

BERICHTE

16. Baden-Württembergischer Verwaltungsrechtstag

Von Rechtsanwältin Dr. Ursula Steinkemper, Stuttgart

Der von der Arbeitsgemeinschaft Verwaltungsrecht des Deutschen Anwaltverein – Baden-Württembergische Landesgruppe – veranstaltete Verwaltungsrechtstag stellt eine seit Jahren etablierte Diskussions- und Fortbildungsveranstaltung im Verwaltungsrecht dar. Der Vorsitzende der Arge Verwaltungsrecht, Rechtsanwalt Dr. Dirk Rodewoldt, konnte daher fast 170 Teilnehmer am 17. 6. 2009 zum 16. Baden-Württembergischen Verwaltungsrechtstag im Haus der Wirtschaft in Stuttgart begrüßen. Mit einem interessanten Programm und Referenten aus unterschiedlichen Branchen stand die Veranstaltung ganz im Zeichen des Dialogs zwischen den im Verwaltungsrecht tätigen Rechtsanwälten, Verwaltungsrichtern und Behördenarbeitern.

Der Präsident des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg, Dr. Karl-Heinz Weingärtner, wies zu Beginn seines schon traditionellen Grußwortes und Werkstattberichts darauf hin, dass der im Jahr 2008 zu verzeichnende Rückgang der Verfahrenszahlen um 14 % gegenüber dem Vorjahr ganz überwiegend auf die sinkende Zahl der Asylverfahren zurückzuführen sei. Dr. Weingärtner betonte, dass die durchschnittliche Verfahrensdauer von knapp einem dreiviertel Jahr im Bundesvergleich hervorragend ist, obwohl der Personalbestand erheblich verkleinert wurde. Mit Blick auf die anwesenden Vertreter des Justizministeriums bemerkte Dr. Weingärtner, dass der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg (VGH BW) im Jahr 2008 etwa ein Sechstel der bestehenden Verfahren verringern konnte, obwohl die Richterschaft mit fast 40 % weniger Richtern auskommen musste. Die geringfügige Verlängerung der Verfahrenslaufzeit in einzelnen Fällen ist nach Einschätzung von Dr. Weingärtner auf erhebliche persönliche Veränderungen und eine – auf einer entsprechenden Entscheidung des Justizministeriums beruhende – zwischenzeitliche Vakanz der frei gewordenen Richterstellen zurückzuführen. Nicht nur im Hinblick auf die Verfahrenslaufzeiten gebe der VGH BW ein eindrucksvolles Bild; nach einer Untersuchung verschiedener Konstanzer und Tübinger Juristen gehöre er auch wegen der Akzeptanz und Qualität der Gerichtsentscheidungen in die Spitzengruppe.

Bei seinem Rückblick auf verschiedene wichtige Entscheidungen des VGH BW sprach Herr Dr. Weingärtner viele verschiedene Teilgebiete des Verwaltungsrechts an. Neben den besonders beachteten Entscheidungen in schulischen Angelegenheiten (z. B. die „Kopftuchentscheidungen“ oder die Entscheidung zur „Abiturverordnung“) beschäftigte sich der VGH BW mit kommunalpolitischen Themen (erhöhtes Sitzungsgeld, Blumenverkauf am Sonntag) und abfallrechtlichen Grundsatzfragen (Zulässigkeit der „blauen Tonne“) sowie insbesondere mit baurechtlichen Fragen.

