

Sächsisches Obergerverwaltungsgericht  
Postfach 4443

02634 Bautzen

vorab per Fax: 03591/217550

Leipzig, den 28. August 2013

Verwaltungsrechtssache **4 A 502/13**  
Grüne Liga ./ Freistaat Sachsen wegen "Tornadoerlass"

hier: Begründung zum Antrag auf Zulassung der Berufung vom 29.07.2013  
gem. § 124a Abs. 4 S. 3 VwGO

Die Berufung ist zuzulassen, da

1. ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils bestehen i.S.v. § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO;
2. die Rechtssache besondere rechtliche Schwierigkeiten aufweist i.S.v. § 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO und
3. der Rechtssache grundsätzliche Bedeutung zukommt i.S.v. § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO.

## **1. Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO)**

### **1.1. Unmittelbare Außenwirkung des Erlasses des SMUL**

#### **a) Bindungswirkung des Erlasses für Behörden**

Der Kläger hat entgegen der Auffassung der Vorinstanz ein Rechtsschutzinteresse für die Klage. Der Erlass des SMUL entfaltet ihm gegenüber unmittelbare Außenwirkung.

Zu dem rechtlichen Grundsatz, dass eine Klage auch gegen einen Verwaltungserlass zulässig ist, wenn diese unmittelbare Außenwirkung besteht, hat sich das Bundesverwaltungsgericht erst kürzlich (hier im Zusammenhang mit einem Normenkontrollverfahren) wieder wie folgt geäußert; BVerwG Beschluss vom 25.09.2012 - 3 BN 1.12:

*"In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist geklärt, dass zu den im Range unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschriften im Sinne von § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO außer landesrechtlichen Satzungen und Rechtsverordnungen, die zweifelsfrei unter diese Regelung fallen, auch Vorschriften gehören, die dadurch Rechtsnormqualität erlangt haben, dass sie unabhängig von ihrem materiellen Gehalt durch Satzung oder Rechtsverordnung für verbindlich erklärt worden sind (vgl. Beschluss vom 20. Dezember 1988 - BVerwG 7 NB 2.88 - BVerwGE 81, 128 zu den Teilen eines Abfallwirtschaftsplans, die im Sinne von § 29 Abs. 4 KrW-/AbfG für verbindlich erklärt worden sind). Darüber hinaus ist anerkannt, dass Sinn und Zweck des § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO ein weites Verständnis des dort verwendeten Begriffs der*

*Rechtsvorschrift nahelegen. Dem trägt das Bundesverwaltungsgericht unter anderem dadurch Rechnung, dass es auch Regelungen, die anhand formeller Kriterien nicht eindeutig als Rechtsnormen zu qualifizieren sind, nicht von vornherein vom Kreis der Rechtsvorschriften ausschließt (vgl. BVerwG, Urteil vom 20. November 2003 - BVerwG 4 CN 6.03 - BVerwGE 119, 217 <221 m.w.N.>). Es rechnet insbesondere solche Regelungen darunter, denen eine unmittelbare rechtliche Außenwirkung zukommt. Dagegen stellen allgemeine Verwaltungsvorschriften, wenn und soweit sie sich darauf beschränken, verwaltungsintern das Handeln nachgeordneter Behörden zu binden und zu steuern, keine Rechtsvorschriften im Sinne von § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO dar (vgl. Urteil vom 25. November 1993 - BVerwG 5 N 1.92 - BVerwGE 94, 335 <338 f.>; ebenso Wysk, Verwaltungsgerichtsordnung, § 47 Rn. 13). Daraus folgt als Antwort auf die vom Antragsteller aufgeworfene Frage zugleich, dass allein der Umstand, dass der Normgeber eine Regelung als Richtlinie und interne Verwaltungsvorschrift bezeichnet, noch nicht dafür ausreicht, diese Regelung dem Anwendungsbereich von § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO zu entziehen; entscheidend ist nicht die Bezeichnung, sondern der Umstand, ob der betreffenden Regelung eine unmittelbare rechtliche Außenwirkung zukommt."*

Die unmittelbare Außenwirkung ergibt sich hier daraus, dass die nachgeordneten Verwaltungen in ihrem Handeln an den ministeriellen Erlass gebunden sind und diesen daher unmittelbar umsetzen - umzusetzen haben. Da die Behörden somit im Rahmen der Vorgaben des Erlasses keine eigene Entscheidung mehr fällen, schlägt der Erlass als bindende Entscheidung bzw. Weisung des Ministeriums unmittelbar auf alle betreffenden Maßnahmen der Behörden durch. Damit ist die Unmittelbarkeit gegeben.

