

entwicklung integriert werden?<sup>22</sup> Was ist bei der öffentlichen Auslegung zu beachten? Und wie ist mit den Einwendungen im Planfeststellungsverfahren konkret umzugehen? Alles Fragen, auf die ein Spezialist in Kenntnis der dazu ergangenen Rechtsprechung Antworten geben kann. Besonders bei Großvorhaben werden häufig tausende von Einwendungen gegen die Planungen vorgebracht.<sup>23</sup> Spezialisierte Planungsrechtler unterstützen die Verwaltung darin, diese Einwendungen zu systematisieren und ordnungsgemäß abzuarbeiten. Deshalb ist hier besondere Sorgfalt geboten, denn bei einem Umfang von mitunter mehreren tausend Seiten<sup>24</sup> sind Fehler nie ganz auszuschließen. Entscheidend für die Planer ist dann, ob etwaige Fehler nach § 46 VwVfG unbeachtlich sind oder ggf. nach § 45 VwVfG geheilt werden können.<sup>25</sup>

### E. Fazit

Politik kommt nicht ohne Planung und (externe) Beratung aus, auch wenn es in der täglichen Praxis regelmäßig politische Entwicklungen gibt, die unvermutet auftreten und sich

somit einer geordneten Planung entziehen. Hinreichende Planung und Beratung sind Voraussetzung für eine gute Politik, gerade wenn man das Handeln der Verwaltung mit einbezieht. Für einen Erfolg ist eine fachliche Begleitung wichtig, zu der auch externe Beratung ihren Teil beitragen kann.

22 Dazu Heinz Janning, Folkert Kiepe, Michael Moeskes, Wolfgang Plück, Holger Spreen, Peter Szczekalla, Michael Uechtritz, Holger Zoubek in: Festschrift Stüer (\*-Fußn.).

23 So sind z.B. gegen die jüngste Elbvertiefung, deren Planungen am 23.04.2012 mit dem Planfeststellungsbeschluss der WSD Nord abgeschlossen wurden, mehr als 7 000 Einwendungen eingegangen; zu den Details siehe [http://www.wsd-nord.wsv.de/Planfeststellung/Planfeststellung\\_Elbe/index.html](http://www.wsd-nord.wsv.de/Planfeststellung/Planfeststellung_Elbe/index.html): zur Weservertiefung BVerwG, Beschluss vom 11.07.2013 – 7 A 20.11 – DVBl 2013, 1450 m. Anm. Stüer/Stüer, DVBl 2013, 1453.

24 Der Planfeststellungsbeschluss zur genannten Elbvertiefung ist z.B. 2.593 Seiten lang.

25 Zu den Fehlerfolgen in der Fachplanung siehe Stüer in Stüer (Hrsg.), Planung von Großvorhaben, S. 241 ff.

## Berichte

# 20. Jahresarbeitstagung Verwaltungsrecht

## Bericht über die Tagung des Deutschen Anwaltsinstituts e.V. vom 24. und 25.01.2014 in Leipzig

von Rechtsanwalt und Notar Prof. Bernhard Stüer, Richter am BGH-Anwaltssenat, Münster/Osnabrück

Das Deutsche Anwaltsinstitut e.V. konnte mit seiner diesjährigen 20. Jahrestagung für Verwaltungsrecht, die am 24. und 25.01.2014 im bis auf den letzten Platz besetzten Plenarsaal des BVerwG stattfand, ein durchaus vorzeigbares Jubiläum begehen. Denn bereits zum 20sten Mal informierten sich schon seit mehreren Jahren unter der Leitung von RA & Fachanwalt für Verwaltungsrecht (FAVerwR) Prof. Dr. Michael Quaas, M.C.L. mehr als 200 ausgewiesene Experten aus Anwaltschaft, Rechtsprechung, Wissenschaft und Praxis über aktuelle Themen des Verwaltungsrechts. Mit der Energiewende, die im Mittelpunkt der Beratungen stand, war allerdings ein Trendthema aufgerufen, das vor dem Hintergrund der aktuellen Energiepolitik deutlich über das eigentliche Verwaltungsrecht hinaus Blickkontakte in das Europarecht, das Verfassungsrecht, das Energiewirtschaftsrecht, das Kartellrecht, die Energienetzplanung, Finanzierungsfragen aber auch Akzeptanzprobleme der betroffenen Öffentlichkeit forderte. Keine leichte Aufgabe, die das Leipziger Treffen trotz der Vielschichtigkeit des thematischen Ansatzes jedoch mit Bravour bewältigte.<sup>1</sup>

### 1. Hausmitteilungen aus Leipzig und Berlin

Das BVerwG hat sich den Rechtsproblemen der Energiewende bereits gestellt. In immerhin 15 Verfahren, die bis auf zwei teilweise auch durch Vergleich bereits erledigt sind, spielte vor allem das von dem politischen Ziel der Erzeugung

und großräumigen Verteilung geprägte Energiewirtschaftsrecht eine Rolle. Mit dieser positiven Bilanz begrüßte die Präsidentin und seit Juni 2007 Hausherrin des BVerwG *Marion Eckertz-Höfer* bereits zum siebten Mal die an der Pleiße versammelten Verwaltungsrechtler in Deutschlands schönstem und traditionsreichstem Justizgebäude, in dem von 1895 bis 1945 und damit für genau 50 Jahre das Reichsgericht residierte. Die Tradition ist allerdings in den Jahren 1933 bis 1945 nicht ungebrochen – ein Grund mehr dafür, weshalb sich das BVerwG nicht als Nachfolger des früheren obersten Zivil- und Strafgerichts versteht.

Einen eher kritischen Blick warf die höchste deutsche Verwaltungsrichterin auf die erfolgte Ausweitung der erstinstanzlichen Zuständigkeit des BVerwG. Dies könne indes nicht uneingeschränkt geschehen, wie der 4. Revisionsssenat<sup>2</sup> in Fortführung der Rechtsprechung des 7. Revisionsssenates<sup>3</sup>

1 Zur Erste Verwaltungsrechtlichen Jahresarbeitstagung in Berlin, bei der es vor allem um die damals gerade in Kraft getretene BauNVO und »städtebauliche Dauerbrenner« wie Vergnügungsstätten, Einzelhandel oder das Umweltrecht ging, Stüer, DVBl 1990, 469.

