

NEWSLETTER DER ANWALTSKANZLEI QUAAS & PARTNER; I/2014

Öffentliches Recht

Bauplanungs- und Wasserrecht, Immissionsschutzrecht, Naturschutzrecht und Artenschutz, Recht der Windenergieanlagen, Bestattungsrecht, Schulrecht/Privatschulrecht, Glückspielrecht, Kommunalrecht mit Erschließungsbeitragsrecht, Vergaberecht, Beamtenrecht, Förderrecht und Verwaltungsprozessrecht

I. Bauplanungsrecht	2
1. Biogasanlagen im Außenbereich: Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB trotz Lage der Hofstelle im Innenbereich	2
2. Anspruch auf Erhaltung des Gebietscharakters: Regelmäßig kein Drittschutz bei Abweichungen von Festsetzungen zum Maß der baulichen Nutzung oder von gestalterischen Festsetzungen	3
3. Bauplanungsrecht und Wasserrecht: Strenge Anforderungen an die Ausweisung neuer Baugebiete innerhalb von Überschwemmungsgebieten	4
II. Immissionsschutzrecht	5
4. Geruchsimmissionen: Keine Verletzung des Rücksichtnahmegebots, wenn Auswirkungen des Vorhabens bei der Abwägung im Planaufstellungsverfahren fehlerfrei berücksichtigt wurden; Kurgelände	5
III. Naturschutzrecht: Artenschutz	7
5. Artenschutzprüfung: Einschätzungsprärogative der Genehmigungsbehörde, soweit sich zu ökologischen Fragestellungen noch kein allgemein anerkannter Stand der Fachwissenschaft herausgebildet hat	7
IV. Recht der Windenergieanlagen	8
6. Abschichtung von umweltbezogenen Untersuchungen in Planungs- und Genehmigungsverfahren von Windenergieanlagen	8
V. Schulrecht/Privatschulrecht mit Förderrecht.....	10
7. „Recht auf Inklusion“ – Anspruch auf Besuch von Regelschulen	10
8. „Staatliche Zuwendungen ohne (materielles) Gesetz“	11
VI. Bestattungsrecht/Friedhofssatzungen	12
9. Unwirksamkeit von Satzungsbestimmungen in Friedhofssatzungen, wonach nur Grabsteine und Grabeinfassungen verwendet werden dürfen, die ohne ausbeuterische Kinderarbeit hergestellt wurden	12
VII. Glücksspielrecht	14
10. Landesglücksspielgesetz: verschiedene spielhallenbezogene Regelungen unwirksam .	14
11. Bauplanungsrecht: Kerngebietstypische Auswirkungen auch bei Gesamtbetrachtung einer weiteren mit einer bereits vorhandenen Spielhalle.....	15
VIII. Kommunalrecht mit Erschließungsbeitragsrecht.....	16
12. Energiewirtschaftsrecht: Anforderungen an die Konzessionsvergabe	16
13. Erschließungsbeitrag trotz Privateigentum am Teilstück einer Straße? - „Widmungersatz“ kraft unvordenklicher Verjährung	17
IX. Beamtenrecht	18
14. Verstoß der Richterbesoldung in Baden-Württemberg gegen das europarechtliche Verbot der Altersdiskriminierung	18
X. Vergaberecht	19
15. Aufhebung eines Vergabeverfahrens aus „anderem schwerwiegendem Grund“	19
XI. Verwaltungsprozessrecht	20
16. Keine Präklusionswirkung nach § 47 Abs. 2a VwGO bei Fehlern der ortsüblichen Bekanntmachung der öffentlichen Auslegung	20

I.

Bauplanungsrecht

1. Biogasanlagen im Außenbereich: Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB trotz Lage der Hofstelle im Innenbereich

Im Zuge der „Energiewende“ stellt sich immer häufiger die Frage nach der Zulässigkeit von Biogasanlagen im unbeplanten Außenbereich. Nach § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB ist ein solches Vorhaben im Außenbereich zulässig, wenn öffentliche Belange nicht entgegenstehen, die ausreichende Erschließung gesichert ist und wenn es der energetischen Nutzung von Biomasse im Rahmen eines landwirtschaftlichen oder gartenbaulichen Betriebes oder eines sonstigen, wegen seiner nachteiligen Wirkung auf die Umgebung oder wegen seiner besonderen Zweckbestimmung nur im Außenbereich auszuführenden Vorhabens, das Tierhaltung betreibt, dient. Zudem ist nach § 35 Abs. 1 Nr. 6 a) BauGB die Voraussetzung zu erfüllen, dass das Vorhaben in einem räumlich-funktionalen Zusammenhang mit dem Betrieb steht. Häufig wird dabei die Frage diskutiert, **wann (noch) ein räumlich-funktionaler Zusammenhang zur Hofstelle besteht**. Zu Fallkonstellationen, in denen sich die Hofstelle im Innenbereich befindet, hat nun das **OVG Rheinland-Pfalz** mit Beschluss vom 07.02.2014 – 1 B 11320/ 13.OVG – BauR 2014, 964 entschieden, dass eine im Außenbereich geplante Biogasanlage auch dann ein privilegiertes Vorhaben im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB sein kann, wenn sich die **Hofstelle oder der Betriebsstandort im Innenbereich** befinden. Insbesondere sei das Tatbestandsmerkmal des land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes „unabhängig von einer planungsrechtlichen Zuordnung“. Eine Forderung, dass auch der Betriebsstandort „regelmäßig im Außenbereich gelegen sein müsse, liefe ... dem Zweck der Neuregelung in § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB entgegen“. Der räumlich-funktionale Zusammenhang erfordere „eine **objektiv erkennbare Zuordnung** der Biogasanlage zur Hofstelle; dieser Zusammenhang muss **nicht ‚äußerlich‘ sichtbar** sein. Er kann sich auch aus der Lage der Anlage aus den Betriebsflächen ergeben. Der räumliche Zusammenhang ist im Hinblick auf die Entfernung zwischen der Anlage und der Hofstelle des Vorhabenträgers von ca. **150 m in jedem Fall gewahrt**“. Weiterhin ergebe sich ein „funktioneller Zusammenhang zwischen Biogasanlage und landwirtschaftli-

chem Betrieb daraus, dass die Anlage Biomasse (auch) aus dem Betrieb des Beigeladenen verarbeitet. ... § 35 Abs. 1 Nr. 6 b BauGB ist **nur dann nicht erfüllt, wenn die Biomasse überwiegend weder aus dem Betrieb des Vorhabenträgers noch aus den nahegelegenen Betrieben stammt**“.

