

# Vom Revisions- zum Tatsachengericht: Der Wandel des BVerwG am Beispiel von Infrastrukturvorhaben

Maximilian Roth\*

**Das BVerwG ist als oberstes Bundesgericht originär Revisionsgericht; nur in Ausnahmefällen ist es Erst- und Letztinstanz zugleich. Diese Ausnahme hat sich bei großen Infrastrukturvorhaben in den letzten dreißig Jahren allerdings fast zum Regelfall entwickelt. Ausgehend von den verfassungs- und einfachrechtlichen Aufgaben und Zuständigkeiten des BVerwG (I.) lässt sich nach einer Darstellung dieses Wandels (II.) und damit einhergehender tatsächlicher wie rechtlicher Probleme die Frage der Vereinbarkeit mit dem geltenden Recht (III.) aufwerfen. Der Beitrag schließt mit einem Fazit (IV.).**

## I. Aufgaben und Zuständigkeiten des BVerwG

Die Aufgaben und Zuständigkeiten des BVerwG ergeben sich aus Verfassungs- (1.) und aus einfachem Recht (2.).

### 1. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Art. 92, 95 I GG bestimmen die Grundzüge der bundeseigenen<sup>1</sup> Gerichtsbarkeit und legen das BVerwG als ein zu errichtendes oberstes Bundesgericht fest. Ihm kommen i.S.e Leitfunktion mehrere Aufgaben zu: Neben der Gewährung von Individualrechtsschutz durch Einzelfallentscheidungen und der letztverbindlichen, der Rechtskraft fähigen Entscheidung über (abstrakte) Rechtsfragen, d. h. Auslegung, Fortbildung und Anwendung des einfachen Rechts, ist die Vereinheitlichung der Rechtsprechung zu nennen.<sup>2</sup> Bereits begrifflich („oberstes“) steht das BVerwG an der Spitze eines Instanzenzugs als höchstes Rechtsmittelgericht.<sup>3</sup> Daraus folgt nach h.M.<sup>4</sup> aber keine zwingende Garantie von Rechtsmittelzügen; in begrenzter Anzahl kann dem BVerwG durch Bundesgesetz auch eine erst- und letztinstanzliche Zuständigkeit zugewiesen werden, wenn als Sachgrund (mit Blick auf Art. 3 I GG) ein Umfang, eine Bedeutung oder Auswirkung vorliegt, die über das Gebiet eines Landes hinausgeht bzw. von allgemeiner grundsätzlicher Bedeutung ist und aus zwingenden Gründen des öffentlichen Interesses einer alsbaldigen und endgültigen Entscheidung bedarf.<sup>5</sup> Auch der Verfassungsgeber 1949 und der verfassungsändernde

---

\* Der Autor ist Wiss. Mit. an der Professur für Öffentliches Recht und Rechtstheorie bei Herrn Professor Dr. Franz Reimer an der Justus-Liebig-Universität in Gießen.

<sup>1</sup> Aus Art. 92, 95 f. GG folgt ein *numerus clausus* der Bundesgerichte; *Jachmann-Michel*, in: Maunz/Dürig, GG, 86. EL Januar 2019, Art. 95 Rn. 4.

<sup>2</sup> *Jachmann-Michel*, in: Maunz/Dürig, GG, 86. EL Januar 2019, Art. 95 Rn. 12 ff.

<sup>3</sup> *Wolff*, in: Hömig/Wolff, GG, 13. Aufl. 2022, Art. 95 Rn. 4.

<sup>4</sup> BVerfGE 8, 174 (177); 42, 243 (248); *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 95 Rn. 20; *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 95 Rn. 8; *Heyde*, HdbVerfR, 2. Aufl. 1994, § 33 Rn. 19; a. A. *Gilles*, JZ 1985, 253 (259 ff.)

<sup>5</sup> *Meyer*, in: von Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 95 Rn. 13.

Gesetzgeber 1968 tasteten das vorverfassungsrechtliche Gesamtbild, welches ebenfalls solche Ausnahmen kannte, nicht an.<sup>6</sup>

Durch den aus Art. 95 I GG herauszulesenden Verfassungsauftrag („zu errichten“) hat der Bundesgesetzgeber neben den rechtlichen Voraussetzungen auch für eine hinreichende sachliche und personelle Ausstattung zu sorgen.<sup>7</sup>

## 2. Einfachrechtliche Ausformung

Mit Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht (BVerwGG)<sup>8</sup> wurde das BVerwG im September 1952 mit Sitz in Berlin<sup>9</sup> geschaffen, das heute hinsichtlich Besetzung<sup>10</sup>, Zuständigkeiten und Verfahren überwiegend in §§ 10 f., 49 ff. und 132 ff. VwGO<sup>11</sup> ausgestaltet ist. Auch hier wird die überragende Bedeutung als Revisionsgericht<sup>12</sup> und zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung<sup>13</sup> deutlich, wenn insbesondere § 137 I VwGO die Rechtmäßigkeitskontrolle auf das „revisible Recht“, d. h. Bundesrecht, und § 137 II VwGO die Bindung an die Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz und damit einen Ausschluss eigener Tatsachenfeststellungen seine Stellung prägen.