1. Aktuelle Probleme des Amtshaftungsrechts

Wolfgang Schlick, Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof, setzte das Update zur aktuellen Rechtsprechung im Rahmen des ersten Tagungsthemas fort. Die Frage, ob und inwieweit der Staat für sein Handeln bzw. für das Handeln der von ihm in Anspruch genommenen Privaten nach Amtshaftungsrecht haftet, ist zunächst Ausgangspunkt für eine Beschäftigung mit den Haftungsprinzipien des Staates. Sie bietet zudem ein weites Feld für Überlegungen darüber, in welchen Formen und durch

welche Personen der Staat handelt, also letztlich das Handeln des Staates in der Praxis organisiert wird. Die von Schlick ausgewählten Fallgestaltungen spiegelten dieses weite Feld des Amtshaftungsrechts gut wieder:

Einer der dargestellten Fälle betraf z. B. Folgeprobleme der sog. BSE-Fälle: Nach der Baden-Württembergischen BSE-Untersuchungsverordnung ist für die Untersuchung von BSE verdächtigen Tieren bzw. Fleischprodukten der amtliche Tierarzt, in Baden-Württemberg der Landkreis bzw. ein von diesem beauftragter Privater zuständig. Schlick berichtete, dass in dem geschilderten Fall aufgrund fehlerhafter Labortests durch das hinzugezogene Labor ein ursprünglicher BSE-Verdacht irrtümlich zunächst bestätigt worden war, später aber revidiert werden musste. Das zunächst beschlagnahmte Fleisch war allerdings zwischenzeitlich teilweise verdorben. Der betroffene Schlachthofbetreiber habe sich daraufhin wegen Schadensersatzes an den zuständigen Landkreis gewandt. Dieser habe nun bei dem Labor Regress nehmen wollen, das die fehlerhaften Tests verursacht hatte. Schlick berichtete, dass sich die wesentliche amtschaftungsrechtliche Frage auf die Reichweite des Haftungsprivilegs aus Art. 34 GG beziehe, also darauf, ob sich auch das im Rahmen einer hoheitlichen Tätigkeit hinzugezogene Labor auf eine „Beamten“-Eigenschaft im amtschaftungsrechtlichen Sinn berufen könne. Dann hafte nicht das Labor selbst, sondern nur der Landkreis für einen Schaden im Zusammenhang mit der Ausübung der hoheitlichen Tätigkeit der BSE-Untersuchung. Dies habe der BGH verneint. Sinn und Zweck des Haftungsprivilegs sei, dass der Staat zur Fürsorge für seine Beamten verpflichtet ist. Das hier in Anspruch genommene Labor habe sich jedoch freiwillig vertraglich zur Durchführung der Laborleistungen verpflichtet. Art. 34 GG sei daher einschränkend auszulegen.

Eine andere Entscheidung betraf Besonderheiten des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs wegen legislativen bzw. judikativen Unrechts. Schlick nannte zunächst die Voraussetzungen des Staatshaftungsanspruchs: Es muss ein Verstoß gegen eine gemeinschaftsrechtliche Rechtsnorm vorliegen, die die Rechte des Einzelnen schützt. Zudem muss der Rechtsnormverstoß hinreichend qualifiziert sein und ein unmittelbarer Kausalzusammenhang zwischen Rechtsnormverstoß und Rechtsverletzung bestehen. Eine Besonderheit des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs ergibt sich nach Ansicht von Schlick daraus, dass er „gleichberechtigt“ alle drei Gewalten, also auch legislatives und judikatives Unrecht erfasse. Zum gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch habe der Bundesgerichtshof zudem ausgeführt, dass ein Vertragsverletzungsverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof keinen Primärrechtsschutz i. S. d. Amtshaftungsrechts darstelle. Das Vertragsverletzungsverfahren sei ein objektives Beanstandungsverfahren, auch wenn in der Praxis häufig Einzelinteressen ein Vertragsverletzungsverfahren auslösten. Der Einzelne habe aber keinen Einfluss auf die Durchführung sowie den Verlauf des Vertragsverletzungsverfahrens. Daraus folge, dass ein Betroffener mit seiner Amtshaftungsklage nicht bis zum Abschluss des Vertragsverletzungsverfahrens abwarten solle, um nicht Gefahr zu laufen, seine Ansprüche zu verlieren.

