



20. Deutscher
Verwaltungsgerichtstag
Würzburg 2024



Beschleunigungsgesetzgebung und ihre Auswirkungen auf den Eilrechtsschutz – Bestandsaufnahme und Folgerungen aus anwaltlicher Sicht

von
Prof. Dr. Matthias Dombert

Referat des Arbeitskreises 9
Neues zum vorläufigen Rechtsschutz?
16. Mai 2024

I.

Meine sehr verehrten Damen und Herren,

ich will offen bekennen, dass ich vor gut einem Jahr mit meiner Zusage keine Sekunde gezögert habe, als ich Herrn Seegmüllers freundliche Aufforderung erhielt, auf dem Verwaltungsgerichtstag zu referieren.

Da war zugegebenermaßen Eitelkeit mit im Spiel – obwohl Sie alle bestens wissen, dass Rechtsanwälte eigentlich nicht eitel sind.

Aber – und dies meine ich ganz ernst – die verwaltungsrechtlich tätige Anwaltschaft sieht es schon als Ehre an, vor Ihnen und zu Ihnen sprechen zu können. Deswegen danke ich herzlich für die Einladung. Ich bin ihr gerne gefolgt.

Nachdem ich mir mit dieser *captatio benevolentiae* bei Ihnen hoffentlich wohlwollende Aufmerksamkeit gesichert habe, kann ich offen bekennen, dass meinem Vortrag von vornherein zwei Defizite anhaften:

Ja, ich habe meinem langjährigen Berufsleben viele jener Genehmigungs- und Planfeststellungsverfahren betreut, die heute in den Anwendungsbereich des § 80c VwGO fallen, ich

betreue sie aber seit Jahren nicht mehr. Komplexität und Prüfungstiefe haben nicht nur in unserer Praxis die Bildung größerer Umweltrechtsteams zur rechtlichen Betreuung dieser Projekte erforderlich gemacht: zum sich einordnenden Teammitglied werde ich in meinem Berufsleben aber nicht mehr. Und damit bin ich bereits beim zweiten Manko. Die von mir geforderte „anwaltliche Sichtweise“ lässt eher eine Betrachtung aus der Sicht des Antragstellers erwarten. Die kann ich nicht liefern, denn meine Praxis ist in Infrastrukturvorhaben ausschließlich für Projektträger und Behörden tätig, wir sind also in vielen Fällen Anwalt des Antragsgegners.

Das ist jetzt nicht schön für Sie.

Erst bekennt der Referent, keine praktischen Erfahrungen in Bezug auf sein Vortragsthema zu haben und dann kommt da nicht mal ein Advokat, der mit verfassungsrechtlichen Kanonen für Landwirte, Gemeinden oder Umweltverbände einen durch eine einzelne Vorschrift bewirkten Anschlag auf den Rechtsstaat vereiteln will. Ich höre Sie schon fragen: „Warum haben Sie denn um Gottes Willen Herrn Seegmüller nicht geeigneterer Kolleginnen oder Kollegen benannt?“

Ganz einfach. Weil mich das Thema rechtspolitisch interessiert.

Ich habe in den vergangenen Jahrzehnten als Mitglied des Verwaltungsausschusses des Deutschen Anwaltvereines, zuletzt als dessen langjähriger Vorsitzender viele Gesetzgebungsverfahren des Bundes begleitet und kommentiert, die mit dem Etikett der Beschleunigung versehen waren. Diese Beschleunigung tut ja auch tatsächlich not. Aber meine anwaltliche wie rechtspolitische Befassung mit diesem Stichwort hat doch Beobachtungen zur Folge gehabt, die bei dem mir zugedachten Thema nicht ausgeblendet werden können. Und deswegen geht es nicht nur auf von mir eingestandene menschliche Schwäche der anwaltsuntypischen Eitelkeit, sondern vor allem das rechtspolitische Interesse zurück, die Einladung anzunehmen und diesen jüngsten Beitrag zur Beschleunigung näher zu beleuchten.

Nicht zuletzt auch mit der Frage im Hinterkopf, was sich aus der Entstehungsgeschichte der Norm für die allgemeine Rechts- und Gesetzkultur der Bundesrepublik ableiten lässt.

II.

Am 21.03.2023 ist das Gesetz zur Beschleunigung von verwaltungsgerichtlichen Verfahren im Infrastrukturbereich¹ in Kraft getreten. Mit ihm ist § 80c VwGO in die VwGO aufgenommen worden. Mit dieser Vorschrift ist der Gegenstand der nachfolgenden Betrachtung beschrieben. In verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren, in denen es um die Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung (§§ 80, 80a VwGO) und über die das Bundesverwaltungsgericht und die Oberverwaltungsgerichte/Verwaltungsgerichtshöfen nach § 48 Abs. 1 S. 1 Nummer 3 bis 15 und § 50 Abs. 1 Nr. 6 entscheiden, gelten die besonderen

Bestimmungen in den Abs. 2-4 der neuen Vorschrift. § 80c VwGO kommt nicht nur für jene Eilverfahren zur Anwendung, die nach Inkrafttreten der Norm anhängig geworden sind. Da der Gesetzgeber keine abweichenden Übergangsbestimmungen vorgesehen hat, erfassen die Bestimmungen des Beschleunigungsgesetzes als Änderungen des Verfahrensrechts nach den Grundsätzen des intertemporalen Prozessrechts auch anhängige Rechtsstreitigkeiten.²

§ 80c VwGO ist Bestandteil eines gesellschaftspolitischen und damit rechtspolitischen Dauerbrenners, nämlich einer Beschleunigungsgesetzgebung, die seit Ende der 1970er Jahre in Deutschland zunächst hinsichtlich der Verwirklichung von Infrastrukturprojekten propagiert wurde, und nach der Wiedervereinigung auch und gerade die Beschleunigung von Infrastrukturverfahren vor dem Hintergrund der vernachlässigten Infrastruktur in den östlichen Bundesländern im Blick hatte.³ In den letzten Jahren gilt das Ringen um Beschleunigung dem zeitnahen Ausbau der erneuerbaren Energien.⁴ Die Gesetzgebung folgt dabei oft dem gleichen Muster: Erst werden befristete Sonderregelungen erlassen, dann Fachgesetze geändert. Abschließend wird dann die allgemeine Gesetzgebung – d.h. VwVfG und VwGO – angepasst.⁵ Und dann die Hoffnung geweckt, die Verwaltungsgerichte würden das richten und an Beschleunigung bewirken, was im Regelfall auf die Komplexität anspruchsvoller Projektplanungen und damit einhergehender Verwaltungsverfahren selbst zurückgeht.

