



MOHR · RECHTSANWÄLTE
Partnerschaftsgesellschaft mbB

Mohr Rechtsanwälte Postfach 500929 22709 Hamburg

NABU Deutschland e.V.
Charitéstraße 3
10117 Berlin

vorab elektronisch

Sekretariat: Frau Kreipe
Durchwahl: 040/30 62 4-228
Telefax: 040/30 62 4-222
E-Mail: catharina.kreipe@mohrpartner.de

Hamburg, 10.01.2020
Az: 00173/17 6/X/RN
(Az. bitte stets angeben)

**Entwurf eines Gesetzes zur Vorbereitung der Schaffung von Baurecht
durch Maßnahmengesetz im Verkehrsbereich
(Maßnahmengesetzvorbereitungsgesetz – MgvG)**

RECHTLICHE BEWERTUNG

Sehr geehrter Herr Krüger,

auftragsgemäß haben wir den Entwurf des MgvG (BT-Drs. 19/15619) geprüft und stellen hier die wesentlichen Ergebnisse und Handlungsalternativen in kurzer Form dar.

Dabei stellen wir einleitend (dazu. I.) vorsorglich die Grundstruktur des Entwurfes dar, weil dieser in der öffentlichen Diskussion nach unserem Eindruck teilweise kaum Berücksichtigung findet. Sodann gehen wir auf die Frage ein, ob und ggf. unter welchen Prämissen das Gesetz in der Sache geeignet erscheint, die mit ihm ausweislich der Begründung des Ent-

Dr. Precht Fischer ¹⁾
*Fachanwalt für Arbeitsrecht
Fachanwalt für Miet- und
Wohnungseigentumsrecht*

Rüdiger Nebelsieck, LL.M. ^{1) 2)}
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Oliver Kroll ¹⁾
*Fachanwalt für Arbeitsrecht
Fachanwalt für Miet- und
Wohnungseigentumsrecht*

Jan Mittelstein, LL.M. ^{1) 3)}
*Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht*

Karen Fock
Rechtsanwältin

Elena Wurster
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Theresa Kösters, lic. en droit ⁴⁾
Rechtsanwältin

Carina Blust
Rechtsanwältin

Anike Zell
Rechtsanwältin

Ann Kristin Weber
Rechtsanwältin

Sebastian Wessendorf
Rechtsanwalt

Dr. Peter C. Mohr
- bis zum 31. Dezember 2012 -

¹⁾ Partner im Sinne des PartGG

²⁾ Master in Environmental Law

³⁾ Master of Laws in European Community Law

⁴⁾ Licence en droit

Max-Brauer-Allee 81
22765 Hamburg-Altona

e-Mail: info@mohrpartner.de
www.mohrpartner.de

Partnerschaft mit
beschränkter Berufshaftung
Sitz Hamburg
AG Hamburg PR 550

Commerzbank
IBAN: DE95 2008 0000 0502 9673 00
BIC: DRESDEFF200

Hamburger Sparkasse
IBAN: DE67 2005 0550 1268 1171 71
BIC: HASPDEHHXXX



wurfes verfolgten Zielsetzungen zu erreichen (dazu II.). Anschließend legen wir dar, dass die Hoffnung, über Beschränkungen und Verkürzungen des Rechtsschutzes zu einer letztlich doch beschleunigten Umsetzung der Infrastrukturprojekte zu gelangen, aus rechtlichen Gründen nicht gelingen kann (dazu III und IV.). Schließlich gehen wir kurz darauf ein, dass der aktuelle Entwurf nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die grundsätzliche Zulässigkeit der Zulassung von Infrastrukturvorhaben durch Maßnahmengesetze entspricht (dazu V.). Höchst vorsorglich haben wir zudem in Anlehnung an die Konzeption des Standortauswahlgesetzes im Atomrecht eine Änderungsanregung zum Gesetz entworfen, die jedenfalls die augenscheinlichsten Probleme des Rechtsschutzes minimieren könnte (dazu VI.).

