

## 19. Jahresarbeitstagung Verwaltungsrecht

### – Bericht über die Tagung des Deutschen Anwaltsinstituts e.V. vom 25. und 26.01.2013 in Leipzig –

von Rechtsanwalt und Notar Prof. Bernhard Stüer, Richter am BGH-Anwaltssenat, Münster/Osnabrück und Dipl.-Jur. Dirk Buchsteiner, Osnabrück/Berlin

Am letzten Wochenende im Januar 2013 war es wieder so weit: Ausgewiesene Experten aus Anwaltschaft, Rechtsprechung, Wissenschaft und Praxis informierten sich während der 19. Jahresarbeitstagung des Fachinstituts für Verwaltungsrecht des Deutschen Anwaltsinstituts e.V. (DAI) wie in den Vorjahren über wichtige Entwicklungen auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts<sup>1</sup>. Das Leipziger Treffen bot gleich zu Beginn mit dem Auftreten des Präsidenten des BVerfG Prof. Dr. Andreas Voßkuhle und dem Korreferat von Prof. Dr. Rüdiger Zuck zwei juristische Glanzlichter, die sich auch in den weiteren Vorträgen und Diskussionen fortsetzen sollten. So war es sicherlich auf die hochkarätigen Vortragenden in Deutschlands schönstem Gerichtsgebäude sowie auf die tagesaktuellen Themen zurückzuführen, dass Prof. Dr. Michael Quaaß (Stuttgart), der auch die Moderation verschiedener Themen übernommen hatte, sozusagen vor »ausverkauftem Haus« mehr als 250 Verwaltungs- und Verfassungsrechtler im Plenarsaal des BVerfG begrüßen konnte.

#### 1. Leipziger Grußworte

Der Anwalt ist ein unabhängiges Organ der Rechtspflege, umschreibt § 1 BRAO die Aufgaben der inzwischen knapp 160.000 schwarzgewandeten Robenträger, die sich bis zu den Bastille-Entscheidungen des BVerfG<sup>2</sup> doch zumeist eher als (privilegierte) »Standesvertreter« verstanden<sup>3</sup>. Inzwischen hat sich das Bild des Anwalts grundlegend gewandelt. In einer Berufswelt, die von überörtlichen Sozietäten, Werbemöglichkeiten und einem zunehmenden Grad an Spezialisierung geprägt ist, muss die Unabhängigkeit des Anwalts gestärkt werden. Dies gilt nicht nur gegenüber den anderen Organen der Rechtspflege und dem Staat im Sinne der »freien Advokatur«, beschrieb die Chefpräsidentin des BVerfG Marion Eckertz-Höfer (Leipzig) als Hausherrin des Leipziger Juristentempels das Selbstverständnis der Anwaltschaft und fügte hinzu: »Stärker als jemals zuvor muss es heute um Unabhängigkeit von privaten Dritten gehen, mitunter eben auch vom Mandanten«. Das sind schon starke Worte, die verdeutlichen, dass der Anwalt nicht eine Marionette ferngesteuerter Singularinteressen, sondern ebenso wie die Rechtsprechungsorgane der Rechtspflege verpflichtet ist. Der Anwalt ist zwar kein Teil der Justiz. Es besteht aber eine gemeinsame Verantwortung für die Rechtsordnung, fügte die oberste Verwaltungsrichterin hinzu. Rechtsanwälte und Richter müssen sich dabei auf Augenhöhe begehen.

Seit Jahren stammt von dem 16-köpfigen Richterkollegium des BVerfG kein Mitglied aus den Reihen der Anwaltschaft. Erst vor zwei Jahren sind gemeinsame intensive Bemühungen der beiden anwaltlichen Berufsorganisationen Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) und Deutscher Anwaltverein (DAV) wiederum gescheitert. Dr. Michael Krenzler (Freiburg), Vizepräsident der BRAK, rief den Wahlausschuss des Bundestages und den Bundesrat dazu auf, das Erfahrungswissen der Anwaltschaft als wohl sensibelsten Seismographen bei

der künftigen Besetzung der Richterstellen zu nutzen. Dem schloss sich auch der Präsident des BVerfG Prof. Dr. Andreas Voßkuhle (Karlsruhe/Freiburg) an. Er vermutete allerdings mit einem leichten Augenzwinkern, dass es für hochqualifizierte Anwälte wohl nicht besonders attraktiv sein könnte, von der Anwaltstätigkeit auf die Richterbank in Karlsruhe zu wechseln. Zuck sprach sich dafür aus, die Richter des BVerfG unmittelbar durch das Plenum des Bundestages wählen zu lassen.<sup>4</sup>

