



## BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Bundesrechtsanwaltskammer  
Littenstraße 9 | 10179 Berlin

Bundesministerium des Innern, für Bau und  
Heimat  
Alt-Moabit 140  
10557 Berlin

per E-Mail: .....«EMail»

Berlin, 27.04.2020

### **Entwurf eines Gesetzes zur Sicherstellung ordnungsgemäßer Planungs- und Genehmigungsverfahren während der COVID-19-Pandemie (Planungssicherstellungsgesetz)**

Sehr geehrter Herr .....,

vielen Dank für die Übersendung des Entwurfs eines Planungssicherheitsgesetzes, zu dem die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) trotz der sehr kurzen Fristsetzung von nicht einmal drei Tagen (und dies über das Wochenende) gern wie folgt Stellung nimmt:

Die BRAK erkennt das Bedürfnis für eine gesetzliche Regelung an und begrüßt grundsätzlich den Vorschlag des Ministeriums. Bei den Details der vorgeschlagenen Neuregelungen sieht sie jedoch noch Änderungsbedarf.

#### **Artikel 1 – Planungssicherstellungsgesetz**

Bei der Aufzählung der Verfahren in § 1 des Entwurfs fehlt nach Ansicht der BRAK das Personenbeförderungsgesetz, das u. a. auch Planfeststellungsverfahren vorsieht.

§ 2 des Planungssicherheitsgesetzes regelt, dass bei den in § 1 genannten Gesetzen der Anschlag oder die Auslegung durch eine Veröffentlichung des Inhalts der Bekanntmachung im Internet ersetzt werden können.

Diese pauschale Regelung ist nach Ansicht der BRAK so nicht verhältnismäßig. Nicht mit dem Internet vertraute Bevölkerungsschichten dürfen nicht ausgeschlossen werden. Die Regelung sieht eine Modernisierung vor, die unabhängig von „Corona-Zeiten“ sinnvoll erscheint. Allerdings sollte bedacht werden, dass sie eine Ergänzung zu der analogen Bekanntmachung ist, diese jedoch nicht ohne weiteres ersetzen kann. Die BRAK begrüßte es, wenn das in den meisten Fachgesetzen

vorgesehene Regel (analoge Bekanntmachungen und Auslegungen) – Ausnahme (digitale Form) – Verhältnis „nur“ umgekehrt wird, die analogen Formen aber nicht aktuell und anlässlich vorübergehender praktischer Schwierigkeiten aufgegeben werden.

Die Behörden müssen daher eine Einsichtnahme vor Ort weiterhin ermöglichen – mit Blick auf die aktuelle epidemische Notlage könnten die Behördenmitarbeiter und die Besucher beispielsweise durch entsprechende Maßnahmen, z. B. durch Glasscheiben, geschützt und Desinfektionsmittel zur Verfügung gestellt werden. Zudem könnten Einsichtnahmen unter der Auflage stattfinden, dass nur eine begrenzte Personenzahl zeitgleich die Behördenräume betreten darf; soweit dies nicht ohnehin schon angeordnet ist, können vor Ort die Verpflichtungen zum Tragen von Mund-Nase-Schutz auf die öffentlichen Gebäude ausgedehnt werden. Während der Corona-Pandemie werden entsprechende Schutz- und Organisationsmaßnahmen von jedem Einzelhandeltreibenden und Arbeitgeber sowie Kunden und Arbeitnehmern verlangt; daher müssen sich auch die Behörden zumindest bemühen, entsprechende Maßnahmen zu treffen, soweit der Aufwand verhältnismäßig ist.

Die Einschränkungen der analogen Bekanntmachungs- und Einsichtsmöglichkeiten setzen eine Abwägungsentscheidung voraus. Zur Nachvollziehbarkeit sollten die gegebenenfalls getroffenen Einschränkungen und die Maßnahmen der Behörde dokumentiert werden, sowie dies bereits nach der geltenden Rechtslage hinsichtlich der Ermessenserwägungen z.B. beim Verzicht auf einen Erörterungstermin zu empfehlen ist. Dies bietet eine Grundlage und damit Rechtssicherheit, wenn und soweit die Rechtmäßigkeit von Verfahren überprüft wird.