Diese großzügige Auslegung knüpft an Literaturstimmen an, wonach es für die Beurteilung des räumlich-funktionalen Zusammenhangs eben keine feste Entfernungsgrenze gibt. Allerdings wurde hier wiederum nur eine relativ kleine Entfernung (150 m) als ausreichend angesehen. Letztlich erscheint es falsch, auf bestimmte Entfernungen abzustellen: Mit Blick auf die Privilegierung der Nutzung regenerativer Energien ist das Merkmal des räumlich-funktionalen Zusammenhangs weit auszulegen. So hatte schon das OVG Schleswig-Holstein mit Beschluss vom 08.08.2006 – 1 MB 18/06 – entschieden, dass der „räumliche Zusammenhang ... auch im Hinblick auf die Entfernung zwischen der Anlage und der Hofstelle des Vorhabenträgers von ca. 700 m gewahrt“ sein kann.

Weitere Informationen bei: Rechtsanwalt Dr. Alexander Kukk

2. Anspruch auf Erhaltung des Gebietscharakters: Regelmäßig kein Drittschutz bei Abweichungen von Festsetzungen zum Maß der baulichen Nutzung oder von gestalterischen Festsetzungen

Der **Bayerische VGH** hat mit Beschluss vom 26.02.2014 – 2 ZB 14.101 – BauR 2014, 966 eine lange Reihe von Entscheidungen fortgesetzt, die sich mit der Präzisierung des von der Rechtsprechung entwickelten Anspruchs auf Erhaltung des Gebietscharakters befassen (siehe z.B. Newsletter der Anwaltskanzlei Quaas & Partner I/2012, I. 3. zum Anspruch auf Erhaltung des Gebietscharakters gegenüber einer Strafvollzugseinrichtung im reinen oder allgemeinen Wohngebiet). Dabei hat der Bayerische VGH betont, dass den **Festsetzungen** eines Bebauungsplans **zum Maß der baulichen Nutzung grundsätzlich keine nachbarschützende Funktion** zukommt. Es sei – in Abweichung von sonstiger Rechtsprechung, wonach die Verletzung eigener Rechte nicht erforderlich ist – im Einzelfall zu ermitteln, ob solche Festsetzungen nach dem Willen des Plangebers ausschließlich aus städtebaulichen Gründen oder ausnahmsweise zumindest auch

einem nachbarlichen Interessenausgleich im Sinne eines Austauschverhältnisses dienen (ebenso zur nachbarschützenden Wirkung von Bebauungsplanfestsetzungen jüngst OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 27.01.2013 – 2 A 1674/13 – BauR 2014, 969). Im vorliegenden Fall hat der Bayerische VGH dies zu streitgegenständlichen Festsetzungen zum Maß der baulichen Nutzung abgelehnt.

Zu **gestalterischen Festsetzungen** hat der VGH in dieser Entscheidung dargestellt, es „sei nicht erkennbar, wie die Nutzungsmöglichkeiten des klägerischen Grundstücks durch diese Festsetzungen eingeschränkt werden sollten“, zumal da sich „gestalterische Festsetzungen in der Regel ebenso wie die Festsetzungen zum Maß der baulichen Nutzung nur auf die unmittelbare Umgebung eines Baugrundstücks“ auswirken. Für Bauherren und Baurechtsbehörden ist dies bei der Befassung mit dem Gebietserhaltungsanspruch bedeutsam.

Weitere Informationen bei: Rechtsanwalt Dr. Alexander Kukk

3. Bauplanungsrecht und Wasserrecht: Strenge Anforderungen an die Ausweisung neuer Baugebiete innerhalb von Überschwemmungsgebieten

Mit Beschluss vom 20.03.2014 – 1 MN 7/14 – BauR 2014, 949, hat das **Niedersächsische OVG** die strengen Anforderungen an die Ausweisung neuer Baugebiete innerhalb von Überschwemmungsgebieten bestätigt: § 78 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 WHG verbietet die Ausweisung von neuen Baugebieten in Bauleitplänen und sonstigen Satzungen nach dem Baugesetzbuch in festgesetzten Überschwemmungsgebieten. **§ 78 Abs. 2 Nr. 1 WHG** sieht vor, dass die zuständige Behörde die Ausweisung neuer Baugebiete ausnahmsweise zulassen kann, wenn keine anderen Möglichkeiten der Siedlungsentwicklung bestehen oder geschaffen werden können und wenn weitere Voraussetzungen erfüllt sind. Das Niedersächsische OVG hat dazu geurteilt, dass die Ausnahmenvorschrift nur in seltenen Ausnahmefällen eingreifen könne, in denen etwa (nahezu) das **gesamte Gemeindegebiet innerhalb eines Überschwemmungsgebiets** liege oder aber aus **topografischen Gründen** eine Gemeindeentwicklung nur im Überschwemmungsgebiet in Betracht komme. Dagegen lasse die Vorschrift die Ausweisung neuer Baugebiete innerhalb von Überschwemmungsgebieten nicht schon dann zu, wenn sich

für ein bestimmtes Vorhaben kein außerhalb gelegener Alternativstandort finde. Insbesondere sei der Begriff der Siedlungsentwicklung in § 78 Abs. 2 Nr. 1 WHG nicht gleichzusetzen mit der konkreten Projekt- oder Vorhabenentwicklung.