Selbst in dem Rahmen, in dem Behörden eigentlich einen eigenen Ermessensspielraum zur konkreten Ausgestaltung der Beteiligung der anerkannten Umweltverbände haben, besteht für sie bezüglich der Verfahrensvorgaben des Erlasses zum Unterlassen einer gesetzeskonformen frühzeitigen und vor den Maßnahmen durchzuführenden Beteiligung eine Ermessensreduzierung auf Null, wonach gerade keine solche Beteiligung durchzuführen sei. Damit ist die Unmittelbarkeit auch im Rahmen eines eigentlich vorhandenen Ermessens gegeben.

Beispielhaft deutlich wird dies etwa am Wortlaut der Befreiung der Stadt Leipzig von naturschutzrechtlichen Verboten für Gehölzentfernungen auf und an Deichen auf dem Gebiet der Stadt Leipzig gegenüber der LTV vom 03.02.2011 unter Bezugnahme auf den hier streitigen Erlass: *"Im Rahmen der Interessenabwägung wurde die Erlasse des SMUL an die Landestalsperrenverwaltung berücksichtigt, wonach die naturschutzrechtlichen Belange einschließlich der erforderlichen Naturschutzverbandsbeteiligung nachträglich oder parallel durchzuführen ist."*

Beweis: Bescheid der Stadt Leipzig zur Befreiung von naturschutzrechtlichen Verboten gegenüber der Landestalsperrenverwaltung vom 03.02.2011, S. 2 vorletzter Absatz; als Anlage **K53**

Das Ermessen "ist" aus Sicht der anwendenden Behörde eindeutig und vollständig auf Null reduziert. Die Verbandsbeteiligung "ist" (= muss) aus Sicht der Stadt Leipzig nur nachträglich oder parallel durchzuführen, keinesfalls jedoch vorab.

Dieser Umstand der wirksamen Bindung der ausführenden Verwaltung an die Vorgaben des Erlasses zum Verfahren hat in der Vorinstanz keine Rolle gespielt und wurde vollständig verkannt.

## **b) Schaffung vollendeter, irreparabler Tatsachen**

Der Kläger kann nicht - wie von der Vorinstanz ausgeführt - darauf verwiesen werden, sich gegen jede einzelne wasserrechtliche Deichunterhaltungsmaßnahme zu wenden, die in Anwendung des Erlasses zu einer Verletzung der Rechte des Klägers führt.

Derartige Rechtsbehelfe könnten sich bei einer nachträglich oder parallel durchgeführten Beteiligung naturnotwendig nur gegen bereits vollendete Tatsachen richten. In Folge der Anwendung des Erlasses kommt es dabei sogar in dreifacher Hinsicht zur Schaffung irreparabler vollendeter Tatsachen, deren Eintritt durch Rechtsbehelfe gegen einzelne wasserrechtliche Deichmaßnahmen nicht zu verhindern wäre, wodurch schon ganz grundsätzlich

- Sinn und Zweck der gesetzlichen Regeln zur Verbandsbeteiligung sowie
- der Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes im Sinne der aus Art. 19 Abs. 4 GG, Art. 103 GG hergeleiteten Grundsätze, die auch für die Verbandsbeteiligung gelten vollständig unterlaufen würden:

- Sinn und Zweck der Verbandsbeteiligung ist in verfahrenstechnischer Hinsicht, dass diese in zeitlicher Hinsicht so durchgeführt wird, dass die Entscheidung noch beeinflusst werden kann. Das ist nur bei einer vorherigen Beteiligung möglich und gerade nicht, wenn diese nachträglich oder parallel durchgeführt wird. Die vorenthaltene Möglichkeit zur vorherigen Stellungnahme ist irreparabel.
- Sinn und Zweck der Verbandsbeteiligung ist in materieller Hinsicht, dass die fachliche Kompetenz des Umweltverbandes inhaltlich berücksichtigt werden kann bei der Entscheidung. Wenn die Maßnahme ohne diese Stellungnahme durchgeführt wird, kann diese Kompetenz naturgemäß nicht Berücksichtigung finden. Die Maßnahme wird daher inhaltlich anders ausfallen, als mit Beteiligung. Bei den hier vom Erlass betroffenen Maßnahmen zur Gehölzbeseitigung sind die materiellen Folgen irreparabel. Die Gehölze sind weg.
- Bereits die Zulässigkeit von Rechtsbehelfen von Umweltverbänden gegen konkrete einzelne wasserrechtliche Deichunterhaltungsmaßnahmen ist von einer Vielzahl zu beweisender bzw. zumindest glaubhaft zu machender Tatsachen abhängig (siehe dazu die Ausführungen im beantragten Tenor dieser Klage). So kann beispielsweise die Zulässigkeit davon abhängig sein, dass bestimmte Schutzgebietsziele etwa im Artenschutz betroffen sind oder sein könnten, oder dass eine Umweltverträglichkeitsprüfung erforderlich gewesen wäre - etwa weil eine Mindestgröße von Wald betroffen ist.