Dass man wohl schwerlich die Gleichung aufmachen kann, allein das verwaltungsgerichtliche Verfahren sei allein maßgeblicher Faktor für die Verzögerung von Planungsverfahren, dürfte feststehen.⁶ Aber nichtsdestotrotz muss konstatiert werden, dass sich Beschleunigungsmaßnahmen des Gesetzgebers in den vergangenen Jahrzehnten regelmäßig auf das gerichtliche Verfahren konzentriert haben. Der Instanzenzug wurde durch die Ausdehnung der Zuständigkeiten der OVG/VGH und des BVerwG verkürzt oder auch die Erlangung einstweiligen Rechtsschutzes erschwert.⁷

Neu ist 80c VwGO damit seiner Regelungszintention nach nicht. Nachfolgend soll der Versuch unternommen werden, der Frage nachzugehen, welche Auswirkungen die Neuregelung auf den Eilrechtsschutz haben wird und ob durch die Anwendung des § 80c VwGO signifikante Beschleunigungseffekte zu erwarten sind. Dazu soll die Neuregelung zunächst vorgestellt werden (I.). Anschließend werden die sich in Bezug auf die Anwendung des § 80c VwGO stellenden Rechtsfragen beleuchtet (II.). Sodann sollen weitere Folgefragen betrachtet werden (III.). Nachfolgend soll insbesondere auch die Ausgangsfrage, ob von § 80c VwGO eine Beschleunigungswirkung zu erwarten ist, beantwortet werden (IV.). Abschließend erfolgt noch eine Bewertung der Regelung aus anwaltlicher Sicht (V.).

III.

Die Zielsetzung, die der Gesetzgeber mit seinen Maßnahmen, und damit auch mit § 80c VwGO verbindet, kann kaum ehrgeiziger formuliert werden. Das Gesetz zur Beschleunigung von verwaltungsgerichtlichen Verfahren im Infrastrukturbereich bettet sich in die Absicht der Bundesregierung ein, „die Planung von Infrastrukturprojekten, insbesondere den Ausbau der Erneuerbaren Energien drastisch zu beschleunigen“ und – wie es im Koalitionsvertrag heißt – „alle Hürden und Hemmnisse aus dem Weg zu räumen“⁸. ein Mittel zur Erreichung dieses Zieles soll das „Gesetz zur Beschleunigung von verwaltungsgerichtlichen Verfahren im Infrastrukturbereich“ sein. Der Gesetzgeber möchte mit ihm die Dauer von gerichtlichen Verfahren für „besonders bedeutsame Infrastrukturvorhaben“ weiter reduzieren.

Als besonders bedeutsame Vorhaben hebt die Gesetzesbegründung Vorhaben zum Ausbau der erneuerbaren Energien, aber auch die Erneuerung der verkehrlichen Infrastruktur hervor. Die Verfahrensbeschleunigung, die in diesen Fällen erreicht werden soll, sollen so groß sein, dass die Planungsdauer für Infrastrukturvorhaben „mindestens halbiert“ wird –⁹ „ohne hierbei die Effektivität des Rechtsschutzes zu beeinträchtigen.“¹⁰ Den Beschleunigungseffekt will der Gesetzgeber durch § 80c VwGO mit zwei Regelungsmechanismen erreichen.

Zum einen sollen aufgrund der Neuregelung des § 80c Abs. 2 VwGO Fehler eines Verwaltungsaktes dann nicht mehr zum Erfolg des einstweiligen Rechtsschutzbegehrens führen, wenn offensichtlich ist, dass diese Fehler durch den Antragsgegner alsbald behoben werden (1.). Zum anderen soll die § 80c Abs. 3, 4 VwGO normierte Vollzugsfolgenabwägung erreichen, dass einzelne Maßnahmen, die nicht zu irreversiblen Nachteilen führen, bereits vor Abschluss des Hauptsacheverfahrens umgesetzt werden können (2.).

Hiermit hat es folgende Bewandtnis:

1. § 80c Abs. 2 VwGO regelt im Wesentlichen, dass bei den von § 80c VwGO erfassten Verfahren die Rechtswidrigkeit eines VA dann nicht zum Erfolg eines Antrags nach den §§ 80, 80a VwGO führen muss, wenn dem VA lediglich Fehler innewohnen, die alsbald behoben sein werden.¹¹ Gem. § 80c Abs. 2 VwGO gilt die Norm dabei für eine Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften (Nr. 1) sowie für solche Mängel, die bei der Abwägung im Rahmen der Planfeststellung oder der Plangenehmigung entstehen (Nr. 2). Über den Wortlaut der Norm hinaus, findet § 80c VwGO aber auch für sonstige behebbare materielle Mängel Anwendung.¹²

Von den genannten Regelungen nicht erfasst sind Verfahrensfehler nach § 4 Abs. 1 UmwRG, die gem. § 80c Abs. 2 S. 5 VwGO grundsätzlich nicht außer Acht gelassen werden dürfen, um die Europarechtskonformität der Regelung zu wahren.¹³ Die Rechtsprechung hat

die Rückausnahme nach § 80c Abs. 2 S. 5 VwGO über den Wortlaut auch auf Fehler nach § 4 Abs. 1a UmwRG angewendet,¹⁴ nachdem das BVerwG¹⁵ gerade im Anschluss an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes seine frühere Ansicht aufgegeben hat, dass Dritte sich auf einen solchen "relativen" Verfahrensfehler nur dann erfolgreich berufen können, wenn ihnen selbst die Möglichkeit der Beteiligung genommen worden ist.¹⁶

2. Hoffnung setzt der Gesetzgeber auch auf die in § 80c Abs. 3, 4 VwGO normierte Vollzugsfolgenabwägung.

Entscheidet das Gericht aufgrund einer Vollzugsfolgenabwägung, soll die Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80c Abs. 3 VwGO in der Regel auf diejenigen Maßnahmen des angefochtenen Verwaltungsaktes beschränkt werden, die zur Verhinderung anderenfalls drohender irreversibler Nachteile erforderlich sind.

