

25. Jahresarbeitstagung Verwaltungsrecht des Deutschen Anwaltsinstituts e.V. in Leipzig

von Rechtsanwalt FAVerwR Prof. Dr. Bernhard Stüer, Münster/Osnabrück*

Die Beratungen der Jahresarbeitstagungen Verwaltungsrecht des Deutschen Anwaltsinstituts e.V. haben eine auf das Jahr 1990 zurückgehende Tradition. Die 25. Jahresarbeitstagung, die in der Zeit vom 24. bis 26.01.2019 in Leipzig stattfand, befasste sich mit der Funktion der Verwaltungsgerichtsbarkeit, der Rolle des Rechtsanwalts im Verwaltungsprozess, dem Beamtenrecht, dem Telekommunikationsrecht, dem Grundsatz der Planerhaltung, der Windenergieplanung, dem städtebaulichen Vertrag und der Planfeststellung.

Die Jahresarbeitstagungen »Verwaltungsrecht« haben sich schon seit vielen Jahren zu einem festen Bestandteil der Verwaltungsjuristen etabliert. Was vor Jahren im Plenarsaal an der Hardenbergstraße 31 in Berlin mit einer in Juristenkreisen viel beachteten Auftaktveranstaltung gegründet wurde (Stüer, DVBl 1990, 469), hat inzwischen im Großen Sitzungssaal des BVerwG am Simsonplatz 1 in Leipzig seine neue Heimat gefunden. Unter der bewährten Leitung von RA Fachanwalt für Verwaltungsrecht (FAVerwR) und Medizinrecht (FAMedR) Prof. Dr. Michael Quaas, M.C.L., dem Spiritus Rector des traditionellen Anwaltsevents und Nachfolger von RA FAVerwR Prof. Dr. Hans-Peter Vierhaus, besprachen mit einer Rekordbeteiligung von weit mehr als 250 ausgewiesenen Experten aus Anwaltschaft, Rechtsprechung, Wissenschaft und Praxis aktuelle Themen des Verwaltungsrechts. Vorangegangen war tags zuvor ein fünfstündiges intensives Trainingsprogramm für die Verwaltungsfachanwälte zum verwaltungsrechtlichen Vorverfahren und Verwaltungsgerichtsverfahren aus anwaltlicher und richterlicher Sicht. Wie im Vorjahr konnten dafür RA FAVerwR Dr. Alexander Kukk (Stuttgart) und der Vorsitzende des Bundes der Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterrinnen und des Deutschen Verwaltungsgerichtstags RiBVerwG Dr. Robert Seegmüller gewonnen werden – auch in diesem Jahr ein Ausbildungsprogramm, das für Berufseinsteiger geradezu ein Must-have ist.

1. Bericht aus der Bundesrechtsanwaltskammer

Der Präsident der Bundesrechtsanwaltskammer RA FAVerwR Dr. Ulrich Wessels (Berlin/Münster) setzte sich in seinem Grußwort dafür ein, 70 Jahre nach Erlass des GG den Rechtsstaat und die Demokratie zu festigen. Entsprechende Anstrengungen seien dringend erforderlich. Denn auch heute seien die verfassungsrechtlichen Grundlagen unseres Gemeinwesens keinesfalls gesichert. Auch müsse die Gerichtsbarkeit durch ein grundsätzlich mehrinstanzliches Verfahren dazu beitragen. Vor allem dürfe durch eine zurückhaltende Berufungszulassung auch angesichts der Flut von Asylverfahren der Rechtsweg im Regelfall nicht auf eine Gerichtsstanz beschränkt werden. Gäbe es mehr Revisionsentscheidungen des BVerwG, wäre das auch für die Instanzgerichte hilfreich, fügte Wessels hinzu. Zugleich plädierte er angesichts der zahlreichen Gemeinwohlaufgaben, die von der Anwaltschaft nicht nur in den Bereichen Prozesskostenhilfe, in weiteren sozialen Bereichen einschließlich der Pflichtverteidigungen erfüllt würden, für eine grundlegende Reform des anwaltlichen Kostenrechts.