2 Beschluss vom 26.09.2013 – 4 VR 1.13 – NuR 2013, 800.

3 Beschluss vom 24.05.2012 – 7 VR 4.12 – ZUR 2012, 499; Beschluss vom 09.10.2012 – 7 VR 10.12 – NVwZ 2013, 78; Beschluss vom 28.02.2013 – 7 VR 12.12 – ER 2013, 119.R 10.12 – Buchholz 310 § 50 VwGO Nr. 31 Nr. 4.

dargelegt hat<sup>4</sup>. Das BVerwG sei als Oberster Gerichtshof des Bundes grundsätzlich als Rechtsmittelgericht eingerichtet (Art. 92, 95, 3 GG). Der Gesetzgeber könne ihm aber aus sachlich einleuchtenden Gründen ausnahmsweise auch erstinstanzliche Zuständigkeiten übertragen. Allerdings rechtfertige nicht jeder beliebige Grund eine solche Zuständigkeitsbestimmung. Der besonders langanhaltende Applaus, mit dem die Grußworte begleitet wurden, diene der beliebten Präsidentin zugleich auch als Dank für die geleistete Arbeit. Denn es sollte ihr letzter Auftritt als erste Frau im Präsidentenamt vor großem Publikum sein, bevor sie nach der im Vergleich zu den Vorjahren etwas vorgezogenen Jahrespressekonferenz in einem Festakt am 31.01.2014 in der beeindruckenden Halle des von *Ludwig Hofmann* und *Peter Dybwad* in siebenjähriger Bauzeit errichteten Gerichts in Gegenwart von ca. 400 Teilnehmern aus Justiz, Politik, Gesetzgebung, Wissenschaft und Anwaltschaft aus ihrem Amt verabschiedet wurde.<sup>5</sup> Künftig wird die scheidende Präsidentin, die sich auch auf kulturelle Ereignisse in der aufstrebenden Sächsischen Metropole freut, zugleich als Deputy Judge beim Verwaltungsgericht der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) in Paris residieren.

Für den Präsidenten der Bundesrechtsanwaltskammer RA & Fachanwalt für Arbeitsrecht *Axel C. Filges* (Berlin/Hamburg) standen erwartungsgemäß vor allem berufspolitische Themen der Anwaltschaft im Mittelpunkt. Das Kostenrechtsmodernisierungsgesetz habe zwar einen richtigen Weg beschritten. Nicht nur im Bereich der Beweisaufnahme ergebe sich allerdings noch ein gebührenrechtlicher Nachbesserungsbedarf. Die beabsichtigte Neuregelung der Prozesskosten- und Beratungshilfe dürfe nicht zu Lasten des Bürgers gehen. Zugleich forderte *Filges* einen kontinuierlichen und nachhaltigen Dialog zwischen Politik, Gesetzgebung, Rechtsprechung mit ihren mehr als 20 000 Richtern und der Bundesrechtsanwaltskammer als Vereinigung der ca. 165 000 Anwälte mit ihren etwa 300 000 Mitarbeitern. Nicht nur bei der Überarbeitung des zehn Jahre alten Streitwertkatalogs könne die Anwaltschaft wichtige Erkenntnisse in den Entscheidungsprozess einbringen. Zugleich wies der Kammerpräsident auf die Neuregelung des elektronischen Rechtsverkehrs hin, bei dem die BRAK durch die Einrichtung von Anwaltspostfächern bis zum Jahre 2016 ihr bisher größtes IT-Projekt in Angriff nehme und danach in die komplette Umstellung zwischen Anwälten und Gerichten auf den elektronischen Postverkehr münden lasse.

## 2. Rechtsprobleme der Energiewende – gesetzliche und verfassungsrechtliche Grundlagen

Über 40 Normgebungsverfahren werden inzwischen der Energiewende zugerechnet. Und nach der Koalitionsvereinbarung 2013 werden wohl noch zahlreiche weitere Gesetze folgen. So stehen die Rechtsprobleme der Energiewende bei Licht besehen wohl erst am Anfang, umschrieb *Dr. Phillip Fest* die aktuelle Lage. Vor dem Überbau des Klimaschutzrechts spielen Rechtsfragen der Energieerzeugung und der Energieinfrastruktur eine zentrale Rolle, beschrieb der Beamte im Ministerium für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz des Landes NRW die juristischen Handlungsfelder.

Dabei kommt es durchaus auch schon einmal zu unliebsamen Überraschungen, wie etwa die bei einer Klausurtagung im

brandenburgischen Schloss Meseberg beschlossene Absicht der Bundesregierung, den weiteren Zubau der Wind- und Solarenergie durch eine Novelle des EEG zu drosseln: »Aus Gründen des Vertrauensschutzes sollen die alten Fördersätze des EEG 2012 nur für Windenergieanlagen gelten, die bis zum 31.12.2014 in Betrieb genommen werden, sofern sie vor dem 22.01.2014 immissionsschutzrechtlich genehmigt worden sind.« Die hierdurch bewirkten Unsicherheiten für die Banken hätten bereits weitreichende Folgen für die Finanzierungsmöglichkeiten neuer Windkraftprojekte. Starken Einfluss übt dabei auch das Europarecht aus. Sollte die Finanzierung der Energiewende – wie die EU-Kommission offenbar annimmt – beihilferelevant sein und sich danach als unzulässig erweisen, könne sie, bevor sie so richtig habe Fahrt aufnehmen können, in durchaus spektakulärer Weise scheitern.

Weitreichende Probleme sind auch mit dem geplanten Netzausbau verbunden. Das Energiewirtschaftsgesetz (EnWG 2011) wurde mit dem Netzausbaubeschleunigungsgesetz (NABEG) weiterentwickelt und hat inzwischen seinen Niederschlag im Bundesbedarfsplanggesetz<sup>6</sup> und der vieldiskutierten Planfeststellungszuweisungsverordnung<sup>7</sup> gefunden. Die Stadt Meerbusch und die dortigen Bürgerinitiative haben inzwischen gegen die zweite Ausbaustelle des Netzausbaus geklagt. In Deutschland sind drei große Nord-Süd-Stromautobahnen in Hochspannungs-Gleichstrom-Übertragung geplant. An deren Enden sind Konverter erforderlich, die Gleichstrom zu Wechselstrom und umgekehrt umformen und wie eine kastenförmige Halle eines Baumarktes aussehen, aus der Leiterseile hinaus und hinein führen, was den Widerstand von mehr als 2 000 Einwendern auf den Plan rief. Zudem gilt es, die TEN-E-Verordnung für die Transeuropäischen Netze auch durch eine entsprechende Anpassung des Energiewirtschaftsrechts umzusetzen. Die knappen Umsetzungszeiten wollen so recht nicht zum Anspruch auf ausführliche Öffentlichkeitsbeteiligung passen.

Auch die im Koalitionsvertrag vorgesehene Länderöffnungsklausel für länderspezifische Regelungen über Mindestabstände von Windenergieanlagen zur Wohnbebauung wirft juristische Fragestellungen auf. Ebenso kann sich die von der Koalition beabsichtigte Vereinheitlichung der heutigen Vielzahl von landesrechtlichen Berechnungsverfahren für naturschutzrechtliche Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen bis hin zu dem erneuten Versuch einer einheitlichen Bundeskompensationsverordnung auf die Rahmenbedingungen der Energiewende auswirken. Es wird sich zeigen, inwieweit hier über das Naturschutzrecht die Projektierer von Erneuerbare-Energien-Anlagen für Einschnitte bei der EEG-Vergütung eine Teilkompensation finden, beschrieb *Fest* einen durchaus beachtlichen Teilaspekt der mit der Energiewende verbundenen Zukunftsfragen.