§ 50 I VwGO sieht im Gegensatz dazu eine sachliche erst- und letztinstanzliche Zuständigkeit in sechs *abschließend* normierten Bereichen vor: Über öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art zwischen Bund und Ländern bzw. zwischen verschiedenen Ländern (Nr. 1)<sup>14</sup>; über Klagen gegen die vom Bundesinnenminister nach § 3 II Nr. 2 des VereinsG ausgesprochenen Vereinsverbote und nach § 8 II 1 des VereinsG erlassenen Verfügungen (Nr. 2)<sup>15</sup>; über Streitigkeiten gegen Abschiebeanordnungen nach § 58a AufenthG und ihre Vollziehung, den Erlass eines Einreise- und Aufenthaltsverbots auf dieser Grundlage (Nr. 3)<sup>16</sup>; über Klagen, denen Vorgänge im Geschäftsbereich des Bundesnachrichtendienstes zugrunde liegen (Nr. 4)<sup>17</sup>; über Streitigkeiten um Abgeordneteneinkünfte und um die

---

<sup>6</sup> Ausführlich *Stern*, StaatsR, Bd. II, 1980, § 33 S. 389.

<sup>7</sup> Statt aller *Vofßkuhle*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 95 Rn. 20.

<sup>8</sup> BGBl. I, 625.

<sup>9</sup> Erst mit Gesetz zur Verlagerung des Sitzes des BVerwG von Berlin nach Leipzig vom 21.11.1997 (BGBl. I, 2742) wurde Leipzig als neuer Hauptsitz bestimmt.

<sup>10</sup> Im Geschäftsjahr 2022 gibt es insgesamt zehn Revisionssenate, zwei Wehrdienstsenate, einen Fachsenat für Verfahren nach § 99 II VwGO gem. § 189 VwGO und einen Großen Senat gem. § 11 VwGO; vgl. Geschäftsverteilungsplan des BVerwG für das Geschäftsjahr 2022, S. 2 ff.

<sup>11</sup> Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) i.d.F. der Bekanntmachung v. 19.3.1991 (BGBl. I, 686).

<sup>12</sup> Es entscheidet über die Revisionen gegen Urteile des OVG nach § 132 VwGO und gegen Urteile des VG nach §§ 134 f. VwGO sowie über Beschwerden nach § 99 II, § 133 I VwGO sowie § 17a IV 4 GVG.

<sup>13</sup> Vgl. die Revisionsgründe der grundsätzlichen Bedeutung (§ 132 II Nr. 1 VwGO) und der Divergenz (§ 132 II Nr. 2 VwGO).

<sup>14</sup> Dazu zählt z. B. die Erteilung einer begehrten Aussagegenehmigung eines Bundesministers; BVerwG, Beschl. v. 13.8.1999 – 2 VR 1/99, NJW 2000, 160.

<sup>15</sup> Vgl. zu einem „Charter“ des Hells Angels Motorcycle Club BVerwG, Beschl. v. 10.1.2018 – 1 VR 14/17, NVwZ 2018, 1485.

<sup>16</sup> Zur Zuständigkeit bei der inzidenten Prüfung, ob bei dem Vollzug der Abschiebungsanordnung in den in Aussicht genommenen Zielstaat Abschiebungsverbote nach § 60 AufenthG entgegenstehen, vgl. BVerwG, Beschl. v. 28.5.2020 – 1 VR 3.19, 1 PKH 48.19, BeckRS 2020, 13809.

<sup>17</sup> Darunter fällt z. B. die Anfechtung der Wahl der Gleichstellungsbeauftragten beim Bundesnachrichtendienst; BVerwG, Urt. v. 27.6.2007 – 6 A 1/06, NVwZ-RR 2007, 791 (Ls.).

Erwerbstätigkeit ehemaliger Bundesminister und Staatssekretäre (Nr. 5)<sup>18</sup> sowie über sämtliche (!) Streitigkeiten, die Planfeststellungs- und Plangenehmigungsverfahren für Vorhaben betreffen, die im AEG, FStrG, WaStrG, EnLAG, BBPlG, § 43e IV EnWG, § 54 I WindSeeG und dem MBPlG bezeichnet sind (Nr. 6). Außerhalb der VwGO lassen sich noch – soweit ersichtlich – drei *spezialgesetzliche* Zuständigkeitsnormen erblicken: § 13 II PatG zum Nichteintritt der Wirkung eines Patents und im Finanzmarktrecht § 30 S. 1 Stabilisierungsfondsgesetz sowie § 5 I Rettungsübernahmegesetz.

## II. Der Wandel vom Revisions- zum Tatsachengericht

Am Beispiel von großen Infrastrukturvorhaben lässt sich der Wandel des BVerwG vom Revisions- zum Tatsachengericht eindrucksvoll aufzeigen. Weder zu Beginn der Bundesrepublik noch lange Zeit danach ergab sich aus § 9 I BVerwGG oder § 50 I VwGO eine erstinstanzliche Zuständigkeit des BVerwG für große Infrastrukturvorhaben. Die Zuständigkeit lag vielmehr zunächst bei den Verwaltungsgerichten; ehe erst zum 17.7.1985 probeweise<sup>19</sup> eine Zuständigkeit bei den Oberverwaltungsgerichten eingeführt (§ 48 I Nr. 13, 15, 16 VwGO), die 1990 in eine Dauerregelung<sup>20</sup> umgewandelt wurde (vgl. dazu § 48 I u. a. Nr. 7, 8 und 9 VwGO i.d.F. vom 17.12.1990<sup>21</sup>).