#### 2. Rechtsanwalt und BVerfG

Es erleichtert die Arbeit des Anwalts, wenn er die Linien des Gerichts kennt; das gilt auch für die Verfassungsgerichte. Doch wer schützt die Grundrechte eigentlich besser: das BVerfG oder der EGMR und kommt dem BVerfG nur die Aufgabe eines Durchlauferhitzers zu? So beschrieb Deutschlands höchster Richter Fragen, die sich im Spannungsfeld von Rechtsanwalt und BVerfG aber auch im Verhältnis der verschiedenen Gerichte stellen. Mehrere Grundrechtskataloge wie die in den einzelnen Mitgliedstaaten der EU und in der Charta der Grundrechte erweitern den Schutzrahmen; der Grat zwischen Übersichtlichkeit und Unübersichtlichkeit wird schmaler. Die Schutzwirkungen können sich allerdings auch gegenseitig relativieren. Zudem vergrößert ein mehrfacher Grundrechtsschutz die Kosten des Rechtsstaats. Nur schnelles Recht ist aber ein gutes Recht und lange Prozesse können den Schutz verringern. Das gilt auch für die Verfassungsgerichtsbarkeit, fügte Voßkuhle hinzu.

Zugleich äußerte er den Wunsch nach mehr Dialog zwischen den nationalen und europäischen Gerichten. Der EGMR sei gewiss gut beraten, wenn er sich ein Stückweit zurückhalte und die spezifischen Qualitäten der nationalen Gerichte beachte. Ein Rechtsraum von ca. 500 Mio. Menschen könne nicht einfach über einen grundrechtlichen Leisten geschlagen werden.

Durch den europäischen Integrationsprozess werden die nationalen Rechtssysteme überformt. In dem traditionell guten Verhältnis seines Hauses zum EuGH sah Voßkuhle die Aufgabe des BVerfG darin, dieses Anliegen zu begleiten, zugleich aber den eigenen europäischen Rechtsrahmen und Aufgabebereich zu wahren. Auf die eigenständige Reservespieler-Rolle des BVerfG, zu einer im GG angelegten Friedensordnung bei-

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 BVerfG, Beschluss vom 14.07.1987 – 1 BvR 537/81, 1 BvR 195/87 – BVerfGE 76, 171 = DVBl 1988, 188 – anwaltliches Standesrecht; Beschluss vom 14.07.1987 – 1 BvR 362/79 – BVerfGE 76, 196 – Werbeverbot.

3 Zum gewandelten Bild des Anwalts Stüer, NJW 1995, 2142; ders., Anwaltsblatt 2007, 431.

4 Wiefelspütz, DöV 2012, 961.

zutragen und den Integrationsprozess zu fördern, könne daher nicht verzichtet werden.

Das BVerfG kann nach eigenem Ermessen neben den Verfahrensbeteiligten auch sachkundigen Dritten Gelegenheit zur Stellungnahme geben (§ 27a BVerfG). Nicht selten wird dabei auch den Berufsorganisationen der Rechtsanwälte (BRAK und DAV) Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt, deren Arbeit Zuck in dem Bemühen, einen Brückenschlag zwischen der unterschiedlichen Sichtweise von Verfassungsrichtern und Anwaltschaft zu gewährleisten, ein ausgesprochen gutes Zeugnis ausstellte. Dabei interessiert das Gericht offenbar nicht nur die Einschätzung der Anwälte zur verfassungsrechtlichen Rechtslage, sondern vielfach auch, welche Folgen sich aus der jeweiligen Streitentscheidung aus der Sicht der Erfahrungen der Anwaltschaft für die Praxis ergeben<sup>5</sup>. *Vofskuhle* rief die Anwaltschaft daher dazu auf, ihre Erfahrungen über die Rechtswirklichkeit in die verfassungsgerichtlichen Verfahren einzubringen, wobei er als Beispiele die Privatisierung des Maßregelvollzugs<sup>6</sup> oder den »Deal« im Strafprozess<sup>7</sup> nannte.

Mit durchaus vorzeigbaren Gründen sprach sich *Vofskuhle* für eine »Mutwillensgebühr« aus, die folgende Kernpunkte umfasst: Ist eine Verfassungsbeschwerde nach einer ersten Prüfung des Gerichts offensichtlich aussichtslos, wird dies dem Beschwerdeführer mitgeteilt und die weitere Bearbeitung von der Zahlung einer angemessenen Gebühr abhängig gemacht. Das gibt dem Beschwerdeführer Gelegenheit, seine Verfassungsbeschwerde im Lichte der Ersteinschätzung des Gerichts und der zu zahlenden Gebühr nochmals zu überdenken. Eine solche Neuregelung kann, wenn von ihr behutsam Gebrauch gemacht wird, trotz der Kritik von Zuck<sup>8</sup> und einer gleichgerichteten Stellungnahme der BRAK<sup>9</sup> durchaus berechtigte Entlastungseffekte haben.<sup>10</sup>

