



NABU, c/o BirdLife Europe, c/o Hlve5, Cours Saint-Michel 30 B, 1040 Brussels

Europäische Kommission
Generaldirektion Umwelt
ENV E.3 / Enforcement
Via Email: ENV-E03@ec.europa.eu
cc Paul.Speigth@ec.europa.eu

Büro Brüssel

Dr. Raphael Weyland
Büroleiter

Tel. +32 (0) 487 457 191
Raphael.Weyland@NABU.de

Brüssel, 04.11.2022

EU-Kommissionsbeschwerde: Vorlagepflicht des BVerfG an den EuGH

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir sehen die durch ein aktuelles Urteil des BVerfG entstandene Rechtspraxis zur Vorlagepflicht des BVerfG an den EuGH in Deutschland als einen Verstoß gegen Art. 47 GRCh i.V.m. Art. 267 Abs. 3 AEUV.

Daher reichen wir hiermit die gemeinsam mit Rechtsanwalt Peter Kremer (zugleich Sprecher des NABU Bundesfachausschusses Umweltrecht) unter Berücksichtigung Ihres Formulars erstellte EU-Kommissionsbeschwerde ein. Diese wurde vorab im Frühjahr 2022 in ihren Grundzügen mit Kommissionsmitarbeiter Patrick Dietz besprochen und um verschiedene Anlagen erweitert, um Ihren Hinweisen Rechnung zu tragen und die Relevanz der mangelhaften Rechtspraxis in verschiedenen Umweltrechtsfeldern zu verdeutlichen.

Wir weisen vorsorglich schon hier darauf hin, dass die Angelegenheit schon von ihrer Natur her keinen Einzelfall betrifft, sondern überragende Bedeutung für ganz Deutschland und bezüglich der Anwendung des gesamten EU-Umweltrechts hat.

Wir bitten Sie, Ihre Rolle als Hüterin der Verträge auszuüben und Abhilfe zu schaffen durch entsprechende Schritte gegen Deutschland in Form eines Vertragsverletzungsverfahrens unter Wahrung Ihrer internen Fristen.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Raphael Weyland
Büroleiter Brüssel

NABU – Naturschutzbund Deutschland e.V.

Charitéstraße 3
10117 Berlin
Telefon +49 (0)30.28 49 84-0
Fax +49 (0)30.28 49 84-20 00
www.NABU.de

Geschäftskonto

Bank für Sozialwirtschaft
IBAN DE06 3702 0500 0008 0518 00
BIC BFSWDE33XXX
USt-IdNr. DE 155765809

Spendenkonto

Bank für Sozialwirtschaft
IBAN DE65 3702 0500 0008 0518 05
BIC BFSWDE33XXX

Der NABU ist ein staatlich anerkannter Naturschutzverband (nach § 63 BNatSchG) und Partner von Birdlife International. Spenden und Beiträge sind steuerlich absetzbar. Erbschaften und Vermächtnisse an den NABU sind steuerbefreit.

EU-Kommissionsbeschwerde: Vorlagepflicht des BVerfG an den EuGH

1. Identität und Kontaktdaten

	Beschwerdeführer/-in*	Ggf. Vertreter/-in:
Anrede Herr/Frau*	Herr	Herr
Vorname*	Raphael	Peter
Nachname*	Weyland	Kremer
Unternehmen/Organisation:	NABU	Rechtsanwalt
Anschrift*	Charitéstr. 3	Heinrich-Roller-Straße 19
Ort*	Berlin	Berlin
Postleitzahl*	10117	10405
Land*	Deutschland	Deutschland
Telefon	+32 487 457 191	+49 30 28876783
E-Mail	Raphael.Weyland@NABU.de	kremer@kremer-werner.de
Sprache*	Deutsch	Deutsch
Sollen wir den Schriftverkehr an Sie oder an Ihren Vertreter/Ihre Vertreterin schicken?*	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>

2. In welcher Weise wurde das Unionsrecht verletzt?*

	Behörde oder Stelle, über die Sie sich beschweren:
Name*	a) Bundesverfassungsgericht (BVerfG). b) Sodann in mangelnder gesetzgeberischer Korrektur: Bundesregierung, Bundesministerium der Justiz (BMJ), zuständig für Anpassung der entsprechenden Gerichtsordnung.
Anschrift	
Ort	
Postleitzahl	
EU-Mitgliedstaat*	
Telefon	
Mobiltelefon	
E-Mail	

2.1 Welche nationale(n) Maßnahme(n) verstößt/verstoßen Ihres Erachtens gegen das EU-Recht und warum?*

Die Bundesrepublik Deutschland verstößt mit den mangels entsprechender gesetzlicher Klarstellung durch die Rechtsprechungspraxis des BVerfG festgelegten Zugangsvoraussetzungen für die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Einhaltung von Art. 47 der Europäischen Grundrechtecharta (GRCh) gegen die Grundrechtecharta der EU.

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat seine letztinstanzliche Zuständigkeit für die Prüfung der Vereinbarkeit der fachgerichtlichen Auslegung unionsrechtlich determinierten Rechts mit der Grundrechtecharta festgestellt¹; die Hürden für eine Anrufung des BVerfG sind jedoch mit dem Grundsatz effektiven Rechtsschutzes² nicht zu vereinbaren.

Art. 267 Abs. 3 AEUV verpflichtet das letztinstanzliche nationale Gericht zur Vorlage an den EuGH, wenn es um eine Auslegungsfrage des Unionsrechts geht. Bisher war (in den meisten Fällen) das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) das letztinstanzliche und damit vorlegspflichtige Gericht.

Nunmehr hat sich das deutsche Bundesverfassungsgericht (BVerfG) als zuständiges Gericht im Sinne des Art. 267 Abs. 3 AEUV für die Prüfung der richtigen Anwendung der Unionsgrundrechte und ggf. für Vorlagen an den Gerichtshof erklärt.

Die Vorlagepflicht an den Gerichtshof aus Art. 267 Abs. 3 AEUV ist im Unionsgrundrecht des Art. 47 GRCh verankert. Damit entscheidet das BVerfG nun auch über die Frage, ob vorgelegt werden muss.

Dies führt dazu, dass im nationalen Gerichtssystem Deutschlands nicht mehr klar ist, welches Gericht das vorlegspflichtige Gericht im Sinne von Art. 267 Abs. 3 AEUV ist. Es kann somit zur Nichtvorlage wegen ungeklärter Kompetenz/Zuständigkeit kommen.