I. Zusammengefasster Inhalt des Gesetzesentwurfes und aktueller Stand

1. Der Entwurf soll der Umsetzung des Koalitionsvertrages für die 19. Legislaturperiode dienen. Danach sollte für fünf Pilotprojekte Baurecht durch einzelne Maßnahmengesetze geschaffen werden und damit erprobt werden, inwieweit dieser Weg zu einer größeren Akzeptanz der Projekte und zu einer Beschleunigung der Verfahren führt.

2. Der Entwurf enthält nicht schon selbst die Maßnahmengesetze für Einzelvorhaben, sondern schafft einen normativen Rahmen, um diese Gesetze zu ermöglichen. Während der Referentenentwurf über den Koalitionsvertrag nur maßvoll dadurch hinausging, dass er in seinem § 2 statt der vereinbarten fünf Projekte sechs erfasste, enthält der fortgeschriebene Entwurf nun 12 Projekte.

3. Die Grundstruktur des MgvG ist so, dass

- für die im Gesetz aufgeführten Projekte zunächst jeweils ein Verwaltungsverfahren (vorbeitendes Verfahren) durchgeführt wird, das hinsichtlich der Zuständigkeiten und des Ablaufs im Wesentlichen den aktuellen Maßgaben der jeweiligen Fachplanungsgesetze entspricht (vgl. §§ 2 – 7),



- das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur auf Vorschlag der für das vorbereitende Verfahren zuständigen Behörde entscheiden kann, von einer Weitergabe an den Gesetzgeber abzusehen und stattdessen eine „normale“ Planfeststellungsentscheidung durch die zuständige Behörde anzuordnen (vgl. § 7 Abs. 2 und 3),
- bei einer Weiterleitung an den Gesetzgeber die Fachbehörde einen Abschlussbericht erstellt, der im Aufbau und Inhalt einem Planfeststellungsbeschluss entsprechen, aber eine Entscheidung des Gesetzgebers nicht vorwegnehmen soll und ihm so weit wie möglich Raum für eigene Abwägungen lässt (vgl. § 8 Abs. 3),
- sodann der Gesetzgeber über das Projekt im „normalen“ Gesetzgebungsgang entscheidet,
- das Gesetz keine Regelungen zum Rechtsschutz gegen die so erlassenen Maßnahmengesetze enthält,
- bei Änderungen der Vorhaben eine Ermächtigung zum Erlass von entsprechenden Rechtsverordnungen durch das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur und zur Weiterübertragung der Kompetenz auf die zuständigen Behörden besteht (vgl. § 11)
- und nur gegen diese zuletzt genannten Änderungsverordnungen Rechtsschutz über den Weg der Normenkontrolle zum BVerwG gewährt wird (vgl. § 12).

II. Gesetzesziele und fehlende Erreichbarkeit dieser Ziele

Die Zielsetzung des Gesetzes soll darin liegen zu testen, ob die Akzeptanz der Projekte durch das Gesetz erhöht wird und seine Anwendung zu einer Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren führt.

Es erscheint extrem naheliegend, dass das Gesetz diese Ziele nicht fördern kann.



1. Soweit es um die Beschleunigung von Verfahren bis zur Schaffung von Baurecht geht, ist das Gesetz erkennbar kontraproduktiv.
 - a. Einer möglichen Befassung des Gesetzgebers mit den Projekten geht stets ein vorbereitendes Verfahren voraus,
 - das alle bisher aus dem Planfeststellungsrecht bekannten Schritte enthält (einige bislang fakultative Schritte sogar verpflichtend einführt),
 - in dem alle oft detailreichen materiellrechtlichen Prüfungen wie bisher durchzuführen sind und
 - das mit einem Dokument endet, das in Inhalt und Struktur einer Planfeststellung entsprechen soll und zusätzlich dem Gesetzgeber Abwägungsvarianten vorschlägt („Entscheidungsbaum“).
 - b. Das bedeutet, dass schon das vorbereitende Verfahren immer mindestens so lange dauern muss, wie ein „normales“ Planfeststellungsverfahren dauern würde.
 - c. Soweit das Ministerium gem. § 7 Abs. 2 von der Option Gebrauch macht, auf Vorschlag der zuständigen Fachbehörde von einer Übermittlung an den Gesetzgeber abzusehen, muss das Verwaltungsverfahren sogar deutlich länger als bisher dauern, weil dann die Fachbehörde zunächst einen sonst nicht erforderlichen begründeten Entscheidungsvorschlag erstellen, diesen dem Ministerium übermitteln und das Verfahren ggf. nach der dortigen Entscheidung wieder aufgreifen und nach den „normalen“ Verfahrensregeln zum Abschluss bringen muss.
 - d. Soweit eine Übermittlung an den Gesetzgeber erfolgt, kommen zu der „normalen“ Verfahrensdauer des vorbereitenden Verfahrens die für die Gesetzgebung nötigen Zeitenläufe noch hinzu.