### 1. Normentwicklungen der § 9 I BVerwGG und § 50 I VwGO

§ 9 I BVerwGG in seiner Ursprungsform aus dem Jahre 1952 sah insgesamt sechs Zuständigkeitsgebiete des BVerwG als Erst- und Letztinstanz vor: Über die Anfechtung von Verwaltungsakten der obersten Bundesbehörden auf konsularischem Gebiet, in der Devisenbewirtschaftung, auf dem Gebiet der gewerblichen Wirtschaft und in der Aufsicht über das privatrechtliche Versicherungs- und Bausparwesen, in der Ernährungs-, Forst- und Holzwirtschaft, auf dem Gebiet des Arbeitsrechts sowie im Verkehrswesen und in der Wasserwirtschaft (lit. a)), über die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses, wenn der Rechtsstreit eines der im Buchstaben a bezeichneten Rechtsbiete betrifft und das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses von einer obersten Bundesbehörde bestritten wird (lit. b)), über öffentlich-rechtliche Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art zwischen Bund und Ländern sowie zwischen den Ländern (lit. c)), über den Antrag der Bundesregierung nach § 129a des StGB auf Feststellung, dass eine Vereinigung gem. Art. 9 II GG verboten ist (lit. d)), über die Anfechtung von Verwaltungsakten solcher Bundesbehörden, die außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes ihren Sitz haben (lit. e)) und in den ihm sonst durch Bundesgesetz zugewiesenen Fällen (lit. f)).

Mit Schaffung der VwGO im Januar 1960<sup>22</sup> wurde die Zuständigkeit auf vier Streitigkeitskomplexe beschränkt: Über öffentlich-rechtliche Streitigkeiten

---

<sup>18</sup> Vgl. den Fall des ehemaligen Bundesinnenministers Schilly; BVerwGE 135, 77.

<sup>19</sup> BGBl. I, 1274; Panzer, in: Schoch/Schneider, VwGO, 41. EL Juli 2021, § 48 Rn. 1.

<sup>20</sup> BT-Drs. 11/7030, S. 20.

<sup>21</sup> BGBl. I, 2809

<sup>22</sup> BGBl. I, 17.

nichtverfassungsrechtlicher Art zwischen Bund und Ländern und zwischen verschiedenen Ländern (§ 50 I Nr. 1 VwGO), über den Antrag der Bundesregierung nach § 129a des StGB auf Feststellung, dass eine Vereinigung gem. Art. 9 II GG verboten ist (Nr. 2), über Klagen gegen den Bund auf Gebieten, in die die Zuständigkeit der diplomatischen und konsularischen Auslandsvertretungen der BRD fallen (Nr. 3) und über Klagen gegen den Bund, denen dienstrechtliche Vorgänge im Geschäftsbereich des BND zugrunde liegen (Nr. 4).

Heute ist § 50 I VwGO nur noch teilweise mit dem Ursprungstext identisch und erheblich ausgeweitet worden: § 50 I Nr. 3 VwGO wurde mangels praktischer Bedeutung mit dem 4. VwGOÄndG gestrichen; im Jahre 2001 wurde die zuvor eng gefasste Nr. 4 in seine heutige Gestalt ausgeweitet<sup>23</sup>. Um eine neue Nr. 3 (über Streitigkeiten gegen Abschiebungsanordnungen nach § 58a des Aufenthaltsgesetz und ihre Vollziehung) wurde § 50 I durch das Zuwanderungsgesetz<sup>24</sup> 2004 ergänzt und 2019 erweitert<sup>25</sup>. Eine Änderung des Abgeordnetengesetzes<sup>26</sup> fügte Nr. 5 (Streitigkeiten um Abgeordneteneinkünfte) 2005 an, die 2015 (um Erwerbstätigkeiten ehemaliger Bundesminister und Staatssekretäre) ausgeweitet<sup>27</sup> wurde. Die heutige Nr. 6 (zu großen Infrastrukturmaßnahmen) wurde 2006 eingeführt und bis heute mehrfach geändert worden.

## 2. Verkehrswegeplanungsbeschleunigungsgesetz

Durch das Verkehrswegeplanungsbeschleunigungsgesetz (VerwPIBG)<sup>28</sup> aus 1991 sollte der Neu- und Ausbau der Verkehrsanbindung der neuen Bundesländer beschleunigt werden. Hintergrund waren die in der DDR vernachlässigte und dringend verbesserungsbedürftige Verkehrsinfrastruktur. Da ein Zeitraum – so der Gesetzgeber – von bis zu 20 Jahren für Großprojekte nicht hinnehmbar sei, sollte das Planungsverfahren durch das VerwPIBG wesentlich gestrafft und verkürzt werden.<sup>29</sup> Einer der tragenden Säulen war dabei die Beschränkung auf eine gerichtliche Instanz, dem BVerwG (§ 5 I VerwPIBG).<sup>30</sup> Das Gesetz wurde (zunächst) bis Ende 1995 befristet; für den Bereich der Eisenbahnen bis Ende 1999 (§ 1 I a. E. VerwPIBG). Mit dem Zweiten Gesetz zur Änderung des VerwPIBG<sup>31</sup> wurde es bis Ende 2004 und später durch zwei weitere Gesetzesänderungen bis Ende 2006<sup>32</sup> verlängert.