Nicht nur im Hinblick auf die geringe Erfolgsquote von weniger als 2 % aller ca. 6 000 jährlich eingelegten Verfassungsbeschwerden ist die anwaltliche Arbeit nicht ganz einfach. Ein Anwalt, der sich (zumeist nur per Post) auf den Weg nach Karlsruhe begibt, steht daher oft im sprichwörtlichen Regen, beschrieb Zuck die Wahrnehmung der Anwaltschaft über das Wirken des höchsten deutschen Gerichts. Auch riet er wohl aufgrund eigener Erfahrungen davon ab, das Gericht anzurufen – telefonisch versteht sich. Anfang der 70er Jahre konnte es – wie an anderer Stelle bereits berichtet wurde<sup>11</sup> – auch schon mal geschehen, dass auf die telefonische Anfrage beim BVerfG, ob eine von einem bekannten Rechtsanwalt und renommierten Staatsrechtslehrer gegen die Eingemeindung der Geburtsstadt Hoffmann von Fallersleben eingelegte Verfassungsbeschwerde beim BVerfG eingegangen sei, der Geschäftsstellenmitarbeiter den Eingang nicht nur bereitwillig bestätigte, sondern leutselig hinzufügte: »Ich kann Ihnen auch gleich den Tenor mitteilen, wenn Sie das interessiert: Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen« – wie es dann auch einige Monate später ohne weitere Begründung schriftlich geschah.

Vor allem die Nichtannahmebeschlüsse werden vom Gericht zudem vielfach nicht weiter begründet. Die hierdurch dem Mandanten gegenüber nicht selten entstehende Erklärungsnot würde natürlich auch nicht gemindert, wenn das Gericht die Entscheidung mit dem Hinweis begründet, die Verfassungsbeschwerde sei unzulässig oder offensichtlich aussichtslos.

Die Bürgerbelange werden zwar in besonderem Maße berücksichtigt, entgegnete *Vofskuhle* in der von Prof. Dr. Christian Kirchberg (Karlsruhe) geleiteten Diskussion. Zugleich dürfe aber auch die Qualität der Rechtsprechung nicht leiden. Das BVerfG müsse daher vor einer Überlastung geschützt werden. Die Aufgabe des BVerfG bestehe nicht darin, in allen an das Gericht herangetragenen Fällen eine »letzte Gerechtigkeit« zu schaffen, so wie es ein Teilnehmer aus dem Plenum gefordert hatte, sondern das GG auszulegen und über dessen Einhaltung zu wachen. Nicht immer, wenn den Menschen Unrecht geschehen sei, liege darin auch schon eine Verletzung des Verfassungsrechts. Das BVerfG ist eben keine Superrevisionsinstanz.

### 3. Beamtenrechtliche Konkurrentenklage

Nach kanonischem Recht galten Konkurrentenklagen als von Neid (*Invidia*) und damit von einer der sieben Todsünden getragen. Wer klagt, gilt auch heute nicht gerade als Held, sondern schon eher als krasser Außenseiter, wusste Prof. Dr. Dr. hc. Ulrich Battis (Berlin), nicht nur aus dem Universitätsbetrieb zu berichten<sup>12</sup>. Und eines ist in aller Regel auch klar: Unterlegene Mitbewerber, die den Rechtsweg beschreiten, erhalten erfahrungsgemäß die Stelle ohnehin nicht. Notfalls wird in der zweiten Besetzungsrunde in letzter Minute ein hochdekoriertes, in der ganzen Welt erfahrener und über jeden Zweifel erhabene Superstar aus Amerika eingeflogen oder einfach aus dem Hut gezaubert. Schlimmer noch: Der unterlegene Kandidat erhält nicht selten einen lebenslangen EDEKA-Vermerk (»Ende der Karriere«). Aus dieser verfahrenen Situation war der Mitbewerber in aller Regel nur dann einigermaßen gerettet, wenn er seinen Konkurrentenstreit verlor und der Dienstherr ihm das dann ohne entsprechende Eintragungen in die Personalakte als großzügige Geste nicht weiter übel nahm.

Das war jedenfalls bisher so. Die Ernennung eines Beamten entfaltete gegenüber unterlegenen Mitbewerbern keine Drittwirkung. Und der Grundsatz der Ämterstabilität verhinderte, dass eine vorgenommene Ernennung nachträglich kassiert werden konnte.

Das sieht das BVerfG allerdings inzwischen etwas anders<sup>13</sup>, berichtete der seit September 2009 als Of Counsel bei Gleis Lutz tätige renommierte Verwaltungsrechtler. Dem unterlegenen Konkurrenten wird seit dem Konkurrentenstreit um das Amt des Präsidenten des OLG-Koblenz bis hin zum BVerfG ein umfassender Rechtsschutz gewährt. Vor der Ernennung wird den unterlegenen Mitbewerbern – wie erst kürzlich bei der designierten Verfassungsgerichts- und OVG-Präsidentin in Münster, die ihren Dienst daher erst Anfang März angetreten hat – die behördliche Auswahlentscheidung

5 Stüer, DVBl 2012, 651.

6 BVerfG, Urteil vom 18.01.2012–2 BvR 133/10 –.

7 BVerfG, Beschluss vom 05.03.2012 – 2 BvR 1464/1 –.

8 Schluckebier, ZRP 2012, 133; Zuck, ZRP 2012, 219.

9 Stellungnahme 3, Zu der vom BVerfG vorgeschlagenen Einführung einer Tätigkeitsgebühr für mutwillige Verfassungsbeschwerden (Mutwillensgebühr), Februar 2013.