In **Baden-Württemberg** hat das am 03.12.2013 erlassene Gesetz zur Neuordnung des Wasserrechts in Baden-Württemberg erhebliche Auswirkungen auf das Baurecht, weil nach § 65 WasserG Baden-Württemberg n.F. die Unterscheidung zwischen Innen- und Außenbereich beim Hochwasserschutz entfallen ist und sich so insbesondere Fragen nach dem Widerruf bestandskräftiger Baugenehmigungen einerseits und der Umsetzung von Bebauungsplänen, die vor der Neufassung des WasserG Baden-Württemberg erlassen wurden, andererseits stellen. Fraglich ist auch, ob Änderungen schon geltender Bebauungspläne unter das Planungsverbot des § 78 Abs. 2 Nr. 1 WHG fallen, oder ob dieses Verbot nur für den bislang unbeplanten Außenbereich gilt. Die Anwaltskanzlei Quaas & Partner begleitet Städte und Gemeinden bei der Handhabung dieser Fragen.

*Weitere Informationen bei: Rechtsanwältin Dr. Ulrike Bernhardt
und Rechtsanwalt Dr. Alexander Kukk*

II.

Immissionsschutzrecht

4. Geruchsmissionen: Keine Verletzung des Rücksichtnahmegebots, wenn Auswirkungen des Vorhabens bei der Abwägung im Planaufstellungsverfahren fehlerfrei berücksichtigt wurden; Kurgebiete

Mit zwei interessanten Entscheidungen zu Geruchsmissionen hat das **OVG Nordrhein-Westfalen** weitere Entwicklungslinien der Rechtsprechung zu Geruchsmissionen aufgezeigt:

Mit Beschluss vom 13.01.2014 – 10 B 1323/13 – BauR 2014, 957, 958, hat das OVG Nordrhein-Westfalen ausgeführt, dass ein Vorhaben im Geltungsbereich eines qualifizierten Bebauungsplans dann **nicht gegen das Rücksichtnahmegebot** aus § 15 Abs. 1 Satz 2 BauNVO **verstößt**, wenn es den Festsetzungen des Bebauungsplans entspricht und der Plangeber im **Bebauungsplanaufstellungsverfahren** die bei der Ausnutzung der Festsetzungen **zu erwartenden Konflikte im**

Rahmen der Abwägung schon rechtsfehlerfrei gelöst hat. Im entschiedenen Fall war maßgeblich, dass der Plangeber in den ausgewiesenen Gewerbe- und Industriegebieten wegen Immissionskonflikten mit umliegenden Tierhaltungsbetrieben ein immissionsempfindliches Wohnen ausgeschlossen und für die künftigen gewerblichen und industriellen Anlagen im Plangebiet Geruchsbelästigungen von 17-24 % der Geruchsstunden im Jahr als zumutbar angesehen hat. Da der Konflikt im Bebauungsplanaufstellungsverfahren insoweit abschließend bewältigt wurde, komme im nachfolgenden Genehmigungsverfahren nach Ansicht des OVG keine „Korrektur“ nach § 15 Abs. 1 Satz 2 BauNVO mehr in Betracht. Offen gelassen hat das OVG, ob eine so große Abweichung gegenüber den Orientierungswerten der GIRL für Industriegebiete (15 % der Geruchsstunden im Jahr) im Bebauungsplanrecht überhaupt fehlerfrei abgewogen werden könne.

Zugleich hat das OVG ausgeführt, dass einem **im Außenbereich** neben landwirtschaftlichen Tierhaltungsbetrieben **geplanten Tischlereibetrieb** eine Geruchsimmisionsbelastung von **25 % der Geruchsstunden im Jahr zumutbar** sein könne, weil Geruchsimmisionen im typischerweise landwirtschaftlich genutzten Außenbereich Begleiterscheinungen der dort zulässigen Nutzung seien.

Mit weiterem Urteil vom 02.12.2013 – 2 A 2652/11 – BauR 2014, 959 hat das OVG Nordrhein-Westfalen entschieden, dass die Auslegungshinweise zu Nr. 5 GIRL, die **für Kurgebiete Immissionswerte zwischen 6 % und 10 % der Jahresstunden** empfehlen, unbeschadet besondere Umstände des Einzelfalles grundsätzlich geeignet seien, als Grenze für die Zumutbarkeit von Geruchsimmisionen für Kurbetriebe herangezogen zu werden. Dabei wird einmal mehr betont, dass die Erheblichkeit von Geruchsimmisionen keine absolut festliegende Größe sei und zur Frage der Zumutbarkeit von Geruchsimmisionen jeweils eine umfassende Würdigung aller Umstände des Einzelfalles zu erfolgen habe.

In beiden Entscheidungen werden wieder einmal die Schwierigkeiten der Beurteilung von erheblichen Belästigungen (§ 3 Abs. 1 BImSchG) bzw. wesentlichen Beeinträchtigungen (§ 906 Abs. 1 BGB) durch Geruchsimmisionen deutlich.

Weitere Informationen bei: Rechtsanwalt Dr. Alexander Kukk

III.

Naturschutzrecht: Artenschutz

5. Artenschutzprüfung: Einschätzungsprärogative der Genehmigungsbehörde, soweit sich zu ökologischen Fragestellungen noch kein allgemein anerkannter Stand der Fachwissenschaft herausgebildet hat

Bei der Beurteilung artenschutzrechtlicher Tötungs- und Verletzungstatbestände (insbesondere § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG) ist zu beachten, dass diese Verbotsstatbestände keinen Ermessensspielraum eröffnen. Sind sie erfüllt, sind Vermeidungsmaßnahmen erforderlich.