## 3. Normentwicklung des § 50 I Nr. 6 VwGO

§ 50 I Nr. 6 VwGO wurde Ende 2006<sup>33</sup> eingeführt und entspricht im Wesentlichen § 5 VerwPIBG.<sup>34</sup> In seinem ursprünglichen Wortlaut sah er die Zuständigkeit über sämtliche

---

<sup>23</sup> BGBl. I, 1510 und BGBl. I, 3987.

<sup>24</sup> BGBl. I, 1950.

<sup>25</sup> BGBl. I, 1294.

<sup>26</sup> BGBl. I, 2482.

<sup>27</sup> BGBl. I, 1322.

<sup>28</sup> BGBl. I, 2174.

<sup>29</sup> BT-Drs. 12/1474, S. 11.

<sup>30</sup> Ausführlich *Wagner*, NVwZ 1992, 232 (233 ff.).

<sup>31</sup> BGBl. I, 2659.

<sup>32</sup> BGBl. I, 3644, BGBl., I, 3691 und BGBl., I, 2833.

<sup>33</sup> BGBl. I, 2833.

<sup>34</sup> *Bier*, in: Schoch/Schneider, VwGO, 41. EL Juli 2021, § 50 Rn. 17.

Streitigkeiten vor, die Planfeststellungs- und Plangenehmigungsverfahren für Vorhaben betreffen, die im AEG, FStrG, WaStrG oder MBPlG bezeichnet sind. Im Laufe der Zeit ist Nr. 6 dreimal geändert worden: Zunächst wurden 2009<sup>35</sup> Vorhaben aus dem Energieleitungsausbaugesetz, sodann 2013<sup>36</sup> Vorhaben aus dem Bundesbedarfsplangesetz hinzugefügt, ehe Ende 2020<sup>37</sup> auch Vorhaben nach § 43e IV EnWG und § 54a I WindSeeG in Nr. 6 aufgenommen wurden.

#### 4. Ausweitung der Vorhabenlisten

Daneben wurden die jeweiligen Fachrechte geändert, was zu einer massiven Ausweitung der erstinstanzlichen Zuständigkeit geführt hat: Zunächst wurden mit Gesetz zur Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren im Verkehrsbereich aus 2018 die Vorhabenlisten der Schienenwege in Anlage 1 zu § 18e I AEG und der Fernstraßen in der Anlage zu § 17e I FStrG erheblich ausgeweitet; im Bereich der Bundeswasserstraßen wurde die Liste der Anlage 2 zu § 14e I WaStrG nur um ein weiteres Vorhaben (auf sieben) in der Anlage 2 ergänzt.<sup>38</sup> Mit Art. 2 Nr. 1 lit. c) und Art. 3 Nr. 1 lit. c) des Strukturstärkungsgesetzes Kohleregion<sup>39</sup> wurde der Katalog der Vorhaben nach § 17e I FStrG und § 18e I AEG um eine neue Nr. 6 erweitert, wonach nun auch Vorhaben unter die erstinstanzliche Zuständigkeit des BVerwG fallen, die wegen ihrer Bedeutung bei der Verbesserung der Infrastruktur in den Revieren nach § 2 dieses Gesetzes in der Anlage 1 aufgeführt sind. Damit soll die Infrastruktur in Braunkohleausstiegsregionen verbessert werden.<sup>40</sup> Dies führte dazu, dass nun insgesamt 42 Vorhaben in der Anlage 1 zum AEG und 65 Vorhaben in der Anlage zum FStrG aufgelistet sind. Die Anlage zu § 1 I 1 Bundesbedarfsplangesetz sieht inzwischen 80 Vorhaben vor und in der Anlage zu § 1 I EnLAG sind 22 Vorhaben gelistet, für die die erst- und letztinstanzliche Zuständigkeit des BVerwG gegeben ist. Somit handelt es sich insgesamt um mindestens 216 Vorhaben (ohne die nach § 43e IV EnWG und § 54a I WindSeeG), die nach § 50 I Nr. 6 VwGO potenziell vor dem BVerwG landen können.

#### 5. Koalitionsvertrag 2021-2025

Auch der Koalitionsvertrag der neuen Bundesregierung enthält Ausführungen zum BVerwG: Zum einen sollen zusätzliche Senate geschaffen werden,<sup>41</sup> zum anderen soll für Maßnahmen, die der „Legalplanung“ unterliegen, ein Zugang zum BVerwG geschaffen werden, den es bisher nicht gibt.<sup>42</sup> Die sog. „Legalplanung“ meint, das Vorhaben nicht durch die Exekutive (z. B. per Planfeststellungsbeschluss), sondern durch den Deutschen Bundestag als Legislative per Gesetz (sog. „Maßnahmengesetze“) beschlossen werden. Sie wurde bereits durch die Große Koalition

---

<sup>35</sup> BGBl. I, 2870.