Diesbezüglich schlägt die BRAK Folgendes vor:

- Die Behörden haben dafür Sorge zu tragen, dass zumindest grundsätzlich die Möglichkeit der (körperlichen/ persönlichen) Einsichtnahme besteht. Zeitliche und organisatorische Einschränkungen unter notwendigen Infektionsschutzgründen können auf der Grundlage einer entsprechenden Abwägungsentscheidung erfolgen. Die formalen Voraussetzungen der Verfahrensgesetze, insbesondere die Fristen, werden regelmäßig durch die elektronische Bereitstellung erfüllt (Grundsatz: Das elektronische Verfahren führt).
- Zur Rechtssicherheit des Verfahrens sollte im Gesetz ausdrücklich klargestellt werden, dass
  - hinsichtlich der Fristen die elektronische Bekanntgabe maßgeblich ist,
  - das „Bemühen“ um niederschwellige (körperliche) Zugänglichkeit eine Abwägung der Behörde voraussetzt, wie z. B. beim Verzicht auf den Erörterungstermin, die zu dokumentieren ist. Den Behörden sollte durch diese ergänzende Neuregelung verdeutlicht werden, dass das Bestehen einer Pandemie für sich genommen kein „absoluter“ Abwägungsgrund ist.
- Auch bei einer elektronischen Bekanntmachung im Internet muss die zur Auslegung verpflichtete Behörde technisch sicherstellen und dokumentieren, welche „Fassung“ der auszulegenden Unterlagen für das weitere Verfahren „maßgeblich“ ist („Führende Akte“). Bislang sind die ausgelegten Unterlagen maßgeblich und diese sind nicht „veränderbar“ und entsprechend (körperlich) dokumentiert; dies muss auch bei elektronischen Dokumenten durch technische Maßnahmen sichergestellt werden.
- In den jeweiligen Bekanntmachungen sollte ausdrücklich darauf hingewiesen werden, dass der Umstand, dass im Verfahren **keine** Einwendungen erhoben/Stellungnahmen abgegeben wurden, nicht zu einem Verlust von Klagerechten führt.

Dies entspricht ohnehin der Rechtslage, nachdem in den letzten Jahren die formalen Verfahrenspräklusionsregelungen in Folge der europäischen Rechtsprechung gestrichen wurden. Dies ist aber nicht jedem Laien bewusst. Ein Verzicht auf den entsprechenden Hinweis in den jeweiligen Bekanntmachungen ist dann möglich, wenn die analoge Bekanntmachung/ „körperliche“ Auslegung einschließlich der Möglichkeit, Erklärungen vor Ort abzugeben, uneingeschränkt durchgeführt wird.

Nach § 2 des Planungssicherheitsgesetzes gilt, dass durch Bekanntmachung im Internet „ersetzt werden kann“, „zusätzlich“ aber „hat“ eine Bekanntmachung in einem Print-Medium zu erfolgen. Die BRAK empfiehlt im Sinne der Rechtsklarheit, § 2 des Entwurfs dahingehend zu ergänzen, dass ausdrücklich bekanntzumachen ist, falls die Veröffentlichung im Internet die Wirkung der Ersetzung haben soll.

Ist für eine Entscheidung eine Auslegung angeordnet, auf die nach den für die Auslegung geltenden Vorschriften nicht verzichtet werden kann, so kann die Auslegung nach § 3 Abs. 1 Satz 1 des Entwurfs durch eine Veröffentlichung im Internet ersetzt werden. Dies sollte eine frei zugängliche Internetquelle sein, d. h., eine Veröffentlichung im Internet, auf die jedermann Zugriff hat. Nicht zulässig ist nach Ansicht der BRAK eine Veröffentlichung in elektronischen Amtsblättern o. Ä, die abonniert werden müssen und nicht frei zugänglich sind.