Ist das BVerfG das vorlegspflichtige Gericht, muss für (Unions-)Grundrechtsbetroffene die Möglichkeit bestehen, das BVerfG (zur Überprüfung der Nichtvorlageentscheidung) anzurufen, da andernfalls effektiver Rechtsschutz nicht gewährleistet wird. (Unions-)Grundrechtsbetroffene können das BVerfG aber nur mittels Verfassungsbeschwerde (gegen Entscheidungen der letztinstanzlichen Fachgerichte) anrufen. Ein Recht auf Annahme einer Verfassungsbeschwerde durch das BVerfG besteht nicht. Der Zugang zur Verfassungsbeschwerde hängt von in der Prozessordnung des BVerfG geregelten Annahmeveraussetzungen ab, die von den (Unions-)Grundrechtsbetroffenen nicht beeinflusst werden können. 98 % der Verfassungsbeschwerden werden vom BVerfG nicht zur Entscheidung angenommen. Damit besteht ein effektiver Zugang zur Überprüfung der Nichtvorlageentscheidung gerade nicht.

Die Kommission sieht das Vorabentscheidungsverfahren als zentralen Baustein des Gerichtszugangs in Umweltangelegenheiten an.³

Es handelt sich um nationale verfassungsgerichtliche Rechtsprechung mit Gesetzeskraft, die von der Bundesrepublik Deutschland so stehen gelassen wird, ohne das entsprechende Prozessrecht der VwGO bzw. des BVerfGG anzupassen.

2.2 Um welche EU-Rechtsvorschrift handelt es sich?

Art. 47 GRCh, teilweise i.V.m. Art. 267 AEUV.

¹ BVerfG, 6.11.2019, 1 BvR 276/17 („Vergessen II“), Rz. 74 f.

² EuGH, 13.3.2007, C-432/05, Rz. 37; ständige Rechtsprechung.

³ Siehe COM(2020) 643 final, 14.10.2020, Verbesserung des Zugangs zu Gerichten in Umweltangelegenheiten in der EU und ihren Mitgliedstaaten, Rz. 22 ff.

2.3 Beschreiben Sie das Problem unter Angabe von Fakten und Gründen für Ihre Beschwerde*:

Art. 47 GRCh verbürgt unter anderem ein europäisches Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz. Art. 267 Abs. 3 AEUV verpflichtet die letztinstanzlichen Gerichte, dem EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens vorzulegen, wenn es um die Auslegung der Verträge geht.⁴ Die Verletzung der Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV ist ein Verstoß gegen das Prozessgrundrecht⁵ des Art. 47 GRCh. Das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV fällt in den Anwendungsbereich des Art. 47 GRCh. Der EuGH verlangt die strikte Beachtung der Vorlagepflicht aus Art. 267 AEUV.⁶

Art. 47 GRCh ist als justizielles Recht in Kapitel VI der GRCh als Grundrecht enthalten.⁷ Das Vorabentscheidungsverfahren bzw. die Vorlagepflicht nach Art. 267 AEUV fällt demnach in den Anwendungsbereich des Art. 47 GRCh.⁸

Art. 47 Abs. 2 GRCh gewährt jeder Person ein Recht darauf, dass ihre Sache von einem Gericht in einem fairen Verfahren verhandelt wird. Zum fairen Verfahren gehört die Befassung der Rechtssache durch den gesetzlichen Richter. Auch wenn es eine dem Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG entsprechende Regelung auf europäischer Ebene nicht gibt, ergibt sich aus Art. 47 Abs. 2 Satz 1 GRCh und dem Grundsatz des fairen Verfahrens, dass die Beachtung des gesetzlichen Richters nach den Regelungen der Verträge zu denjenigen Grundrechten gehört, auf die sich die Unionsbürger berufen können.⁹

Das BVerfG stellt nun in der hier für diese Beschwerde maßgeblichen „Vergessen – II – Entscheidung“¹⁰ (erstmalig) fest, dass es die Vereinbarkeit der fachgerichtlichen Auslegung unionsrechtlich determinierten Rechts mit der Grundrechtecharta prüft. Darunter fällt auch die Anwendung der Vorlagepflicht durch das letztinstanzlich zuständige Fachgericht.¹¹

BVerfG, 6.11.2019, 1 BvR 276/17 („Vergessen II“), Rn. 74 f.

Nach dem Stand der Rechtsprechung kann das Bundesverfassungsgericht im Fall unionsgrundrechtlich begründeter Auslegungszweifel die Handhabung der Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV durch das letztinstanzliche Fachgericht weiter am zurückgenommenen Vertretbarkeitsmaßstab des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG messen (vgl. BVerfGE 147, 364 <380 ff. Rn. 40 ff.>). Liegt kein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG vor, **wird es zudem die Vereinbarkeit der fachgerichtlichen Auslegung unionsrechtlich determinierten Rechts mit der Grundrechtecharta prüfen** und wegen der Auslegung der Unionsgrundrechte gegebenenfalls selbst nach Art. 267 Abs. 3 AEUV dem Europäischen Gerichtshof vorlegen.

Der Zugang zu dieser Überprüfung durch das BVerfG verstößt jedoch gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens aus Art. 47 GRCh.

Dies ergibt sich aus Folgendem: Die Verletzung der Vorlagepflicht durch das letztinstanzliche Gericht kann in Deutschland eine Grundrechtsverletzung eines nationalen Grundrechts darstellen, nämlich dem Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1

⁴ Grundlegend EuGH – CILFIT, Urteil vom 6.10.1982, Rs 283/71.

⁵ EuGH, Urteil vom 22.12.2010, C-279/09, Rn. 30 ff.

⁶ EuGH, 11.9.2014, C-112/13, Rn. 45.

⁷ EuGH, Urteil vom 22.12.2010, C-279/09, Rn. 30 ff.

⁸ EuGH, Urteil vom 6.10.2021, C-561/19; Rn. 51; Jarass, GRCh, Kommentar, 3. Auflage, Art. 47 Rz. 27.

⁹ Jarass, GRCh, Kommentar, 3. Auflage, Art. 47 Rz. 27: Eine Nichtbeachtung der Vorlagepflicht verletzt das Grundrecht des Art. 47.

¹⁰ BVerfG, 6.11.2019, 1 BvR 276/17 („Vergessen II“), Rz. 74 f.

¹¹ Siehe zur Bedeutung der Vorlage als Instrument der Vereinheitlichung des EU-Rechts BERICHT DER KOMMISSION Kontrolle der Anwendung des EU-Rechts Jahresbericht 2016, COM/2017/370 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:52017DC0370>; außerdem Entschließung des Europäischen Parlaments vom 14. Juni 2018 zur Kontrolle der Anwendung des EU-Rechts im Jahr 2016, P8_TA-PROV(2018)0268, (2017/2273(INI)), Rz. 38 https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0268_DE.html.