2. Eine Beschleunigung könnte mithin allenfalls dadurch erreicht werden, dass die eben festgestellten Verlängerungen des Verwaltungsverfahrens bzw. die Verlängerungen, die durch die sich anschließenden Schritte der Gesetzgebung unvermeidlich entstehen, durch deutliche Verkürzungen der Zeiträume gerichtlicher Verfahren überkompensiert werden.

Dies ist auch das letztlich deutlich erkennbare wirkliche Ziel des Gesetzes. Der geplante Entzug von Rechtsschutzmöglichkeiten der von den Projekten betroffenen Gemeinden, Umweltvereine und sonstiger Mitglieder der betroffenen Öffentlichkeit aber ist seinerseits ganz offensichtlich nicht geeignet, die Akzeptanz der Projekte zu erhöhen. Dies ist das erklärte zweite Ziel des Gesetzes.

3. Damit ist als Zwischenergebnis festzuhalten:

Das Gesetz führt bis zur Schaffung von Baurecht über die Verwaltung bzw. den Gesetzgeber zu einer Verlängerung der Verfahrensdauer gegenüber den bisherigen Planfeststellungsentscheidungen (vgl. graphische Übersicht in **Anlage 1**).

Eine Beschleunigung könnte daher allenfalls durch den Entzug von Rechtsschutz eintreten, soweit dieser erfolgreich gelingen könnte (vgl. dazu aber sogleich). Dieser angestrebte Entzug von Rechtsschutz aber wird – losgelöst von allen rechtlichen Problemen – jedenfalls die Akzeptanz der Projekte sicher nicht erhöhen können.

III. Grenzen der Zulässigkeit von Rechtsschutzbeschränkungen

Die Begründung des Gesetzesentwurfes verhält sich zu seiner eigentlichen Zielsetzung, also dem Entzug bzw. der starken Beschränkung von Rechtsschutzmöglichkeiten, nicht. Auch hinsichtlich der Vereinbarkeit des Gesetzes mit Unions- und Völkerrecht belässt es der Entwurf bei einer nicht begründeten kurzen Behauptung.



Aus dem Anschreiben zur – extrem kurzen – Beteiligung betroffener Ressorts und Umweltvereine ergibt sich dazu allerdings, dass das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur sich insoweit auf ein Rechtsgutachten von Herrn Prof. Dr. Ziekow aus Speyer stützt. Dieser prüft u.a. die verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Rechtsschutz und sieht seine Voraussetzungen unter bestimmten Maßgaben als erfüllbar an. Auch unionsrechtlich sieht er mit Blick auf Art. 11 UVP-RL und die über Art. 2 Abs. 5 UVP-RL erlaubten Ausnahmen keine durchgreifenden Bedenken. Im Ergebnis unterstellt das Gutachten, dass es allein eines verfassungsrechtlichen Rechtsschutzes bedarf und dieser gegen Maßnahmengesetze – nur – vor dem BVerfG gewährt werden könne und müsse.

Diese zentrale Annahme trägt im Ergebnis nicht.