Die in § 3 vorgesehene Regelung ist aus Sicht der BRAK unabhängig von „Corona-Zeiten“ sinnvoll. Allerdings sollte auch hier bedacht werden, dass sie durch die analogen Auslegung ergänzt wird, die analoge Auslegung jedoch nicht durch die aktuelle Regelung vollständig ersetzen soll (s.o.: Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses). Die Auslegung hat schon bisher nicht zu einem Massenbetrieb geführt. Die Ansteckungsgefahren lassen sich zudem, wie oben ausgeführt, anders kontrollieren (z. B. regulierter Zugang nach Voranmeldung, was häufig bereits jetzt üblich ist). In diesem Zusammenhang empfiehlt die BRAK eine Evaluation der neuen Regelungen durchzuführen, um sicherzustellen, dass die aktuelle epidemische Lage ggf. der Anlass für die Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses war, aber nicht über eine entsprechende Situation hinaus der fortgeltende und ausschließliche Grund.

Die Regelungen der §§ 4 und 5 des Entwurfs dürfen faktisch nicht zu einer Einschränkung der Rechte der Betroffenen führen. (Gem. § 4 des Entwurfs kann die Abgabe von Erklärungen zur Niederschrift bei der Behörde ausgeschlossen werden, u. a. wenn die zuständige Behörde festgestellt hat, dass innerhalb der Erklärungsfrist eine Entgegennahme zur Niederschrift nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich sein würde. § 5 des Entwurfs stellt die Durchführung eines Erörterungstermins oder einer mündlichen Verhandlung in das Ermessen der Behörde, bei der Ermessensentscheidung können auch geltende Beschränkungen aufgrund der COVID-19-Pandemie und das Risiko der weiteren Ausbreitung des Virus berücksichtigt werden. In Fällen, in den die Durchführung eines Erörterungstermins oder einer mündlichen Verhandlung gesetzlich angeordnet ist, genügt eine Online-Konsultation, wenn die zuständige Behörde festgestellt hat, dass der Erörterungstermin oder die mündliche Verhandlung nicht oder nur unter unzumutbaren Bedingungen durchgeführt werden könnte.)

Die Möglichkeit der Abgabe von Erklärungen zur Niederschrift bei der Behörde ist jedoch wichtig, um ein niederschwelliges Angebot bereit zu halten, Einwendungen vorzubringen. Die Möglichkeit eines Erörterungstermins oder einer mündlichen Verhandlung haben denselben Zweck. Daher verweist die BRAK auch insoweit auf die obigen Hinweise zur Notwendigkeit einer Abwägungsentscheidung, mit der die Verhältnismäßigkeit des vollständigen Ausschlusses unter Infektionsschutzgründen geprüft und die Begründung dargelegt werden muss.

Die Online-Konsultation muss ohne große praktischen Hürden ermöglicht werden, denn sie setzt voraus, dass die nötige elektronische Ausstattung beim Betroffenen vorhanden ist. Kommt es zu einer Erörterung, die durch Online-Konsultation abgehalten werden soll, ist nach § 5 Abs. 4 Satz 1 des Entwurfs lediglich vorgesehen, dass den Berechtigten die zu behandelnden Informationen (nur) über das Internet zugänglich zu machen sind. Eine substantielle Erörterung setzt aber für alle Beteiligten die Kenntnis dieser Informationen voraus, sodass die BRAK anregt, dass – wie in § 3 Abs. 2 Satz 2 des Entwurfs – den an der Erörterung zur Teilnahme Berechtigten die Unterlagen gegebenenfalls durch Versendung zur Verfügung zu stellen sind.

