

Präs'inBVerwG Marion Eckertz-Höfer
Grußwort
20. Verwaltungsgerichtliche Jahrestagung
des Deutschen Anwaltsinstituts e.V. (DAI)
24. Januar 2014

Sehr geehrter Herr Professor Quaas, sehr geehrter Herr Präsident der Bundesrechtsanwaltskammer Filges, liebe Kolleginnen und Kollegen aus Anwaltschaft und Richterschaft!

Herzlich Willkommen im Bundesverwaltungsgericht. 20 verwaltungsgerichtliche Jahrestagungen des Deutschen Anwaltsinstituts: Das ist eine stolze Zahl. Ja, da kann man schon von einem traditionsbildenden Zeitraum sprechen. Das ist ein Zeitraum, in dem die Juristen geneigt sind, sich die Frage des Gewohnheitsrechtes vorzulegen. Dazu müssen Sie noch die Überzeugung haben, dass dies alles so rechtens ist. Das möchte ich wohl annehmen. Also meinen Glückwunsch!

Stichwort Tradition. Dazu passt der Ort Ihres alljährlichen Treffens ganz vorzüglich: Es ist kaum übertrieben, dieses Gebäude als das traditionsreichste Justizgebäude Deutschlands zu bezeichnen. Sein erster Nutzer, das Reichsgericht, residierte hier von 1895 bis 1945. Dagegen verblasen die 20 Jahre DAI-Jahrestagung gewiss ein wenig. Aber zum Glück war die Tradition des DAI deutlich weniger problematisch. Kurioserweise bin ich wohl selbst ein wenig Teil dieser Tradition geworden. Denn dieses ist mein siebtes Grußwort aus Anlass ihrer Jahrestagungen. Mehr als ein Drittel ihrer Geschichte durfte ich Sie also "begrüßend" begleiten. Nun, meinen Teil der Tradition werde ich heute beenden. In einer Woche scheidet mich aus dem Amt. Dies ist also mein letztes Grußwort als Hausherrin für Sie. Ich verkneife mir hier die Überlegung, die ich bei "letzten Worten" dieser Art schon häufiger gehört habe. Es wird da gerne öffentlich überlegt, ob es sich bei der Pensionsgrenze nicht um eine europarechtswidrige Altersdiskriminierung handelt. Ich fürchte, dass ich diesen Prozess nicht gewinnen würde. Und wenn schon. Als Norddeutsche sehe ich das ganz pragmatisch: „Watt mutt, dat mutt!“, sagt man dort.

Ihr Thema in diesem Jahr ist die Energiewende. Hochspannend – nicht nur, weil es um Höchstspannungsleitungen geht. Lassen Sie mich dazu einige wenige Dinge aus der Gerichtsperspektive sagen. Seit dem Jahr 2009 wurden dem Bundesverwaltungsgericht umfangreiche erstinstanzliche Zuständigkeiten für Klagen gegen den Ausbau von Stromtrassen übertragen. – zunächst durch das Energieleitungsausbaugesetz (EnLAG), Mitte

vorletzten Jahres dann gefolgt von dem Bundesbedarfsplangesetz (BBPlG), einem „Anhängsel“ des Netzausbaubeschleunigungsgesetzes (NABEG) von 2011. Ziel dieser legislatorischen Maßnahmen ist die geordnete, großräumige Verteilung insbesondere der erneuerbaren Stromproduktion über Höchstspannungsgleichstromleitungen.

Bisher haben noch nicht sehr viele Verfahren zu den genannten Gesetzen das Bundesverwaltungsgericht erreicht. Alles in allem wohl 15. Das Bundesverwaltungsgericht wird dazu ausschließlich erstinstanzlich befasst. Von diesen Verfahren sind bis auf zwei auch inzwischen alle erledigt. Vier wurden streitig entschieden. Die anderen endeten durch Vergleich oder erledigten sich anderweitig. Einer unstreitigen Erledigung ging meist eine ausführlich begründete Entscheidung im einstweiligen Rechtsschutz voraus. Jedenfalls mussten alle sechs Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes streitig entschieden werden.