Zur beschleunigten Realisierung von Projekten soll auch beitragen, dass das Gericht nach § 80c Abs. 4 VwGO bei seiner Abwägung die Bedeutung des Vorhabens besonders zu berücksichtigen hat, wenn ein Bundesgesetz feststellt, dass einem Belang ein überragendes öffentliches Interesse zukommt.¹⁷ Das wird ausdrücklich festgehalten, neu ist dies nicht. Wenn sich etwa bei Infrastrukturmaßnahmen aus gesetzlichen Vorgaben, etwa einem Bedarfsplan das öffentliche Interesse ergibt, geht dies bereits heute in die Abwägung des Gerichtes mit ein.

Änderungen materieller Vorgaben sollen also beschleunigen.¹⁸ Prominentes Beispiel ist § 2 EEG.¹⁹ Denn dieser normiert – mithin gerade für das Planfeststellungsverfahren relevant –, dass die Errichtung und der Betrieb von Anlagen sowie den dazugehörigen Nebenanlagen im überragenden öffentlichen Interesse liegen. Bis die Stromerzeugung im Bundesgebiet nahezu treibhausgasneutral ist, werden die erneuerbaren Energien gem. § 2 EEG als vorrangiger Belang in Schutzgüterabwägungen eingebracht.

IV.

Schon die verkürzte Darstellung des Regelungsgehaltes hat vermutlich ausgereicht, um nachvollziehen zu lassen, dass § 80c VwGO ein Bündel von Fragen aufwirft. Dass derartige Fragen Rechtsfindung nicht gerade erleichtern, und vielleicht nicht zu dem „kurzen Prozess“ beitragen, den der Gesetzgeber sich offenbar vorgestellt hat, liegt auf der Hand. Je mehr Unsicherheiten in der Anwendung des § 80c VwGO bestehen, desto mehr rechtlicher Ausführungen des Gerichts bedarf es in diese Richtung. Dies wiederum führt zu einer Verzögerung des Eilverfahrens. Unsicherheiten ergeben sich sowohl hinsichtlich der Regelung des § 80c Abs. 2 VwGO (1.) als auch bezüglich der Vollzugsfolgenabwägung des § 80c Abs. 3, 4 VwGO (2.).

1. Das Gericht „kann“ nach § 80c Abs. 2 S. 1 VwGO einen Mangel des angefochtenen Verwaltungsaktes „außer Achtlassen“, wenn seine Prüfung ergibt, dass dieser Mangel „offensichtlich“ ist und „in absehbarer Zeit ... behoben sein wird“. Mehrere Begriffe, mehrere Problemfelder.

a) Es fällt schon auf, dass § 80c Abs. 2 S. 1 VwGO nicht dem etwa aus § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO bekannten Konditionalprogramm folgt. Der einstweilige Rechtsschutzantrag hat nicht schon dann Erfolg, wenn ein Verfahrensfehler festgestellt wird. Das Gericht „kann“ den Verfahrensfehler außer achtlassen, muss dies aber nicht. Der Gesetzgeber ordnet keine zwingende Unbeachtlichkeit des Verfahrensfehlers an. BVerwG und OVG wird ein gerichtliches Ermessen also ein Stück weit Rechtsgestaltung eingeräumt, denn das Gericht wird nicht dazu verpflichtet, den Mangel zwingend außer achtzulassen. Nun sind derartige Gestaltungsspielräume dem Prozessrecht nicht fremd. § 80 Abs. 5 VwGO ist hierfür ein Beispiel. Nur ist dort die Abwägung zwischen Verschonungs- und Vollzugsinteresse determiniert, durch die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs. Welche Determinante der Gesetzgeber bei § 80c Abs. 2 S. 1 VwGO für die Entscheidung der Senate im Blick hatte, lässt sich der Normgeschichte nicht entnehmen. Eine Entscheidungssteuerung, wie sie die Aussichten des Rechtsbehelfs bei der Entscheidung nach § 80 Abs. 5 VwGO darstellen, ist allenfalls dann anzunehmen, wenn Bundesverwaltungsgericht oder Obergerichte im Ergebnis ihrer Überprüfung feststellen, dass bei der – in der Praxis regelmäßig vorkommenden – Rüge mehrerer Verfahrensfehler feststellen, dass dem Verschonungsinteresse des Antragstellers wegen nicht behebbarer Mängel der Genehmigung der Vorrang zu geben ist.

b) Hinsichtlich der erfassten Fehler ist die Vorschrift weit formuliert.

Grundsätzlich erfasst die Vorschrift alle behebbaren Fehler; ausdrücklich genannt werden nur zwei Gruppen von Regelbeispielen („insbesondere“).

aa) § 80c Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 VwGO nennt als erstes Regelbeispiel eine Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften. Die Gesetzesbegründung nennt dazu solche Fehler, die nach § 75 Abs. 1a Satz 2 Halbsatz 1 VwVfG oder nach § 45 VwVfG behoben oder geheilt werden können. Darüber hinaus können von vornherein nur solche Fehler gemeint sein, die für die Aufhebung des VA nicht ohnehin unbeachtlich sind (z.B. gemäß § 46 VwVfG). Dies aber ist keine neue Erkenntnis. Verfahrensfehler oder Formfehler führen schon derzeit nicht zwingend zu einem Erfolg im einstweiligen Rechtsschutzverfahren. Ein Verfahrensfehler wie etwa die unterlassene Öffentlichkeitsbeteiligung in Bezug auf die vertiefende Prüfung von Trassenalternativen wird bereits jetzt vom BVerwG als unbeachtlich angesehen, weil sie nicht unter die in § 4 Abs. 1 UmwRG normierten absoluten Verfahrensfehler fällt²⁰ und ein etwaiger Fehler die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat.²¹ Da es aber § 80c Abs. 2 S. 2 VwGO bei der Nennung von Regelbeispielen belässt, also den Fehlerbegriff