<sup>36</sup> BGBl. I, 2543.

<sup>37</sup> BGBl. I, 2682.

<sup>38</sup> BGBl. I, 2237.

<sup>39</sup> BGBl. I, 1795.

<sup>40</sup> BT-Drs. 19/13398, S. 50.

<sup>41</sup> Koalitionsvertrag 2021, S. 12, dritter Absatz.

<sup>42</sup> Auch deswegen hat die Europäische Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland eingeleitet; vgl. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/inf\\_21\\_2743](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/inf_21_2743) (<8.3.2022>).

mit Maßnahmengesetzvorbereitungsgesetz (MgvG) im März 2020<sup>43</sup> reaktiviert. Das Gesetz dient zur Schaffung von Baurecht für zwölf vorausgewählte Vorhaben zum Ausbau der Eisenbahn- und Bundeswasserstraßeninfrastruktur durch Maßnahmengesetze (§ 2 Satz 1 MgvG). Erweitert wurde der Katalog um sechzehn weitere Eisenbahn- und Straßenbauprojekte mit Gesetz vom 8.8.2020, die in § 2a als Verkehrsinfrastrukturprojekte zur Strukturstärkung der Kohleregion ausgewiesen sind.<sup>44</sup> Insgesamt sind derzeit 28 Verkehrsinfrastrukturprojekte davon umfasst. Ein Blick in das Koalitionspapier zeigt, dass weitere folgen werden, weil die „Ampel“ im Wege der Legalplanung systemrelevante Bahnstrecken, Stromtrassen und Ingenieurbauwerke (z. B. kritische Brücken) mit hoher politischer Priorität umsetzen will.<sup>45</sup> Am wahrscheinlichsten scheint die Einführung eines neuen Rechtsbehelfs, der als Art abstrakte Normenkontrolle die Prüfung der Rechtmäßigkeit ermöglicht.<sup>46</sup> Dies ist zumindest aus zwei Legalplanungsgesetzen Anfang der 1990er-Jahre nicht gänzlich unbekannt.<sup>47</sup>

### III. Tatsächliche und rechtliche Probleme

#### 1. Tatsächliche Probleme

##### a) Sachverhaltsermittlung und Tatsachenfeststellung

Sachverhaltsermittlungen und Tatsachenfeststellungen finden bei den Verwaltungs- und Oberverwaltungsgerichten (§ 86 I 1 VwGO, § 108 I VwGO) statt. Sie sind für ein Revisionsgericht wie das BVerwG atypisch. Der Aufgabe, als Revisionsgericht letztverbindlich und rechtsvereinheitlichend zu urteilen, kann es nur dann sachgerecht nachkommen, wenn die Rechtsfindung möglichst frei von Tatsachenermittlung und -würdigung (vgl. § 137 II VwGO) steht. Auch benötigt ein Revisionsgericht die gesamte Breite und Fülle an Material, das ihm nur die vorinstanzlichen Ländergerichte vermitteln können. So fehlt es z. B. bereits an einer Beurteilungsgrundlage eines vorinstanzlichen Judikats und es droht die Gefahr, dass die Klärung von Rechtsfragen unterbleibt, weil das Gericht bereits auf der Tatsachenebene die entscheidungserheblichen Gesichtspunkte abarbeitet.<sup>48</sup> Auch die u. U. notwendige Auslegung nicht revisiblen Landesrechts führt zu einem erhöhten Aufwand für das BVerwG.<sup>49</sup> Sollte außerdem eine Inaugenscheinnahme geboten sein, müssten die Leipziger Richter ihre Reisetätigkeit auf das gesamte Bundesgebiet erstrecken, was nicht nur die Erledigung eines Rechtsstreits verzögert, sondern auch zur Folge haben dürfte, dass im Zweifel auf einen Ortstermin verzichtet wird.<sup>50</sup>

---

<sup>43</sup> BGBl. I, 640.

<sup>44</sup> BGBl. I, 1795.

<sup>45</sup> Koalitionsvertrag 2021, S. 13, dritter Absatz.

<sup>46</sup> *Bubrowski*, FAZ v. 26.11.2021, S. 2.

<sup>47</sup> Ausführlich zu den jeweiligen § 2 III des Gesetzes über den Bau der „Südumfahrung Stendal“ der Eisenbahnstrecke Berlin–Oebisfelde vom 29.10.1993 (BGBl. I, 1906) und des Gesetzes über den Bau des Abschnitts Wismar West–Wismar Ost der Bundesautobahn A 20 Lübeck–Bundesgrenze (A 11) vom 2.3.1994 (BGBl. I, 734) siehe *Ziekow*, in: NK-VwGO, 5. Aufl. 2018, § 50 Rn. 20.

<sup>48</sup> *Paetow*, NVwZ 2007, 36 (37 f.).

<sup>49</sup> *Wickel*, NVwZ 2001, 16 (19).

<sup>50</sup> *Paetow*, NVwZ 2007, 36 (39).