10 Stüer, DVBl 2012, 651.

11 Stüer, DVBl 2012, 651.

12 Battis, Neukonzeption des beamtenrechtlichen Konkurrentenstreits, DVBl 2013, Heft 11.

13 BVerfG, Urteil vom 04.11.2010 – 2 C 16.09 – BVerwGE 138, 102 = DVBl 2011, 228 – OLG Koblenz.

mitgeteilt und ihnen Gelegenheit zu gerichtlichen Rechtschutzmöglichkeiten gewährt. Ob das wirklich etwas nützt, bleibt allerdings weiterhin offen, wie der hausinterne Streit im BGH um die Besetzung einer Vorsitzendenstelle in den Strafsenaten zeigt. Wer absolute Gerechtigkeit in der Stellenbesetzung sucht, darf sich nicht wundern, wenn er sich am Ende in der Nähe einer Michael Kohlhaas-Rolle wiederfindet.

Auch PräsBVerwG a.D. *Dr. Dr. h.c. Eckart Hien* warnte in der *Diskussion* vor ausufernden Konkurrentenklagen. Zudem seien die Selbsteinschätzungen des Bewerbers oft meilenweit von der objektiven Bewertung entfernt. Diese Einschätzung brachten auch verschiedene Gerichtspräsidenten und Behördenleiter im Vorfeld der Tagung in Hintergrundgesprächen zum Ausdruck. Konkurrentenklagen könnten allerdings ein wirksames Mittel gegen Ämterpatronage sein, gab *Battis* demgegenüber zu bedenken.

#### 4. Einfluss des Europarechts auf das Verwaltungsverfahren

Einen breit angelegten Überblick über die Einfallstore des Europarechts auf das nationale Verwaltungsrecht lieferte RA in *Dr. Sigrid Wienhues* (Hamburg). Sie bot nicht nur mehr Durchblick im Regelungsgewirr des Unionsrechts, sondern befasste sich auch mit der Frage, wie und wann der EuGH ins Spiel kommt.

Im Zentrum ihres Vortrags standen der Zugang zu Informationen und die Klagemöglichkeiten nach dem UmwRG<sup>14</sup>. Die der Trianel-Entscheidung<sup>15</sup> geschuldete Anpassung ist inzwischen in Kraft getreten<sup>16</sup>. Ziel ist hierbei die völkerrechts- und europarechtskonforme Ausgestaltung und Erweiterung des Verbandsklagerechts durch den Wegfall der Schutznormakzessorität und die Rügemöglichkeit in Hinblick auf sämtliche Normen des europäischen aber auch nationalen Umweltrechts (§ 2 UmwRG). Eine Verletzung von Rechten Einzelner ist für die Verbandsklage nicht mehr erforderlich (§ 2 Abs. 5 UmwRG).

Zugleich ist zur Verfahrensverkürzung und durch flankierende Maßnahmen zum Schutz von Vorhabenträgern rechtlich nachgesteuert worden (§ 4a UmwRG). Inhaltlich geht es dabei um die Einführung einer allerdings durch den Vorsitzenden oder den Berichterstatter auf Antrag verlängerbaren sechswöchigen Klagebegründungspflicht (Abs. 1) und eine geringere Überprüfbarkeit von Beurteilungsermächtigungen behördlicher Entscheidungen (Abs. 2). Soweit der Verwaltungsbehörde bei der Anwendung umweltrechtlicher Vorschriften eine Beurteilungsermächtigung eingeräumt ist, ist eine behördliche Entscheidung im gerichtlichen Verfahren nur noch daraufhin zu überprüfen, ob (1) der Sachverhalt vollständig und zutreffend erfasst wurde, (2) die Verfahrensregelungen und die rechtlichen Bewertungsgrundsätze eingehalten wurden, (3) das anzuwendende Recht verkannt wurde oder (4) sachfremde Erwägungen vorliegen. Zudem wird der Prüfungsmaßstab im einstweiligen Rechtsschutz auf die Prüfung der Frage begrenzt, ob im Rahmen einer Gesamtabwägung ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes bestehen (Abs. 3). Mit dieser Formulierung wird die aus dem Berufungszulassungsverfahren bekannte Formulierung (§ 124 Abs. 2 VwGO) zugunsten der Behörde sozusagen umgedreht.<sup>17</sup>