2. Zeitpunkt der richterlichen Verwaltungskontrolle und Funktion der Verwaltungskontrolle

In seiner Begrüßung beklagte der Hausherr des BVerwG Prof. Dr. Dr. h.c. Klaus Rennert die Verurteilung des türkischen Richterkollegen Arslan zu einer Haftstrafe von 10 Jahren und die Erosion des Rechtsstaates in Polen und anderen osteuropäischen Ländern. Seinen Festvortrag widmete der Gerichtspräsident dem »maßgeblichen Zeitpunkt der richterlichen Verwaltungskontrolle und der Funktion der Verwaltungsgerichtsbarkeit«. Nicht nur angesichts des vielfach komplex verflochtenen nationalen und europäischen Rechts sind die Rechtsmaterien komplizierter geworden. Auch das Prozessrecht und das materielle Recht ist vielfach verflochten. Rennert zeigte die Schnittstellen zwischen beiden Bereichen zum Zeitpunkt der gerichtlichen Beurteilung vor allem bei Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen auf. Zugleich erläuterte er an zahlreichen Fallgruppen einer Art Baukastensystem die praktischen Auswirkungen, die sich aus den Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit ergeben.

3. Der erhebliche Funktions- und Bedeutungszuwachs der Anwaltschaft im Verwaltungsprozess

Mit der immer dynamischer werdenden Entwicklung des öffentlichen Rechts sind die Beratungs- und Vertretungsleistungen der Anwaltschaft vor und während des Verwaltungsprozesses immer wichtiger geworden. Die Naturparteien können häufig weder die materielle noch die prozessuale Rechtslage hinreichend bewerten und überschauen. Die Anwaltschaft hat sich hierauf mit einer entsprechenden Spezialisierung und Professionalisierung eingestellt. Kritisch bewertete RA Prof. Dr. Ulrich Ramsauer das 6. VwGO-ÄndG, wodurch nicht nur ein allgemeiner Vertretungszwang für Anträge vor dem OVG/VGH eingeführt wurde, sondern auch die Zulassungsberufung sowie erhebliche Anforderungen an die Begründung von Beschwerden im Eilverfahren (so schon Stüer, DVBl 1998, 953), erläuterte Ramsauer (Hamburg) die neuen Herausforderungen der Anwaltschaft.

Die zunehmende Bedeutung der anwaltlichen Vertretung im Hauptsache- wie im Eilverfahren führt zu einer Zunahme des Prozesskostenrisikos für die Beteiligten. Das gilt nicht nur dann, wenn sich auch die öffentliche Hand im Verwaltungsprozess durch Anwälte vertreten lässt, sondern auch im Hinblick darauf, dass die spezialisierte Anwaltschaft Vertretungen zumeist nicht mehr zu den Bedingungen des RVG, sondern auf der Grundlage von Honorarvereinbarungen übernimmt. Dies bedeutet, dass der Beteiligte, selbst wenn er den Prozess

* Zu den Jahrestagungen der vergangenen Jahre Stüer, DVBl 1990, 469; Stüer/Buchsteiner, DVBl 2013, 427; Stüer, DVBl 2014, 360; ders., DVBl 2015, 419; ders., DVBl 2016, 414; ders., DVBl 2017, 420; ders., DVBl 2018, 423. Die Beiträge Rennert, Rubel und Külpmann mit einem Bericht über die Rechtsprechung des BVerwG 2018 erscheinen in Heft 10/2019.

gewinnt, einen wesentlichen Teil seiner Anwaltskosten nicht ersetzt erhält, fügte der ehemalige Vorsitzende des Umweltsenats beim OVG Hamburg hinzu.

Im Verwaltungsprozessrecht könne es dadurch zu Funktionenverschiebungen kommen, dass in der Praxis die Anforderungen an das Tatsachenvorbringen und den Rechtsvortrag steigen und Amtsermittlung sowie Rechtsprüfung durch die Gerichte relativiert werden. Der Verwaltungsprozess – so *Ramsauer* in seinem Fazit – muss trotz der notwendigen Beiträge der Anwälte Richterprozess bleiben.

In der von RA FAVerwR Prof. Dr. Hans-Jörg Birk (Stuttgart) geleiteten *Diskussion*, der auch schon an dem ersten Treffen in Berlin im Jahre 1990 als Referent teilgenommen hatte, setzte sich der ehemalige Präsident des BVerwG Dr. h.c. Eckart Hien (Berlin) dafür ein, vor allem das Planungs- und Prozessrecht im Sinne einer Verfahrensbeschleunigung zu vereinfachen. Nicht jeder kleine Verfahrensverstoß oder auch Abwägungsfehler dürfe ein aus Gemeinwohlgründen gebotenes Infrastrukturprojekt über Jahre verzögern oder gar ganz gefährden. Auch die bisherige gerichtliche Praxis, bei einem erforderlichen Reparaturbedarf den Planfeststellungsbeschluss außer Vollzug zu setzen, müsse durch eine Gesetzesänderung aufgegeben werden. Vielfach werde nur noch über einzelne Auflagen gestritten, durch welche die Verwirklichung des Gesamtvorhabens aber nicht aufgehalten werden dürfe (DVBl 2018, 1029).