## b) Überlastung und Staugefahr

Der mit der Beschränkung des Rechtsschutzes auf eine Instanz vor dem BVerwG erhoffte Beschleunigungseffekt kann verloren gehen, wenn es bei der Vielzahl der zu erwartenden Rechtsstreitigkeiten zu einem Verfahrensstau<sup>51</sup> kommt, der im Ergebnis zu längeren Bearbeitungszeiten führt, als wenn die betreffende Sache bei dem örtlich zuständigen Oberverwaltungsgericht anhängig geworden wäre.<sup>52</sup> Das gilt für Hauptsacheverfahren gleichermaßen wie für einstweilige Rechtsschutzverfahren. Prekär wird die Situation für den Vorsitzenden Richter und Berichtersteller dann, wenn die Klageschriften bereits ohne Anlagen mehrere tausende Seiten umfassen, umfangreiche Fachgutachten eingereicht werden und die Einwendungen der Kläger durch hunderte von Beweisanträgen untermauert werden, was auch nach der Urteilsverkündung für das Abfassen der ebenfalls zwischen 200 und 300 Seiten langen Urteile einen hohen Aufwand bedeutet.<sup>53</sup>

## c) Fehlende Sachnähe und Akzeptanzverlust

Das BVerwG mit Sitz in Leipzig ist zudem geografisch in den allermeisten Verfahren weiter entfernt als die Oberverwaltungsgerichte die sich mit den örtlichen und regionalen Gegebenheiten in aller Regel besser auskennen. Eine größere Nähe dieser entspricht überdies dem Grundgedanken des föderativen Aufbaus der Gerichtsorganisation. Mit einer Rechtsschutzverkürzung geht u. U. auch ein Akzeptanzverlust einher, den es gerade bei großen Infrastrukturprojekten zu vermeiden gilt.<sup>54</sup>

## 2. Rechtliche Probleme und Vereinbarkeit mit geltendem Recht

### a) Hinreichender Sachgrund?

Eine Begrenzung oder einen Ausschluss der erstinstanzlichen Zuständigkeit des BVerwG sieht Art. 95 GG nicht vor. In begründeten Ausnahmefällen kann eine erst- und letztinstanzliche Zuständigkeit zulässig sein, wenn ein hinreichender Sachgrund (Art. 3 I GG) vorliegt.<sup>55</sup> Während in den 1990er Jahren der Grund in der noch im Aufbau befindlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit in den neuen Bundesländern und möglichst schnellen Ausbaus der dortigen Verkehrsinfrastruktur durchaus einen tauglichen Sachgrund begründete, dürfte dies jedenfalls seit den frühen 2000ern nicht mehr gelten, weil nicht ersichtlich ist, weshalb die inzwischen aufgebauten Oberverwaltungsgerichte, die geografisch sachnäher und alleine deswegen schon besser geeignet sind, diesen Verfahren nicht gewachsen sein sollten.<sup>56</sup> Das BVerwG hat allerdings 2004 seine eigene Zuständigkeit für verfassungsrechtlich unbedenklich gehalten, weil die nach der deutschen Wiedervereinigung zu den vordringlichsten Zielen gehörende Angleichung der Lebensverhältnisse in den alten und den neuen Bundesländern,

---

<sup>51</sup> Problematisierend schon *Hien*, DVBl 2006, 350 (351).

<sup>52</sup> *Paetow*, NVwZ 2007, 36 (38).

<sup>53</sup> *Korbmacher*, DVBl 2022, 1 (1 ff.), der beispielhaft das Verfahren zur Festen Fehrmarnbeltquerung skizziert (BVerwGE 170, 138).

<sup>54</sup> BR-Drs. 16/10491, S. 22.

<sup>55</sup> Explizit auch Art. 3 I GG als Prüfungsmaßstab heranziehend BVerwGE 131, 247 (279 ff.).

<sup>56</sup> Ähnlich *Wickel*, NVwZ 2001, 16 (19).

wozu es aus arbeitsmarkt- und wirtschaftspolitischen Gründen schnell greifender öffentlicher Anschubinvestitionen zum Aufbau einer ausreichenden Infrastruktur im Beitrittsgebiet bedurfte, einen hinreichenden Sachgrund darstelle.<sup>57</sup> Ob sich allerdings über das Jahr 2004 hinaus Gründe dafür anführen lassen, hatte der Senat nicht zu entscheiden und verwies darauf, dass die Sondersituation, die einen unterschiedlichen Instanzenzug rechtfertige, durch den Gesetzgeber sorgfältig zu prüfen sein werde.<sup>58</sup> Trotz dessen wurde die Erstzuständigkeit durch den Gesetzgeber in der Folgezeit bloß nur noch mit einem (behaupteten) Beschleunigungseffekt und der Attraktivität des Wirtschaftsstandortes Deutschlands, die schnelle Planungs- und Genehmigungsverfahren und damit auch zügige Verwaltungsgerichtsverfahren bedingten, begründet, was in § 18e I Nr. 1-6 AEG, § 17e I Nr. 1-6 FStrG und § 14e I Nr. 1-5 WaStrG mit verschiedenen abstrakten Gründen näher ausgeformt ist.<sup>59</sup> Erst im Koalitionspapier 2021 heißt es, dass auch aus Klimaschutzgründen eine Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren anzustreben sei,<sup>60</sup> wozu zwangsläufig auch die Beschränkung des Instanzenzuges zum BVerwG zählt. Ob aber das Pauschalargument „Klimawandel“ für alle Vorhaben i.S.d. § 50 I Nr. 6 VwGO gelten kann, ist – mit Blick auf die Anforderungen aus Art. 3 I GG (vgl. oben) – stark zu bezweifeln.