nicht abschließend definiert, hat die Rechtsprechung hieraus zutreffend abgeleitet, dass auch materielle Fehler i. R. v. § 80c Abs. 2 S. 2 VwGO beachtlich sind.²²

bb) § 80c Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 VwGO betrifft Mängel bei der Abwägung im Rahmen der Planfeststellung oder der Plangenehmigung, die durch Planergänzung oder durch ein ergänzendes Verfahren behoben werden können (§ 75 Abs. 1a Satz 2 Halbsatz 1 VwVfG). Auch von Nr. 2 können eigentlich nur solche Fehler erfasst sein, die nicht schon nach § 75 Abs. 1a Satz 1 VwVfG unbeachtlich sind. Der Gesetzgeber hat den Fall vor Augen gehabt, dass ein Planfeststellungsbeschluss aufgrund einer Verletzung des materiellen Rechts einen Mangel aufweist, der nicht die Abwägung betrifft, aber ebenfalls durch Planergänzung oder in einem ergänzenden Verfahren behoben werden kann.

Allerdings muss das Gericht jedoch in die Vollzugsfolgenabwägung auch die Prognose einschließen, dass die Verwaltung auch bei Heilung des Fehlers an ihrer Entscheidung festhalten wird.²³ Die Annahme, dass bei Vermeidung des Abwägungsfehlers keine andere Abwägungsentscheidung ergangen wäre, ist aber nur gerechtfertigt, solange konkrete Anhaltspunkte dafür nachweisbar sind, dass die Planfeststellungsbehörde gleichwohl dieselbe Entscheidung getroffen hätte.²⁴ Diese Prognose erschwert die Anwendung des § 80c VwGO jedoch wesentlich. Denn nur wenn die Behörde an ihrer Entscheidung festhält und keine neue Planung oder aber wesentliche Änderungen vornehmen muss, kann es zu einer Beschleunigung kommen.²⁵

cc) Dabei ist der Hinweis auf die Erheblichkeitsschwelle in § 80c Abs. 2 S. 4 VwGO zu relativieren. Zwar hält der Gesetzgeber nach dieser Vorschrift aus den dargestellten europarechtlichen Gründen Verfahrensfehler nach § 4 Abs. 1 UmwRG weiterhin für erheblich, auf Drängen des Rechtsausschusses²⁶ soll dies aber nur „grundsätzlich“ gelten. Dass dies die Senate vor erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten stellt und diesen beschleunigter Entscheidung entgegenstehende Rechtsfragen beschert, bedarf keiner weiteren Begründung.

c) Gestaltet sich also schon die Feststellung schwierig, welche Mängel das Gericht gem. § 80c Abs. 2 S. 1 VwGO außer Acht lassen darf, ist eine derartige Unbeachtlichkeit aber nur dann relevant, wenn ein Mangel des angefochtenen Verwaltungsaktes „offensichtlich“ in absehbarer Zeit behoben sein wird.

Wann die zeitnahe Behebbarkeit eines Mangels „offensichtlich“ ist, definiert der Gesetzgeber nicht.²⁷ Der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, dass die Offensichtlichkeit gegeben ist, wenn das Gericht zu der „Überzeugung“²⁸ gelangt, dass der Mangel in absehbarer Zeit behoben sein wird, und es muss offensichtlich sein, dass die Behebung möglich ist. Es reicht also nicht aus, dass eine Fehlerbehebung denkbar ist, sie muss vielmehr feststehen, die bloße Offenheit der Fehlerbehebung reicht nicht aus.²⁹

Wenn es aber die Überzeugung des Gerichts ist, die das Tatbestandsmerkmal der Offensichtlichkeit determiniert, ist aber fraglich, wie das Gericht überhaupt zu dieser Überzeugung gelangen soll, da die Realisierung der Heilung des Fehlers allein in der Sphäre der Verwaltung liegt.³⁰

Denkbar ist sicherlich, dass der Senat zu dieser Überzeugung gelangt, wenn der Antragsgegner im Termin zu Protokoll erklärt, sich also verpflichtet, einen aufgezeigten Mangel des Verwaltungsaktes innerhalb eines bestimmten Zeitraumes beseitigt zu haben. Auch Akteninhalt und Vorbringen des Antragsgegners können Anknüpfungspunkt für die richterliche Überzeugungsbildung sein. Auf dieser Grundlage ist etwa das OVG Bautzen im Beschluss vom 28.8.2023 – 1 B 47/23 – juris Rn. 34 - zu der Überzeugung gelangt, es könne nicht offensichtlich zur Überzeugung des Senats von einer Korrektur in absehbarer Zeit ausgegangen werden. Der Antragsgegner hatte nämlich dargetan, von einem ausreichenden Schutz des Antragstellers vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch periodischen Schattenwurf der umstrittenen Windkraftanlage aus auszugehen. Es würden im Übrigen auch keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Antragsgegner bereits Maßnahmen - etwa eine Anhörung der Beigeladenen - zur Neufassung der umstrittenen Nebenbestimmung ergriffen hätte.

d) Anwendungsprobleme schafft auch die Vorgabe des Gesetzgebers, die Behebung des Mangels müsse jedenfalls in „absehbarer Zeit“ erfolgen.

aa) Die bisher dazu ergangenen Judikate nehmen einen solchen Fall an, wenn bereits ein ergänzendes Verfahren zu Mängelbehebung eingeleitet worden ist.³¹ Dabei ist im Hinblick auf das Gebot des effektiven Rechtsschutzes eine restriktive Auslegung geboten.³² Ob die Behörde den Fehler aber zeitnah beheben kann, ist für das Gericht aber dann nicht erkennbar, wenn sich der Antragsgegner im gerichtlichen Verfahren nicht klar dazu geäußert hat.³³ Auch muss die Prognose negativ ausfallen, wenn ein ergänzendes Verfahren von der Behörde noch nicht eingeleitet worden ist.³⁴ Eine Behebbarkeit in „absehbarer Zeit“ ist auch dann abzulehnen, wenn für das Gericht nicht erkennbar ist, wie lange ein solches Verfahren dauern könnte.³⁵ Zuletzt kann der Mangel auch dann nicht außer Acht gelassen werden, wenn deren zeitnahe Heilung „aufgrund des Verhaltens der Behörde im gerichtlichen Verfahren“ nicht zu erwarten ist.³⁶ Das Gericht ist mithin bei der Entscheidung, ob eine Behebbarkeit des Mangels in „absehbarer Zeit“ möglich ist, gänzlich auf die Mitwirkung der Behörde angewiesen. Es muss seine Entscheidung auf die behördliche Einschätzung stützen, denn es gibt keine Möglichkeiten die Einhaltung dieses abstrakten und nicht weiter konkretisierten Zeitraums zu überprüfen.