Gegenstand der Verfahren waren Vorhaben nach dem EnLAG. Es handelte sich - bis auf eine Ausnahme – um Teilabschnitte von 380 kV-Höchstspannungsleitungen quer durch Deutschland. Zwei Verfahren sind derzeit noch im nunmehr zuständigen 4. Revisionsssenat anhängig. Der Sache nach kann man also von zehn streitigen Entscheidungen seit 2010 sprechen. Das sieht alles in allem recht übersichtlich aus. Doch der Schein trügt hier durchaus. Jedenfalls dann, wenn man die qualitativen Aspekte in den Vordergrund stellt und die Zahlen mit dem erforderlichen Aufwand korreliert. Die meisten Fälle dieser Art sind hochkomplex und deshalb in der richterlichen Vorbereitung, gerade auch soweit der einstweilige Rechtsschutz betroffen ist, besonders aufwändig. Man wird sehen, wie sich die Dinge weiter entwickeln. Denn wir stehen mit der planerischen Umsetzung der genannten Gesetze erst noch am Beginn. Für Sie vielleicht nicht uninteressant: Nur in einem der entschiedenen Fälle war bislang die Klage erfolgreich. Was schon angesichts der wenigen Fälle natürlich keine Trendaussage erlaubt.

Vor gut einem Monat hat der 4. Senat – mit Urteil vom 17. Dezember 2013 (BVerwG 4 A 1.13) – einer Klage der Stadt Krefeld gegen einen solchen Planfeststellungsbeschluss im Wesentlichen stattgegeben. Es ging um eine 7,4 km lange Höchstspannungsfreileitung. Diese sollte überwiegend auf dem Gebiet der Stadt Krefeld liegen. Gewiss nicht zur Freude der Stadt. Der 4. Senat entschied, dass die Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) versäumt worden war. Die Beklagte hatte auf der Grundlage eines von der Vorhabenträgerin vorgelegten Gutachtens die relevanten erheblichen nachteiligen Umweltauswirkungen im Hinblick auf

die Belastung der Wohnbevölkerung mit elektromagnetischen Feldern verneint. Der Beklagten genügte es, dass die maßgeblichen Grenzwerte unter- und nicht überschritten würden. Dies ließ der Senat so nicht gelten. In der Pressemitteilung zu dieser Entscheidung – der Wortlaut der Entscheidung liegt noch nicht vor – heißt es:

„Die Belastung mit elektromagnetischen Feldern auch unterhalb der Grenzwerte ist in der Abwägung zu berücksichtigen. Dies zwingt jedenfalls dann zur Annahme einer erheblichen nachteiligen Umweltauswirkung, wenn die Immissionen sich den Grenzwerten deutlich annähern. Nach dem Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz konnte die Stadt Krefeld damit verlangen, dass der Planfeststellungsbeschluss für rechtswidrig und nicht vollziehbar erklärt wird. Ob sich das Unterlassen der Umweltverträglichkeitsprüfung auf den Planfeststellungsbeschluss oder die Rechte der Stadt Krefeld ausgewirkt hat, spielt keine Rolle.“

Das ist spezifisch unionsrechtlich gedacht. Der Fehler im Verfahren führte die Stadt Krefeld zum Erfolg. Zumindest kassatorisch – vorläufig – bis zur Nachholung der UVP. Eine Entscheidung, die sehr schön zeigt, dass es auch in den Fällen des Energieleitungsausbaus sehr häufig vor allem um die Probleme des klassischen Fachplanungsrechts geht. Nun, das war sicher nicht die letzte interessante Entscheidung des Hauses auf diesem Gebiet!

Leider konnte bislang das die Fachwelt besonders interessierende Problem noch nicht entschieden werden, ob die Genehmigungsbehörde eine Erdverkabelung nur verlangen kann, wenn die in § 2 Abs. 2 Nr. 1 und 2 EnLAG¹ vorausgesetzte Siedlungsnähe über mindestens 3 km vorliegt, also über die ganze Mindest-Länge eines „technisch und wirtschaftlich effizienten Teilabschnitts“. Die hierzu vom Netzbetreiber TenneT eingereichte Klage (7 A 10.11) hat sich durch Vergleich erledigt. Das kann man gerichtspolitisch ein wenig bedauern, da schnelle Gerichtsentscheidungen zu besonders kritischen Fragen des Netzausbaus für mehr Planungssicherheit sorgen könnten. Aber Richter können keinen Vergleich ablehnen; im Gegenteil, sie sind gehalten, deren Abschluss zu fördern.