Satz 2 Grundgesetz). Dies muss mittels Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden, da es gegen letztinstanzliche Entscheidungen ein anderes Rechtsmittel nicht gibt. Für die Geltendmachung einer Verletzung von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG bestehen jedoch im nationalen Recht Hürden, die nur in Ausnahmefällen überwunden werden können.¹² Neben einem strengen materiellen Prüfmaßstab des BVerfG¹³ bedarf die Verfassungsbeschwerde der Annahme durch das BVerfG nach § 93a BVerfGG.¹⁴

Für die Annahme muss die Verfassungsbeschwerde entweder grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung haben. Grundsätzliche Bedeutung liegt nur vor, wenn die Frage noch klärungsbedürftig, also nicht bereits entschieden ist.¹⁵ Die/der Grundrechtsbetroffene hat hierauf keinen Einfluss.

Alternativ muss der Verfassungsverstoß zur Durchsetzung von Grundrechten angezeigt sein. Bezüglich dieser Annahmenvoraussetzung wird dem BVerfG ein Entscheidungsspielraum zuerkannt, der einem freien Annahmerecht gleichzusetzen ist.¹⁶ Auch hierauf hat die/der Grundrechtsbetroffene keinen Einfluss.

In den Jahren 2016 bis 2020 gingen beim BVerfG 27.424 Verfassungsbeschwerden ein. Im gleichen Zeitraum wurden 26.827 Verfassungsbeschwerden nicht angenommen.¹⁷ Die Annahmequote beträgt also ca. 2 Prozent. Die Frage einer Annahme oder Nichtannahme richtet sich in den meisten Fällen nach den in § 93a BVerfGG geregelten Tatbeständen, also der Grundsatzannahme oder der Durchsetzungsannahme. Beschwerdeführer*innen haben auf das Vorliegen dieser Annahmenvoraussetzungen nahezu keinen Einfluss. Die Verfassungsbeschwerde ist demnach nicht geeignet, effektiven Rechtsschutz zu vermitteln.,

Das BVerfG nimmt also einerseits seine Zuständigkeit für die Prüfung der Vereinbarkeit der fachgerichtlichen Auslegung unionsrechtlich determinierten Rechts mit der Grundrechtecharta an und sieht sich selbst als potenziell vorlagepflichtig. Effektiver Rechtsschutz gegen derartige Nichtvorlageentscheidungen (als Verstoß gegen Art. 47 GRCh) kann aber nicht gewährt werden, weil die Zugangsvoraussetzungen nur in Ausnahmefällen überwindbar sind und die Grundrechtsbetroffenen auf den Zugang keinen Einfluss haben. Eine effektive Überprüfung der Anwendung des Art. 47 GRCh – insbesondere bei einer Verletzung der Vorlagepflicht – ist damit nicht gewährleistet.

Zwar muss die Vorlagepflicht nach Art. 267 AEUV vor dem Hintergrund des Art. 47 GRCh (und dem daraus folgenden Recht auf den gesetzlichen Richter) von den vorlagepflichtigen

¹² Siehe zum Befund, dass die Annahmenvoraussetzungen des § 93 a BVerfGG die Verfassungsbeschwerde auf ein objektives Verfassungs-Bearbeitungsverfahren reduzieren: Lechner/Zuck, BVerfGG, 8. A., Vorbemerkung vor §§ 93 a ff., Rz. 45.

¹³ 1a. Das BVerfG beanstandet die Auslegung und Anwendung von Normen, die die gerichtliche Zuständigkeitsverteilung regeln, nur dann, wenn sie bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz bestimmenden Gedanken **nicht mehr verständlich erscheinen und offensichtlich unhaltbar sind**. Durch die Gewährleistung des Art 101 Abs 1 S 2 GG wird das BVerfG nicht zu einem Kontrollorgan, das jeden einem Gericht unterlaufenen, die Zuständigkeit des Gerichts berührenden Verfahrensfehler korrigieren müsste (vgl. BVerfG, 28.01.2014, 2 BvR 1561/12, BVerfGE 135, 155 <231 Rn. 179>). (Rn. 39)
(BVerfG, Beschluss vom 19. Dezember 2017 – 2 BvR 424/17 –, BVerfGE 147, 364-389)

[Hervorhebung nicht im Original].

¹⁴ § 93a BVerfGG:

(1) Die Verfassungsbeschwerde bedarf der Annahme zur Entscheidung.

(2) Sie ist zur Entscheidung anzunehmen,

a) soweit ihr grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zukommt,

b) wenn es zur Durchsetzung der in § 90 Abs. 1 genannten Rechte angezeigt ist; dies kann auch der Fall sein, wenn dem Beschwerdeführer durch die Versagung der Entscheidung zur Sache ein besonders schwerer Nachteil entsteht.

¹⁵ Lechner/Zuck, BVerfGG, 8. A., § 93a, Rz. 10 f.; BVerfGE 96, 245/248.

¹⁶ Lechner/Zuck, BVerfGG, 8. A., § 93 a, Rz. 21.

¹⁷ Siehe https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2020/gb2020/A-IV-1.pdf?_blob=publicationFile&v=2.

letztinstanzlichen Gerichten selbst geprüft und entschieden werden muss. Die Vorlagegerichte sind ihrerseits an Art. 267 AEUV und Art. 47 GRCh gebunden.

Jedoch: Wenn in einem Mitgliedsstaat ein Gericht wie das deutsche BVerfG existiert, das auf nationaler Ebene die Auslegung der Unionsgrundrechte bzw. die Übereinstimmung fachgerichtlicher Urteile mit der Grundrechtecharta verbindlich für alle Gerichte prüft¹⁸ und entweder zu einer für alle Gerichte verbindlichen Feststellung kommt oder dem EuGH vorlegt, dann nimmt dieses Gericht die Funktion wahr, die sich aus der Vorlagepflicht ergibt:

EuGH, 15.9.2005, C-495/03, 38

Drittens fügt sich die durch Artikel 234 Absatz 3 EG eingeführte Vorlagepflicht in den Rahmen der Zusammenarbeit zwischen den innerstaatlichen Gerichten als den mit der Anwendung des Gemeinschaftsrechts betrauten Gerichten und dem Gerichtshof ein, durch die die ordnungsgemäße Anwendung und die einheitliche Auslegung des Gemeinschaftsrechts in allen Mitgliedstaaten sichergestellt werden sollen (vgl. u. a. Urteil Cilfit u. a., Randnr. 7, Urteil vom 4. November 1997 in der Rechtssache C-337/95, Parfums Christian Dior, Slg. 1997, I-6013, Randnr. 25, und Urteil Gomes Valente, Randnr. 17). Wie in Randnummer 29 des vorliegenden Urteils ausgeführt worden ist, soll sie insbesondere verhindern, dass sich in einem Mitgliedstaat eine nationale Rechtsprechung herausbildet, die mit den Normen des Gemeinschaftsrechts nicht im Einklang steht.