Dabei sehen wir davon ab, hier alle Anforderungen des Verfassungsrechts und Unionsrechts an den Rechtsschutz für alle denkbaren Fallgruppen für Einzelne, Umweltvereine und Gemeinden darzulegen (vgl. zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen bereits Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, WD 3 – 3000 – 260/19 vom 04.12.2019). Denn die offensichtlichsten Probleme des MgvG-E folgen aus den Anforderungen des Unionsrechts und des Umweltvölkerrechts.

Unionsrecht erfordert, dass betroffene Einzelne (und in vielen Fällen auch Umweltvereine) sich in effektiver und nicht diskriminierender Weise vor den nationalen Gerichten auf Verstöße gegen unmittelbar anwendbare Vorschriften des Unionsrechts berufen können, soweit diese nach unionsrechtlichen Maßstäben Rechte verleihen. Die Maßstäbe hierfür sind deutlich weiter, als dies nach herkömmlicher deutscher Sichtweise zu § 42 Abs. 2 VwGO (sog. „Schutznormlehre“) der Fall ist. Eine solche individualrechtsbegründende Wirkung hat der EuGH in einer Vielzahl von Entscheidungen für zentrale Bereiche des europäischen Umweltrechts angenommen, etwa zum Luftreinhaltegesetz und zum Gewässerschutzrecht (vgl. zuletzt etwas das „Nitraturteil“ vom 03.10.2019, C-197/18, www.curia.eu; vgl. auch Schlussantrag Generalanwalt Hogan vom 12.11.2019 im Vorlageverfahren zur OU Ummeln, C-535/18,



www.curia.eu), aber auch zum Umweltverfahrensrecht (vgl. zuletzt etwa Schlussantrag Generalanwalt Hogan, a.a.O.).

Der Gesetzentwurf und das ihm zugrundeliegende Gutachten unterstellen dabei, dass diese Anforderungen des Rechtsschutzes aus dem Umweltunionsrecht aus Art. 11 UVP-RL folgen und wegfallen, wenn und soweit die Mitgliedsstaaten Ausnahmen gem. Art. 2 Abs. 5 UVP-RL in Anspruch nehmen. Das aber trifft nicht zu.

Zum einen ist es bereits so, dass die Europäische Kommission für den Anwendungsbereich von Art. 2 Abs. 5 UVP-RL in ihrer Bekanntmachung 2019/C 386/05 (Leitfaden zur Anwendung der Ausnahmen im Rahmen der Richtlinie über die Umweltverträglichkeitsprüfung – Artikel 1 Absatz 3, Artikel 2 Absätze 4 und 5, Amtsblatt der Europäischen Union vom 14.11.2019, Ziffern 4.1, 4.2, 4.7 und 4.8) klargestellt hat, dass sich die Ausnahme im Gegensatz zu den Vorfassungen der Richtlinie nur auf die Anforderungen der Öffentlichkeitsbeteiligung bezieht, also alle anderen Anforderungen eingehalten werden müssen. Dazu zählen auch die Rechtsschutzanforderungen des Art. 11 UVP-RL.

Zum anderen ist es mitnichten so, dass sich alle Rechtsschutzanforderungen aus dem Umweltunionsrecht nur aus Art. 11 UVP-RL ableiten lassen. Die Einführung der Norm dient der (teilweisen) Umsetzung von Art. 9 AK und hat u.a. zum Ziel, den Rechtsschutz in Umweltangelegenheiten zu erweitern. Es ist daher nicht so, dass sich die Maßstäbe für eine individualrechtsbegründende Wirkung von unmittelbar anwendbaren Vorschriften des Umweltunionsrechts, wie sie vom Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung seit Beginn der 1990-er Jahre entwickelt worden sind, durch die Einfügung des Art. 11 in die UVP-RL zu Lasten des Rechtsschutzes verändert hätten. Und nicht zuletzt ist es sogar so, dass derzeit Überwiegendes für die Annahme spricht, dass die teils eher enge Rechtsprechung des BVerwG zu den Mindestanforderungen des unionsrechtlich erforderlichen Rechtsschutzes im Umweltrecht alsbald einer noch weitergehenden Klärung durch den EuGH zugeführt werden muss, nachdem kürzlich der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 19.07.2019 zu den „Wilden Wisenten“ (V



ZR 177,17, Rn. 54 f., juris) Zweifel an dieser engen Rechtsprechung für den Bereich des Naturschutzrechts geäußert und das Erfordernis einer Vorlage an den EuGH ausdrücklich in Aussicht gestellt hat.