Rennert sah die deutsche richterliche Praxis, dem EuGH europarechtlich klärungsbedürftige Fragen auch dann vorzulegen, wenn sie von den Parteien im Gerichtsverfahren nicht angesprochen worden seien, nicht als europarechtliches Gemeingut an, wobei er auf die anderslautende Praxis in Frankreich verwies. Die anwaltliche Bitte, doch verstärkt in Hinweisbeschlüssen den Parteien die vorläufige Meinung des Gerichts mitzuteilen, hielt der Chefpräsident angesichts des Beratungsablaufs im Senat vielfach nicht für umsetzbar. Wenn erst einige Tage vor der mündlichen Verhandlung die Senatsberatung erfolge, könnten deren Ergebnisse nicht mehr rechtzeitig eingespielt werden. Die anwaltlich vertretenen Parteien seien aber nach seinen richterlichen Erfahrungen zumeist kompetent vorbereitet und im Termin gleichwohl sprechbereit.

4. Rechtsprechung zum Beamtenrecht: Konstantes und Neues

Jeder Deutsche hat nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt (Art. 33 Abs. 2 GG). Das Recht des öffentlichen Dienstes ist unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln und fortzuentwickeln (Art. 33 Abs. 5 GG). Das institutionell garantierte Berufsbeamtentum ist nicht nur wesentlicher Bestandteil der Staatsorganisation, sondern hat auch für die einzelnen Bewerber ähnlich wie die kommunale Selbstverwaltung in Art. 28 Abs. 2 GG für die Gemeinden verfassungsrechtliche Schutzfunktionen und individuelle Garantien.

VRiBVerwG *Ulf Domgörgen* (Leipzig), seit gut sechseinhalb Jahren Vorsitzender des Leipziger Beamtensenats, berichtete über die Rechtsprechung seines Senats. Das Spektrum ist bunt und vielfältig: Dienstliche Beurteilungen, beamtenrechtliche Konkurrentenstreitverfahren mit Primär- und Se-

kundärrechtsschutz, der Begründung des Beamtenverhältnisses, der amtsangemessenen Besoldung, dem Disziplinarrecht und verschiedene Aktualitäten bestimmen die Szene.

Der Dienstherr kann in seinen Beurteilungsrichtlinien ein Ankreuzverfahren für die Einzelbewertung ohne individuelle textliche Begründung vorsehen, sofern die Bewertungskriterien hinreichend differenziert und die Notenstufen textlich definiert sind. Er muss aber auf Verlangen des Beamten die im Ankreuzverfahren vorgenommenen Einzelbewertungen im weiteren Verfahren plausibilisieren. Im Unterschied zu den Einzelbewertungen bedarf das Gesamturteil der dienstlichen Beurteilung in der Regel einer gesonderten Begründung, um erkennbar zu machen, wie es aus den Einzelbegründungen hergeleitet wird (BVerwG, Urt. v. 17.09.2015 – 2 C 27.14 – BVerwGE 153, 48 = DVBl 2017, 379; Urt. v. 02.03.2017 – 2 C 51.16 – ZBR 2018, 99).

Der Dienstherr trägt die materielle Beweislast für die Tatsachengrundlagen einer dienstlichen Beurteilung (BVerwG, Urt. v. 02.03.2017 – 2 C 21.16 – BVerwGE 157, 316 = DVBl 2017, 1180).

Die Verpflichtung zur Plausibilisierung der Einzelbewertungen einer dienstlichen Beurteilung steht auch in einer Wechselbeziehung zur Obliegenheit des Beamten, Einwände gegen deren Richtigkeit oder Nachvollziehbarkeit darzulegen. Hält ein Beamter die Erläuterung seiner dienstlichen Beurteilung durch den Dienstherrn für nicht hinreichend plausibel, liegt es an ihm, konkrete Punkte zu benennen, die er entweder für unklar oder für unzutreffend hält. Der Dienstherr muss dafür Sorge tragen, das innerhalb des Geltungsbereichs einer Beurteilungsrichtlinie oder innerhalb einer Gruppe von Beamten, die im Geltungsbereich derselben Beurteilungsrichtlinie einer bestimmten Laufbahngruppe angehören, die Gewichtung der Einzelmerkmale der dienstlichen Beurteilungen einheitlich vorgenommen werden (BVerwG, Urt. v. 01.03.2018 – 2 A 10.17 – ZBR 2018, 261).