bb) Ein Mindestmaß an Rechtssicherheit will die in § 80c Abs. 2 VwGO normierte Fristsetzung durch das Gericht zur Behebung des Mangels durch den Antragsgegner gewährleisten. Der Behörde wird ein Vertrauensvorschuss zwecks Verfahrensbeschleunigung gewährt. Dieser Vertrauensvorschuss steht unter der Bedingung der tatsächlichen Behebung des Mangels.³⁷ In der Praxis haben die Verwaltungsgerichte – soweit ersichtlich - keinen Gebrauch gemacht. Das führt dann aber zu der Frage, was eigentlich gilt, wenn die Frist ungenutzt verstreicht, oder die Fehlerbehebung jedenfalls nach Auffassung der Antragsteller nicht gelingt. Dann dürfte der Beschleunigungseffekt verpuffen. In dem Antragsteller wird dann nichts anderes übrigbleiben, als erneut die Aussetzung der Vollziehung zu beantragen. Dann bleibt es nicht bei dem ein Eilverfahren. Aus 1 mach 2 - oder mehr.

2. Im Rahmen der Vollzugsfolgenabwägung wird dem Antragsgegner gem. § 80c Abs. 3, 4 VwGO bei behebbaren Fehlern ein Abwägungsvorsprung eingeräumt. Übersehen werden darf jedoch nicht, dass § 80c Abs. 3, 4 VwGO dem Gericht kein Abwägungsergebnis vorgibt. Die Regelung führt nur dazu, dass einem Abwägungsbelang ein höheres Gewicht in der Abwägung zukommt. Er kann weiterhin durch andere gewichtige Belange überwogen werden.

Dies soll die Verwirklichung solcher Maßnahmen, die nicht zu irreversiblen Nachteilen führen, beschleunigen.³⁸ Teile der Literatur sehen § 80c Abs. 3 Satz 1 VwGO als entbehrlich an, da die Rechtsprechung ohnehin schon so verfähre. Gleichwohl schadet es jedenfalls nicht, eine schon bestehende gerichtliche Praxis gesetzlich zu verankern.³⁹

V.

Aufgrund dieser Unsicherheiten in der Rechtsanwendung, führt die Neuregelung des § 80c VwGO zu einer Reihe von Folgefragen. Im Zentrum steht dabei zunächst die Frage, ob bei Anwendung weiterhin ein effektiver Rechtsschutz gewährleistet ist (1.) Aber auf Fragen nach den Folgen für den Antragsteller (2.) als auch nach der Erschwerung des Verwaltungsprozess (3.) werden in der Literatur und Rechtsprechung vielfach diskutiert. Auf diese soll nachfolgend einzeln eingegangen werden.

1. Da durch die Ablehnung des Antrags auf einstweiligen Rechtsschutz Tatsachen geschaffen werden, wird vielfach die Kritik geäußert, dass § 80c VwGO die Grenzen des effektiven Rechtsschutzes des Art. 19 Abs. 4 GG nicht wahre. Denn die Verhinderung von unumkehrbaren Tatsachen sei gerade Aufgabe des einstweiligen Rechtsschutzes.⁴⁰ Der Umstand, ob eine Entscheidung den Antragsteller vor vollendete Tatsachen stellt und daher gem. § 80c Abs. 3 VwGO die aufschiebende Wirkung angeordnet oder aber wiederhergestellt werden muss, wird in der Praxis weit ausgelegt. So wurde einem Antragsteller der vorläufige Rechtsschutz versagt, weil das OVG Magdeburg es für möglich ansah, dass im Falle seines Ob-siegens im Hauptsacheverfahren eine Wasserkraftanlage wieder zurückrückgebaut werden

könne.⁴¹ Ebenso sei der Bau einer Windkraftanlage "ohne Sichtschutz" bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens für den Antragsteller hinnehmbar.⁴² Bedenkt man, dass faktisch vieles – wenn auch mit einem erheblichen und finanziell nicht rentablen Aufwand - umkehrbar ist,⁴³ ist die Frage berechtigt, unter welchen Voraussetzungen ein Antragsteller dann überhaupt noch durch den einstweiligen Rechtsschutz die Schaffung von Tatsachen verhindern kann.

2. Die erhebliche Unsicherheit, die durch die Verwendung der unbestimmten Rechtsbegriffe im Rahmen des § 80c Abs. 2 VwGO entsteht, wiegt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Antragsteller zumeist die außergerichtlichen Kosten zu tragen hat, schwer.⁴⁴

Zwar sieht § 154 Abs. 5 VwGO neuerdings eine Umkehr vom Grundsatz des § 154 Abs. 1 VwGO – nachdem die unterliegende Partei die Kosten des Verfahrens trägt – vor. Entsprechend der Neuregelung fallen die Gerichtskosten dem obsiegenden Teil zur Last, soweit der Antragsteller allein auf Grund von § 80c Abs. 2 VwGO unterliegt. Wichtig zu betonen ist hier, dass die Ausnahmevorschrift allein für die Gerichtskosten gilt. Meist sind die außergerichtlichen Kosten jedoch deutlich höher als die Verfahrenskosten.⁴⁵ Der mit der Regelung des § 154 Abs. 5 VwGO bezweckte "Schadensausgleich" des Antragstellers kann folglich nicht erreicht werden.⁴⁶ Einzig für den Fall, dass der Antragsgegner und/oder der Beigeladene eigene Sachanträge gestellt haben, sind die außergerichtlichen Kosten ausnahmsweise aus Billigkeitserwägungen erstattungsfähig.⁴⁷