Bei einer rechtzeitigen, gesetzeskonformen Beteiligung erhält der Umweltverband rechtzeitig die relevanten Informationen oder er kann - und soll - bei bestehenden Vermutungen bzw. wenn noch gar keine Informationen zur naturräumlichen Ausstattung des Vorhabengebiets vorliegen, diese Datenerhebung anregen oder selbst veranlassen. Wenn der Umweltverband aber nicht vorab im Verfahren beteiligt ist, kann er diese Kenntnisse regelmäßig schon rein faktisch nicht haben.

Die Durchführung der Maßnahmen führt dann vielfach dazu, dass bestimmte für den Rechtsweg relevante Biotope oder Arten endgültig zerstört und somit auch nicht mehr nachweisbar sind. Überdies ist der Nachweis bestimmter Arten und Biotope nur in einem aufwändigen und mitunter zeitintensiven Verfahren möglich, etwa weil bestimmte Lebensformen nur zu bestimmten Jahreszeiten und nur bei genau festgelegten mehrfachen Begehungen überhaupt nachweisbar sind. Damit ist es dem Umweltverband dann für immer unmöglich, die vom Gesetzgeber vorgesehenen Anforderungen für die Eröffnung des Rechtsweges überhaupt nur vorzutragen.

Somit besteht in den beschriebenen Fällen gerade nicht die von der Vorinstanz angeführte Möglichkeit, sich statt gegen den (die Rechtsverstöße verursachenden) Erlass als solchen, sondern stattdessen gegen jede einzelne wasserrechtliche Deichunterhaltungsmaßnahme zu wenden. Der in Anwendung des Erlasses des SMUL erfolgende Verstoß gegen die gesetzlichen Verbandsbeteiligungsrechte führt bezogen auf die konkrete einzelne wasserrechtliche Deichunterhaltungsmaßnahme dazu, dass eine Rechtsschutzmöglichkeit völlig und dauerhaft entfällt, wo sie bei Beachtung der gesetzlichen Beteiligungsvorschriften eigentlich gegeben gewesen wäre. Auch diese Folge des Erlasses ist unmittelbar und irreparabel.

Zur Verdeutlichung von Sinn und Zweck der Verbandbeteiligungsrechte soll hier noch einmal aus dem Schriftsatz des Unterzeichners vom 26.04.2013 zitiert werden:

**c) Grundsätzliche Bedeutung der Mitwirkungsmöglichkeiten für Naturschutzvereinigungen**

*Den Naturschutzvereinigungen wurde - zu wesentlichen Teilen zurückgehend auf europäische Vorschriften - durch den Gesetzgeber im Rahmen der Mitwirkungsmöglichkeiten nach BNatSchG, SächsNatSchG und UmwRG ein "qualifiziertes Anhörungsrecht eingeräumt, damit sie zur Bewältigung von Vollzugsdefiziten als eine Gegenmacht die Belange des Naturschutzes in die entsprechenden Verfahren - über die ohnehin bestehende Verpflichtung zu ihrer Berücksichtigung seitens der Behörden hinaus - einbringen können, gegebenenfalls auch gegen die Interessen der Verwaltung." (Heselhaus, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 2011, § 63 Rn. 16 - unter Verweis u.a. auf BVerwG, Urt. v. 12.11.1997 - 11 A 49.96, DVBl 1998, 334, 336; Rudolph, JuS 2000, 479 m.w.N.)*

*"Die Erreichung dieses Zweckes kann effektiv nur durch Einräumung eines selbständig durchsetzbaren subjektiv-öffentlichen Rechts auf Mitwirkung gesichert werden." (Heselhaus, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 2011, § 63 Rn. 16 - m.w.N.)*

**d) Grundsätzliche Ausgestaltung der Mitwirkungsmöglichkeiten**

*Diese Mitwirkungsrechte von Naturschutzvereinigungen für das öffentliche Interesse am Naturschutz lassen sich aus dem Grundgesetz ableiten. Sie entsprechen in vielfältiger Hinsicht verfassungsrechtlichen Prinzipien und Zielbestimmungen. Sie dienen in besonderer Weise dem Auftrag der Umweltschutzzielbestimmung nach Art. 20a GG. Ferner sind sie mit dem Rechtsstaats-, dem Demokratie- und dem Republikprinzip begründet. Dies ist in der Abwägung bei allen Entscheidungen von Gesetzgeber oder Gerichten zu berücksichtigen (siehe dazu etwa Heselhaus, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 2011, § 63 Rn. 10 m.w.N.).*

