

Rechtsanwaltskanzlei Wolfram Günther · Bernhard-Göring-Str. 152 · 04277 Leipzig

Bundesverfassungsgericht
PF 1771

76006 Karlsruhe

- vorab per Fax: 0721 / 9101 382

Leipzig, den 22. Juli 2011

Verfassungsbeschwerde

des Herrn #####, ##### Herrnhut

- Beschwerdeführer -

gegen den

vom Freistaat Sachsen, vertreten durch die Landesdirektion Dresden Stauffenbergallee 2,
01099 Dresden erlassenen

**Planfeststellungsbeschluss vom 23.12.2009 für den Neubau der Bundesstraße B 178n,
Verlegung BAB 4 bis Bundesgrenze D/PL und D/CZ, 3. Bauabschnitt, Teil 2, von der S 143
(Obercunnersdorf) bis zur S 128 (Niederoderwitz),
Az 32-0513.26/10-B 178n-BA 3.2**

bestätigt durch

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23.03.2011 - BVerwG 9 A 9.10.

Unter Vorlage einer auf mich lautenden Vollmacht gem. § 22 Abs. 2 BVerfGG zeige ich die
Vertretung des Beschwerdeführers an. Namens und im Auftrag des Beschwerdeführers lege ich
Verfassungsbeschwerde ein und beantrage

die Aufhebung

- des Planfeststellungsbeschlusses vom 23.12.2009 für den Neubau der Bundesstraße B 178n,
Verlegung BAB 4 bis Bundesgrenze D/PL und D/CZ, 3. Bauabschnitt, Teil 2, von der S 143
(Obercunnersdorf) bis zur S 128 (Niederoderwitz) sowie
- des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 23.03.2011 - BVerwG 9 A 9.10.

BEGRÜNDUNG

Inhalt

I. Zusammenfassung / Vorbemerkung

- a) Inhaltliches Anliegen des Beschwerdeführers
- b) Das Rechtsinstitut der materiellen Präklusion
 - aa) Frage der Verfassungsmäßigkeit der materiellen Präklusion
 - bb) Verhältnis zu Europarechtlichen Vorschriften

II. Sachverhalt

1. Vorhaben und Verfahren

2. Betroffenheit der Haselmaus durch das Vorhaben

- a) Schutzstatus nach nationalem und europäischem Recht
- b) Biologische Hintergründe zur Haselmaus
- c) Verschlechterung des Erhaltungszustandes der regionalen Population
- d) Funktionale Mängel der Kompensations- und Minderungshilfen

3. Bedarf (Planrechtfertigung)

- a) Das Verkehrsgutachten (Grundlage der Planfeststellung)
- b) Straßenverkehrszählung 2010
- c) Straßenverkehrszählung 2011
- d) Zu den Ausführungen im Planfeststellungsbeschluss (PFB) im Einzelnen

III. Rechtliche Würdigung

1. Verstoß gegen das Verbot von § 42 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG a.F. bzw. Art. 12 FFH-RL durch Beschädigung und Zerstörung der Fortpflanzungs- oder Ruhestätten der Haselmaus

2. Verletzung von Grundrechten

2.1 Eingriff in Grundrechte durch das Rechtsinstitut der materiellen Präklusion

2.1.1 Das Rechtsinstitut der materiellen Präklusion (Wirkung)

2.1.2 Betroffene Grundrechte (Eröffnung des Schutzbereichs und Eingriff)

- a) Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG)
- b) Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)
- c) Eigentum (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG) / Enteignungsschutz (Art. 14 Abs. 3 GG)
- d) Rechtsschutzgarantie (Art. 19 Abs. 4 GG)

2.2. Verletzung von Grundrechten durch das Rechtsinstitut der materiellen Präklusion

2.2.1 Interessenlage in Planungsverfahren

2.2.2 Ausweitung des Rechtsinstituts der materiellen Präklusion in der Gesetzgebung

2.2.3 Reale Handlungsmöglichkeiten eines Enteignungsbetroffenen zu naturschutzfachlichen Einwendungen zum Artenschutz

- a) Anforderungen an naturschutzfachliche Einwendungen zum Artenschutz (Inhalt und Frist)
- b) Bestimmungshemmnisse aufgrund der verborgenen Lebensweise von Arten
- c) Verwechslungsmöglichkeiten mit anderen Arten.
- d) Störungsverbot von § 44 BNatSchG
- e) Unmöglichkeit zum Nachweis während der Einwendungsfrist
 - aa) Verfassungsrechtlicher Maßstab der materiellen Präklusion ist eine Mindest-Einwendungsfrist von knapp 2 Wochen
 - bb) Weder 6, noch 2 Wochen sind für eine Einwendung zum Artenschutz ausreichend

- 2.2.4 Bisher nur bruchstückhafte Auseinandersetzung mit der materiellen Präklusion durch das Bundesverfassungsgericht und die weitere Rechtsprechung
 - 2.2.4.1 Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts
 - a) BVerfG Beschluss v. 08.07.1982 - 2 BvR 1187/80 - BVerfGE 60, 82 ff
 - b) Nichtannahmebeschlüsse
 - aa) BVerfG Nichtannahmebeschluss vom 27.12.1999 - 1 BvR 1746/97
 - bb) BVerfG Nichtannahmebeschluss vom 10.09.2008 - 1 BvR 1914/02
 - 2.2.4.2 Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts
 - a) BVerwG Beschluss vom 12.02.1996 - 4 A 38/95 und BVerwG Urteil vom 24.05.1996 - 4 A 38/95 (zu Grundgesetz/Fachplanungsrecht - § 17 Abs. 4 S. 1 FStrG a.F.)
 - b) BVerwG Beschluss vom 09.08.2010 - 9 B 10/10 (zu Art. 103 Abs. 1 GG / Naturschutzverbände)
 - c) BVerwG Beschluss vom 02.09.2010 - 9 B 11/10 (zu Art. 103 Abs. 1 GG / Planbetreffender Grundstückseigentümer)
 - 2.2.4.3 Anhaltende Kritik in der Literatur/Rechtswissenschaft
 - 2.2.4.4 Grundsätzliche Verkennung der Unterschiede zwischen Anlagengenehmigung und Genehmigung von Infrastrukturvorhaben, insbesondere von Bundesfernstraßen
- 2.2.5 Fehlende verfassungsrechtliche Legitimation der Grundrechtseingriffe - Keine Übertragbarkeit der bislang vorgebrachten Argumente für die Präklusion auf die Enteignungsvorwirkung im Fachplanungsrecht/Fernstraßenrecht
 - a) Hier betroffene Grundrechte können nur durch Grundrechte eingeschränkt werden bzw. muss die Einschränkung verhältnismäßig sein
 - b) Kein Interessenausgleich zwischen Grundrechtsträgern gegeben bei Infrastrukturvorhaben, insbesondere bei Bundesfernstraßen
 - c) Staatliche Infrastrukturverantwortung (Sozialstaatsprinzip)
 - d) Gewaltenteilung
 - aa) Argument, Tatsachenermittlung solle nur bei der Verwaltung liegen (Kompetenzbeachtung)
 - bb) Argument, drohender Beschneidung der Entscheidungsspielräume der Verwaltung (Funktionswahrung der Gewalten)
 - e) Effektivitätsgrundsatz, Beschleunigung und Konzentration
 - f) Sonderfall Enteignung innerhalb der Anwendungsgebiete der materiellen Präklusion
 - g) Umweltschutz: im Art. 20a GG = mit auf der Waagschale des Enteignungsbetroffenen

3. HILFSWEISE - Verfassungswidrige Ausgestaltung der materiellen Präklusion gegenüber Enteignungsbetroffenen i.S.v. § 19 FStrG

- a) Individuelle Kenntnis vom Einwendungsverfahren und dessen genauem Gegenstand
- b) Information über den Inhalt einer präklusionsverhindernden Einwendung
- c) Hinweis auf die Reichweite der Präklusionswirkung

4. Verstoß gegen Europäisches Recht - Vorlagenotwendigkeit zum EuGH

- 4.1 Konkrete Betroffenheit von EU-Recht im vorliegenden Beschwerdeverfahren
- 4.2 Grundsätzlich bestehender Konflikt der materiellen Präklusion mit Europäischem Recht
- 4.3 Bisherige Rechtsprechung zur Europarechtlichen Zulässigkeit nationaler Präklusionsvorschriften
 - a) BVerwG Beschluss vom 11.11.2009 - 4 B 57/09 (zu UmwRG und Europäischem Recht/ UVP-Richtlinie, IVU- Richtlinie)
 - b) BVerwG Urteil vom 14.04.2010 - 9 A 5/08 (zu BNatSchG und Europäischem Recht/ UVP-Richtlinie)
 - c) BVerwG Urteil vom 03.03.2011 - 9 A 8/10 (zu Europäischem Recht/ UVP-Richtlinie, FFH-Richtlinie - § 17a Nr. 7 FStrG)

5. Der fehlende Bedarf des Baus einer Bundesfernstraße ist faktisch nicht einklagbar

6. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

I. Zusammenfassung / Vorbemerkung

a) Inhaltliches Anliegen des Beschwerdeführers

Zwischen Zittau und der A 14 soll in einer schwer vom demografischen Wandel betroffenen Region eine knapp 50 km lange neue Trasse der B 178 entstehen. Der Beschwerdeführer ist in dem betreffenden Bereich der Straßentrasse Eigentümer von landwirtschaftlichen Grundstücken.

Das Vorhaben verstößt aus Sicht des Beschwerdeführers durch eine Schädigung der Vorkommen der europäisch streng geschützten Haselmaus gegen das Verbot von § 42 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG a.F. bzw. Art. 12 FFH-Richtlinie.

Für das Vorhaben fehlt aus Sicht des Beschwerdeführers auch ein die Planfeststellung rechtfertigender Bedarf. Der Planfeststellungsbeschluss beruht auf der Grundannahme, dass innerhalb von 15 Jahren zwischen 2005 und 2020 bei nur noch 65 % der Erwerbspersonen 114 % mehr Verkehr stattfinden soll. Das entspräche einem Anstieg der Verkehrsbelastung pro Kopf der Erwerbspersonen um das 3,3 fache bzw. auf 330 %.

In dem Verfahren fühlt sich der Beschwerdeführer als Enteignungsbetroffener einer Straßenplanfeststellung i.S.d FStrG in doppelter Hinsicht beschwert. Unter Verweis auf die materielle Präklusion des § 17a Nr. 7 S. 1 FStrG wurde sein substantiiertes und aus seiner Sicht Erfolg versprechende Vortrag zur Beeinträchtigung der Haselmaus durch das Vorhaben im Rechtsschutzverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nicht gehört. Zudem wurde sein Vortrag zum fehlenden Bedarf der Trasse vergleichbar formal zurückgewiesen unter Hinweis auf die Aufnahme des Vorhabens in die Bedarfspläne 1993 und 2004 zum Fernstraßenausbaugesetz.

Der Beschwerdeführer erblickt darin eine Grundrechtsverletzung in seinen Grundrechten auf Eigentum (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG), Enteignungsschutz (Art. 14 Abs. 3 GG) und der Rechtsschutzgarantie (Art. 19 Abs. 4 GG).

b) Das Rechtsinstitut der materiellen Präklusion

Hauptgegenstand der vorliegenden Beschwerde ist das Rechtsinstitut der materiellen Präklusion.

Die sog. materielle Präklusion verringert den gerichtlichen Rechtsschutz in erheblichem Ausmaße. Die Befugnis zur Erhebung von Einwendungen im Verfahren wird an bestimmte Fristen in bestimmten Verfahrensschritten gebunden. Ein Fristversäumnis führt zum Ausschluss der Möglichkeit für den Einwender, mit seiner Einwendung gehört zu werden. Bei der sog. formellen Präklusion beschränkt sich dieser Einwendungsausschluss auf das weitere Verwaltungsverfahren, bei der materiellen Präklusion gilt der Ausschluss auch in einem sich ggf. anschließenden Rechtsbehelfsverfahren. Der präkludierte Vortrag wird der gerichtlichen Überprüfung vollständig entzogen. Die gerichtliche Überprüfung bleibt insoweit unvollständig. Die Frist ist sowohl für die Behörde, als auch die Gerichte zwingend. Insbesondere ist es der Behörde nicht möglich, aus eigenem Ermessen bzw. Kulanz die Frist zu verlängern oder auf sie zu verzichten

Das Rechtsinstitut der materiellen Präklusion findet sich im hier zu betrachtenden Fernstraßenrecht in § 17a Nr. 7 S. 1 FStrG. Es erstreckt sich dabei auch auf Enteignungsbetroffene.

In den Anfangsjahren der Bundesrepublik gab es nur sehr vereinzelte Anwendungsfälle. Doch schon von Beginn an, gab es Zweifel an der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit. Die Auseinandersetzungen konzentrierten sich schließlich ab den 1970er Jahren auf das

Atomrecht. In dem langjährigen Rechtsstreit um die Zulassung von Block I des Atomkraftwerks Wyhl am Kaiserstuhl gelangte die Frage dann schließlich vor das Bundesverfassungsgericht. Dieses hat die materielle Präklusion dann in seinem "Sasbach-Beschluss" vom 8.7.1982 (BVerfGE 61, 82 ff) im Bezug auf atomrechtliche Anlagen als verfassungskonform eingestuft. Seitdem hat das BVerfG keine erneute Beschwerde zur materiellen Präklusion angenommen oder in einem anderen Verfahren (etwa im Rahmen einer Normenkontrolle) erneut zu dem Thema Stellung genommen.

aa) Frage der Verfassungsmäßigkeit der materiellen Präklusion

Die Verfassungsmäßigkeit der materiellen Präklusion gilt seit dem Sasbach-Beschluss von 1982 (in der Rechtsprechung, nicht in der Literatur) als ausgemacht. Tatsächlich kann diese Entscheidung aber heute nur noch sehr eingeschränkt für die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der materiellen Präklusion in den unterschiedlichen Rechtsbereichen des Planungsrechts herangezogen werden:

- Dieser Beschluss bezog sich unmittelbar nur auf die Verfassungsmäßigkeit der materiellen Präklusion im Atom- und Immissionsschutzrecht, also dem Anlagengenehmigungsrecht. Das sich davon in mehrfacher Hinsicht davon deutlich unterscheidende Fachplanungsrecht, in das der Gesetzgeber die materielle Präklusion in den später folgenden Jahren so großzügig eingefügt hat, war dagegen nicht Gegenstand der Sasbach-Entscheidung. Zum Fachplanungsrecht steht eine Entscheidung des BVerfG daher bis heute aus
- Seit dem Sasbach-Beschluss haben sich gravierende Änderungen im Recht, insbesondere im Umweltrecht, als auch im Europarecht ergeben.
- Der Gesetzgeber hat zudem das ursprünglich auf das Recht der Genehmigung von Großanlagen (insbes. Atomkraftwerke) konzentrierte Einsatzfeld in den letzten Jahren auf fast alle Bereiche des Umwelt- und Technikrechts aber auch generell das Verwaltungsverfahrenrecht ausgeweitet. Aus einem Sonderrecht ist damit in den letzten Jahren geradezu ein allgemeiner Rechtsgrundsatz geworden.
- Das BVerfG hat sich gemessen an den zum Problemkreis der materiellen Präklusion in der Literatur in den vergangenen Jahrzehnten aufgeworfenen Fragen nur sehr kurz auseinandergesetzt und sich dabei nur auf sehr wenige der insgesamt diskutierten Punkte eingeschränkt. Mit den in Jahrzehnten zusammen getragenen und diskutierten Argumenten der Literatur insgesamt, haben sich bislang weder das BVerfG, noch das BVerfG auseinandergesetzt.

Bis heute bestehen in der Literatur erhebliche Zweifel an der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit (erstmal wohl von Zuck, Unwirksamkeit der gewerberechtlichen Ausschlussfrist für Einwendungen gegen "genehmigungspflichtige Anlagen", BB 1963, S. 671 ff.; ders, DVBl. 1973, 646; Wolfrum, DÖV 1979, 497, 500 ff; Ule, BB 1979, 1009, 1011 f; Papier, NJW 1980, 313, 318 ff; de Witt, DVBl. 1980, 1006, 1008 f; Erbguth, Rechtssystematische Fragen des Umweltrechts, 1987, 264 ff; Beckmann, Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz im raumbedeutsamen Umweltrecht, 1987, 218 ff; Class, VR 1990, 1, 4; Jacoby, Die Beschleunigung von Verwaltungsverfahren und das Verfassungsrecht, 1996, 90 - hier zumindest für verkehrsrechtliche Planfeststellungen; Solveen, Zur materiellen Präklusion im Fernstraßenplanungsrecht, DVBl. 1997, 803 ff; Erbguth, Zur Vereinbarkeit der jüngeren Deregulierungsgesetzgebung im Umweltrecht mit dem Verfassungs- und Europarecht, 1999, 96).

Mittlerweile haben sich mit dem Thema eigens drei Dissertationen monografisch auseinander gesetzt und im Ergebnis grundlegende verfassungsrechtliche (sowie europarechtliche) Bedenken zusammen getragen (Solveen, Die materielle Präklusion im Fachplanungsrecht - beispielhaft untersucht anhand § 17 Abs. 4 FStrG, 1998; Oexle, Das Rechtsinstitut der materiellen Präklusion, Berlin 2000; Niedzwicki, Präklusionsvorschriften im Spannungsfeld zwischen Verfahrensbeschleunigung, Einzelfallgerechtigkeit und Rechtsstaatlichkeit, 2007).

Eine Auseinandersetzung der Rechtsprechung mit diesen kritischen Stimmen ist bislang nicht erkennbar, weder durch des BVerfG, noch durch das BverwG.

bb) Verhältnis zu Europarechtlichen Vorschriften

Die materielle Präklusion steht im Konflikt mit Europarechtlichen Vorschriften, insbesondere der Richtlinie 92/43/EWG (FFH-RL). Deshalb ist eine Klärung dieser Frage gem. Art. 234 EGV durch den EuGH im Wege der Vorabentscheidung erforderlich.

Soweit ersichtlich, ist bis zum jetzigen Zeitpunkt noch keine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs zur Zulässigkeit nationaler Präklusionsvorschriften ergangen.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich bislang noch nicht mit den Europarechtlichen Wirkungen der materiellen Präklusion auseinandergesetzt.

Das Bundesverwaltungsgericht hat zuletzt in mehreren Entscheidungen diesbezüglich eventuelle bestehende Konflikte grundsätzlich ausgeschlossen. Demgegenüber häufen sich in der Literatur die Stimmen, die hier eindeutige Konflikte erkennen (ausführlich Niedzwicki, Präklusionsvorschriften im Spannungsfeld zwischen Verfahrensbeschleunigung, Einzelfallgerechtigkeit und Rechtsstaatlichkeit, 2007, 219-246; weiter etwa auch Stüer/Rieder, Präklusion in der Fachplanung und Europarecht, EurUP 2004, 139-149).

Der EuGH hat in der Rechtssache Peterbroeck (EuGH, Urt. v. 14.12.1995 - Rs. C-312/93, Slg. 1995, I-4599 ff. entschieden, dass das Gemeinschaftsrecht *"der Anwendung einer nationalen Verfahrensvorschrift entgegensteht, die es einem im Rahmen seiner Zuständigkeit angerufenen nationalem Gericht unter Voraussetzungen, wie sie durch das im Ausgangsrechtsstreit maßgebliche Verfahren vorgegeben werden, verbietet, von Amts wegen die Vereinbarkeit eines innerstaatlichen Rechtsakts mit einer Vorschrift des Gemeinschaftsrechts zu prüfen, wenn sich kein Verfahrensbeteiligter innerhalb einer bestimmten Frist auf die letztgenannte Vorschrift berufen hat"*.

Nach Ansicht des Beschwerdeführers muss er damit als Enteignungsbetroffener ungeachtet der materiellen Präklusionsfristen in § 17a Nr. 7 S. 1 FStrG vor Gericht Verstöße gegen gemeinschaftsrechtlich determiniertes Verfahrensrecht, wie etwa die FFH-Richtlinie rügen können.

Zur Klärung dieses Konflikts ist gem. Art. 234 EGV eine Vorabentscheidung durch den EuGH erforderlich.

II. Sachverhalt

1. Vorhaben und Verfahren

Der Vorhabenträger, das Straßenbauamt Bautzen, beabsichtigt namens und im Auftrag der Bundesrepublik Deutschland den zweistreifigen Neubau (Bau- und Betriebsform 2+1, Regelquerschnitt RQ 15,5) der B 178n zur Schaffung einer neuen Straßenverbindung in Nord-Süd-Richtung zwischen dem Dreiländereck Zittau und der Bundesautobahn A 4. Das Gesamtvorhaben wurde in die Bedarfspläne 1993 und 2004 zum Fernstraßenausbaugesetz als vordringlicher Bedarf aufgenommen. Der hier streitige 3. Bauabschnitt vom Anschluss an die Ortsumgehung Löbau bis zur B 178alt Oberseifersdorf bei Zittau wurde in der Planung in drei Unterabschnitte aufgeteilt (3.1 - 3.3). Der Abschnitt 3.1 anschließend an die fertig gestellte OU Löbau bis zum Netzknoten an der S 143 bei Bau-km 5+994 wurde bereits planfestgestellt. Daran anknüpfend beginnt der hier streitige Planfeststellungsabschnitt 3.2. Der Abschnitt 3.3. befindet sich noch nicht in der Planfeststellung.

Insgesamt soll damit für 223 Millionen Euro eine knapp 50 km lange neue Trasse der B 178 entstehen. Die alte Trasse und deren Unterhaltungslast werden auf den Landkreis und die Kommunen übertragen. In der Region werden 485 Hektar landwirtschaftliche Fläche verschwinden (Antwort des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung vom 20.08.2010 auf eine Kleine Anfrage im Bundestag - BT Drucksache 17/2737).

Dagegen gab es vielfachen Widerstand, nicht zuletzt durch betroffene Landwirte, so auch gegen den hier betroffenen Bauabschnitt 3.2 nahe Herrnhut. Die Landwirte sehen ihre wirtschaftliche Existenz gefährdet durch Entzug und Zerstückelung ihrer Landwirtschaftsflächen.

Das Planfeststellungsverfahren wurde im März 2005 eingeleitet. Die Planungsunterlagen, die auch den landschaftspflegerischen Begleitplan und die diesem zugrunde liegenden naturschutzfachlichen Gutachten umfassten, lagen einen Monat lang in der Stadt Herrnhut öffentlich aus. In der öffentlichen Bekanntmachung wurde darauf hingewiesen, dass jeder bis zwei Wochen nach Ablauf der Auslegungsfrist Einwendungen gegen den Plan erheben könne. Die Einwendung müsse den geltend gemachten Belang und das Maß der Beeinträchtigung erkennen lassen. Mit Ablauf der Einwendungsfrist seien alle Einwendungen ausgeschlossen.

Dem ausgelegten Erläuterungsbericht vom 27.05.2005 war zu entnehmen, dass Maßnahmen zum Schutz von Tieren getroffen werden sollen, wie sie im ausgelegten landschaftspflegerischen Begleitplan aufgeführt und in den beigefügten faunisten Gutachten für erforderlich gehalten wurden. Hinweise auf ein mögliches Vorkommen der Haselmaus waren in den ausgelegten Planungsunterlagen nicht enthalten.

Der Beschwerdeführer ist in dem betreffenden Bereich der Straßentrasse Eigentümer von landwirtschaftlichen Grundstücken und dadurch als Eigentümer durch die Maßnahme betroffen. Dies betrifft die Grundflächen im Grundbuch von #####, Flurstück ### und Blatt ###, Flurstück ###, das Grundstück Gemarkung #####, Grundbuchblatt ### Flurstück ### und Blatt ### Flurstücksnummern ###, ### und ###. Außerdem ist er als Landwirt und dabei auch als Pächter von landwirtschaftlichen Flächen von der entsprechenden Trasse betroffen. Einige dieser Flächen gehörten bei Planfeststellung noch #####, von dem der Beschwerdeführer im ##### den Betrieb und die Grundstücke als Rechtsnachfolger vollständig übernommen hat.

Der Beschwerdeführer und sein Vater als Rechtsvorgänger als ehemaliger Eigentümer einiger der betroffenen Grundstücke lehnen nicht nur den Verlust ihres Grundeigentums ab, sondern sehen bzw. sahen sich durch das Vorhaben ihre wirtschaftliche Existenz gefährdet

durch Entzug und Zerstückelung ihrer Landwirtschaftsflächen. Beide haben jeweils mit Schreiben vom 28.07.2005 Einwendungen gegen das Vorhaben und die Inanspruchnahme ihres Eigentums vorgebracht und sich als Alternative für einen Ausbau der bestehenden B 178alt eingesetzt. Die Einwendungen sind fristgerecht beim damaligen Regierungspräsidium Dresden (heute Landesdirektion) eingegangen.

Beweis: Einwendung ##### zur B178n vom 28.07.2005; als Anlage **K1**;
Einwendung ##### zur B178n vom 28.07.2005; als Anlage **K2**;
Planfeststellungsbeschluss zur B178n vom 23.12.2009, Pkt. 9, S. 143;
als Anlage **K4**

Im Anhörungsverfahren ergaben sich eine Reihe von Änderungen, denen mit Tekturen vom 6. November 2008 Rechnung getragen wurde. Die Grundstücke des Beschwerdeführers bzw. seines Rechtsvorgängers waren davon insoweit nicht unmittelbar betroffen, als keine Änderung des Trassenverlaufs geplant wurde. Die Auslegung der geänderten Planungsunterlagen wurde unter Bezugnahme auf § 73 Abs. 8 VwVfG und unter Hinweis darauf, dass sich die Planänderung auf Grundstücke in im Einzelnen aufgeführte Gemeinden auswirkt, durch Veröffentlichung am 26. Februar 2009 bekannt gemacht. In der Bekanntmachung wurde darauf hingewiesen, dass jeder bis zwei Wochen nach Ablauf der Auslegungsfrist Einwendungen gegen den Plan erheben könne. Die Einwendung müsse den geltend gemachten Belang und das Maß der Beeinträchtigung erkennen lassen. Mit Ablauf der Einwendungsfrist seien alle Einwendungen ausgeschlossen.

Mit Schreiben vom 23.04.2009 vertieften der Beschwerdeführer und sein Rechtsvorgänger durch die Anwaltskanzlei Cornelius Hartmann ihre bisherigen Einwendungen und rügten u.a. eine Beeinträchtigung und unzulängliche Untersuchung der Avifauna, von Fledermäusen und der Haselmaus.

Beweis: Einwendungen RA Hartmann vom 23.04.2009; als Anlage **K3**

Insgesamt haben der Beschwerdeführer und sein Rechtsvorgänger im Verlauf des Verfahrens mit ihren Einwendungen die Existenzgefährdung ihres landwirtschaftlichen Betriebes dargelegt, die Planrechtfertigung bestritten (Verkehrsprognose), auf die Beeinträchtigung geschützter Tierarten hingewiesen und ergänzende Forderungen zur Verminderung ihrer wirtschaftlichen Nachteile erhoben.

Der Freistaat Sachsen hat, vertreten durch die Landesdirektion Dresden, mit Planfeststellungsbeschluss vom 23.12.2009 den Plan für den Neubau der Bundesstraße B 178n, Verlegung BAB 4 bis Bundesgrenze D/PL und D/CZ, 3. Bauabschnitt, Teil 2, von der S 143 (Obercunnersdorf) bis zur S 128 (Niederoderwitz), von Bau-km 5+944 bis Bau-km 16+150 mit Anschluss an die S 128 bei Niederoderwitz festgestellt.

Zur Begründung wird u.a. ausgeführt: Die Planrechtfertigung ergebe sich aus der Aufnahme des Verkehrsprojektes in den Bedarfsplan für die Bundesfernstraßen. Das für das Jahr 2020 prognostizierte Verkehrsaufkommen bestätige den Bedarf für die Maßnahme. Außerdem werde eine leistungsfähige überregionale Nord-Süd-Verbindung in das Dreiländereck nach Polen und Tschechien geschaffen. darüber hinaus solle die neue Trasse der verkehrlich überlasteten Stadt Herrnhut als Ortsumgehung dienen. Ein Neubau sei insbesondere auch deshalb erforderlich, um für den Schwerverkehr eine schnelle Verbindung zwischen der A 4 und dem Dreiländereck zu schaffen.

Die Eingriffe in die Tier- und Pflanzenwelt würden durch eine Reihe von Maßnahmen aufgefangen. Dazu gehörten Grünbrücken, Wilddurchlässe, Kleintierdurchlässe und Amphibienleiteinrichtungen sowie Fledermausschutzzäune. Eingriffe in Haselmausvorkommen erfolgten nicht, weil im Trassenbereich solche Vorkommen aufgrund der durchgeführten Untersuchungen hätten ausgeschlossen werden können. Unabhängig

davon seien erhebliche Beeinträchtigungen, ein Haselmausvorkommen unterstellt, aufgrund der im Planfeststellungsbeschluss vorsorglich enthaltenen worst-case-Auflagen ausgeschlossen.

Eine Existenzgefährdung des Landwirtschaftsbetriebes des jetzigen Beschwerdeführers bzw. seines Rechtsvorgängers habe nicht festgestellt werden können.

Beweis: Planfeststellungsbeschluss zur B178n vom 23.12.2009; als Anlage **K4**

Gegen den Planfeststellungsbeschluss legte der Unterzeichner im gemeinsamen Auftrag des jetzigen Beschwerdeführers und dessen Rechtsvorgängers am 03.04.2010 Klage beim Bundesverwaltungsgericht ein. Die Begründung dieser Klage wurde mit Schriftsatz vom 18.05.2010 innerhalb der Frist von § 17e Abs. 5 FStrG beim BVerwG eingereicht. Mit der Klage wurde die Aufhebung des Planfeststellungsbeschlusses vom 23.12.2009 beantragt. Als Begründung wird auf eine wirtschaftliche Existenzgefährdung der Kläger, eine fehlende Planrechtfertigung sowie auf Naturschutzbelange in Form einer Gefährdung der Haselmausvorkommen abgestellt.

Beweis: Klagebegründung Verfahren BVerwG 9 A 9.10 vom 18.05.2010; als Anlage **K5**

Mit einem Klagenachtrag vom 17.03.2011 wurde der Vortrag zur fehlenden Planrechtfertigung unter Verweis auf neues Beweismaterial vertieft.

Beweis: Klagenachtrag Verfahren BVerwG 9 A 9.10 vom 17.03.2011; als Anlage **K6**

Mit Urteil vom 23.03.2011 - BVerwG 9 A 9.10 hat das Bundesverwaltungsgericht die Klage abgewiesen. Diese sei zulässig, jedoch unbegründet.

Mit ihrem Vortrag zur Haselmaus seien die Kläger gem. § 17a Nr. 7 S. 1 FStrG aufgrund einer vorliegenden Präklusionswirkung ausgeschlossen. In ihren 2005 erhobenen Einwendungen hätten sie sich zwar gegen das Planvorhaben gewandt, jedoch nicht deutlich gemacht, dass sie die naturschutzfachliche Bewertung in irgendeiner Hinsicht für unzureichend gehalten hätten. Auf die Einwendungsfrist mit den sich aus ihrer Versäumung ergebenden Folgen wären sie mit dem Hinweis auf die Auslegung des Planfeststellungsbeschlusses hingewiesen worden. Die ausgelegten Unterlagen hätten auch eine hinreichende Anstoßwirkung gehabt. Die 2009 vorgebrachten Einwendungen, auf die sich die Kläger im Klageverfahren stützten, könnten nicht berücksichtigt werden, weil sie verspätet seien. Das Anhörungsverfahren zur Planänderung sollte nicht das Planfeststellungsverfahren neu eröffnen, sondern nur innerhalb des anhängigen Planfeststellungsverfahrens sollte der ausgelegte Plan geändert werden. Hinsichtlich der von der Änderung nicht berührten Teile des Planes sei es wegen § 17a Nr. 7 S. 1 FStrG i.V.m. § 78 Abs. 8 VwVfG bei der einmal eingetretenen Präklusionswirkung geblieben.

Die erforderliche Planrechtfertigung sei aufgrund der Ausweisung der B 178n im Bedarfsplan für die Bundesfernstraßen zum Fernstraßenausbaugesetz (i.d.F. der Bekanntmachung vom 20. Januar 2005, BGBl I S. 201 - FStrAbG-, zuletzt geändert durch Art. 12 des Gesetzes vom 9. Dezember 2006, BGBl I S. 2833) als vordringlicher Bedarf gegeben. Nach § 1 Abs. 2 S. 1 FStAbG entsprechen die in den Bedarfsplan aufgenommenen Bauvorhaben den Zielsetzungen des § 1 Abs. 1 FStrG und sind hieran gemessen vernünftigerweise geboten. Die Feststellung, dass ein verkehrlicher Bedarf besteht, ist für die Planfeststellung verbindlich. Die Verbindlichkeit erstreckt sich auch auf das gerichtliche Verfahren. Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber mit der Bedarfsfeststellung für das hier streitige Vorhaben die Grenzen seines gesetzgeberischen Ermessens überschritten habe, sind aus Sicht des BVerwG nicht ersichtlich. Die Feststellung des Bedarfs sei nicht evident unsachlich in der Weise, dass es für die Aufnahme des Vorhabens in den Bedarfsplan im Hinblick auf eine bestehende oder künftig zu erwartende Verkehrsbelastung oder auf die verkehrliche Erschließung eines zu entwickelnden Raumes an jeglicher Notwendigkeit fehle. Vielmehr

bestünde die Planrechtfertigung entsprechend der im Planfeststellungsbeschluss dazu aufgeführten Punkte.

Beweis: BVerwG Urteil vom 23.03.2011 - 9 A 9.10; als Anlage **K7**

Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23.03.2011 - 9 A 9.10 ist dem Unterzeichner am 23.06.2011 gegen Empfangsbekanntnis zugegangen.

Beweis: Empfangsbekanntnis BVerwG Urteil vom 23.03.2011 - 9 A 9.10 - vom 23.06.2011; als Anlage **K8**

2. Betroffenheit der Haselmaus durch das Vorhaben

Der Beschwerdeführer hat sich im Planfeststellungsverfahren und im anschließenden Klageverfahren auf eine Schädigung der Vorkommen der Haselmaus durch das Vorhaben berufen und dazu umfangreich vorgetragen.

a) Schutzstatus nach nationalem und europäischem Recht

Die Haselmaus ist „streng geschützte“ Tierart i.S.v. Art § 7 Abs. 2 Nr. 14 BNatSchG bzw. Art nach Anhang IV der Richtlinie 92/43/EWG (FFH-RL) und damit unter dem Schutzstatus des Artikel 12 der FFH-RL.

b) Biologische Hintergründe zur Haselmaus

Die Haselmaus gehört zur Familie der Bilche. Sie bewohnt alle Waldgesellschaften und auch Feldhecken oder Gebüsche im Brachland. Die Art ist sehr ortstreu und nur in der unmittelbaren Umgebung des Nestes aktiv. Beim Mobilitätsverhalten zwischen Männchen und Weibchen existieren bedeutende Unterschiede. Weibchen blieben bei entsprechenden Untersuchungen meist im Umkreis 50 m in Nestnähe, nur wenige nahmen Ortswechsel bis 1400 m vor. Bei Männchen wurden Entfernungen bis zu 300 m in einer Nacht und 1800 m pro Saison festgestellt. Die Tiere bewegen sich weit überwiegend im Gezweig von Bäumen und Sträuchern fort.

Gefährdungsursachen:

- generelle Empfindlichkeit gegenüber ungünstigen Witterungsbedingungen vor während und unmittelbar nach dem Winterschlaf;
- geringe Populationsdichten und geringe Populationswachstumsraten;
- forstliche Maßnahmen wie Durchforstungen und übermäßiger Waldwegebau (isolierende Wirkung auf Teilhabitate innerhalb des Reviers);
- Habitatfragmentierung: In Großbritannien konnte die Art nicht mehr in verinselten Waldparzellen festgestellt werden, die weiter als 1700 m vom nächsten Waldbestand mit einer Mindestgröße von 20 ha entfernt lagen.