#### b) Subjektiver Anspruch auf Instanzenzug?

Aus Art. 95 I GG lässt sich kein Anspruch auf einen Instanzenzug herleiten, weil die Norm in systematischer Hinsicht in den Bereich der Staatsorganisation zu verorten ist, der subjektiv-rechtliche Beziehungen von vorneherein ausschließt.<sup>61</sup> Ein Anspruch könnte sich aus Art. 19 IV GG ergeben, das bestimmt, dass der Rechtsweg offensteht, wenn jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt ist. Die h.M.<sup>62</sup> liest hieraus aber überzeugenderweise keinen Anspruch auf einen Instanzenzug: Art. 19 IV GG selbst trifft keine Bestimmung darüber und als normgeprägtes Grundrecht bedarf es der Ausgestaltung durch den Gesetzgeber.<sup>63</sup> Der Schutzbereich umfasst dabei nicht nur, dass überhaupt Rechtsschutz durch Gerichte geboten wird, sondern auch, dass dieser effektiv sein muss.<sup>64</sup> Effektiver Rechtsschutz ist allerdings auch bereits durch eine Instanz gewahrt, solange durch diese einige Mindestrechtsschutzstandards durch Verfahrensausgestaltungen mit Blick auf die Wahrheitserforschung gewährleistet sind.<sup>65</sup>

---

<sup>57</sup> BVerwGE 120, 87 (89 ff.).

<sup>58</sup> BVerwGE 120, 87 (95) mit Verweis auf BT-Dr 15/2311, S. 13.

<sup>59</sup> Die Herstellung der Deutschen Einheit (Nr. 1), die Einbindung der neuen Mitgliedstaaten in die Europäische Union (Nr. 2), die Verbesserung der Hinterlandanbindung der deutschen Seehäfen (Nr. 3), einen sonstigen internationalen Bezug (Nr. 4), eine besondere Funktion zur Beseitigung schwerwiegender Verkehrsengpässe (Nr. 5) oder im Bereich des FStrG und AEG eine Bedeutung bei der Verbesserung der Infrastruktur in den Revieren nach § 2 des Investitionsgesetzes Kohleregion vom 8. August 2020 (BGBl. I, 1795) (Nr. 6).

<sup>60</sup> Im Wortlaut allerdings nicht auf die Alleinzuständigkeit des BVerwG bezogen, sondern auf Strom- und Wasserstoffnetze; Koalitionsvertrag 2021, S. 60, letzter Absatz.

<sup>61</sup> *Jachmann-Michel*, in: Maunz/Dürig, GG, 86. EL Januar 2019, Art. 95 Rn. 103.

<sup>62</sup> BVerfGE 4, 74 (94 f.); 49, 329 (340 f.); 92, 365 (410); *Dietlein*, in: Stern, StaatsR IV/2, S. 1940 f.; *W. Schenke*, in: BK, 207. Aktual. 2020, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 234 ff.; *Sachs*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 19 Rn. 120; a. A. *Vofßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 255 ff.

<sup>63</sup> Statt Vieler *Ernst*, in: von Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 19 Rn. 100.

<sup>64</sup> BVerfGE 40, 272 (275); *W. Schenke*, in: BK, 207. Aktual. 2020, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 645.

<sup>65</sup> BVerfGE 83, 24 (31); *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Bd. 1, 3. Aufl. 2018, Art. 19 Rn. 94.



### c) Durchbrechung des Regel-/Ausnahmeverhältnisses?

Eine Durchbrechung des Regel-/Ausnahmeverhältnisses i.S.d. Art. 92, 95 GG kann einen Verfassungsverstoß begründen, weil es den föderativen Gerichtsaufbau konterkarieren würde. Dieser läge vor, wenn entweder die Eingänge der erst- und letztinstanzlichen Verfahren zahlenmäßig über den Eingängen der Revisionsverfahren liegen würden oder die erst- und letztinstanzlichen Verfahren aufgrund ihrer Komplexität die Inanspruchnahme der Richterinnen und Richter in einem Verhältnis stark über Gebühr bindet, dass kaum noch Ressourcen für Revisionsverfahren verbleiben. Während Ersteres durch die amtliche Statistik der Geschäftsstellen zwar messbar ist, dürften die zeitlichen und sonstigen Ressourcen durch den Vorsitzenden Richter bzw. Berichterstatter kaum messbar sein;<sup>66</sup> jedenfalls liegen dazu keine empirischen Daten vor. Auch sprechen die nackten Eingangszahlen eine andere Sprache: Sie lagen hinsichtlich erstinstanzlicher Verfahren (einschl. vorläufigen Rechtsschutzes) betreffend Infrastrukturvorhaben bei 40 (2021) (im Vergleich zu 2020: 65),<sup>67</sup> wobei die Anzahl der Anträge des vorläufigen Rechtsschutzes stark schwankten (2020: 18; 2021: 3)<sup>68</sup>. Im Kontrast dazu standen für 2021 insgesamt 1083 Verfahrenseingänge beim BVerwG, sodass auf die Infrastrukturprojekte nur ca. 3,7 % (2020: ca. 5,6 %) entfielen.<sup>69</sup>