*Dieses qualifizierte Anhörungsrecht kann nur gewährleistet werden, wenn "das gesamte Abwägungsmaterial der Behörde zur Kenntnis gebracht wird", insbesondere um "regelmäßig auch Alternativen zu erörtern". (Heselhaus, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 2011, § 63 Rn. 36 - m.w.N.)*

*"Die effektive Wahrnehmung des Rechts zur Stellungnahme setzt zunächst voraus, dass die Naturschutzvereinigung ausreichend über das mitwirkungspflichtige Vorhaben informiert wird. (...) Ferner verlangt eine effektive Beteiligung, dass über sämtliche Aspekte des Vorhabens unterrichtet wird, deren Kenntnis erforderlich ist, um in sachgerechter Weise zu den naturschutzrechtlichen Belangen Stellung nehmen zu können. (...) das Anhörungsrecht (...) [ist] relativ weit zu verstehen, um das Ziel einer substantiellen Anhörung zu gewährleisten. So muss die Behörde die Äußerungen der Vereinigung zur Kenntnis nehmen und ernsthaft in Erwägung ziehen." (Heselhaus, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 2011, § 63 Rn. 37f - m.w.N.)*

**e) Grundsatz der Frühzeitigkeit**

*"In zeitlicher Hinsicht muss der Zeitpunkt der Stellungnahme so gewählt werden, dass die die Entscheidung noch beeinflussen kann. Sie sollte im besten Fall dann erfolgen, wenn das Vorhaben ausreichend klar ist und noch Optionen offen stehen. Durch eine nachträgliche Anhörung würde der Zweck der Vorschrift verfehlt." (Heselhaus, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 2011, § 63 Rn. 38 - m.w.N.)*

*(...)*

*Aufgrund der europarechtlichen Vorgaben besteht bei der Ausgestaltung der Mitwirkungsmöglichkeiten nur ein sehr kleiner Gestaltungsspielraum schon für den*

*nationalen Gesetzgeber und nachgeordnet erst recht für die ausführende Verwaltung. Über die Einhaltung der europarechtlichen Vorgaben wachen sowohl die EU-Kommission, als auch der EuGH. Dieser europäische Schutz umfasst insbesondere auch die Durchsetzung der Einhaltung eines effektiven Rechtsschutzes von Naturschutzvereinigungen gegen Eingriffe in ihre Mitwirkungsrechte. Auch dieser Umstand sollte seitens des Gerichts hier bei der Prüfung der Zulässigkeit der vorliegenden Klage berücksichtigt werden.*

Dieser Umstand der Schaffung irreparabler vollendeter Tatsachen - in der oben ausgeführten dreifachen Hinsicht - hat bei der Entscheidung der Vorinstanz keine Rolle gespielt und wurde vollständig verkannt.

## **1.2 Verletzung von Rechten ist grundsätzlich nicht bei der Zulässigkeit, sondern in der Begründetheit einer Klage zu entscheiden**

Es gilt der Grundsatz, dass ein Gericht nicht schon die Zulässigkeit des Klageweges verneinen darf, außer wenn eine mögliche Rechtsverletzung nicht schon offensichtlich und eindeutig zu verneinen ist. Vielmehr ist die Frage einer tatsächlichen Rechtsverletzung erst im Rahmen der Begründetheit der Klage zu untersuchen und zu entscheiden. Die Zugangsvoraussetzung des Bestehens eines Rechtsschutzbedürfnisses soll für eine Sachentscheidung des Gerichts nicht dazu führen, dass ernsthaft streitige Fragen über das Bestehen eines subjektiven Rechts, von deren Beantwortung die Begründetheit der Klage abhängt, im Rahmen der Zulässigkeit entschieden werden müssen.

Dazu führt das Bundesverwaltungsgericht aus, BVerwG Urteil vom 28.6.2000 -11 C 13.99 (BVerwGE 111, 276 <277>):