3. Zuletzt beeinflusst die Einführung des § 80c VwGO auch das Verwaltungsgerichtsverfahren selbst. Soweit das Gericht einen Mangel im Abwägungsvorgang im Rahmen der Planfeststellung oder der Plangenehmigung gem. § 80c Abs. 2 S. 2 Nr. 2 VwGO für behebbbar hält, greift es in den exekutiven Abwägungsvorgang ein.⁴⁸ Denn der Verwaltung werden durch die gerichtliche Wertung, es seien eine Mangelbehebung möglich, neue Spielräume eröffnet. Aufgrund dessen wurde in der Literatur vielfach befürchtet, dass das Verwaltungsgericht – zumindest nach der Konzeption des § 80c Abs. 2 VwGO – lediglich als eine Art "Reparaturbetrieb" der Verwaltung funktioniere.⁴⁹ Dieser Gefahr haben sich die Senate nach den vorliegenden Judikaten bisher entzogen, da mit unterschiedlicher Begründung § 80c Abs. 2 S. 3 VwGO mit der Möglichkeit einer Frist zur Mängelbehebung nicht angewandt worden ist.

Dabei ist nicht außer Acht zu lassen, dass nicht per se jeder Hinweis an die Verfahrensbeteiligten, auch die Behörde die Rolle des Gerichtes als neutrale Entscheidungsinstanz beeinträchtigt.

Es ist Ausfluss der Hinweispflicht nach § 86 Abs. 3 VwGO, dass die Beteiligten entweder im vorbereitenden Verfahren wie auch in der mündlichen Verhandlung auf die Aussicht des Gerichts maßgeblichen Gesichtspunkte und Bedenken hinzuweisen. Es entspricht der

Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, dass derartige Hinweise im Interesse der Beteiligten, weil „sie es ihnen ermöglichen, hierauf Ihre Argumentation, aber auch prozessual zu reagieren“. Der Gesetzgeber hat dies sogar formalisierte.

Denn die Möglichkeit, dass eine Behörde nach Hinweisen des Gerichtes noch während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens fehlerhafte Verfahrenshandlungen nachholt (§ 45 Abs. 2 VwVfG), Ermessenserwägungen ergänzt (§ 114 Satz 2 VwGO) und zur Heilung von Verfahrensfehlern das gerichtliche Verfahren auf Antrag ausgesetzt werden kann (§ 4 Abs. 1b Satz 3 UmwRG) sowie der das Planfeststellungsrecht prägende Grundsatz der Planerhaltung⁵⁰ einschließlich der Möglichkeit zur Fehlerbehebung durch Planergänzung oder ergänzendes Verfahren (§ 4 Abs. 1b UmwRG, § 75 Abs. 1a Satz 2 VwVfG) bedeuten nichts anderes, als dass – worauf das Bundesverwaltungsgericht zutreffend hingewiesen hat – Planfeststellungsbehörden klägerischen, aber auch gerichtlichen Hinweisen Rechnung tragen, insofern heilend tätigwerden und so eine zunächst begründete Klage letztlich keinen Erfolg hat.⁵¹ Freilich sollen nach der Rechtsprechung eben auch des Bundesverwaltungsgerichts die verfassungsrechtlichen Grundsätze des fairen Verfahrens, der Waffengleichheit der Beteiligten und der richterlichen Neutralität es dem Gericht verbieten, zielgerichtet die Behebung von Fehlern in einem ergänzenden Verfahren zu initiieren.⁵² Ob es also so zutrifft, dass es nicht Aufgabe des Gerichtes sei, „Empfehlungen zur Fehlerkorrektur“ abzugeben, ist so sicher nicht.⁵³

VI.

Die aufgeworfenen Rechtsprobleme muss man im Blick behalten, wenn man die Frage nach dem mit § 80c VwGO ermöglichten Beschleunigungseffekt beantworten will. Dabei mag man getrost die Zielvorgabe der Bundesregierung – die Planungsdauer für Infrastrukturvorhaben „mindestens halbiert“ zu sehen⁵⁴, dem Bereich politischer Wunschvorstellung zuordnen, im Zusammenhang mit der Erwartung an die Rechtsprüfung der Verwaltungsgerichte mit der mangelnden Vertrautheit der Gerichtspraxis erklären. Zu klären bleibt immer noch, ob § 80c VwGO mit der dargestellten Regelungsstruktur, mit den Rechtsfragen die mit der Vorschrift verbunden sind, überhaupt geeignet ist, einen substantziellen Beschleunigungseffekt zu schaffen.

1. Diese Frage stellt sich schon in rechtstatsächlicher Hinsicht. In den Sachverständigenanhörungen des Bundestages und Bundesrates ist das faktische Beschleunigungspotenzial durchgesehen worden.⁵⁵ Die durchschnittliche Dauer der Klageverfahren zu Infrastrukturprojekten beim Bundesverwaltungsgericht hat 2021 ein Jahr betragen, die durchschnittliche Verfahrensdauer für technische Großvorhaben hat bei den Oberverwaltungsgerichten und den Verwaltungsgerichtshöfen 2020 18 Monate betragen. Ob prozessuale Stellschrauben

Prüfung komplexer Sachverhalte beschleunigen wird, ist zu bezweifeln. Das Thema der personellen Ausstattung der Gerichte spielt in diesem Zusammenhang vermutlich viel eher eine Rolle.

2. Nicht zu übersehen ist dabei allerdings, dass durch § 80c VwGO möglicherweise bewirkten zeitlichen Vorteilen potenzielle Verfahrensverzögerungen gegenüberstehen.