Die Ernennung eines in einem Stellenbesetzungsverfahren erfolgreichen Bewerbers ist ein Verwaltungsakt mit Drittwirkung, der in die Rechte der unterlegenen Bewerber aus Art. 33 Abs. 2 GG eingreift. Der Grundsatz der Ämterstabilität steht der Aufhebung der Ernennung auf die Klage eines unterlegenen Bewerbers nicht entgegen, wenn dieser daran gehindert worden ist, die Rechtsschutzmöglichkeiten zur Durchsetzung seines Bewerbungsverfahrensanspruchs vor der Ernennung auszuschöpfen (BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16.09 – BVerwGE 130, 102).

Anfechtungsrechte im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreit können allerdings verwirken. Davon ist regelmäßig nach Ablauf eines Jahres ab der jeweiligen Ernennung auszugehen (BVerwG, Urt. v. 30.08.2018 – 2 C 10.17 – DVBl 2011, 228).

Für beamtenrechtliche Schadensersatzansprüche wegen verspäteter Beförderung besteht eine Erkundigungs- und Rückgebliegenheit (BVerwG, Urt. v. 15.06.2018 – 2 C 19.17 – NVwZ 2018, 1637).

Die Neuregelung der Einstellungshöchstgrenze für Beamte in NRW, nach welcher die Ernennung von Beamten auf Probe

grundsätzlich nicht nach Vollendung des 42. Lebensjahres erfolgen kann, ist mit dem GG und dem Unionsrecht vereinbar (BVerwG, Urt. v. 11.10.2016 – 2 C 11.15 – BVerwGE 156, 180 = DVBl 2017, 436). Auch die Einstellungshöchstaltersgrenze von 50 Jahren für Bundesbeamte unterliegt weder verfassungs- noch unionsrechtlichen Bedenken (BVerwG, Urt. v. 20.09.2018 – 2 A 9.17 – IÖD 2019, 2).

Zur Richterbesoldung und Beamtenbesoldung in Berlin hat das BVerwG die anhängigen Revisionsverfahren ausgesetzt (BVerwG, Beschl. v. 22.09.2017 – 2 C 56.16 u.a., – und 2 C 4.17 – BVerwGE 160, 1) und dem BVerfG die Frage vorgelegt, ob nicht eine verfassungswidrige Unteralimentation gegeben sei (Art. 35 Abs. 5 GG). Eine Vermutung könne auch dann gegeben sein, wenn nur zwei von fünf vom BVerfG für die Prüfung auf der ersten Stufe benannten Parameter erfüllt seien, dies aber in einer besonders deutlichen Weise (BVerfG, Urt. v. 05.05.2015 – 2 BvL 17/09 – BVerfGE 139, 64).

Außerdienstliches Verhalten von Beamten ist nur disziplinarwürdig, wenn es zur Bekämpfung des beruflerforderlichen Vertrauens führen kann. Dies ist insbesondere bei vorsätzlich begangenen Straftaten sowie bei Vorliegen eines Bezuges zwischen dem Pflichtverstoß und dem Amt des Beamten anzunehmen (BVerwG, Urt. v. 18.06.2015 – 2 C 9.14 – BVerwGE 152, 228 – außerdienstlicher Besitz kinderpornographischer Schriften eines Polizeibeamten). Eine Entfernung aus dem Dienst ist jedoch an besonders gewichtige Anforderungen gebunden.

Eine Tätowierung mit verfassungsfeindlichem Inhalt kann Ausdruck einer mangelnden Verfassungstreue sein und daher zur Entfernung aus dem Beamtenverhältnis führen. Ein Verstoß gegen die Verfassungstreuepflicht setzt weder ein öffentlich sichtbares noch ein strafbares Verhalten des Beamten voraus (BVerwG, Urt. v. 17.11.2017 – 2 C 25.17 – BVerwGE 160, 370).

Ein nach § 45 BeamtVG meldepflichtiger Unfall bezieht sich auch auf zunächst nicht bemerkte, erst später eintretende Unfallfolgen. Das gilt auch dann, wenn der Beamte den Unfall bereits zuvor fristgerecht gemeldet hat und der Dienstvorgesetzte verpflichtet ist, den Unfall sofort zu untersuchen (BVerwG, Urt. v. 30.08.2018 – 2 C 18.17 – ZTR 2019, 63).

Legt der Dienstherr in Ausübung seines Organisationsermessens die konkrete Arbeitszeit eines Beamten durch allgemeine Richtlinien fest, steht es dem Beamten nicht frei, eigenmächtig hiervon abzuweichen (BVerwG, Urt. v. 20.09.2018 – 2 C 45.17 –).