Bereits daraus ergibt sich ohne weiteres, dass ein Rechtsschutz – nur – vor dem BVerfG, wie er vom federführenden Ministerium wohl angedacht war, zumindest mit dem Unionsrecht nicht vereinbar wäre. Denn das BVerfG prüft lediglich die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts (vgl. Art. 93, 100 GG), während Prüfungsmaßstab der Verwaltungsgerichte grundsätzlich die gesamte Rechtsordnung ist (vgl. etwa Riese in Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung, 37. EL Juni 2019, § 113 VwGO, Rn. 25, beck-online). Verstöße gegen Unionsrecht, nicht einmal solche gegen die europäischen Grundfreiheiten, Bürgerrechte oder Gemeinschaftsgrundrechte, genießen aber keine Grundrechtsqualität (Bethge in Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 57. EL Juni 2019, § 90 BVerfGG, Rn. 73, beck-online). Auch der Anwendungsvorrang des Unionsrechts ändert hieran nichts. Das BVerfG hat bezüglich der Verletzung von Unionsrecht keine Prüfungskompetenz (BVerfG, Urteil vom 16.03.2004, 1 BvR 1778/01, Rn. 55 – juris). Diese Rechtsprechung wurde zwar in Teilen aufgegeben, (vgl. BVerfG, Beschluss vom 06.11.2019, 1 BvR 276/17, „Recht auf Vergessen II“ – juris), allerdings nicht in den hier relevanten Fallkonstellationen.

Andere Kollisionen zwischen formellen Gesetzen und Unionsrecht sind von den Fachgerichten aufzulösen, wobei dem EuGH ggf. die Frage zur Auslegung/Gültigkeit des Unionsrechts im Wege von Vorabentscheidungsersuchen vorzulegen ist (vgl. Dederer in Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 88. EL August 2019, Art. 100 GG, Rn. 221, beck-online). Diese Vorlagepflicht bzw. Möglichkeit verschafft indes ebenfalls keine Lösungsoption für das hier offenkundige Problem. Denn der EuGH prüft nur die Auslegung und Gültigkeit des Unionsrechts, nicht aber seine Anwendung im Streitfall. Diese Prüfung ist den nationalen Gerichten überantwortet. Das BVerfG, das nach der Konzeption des MgvG den Rechtsschutz gewähren soll, könnte diese Prüfung aber nach aktuellem deutschen Verfassungsrecht gerade nicht vor-



nehmen. Und selbst wenn man in einigen Fallgruppen (etwa in Klagen von Enteignungsbe-
troffenen, vgl. dazu Kapitel 4.2 der Ausarbeitung WD 3 – 3000 – 260/19 des Wissenschaftli-
chen Dienstes vom 04.12.2019) vom Gegenteil ausgehen würde, wäre offenkundig, dass das
BVerfG für die inhaltlich oft kleinteilige und sehr zeitaufwändige Prüfung von großen Infra-
strukturvorhaben weder personell noch derzeit fachlich vorbereitet wäre, so dass der Rechts-
schutz absehbar alsbald dort zum Erliegen käme.

IV. Konsequenzen für den Rechtsschutz

Bereits aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass die Absicht des Gesetzgebers,
den Rechtsschutz auf thematisch stark beschränkte Verfassungsbeschwerden vor dem BVerfG
zu verkürzen, nicht funktionieren kann.

Wie dargelegt, erfordern das Effektivitätsgebot und das Diskriminierungsverbot des Unions-
rechts die Einräumung effektiven Rechtsschutzes vor den nationalen Gerichten, der aber vom
BVerfG nicht oder nur in wenigen Fallgruppen möglich ist.

Wird er vom Gesetzgeber nicht geschaffen, muss er also von den Klägern gesucht und gefun-
den, notfalls „erfunden“ werden.