So lässt die Umsetzung des § 80c VwGO eine Reihe von Rechtsfragen offen, die wiederum einer gerichtlichen Auslegung und Erörterung bedürfen. Dies kostet erneut Zeit und führt zu einer Verzögerung des gerichtlichen Verfahrens. Zudem erhöht sich der Prüfungsaufwand, weil das Gericht fortan nicht mehr nur die Teilbarkeit der Zulassungsentscheidung prüfen muss, sondern gerade auch zu bewerten hat, ob es zu irreversiblen Nachteilen kommen kann, auf welche die Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung beschränkt werden soll.⁵⁶ Und wenn man berücksichtigt, dass in komplexen Verfahren regelmäßig mehrere Mängel gerügt werden, bleiben selbst dann, wenn ein Gericht tatsächlich eine Frist zur Behebung dieses einen, einzigen Mangels setzt, immer noch mehrere Fehler in der Welt, die dann erst später geprüft und bewertet werden können.

VII.

An der vom Gesetzgeber erhofften Beschleunigungswirkung des § 80c VwGO bestehen also erhebliche Zweifel. Dieser Befund ist nicht neu. Er hat das Gesetzgebungsverfahren, vor allen die Sachverständigenanhörung im Rechtsausschuss deutlich bestimmt. Vertreter der Richterschaft⁵⁷ wie der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte⁵⁸ haben hierauf eindringlich hingewiesen, im Gesetzgebungsverfahren ist von Anwalts- wie Gerichtsseite große Skepsis, ja Unverständnis für die Analyse und die Konzeption des Gesetzgebers geäußert worden.

Geändert hat dies nichts. Rechtstechnische wie gerichtstechnische Hinweise haben keinen Widerhall gefunden. Dabei bildet doch gerade die sachverständige Beratung das notwendige Element funktionierender Gesetzgebung,⁵⁹ es braucht Sachverstand, um den Inhalt von Gesetzentwürfen kundig zu erstellen – und zu bewerten.⁶⁰ Diese Beratung und sachkundige Bewertung hat es gegeben. Genutzt hat es nichts.

Und das führt zu einem Thema, das mir aus rechtspolitischer Sicht sehr am Herzen liegt. Wie kommt es eigentlich, dass der Gesetzgeber eine Bedarfsanalyse vornimmt, ein Regelungsmodell „verkauft“, dass nach nahezu einhelliger Beurteilung der Praxis am Bedarf und der Realität völlig vorbeigeht? Für welche Klientel wird eine Beschleunigungstechnik entwickelt und zur Grundlage von Recht gemacht, die dann unter dem Etikett der Beschleunigung in verbindliche Regelungen gegossen wird, ohne dass die eigentlichen Ursachen für langwierige Genehmigungsverfahren und Planungsprozesse nicht nur angesprochen, sondern

Angriff genommen werden? Diese Ursachen – materiellrechtliche Prüfungstiefe und Personalausstattung der Gerichte – sind vielfach beschrieben worden, eine praktische Rolle in der Beschleunigungsdiskussion haben sie bisher nicht gespielt. Stattdessen wird beim Publikum der Eindruck erweckt, als sei es das gerichtliche Verfahren, dem eine für die gesellschaftspolitische Problemlösung maßgebliche Rolle zukommt. Als „Berliner Überschriftenwirklichkeit“ ist schon einiger Zeit das Gesetzgebungsverfahren zum Heizungsgesetz apostrophiert worden⁶¹, für den jüngsten Beitrag zur Beschleunigungsgesetzgebung kann nichts anderes gelten. Für die Demokratie ein nicht ungefährlicher Befund, denn natürlich wird die Frage gestellt, wie ernst bei einem solchen realitätsverweigernden Normprozess Gesetze eigentlich noch zu nehmen sind?⁶²

¹ BGBl. 2023 I Nr. 7 vom 20.03.2023.

² OVG Münster, Beschl. v. 9.6.2023 – 8 B 230/23.AK, juris Rn. 18; VGH Kassel, Beschl. v. 30.6.2023 – 9 B 2279/21.T, juris Rn. 73; VGH Mannheim, Beschl. v. 22.12.2023 – 3 S 1728/21, juris Rn. 16.

³ *Groß*, ZUR 2021, 75, 75; *Roth*, ZRP 2022, 82, 82

⁴ Vgl. *Franzius*, ZUR 2024, 193, 193.

⁵ *Groß*, ZUR 2021, 75, 76.

⁶ Vgl. auch *Groß*, ZUR 2021, 75, 76; *Schwerdtfeger*, ZUR 2023, 451, 454.

⁷ *Groß*, ZUR 2021, 75, 77; *Otter/Eh*, EnWZ 2023, 51, 51 f.

⁸ Koalitionsvertrag 2021-2025 zwischen der SPD, B'90 / Die Grünen und FDP, S. 12, 44.

⁹ Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 20/5156, S. 2, 11.

¹⁰ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 20/5156, S. 1, 11.

¹¹ *Grenzer*, jurisPR-UmwR 7/2023 Anm. 1.

¹² Vgl. BT-Drs. 640/22, 11; BeckOK VwGO/*Köhler*, 68. Ed. 1.1.2024, VwGO § 80c Rn. 10.

¹³ *Bier/Bick*, NVwZ 2023, 457, 459.

¹⁴ OVG Lüneburg, Beschl. v. 30.05.2023 – 12 MS 28/23, juris Rn. 23 unter Verweis auf BVerwG, Urt. v. 30.11.2020 - 9 A 5/20, juris Rn. 31.

¹⁵ BVerwG, Urt. v. 30.11.2020 - 9 A 5/20, juris Rn. 31.

¹⁶ Vgl. *Christiansen*, jurisPR-UmwR 8/2021, Anm. 2; OVG Lüneburg, Beschl. v. 30.05.2023 – 12 MS 28/23, juris Rn. 23.

¹⁷ *Grenzer*, in: jurisPR-UmwR 7/2023 Anm. 1, V.

¹⁸ *Schwerdtfeger*, ZUR 2023, 451.

¹⁹ *Lingemann*, NVwZ 2023, 1634, 1637; *Schwerdtfeger*, ZUR 2023, 451, 453; *Attendorn*, ZUR 2023, 451, 453; so ausdrücklich auch OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 01.02.2024 — 3a S 9/23, juris; OVG Koblenz, Beschl. v. 04.01.2024 — 1 B 10987/23.OVG, juris; OVG Münster, Beschl. v. 25.07.2023 — 8 B 734/23.AK, juris; OVG Bautzen, Beschl. v. 22.06.2023 — 1 B 290/22, juris; OVG Bautzen, Beschl. v. 21.06.2023, — 1 B 309/22, juris; OVG Münster, Beschl. v. 09.06.2023 — 8 B 230/23.AK, juris.