In der oben zitierten Passage der Entscheidung¹⁹ sieht es das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich als seine Aufgabe an, *die Vereinbarkeit der fachgerichtlichen Auslegung unionsrechtlich determinierten Rechts mit der Grundrechtecharta (zu) prüfen und wegen der Auslegung der Unionsgrundrechte gegebenenfalls selbst nach Art. 267 Abs. 3 AEUV dem Europäischen Gerichtshof vorlegen.*

Das BVerfG bezeichnet sich selbst in der Entscheidung bzgl. der richtigen Anwendung der Unionsgrundrechte²⁰ innerstaatlich als letztentscheidende Instanz:

68

3. Soweit das Bundesverfassungsgericht die Grundrechte der Grundrechtecharta als Prüfungsmaßstab anlegt, übt es seine Kontrolle in enger Kooperation mit dem Europäischen Gerichtshof aus.

69

a) Nach Art. 19 Abs. 1 UA 1 Satz 2 EUV, Art. 267 AEUV liegt die Zuständigkeit für die letztverbindliche Auslegung des Unionsrechts beim Europäischen Gerichtshof. Hierzu gehören auch die Auslegung der Grundrechte der Charta und die Entwicklung der aus ihnen abzuleitenden Grundsätze für deren Anwendung. Demgegenüber betrifft die Prüfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts die richtige Anwendung der Unionsgrundrechte. **Es ist insoweit innerstaatlich letztentscheidende Instanz im Sinne des Art. 267 Abs. 3 AEUV** und demnach gegebenenfalls vorlageverpflichtet (vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982, Cilfit, C-283/81, EU:C:1982:335, Rn. 21).

(BVerfG, Beschluss vom 06. November 2019 – 1 BvR 276/17 –, BVerfGE 152, 216-274, Rn. 68 - 69)

Die Pflicht zur Vorlage nach Art. 267 AEUV ist Teil der in Art. 47 GRCh verankerten Prozessgrundrechte. Vorlagepflichtig ist das letztinstanzliche nationale Gericht, im Falle der

¹⁸ Dies sieht auch das BVerfG selbst so:

(4) Die Erstreckung der verfassungsgerichtlichen Prüfung auf die Unionsgrundrechte ist auch nicht deshalb entbehrlich, weil bei der Anwendung des Unionsrechts schon die Fachgerichte den unionsrechtlichen Grundrechtsschutz zu gewährleisten haben. Denn eine wirksame Wahrnehmung der Aufgaben des Bundesverfassungsgerichts, wie vom Grundgesetz vorgesehen, erfordert, dass das Bundesverfassungsgericht auch den Fachgerichten gegenüber seine grundrechtsspezifische Kontrollfunktion wahrnehmen kann. (BVerfG, Beschluss vom 06. November 2019 – 1 BvR 276/17 –, BVerfGE 152, 216-274, Rn. 62).

¹⁹ BVerfG, 6.11.2019, 1 BvR 276/17 („Vergessen II“), Rn. 74.

²⁰ BVerfG, 6.11.2019, 1 BvR 276/17 („Vergessen II“), Rn. 68 f.

Verletzung von Unionsgrundrechten also das BVerfG, das sich diese Rolle selbst attestiert.²¹
Diesbezüglicher effektiver Rechtsschutz kann aber nur gewährleistet werden, wenn der Zugang zu dieser letztentscheidenden Instanz tatsächlich gegeben ist.

Im Übrigen ist der Rechtsverstoß auch nicht etwa dadurch geheilt, dass es möglicherweise noch ein zweites vorlagepflichtiges Gericht neben dem BVerfG gibt, wie das BVerfG selbst andeutet. Das BVerfG sieht es als möglich an, dass in einem Mitgliedsstaat zwei Gerichte gleichzeitig und nebeneinander als vorlagepflichtige Gerichte gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV anzusehen sind.

73

Wird an einer solchen Vorlagepflicht festgehalten, könnten zwei Gerichte nebeneinander und gleichzeitig als letztinstanzliches Gericht im Sinne des Art. 267 Abs. 3 AEUV anzusehen sein. Das liegt für das Nebeneinander von Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit allerdings nicht nahe (vgl. Verfassungsgerichtshof Österreich, Erkenntnis vom 14. März 2012, U 466/11 u.a., AT:VFGH:2012:U466.2011, sub. 5.7, der gegebenenfalls allein sich selbst als vorlagepflichtig ansieht; bestätigend EuGH, Urteil vom 11. September 2014, A, C-112/13, EU:C:2014:2195, Rn. 39 ff., 46). Indessen ist angesichts der Besonderheiten der Verfassungsbeschwerde als außerordentlicher Rechtsbehelf nicht ausgeschlossen, das letztinstanzliche Fachgericht auch für die Auslegung der Unionsgrundrechte innerstaatlich als grundsätzlich abschließende Instanz zu qualifizieren.

(BVerfG, Beschluss vom 06. November 2019 – 1 BvR 276/17 –, BVerfGE 152, 216-274, Rn. 73)

Ob und unter welchen Voraussetzungen dies möglich ist und in welchem Verhältnis dann die beiden vorlagepflichtigen Gerichte zueinander stehen, lässt das BVerfG offen. Möglicherweise leitet das BVerfG aus der Einordnung der Verfassungsbeschwerde als außerordentlicher Rechtsbehelf ab, dass dieser nicht zwingend gegeben sein muss, sondern eine Art freiwilliges zusätzliches Rechtsmittel darstellt. Dies ist aus mehreren Gründen mit der Maßgabe des Art. 267 Abs. 3 AEUV nicht zu vereinbaren. Das letztinstanzlich zuständige Fachgericht ist nicht das zur Vorlage verpflichtete Gericht gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV, wenn die Möglichkeit besteht, dass eine übergeordnete Instanz entscheidet. Die Frage, ob es sich beim letztinstanzlich zuständigen Gericht um ein Gericht im Sinne von Art. 267 Abs. 3 AEUV handelt, ließe sich also erst im Nachhinein beantworten, nämlich dann, wenn feststeht, ob sich das BVerfG mit der Anwendung der Unionsgrundrechte befasst. Im Hinblick auf die richtige Anwendung der Vorlagepflicht durch das letztinstanzlich zuständige Fachgericht ist immer das BVerfG das Gericht im Sinne von Art. 267 Abs. 3 AEUV, weil zu dieser Frage alleine das BVerfG als Rechtsbehelfsgericht existiert (die unrichtige Anwendung der Vorlagepflicht kann nicht mehr gegenüber dem letztinstanzlich zuständigen Fachgericht gerügt werden, weil die Instanz mit dem Urteil beendet ist). Diese Konstellation betrifft also die Frage der richtigen Anwendung eines Unionsgrundrechts (Art. 47 GRCh), für die das BVerfG zuständig ist und als einzige Instanz zur Verfügung steht.