¹ § 2 EnLAG ...

(2) Im Falle des Neubaus ist auf Verlangen der für die Zulassung des Vorhabens zuständigen Behörde bei den Vorhaben nach Absatz 1 eine Höchstspannungsleitung auf einem technisch und wirtschaftlich effizienten Teilabschnitt als Erdkabel zu errichten und zu betreiben oder zu ändern, wenn die Leitung

1. in einem Abstand von weniger als 400 Meter zu Wohngebäuden errichtet werden soll, die im Geltungsbereich eines Bebauungsplans oder im unbeplanten Innenbereich im Sinne des § 34 des Baugesetzbuchs liegen, falls diese Gebiete vorwiegend dem Wohnen dienen, oder
2. in einem Abstand von weniger als 200 Meter zu Wohngebäuden errichtet werden soll, die im Außenbereich im Sinne des § 35 des Baugesetzbuchs liegen.

Auf der Grundlage des EnLAG und auf der Grundlage des Bundesbedarfsplangesetzes in Verbindung mit dem Netzausbaubeschleunigungsgesetz ist das Bundesverwaltungsgericht für insgesamt etwa 60 Ausbauprojekte von Höchstspannungsleitungen zuständig. Über die Zahl der zu erwartenden Klagen sagt dies natürlich noch wenig. Aber wenn man den Presseberichten trauen darf, gibt es wohl keine Trasse, ob über oder unter der Erde, um die nicht erbittert gestritten wird. Noch verhältnismäßig unklar ist es, wie sehr sich die Grundstückseigentümer, die Kommunen, aber auch ggf. die Naturschutzverbände mit Klagen an das Bundesverwaltungsgericht wenden werden. Derzeit kommen die Kläger aus allen Bereichen und auch ein Netzbetreiber klagte bereits. Energiewende, ja bitte – aber doch nicht vor meiner Haustür? So ist völlig offen, ob wir mit hundert oder mit tausend Klagen rechnen müssen. Das hängt sicher auch davon ab, ob es der neuen Bundesregierung und den Ländern gelingen wird, den Energieleitungsbauplan so in ein Grundkonzept der Energiewende einzupassen, dass die Bevölkerung deren langfristige Vorteile besser begreift, als dies wohl bislang der Fall zu sein scheint. Da dürfte umweltpolitisches Marketing gefragt sein. Man kann gespannt sein, welches der Bundesministerien hier aktiv sein wird.

Die gesetzliche Übertragung erstinstanzlicher Zuständigkeiten auf das Bundesverwaltungsgericht gemäß dem EnLAG und dem Bundesbedarfsplangesetz setzt einen Trend fort. Dieser Trend begann mit dem Verkehrswegeplanungsbeschleunigungsgesetz. Er setzte sich mit dem Infrastrukturvorhabenplanungsbeschleunigungsgesetz fort: Angesichts des nach der deutschen Einheit zu bewältigenden Investitionsstaus war dies 1991 zunächst sicherlich noch ein verständlicher Weg. Schon das Infrastrukturvorhabenplanungsbeschleunigungsgesetz war aber ein kleiner Sündenfall – unter den damals 86 enumerativ aufgezählten Vorhaben, für die ausschließlich beim Bundesverwaltungsgericht Rechtsschutz zu erlangen war, befanden sich einige, bei denen diese bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsschutz-Sonderlösung nicht wirklich überzeugen konnte. Klugerweise verzichtete der Bundesgesetzgeber mit dem Infrastrukturvorhabenplanungsbeschleunigungsgesetz zumindest beim Flughafenbau auf weitere erstinstanzliche Zuständigkeiten des Bundesverwaltungsgerichts. So können zumindest die Flughafenplanungen wieder von der Ortsnähe der Obergerichtspräsidenten und Verwaltungsgerichtshöfe sowie ihrer überlegenen Kenntnis der involvierten Landesgesetzgebung profitieren. Es fragt sich, warum diese einem föderalen Staat angemessene Lösung nicht Modell war auch für den Rechtsschutz bei sonstigen Infrastrukturprojekten und eben auch für den Ausbau des Energieleitungsnetzes? Ich höre dann immer, ja man müsse mit einer alleinigen erstinstanzlichen Zustän-

digkeit des Bundesverwaltungsgerichtes auf den damit verbundenen Beschleunigungseffekt setzen. Da kann ich nur mühsam den Hinweis auf den Flughafen Schönefeld unterdrücken. Typischerweise sind doch die meist sehr überschaubaren Gerichtslaufzeiten das geringste Problem bei der Fertigstellung eines Großprojekts!