4 Vgl. bereits die Kritik des damaligen Präsidenten des BVerwG Eckart Hien auf der 27. Umweltrechtlichen Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht in Leipzig, DVBl 2004, 27.

5 Zu ihrer Einführung und zur Verabschiedung ihres Vorgängers Dr. h.c. Eckart Hien Stüer, DVBl 2007, 947. Zu den vorhergehenden Präsidentenwechseln Stüer, DVBl 1993, 750 (Sendler/Franßen); Stüer/Stengelhofen, DVBl 2003, 32 (Franßen/Hien).

6 Zweites Gesetz über Maßnahmen zur Beschleunigung des Netzausbaus Elektrizität v. 23.07.2013 (BGBl I 2543).

7 Verordnung über die Zuweisung der Planfeststellung für länderübergreifende und grenzüberschreitende Höchstspannungsleitungen auf die Bundesnetzagentur (Planfeststellungszuweisungsverordnung – PfZV).

Bedeutsam sind auch die verfassungsrechtlichen Fragestellungen. In der öffentlichen Wahrnehmung stand dabei der Ausstieg aus der energiewirtschaftlichen Nutzung der Atomenergie an einer herausgehobenen Stelle. Mit diesen Fragen hatte sich bereits die 19. Jahrestagung eingehend befasst.<sup>8</sup> Das vom BVerwG<sup>9</sup> inzwischen durch die Nichtzulassung der Revision bestätigte Urteil des VGH Kassel<sup>10</sup> nahm Prof. Dr. Georg Hermes in seinem Beitrag zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen der Energiewende eher zurückhaltend auf.

Unmittelbar nach der Atomkatastrophe von Fukushima hatte die Bundesregierung den Atomausstieg und für die sieben ältesten Kraftwerke ein dreimonatiges Moratorium beschlossen, das von den Landesregierungen in entsprechenden Stilllegungsverfügungen umgesetzt wurde. Zum Atomkraftwerk Biblis hatten die Kasseler Verwaltungsrichter dem Wiesbadener Wirtschaftsministerium sowohl eine nicht durchgeführte Anhörung des Kraftwerksbetreibers als auch eine unzureichende Befassung mit den atomrechtlichen Rechtsgrundlagen und den dort enthaltenen Begründungserfordernissen bei einem angenommenen Gefahrenverdacht und den dann erforderlichen Ermessenserwägungen ins Stammbuch geschrieben.

Das BVerwG hat die Nichtzulassungsbeschwerde bereits aus dem einen der beiden selbständig tragenden Gründe einer fehlenden Anhörung nach § 19 Abs. 3 AtG zurückgewiesen und die Schuld dafür trotz der Einflussmöglichkeiten der Bundesauftragsverwaltung wohl eher der hessischen Landesregierung in die Schuhe geschoben. Auf die Frage, ob auch der zweite Grund einer materiellen Rechtswidrigkeit getragen hätte, kam es da für die Leipziger Richter nicht mehr an.

Das kann Folgen haben. Denn durch die Beschwerdezurückweisung ist das Urteil des VGH Kassel insgesamt rechtskräftig und damit sind es auch die tragenden Entscheidungsgründe, zu denen wohl auch die Rechtswidrigkeit des dreimonatigen Moratoriums gehören dürfte. Vielleicht hilft dem Land da nur noch der bei Amtshaftungsansprüchen unter bestimmten Voraussetzungen anerkannte Grundsatz des rechtmäßigen Alternativverhaltens<sup>11</sup>, um den Kopf noch aus der haftungsrechtlichen Schlinge zu ziehen, wurde am Rande der Tagung in der Wandelhalle mit einigem Stirnrunzeln überlegt. Auch dem Atomausstieg durch die 13. AtG-Novelle und der darin liegenden doppelten Rolle rückwärts erteilte Hermes keine guten Noten. Gleichwohl hielt er die von den Energiekonzernen beim BVerfG anhängigen Verfassungsbeschwerden für wenig aussichtsreich. Veränderte politische Bewertungen müssten ihre Rechtfertigung nicht in einer veränderten Sachlage finden, beschied der Frankfurter Hochschullehrer die Beschwerdeführer.

Im Bereich der Finanzierung des Ausbaus der Erneuerbaren Energien setzte sich Hermes auch bei einer verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Bewertung für einen weiten Spielraum ein. Wenn der Gleichbehandlungsgrundsatz beachtet werde, bilde das Verfassungsrecht keine allzu großen Schranken. Die »Kohlepennig«-Entscheidung des BVerfG<sup>12</sup> könne nicht dazu dienen, die EEG-Umlage als unzulässige Sonderabgabe zu bewerten. Die Umlage sei keine öffentlich-rechtliche Abgabe, sondern werde ohne unmittelbare Einschaltung der staatlichen Organisation ausschließlich zwischen juristischen Personen des Privatrechts ausgetauscht<sup>13</sup>. Problematischer sei

allerdings die Privilegierung stromintensiver Unternehmen, die auf ein verfassungsrechtlich und energiepolitisch vernünftiges Maß zurückgeschraubt werden müsse.

Vor dem Hintergrund der föderalen Staatsverfassung sah Hermes die mit der Energiewende verbundene Bundesfachplanung kritisch. Denn die Bundesplanung dürfe sich nicht über Länderinteressen hinwegsetzen. Angesichts des erheblichen Aufgabenzuwachses der Bundesnetzagentur (BNetzA) müsse die demokratische Legitimation dieses zentralen Akteurs der Energiewende ausgebaut werden. Gerade im Bereich der Netzentwicklungsplanung mit ihren regulierungsrechtlichen Konsequenzen für die Übertragungsnetzbetreiber und mit ihren planungsrechtlichen Vorwirkungen für die nachfolgende Bundesfachplanung und Planfeststellung müssten deshalb die mittel- und langfristigen energiepolitischen Ziele (§ 12a Abs. 1 EnWG) maßgeblich politisch und demokratisch legitimiert gesteuert werden.

In der von RA & FAVerwR Prof. Dr. Klaus-Peter Dolde (Stuttgart) geleiteten Diskussion standen zunächst Finanzierungsfragen im Vordergrund. Mehrfach wurde die EU-Kommission davor gewarnt, sich von der Rechtsprechung des EuGH in der Preußen Elektra-Entscheidung<sup>14</sup> abzusetzen und weite Teile der Energiewende dem europäischen Beihilferecht zu unterwerfen. Denn nach dieser EuGH-Entscheidung sind nur solche Vorteile als Beihilfen im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag anzusehen, die unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt werden. Wenn der Gesetzgeber eine erstinstanzliche Zuständigkeit des BVerwG begründe, dann liege darin zugleich auch die Ermächtigung für das BVerwG zur Überprüfung des einschlägigen Landesrechts, machte der wissenschaftliche Leiter der Tagung Quaa klar.