5. Art. 33 Abs. 2 GG und die Organisationsgewalt des Dienstherrn

Die öffentliche Verwaltung muss trotz des verfassungsrechtlich garantierten Berufsbeamtentums in Art. 33 Abs. 2 GG durch eine nur eingeschränkt kontrollierbare Organisationsgewalt des Dienstherrn geprägt sein, erläuterte RA Dr. Christian-Dietrich Bracher (Bonn) die Ausgangslage des öffentlichen Dienstrechts und benannte hierzu die Gründe: Die Organisationsgewalt des Dienstherrn bei der Auswahl und Besetzung von Ämtern dient der demokratischen Legitimation der Exekutive und Judikative. Sie wird allerdings

durch Art. 33 Abs. 2 GG im Interesse der Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes begrenzt. Diesem Interesse ist bei der Anwendung des speziellen Gleichheitssatzes des Art. 33 Abs. 2 GG Rechnung zu tragen.

Entscheidungen zur Vorbereitung der Auswahl, die zur Sicherung der Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes geeignet und erforderlich sind, sind auch dann rechtmäßig, wenn sie sich nicht allein an dem Ziel der Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG orientieren. Das gilt z.B. für die Bestimmung des Anforderungsprofils und der Adressaten einer Ausschreibung. Auf die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit kommt es nicht an, so der Beamtenrechtler. Art. 33 Abs. 2 GG ist kein generelles Verbot auf einzelne Personen bezogener Erwägungen bei der Gestaltung des Verfahrens zur Vorbereitung der Auswahl zu entnehmen. Solche Erwägungen dürfen sich allerdings nur auf Eignung, Befähigung und fachliche Leistung beziehen.

Aus Art. 19 Abs. 4 i.V.m. 33 Abs. 2 GG ergeben sich Anforderungen an die Gestaltung des Auswahlverfahrens, die sich auf das Ergebnis der Auswahl auswirken können. Soweit solche Auswirkungen möglich sind, sollten diese Anforderungen tendenziell auf das Ziel beschränkt werden, den effektiven Rechtsschutz gegen Missbrauch des Verfahrensermessens zu schützen. Der Anspruch auf Gleichbehandlung der Bewerber beim Eignungsvergleich schließt einen Ermessensspielraum des Dienstherrn bei der Entscheidung über die Berücksichtigung aktueller dienstlicher Leistungen im Rahmen des nach Art. 33 Abs. 2 GG vorzunehmenden Eignungsvergleichs aus, fügte Bracher hinzu.

6. Telekommunikationsrecht

In seiner neueren Rechtsprechung zum Telekommunikationsrecht hat das BVerwG den gesetzlichen Regelungen im Bereich der Marktregulierung – zum Teil unter Berücksichtigung unionsrechtlicher Vorgaben – unterschiedliche regulierungsbehördliche Letztentscheidungsrechte entnommen und die insoweit anzuwendenden Kontrollmaßstäbe herausgearbeitet. Danach räumt das TKG der BNetzA insbesondere ein Regulierungsermessen bei der Aufstellung von Regulierungsverpflichtungen sowie (punktuelle) Beurteilungsspielräume bei der Marktdefinition und -analyse oder in Bezug auf Teilaspekte der Entgeltprüfung ein. Da die betreffenden Entscheidungen der BNetzA nach den gesetzlichen Vorgaben durch Wertungen und Prognosen bzw. das Erfordernis einer Abwägung gegenläufiger Regulierungsziele bzw. sonstiger für die Entscheidung erheblicher Belange geprägt sind, ist eine gerichtliche Kontrolle am Maßstab der Ergebnisrichtigkeit nicht uneingeschränkt möglich. Effektiver Rechtsschutz wird in diesen Fällen unter anderem durch eine Abwägungskontrolle gewährleistet, deren Maßstäbe sich an den für die Überprüfung von Planungsentscheidungen anerkannten Grundsätzen orientieren, erläuterte das Mitglied des 6. Revisionssenats RiBVerwG Carsten Hahn (Leipzig).

Am 20.12.2018 ist die Richtlinie über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation und die Verordnung zur Einrichtung des Gremiums europäischer Regulierungsstellen für europäische Kommunikation GEREK und die Agentur zur Unterstützung des GEREK und zur Ände-

zung der Netzneutralitäts-Verordnung in Kraft getreten, über die RÄin FAVerwR *Dr. Barbara Stamm* (Bonn) in Ergänzung des Rechtsprechungsberichts berichtete.