Die Bundesrepublik Deutschland verstößt somit gegen das Prozessgrundrecht aus Art. 47 GRCh im Hinblick auf ein faires Verfahren, wenn einerseits die Zuständigkeit für die korrekte Anwendung der Unionsgrundrechte und damit auch die Vorlagepflicht aus Art. 267 Abs. 3 AEUV beim BVerfG liegt, andererseits ein effektiver Zugang zu einer Überprüfung der diesbezüglichen Entscheidung des BVerfG nicht besteht. Der nationale Gesetzgeber ist gehalten, die Zugangsvoraussetzungen für Entscheidungen des BVerfG im Hinblick auf die korrekte Anwendung der Unionsgrundrechte – mindestens aber für die korrekte Handhabung der Vorlagepflicht vor dem Hintergrund des Art. 47 GRCh – (in der VwGO oder dem BVerfGG) neu zu regeln, so dass effektiver Rechtsschutz gewährleistet

²¹ Die Feststellung des BVerfG, es sei bzgl. Der Anwendung der Unionsgrundrechte letztentscheidende Instanz, bindet gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden.

wird. Der nationale Gesetzgeber ist außerdem gehalten, klar zu regeln, in welchen Fällen welches Gericht letztinstanzlich zuständig und damit vorlagepflichtig ist.²²

2.4 Hat oder könnte das betreffende EU-Land im Zusammenhang mit dem Beschwerdegegenstand eine finanzielle Unterstützung der EU erhalten?

NEIN

2.5 Bezieht sich Ihre Beschwerde auf einen Verstoß gegen die EU-Charta der Grundrechte?

Die Kommission kann solche Fälle nur dann untersuchen, wenn der Verstoß auf die Umsetzung des Unionsrechts auf nationaler Ebene zurückzuführen ist.

Ja, bitte nachstehend erläutern

Siehe Erläuterung unter 2.1, 2.2 und 2.3 mit Bezügen zur EU-Charta der Grundrechte (unter anderem, auch unmittelbar gegen Art. 276 AEUV). Hieraus wird deutlich, dass der Verstoß gegen die EU-Charta der Grundrechte auf eine fehlerhafte Umsetzung des Unionsrechts auf nationaler Ebene zurückzuführen ist.

3. Frühere Schritte zur Lösung des Problems*

Haben Sie in dem betreffenden EU-Land bereits Schritte zur Lösung dieses Problems unternommen?*

Ja: es wurden verschiedene Vorlagefragen in einzelnen Klagverfahren vor verschiedenen Gerichten angestrengt, in denen das Problem dargelegt wurde, und anderweitige Entscheidung beantragt wurde (siehe die verschiedenen Fallbeispiele in den Anlagen).

Rechtsbehelfe im klassischen Sinne zur Änderung der Rechtsprechung des BVerfG und der hieraus entstehenden Rechtspraxis stehen nicht zur Verfügung, ebenso wenig wie Rechtsbehelfe, um die Gerichtsordnungen anzupassen.

Insofern wurde der nationale Rechtsweg ausgeschöpft.

6. Angaben zu Ihrer Person* (Ziffer 4 und 5 irrelevant)

Ermächtigen Sie die Kommission, bei ihren Kontakten mit den Behörden des Mitgliedstaates, gegen die Sie eine Beschwerde einlegen, Ihre Identität zu offenbaren?

Ja, die Kommission kann bei Kontakt mit dem BMJ oder dem BVerfG den Namen des Beschwerdeführers angeben soweit erforderlich bzw. der Sache dienlich.

²² Siehe auch Karpenstein/Kottmann, „Vom Gegen- zum Mitspieler – Das BVerfG und die Unionsgrundrechte“, EuZW 2020, 185 ff.; darin wird festgestellt, dass das BVerfG in der Vergessen – II – Entscheidung, Rz. 68 ff., ausdrücklich offenlässt, ob die Vorlagepflicht der letztinstanzlichen Fachgerichte für EU-Grundrechtsfragen entfällt.

Anlagen

Die folgenden Anlagen verdeutlichen zusätzlich, dass das aufgezeigte Problem nicht nur theoretischer Natur ist, sondern in verschiedenen Rechtsbereichen zur Klärung und Durchsetzung des EU-Umweltrechts Vorlagen an den EuGH durch den Beschwerdeführer oder nahestehende Umweltrechtler*innen beantragt wurden und/oder nötig gewesen wären, aber nicht erfolgten.

- a) Zunächst: Kriterien des EuGH zur Vorlagepflicht
- b) Fallbeispiel 1: Verstoß gegen die Vorlagepflicht: Artenschutzrechtliche Signifikanzrechtsprechung des BVerwG
- c) Fallbeispiel 2: Verstoß gegen die Vorlagepflicht: Rechtsprechung des BVerwG zum Maßstab für Bestandserfassung und Wahrscheinlichkeit im Artenschutzrecht
- d) Fallbeispiel 3: Verstoß gegen die Vorlagepflicht: Rechtsprechung des BVerwG zum Wahrscheinlichkeitsmaßstab im Wasserrecht
- e) Fallbeispiel 4: Verstoß gegen die Vorlagepflicht: Rechtsprechung des BVerwG zu einer an der Messbarkeit orientierten Irrelevanzschwelle des Schadstoffeintrags zur Bewertung des Verschlechterungsverbots aus der Wasserrahmenrichtlinie

a) Kriterien des EuGH zur Vorlagepflicht

Der Gerichtshof hält in einer aktuellen Entscheidung²³ daran fest, dass eine grundsätzliche Verpflichtung zur Vorlage besteht, wenn sich eine Frage nach der Auslegung des Unionsrechts stellt. Hiervon gibt es drei Ausnahmen. Das nationale Gericht muss nicht vorlegen,

„...wenn es festgestellt hat, dass die gestellte Frage nicht entscheidungserheblich ist, dass die Vorschrift des Unionsrechts bereits Gegenstand einer Auslegung durch den Gerichtshof war oder dass die richtige Auslegung des Unionsrechts derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt (...).“²⁴

Die größte praktische Relevanz hat die dritte Fallgruppe. Bereits aus der Formulierung („derart offenkundig“, „keinerlei Raum“) geht hervor, dass diese Fallgruppe nur in eindeutigen Fällen von der Vorlagepflicht befreit.