### 3. Planfeststellung und Energienetzplanung im System des NABEG

Nach Vorliegen des Bundesbedarfsplangesetzes 2013 hat die Bundesfachplanung eine zentrale Stellung im System des Energienetzausbaus. In der Bundesfachplanung werden von der BNetzA Trassenkorridore für Höchstspannungsleitungen mit weitgehenden Bindungswirkungen für die nachfolgenden Verfahren festgelegt. Dabei ist zu prüfen, ob der Verwirklichung des Vorhabens in einem Trassenkorridor überwiegende öffentliche oder private Belange entgegenstehen. Auch ernsthaft in Betracht kommende Alternativen von Trassenkorridoren sind zu prüfen (§ 5 Abs. 1 NABEG). Hierzu ist eine strategische Umweltverträglichkeitsprüfung mit einer entsprechenden Behörden- und Öffentlichkeitsbeteiligung (§ 9 NABEG) sowie einem Erörterungstermin (§ 10 NABEG) durchzuführen (§ 5 Abs. 2 NABEG). Die für das nachfolgende Planfeststellungsverfahren verbindliche Entscheidung (§ 12 NABEG) ist bekannt zu geben und zu veröffentlichen (§ 13 NABEG). Bundesfachplanungen haben dabei grundsätzlich Vorrang vor Landesplanungen (§ 15 Abs. 1 NABEG).

8 Stüer/Buchsteiner, DVBl 2013, 427.

9 BVerwG, Beschluss vom 20.12.2013 – 7 B 18.13 – Biblis.

10 VGH Kassel, Urteil vom 27.02.2013 – 6 C 824/11.T und 6 C 825/11.T – DVBl 2013, 726 – Biblis.

11 BGH, Urteil vom 19.03.2008 – III ZR 49/07 – NVwZ 2008, 815.

12 BVerfG, Beschluss vom 11.10.1994 – 2 BvR 633/86 – BVerfGE 91, 186 – DVBl 1995, 100 – Kohlepennig.

13 So auch OLG Hamm, Urteil vom 14.05.2013 – 19 U 180/12 – Rdnr. 29.

14 EuGH, Urteil vom 13.03.2001 – C-379/98 – Preußen-Elektra.

Die Entscheidung nach § 12 NABEG hat allerdings keine unmittelbaren Außenwirkungen und ersetzt auch nicht die Entscheidung über die Zulässigkeit der Ausbaumaßnahme (§ 15 Abs. 3 NABEG), die auf dieser Grundlage in der Planfeststellung (§ 18 NABEG) erfolgt und den Regelungen der §§ 72 VwVfG nachgebildet ist, erläuterte *Prof. Dr. Dr. Wolfgang Durner* die Rechtsgrundlagen der Energienetzplanung.

Die von der Bundesnetzagentur betriebene »Bundesfachplanung« entfaltet gegenüber der Planfeststellungsbehörde gleichsam die Wirkungen eines Raumordnungsziels, sodass diese an die gesamten Inhalte und Abwägungen der Bundesfachplanungsbehörde gebunden ist. Aus dieser Einordnung lassen sich auch das Prüfprogramm der Bundesfachplanung sowie Regeln zum Umgang mit Fehlern der Bundesfachplanung und der Berücksichtigung neuer Erkenntnisse ableiten, so der Bonner Hochschullehrer.<sup>15</sup> Und er erklärte das aus sechs Schritten bestehende Stufenmodell des NABEG wie folgt: Der Szenariorahmen (§ 12a Abs. 1 EnWG) und der Netzentwicklungsplan (§ 12b Abs. 1 EnWG) münden in den Bundesbedarfsplan (§ 12e Abs. 1 Satz 1 EnWG) (Phase I: Regulierte Bedarfsplanfestlegung). Die Bedarfsplanung (§§ 4 ff NABEG) und der Bundesnetzplan (§ 17 NABEG) bestimmen die Trassenkorridore (Phase II). Es folgt das Planfeststellungsverfahren (§§ 2 Abs. 2, 18 ff. NABEG) mit der Zulassung der Anlagen (Phase III).

Die gesetzlichen Regelungen sind nach den Worten des Planungsrechtlers allerdings nicht unproblematisch. Vor allem die recht frühe Festlegung auf die Korridore kann mit erheblichen Problemen verbunden sein – insbesondere deshalb, weil auf vergleichsweise höherer Planungsstufe eine weitgehende Konfliktbewältigung erfolgen muss und durch die Bindung für das nachfolgende Planfeststellungsverfahren Korrekturmöglichkeiten vor allem hinsichtlich des Trassenverlaufs aufwändig sind. So seien Einwendungen in der Öffentlichkeitsbeteiligung oder auch der Erörterungstermin im Planfeststellungsverfahren mit der Hypothek belastet, dass die eigentlichen Grundsatzentscheidungen zur Trasse einschließlich der Alternativenprüfung bereits auf der vorangehenden Ebene der Bundesfachplanung getroffen und für die Planfeststellung bindend seien. Diese den Raumordnungszielen vergleichbare Bindung, die auf der Ebene der Planfeststellung eine eigenständige Abwägung nicht mehr ermögliche, werfe grundlegende Fragen nach dem Selbstverständnis der Planfeststellung auf, fügte der Staatsrechtslehrer hinzu.

In der von RA & FAVerwR *Prof. Dr. Peter Kothe* (Stuttgart) geleiteten *Diskussion* erhielt Durner von verschiedenen Teilnehmern lebhaft Zustimmung. Werde die planerische Entscheidung bereits auf einer höheren Ebene getroffen, dann könne das nicht nur in den Bereichen zwingender Vorgaben wie etwa beim europäischen Gebietschutz, sondern vielleicht auch im Artenschutz problematisch sein. Auch die Eigentumsbelange dürften nicht einfach auf der Stecke bleiben. Das Konzept des NABEG sei daher nicht unproblematisch. Tagungsleiter *Quaas* machte unter Verweis auf das Garzweiler-Urteil<sup>16</sup> des BVerfG zugleich auf verfassungsrechtliche Bedenken aufmerksam, wenn Rechtsschutzmöglichkeiten erst zu einem vergleichsweise späten Zeitpunkt eröffnet würden. *Durner* hielt es auch für problematisch, mit einer »großen Ketchup-Flasche« eine mehrfache Öffentlichkeitsbeteiligung durchzuführen, in Wahrheit aber den »Wutbürger« am Ende

durch permanente Beteiligungen einsam und müde zurückzulassen.

#### 4. Energie aus der Tiefe – Geothermie und Fracking

Bodenschätze spielen auch in Zeiten der Energiewende immer noch eine große Rolle. Zunehmende Aufmerksamkeit ziehen dabei unkonventionelle Bodenschätze auf sich, zu denen die Nutzung von Erdwärme durch Geothermie und die unkonventionelle Erdgasförderung durch das umstrittene »Fracking« stehen. Als unkonventionelles Erdgas werden dabei solche Gasvorkommen bezeichnet, die nicht in freier Gasphase im Gestein vorkommen, sondern die mit hohem technischem Aufwand aus durchlässigen Gesteinen gefördert werden müssen, beschrieb RA *Dr. Markus Deutsch* (Bonn) die Besonderheiten dieser Form der Gasgewinnung. Hierzu werden Vertikalbohrungen niedergebracht und im Zielhorizont horizontal abgesenkt. Durch Stimulierungsmaßnahmen werden Wegsamkeiten im Gestein geschaffen, über die das Gas der Bohrung zuströmt und gefördert werden kann. Neu ist diese Technik zwar nicht. Sie ist jedoch – wie auch Erfahrungen aus den USA zeigen – nicht ganz unproblematisch.