In einem viel beachteten Urteil vom 21.11.2013 – 7 C 40.11 – hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass der Genehmigungsbehörde bei ihrer Entscheidung über eine immissionsschutzrechtliche Anlagengenehmigung für die Prüfung, ob artenschutzrechtliche Verbotstatbestände erfüllt sind, bei der Bestandserfassung und Risikobewertung eine naturschutzfachliche **Einschätzungsprärogative** zusteht, **soweit sich zu ökologischen Fragestellungen noch kein allgemein anerkannter Stand der Fachwissenschaft herausgebildet** hat. Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts habe der Gesetzgeber „für die Prüfung, welche Anforderungen an die Art und den Umfang der artenschutzrechtlichen Bestandsaufnahme sowie die Erfassung und Bewertung der vorhabenbedingten Einwirkungen zu stellen sind, keine weiteren gesetzlichen Vorgaben festgelegt und erst recht kein den Anforderungen des Art. 6 Abs. 3 der Habitat-Richtlinie bzw. des § 34 Abs. 1 BNatSchG vergleichbares formalisiertes Verfahren einer artenschutzrechtlichen Verträglichkeitsprüfung vorgesehen“. Deswegen verweise das Gesetz die Behörden „auf die Erkenntnisse der ökologischen Wissenschaft und Praxis als Orientierungshilfe“. Da „ökologische Fragestellungen noch in weitem Umfang keine eindeutigen, in den einschlägigen Fachkreisen allgemein anerkannten Antworten gefunden haben, kann dies nur als **Ermächtigung** verstanden werden, die **artenschutzrechtliche Prüfung in Würdigung des jeweiligen naturschutzfachlichen Meinungsstandes eigenverantwortlich vorzunehmen**. Damit hat der Gesetzgeber den Zulassungsbehörden, soweit anerkannte naturschutzfachliche Maßstäbe fehlen, eine sachlich gerechtfertigte Einschätzungsprärogative eingeräumt, der – mangels vollständig determinierende

Handlungs- und Kontrollmaßstäbe – eine Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle korrespondiert“.

Damit eröffnen sich **Spielräume** zwar nicht bei der Rechtsfolge artenschutzrechtlicher Verbote, wohl aber **bei der Beurteilung ihres Vorliegens** in Abhängigkeit der wissenschaftlichen Kriterien für ihre Ermittlung.

Weitere Informationen bei: Rechtsanwalt Dr. Alexander Kukk

IV.

Recht der Windenergieanlagen

6. Abschichtung von umweltbezogenen Untersuchungen in Planungs- und Genehmigungsverfahren von Windenergieanlagen

Das **OVG Lüneburg** hat mit zwei neueren Entscheidungen Fragen der Abschichtung umweltrechtlicher Prüfungen im Prozess der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen beantwortet. Während die Literatur solche Abschichtungsmöglichkeiten befürwortet (vgl. Frey, Möglichkeiten und Grenzen der Abschichtung umweltrechtlicher Prüfungen bei Windkraft-Flächennutzungsplanung und -anlagengenehmigung, BauR 2014, 920) hat das OVG Lüneburg im Urte. v. 17.10.2013 – KN 277/11 – ausgeführt, eine **Natura 2000-Gebietsverträglichkeitsprüfung sei schon auf der Ebene des Regionalplans** auf der Grundlage von § 7 Abs. 6 ROG **erforderlich**. § 34 BNatSchG gehöre zum Prüfungsprogramm der Umweltprüfung auch schon im Regionalplanaufstellungsverfahren (und dementsprechend bei der Aufstellung eines Flächennutzungsplans). Dies gelte für die Planungsphase, obwohl es noch nicht um die Vorhabenzulassung gehe. Die erforderliche „**Prüfungsdichte**“ ergebe sich aus den Auswirkungen der geplanten Nutzung, etwa durch die Anlagenzahl und Anlagengröße entsprechend zu den angebotsbezogenen Planungen (insbesondere von Konzentrationszonen im Regionalplan oder Flächennutzungsplan). Dabei ist schon in dieser frühen Planungsphase sicherzustellen, dass sich die durch die Planung gesicherten späteren Vorhaben in dem dafür ausgewiesenen Gebiet gegenüber den konkurrierenden Nutzungen durchsetzen können. Zudem muss die Anforderung erfüllt werden, dass auch bei Entfallen einzelner Standorte auf späteren Prüfungsebenen aufgrund

naturschutzrechtlicher Belange im Plangebiet für die Windenergie „substantiell Raum geschaffen“ wird (dazu BVerwG, Urt. v. 17.12.20102 – 4 C 15.01 – BVerwGE 117, 278, 295; Urt. v. 24.01.2008 – 4 CN 2.07 – NVwZ 2008, 559, 560; Beschl. v. 29.03.2010 – 4 BN 65.09 – BauR 2010, 2074).

Mit Beschluss vom 25.02.2014 – 12 LA 97/13 – BauR 2014, 983 hat das OVG Lüneburg **dagegen bei der Vorhabenzulassung** entschieden, dass die zuständige Behörde bei der Genehmigung von Windenergieanlagen nach Maßgabe des § 17 Abs. 3 UVPG im Einzelfall von einer Umweltverträglichkeitsprüfung absehen dürfe, wenn eine solche Prüfung bereits in einem Aufstellungsverfahren für einen vorhabenbezogenen Bebauungsplan durchgeführt worden ist und sie sich nicht auf städtebaulich bedeutsame Umweltauswirkungen und Fragen einer standortbezogenen Umweltverträglichkeit beschränkt, sondern auch auf die durch den Betrieb der geplanten Anlagen konkret bedingten Umweltauswirkungen erstreckt hat. Deswegen könne ein Bedarf zur Prüfung zusätzlicher oder anderer erheblicher Umweltauswirkungen nicht erkennbar sein. Damit wird die Prüfung umweltbezogener Belange nicht in dem Sinne abgeschichtet, dass sie im fortschreitenden Planungs- und Genehmigungsverfahren immer weiter konkretisiert wird. Vielmehr werden – im Gegenteil! – die **Prüfungsanforderungen schon in vorgelagerten Planungsverfahren erhöht**, so dass (entschieden für den Sonderfall des vorhabenbezogenen Bebauungsplans) der Fall eintreten kann, dass schon diese Prüfung für das vorgelagerte Planungsverfahren für die spätere Vorhabenzulassung ausreicht.