### d) Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit?

Anknüpfend an die Durchbrechung des Regel-/Ausnahmeverhältnis ist die Funktionsfähigkeit des BVerwG in den Blick zu nehmen. Das Gericht ist nur so lange funktionsfähig und kann seine Aufgaben *als Revisionsgericht* sachgerecht wahrnehmen, wenn die große Mehrzahl der Verfahren bei Gerichten der Länder anhängig gemacht und abschließend entschieden werden. Eine äußerste verfassungsrechtliche Grenze kann daher angenommen werden, wenn eine massenweise Zuweisung die Funktionsfähigkeit zu Nichte machen würde, gleichwohl kaum greifbare verfassungsfeste Grenzen gefunden werden können.<sup>70</sup> Eine abstrakte Zuweisung per Gesetz alleine kann dabei für einen Verfassungsverstoß noch nicht ausreichen, weil es immer noch von den tatsächlich eingehenden Klagen bzw. Anträgen abhängt: Es kommt auf die reelle Belastung des BVerwG an. So sprach der ehemalige Präsident des BVerwG *Rennert* zwar von einer enormen Belastung des Gerichts anlässlich der Verfahren betreffend großer Infrastrukturprojekte, die ein Drittel der Arbeitskraft des Gerichts binden würden.<sup>71</sup> Allerdings ist zu konstatieren, dass trotz der zahlenmäßig potentiellen 216 Großverfahren (s. o.) zzgl. der 28 Vorhaben aus dem MgvG, die beim BVerwG in Zukunft anhängig sein könnten, derzeit noch von keiner Einschränkung der Funktionsfähigkeit auszugehen ist. Dies bestätigen die Erledigungsdauern der Hauptsacheverfahren betreffend Infrastrukturprojekte von ca. 9

---

<sup>66</sup> Ähnlich BVerwGE 131, 274 (285).

<sup>67</sup> BVerwG (Hrsg.), Jahresbericht 2021, S. 15. Derzeit ist der 4. Senat für Flughäfen und Energieleitungen, der 7. Senat für Eisenbahnwege und Bundeswasserstraßen und der 9. Senat für die Straßenplanung zuständig.

<sup>68</sup> BVerwG (Hrsg.), Jahresbericht 2021, S. 15.

<sup>69</sup> BVerwG (Hrsg.), Jahresbericht 2021, S. 14.

<sup>70</sup> *Sydow*, in: BK, 208. Aktual. 2020, Art. 95 GG Rn. 21.

<sup>71</sup> *Suliak*, LTO v. 3.3.2021, online: „Wir haben zu viel Arbeit mit erstinstanzlichen Verfahren“; *Rennert*, NWVBl 2015, 41 (42, 44).

Monaten im Geschäftsjahr 2020 bzw. 12 Monaten in 2021, die damit wieder auf dem Vorniveau aus 2018 liegen.<sup>72</sup>

### 3. Verfassungs- und rechtspolitischer Diskurs

Abseits dessen scheint die Frage der immer weiter zunehmenden Vorhabenliste mit erstinstanzlicher Zuständigkeit beim BVerwG eine der Zweckmäßigkeit zu sein, die im rechtspolitischen Raum einer viel breiteren Diskussion bedarf. Bisweilen ließen sich in den einschlägigen Beratungsunterlagen des Deutschen Bundestags bedauerlicherweise nur selten schlagfertige Auseinandersetzungen finden.<sup>73</sup>

## IV. Fazit

In den vergangenen dreißig Jahren ist der ausnahmsweise zulässige erstinstanzliche Zuständigkeitskatalog des BVerwG erheblich ausgeweitet worden, vor allem betreffend großer Infrastrukturprojekte. Durch die Absichten der „Ampel“ mit Schaffung eines weiteren Rechtsbehelfs gegen Projekte aus dem MgvG ist eine weitere Ausdehnung der Zuständigkeit zu befürchten. Gegen Art. 19 IV GG oder das Regel-/Ausnahmeverhältnis aus Art. 95 GG verstößt dies zwar nicht. Allerdings lässt sich nicht für jedes Vorhaben ein hinreichender Sachgrund i.S.d. Art. 3 I GG erblicken. Der bereits jetzt bestehende außerordentlich hohe Aufwand hinsichtlich der für ein Revisionsgericht atypischen Sachverhaltsermittlung und Tatsachenfeststellung droht aufgrund der potenziell nach derzeitiger Rechtslage über 200 Infrastrukturprojekte dazu zu führen, dass sich die Konturen des BVerwG als Revisionsgericht in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise ob der Funktionsfähigkeit verschieben werden, auch wenn dies die Eingangszahlen und Verfahrensdauern derzeit noch nicht belegen. Alleine durch die Schaffung weiterer Senate und Richterstellen beim BVerwG erfolgt nur eine bloße Symptom-, aber keine Ursachenbehebung.

---

<sup>72</sup> BVerwG (Hrsg.), Jahresbericht 2021, S. 15.

<sup>73</sup> Vgl. dazu aus dem Jahre 2006 bspw. Plenarprotokoll 16/61, S. 5994 ff.