### **Elektronische Akteneinsichtsmöglichkeiten**

Die BRAK fordert im Rahmen dieses Gesetzgebungsvorhabens auch die rechtlichen Vorgaben zu schaffen, dass die Behörden schnellstmöglich und regulär elektronische Akteneinsichtsmöglichkeiten gewähren. Denn das Akteneinsichtsrecht gem. § 28 VwVfG kann – jedenfalls ohne gesetzliche Grundlage – nicht während der gesamten epidemischen Notlage von nationaler Tragweite verweigert werden. Nach Kenntnis der BRAK verweigern aktuell – in der Regel nach Landesrecht handelnde – Behörden oftmals die Akteneinsicht unter Verweis auf die Pandemie. Diese Handhabung ist nach Auffassung der BRAK nicht zulässig. Sie regt daher eine Gesetzesergänzung an, durch die eine elektronische Akteneinsicht auch im Verwaltungsverfahren dauerhaft ermöglicht wird.

### **Verhältnis der Regelungen des Planungssicherheitsgesetzes zum VwVfG**

Das Verhältnis der §§ 2 und 3 des Entwurfs zum VwVfG ist nach Einschätzung der BRAK teilweise unklar. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf § 27a VwVfG. Denn § 27a Abs. 1 Satz 1 VwVfG regelt im Prinzip bereits das, was der Gesetzgeber jetzt einführen möchte: Auch nach § 2 des Entwurfs „soll“ eine Veröffentlichung zusätzlich im Internet erfolgen, d. h. es besteht keine Verpflichtung hierzu, es wird aber gewissermaßen empfohlen.

Das Bewirken der Bekanntmachung im Internet ist nicht einheitlich im Entwurf geregelt: § 2 Abs. 2 des Entwurfs verweist ausdrücklich auf § 27 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 VwVfG; § 3 Abs. 1 Satz 3 des Entwurfs enthält nur den Verweis auf § 27 Abs. 1 Satz 2 VwVfG und eine gesonderte und von § 27a Abs. 2 VwVfG etwas abweichende Bestimmung. Ein Grund hierfür ist nach Ansicht der BRAK nicht ersichtlich.

Nach § 3 Abs. 1 des Entwurfs „kann“ die Veröffentlichung im Internet Ersetzungswirkung haben; zusätzlich soll die angeordnete Auslegung nach § 3 Abs. 2 des Entwurfs erfolgen, falls möglich. Hier ist das Verhältnis Internet/physische Auslegung umgekehrt im Vergleich mit § 27a VwVfG („soll“ und „zusätzlich“ für Internet-Veröffentlichung) geregelt. Dies ist nach Ansicht der BRAK unabhängig von der COVID-Spezialregelung sinnvoll und sollte im Interesse der Digitalisierung angepasst werden.

## **Artikel 2 – Inkrafttreten, Außerkrafttreten**

Gem. Art. 2 Abs. 2 des Gesetzes sollen die Regelungen der §§ 1 bis 5 des Planungssicherungsgesetzes mit Ablauf des 31.03.2021 außer Kraft treten. Die Übergangregelung des § 6 des Planungssicherungsgesetzes soll mit Ablauf des 31.12.2025 außer Kraft treten.

Die BRAK begrüßt grundsätzlich, dass die Regelungen des Planungssicherungsgesetzes durch ein absolutes Enddatum, entsprechend der Regelungen zu Feststellung der „Epidemischen Notlage von nationaler Tragweite“ gem. § 5 IfSG befristet gelten sollen. Sie regt jedoch dringend an, die Geltungsdauer konkret an die Feststellung der „Epidemischen Notlage von nationaler Tragweite“ gem. § 5 IfSG zu knüpfen. Die BRAK geht davon aus, dass die Aufrechterhaltung dieser Notlage regelmäßig vom Bundestag überprüft wird (und dass die Bundesregierung nicht davon ausgeht, dass die Notlage „ohnehin“ bis zum gesetzlich im IfSG geregelt Enddatum gilt).

Ich bitte Sie nachdrücklich, die Anmerkungen der BRAK trotz des großen Zeitdrucks zu berücksichtigen.

Mit freundlichen Grüßen

Rechtsanwalt Michael Then