#### 5. Vergaberecht und Städtebau

Die Vergaberichtlinie<sup>18</sup> und deren Umsetzung im § 99 GWB hatte seit der Ahlhorn-Entscheidung des OLG Düsseldorf<sup>19</sup> bei vielen Städten und Gemeinden zu der Befürchtung geführt, auch städtebauliche Verträge europaweit ausschreiben zu müssen. Denn das Gericht hatte die Bundesrepublik Deutschland zu einem Auftraggeber eines öffentlichen Bauauftrags erklärt, obwohl der Bund lediglich das Gelände verkaufen wollte, auf dem sich der nutzlos gewordene Fliegerhorst Ahlhorn befand. Bei den Verhandlungen hatte der Bund den Fehler gemacht, darauf zu bestehen, dass bei der künftigen Bebauung bestimmte städtebauliche Interessen der Gemeinde Großenkneten berücksichtigt werden, die nach der Entwidmung des Fliegerhorstes die Planungshoheit zurückhalten sollte, berichteten RiOLG *Hermann Summa* (Koblenz) und RA *Dr. Olaf Otting* (Frankfurt a.M.).

Die Wogen haben sich zwar inzwischen durch eine Entscheidung des EuGH<sup>20</sup> geglättet, allerdings bleiben noch einige offene Fragen, mit denen sich *Summa* befasste. Der EuGH hatte dabei hinsichtlich eines Kasernengeländes der benachbarten Stadt Wildeshausen klargestellt: Der Begriff »öffentliche Bauaufträge« im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Buchst. b der Vergabe-RL setzt zwar nicht voraus, dass die Bauleistung, die Gegenstand des Auftrags ist, in einem gegenständlichen oder körperlich zu verstehenden Sinn für den öffentlichen Auftraggeber beschafft wird, wenn sie diesem unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt. Die Ausübung von städtebaulichen Regelungszuständigkeiten durch den öffentlichen Auftraggeber genügt allerdings nicht, um diese Voraussetzung zu erfüllen. Auch ist erforderlich, dass der Auftragnehmer direkt oder indirekt die Verpflichtung zur Erbringung der Bauleistungen, die Gegenstand des Auftrags sind, übernimmt und dass es sich um eine nach den im nationalen Recht geregelten Modalitäten einklagbare Verpflichtung handelt. Demgegenüber reicht nicht aus, dass eine Behörde bestimmte, ihr vorgelegte Baupläne prüft oder in Ausübung ihrer städtebaulichen Regelungszuständigkeiten eine Entscheidung trifft.

Die Vergabe-RL ist daher nicht anzuwenden auf eine Situation, in der eine öffentliche Stelle wie die Bundesanstalt für Immobilienaufgaben ein Grundstück an ein Unternehmen veräußert, während eine andere öffentliche Stelle (Gemeinde) beabsichtigt, einen öffentlichen Bauauftrag in Bezug auf dieses Grundstück zu vergeben, auch wenn sie noch nicht for-

14 Siehe hierzu bereits Versteyl/Buchsteiner, I+E 2012, 73; Stüer/Bergt, DVBl 2012, 443.

15 EuGH, Urteil vom 12.03.2011 – Rs. C-115/09 – DVBl 2011, 757 = UPR 2011, 268 – Trianel, auf eine entsprechende Vorlage des OVG Münster, Beschluss vom 05.03.2009 – 8 D 58/08.AK – DVBl 2009, 654 –; im Anschluss: OVG Münster, Urteil vom 01.12.2011 – 8 D 58/08.AK – DVBl 2012, 344 m. Anm. Stüer/Stüer, 345; BVerwG, Beschluss vom 05.09.2012 – 7 B 24.12 – DVBl 2012, 1 568 m. Anm. Stüer/Stüer, DVBl 2012, 1569 – Kraftwerk Lünen Trianel; OVG NRW, Urteil vom 18.01.2013 – 11 D 70/09.AK – B 474n – DVBl 2013, Heft 6 – Ortsumgehung Datteln m. Anm. Stüer/Stüer.

16 UmwRG, geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 21.01.2013, BGBl. I 95.

17 Zur Kritik an dieser Neuregelung Eckertz-Höfer, DVBl 2013, Heft 8.

18 Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge.

19 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.06.2007 – VII-Verg 2/07 – ZfBR 2008, 102 – Flughafen Ahlhorn; aufgegeben durch Beschluss vom 09.06.2010 – VII Verg 9/10 – ZfBR 2010, 602 – Haan.

20 EuGH, Urteil vom 25.03.2010 – Rs. C-451/08 – NJW 2010, 2189 – Wildeshausen.

mell beschlossen hat, den entsprechenden Auftrag zu erteilen. Dem Vergaberecht unterliegen daher nur Vereinbarungen, die unter eine der drei Alternativen des § 99 Abs. 3 GWB fallen, also insbesondere eine Bauleistungsverpflichtung enthalten, die dem Auftraggeber wirtschaftlich unmittelbar zugutekommt (§ 99 Abs. 3 Alt. 3 GWB). Das Auftragsselement setzt weiter voraus, dass der Investor eine einklagbare konkrete Bauverpflichtung übernimmt und die Kommune ein eigenes, unmittelbares wirtschaftliches Interesse an der Ausführung der Bauleistung hat. Bei gemischten Verträgen muss der Bauauftrag der Hauptgegenstand sein. Die Kommune muss an den Investor eine geldwerte Gegenleistung für die Bauleistung erbringen, machte *Summa* klar.