Der Gerichtshof verlangt außerdem von den vorlageverpflichteten nationalen Gerichten die Prüfung und Feststellung, *„dass auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und den Gerichtshof die gleiche Gewissheit“* besteht.²⁵ Diese zentrale Funktion der Vorlagepflicht betont der Gerichtshof auch in der bereits zitierten aktuellen Entscheidung: *„...die einheitliche Auslegung des Unionsrechts gewährleisten soll und damit die Sicherstellung seiner Kohärenz, seiner vollen Geltung und seiner Autonomie sowie letztlich des eigenen Charakters des durch die Verträge geschaffenen Rechts ermöglicht (...). Der durch Art. 267 AEUV festgelegte Vorabentscheidungsmechanismus soll nämlich sicherstellen, dass das Unionsrecht unter allen Umständen in allen Mitgliedstaaten die gleiche Wirkung hat und damit unterschiedliche Auslegungen des von den einzelstaatlichen Gerichten anzuwendenden Unionsrechts verhindern und die Anwendung dieses Rechts gewährleisten, (...).“*²⁶

Daraus folgt, dass sich ein letztinstanzliches Gericht bei der Prüfung der dritten Fallgruppe mit der Spruchpraxis in den anderen Mitgliedsländern auseinandersetzen muss und dies bei der Begründung einer Nichtvorlage auch dargestellt werden muss.²⁷

Eine Verletzung der Vorlagepflicht liegt also dann vor, wenn das letztinstanzliche vorlagepflichtige Gericht, in Deutschland im öffentlichen Recht in der Regel das BVerwG,

²³ EuGH, 6.10.2021, C-561/19.

²⁴ EuGH, 6.10.2021, C-561/19, Rn. 33

²⁵ EuGH, 15.9.2005, C-495/03, Rn 39, unter Verweis auf die Grundsatzentscheidung CLIFIT, 6.10.1982, 283/81.

²⁶ EuGH, 6.10.2021, C-561/19, Rn. 27 f.

²⁷ EuGH, 6.10.2021, C-561/19, Rn. 51.

eine Vorlage ablehnt mit dem Verweis darauf, dass die Unionsrechtskonformität einer nationalen Regelung oder ihrer Auslegung oder einer bestimmten Spruchpraxis derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel kein Raum bleibt, ohne dass geprüft wurde, wie dies die Gerichte in den anderen Mitgliedsländern handhaben.

b) Fallbeispiel 1: Verstoß gegen die Vorlagepflicht: Artenschutzrechtliche Signifikanzrechtsprechung des BVerwG

Das BVerwG kommt der Pflicht zur Vorlage im Anwendungsbereich des individuenbezogenen Artenschutzes nach Art. 12 und 16 FFH-RI 92/43 nicht nach.

Das BVerwG nimmt bereits seit dem Jahr 2008 an, dass das Tötungsverbot aus Art. 12 Abs. 1 lit. a RL 92/43²⁸ bzw. Art. 5 Abs. 1 lit. a RL 2009/147²⁹ (§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG) erst dann eingreift, wenn das Tötungsrisiko durch ein Vorhaben signifikant erhöht wird.³⁰ Dies bedeutet: Das Tötungsrisiko, das von einem Vorhaben (z.B. dem Neubau einer Straße) ausgeht, wird grundsätzlich als nicht signifikant angesehen. Signifikant ist das Tötungsrisiko erst, wenn die Gefahr besteht, dass überdurchschnittlich viele Tiere getötet werden, weil das Vorhaben beispielsweise in einer Hauptflugroute gebaut werden soll. Die Erhöhung des Tötungsrisikos beispielsweise durch den Neubau einer Straße wird also grundsätzlich als artenschutzrechtlich irrelevant und nur unter besonderen Umständen als relevant angesehen. Für „sehr häufige, ubiquitäre und populationsbiologisch ‚robuste‘ Arten“ wird sogar auf die Ermittlung des Tötungsrisikos verzichtet.³¹

Demgegenüber betont der Gerichtshof die uneingeschränkte Anwendung der artenschutzrechtlichen Vorgaben und lässt auch keine Relativierungen für häufige oder ungefährdete Arten zu.³²

Das BVerwG beruft sich bei seiner Signifikanzrechtsprechung auf den unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz³³, konkret auf ein Urteil des EuGH zur Sperrung einer Autobahn in Österreich aus Gründen des Luftqualitätsschutzes.³⁴ In diesem Urteil hatte der EuGH die Sperrung als unvereinbar mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz qualifiziert, weil die Behörden nicht ausreichend geprüft hatten, ob eine Luftqualitätsverbesserung auch mit weniger einschneidenden Mitteln erreicht werden kann. Es handelte sich also um eine Einzelfallbeurteilung für eine Maßnahme. Demgegenüber leitet das BVerwG aus seiner

²⁸ Artikel 12 RI 92/43

(1) Die Mitgliedstaaten treffen die notwendigen Maßnahmen, um ein strenges Schutzsystem für die in Anhang IV Buchstabe a) genannten Tierarten in deren natürlichen Verbreitungsgebieten einzuführen; dieses verbietet:
a) alle absichtlichen Formen des Fangs oder der Tötung von aus der Natur entnommenen Exemplaren dieser Arten; (...)

Artikel 16 RL 92/43

(1) Sofern es keine anderweitige zufriedenstellende Lösung gibt und unter der Bedingung, daß die Populationen der betroffenen Art in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet trotz der Ausnahmeregelung ohne Beeinträchtigung in einem günstigen Erhaltungszustand verweilen, können die Mitgliedstaaten von den Bestimmungen der Artikel 12, 13 und 14 sowie des Artikels 15 Buchstaben a) und b) im folgenden Sinne abweichen: (...).

²⁹ Artikel 5 RL 2009/147

Unbeschadet der Artikel 7 und 9 erlassen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen zur Schaffung einer allgemeinen Regelung zum Schutz aller unter Artikel 1 fallenden Vogelarten, insbesondere das Verbot
a) des absichtlichen Tötens oder Fangens, ungeachtet der angewandten Methode; (...)

Artikel 9 RL 2009/147

(1) Die Mitgliedstaaten können, sofern es keine andere zufriedenstellende Lösung gibt, aus den nachstehenden Gründen von den Artikeln 5 bis 8 abweichen: (...).

³⁰ Nunmehr auch gesetzlich übernommen in § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG.

³¹ BVerwG, Urteil vom 27. November 2018 – 9 A 8/17 –, Rn. 100.

³² EuGH, 4.3.2021, C-473/19 und C-474/19, Skydda Skogen. Rn. 36 und 44.

³³ BVerwG, Urteil vom 27. November 2018 – 9 A 8/17 –, Rn. 101.

³⁴ EuGH, 15.11.2005, C-320/03, Rn. 85 ff.