7. Planerhaltung: Von Horst Sendler bis zum UmwRG

Als Reaktion auf eine immer stärkere und weitreichendere gerichtliche Kontrolle von Planungsentscheidungen wurde vor mehr als 30 Jahren zunächst der dogmatisch nicht einfach zu begründende aber in der Sache wohl sehr berechtigte Ratschlag entwickelt, der Richter dürfe sich nicht ungefragt auf eine Fehlersuche begeben (BVerwG, Urt. v. 07.09.1979 – IV C 7.77 – DVBl 1080, 230). Denn die Tendenz, Bebauungspläne nach einem gewissen Zeitablauf nicht ohne Not an Erfordernissen ihres verfahrensfehlerfreien Zustandekommens scheitern zu lassen, ist sachgerecht. Angesichts dessen wäre es verfehlt, wenn die Verwaltungsgerichte ihre Sachaufklärungspflicht zum Anlass nehmen würden, in Verwaltungsstreitverfahren gleichsam ungefragt in eine Suche nach Fehlern in der Vorgeschichte und Entstehungsgeschichte eines Bebauungsplans einzutreten, so die schon damals goldenen Worte des 4. Senats.

Im Anschluss daran ist von dem langjährigen Vorsitzenden des Planungsrechtssenats und Vizepräsidenten *Otto Schlichter* eine »Selbstkorrektur der Rechtsprechung« gefordert worden (ZfBR 1985, 107). Auftrieb hatten solche Forderungen durch die Einführung der Normenkontrolle gegen Bebauungspläne nach § 47 VwGO. Nach fachkundiger Beurteilung gab es in vielen Gemeinden aber auch Großstädten schon deshalb keinen wirksamen Bebauungsplan, weil er aus einem unwirksamen Flächennutzungsplan entwickelt war. Eine fehlende Unterschrift auf der Planurkunde, eine unzureichende Planbezeichnung (BVerwG, Urt. v. 26.05.1978 – IV C 9.77 – BVerwGE 55, 369 = DVBl 1978, 815) oder eine fehlerhafte Bekanntmachung des Plans konnte dazu schon reichen. Hierzu war unter den Eingeweihten eine »Kölner Liste« im Umlauf, die vor allem in den Gerichtsverfahren beim OVG Münster ihren Schrecken entwickelte.

Im Anschluss daran wurde der Grundsatz der Planerhaltung propagiert. Dessen Verfechter waren der unvergessene BVerwG-Präsident und Wahlberliner *Prof. Dr. Horst Sendler* (in: *Kormann*, Aktuelle Fragen der Planfeststellung, 1994, 9) und der Münsteraner Rechtsanwalt und Hochschullehrer *Prof. Dr. Werner Hoppe* (DVBl 1994, 12; DVBl 1996, 12; DVBl 1997, 1407). In engem Zusammenhang stand dies mit der Abwägungsfehlerlehre, wie sie aus dem Abwägungsgebot in § 1 BBauG abgeleitet wurde (BVerwG, Urt. v. 12.12.1969 – IV C 105.66 – BVerwGE 34, 301 = DVBl 1969, 414) und auch die Fachplanung bestimmte (BVerwG, Urt. v. 14.02.1975 – IV C 21.74 – BVerwGE 48, 56 = DVBl 1975, 713 – B 42). Wer eigentlich Erfinder der Abwägungslehre war, bleibt letztlich offen. *Horst Sendler* beanspruchte das natürlich als Mitwirkender an der Grundsatzentscheidung (BVerwG, Urt. v. 12.12.1969 – IV C 105.66 – BVerwGE 34, 301 = DVBl 1970, 414) und späterer BVerwG-Chefpräsident allenfalls neben dem damaligen Berichterstatter *Prof. Dr. Felix Weyreuther* wohl für sich (DVBl 2005, 659; zum Verhältnis der beiden Bundesrichter *Stüer*, DVBl 2010, 1028). Andere Autoren hätten diese Grundsätze lediglich »in Schubladen

gepresst oder auf Flaschen gezogen«, beschied er literarische Konkurrenten (*Sendler* UPR 1991, 214). Ob das aber wirklich so war oder nicht doch *Hoppe* an dieser Erfindung gleichauf mitgewirkt hatte, wird wohl letztlich offenbleiben (zur Legendenbildung *Jörg Berkemann*, DVBl 2013, 1280). Der sich mit dem Abwägungsgebot befassende Vortrag auf dem 32. Deutschen Anwaltstag in Goslar gab immerhin wichtige Anstöße (*Hoppe* DVBl 1964, 165).