(Petersen, Barbara, Das europäische Schutzgebietssystem Natura 2000, Ökologie und Verbreitung von Arten der FFH-RL in Deutschland. Bd. 2, Bonn Bad Godesberg: 2004, S. 454 Kap. Haselmaus Abs. Mobilität; Ausbreitungspotenzial u. Gefährdungsursachen; als Anlage **K10**)

Besonders beachtlich ist, dass Haselmäuse mehr als 95 % ihrer nächtlichen Aktivität in den Kronen der Bäume und Sträucher verbringen; selbst kleinere Exkursionen auf dem Boden werden vermieden. Deshalb wirken für Haselmäuse bereits kleinere Straßen, über denen sich die Baumkronen nicht berühren, als trennende Landschaftsstrukturen (Sächsisches Landesamt für Umwelt, Landwirtschaft und Geologie (Hg.), Hauer, S., Ansorge, H., Zöphel,

U., Atlas der Säugetiere Sachsens. Kapitel: Haselmaus, Abschnitt: Häufigkeit und Gefährdung, S. 264)

c) Verschlechterung des Erhaltungszustandes der regionalen Population

Der Planfeststellungsbeschluss verkennt aus Sicht des Beschwerdeführers die tatsächliche Beeinträchtigung der lokalen Population der Haselmaus und widerspricht energisch dem Sondergutachten des Straßenbauamtes Sachsen:

„Das vom Einwender vorgetragene Vorkommen der Haselmaus wurde weder vom von der Unteren Naturschutzbehörde des Landratsamtes Görlitz noch vom damaligen Regierungspräsidium Dresden bestätigt. Die Stellungnahmen sämtlicher Umweltbehörden haben auf kein Haselmausvorkommen hingewiesen. Gleichwohl wurde aufgrund der Einwendung ein Haselmausgutachten in Auftrag gegeben. Nach dieser Aktenlage müssen wir daher den Einwand zurückweisen.“

(Planfeststellungsbeschluss zur B178n vom 23.12.2009, Pkt. 9, S. 144, Abs. 1; als Anlage **K4**)

In dem vom Straßenbauamt Sachsen in Auftrag gegebenen „Sondergutachten zur Haselmaus zum Straßenbauprojekt B 178n Abschnitt 3.2“ wird aber in Kapitel 5 „Wirkprognose der geplanten Straße“ eine vollkommen gegenteilige Feststellung getroffen. Hier wurde festgestellt, dass zunächst eine erhebliche Beeinträchtigung des Erhaltungszustandes der regionalen Population der Haselmaus durch das Projekt vorliege:

„Die Schwerpunkte der Verbreitung der Haselmaus in Sachsen liegen im Erzgebirge und in der Oberlausitz mit besonders guten Vorkommen in der südöstlichen Oberlausitz. Der Erhaltungszustand der Art in Sachsen wird als unzureichend eingestuft, in der biogeografischen Region ist der Zustand bisher noch als „unbekannt“ angegeben. Der verhältnismäßig hohe Anteil der Vorkommen in Sachsen an den Vorkommen der kontinentalen weist auf die Bedeutung der sächsischen Bestände für die Sicherung des Erhaltungszustandes.

Das geplante Vorhaben hat demnach eine hohe Relevanz bezüglich des Erhaltungszustandes der Haselmaus im Freistaat Sachsen. Der Lebensraumverlust ist eine Beeinträchtigung der lokalen Population. Da für die Haselmaus die Zerschneidung als eine Hauptgefährdungsursache angesehen wird, ist aufgrund der fehlenden Kohärenz der Vorkommen nach dem Bau der Straße von einer erheblichen Beeinträchtigung auf regionaler Ebene auszugehen.“

Neben der Zerschneidungswirkung der Trasse weist der Gutachter auch auf den direkten Verlust von Habitatstrukturen mit der Funktion als Trittsteinbiotope für Haselmäuse hin.

(Freistaat Sachsen, Straßenbauamt Bautzen, Tektur der Planfeststellung. Ergänzende Unterlagen. Bearbeiter: Dipl.-Biol. Sven Büchner, Sondergutachten zur Haselmaus (*Muscardinus avellanarius*) (Anhang IV Art der FFH-Richtlinie) für den landschaftspflegerischen Begleitplan, Projekt: B 178n Bauabschnitt 3.2) Bericht zum 10.10.2009, S. 12 Abs. 2 u. 4)

Obwohl die Planfeststellungsbehörde jede Plausibilität der Argumentation des Sondergutachters und des Klägers abweist, ist sie dennoch bereit, für Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen zu sorgen. Laut dem Planfeststellungsbeschluss soll das Maßnahmenkonzept des LBP um die im „Sondergutachten Haselmaus“ vorgeschlagene Maßnahme - Gestaltung einer linearen Heckenstruktur (ca. 6 m Breite und 3000 m Länge - an der westlichen Gemarkungsgrenze von Sohland am Rotstein als Habitatverbund zwischen Rotstein und dem Berthelsdorfer Wald, erweitert werden.

(Planfeststellungsbeschluss zur B178n vom 23.12.2009, Pkt. 4.5.18, S. 23 Abs. 1 u. 2; als Anlage **K4**)

Diese Maßnahme war im Sondergutachten Haselmaus als unbedingt notwendige Maßnahme zur Kompensation vorgeschlagen worden.

(Freistaat Sachsen, Straßenbauamt Bautzen, Tektur der Planfeststellung. Ergänzende Unterlagen. Bearbeiter: Dipl.-Biol. Sven Büchner, Sondergutachten zur Haselmaus (*Muscardinus avellanarius*) (Anhang IV Art der FFH-Richtlinie) für den landschaftspflegerischen Begleitplan, Projekt: B 178n Bauabschnitt 3.2) Bericht zum 10.10.2009, S. 14 Abs. 2)

Es muss also angenommen werden, dass bei der Nichtdurchsetzung dieser Ersatzmaßnahme oder bei Ausführung einer nicht voll funktionierenden Ersatzmaßnahme (oder CEF Maßnahme) die im Gutachten festgestellte erhebliche Beeinträchtigung der regionalen Population der Haselmäuse weiterhin bestehen bleibt.

d) Funktionale Mängel der Kompensations- und Minderungshilfen

Aus verschiedenen Gründen sind die genannten CEF-Maßnahmen bzw. Kompensations- und Minderungsmaßnahmen nicht umsetzbar bzw. nicht geeignet, die durch den Bau und den Betrieb der Trasse B 178n, hervorgerufenen Verschlechterungen des Erhaltungszustandes der regionalen Population der Haselmaus auszugleichen bzw. zu vermindern.

- Die Errichtung dieser Habitatstruktur ist bisher nicht durchsetzbar und auch nicht hinreichend im Planfeststellungsbeschluss geregelt.
Das Sondergutachten zur Haselmaus wurde am 22.10.2009 als Bestandteil der Planfeststellungsunterlagen anerkannt. Der Planfeststellungsbeschluss erging am 23.12.2009 .In dieser kurzen Zeit konnte keine hinreichende Festsetzung im Planfeststellungsverfahren erfolgen.
(Freistaat Sachsen, Straßenbauamt Bautzen, Tektur der Planfeststellung. Ergänzende Unterlagen. Bearbeiter: Dipl.-Biol. Sven Büchner, Sondergutachten zur Haselmaus (*Muscardinus avellanarius*) (Anhang IV Art der FFH-Richtlinie) für den landschaftspflegerischen Begleitplan, Projekt: B 178n Bauabschnitt 3.2) Bericht zum 10.10.2009, S. 12 Abs. 2 u. 4)
- Aus dem Planfeststellungsbeschluss geht nicht hervor, wann und wie die Maßnahme umgesetzt werden kann, in welchen Grundbesitz eingegriffen wird und wie die Besitzverhältnisse des benötigten Landes erworben und langfristig gesichert werden können. Auch ist es nicht bekannt, dass die Finanzierung der Maßnahme geregelt wäre. Mögliche Enteignungen wären mit den Planfeststellungsbeschluss zu integrieren gewesen.
- Auch wird zum Zeitpunkt des Funktionsbeginns der Kohärenzmaßnahme nichts Nennenswertes vorgebracht. Nach dem jetzigen Stand der Erkenntnisse kann die Maßnahme nicht vor Beginn des Trassenbaues bzw. vor dem Trassenbetrieb fertig gestellt sein.
- Da die Haselmäuse an die Durchgängigkeit ihrer Wanderstrukturen hohe Anforderungen stellen, müsste die geplante Hecke ohne Unterbrechung ausgeführt sein. Die Art ist dafür bekannt, dass sie schon kleine Unterbrechungen wie Waldwege in der Gehölzstruktur als Barriere empfindet und ein zerschnittenes Habitat meidet. Durch diese Anforderungen wird es im hohen Maße schwierig sein die vorhandene landwirtschaftliche Wegestruktur wie bisher weiter zu betreiben.
- Grundlegend ist die Funktionalität der Maßnahme zunächst in Zweifel zu ziehen. Nach der Fachliteratur wird für Haselmäuse pro Saison eine Ausbreitungsmöglichkeit von 1800 m festgestellt. Auch reagiert die Haselmaus besonders empfindlich auf Habitatfragmentierung. Dabei ist hier eine Erkenntnis aus Großbritannien als folgenschwer einzuordnen. Die Art konnte dort nicht mehr in verinselten Waldparzellen festgestellt werden, die weiter als 1700 m vom nächsten Waldbestand mit einer Mindestgröße von 20 ha entfernt lagen.

Daraus ist abzuleiten, dass eine 3 km lange Heckenstruktur allein kaum geeignet sein kann, eine im vollen Umfang funktionstüchtigen Haselmaus-Wanderstruktur herzustellen. Im Planfeststellungsbeschluss ist nicht ersichtlich, wie die hier genannten Rahmenbedingungen für Ausgleichsmaßnahmen – bestimmt durch die Habitatansprüche der Art - angemessen umgesetzt werden können.

Aus fachlicher Sicht sind weitere sehr umfassende Waldpflanzungen als Einzelmaßnahmen in die Heckenstruktur zu integrieren. Dabei müssten mindestens neu zu schaffende Waldflächen über 20 ha in die Schutzmaßnahme mittig integriert werden. Auch wären weitere kleine Anpflanzungen notwendig, um auch die Wanderung für Weibchen zu ermöglichen bzw. attraktiv zu gestalten.

3. Bedarf (Planrechtfertigung)

Mit der von den Klägern favorisierten Planungsalternative eines Ausbaus des vorhandenen Straßennetzes hat sich der Beklagte im Planfeststellungsbeschluss ausführlich auseinandergesetzt (Planfeststellungsbeschluss zur B178n vom 23.12.2009, Pkt. 6, S. 53ff; als Anlage **K4**), ebenso das Bundesverwaltungsgericht bereits in früheren Entscheidungen im Zusammenhang mit dem Gesamtvorhaben, die den Planfeststellungsabschnitt 1.2 (vgl. etwa BVerwG Urt. v. 26.10.2005 - 9 A 34.04) bzw. den Planfeststellungsabschnitt 3.1 (vgl. etwa BVerwG Urt. v. 30.01.2008 - 9 A 27.06) betrafen.

Danach hat der Vorhabenträger bei diesen vorgenannten Abschnitten zur Überzeugung des Gerichts darlegen können, dass sich das Hauptziel der Planung, eine leistungsfähige und schnelle Nord-Süd-Verbindung zwischen Zittau/Dreiländereck und A 4 zur Aufnahme und Weiterleitung des Verkehrs aus diesen und den grenzüberschreitenden Regionen zu schaffen, durch einen bloßen Ausbau des vorhandenen Straßennetzes nicht erreicht werden könne. Dazu hat er auf die topographisch ungünstige Linienführung der vorhandenen, in ihrem Ausbauzustand unzureichenden Bundesstraßen und die Vielzahl von Ortsdurchfahrten hingewiesen, weswegen bei Schaffung einer entsprechenden Leistungsfähigkeit und der auch im Hinblick auf § 50 BImSchG erforderlichen Ortsumgehungen der Ausbau einem aufwändigen Neubau gleichkomme, der jedoch verkehrliche, ökologische und wirtschaftliche Nachteile aufweise und zudem aufgrund der erforderlichen separaten Trassenführung für den regionalen und zwischenörtlichen Verkehr nicht mehr zur Verfügung stehe.

Tatsächlich sprechen gegen die Feststellung des Bedarfs gerade des Abschnitts 3.2 jedoch ganz offensichtlich erhebliche Gründe, die eine bestehende oder künftig zu erwartende Verkehrsbelastung ausschließen, die die Notwendigkeit einer verkehrlichen Erschließung des betreffenden Raums erfordern würde.

Der Beschwerdeführer hat im Planfeststellungsverfahren und im anschließenden Klageverfahren geltend gemacht, dass es dem Vorhaben an der Notwendigkeit, mithin der Planrechtfertigung fehle und vielmehr ein bloßer Ausbau der bestehenden B 178alt ausreichend sei. Dazu hat er umfangreich vorgetragen:

a) Das Verkehrsgutachten (Grundlage der Planfeststellung)

Dem Planfeststellungsbeschluss liegt die Annahme eines erheblich wachsenden Verkehrsaufkommens zu Grunde. Ein solches ist aber weder in der Vergangenheit feststellbar (Zählungszeitraum 1995 - 2005), noch gegenwärtig nachzuweisen. Für die Zukunft ist vielmehr zwingend von einem deutlichen Rückgang auszugehen, da die Bevölkerung insgesamt im Einzugsgebiet der Trasse bis 2020 um 18 % zurückgehen wird und die Zahl der Erwerbspersonen sogar um 35 %. Für einen Ausgleich dieser dramatisch sinkenden Nachfrage nach Nutzung der Trasse durch die ansässige Bevölkerung durch andere potentielle Nutzer fehlt - wie in der Klagebegründung vom 18.05.2010 bereits ausführlich dargelegt - nicht nur jeder Nachweis, sondern auch schon grundsätzlich eine Basis für eine solche Annahme. Dies gilt insbesondere für die benachbarten Regionen in Polen und Tschechien, die ebenfalls vom demografischen Wandel betroffen sind und für die kein Bedarf für eine neue Trasse erkennbar ist oder sonst durch den Beklagten konkretisiert werden konnte.

Zur Grundfrage der Planrechtfertigung sollen noch einmal die ganz grundsätzlichen Zahlen in Erinnerung gerufen werden. Diese finden sich in dem Verkehrsgutachten des Vorhabenträgers, das der Planfeststellung zugrunde liegt.

Beweis: PTV AG, Bericht vom 19.12.2007; als Anlage **K24**

„Die Ergebnisse der SVZ [Straßenverkehrszählung 1995-2005] im Abschnitt Löbau bis Zittau zeigen im Vergleich der Ergebnisse des Jahres 2005 mit den Jahren davor, dass sowohl Steigerungen (...), als auch Rückgänge (...) in den Verkehrsbelastungen zu verzeichnen sind. Insgesamt wird aus den Zählerergebnissen der SVZ für die Jahre 1995 bis 2005 für die B178 im Bereich südlich Löbau bis Zittau ein gleich bleibend hohes Niveau in den Verkehrsbelastungen ersichtlich.“

(PTV AG, Bericht B 178n, Abschnitt 3 Teil 1, 2 und 3, Prognose 2020, Verkehrsplanerische/ -technische Untersuchung, erstellt am 19.12.2007, S. 12)

„Die folgende Tabelle zeigt eine Zusammenstellung der Eckwerte der Bevölkerungsstruktur im Freistaat Sachsen.“

Bevölkerung in 1.000	31.12.2004	2020	Veränderung
<i>insgesamt</i>	4.296	3.786	- 12 %
<i>unter 15 Jahren</i>	452	418	- 7 %
<i>15 - 65 Jahre</i>	2.922	2.285	- 22 %
<i>65 Jahre und mehr</i>	922	1.083	+ 17 %

Die Zahl der Erwerbspersonen sowie die Anzahl der Erwerbstätigen am Wohnort werden als einwohnerabhängige Strukturgrößen von 2004 bis 2020 zurückgehen. Die Abnahme beträgt -27% für die Erwerbspersonen und -19% für die Erwerbstätigen. Gründe hierfür sind:

- die Verschiebung der Alterspyramide,
- die abnehmende Bevölkerungs-/Einwohnerzahlen sowie die
- Migration insbesondere junger Menschen in andere (Bundes-) Länder.

in 1.000 Personen	2004	2020	Veränderung
Erwerbspersonen	2.371	1.738	- 27 %
Erwerbstätige	1.973	1.594	- 19 %

(...)

Die folgende Tabelle beinhaltet eine Übersicht zu den Strukturdaten der Landesverkehrsprognose Sachsen für den Landkreis Löbau-Zittau.

Prognose 2020	2005	2020	[Veränderung]
Einwohner	145.995	119.965	- 18 %
Erwerbspersonen	77.112	50.322	- 35 %
Arbeitsplätze	54.007	43.617	- 19 %

(...)

Im Landkreis Löbau werden stärker rückläufigen Trends in der Bevölkerungsentwicklung erwartet als im Freistaat Sachsen insgesamt. Hinsichtlich der Verschiebung der Altersstruktur der Bevölkerung ist mit einem deutlichen Rückgang des Anteils der Kinder und Jugendlichen sowie der Personen im erwerbsfähigen Alter an der Gesamtbevölkerung zu rechnen. Die Anzahl der Arbeitsplätze wird zum Prognosehorizont 2020 um knapp 20 % gegenüber der Analyse zurückgehen. (...) Der Motorisierungsgrad der Einwohner im Untersuchungsraum liegt schon zum Analysezeitraum über dem durchschnittlichen Wert für Sachsen. (...).“

(PTV AG, Bericht B 178n, Abschnitt 3 Teil 1, 2 und 3, Prognose 2020, Verkehrsplanerische/ - technische Untersuchung, erstellt am 19.12.2007, S. 16f Tab. 6-8)

Folgende Verkehrsbelastung der B178 (alt) wurde zwischen 1995 und 2005 festgestellt:

TKZST	von	bis	DTV 1995	DTV 2000	DTV 2005
49541101	B178/S144	B178/S143	9.513	11.079	9.819
49541102	B178/S143	B178/K8681/S115	9.496	9.157	9.417

(PTV AG, Bericht B 178n, Abschnitt 3 Teil 1, 2 und 3, Prognose 2020, Verkehrsplanerische/ - technische Untersuchung, erstellt am 19.12.2007, S. 11, Tab. 3)

In keiner Weise nachvollziehbar sind vor diesem Hintergrund die der Planfeststellung zu Grunde liegenden Prognosezahlen des Verkehrsgutachtens für die Verkehrsbelastung zum Prognosehorizont 2020:

Straße und Abschnitt	DTV Mo-Fr [Kfz/24 h] Prognosehorizont 2020				
	Prognose-Nullfall	Prognose-Planfall 1	Prognose-Planfall 2	Prognose-Planfall 3	Prognose-Planfall 4

		(+Teilabschnitt 3.1)	(+Teilabschnitte 3.1 u. 3.2)	(+Teilabschnitte 3.1, 3.2 u. 3.3)	(+Teilabschnitte 3.1, 3.2 u. 3.3 + Querspange B96)
B178a nördlich S143	16.000	6.000	4.500	3.500	3.500
B178a Abschnitt S144 bis K8613	15.500	16.000	5.500	4.000	4.000
B178n BA 3.1	-	13.000	16.500	18.000	17.500
B178n BA 3.2 nördl. S 144	-	-	15.000	18.000	18.500 / 23.500
B178n BA 3.2 südl. S 144	-	-	14.500	20.000	20.500
B178 BA 3.3	-	-	-	18.500	18.500

(PTV AG, Bericht B 178n, Abschnitt 3 Teil 1, 2 und 3, Prognose 2020, Verkehrsplanerische/ - technische Untersuchung, erstellt am 19.12.2007, S. 19-22 Tab. 9-13)

ERGEBNIS: Verhältnis Verkehrsbelastung zur Zahl der Erwerbspersonen

- Prognose-Nullfall

Der Planfeststellungsbeschluss beruht damit auf der Annahme, dass sich im Prognose-Nullfall innerhalb von 15 Jahren zwischen 2005 und 2020 die Verkehrsbelastung im hier aufgeführten Abschnitt von etwa DTV 9.500 auf durchschnittlich etwa DTV 15.750 erhöhen wird. Das entspräche einer Zunahme um (+)66 % bei gleichzeitigem Rückgang der Bevölkerung um (-)18 % sowie der Zahl der Erwerbspersonen um sogar (-)35 %.

Anders ausgedrückt: Der Planfeststellungsbeschluss beruht auf der Grundannahme, dass im Prognose-Nullfall innerhalb von 15 Jahren bis 2020 bei nur noch 65 % der Erwerbspersonen 66 % mehr Verkehr stattfinden soll. Das entspräche einem Anstieg der Verkehrsbelastung pro Kopf der Erwerbspersonen um das 2,6 fache bzw. auf 260 %. Das ist schlicht völlig unplausibel.

- Prognose-Planfall 2

Für den Prognose-Planfall 2 soll sich die die Verkehrsbelastung innerhalb von 15 Jahren bis 2020 im hier aufgeführten Abschnitt von etwa DTV 9.500 auf durchschnittlich etwa DTV 20.300 erhöhen. Das entspräche einer Zunahme um (+)114 %.

Anders ausgedrückt: Der Planfeststellungsbeschluss beruht auf der Grundannahme, dass im Prognose-Planfall 2 innerhalb von 15 Jahren bis 2020 bei nur noch 65 % der Erwerbspersonen 114 % mehr Verkehr stattfinden soll. Das entspräche einem Anstieg der Verkehrsbelastung pro Kopf der Erwerbspersonen um das 3,3 fache bzw. auf 330 %. Das ist selbst bei Berücksichtigung möglicher Verkehrsverlagerungen aufgrund der neuen Trasse schlicht völlig unplausibel.

b) Straßenverkehrszählung 2010

Im August 2010 hat eine erneute Straßenverkehrszählung stattgefunden (erwähnt etwa in der Antwort des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung vom 20.08.2010 auf eine Kleine Anfrage im Bundestag (BT Drucksache 17/2737), S. 3 zu Fragen 8-10.

Die Offenlegung deren Ergebnisse wurde in der mündlichen Verhandlung vor dem BVerwG am 23.03.2011 seitens des Vorhabenträgers verweigert. Das BVerwG sah eine Vorlage als nicht erforderlich an (BVerwG Urt. v. 23.03.2011 - BVerwG 9 A 9.10, Rn 21).

c) Straßenverkehrszählung 2011

Zwischenzeitlich erfolgte eine weitere punktuelle Straßenverkehrszählung auf der B187 im Auftrag des bzw. durch den jetzigen Beschwerdeführer. Diese fand am Mittwoch, dem 9. März 2011 zwischen 13:00 Uhr und 19:00 Uhr statt an der Zählstelle B178n/Schwarze Brücke, Verkehr Richtung Norden sowie an der Zählstelle B178n/S143 Verkehr Richtung Süden.

Im Ergebnis wurde eine Verkehrsbelastung im hier aufgeführten Abschnitt von lediglich etwa DTV 3.600 KfZ/Tag festgestellt.

(Messprotokoll Straßenverkehrszählung vom 09.03.2011, Zählstelle B178n/Schwarze Brücke, Verkehr Richtung Norden; Messprotokoll Straßenverkehrszählung vom 09.03.2011, Zählstelle B178n/S143, Verkehr Richtung Süden)

d) Zu den Ausführungen im Planfeststellungsbeschluss (PFB) im Einzelnen

- (PFB 6.1, S. 53) "*stark zunehmender grenzüberschreitender Verkehr in und aus dem Dreiländereck*": Für den Bereich Löbau - Zittau gibt es dafür keinen Hinweis.
- (PFB 6.1 S. 53) "*Es fehlt eine leistungsfähige Nord-Süd-Verbindung im ostsächsischen Raum*". Es gibt zwar im Süden einen Zielpunkt für eine solche Verbindung (Zittau mit GÜG), nicht aber im Norden. Die Fernverkehrsflüsse sind nicht auf Weißenberg ausgerichtet sondern splitten sich auf in einen Hauptstrom Richtung Bautzen - Dresden und daneben zu anderen Destinationen. Ansonsten dürfte hier der Ziel- und Quellverkehr überwiegen.
- (PFB 6.2, S. 54) "*zahlreiche Ortsdurchfahrten im Zuge der B 178 Löbau - Zittau*"
Eine Ortsdurchfahrt im engeren Sinne gibt es nur im Ortsbereich Herrnhut-Strahwalde. An den Ortslagen Ottenhain, Großhennersdorf und Oberseifersdorf führt die B 178 alt vorbei mit weitgehend nur einseitiger Bebauung durch einzelne Häuser.
- (PFB 6.2, S. 54) "*leistungsfähige Nord-Süd-Verbindung in das Dreiländereck*"
Weißenberg als Nord-Ende ist kein Ziel für den Fernverkehr. Nach Norden Richtung Cottbus - Berlin gibt es keine leistungsfähige Anbindung. Die Fernverkehre gehen dann entweder über nicht-leistungsfähige Straßen weiter oder Richtung Westen über die A 4 - A 13.

- (PFB 6.3, S. 56) Schließung der "*Nord-Süd-Lücke im Bundesfernstraßennetz*"
Eine Lücke im Netz setzt das Vorhandensein eines Netzes voraus. Jenseits von Zittau gibt es aber keine Bundesfernstraßen. Also kann durch die Straße keine Lücke geschlossen werden.
- (PFB 6.3, S. 57) Das Argument "*deutlich überlastetes Herrnhut*" lässt sich nicht belegen. Das hier feststellbare Verkehrsaufkommen entspricht dem normaler Stadtstraßen; hier praktisch ohne Staubildung.
- (PFB 6.3, S. 57) Verbindung des "*südöstlichen Straßennetzes der Oberlausitz und des Dreiländerecks mit der BAB A 4*". Wenn man die "südöstliche Oberlausitz" gleichsetzt mit dem Südtteil des alten Kreises Löbau-Zittau, trifft dies für den BA 3 nur zum Teil zu. Aus den B-96-Anliegergemeinden nördlich Oderwitz wird der Verkehr entweder über die B 96 und die künftige Südwestortsumfahrung Bautzen zur Anschlussstelle Bautzen oder über die Staatsstraße S 148 zum Anschluss Löbau der B 178 und dann weiter zur A 4 fließen; aus den Gemeinden auf der Ostseite des Gebietes etwa von einer Linie Bernstadt - Ostritz nordwärts bilden die B 99 mit künftiger Südwestumfahrung Görlitz bzw. andere Kreis- und Staatsstraßen die naheliegendste Verbindung zur A 4.
- (PFB 6.4.1, S. 58) Es "*besteht im Autobahn- bzw. Bundesstraßennetz keine leistungsfähige Nord-Süd-Verbindung zwischen der BAB A 4 und Tschechien*". Zum einen ist dies wie bereits ausgeführt schon grundsätzlich keine mögliche Argumentation, da eine Autobahn kein Ziel für Verkehr sein kann und hier eben hinter der A 4 keine leistungsfähigen Verbindungen mehr in Richtung Norden bestehen. Zum anderen stellt die A 17 natürlich eine solche Verbindung da, die über die A 13 nach Norden und die A 14 nach Nordwesten angeschlossen ist.
- (PFB 6.4.1, S. 58) "*Herstellung einer leistungsfähigen Verknüpfung des tschechischen und polnischen Straßennetzes mit dem deutschen Autobahnnetz sowie in einer besseren Erschließung des osteuropäischen Raumes*".
Diese Argumentation ist im Bezug auf das polnische Straßennetz im Wesentlichen unzutreffend, da sich einzig für den Südtteil der Großgemeinde Bogatynia/Reichenau i. Sachsen durch die B 178 n eine bessere Anbindung an die A 4 ergibt als über Zgorzelec/Görlitz.
Der Anbindungseffekt ist für Tschechien bedeutender, wird doch die Region Liberec/Reichenberg und nicht nur eine polnische Kleinstadt als deutsche Autobahnnetz angeschlossen. Der Anschluss ist aber offensichtlich für Tschechien nicht von nationaler sondern eben nur von regionaler Bedeutung, was sich schon allein aus der geografischen Lage ergibt. Südlich von Turnov/Turnau (25 km südöstlich von Reichenberg) sind die Verbindungen zum deutschen Autobahnnetz günstiger über den Streckenzug tschechische Autobahn 8 - BAB 17. Zum anderen baut die CSR gegenwärtig die Fernstraße 35 als Verbindung zwischen Grenze und der dann vierspurig ausgebauten Fernstraße 13 mit einem Regelquerschnitt von 10,5 m und mehreren Kreisverkehren aus, dem für Straßen von rein regionaler Bedeutung jetzt üblichen Standard in Tschechien (s. auch die Ausführungen im PFB auf S. 61).
- (PFB 6.4.2, S. 60) Zur "*Leistungsfähigen Nord-Süd-Verbindung*" siehe oben; die Verbindung von der BAB 4 nach Prag über die B 178 ist nur für einen begrenzten Einzugsbereich der A 4 von Bedeutung, etwa östlich von Bautzen und nordwestlich von Görlitz
- (PFB 6.4.2, S. S. 61) Die Beschreibung des bestehenden Verkehrsnetzes der übrigen Bundesstraßen in der Region kann nicht als Argument für die Notwendigkeit der B 178n

herangezogen werden. Die Verkehre auf den B 99, B 6, B 96 ab Ebersbach und der S 148 sind von der Planung nicht berührt.

- (PFB 6.4.2, S. S. 61) Die benannte Verkürzung der Wegstrecke für LKW-Verkehr zwischen Löbau und Liberec/Reichenberg wird das Verkehrsaufkommen zwischen beiden Städten kaum erhöhen, da es nur geringe wirtschaftliche Beziehungen zwischen beiden Orten gibt. Im Übrigen ist dies nur ein Argument für die Verbesserung regionaler Verkehrsbeziehungen, nicht aber für Bau einer Bundesfernstraße.
- (PFB 9., S. 69; 9.1, S. 70) Es sei „geprüft worden, ob die Dimensionierung und Ausgestaltung des planfestgestellten Vorhabens im Detail einer sachgerechten Abwägung der Belange entspricht.“ Zweifellos sei der RQ 15,5 „geeignet, um ... eine gute Verkehrsqualität zu gewährleisten“. Dies würde ein RQ 20 oder größer zweifellos auch. Für ein Mindestmaß reicht diese Argumentation nicht.
- (PFB 9.1, S. 70) Ziel sei „die Schaffung möglichst gleichwertiger Lebens- und Arbeitsbedingungen“ (im Bundesgebiet). Im Verhältnis von West- und Ostdeutschland bedeutet der (Aus-)Bau mit einem Ausbaustandard wie hier angesichts der zu erwartenden Verkehrsmengen eine massive Besserstellung gegenüber dem Westen.

Ergänzend dazu zu den Ausführungen in dem der Planfeststellung zugrunde liegenden Verkehrsgutachten des Vorhabenträgers (PTV AG, Bericht vom 19.12.2007):

- (PTV AG, S. S. 13) Entwicklungsziele: „B 97/ B 96 / B 6 / B 178 Nord-Süd-Verbindung Berlin - ... – Prag“. Von Berlin und selbst von Hoyerswerda ist die Vorrangstrecke nach Prag die über die A 13 und A 17
- (PTV AG, S. S. 13) „hohes Verkehrsaufkommen führt ... zu einer hohen Umwelt- und Lärmbelastung in den Ortslagen.“ Ein hohes Verkehrsaufkommen ist tatsächlich nicht vorhanden und belegbar.
- (PTV AG, S. 14) „Schlüsselprojekt Trilateraler grenzübergreifender Gewerbegebietsverbund“; „abgestimmte Entwicklung und gemeinsame Vermarktung von Gewerbeflächen“; „Für die Funktionsfähigkeit des Städteverbundes, den transnationalen Wirtschaftsverkehr ... kommt dabei der B 178n ... mit Anschluss an das polnische Woiwodschaftsstraßennetz und das tschechische Schnellstraßennetz prioritäre Bedeutung zu.“ Das Projekt ist bisher über das Niveau einer Ideenskizze und rudimentärer Zusammenarbeit nicht hinausgekommen. Es ist auch nicht absehbar, dass sich dies im Prognosezeitraum bis 2020 wesentlich verändern wird. Das angeschlossene „polnische Woiwodschaftsstraßennetz“ besteht aus zwei oder drei Woiwodschaftsstraßen nach Ortsteilen der polnischen Grenzgemeinde Bogatynia. Für den Anschluss des Städteverbundes an das tschechische Straßennetz ist der Abschnitt 3.2 der B 178n ohne Belang.
- (PTV AG, S. 16 Abb. 2 + S 19 ff. + Anlage 6.1) Im „Planfall 4“ ist eine „Querspange zur B 96“ erwähnt, die von Eibau etwa bis zur Mitte des BA 3.2 der B 178n führen soll mit einem prognostizierten Verkehrsaufkommen von 7.000 Kfz, von denen dann 5.500 Kfz weiter in Richtung Norden fahren sollen. Im „Planfall 3“ fahren stattdessen 1.500 Kfz auf der K 8671 von Eibau nach Obercunnersdorf, die dann ganz wegfallen, und auf der S 148 Ebersbach/Neugersdorf

nach Löbau statt 7.500 nur noch 7.000 Kfz, auf der S 144 Oderwitz – Ruppertsdorf statt 7.000 noch 3.000 Kfz.

Im „Bedarfsplan Staatsstraßen“ ist diese „Querspange“ nicht enthalten. Für sie gibt es auch keinerlei erkennbaren Bedarf, da für den Verkehr aus Oderwitz die B 96 und die S 144 zur Verfügung stehen, aus Eibau über die B 96 und die gut ausgebaute S 148 bis zur B 178n/OU Löbau.

Die 1.500 Kfz auf der K 8671 werden nicht wegfallen, da dies reiner Orts- bzw. Ziel- und Quellverkehr ist.

7.000 Kfz auf der „Querspange“, die damit das Verkehrsaufkommen auf der B 178 n BA 3.2 stark erhöhen, sind völlig unrealistisch.

Weiterhin ist die Planrechtfertigung nicht mehr aktuell im Hinblick auf die prognostizierten Verkehrsströme von und nach Zittau im Zusammenhang mit dessen Funktion als Sitz einer Kreisverwaltung. Mit der Verwaltungsreform 2009 hat Zittau diese Funktion verloren. Die entsprechenden Verkehrsströme verlagern sich damit auf die Strecken nach Görlitz.

III. Rechtliche Würdigung

1. Verstoß gegen das Verbot von § 42 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG a.F. bzw. Art. 12 FFH-RL durch Beschädigung und Zerstörung der Fortpflanzungs- oder Ruhestätten der Haselmaus

Das streitige Vorhaben verstößt gegen das Verbot von § 42 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG (a.F. „2002“ vor dem 01.03.2010) bzw. Art. 12 FFH-RL.

Die vom Trassenverlauf betroffene Art Haselmaus ist „streng geschützt“ gem. § 2 Abs. 2 Nr. 11 b BNatSchG (a.F.) i.V.m Anhanges IV der FFH-RL. Gemäß § 42 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG (a.F.) ist es untersagt, Fortpflanzungs- oder Ruhestätten wild lebender Tiere der besonders geschützten Arten der Natur zu entnehmen, zu beschädigen oder zu zerstören. Nach § 42 Abs. 5 Satz 1 und 2 BNatSchG (a.F.) liegt bei nach § 19 BNatSchG (a.F.) zulässigen Eingriffen in Natur und Landschaft, soweit in Anhang IVa der FFH-Richtlinie aufgeführte Tierarten oder europäische Vogelarten betroffen sind, ein Verstoß gegen das Beschädigungs- und Zerstörungsverbot nicht vor, soweit die ökologische Funktion der von dem Eingriff betroffenen Fortpflanzungs- oder Ruhestätten im räumlichen Zusammenhang weiterhin erfüllt wird.