Für *Otting* ist die Abgrenzung vergabepflichtiger Aufträge in der Praxis allerdings noch nicht abschließend geklärt. So würden kreativ Bauaufträge mit Grundstückstransaktionen verbunden, um zur Nichtanwendung des Vergaberechts zu gelangen. Bei derartigen gemischten Verträgen komme es wohl auf den Schwerpunkt der vertraglichen Vereinbarungen an.

Auf die auch in der *Diskussion* angesprochenen Abgrenzungsfragen wurde der Praxis vom Podium der Ratschlag mitgegeben, sich lieber ausschreibungsoffen zu verhalten und Planungen und später die Vergabe unionsweit bekannt zu machen. Denn hierdurch seien die Kommunen auf der sicheren Seite. Interessenten könnten sich in einem freien Verfahren melden. Dies würde spätere Rechtsstreitigkeiten vor den Vergabekammern verringern. Auch Probleme mit der EU-Kommission könnten so vermieden werden.

## 6. Entscheidungen zum Fachplanungsrecht

Auch im laufenden Jahr 2013 stehen in Leipzig auf dem Gebiet des Planfeststellungsrechts wichtige Grundsatzentscheidungen an, gab VRiBVerwG Prof. Dr. Rüdiger Rubel in seinem Überblick über das aktuelle Planfeststellungsrecht einen Ausblick auf das künftige Rechtsprechungsgeschehen<sup>21</sup>. Der 7. Senat wird sich mit der Weser<sup>22</sup> und der Elbevertiefung<sup>23</sup> befassen und dabei prüfen, ob die Verträglichkeits- und Abweichungsprüfung nach Art. 6 Abs. 3 und 4 Habitatrichtlinie gelungen ist. In weiteren Verfahren geht es um die Energieverwendung und um Planfeststellungsverfahren zu Höchstspannungsfreileitungen, die von der erstinstanzlichen Zuständigkeit des BVerwG erfasst sind. In dem die Thüringer Strombrücke betreffenden Verfahren wird um die Wirksamkeit der gesetzlichen Bedarfsfeststellung, um umweltrechtliche Fragen und um Technikalternativen gestritten<sup>24</sup>. In Verfahren zum Schienenausbau stehen Fragen des Lärmschutzes bei der S-Bahn München und im Anschluss an den Oldenburger Bahnvergleich<sup>25</sup>, zur Ausbaustrecke Oldenburg-Wilhelmshaven<sup>26</sup> im Vordergrund. Der 9. Senat wird zahlreiche Verfahren zu Autobahnplanfeststellungen zu entscheiden haben. Sie betreffen Klagen von Naturschutzvereinigungen gegen Neubauschnitte der A 44<sup>27</sup>, der A 49<sup>28</sup> und der A 14<sup>29</sup> sowie von verschiedenen Klägern gegen die Nord-West-Umfahrung Hamburg<sup>30</sup> und den Neubau der A 72 zwischen Borna und Rötha<sup>31</sup>. Auch die Waldschlösschenbrücke in Dresden<sup>32</sup> wird den 9. Senat in einem Revisionsverfahren von Naturschutzverbänden beschäftigen.<sup>33</sup>

## 7. BauGB-Novelle 2013

Die bereits seit den Berliner Gesprächen 2010 angekündigte BauGB-Novelle, die an die Klimanovelle 2011 anschließt<sup>34</sup>, ist inzwischen im Jahr 2013 angekommen. Und auch jetzt ist noch nicht ganz sicher, wann sie verabschiedet wird. Die Zielvorstellung bleibt auch weiterhin eine klimagerechte und bodenschonende Entwicklung des Städtebaurechts. Die Nachverdichtung soll gestärkt und der Flächenverbrauch verringert werden. Der Innenentwicklung diene bereits § 13a BauGB für Bebauungspläne der Innenentwicklung – allerdings nicht durch weitere Appelle, sondern durch den Wegfall der Umweltprüfung und der nicht anwendbaren naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung.<sup>35</sup>

Eine große Reform, wie dies etwa mit der Einführung des BauGB im Jahre 1986 beabsichtigt war, der von den maßgeblichen Vertretern des damaligen Bauministeriums<sup>36</sup> ein Bestand für mindestens 100 Jahre vorhergesagt wurde, wird die jetzt eingeleitete Novelle nicht haben. Da sind sich alle Experten einig.