²⁰ BVerwGE 163, 380 Rn. 56.

²¹ BVerwG, Beschl. v. 27.07.2020 – 4 VR 7/19, 4 VR 3/20, juris Rn. 28.

²² VGH Mannheim, Beschl. v. 22.12.2023 — 3 S 1827/21, juris Rn. 34.

²³ BVerwG, Beschl. v. 26.04.2023 — 4 VR 6/22, juris LS 6 und Rn. 42.

²⁴ Vgl. BVerfG, NVwZ 2016, 524 Rn. 23; BVerwGE 161, 263 Rn. 105; BVerwG, Beschl. v. 26.04.2023 – 4 VR 6/22, juris Rn. 39.

²⁵ BVerwG, Beschl. v. 26.04.2023 — 4 VR 6/22, juris LS 6 und Rn. 42.

²⁶ *Schwerdtfeger*, ZUR 2023, 451, 459

²⁷ *Schwerdtfeger*, ZUR 2023, 451, 459.

²⁸ *Siegel*, NVwZ 2023, 462, 463; *Bier/Bick*, NVwZ 2023, 457, 459.

²⁹ *Siegel*, NVwZ 2023, 462, 463.

-
- ³⁰ *Grenzer*, in: jurisPR-UmwR 7/2023 Anm. 1, III.
- ³¹ HessVGH, Beschl. v. 30. Juni 2023 - 9 B 2279/21.T, juris Rn. 75 unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien, BT-Drs. 20/5165, S. 16; OVG Bautzen, Beschl. v. 28.08.2023 – 1 B 47/23, juris Rn. 33.
- ³² HessVGH, Beschl. v. 30. Juni 2023 - 9 B 2279/21.T, juris Rn. 75 unter Hinweis auf *Siegel*, NVwZ 2023, 462, 463.
- ³³ So OVG Lüneburg, Beschl. v. 30.05.2023, — 12 MS 28/23, juris Rn. 24.
- ³⁴ VGH Mannheim, Beschl. v. 22.12.2023 — 3 S 1827/21, juris Rn. 34.
- ³⁵ OVG Lüneburg, Beschl. v. 30.05.2023, — 12 MS 28/23, juris Rn. 24; VGH Mannheim, Beschl. v. 22.12.2023 — 3 S 1827/21, juris Rn. 34.
- ³⁶ VGH Kassel, Beschl. v. 30.06.2023, — 9 B 2279/21.T, juris 6. LS und Rn. 74-76
- ³⁷ *Otter/Eh*, EnWZ 2023, 51, 53.
- ³⁸ *Grenzer*, in: jurisPR-UmwR 7/2023 Anm. 1, IV.
- ³⁹ *Grenzer*, jurisPR-UmwR 7/2023 Anm. 1.
- ⁴⁰ *Schwerdtfeger*, ZUR 2023, 451, 460.
- ⁴¹ OVG Magdeburg, Beschl. v. 21.11.2023 — 2 M 40/23, juris Rn. 56.
- ⁴² OVG Münster, Beschl. v. 09.06.2023 — 8 B 230/23.AK, juris Rn. 59.
- ⁴³ *Pagenkopf*, NJW 2023, 1095, 1098.
- ⁴⁴ *Pagenkopf*, NJW 2023, 1095, 1098.
- ⁴⁵ *Bier/Bick*, NVwZ 2023, 457, 459.
- ⁴⁶ *Otter/Eh*, EnWZ 2023, 51, 54.
- ⁴⁷ OVG Bautzen, Beschl. v. 28.08.2023 - 1 B 47/23, juris Rn. 64.
- ⁴⁸ *Pagenkopf*, NJW 2023, 1095, 1098.
- ⁴⁹ *Pagenkopf*, NJW 2023, 1095, 1098.
- ⁵⁰ Vgl. BVerwGE 141, 282 Rn. 34; BVerwGE 128, 76 Rn. 12.
- ⁵¹ BVerwG, Beschl. v. 10.10.2017 – 9 A 16/16, juris Rn. 8.
- ⁵² BVerwG, Beschl. v. 28.06.2021 – 4 BN 67.20, juris Rn. 4.
- ⁵³ *Rennert*, NuR 2018, 505, 507.
- ⁵⁴ BT-DRs 20/5156, B. 2, 11.
- ⁵⁵ Vgl. *Bick*, Stellungnahme v. 29.12.2022, BR-Drs. 640/22; *Heß*, Stellungnahme, BT-Drs. 20/5165, BR-Drs. 640/22; *Kluth*, Stellungnahme v. 20.01.2023, BT-Drs. 20/6165; *Scheffczyk*, Stellungnahme v. 06.01.2023, BR-Drs. 640/22; *Schöndorf-Haubold*, Stellungnahme, BR-Drs. 640/22, BT-Drs. 20/165; *Schulte*, Stellungnahme v. 20.01.2023, BT-Drs. 20/5165; *Seegmüller*, Stellungnahme v. 20.01.2023, BT-Drs. 20/5165; *Wysk*, Stellungnahme, BR-Drs. 640/22, BT-Drs. 20/5165; *Zenke*, Stellungnahme v. 23.01.2023, BT-Drs. 20/5156.
- ⁵⁶ *Otter/Eh*, EnWZ 2023, 51, 54.
- ⁵⁷ s. nur die Stellungnahmen *Bick* und *Seegmüller*, Deutscher Bundestag, Rechtsausschuss Protokoll Nr. 20/39, 35 ff., 149 ff.
- ⁵⁸ *Heß*, aaO.; 44
- ⁵⁹ *Wissmann*, Frankfurter Allgemeinen Zeitung vom 3.7.2023, Nr. 151, Seite 12: „Gesetzgebung als Schnellschuss“
- ⁶⁰ *Wissmann*, ebd.
- ⁶¹ *Wissmann*, ebd.
- ⁶² *Wissmann*, ebd.