Die Zulassungsentscheidungen unterliegen dem Bergrecht und damit einem Regime gebundener Entscheidungen. Allerdings dürfen von dem Vorhaben keine gemeinschädlichen Wirkungen ausgehen (§ 55 Abs. 1 Nr. 9 BBergG). Zugleich kann die Zulassung eines Vorhabens versagt werden, wenn überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen (§ 48 Abs. 2 BBergG). *Deutsch* widmete sich der Frage, ob auch angesichts der verschiedenen gegen diese Gewinnungstechniken vorgebrachten Bedenken ein Anspruch auf entsprechende bergrechtliche Zulassungen besteht. Besondere Schwierigkeiten kann dabei auch das Wasserrecht bereiten, zumal hier ein Bewirtschaftungsermessens feste Zulassungsansprüche einschränkt. Vor diesem Hintergrund wird die Nutzung dieser Bodenschätze wohl in erster Linie davon abhängen, ob die Fachgutachter eine hinreichende Unbedenklichkeit dieser Gewinnungsmethoden bescheinigen können.

#### 5. (Re-)Kommunalisierung kommunaler Energieträger

Nach einer Zeit der Privatisierung kommunaler Aufgaben gibt es Anzeichen dafür, dass sich der Trend umkehrt. Die Flucht in die öffentlichen Organisationsformen gewinnt offenbar an Bedeutung. Derartige Entwicklungen werden nicht nur im Bereich der Rekommunalisierung öffentlicher Aufgaben beobachtet, sondern auch in dem wachsenden Interesse der staatlichen und vor allem kommunalen Organisationen, die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben wieder in eigene Hände zu nehmen.

Allerdings wird der Regimewechsel von der privatrechtlichen in eine öffentlich-rechtliche Organisationsform nicht immer problemlos gelingen, da hierdurch zumeist auch ein anderes Rechtsregime einschlägig wird, erläuterte *Prof. Dr. Christoph Brüning*. Dabei hat die öffentliche Hand hinsichtlich der Aufgabenerledigung eine grundsätzliche Organisationshoheit.

<sup>15</sup> Durner, DVBl 2013, 1564.

<sup>16</sup> BVerfG, Urteil vom 17.12.2013 – 1 BvR 3139/08, 1 BvR 3386/08 –; vgl. bereits Stüer, StuGR 1996, 264.

Der bestehende Gestaltungsspielraum muss allerdings sachgerecht ausgeübt werden. Das Recht auf gute Verwaltung in Art. 41 der Charta der Grundrechte etwa kann Leitlinien aufzeigen, aus denen sich die gewählten Organisationsformen rechtfertigen müssen. Auch das Vergaberecht, die Dienstleistungsrichtlinie sowie das Kartellrecht (Art. 101 ff. AEUV) können bedeutsam sein. Vor allem das Diskriminierungsverbot und das Transparenzgebot gewährleisten, dass die öffentliche Hand widerstreitende Interessen und auch private Anbieter in den Vergabeentscheidungen sachgerecht berücksichtigt. Dies hat der Kartellsenat des BGH in einem Streit um die Vergabe von Wegenutzungsrechten bestätigt. Gemeinden müssen danach auch im Falle der Übertragung an einen Eigenbetrieb den Konzessionär für ihr Stromnetz in einem diskriminierungsfreien und transparenten Verfahren auswählen.<sup>17</sup> Eine generelle Umorganisation der Energiewirtschaft gar mit einer Flucht in die öffentlich-rechtliche Organisationsform ist – so der Inhaber des Kieler Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaften – nicht in Sicht. In Einzelfällen wird es allerdings zu einem Wechsel der Organisationsform kommen – vor allem dann, wenn sich die öffentliche Hand Gewinnmitnahmeeffekte ausrechnet.<sup>18</sup>

Der Wechsel von einem privatrechtlichen zu einem öffentlich-rechtlichen Rechtsregime hat vor allem auch handfeste finanzierungsrechtliche Folgen, die RA *Prof. Dr. Marcus Arndt* (Kiel) behandelte. Für öffentlich-rechtliche Organisationsformen steht traditionell ein Anschluss- und Benutzungszwang zur Verfügung; als öffentlich-rechtliche Entgeltformen können Benutzungsgebühren und Beiträge erhoben werden.

Besondere Fragen wirft die Übernahme von Netzen für die Strom- oder Gasversorgung anlässlich der Neuvergabe von Wegekonzessionen gem. § 46 Abs. 3 EnWG auf. Ein Anschluss- und Benutzungszwang kann bei einem öffentlichen Bedürfnis angeordnet werden, das etwa bei der Fernwärme anders als bei Strom und Gas bestehen kann. Mit den unterschiedlichen Rechtsverhältnissen sind zugleich Unterschiede durch die Erhebung öffentlich-rechtlicher Abgaben als Alternative zu privatrechtlichen Entgelten verbunden. Während die öffentlich-rechtlichen Gebühren an Maßstäbe der Kalkulation gebunden sind, werden privatrechtliche Entgelte nach den Grundsätzen des billigen Ermessens (§ 315 BGB) bestimmt. Bei marktbeherrschenden Unternehmen, die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder die von ihr verwaltet oder betrieben werden, können energiewirtschaftliche Leistungen der Daseinsvorsorge kartellrechtlichen Vorgaben unterliegen (§§ 19, 29 GWB).

In der von RA & FAVerWR *Prof. Dr. Christof Lenz* (Stuttgart) geleiteten *Diskussion* wurde am Beispiel der Görlitzer Marktordnung<sup>19</sup> allerdings darauf hingewiesen, dass bei kleineren Fehlern auch die Heranziehung auf öffentlich-rechtlicher Grundlage nicht ihre Basis verliere, sondern auch im Verwaltungsrecht das Verbot der ungefragten Fehlersuche<sup>20</sup> gelte. Aus Fehlspekulationen beim Unternehmenserwerb entstandene Verluste dürften nicht auf den Verbraucher abgewälzt werden.