Der Schutz des Beschädigungs- und Zerstörungsverbots wird nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht dem Lebensraum der geschützten Arten insgesamt, sondern nur selektiv den ausdrücklich bezeichneten Lebensstätten zuteil, die durch bestimmte Funktionen für die jeweilige Art geprägt sind. Zum Schutzobjekt gehört daher nicht das gesamte Jagd- oder Nahrungsrevier einer Art (BVerwG Urt. v. 11.01.2001 - 4 C 6.00 - BVerwGE 112, 321 <325f.>; Beschl. v. 08.03.2007 - BVerwG 9 B 19.06 - NVwZ 2007, 708 Rn. 8). Ebenso wenig fallen potenzielle (d.h. nicht genutzte, sondern lediglich zur Nutzung geeignete) Lebensstätten unter den Verbotstatbestand, weil es insoweit an dem erforderlichen Individuenbezug fehlt (BVerwG Urt. v. 12.03.2008 - 9 A 3.06 - BVerwGE 130, 299 Rn. 222). Geschützt ist danach der als Ort der Fortpflanzung oder Ruhe dienende Gegenstand, z.B. einzelne Nester oder Höhlenbäume, und zwar allein wegen dieser ihm zukommenden Funktion. In zeitlicher Hinsicht betrifft die Verbotsnorm primär die Phase aktueller Nutzung der Lebensstätte; nach dem Zweck der Regelung ist der Schutz auf Abwesenheitszeiten auszudehnen, d.h. es können auch vorübergehend verlassene Lebensstätten einzubeziehen sein bei Tierarten, die regelmäßig zu derselben Lebensstätte (z.B. einem konkreten Nest) zurückkehren (BVerwG Urt. v. 21.06.2006 - 9 A 28.05 - BVerwGE 126, 166 Rn. 33 und Urt. v. 18.03.2009 - 9 A 39.07 - NuR 2009, 776 Rn. 66). Das Verbot ist dagegen infolge der ergänzenden Regelung in § 42 Abs. 5 Satz 2 und 3 BNatSchG (a.F.) nicht erfüllt, wenn z.B. einem Vogelpaar weitere geeignete Nistplätze in seinem Brutrevier zur Verfügung stehen oder durch Ausgleichsmaßnahmen ohne zeitlichen Bruch bereit gestellt werden (BVerwG Urt. v. 18.03.2009 - 9 A 39.07 - NuR 2009, 776 Rn. 67). Dasselbe gilt z.B. für Fledermausarten, die einen Verbund von mehreren Höhlenbäumen nutzen, zwischen denen sie regelmäßig wechseln, wenn im Falle der Rodung einzelner Bäume dieses Verbundes deren Funktion von den verbleibenden Bäumen oder durch vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen im räumlichen Zusammenhang weiter erfüllt werden kann (BVerwG Urt. v. 13.05.2009 - 9 A 73.07 - NVwZ 2009, 1296 Rn. 91).

Nach § 42 Abs. 5 Satz 3 BNatSchG (a.F.) können, soweit erforderlich, auch vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen festgesetzt werden.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts setzt die Prüfung, ob ein Vorhaben gegen artenschutzrechtliche Verbote verstößt, eine ausreichende Bestandsaufnahme der im Trassenbereich vorhandenen Arten, die in den

Anwendungsbereich der Verbote fallen, und ihrer Lebensräume voraus. Die notwendige Bestandsaufnahme wird sich regelmäßig aus zwei wesentlichen Quellen speisen, nämlich der Auswertung bereits vorhandener Erkenntnisse und einer Bestandserfassung vor Ort, deren Methodik und Intensität von den konkreten Verhältnissen im Einzelfall abhängt. Erst durch eine aus beiden Quellen gewonnene Gesamtschau kann sich die Planfeststellungsbehörde regelmäßig die erforderliche hinreichende Erkenntnisgrundlage verschaffen. Lassen allgemeine Erkenntnisse zu artspezifischen Verhaltensweisen, Habitatansprüchen und dafür erforderlichen Vegetationsstrukturen sichere Rückschlüsse auf das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein bestimmter Arten zu, ist es nicht zu beanstanden, wenn die Planfeststellungsbehörde daraus entsprechende Schlussfolgerungen zieht. Diese bedürfen ebenso wie sonstige Analogieschlüsse der plausiblen, naturschutzfachlich begründeten Darlegung. Ebenso ist es zulässig, mit Prognosewahrscheinlichkeiten, Schätzungen und, sofern der Sachverhalt dadurch angemessen erfasst werden kann, mit Worst-Case-Betrachtungen zu arbeiten. Da die Bestandserfassung und die daran anschließende Beurteilung, ob und inwieweit naturschutzrechtlich relevante Betroffenheiten vorliegen, auf ökologische Bewertungen angewiesen sind, für die normkonkretisierende Maßstäbe und verbreitet auch gesicherte naturwissenschaftliche Erkenntnisse und Standards fehlen, steht der Planfeststellungsbehörde insoweit eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative zu. Die in diesem Rahmen getroffenen, auf fachgutachtliche Stellungnahmen gestützten Annahmen der Planfeststellungsbehörde unterliegen gerichtlicher Prüfung nur dahin, ob sie im Einzelfall naturschutzfachlich vertretbar sind und nicht auf einem Bewertungsverfahren beruhen, das sich als unzulängliches oder gar ungeeignetes Mittel erweist, um den gesetzlichen Anforderungen gerecht zu werden (vgl. insgesamt zum Vorstehenden BVerwG Ur. v. 09.07.2008 - 9 A 14.07 - BVerwGE 131, 274 m.w.N.).

Das Vorhaben führt durch Flächeninanspruchnahme und Lebensraumzerschneidung zu einer Beschädigung und Zerstörung der Fortpflanzungs- oder Ruhestätten der Haselmaus. Die ökologische Funktion der von dem Eingriff betroffenen Fortpflanzungs- oder Ruhestätten kann nicht weiterhin im räumlichen Zusammenhang erfüllt werden. Auszuschließen ist, dass die Verluste an Fortpflanzungs- oder Ruhestätten durch die verbleibenden Teillebensräume erfüllt werden können, ohne dass es zu einer signifikanten Verschlechterung des Erhaltungszustandes der regionalen Population kommt. Auch kann dies nicht durch die von der Beklagten vorsorglich angeordneten Ausgleichsmaßnahmen erfüllt werden. Ungeachtet der unzureichenden Bestandsaufnahme der Haselmaus durch die Beklagte (die das Vorkommen explizit bestreitet), die ggf. grundsätzlich durch die vorsorglich angeordneten Ausgleichsmaßnahmen geheilt sein könnten, sind diese Maßnahmen jedoch tatsächlich nicht geeignet, für wirksamen Ausgleich zu sorgen. Die Einschätzung der Beklagten zu den möglichen Auswirkungen des Vorhabens - auf das von ihr insbesondere auch noch bestrittene - Vorkommen von Haselmäusen ist naturschutzfachlich nicht vertretbar. Die angeordneten Maßnahmen sind schon grundsätzlich als Ausgleich nicht ausreichend bzw. geeignet. Doch selbst vorausgesetzt, die Maßnahmen wären ausreichend bzw. geeignet, sind sie keinesfalls rechtzeitig im Sinne vorgezogener Maßnahmen gem. § 42 Abs. 5 Satz 3 BNatSchG (a.F.), da ihre konkrete Umsetzung nicht vor Beginn der eigentlichen Baumaßnahmen an der Trasse anstehen.

2. Verletzung von Grundrechten

2.1 Eingriff in Grundrechte durch das Rechtsinstitut der materiellen Präklusion

2.1.1 Das Rechtsinstitut der materiellen Präklusion (Wirkung)

Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet den Zugang zur ordentlichen Gerichtsbarkeit und zudem die Wirksamkeit des Rechtsschutzes gegen jede Form der öffentlichen Gewalt sofern der Kläger die Verletzung eines ihm zustehenden Rechts geltend macht (sog. subjektives öffentliches Recht). Dazu gehört die umfassende gerichtliche Kontrolle des angegriffenen Aktes hoheitlicher Gewalt in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht sowie die richterliche Befugnis, der behaupteten Rechtsverletzung abzuwehren etwa durch Aufhebung eines angegriffenen Verwaltungsaktes.

Die sog. materielle Präklusion verringert diesen gerichtlichen Rechtsschutz in erheblichem Ausmaße. Die Befugnis zur Erhebung von Einwendungen im Verfahren wird an bestimmte Fristen in bestimmten Verfahrensschritten gebunden. Ein Fristversäumnis führt zum Ausschluss der Möglichkeit für den Einwender, mit seiner Einwendung gehört zu werden. Bei der sog. formellen Präklusion beschränkt sich dieser Einwendungsausschluss auf das weitere Verwaltungsverfahren, bei der sog. materiellen Präklusion gilt der Ausschluss auch in einem sich ggf. anschließenden Rechtsbehelfsverfahren. Der präkludierte Vortrag wird der gerichtlichen Überprüfung vollständig entzogen. Die gerichtliche Überprüfung bleibt insoweit unvollständig. Die Frist ist sowohl für die Behörde, als auch die Gerichte zwingend. Insbesondere ist es der Behörde nicht möglich, aus eigenem Ermessen bzw. Kulanz die Frist zu verlängern oder auf sie zu verzichten (BVerwG, NVwZ 1997, 391, 393; NVwZ 1998, 998; NVwZ-RR 1999, 162).

Das Rechtsinstitut der materiellen Präklusion findet sich auch im hier zu betrachtenden Fernstraßenrecht im Zusammenhang mit der Planfeststellung von Bundesfernstraßen (§ 17a Nr. 7 S. 1 FStrG). Es erstreckt sich dabei auch auf Enteignungsbetroffene. Grundsätzlich hat jeder, dessen durch Art. 14 Abs. 1 GG geschütztes Grundeigentum (teilweise) für ein öffentliches Planvorhaben in Anspruch genommen werden soll, einen Anspruch darauf, von einer Entziehung seines Grundeigentums verschont zu bleiben, wenn dieses nicht gesetzmäßig ist (Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG). Der Anspruch des von der enteignungsrechtlichen Vorwirkung Betroffenen auf gerichtliche Überprüfung des Plans erstreckt sich deshalb - über den Rechtsschutz von Art. 19 Abs. 4 GG hinausgehend - auch auf die objektive Rechtmäßigkeit des mit enteignungsrechtlicher Vorwirkung versehenen Plans (sog. Vollüberprüfungsanspruch). Der Kläger kann sich in der Regel auf alle Rechtssätze berufen, die die Rechtswidrigkeit des Planfeststellungsbeschlusses begründen (BVerwG, NVwZ - RR 1998, 297). Auch dieser Anspruch unterliegt jedoch nach der ständigen Rechtsprechung der materiellen Präklusion.

Für die Bestandskraft einer Planfeststellung entfaltet die materielle Präklusion damit immer dann eine reale Wirkung, wenn diese an einem rechtlichen Fehler leidet. Für rechtmäßige Planfeststellungen kommt es dagegen letztlich nicht auf dieses Rechtsinstitut an, da im Ergebnis das Gericht auch unter Berücksichtigung aller (auch der sonst präkludierten) vorgebrachten Einwendungen, den Planfeststellungsbeschluss bestätigen würde.

Ungeachtet der verschiedenen Begründungen, die für das Rechtsinstitut der materiellen Präklusion angeführt werden (dazu weiter unten mehr), bestehen Sinn und Zweck der materiellen Präklusion also letztlich einzig darin, rechtswidrige Planfeststellungsbeschlüsse vor einer Aufhebung durch ein Gericht zu bewahren und damit zugunsten einer objektiv rechtswidrigen Planung jedwede denkbare Rechtsverletzungen von Betroffenen und insbesondere auch rechtswidrige Enteignungen zu ermöglichen.

2.1.2 Betroffene Grundrechte (Eröffnung des Schutzbereichs und Eingriff)

a) Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG)

Geschützt ist die körperliche Unversehrtheit im biologisch-physiologischen Sinn und im geistig-seelischen Bereich. Dabei unterliegt dieses Grundrecht gem. Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG dem Gesetzesvorbehalt. Ein solches Gesetz ist das BImSchG in Verbindung mit den darauf zurückgehenden BImSchV.

In den gesetzlich geregelten Fällen der materiellen Präklusion im öffentlichen Planungs- und Genehmigungsrecht, insbesondere auch beim Bau und nachfolgenden Betrieb von Bundesfernstraßen nach den FStrG ist wegen der Umweltrelevanz (Immissionen von Schadstoffen und Lärm) regelmäßig das Rechtsgut der menschlichen Gesundheit betroffen bzw. beeinträchtigt (vgl. u.a. Jarras, BImSchG, 1999, § 10 Rn 92).

Die Frage möglicher Verletzungen dieses Grundrechts muss hier jedoch nicht weiter vertieft werden, da der Beschwerdeführer im vorliegenden Fall jedenfalls keine Verletzung geltend macht.

b) Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)

Der Berufsbegriff des Art. 12 Abs. 1 GG wird denkbar weit verstanden. Zum Schutzgut gehört auch die wirtschaftliche Betätigung, insbesondere die eigenverantwortliche unternehmerische Entscheidung über den Einsatz von Investitionen sowie den Gegenstand der Produktion (siehe etwa Jarras in Jarras/Pieroth, GG, 2011, Art. 12 Rn 10).

In den gesetzlich geregelten Fällen der materiellen Präklusion im öffentlichen Planungs- und Genehmigungsrecht, insbesondere auch beim Bau und nachfolgenden Betrieb von Bundesfernstraßen nach den FStrG sind jedoch wegen der Raumbezogenheit und der Umweltrelevanz regelmäßig grundrechtlich geschützten Rechtsgüter betroffen bzw. beeinträchtigt (Dazu ausführlich etwa Niedzwicki, Präklusionsvorschriften im Spannungsfeld zwischen Verfahrensbeschleunigung, Einzelfallgerechtigkeit und Rechtsstaatlichkeit, 2007, S. 133-143).

Insbesondere sind zu nennen die Gefährdung der beruflichen Existenz von betroffenen Landwirten durch Flächenentzug, Immissionen (gerade in der Bio-Landwirtschaft) und Zerschneidung von Flächen mit der Folge unwirtschaftlicher Wege und Restflächen. Weiter sind durch Immissionen und Eingriffe in die Landschaft typischerweise gewerbliche Einrichtungen zur Freizeit und Erholung betroffen.

Die Frage möglicher Verletzungen dieses Grundrechts muss hier jedoch nicht weiter vertieft werden, da der Beschwerdeführer sich im vorliegenden Fall zwar in dieser Hinsicht betroffen fühlt, jedenfalls aber keine eigentliche Verletzung dieses Grundrechts geltend macht.

c) Eigentum (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG) / Enteignungsschutz (Art. 14 Abs. 3 GG)

Eigentum i.S.d. Art. 14 Abs. 1 GG umfasst zu einem bestimmten Zeitpunkt alles, was das einfache Recht zu diesem bestimmten Zeitpunkt als Eigentum definiert (BVerfGE 58, 300, 336). Zum Schutzbereich zählt zunächst das Eigentum nach bürgerlichem Recht. § 903 BGB definiert es als Grund- und Fahrniseigentum unter Einräumung der Befugnis, damit nach Belieben zu verfahren, insofern dem keine privat- oder öffentlich-rechtliche Beschränkungen entgegen stehen. Geschützt sind der vorhandene Bestand und auch die Nutzung des Eigentums. Geschützt ist auch das Recht des Eigentümers, seine Eigentümerinteressen im Verwaltungs- und im Gerichtsverfahren effektiv vertreten und gegenüber anderen Rechtssubjekten verfolgen und durchsetzen zu können (sog. Verfahrensgarantie; vgl. Bryde, Münch/Kunig, GG, Art. 14 Rn 37 ff; Papier, Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn 43 ff; Suhr, NJW 1979, 145, 146).

In den gesetzlich geregelten Fällen der materiellen Präklusion im öffentlichen Planungs- und Genehmigungsrecht, insbesondere auch beim Bau und nachfolgenden Betrieb von Bundesfernstraßen nach den FStrG ist wegen der Raumbezogenheit und der Umweltrelevanz regelmäßig das Schutzgut des Eigentums, insbesondere das an Grundtücken, betroffen bzw. beeinträchtigt (Dazu ausführlich etwa Niedzwicki, Präklusionsvorschriften im Spannungsfeld zwischen Verfahrensbeschleunigung, Einzelfallgerechtigkeit und Rechtsstaatlichkeit, 2007, S. 143-150).

Die Betroffenheit entsteht typischerweise durch den Wertverlust von Grundstücken durch Immissionen (vor allem Lärm) und Eingriffe in die Landschaft, die die Lage des Grundstücks im Sinne des Immobilienmarktes verschlechtern. Weitere Wertminderungen können in einer Verschlechterung der Erschließung bestehen, wenn alte Wegebeziehungen zerschnitten und damit die Zufahrt nur noch über Umwege möglich ist. Dabei folgt die Betroffenheit unmittelbar aus dem hoheitlichen Akt der Planfeststellung und der darauf beruhenden Anlage und Inbetriebnahme der Fernstraße; ist ein nur die Grundstückseigentümer im Bereich der Trasse betreffendes Sonderopfer gegenüber allen anderen Grundstückseigentümern und kann das Ausmaß der Betroffenheit das Eigentum schwer, unerträglich und unzumutbar beschränken im Sinne eines einer Enteignung gleichkommenden enteignenden Eingriffs.

Besonders gravierend ist jedoch, dass die Planungsträger für den Bau von Bundesfernstraßen (gem. § 19 FStG; genauso wie für Eisenbahnstrecken und deren Bahnstromfernleitungen gem. § 22 Abs. 1 AEG sowie Bundeswasserstraßen gem. § 37 Abs. 1 WaStrG) das Recht zur Enteignung haben. Eine Enteignung verkürzt die Eigentumsfreiheit besonders drastisch. Sie ist auf die vollständige oder teilweise Entziehung konkreter subjektiver Rechtspositionen, die durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG gewährleistet sind gerichtet (BVerfGE 52, 1, 27; 72, 66, 76)

Nach Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG ist eine Enteignung nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig. Das Grundgesetz will die Grundrechtsträger besonders effektiv vor einer Enteignung und ihren Folgen schützen. Diese verfassungsrechtliche Grundsatzentscheidung schlägt sich auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nieder. Die gerichtliche Kontrolle über eine Genehmigung ist weiter und effektiver. Der Bürger kann vom Verwaltungsgericht verlangen, dass dieses auch die Verletzung von objektiv-öffentlichen Rechten durch die Genehmigung überprüft. Der Dritte als Kläger ist nicht mehr nur auf die Geltendmachung seiner subjektiv-öffentlichen Rechte beschränkt. Der Kläger kann sich in der Regel auf alle Rechtssätze berufen, die die Rechtswidrigkeit des Planfeststellungsbeschlusses begründen (BVerwG, NVwZ - RR 1998, 297). So kann der Kläger sich darauf berufen, dass nicht alle erforderlichen Stellungnahmen von anderen Behörden vorliegen, oder dass das möglicherweise vorgeschriebene Verfahren nach dem Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz nicht durchgeführt worden ist (BVerwGE 67, 74, 76 ff).

Das Enteignungsrecht ist dabei mit dem Verfahren der Planfeststellung verbunden. Der festgestellte oder genehmigte Plan ist dem Enteignungsverfahren zugrunde zu legen und für die Enteignungsbehörde bindend (§ 19 Abs. 2 FStrG). Gegen eine Enteignung kann sich der Bürger nur wehren, wenn er sich bereits gegen den Planfeststellungsbeschluss wehrt. Dies ist aber gem. § 17a Nr. 7 S. 1 FStrG nur im Rahmen der Präklusionsvorschriften möglich. Das Rechtsinstitut der materiellen Präklusion kann zur Folge haben, dass der Enteignungsbetroffene objektiv bestehende Rechtsverstöße, die eigentlich die Aufhebung des Planfeststellungsbeschlusses und damit die Vermeidung seiner Enteignung zur Folge haben würden, nicht geltend machen darf. Die materielle Präklusion kann damit dazu führen, dass eine Enteignung stattfindet, die objektiv nicht dem Wohle der Allgemeinheit dient, gegen subjektiv-öffentlichen Rechte des Enteignungsbetroffenen verstößt oder sonst objektiv rechtswidrig im Sinne einer Rechtsnorm ist. Die materielle Präklusion des § 17a Nr. 7 S. 1 FStrG ist damit ein Eingriff in den Schutzbereich von Art. 14 Abs. 1 GG (Schutz des Eigentumsbestands und Verfahrensgarantie) sowie in den Schutzbereich von Art. 14 Abs. 3 GG (Schutz vor rechtswidriger Enteignung).

Hier führt die Trasse der B 178n über dem Beschwerdeführer gehörende Grundstücke. Der angefochtene Planfeststellungsbeschluss vom 23.12.2009 entfaltet Vorwirkung für ein nachfolgendes Enteignungsverfahren zu Lasten des Beschwerdeführers. Diesem Enteignungsverfahren ist gem. § 19 Abs. 2 FStrG der festgestellte Plan zu Grunde zu legen. Dieser ist für die Enteignungsbehörde bindend (Vgl. BVerwG, NVwZ 1993, 477, 478). Der Planfeststellungsbeschluss ist nach Auffassung des Beschwerdeführers materiell rechtswidrig, was sich insbesondere aus einem Verstoß gegen das Verbot von § 42 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG (a.F. „2002“ vor dem 01.03.2010) bzw. Art. 12 FFH-RL ergibt. Dieser Verstoß beruht nach Auffassung und Vortrag des Beschwerdeführers in einer Beschädigung und Zerstörung der Fortpflanzungs- oder Ruhestätten der „streng geschützten“ Haselmaus, wobei auszuschließen sei, dass die Verluste an Fortpflanzungs- oder Ruhestätten durch die verbleibenden Teillebensräume erfüllt werden können, ohne dass es zu einer signifikanten Verschlechterung des Erhaltungszustandes der regionalen Population kommt. Auch könne dies nicht durch die von der Beklagten vorsorglich angeordneten Ausgleichsmaßnahmen erfüllt werden, da diese tatsächlich nicht geeignet seien, für wirksamen Ausgleich zu sorgen. Selbst wenn die Ausgleichsmaßnahmen ausreichend bzw. geeignet wären, wären sie zumindest nicht rechtzeitig im Sinne vorgezogener Maßnahmen gem. § 42 Abs. 5 Satz 3 BNatSchG (a.F.), da ihre konkrete Umsetzung nicht vor Beginn der eigentlichen Baumaßnahmen an der Trasse anstehen.

Mit diesem Vortrag war der Beschwerdeführer im gerichtlichen Verfahren vor dem BVerwG unter Verweis auf die Präklusionsvorschrift aus § 17a Nr. 7 S. 1 FStrG nicht gehört worden. Wäre ein Verstoß des Planfeststellungsbeschlusses gegen das Verbot von § 42 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG (a.F.) bzw. Art. 12 FFH-RL durch das Gericht festgestellt worden, hätte der Planfeststellungsbeschluss aufgehoben werden müssen, wäre die rechtliche Grundlage für eine Enteignung des Beschwerdeführers entfallen. Damit liegt hier ein konkreter, auf § 17a Nr. 7 S. 1 FStrG beruhender Eingriff in den Schutzbereich von Art. 14 Abs. 1 GG (Schutz des Eigentumsbestands und Verfahrensgarantie) sowie in den Schutzbereich von Art. 14 Abs. 3 GG (Schutz vor rechtswidriger Enteignung) bezogen auf das für die Straßentrasse beanspruchte Grundstückseigentum des Beschwerdeführers vor.

d) Rechtsschutzgarantie (Art. 19 Abs. 4 GG)

Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet den Zugang zur ordentlichen Gerichtsbarkeit und zudem die Wirksamkeit des Rechtsschutzes gegen jede Form der öffentlichen Gewalt sofern der Kläger die Verletzung eines ihm zustehenden Rechts geltend macht (sog. subjektives öffentliches Recht). Dazu gehört die umfassende gerichtliche Kontrolle des angegriffenen Aktes

hoheitlicher Gewalt in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht sowie die richterliche Befugnis, der behaupteten Rechtsverletzung abzuwehren etwa durch Aufhebung eines angegriffenen Verwaltungsaktes, dass also die Gerichte über eine zureichende Entscheidungsmacht verfügen, um einer erfolgten oder drohenden Rechtsverletzung wirksam abzuwehren (vgl. BVerfGE 61, 82, 111).

Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass grundsätzlich der einfache Gesetzgeber bestimmt, ob und unter welchen Voraussetzungen subjektiv-öffentliche Rechte bestehen (Vgl. etwa Jarras in Jarras/Pieroth, GG, 2011, Art. 19 Rn. 36 ff). Diese Gestaltungsfreiheit findet ihre Grenzen in jedem Fall in den Grundrechten (BVerfGE 83, 182, 195). Deren Einklagbarkeit stellt Art. 19 Abs. 4 GG generell sicher und entzieht sie damit dem uneingeschränkten Zugriff des einfachen Gesetzgebers. Andernfalls stünde die Rechtsschutzgarantie des Grundgesetzes zu dessen völliger Verfügung, da sich grundsätzlich jede verfahrensrechtliche Beschränkung des Rechtsschutzes gesetzlich so formulieren ließe, dass sie etwa über Präklusionsfristen aus der Rechtsschutzgarantie herausfiele. In den gesetzlich geregelten Fällen der materiellen Präklusion im öffentlichen Planungs- und Genehmigungsrecht sind jedoch wegen der Raumbezogenheit und der Umweltrelevanz regelmäßig grundrechtlich geschützten Rechtsgüter Eigentum (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG), Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) betroffen bzw. beeinträchtigt.

Aus Art. 19 Abs. 4 GG ebenso wie unmittelbar aus Art. 14 GG folgt die Pflicht der Gerichte, bei Eingriffen in das Eigentum einen effektiven Rechtsschutz zu gewähren (vgl. BVerfGE 45, 297, 333; 46, 325, 334; 89, 340, 342). Die Rechtsschutzgarantie erfordert, dass die Enteignung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht durch die rechtsprechende Gewalt in vollem Umfang auf ihre Rechtmäßigkeit geprüft werden kann. Sie gewährleistet eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle (vgl. BVerfGE 101, 106, 122 f; 103, 142, 156; stRspr).

Sofern die normative Ausgestaltung einer gerichtlichen Verfahrensordnung die umfassende Nachprüfung des Verfahrensgegenstandes in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht und eine dem Rechtsschutzbegehren angemessene Entscheidungsart und Entscheidungswirkung gewährleistet, ist damit dem aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG wie aus etwaigen Grundrechtsverbürgungen folgenden Schutzanspruch grundsätzlich genügt (vgl. BVerfGE 60, 253, 297). Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG gebietet nicht, dass die öffentliche Gewalt ihre hoheitliche Maßnahme so wählt, dass der Einzelne dagegen einen möglichst umfassenden Rechtsschutz hat (vgl. BVerfGE 10, 89, 105; 31, 364, 368). Der Gesetzgeber ist nicht verpflichtet, grundlegende Planungsentscheidungen in diejenige Rechtsform zu fassen, die dem Bürger den bestmöglichen Rechtsschutz gewährleistet (vgl. BVerfGE 70, 35, 56).

Ob, inwieweit und in welcher Form die Vorverlagerung des Rechtsschutzes für bestimmte Planungsentscheidungen verfassungsrechtlich geboten ist, entzieht sich jedoch einer allgemeinen Festlegung. Die Entscheidung darüber hängt von den tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten des jeweiligen Sachbereichs ab und ist in erster Linie dem Gesetzgeber vorbehalten (BVerfG, Beschl. v. 10.9.2008 - 1 BvR 1914/02, Rn 42). Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die phasenweise Abschichtung des Rechtsschutzes in der Regel für den Eigentümer zwar zu einer Vorverlagerung und damit zu einer entsprechenden Effektuierung, zugleich aber auch zu einer gewissen Einschränkung der Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die nachfolgende Enteignung führt, weil er zur Vermeidung von Präklusionseffekten vielfach gehalten sein wird, bereits die Planungsentscheidung oder andere angreifbare Vorentscheidungen anzufechten, was seinerseits einer Rechtfertigung vor Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG bedarf (vgl. BVerfG, Beschl. v. 15.2.2007 - 1 BvR 300/06 u. 848/06, NVwZ 2007, S. 573, 574). Nur ausnahmsweise wird sich daher aus dem Gebot der Gewährung effektiven Rechtsschutzes ergeben, dass allein eine bestimmte Form frühzeitigen Rechtsschutzes die nach Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG

gebotene vollständige Überprüfbarkeit in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht hinreichend ermöglicht, zumal die Verfassung, wie ausgeführt, zwar einen effektiven, nicht jedoch den für den jeweiligen Betroffenen bestmöglichen Rechtsschutz gewährleistet.“

Die materielle Präklusion beschränkt diese verfassungsrechtliche Rechtsschutzgarantie. Der präkludierte Vortrag wird der gerichtlichen Überprüfung entzogen. Die gerichtliche Überprüfung bleibt insoweit unvollständig. Die materielle Präklusion greift damit in den Schutzbereich des Art. 19 Abs. 4 GG ein (vgl. u.a. Solveen, Die materielle Präklusion im Fachplanungsrecht - beispielhaft untersucht anhand § 17 Abs. 4 FStrG, 1998, S. 95; Zuck, Unwirksamkeit der gewerberechtlichen Ausschlussfrist für Einwendungen gegen "genehmigungspflichtige Anlagen", BB 1963, S. 671 ff; Röhl/Ladenburger, Die materielle Präklusion im raumbezogenen Verwaltungsrecht, 1997, S. 48, Fn. 6)

Hier war der Beschwerdeführer im gerichtlichen Verfahren vor dem BVerwG unter Verweis auf die Präklusionsvorschrift aus § 17a Nr. 7 S. 1 FStrG mit seinem Vortrag zu einem im Planfeststellungsbeschluss angelegten Verstoß gegen § 42 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG (a.F.) bzw. Art. 12 FFH-RL nicht gehört worden. Das Gericht hat sich mit dieser Frage nicht beschäftigt. Vielmehr hat § 17a Nr. 7 S. 1 FStrG die Klärung dieser für den Erfolg der Klage entscheidenden Frage dem Gericht entzogen. Diese Frage durfte weder erörtert, noch zum Anlass für eine Aufhebung des angefochtenen Planfeststellungsbeschlusses verwendet werden. Für den jetzigen Beschwerdeführer ist damit im ordentlichen Gerichtsverfahren die Möglichkeit, Rechtsschutz vor einer nach seiner Auffassung und seinem Vortrag i.S.v. § 42 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG (a.F.) bzw. Art. 12 FFH-RL rechtswidrigen Enteignung zu begehren und zu erhalten unmöglich gewesen. Damit liegt hier ein konkreter, auf § 17a Nr. 7 S. 1 FStrG beruhender Eingriff in den Schutzbereich von Art. 19 Abs. 4 GG vor.

2.2. Verletzung von Grundrechten durch das Rechtsinstitut der materiellen Präklusion

2.2.1 Interessenlage in Planungsverfahren

Das Institut der materiellen Präklusion hat der Gesetzgeber im Bereich der Zulassung umweltrelevanter Großvorhaben eingeführt. Diese auch als komplexe Verwaltungs- bzw. echte Massenverfahren bezeichneten Verfahren (Siehe dazu etwa Oexle, Das Rechtsinstitut der materiellen Präklusion, Berlin 2000, S. 77 - mit weiteren Nachweisen) lassen sich aufgrund ihrer besonderen Struktur von anderen Verfahrenstypen unterscheiden. Dies betrifft die Vielzahl, mitunter gegenläufiger betroffener Interessen, die hohe Komplexität des zu untersuchenden Sachverhalts und die dadurch bedingte erhebliche Verfahrensdauer. Aus Sicht des Vorhabenträgers führt dies zu einem gesteigerten Planungs- und Investitionsrisiko, aus Sicht der Behörde zu einem erheblichen Aufwand an sachlichen und personellen Mitteln. Zugleich führen weitgehende Entscheidungsspielräume in Form von vielfältigen und mitunter weiten Beurteilungs-, Definitions-, Gestaltungs- und Ermessensspielräumen der Behörden zu einer reduzierten gerichtlichen Kontrolldichte (BVerfGE 39, 1, 44 - Fristenlösung; BVerfGE 46, 160, 164 - Schleyer; BVerfGE 56, 54, 80 f - Fluglärm; BVerfGE 79, 174, 202; siehe dazu auch Oexle, Das Rechtsinstitut der materiellen Präklusion, Berlin 2000, S. 78, 80 - mit weiteren Nachweisen).

2.2.2 Ausweitung des Rechtsinstituts der materiellen Präklusion in der Gesetzgebung

In den ersten beiden Jahrzehnten der Bundesrepublik gab es zwar in einigen Gesetzen auch das Rechtsinstitut der materiellen Präklusion, aber der Gesetzgeber machte von diesem weniger Gebrauch. In Planfeststellungsverfahren führte ein Versäumnis der Einwendungsfrist ursprünglich regelmäßig nur zu einer formellen Präklusion mit Ausnahme von § 17 Abs. 3 i.V.m. Abs. 4 WaStrG (a.F.), dem das Bundesverwaltungsgericht 1986 auch

prozessuale Wirkung zusprach (BVerwGE 66, 99, 106). Das Rechtsinstitut der materiellen Präklusion fand erst ab den 1970er Jahren und dann erneut in den 1990er Jahren (zunächst im Zusammenhang mit den Projekten der Deutschen Einheit) größeren Niederschlag in der Gesetzgebung.

Zur Beschleunigung der Planfeststellungs- und Genehmigungsverfahren hat der Gesetzgeber das ursprünglich auf das Recht der Genehmigung von Großanlagen (insbes. Atomkraftwerke) konzentrierte Einsatzfeld der materiellen Präklusion schrittweise auf das gesamte Fachplanungsrecht des Bundes erweitert. Als Normen sind etwa zu nennen § 20 Abs. 2 S. 1 AEG; § 7 Abs. 1 AtVfV; § 10 Abs. 3 S. 3 BImSchG; § 61 Abs. 3 BNatSchG; § 17a Nr. 7 S. 1 FStrG; §§ 18, 23 GenTG; § 31 Abs. 1 KrW-/AbfG i.V.m. § 10 Abs. 3 S. 3 BImSchG; § 10 Abs. 4 S. 1 LuftVG; § 5 Abs. 2 S. 1 MBPlG; § 9 Abs. 1 S. 2 UVPG i.V.m. § 73 Abs. 4 S. 3 VwVfG; § 29 Abs. 4 S. 1 PBefG; § 73 Abs. 4 S. 3 VwVfG; § 17 Nr. 5 WaStrG. Wichtige Gesetze zuletzt in den 1990er Jahren sind hierzu das 3. Rechtsbereinigungsgesetz vom 28.06.1990 (BGBl. I, S. 1221), mit dem die materielle Präklusion zunächst in § 17 Abs. 4 S. 1 FStrG (heute § 17a Nr. 7 S. 1 FStrG) und § 36d Abs. 2 S. 1 BBahnG (heute § 20 Abs. 2 S. 1 ABG) verankert wurde; das Planungsvereinfachungsgesetz vom 17.12.1993 (BGBl. I, S. 2123) mit § 29 Abs. 4 S. 1 PBefG und § 10 Abs. 4 S. 1 LuftVG sowie § 5 Abs. 2 S. 1 MBPlG vom 23.11.1994 (BGBl. I, S. 3486). Mit dem Gesetz zur Beschleunigung von Genehmigungsverfahren (GenBeschlG) vom 12.09.1996 (BGBl. I, S. 1354) wurde die materielle Präklusion mit § 73 Abs. 4 S. 3 VwVfG in das allgemeine Planungsrecht eingeführt.

Der Gesetzgeber hat das ursprünglich auf das Recht der Genehmigung von Großanlagen (insbes. Atomkraftwerke) konzentrierte Einsatzfeld damit in den letzten Jahren auf fast alle Bereiche des Umwelt- und Technikrechts aber auch generell das Verwaltungsverfahrenrecht ausgeweitet. Aus einem Sonderrecht ist damit in den letzten Jahren geradezu ein allgemeiner Rechtsgrundsatz geworden.

