das Compliance Committee.

<sup>2</sup> BT-Drs. 18/9526, 12 und 42 ff.

<sup>3</sup> BT-Drs. 18/12146, 3 und 16.

<sup>4</sup> BT-Drs. 18 /9526, 44, und BT-Drs. 18/12146, 3.

- <sup>5</sup> *BVerwGE* 141, 282 = *NVwZ* 2012, 575 Rn. 34; *BVerwGE* 149, 31 = *NVwZ* 2014, 1008 Rn. 27.
- <sup>6</sup> Vgl. bereits *BVerwGE* 56, 110 = *NJW* 1979, 64 = *DVBl* 1978, 845; ferner *BVerwGE* 71, 150 = *NJW* 1985, 3034 = *DVBl* 1985, 896; *BVerwGE* 104, 123 = *NVwZ* 1998, 513 Rn. 127 ff.; *BVerwG*, *NVwZ* 2005, 940 Rn. 35.
- <sup>7</sup> Eine Planergänzung kann auch für den Fall einer notwendigen Kompensation eines Eingriffs in Natur und Landschaft (§ 15 II *BNatSchG*) in Betracht kommen, vgl. *BVerwGE* 121, 72 = *NVwZ* 2004, 1486 Rn. 139.
- <sup>8</sup> *OVG Münster*, *UPR* 2006, 80; *BVerwGE* 145, 145 = *NVwZ* 2013, 372 Rn. 24.
- <sup>9</sup> Vgl. für das Planfeststellungsrecht *BVerwGE* 100, 370 = *NVwZ* 1996, 1016; *BVerwG*, *Beschl. v. 18.8.2005 – 4 B 17/05*, *BeckRS* 2005, 29371 Rn. 9; *BVerwGE* 132, 123 = *NVwZ* 2009, 459 Rn. 75.
- <sup>10</sup> Vgl. zB *BVerwGE* 128, 1 = *NVwZ* 2007, 1054 (Westumfahrung Halle).
- <sup>11</sup> Vgl. für das Planfeststellungsrecht *BVerwGE* 100, 370 = *NVwZ* 1996, 1016.
- <sup>12</sup> Vgl. zu den vorstehenden Anforderungen *BVerwG*, *DVBl* 2004 648 = *BeckRS* 2004, 20750; *BT-Drs.* 18/9526, 45.
- <sup>13</sup> *BVerwG*, *DVBl* 2004, 648 = *BeckRS* 2004, 20750.
- <sup>14</sup> Vgl. *EuGH*, *NuR* 2008, 562 = *BeckRS* 2008, 70734 Rn. 49 – Kommission/Irland; *EuGH*, *NuR* 2012, 42 = *BeckRS* 2011, 81681 Rn. 83 und 93 – Kommission/Spanien.
- <sup>15</sup> *EuGH*, *NuR* 2008, 562 = *BeckRS* 2008, 70734 Rn. 57 – Kommission/Irland; ferner *EuGH*, *NVwZ* 2013, 347 Rn. 87 – Križan; *EuGH*, *NVwZ* 2017, 133 Rn. 36 f. – Stadt Wiener Neustadt; *EuGH*, *NVwZ* 2017, 1611 Rn. 38 f. – Comune di Corridonia.
- <sup>16</sup> *EuGH*, *NVwZ* 2004, 593 Rn. 64 f. – Wells; s. a. *EuGH*, *NuR* 2008, 562 = *BeckRS* 2008, 70734 Rn. 59 – Kommission/Irland.
- <sup>17</sup> Zutreffend *BVerwGE* 141, 282 = *NVwZ* 2012, 575 Rn. 36.
- <sup>18</sup> Die Nachholbarkeit der UVP im ergänzenden Verfahren wird z. B. bejaht von: *BVerwGE* 132, 123 = *NVwZ* 2009, 459 Rn. 78; *BVerwGE* 141, 282 = *NVwZ* 2012, 575 Rn. 36; *BVerwGE* 149, 31 = *NVwZ* 2014, 1008 Rn. 25 bis 28.
- <sup>19</sup> *BVerwGE* 141, 282 = *NVwZ* 2012, 575 Rn. 36.
- <sup>20</sup> *EuGH*, *NuR* 2008, 562 = *BeckRS* 2008, 70734 Rn. 54 f. und 61 – Kommission/Irland; der *EuGH* spricht sogar vom „Vorliegen außergewöhnlicher Umstände“, vgl. *NVwZ* 2017, 133 Rn. 37 – Stadt Wiener Neustadt, und *NVwZ* 2017, 1611 Rn. 39 – Comune di Corridonia.
- <sup>21</sup> *EuGH*, *NVwZ* 2013, 347 Rn. 90 – Križan; Schlussanträge *Kokott* im Verfahren C-196/16 und C-197/16, Rn. 37.
- <sup>22</sup> Vgl. *VGH Mannheim*, *NVwZ-RR* 2006, 768 Ls. = *NJOZ* 2006, 3806 = *BeckRS* 2006, 23811.
- <sup>23</sup> Vgl. *BVerwGE* 120, 276 = *NVwZ* 2004, 1114 Rn. 28 f.
- <sup>24</sup> Vgl. *BVerwGE* 138, 226 = *NVwZ* 2011, 680 Rn. 84.
- <sup>25</sup> Vgl. *BVerwGE* 102, 358 = *NVwZ* 1997, 905; *BT-Drs.* 18/9526, 45.
- <sup>26</sup> *BT-Drs.* 18/9526, 45.