Dies ist auch vor dem Hintergrund einer neueren Entscheidung des **Bundesverwaltungsgerichts** zum **Bundesfernstraßenrecht** bemerkenswert: Es hat am 06.11.2013 – 9 A 14/12 – NVwZ 2014, 714 zur **Alternativenprüfung** und **Linienbestimmung** bei der Planung von Bundesfernstraßen ausgeführt, es müsse für eine Entscheidung über die Linienbestimmung neben der UVPG-Prüfung nach § 35 S.1 i. V. m. § 34 BNatSchG auch eine **Prüfung der Verträglichkeit mit Gebieten von gemeinschaftlicher Bedeutung** i.S. d. Art. 4 FFH-Richtlinie durchgeführt werden. Das Bundesverwaltungsgericht sah aber trotz Fehlens der Prüfung auf FFH-Verträglichkeit keine Pflicht zur Wiederholung des Linienbestimmungsverfahrens bzw. keine Pflicht zur erneuten Durchführung der Öffentlich-

keitsbeteiligung. Vielmehr genüge es, wenn dem FFH-Recht im Planfeststellungsverfahren Rechnung getragen würde.

*Weitere Informationen bei: Rechtsanwalt Dr. Alexander Kukk
und Rechtsanwältin Dr. Ulrike Bernhardt*

V.

Schulrecht/Privatschulrecht mit Förderrecht

7. „Recht auf Inklusion“ – Anspruch auf Besuch von Regelschulen

In der UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderung vom 13.12.2006, in Kraft getreten am 03.05.2008, wurden zugunsten von behinderten Menschen u. a. das Recht auf sog. „Inklusion“ aufgenommen. Dies beinhaltet die unabhängige Lebensführung und Einbeziehung in die Gemeinschaft, Arbeit und Beschäftigung, einen angemessenen Lebensstandard und sozialen Schutz, Teilhabe am kulturellen Leben wie Erholung, Freizeit und Sport u. a. Besondere Bedeutung für das (Privatschul-)recht hat das in Art. 24 UN-Konvention geregelte „**Recht auf inklusive Bildung**“. Es regelt, dass Menschen mit Behinderungen nicht aufgrund von Behinderungen vom allgemeinen Bildungssystem ausgeschlossen werden. **Unabhängig vom aktuellen Stand der Gesetzgebung der Änderung von Schulgesetz und Privatschulgesetz in den einzelnen Bundesländern** besteht somit ein Recht behinderter Menschen auf inklusive Beschulung in Regelschulen. Dies ergibt sich auch aus einer verfassungskonformen Auslegung des Schulgesetzes bzw. Privatschulgesetzes im Hinblick auf Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, wonach niemand wegen seiner Behinderung benachteiligt werden darf.

Das Recht auf inklusive Beschulung ist in Baden-Württemberg bisher nur für die **Gemeinschaftsschule in § 8 a Abs. 1 S. 2 SchulG** ausdrücklich geregelt. Es gilt aber wegen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG und Art. 24 UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen auch für andere Schultypen. Mangels Regelung können im **Privatschulbereich Unklarheiten** im Zusammenhang mit der **Finanzierung inklusiver Beschulung** (Sockelbetrag und Zusatzbeträge wegen inklusiver Beschulung) entstehen. Privatschulträgern wird empfohlen, im Falle

der inklusiven Beschulung einzelner Schüler eine rechtzeitige Meldung der inklusiv beschulten Schüler an zuständiger Stelle vorzunehmen, entsprechende Förderanträge zu stellen und – falls notwendig – den Klageweg zu beschreiten.

*Weitere Informationen bei: Rechtsanwalt Prof. Dr. Michael Quaas
und Rechtsanwältin D. Ulrike Bernhardt*

8. „Staatliche Zuwendungen ohne (materielles) Gesetz“

Die Gewährung staatlicher Subventionen (Zuwendungen, Zuschüsse, Fördermaßnahmen) bedarf grundsätzlich keiner eigenen gesetzlichen Ermächtigung. Für eine an Recht und Gesetz gebundene Verwaltung ist die etatmäßige Bereitstellung der als Subvention erforderlichen Mittel, also der als Gesetz im formellen Sinn aufgestellte Haushaltsplan, eine hinreichende Legitimation. Die erforderliche „Rechtsgrundlage“ für Subventionen ist gegeben, wenn im Haushaltsplan als Bestandteil des förmlichen Haushaltsgesetzes entsprechende Mittel eingestellt sind, innerhalb des Haushaltsplans eine ausreichende „Umreißung“ der Zweckbestimmung dieser Mittel vorgesehen ist und ihre Vergabe zu den betreffenden Verwaltungsinstanzen zugewiesenen verfassungsmäßigen Aufgaben gehört. Der einzelne Betroffene hat mit Rücksicht auf diesen „Haushaltstitel“ unter Beachtung des Gleichheitssatzes und der Verwaltungspraxis einen Rechtsanspruch auf „ermessensfehlerfreie Entscheidung“ über die Gewährung der im Haushalt bereitgestellten Gelder. Gerichtlich ungeklärt ist, ob die Verwaltung berechtigt ist, trotz einem bereits erschöpften Haushaltstitel Fördermittel zu bewilligen.

Nähere Informationen bei: Rechtsanwalt Prof. Dr. Michael Quaas

VI.

Bestattungsrecht/Friedhofssatzungen

9. Unwirksamkeit von Satzungsbestimmungen in Friedhofssatzungen, wonach nur Grabsteine und Grabeinfassungen verwendet werden dürfen, die ohne ausbeuterische Kinderarbeit hergestellt wurden

Ende vergangenen Jahres erregte ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16.10.2013 – 8 CN 1.12 – NVwZ 2014, 527 Aufsehen. Das Urteil erklärte eine Friedhofssatzung einer bayerischen Gemeinde für unwirksam, soweit diese ein Verwendungsverbot für Grabsteine und Grabeinfassungen enthielt, die nicht nachweislich aus fairem Handel stammten und ohne ausbeuterische Kinderarbeit hergestellt wurden. Maßgebliche Gründe waren, dass die Regelung „das aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) abzuleitende Gebot der Klarheit und Bestimmtheit einer Norm“ verletze, weil Kriterien dafür fehlten, „wie der Nachweis dafür geführt werden solle, dass die aufzustellenden Grabmale nachweislich in der gesamten Wertschöpfungskette“ ohne ausbeuterische Kinderarbeit hergestellt wurden. Zudem fehle (in Bayern) eine formell-gesetzliche Ermächtigung im Landesrecht und liege eine Verletzung des Grundrechts der Berufsfreiheit ebenso wie ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit vor.