## 6. Die neue Rechtsprechung zu Windenergieanlagen

Galten Anlagen der Windenergie zunächst nicht als privilegierte Außenbereichsvorhaben<sup>21</sup>, so begann ihr unaufhaltsa-

mer baurechtlicher Aufstieg mit der Baurechtsnovelle 1996 und der darin bundesrechtlich zum Jahresbeginn 1997 eingeführten Privilegierung. Dabei wurde das vom BVerwG<sup>22</sup> aus Anlass der Kölner Nassauskiesung entwickelte Steuerungsmodell vom Grundsatz her übernommen, allerdings weiter verfeinert. Die Windenergie wurde danach einerseits im Außenbereich privilegiert, andererseits aber in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB mit den Steuerungsmöglichkeiten des Darstellungsprivilegs verbunden. Die planenden Gemeinden wurden über Darstellungen im Flächennutzungsplan und die Träger der Raumordnung über entsprechende Ziele in Raumordnungsplänen in die Lage versetzt, die Standorte im jeweiligen Plangebiet zu bündeln und so auf die Steuerung der Standorte Einfluss zu nehmen. Zugleich musste allerdings in Fortführung der genannten BVerwG-Rechtsprechung eine substantielle Nutzung der Windenergie gewährleistet bleiben. Die gemeindlichen Entscheidungen durften nicht lediglich eine Feigenblatt-Planung darstellen.<sup>23</sup> Und in diesem Spannungsfeld liegt das Problem: Gelingt es dem Planungsträger nicht, auf der Grundlage einer umfassenden Konzeption ein mehrstufiges Prüfungssystem abzuwickeln oder ist gar der Windenergie am Ende nicht genügend Raum gegeben, dann platzt das Steuerungssystem wie ein auch nur an einer Stelle durch einen kleinen Nadelstich in sich zusammenfallender Luftballon<sup>24</sup>.

Mit dem Ziel, den Gemeinden Leitlinien für das Planungs-geschehen an die Hand zu geben<sup>25</sup>, wurde ein fünfstufiges Prüfungssystem entwickelt, das mit einer genauen Bestands-erfassung des gesamten Planungsraumes beginnt (Schritt 1: Bestandsaufnahme), sodann feste, der Abwägung nicht zugängliche Ausschlusskriterien anlegt (Schritt 2: harte Tabukriterien), im Anschluss daran den Raum durch aus einer Abwägung gewonnene Kriterien verringert (Schritt 3: weiche Tabukriterien) und die so ermittelten Weißflächen nach weiteren Abwägungskriterien zu den endgültig ausgewiesenen Flächen formt (Schritt 4: Konzentrationsflächen). Abschließend ist zu prüfen, ob die ausgewiesenen Flächen eine substantielle Nutzung der Windenergie gewährleisten (Schritt 5: Prüfprogramm substantielle Nutzung). Ist dies nicht der Fall, muss der Planungsträger wieder von vorn beginnen und insbesondere in den abwägungsgesteuerten Planungsschritten die Schrauben mit dem Ziel einer stärkeren Zulassung von Windenergieanlagen neu justieren<sup>26</sup>, erläuterte *Prof. Dr. Rüdiger Rubel* (Leipzig) das Stufensystem.

Was sich auf den ersten Blick als sinnvoller Ratschlag der Rechtsprechung darstellte, geriet aber mehr und mehr in die

17 BGH, Urteil vom 17.12.2013 – KZR 65/12 – Heiligenhafen.

18 Büning, DVBl 2009, 1539.

19 BVerwG, Urteil vom 17.04.2002 – 9 CN 1.01 – BVerwGE 116, 188 = DVBl 1002, 1409 – Kalkulationsfehler.

20 BVerwG, Urteil vom 07.09.1979 – IV C 7.77 – DVBl 1980, 230 – Fehlersuche.

21 BVerwG, Urteil vom 16.06.1994 – 4 C 20.93 – BVerwGE 96, 95 = DVBl 1994, 1141.

22 BVerwG, Urteil vom 22.05.1987 – 4 C 57.84 – BVerwGE 77, 300 = DVBl 1987, 1008 – Kölner Nassauskiesung.

23 BVerwG, Urteil vom 17.12.2002 – 3 C 15.01 – BVerwGE 117, 287 = DVBl 2003, 797 – Feigenblatt.

24 BVerwG, Urteil vom 13.03.2003 – 4 C 402 – BVerwGE 118, 33 = DVBl 2003, 1064 – Luftballon.

25 So schon Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, nunmehr 2. Aufl. 2013.

26 BVerwG, Urteil vom 13.12.2012 – BVerwGE 145, 231 = DVBl 2013, 507; Urteil vom 11.04.2013 – 4 CN 2.12 – NVwZ 2013, 489.

Gefahr, sich als Falle für eine verlässliche Konzentrationsplanung zu erweisen. Insbesondere die Festlegung der harten von vornherein bestehenden Planungshindernisse und der weichen erst durch Abwägung gesteuerten Kriterien ist oft schwierig – besonders dann, wenn die Einsortierung in harte oder weiche Kriterien von der Rechtsprechung detailreich überprüft und jeder Webfehler in der Beurteilung zu einem Zerplatzen der Windenergieplanung führen würde. So hatte etwa das OVG Münster dazu geraten, nur in klaren Fällen einen Ausschlussgrund den harten Kriterien zu unterwerfen und alle anderen Einschränkungen den weichen Kriterien zuzuordnen<sup>27</sup>. Gerade in dieser die Entscheidung allerdings nicht allein tragenden Auslegung war bei den Gemeinden die vielleicht nicht ganz unberechtigte Sorge entstanden, dass eine Ausschlussplanung zwar in der Theorie, nicht aber in der Praxis gelingen kann.

Der Vorsitzende des 4. Revisionsenats wirkte erwartungsgemäß beruhigend auf die Gemüter der kommunalen und regionalen Planungsträger ein und bestärkte erfreulicherweise den Eindruck, dass hier gemeindliche Beurteilungsspielräume bestünden. Das gelte auch bei der Abgrenzung der harten und der weichen Kriterien, die ohnehin einem gewissen Wandel unterliegen könnten. So würde offenbar heute auch ein Standort im Wald nicht mehr als harter Ausschlussgrund angesehen. In Zweifelsfällen sei der Planungsträger vielleicht gut beraten, wenn er nach dem Grundsatz einer schwäbischen Hausfrau verfare: »Doppelt genäht hält besser«<sup>28</sup>, also das Kriterium ggf. als hartes und nachfolgend auch als weiches Ausschlusskriterium in der Konzeptplanung absichere. Auch bei der Frage, ob die substanzielle Nutzung der Windenergie gegeben sei, könnten die Besonderheiten des jeweiligen Planungsraums berücksichtigt werden. Das BVerwG habe es daher abgelehnt, einen festen Prozentsatz im Verhältnis der potenziell geeigneten Flächen und den ausgewiesenen Konzentrationszonen anzugeben. Hier bestünden Beurteilungsspielräume der kommunalen und regionalen Planungsträger ebenso wie solche Beurteilungsspielräume nicht außer Acht lassende Kontrollen der Tatsachengerichte. Zugleich habe das BVerwG einen Weg eröffnet, die mit der Konzentrationsplanung verbundene Ausschlusswirkung mit einer Normenkontrolle zur gerichtlichen Prüfung zu stellen<sup>29</sup>. Wer allerdings solche zusätzlichen Rechtsschutzmöglichkeiten für sich in Anspruch nehmen wolle, müsse sich vielleicht auch mit der Jahresfrist des § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO anfreunden, die für die Erhebung der Normenkontrolle zeitliche Grenzen setze.