*"An der erforderlichen Klagebefugnis würde es den Klägern nur dann fehlen, wenn offensichtlich und nach keiner Betrachtungsweise ihre subjektiven Rechte durch das festzustellende Rechtsverhältnis verletzt sein könnten (BVerwG, Urteil vom 28. Februar 1997 - BVerwG 1 C 29.95 - BVerwGE 104, 115 <118>; Urteil vom 28. Juni 2000, a.a.O., S. 279 f.). Eine solche Rechtsverletzung war indes im Hinblick auf die Festlegung des Anfangsanflugpunktes und des Warteverfahrens RILAX weder nach der für die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs maßgeblichen Rechtslage offensichtlich und eindeutig zu verneinen, noch ist dies nach der für die Entscheidung des Senats nunmehr maßgeblichen Rechtslage der Fall. Aufgabe der Klagebefugnis ist es, Popularklagen zu verhindern. Diese Zugangsvoraussetzung für eine Sachentscheidung des Gerichts soll hingegen nicht dazu führen, dass ernsthaft streitige Fragen über das Bestehen eines subjektiven Rechts, von deren Beantwortung die Begründetheit der Klage abhängt, im Rahmen der Zulässigkeit entschieden werden müssen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Klage, wie die hier vorliegende Feststellungsklage auch, letztlich nur bei der Feststellung einer Verletzung eigener Rechte der Kläger Erfolg haben kann. Ob den lärmbeeinträchtigten Gemeinden vor Erlass einer Flugverfahrensverordnung der hier in Rede stehenden Art ein Recht auf förmliche Beteiligung gegenüber dem Luftfahrt-Bundesamt zusteht und ob die etwaige Verletzung eines solchen Rechts hier möglicherweise zwischenzeitlich geheilt sein könnte, ist auch unter Berücksichtigung der Entscheidung des Senats vom 28. Juni 2000 ebenso wenig offensichtlich und nach jeder Betrachtungsweise zu verneinen wie die weitere Frage, ob sie und die klagenden Anwohner einen Anspruch auf Abwägung ihrer Lärmschutzinteressen auch unterhalb der Schwelle einer unzumutbaren Fluglärmbeeinträchtigung haben könnten und ob dieser Anspruch verletzt sein könnte."*

### 1.3 EuGH fordert „weitestmögliche“ Verbandsklagebefugnisse - Vorabentscheidung durch den EuGH gem. Art. 234 EGV erforderlich

Nicht zuletzt gehen die Streitgegenständlichen Regeln der Verbandsbeteiligung wesentlich auf europarechtliche Normen insbesondere zur Öffentlichkeitsbeteiligung und Umweltverträglichkeitsprüfung (siehe dazu die Schriftsätze im Klageverfahren) zurück - die eine effektive Beteiligung sicherstellen wollen einschließlich eines weiten und effektiven Zugangs zu den Gerichten. So muss die gerichtliche Überprüfbarkeit von Behördenentscheidungen gesichert sein. Hierzu ist auch an die vom EuGH in seinem Urteil vom 8. 3. 2011 geforderte „weitestmögliche“ Auslegung zur Gewährung überindividueller Rechtsschutzes von Umweltverbänden gegen Verletzungen des Umweltrechts (der Union) zu erinnern (EuGH, C-240/09, NVwZ 2011, 673; vgl. dazu auch Berkemann, DVBl 2011, 1253; Fellenberg/Schiller, UPR 2011, 321; Schlacke, ZUR 2011, 312; Müller, EurUP 2011, 166 (169); Radespiel, EurUP 2011, 238; Bétaille, Revue juridique de l'environnement 2011, 459; Hamenstädt/Ehnert, Maastricht journal of European and comparative law 2011, 359; Siegel, DÖV 2012, 709; Schink, DÖV 2012, 622; Reh binder, EurUP 2012, 23; Kröner, UPR 2013, 89 (92); Klinger, NVwZ 2013, 850).

Dies alles wird wie vorstehend ausgeführt bei Anwendung des Erlasses des SMUL unmittelbar dauerhaft und irreparabel verhindert. Da hier somit grundsätzliche Fragen der Auslegung europarechtlicher Vorgaben zu klären sind, ist eine Klärung dieser Fragen gem. Art. 234 EGV durch den EuGH im Wege der Vorabentscheidung erforderlich.

### 1.4 Fortdauernde Wirksamkeit des Erlasses

Dem Rechtsschutzinteresse des Klägers steht auch nicht entgegen, dass nach seinem Wortlaut die Anwendung des Erlasses zeitlich befristet war. Darauf hat insbesondere der Beklagte im Verfahren wiederholt hingewiesen. Gemäß Ziffer II. 1 c) des Erlasses sollte sich der Erlass zumindest im Wortlaut nur auf Maßnahmen beziehen *"bis zum 31.12.2010"*. Tatsächlich wurde und wird der Erlass jedoch völlig unzweifelhaft auch nach Ablauf dieser Frist angewendet, von der Verwaltung und insbesondere dem Beklagten selbst weiter als anwendbar aufgefasst:

- In einem Schreiben an den Vorsitzenden des Ausschusses für Umwelt und Landwirtschaft des Sächsischen Landtags, Herrn Thomas Jurk vom 10.03.2011 gibt der Beklagte selbst (hier das Staatsministerium für Umwelt und Landwirtschaft, vertreten durch den Minister) eine Aufstellung für Maßnahmen auf und an *"Hochwasserschutzdeichen aufgrund des Erlasses vom 17. August 2010"*, wobei 8 Maßnahmen aufgeführt werden für *"Gehölzentfernungen im Zeitraum von November 2010 bis Frühjahr 2011"*, 14 Maßnahmen *"Gehölzentfernungen im Zeitraum von November 2011 bis Frühjahr 2012"* sowie 11 Maßnahmen *"Gehölzentfernungen zur Deichsicherung nach dem Januarhochwasser 2011"*.