In **Baden-Württemberg** fühlte man sich demgegenüber sicher, weil § 15 Abs. 3 BestattungsgG eine ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage für Festlegungen in Friedhofsordnungen und Polizeiverordnungen enthält, wonach nur Grabsteine und Grabsteinfassungen verwendet werden dürfen, die nachweislich aus fairem Handel stammen und ohne ausbeuterische Kinderarbeit im Sinne der Konvention 1982 der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) hergestellt sind. Nach § 15 Abs. 3 Satz 2 BestattungsgG sind die Anforderungen an den Nachweis nach Satz 1 in den Friedhofsordnungen und Polizeiverordnungen festzulegen.

In einem Normenkontrollverfahren von Steinmetzbetrieben aus der Ortenau gegen die Stadt Kehl hat der **VGH Baden-Württemberg** mit aktuellem Urteil vom 29.04.2014 – 1 S 1458/12 – die entsprechenden Regelungen in §§ 13 und 14 der Friedhofssatzung der Stadt für unwirksam erklärt. Der VGH hat offen gelas-

sen, ob § 15 Abs. 3 BestattungsgG wirksam ist. Insbesondere könne offen bleiben, „ob im Anschluss an das Bundesverwaltungsgericht der Gesetzgeber auch das erforderliche Nachweissystem wegen seiner Bedeutung für die Grundrechtsausübung jedenfalls in seinen Grundzügen selbst regeln muss“.

Der VGH meint, dass **jedenfalls derzeit keine validen Nachweissysteme** vorhanden sind, weswegen die Satzung unwirksam sei. Die **Forderung nach dem Nachweis**, dass Grabsteine aus fairem Handel stammen und ohne ausbeuterische Kinderarbeit hergestellt sind, sei nur dann „mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbar“, wenn „für den Betroffenen hinreichend erkennbar ist, welche Nachweismöglichkeiten bestehen und als ausreichend gelten“. Dazu gebe es **drei Möglichkeiten**, nämlich „eine hinreichend gesicherte Verkehrsauffassung“, die Anerkennung von bestehenden Zertifikaten durch „eine zuständige staatliche Stelle ... als vertrauenswürdig“ oder eine Regelung im Gesetz „unter Einhaltung des Regelungsermessens des Gesetzgebers oder des Satzungsgebers – ausdrücklich unter Benennung der Zertifikate“. Weil keine dieser Voraussetzungen gegeben sei, sei die Satzungsbestimmung mangels Umsetzbarkeit eine übermäßige Belastung der betroffenen Steinmetze und daher „**unverhältnismäßig** im engeren Sinne“ (Seite 16-18 UA). Zudem sei ein Verstoß gegen die **Berufsausübungsfreiheit** aus Art. 12 GG des antragstellenden Steinmetzes gegeben.

Daraus folgt, dass **solche Satzungsbestimmungen auch in Baden-Württemberg regelmäßig unwirksam** sind. Grund dafür ist letztlich, dass der Gesetzgeber die Gemeinden bei der Frage, wie dieser Nachweis zu führen ist, allein gelassen hat. Die vom VGH Baden-Württemberg aufgestellten Anforderungen an den Nachweis sind von einer Gemeinde allein (ausdrückliche Regelung, welche Zertifikate als Nachweis ausreichen, unter Benennung der Zertifikate) fachlich haltbar kaum zu bewältigen, so dass hier eine Aufgabe für die Gemeindeverbände liegt oder mit rechtssicheren Satzungsregelungen gewartet werden muss, bis eine hinreichend gesicherte Verkehrsauffassung zur Vertrauenswürdigkeit von Zertifikate besteht.

Weitere Informationen bei: Rechtsanwalt Dr. Alexander Kukk

VII.

Glücksspielrecht

10. Landesglücksspielgesetz: verschiedene spielhallenbezogene Regelungen unwirksam

Mit (einem 144 Seiten umfassenden) Urteil vom 17.06.2014 – 1 VB 15/13 – hat der **Staatsgerichtshof Baden-Württemberg** Verfassungsbeschwerden gegen das Landesglücksspielgesetz (vgl. Newsletter der Anwaltskanzlei Quaas & Partner II/2012, Öffentliches Recht V) und das Zustimmungsgesetz des Landes zum Glücksspielstaatsvertrag teilweise stattgegeben. Mit Landesverfassungsrecht nicht vereinbar sei die **rückwirkende Anforderung der Erteilung einer Erlaubnis** für schon vor Inkrafttreten des LGlüG und vor Ratifizierung des Glücksspielstaatsvertrages bestehende Spielhallen. Insbesondere verletze die Übergangsvorschrift in § 51 Abs. 4 Satz 3 LGlüG die Berufsfreiheit, weil konkurrierende Spielhallenbetreiber möglicherweise zeitlich erst kurz vor einem Eingreifen der neuen landesrechtlichen Erlaubnispflicht zum Stichtag erfahren, ob sie ihren Spielhallenbetrieb fortsetzen könnten, sodass sie möglicherweise ihren Betrieb abrupt beenden müssten. Die Bestimmungen könnten jedoch bis zur Herstellung einer verfassungskonformen Rechtslage weiter angewendet werden, wobei allerdings ggf. Entschädigung zu leisten sei. Nicht verfassungskonform sei zudem die Regelung, dass es für bestehende Spielhallen, die sich in einem Abstand von weniger als 250 m zueinander befinden, **keine Möglichkeit der Befreiung vom Abstandsgebot** gebe – anders als für das Verbot baulich verbundener Spielhallen. Schließlich werde die Verfassung durch die Vorschrift verletzt, dass die **Personalien der Gäste mit der zentralen Glücksspiel-Sperrdatei der Länder abzugleichen** seien, obwohl der Glücksspielstaatsvertrag dies nicht vorsehe.