Nun, die bislang im Energieleitungsbau zuständigen Senate – bis Frühjahr 2013 war dies der 7. Revisions Senat, dann wegen dessen Überlastung mit anderen Verfahren der 4. Revisions Senat – haben für die bislang behandelten Vorhaben nach dem Bedarfsplan des Energieleitungsausbaugesetzes jeweils die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des auf sie beschränkten Rechtsschutzes angenommen. Die Begründung hat der 4. Senat in seinem Beschluss vom 26. September 2013 (BVerwG 4 VR 1.13) noch einmal rechtsgrundsätzlich zusammengefasst (Rn. 11):

„Aus Art. 92, 95 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG folgt, dass das Bundesverwaltungsgericht als oberster Gerichtshof des Bundes grundsätzlich als Rechtsmittelgericht errichtet werden muss. Der Gesetzgeber kann ihm aus sachlich einleuchtenden Gründen ausnahmsweise auch erstinstanzliche Zuständigkeiten übertragen (...). Allerdings rechtfertigt nicht jeder beliebige Grund eine solche Zuständigkeitsbestimmung. Zugewiesen werden dürfen nur Streitigkeiten, bei denen ein gesamtstaatliches oder bundesstaatliches Interesse an einer raschen (rechtskräftigen) Entscheidung besteht. Ferner muss eine solche Zuständigkeitsbestimmung die Ausnahme bleiben. Die Zuweisungen dürfen quantitativ und qualitativ nach ihrem Anteil an der gesamten Geschäftslast des Gerichts keine solche Größenordnung erreichen, dass nicht mehr von einer ausnahmsweisen Zuständigkeit gesprochen werden kann. Ferner müssen auch den Gerichten der Länder in wesentlichen Rechtsmaterien, insbesondere mit raumbedeutsamem Inhalt, substantielle Zuständigkeiten verbleiben. Dem Gesetzgeber steht bei dieser Entscheidung ein weiter Einschätzungsspielraum zu. Weist er Rechtsstreitigkeiten über bestimmte, im Einzelnen aufgelistete Infrastrukturvorhaben einem obersten Gerichtshof zu, muss jedes Einzelprojekt den genannten Anforderungen genügen (...).“

Man spürt in dieser Textpassage die Distanz gegenüber dem Gesetzgeber. Die Worte „es reicht“ wollen den Richtern noch nicht von den Lippen. Letztlich verlangt damit jeder Einzelfall die Prüfung, ob auch für ihn die Konzentrierung des Rechtsschutzes allein auf das Bundesverwaltungsgericht noch vertretbar ist. Auch wenn wir unterstellen, dass sich dies für alle diese Projekte begründen lässt – aus verfassungspolitischer Sicht vermag ich hier keine gute Entwicklung zu sehen. Ich habe natürlich überhaupt keinen Zweifel, dass das Bundesverwaltungsgericht Fälle dieser Art – wie komplex sie auch immer sein mögen – in tatsächlicher und

rechtlicher Hinsicht jeweils gut bewältigen kann und wird. Aber in einem föderativen Staat handelt es sich bei einer solch breiten Zuweisung erstinstanzlicher Zuständigkeiten an ein Bundesgericht doch um einen so durch das Grundgesetz kaum gewollten, jedenfalls nicht vorhergesehenen Fremdkörper. Letztlich entscheiden damit die Gerichte der Länder nicht mehr in der gesamten Breite der die Länder doch ganz existenziell betreffenden Infrastrukturmaßnahmen. Das bedeutet der Sache nach einen inhaltlichen Kompetenzverlust der Länder. Dass sich diese damit klaglos einverstanden gezeigt haben – erstaunlicherweise, möchte ich hinzufügen –, ändert an dieser Sünde wider den Föderalismus nichts! Ein Revisionsgericht muss sich zudem in solchen Fällen immer irgendwie behelfen, weil ihm die gesamte Breite und Fülle des rechtlichen und tatsächlichen Anschauungsmaterials nicht zur Verfügung stehen kann. So müssen wir als Revisionsgericht nicht selten auch landesrechtliche Fragen entscheiden, insbesondere des Naturschutzes, der Landschaftspflege, der Raumordnung und des Wasserhaushaltsrechtes, obwohl die Gerichte der Länder hier über eine größere Erfahrungs- und Anschauungsbreite verfügen. Misslich ist, dass das Bundesverwaltungsgericht dann solche Fragen mit zumindest faktischer Bindungswirkung für Landesbehörden und Landesgerichte auszulegen und anzuwenden hat.