Aber einige nützliche Regelungen stehen schon auf dem Programm, über die Rechtsanwalt Prof. Dr. Michael Uechtritz (Stuttgart) berichtete. Neben der Ergänzung der Klimanovelle 2011 soll die Bodenschutzklausel gestärkt und damit die BauGB-Novelle 2007<sup>37</sup> mit dem Bebauungsplan der Innenentwicklung fortgeschrieben werden. In der Bauleitplanung soll die Mediation durch einen Dritten ausdrücklich erwähnt (§ 4b BauGB-E) und die Möglichkeit eröffnet werden, im Flächennutzungsplan zentrale Versorgungsbereiche darzustellen (§ 5 Abs. 2 Nr. 2d BauGB-E). Auch soll ein einfacher Bebauungsplan für Vergnügungsstätten aufgestellt werden können (§ 9 Abs. 2b BauGB-E). Die Regelungen über den Erschließungsvertrag in § 124 BauGB sollen in die der städtebaulichen Verträge in § 11 BauGB integriert werden<sup>38</sup>. § 34 Abs. 3 BauGB soll mit dem Ziel der Nutzungsänderung oder Erneuerung eines zulässigerweise errichteten Gewerbe- oder Handwerksbetriebs zu Wohnzwecken erneut erweitert wer-

21 Rubel, Über Weser und Elbe zum Flughafen Frankfurt. Neuere Rechtsprechung des BVerwG im Planfeststellungsrecht, DVBl 2013, Heft 8.

22 BVerwG, 7 A 15–17.11 und 7 A 20–21.11.

23 BVerwG, 7 A 10–20.12.

24 BVerwG, 7 A 4.12 –.

25 BVerwG, Beschluss vom 24.01.2012 – 7 VR 13.11 – DVBl 2012, 1102 – Oldenburg-Wilhelmshaven, Vergleich v. 05.07.2012, m. Anm. Stüer.

26 BVerwG, 7 A 28.12.

27 BVerwG, 9 A 22.11 – Waldkappeln-Hoheneiche; 9 A 5.12 – Hoheneiche-Sontra Nord.

28 BVerwG, 9 A 8.12 – Schwalmstadt-Stadtlandendorf.

29 9 A 16.12 – Karstädt-Landesgrenze MV.

30 BVerwG, 9 A 9–11.12; 9 A 13–15.12 – Wittenborn-Wede.

31 BVerwG, 9 A 18.12; 9 A 21.12.

32 OVG Bautzen, Urt. v. 15.12.2001 – 5 A 195/09 – DÖV 2012, 692.

33 9 A 6.12.

34 Hierzu bereits Stüer, Städtebaurechtsnovelle 2012, DVBl 2012, 1017; Krautberger/Stüer, für eine behutsame Modernisierung des Rückbau- und Entsiegelungsgebots (§ 179 BauGB), BauR 2012, 874.

35 Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 4. Aufl., Rdnr. 856 ff.; ders., Städtebaurechtsnovelle 2012, ders., DVBl 2012, 1017 (1018).

36 So der damalige Parlamentarische Staatssekretär Friedrich-Adolf Jahn. Der damalige Bundeskanzler Helmut Kohl hatte das neue Gesetzeswerk bereits als »Baubuch« angekündigt.

37 Krautberger/Stüer, DVBl 2007, 160.

38 Zugleich soll hierdurch die Rechtsprechung des BVerwG korrigiert werden, die eine mehrheitlich von der Gemeinde beherrschte Gesellschaft nicht als »Dritter« im Sinne des § 124 BauGB angesehen hat, BauR 2011, 945.

den.<sup>39</sup> Eine der wohl wichtigsten, aber auch umstrittensten Änderungen betrifft die Einschränkung der Tierhaltungsanlagen im Außenbereich. Durch eine Ergänzung des § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB-E sollen UVP-pflichtige Tierhaltungsanlagen von der Privilegierung ausgenommen werden. Ebenso umstritten ist die Änderung des § 179 BauGB mit dem Ziel, die Schrottimmobiliën im Rahmen der Zumutbarkeit auf Kosten des Eigentümers abbrechen zu können. Auch die BauNVO, die in der heutigen Fassung bereits seit 1990 gilt, soll hinsichtlich der Anlagen zur Kinderbetreuung im Reinen Wohngebiet (§ 3 Abs. 1 BauNVO), der Nebenanlagen (§ 14 BauNVO) und der Obergrenzen des § 17 BauNVO behutsam novelliert werden. *Uechtritz* hielt eine Reihe von Anliegen zwar für durchaus berechtigt, warnte aber zugleich vor übertriebenen Hoffnungen. Eine grundlegende Neukonzeption des Baurechts könne von der Novelle wohl nicht erwartet werden.