In der von Rechtsanwalt Dr. Marcus Dannecker moderierten anschließenden Diskussion kam einmal mehr die Frage auf, ob

nicht der Verwaltungsrechtsweg der fachlich besser geeignete Rechtsweg für die Behandlung von Amtshaftungsfällen sei. *Schlick* wies dies zurück, da ein großer Teil der Amtshaftungsfälle die Verkehrssicherungspflichten von staatlichen Untergliederungen betreffe. Es sei sachgerecht, sämtliche Verkehrssicherungsfälle den Zivilgerichten zuzuweisen. Die übrigen Amtshaftungsfälle machten etwa 30 Fälle pro Jahr in der höchststrichterlichen Praxis aus. Wenn man die Amtshaftungsfälle auf die fachlich zuständigen Senate des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) verteilte, dürfte es nach Ansicht von *Schlick* für dieses schwierig sein, kompetent auch im Hinblick auf Amtspflichtverletzungen zu entscheiden.

2. Regionalverbände oder Gemeinden – wo liegt die Planungshoheit?

In dem für den Verwaltungsrechtstag neuen Format des „Streitgesprächs“, das von Rechtsanwältin *Alexandra Fridrich* moderiert wurde, beschäftigten sich die Teilnehmer mit dem Thema „Regionalverbände oder Gemeinden – wo liegt die Planungshoheit?“. Die Vertreter auf dem Podium, *Thomas Kiwitt*, stellvertretender Verbandsdirektor der Region Stuttgart, und *Christian Specht*, Erster Bürgermeister der Stadt Mannheim, ließen dann aber doch eine für ein wirkliches Streitgespräch zu starke Übereinstimmung ihrer Positionen erkennen. Sie vertraten einheitlich die Ansicht, dass die jeweils adäquate Handlungsebene für die Herausforderungen gesucht werden müsse. Fragen wie der Zugang zur Infrastruktur oder eine Entkoppelung der naturschutzrechtlichen Eingriffs-/Ausgleichsbilanz beträfen im Wesentlichen regionale Interessen. Für diese regional bedeutsamen Vorhaben verschiebe sich in kommunalen Verdichtungsräumen die kommunale Planungshoheit daher im Ergebnis auf eine regionale Ebene. Die Regionalplanung solle dabei das Ordnungsinstrument sein, mit dem für jede einzelne Region passgenaue Lösungen ausgearbeitet werden. Die Podiumsmitglieder waren sich aber auch darin einig, dass die Bedeutung der Regionalplanung in Ballungsräumen höher sein dürfte als in ländlichen Räumen, in denen die Planungshoheit nahezu uneingeschränkt auf der kommunalen Ebene verbleibe.

Die rege Beteiligung der Zuhörer führte dann doch noch zu einem Streitgespräch. Aus der Zuhörerschaft kam z. B. der Vorwurf, dass Regionalplanung durch gebietsscharfe Steuerung von Einzelhandels- oder Windkraftnutzung eine Bevormundung der betroffenen Gemeinden darstelle. Die Podiumsmitglieder waren der Ansicht, dass in den Fällen, in denen tatsächlich ein regionales Planungsbedürfnis bestehe, ausnahmsweise ein abschließender Katalog für gebietsscharfe Festlegungen notwendig sein könne, aber der Ausnahmecharakter gewahrt bleiben müsse. Dies mache eine kommunale Planung nicht überflüssig, sondern binde sie lediglich an den Punkten in den größeren Rahmen ein, wo dies zur Wahrung des Entwicklungspotentials aller beteiligten Kommunen und zur Verhinderung einer stillschweigenden Sozialisierung externer Kosten notwendig sei.

3. Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht

Nach der Mittagspause verstand es Richter am Bundesverwaltungsgericht, Prof. Dr. *Klaus Rennert*, auch mit dem auf den ersten Blick etwas trocken anmutenden Thema „Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht – Konkurrentenklage bei begrenztem Kontingent“, eine Mittagsmüdigkeit der Teilnehmer erst gar nicht aufkommen zu lassen. Prof. *Rennert* führte zu Beginn seines Vortrags aus, dass ein Bewerber bei den hier näher betrachteten Konkurrentenverdrängungsklagen nicht nur die Gleichstellung mit einem Mitbewerber suche, sondern verlange,

das beantragte Recht, die Stelle, die Mittel oder den Auftrag selbst zu erhalten und zugleich den Mitbewerber von dieser Position zu verdrängen.

Mit der gewohnten Tiefe und dogmatischen Klarheit zeigte Prof. *Rennert* anhand der Rechtsprechung des BVerwG die Struktur der Konkurrentenklagen bei begrenztem Kontingent auf. Dabei widmete er sich zunächst den drei Entscheidungsstufen der Behörde, die zur Entscheidung und Umsetzung erforderlich sind: Auf der ersten Stufe müsse die Behörde den Bedarf ermitteln bzw. das begrenzte Kontingent bemessen. Auf der zweiten Stufe treffe sie eine Auswahl zwischen verschiedenen Bewerbern und setze schließlich diese Auswahlentscheidung auf der dritten Stufe durch Zuschlagserteilung, Ernennung, Frequenzuteilung oder Ähnliches um. In diese Entscheidungsstufen spielten häufig rechtliche und rein tatsächliche Vorfragen hinein. So werde eine Kontingentbemessung z. B. durch den Krankenhausplan oder das Notarrecht bereits vorgegeben. Bei der Auswahlentscheidung auf der zweiten Stufe spielten gesetzliche Vorgaben, z. B. zur Priorität des Antragseingangs, ebenfalls eine wichtige Rolle.

Kennzeichen des Auswahlverfahrens sei, dass grundsätzlich alle Bewerber im Rahmen des Verfahrens berücksichtigt werden müssten, weil die Entscheidung auch gegenüber allen Bewerbern wirke. Dies sei bei dem Umsetzungsakt anders. Der Umsetzungsakt stelle nicht nur die Mitteilung der Auswahlentscheidung dar, sondern habe z. B. bei der Ernennung eines Beamten, der Zulassung im Rahmen der Studienplatzvergabe oder dem Vertragsschluss bei der Vergabe öffentlicher Aufträge einen eigenen Regelungsinhalt gegenüber seinem Adressaten. Der Umsetzungsakt geschehe daher im zweiseitigen Verhältnis.

Gegenstand des Rechtsschutzes einer Konkurrentenklage bei begrenztem Kontingent sei regelmäßig die Auswahlentscheidung. Da erst der Umsetzungsakt eine Außenwirkung besitze, werde die Auswahlentscheidung im Rahmen der Konkurrentenklage daher i. d. R. nur inzident überprüft. Prof. *Rennert* wies darauf hin, dass für einen effektiven Rechtsschutz zum Teil auch die Möglichkeit eröffnet werde, in das Verfahren vor dem Umsetzungsakt einzugreifen und die Auswahlentscheidung gesondert überprüfen zu lassen. Als Beispiel nannte er das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren. Jedenfalls oberhalb der Schwellenwerte sei ein Auftraggeber verpflichtet, die erfolgte Auswahlentscheidung, dass nämlich ein bestimmter Bieter den Zuschlag erhalten soll und die Angebote der anderen Bieter nicht berücksichtigt werden, noch vor dem eigentlichen Umsetzungsakt den unterlegenen Bietern mitzuteilen. Durch diese Information kann der unterlegene Bieter entscheiden, ob er die Auswahlentscheidung durch Erhebung eines Nachprüfungsantrags anfechten möchte. Da die Zustellung des Nachprüfungsantrags ein Zuschlagsverbot bewirke, werde die Umsetzung der Auswahlentscheidung einstweilen verhindert und der effektive Rechtsschutz gesichert. In diesem Fall würden die Rechte des unterlegenen Bieters gewahrt, ohne bereits in Rechte eines Dritten einzugreifen. Anders als der Nachprüfungsantrag im Vergaberecht bzw. andere rechtswahrende Rechtsschutzmöglichkeiten, die bereits den Vollzug des begünstigenden Umsetzungsakts verhindern sollen, sei der Drittschutz gegen eine bereits erfolgte Umsetzung der Auswahlentscheidung, also z. B. gegen die bereits erfolgte Hochschulzulassung, ein nachgängiger und in Rechte des erfolgreichen Bewerbers eingreifender Rechtsschutz.