In seiner Bilanz über den Grundsatz der Planerhaltung über ein Vierteljahrhundert kam der Vorsitzende des 4. Revisionssenats VRiBVerwG *Prof. Dr. Rüdiger Rubel* (Berlin) zu dem Ergebnis, dass der Gesetzgeber den ersten Zugriff habe und ein darüber hinausgehender dringender Bedarf, den Grundsatz der Planerhaltung auszuweiten, gegenwärtig nicht (mehr) bestehe. Angesichts der europarechtlichen Vorgaben scheinen die Möglichkeiten der Planerhaltung über den gegenwärtigen Stand wohl ohnehin weitgehend ausgereizt. Auch das Modell der Investitionsmaßnahmesetze, wie es bei der Südumfahrung Stendal und ähnlichen Projekten kurz nach der Deutschen Einheit entwickelt worden ist (BVerfG, Beschl. v. 17.07.1996 – 2 BvF 2/93 – BVerfGE 95, 1 = DVBl 1997, 42; *Stüer*, DVBl 1991, 1333), ist wohl eher Geschichte obwohl nach dem Koalitionsvertrag der CDU-, CSU- und SPD-Fraktionen zur 19. Legislaturperiode 2018 für fünf Vorhaben eine Prüfung dieses Modells in Aussicht gestellt wird.

Es bleibe abzuwarten, ob politische Vorstellungen nach einer weiteren Vereinfachung und Beschleunigung des Planverfahrens den Rechtsschutz des Bürgers in Gefahr geraten lassen (zum Gesetz zur Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren im Verkehrsbereich 2018 *Stüer*, DVBl 2019, 351). Das BVerwG entscheidet erstinstanzliche Planverfahren trotz der zumeist umfangreichen und komplexen Materie im Durchschnitt gemessen an den früheren Erledigungszeiten in Rekordzeit von weniger als einem Jahr, verkündete *Rubel* und fügte hinzu: Als erfahrener Praktiker hätte *Sendler* jedenfalls gewusst: Ohne angemessene personelle und sachliche Ausstattung des BVerwG lässt sich das Ziel einer Verkürzung der Verfahrensdauer nicht erreichen.

8. Von Feigenblättern und Tabuzonen: Fallstricke der Windenergieplanung

Windenergieanlagen haben das Planungsrecht in den letzten 25 Jahren maßgeblich geprägt. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB bietet den Gemeinden bei seinem richtigen Einsatz ein wirkungsvolles Instrument, ihren Außenbereich zu steuern. Diese Rechtsmacht bedarf einer gerichtlichen Kontrolle, wie sie die Rechtsprechung inhaltlich durch die Abwägungskontrolle und prozedural auch durch die Normenkontrolle leistet. Die Befugnis nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB schließt aber die gesonderte Steuerung anderer privilegierter Außenbereichsvorhaben nicht aus. Das Zulassungsrecht für Windenergieanlagen hat dazu beigetragen, das Verhältnis von Behörde und Gericht zu klären und den dogmatischen Streit um die »Einschätzungsprärogative« dahin zu holen, wo er hingehört: Auf den Boden der Tatsachen. »Weniger Recht, mehr Tatsachen«, sei also die Maxime, unter der die qualifizierte und auf Windenergierecht spezialisierte Anwaltschaft antreten sollte, riet das Mitglied des 4. Revisionssenats RiBVerwG *Prof. Dr. Christoph Külpmann* (Leipzig) den Anwälten.

9. Der städtebauliche Vertrag

Die Gemeinde kann städtebauliche Verträge in den vom Gesetz beispielhaft aufgeführten Bereichen schließen. Die vereinbarten Leistungen müssen den gesamten Umständen nach angemessen sein. Ein städtebaulicher Vertrag bedarf der Schriftform, wenn nicht durch Rechtsvorschriften eine andere Form vorgeschrieben ist. Auf dieser rechtlichen Grundlage entwickelte RA FAVerW Prof. Dr. Olaf Reith (Berlin) die Regelungsmöglichkeiten durch städtebauliche Verträge aus anwaltlicher Sicht und gab weiterführende Hinweise für die Praxis vor allem für Gemeinden und Vorhabenträger.

10. Rechtsprobleme der Planfeststellung

Schon seit langem wird gefordert, die Zulassung vor allem von Verkehrsinfrastrukturprojekten zu vereinfachen und die zumeist langwierigen Verfahren zu beschleunigen. Aus der Sicht des Anwalts bleibt allerdings ein eher ernüchterndes Ergebnis, wie RA FAVerW Dr. Markus Deutsch (Bonn) an den einzelnen Stationen des Planungs- und Gerichtsverfahrens darlegte. Auf der Seite der Betroffenen kann die anwaltliche Beratung vor allem helfen, Zeit zu gewinnen. Ihnen bleibt die Hoffnung, dass die Höhe der zusätzlichen Planungs- und Verzögerungskosten den Vorhabenträger zur Aufgabe des Vorhabens veranlasst. Geschieht dies nicht, können sie das Vorhaben auf dem Rechtsweg in aller Regel nicht verhindern. Ähnlich ist der Befund wohl auch bei den Verbänden. Sie haben zudem die Chance, dass der Vorhabenträger die naturschutzfachlichen Vorgaben überobligationsmäßig erfüllt, um erfolgreichen Klagen vorzubeugen. Ob dadurch die Mittel zum Natur- und Umweltschutz immer sinnvoll eingesetzt werden, bedarf wohl noch einer gesonderten Untersuchung.