Es gibt noch einen wichtigen Punkt, auf den mein früherer Kollege Stefan Paetow auf der Grundlage reicher eigener Erfahrungen – er war viele Jahre hier Vorsitzender des 4. Revisionssenates – hingewiesen hat.² Dieser Punkt betrifft die Systemleistung der Dritten Gewalt insgesamt. Ein Aspekt, der zu Unrecht in diesem Zusammenhang kaum je bedacht wird. Dem Gesetzgeber – der auf schnelle Erfolge drängt – scheint er eher fremd zu sein. Unsere deutsche Höchstgerichtsbarkeit stellt – wie Christoph Schönberger jüngst in einem Referat für die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer ausgeführt hat³ – eine besondere Ausprägung einer hierarchisch-bürokratisch strukturierten Gerichtsbarkeit dar. Diese hat ihren sehr guten Sinn. Ohne hier auf weitere Einzelheiten einzugehen, steht doch folgendes fest. Die Instanzgerichte folgen in der Mehrzahl der Fälle der höchstrichterlichen Judikatur, obwohl sie rechtlich dazu nicht verpflichtet sind. Folgen sie ihr nicht, gibt es dafür nicht selten gute Gründe, die auch ein Höchstgericht veranlassen können, dann seine bisherige Rechtsprechung zu überdenken und gegebenenfalls zu ändern. Das Revisionszulassungsrecht legt dies zugrunde. Diese „Rückkopplung mit den Landesgerichten“ – wie Stefan Paetow es formuliert – als Zustimmung oder Kritik durch die Gerichte der Länder, ist ein ganz entscheidender Fak-

² S. NVwZ 2007, 36, 38.

³ VVDStRL Bd. 71 (2011), 298, 308 ff.

tor für die Stabilität unseres Rechtssystems. Es handelt sich um ein internes Kontrollsystem. Es geht nicht nur um die Gewähr für die Richtigkeit und Überzeugungskraft höchstrichterlicher Rechtsprechungslinien. Der im Instanzenzug formalisierte Diskussionszwang der Gerichte macht erst ihre Unabhängigkeit systemverträglich. Diese Funktion der Rückkopplung leistet eine kritische Fachliteratur nicht in gleicher Weise. Ihr mag der Anwalt zwar entnehmen, welche Chancen für seine Mandantschaft im Rechtszug bestehen können. Aber die Rückkopplung innerhalb des Gerichtssystems ersetzt dies nicht. Dies schon deshalb, weil eine von den Einzelheiten des konkreten Falles notwendig abstrahierende Betrachtung die richterliche Würdigung schwerlich zu ersetzen vermag.

Doch der Gesetzgeber sieht die erstinstanzliche Befassung des Bundesverwaltungsgerichts vor allem als Erfolgsmodell. Die Verfahrenslaufzeiten des Bundesverwaltungsgerichts mögen dies bestätigen. Obwohl der Beweis keineswegs erbracht ist, dass die Gewährleistung einer ersten Instanz auf Länderebene generell zu einer deutlichen Verlängerung des Gerichtsverfahrens führen würde! Ich bleibe jedenfalls dabei: Die institutionellen und föderativen Bedenken wiegen schwer – selbst wenn sie rechtlich nicht unmittelbar durchschlagen.

Meine Damen und Herren, es bleibt also spannend, auch die Rolle des Bundesverwaltungsgerichts bei der Schaffung der prozessualen Rahmenbedingungen für die allseits propagierte Energiewende!

Ich wünsche Ihrer Tagung den ihren Themen nach zu erwartenden fesselnden Verlauf! Und ich wünsche Ihnen Erkenntnisse und gute Gespräche am Rande – unser Haus und die Stadt Leipzig bieten dafür mit Sicherheit den richtigen Hintergrund.