Die Wege, dies zu tun, sind vielfältig und können in all ihren Fallgruppen für verschiedene
Klägergruppen und Verfahren hier nicht aufgezeigt werden. Beispielhaft wird dazu z.B. dis-
kutiert, es müssten Unterlassungsklagen vor den Verwaltungsgerichten angestrengt werden, in
denen die Planfeststellungsbedürftigkeit der Projekte angeführt und die Rechtswidrigkeit des
Maßnahmengesetzes inzident zur gerichtlichen Kontrolle gestellt wird. Das Verwaltungsge-
richt dürfe dann aber das Maßnahmengesetz nicht selbst prüfen, sondern müsste es dem
BVerfG zur Entscheidung vorlegen (welches aber wiederum – wie oben dargelegt – nur Ver-
fassungsrecht prüft). Auch wird erwogen, dass gerichtliche Inzidentkontrollen des Gesetzes
über Feststellungsklagen ermöglicht oder der Rechtsschutz für Enteignungsbetroffene über



die in Umsetzung von Maßnahmengesetzen noch nötigen Verwaltungsakte gesucht und gefunden werden kann. Losgelöst von den insoweit offenkundigen Unwägbarkeiten haben alle diese Wege gemeinsam, dass sie unerprobt sind, mehrere Instanzen sowie eine Aufspaltung gerichtlicher Entscheidungskompetenzen beinhalten und damit notwendig sehr viel länger dauern als die Verfahren, die derzeit erstinstanzlich dem BVerwG zugeordnet sind. Die Zeiträume bis zur Klärung dieser neuen Rechtsschutzwege kommen hinzu. Vor diesem Hintergrund liegt nahe, den bisherigen Weg zum BVerwG in besonders dringlichen Projekten nicht zu ändern, weshalb wir in Ziffer VI. und in der **Anlage 2** einen dahingehenden Änderungsvorschlag darlegen.

V. Verfassungsrechtliche Probleme des Entwurfes im Übrigen

Der Entwurf begegnet auch losgelöst von den Fragen des Rechtsschutzes ernsthaften verfassungsrechtlichen Bedenken hinsichtlich der Auswahl und Gewichtigkeit der Gründe für die Projekte. Auf sie hat etwa der Deutsche Anwaltverein (<https://anwaltverein.de/de/newsroom/sn-47-19-genehmigungsbeschleunigungsgesetz>) bereits zutreffend hingewiesen. Darauf möchten wir zur Vermeidung von Wiederholungen verweisen. Ergänzend ist Folgendes anzumerken:

1. Bereits aus der Formulierung des Koalitionsvertrages ergeben sich Zweifel an der Verfassungskonformität des seiner Umsetzung dienenden MgvG. Denn dort ist davon die Rede, dass man das Anliegen als „Pilotprojekt“ einstuft. Als reines „Versuchsvorhaben“ ohne belastbare Prognose von Beschleunigungspotenzialen aber würde das Gesetz die hohen verfassungsrechtlichen Anforderungen aus der „Stendal-Entscheidung“ des BVerfG nicht einhalten. Ähnliche und das Problem aufzeigende Formulierungen zum Modellcharakter finden sich auch in den bisherigen Gesetzesmaterialien, etwa im Protokoll der ersten Lesung des Entwurfes im Bundestag.



2. Das Gesetz regelt im Wesentlichen ein vorbereitendes Verfahren und schafft die Ermächtigung zum Erlass von daran anknüpfenden Maßnahmengesetzen, betrifft also die Verfahren bis hin zur Schaffung von Baurecht. Die mit dem Gesetz verbundene Zielsetzung einer Beschleunigung kann auf diesem Wege – wie dargelegt – aber gar nicht erreicht werden.

3. Von dieser Erkenntnis ausgehend ist die Auswahl der in § 2 angeführten Schienen- und Wasserstraßenprojekte verfassungsrechtlich zweifelhaft.

a. Aus der Entwurfsbegründung (BT-Drs. 19/15619, S. 14) zu § 2 ergibt sich, dass sich der Entwurf an der Einstufung von Projekten als „Vordringlicher Bedarf mit der zusätzlichen Ausweisung als Engpassbeseitigung“ im Schienenverkehrsausbaugesetz bzw. im Wasserstraßenausbaugesetz ausrichtet.