2.2.3 Reale Handlungsmöglichkeiten eines Enteignungsbetroffenen zu naturschutzfachlichen Einwendungen zum Artenschutz

a) Anforderungen an naturschutzfachliche Einwendungen zum Artenschutz (Inhalt und Frist)

Einwendungen, mit denen Planbetroffene behördliche Tatsachenermittlungen erstmals oder abweichend aus der Sicht des Naturschutzes bewerten, müssen sich zur Vermeidung der Präklusion bereits im Verwaltungsverfahren mit dem vorhandenen Material so konkret auseinandersetzen, dass die Planfeststellungsbehörde erkennen kann, in welcher Hinsicht sie bestimmte Belange noch einer näheren Betrachtung unterziehen soll (vgl. BVerfG, Beschl. v. 8.7.1982 - 2 BvR 1187/80 - BVerfGE 61, 82, 117 f; BVerwG, Urt. v. 30.1.2008 - BVerwG 9 A 27.06 - Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr. 195). Der Umfang der zu fordernden Darlegung richtet sich nach der Konkretheit der ausgelegten Planunterlagen (BVerwG, Urt. v. 9.7.2008 - 9 A 14.07 - BVerfGE 131, 274 Rn 49). Von einem Einwender kann nach Auffassung des BVerwG erwartet werden, dass er gegen die Planung sprechende Gesichtspunkte geltend macht, die sich nach den ausgelegten Unterlagen einem Laien in seiner Lage von dessen eigenem Kenntnis- und Erfahrungshorizont her erschließen. Wenn der Naturschutz in den ausgelegten Unterlagen ausführlich behandelt worden ist, kann von einem von dem Vorhaben unmittelbar betroffenen Grundstückseigentümer erwartet werden, dass er der Behörde zumindest in laienhafter Form die Bereiche der Tier- und Pflanzenwelt benennt, deren Behandlung er im Hinblick auf die Inanspruchnahme seiner Grundstücke noch als unzureichend ansieht (BVerwG, Urt. v. 30.1.2008 - 9 A 27.06 - Buchholz). Das BVerwG kann nicht erkennen, dass Planbetroffene generell nicht in der Lage sind, dem innerhalb der Einwendungsfrist nachzukommen (BVerwG Beschluss vom 02.09.2010 - 9 B

11/10, Rn 14). Weitergehende Ausführungen, die wissenschaftlich-technischen Sachverstand erfordern, können hingegen grundsätzlich nicht verlangt werden. Privateinwendern kann auch keine Obliegenheit zur rechtlichen Einordnung ihrer Einwendungen auferlegt werden (BVerwG, Urt. v. 24.7.2008 - 4 A 3001.07 - BVerwGE 131, 316 Rn 36)

Die Einwendungspräklusion begegnet auch in der hier einschlägigen gesetzlichen Ausgestaltung gemäß § 17a Nr. 7 Satz 1 FStrG i.V.m. § 73 Abs. 4 Satz VwVfG keinen Bedenken des BVerwG in Bezug auf die Frist von zwei Wochen nach Ablauf der Auslegungsfrist, bis zu deren Ablauf Einwendungen erhoben werden können. Auch mit Blick auf die besondere Komplexität des FFH-Rechts sei diese Frist in jedem Fall angemessen (BVerwG, Urt. v. 03.03.2011 - 9 A 8/10, Rn 37 f). Der zweiwöchigen Ausschlussfrist ginge eine einmonatige Auslegung der Planunterlagen voraus, weshalb die Betroffenen also insgesamt rund sechs Wochen Zeit hätten, um sich mit der Sachlage vertraut zu machen und ihre Einwendungen zu formulieren. Die Einhaltung der Einwendungsfrist sei den Betroffenen auch deswegen praktisch möglich, weil nur geringe Anforderungen an die Substantiierung der Einwendungen gestellt würden. Für innerhalb der Einwendungsfrist zu erhebende Rügen einer Verletzung von FFH-Recht könnten daher keine Besonderheiten gelten. Auch insoweit bestünde eine Obliegenheit zur fristgerechten Erhebung von Einwendungen nur dann und nur insoweit, als nach den ausgelegten Unterlagen ein Laie ohne Beiziehung naturschutzfachlichen Sachverstandes die Möglichkeit einer Beeinträchtigung von FFH-Gebieten oder von Zugriffen auf europarechtlich geschützte Arten erkennen könne. Das sei etwa dann der Fall, wenn die Betroffenen den ausgelegten Unterlagen ohne Weiteres entnehmen konnten, dass die Auswirkungen des Vorhabens auf die umliegenden FFH-Gebiete und auf europarechtlich geschützte Arten untersucht und Beeinträchtigungen bzw. Zugriffe verneint wurden. Im Hinblick darauf würde es genügen, wenn die Kläger in ihren Einwendungsschreiben unter Angabe der als betroffen erachteten Schutzgüter und der Art der Beeinträchtigung eine erneute Überprüfung der FFH-Problematik oder eine eingehendere Begründung der Untersuchungsergebnisse verlangt hätten. Die Planfeststellungsbehörde wie auch der Vorhabenträger hätten dann erkennen können, dass insoweit noch keine Rechtssicherheit bestand, sondern die Auswirkungen des Vorhabens auf die nach FFH-Recht geschützten Rechtsgüter noch näher überprüft werden sollten (BVerwG, Urt. v. 30.1.2008 - 9 A 27.06 - Buchholz). Es sei nicht ersichtlich, dass eine solche laienhafte Thematisierung der FFH-Problematik innerhalb der Einwendungsfrist nicht zu leisten wäre.

Hier hat sich der Beschwerdeführer im Planungs- und im anschließenden Gerichtsverfahren auf eine Beeinträchtigung der europäisch streng geschützten Haselmaus berufen. Die Region ist eines deren wenigen verbliebenen Verbreitungsgebiete in Sachsen. Dieser Vortrag wurde vom Gericht unter Verweis auf die materielle Präklusion von § 17a Nr. 7 FStrG zurückgewiesen.

Hier hatte die Behörde erstmals 2005 Planungsunterlagen öffentlich ausgelegt. Dem ausgelegten Erläuterungsbericht vom 27.05.2005 war zu entnehmen gewesen, dass Maßnahmen zum Schutz von Tieren getroffen werden sollten, wie sie im ausgelegten landschaftspflegerischen Begleitplan aufgeführt und in den beigefügten faunisten Gutachten für erforderlich gehalten wurden. Hinweise auf ein mögliches Vorkommen der Haselmaus waren in den ausgelegten Planungsunterlagen nicht enthalten, obwohl bei Experten in der Region bereits damals entsprechende Daten vorhanden waren. Eigentlich wäre es Aufgabe der Straßenbehörde im Rahmen ihrer Amtsermittlungspflicht aus § 24 VwVfG sowie der zuständigen Naturschutzbehörden gewesen, diese Daten ins Verfahren zu bringen. In ihrer ersten fristgemäßen Stellungnahme 2005 haben der Beschwerdeführer und sein Rechtsvorgänger die Haselmaus dann auch nicht erwähnt. Erst im Verlauf der weiteren Planungen und auf Druck verschiedener Einwender, darunter die Kläger, wurde die Haselmaus dann erstmals im Oktober 2009 offiziell in die Planungen aufgenommen.

Dazu muss daran erinnert werden, dass - wie weiter oben ausgeführt - diese scheuen Kleinsäugetiere nachtaktiv sind und zudem 95 % ihrer lediglich nächtlichen Aktivitäten in den Kronen der Bäume und Sträucher verbringen und selbst kleinere Exkursionen auf dem Boden vermeiden. Für normale Menschen sind sie praktisch unsichtbar und überdies nur schwer von anderen Kleinsäugetieren zu unterscheiden. Die klagenden Landwirte hätten daher rechtlich betrachtet schon 2005 ein Fachwissen in ihre Stellungnahme einbringen müssen, das damals nicht einmal die planende Behörde und insbesondere nicht die zuständigen Naturschutzbehörden hatten.

Das Bundesverwaltungsgericht verlangt trotz aller Ausführungen zu lediglich „laienhaften“ Ausführungen durch private Einwender, die ausreichend seien und dem Erfordernis, dass „Einwendungen nur dann und nur insoweit, als nach den ausgelegten Unterlagen ein Laie ohne Beiziehung naturschutzfachlichen Sachverständigen die Möglichkeit einer Beeinträchtigung von FFH-Gebieten“ habe, innerhalb der Präklusionsfrist zu erbringen seien, dennoch zumindest eine exakte Benennung der betroffenen Art.

Dies setzt seitens des einwendenden Normalbürgers jedoch hoch spezielle Artenschutzkenntnisse voraus. Um eine Einwendung auch gerichtsfest vortragen zu können, müssen Flächenbesitzer bereits auf einer sehr frühen Verfahrensstufe mögliche Beeinträchtigungen von Fauna und Flora bis auf die Artenebene genau vorbringen. Können sie dies nicht, sind sie hinsichtlich dieser Thematik präkludiert.

In der Lebenswirklichkeit werden Tier und Pflanzenarten vom Normalbürger (Durchschnittsbetrachter) durch direktes Sehen von Individuen in ihrer natürlichen Umgebung wahrgenommen. Bei der visuellen Wahrnehmung von Arten bestehen hinsichtlich der exakten Bestimmungsmöglichkeit aber zahlreiche grundlegende Probleme.

Diese Problemfelder sollen nachfolgend an konkreten Beispielen dargestellt werden. Aus dieser Aufstellung wird deutlich, dass ein Nachweis von Arten insbesondere solchen, die unter dem Schutz der FFH-RL stehen, für den Normalbürger ohne Beiziehung naturschutzfachlichen Sachverständigen und ohne eine weit über die zur Verfügung stehenden maximal sechs Wochen Einwendungsfrist gemäß § 17a Nr. 7 Satz 1 FStrG i.V.m. § 73 Abs. 4 Satz VwVfG hinausgehende Zeitspanne schon grundsätzlich nicht möglich ist. Damit verlangen § 17a Nr. 7 Satz 1 FStrG i.V.m. § 73 Abs. 4 Satz VwVfG in Verbindung mit der Rechtsprechung des BVerwG schlicht eine unmögliche Leistung vom Einwender.

b) Bestimmungshemmnisse aufgrund der verborgenen Lebensweise von Arten

Sehr selten existieren beim Normalbürger Kenntnisse über indirekte Nachweismethoden wie z. B. Fraßspuren, Kotnachweise, Trittsiegel oder Rufarten. Der Bürger unterscheidet bestenfalls grob und weit über der Artenebene. Oft unterscheidet er nur auf einer höheren Zuordnungsebene also z. B. nach Käfern, Fledermäusen, Schmetterlingen oder Mäusen.

Art	Fachliche Nachweismethode	Quelle zur Art	Schutzstatus
Fischotter (Säugetier)	Habitat: in naturnahen aber auch anthropogen geprägter und vom Wasser beeinflusster Lebensräumen mit entsprechenden Biotopstrukturen Vorwiegend nachtaktiv, Nachweis ausschließlich über Trittsiegel, Kot, Markierungsflüssigkeit	Petersen/Ellwanger/Bless u.a., Das europäische Schutzgebietssystem Natura 2000. Ökologie und Verbreitung von Arten der FFH-Richtlinie in Deutschland, Bd. 2 Wirbeltiere, S. 427-432, Habitate, Erfassungsmethoden; als Anlage K9	Anhang II u. IV der FFH-RL

Art	Fachliche Nachweismethode	Quelle zur Art	Schutzstatus
<p>Haselmaus (Säugetier)</p>	<p>Habitat: naturnahe Waldgesellschaften</p> <p>Tier bewegen sich weit überwiegend im Gezweig von Bäumen und Sträuchern; im Sommer monophasisch dämmerungs- und nachtaktiv; Nachweis: über Fraßspuren, Nestersuche, Fang in Lebendfallen,; Gewölleuntersuchungen durch Experten möglich;</p> <p>Unterscheidungsmerkmale der Art beim Laien zur Abgrenzung gegenüber andern Bilchen (Siebenschläfer, Gartenschläfer) oder auch Mäusen (Hausmaus, Waldmaus) meist unbekannt. Die Fellfarbe der Haselmaus wechselt. Unterschiedliche Farbvarianten bekannt.</p> <p>Unterschiede zwischen den Arten lassen sich auch in den weit verbreiteten populärwissenschaftlichen Standartwerken im direkten Vergleich nur schwierig erkennen</p>	<p>Petersen/Ellwanger/Bless u.a., a.a.O., S. 453-455, Habitate; Erfassung; Erfassungsmethoden; als Anlage K10</p> <p>Siehe Vergleich mit Farbtafeln bei Juškaitis/Büchner und Needon:</p> <p>Juškaitis/Büchner, Die Haselmaus. Die Neue Brehmbücherei. Bd. 670, Hohenwarsleben. 2011, S. 25; als Anlage K11</p> <p>Needon/Petermann/Scheffel/Scheiba, Pflanzen und Tiere. Ein Naturführer. Leipzig, Jena, Berlin Farbtafeln S. 235; (Standartwerk in der ehemaligen DDR – wird auch heute noch in dieser Form verlegt); als Anlage K12</p>	<p>Anhang IV der FFH-RL</p>
<p>alle Fledermausarten</p>	<p>Nachtaktiv; übliche Art-Bestimmung mit Ultraschalldetektoren (mit Artspezifischer Frequenz in bestimmten Habitattypen) , Netzfängen durch Experten; auch möglich: Quartierkontrollen;</p> <p>Nur das Vorhandensein von Fledermäusen allgemein, kann vom aufmerksamen Durchschnittsbetrachter im Flug wahrgenommen werden.</p>	<p>Skiba, Europäische Fledermäuse Kennzeichen, Echoortung und Detektoranwendung. Die Neue Brehmbücherei Nr. 648. Hohenwarsleben: 2009, S. 10 f; als Anlage K13</p>	<p>Alle Anhang IV der FFH-RL</p>

Art	Fachliche Nachweismethode	Quelle zur Art	Schutzstatus
Großer Abendsegler	Quartiere: besonders Spechthöhlen in Altbäumen aber auch geeignete Gebäude; Artbestimmung: Rufe mit Ultraschalldetektoren bei 20 bis 25 kHz wechselnd; Visuelle Unterscheidung durch Ansicht im Quartier oder Flugbild nur durch Experten möglich, Kriterien (Fellfarbe, Ohrenform, Zahnformel, Fellfarbe)	Petersen/Ellwanger/Bless, a.a.O., Bd. 2 Wirbeltiere, S. 529-533; Habitate, Erfassungsmethoden; als Anlage K14	Anhang IV der FFH-RL
Mopsfledermaus	Artbestimmung: Rufbestimmung mit Ultraschalldetektoren bei 30 kHz, Netzfänge; Rufe ohne Detektor sind für Menschen nicht hörbar; Fang und direkte Ansicht im Quartier nur mit Sondergenehmigung und durch Experten (Fellfarbe, Ohrenform, Zahnformel, Schwanzhaut)	Petersen/Ellwanger/Bless, a.a.O., Bd. 2 Wirbeltiere, S. S. 351-355, Habitate, Erfassungsmethoden; als Anlage K15	Anhang II und IV der FFH-
Heldbock	spezielle Fraßgänge in absterbenden Alteichen durch Schlupflöcher, Fraßgänge sowie Bohrmehl und Mulmauswurf, selten Imagines zu sehen; sehr zeitaufwendige Erfassungsmethode (an mindestens zehn Abenden; jeweils 4 bis 5 Stunden); Fernglas notwendig	Petersen/Ellwanger/Bless a.a.O, Bd. 1, Pflanzen und Wirbellose, S. 362-366, Habitate, Gefährdung und Schutz; als Anlage K16	Anhang II u. IV der FFH-RL
Eremit (Käferart; Familie: Rosenkäfer)	Quartier: lebt in Mulmhöhlen im Inneren von Altbäumen; Nachweis durch Kotpillen und Chitinteile; selten über Imagines und für geübten manchmal Geruchserkennung (Käfer fliegen nur sehr selten und nur kurzfristig aus); die Erfassung ist in der Regel nur durch Experten möglich	Petersen/Ellwanger/Bless a.a.O, Bd. 1, Pflanzen und Wirbellose, S. 415-422, Habitate, Erfassung, Erfassungsmethoden; als Anlage K17	Anhang II u. IV der FFH-RL; prioritäre Art

c) Verwechslungsmöglichkeiten mit anderen Arten.

Zwischen den einzelnen Arten sind oft nur sehr kleine Unterschiede wahrnehmbar, die nur von Fachleuten mit der entsprechenden Fachbestimmungsliteratur zugeordnet werden können. Aufgrund seiner Alltagswahrnehmung scheitert der Normalbürger / Durchschnittsbetrachter an den Anforderungen einer fachlich fundierten Artenunterscheidung.

Diese sehr kleinen Unterschiede bewirken dann letztlich, ob die Art streng geschützt oder besonders geschützt oder ohne rechtlichen Schutzstatus eingestuft wird.

Hier wir anhand verschiedener Beispiele mit den Farb- und Schwarzweiß-Tafeln gezeigt, wie schwierig es ist, die einzelnen Arten auch wirklich exakt und sicher zu unterscheiden.

Art	Fachliche Unterscheidungsmethode und Verwechslungsmöglichkeit	Quelle zur Art	Schutzstatus
<p>Heller Wiesenknopf-Ameisenbläuling</p> <p>(Schmetterlingsart, Bläuling)</p>	<p>Bild auf Flügelunterseite; Verwechslung mit Rotkleebläuling und Kreuzenzian / Lungenenzian – Ameisenbläuling möglich;</p> <p>Für den Laien ist die darüber hinaus die Verwechslung mit sehr zahlreichen anderen Bläulings-Arten möglich. Auch sind nicht alle Bläulinge auf der Flügeloberseite blau!</p>	<p>Settele/Steiner/Reinhardt/u.a., Schmetterlinge. Die Tagfalter Deutschlands. Stuttgart. 2005, Farbtafeln Abb. S. 190 ff.; S. 84f; als Anlage K18</p>	<p>Anhang II und IV der FFH-RL</p> <p>Die anderen Bläulinge stehen nicht unter der FFH-Schutzregime, sind aber nach BArtSchV besonders geschützt</p>
<p>Dunkler Wiesenknopf-Ameisenbläuling</p> <p>(Schmetterlingsart)</p>	<p>Randflecken auf Flügelunterseite; zimtbraune Färbung; Verwechslung mit Rotkleebläuling und Kreuzenzian / Lungenenzian – Ameisenbläuling möglich.</p> <p>Für den Laien ist die darüber hinaus die Verwechslung mit sehr zahlreichen anderen Bläulings-Arten möglich. Auch sind nicht alle Bläulinge auf der Flügeloberseite blau!</p>	<p>Settele/Steiner/Reinhardt/u.a., ebd.; als Anlage K18</p>	<p>Anhang II und IV der FFH-RL;</p> <p>Die anderen Bläulinge stehen nicht unter der FFH-Schutzregime, sind aber nach BArtSchV besonders geschützt</p>
<p>Mittelspecht</p>	<p>Habitat: Laubwald mit alten Eichen und Buchen</p> <p>Allgemeine Verwechslungsgefahr mit den Arten Buntspecht, und Kleinspecht; Selbst für den Experten ist die Unterscheidung des Mittelspechtes vom jungen Buntspecht sehr schwierig.</p> <p>Die Lebensräume und Verbreitungsgebiete der einzelnen Arten überschneiden sich stark oder sind auch teilweise identisch.</p>	<p>Svenson, Der Kosmos Vogelführer. Stuttgart: 2011, siehe Ähnlichkeit auf den Farbabbildungen im Vergleich verschiedener Arten S. 244-247.; als Anlage K19</p>	<p>Anhang I der Vogelschutzrichtlinie; streng geschützt nach BArtSchV</p> <p>Alle europäischen Vogelarten sind nach der BArtSchV besonders geschützt</p>

Art	Fachliche Unterscheidungsmethode und Verwechslungsmöglichkeit	Quelle zur Art	Schutzstatus
<p>Sumpfungelwurz</p> <p>(Doldenblütler)</p>	<p>Habitat: Bindung an Niedermoorstandorte;</p> <p>Erfassung: kann auf Grund der Verwechslungsgefahr nur durch entsprechend qualifizierten Personen erfolgen;</p> <p>Verwechslungsgefahr mit zahlreichen anderen Doldenblütlern, z. B. Echtem Engelwurz (<i>Angelica archangelica</i>) und Wilden Engelwurz (<i>Angelica sylvestris</i>), Meisterwurz (<i>Peucedanum ostruthium</i>),</p> <p>sowie: Wiesenbärenklau (<i>Heracleum sphondylium</i>), Zaungiersch (<i>aegopodium podagraria</i>) und Berle (<i>Berula erecta</i>) u. v. a. Arten</p>	<p>Petersen/Ellwanger/Bless, a.a.O., Bd. 1 Pflanzen und Wirbellose, S. 34-38, Habitate, Erfassungsmethoden; Bildnachweis: S. 195 Abb. 1.2; als Anlage K20</p> <p>Rothmaler/Jäger (Hrsg.), 3, Exkursionsflora von Deutschland, Gefäßpflanzen: Atlasband, Berlin: 2007, S. 374 ff; als Anlage K21</p> <p>Needon/Petermann/Scheffel/Scheiba, a.a.O., Farbtafeln S. 104-107; als Anlage K12</p>	<p>Anhang II und IV der FFH-RL</p> <p>Die meisten Doldenblütler besitzen keinen besonderen Schutzstatus im Sinne des BArtSchV und des BNatSchG</p>

d) Störungsverbot von § 44 BNatSchG

Wild lebende oder gar streng geschützte Arten dürfen gem. § 44 BNatSchG ohne vernünftigen Grund nicht gestört werden.

Um manche Arten genau unterscheiden zu können, ist eine Betrachtung aus unmittelbarer Nähe notwendig. Das gelingt regelmäßig nur in den Wohn-, Nist-, Brut- und Zufluchtsstätten oder per Fang. Für den Laien lässt sich kein hinreichender Grund für die Begründung einer Störung im Quartier oder durch fang herleiten! Damit sind die exakten Arten- Nachweise für den Durchschnittsmenschen / Bürger kaum zu erbringen.

Tierart	Fachliche Erfassungsmethode und Verwechslungsmöglichkeit	Quelle zur Art	Schutzstatus
Schlingnatter	Habitat: breites Spektrum offener und halboffener Lebensräume mit wärmespeicherndem Substrat Erfassungsmethode: durch gezieltes Absuchen im Gelände; Durch versteckte Lebensweise – in der Regel schwierig zu erfassen; Erfassung sollte nur durch Kenner der Art erfolgen; in Süddeutschland werden die Tiere durch das Auslegen von Blechen angelockt; Verwechslung mit Kreuzottern	Petersen/Ellwanger/ Bless. a.a.O., Bd. 2 Wirbeltiere, S. 59 ff, Habitat, Erfassung, Erfassungsmethoden; als Anlage K22 ebd.: Gefährdungsursachen letzter Absatz	Anhang IV der FFH-RL
Graues Langohr und Braunes Langohr (Fledermausarten)	Ultraschallrufe sehr leise! Sind deshalb nur sehr eingeschränkt mit Detektor erfassbar; Nachweismethode vorwiegend über Quartierbesichtigung und Netzfänge und Beutereste am Quartier; Arten wurden erst nach 1960 unterschieden	Petersen/Ellwanger/ Bless a.a.O., Bd. 2 Wirbeltiere, S. 580-590; jeweils Habitate, Erfassungsmethoden; als Anlage K23	Beide Arten Anhang IV der FFH-RL

e) Unmöglichkeit zum Nachweis während der Einwendungsfrist

aa) Verfassungsrechtlicher Maßstab der materiellen Präklusion ist eine Mindest-Einwendungsfrist von knapp 2 Wochen

Ist schon die Bestimmung der meisten relevanten Arten selbst für einen Nichtfachmann praktisch unmöglich, so ist es dass in jedem Fall - und dies auch für einen Fachmann - nicht innerhalb der Frist von maximal sechs Wochen (§ 17a Nr. 7 Satz 1 FStrG i.V.m. § 73 Abs. 4 Satz VwVfG) die weitgehend auch der Frist in den anderen Anwendungsfällen der materiellen Präklusion im Anlagengenehmigungs- und Fachplanungsrecht entspricht.

Zunächst handelt es sich bei der vom BVerwG in seiner Rechtsprechung ausdrücklich als ausreichend angeführten Frist um eine maximale Angabe. Dies setzt voraus, dass jeder Einwender tatsächlich am ersten Tag der Auslegung Einsicht nimmt, den Inhalt der Planungsunterlagen sofort vollständig erfasst und dann umgehend Artennachweise erbringt. Schon allein diese Vorstellung ist mit dem Grundgedanken der Einwendungsfrist nicht vereinbar. Vielmehr soll es möglichst jedem potentiellen Einwender faktisch ermöglicht werden, Einsicht zu nehmen. Da niemals alle Einwender einem einzigen Termin sowohl terminlich wahrnehmen könnten, als auch die gleichzeitige Einsichtnahme durch eine unüberschaubar große Anzahl von Personen nicht möglich ist (hier geht es um Massenverfahren), soll es die Monatsfrist von § 73 Abs. 3 Satz VwVfG ermöglichen, dass jeder Interessierte innerhalb dieses gesamten Zeitraums Einsicht nehmen kann. Damit das Verfassen einer Einwendung zeitlich auch für Personen möglich ist, die erst am Ende der Auslegungszeit Einsicht genommen haben, schließen sich an das Ende der Auslegung noch gem. § 73 Abs. 4 Satz VwVfG zwei Wochen für die Stellungnahme an.

Würde man sich der oben genannten Auffassung des BVerwG anschließen (BVerwG, Urt. v. 03.03.2011 - 9 A 8/10, Rn 37 f), würde bei Einwendungen im Bezug auf Artenschutz faktisch eine Pflicht zur Einsichtnahme gleich zu Beginn der Auslegungsfrist bestehen. Das ist mit dem Gesetz nicht vereinbar. Vielmehr muss die Mindestfrist von faktisch weniger als zwei Wochen für die Zeit zwischen der letztmöglichen Einsichtnahmen und dem Eingang der Einwendung bei der Behörde der Maßstab für die Rechtmäßigkeit der materiellen Präklusion sein.

bb) Weder 6, noch 2 Wochen sind für eine Einwendung zum Artenschutz ausreichend

Ein präklusionsfester Vortrag zu konkreten, vom Vorhaben betroffenen Arten ist innerhalb von weniger als zwei Wochen praktisch unmöglich. Er wäre aber auch in der vom BVerwG fälschlich als verfassungsrechtlichen Maßstab benannten Frist von sechs Wochen zu erbringen.

Nachweise von Arten sind oft nur zu ganz bestimmten Zeitpunkten im Jahresverlauf möglich und in vielen Fällen nur durch mehrfache Erhebungen zu unterschiedlichen Zeitpunkten im Jahresverlauf. Viele Arten durchlaufen Lebenszyklen, in denen sie sich teilweise grundlegend in ihrer äußeren Anmutung unterscheiden oder zeitweise praktisch nicht virulent sind. Zu denken ist an Larvenstadien, die mitunter verborgen im Boden oder unter der Rinde von Bäumen verbracht werden. Andere Arten wandern und halten sich in unseren Breiten nur zeitweise und mitunter auch nur für sehr kurze Zeit auf, insbesondere Vögel.

Besonders augenscheinlich sind die genannten Umstände für die Winterperiode, in denen eine Vielzahl der heimischen Tiere nach Süden gewandert bzw. geflogen ist bzw. Winterschlaf verbringt. Wenn eine öffentliche Planauslegung gerade in dieser Zeit erfolgt, ist eine fristgemäße Artenerhebung schlicht unmöglich.

Die nachfolgende Aufstellung zeigt die gute fachliche Praxis, die für einen planungsrechtlich belastbaren Untersuchungsrahmen für Biotope und Arten gilt (aus Köppel/Peters/Wende: Eingriffsregelung, Umweltverträglichkeitsprüfung, FFH-Verträglichkeitsprüfung. 2004, S. 43, 47)

„Untersuchungsrahmen Schutzgut Arten und Biotope

- *Untersuchungsbedarf*
 - *Grundsätzlich ist eine Biotoptypenkartierung durchzuführen.*
 - *Soweit eine ausreichende Beschreibung des Ist-Zustandes nicht auf der Grundlage vorhandener Daten möglich ist, bedarf es regelmäßig der konkreten Erfassung und Beschreibung der Tier- und Pflanzenwelt im Rahmen einer fachgutachterlichen Bestandsbeurteilung. Dies kann geboten sein, wenn das Vorhandensein von gefährdeten und gegenüber den Wirkungen des Vorhabens (besonders) empfindlicher Tier- und Pflanzenarten in Betracht zu ziehen ist.*
- *Erfassungskriterien*
 - *Biotoptypen und Biotopkomplexe*
 - *Lebensstätten streng geschützter Arten*
 - *Vegetationsgesellschaften*
 - *Fauna (bedeutende) Vorkommen von (Leit- bzw. Indikator-) Arten und deren Lebensgemeinschaften*
 - *Lebensraumbedingungen der Arten und Lebensgemeinschaften*
 - *faunistische Funktions- und (Inter-)Aktionsräume*
 - *Realnutzung: Nutzungsart/ -intensität, Pflegezustand*
 - *Alter und Entwicklungszustand; Strukturmerkmale*

Untersuchungsrahmen Tierarten (Beispiele)

- **Amphibien**
 - flächendeckende Laich- und Laichgewässerkartierung
 - anschließend systematische Suche am Laichplatz; je nach Gewässertyp mindestens 3 Begehungen, je nach Laichtyp tags oder nachts
 - Verhören am Laichplatz; Abkeschern (Stichproben); Sichtbeobachtung
 - Spezifizierung
 - bei Fließgewässern 2 Begehungen zwischen März und Juli
 - bei Stillgewässern 3 Begehungen zwischen März und Juli
- **Reptilien**
 - Systematische ruhige Suche in den Morgenstunden besonders im Frühjahr auf festgelegten Probeflächen
 - Überprüfung Reproduktionserfolg im Herbst
- **Avifauna (Vögel)**
 - Flächendeckende Kartierung des Artenbestandes durch 3 bis 4 Begehungen (Linien und/oder Punkt- und Rasterkartierung)
 - Rastplatzanalyse / Wintervogelzählung
- **Libellen**
 - Nachweis über Linientaxierung, Kescherfänge am Gewässer, Imagines, Kescherfang von Larven, Absammeln von Exuvien in der Zeit von April bis September
 - Fließgewässer 6-8 Begehungen
 - Stillgewässer 4-6 Begehungen
- **Tagfalter, Widderchen**
 - Linientaxierung auf ausgewählter Probefläche von ca. 1 ha
 - mindestens 5 Begehungen zwischen April und September; bei Mager- und Trockenrasen, wärmeliebenden Gebüschern, Waldrändern, extensiven Wiesen, feuchten Hochstaudenfluren, Naßwiesen, Saumgesellschaften 6 Begehungen“

2.2.4 Bisher nur bruchstückhafte Auseinandersetzung mit der materiellen Präklusion durch das Bundesverfassungsgericht und die weitere Rechtsprechung

2.2.4.1 Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

a) BVerfG Beschluss v. 08.07.1982 - 2 BvR 1187/80 - BVerfGE 60, 82 ff

Von Beginn an, gab es Zweifel an der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit materiellen Präklusion. Der Streit wurde zuerst um § 17 Abs. 2 S. 2 GewO a.F. ausgetragen (ersetzt durch den am 1.4.1974 in Kraft getretenen 10 Abs. 3 S. 3 BImSchG). Die Auseinandersetzungen konzentrierten sich schließlich ab den 1970er Jahren auf das Atomrecht. In dem langjährigen Rechtsstreit um die Zulassung von Block I des Atomkraftwerks Wyhl am Kaiserstuhl gelangte die Frage dann schließlich vor das Bundesverfassungsgericht. Dieses hat die materielle Präklusion dann in seinem "Sasbach-Beschluss" vom 8.7.1982 (BVerfGE 61, 82 ff) im Bezug auf atomrechtliche Anlagen als verfassungskonform eingestuft. In dieser Entscheidung wurde die Verfassungsmäßigkeit des § 3 Abs. 1 AtAnIV (heute § 7 Abs. 1 S. 2 AtVfV) in der Auslegung durch die vorangegangene Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE 60, 297 ff - Wyhl I) bestätigt. Seitdem hat das BVerfG bis heute keine weitere Beschwerde zur materiellen Präklusion angenommen oder in einem anderen Verfahren (etwa im Rahmen einer Normenkontrolle) erneut zu dem Thema Stellung genommen.

Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung materiellen Präklusion im Atom- und Immissionsschutzrecht erkannte das BVerfG 1982 letztlich in Folgendem (BVerfGE 61, 82, 114 ff):

"Das triftige öffentliche Interesse daran, Rechts- und Verkehrssicherheit in bezug auf den Bestand der künftigen Genehmigung der Anlage, soweit sie den ausgelegten Unterlagen entspricht, innerhalb einer angemessenen Frist herbeizuführen, rechtfertigt bei Genehmigungsverfahren der hier in Rede stehenden Art die Ausschlusswirkung des § 3 Abs. 1 AtAnlV in der Auslegung des Bundesverwaltungsgerichts. Nicht nur ist der Kreis derjenigen unüberschaubar, die möglicherweise Einwendungen erheben; auch der Kreis derjenigen Dritten, die von einer Genehmigung in subjektiven Rechtsstellungen betroffen sein können, ist in aller Regel nicht zu überblicken. Neben einer Reihe weiterer Zwecke, denen die gewählte Ausgestaltung des Verfahrens zu dienen geeignet ist - wie zum Beispiel der bei Massenverfahren unerläßlichen Verfahrenskonzentration und -zügigkeit, der umfassenden Ermittlung und Erörterung aller genehmigungserheblichen Sachverhalte und Beurteilungsgesichtspunkte, zumal auch in 'mehrpolgigen' Rechts- und Interessenlagen - sind es vor allem drei Gründe, die die Ausschlußwirkung des § 3 Abs. 1 AtAnlV in der Auslegung des Bundesverwaltungsgerichts als verfassungsrechtlich unbedenklich erscheinen lassen:

aa) Nur wenn die in ihren Rechten möglicherweise Betroffenen gehalten sind, ihre Einwendungen bereits im Genehmigungsverfahren vorzubringen, ist gewährleistet, daß die Genehmigungsbehörde die Sachverhalte zureichend ermitteln und rechtlich würdigen kann, auf die sich diese Einwendungen beziehen. (...)

bb) Das Einwendungsverfahren verstärkt die Wirksamkeit des Rechtsschutzes für den möglicherweise in seinen Rechten Betroffenen. Zwar ist ihm eine Mitwirkungslast auferlegt; er muß seine Einwendungen form- und fristgerecht vorbringen. Genügt er dieser Last indes, bleiben ihm nicht nur die von der Ausschlußwirkung bedrohten Rechtspositionen erhalten; er veranlaßt die Genehmigungsbehörde auch zu einer konkreten Erörterung und Prüfung gerade seiner individuellen konkreten Rechtsstellung und der zu ihrer Behauptung vorgebrachten Einwendungen; hierdurch wird zugleich einem Zwecke des Verfahrens entsprochen, frühzeitig einen Ausgleich der betroffenen Interessen zu ermöglichen, der durch den Amtsermittlungsgrund nicht gleich wirksam gewährleistet werden kann. (...)

cc) Die Ausschlußwirkung des § 3 Abs. 1 AtAnlV findet eine sachliche Rechtfertigung schließlich auch in dem Erfordernis, die Funktionsfähigkeit der Verwaltung wie der Gerichte zu wahren. Sie wirkt auf eine Konzentration und Zügigkeit der Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen wie der erhobenen Einwendungen hin. Dies ist im Massenverfahren auch erforderlich, um neben der Rechtssicherheit die Funktionsfähigkeit von Verwaltung und Gerichten zu erhalten (...)."

Die Verfassungsmäßigkeit der materiellen Präklusion gilt seit dem Sasbach-Beschluss von 1982 (in der Rechtsprechung, nicht in der Literatur) als ausgemacht. Tatsächlich kann diese Entscheidung aber heute nur noch sehr eingeschränkt für die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der materiellen Präklusion in den unterschiedlichen Rechtsbereichen des Planungsrechts herangezogen werden:

- Dieser Beschluss bezog sich unmittelbar nur auf die Verfassungsmäßigkeit der materiellen Präklusion im Atom- und Immissionsschutzrecht, also dem Anlagengenehmigungsrecht. Das sich davon in mehrfacher Hinsicht davon deutlich unterscheidende (dazu weiter unten genauer) Fachplanungsrecht, in das der Gesetzgeber die materielle Präklusion in den später folgenden Jahren so großzügig eingefügt hat, war dagegen nicht Gegenstand der Sasbach-Entscheidung. Zum Fachplanungsrecht steht eine Entscheidung des BVerfG daher bis heute aus
- Seit dem Sasbach-Beschluss haben sich gravierende Änderungen im Recht, insbesondere im Umweltrecht, als auch im Europarecht ergeben.
- Der Gesetzgeber hat zudem das ursprünglich auf das Recht der Genehmigung von Großanlagen (insbes. Atomkraftwerke) konzentrierte Einsatzfeld in den letzten Jahren auf fast alle Bereiche des Umwelt- und Technikrechts aber auch generell das

Verwaltungsverfahrenrecht ausgeweitet. Aus einem Sonderrecht ist damit in den letzten Jahren geradezu ein allgemeiner Rechtsgrundsatz geworden.