Signifikanzrechtsprechung eine allgemeine und in jedem Fall anzuwendende Relativierung des artenschutzrechtlichen Tötungsverbots ab.

Alle Anträge bzw. Anregungen auf Vorlage an den Gerichtshof hat das BVerwG abgelehnt; mittlerweile wird diesbezüglich nur noch auf die gefestigte Rechtsprechung des BVerwG verwiesen.³⁵

Die Signifikanzrechtsprechung des BVerwG nimmt demnach eine Auslegung des Unionsrechts vor, die sich nicht aus dem Wortlaut der Richtlinienvorgaben ergibt, die Anwendung von Richtlinienvorgaben allgemein einschränkt und vom Gerichtshof bisher nicht beurteilt wurde. Das BVerwG hat auch nicht geprüft, ob die Richtlinienvorgaben in den anderen Mitgliedsländern genauso ausgelegt werden.³⁶

c) Fallbeispiel 2: Verstoß gegen die Vorlagepflicht: Rechtsprechung des BVerwG zum Maßstab für Bestandserfassung und Wahrscheinlichkeit im Artenschutzrecht

Das BVerwG³⁷ hat in dem Urteil vom 4.6.2020, in dem für mögliche Verstöße gegen die Wasserrahmenrichtlinie der allgemeine ordnungsrechtliche Wahrscheinlichkeitsmaßstab angewendet wird, auf eine diesbezügliche frühere Entscheidung zum Artenschutz verwiesen.³⁸ Im Bereich des Artenschutzes stellt das BVerwG fest, dass nicht der strenge Maßstab des Habitatschutzes gelte, sondern dass die aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz resultierenden Beschränkungen beispielsweise bzgl. der Bestandserfassung den Maßstab bilden würden.

Der Verweis des BVerwG (Rn. 57) auf EuGH, Urteil vom 14. September 2006 - Rs. C-244/05 - Slg. 2006, I-8445 Rn. 48 ff., geht an der Fragestellung vorbei. In dem Urteil befasst sich der Gerichtshof mit der Frage, welche Schutzmaßnahmen ergriffen werden müssen, um ein materielles Ziel zu erreichen. Konkret ging es um Schutzmaßnahmen für gemeldete, aber noch nicht von der Kommission gelistete Gebiete. Fragen der Bestandsermittlung und erst recht des Wahrscheinlichkeitsmaßstabs für das Vorliegen von Beeinträchtigungen klärt der Gerichtshof nicht.

Soweit ersichtlich hat der Gerichtshof die Frage des anzulegenden Wahrscheinlichkeitsmaßstabs (und damit zusammenhängend auch die Frage der Anforderungen an die Bestandsaufnahme) im Artenschutz aus Art. 12 ff. FFH-Richtlinie bisher nicht geklärt. Das BVerwG hätte die Frage daher vorlegen müssen, weil sie weder offensichtlich in der Richtlinie noch in der Rechtsprechung des Gerichtshofs geklärt ist.

d) Fallbeispiel 3: Verstoß gegen die Vorlagepflicht: Rechtsprechung des BVerwG zum Wahrscheinlichkeitsmaßstab im Wasserrecht

Das BVerwG³⁹ stellt in einem Urteil vom 4.6.2020 fest, dass im Anwendungsbereich der Wasserrahmenrichtlinie der allgemeine ordnungsrechtliche Maßstab der hinreichenden Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts gilt.

Das BVerwG leitet diese Auffassung aus einem Vergleich mit dem Maßstab der FFH-Richtlinie her. Der strenge Maßstab des Habitatschutzrechts sei in Art. 6 Abs. 3 der FFH-Richtlinie angelegt.

³⁵ BVerwG, Urteil vom 11. Juli 2019 – 9 A 13/18 –, Rn. 150; BVerwG, Urteil vom 3. November 2020 – 9 A 9/19 –, Rn. 138.

³⁶ Zu dieser Pflicht siehe EuGH, 15.9.2005, C-495/03, Rn 39, unter Verweis auf die Grundsatzentscheidung CLIFIT, 6.10.1982, 283/81.

³⁷ BVerwG, Urteil vom 4.6.2020, 7 A 1.18 – Elbe II, Rn 117

³⁸ BVerwG, Urteil vom 9. Juli 2008, 9 A 14/07, Rn. 55 ff.

³⁹ BVerwG, Urteil vom 4.6.2020, 7 A 1.18 – Elbe II, Rn 112 ff.

Für den strengen Maßstab des Habitatschutzrechts zitiert das BVerwG⁴⁰ dann allerdings nur die Rechtsprechung des Gerichtshofs.⁴¹ Eine Verankerung eines besonders strengen Maßstabs im Wortlaut der Norm nimmt das BVerwG nicht vor, obwohl es gleichzeitig die Auffassung vertritt, dass ein vom üblichen ordnungsrechtlichen Maßstab abweichender Maßstab in der Norm selbst angelegt sein müsse.

Das BVerwG benennt keine einzige Entscheidung des Gerichtshofs, in der sich dieser mit dem Wahrscheinlichkeitsmaßstab im Anwendungsbereich der Wasserrahmenrichtlinie auseinandergesetzt hat. Da sich der Wahrscheinlichkeitsmaßstab nicht aus dem Wortlaut der Wasserrahmenrichtlinie (genauso wenig wie aus dem Wortlaut der FFH-Richtlinie) herleiten lässt und sich der Gerichtshof, soweit erkennbar, zum Wahrscheinlichkeitsmaßstab der Wasserrahmenrichtlinie – jedenfalls vor dem Urteil des BVerwG vom 4.6.2020 – nicht geäußert hat, hätte das BVerwG die Frage dem Gerichtshof vorlegen müssen.

e) Fallbeispiel 4: Verstoß gegen die Vorlagepflicht: Rechtsprechung des BVerwG zu einer an der Messbarkeit orientierten Irrelevanzschwelle des Schadstoffeintrags zur Bewertung des Verschlechterungsverbots aus der Wasserrahmenrichtlinie

Das BVerwG⁴² stellt bezüglich der Frage, ob es zu einer projektbedingten Verschlechterung des Zustands eines (grundwasser-)Körpers kommen kann, auf die Messbarkeit der Veränderung ab. Nur empirisch erkennbare, also messbare Veränderungen könnten zu einer Verschlechterung führen. Dabei müsse die Messbarkeit so beschaffen sein, dass die Bestimmungsgrenze nicht über dem Grenzwert liege.

Diese Auffassung des BVerwG führt dazu, dass rechnerisch ermittelte (prognostizierte) Zusatzeinträge unterhalb der Bestimmungsgrenze bzgl. des Verschlechterungsverbots als rechtlich irrelevant eingestuft werden. Auch mehrere nur rechnerisch ermittelte Einträge unterhalb der Nachweisgrenze würden nach dieser Auffassung nicht kumulativ bewertet, sondern wären jeweils für sich irrelevant.