Das überzeugt nicht. Denn zwar trifft es zu, dass diese Vorhaben nach der Methodik der Fachplanung eine besonders hohe Bedeutung haben und ihre Durchsetzungskraft insbesondere über entsprechende Bindungswirkung der Gerichte an die Bedarfsfeststellung auch in Klageverfahren gestärkt wird. Allerdings will das MgvG die ihm zugedachte Beschleunigungsfunktion gerade über die Verkürzung des Rechtsschutzes erzielen und nicht über das – wie dargelegt notwendig sogar langsamere – Verfahren bis zur Schaffung von Baurecht. Für den Rechtsschutz wiederum ergibt sich die zeitliche Priorisierung von Eisenbahn- und Wasserstraßenprojekten aber nicht aus den Ausbaugesetzen, sondern aus §§ 18 e AEG und § 14 e WaStrG i.V.m. mit den dazugehörigen Anlagen 1 bzw. 2. Denn (nur) für diese ist ausnahmsweise sogleich das BVerwG in erster Instanz zuständig.

Daran gemessen ist die Auswahl der Vorhaben in § 2 nicht nachvollziehbar. Denn für die Bundeswasserstraßen führt die Anlage 2 zu § 14 e WaStrG 7 Vorhaben auf, von denen nur eines (teilweise) auch in § 2 MgvG enthalten ist. Das bedeutet, dass nun sogar der erstinstanzliche Rechtsschutz beim BVerwG für solche Vorhaben entzogen werden soll, für die das zuletzt am 29.11.2018 geänderte WaStrG nicht einmal das Erfordernis einer Zuweisung an das



BVerwG gesehen hatte. Andersherum werden Vorhaben, für die der Gesetzgeber dieses Erfordernis noch vor einem guten Jahr gesehen hat, nicht in § 2 MgvG aufgeführt. Ähnliches gilt – wenn auch mit geringeren Abweichungen – für den Abgleich zwischen § 2 S. 1 Nr. 1-7 und der Anlage 1 zu § 18 e AEG.

b. Unabhängig hiervon ist nicht nachvollziehbar, dass die Entwurfsbegründung zu § 2 im Obersatz auf die Zuordnung als „Vordringlicher Bedarf mit Engpassbeseitigung“ als tragfähiges Kriterium abstellt, die dann enthaltenen Projekte aber gar nicht durchgängig dieser Kategorie entsprechen, da einige Bahnprojekte teilweise „nur“ im vordringlichen Bedarf ohne Engpassbeseitigung, teilweise im Unterabschnitt 2 (potenzieller Bedarf) gelistet sind.

VI. Vorsorgliche Änderungsanregung

Wie oben im Kapitel IV dargelegt, drohen angesichts der weitgehend fehlenden Regelungen zum Rechtsschutz zusätzliche Zeitverzögerungen bis zur Schaffung vollziehbaren Baurechts. Dies dadurch, dass der Rechtsschutz effektiv gewährt werden muss, aber ohne eine Regelung, wie sie sich etwa in § 50 VwGO für die Zuständigkeiten des BVerwG in ähnlichen Infrastrukturvorhaben findet, womöglich bei den Verwaltungsgerichten gesucht werden müsste und dann ein Rechtsschutzzug aus bis zu drei Instanzen unter potenziell zusätzlich nötiger Inanspruchnahme des BVerfG in Aussicht steht.

Jedenfalls dieses Problem ließe sich dadurch zumindest abmildern, dass angelehnt an die Regelung des § 17 StandAG zur Festsetzung eines Standortes für ein atomares Endlager eine justiziable Zwischenentscheidung in das vorbereitende Verfahren implementiert wird, die dann wieder beim BVerwG anfechtbar sein könnte.