Die Klagebefugnis ergebe sich bei Klagen, bei denen es (lediglich) um die Gleichbehandlung mit anderen im Verlaufe der Auswahlentscheidung gehe, aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz. Abzuleiten sei die Klagebefugnis bei der Drittanfechtung der bereits umgesetzten Begünstigung eines Dritten und der dadurch bewirkten Ausschöpfung des Kontingents. Da die Zulassung als Umsetzungsakt nur im zweiseitigen Verhältnis statfinde, also keinen Verwaltungsakt mit Drittwirkung darstelle,

sei die Rechtsbetroffenheit des Klägers nur eine mittelbar faktische. Allerdings diene der Umsetzungsakt der Realisierung der zuvor getroffenen Auswahlentscheidung. Diese betreffe auch die Rechte des beim Umsetzungsakt nicht berücksichtigten Klägers. In Fällen der Konkurrentenverdrängungsklage ergebe sich die Klagebefugnis daher aus der mittelbaren Rechtsbetroffenheit im Rahmen der Auswahlentscheidung.

Im letzten Teil seines Vortrags vertrat Prof. *Rennert* die These, dass eine Drittanfechtungsklage nur dann zulässig sei, wenn die Klage in eigener Sache keinen ausreichenden Rechtsschutz gewähre. Eine Konkurrentenverdrängungsklage habe dienende Funktion, da sie Rechtsschutzdefizite der Klage in eigener Sache ausgleiche. Daraus folge, dass in den Fällen eines begrenzten Kontingents unter Umständen eine Verpflichtungsklage in eigener Sache auf Erweiterung des Kontingents erhoben werden müsse, bevor eine Konkurrentenverdrängungsklage zulässig sei.

4. Die Novellierung der Landesbauordnung

Der fachliche Teil des Verwaltungsrechtstags wurde durch den Vortrag von Rechtsanwalt Dr. *Hartmut Fischer* über „Die Novellierung der Landesbauordnung“ abgerundet. Dr. *Fischer* informierte zunächst darüber, dass der Referentenentwurf der Novelle nach der Anhörungsphase nochmals überarbeitet werde. Mittlerweile wurde die Novellierung beschlossen; sie tritt am 1. 3. 2010 in Kraft.

Ziel der Novelle solle sein, durch Abbau unnötiger Standards und verfahrensmäßige Erleichterungen sowie Fristverkürzungen billigeres Bauen zu ermöglichen und die Eigenverantwortlichkeit des Bauherrn zu stärken. Zu diesem Zweck solle z. B. der Anwendungsbereich des Kenntnissgabeverfahrens gemäß § 51 LBO (n. F.) erweitert und ein vereinfachtes Baugenehmigungsverfahren mit einem überschaubaren Prüfungsrahmen in § 52 LBO (n. F.) eingeführt werden. Bei diesen Verfahrensarten stelle sich insbesondere die Frage, ob überhaupt ein Bestandsschutz möglich sei und wie weit dieser reiche. Außerdem sei bisher nicht geklärt, was bei Verstößen gegen nicht zu prüfende Vorschriften geschehe und ob die Baurechtsbehörde diese Rechtsverstöße übersehen dürfe. Dr. *Fischer* erläuterte, dass nach der Rechtsprechung zu anderen bereits novellierten Bauordnungen ein Antrag auf vereinfachte Baugenehmigung abgelehnt werden dürfe, wenn die Verstöße erheblich sind. Geringfügige Verstöße könnten durch nachträgliche Anordnungen bzw. Auflagen in der Baugenehmigung im vereinfachten Verfahren behandelt werden. Daraus ergebe sich nicht nur eine beschränkte Gestattungs- und Feststellungswirkung der Baugenehmigung, die auch den Bestandsschutz einschränke, sondern auch die Schwierigkeit für den Nachbarn, die jeweils passende Rechtsschutzform zu wählen. Gegen ein Bauvorhaben könne er sich durch einen Antrag auf Anordnung der aufschiebenden