Im Planungsschadensrecht hat der Senat bisher eher Zurückhaltung walten lassen<sup>30</sup>. Wird durch eine Änderung der Planung einem Grundstück die Lage in einer Konzentrationszone entzogen, können allerdings möglicherweise Entschädigungsansprüche begründet sein<sup>31</sup> – vor allem deshalb, weil nicht doppelt abkassiert wird<sup>32</sup>. Denn bei der damaligen Ausweisung der Konzentrationszonen hat es für die im Übrigen ausgeschlossenen Flächen keine Entschädigungsgrundlage gegeben.<sup>33</sup>

In der *Diskussion* wurde nochmals die in der Koalitionsvereinbarung 2013 beabsichtigte Länderöffnungsklausel angesprochen. Wenn man die durch Landesregelungen angeordneten Abstände zu Wohnsiedlungen als harte Tabukriterien behandle, dann seien hierdurch Restriktionen festgelegt, an die sich die Planungsträger zu halten hätten. Die in § 15

Abs. 3 Satz 4 BauGB geregelte Verlängerung der Entscheidung um ein weiteres Jahr sei zwar von dem Vorliegen besonderer Umstände abhängig. Die Anforderungen hieran dürfen aber – so Rubel – nicht überspannt werden.

## 7. Europäisches Artenschutzrecht und Energiewende

Die Energiewende lässt vielleicht auch das Artenschutzrecht in einem neuen Lichte erscheinen<sup>34</sup>. Auf den ersten Blick könnte das Naturschutzrecht, unter dessen Dach sich auch das europäische Artenschutzrecht seit einiger Zeit etabliert hat, einen Hemmschuh für die Umsetzung der Energiewende bilden. RA Prof. Dr. Martin Gellermann (Westerkappeln) hielt allerdings die Zahl echter Konfliktfälle zwischen Artenschutz- und Energierecht für überschaubar. Das strenge Artenschutzrecht, das sich in den Verbotstatbeständen des § 45 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BNatSchG mit den Einschränkungen in § 45 Abs. 5 BNatSchG darstelle, müsse allerdings auch bei Vorhaben im Bereich der Energiewende beachtet werden. Das gelte für das Tötungsverbot bei signifikant erhöhten Tötungsrisiken<sup>35</sup> ebenso wie bei den übrigen Zugriffsverboten in § 44 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BNatSchG<sup>36</sup>. Auch die nach § 45 Abs. 5 BNatSchG möglichen Einschränkungen der Verbotstatbestände dürften nicht ausfern und setzen insbesondere das ordnungsgemäße Abarbeiten der Eingriffsregelung voraus<sup>37</sup>.

Zusätzliche Anforderungen werden bei der Inanspruchnahme der Ausnahmeregelung in § 45 Abs. 7 BNatSchG gestellt. Die Hürden der zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses und der zumutbaren Alternativen, die auch gewisse Abstiche von dem Vorhaben zur Wahrung der Integritätsinteressen einschließen<sup>38</sup>, dürften nicht einfach

27 OVG Münster, Urteil vom 01.07.2013 – 2 D 46/12.NE – DVBl 2013, 1 129 m. Anm. Stüer/Garbrock, DVBl 2013, 1134 – Büren.

28 Bover/Kindler, DVBl 2013, 488; Stüer, DVBl 2013, 509. In akademisch geprägten Haushalten kam gelegentlich, wenn Nadel und Faden ihre Dienste geleistet hatten, noch die Trost spendende Aufmunterung der künftigen Bügelfrau hinzu: »Frau Doktor – ich verspreche mich viel von's Bügeln.«

29 BVerwG, Urteil vom 26.04.2007 – 4 CN 2.06 – BVerwGE 128, 362 = DVBl 2007, 708. Zur mangelnden Zulässigkeit einer Normenkontrolle gegen Darstellung der Höhenbegrenzung BVerwG, Urteil vom 31.01.2013 – 4 CN 1.12 – Buchholz 310 § 47 VwGO Nr. 186.

30 BVerwG, Urteil vom 11.04.2013 – 4 CN 2.12 – NVwZ 2013, 489.

31 BVerwG, Beschluss vom 05.03.2013 – 4 B 40.12 –.

32 In der Nachkriegszeit war es üblich, dass die Hausangestellte den mit einer vorgehaltenen Mütze umherziehenden Müllkutschern (»Die Müllabfuhr wünscht frohe Weihnachten«) die von einem Obolus befreiende Antwort gab: »Ist schon jemand da gewesen«, was wiederum die ihre Mütze wieder aufsetzenden, sich trollenden Abfall- und Kreislaufwirtschaftler zu der Antwort beflügelte: »Ja dann nichts für ungut«. Und wenn die Dame des Hauses anschließend fragte: »Hat da nicht gerade jemand geschellt?«, konnte die treue Perle freimütig antworten: »Nicht dass ich wüsste« – nach dem Grundsatz englischer Dienstboten: »Tuet alles im Dunkeln, Eurem Herrn das Licht zu ersparen.«

33 Stüer/Stüer, NuR 2004, 341.

34 Grundlegend zum Artenschutz BVerwG, Urteil vom 11.01.2001 – 4 C 6.00 – BVerwGE 112, 321 = DVBl 2001, 646 – Magdeburger Polizeipräsidium; Urteil vom 16.03.2006 – 4 A 1075.04 – BVerwGE 125, 116 = DVBl 2006, 1373 – Flughafen Berlin-Brandenburg-International; Urteil vom 21.06.2006 – 9a 28.05 – BVerwGE 126, 166 = DVBl 2006, 1309 – Stralsund.

35 BVerwG, Urteil vom 12.03.2008 – 9 A 3.06 – BVerwGE 130, 299 = DVBl 2008, 1199 – Hessisch Lichtenau II; Urteil vom 09.07.2008 – 9 A 14.07 – BVerwGE 131, 274 = DVBl 2009, 259 – Nordumfahrung Bad Oeynhausen.

36 BVerwG, Urteil vom 12.08.2009 – 9 A 64.07 – BVerwGE 134, 308, 320 = DVBl 2010, 395 – Bielefeld-Steinhagen.

37 BVerwG, Urteil vom 14.07.2011 – 9 A 12.10 – BVerwGE 140, 149 = DVBl 2012, 34 – Freiberg.

38 Zum europäischen Gebietsschutz BVerwG, Urteil vom 27.01.2000 – 4 C 2.99 – BVerwGE 110, 302 = DVBl 2000, 814 – Hildesheim.

beiseitegeschoben werden. Das gelte auch für die zwingende Wahrung des bisherigen Erhaltungszustandes der Populationen. Bei Anlagen der Energieerzeugung werde es schwierig sein, die durchaus beachtlichen Hürden der Ausnahmevoraussetzungen zu überwinden. Leichter sei dies schon bei den großräumigen Stromtrassen, die eher wichtige Gründe des Gemeinwohls für sich in Anspruch nehmen könnten.