Das Urteil bedeutet nur einen Teilerfolg der Beschwerdeführer. Dem Jugendschutz dienende Eingangskontrollen, das Verbot des Betriebens von Spielhallen in einem baulichen Verbund und das Abstandsgebot zu anderen Spielhallen verletzen nach Auffassung des StGH kein Verfassungsrecht. Das Verbot, Spielhallen in einem baulichen Verbund zu betreiben (§ 42 Abs. 2 LGlüG und § 25 Abs. 2 GlüStV) sei zur Bekämpfung der Glücksspielsucht, zum Jugend- und Spielerschutz sowie zum Schutz vor Folge- und Begleitkriminalität gerechtfertigt. Gleiches

gelte für das Abstandsgebot zu anderen Spielhallen in § 42 Abs. 1 LGlüG, das Abstandsgebot ermöglichen solle, Spielern einen inneren Abstand vom gerade beendeten Spiel zu ermöglichen und es zudem die Dichte an Spielhallen verringern soll. Selbst das Fehlen eines Maßstabs, um eine ab dem 01.07.2017 bestehende Konkurrenz zwischen mehreren räumlich zu eng beieinander liegender oder in einem baulichen Verbund bestehender Spielhallen zu lösen, führe nicht zu einem Verfassungsverstoß.

Weitere Informationen bei: Rechtsanwalt Dr. Alexander Kukk

11. Bauplanungsrecht: Kerngebietstypische Auswirkungen auch bei Gesamtbetrachtung einer weiteren mit einer bereits vorhandenen Spielhalle

Der **VGH Baden-Württemberg** hat im Urteil v. 09.10.2013 – 5 S 29/12 – NVwZ-RR 2014, 135 entschieden, dass eine Spielhalle in einem Mischgebiet schon dann unzulässige kerngebietstypische Auswirkungen haben kann, wenn dies bei ihrer Gesamtbetrachtung zusammen mit einer bereits vorhandenen Spielhalle der Fall ist. Dies gelte auch dann, wenn die antragsgegenständliche weitere Spielhalle im Mischgebiet selbst noch keine kerngebietstypischen Auswirkungen hat: „Die – vom Bundesverwaltungsgericht gebilligte – gefestigte obergerichtliche Rechtsprechung (vgl. Senatsurteil v. 20.08.1991 – 5 S 2881/90 – VBlBW 1992, 217 m.w.N.) orientiert sich bei der Auslegung des **Begriffs der „kerngebietstypischen Vergnügungsstätte“** in Anlehnung an die seit dem 20.12.1985 gültige Spielverordnung des Bundes maßgeblich an der (Raum-) Größe des Betriebs (vgl. BVerwG, Beschl. v. 28.07.1988 – 4 B 119.88 – Buchholz 406.12 § 8 BauNVO Nr. 8; Urteil v. 21.02.1986, a.a.O.) und legt insoweit als wesentlichen Anhalt einen **„(Flächen-) Schwellenwert“ von ca. 100 m² Grundfläche** zugrunde, erachtet für die Einstufung als kerngebietstypisch jedoch letztlich eine **Einzelfallbeurteilung** als maßgeblich (vgl. BVerwG, v. 29.10.1992 – 4 B 103.92 – Buchholz 406.12 § 6 BauNVO Nr. 12; Urteil v. 20.08.1992 – 4 C 57.89 – Buchholz 406.11 § 29 BauGB Nr. 47).“ Die Einzelfallbetrachtung macht die Flächenbetrachtung nicht entbehrlich; nach neuem Recht könnte die Grenze von 100 m² auch geringfügig geringer liegen: „Zwar sind statt bisher maximal 10 Geldspielgeräte auf jeweils 15 m² (§ 3 Abs. 2 Satz 1 SpielV 1985 ff.) nunmehr maximal 12 Geldspiel-

geräte auf jeweils 12 m² zulässig (§ 3 Abs. 2 SpielV 2006, zul. geänd. am 04.03. und 07.08.2013), doch ist nicht zu erkennen, warum bereits die Möglichkeit, gerade 6 und mehr Geldspielgeräte aufzustellen, auf eine Kerngebietstypik führen sollte. Mehr spricht dafür, wie bisher, ab 2/3 der für eine maximal zulässige Belegung mit Geldspielgeräten erforderlichen Nutzfläche eine Kerngebietstypik anzunehmen. Insofern könnte nunmehr bereits ab ca. 96 m² von einer kerngebietstypischen Spielhalle auszugehen sein (ähnlich VG München, Urt. v. 21.05.2007 – M 8 K 06.1951 – VG Gelsenkirchen, Urt. v. 09.07.2008 – 10 K 2870/07 – VGH Bad.-Württ. Urt. v. 02.11.2006, a.a.O.: „bei Überschreiten von 100 m² erst recht kerngebietstypisch“).

Der VGH meint, dass die unerwünschten städtebaulichen Wirkungen von kerngebietstypischen Vergnügungsstätten einschließlich eines „Trading Down-Effekts“ auch bei einer Gesamtbetrachtung mehrerer Spielhallen einträten, weswegen eine solche Gesamtbetrachtung zur Unzulässigkeit jedenfalls – in einem kleinräumigen Mischgebiet – für ein Vorhaben „in unmittelbarer Nähe zu zwei bereits vorhandenen, zumindest am Rande der Kerngebietstypik stehenden Spielhallen“ gelten müsse. Damit wird die Zulassung von Spielhallen in Mischgebieten künftig noch schwerer.

Weitere Informationen bei: Rechtsanwalt Dr. Alexander Kukk

VIII.