Das BVerwG (Rn. 110) unterstellt dem Gerichtshof, dieser gehe „ersichtlich“ ebenfalls von solchen „Grenzen der empirischen Erkennbarkeit einer Veränderung“ aus und verweist hierzu auf das Urteil des Gerichtshofs vom 28.5.2020, C-535/18, Rn. 119. Der Gerichtshof stellt in dem Urteil fest, dass von einer projektbedingten Verschlechterung des chemischen Zustands eines Grundwasserkörpers u.a. dann auszugehen sei, wenn sich die Konzentration eines Schadstoffs, dessen Schwellenwert bereits überschritten ist, voraussichtlich erhöhen wird. Die an jeder Überwachungsstelle gemessenen Werte seien individuell zu berücksichtigen.

Das BVerwG meint, der Gerichtshof stelle in Rn. 119 des Urteils vom 28.5.2020, C-535/18, ohne weitere Erläuterung bei der Frage der Verschlechterung auf eine Konzentrationserhöhung bei Schadstoffen ab und sehe damit „– ungeachtet der ausdrücklichen Erwähnung einer (messbaren) Erhöhung der Konzentration im Vorlagebeschluss – ebenso wie der Generalanwalt (Schlussanträge vom 12. November 2019 – C-535/18 [ECLI:EU:C:2019:957] – Rn. 44 ff., 66 ff.) keinen Anlass, ein als selbstverständlich vorausgesetztes Tatbestandsmerkmal näher zu problematisieren (a.A. Durner, W+B 2020, 99 <101>).“⁴³

Der vom BVerwG in Bezug genommenen Passage des Urteils vom 28.5.2020, C-535/18, lässt sich eine solche Interpretation nicht entnehmen. Zur Frage der Messbarkeit als untere Grenze der Relevanz eines Schadstoffeintrags bzgl. des Verschlechterungsverbots äußert sich der Gerichtshof nicht.

⁴⁰ BVerwG, Urteil vom 4.6.2020, 7 A 1.18 – Elbe II, Rn 115 ff.

⁴¹ Insbesondere EuGH, Urteil vom 7. September 2004 - C-127/02, Waddenvereniging - Rn. 44, 58.

⁴² BVerwG, Urteil vom 4.6.2020, 7 A 1.18 – Elbe II, Rn. 109 ff.

⁴³ BVerwG, Urteil vom 4.6.2020, 7 A 1.18 – Elbe II, Rn. 110

Das Urteil enthält allerdings mehrere Hinweise, dass der Gerichtshof nicht von einer solchen Grenze ausgeht.

In Rn. 101 verlangt der Gerichtshof, dass die Schwelle, bei deren Überschreitung ein Verstoß gegen die Pflicht zur Verhinderung der Verschlechterung des Zustands eines Wasserkörpers vorliegt, möglichst niedrig sein müsse.

In Rn. 110 stellt der Gerichtshof fest, dass jede weitere Erhöhung einer Schadstoffkonzentration, die bereits eine Umweltqualitätsnorm oder einen vom Mitgliedstaat festgelegten Schwellenwert überschreitet, ebenfalls eine Verschlechterung darstelle.

In Rn. 113 stellt der Gerichtshof fest, dass die Nichterfüllung einer Qualitätskomponente an einer einzigen Überwachungsstelle genügt, um eine Verschlechterung des Zustands eines Grundwasserkörpers feststellen zu müssen.

Das Urteil des Gerichtshofs vom 28.5.2020, C-535/18, geht auf eine Vorlage des BVerwG zurück.⁴⁴ In der dritten Vorlagefrage wird die Messbarkeit als Untergrenze ausdrücklich angesprochen:

3. Ist der Begriff der Verschlechterung des Zustands eines Grundwasserkörpers in Art. 4 Abs. 1 Buchst. b Ziff i WRRL dahin auszulegen, dass eine Verschlechterung des chemischen Zustands eines Grundwasserkörpers vorliegt, sobald mindestens eine Umweltqualitätsnorm für einen Parameter vorhabenbedingt überschritten wird, und dass unabhängig davon dann, wenn für einen Schadstoff der maßgebliche Schwellenwert bereits überschritten ist, jede weitere (messbare) Erhöhung der Konzentration eine Verschlechterung darstellt? (Rn. 43)

Der Gerichtshof hat diese vom BVerwG angesprochene Grenze gerade nicht aufgegriffen.

Die diesbezügliche Interpretation des BVerwG⁴⁵ lautet:

Von solchen Grenzen geht ersichtlich auch der Gerichtshof der Europäischen Union im Urteil vom 28. Mai 2020 - C-535/18 - (Rn. 119) aus. Darin stellt er ohne weitere Erläuterung bei der Frage der Verschlechterung auf eine Konzentrationserhöhung bei Schadstoffen ab und sieht damit - ungeachtet der ausdrücklichen Erwähnung einer (messbaren) Erhöhung der Konzentration im Vorlagebeschluss - ebenso wie der Generalanwalt (Schlussanträge vom 12. November 2019 - C-535/18 [ECLI:EU:C:2019:957] - Rn. 44 ff., 66 ff.) keinen Anlass, ein als selbstverständlich vorausgesetztes Tatbestandsmerkmal näher zu problematisieren (a.A. Durner, W+B 2020, 99 <101>).

Das BVerwG zitiert in dieser Passage selbst eine von seiner Interpretation abweichende Literaturmeinung.

Die Frage, ob es bei rechnerisch ermittelten Zusatzeinträgen aus einem Projekt auf deren Messbarkeit ankommt, lässt sich in der vom BVerwG hergeleiteten Auslegung nicht den einschlägigen Richtlinien entnehmen. Diese Frage ist aber auch nicht eindeutig vom Gerichtshof geklärt. Der Gerichtshof hat sich zu der Frage – trotz entsprechender Vorlage – nicht verhalten. Aus dem Urteil des Gerichtshofs vom 28.5.2020, C-535/18, lässt sich eine Tendenz entnehmen, dass der Gerichtshof die Messbarkeit nicht als eine faktische Irrelevanzschwelle einziehen würde. Das BVerwG hätte die Frage mit einer entsprechend dezidierten Fragestellung vorlegen müssen. Die Nichtvorlage stellt einen Verstoß gegen Art. 267 AEUV dar.

⁴⁴ BVerwG, EuGH-Vorlage vom 25. April 2018 – 9 A 16/16.

⁴⁵ BVerwG, Urteil vom 4.6.2020, 7 A 1.18 – Elbe II, Rn. 110.