Wirkung gemäß § 80 Abs. 5 VwGO zur Wehr setzen, soweit Vorschriften von der Baurechtsbehörde im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren geprüft wurden. Es sei aber ein Antrag auf einstweilige Anordnung gemäß § 123 VwGO erforderlich, soweit Vorschriften nicht geprüft wurden und man die Prüfung dieser Vorschriften bzw. Beachtung der sich aus den Vorschriften ergebenden Anforderungen gerichtlich durchsetzen möchte.

Neu geregelt werden soll nach dem Bericht von Dr. *Fischer* auch die Ersetzung des verweigerten gemeindlichen Einvernehmens in § 54 LBO (n. F.). Nach der ursprünglichen Entwurfsfassung, die der Arbeitsgemeinschaft Verwaltungsrecht zur Stellungnahme vorlag, war die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens bei einer „offensichtlich rechtswidrigen Versagung“ vorgesehen. Dr. *Fischer* rügte, dass unklar sei, wann genau diese Voraussetzung vorliegt und wann die Rechtswidrigkeit nicht mehr offensichtlich ist. Aus Sicht der Anwaltschaft sei dieser unbestimmte Rechtsbegriff problematisch und sollte durch den Begriff der (einfachen) Rechtswidrigkeit ersetzt werden. Nach der am 4. 11. 2009 beschlossenen Gesetzesformulierung wurde diese Anregung aufgegriffen und klargestellt, dass eine Ersetzung bei einer schlicht rechtswidrigen Versagung des erforderlichen Einvernehmens möglich ist.

Der Hinweis, dass zukünftig nur noch der nachbarschützende Teil der Abstandsfläche geregelt werden solle, weil die Behörden auch bisher schon nur den nachbarschützenden Teil beachtet hätten, klingt für den unbefangenen Zuhörer nach Herabsetzung der Standards, entspricht aber – leider – der schon geübten Praxis.

Dr. *Fischer* bemängelte, dass sich weiterer Regelungsbedarf – z. B. zur Gültigkeit von Baugenehmigungen, zum Bestandsschutz oder zur Frist für eine Ausnutzung des Baurechts im Rahmen eines Kenntnissgabeverfahrens – nicht im Gesetzentwurf wiederfinde. Auch Baden-Württemberg versuche nicht, die Fragen zu klären, die sich im Laufe der letzten Jahre im Zusammenhang bereits novellierter Landesbauordnungen anderer Bundesländer ergeben haben.

Die Anregungen der Anwaltschaft wurden teilweise in die am 4. 11. 2009 beschlossenen Neuregelung der LBO übernommen. Insbesondere die geforderte gesetzliche Klärung der sich im Zusammenhang mit dem Bestandsschutz stellenden Fragen wird aber weiterhin der Rechtsprechung überlassen bleiben.

5. Fazit

Wie in jedem Jahr war der Baden-Württembergische Verwaltungsrechtstag eine inhaltlich interessante und anspruchsvolle Veranstaltung. Vor allem aber hat sie wieder eindrucksvoll gezeigt, dass jedenfalls in Baden-Württemberg der offene und rege Dialog zwischen den im Verwaltungsrecht tätigen Rechtsanwälten, Richtern und Behördenmitarbeitern mit Gewinn für alle Beteiligten verbunden ist.