Eine solche Lösung ist nach Auskunft der zuständigen Referatsleiterin Reimold in der Diskussion ihres Vortrages am 03.12.2019 in Berlin (Fachtagung „Erfahrungen mit der Novelle des Umweltrechtsbehelfsgesetzes“ im Auftrag des Umweltbundesamtes am 03.12.2019) auch im



Ministerium sehr ernsthaft diskutiert, aber als vermeintlich nicht rechtskonform umsetzbar verworfen worden. Als Argument wurde angeführt, dass dem Gesetzgeber die eigentliche Abwägung zugeordnet sei und daher ein dieser Abwägung vorgelagerter Verwaltungsakt nicht „vorgreiflich“ sein dürfe. Das erscheint für sich betrachtet plausibel, so dass eine im Kern unveränderte Übertragung der Konzeption aus § 17 StandAG in der Tat ausscheiden dürfte.

Nicht ausgeschlossen erscheint uns demgegenüber, dass die zuständige Fachplanungsbehörde vor ihrem Abschlussbericht gem. § 8 Abs. 3 MgvG durch anfechtbaren Bescheid jedenfalls feststellt, dass alle sog. „zwingenden Rechtsvorschriften“ eingehalten werden. In diesem Fall bliebe dem Gesetzgeber nach der vorherigen Bescheinigung des Fehlens „roter rechtlicher Ampeln“ der eigentliche Abwägungsvorgang. Dieser könnte dann zwar nicht mehr vom BVerwG, aber doch im Bedarfsfall vom BVerfG zumindest auf etwaige Verfassungsverstöße überprüft werden.

Ein solches Vorgehen könnte bei weitem nicht alle Einwände gegen das Gesetz ausräumen. Da aber sehr viele derjenigen Normen des europäischen Umweltrechts, die Klagerechte erfordern, zu den Vorschriften zwingenden Rechts gehören und zugleich oft eine zentrale Rolle in den rechtlichen Auseinandersetzungen spielen, könnte ihre „Vorabprüfung“ durch die Verwaltung und die insoweit vertraute Kontrolle durch das BVerwG die zentralen Unsicherheiten verringern. Zugleich könnte sie den - voraussichtlich mit den Details der Anwendung jener Normen gar nicht vertrauten – Bundesgesetzgeber in seiner von ihm selbst gewählten neuen Rolle als Zulassungsinstanz von Projekten entlasten und so die Fehleranfälligkeit der Maßnahmengesetze zumindest etwas verringern.

Entsprechende Vorschläge zur Änderung/Ergänzung der §§ 8 und 12 MgvG haben wir vorsorglich bereits entworfen und als **Anlage 2** beigefügt.

Auch unter Berücksichtigung der vorsorglichen Änderungsanregungen kann aber letztlich keine Erkenntnis daran vorbeiführen, dass der Gesetzesentwurf in Kreisen der Fachjuristen



interessen- und rollenübergreifend sehr stark kritisiert wird. Neben allen rechtsstaatlichen Bedenken liegt nach Auffassung des Unterzeichners offen zutage, dass das Gesetz die mit ihm verbundenen Ziele nicht wird erreichen können, so dass die in § 2 verzeichneten Projekte zeitlich sogar ernsthaft zusätzlich gefährdet erscheinen. Wie schon für die meisten der jüngeren gesetzgeberischen Beschleunigungsbemühungen gilt, dass immer beschleunigter erlassene Beschleunigungsgesetze an den in Wirklichkeit zeitintensiven Faktoren der Zulassung bislang nichts geändert haben und dies auch zukünftig aller Voraussicht nach nicht tun werden. Komplexe Planungen kosten naturgemäß Zeit, die auch dazu genutzt werden kann und muss, Planungen zu optimieren und oft teure Fehler zu minimieren. Das ohne überflüssige Zeitverluste zu schaffen, erfordert eine hervorragende personelle Ausstattung der Fachbehörden und auch der Gerichte. Wären diese durchgängig vorhanden, gäbe es die immer wiederkehrenden Debatten über immer neue Beschleunigungsgesetze wohl nicht.

Mit freundlichen Grüßen,

Nebelsieck

Fachanwalt für Verwaltungsrecht