In der *Diskussion* wurde darauf hingewiesen, dass auch bei den nicht planungsrelevanten Arten die Anforderungen an die Bestandsaufnahme und die Prüfung der Verbotstatbestände nicht unterschätzt werden dürfe<sup>39</sup>. Auch dort könnten Ermittlungsdefizite in eine vorläufige Unzulässigkeit der Projektzulassung umschlagen. Zunehmend klarer wird wohl erkennbar, dass vor den Hintergründen der FFH- und Vogelschutz-RL der europäische Gebiets- und Artenschutz nach vergleichbaren Maßstäben gemessen werden. Allerdings stellt sich offenbar der europäische Artenschutz gegenüber dem europäischen Gebietsschutz als in der Tendenz immer noch als etwas leichter zu nehmende Hürde dar.

### 8. Bürgerentscheid – Bürgerbegehren

Nicht nur in der Nachfolge von Stuttgart 21 sind Bürgerbegehren und Bürgerentscheid in das Blickfeld einer breiteren Öffentlichkeit getreten. Daher haben sich die damit zusammenhängenden rechtlichen Fragestellungen auch für die Anwaltschaft zu einem durchaus dankbaren Dauerbrenner entwickelt. Die Rechtsgrundlagen dieser Instrumente liegen zwar im Kommunalrecht und gehören somit dem jeweiligen Landesrecht an. Doch es gibt Bezüge, die über die Ländergrenzen hinweg von allgemeinem Interesse sind. Bürgerbegehren und Bürgerentscheide auf Gemeinde- und Kreisebene sind Instrumente der sachunmittelbaren Demokratie. Unter Bürgerbegehren wird der Antrag auf Durchführung eines Bürgerentscheids verstanden, an dem sich dann auch Gegner beteiligen können, erläuterte RA Dr. Peter Neumann das Grundkonzept einer unmittelbaren demokratischen Beteiligung der Bürger. Solche Regelungen finden sich sowohl in den Gemeinde- als auch Kreisordnungen der Bundesländer. Dabei werden initiiierende und kassierende Bürgerbegehren unterschieden.

Die Zulässigkeitsvoraussetzungen von Bürgerbegehren und Bürgerentscheidungen haben länderübergreifende gemeinsame Strukturen. Der Gegenstand eines Bürgerbegehrens muss sich in den kommunalen Aufgabenbereich der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft einfügen und darf nicht unzulässig in Kompetenzen von Bund und Ländern eingreifen. Ein Bürgerbegehren kann nur von den Bürgern der Gemeinde und von den nach den Wahlgesetzen Wahlberechtigten – unterstützt durch entsprechende Unterschriftenlisten – eingeleitet werden. Besonders wichtig ist die richtige Formulierung der Frage auf den Unterschriftenbogen. Auch bei der Begründung des Bürgerbegehrens und dem Kostendeckungsvorschlag ist zumeist anwaltlicher Rat gefragt. Denn Fehler in dieser Anfangsphase des Bürgerbegehrens lassen sich zumeist später nicht mehr reparieren, machte Neumann deutlich. Gerade auch bei den Rechtsschutzmöglichkeiten ist eine geschickte anwaltliche Beratung wichtig, machte der Dresdener Verwaltungsrechtler klar.

### 9. Binnenstreitigkeiten innerhalb der Kommune

Komplizierte Rechtsfragen können sich auch bei Binnenstreitigkeiten innerhalb der Kommunen ergeben. Hier verwies RA Dr. Margarete Mühl-Jäckel (Potsdam) darauf, dass solche Organstreitverfahren in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung seit mehreren Jahrzehnten anerkannt sind. Nicht die allgemeine Rechtmäßigkeit des Handelns des beklagten Organs bildet den Prüfungsgegenstand, sondern die Wahrung der organschaftlichen Mitwirkungsbefugnisse. Dies schränkt den gerichtlichen Prüfungsumfang entsprechend ein.

In der von Vizepräsident Prof. Dr. Dr. Rennert (Leipzig) geleiteten *Diskussion* wurde vorgeschlagen, im Bereich des Bürgerbegehrens den Kostenvorschlag in kritischen Fällen mit einem ersten unmittelbaren Deckungsvorschlag und ersatzweise mit einer Kreditaufnahme sozusagen doppelt zu begründen. In welchem Umfang auch Beschlüsse in der Bauleitplanung Gegenstand eines Bürgerbegehrens sein können, ist nach Maßgabe des jeweiligen Landesrechts noch nicht überall abschließend geklärt, wofür das Beispiel der unklaren Rechtslage in Schleswig-Holstein angeführt wurde.

Zu den Binnenstreitigkeiten wies Rennert auf die Wahrung organschaftlicher Mitwirkungsrechte hin. Das einzelne Gremienmitglied müsse sich daher auch dagegen wehren können, wenn die Mehrheit Organkompetenzen an andere Entscheidungsträger verweise. Eine Gerichtsentscheidung, die solche Rechtsschutzmöglichkeiten scheitern lasse, sei daher nicht ganz unproblematisch, kommentierte Rennert ein Urteil des OVG Bautzen<sup>40</sup>. Tagungsleiter Quaas – zugleich Richter im Senat für Anwaltssachen beim BGH – fand es misslich, dass die Gemeinde zumeist die Kosten solcher Binnenstreitigkeiten trage – auch dann, wenn der Kläger das Verfahren verloren habe. Das sei allerdings nicht immer so, wurde über die Praxis der Gerichte berichtet.

### 10. Fortsetzung folgt

Mit vielen neuen Eindrücken und aktuellen Informationen konnten die Teilnehmer der Jahresarbeitsstagung in das noch junge Jahr starten. Auch bei dem nächsten Treffen am 23. und 24.01.2015, zu dem der Leiter der Jahresarbeitsstagung Quaas die Teilnehmer einlud, wird es gewiss gelingen, ein anspruchsvolles und hochkarätiges Programm zu erstellen. Für weiteren Informationsbedarf bieten sich auch weitere Tagungen aus dem umfangreichen Veranstaltungsprogramm des DAI an. Schon das überzeugende Berliner Debüt im Jahre 1990 – so wurde damals berichtet<sup>41</sup> – hat die Tagung zu einer festen Einrichtung werden lassen, deren Nutzen vor allem dann besonders groß ist, wenn – wie auch in diesem Jahr – neben der unverzichtbaren theoretischen Grundlegung die praxisbezogenen Hinweise ihr eigenes Gewicht erhalten.

39 BVerwG, Beschluss vom 28.11.2013 – 9 B 14.13 – B 474n – DVBl 2014, 237 m. Anm. Stüer/Stüer DVBl 2014, 241 zur Vorinstanz OVG Münster, Urteil vom 18.01.2013 – 11 D 70/09.AK und 11 D 74/09.AK – DVBl 2013, 374 m. Anm. Stüer/Stüer – Ortsumgehung Datteln.

40 OVG Bautzen, Urteil vom 19.04.2011 – NVwZ-RR 2011, 701.

41 Stüer, DVBl 1990, 469.