Und Deutsch fügte hinzu: Der Vorhabenträger muss sich mit der Erkenntnis abfinden, dass planfeststellungspflichtige Pro-

jekte auch künftig lange Zeit in Anspruch nehmen. Verzögernd wirkt weniger das komplexe Verfahren. Treiber für diese Entwicklung sind die materiell-rechtlichen Anforderungen und die Verweisung auf außerrechtliche Maßstäbe. Weil sie nicht nur die Juristen an ihre Grenzen führen, ist mit der Erstellung der Planunterlagen ein Zeitaufwand verbunden, der sich durch kürzere Verfahrensfristen oder einen Verzicht auf einen Erörterungstermin kaum kompensieren lässt. Der Ruf nach kürzeren Fristen lässt sich auf nationaler Ebene am ehesten noch mit Standardisierungen bei Bestandsaufnahmen und Bewertungen, insbesondere im naturschutzfachlichen Bereich erreichen. Geht es um die Absenkung der Komplexität, ist der europäische Gesetzgeber gefragt. Dessen Beharrungsvermögen ist aber hoch. Daher werden Planfeststellungsverfahren wohl auch künftig nicht nur aus anwaltlicher Sicht erhebliche Probleme aufwerfen, war die aus der Sicht einer schnellen Projektverwirklichung nicht gerade ermutigende Gesamtbilanz des Planungs- und Umweltrechtlers¹.

11. Fortsetzung folgt

Und am Ende der Tagung verband Quaa den Dank für die ertragreichen Beratungen an die Referenten und auch die Moderatoren der Diskussionen RA FAVerW Prof. Dr. Hans-Jörg Birk (Stuttgart), RA FAVerW Prof. Dr. Christian Kirchberg (Karlsruhe), RA FAVerW Dr. Alexander Kukk (Stuttgart), VRiBVerwG Renate Philipp (Berlin) und RiBVerwG Dr. Robert Seegmüller (Berlin) mit einer nicht ganz unerwarteten Einladung: Auch im kommenden Jahr werden sich die Fachanwälte für Verwaltungsrecht wieder im Großen Sitzungssaal am Simonplatz treffen. Die Fangemeinde hat sich bereits die Termine vom 23. bis 25.01.2020 im Kalender rot notiert. Rechtzeitige Anmeldung ist angeraten.

¹ Der Beitrag wird in DVBl 2019 veröffentlicht.

Konrad Berendes/Walter Frenz/Hans-Jürgen Müggendorf, Wasserhaushaltsgesetz. 2., völlig neu bearbeitete und wesentlich erweiterte Aufl. 2017. LXII, 1947 S. hardcover. Euro 188,00. Erich Schmidt Verlag, Berlin. ISBN 978-3-503-15886-7.

Bei dem hier zu besprechenden Kommentar handelt es sich um die 2., völlig neu bearbeitete und wesentlich erweiterte Auflage des 2011 erschienenen und bestens eingeführten Kommentars zum Wasserhaushaltsgesetz (WHG), der sicherlich davon profitiert, dass der Mitherausgeber Konrad Berendes – wie im Vorwort zur ersten Auflage vermerkt – in der Tat den Gesetzgebungsprozess, der zur grundlegenden Novellierung des WHG im Jahre 2010 geführt hat, maßgeblich mitgestaltet hat und daher über ein hervorragendes Hintergrundwissen verfügt. Ähnliches gilt übrigens für Helge

Wendenburg, der die vorzügliche Einleitung verfasst hat, in der nicht nur die Entwicklung des Wasserrechts im Allgemeinen und die Entstehung des WHG 2010 im Besonderen kenntnisreich nachgezeichnet werden. Vielmehr werden auch (weitere) »Hotspots« der wasserrechtlichen Diskussion, die insbesondere durch die Vorgaben des EU-Rechts angestoßen wurden, wie namentlich das Verschlechterungsverbot der Wasserrahmenrichtlinie (WRRL) und die neuen Rechtsschutzmöglichkeiten nach dem Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz (UmwRG) pointiert im Überblick behandelt.

Dabei weisen die Herausgeber in ihrem Vorwort zu der hier zu besprechenden Neuauflage darauf hin, dass die 2. Auflage mit dem bewährten Autorenkreis der ersten Auflage aus der Theorie und Praxis fortgeführt werden konnte. Hinzu