Beweis: Schreiben des Staatsministeriums für Umwelt und Landwirtschaft an den Vorsitzenden des Ausschusses für Umwelt und Landwirtschaft Herrn Thomas Jurk vom 10.03.2011; Antwort auf die Sitzungsanfrage der Abgeordneten Pinka bezüglich ergänzender Unterlagen zu Baumfällungen auf Hochwasserschutzdeichen; Anlagen zum Flussgebiet Elbaue/Mulde/Untere Weiße Elster); als Anlage **K2** (der Klageschrift)

- Im Februar 2011 erfolgten durch die Beklagte (LTV) Gehölzentfernungen auf und an Deichen auf dem Gebiet der Stadt Leipzig. In der erteilten Befreiung der Stadt Leipzig von naturschutzrechtlichen Verboten gegenüber der LTV vom 03.02.2011 heißt es: *"Im Rahmen der Interessenabwägung wurde die Erlasse des SMUL an die Landestalsperrenverwaltung berücksichtigt, wonach die naturschutzrechtlichen Belange einschließlich der erforderlichen Naturschutzverbandsbeteiligung nachträglich oder parallel durchzuführen ist."*

Beweis: Bescheid der Stadt Leipzig zur Befreiung von naturschutzrechtlichen Verboten gegenüber der Landestalsperrenverwaltung vom 03.02.2011, S. 2 vorletzter Absatz; als Anlage **K53**

- Die Stadt Leipzig erklärte dementsprechend auch durch ihren Umweltdezernenten Herrn Heiko Rosenthal im Nachgang öffentlich, dass die Gehölzentrfernungen auf und an Deichen auf dem Gebiet der Stadt Leipzig im Frühjahr 2011 aufgrund des hier klagegegenständlichen Erlasses in diesbezüglich ausdrücklicher Abstimmung mit dem Beklagten (LTV) erfolgten: *<Leipzigs Umweltdezernent Heiko Rosenthal (Die Linke), der während des Frühjahrhochwassers [Frühjahr 2011] den Rodungen auf den Deichen zugestimmt hatte, distanzierte sich gestern von der Regelung. „Die Stadtverwaltung hat den Tornadoerlass schon immer kritisch begleitet“, sagte Rosenthal. Problematisch sei für ihn insbesondere die Möglichkeit des „sofortigen Einschlages“ gewesen. Daher habe der Bürgermeister sich bei der Landesdirektion vergewissert, dass die geplanten Fällungen durch die zuständige Landestalsperrenverwaltung auch rechters seien. Erst danach habe die Stadt aufgrund der kritischen Situation während der Flut grünes Licht für die Fällungen von über 6000 Bäumen gegeben.“>*

Beweis: Leipziger Volkszeitung vom 28.07.2011 "Streit um Hochwasserschutz. SMUL verteidigt sich"; als Anlage **K54**

- Der Kläger hat überdies Mitteilungen auch für entsprechende Deicharbeiten auf den Gebieten der Landkreise Nordsachsen und Meißen erhalten, die durch den Beklagten (LTV) nach dem 31.12.2010 bezüglich des Verfahrens unter Verweis auf den klagegegenständlichen Tornadoerlass vorgenommen wurden.

Beweisantrag: Aufstellung sämtlicher auf den Gebieten der Landkreise Nordsachsen und Meißen seit dem 31.12.2010 durchgeführte Maßnahmen an und auf Deichen sowie Vorlage der vollständigen Unterlagen zu deren Genehmigung durch den Beklagten

Damit steht fest, dass die Verletzung der Beteiligungsrechte des Klägers unverändert andauert, also aktuell ist.

Doch selbst wenn der Erlass tatsächlich nur befristet Anwendung gefunden hätte, wäre das Rechtsschutzinteresse für eine Feststellungsklage gegeben. In diesem Fall bestünde ohne die gerichtliche Klärung zunächst jederzeit die Gefahr einer Wiederholung eines vergleichbaren Erlasses. Überdies könnte sich aber auch die nachgeordnete Verwaltung selbst berechtigt sehen, auch ohne ausdrücklichen Erlass künftig in diesem Sinne zu verfahren, da die Rechtswidrigkeit dieses Vorgehens nicht gerichtlich festgestellt worden wäre.