- Das BVerfG hat sich gemessen an den zum Problemkreis der materiellen Präklusion in der Literatur in den vergangenen Jahrzehnten aufgeworfenen Fragen nur sehr kurz auseinandergesetzt und sich dabei nur auf sehr wenige der insgesamt diskutierten Punkte eingeschränkt. Mit den in Jahrzehnten zusammen getragenen und diskutierten Argumenten der Literatur insgesamt, haben sich bislang weder das BVerwG, noch das BVerfG auseinandergesetzt.

b) Nichtannahmebeschlüsse

Seit dem Sasbach-Beschluss von 1982 hat das BVerfG im Zuge von Nichtannahmebeschlüssen zu einigen wenigen Detailfragen der materiellen Präklusion im Planungsrecht erneut Stellung bezogen.

aa) BVerfG Nichtannahmebeschluss vom 27.12.1999 - 1 BvR 1746/97

1999 wurde eine Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen, mit der die Ergänzung eines Planfeststellungsbeschlusses betreffend wesentlicher Änderungen eines Schienenweges (Maßnahmen des Schallschutzes) begehrt worden war. Dabei beschäftigte sich das BVerfG mit der Frage, welchen verfassungsrechtlichen Anforderungen öffentliche Bekanntmachungen im Blick auf das Gebot effektiven Rechtsschutzes genügen müssen, wenn sie eine Einwendungsfrist auslösen, deren Versäumung den Ausschluss der Einwendungen im gerichtlichen Verfahren zur Folge hat.

Das BVerfG führte aus, dass der Ausschluss verspäteter Einwendungen im gerichtlichen Verfahren nur dann mit Art 19 Abs. 4 GG vereinbar ist, wenn die Mitwirkungsobliegenheiten im Verwaltungsverfahren für den betroffenen Bürger typischerweise erkennbar und nicht geeignet sind, den gerichtlichen Rechtsschutz zu vereiteln oder in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise zu erschweren (vgl. BVerfG, Beschl. v. 8.7.1982 - 2 BvR 1187/80, BVerfGE 61, 82, 110, 116 f. „Sasbach“). Im Beschluss wird dazu die Frage diskutiert, ob neben der Bekanntmachung gem. § 20 Abs 2 S 1 AEG im Amtlichen Anzeiger noch eine zusätzliche Bekanntmachung in örtlichen Tageszeitungen, die in dem Bereich verbreitet seien, in dem sich das Vorhaben voraussichtlich auswirken werde, erforderlich seien, was das BVerfG verneinte (BVerfG Beschl. v. 27.12.1999 - 1 BvR 1746/97).

bb) BVerfG Nichtannahmebeschluss vom 10.09.2008 - 1 BvR 1914/02

2008 wurde eine Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen, mit der Grundstückseigentümer die Aufhebung von Enteignungs- und Besitzeinweisungsbeschlüssen nach dem Energiewirtschaftsrecht jeweils mit einem dinglichen Leitungsrecht (beschränkte persönliche Dienstbarkeit) zugunsten eines Energieversorgungsunternehmens beehrten.

Das BVerfG führte aus, dass aus Art. 14 GG unmittelbar ebenso wie aus Art. 19 Abs. 4 GG die Pflicht der Gerichte folgt, bei Eingriffen in das Eigentum einen effektiven Rechtsschutz zu gewähren (vgl. BVerfGE 45, 297 333; 46, 325, 334; 89, 340, 342). Die Rechtsschutzgarantie erfordert, dass die Enteignung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht durch die rechtsprechende Gewalt in vollem Umfang auf ihre Rechtmäßigkeit geprüft werden kann. Sie gewährleistet eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle (vgl. BVerfGE 101, 106, 122 f; 103, 142, 156; stRspr). Zur verbürgten Wirksamkeit des gerichtlichen Rechtsschutzes nach

Art. 19 Abs. 4 GG gehört auch, dass die Gerichte über eine zureichende Entscheidungsmacht verfügen, um einer erfolgten oder drohenden Rechtsverletzung wirksam abzuwehren (vgl. BVerfGE 61, 82, 111). Sofern die normative Ausgestaltung einer gerichtlichen Verfahrensordnung die umfassende Nachprüfung des Verfahrensgegenstandes in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht und eine dem Rechtsschutzbegehren angemessene Entscheidungsart und Entscheidungswirkung gewährleistet, ist damit dem aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG wie aus etwaigen Grundrechtsverbürgungen folgenden Schutzanspruch grundsätzlich genügt (vgl. BVerfGE 60, 253, 297). Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG gebietet nicht, dass die öffentliche Gewalt ihre hoheitliche Maßnahme so wählt, dass der Einzelne dagegen einen möglichst umfassenden Rechtsschutz hat (vgl. BVerfGE 10, 89, 105; 31, 364, 368). Der Gesetzgeber ist nicht verpflichtet, grundlegende Planungsentscheidungen in diejenige Rechtsform zu fassen, die dem Bürger den bestmöglichen Rechtsschutz gewährleistet (vgl. BVerfGE 70, 35, 56).

„Ob, inwieweit und in welcher Form die Vorverlagerung des Rechtsschutzes für bestimmte Planungsentscheidungen verfassungsrechtlich geboten ist, entzieht sich jedoch einer allgemeinen Festlegung. Die Entscheidung darüber hängt von den tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten des jeweiligen Sachbereichs ab und ist in erster Linie dem Gesetzgeber vorbehalten. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die phasenweise Abschichtung des Rechtsschutzes in der Regel für den Eigentümer zwar zu einer Vorverlagerung und damit zu einer entsprechenden Effektivierung, zugleich aber auch zu einer gewissen Einschränkung der Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die nachfolgende Enteignung führt, weil er zur Vermeidung von Präklusionseffekten vielfach gehalten sein wird, bereits die Planungsentscheidung oder andere angreifbare Vorentscheidungen anzufechten, was seinerseits einer Rechtfertigung vor Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG bedarf (vgl. BVerfG, 2. Kammer des Ersten Senats, Beschluss vom 15. Februar 2007 - 1 BvR 300/06 und 848/06 -, NVwZ 2007, S. 573 <574>). Nur ausnahmsweise wird sich daher aus dem Gebot der Gewährung effektiven Rechtsschutzes ergeben, dass allein eine bestimmte Form frühzeitigen Rechtsschutzes die nach Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG gebotene vollständige Überprüfbarkeit in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht hinreichend ermöglicht, zumal die Verfassung, wie ausgeführt (oben [...]), zwar einen effektiven, nicht jedoch den für den jeweiligen Betroffenen bestmöglichen Rechtsschutz gewährleistet.“(BVerfG Beschl. v. 10.09.2008 - 1 BvR 1914/02, Rn 42).

2.2.4.2 Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts

Das Bundesverwaltungsgericht hält seit dem Sasbach-Beschluss des BVerfG (BVerfGE 61, 82 ff), der die "Erste Wyhl-Entscheidung" des BVerwG (BVerwGE 60, 297 ff) bestätigte, das Institut der materiellen Präklusion seitdem insgesamt verfassungsrechtlich unbedenklich. Dazu wurde lange Zeit in der Regel pauschal auf die Sasbach-Entscheidung verwiesen.

a) BVerwG Beschluss vom 12.02.1996 - 4 A 38/95 und BVerwG Urteil vom 24.05.1996 - 4 A 38/95 (zu Grundgesetz/Fachplanungsrecht - § 17 Abs. 4 S. 1 FStrG a.F.)

Erstmals 1996 hat sich das BVerwG dann inhaltlich mit der Problematik der materiellen Präklusion im Bereich des Fachplanungsrechts auseinandergesetzt (BVerwG, Beschl. v. 12.2.1996 - 4 A 38/95 = NVwZ 1997, 171 ff. = NuR 1997, 75; UPR 1996, 236 = DVBl. 1996, 684 sowie BVerwG Urt. v 24.5.1996 - 4 A 38/95; UPR 1996, 386 ff = NuR 1997, 83 ff = DVBl. 1997, 51 f).

Das BVerwG nimmt in den Entscheidungen von 1996 ausführlich zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der Verwirkungspräklusion in der Fernstraßenplanung Stellung. Es bezeichnet die vom Gesetzgeber mit § 17 Abs. 4 S. 1 FStrG a.F. (heute (§ 17a Nr. 7 S. 1 FStrG) verfolgten Ziele als legitim, die es im Ausgleich der gegenläufigen Interessen

zwischen Bürgerbeteiligung, planerischer Informationsaufbereitung und effektivem Rechtsschutz einerseits und dem Ziel einer behördlichen Verfahrensbeschleunigung und der Rechtssicherheit der Planungsentscheidung andererseits sieht. Zur näheren Ausgestaltung der Präklusionsnormen hat das BVerwG keine Bedenken. Es hält insbesondere auch den Einwendungsausschluss eines Enteignungsbetroffenen für verfassungsrechtlich unbedenklich, wobei es keine Veranlassung erkennt, diesen gegenüber den sonstigen von einer Präklusion Betroffenen gesondert zu betrachten (BVerwG, UPR 1996, 386, 387 f).

b) BVerwG Beschluss vom 09.08.2010 - 9 B 10/10 (zu Art. 103 Abs. 1 GG / Naturschutzverbände)

2010 folgte ein Beschluss, in dem die Präklusion im Zusammenhang mit Stellungnahmen der Naturschutzverbände als mit Art. 103 Abs. 1 GG vereinbar erklärt wurde.

Gemäß ständiger Rechtsprechung verlange der Grundsatz des rechtlichen Gehörs gemäß Art. 103 Abs. 1 GG vom Gericht, die Ausführungen der Beteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Art. 103 Abs. 1 GG gewähre jedoch schon grundsätzlich keinen Schutz gegen Entscheidungen, die den Sachvortrag eines Beteiligten aus Gründen des formellen oder materiellen Rechts teilweise oder ganz unberücksichtigt ließen (BVerwG Beschlüsse v. 29.4.2003 - 9 B 65 und v. 29.10.2009 - BVerwG 9 B 41.09; stRspr). Die Naturschutzverbände müssten zur Vermeidung der Präklusion sich bereits im Verwaltungsverfahren mit dem vorhandenen Material unter naturschutzfachlichen Gesichtspunkten kritisch auseinandersetzen. Je umfangreicher und intensiver die vom Vorhabenträger bereits vorgenommene Begutachtung und fachliche Bewertung in den ausgelegten Planunterlagen ausgearbeitet sei, umso intensiver müsse auch die Auseinandersetzung mit dem vorhandenen Material ausfallen (BVerwG, Beschl. v. 9.8.2010 - 9 B 10/10, Rn 5).

c) BVerwG Beschluss vom 02.09.2010 - 9 B 11/10 (zu Art. 103 Abs. 1 GG / Planbetroffener Grundstückseigentümer)

In einem weiteren Beschluss von 2010 bekräftigte das BVerwG erneut die Feststellung, dass Art. 103 Abs. 1 GG keinen Schutz gegen Entscheidungen gewähre, die den Sachvortrag eines Beteiligten aus Gründen des formellen oder materiellen Rechts teilweise oder ganz unberücksichtigt lassen. Eine Gehörsrüge könne nicht mit Erfolg darauf gestützt werden, dass das Gericht auf Vortrag eines Beteiligten nicht eingeht, auf den es aus Rechtsgründen nicht entscheidungserheblich ankäme. Planbetroffene müssten sich zur Vermeidung der Präklusion bereits im Verwaltungsverfahren mit dem vorhandenen Material so konkret auseinandersetzen, dass die Planfeststellungsbehörde erkennen kann, in welcher Hinsicht sie bestimmte Belange noch einer näheren Betrachtung unterziehen soll. Anzuknüpfen ist dabei an die ausgelegten Planunterlagen. Von einem Einwender könne erwartet werden, dass er gegen die Planung sprechende Gesichtspunkte geltend macht, die sich nach den ausgelegten Unterlagen einem Laien in seiner Lage von dessen eigenem Kenntnis- und Erfahrungshorizont her erschließen. Wenn der Naturschutz in den ausgelegten Unterlagen ausführlich behandelt worden ist, könne von einem von dem Vorhaben unmittelbar betroffenen Grundstückseigentümer erwartet werden, dass er der Behörde zumindest in laienhafter Form die Bereiche der Tier- und Pflanzenwelt benennt, deren Behandlung er im Hinblick auf die Inanspruchnahme seiner Grundstücke noch als unzureichend ansieht (BVerwG, Beschl. v. 02.09.2010 - 9 B 11/10)

2.2.4.3 Anhaltende Kritik in der Literatur/Rechtswissenschaft

Von Beginn an, gab es erhebliche Zweifel an der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit (erstmalig wohl von Zuck, Unwirksamkeit der gewerberechtlichen Ausschlussfrist für Einwendungen gegen "genehmigungspflichtige Anlagen", BB 1963, S. 671 ff.). Auch nach

dem Sasbach-Beschluss des BVerfG (BVerfGE 61, 82 ff) sind die Stimmen nie verstummt, die die materielle Präklusion für verfassungswidrig erachten (etwa Zuck, DVBl. 1973, 646; Wolfrum, DÖV 1979, 497, 500 ff; Ule, BB 1979, 1009, 1011 f; Papier, NJW 1980, 313, 318 ff; de Witt, DVBl. 1980, 1006, 1008 f; Erbguth, Rechtssystematische Fragen des Umweltrechts, 1987, 264 ff; Beckmann, Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz im raumbedeutsamen Umweltrecht, 1987, 218 ff; Class, VR 1990, 1, 4; Jacoby, Die Beschleunigung von Verwaltungsverfahren und das Verfassungsrecht, 1996, 90 - hier zumindest für verkehrsrechtliche Planfeststellungen; Solveen, Zur materiellen Präklusion im Fernstraßenplanungsrecht, DVBl. 1997, 803 ff; Erbguth, Zur Vereinbarkeit der jüngeren Deregulierungsgesetzgebung im Umweltrecht mit dem Verfassungs- und Europarecht, 1999, 96).

Mittlerweile haben sich drei Dissertationen monografisch eigens mit dem Thema auseinandergesetzt und im Ergebnis erhebliche verfassungsrechtliche (sowie europarechtliche) Bedenken zusammengetragen (Solveen, Die materielle Präklusion im Fachplanungsrecht - beispielhaft untersucht anhand § 17 Abs. 4 FStrG, 1998; Oexle, Das Rechtsinstitut der materiellen Präklusion, Berlin 2000; Niedzwicki, Präklusionsvorschriften im Spannungsfeld zwischen Verfahrensbeschleunigung, Einzelfallgerechtigkeit und Rechtsstaatlichkeit, 2007).

Eine Auseinandersetzung der Rechtsprechung mit diesen kritischen Stimmen ist bislang nicht erkennbar, weder durch des BVerfG, noch durch das BVerwG.

2.2.4.4 Grundsätzliche Verknüpfung der Unterschiede zwischen Anlagengenehmigung und Genehmigung von Infrastrukturvorhaben, insbesondere von Bundesfernstraßen

Hinsichtlich der Konsequenzen einer materiellen Präklusion bestehen zwischen Anlagengenehmigungs- und Fachplanungsrecht so große Unterschiede, dass sich aus der Argumentation zum Anlagengenehmigungsrecht nicht zwangsläufig die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit der entsprechenden Regelung im Fachplanungsrecht ergibt (siehe dazu insbesondere Solveen, Zur materiellen Präklusion im Fernstraßenplanungsrecht, DVBl. 1997, 803; zur Unterscheidung etwa von Atomrecht und Fernstraßenrecht auch Stürer/Rieder, Präklusion im Fernstraßenrecht, DÖV 2003, 473-482):

- Im Anlagengenehmigungsrecht ist Ziel und Ergebnis der Planungen eine gebundene Entscheidung (siehe etwa im Immissionsschutzrecht § 6 Abs. 1 BImSchG: „Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn ...“). Das heißt, wenn keine rechtlichen Gründe (insbesondere auch durch eine Verletzung von Grundrechten Dritter) gegen die Genehmigung der Anlage sprechen, muss die Behörde diese genehmigen, hat also der Antragsteller einen Anspruch auf Genehmigung. Es findet keine Abwägungsentscheidung statt (vgl. etwa Stürer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 2005, Rn 2946 ff, Rn. 3616 ff)

Im Fachplanungsrecht steht die Erteilung der Genehmigung durch die Behörde dagegen grundsätzlich in deren planerischen Ermessen. Hier sind im Rahmen der Gesetze die verschiedenen vom Vorhaben berührten Belange gegeneinander abzuwägen (siehe etwa im Fernstraßenrecht § 6 Abs. 2 FStrG: „Bei der Bestimmung der Linienführung sind die von dem Vorhaben berührten öffentlichen Belange einschließlich der Umweltverträglichkeit und des Ergebnisses des Raumordnungsverfahrens im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen.“; vgl. dazu etwa Stürer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 2005, Rn 2946 ff, Rn 2996 ff).

- Im anlagengenehmigungsrechtlichen Verwaltungsverfahren ist bezüglich betroffener Grundrechte ein angemessener Ausgleich zwischen den Positionen zweier

Grundrechtsträger zu finden (auf Seiten des Projektträgers und künftigen Betreibers einer Anlage deren verfassungsrechtlich geschützte Positionen aus Art. 12 Abs. 1 GG - wirtschaftliche Betätigung, insbesondere die eigenverantwortliche unternehmerische Entscheidung über den Einsatz von Investitionen sowie den Gegenstand der Produktion; siehe etwa Jarras in Jarras/Pieroth, GG, 2011, Art. 12 Rn 10 sowie Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG - etwa vermögenswirksame Positionen wie das Grundeigentum, das zur Realisierung der geplanten Anlage eingesetzt werden soll). Sowohl der Betroffene, der sich gegen die Errichtung und den Betrieb einer Anlage wehrt, als auch der Anlagengerichter und -betreiber, der eine zügige Abwicklung des Genehmigungsverfahrens und eine Genehmigung mit möglichst hoher Bestandssicherheit erstrebt, können sich zur Rechtfertigung ihrer Verlangen auf Grundrechte berufen. Die materielle Präklusion verspäteter Einwendungen soll hier dem Interessenausgleich dienen (BVerwGE 60, 297, 303 f u. 306 f).

Im Fachplanungsrecht hingegen fehlt es an einem derartigen „mehrpolygonalen Rechtsverhältnis“ (Begriff bei BVerwGE 60, 297, 303). Dort stehen sich Bürger und Staat gegenüber, wobei der Staat schon ganz grundsätzlich kein Träger von Grundrechten vergleichbar einem privaten Projektträger und künftigen Betreibers einer Anlage im Sinne einer Anlagengenehmigung sein kann. Grundrechte schützen vielmehr den Bürger gegenüber dem Staat, nicht umgekehrt.

- Schließlich kann der Bürger im Anlagengenehmigungsverfahren regelmäßig nur als „Nachbar“ von einem Großvorhaben betroffen sein.

Im Fachplanungsrecht kommt dagegen im Regelfall die Enteignungsbetroffenheit hinzu.

Die Verfassungsmäßigkeit der materiellen Präklusion gilt in der Rechtsprechung seit dem Sasbach-Beschluss des BVerfG von 1982 (BVerfGE 61, 82 ff) als ausgemacht. Dieser Beschluss bezog sich unmittelbar jedoch nur auf die Verfassungsmäßigkeit der materiellen Präklusion im Atom- und Immissionsschutzrecht, also dem Anlagengenehmigungsrecht. Das sich davon in mehrfacher Hinsicht davon deutlich unterscheidende Fachplanungsrecht, in das der Gesetzgeber die materielle Präklusion in den später folgenden Jahren so großzügig eingefügt hat, war dagegen nicht Gegenstand der Sasbach-Entscheidung. Zum Fachplanungsrecht steht eine Entscheidung des BVerfG daher bis heute aus.

Das BVerwG hat sich dagegen in den letzten Jahren auch mit der materiellen Präklusion im Fachplanungsrecht auseinander gesetzt, insbesondere mit seinen Entscheidungen von 1996 (BVerwG, Beschl. v. 12.2.1996 - 4 A 38/95 = NVwZ 1997, 171 ff. = NuR 1997, 75; UPR 1996, 236 = DVBl. 1996, 684 sowie BVerwG Urt. v 24.5.1996 - 4 A 38/95; UPR 1996, 386 ff = NuR 1997, 83 ff = DVBl. 1997, 51 f). Dabei erfolgte jedoch keinerlei Auseinandersetzung mit den Unterschieden zwischen Anlagengenehmigungsrecht und Fachplanungsrecht. Eine solche Abgrenzung und sich daraus ergebende Folgen für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der materiellen Präklusion spielte für das BVerwG bis heute keine Rolle. Eine solche Abgrenzung ist aber wegen der erheblichen Unterschiede zwischen beiden Rechtsgebieten zwingend erforderlich.

2.2.5 Fehlende verfassungsrechtliche Legitimation der Grundrechtseingriffe - Keine Übertragbarkeit der bislang vorgebrachten Argumente für die Präklusion auf die Enteignungsvorwirkung im Fachplanungsrecht/Fernstraßenrecht

a) Hier betroffene Grundrechte können nur durch Grundrechte eingeschränkt werden bzw. muss die Einschränkung verhältnismäßig sein

Art. 19 Abs. 4 GG steht unter keinem ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt. Einschränkungen sind somit nur in dem Rahmen möglich, als im Kollisionsfall mindestens gleichrangige Güter von Verfassungsrang dies gebieten (Allgemein Jarras in Jarras/Pieroth, GG, 2011, Vorb. vor Art. 1 Rn 48 ff).

Die Regeln der materiellen Präklusion stellen einen damit einen allein mit kollidierendem Verfassungsrecht zu rechtfertigenden Eingriff in die Schutzbereiche von Art. 19 Abs. 4 GG dar.

Art. 14 GG wird durch die gesetzlichen Inhalts- und Schrankenbestimmungen gem. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG bestimmt, die die Eigentumsfreiheit erweitern oder verkürzen können. Um verfassungsrechtlich gerechtfertigt zu sein, müssen Inhalts- und Schrankenbestimmungen durch Gesetz erfolgen und dabei dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Die Bindung an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz leitet das BVerfG dabei besonders aus dem Nebeneinander von Art. 14 Abs. 1 S. 1 und Art. 14 Abs. 2 GG her. Es sieht den Gesetzgeber vor der Aufgabe, ein „*Sozialmodell zu verwirklichen, dessen normative Elemente sich einerseits aus der grundgesetzlichen Anerkennung des Privateigentums durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG und andererseits aus dem Sozialgebot des Art. 14 Abs. 2 GG ergeben: Der Gebrauch des Eigentums soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen*“; der Gesetzgeber muss „*beiden Elementen (...) in gleicher Weise Rechnung tragen*“, muss sie „*in einen gerechten Ausgleich und ein ausgewogenes Verhältnis bringen*“ (BVerfGE 52, 1, 29; 87, 114, 138). Bei den Inhalts- und Schrankenbestimmungen stellt das BVerfG darauf ab, ob sie „*vom geregelten Sachbereich her geboten und auch in ihrer Ausgestaltung sachgerecht*“ sind (BVerfGE 52, 1, 29)

Eine Enteignung ist gem. Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG nur zum Wohl der Allgemeinheit zulässig. Die Enteignung ist darauf zu prüfen, ob der Gesetzgeber das Wohl der Allgemeinheit richtig oder falsch definiert bzw. ob die Verwaltung die definierte Gemeinwohlaufgabe richtig oder falsch konkretisiert hat. Das Wohl der Allgemeinheit muss die Enteignung *verlangen*, Hierzu fordert das BVerfG „*differenzierte materiell- und verfahrensrechtliche Regelungen, die sicherstellen, daß den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und der Gleichheit vor dem Gesetz (...) Rechnung getragen und insbesondere die Erforderlichkeit der Enteignung sorgfältig geprüft wird*“ (BVerfGE 74, 264, 286).

b) Kein Interessenausgleich zwischen Grundrechtsträgern gegeben bei Infrastrukturvorhaben, insbesondere bei Bundesfernstraßen

Die mit der materiellen Präklusion verbundenen Eingriffe in Art. 19 Abs. 4 GG auf Seiten des von Enteignungsbetroffenen sind nur unter der Voraussetzung verfassungsgemäß, wenn eine Kollision mit mindestens gleichrangigen Gütern von Verfassungsrang dies gebietet. Diese kollidierenden Rechtsgüter müssten bezogen auf den Eigentumsschutz aus Art. 14 GG zugleich eine verhältnismäßige Inhalts- und Schrankenbestimmungen gem. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG sein und einen Allgemeinwohlbestand darstellen, der gem. Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG eine Enteignung rechtfertigen würde.

Kernargument der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung der materiellen Präklusion ist der Ausgleich bzw. der Schutz der Grundrechte des Projektträgers in Form einer Minderung seines Investitionsrisikos. Im anlagengenehmigungsrechtlichen Verwaltungsverfahren ist ein

angemessener Ausgleich zwischen den Positionen zweier Grundrechtsträger zu finden. Sowohl der Betroffene, der sich gegen die Errichtung und den Betrieb einer Anlage wehrt, als auch der Anlagenerrichter und -betreiber können sich zur Rechtfertigung ihrer Verlangen auf Grundrechte berufen. Den mit einer Planungsentscheidung regelmäßig verbundenen Eingriffen in grundrechtlich geschützten Rechtsgütern von Nachbarn und überplanten Grundstückseigentümern werden auf Seiten des Projektträgers und künftigen Betreibers einer Anlage deren verfassungsrechtlich geschützte Positionen aus Art. 12 Abs. 1 GG (wirtschaftliche Betätigung, insbesondere die eigenverantwortliche unternehmerische Entscheidung über den Einsatz von Investitionen sowie den Gegenstand der Produktion (siehe etwa Jarras in in Jarras/Pieroth, GG, 2011, Art. 12 Rn 10) und Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG (etwa vermögenswirksame Positionen wie das Grundeigentum, das zur Realisierung der geplanten Anlage eingesetzt werden soll) gegenüber gestellt (siehe dazu etwa jeweils mit weiteren Nachweisen: Solveen, Zur materiellen Präklusion im Fernstraßenplanungsrecht, DVBl. 1997, 803; Oexle, Das Rechtsinstitut der materiellen Präklusion, Berlin 2000, S. 78-82; Niedzwicki, Präklusionsvorschriften im Spannungsfeld zwischen Verfahrensbeschleunigung, Einzelfallgerechtigkeit und Rechtsstaatlichkeit, 2007, S. 117 f, 192 ff). Für sie ist die Genehmigung notwendige Voraussetzung für die Errichtung und den Betrieb einer Anlage. Sie erstreben eine zügige Abwicklung des Genehmigungsverfahrens und eine Genehmigung mit möglichst hoher Bestandssicherheit. Die materielle Präklusion verspäteter Einwendungen soll hier dem Interessenausgleich dienen (BVerwGE 60, 297, 303 f u. 306 f).

Das BVerfG hatte in seiner Sasbach-Entscheidung dazu (allerdings konkret bezogen nur auf eine Anlagengenehmigung nach Atomrecht!) ausgeführt (BVerfGE 61, 82, 114 ff):

"Das triftige öffentliche Interesse daran, Rechts- und Verkehrssicherheit (...) innerhalb einer angemessenen Frist herbeizuführen, rechtfertigt bei Genehmigungsverfahren der hier in Rede stehenden Art die Ausschlusswirkung (...). Nicht nur ist der Kreis derjenigen unüberschaubar, die möglicherweise Einwendungen erheben; auch der Kreis derjenigen Dritten, die von einer Genehmigung in subjektiven Rechtsstellungen betroffen sein können, ist in aller Regel nicht zu überblicken. Neben einer Reihe weiterer Zwecke, denen die gewählte Ausgestaltung des Verfahrens zu dienen geeignet ist - wie zum Beispiel der bei Massenverfahren unerläßlichen Verfahrenskonzentration und -zügigkeit, der umfassenden Ermittlung und Erörterung aller genehmigungserheblichen Sachverhalte und Beurteilungsgesichtspunkte, zumal auch in 'mehrpolgigen' Rechts- und Interessenlagen - sind es vor allem drei Gründe, die die Ausschlußwirkung (...) als verfassungsrechtlich unbedenklich erscheinen lassen: (...) Nur wenn die in ihren Rechten möglicherweise Betroffenen gehalten sind, ihre Einwendungen bereits im Genehmigungsverfahren vorzubringen, ist gewährleistet, daß die Genehmigungsbehörde die Sachverhalte zureichend ermitteln und rechtlich würdigen kann, auf die sich diese Einwendungen beziehen. (...) Die Ausschlußwirkung (...) findet eine sachliche Rechtfertigung schließlich auch in dem Erfordernis, die Funktionsfähigkeit der Verwaltung wie der Gerichte zu wahren. Sie wirkt auf eine Konzentration und Zügigkeit der Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen wie der erhobenen Einwendungen hin. Dies ist im Massenverfahren auch erforderlich, um neben der Rechtssicherheit die Funktionsfähigkeit von Verwaltung und Gerichten zu erhalten (...)."

Oexle beschreibt die Situation des Vorhabenträger wie folgt: *"Der Vorhabenträger sieht sich bei Massenverfahren zunächst einer oft unüberschaubaren Vielzahl Drittbetroffener gegenüber, von deren Seite mit Gegenwehr gegen die geplante Anlage zu rechnen ist. Dieser besonderen Situation entspringt ein schutzwürdiges Interesse des Projektträgers, mit diesem Konfliktpotential möglichst frühzeitig konfrontiert zu werden, also nicht erst dann, wenn das Vorhaben mit Erteilung der administrativen Zulassung bereits verbindlich konkretisiert wurde. Wegen der Präklusionswirkung kann der Vorhabenträger schon im Verwaltungsverfahren abschätzen, ob, von welcher Seite und mit welchem Inhalt sein Vorhaben angegriffen wird. Dies eröffnet ihm die Möglichkeit frühzeitiger Reaktion und damit die Chance, sein durch die Vielzahl Drittbetroffener gestiegenes Investitionsrisiko zu reduzieren."* (Oexle, Das Rechtsinstitut der materiellen Präklusion, Berlin 2000, S. 80)

Zur Begründung für das Institut der materiellen Präklusion heißt es dann, den bisherigen Stand an diesbezüglichen Begründungen zusammen fassend, bei Oexle weiter (a.a.O., S. 80-82): *"Die materielle Präklusion ist ein Instrument des Interessenausgleichs und nicht der einseitigen Stärkung des Vorhabenträgers zu Lasten Drittbetroffener (...). Genau daraus resultieren aber ihre Grenzen. (...) [Sie zielt darauf den Vorhabenträger] in die Lage zu versetzen, die Realisierbarkeit des Vorhabens - und zwar nicht hinsichtlich des Wie, sondern auch des Ob - möglichst frühzeitig abschätzen zu können und sein weiteres Investitionsverhalten danach zu richten. Es geht also (...) um eine Verringerung des Realisationsrisikos, das heißt der Unsicherheit, ob das Projekt an dem geplanten Standort überhaupt durchführbar ist bzw. welche Korrektur- oder Anpassungsentscheidungen dazu noch erforderlich sein werden. Dieses - durch die Vielzahl der Vorhabenträger erhöhte - Risiko wird durch die materielle Präklusion zu einem Teil auf eben diesen Personenkreis zurückübertragen: Erheben die Projektgegner ihre Einwendungen nicht fristgerecht, können sie das Vorhaben nicht mehr stoppen. Rechtzeitig vorgetragene Einwendungen verbreitern hingegen nicht nur die Informationsbasis der Behörde, sondern auch die des Vorhabenträgers und ermöglichen so eine genauere Risikokalkulation. Angesichts von Investitionsvolumina von oft mehreren Milliarden D-Mark kann die so erzielte Steigerung der Planungssicherheit für den Projektträger von existentieller Bedeutung sein. (...) Der Vorhabenträger muß sich (...) nicht nur gegen einen, sondern gegen eine Vielzahl von Gegnern zur Wehr setzen. Diese stehen zudem nicht unverbunden nebeneinander, sondern organisieren ihren Widerstand häufig in Bürgerinitiativen, Aktions- und Notgemeinschaften. Zusammenfassend läßt sich damit festhalten, daß eine Rechtfertigungslinie der materiellen Präklusion auf der Notwendigkeit eines angemessenen Interessenausgleichs in polygonalen Verhältnissen basiert."*

Diese Argumentation verkennt jedoch bezogen auf die Enteignungsvorwirkung im Fachplanungsrecht/Fernstraßenrecht völlig, dass:

- es im Fachplanungsrecht, insbesondere im Fernstraßenrecht nach FStrG gerade an einem derartigen „mehrpolygonalen Rechtsverhältnis“ (Begriff bei BVerwGE 60, 297, 303) fehlt, dessen Vorhandensein aber das zentrale Kernargument der Sasbach-Entscheidung des BVerfG ist. Hier stehen sich vielmehr nicht Bürger und Bürger, sondern Bürger und Staat gegenüber. Hier spielen Grundrechte auf Seiten eines Projektträgers und künftigen Betreibers einer Anlage naturgemäß keine Rolle, da diese Vorhaben gerade nicht im privaten (unternehmerischen) Interesse errichtet werden, sondern im öffentlichen Interesse, also dem der Allgemeinheit. Der Staat ist aber grundsätzlich nicht Träger von Grundrechten, sondern diese sind ihrer Natur nach gerade Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat.
- es gerade nicht um private Investoren und deren Anspruch auf eine rechtlich gebundene Genehmigungsentscheidung durch die Behörden geht, sondern um eine Abwägungsentscheidung, die Einwendungen Dritter zunächst einmal nur in ihre Abwägung einfließen lassen muss, also im Zweifelsfall auch abwägen kann;
- es gerade nicht um Aspekte geht, die der öffentliche! Vorhabenträger nur durch die fristgemäße Stellungnahme eines betroffenen Privaten erfahren könnte, sondern vielmehr insbesondere etwa um naturschutzfachliche, also öffentliche Aspekte, die er sowieso von Amts wegen (§ 24 VwVfG) ermitteln und untersuchen müsste und
- die überdies regelmäßig besonderes Europarechtliches Gewicht (etwa FFH-Richtlinie) und Verfassungsrang (Art. 20a GG) haben;

- der Eingriff in das konkrete Eigentum eines Grundeigentümers nicht damit gerechtfertigt werden kann, dass sich Grundeigentümer in ähnlichen Situationen gelegentlich oder auch häufig zu organisierten Interessengruppen zusammen schließen würden; selbst wenn dies tatsächlich in einer signifikanten Zahl der Fälle zutreffen sollte, was keinesfalls belegt ist, verbietet sich schon aus logischen Gründen der Schluss vom Allgemeinen auf das Besondere. Der Eigentumsschutz eines Grundrechtsträgers kann nicht davon abhängig gemacht werden, wie sich andere Grundrechtsträger mit ihrem Eigentum verhalten. Das Recht muss vielmehr auch für den Enteignungsbetroffenen eine verhältnismäßige Lösung finden, der sich zu seiner Verteidigung nicht mit anderen zusammen schließt, sondern für sein privates Eigentum einzig persönlich eintritt.

c) Staatliche Infrastrukturverantwortung (Sozialstaatsprinzip)

Die mit der materiellen Präklusion verbundenen Eingriffe in Art. 19 Abs. 4 GG auf Seiten des von Enteignungsbetroffenen sind nur unter der Voraussetzung verfassungsgemäß, wenn eine Kollision mit mindestens gleichrangigen Gütern von Verfassungsrang dies gebietet. Diese kollidierenden Rechtsgüter müssten bezogen auf den Eigentumsschutz aus Art. 14 GG zugleich eine verhältnismäßige Inhalts- und Schrankenbestimmungen gem. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG sein und einen Allgemeinwohlbestand darstellen, der gem. Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG eine Enteignung rechtfertigen würde.