### 8. Rechtsprechung zum Kommunalabgabenrecht

Städtebauliche Verträge dürfen nicht gegen zwingendes Gesetzesrecht verstoßen. Das setzt gerade im Bereich des Abgabenrechts vertraglichen Grenzen. Abweichungen sind hier daher nur in beschränktem Rahmen möglich, erläuterte VRiBVerwG *Dr. Wolfgang Bier* (Leipzig) vor dem Hintergrund der aktuellen abgabenrechtlichen Rechtsprechung seines Senats<sup>40</sup> das Spannungsfeld zwischen Beitragsrecht und Erschließungs- sowie Folgekostenverträgen.<sup>41</sup>

Als Ergänzung zu der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gab VizePräsOVG *Prof. Dr. Michael Sauthoff* (Greifswald) ei-

nen Überblick über zahlreiche Fragen der Abgaben für leitungsgebundene Einrichtungen sowie Trinkwasser- und Abwasserentgelte. Im Fokus des Vortrags standen dabei neuere Entscheidungen vor allem der OVG der neuen Bundesländer.

### 9. Fortsetzung folgt

Mit vielen neuen Eindrücken und aktuellen Informationen konnten die Teilnehmer der Jahresarbeitstagung in das noch junge Jahr starten. Auch bei dem Treffen am letzten Januar-Wochenende des nächsten Jahres, zu dem der Leiter der Jahresarbeitstagung *Quaas* die Teilnehmer einladet, 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>42</sup> – hat die Tagung zu einer festen Einrichtung werden lassen, deren Nutzen vor allem dann besonders groß ist, wenn neben der unverzichtbaren theoretischen Grundlegung die praxisbezogenen Hinweise ihr eigenes Gewicht erhalten.

39 Zur Grundkonzeption dieser Vorschrift BVerwG, Urteil vom 15.02.1990 – 4 C 23.86 – BVerwGE 84, 322 = DVBl 1990, 572 – Unikat.

40 BVerwG, Urteil vom 01.12.2010 – 9 C 8.09 – BVerwGE 138, 244; Urteil vom 10.08.2010 – 9 C 6.10 – BVerwGE 140, 209; BVerwG, Urteil vom 30.05.2012 – 9 C 5.11 – DÖV 2012, 894 (nur LS); Urt. 12.12.2012 – 9 C 12.11 –.

41 Bier, Vertrag statt Beitragsbescheid. Erschließungsvertrag und Folgekostenvertrag in der neueren Rechtsprechung des BVerwG, DVBl 2013, Heft 9.

42 Stüer, DVBl 1990, 469.

## Debt and Financial Regulation in Reaction to the Crisis: Legal Perspectives on Recent Transformations of Public Authority – Workshop am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg

von Wiss. Mit. Johanna Dickschen, Heidelberg\*

Welche Auswirkungen hat die Krise auf das Recht? Wie verändert sich die Ausübung öffentlicher Gewalt im Rahmen der Verschuldungs- und Finanzmarktregulierung? Diese Fragen beleuchtete ein Workshop mit dem Titel »Debt and Financial Regulation in Reaction to the Crisis: Legal Perspectives on Recent Transformations of Public Authority«, der am 29.11.2012 am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg stattfand. Finanziert durch die Deutsche Bundesbank, diskutierten ungefähr 30 Teilnehmende aus Wissenschaft und Praxis.

In seiner Einführung betonte *Prof. Dr. Armin von Bogdandy* (geschäftsführender Direktor des MPI) die Bedeutung einer öffentlich-rechtlichen Betrachtung dieser Problematik. Aus diesem Blickwinkel seien in der Krise bahnbrechende Transformationen in der Ausübung europäischer bzw. internationaler öffentlicher Gewalt (International Public Authority)<sup>1</sup> zu beobachten, deren kritische Begleitung und prinzipienorientierte Aufarbeitung Aufgabe der Wissenschaft sei. In einem Vortrag zum Auftakt über »Law, Crisis, and Expectations« stellte *Dr. Jasper Finke* (Universität Halle-Wittenberg) die

Frage nach der Krisenresistenz des Rechts an sich. Dazu schlug er einen Perspektivwechsel von Krisen als Ausnahmen hin zu einem Verständnis von Krisen als enttäuschte Erwartungen vor. Dadurch ließen sich Dynamiken und informelle Rechtsänderungen in Krisenzeiten leichter erfassen.

Das erste Panel untersuchte die Zunahme spezifisch öffentlich-rechtlicher Regulierung am Beispiel der »UNCTAD Principles on Promoting Responsible Sovereign Lending and Borrowing«. Diese 2012 durch die UN Conference on Trade and Development vorgestellten Prinzipien sollen einen Konsens über den rechtlichen Umgang mit einer Staatsschuldenkrise fördern. Zunächst widmete sich *Daniela Jaros* (Europäisches Hochschulinstitut, Florenz) dem Thema »Sovereign Debt, Restructuring and Default and the Rule of Law«. Sie vertrat die These, dass Recht die Reformprobleme der Staatsverschul-

\* Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg.

1 Dazu A. von Bogdandy/P. Dann/M. Goldmann, »Völkerrecht als öffentliches Recht: Konturen eines rechtlichen Rahmens für Global Governance«, *Der Staat* (2010), S. 23 ff.