### **1.5 Das Urteil der Vorinstanz beruht auf der Befangenheit des Gerichts**

Das Urteil der Vorinstanz beruht auf einer mündlichen Verhandlung, die durch den i.S.v. § 54 VwGO i.V.m §§ 41-49 ZPO befangenen Vorsitzenden Richter Herrn May geführt wurde. Bereits in der mündlichen Verhandlung wurde ein entsprechender Befangenheitsantrag gestellt, der jedoch vom Gericht zurückgewiesen wurde.

Zum Inhalt wird auf die die Niederschrift über die öffentliche Verhandlung der 2. Kammer des Verwaltungsgerichts Dresden vom 11. Juni 2013 in der Verwaltungsrechtssache 2 K 1054/11 verwiesen.

Ergänzend zu den in der Anlage zu diesem Sitzungsprotokoll genannten Ausführungen ist noch nachzutragen, dass es gleich zu Beginn der Sitzung noch folgende Äußerung des Vorsitzenden Richters gab, wonach *"Ministerielle Erlasse mit der Anordnung geltendes Recht nicht anzuwenden, Alltag in Deutschland und normal für die Verwaltung sind. Warum soll man dagegen klagen können?"* Es folgte noch der Hinweis auf die Erlasse des Bundesfinanzministeriums zur Nichtanwendung von Urteilen des Bundesfinanzhofes (wobei

der Richter bereits den wesentlich Unterschied verkannte, dass es dabei um Urteile, also Rechtsauslegung geht, während es im Verfahren hier um Nichtanwendung des ausdrücklichen Wortlautes von Gesetzen selbst).

Schließlich fiel noch die Äußerung des Vorsitzenden Richters an den Kläger selbst, "*dieser war nur zu faul gegen die konkreten Deicharbeiten in Leipzig gerichtlich vorzugehen und will es sich mit dieser allgemeinen Klage hier in Dresden bloß einfach machen*"

Verhandlungsführung, zeitliche Disposition der Verhandlung und ausdrücklicher Wortlaut aller im Befangenheitsantrag (sowie ergänzend im Vorgenannten) getroffenen Ausführungen lassen jeweils für sich selbst und noch viel mehr in ihrer Zusammenschau am Vorliegen von Befangenheit keinen Zweifel. Insbesondere sind die hier aufgeführten insgesamt 8 fraglichen Äußerungen auch nicht "aus dem Zusammenhang" gerissen, wie der Vorsitzende Richter noch in der Verhandlung nach Stellung des Befangenheitsantrages "dienstlich geäußert hat". Dies schon deshalb nicht, weil sich die Äußerungen des Vorsitzenden Richters in der - bezüglich der eigentlichen Verhandlung knapp bemessenen Zeit - weitgehend auf diese Äußerungen beschränkten und diese Äußerungen ein in sich widerspruchloses Bild von den Auffassungen des Vorsitzenden Richters wiedergeben.

Danach hatte der Vorsitzende Richter von Beginn an nicht vor und hat es dann auch wirkungsvoll verhindert, dass die die Streitsache gem. § 104 Abs. 1 VwGO tatsächlich und rechtlich erörtert wurde. Inhaltlich war der Richter unveränderlich voreingenommen. Damit fehlte es an der Bereitschaft, das Vorbringen der Klägerpartei vollständig zur Kenntnis zu nehmen und zu würdigen, wozu dann auch noch unangebrachte, offensichtlich unsachliche und verletzende Äußerungen ("*unlogisch*"; spöttische Frage, wo der Prozessvertreter "*denn sonst so prozessiere*"; "*Faulheit*" des Klägers) kamen (vgl. dazu auch Kopp/Schenke, VwGO § 54, Rn. 11).

## **2. Besondere rechtliche Schwierigkeiten der Rechtssache (§ 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO)**

Die besondere rechtliche Schwierigkeit des Rechtsstreits liegt darin begründet, dass

- sich die Zulässigkeit des Klageweges hier nicht schon unmittelbar aus einem Gesetzeswortlaut selbst ergibt;
- sondern erst aus einer komplexen Berücksichtigung von Rechtssätzen zum Rechtsschutz allgemein sowie zur Verbandsbeteiligung im Besonderen, wobei diese Rechtssätze aus verschiedenen Rechtsquellen hergeleitet werden müssen, insbesondere dem Grundgesetz, dem Verwaltungsrecht bzw. Verwaltungsprozessrecht sowie dem nationalen und europäischen Umweltrecht.
- Weiter fehlt es in Rechtsprechung und Literatur an direkten Aussagen zu unmittelbar vergleichbaren Rechtssachen.
- Überdies ist neben der hier bereits diskutierten Frage des Rechtsschutzinteresse für die Klage auch die Frage der konkreten Klageart nicht ohne weiteres leicht zu klären. Der Kläger sieht hier allein den Weg über eine Feststellungsklage gem. § 43 VwGO eröffnet (siehe dazu die Ausführungen in den Schriftsätzen im Klageverfahren). Zumindest grundsätzlich zu erwägen waren daneben aber auch die Möglichkeit eines Normenkontrollverfahrens oder einer Unterlassungsklage (Hätte das Gericht hier eine vom Kläger abweichende Auffassung vertreten, wäre ein richterlicher Hinweis im Rahmen von § 86 Abs. 3 VwGO zu erteilen gewesen zu einer Umstellung Klageart im Sinnen von § 88 VwGO).
- Auch die Prüfung der Frage der Voraussetzungen für eine Vorabentscheidung durch den EuGH wirft besondere rechtliche Schwierigkeiten auf.