Dem unmittelbaren Wortlaut nach sind keine kollidierenden Rechtsgüter mit Verfassungsrang erkennbar.

Neben den vorgenannten Grundrechten auf Seiten eines Projektträgers und künftigen Betreibers einer Anlage, die im Fachplanungsrecht jedoch keine Rolle spielen, wird als verfassungsrechtliche Rechtfertigung die als Verfassungsgut der Allgemeinheit angesehene staatliche Verantwortung, für einen ausreichenden Bestand an infrastrukturellen Grundversorgung zu sorgen, herangeführt (Siehe dazu Oexle, Das Rechtsinstitut der materiellen Präklusion, Berlin 2000, S. 78-82). Der Verfassungsrang einer solchen Infrastrukturverantwortung wird traditionell mit dem in Art. 20 Abs. 1 GG festgelegten Sozialstaatsprinzip begründet (Herzog in Maunz/Dürig, GG, Stand 2008, Art. 20 VIII Rn 12 f; Steinberg, DÖV 1982, 619, 621; Bauer, VVDStRL 54, 1995, S. 243, 269 - mit weiteren Nachweisen).

Diese Argumentation geht jedoch schon grundsätzlich fehl und dies insbesondere bezüglich einer Enteignungsvorwirkung im Fernstraßenrecht:

Der Schutz des Eigentums gem. Art. 14 GG ist sehr hoch und deswegen auch die tatsächlichen und rechtlichen Anforderungen an eine Enteignung. Die Eigentumsgarantie ist ein elementares Grundrecht. Sie enthält eine Wertentscheidung von besonderer Bedeutung (BVerfGE 14, 263, 277; 21, 150, 155). Daraus leiten sich auch besondere Anforderungen an den Rechtsschutz im Schutzbereich von Art. 14 GG (vgl. etwa BVerfGE 24, 367, 401; 35, 348, 361; 45, 297, 332 f; 51, 150, 156) ab.

Eine Enteignung berührt den Kernbestand dieses Grundrechts. Die Qualität der staatlichen Verantwortung, für einen ausreichenden Bestand an infrastruktureller Grundversorgung zu sorgen, als Verfassungsgut der Allgemeinheit angenommen (ohne weiteres ergibt sich dies nicht aus dem Wortlaut von Art. 20 Abs. 1 GG) ist zunächst festzuhalten, dass die materielle Präklusion nicht die Aufgabe hat, als Inhalts- und Schrankenbestimmungen im Sinne von Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG zu wirken. Sie entfaltet ihre Wirkung gerade in den Fällen, in denen Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG nicht greift.

Dem Schutz des Bestands des Eigentums sowie dem vor Enteignung wird kurzfristig zunächst unmittelbar nur die Geschwindigkeit der Genehmigung entgegen gestellt. In seiner langfristigen Auswirkung geht es der materiellen Präklusion jedoch gerade nicht um den Schutz einer rechtmäßigen Planung (darauf hat sie langfristig keine Auswirkung, da eine rechtmäßige Planung vor Gericht Bestand hätte). Vielmehr liegt ihr langfristiger Zweck in der Erreichung der Unerheblichkeit objektiv bestehender, materieller Rechtsverstöße der Planung, was zugleich materiellen Verstößen gegen das Grundgesetz entspricht.

Der Schutz einer materiell rechtswidrigen, behördlichen Planungsentscheidung kann aber schon grundsätzlich keine gesetzlichen Inhalts- und Schrankenbestimmungen gem. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG darstellen, da er gerade nicht dem geltenden materiellen Recht in Form der Gesetze entspricht, sondern diese vielmehr übertritt. Die als Verfassungsgut der Allgemeinheit angesehene staatliche Verantwortung, für einen ausreichenden Bestand an infrastruktureller Grundversorgung, kann also nur innerhalb des gesetzlich zulässigen Rahmens bestehen. Das schließt ein Berufen auf eine materielle Präklusion zum Schutz eines objektiv rechtswidrigen Infrastrukturvorhabens aus Gründen der Rechtslogik zwingend aus.

Im Übrigen ist auch nicht erkennbar, wie eine materiell rechtswidrige Planungen unter Berufung auf dieses nur konstruierte Verfassungsgut Vorrang vor dem Schutz unmittelbar in der Verfassung genannter und von dieser geschützter weiterer Rechtsgüter wie etwa auch der Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) haben könnte.

Zum Sozialstaatsprinzip als Rechtfertigung der materiellen Präklusion merkt Niedzwicki überdies an: *"Bei der Verwirklichung des Sozialstaatsprinzips hat der Gesetzgeber einen großen Gestaltungsspielraum. Ihm steht es daher frei, grundsätzlich seine Verpflichtung aus dem Sozialstaatsprinzip, mit Hilfe des Rechtsinstituts der materiellen Präklusion zu erreichen. Er will verhindern, dass der Einzelne die Errichtung von industriellen Anlagen durch lange Verfahren verzögern oder gar verhindern und Investitionen in Anlagen, die der Infrastruktur dienen, vereiteln.*

Das Rechtsinstitut der materiellen Präklusion erfreute sich bei dem Gesetzgeber ab den 1970er Jahren und insbesondere in den 1990er Jahren großer Beliebtheit. In den ersten beiden Jahrzehnten der Bundesrepublik gab es zwar in einigen Gesetzen auch das Rechtsinstitut der materiellen Präklusion, aber der Gesetzgeber machte von diesem weniger Gebrauch. Heute ist eine Präklusivfrist in fast allen Gesetzen des Umwelt- und Technikrechts aber auch generell im Verwaltungsverfahrensgesetz normiert.

Das Wirtschaftswunder in der Bundesrepublik war sogar trotz der wenigen Präklusivfristen möglich. Anders ausgedrückt kann festgehalten werden, dass das Rechtsinstitut der materiellen Präklusion nicht zwingende Voraussetzung für eine florierende Wirtschaft ist.

Aus dem Sozialstaatsprinzip kann insofern nicht die Rechtfertigung des Rechtsinstituts der materiellen Präklusion hergeleitet werden. Dem steht auch nicht entgegen, dass wichtige Einrichtungen der Infrastruktur ein Rechtsgut mit Verfassungsrang sind. So kann das Straßen- und Schienennetz als Rechtsgut von Verfassungsrang bezeichnet werden. Die Funktionsfähigkeit der Bundesbahn, der Flughäfen und die des Straßen- und Wasserstraßennetzes waren durch eine deutlich geringere gesetzliche Normierung von materiellen Präklusionsvorschriften nicht gefährdet."

(Niedzwicki, Präklusionsvorschriften im Spannungsfeld zwischen Verfahrensbeschleunigung, Einzelfallgerechtigkeit und Rechtsstaatlichkeit, 2007, 199)

Vorschriften im Sinne einer materiellen Präklusion sind auch international ein seltener Ausnahmefall, gerade auch in Europa (siehe dazu Das Rechtsinstitut der materiellen Präklusion, Berlin 2000, 64). Außer in Deutschland existieren sie nur noch in den Niederlanden und in Österreich. Den übrigen modernen Industriestaaten und insbesondere Mitgliedstaaten der EU ist ein solcher Einwendungsausschluss fremd, ohne dass dies

offenbar negative Auswirkungen auf deren sozialstaatliche Substanz oder die Möglichkeit zur Verwirklichung von Infrastrukturvorhaben hätte.

d) Gewaltenteilung

In der Literatur wird als weiterer Rechtfertigungsgrund das Gewaltenteilungsprinzip aus Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG herangeführt (Siehe dazu Oexle, Das Rechtsinstitut der materiellen Präklusion, Berlin 2000, 82-84).

aa) Argument, Tatsachenermittlung solle nur bei der Verwaltung liegen (Kompetenzbeachtung)

Entsprechend den verschiedenen Erfordernissen staatlicher Aufgabenbereiche wird die staatliche hoheitliche Gewalt auf drei Bereiche aufgeteilt: Legislative, Exekutive und Judikative. Gefordert wird jedoch keine absolute Trennung, sondern die gegenseitige Kontrolle, Mäßigung und Hemmung dieser Gewalten (Ständige Rechtsprechung seit BVerfGE 9, 268, 279). Dabei darf die in der Verfassung vorgesehene Aufgabenverteilung aber nicht unterlaufen werden. Keine Gewalt darf in den zentralen Gestaltungs- und Verantwortungsbereich einer anderen Gewalt einbrechen (BVerfGE 9, 268, 280). Grundsätzlich müssen staatliche Entscheidungen von der Gewalt getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügt (BVerfGE 95, 1, 17). Die Entscheidung über die Zulassung umweltrelevanter Großvorhaben liegt als vielschichtiger, auf die Zukunft gerichteter und in besonderem Maße der Interessenzuordnung dienender Prozess grundsätzlich bei der Exekutive (siehe BVerfGE 95, 1, 17). Aufgabe der Gerichte ist es, diese behördliche Entscheidung nachträglich auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen.

Dieser Ablauf würde unterbrochen, wenn Einwendungen erst im gerichtlichen Verfahren vorgetragen oder geklärt werden, obwohl dies bereits im Verwaltungsverfahren möglich gewesen wäre (BVerfGE 61, 82, 114 f). Sonst würde sich die eigentliche Konfliktbewältigung vom Planungsverfahren, also der Exekutive, auf das sich ggf. anschließende Gerichtsverfahren, also die Judikative, verlagern. Dazu heißt es bei Oexle (a.a.O., S. 83): *"Diese Tendenz kann die Behörde im Wege eigener Amtsermittlung nur bedingt kompensieren, da die administrativen Aufklärungskapazitäten bei Massenverfahren an ihre Grenzen stoßen. Die Behörde ist dazu zur vollständigen Sachverhaltsermittlung auf die Mitwirkung der Beteiligten angewiesen. Die materielle Präklusion sichert diese Mitwirkung und dient damit der Wahrung der Prüfungsabfolge zwischen zweiter und dritter Gewalt."*

Diese Argumentation kann nicht überzeugen:

- Soweit es um Enteignungsbetroffene geht, ist der Begriff des Massenverfahrens gerade nicht zutreffend. Die Auseinandersetzung mit den dem Vorhabenträger und der Genehmigungsbehörde durch das zwingend zu erstellende Grunderwerbsverzeichnis hinlänglich bekannten und damit einen überschaubaren Kreis darstellenden Enteignungsbetroffenen kann in keinem Fall dazu führen, die Kapazitäten der Behörde zu sprengen. Spätestens im eigentlichen Enteignungsverfahren muss sowieso mit jedem Betroffenen einzeln verhandelt werden. Doch schon grundsätzlich geht diesem Personenkreis die Eigenschaft ab, eine unüberschaubare Anzahl von Personen zu sein, wie er für den Kreis der Personen eines Massenverfahrens kennzeichnend ist.
- Im Bezug auf die Berufung eines Enteignungsbetroffenen auf von objektiv-öffentlichen Rechte geht es gerade nicht um Aspekte, die der öffentliche Vorhabenträger und die Genehmigungsbehörde nur durch die fristgemäße Stellungnahme eines betroffenen Privaten erfahren könnte, sondern eben gerade um naturschutzfachliche, also öffentliche

Aspekte, die er sowieso von Amts wegen untersuchen müsste und die Europarechtliches Gewicht (etwa FFH-Richtlinie) und Verfassungsrang (Art. 20a GG) haben. Hier können sich öffentlicher Vorhabenträger und Genehmigungsbehörde gerade nicht darauf berufen, von solch einer Sachverhaltsaufklärung überfordert zu sein. Es ist nicht Aufgabe der privaten Einwender, möglicherweise betroffene objektiv-öffentliche Rechte zu ermitteln und auf deren mögliche Verletzung hinzuweisen. Die Wirkung von Art. 14 Abs. 3 GG besteht vielmehr allein darin, dass ein Enteignungsbetroffener sich eben auch auf solch ein Recht berufen kann, einzig um seinen Rechtsschutz nicht verfassungswidrig zu verkürzen.

- Wäre es tatsächlich Ziel der materiellen Präklusion, zu erreichen, dass die Tatsachenaufklärung und die eigentliche Konfliktbewältigung vom Planungsverfahren bereits im Verfahren der Behörde umfassend und abschließend erfolgt, dann dürfte es keine formelle Präklusion geben. Diese gilt aber im gesamten Planungsrecht (eingeschlossen § 17 Abs. 4 FStrG). Es ist die formelle Präklusion, die es ggf. verhindert, dass der Enteignungsbetroffene seine Einwendungen bereits im Verfahren erhebt. Würde man der Argumentation im Sinne Oexles folgen, würde die Grundrechtsverkürzung der formellen Präklusion, die den Enteignungsbetroffenen bereits im Verwaltungsverfahren gegen dessen Interessen beschwert, dann auch noch zum begründenden Argument für die materielle Präklusion machen. Damit würde eine Grundrechtsverkürzung zu Lasten des Enteignungsbetroffenen mit einer anderen ebenfalls zu seinen Lasten bestehenden Verkürzung begründet. Das ist juristisch absurd.

Vor diesem Hintergrund könnte die Verfassungsmäßigkeit der materiellen Präklusion bei Enteignungsbetroffenen bestenfalls damit geschaffen werden, dass auf die formelle Präklusion ganz verzichtet würde oder diese zumindest aufgeweicht würde etwa in der Hinsicht, dass für Enteignungsbetroffene mindestens eine zweite Stellungnahmemöglichkeit nach dem ersten Anhörungsverfahren und der Auswertung der darin erlangten Stellungnahmen eingeräumt würde.

bb) Argument, drohender Beschneidung der Entscheidungsspielräume der Verwaltung (Funktionswahrung der Gewalten)

Neben dem vorgenannten, nicht zu haltenden Argument der Sicherung der vollständigen Sachverhaltsermittlung durch die materielle Präklusion wird ein weiteres, auf dem Gewaltenteilungsprinzip beruhendes Argument zu deren verfassungsrechtlichen Legitimation angeführt. Dazu Oexle (a.a.O., S. 83f): *"Neben Trennung, Hemmung und Kontrolle zielt der Grundsatz der Gewaltenteilung aber auch auf ein funktionales Zusammenwirken von Legislative, Exekutive und Judikative. Die typischen Handlungsformen und Arbeitsweisen staatlicher Funktionsträger sind danach nicht ausschließlich als getrennte Erscheinungen, sondern auch in ihrer Wechselwirkung zu betrachten. (...) Als wesentliches Strukturmerkmal der hier thematisierten Verwaltungsverfahren wurde neben ihrer Komplexität die geringe materiell-rechtliche Steuerungsdichte genannt. Die Verwaltung operiert bei der Zulassung umweltrelevanter Großvorhaben im Feld schwacher gesetzlicher Programmierung. Durch die Schaffung von Beurteilungs-, Abwägungs- und Ermessensspielräumen hat der Gesetzgeber die Lösung einer Reihe von Konflikten letztverbindlich der Exekutive zugewiesen. Die Gerichte sind dementsprechend nicht befugt, die so gefundenen Ergebnisse der Behörde durch eine auf eigener Sachverhaltsaufklärung beruhende selbstständige Entscheidung zu ersetzen. Anders als in den Fällen vollständiger gerichtlicher Kontrolle, in denen der Richter nicht nur umfassend prüft, sondern gegebenenfalls - nach eigener Aufklärung und Ermittlung des Sachverhalts - auch voll durchentscheidet, können administrative Defizite daher nicht mehr im Verwaltungsprozeß ausgeglichen werden. Dadurch wird die Bedeutung der Exekutiventscheidung und damit korrespondierend die Notwendigkeit eines bereits im Verwaltungsverfahren möglichst vollständig aufgeklärten Sachverhalts als*

Entscheidungsgrundlage gesteigert. Jedenfalls bei Massenverfahren ist letzteres wiederum nur durch eine effektive Einbeziehung der Betroffenen möglich, die durch die Präklusionsandrohung aber erst gewährleistet wird. Somit sichert die materielle Präklusion nicht nur ein kompetenzgerechtes, sondern auch ein funktionales Zusammenwirken zwischen administrativem und gerichtlichem Verfahren. Damit läßt sie sich jedenfalls in Massenverfahren mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung rechtfertigen."

Auch diese Argumentation kann nicht überzeugen:

- Bezüglich Ermessen haben die Gerichte tatsächlich eine reduzierte Kontrollmöglichkeit. Sie überprüfen nur, ob die von der Verwaltung vorgenommene Abwägung rechtliche Fehler aufweist. Sie dürfen selbst keine Abwägung der Belange vornehmen. Die Annahme Oexles, dass Gerichte bei der Beurteilung von unbestimmten Rechtsbegriffen nur einen eingeschränkten Prüfungsumfang haben, geht in dieser pauschalen Behauptung fehl. Das Bundesverwaltungsgericht hat anfangs unbestimmte Rechtsbegriffe nur beschränkt überprüft. Das Gericht ist dann aber dazu übergegangen, dass unbestimmte Rechtsbegriffe gerichtlich vollständig überprüfbar sind, von Ausnahmen (Prüfungen, prüfungsähnliche Entscheidungen, beamtenrechtliche Beurteilungen, Entscheidungen von Grmeien mit Sachverständigen oder Interessenvertretern, bei Prognoseentscheidungen und Risikobewertungen) abgesehen (BVerwGE 100, 221, 225; 79, 208, 213; siehe dazu auch Niedzwicki, Präklusionsvorschriften im Spannungsfeld zwischen Verfahrensbeschleunigung, Einzelfallgerechtigkeit und Rechtsstaatlichkeit, 2007, 199-206).
- *"Die Möglichkeit zur Erhebung von Einwendungen vor der abschließenden Verwaltungsentscheidung in Genehmigungsverfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung stellt im Verwaltungsrecht eine Form von präventivem Rechtsschutz dar und ist somit eine Ausnahme. Nach der Genehmigungsentscheidung ist es schwierig, effektiven Rechtsschutz zu erreichen. Eine Präklusion kann eintreten. Der präventive Rechtsschutz ist aber für den Bürger in diesem Fall problematisch. Er kann nicht einschätzen, welchen rechtlichen Inhalt die spätere Genehmigung erhalten wird. Er kann nur aus den ausgelegten Unterlagen vermuten, welche Beeinträchtigungen er zu erwarten hat. Die ausgelegten Unterlagen stammen zum Teil auch vom Antragsteller des Genehmigungsverfahrens, die in den Unterlagen dargestellten Werte und Berechnungen müssen nicht immer objektiv sein. Der Einwender ist somit in einer denkbar ungünstigen Position. Gebietet denn nicht gerade der Grundsatz der Gewaltenteilung, dass ein Gericht nachträglich die Rechtmäßigkeit vollumfänglich überprüfen kann, wenn der konkrete Inhalt des Überprüfbaren (der Genehmigung) feststeht? Es ist ein tragendes Prinzip des Grundsatzes der Gewaltenteilung, dass die Gewalten sich gegenseitig kontrollieren. Der Ausdruck der 'checks and balances' bringt es auf den Punkt. Das Rechtsinstitut der materiellen Präklusion wird zwar dadurch seiner Funktion und Wirkung beraubt, dies ist aber hinzunehmen. Nicht Art. 20 GG muss sich an dem Rechtsinstitut der materiellen Präklusion messen lassen, sondern die materiellen Präklusionsvorschriften müssen sich am Grundsatz der Gewaltenteilung messen lassen. Jeder Akt der Exekutive muss einer effektiven gerichtlichen Kontrolle unterliegen. Die materiellen Präklusionsvorschriften minimieren die Effektivität der gerichtlichen Kontrolle. Zudem ist die Anerkennung von Beurteilungsspielräumen in einigen Fällen vielleicht eine praktische Notwendigkeit, verfassungsrechtlich aber problematisch." (Niedzwicki, Präklusionsvorschriften im Spannungsfeld zwischen Verfahrensbeschleunigung, Einzelfallgerechtigkeit und Rechtsstaatlichkeit, 2007, S. 204 f):*
- Weiter gilt auch hier wieder: Wäre es tatsächlich Ziel der materiellen Präklusion, zu erreichen, dass die Tatsachenaufklärung und die eigentliche Konfliktbewältigung vom Planungsverfahren bereits im Verfahren der Behörde umfassend und abschließend erfolgt, dann dürfte es keine formelle Präklusion geben. Diese gilt aber im gesamten

Planungsrecht (eingeschlossen § 17 Abs. 4 FStrG). Es ist die formelle Präklusion, die es ggf. verhindert, dass der Enteignungsbetroffene seine Einwendungen bereits im Verfahren erhebt. Würde man der Argumentation im Sinne Oexles folgen, würde die Grundrechtsverkürzung der formellen Präklusion, die den Enteignungsbetroffenen bereits im Verwaltungsverfahren gegen dessen Interessen beschwert, dann auch noch zum begründenden Argument für die materielle Präklusion machen. Damit würde eine Grundrechtsverkürzung zu Lasten des Enteignungsbetroffenen mit einer anderen ebenfalls zu seinen Lasten bestehenden Verkürzung begründet. Das ist juristisch absurd.

- Nicht zuletzt geht es hier nicht um Abwägung von Interessen, sondern um die Geltendmachung von konkreten Gesetzesverstößen. Betroffene sollen sich nicht darauf berufen dürfen, dass eine Verwaltungsentscheidung materiell rechtswidrig ist in der Form, dass sie gegen zwingendes und ausdrücklich formuliertes Recht verstößt. Das ist etwas ganz anderes, als die recht freie Abwägung unterschiedlicher, kollidierender und jeweils rechtlich abgesicherter Interessen. Gerade das Umweltrecht sieht in solchen Fällen explizite Befreiungsmöglichkeiten vor, deren Voraussetzungen aber sowohl formell, also auch materiell gegeben sein müssen.

Der Grundsatz der Gewaltenteilung kann somit nicht zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung der materiellen Präklusion herangezogen werden.

e) Effektivitätsgrundsatz, Beschleunigung und Konzentration

Als weiterer Rechtfertigungsgrund wird herangeführt, dass die materielle Präklusion das Verwaltungsverfahren effektiviert, konzentriert und beschleunigt. Diese Argumentation findet sich in der Rechtsprechung und in der Literatur (so etwa BVerfGE 61, 82, 114; BVerwG, NVwZ 1997, 171, 172; BVerwG NVwZ 1997, 489 f; ausführlich und mit weiteren Nachweisen: Oexle, Das Rechtsinstitut der materiellen Präklusion, Berlin 2000, 84-86; Niedzwicki, Präklusionsvorschriften im Spannungsfeld zwischen Verfahrensbeschleunigung, Einzelfallgerechtigkeit und Rechtsstaatlichkeit, 2007, 116-119).

Danach sei es ein als verfassungsrechtlich abgesichertes Erfordernis, die Effizienz der Verwaltung zu steigern bzw. administrative Zulassungsverfahren zu beschleunigen, was gegenüber Enteignungsbetroffenen im Hinblick auf die Verkürzung deren Grundrechte Vorrang habe.

Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden:

- Dazu etwa Oexle (a.a.O., 84-86): *"Bei diesen Zielen handelt es sich unbestritten um Motive, die der Gesetzgeber in zulässiger Weise verfolgen darf und die - auf einfachgesetzlicher Ebene - auch bereits als Vorgaben für die Verwaltung normiert wurden. So bestimmt beispielsweise § 10 S. 2 VwVfG, daß Verwaltungsverfahren 'einfach, zweckmäßig und zügig' durchzuführen sind; gemäß § 71 b VwVfG hat die Genehmigungsbehörde die ihr rechtlich und tatsächlich möglichen Vorkehrungen dafür zu treffen, daß ein Verfahren in angemessener Zeit abgeschlossen und auf Antrag besonders beschleunigt werden kann. Um die durch die materielle Präklusion verursachten Verfassungsbeschränkungen zu rechtfertigen, muß der Grundsatz der Effektivität jedoch selbst Verfassungsqualität besitzen. Im Grundgesetz hat er keinen textlichen Niederschlag gefunden; auch die meist pauschal vorgetragenen Versuche, diesen im Rechtsstaatsprinzip oder in Art. 20 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 83 ff. GG zu verankern, überzeugen nicht. Trotzdem steht das Grundgesetz der Effizienz des Verwaltungshandelns keineswegs neutral oder gar indifferent gegenüber. Verfassungsrechtliche Tiefe erreicht die Effektivität der Verwaltung*

aber erst, wenn sie in Wechselwirkung mit einer konkreten Norm des Grundgesetzes tritt. Es ist eine allgemein anerkannte Regel des Verfassungsrechts, daß derjenigen Interpretation einer Verfassungsnorm der Vorrang einzuräumen ist, die ihre juristische Wirkkraft am besten zur Geltung bringt. Das bedeutet aber nichts anderes als die Auslegung einer Regelung der Verfassung unter dem Gesichtspunkt der Effektivität. Insoweit wirkt das Effektivitätsprinzip auf verfassungsrechtlicher Ebene nur akzessorisch und nicht als autonomes Prinzip. Beschleunigung und Konzentration umweltrelevanter Zulassungsverfahren sind danach verfassungsrechtlich nur geboten, soweit ihre Dauer die Ausübung der grundrechtlich geschützten Freiheiten des Investors hemmt. Auch aus der im Verfassungsrecht wurzelnden staatlichen Infrastrukturverantwortung mag ein Bedürfnis nach effektive oder zumindest effektiv realisierbarer Vorhabenplanung und -zulassung resultieren. Auf der anderen Seite werden Genehmigungs- und Planungserfordernisse aber gerade dort normiert, wo eine vorgeschaltete staatliche Entscheidung über bestimmte Projekte notwendig erscheint, weil von ihnen Gefahren für die Rechtsgüter Dritter oder der Allgemeinheit ausgehen. Der individuelle Rechtsgüterschutz betrifft in diesem Zusammenhang neben der Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG) vor allem das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG). Beim Rechtsgüterschutz zugunsten der Allgemeinheit steht das Rechtsprinzip des Umweltschutzes aus Art. 20a GG im Vordergrund. Auch diese Verfassungsprinzipien streben nach Effizienz im Sinne ihrer optimalen Verwirklichung. Auf verfassungsrechtlicher Ebene erweist sich das Prinzip der Verwaltungseffektivität daher als Abwägungsproblem zwischen divergierenden grundgesetzlich geschützten Positionen. Als solches läßt es sich vorliegend auf dieselbe Ausgangslage zurückführen und mit denselben Erwägungen lösen, die bereits unter dem Gesichtspunkt 'Interessenausgleich in polygonalen Verwaltungsrechtsverhältnissen' herausgearbeitet worden sind. Im Ergebnis kann somit festgehalten werden, dass die Effektivität der Verwaltung keinen verfassungsrechtlichen Eigenwert besitzt und daher auch nicht in der Lage ist, das Institut der materiellen Präklusion als Ausprägung kollidierenden Verfassungsrechts (im Sinne eines eigenständigen Rechtfertigungstatbestands) zu legitimieren."

Dem ist zuzustimmen.

- Überdies gilt: Selbst wenn man dem Grundsatz der Effektivität, Beschleunigung und Konzentration zumindest grundsätzlich Verfassungsrang zubilligen würde, müsste dieser hier konkret im Rang mindestens gleichwertig zu den Grundrechtsbeeinträchtigungen sein. Dabei ist zu beachten, dass aber schon die formelle Präklusion selbst dazu führt, dass materiellrechtlich erhebliche Aspekte gar nicht erst vorgetragen werden, wenn sie dem Einwander erst nach der ersten Stellungnahmefrist bekannt werden. Weiter kann es nicht Verfassungsrang haben, eine materiell-rechtlich rechtswidrige Verwaltungsentscheidung abzusichern, die in Eigentum und Gesundheit eingreift.
- Selbst wenn aus wirtschaftlichen Gründen (Gemeinwohl) eine schnelle Planung ein verfassungsrechtlich überwiegendes Gut sein sollte, dürfte eine Beeinträchtigung des Eigentumsschutzes nur im absolut erforderlichen Maß erfolgen (Verhältnismäßigkeitsgebot). Damit ließe sich zwar noch begründen, dass nur solche Einwendungen in einer Klage vorgebracht werden können, die zuvor rechtzeitig im Planungsverfahren geltend gemacht wurden. Nicht begründen lässt sich aber, dass diese unbedingt vom Kläger selbst eingebracht wurden. Die Behörde soll aus Beschleunigungsgründen vor dem Nachschieben von Gründen geschützt werden. Wenn aber Hinweise rechtzeitig gekommen sind, sind sie sowieso in der Planung zu berücksichtigen, unabhängig davon, vom wem sie eingebracht wurden.

f) Sonderfall Enteignung innerhalb der Anwendungsgebiete der materiellen Präklusion

Art. 14 GG wird durch die gesetzlichen Inhalts- und Schrankenbestimmungen gem. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG bestimmt. Um verfassungsrechtlich gerechtfertigt zu sein, müssen diese gesetzlichen Inhalts- und Schrankenbestimmungen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Die Eigentumsgarantie ist ein elementares Grundrecht. Sie enthält eine Wertentscheidung von besonderer Bedeutung (BVerfGE 14, 263, 277; 21, 150, 155) und besondere Anforderungen an den Rechtsschutz (vgl. etwa BVerfGE 24, 367, 401; 35, 348, 361; 45, 297, 332 f; 51, 150, 156).

Eine Enteignung ist gem. Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG nur zum Wohl der Allgemeinheit zulässig. Die Enteignung ist darauf zu prüfen, ob der Gesetzgeber das Wohl der Allgemeinheit richtig oder falsch definiert bzw. ob die Verwaltung die definierte Gemeinwohlaufgabe richtig oder falsch konkretisiert hat. Das Wohl der Allgemeinheit muss die Enteignung verlangen, Hierzu fordert das BVerfG „differenzierte materiell- und verfahrensrechtliche Regelungen, die sicherstellen, daß den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und der Gleichheit vor dem Gesetz (...) Rechnung getragen und insbesondere die Erforderlichkeit der Enteignung sorgfältig geprüft wird“ (BVerfGE 74, 264, 286).

Für den Bau von Bundesfernstraße (gem. § 19 FStG; genauso für Eisenbahnstrecken und deren Bahnstromfernleitungen gem. § 22 Abs. 1 AEG sowie Bundeswasserstraßen gem. § 37 Abs. 1 WaStrG) haben die Planungsträger zur Erfüllung ihrer Aufgaben das Recht zur Enteignung i.S.v. Art. 14 Abs. 3 GG (siehe dazu Solveen, Zur materiellen Präklusion im Fernstraßenplanungsrecht, DVBl. 1997, 804 f; Niedzwicki, Präklusionsvorschriften im Spannungsfeld zwischen Verfahrensbeschleunigung, Einzelfallgerechtigkeit und Rechtsstaatlichkeit, 2007, 145 f).

Das Enteignungsrecht ist mit dem Verfahren der Planfeststellung verbunden. Dazu muss im Rahmen der planerischen Abwägung geprüft werden, ob die für das Vorhaben sprechenden öffentlichen Belange so gewichtig sind, dass sie das Interesse des Eigentümers an der Erhaltung der Eigentumssubstanz überwiegen. Bejaht dies die Planfeststellungsbehörde entfaltet der Planfeststellungsbeschluss Vorwirkung für das nachfolgende Enteignungsverfahren. Diesem Enteignungsverfahren ist gem. § 19 Abs. 2 FStrG der festgestellte Plan zu Grunde zu legen. Dieser ist für die Enteignungsbehörde bindend (Vgl. BVerwG, NVwZ 1993, 477, 478). Nach Ansicht des BVerwG eröffnet § 19 Abs. 2 FStrG damit den Zugriff auf das private Eigentum, bewirkt aber für den Betroffenen noch keinen Rechtsverlust (BVerwG, NVwZ 1993, 477, 478; dazu kritisch de Witt, NVwZ 1995, 31, 32 f). Ungeachtet der Frage, ob man dieser Einschätzung des BVerwG folgt, sind in jedem Fall das straßenrechtliche Planfeststellungsverfahren und der Planfeststellungsbeschluss an Art. 14 Abs. 3 GG zu messen. Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG ist diese Verfassungsnorm der maßgebliche verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstab für alle Verwaltungsentscheidungen, die dem Enteignungsverfahren im engeren Sinne vorangehen und Bindungswirkung für das Enteignungsverfahren haben (BVerfGE 74, 264, 282; 45, 297, 319 f; 56, 249, 264 f). Begründet wir dies mit dem grundrechtlich garantierten Anspruch auf einen umfassenden und effektiven Rechtsschutz (BVerfGE 74, 264, 282 f).

Gegen eine Enteignung kann sich der Bürger nur wehren, wenn er sich gegen den Planfeststellungsbeschluss wehrt. Dies ist aber nur im Rahmen der Präklusionsvorschriften möglich. Bei der Berufung auf Art. 14 GG gelten Besonderheiten. Nach Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG ist eine Enteignung nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig. Das Grundgesetz will die Grundrechtsträger besonders effektiv vor einer Enteignung und ihren Folgen schützen. Diese verfassungsrechtliche Grundsatzentscheidung schlägt sich auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nieder. Der den Bestand des Eigentums sichernde effektive Rechtsschutz wird als wesentliches Element des Art. 14 Abs. 3 GG vom BVerfG hervorgehoben (BVerfGE 24, 367,

401; seitdem stRspr). Die gerichtliche Kontrolle über eine Genehmigung ist weiter und effektiver. Der Bürger kann vom Verwaltungsgericht verlangen, dass dieses auch die Verletzung von objektiv-öffentlichen Rechten durch die Genehmigung überprüft. Der Dritte als Kläger ist nicht mehr nur auf die Geltendmachung seiner subjektiv-öffentlichen Rechte beschränkt. Der Kläger kann sich in der Regel auf alle Rechtssätze berufen, die die Rechtswidrigkeit des Planfeststellungsbeschlusses begründen (BVerwG, NVwZ - RR 1998, 297). So kann der Kläger sich darauf berufen, dass nicht alle erforderlichen Stellungnahmen von anderen Behörden vorliegen, oder dass das möglicherweise vorgeschriebene Verfahren nach dem Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz nicht durchgeführt worden ist (BVerwGE 67, 74, 76 ff).

Der Bürger hat einen substantiellen Anspruch auf eine möglichst wirksame gerichtliche Kontrolle (BVerfGE 40, 272, 275; seitdem stRspr). Die Effektivität ist vom Umfang der Prüfungsbefugnis des Richters in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht und von seiner Entscheidungsmacht, einer Rechtsverletzung abzuwehren, abhängig (Vgl. BVerfGE 61, 82, 109 ff). Art und Intensität des Grundrechtseingriffs und die Qualität des Grundrechtsschutzes im nachfolgenden gerichtlichen Verfahren sind dafür maßgeblich, ob und inwieweit die Durchsetzung der Grundrechte und der von ihnen verbürgten Garantien bereits im Verwaltungsverfahren gewährleistet sein muss (BVerfGE 84, 34, 46).

Dazu Niedzwicki: *"Eine Enteignung ist ein besonders schwerer Eingriff in die Eigentumsfreiheit. Am Ende des Enteignungsverfahrens verliert der Betroffene seine konkrete Eigentumsposition. Dies ist jedoch aus Gründen des Allgemeinwohls manchmal unverlässlich. Der Betroffene, das gebietet schon die Menschenwürde, darf aber niemals das Objekt staatlichen Handelns werden. Das Enteignungsverfahren hat dies zu berücksichtigen. Grundrechtsschutz muss auch durch das Verfahren gewährleistet werden. Dies bezieht sich sowohl auf das Verwaltungsverfahren als auch auf das gerichtliche Verfahren. Das Bundesverfassungsgericht hat auch den Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes aufgestellt. Diese abstrakten Verfahrensprinzipien bedürfen im Enteignungsverfahren einer Konkretisierung. Nach Überzeugung des Bundesverfassungsgericht stellt der in Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG garantierte Rechtsweg wegen der Höhe der Entschädigungssumme eine zu schwache Sicherung des Grundrechts aus Art. 14 GG dar. Das Prinzip von 'dulde und liquidiere' (so noch in Art. 153 WRV) gilt nicht mehr. Der von einer Enteignung Betroffene muss sich effektiv gegen diese wehren können. Das Prinzip des effektiven Rechtsschutzes wird nach der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts durch einen Anspruch auf eine faire Verfahrensführung konkretisiert (BVerfGE 49, 220, 225; 51, 150, 156). Das Fairness-Gebot ist zugleich eine Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips. Nicht nur das Enteignungsverfahren selbst, sondern auch das Planfeststellungsverfahren muss diesen Anforderungen genügen. Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts sind bei Planfeststellung und die nachfolgende gerichtliche Kontrolle an Art. 14 Abs. 1 und Abs. 3 GG zu messen, weil der Planfeststellungsbeschluss mit Bindungswirkung für das Enteignungsverfahren über die Erfüllung der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Enteignung einbindet (BVerfGE 74, 264, 282)."* (Niedzwicki, Präklusionsvorschriften im Spannungsfeld zwischen Verfahrensbeschleunigung, Einzelfallgerechtigkeit und Rechtsstaatlichkeit, 2007, S. 145f)

Die materielle Präklusion verkürzt die richterliche Prüfungsbefugnis in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht. Der Richter darf den präkludierten Sachvortrag nicht zur Grundlage seiner Entscheidung machen. Er kann einer sich hieraus ergebenden Rechtsverletzung nicht abhelfen. Der präkludierte Enteignungsbetroffene kann mit seinem Rechtsschutzbegehren - selbst wenn dieses objektiv begründet ist - den Bestand seines Eigentums nicht mehr sichern. Die materielle Präklusion beeinträchtigt daher die Effektivität des gerichtlichen Rechtsschutzes.