<sup>27</sup> *BVerwG*, NVwZ 2016, 1631 Rn. 42.

<sup>28</sup> *EuGH*, NVwZ 2016, 595 Rn. 60; *BVerwG*, NVwZ 2016, 1631 Rn. 43.

<sup>29</sup> Vgl. *OVG Münster*, ZNER 2010, 514; *OVG Münster*, Urt. v. 18.5.2017 – 8 A 870/15, BeckRS 2017, 119551 Rn. 42 ff.

<sup>30</sup> Zum Vorstehenden vgl. *BVerwG*, UPR 2006, 37 = BeckRS 2005, 30324 Rn. 5 f.; *BVerwGE* 149, 31 = NVwZ 2014, 1008 Rn. 28; *BVerwG*, NVwZ 2016, 1631 Rn. 61.

<sup>31</sup> Gleiches gilt für mehrere Fehler, die heilbar erscheinen.

<sup>32</sup> Zum Umfang der Rechtskraft bei der Anfechtungsklage vgl. allgemein *Rennert* in *Eyermann*, VwGO, 14. Aufl. 2014, § 121 Rn. 25 ff.; s. im Übrigen oben unter VI. 4.

<sup>33</sup> Vgl. etwa *BVerwGE* 56, 110 = NJW 1979, 64 = DVBI 1978, 845; *BVerwGE* 121, 72 = NVwZ 2004, 1486 Rn. 139; *BVerwGE* 138, 226 = NVwZ 2011, 680 Rn. 22.

<sup>34</sup> Vgl. *BVerwGE* 100, 370 = NVwZ 1996, 1016.

<sup>35</sup> Vgl. zB *BVerwGE* 138, 226 = NVwZ 2011, 680; *BVerwGE* 149, 31 = NVwZ 2014, 1008; *BVerwGE* 156, 20 = DVBI 2016, 1465 (Weservertiefung); *BVerwG*, NVwZ 2017, Beil. Nr. 3, 101 (Elbvertiefung); aA *BVerwGE* 112, 140 = NVwZ 2001, 673 (Kläger trägt 1/9 der Kosten).

<sup>36</sup> *BVerwGE* 132, 123 = NVwZ 2009, 459 Rn. 73 ff.

<sup>37</sup> *BVerwG*, NVwZ 2005, 940 Rn. 35.

<sup>38</sup> Vgl. zB *Schlacke*, NVwZ 2017, 905 (912).

<sup>39</sup> Siehe dazu näher oben unter VII. 3.

<sup>40</sup> Vgl. *Zschiesche*, Öffentliche Anhörung im Ausschuss für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit am 26.9.2016, Protokoll Nr. 18/91, 19.

<sup>41</sup> Zu den Grenzen ausführlich *BVerwG*, Beschl. v. 10.10.2017 – 9 A 16/16, NVwZ 2018, 181 (in diesem Heft).