Die besondere rechtliche Schwierigkeit des Rechtsstreits wird insbesondere auch bereits aus einem Abgleich der vorstehend unter Punkt 1 sowie in den beiden vorstehenden Absätzen zu

findenden Ausführungen mit dem Text der Urteilsbegründung der Vorinstanz deutlich. Danach ist es ganz offensichtlich, dass auch die Vorinstanz erhebliche Schwierigkeiten hatte, die hier entscheidenden rechtlichen Fragen zu erkennen und zu diskutieren.

### **3. Grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache (§ 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO)**

Vor allem anderes muss die ganz grundsätzliche Frage geklärt werden, ob gesetzliche Rechte durch Verwaltungserlasse eingeschränkt oder gar aufgehoben werden können sowie weiter, ob überhaupt und wenn ja unter welchen Voraussetzungen die Verwaltung von diesen gesetzlichen Vorgaben abweichen darf, auch außerhalb eines entsprechenden Erlasses. Es geht um den Handlungsspielraum der Regierung und der Verwaltung insgesamt.

Die Klärung der mit dieser Klage aufgeworfenen Fragen hat darüber hinaus konkret eine ganz grundsätzliche Bedeutung für alle anerkannten Umweltverbände landes- und überdies auch bundesweit bzw. für alle Behörden landes- und bundesweit, die mit der Verbandsbeteiligung in Berührung kommen.

Diese grundsätzliche Bedeutung zeigt sich etwa auch an dem starken Interesse der Öffentlichkeit, eingeschlossen der Fachöffentlichkeit an diesem Verfahren. So hat die Presse sachsenweit wiederholt über das Verfahren berichtet. An der mündlichen Verhandlung der Vorinstanz haben als Besucher (Öffentlichkeit) u. a. Vertreter der Landesebene aller sächsischen Umweltverbände sowie mehrerer Fraktionen des Sächsischen Landtags teilgenommen.

Zur Bedeutung der Streitsache seit auch noch einmal aus dem Schriftsatz des Unterzeichners vom 26.04.2013 zitiert:

#### ***b) Staatsrechtlicher Kern des Klagegegenstands***

*Nachvollzogen werden kann hier zunächst, dass die rechtliche Bewertung des Klagegegenstands und damit des Verhaltens des Beklagten auch für das Gericht nicht einfach sein mag. Dies mag daran liegen, dass es sich hier um einen in der Rechtsgeschichte der Bundesrepublik Deutschland einmaligen Vorgang handelt, dessen Möglichkeit wohl weder der Gesetzgeber, noch die Gerichte haben absehen können. Gleichwohl ist das Instrument der Feststellungsklage nach § 43 VwGO so ausgestaltet, dass es hier Anwendung finden kann und muss.*

*Im Kern ist der streitgegenständliche Erlass eine Selbstbefreiung der Verwaltung von der Anwendung der Gesetze. Das widerspricht dem Kern des Rechtsstaats mit seiner Aufteilung der Gewalten in gesetzgebende Gewalt (Legislative) und ausführende Gewalt (Exekutive). Die Exekutive hat schlicht keine andere Aufgabe, als die von der Legislative geschaffenen Regelungen umzusetzen (Grundsatz der Gesetzmäßigkeit mit den Grundsätzen des Vorrangs und des Vorbehalts des Gesetzes). Eigene Regelungsbefugnisse stehen der Exekutive ausschließlich im Rahmen der Gesetze zu, soweit der Gesetzgeber sie eingeräumt hat.*

*Eine Befreiung der Exekutive von der Bindung an die Gesetze hat es (auch in der deutschen Geschichte) seit Einführung des Gewaltenteilungsprinzips durchaus bereits gegeben. Allerdings hat dabei wenigstens noch das Parlament selbst die Verwaltung von der Gesetzesbindung entbunden. Bei dem hier streitgegenständlichen Erlass befreit sich die Verwaltung nun gleich selbst. Das ist schlicht beispiellos.*



RA Wolfram Günther