Um verfassungsgemäß zu sein, müssten die für die Beeinträchtigung der Effektivität des gerichtlichen Rechtsschutzes durch die materielle Präklusion sprechenden Belange so

gewichtig sein, dass sie das Interesse des Eigentümers an der effektiven gerichtlichen Verteidigung seiner Eigentumssubstanz überwiegen.

Das BVerwG nimmt in den Entscheidungen von 1996 (BVerwG, Beschl. v. 12.2.1996 - 4 A 38/95; BVerwG Urt. v. 24.5.1996 - 4 A 38/95) ausführlich zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der Verwirkungspräklusion in der Fernstraßenplanung Stellung. Es bezeichnet die vom Gesetzgeber mit § 17 Abs. 4 S. 1 FStrG verfolgten Ziele als legitim, die es im Ausgleich der gegenläufigen Interessen zwischen Bürgerbeteiligung, planerischer Informationsaufbereitung und effektivem Rechtsschutz einerseits und dem Ziel einer behördlichen Verfahrensbeschleunigung und der Rechtssicherheit der Planungsentscheidung andererseits sieht. Zur näheren Ausgestaltung der Präklusionsnormen hat das BVerwG keine Bedenken. Es hält insbesondere auch den Einwendungsausschluss eines Enteignungsbedingten für verfassungsrechtlich unbedenklich, wobei es keine Veranlassung erkennt, diesen überhaupt gegenüber den sonstigen von einer Präklusion Betroffenen gesondert zu betrachten. Wörtlich führt das BVerwG zur Präklusionswirkung aus: *"Ein derartiger Ausschluß ist grundsätzlich verfassungsrechtlich unbedenklich (vgl. BVerfGE 61, 82 [109ff.] [...]) Das gilt insbesondere im Hinblick auf Art. 14 I 1 GG i.V.m. Art. 19 IV 1 GG. Es bestehen triftige öffentliche Interessen daran, Rechtssicherheit in bezug auf das geplante Vorhaben zu erreichen und insoweit den materiellen Bestand des Planfeststellungsbeschlusses in angemessener Frist herbeizuführen. Bei einem Massenverfahren der hier vorliegenden Art ist eine Konzentration des Verfahrens einschließlich der möglichen Einwendungen im Sinne einer umfassenden, konzentrierten Ermittlung der abwägungserheblichen Belange von einer legitimen Zielsetzung getragen. Eine unzumutbare Verkürzung berechtigter Belange der betroffenen Bürger stellt die auferlegte Mitwirkungslast nicht dar."* (BVerwG, NVwZ 1997, 171, 172).

Einem Beschluss des BVerfG ist bereits zu entnehmen, dass die verfassungsrechtlichen Rechtfertigungen für das Institut der materiellen Präklusion nicht auf alle Anwendungsfälle verallgemeinernd anwendbar sind. Vielmehr sind durchaus Fallkonstellationen denkbar, in denen eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung nicht gegeben ist, die als Argumentation in anderen Fallkonstellationen dagegen verfangen würde: *„Ob, inwieweit und in welcher Form die Vorverlagerung des Rechtsschutzes für bestimmte Planungsentscheidungen verfassungsrechtlich geboten ist, entzieht sich jedoch einer allgemeinen Festlegung. Die Entscheidung darüber hängt von den tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten des jeweiligen Sachbereichs ab und ist in erster Linie dem Gesetzgeber vorbehalten. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die phasenweise Abschichtung des Rechtsschutzes in der Regel für den Eigentümer zwar zu einer Vorverlagerung und damit zu einer entsprechenden Effektuierung, zugleich aber auch zu einer gewissen Einschränkung der Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die nachfolgende Enteignung führt, weil er zur Vermeidung von Präklusionseffekten vielfach gehalten sein wird, bereits die Planungsentscheidung oder andere angreifbare Vorentscheidungen anzufechten, was seinerseits einer Rechtfertigung vor Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG bedarf (vgl. BVerfG, 2. Kammer des Ersten Senats, Beschluss vom 15. Februar 2007 - 1 BvR 300/06 und 848/06 -, NVwZ 2007, S. 573 <574>). Nur ausnahmsweise wird sich daher aus dem Gebot der Gewährung effektiven Rechtsschutzes ergeben, dass allein eine bestimmte Form frühzeitigen Rechtsschutzes die nach Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG gebotene vollständige Überprüfbarkeit in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht hinreichend ermöglicht, zumal die Verfassung, wie ausgeführt (oben 2 b) bb) (1)) [Rn 37], zwar einen effektiven, nicht jedoch den für den jeweiligen Betroffenen bestmöglichen Rechtsschutz gewährleistet.“* (BVerfG Beschl. v. 10.09.2008 - 1 BvR 1914/02, Rn 42)

Tatsächlich gibt es mehrere Gründe, die dafür sprechen, dass möglicherweise in anderen Fallkonstellationen überzeugende Argumente für eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung der materiellen Präklusion nicht auch gegenüber Enteignungsbedingten in Fachplanungsverfahren, insbesondere im Fernstraßenrecht gelten:

- Es ist jedoch bereits fraglich, ob der Ausschluss von Einwendungen in das Verfahren bei einem Enteignungsbetroffenen überhaupt erforderlich ist bezogen auf die dafür herangeführten Gründe im Sinne des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Dazu Solveen: *„Nach dem Sasbach-Beschluss des BVerfG ist eine materielle Präklusion u.a. deswegen gerechtfertigt, weil die Verwaltungsbehörde in Massenverfahren aus eigener Kraft nicht in der Lage ist, alle Betroffenen selbst zu ermitteln. Das Einwendungsverfahren dient insoweit dem Informationsbedürfnis der Verwaltungsbehörde (BVerfGE 61, 82, 114 f). Die Verwaltungsbehörde kann sich aber über die Eigentümer der für den Straßenbau beanspruchten Grundstücke schon anhand der Planunterlagen informieren. Denn das Grunderwerbsverzeichnis, in dem die für das Vorhaben benötigten Grundstücke und die betroffenen Eigentümer aufgelistet sind, ist unverzichtbarer Bestandteil der Planunterlagen. Es wird vom Vorhabenträger erstellt und der Planungsbehörde vorgelegt. Die im Sasbach-Beschluss formulierte ‚Bringschuld‘ des Enteignungsbetroffenen besteht daher grundsätzlich nicht. Eine auf die bloße Enteignungsbetroffenheit beschränkte Einwendung bringt der Behörde keine zusätzliche Information für ihre Entscheidung, über die sie nicht bereits verfügt. Die Erforderlichkeit der materiellen Präklusion kann in diesen Fällen nur mit der Absicht einer kooperativen Konfliktbewältigung durch Betroffenenbeteiligung im Planfeststellungsverfahren (Vgl. BVerwG, UPR 1996, 386, 387) und dem Bedürfnis nach frühzeitiger Rechtssicherheit über den Bestand des Planfeststellungsbeschlusses (Vgl. BVerwG, NVwZ 1997, 171, 172) begründet werden. Es ist sehr fraglich, ob damit gerechtfertigt werden kann, an die Versäumung einer sachlich überflüssigen Einwendung des Verlust des Abwehrrechts aus Art. 14 Abs. 3 GG zu knüpfen. Denn zumindest die Rechtsunsicherheit hinsichtlich des Bestandes einer Verwaltungsentscheidung bis zum Abschluss des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens ist - auch in verfassungsrechtlicher Hinsicht - der Normalfall, der sich unmittelbar aus der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG ergibt.“* (Solveen, Zur materiellen Präklusion im Fernstraßenplanungsrecht, DVBl. 1997, 805)

Dem ist zuzustimmen

- Weiter muss nochmals auf die bestehende Amtsermittlungspflicht (§ 24 VwVfG) hingewiesen werden. Bei den von einer materiellen Präklusion betroffenen Einwendungstatbeständen eines Enteignungsbetroffenen geht es gerade nicht um Aspekte, die der öffentliche Vorhabenträger nur durch die fristgemäße Stellungnahme eines betroffenen Privaten erfahren könnte, sondern vielmehr insbesondere etwa um naturschutzfachliche, also öffentliche Aspekte, die er sowieso von Amts wegen ermitteln und untersuchen müsste. Es ist kein Grund ersichtlich, warum sich die Präklusion auf Tatsachen erstrecken soll, die objektiv-rechtlich beachtlich sind und nicht unmittelbar mit subjektiven Rechten des Enteignungsbetroffenen im Zusammenhang stehen.
- *„Vom Einwender wird (...) verlangt, dass er seine Einwendungen innerhalb einer bestimmten Frist erhebt. Selbst für rechtskundige Bürger und Juristen ist es womöglich schwierig, Einwendungsfristen einzuhalten. Zwar müssen auch gewöhnliche Klagefristen eingehalten werden, hier besteht aber der Unterschied, dass der Streitgegenstand feststeht. Ein Verwaltungsakt ist regelmäßig mit einer Begründung versehen, § 39 VwVfG. Der Bürger kann gezielt die Argumente der Behörde erfassen und sich überlegen, ob er Rechtsmittel gegen den Verwaltungsakt einlegt und wie der seine Position begründen will. Werden Einwendungen im Planfeststellungsverfahren erhoben, so ist, weil diese vor der Planfestsetzung erhoben sein müssen, noch kein von der Behörde festgesetzter Plan existent. Der Bürger muss somit abschätzen, welche Gestalt der Planfeststellungsbeschluss annehmen könnte und welche Rechte er dadurch gefährdet sieht. Die Behörde stellt sich ihre eigenen Argumente vor, die der Bürger angreifen könnte; er muss selbst umfangreichere Überlegungen anstellen, welche potentiellen Argumente der Behörde es zu entkräften gilt. Erschwerend kommt hinzu, dass das*

Planfeststellungsverfahren in aller Regel für größere Vorhaben durchgeführt wird, bzw. durchgeführt werden muss. Dies zeigen schon die Beispiele der Bundesfernstraße, der Wasserstraße und das Beispiel der Bahnlinie. Ingenieure haben zur Realisierung dieser Vorhaben zahlreiche Zeichnungen, Statiken und andere Berechnungen angefertigt, die der rechtskundige Bürger oder der Jurist zuerst verstehen muss. Unter Umständen ist der Rat der Techniker einzuholen. Dieser Rat ist zur Begründung eigener Abwehransprüche und zur Entkräftung der Argumentation der Behörde oftmals unerlässlich. Diese Pläne sind natürlich auch umfangreicher als die statische Berechnung für ein Einfamilienhaus. Um dies alles zu bewerkstelligen steht dem Bürger theoretisch nur den durch die Einwendungsvorschrift bestimmten Zeitraum zur Verfügung. Im Enteignungsverfahren soll der Grundsatz des fairen Verfahrens vorherrschen." (Niedzwicki, Präklusionsvorschriften im Spannungsfeld zwischen Verfahrensbeschleunigung, Einzelfallgerechtigkeit und Rechtsstaatlichkeit, 2007, S. 145 f).

- Wie bereits weiter oben gezeigt wurde (Punkt 2.2.3), ist es einem Enteignungsbedingten, also einem Normalbürger und naturschutzfachlichen Nicht-Fachmann weitgehend schon grundsätzlich nicht möglich, fachgerecht und überdies auch noch fristgerecht artenschutzrelevante Einwendungen zu erheben.
Will der Enteignungsbedingte das Risiko einer Präklusion minimieren, wird er aus seiner Sicht vernünftigerweise faktisch ins Blaue hinein alle nur irgend denkbaren besonders und streng geschützten Arten und deren möglichen Beeinträchtigungspfade in seiner Stellungnahme geltend machen. Nur so kann er sicher stellen, dass hinterher auch das tatsächlich Zutreffende mit dabei ist. Das hintertreibt aber grundsätzlich den Zweck des Beteiligungsverfahrens, da es für die Behörde nur unter riesigem Aufwand für Sichtung und Auswertung der Stellungnahmen möglich ist, Sinnvolles von Sinnlosem zu scheiden. Das kommt aber wieder einer eigenständigen vollständigen Ermittlung des Sachverhalts gleich, bei der das Beteiligungsverfahren gerade helfen sollte durch zusätzliche Informationen von außerhalb der Behörde.
Damit unterläuft das Rechtsinstitut der materiellen Präklusion - soweit es Enteignungsbedingte erfasst, die mit ihren Einwendungen nicht auf subjektiv-öffentliche Rechte beschränkt sind - das Gebot der Effektivität, Beschleunigung und Konzentration, dem die materielle Präklusion aber nach Wunsch des Gesetzgebers und der Rechtsprechung gerade dienen soll. Die tatsächliche Wirkung der materiellen Präklusion verkehrt sich in dieser Fallkonstellation zwangsläufig in das genaue Gegenteil des Gewollten und rechtlich Gebotenen.
- „Im Zusammenhang mit der Substantiierungspflicht der Einwendungen taucht das Problem auf, ob der Einwender neben subjektiv-öffentlichen Rechten auch objektiv-öffentliche Vorschriften anführen muss, um nicht mit diesen präkludiert zu werden. Im (...) Wesen der Ausschlussfrist ist die zeitliche Einschränkung der Geltendmachung subjektiv-öffentlicher Rechte. (...) Der Art. 14 GG darf als ganzes Recht aber nicht der Präklusion unterliegen. Diese Vorschrift des Grundgesetzes begründet den Anspruch, dass der Kläger im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten auch erfolgreich objektiv-rechtliche Positionen geltend machen kann. Ihrem Wesen nach können Präklusionsvorschriften keine objektiv-rechtlichen Normen präkludieren. (...) Im Enteignungsverfahren muss dem Enteignungsbedingten ein effektiver Rechtsschutz garantiert werden. Dies postuliert das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung. Gerne wird beteuert, dass die Eigentumsgarantie ein elementares Grundrecht ist. Sie enthält zugleich eine Werteordnung von besonderer Bedeutung (BVerfGE 14, 263, 277; 21, 150, 155). Der Grundrechtsträger wird jedoch nur durch Aussagen und Forderungen bzgl. Art. 14 GG nicht ausreichend geschützt. Um Schutz zu gewährleisten, erscheint es erforderlich, dass Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG bezüglich seines verbürgten Anspruchs auf Geltendmachung von objektiven Rechten im Verwaltungsverfahren insoweit nicht der Präklusion unterliegt. Diese Auslegung wird der Eigentumsgarantie als elementares Grundrecht gerecht. Werden Präklusionsvorschriften des Fachplanungsrechts so ausgelegt, dass sie den Art.

14 GG mit all seinen Gewährleistungen präkludieren. liegt ein Eingriff in Art. 14 GG bezüglich der objektiven Rechtmäßigkeitskontrolle vor." (Niedzwicki, Präklusionsvorschriften im Spannungsfeld zwischen Verfahrensbeschleunigung, Einzelfallgerechtigkeit und Rechtsstaatlichkeit, 2007, S. 149 f):

g) Umweltschutz: im Art. 20a GG = mit auf der Waagschale des Enteignungsbetroffenen

Bei der Berufung des Enteignungsbetroffenen auf objektiv-öffentliche Vorschriften geht es regelmäßig um die Verletzung von Naturschutzrecht; so auch im hier vorliegenden Fall mit der Beeinträchtigung der Haselmaus.

In der Rechtsprechung zur materiellen Präklusion hat es bislang keine Rolle gespielt, dass dieses Rechtsgut mit Art. 20a GG selbst Verfassungsrang hat. In der Abwägung kollidierender Verfassungsgrundsätze muss damit auf Seiten des Enteignungsbetroffenen neben dessen eigenen Grundrechtsbelangen zusätzlich noch das Verfassungsschutzgut Umweltschutz gewichtet werden.

**3. HILFSWEISE -
Verfassungswidrige Ausgestaltung der materiellen Präklusion gegenüber Enteignungsbetroffenen i.S.v. § 19 FStrG**

Wie gezeigt wurde, stellt die materielle Präklusion eine Verletzung der Grundrechte Schutz des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 GG), Schutz vor rechtswidriger Enteignung (Art. 14 Abs. 3), sowie der Rechtsweggarantie (Art. 19 Abs. 4 GG) des Beschwerdeführers dar. Selbst für den Fall, dass man hier nicht schon grundsätzlich eine Verletzung der genannten Grundrechte annehmen würde, würde doch die konkrete Ausgestaltung der Beteiligung des Enteignungsbetroffenen im Anhörungsverfahren gem. § 73 Abs. 5 Nr. 2 VwVfG i.V.m. § 17a Nr. 1 FStrG zu verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigenden Verletzungen der genannten Grundrechte führen.

Gem. § 73 Abs. 2 VwVfG i.V.m. § 17a Nr. 1 FStrG werden die Pläne für ein Bundesfernstraßenbauvorhaben in den betroffenen Gemeinden einen Monat lang öffentlich ausgelegt. Gem. § 73 Abs. 5 VwVfG haben die Gemeinden die Auslegung zuvor ortsüblich bekannt zu machen, wobei in der Bekanntmachung darauf hinzuweisen ist, wo und in welchem Zeitraum der Plan zur Einsicht ausgelegt ist (Nr. 1), sowie dass etwaige Einwendungen bei den in der Bekanntmachung zu bezeichnenden Stellen innerhalb der Einwendungsfrist vorzubringen sind (Nr. 2), die gemäß § 73 Abs. 4 VwVfG zwei Wochen nach Ablauf der Auslegungsfrist endet. Besondere Vorschriften für Enteignungsbetroffene sind gesetzlich nicht festgelegt.

Im hier vorliegenden Fall erfolgte eine § 73 VwVfG i.V.m. § 17a Nr. 1 FStrG entsprechende Bekanntmachung im Sommer 2005.

Diese Form der Bekanntmachung und Möglichkeit zur Erhebung von Einwendungen ist seiner Ausgestaltung nach nicht mit der Rechtsweggarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG vereinbar.

Die Rechtsweggarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG regelt zwar grundsätzlich nur das gerichtliche und nicht das administrative Verfahren; da beide Verfahren aber nicht unverbunden nebeneinander stehen, sondern funktional zusammenhängen, kann der Gang des Verwaltungsverfahrens den Verlauf eines sich anschließenden Verwaltungsprozesses nachhaltig beeinflussen. Deswegen lässt das Prozessgrundrecht aus Art. 19 Abs. 4 GG das Verwaltungsverfahren nicht unberührt, sondern gewährleistet quasi „vorwirkend“ (BVerfGE

61, 82, 110), dass seine Gestaltung die Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes und Gehörs nicht unmöglich macht oder unzumutbar erschwert (siehe dazu Oexle, Das Rechtsinstitut der materiellen Präklusion, Berlin 2000, 111 - unter Verweis auf BVerfGE 61, 82, 110; Schmidt-Aßmann in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, 1988, § 70 Rn 22; BVerwG, NVwZ 1984, 234; Knemeyer in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VI, 1989, § 155 Rn 60).

Der Ausschluss verspäteter Einwendungen im gerichtlichen Verfahren ist nur dann mit Art 19 Abs. 4 GG vereinbar, wenn die Mitwirkungsobliegenheiten im Verwaltungsverfahren für den betroffenen Bürger typischerweise erkennbar und nicht geeignet sind, den gerichtlichen Rechtsschutz zu vereiteln oder in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise zu erschweren (vgl. BVerfG Beschl. v. 27.12.1999 - 1 BvR 1746/97; BVerfG, 1982-07-08, 2 BvR 1187/80, BVerfGE 61, 82, 110, 116f).

Bezüglich der materiellen Präklusion darf das Verwaltungsverfahren danach nicht so gestaltet sein, dass die Möglichkeit eines präklusionshindernden Vortrags ausgeschlossen oder unzumutbar erschwert wird.

Nach Oexle sind danach im Verfahren zu gewähren: 1.) die hinreichende Kenntnis vom Einwendungsverfahren; 2.) dessen Gegenstand sowie 3.) zumutbare Anforderungen an das Vorbringen selbst (Oexle, Das Rechtsinstitut der materiellen Präklusion, Berlin 2000, 111).

Nach Solveen muss - deutlich über Oexle hinausgehend - der Enteignungsbetroffene 1.) individuell wegen der geplanten Straße, seiner Enteignungsbetroffenheit und des Erfordernisses der Teilnahme am Einwendungsverfahren benachrichtigt und 2.) ausdrücklich auf den erforderlichen Inhalt einer präklusionsverhindernden Einwendung bzw. 3.) der Reichweite der Präklusionswirkung hingewiesen werden (Solveen, Zur materiellen Präklusion im Fernstraßenplanungsrecht, DVBl. 1997, 805).

a) Individuelle Kenntnis vom Einwendungsverfahren und dessen genauem Gegenstand

Voraussetzung für das Eintreten einer Präklusionswirkung ist zunächst, dass die Betroffenen über Ort und Zeit der Planauslegung ihre Beteiligungsrechte und die rechtlichen Auswirkungen einer unterbliebenen oder nicht fristgemäßen Beteiligung unterrichtet werden.

Grundsätzlich erfolgt die Information über mögliche Belastungen des Bürgers durch den Staat individuell. Dies ergibt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip (etwa individuelle Bekanntgabe eines Verwaltungsaktes gem. § 43 Abs. 1 VwVfG). Die Information über Ort und Zeit der Planauslegung sowie die Möglichkeit, Form und Fristen einer Stellungnahmemöglichkeit erfolgt in den von der materiellen Präklusion betroffenen Planungsverfahren jedoch grundsätzlich nicht durch individuelle, sondern durch öffentliche Bekanntgabe, so auch bei der Planung von Bundesfernstraßen gem. § 73 Abs. 5 VwVfG i.V.m. § 17a Nr. 1 FStrG. Jede öffentliche Bekanntmachung ist dabei mit dem Risiko verbunden, dass ein Betroffener tatsächlich keine Kenntnis vom Vorhaben und seiner Betroffenheit erlangt. Bei Massenverfahren mit einer unüberschaubaren Anzahl von möglichen Betroffenen kann und muss dieses Risiko naturgemäß hingenommen werden.

Personen, die von einem Einwendungsausschluss möglicherweise betroffen sein könnten, müssen selbst die Initiative ergreifen und wachsam sein. Es besteht, so das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 60, 297, 308 f), grundsätzlich keine Verpflichtung der Behörde, potentiellen Einwendern durch eine individuelle Mitteilung auf den Einwendungsausschluss in den entsprechenden Verfahren hinzuweisen.

Grund dafür ist die breite Befugnis zur Erhebung von Einwendungen, die jedem zusteht, der eine wie auch immer geartete Beeinträchtigung seiner Belange geltend macht. Dies macht

es der Behörde praktisch unmöglich, alle mutmaßlichen Einwender individuell zu benachrichtigen. Was faktisch unmöglich ist, kann aber rechtlich nicht geboten sein, weshalb die öffentliche Bekanntgabe grundsätzlich verfassungsrechtlich unbedenklich sein dürfte (Siehe dazu etwa BVerwG, NVwZ 1998, 848; Das Rechtsinstitut der materiellen Präklusion, Berlin 2000, 112 f). Das Recht kennt dementsprechend auch außerhalb von Planungsverfahren eine Reihe von Umständen, in denen der Bürger damit rechnen muss, dass in amtlichen Veröffentlichungsblättern ihn betreffende und unter Umständen auch verbindlich-belastende Erklärungen veröffentlicht werden.

Im Bezug auf Enteignungsbetroffene ist eine allein öffentliche Bekanntmachung nicht verfassungsgemäß

- Wegen Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG unterscheidet sich die Situation von Enteignungsbetroffenen grundlegend von der normaler Einwender, da für dieses besonderen Personenkreis die Benachrichtigung über die Auslegung mit einer enteignungsrechtlichen Vorwirkung verbunden ist. Soweit Grundstückseigentümer betroffen sind, deren Grundstücke durch die voraussichtlichen Emissionen so schwer und unerträglich betroffen sind, dass dies einer Enteignung gleich kommt, entspricht dies grundsätzlich der allgemeinen Situation. Bei den Grundeigentümern, deren Grund und Boden unmittelbar für die Realisierung des Vorhabens in Anspruch genommen wird, gibt es jedoch keine vergleichbare Situation, die eine Ausnahme von der Grundregel der individuellen Benachrichtigung rechtfertigen könnte. Für die von einer Enteignung Betroffenen stellt das Planfeststellungsverfahren den denkbar intensivsten Grundrechtseingriff in ihr verfassungsrechtlich geschütztes Eigentum dar (Niedzwicki, Präklusionsvorschriften im Spannungsfeld zwischen Verfahrensbeschleunigung, Einzelfallgerechtigkeit und Rechtsstaatlichkeit, 2007, 58; Solveen, Die materielle Präklusion im Fachplanungsrecht - beispielhaft untersucht anhand § 17 Abs. 4 FStrG, 1998, 216; Erbguth, Zur Vereinbarkeit der jüngeren Deregulierungsgesetzgebung im Umweltrecht mit dem Verfassungs- und Europarecht, Baden-Baden 1999, S. 67).
- Zugleich ist die individuelle Benachrichtigung der Enteignungsbetroffenen im Gegensatz zum allgemeinen Massenverfahren mit vertretbarem Verwaltungsaufwand möglich und verfassungsrechtlich geboten. Hier kann die Informationspflicht der Behörde grundsätzlich relativ einfach individuell erfüllt werden, da sich das Grundeigentum aus den Grunderwerbsverzeichnissen ergibt, die zwingender Bestandteil der Planungsunterlagen sind. Die Forderung des BVerfG nach effektivem Rechtsschutz, der Möglichkeit einer wirksamen Interessenvertretung und einer rechtzeitigen Information über den Verfahrensstand gewinnen an Gewicht, je intensiver in ein Grundrecht eingegriffen wird. Bei der Enteignung als intensivstem Eingriff in das noch dazu mit besonderem Gewicht ausgestattete Grundrecht aus Art. 14 GG muss die Behörde daher alle zumutbaren Maßnahmen ergreifen, um eine Beteiligung des Enteignungsbetroffenen am Verwaltungsverfahren zu ermöglichen (vgl. Solveen, Zur materiellen Präklusion im Fernstraßenplanungsrecht, DVBl. 1997, 805f).

Die Ausnahmefälle, in denen ein Eigentümer selbst unbekannt oder sein Aufenthalt unbekannt ist, können nicht zur einer Umkehr des vom Rechtsstaatsprinzip geforderten allgemeinen Regel-Ausnahme-Verhältnisses führen, wonach grundsätzlich individuell informiert werden muss und nur in begründeten Ausnahmefällen öffentlich, da es sich hier eben gerade um Ausnahmen handelt (für die auch sonst Sonderrecht gilt, wie etwa Art. 233 § 2 Abs. 3 EGBGB). Auch das mit Verfassungsrang ausgestattete Verhältnismäßigkeitsprinzip fordert in diesen Fällen gravierender Eingriffe in das verfassungsrechtlich geschützte Eigentum wegen der grundsätzlichen Möglichkeit von den genannten Ausnahmefällen, dass sich eine öffentliche Benachrichtigung nur auf diese Ausnahmefälle beschränken darf.

- Schließlich müssen spätestens im nachfolgenden Enteignungsverfahren alle Enteignungsbetroffenen individuell informiert werden. Was der Enteignungsbehörde zuzumuten ist, kann für die Anhörungsbehörde kein unzumutbarer Aufwand sein, zumal bei oft identisch sind (vgl. Solveen, Zur materiellen Präklusion im Fernstraßenplanungsrecht, DVBl. 1997, 805f).
- Das Problem verschärft sich noch, wenn der Planfeststellungsbeschluss für den Betroffenen eine enteignungsrechtliche Vorwirkung für naturschutzrechtliche Kompensationsmaßnahmen hat (Vgl. BVerwG, NuR 1997, 87, 88 f). Der Grundstückseigentümer kann der öffentlichen Bekanntmachung nicht entnehmen, dass sein fern der Trasse liegende Grundstück für eine solche Maßnahme in Anspruch genommen werden soll. Das ist nur den Planungsunterlagen selbst zu entnehmen. Der Eigentümer sieht daher eher wenig Veranlassung zu einer Einsichtnahme zwecks einer Stellungnahme (vgl. Solveen, Zur materiellen Präklusion im Fernstraßenplanungsrecht, DVBl. 1997, 805f).

b) Information über den Inhalt einer präklusionsverhindernden Einwendung

Als Einwendung ist es nicht ausreichend, die gefährdeten Rechtsgüter zu benennen, sondern es muss zudem erkennbar sein, in welcher Hinsicht aus Sicht des Einwenders Bedenken gegen die Planungen bestehen (BVerwG, NVwZ 1997, 171, 172).

Auch dazu müsste der Enteignungsbetroffene informiert werden (Solveen, Zur materiellen Präklusion im Fernstraßenplanungsrecht, DVBl. 1997, 806 f).

c) Hinweis auf die Reichweite der Präklusionswirkung

In der öffentlichen Bekanntmachung gem. § 73 Abs. 5 VwVfG findet sich zwar der Hinweis, dass Einwendungen innerhalb der genannten Frist vorzubringen sind. Nicht enthalten ist aber ein Hinweis darauf, dass es sich um eine einmalige und zugleich letztmalige Einwendungsmöglichkeit handelt, der auch bei einem ggf. noch mehrere weitere Jahre andauerndem Planungsverfahren grundsätzlich keine erneute Einwendungsmöglichkeit folgt und dass der säumige Einwender mit seinen Einwendungen nicht nur im Planungsverfahren, sondern auch später vor Gericht absolut ausgeschlossen ist im Sinne der materiellen Präklusion. Mit solch einer einschneidenden Wirkung muss aber kein Normalbürger rechnen. Zum Rechtsalltag gehören regelmäßig Fristen. Eine solch einschneidende und endgültige Wirkung von Fristversäumnissen begegnet dem Bürger dabei fast nie.

Der Enteignungsbetroffene muss daher zwingend - über den Wortlaut von § 73 Abs. 5 VwVfG hinausgehend - über die Reichweite der materiellen Präklusion, also über die Erstreckung des Einwendungsausschlusses auf das gerichtliche Verfahren und die sich daraus ergebenden Konsequenzen für das nachfolgende Enteignungsverfahren belehrt werden (siehe auch Solveen, Zur materiellen Präklusion im Fernstraßenplanungsrecht, DVBl. 1997, 807)

4. Verstoß gegen Europäisches Recht - Vorlagenotwendigkeit zum EuGH

Die materielle Präklusion steht im Konflikt mit Europarechtlichen Vorschriften, insbesondere der Richtlinie 92/43/EWG (FFH-RL). Deshalb ist eine Klärung dieser Frage gem. Art. 234 EGV durch den EuGH im Wege der Vorabentscheidung erforderlich.

4.1 Konkrete Betroffenheit von EU-Recht im vorliegenden Beschwerdeverfahren

In ihren (präkludierten) Einwendungen im Verfahren sowie mit der Klage vorm BVerwG wollten sich der Beschwerdeführer und sein Rechtsvorgänger, beide von der Trasse überplante Landwirte, u.a. auf eine Beeinträchtigung der europäisch streng geschützten Haselmaus (Anhang IV FFH-Richtlinie) berufen. Die Region ist eines deren wenigen verbliebenen Verbreitungsgebiete in Sachsen. Dieser Vortrag wurde vom Gericht unter Verweis auf die Präklusionsvorschrift des § 17a Nr. 1 FStrG zurückgewiesen.

Hier hatte die Behörde erstmals 2005 Planungsunterlagen öffentlich ausgelegt. In diesen fand sich kein Hinweis auf ein mögliches Vorkommen der Haselmaus. Erst im Verlauf der weiteren Planungen und auf Druck verschiedener Einwender, darunter der Beschwerdeführer und sein Rechtsvorgänger, wurde die Haselmaus dann erstmals im Oktober 2009 offiziell in die Planungen aufgenommen. Zur Haselmaus ist es wichtig zu wissen, dass dieses scheuen Kleinsäugetier 95 % ihrer nächtlichen Aktivität in den Kronen der Bäume und Sträucher verbringen und selbst kleinere Exkursionen auf dem Boden vermeiden. Für normale Menschen sind sie praktisch unsichtbar und überdies nur schwer von anderen Kleinsäugetieren zu unterscheiden. Die klagenden Landwirte hätten daher rechtlich betrachtet schon 2005 ein Fachwissen in ihre Stellungnahme einbringen müssen, das nicht einmal die planende Behörde und die zuständigen Naturschutzbehörden hatten.

Faktisch bedeutet das, dass sie sich als Enteignungsbetroffene vom ersten Tag der Planung an für viel Geld ein eigenes Planungsbüro mit Fachleuten für alle nur denkbaren Themen sowie einen spezialisierten Rechtsanwalt hätten leisten müssen. In ihrer ersten Stellungnahme 2005 hätten sie fachlich und juristisch mehr wissen müssen als alle planenden Behörden zusammen.

4.2 Grundsätzlich bestehender Konflikt der materiellen Präklusion mit Europäischem Recht

Das Europäische Verfahrensrecht selbst kennt zwar Beteiligungsrechte Dritter (bei Subventionen, Antidumping, Kartellrecht), aber keine materielle Präklusion (Oexle, Das Rechtsinstitut der materiellen Präklusion, Berlin 2000, S. 65).

Der EuGH hat in der Rechtssache Peterbroeck (EuGH, Urt. v. 14.12.1995 - Rs. C-312/93, Slg. 1995, I-4599 ff. = DVBl. 1996, 249 f. = EuZW 1996, 636 f. = NVwZ 1997, 372 (LS) entschieden, dass das Gemeinschaftsrecht *"der Anwendung einer nationalen Verfahrensvorschrift entgegensteht, die es einem im Rahmen seiner Zuständigkeit angerufenen nationalem Gericht unter Voraussetzungen, wie sie durch das im Ausgangsrechtsstreit maßgebliche Verfahren vorgegeben werden, verbietet, von Amts wegen die Vereinbarkeit eines innerstaatlichen Rechtsakts mit einer Vorschrift des Gemeinschaftsrechts zu prüfen, wenn sich kein Verfahrensbeteiligter innerhalb einer bestimmten Frist auf die letztgenannte Vorschrift berufen hat"*.

Der EuGH differenziert nicht zwischen Primärrecht (Verordnungen) und Sekundärrecht (Richtlinien). Alle Vorschriften des nationalen Rechts, müssen unangewendet bleiben, wenn sie dem in Artikel 177 des Vertrages a.F. (heute Art. 234 EGV) vorgesehenen Verfahren

entgegenstehen. Da die materiellen Präklusionsvorschriften dies tun, müssen sie unangewendet bleiben.

Von Art. 234 EGV sind nicht die öffentlichen Stellen erfasst, sondern nur die nationalen Gerichte. Somit sind die Verwaltungsgerichte die erste Stelle in Deutschland, die dem Gerichtshof im Wege der Vorentscheidung eine oder mehrere Fragen vorlegen können. Die materiellen Präklusionsvorschriften verbieten es aber den nationalen Verwaltungsgerichten - gleich ob auf Antrag oder von Amts wegen - in jedem Fall, die Vereinbarkeit der innerstaatlichen Genehmigung auf die Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht zu überprüfen, wenn die fraglichen Punkte nicht bereits während der Einwendungsfrist fristgerecht im Verwaltungsverfahren durch den jetzigen Kläger vorgebracht wurden.

Der EuGH hat dazu in seiner Begründung ausgeführt, dass der Vollzug des Europäischen Gemeinschaftsrechts grundsätzlich nach nationalem (Verfahrens-)Recht erfolge. Dies finde seine Schranken aber u.a. im Effektivitätsgrundsatz (dieser Grundsatz gilt dem EuGH bereits seit den Urteilen in den Rechtssachen "Rewe" EuGH 33/76, Slg. 1976, 1989 ff und "Comet" EuGH 45/76, Slg. 1976, 2043 ff) kontinuierlich als Beurteilungskriterium. Danach darf eine Fristbestimmung die Ausübung der durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Befugnisse nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren.

Die Mitgliedstaaten sind bei der Ausgestaltung ihrer "innerstaatlichen Rechtsvorschriften" allerdings nicht völlig frei. Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (u.a. Urteil vom 16. Dezember 1976 - Rs. 33/76 - NJW 1977, 495; Urteil vom 14. Dezember 1995 - Rs. C-312/93 - Slg. 1995, I - C-4615 Rn. 12 und Urteil vom 14. Dezember 1995 - Rs. C-430/93 und 431/93 - Slg. 1995, I - 4728 Rn. 17) dürfen das nationale Verfahrens- und Prozessrecht nicht ungünstiger gestaltet sein als bei entsprechenden Klagen, die nur innerstaatliches Recht betreffen, und sie dürfen - was hier allein in Rede steht - die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren.

Der Europäische Gerichtshof hat anlässlich der Prüfung der Gemeinschaftsrechtskonformität einer Bestimmung, nach der Klagen mit einem bestimmten, hier im Einzelnen nicht interessierenden Begehren innerhalb einer Ausschlussfrist erhoben werden müssen, den Rechtssatz betont, dass die Festsetzung angemessener Ausschlussfristen für die Geltendmachung von Rechtsbehelfen dem Grundsatz der Effektivität des Gemeinschaftsrechts grundsätzlich genügt, da sie ein Anwendungsfall des grundlegenden Prinzips der Rechtssicherheit ist (EuGH, Urteil vom 16. Mai 2000 - Rs. C-78/98 - Slg. 2000, I - 3240 Rn. 33). Auch Präklusionsvorschriften dienen u.a. der Rechtssicherheit (vgl. BVerfG, Beschl. v. 8.7.1982 - 2 BvR 1187/80 - BVerfGE 61, 82, 114, 116 f; zu § 3 Abs. 1 der inzwischen außer Kraft getretenen Atomanlagen-Verordnung; BVerwG, Ur. v. 24.5.1996 - BVerwG 4 A 38.95 - Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr. 119 und BVerwG, Ur. v. 30.1.2008 - BVerwG 9 A 27.06 - NVwZ 2008, 678 Rn 29, jeweils zu § 17 Abs. 4 Satz 1 FStrG a.F.), namentlich dem gesteigerten Bedürfnis des Vorhabenträgers nach Schutz und Beständigkeit der unter einer Drittbeteiligung zustande gekommenen Zulassungsentscheidung (; BVerwG, Ur. v. 17.7.1980 - BVerwG 7 C 101.78 - BVerwGE 60, 297, 307).

Hier wurde dem Beschwerdeführer im vorangegangenen Klageverfahren sein Vortrag zur Schädigung der nach der FFH-RL streng geschützten Haselmaus unter Hinweis auf die Präklusionsvorschrift von § 17a Nr. 7 FStrG durch das BVerwG vollständig und grundsätzlich verwehrt. Im nationalen Rechtsweg ist entsprechender Vortrag an keiner Stelle vorgesehen

Das Peterbroeck-Urteil kann seinem eindeutigen Wortlaut nach nur so interpretiert werden, dass nationale Gerichte stets die Möglichkeit haben müssen, Verwaltungsentscheidungen auf potentielle Gemeinschaftsrechtsverstöße auch unabhängig von ihrer fristgerechten Geltendmachung überprüfen zu können (so Danewitz in UPR 1996, 323, 326; im Anschluss daran Badura in Erichsen/Hg., AllgVerwR, § 37 Rn. 4; Oexle, Das Rechtsinstitut der

materiellen Präklusion, Berlin 2000, 67; so auch Röhl/Ladenburger, Die materielle Präklusion im raumbezogenen Verwaltungsrecht, Berlin 1997, 65 f; Erbguth, Zur Vereinbarkeit der jüngeren Deregulierungsgesetzgebung im Umweltrecht mit dem Verfassungs- und Europarecht, Baden-Baden 1999, 90; Niedzwicki, Präklusionsvorschriften im Spannungsfeld zwischen Verfahrensbeschleunigung, Einzelfallgerechtigkeit und Rechtsstaatlichkeit, 2007, 246). In diesem Sinne sind auch weitere Entscheidungen des EuGH zu verstehen (Niedzwicki 232-236). (EuGH Rs. 166/73, Slg. 1974, 33 ff "Rheinmühlen"; EuGH Rs. 106/77, Slg. 1974, 629 ff "Simmenthal II"; EuGH Rs. C-213/89, Slg. 1990, I-2433 ff "Factortame"; EuGH Urt. v. 14.12.1995, Slg. 1995, I-4705 "van Schijndel")

Im Planfeststellungsrecht kann der von der enteignungsrechtlichen Vorwirkung Betroffene damit Verstöße gegen gemeinschaftsrechtlich determiniertes Verfahrensrecht, wie z.B. das UVP-Gesetz, aber auch gegen die materiellen naturschutzrechtlichen Anforderungen im Vogelschutz- oder der FFH-Richtlinie ungeachtet der materiellen Präklusionsfristen rügen.

4.3 Bisherige Rechtsprechung zur Europarechtlichen Zulässigkeit nationaler Präklusionsvorschriften

Soweit ersichtlich, ist bis zum jetzigen Zeitpunkt noch keine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs zur Zulässigkeit nationaler Präklusionsvorschriften ergangen.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich bislang noch nicht mit den Europarechtlichen Wirkungen der materiellen Präklusion auseinandergesetzt.

Das Bundesverwaltungsgericht hat zuletzt in mehreren Entscheidungen diesbezüglich eventuelle bestehende Konflikte grundsätzlich ausgeschlossen. Demgegenüber häufen sich in der Literatur die Stimmen, die hier eindeutige Konflikte erkennen (ausführlich Niedzwicki, Präklusionsvorschriften im Spannungsfeld zwischen Verfahrensbeschleunigung, Einzelfallgerechtigkeit und Rechtsstaatlichkeit, 2007, 219-246; weiter etwa auch Stürer/Rieder, Präklusion in der Fachplanung und Europarecht, EurUP 2004, 139-149).

a) BVerwG Beschluss vom 11.11.2009 - 4 B 57/09 (zu UmwRG und Europäischem Recht/ UVP-Richtlinie, IVU- Richtlinie)

1999 erging eine Entscheidung des BVerwG zur Vereinbarkeit der nationalen Präklusionsvorschrift im Umweltrecht (UmwRG) bezüglich Naturschutzvereinigungen mit dem Europäischen Recht (BVerwG, Beschl v. 11.11.2009 - 4 B 57/09). Eine Klärung dieser Frage durch den EuGH im Wege der Vorabentscheidung wäre danach nicht erforderlich.

Das BVerwG führte darin zunächst erneut aus, dass Präklusionsvorschriften u.a. der Rechtssicherheit, namentlich dem gesteigerten Bedürfnis des Vorhabenträgers nach Schutz und Beständigkeit der unter einer Drittbeteiligung zustande gekommenen Zulassungsentscheidung dienen.

Die für Naturschutzvereinigungen geltende Präklusionsregelung in § 2 Abs. 3 UmwRG für Stellungnahmen in Verfahren mit Umweltverträglichkeitspflicht entspräche der durch Art. 10a Abs. 1 UVP-RL und Art. 15a Abs. 1 IVU-RL angeordneten umfassenden Prüfungsbefugnis und dem gemeinschaftsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz.

Nach Art. 10a Unterabs. 1 UVP-RL und dem insoweit wortgleichen Art. 15a Unterabs. 1 IVU-RL würden die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer innerstaatlichen Rechtsvorschriften sicher stellen, dass Mitglieder der betroffenen Öffentlichkeit, die ein ausreichendes Interesse haben oder alternativ eine Rechtsverletzung geltend machen, sofern das Verwaltungsverfahrensrecht bzw. Verwaltungsprozessrecht eines Mitgliedstaates dies als Voraussetzung fordert, Zugang zu einem Überprüfungsverfahren vor einem Gericht oder

einer anderen auf gesetzlicher Grundlage geschaffenen unabhängigen und unparteiischen Stelle haben, um die materiellrechtliche und verfahrensrechtliche Rechtmäßigkeit von Entscheidungen, Handlungen oder Unterlassungen anzufechten, für die die Bestimmungen dieser Richtlinie über die Öffentlichkeitsbeteiligung gelten. Die Einschränkung, dass das Recht auf Zugang zu Gerichten "im Rahmen innerstaatlicher Rechtsvorschriften" verliehen wird, stelle klar, dass die Ausgestaltung des Verfahrens, das den Schutz der dem Bürger aus der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts erwachsenden Rechte gewährleisten soll, Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten sei (vgl. die Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston vom 2. Juli 2009 in der Rechtssache C-263/08 Rn. 45).

Nach der Entscheidungspraxis des Europäischen Gerichtshofs sei für die Anwendung des Effektivitätsgebots jeder Fall, in dem sich die Frage stelle, ob eine nationale Verfahrensvorschrift die Anwendung des Gemeinschaftsrechts unmöglich macht oder übermäßig erschwert, unter Berücksichtigung der Stellung dieser Vorschrift im gesamten Verfahren, des Verfahrensablaufs und der Besonderheiten des Verfahrens zu prüfen (vgl. EuGH, Urteil vom 27. Februar 2003 - Rs. C-327/00 - Slg. 2003, I - 1907 Rn. 56). Das BVerwG habe bei Anwendung dieser Maßstäbe keinen Zweifel daran, dass die Präklusion des § 2 Abs. 3 1. Alt. URG "angemessen" begrenzt sei.

(BVerwG, Beschl. v. 11.11.2009 - 4 B 57.09 - UPR 2010, 103)

b) BVerwG Urteil vom 14.04.2010 - 9 A 5/08 (zu BNatSchG und Europäischem Recht/ UVP-Richtlinie)

2010 folgte in einem Urteil zu einem Planfeststellungsbeschluss für den Neubau einer Bundesautobahn eine weitere Entscheidung zur Vereinbarkeit der nationalen Präklusionsvorschrift im Umweltrecht (BNatSchG) bezüglich Naturschutzvereinigungen der nationalen Präklusionsvorschrift mit dem Europäischen Recht. Eine Klärung dieser Frage durch den EuGH im Wege der Vorabentscheidung wäre danach nicht erforderlich.

Danach begründe das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH, Urt. v. 15.10.2009 - Rs. C-263/08 - NuR 2009, 773) keine Zweifel an der Vereinbarkeit der Einwendungspräklusion gemäß § 61 Abs. 3 BNatSchG 2002 mit dem europäischen Gemeinschaftsrecht.

Der Präklusion stünden Vorschriften des europäischen Gemeinschaftsrechts nicht entgegen. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften dürfen das nationale Verfahrens- und Prozessrecht zwar die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Urteile vom 14. Dezember 1995 - Rs. C-312/93 - Slg. 1995, I-4599 Rn. 12 und - Rs. C-430/93 und 431/93 - Slg. 1995, I-4705 Rn. 17). Ob eine nationale Verfahrensvorschrift diesem Erfordernis entspricht, ist unter Berücksichtigung ihrer Stellung im gesamten Verfahren, des Verfahrensablaufs und der Besonderheiten des Verfahrens zu prüfen (vgl. EuGH, Urt. v. 27.2.2003 - Rs. C-327/00 - Slg. 2003, I-1877 Rn. 56). Nach diesem Maßstab bestünden gegen den Einwendungsausschluss keine Bedenken. Die Regelungen der Einwendungspräklusion im deutschen Recht dienen der Rechtssicherheit, namentlich dem gesteigerten Bedürfnis des Vorhabenträgers nach Schutz und Beständigkeit der unter Drittbeteiligung zustande gekommenen Zulassungsentscheidung. Mit Rücksicht auf die genannte Zielsetzung stünden diese Präklusionsregelungen grundsätzlich in Einklang mit dem erwähnten gemeinschaftsrechtlichen Effektivitätsgebot (BVerwG, Beschl. v. 11.11.2009 - 4 B 57.09 - UPR 2010, 103 Rn. 6 f). Anders als bei prozessrechtlichen Ausschlussfristen, für die Gleiches in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs anerkannt ist (vgl. EuGH, Urt. v. 16.5.2000 - Rs. C-78/98 - Slg. 2000, I-3201 Rn. 33), träte der Einwendungsausschluss insoweit zwar bereits vor Erlass eines gerichtlich anfechtbaren Rechtsakts ein. Das sei aber ohne Bedeutung, weil das Einwendungsrecht als Anknüpfungspunkt für die Präklusion einem vorgezogenen Rechtsschutz gleichkäme. Dieser Rechtsschutz sei nicht unzureichend; denn er liege auch im wohl verstandenen Interesse der

Einwendungsberechtigten, weil sie durch ihr Vorbringen die Chance der Einflussnahme wahren könnten, bevor eine Art von planerischer Verfestigung eingetreten sei (BVerwG, Beschl. v. 11.11.2009 - 4 B 57.09 - UPR 2010, 103 Rn. 7). Die hier in Rede stehende Präklusionsregelung enthielte keine Besonderheiten, die eine abweichende Beurteilung rechtfertigen könnten. Da der Einwendungsausschluss eine angemessene Erkundigungs- und Äußerungsfrist sowie eine ausreichende Belehrung über die Folgen verspäteten Vorbringens voraussetzt, würde die Rechtsverfolgung nicht mehr als aus Gründen der Rechtssicherheit geboten erschwert.

Mit dieser Auffassung würde sich das Gericht im Übrigen auch nicht in Widerspruch zu EuGH, Urt. v. 15.10. 2009 - Rs. C-263/08 - NuR 2009, 773 setzen. Im Ausgangsfall, der zu dieser Entscheidung führte, hatte eine Umweltschutzvereinigung gegen die Zulassung eines Projekts durch eine der nationalen Gerichtsbarkeit zugehörige Stelle geklagt, nachdem sie sich an dem von dieser Stelle durchgeführten Genehmigungsverfahren beteiligt hatte. Dem Gerichtshof wurde die Frage vorgelegt, ob das Gemeinschaftsrecht es erfordert, einer Vereinigung unter diesen Umständen den Rechtsweg zu eröffnen. Der Gerichtshof hat das bejaht und den Rechtssatz aufgestellt, den Mitgliedern der betroffenen Öffentlichkeit im Sinne von Art. 1 Abs. 2 und Art. 10a der UVP-Richtlinie müsse es möglich sein, die von einer der nationalen Gerichtsbarkeit eines Mitgliedstaates zugehörigen Stelle erlassene Entscheidung über den Antrag auf Genehmigung eines Projekts anzufechten, gleichviel, welche Rolle sie in dem Verfahren über den Genehmigungsantrag vor dieser Stelle durch ihre Beteiligung an und ihre Äußerung in diesem Verfahren spielen konnte. Der EuGH habe sich damit nach Ansicht des BVerwG nur zu der Problematik geäußert, ob der Klageweg mit der Erwägung versperrt werden dürfe, dass das Beteiligungsrechte gewährende Genehmigungsverfahren von einer Stelle mit Gerichtscharakter im Rahmen verwaltungsbehördlicher Zuständigkeit durchgeführt worden sei. Zur Problematik des Einwendungsausschlusses im Falle ungenügenden Gebrauchmachens von der Möglichkeit der Äußerung im Verwaltungsverfahren besage dies aber nichts (BVerwG, Urt. v. 14.04.2010 - 9 A 5/08, Rn 107 f).

c) BVerwG Urteil vom 03.03.2011 - 9 A 8/10 (zu Europäischem Recht/ UVP-Richtlinie, FFH-Richtlinie - § 17a Nr. 7 FStrG)

In einer weiteren Entscheidung von 2010 bestätigte das BVerwG dann die Vereinbarkeit der Einwendungspräklusion gemäß § 17a Nr. 7 FStrG i.V.m. Art. 73 Abs. 4 Satz 1 VwVfG mit der europäischen UVP-Richtlinie und der FFH-Richtlinie. Eine Klärung dieser Frage durch den EuGH im Wege der Vorabentscheidung sei nicht erforderlich.

Die Einwendungspräklusion gemäß § 17a Nr. 7 FStrG i.V.m. Art. 73 Abs. 4 Satz 1 VwVfG sei mit Art. 10a Abs. 1 UVP-Richtlinie vereinbar; das gelte auch, soweit danach Rügen einer Verletzung von FFH-Recht ausgeschlossen seien. Es bestünde kein Anlass zu vernünftigen Zweifeln, dass Art. 10a Abs. 1 UVP-Richtlinie dem Ausschluss der Rügen einer Verletzung von FFH-Recht gemäß § 17a Nr. 7 Satz 1 FStrG nicht entgegensteht.

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH dürfen das nationale Verfahrens- und Prozessrecht die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (EuGH, Urteile vom 14. Dezember 1995 - Rs. C-312/93 - Slg. 1995, I-4599 Rn. 13 und - Rs. C-430/93 - Slg. 1995, I-4705 Rn. 17). Gemessen daran würde jedoch das nach Art. 10a Abs. 1 UVP-Richtlinie verbürgte Recht auf Zugang zu einem Überprüfungsverfahren von Entscheidungen über die Zulassung von Vorhaben, bei denen eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen ist, das Rechtsinstitut der Einwendungspräklusion als solches nicht ausschließen. In der Rechtsprechung des EuGH sei bereits anerkannt, dass die Festsetzung angemessener Ausschlussfristen für die Geltendmachung von Rechtsbehelfen dem Grundsatz der Effektivität des Gemeinschaftsrechts grundsätzlich genügt, da sie ein Anwendungsfall des grundlegenden Prinzips der Rechtssicherheit sei (EuGH, Urteil vom 16. Mai 2000 - Rs. C-78/98 - Slg. 2000, I-3201 Rn. 33). Diese Aussage könne ohne Weiteres auf das nationale

Rechtinstitut der Einwendungspräklusion übertragen werden. Es diene ebenfalls der Rechtssicherheit, insbesondere dem gesteigerten Bedürfnis des Vorhabenträgers nach Schutz und Beständigkeit der unter Drittbeteiligung zustande gekommenen Zulassungsentscheidung. Zwar tritt der Einwendungsausschluss im Unterschied zu Ausschlussfristen für die Geltendmachung von Rechtsbehelfen bereits vor Erlass eines gerichtlich anfechtbaren Rechtsakts ein. Das sei aber ohne Bedeutung, weil das Einwendungsrecht als Anknüpfungspunkt für die Präklusion einem vorgezogenen Rechtsschutz gleichkommt. Dieser vorgezogene Rechtsschutz sei nicht unzureichend; denn er läge auch im wohl verstandenen Interesse der Einwendungsberechtigten, weil sie durch ihr Vorbringen die Chance der Einflussnahme wahren können, bevor eine Art von planerischer Verfestigung eingetreten ist (BVerwG, Urt. v. 03.03.2011 - 9 A 8/10, Rn 35 f; BVerwG, Urt. v. 14.4.2010 - 9 A 5.08 - BVerwGE 136, 291 Rn. 107 f.; BVerwG, Beschl. v. 11.11.2009 - BVerwG 4 B 57.09 - Buchholz 406.254 URG Nr. 1 Rn. 7 und BVerwG, Beschl. v. 14.9.2010 - BVerwG 7 B 15.10 - NVwZ 2011, 364 Rn. 8 ff).

Die Einwendungspräklusion begegne auch in der hier einschlägigen gesetzlichen Ausgestaltung gemäß § 17a Nr. 7 Satz 1 FStrG i.V.m. Art. 73 Abs. 4 Satz 1 BayVwVfG keinen Bedenken in Bezug auf das Gebot eines effektiven Zugangs zu Gericht im Anwendungsbereich der UVP-Richtlinie. Insbesondere sei die Frist von zwei Wochen nach Ablauf der Auslegungsfrist, bis zu deren Ablauf Einwendungen erhoben werden können (§ 17a FStrG i.V.m. Art. 73 Abs. 4 Satz 1 BayVwVfG) auch mit Blick auf die besondere Komplexität des FFH-Rechts angemessen.

Der zweiwöchigen Ausschlussfrist ginge eine einmonatige Auslegung der Planunterlagen voraus. Die Betroffenen hätten also insgesamt rund sechs Wochen Zeit, um sich mit der Sachlage vertraut zu machen und ihre Einwendungen zu formulieren. Die Einhaltung der Einwendungsfrist sei den Betroffenen auch deswegen praktisch möglich, weil nur geringe Anforderungen an die Substantiierung der Einwendungen gestellt werden. Soweit sie den ausgelegten Planunterlagen die Auswirkungen des Vorhabens auf ihre Belange und andere Rechtsgüter entnehmen können, müssten sie zur Vermeidung eines Einwendungsausschlusses lediglich in groben Zügen angeben, welche Rechtsgüter als gefährdet angesehen und welche Beeinträchtigungen befürchtet werden. Ausführungen, die wissenschaftlich-technischen Sachverstand erfordern, werden ebenso wenig erwartet wie eine rechtliche Einordnung der Einwendungen (BVerwG, Urt. v. 30.1.2008 - BVerwG 9 A 27.06 - Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr. 195 S. 10). Für innerhalb der Einwendungsfrist zu erhebende Rügen einer Verletzung von FFH-Recht würden keine Besonderheiten gelten, die das Recht auf Zugang zu Gericht nach Art. 10a Abs. 1 UVP-Richtlinie leer laufen lassen könnten. Auch insoweit bestehe eine Obliegenheit zur fristgerechten Erhebung von Einwendungen nur dann und nur insoweit, als nach den ausgelegten Unterlagen ein Laie ohne Beiziehung naturschutzfachlichen Sachverstandes die Möglichkeit einer Beeinträchtigung von FFH-Gebieten oder von Zugriffen auf europarechtlich geschützte Arten erkennen kann. Das sei in dem dem BVerwG vorgelegten Verfahren auch der Fall gewesen. Die Betroffenen hätten den ausgelegten Unterlagen ohne Weiteres entnehmen können, dass die Auswirkungen des Vorhabens auf die umliegenden FFH-Gebiete und auf europarechtlich geschützte Arten untersucht und Beeinträchtigungen bzw. Zugriffe verneint wurden. Im Hinblick darauf hätte es genügt, wenn die Kläger in ihren Einwendungsschreiben unter Angabe der als betroffen erachteten Schutzgüter und der Art der Beeinträchtigung eine erneute Überprüfung der FFH-Problematik oder eine eingehendere Begründung der Untersuchungsergebnisse verlangt hätten. Die Planfeststellungsbehörde wie auch der Vorhabenträger hätten dann erkennen können, dass insoweit noch keine Rechtssicherheit bestand, sondern die Auswirkungen des Vorhabens auf die nach FFH-Recht geschützten Rechtsgüter noch näher überprüft werden sollten (vgl. BVerwG, Urt. v. 30.1.2008 a.a.O.). Es sei nicht ersichtlich, dass eine solche laienhafte Thematisierung der FFH-Problematik innerhalb der Einwendungsfrist nicht zu leisten sei (BVerwG, Urt. v. 03.03.2011 - 9 A 8/10, Rn 37 f)

Der hier vom BVerwG vertretene Auffassung muss deutlich widersprochen werden. Wie weiter oben (unter Punkt 2.2.3) ausführlich dargelegt, ist es Einwendern tatsächlich weitgehend unmöglich, schon grundsätzlich und überdies auch noch fristgerecht eine qualitativ ausreichende artenschutzbezogene Einwendung zu erstellen. Damit bricht die gesamte Argumentation des BVerwG in sich zusammen.

§ 17a Nr. 7 FStrG i.V.m. Art. 73 Abs. 4 Satz 1 VwVfG steht im grundlegenden Konflikt mit der FFH-Richtlinie.

Dieser Konflikt betrifft auch das hier vorliegenden Verfahren, in welchem dem Beschwerdeführer sein Vortrag zur Schädigung der nach der FFH-RL streng geschützten Haselmaus unter Hinweis auf die Präklusionsvorschrift von § 17a Nr. 7 FStrG durch das BVerwG verwehrt wurde.

5. Der fehlende Bedarf des Baus einer Bundesfernstraße ist faktisch nicht einklagbar

Im vorliegenden Verfahren wurde der Beschwerdeführer als Enteignungsbetroffene in doppelter Hinsicht beschwert. Unter Verweis auf die materielle Präklusion wurde sein substantiierter und Erfolg versprechender Vortrag zur Beeinträchtigung der europäisch streng geschützten Haselmaus durch das Vorhaben nicht gehört. Zudem wurde sein Vortrag zum fehlenden Bedarf der Trasse vergleichbar formal zurückgewiesen.

Im Ergebnis wurde durch das BVerwG ein Planfeststellungsbeschluss als rechtmäßig bestätigt, der Grundlage einer nachfolgenden Enteignung des Beschwerdeführers sein kann, wobei für das planfestgestellte Vorhaben aus Sicht des Beschwerdeführers der Bedarf fehlt und es zudem durch die Verletzung nationalen und europäischen Naturschutzrechts materiell rechtswidrig ist.

Die Bevölkerung im Einzugsgebiet der Trasse geht laut den eigenen Zahlen der planenden Behörden zwischen 2005 und 2020 um 18 % zurück, die Zahl der Erwerbspersonen sogar um 35 %. Ein Ausgleich dieser dramatisch sinkenden Nachfrage durch andere potentielle Nutzer ist nicht erkennbar. Insbesondere gibt es auf polnischer Seite für die wenigen tausend Einwohner des Landzipfels eine direkte Anbindung an die Autobahn Dresden-Breslau, auf tschechischer Seite entsprechende Fernstraßen zur Autobahn Dresden-Prag. Dennoch prognostizieren die Planer einen Anstieg der Verkehrsbelastung innerhalb von nur 15 Jahren im beklagten Abschnitt von täglich 9.500 Fahrzeugen (gezählt 2005) auf etwa 20.300 (Prognose für 2020). Das entspräche einer Zunahme um (+)114 %, bei nur noch 65 % der Erwerbspersonen, was einem Anstieg der Verkehrsbelastung pro Kopf der Erwerbspersonen um das 3,3 fache bzw. auf 330 % entspräche. Das ist schlicht völlig unplausibel.

Im August 2010 fand im Auftrag des Bundes eine neue Verkehrszählung statt. Wenn hier tatsächlich zwischen 2005 und 2020 eine solche dramatische Vervielfachung des Verkehrs stattfinden sollte, sollte sich dies eigentlich anhand der neuen Zahlen erkennen lassen. Die Behörde verweigerte jedoch im Verfahren trotz eines Beweisantrages der Kläger mehrfach ausdrücklich die Nennung der neuen Zahlen. Das Bundesverwaltungsgericht verneinte die Notwendigkeit dieses Beweisantrages. Eine im Auftrag der Kläger erst kürzlich im März 2011 vorgenommene eigene Verkehrszählung kam zu einer gesunkenen Verkehrsbelastung. Zu diesem Ergebnis dürfte auch die offizielle Zählung 2010 gelangt sein, deren Zahlen jedoch verheimlicht werden.

Zur Frage des Bedarfs zieht sich das Bundesverwaltungsgericht schlicht auf die Aufnahme des Vorhabens in den vom Bundesgesetzgeber seit 1993 fortgeschriebenen Bedarfsplan zurück, aus dem sich die Planrechtfertigung automatisch ergebe. Bedarfspläne sind

Ergebnis einer politischen Abstimmung, nicht einer Fachplanung. Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichts ist diese Rechtfertigung erst dann angreifbar, wenn der Gesetzgeber mit der Bedarfsfeststellung für das streitige Vorhaben die „Grenzen seines gesetzgeberischen Ermessens überschritten“ hat. Davon ist nur dann auszugehen, wenn die Feststellung des Bedarfs „evident unsachlich“ ist, weil es für die Aufnahme des Vorhabens in den Bedarfsplan im Hinblick auf eine bestehende oder künftig zu erwartende Verkehrsbelastung oder auf die verkehrliche Erschließung eines zu entwickelnden Raumes an jeglicher Notwendigkeit fehlte (BVerwG, Urt. v. 08.06.1995 4 C 4.94 - BVerwGE 98, 339, 345 ff; BVerwG, Beschl. v. 8.6.1998 - 1 BvR 650/97). Dies konnte das Bundesverwaltungsgericht im vorliegenden Fall nicht erkennen.

Der den Bestand des Eigentums sichernde effektive Rechtsschutz wird als wesentliches Element des Art. 14 Abs. 3 GG vom BVerfG hervorgehoben (BVerfGE 24, 367, 401; seitdem stRtspr). Der Bürger hat einen substantiellen Anspruch auf eine möglichst wirksame gerichtliche Kontrolle (BVerfGE 40, 272, 275; stRtspr).

Wenn aber selbst in dem hier vorliegenden völlig offensichtlichen Fall keine Überschreitung des planerischen Ermessens erkannt wird, stellt sich die Frage, ob diese rechtliche Maßgabe nur auf dem Papier besteht und faktisch nie zur Anwendung kommen soll. Wenn selbst eine ganz offenkundig haltlose, durch keine konkreten Fakten unterlegte bloße Behauptung der Vervielfachung des Verkehrs pro Erwerbsspersonen auf 330 % innerhalb der kurzen Zeit von nur noch 9 Jahren (von heute bis 2020) noch nicht ausreicht für die Erfüllung des rechtlichen Kriteriums „evident unsachlich“, dann ist überhaupt kein Szenario denkbar, in dem das Bundesverwaltungsgericht diese Ermessensgrenze als gegeben anerkennt. Damit besteht der Rechtsschutz des Bürgers vor Enteignung für eine Bundesstraße, deren Bedarf nicht gegeben ist, nur auf dem Papier. Damit ist die verfassungsrechtliche Grenze des effektiven Rechtsschutz als wesentliches Element des Art. 14 Abs. 3 GG überschritten.

6. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig.

(1)

Insbesondere sind die Annahmenvoraussetzungen des § 93a Abs. 2a BVerfGG erfüllt. Der Verfassungsbeschwerde kommt grundsätzliche Bedeutung zu, da sie eine entscheidungserhebliche verfassungsrechtliche Frage aufwirft, über deren Beantwortung ernsthafte Zweifel bestehen, weil sie sich nicht ohne weiteres aus dem Grundgesetz beantworten lässt und noch nicht durch die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung geklärt oder durch veränderte Verhältnisse erneut klärungsbedürftig geworden ist. An ihrer Klärung besteht ein über den Einzelfall hinausgehendes Interesse.

Von Beginn an, gab es Zweifel an der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit materiellen Präklusion. Die Auseinandersetzungen konzentrierten sich schließlich ab den 1970er Jahren auf das Atomrecht. In dem langjährigen Rechtsstreit um die Zulassung von Block I des Atomkraftwerks Wyhl am Kaiserstuhl gelangte die Frage dann schließlich vor das Bundesverfassungsgericht. Dieses hat die materielle Präklusion dann in seinem "Sasbach-Beschluss" vom 8.7.1982 (BVerfGE 61, 82 ff) im Bezug auf atomrechtliche Anlagen als verfassungskonform eingestuft. Seitdem hat das BVerfG bis heute keine weitere Beschwerde zur materiellen Präklusion angenommen oder in einem anderen Verfahren (etwa im Rahmen einer Normenkontrolle) erneut zu dem Thema Stellung genommen.

Die Verfassungsmäßigkeit der materiellen Präklusion gilt seit dem Sasbach-Beschluss von 1982 (in der Rechtsprechung, nicht in der Literatur) als ausgemacht. Tatsächlich kann diese

Entscheidung aber heute nur noch sehr eingeschränkt für die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der materiellen Präklusion in den unterschiedlichen Rechtsbereichen des Planungsrechts herangezogen werden:

- Dieser Beschluss bezog sich unmittelbar nur auf die Verfassungsmäßigkeit der materiellen Präklusion im Atom- und Immissionsschutzrecht, also dem Anlagengenehmigungsrecht. Das sich davon in mehrfacher Hinsicht davon deutlich unterscheidende Fachplanungsrecht, in das der Gesetzgeber die materielle Präklusion in den später folgenden Jahren so großzügig eingefügt hat, war dagegen nicht Gegenstand der Sasbach-Entscheidung. Zum Fachplanungsrecht steht eine Entscheidung des BVerfG daher bis heute aus
- Seit dem Sasbach-Beschluss haben sich gravierende Änderungen im Recht, insbesondere im Umweltrecht, als auch im Europarecht ergeben.
- Der Gesetzgeber hat zudem das ursprünglich auf das Recht der Genehmigung von Großanlagen (insbes. Atomkraftwerke) konzentrierte Einsatzfeld in den letzten Jahren auf fast alle Bereiche des Umwelt- und Technikrechts aber auch generell das Verwaltungsverfahrenrecht ausgeweitet. Aus einem Sonderrecht ist damit in den letzten Jahren geradezu ein allgemeiner Rechtsgrundsatz geworden.
- Das BVerfG hat sich gemessen an den zum Problemkreis der materiellen Präklusion in der Literatur in den vergangenen Jahrzehnten aufgeworfenen Fragen nur sehr kurz auseinandergesetzt und sich dabei nur auf sehr wenige der insgesamt diskutierten Punkte eingeschränkt. Mit den in Jahrzehnten zusammen getragenen und diskutierten Argumenten der Literatur insgesamt, haben sich bislang weder das BVerwG, noch das BVerfG auseinandergesetzt.

Bis heute bestehen in der Literatur erhebliche Zweifel an der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit (erstmal wohl von Zuck, Unwirksamkeit der gewerberechtlichen Ausschlussfrist für Einwendungen gegen "genehmigungspflichtige Anlagen", BB 1963, S. 671 ff.; ders, DVBl. 1973, 646; Wolfrum, DÖV 1979, 497, 500 ff; Ule, BB 1979, 1009, 1011 f; Papier, NJW 1980, 313, 318 ff; de Witt, DVBl. 1980, 1006, 1008 f; Erbguth, Rechtssystematische Fragen des Umweltrechts, 1987, 264 ff; Beckmann, Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz im raumbedeutsamen Umweltrecht, 1987, 218 ff; Class, VR 1990, 1, 4; Jacoby, Die Beschleunigung von Verwaltungsverfahren und das Verfassungsrecht, 1996, 90 - hier zumindest für verkehrsrechtliche Planfeststellungen; Solveen, Zur materiellen Präklusion im Fernstraßenplanungsrecht, DVBl. 1997, 803 ff; Erbguth, Zur Vereinbarkeit der jüngeren Deregulierungsgesetzgebung im Umweltrecht mit dem Verfassungs- und Europarecht, 1999, 96).

Mittlerweile haben sich mit dem Thema eigens drei Dissertationen monografisch auseinander gesetzt und im Ergebnis grundlegende verfassungsrechtliche (sowie europarechtliche) Bedenken zusammen getragen (Solveen, Die materielle Präklusion im Fachplanungsrecht - beispielhaft untersucht anhand § 17 Abs. 4 FStrG, 1998; Oexle, Das Rechtsinstitut der materiellen Präklusion, Berlin 2000; Niedzwicki, Präklusionsvorschriften im Spannungsfeld zwischen Verfahrensbeschleunigung, Einzelfallgerechtigkeit und Rechtsstaatlichkeit, 2007).

Eine Auseinandersetzung der Rechtsprechung mit diesen kritischen Stimmen ist bislang nicht erkennbar, weder durch des BVerfG, noch durch das BverwG.

(2)

Der Beschwerdeführer kann sich als Rechtsnachfolger auch auf die Einwendungen seines Vaters, als des alten Grundstückseigentümers einiger der betroffenen Flächen berufen, ohne diese erneut in eigener Person erheben zu müssen (BVerwG Urt. v. 30.12.1996, UPR 1997, 153)

RA Wolfram Günther