Kommunalrecht mit Erschließungsbeitragsrecht

12. Energiewirtschaftsrecht: Anforderungen an die Konzessionsvergabe

Der **BGH** hat mit Urteil vom 17.12.2013 – KZR 66/12 – NVwZ 2014, 807 ein wegweisendes Urteil zu den Fragen der **Auswahl des Konzessionärs für den Betrieb eines Energieversorgungsnetzes** erlassen. Hiernach gilt, dass die Gemeinde als marktbeherrschender Anbieter der Wegenutzungsrechte in ihrem Gebiet verpflichtet ist, den Konzessionär für den Betrieb eines Energieversorgungsnetzes in einem **diskriminierungsfreien Wettbewerb** auszuwählen. Dies bedeutet, dass die Auswahl in einem **transparenten Verfahren** zu erfolgen hat. Es sind vorrangig die Kriterien zu berücksichtigen, welche das Ziel von § 1 Abs.

1 EnWG, d. h. der Gewährleistung einer sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen leitungsgebundenen örtlichen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas, konkretisieren. Eine Konzessionsvergabe, welche diesen Verpflichtungen nicht genügt, begründet eine unbillige Behinderung derjenigen Bewerber, welche in ihren Chancen auf die Konzession beeinträchtigt worden sind. Konzessionsverträge, mit deren Abschluss andere Bewerber durch die Gemeinde unbillig behindert werden, sind wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nach § 134 BGB nichtig. Die Anwaltskanzlei Quaas & Partner begleitet Städte und Gemeinden beim Abschluss solcher Verträge.

Weitere Informationen bei: Rechtsanwältin Dr. Ulrike Bernhardt

13. Erschließungsbeitrag trotz Privateigentum am Teilstück einer Straße? - „Widmungsersatz“ kraft unvordenklicher Verjährung

Erschließungsbeiträge können nur für die Herstellung öffentlicher Erschließungsanlagen, insbesondere Anbaustraßen, erhoben werden (§ 33 S. 1 Nr. 1 KAG BW). In diesem Zusammenhang kann sich die Frage stellen, ob eine Straße auch dann „öffentlich“ ist, wenn sie über privates Grundeigentum (des Straßenanliegers) führt und ein Enteignungsverfahren oder eine Umlegung nicht stattgefunden haben. „Öffentlich“ wird eine Straße durch Widmung. Insoweit kann bei besonderer Fallgestaltung eine dem öffentlichen Verkehr gewidmete Straße auch dann vorliegen, wenn der Privateigentümer der Fläche, die sich im Bereich der Straße befindet, der Widmung nicht zugestimmt hat. Bei Straßen, die seit alters her von der Allgemeinheit genutzt werden, kommt eine sog. Widmung kraft unvordenklicher Verjährung in Betracht. Ein solcher „Widmungsersatz“ kraft unvordenklicher Verjährung liegt vor, wenn die Straße seit mind. zwei mal 40 Jahren z. B. als „Gemeindeverbindungsweg“ genutzt worden ist und damit das Privateigentum an der Straßenfläche nur noch als „leere Hülle“ fortbesteht.

Nähere Informationen bei: Rechtsanwalt Prof. Dr. Michael Quaas

IX.

Beamtenrecht

14. Verstoß der Richterbesoldung in Baden-Württemberg gegen das europarechtliche Verbot der Altersdiskriminierung

Die Anwaltskanzlei Quaas & Partner führt mehrere Klageverfahren baden-württemberger Richter gegen das Landesamt für Besoldung und Versorgung (LBV) vor dem **Verwaltungsgericht Stuttgart**, die die Neufestsetzung ihrer Vergütung begehren; vgl. Newsletter I/2013, Öffentliches Recht. Die Verfahren wurden teilweise ausgesetzt, da sich das VG von einer Entscheidung des EuGH in mehreren, von deutschen Verwaltungsgerichten vorgelegten Verfahren betreffend die Besoldung deutscher Beamter entscheidungserhebliche Erkenntnisse erwarteten. Der **EuGH** hat **mit Urteil vom 20.06.2014**, Az.: C-501-506/12, C-540/12, C-541/12 festgestellt, dass die deutsche Besoldungseinstufung von Beamten nach ihrem Alter rechtswidrig war. Allerdings urteilte der EuGH – insofern abweichend von der vom Generalanwalt vertretenen Auffassung – dass sich hieraus nicht zwingend eine rückwirkende Zahlung von Entschädigungen ergebe; nach EU-Recht gebe es keine Verpflichtung, den wegen ihres Alters diskriminierten Beamten rückwirkend einen Ausgleich zwischen dem tatsächlichen und dem höchstmöglichen Gehalt ihrer Besoldungsgruppe zu zahlen. Das VG Stuttgart wird nun darüber zu befinden haben, ob sich diese EuGH-Rechtsprechung auf die Regelungen zur Richterbesoldung in Baden-Württemberg übertragen lässt, oder ob nicht – wie von der Anwaltskanzlei Quaas & Partner vertreten – aufgrund der Besonderheit des Richter-Amtes andere Maßstäbe gelten, die u.a. auch eine Differenzierung nach sog. „Erfahrungsstufen“, wie sie das neue Besoldungsrecht inzwischen vorsieht, verbieten.

Weitere Informationen bei: Rechtsanwalt Dr. Moritz Quaas

X.

Vergaberecht

15. Aufhebung eines Vergabeverfahrens aus „anderem schwerwiegendem Grund“

Der **BGH** hat mit **Beschluss vom 20.03.2014** – X ZP 18/13 – NZBau 2014, 310, seine Rechtsprechung zur Frage fortgesetzt, ob und wann ein öffentlicher Auftraggeber berechtigt ist, ein Vergabeverfahren aufzuheben, wenn zwar keiner der gesetzlich vorgesehenen Tatbestände, aber ein „anderer schwerwiegender Grund“ vorliegt. Der BGH ist der Auffassung, dass ein öffentlicher Auftraggeber ein Vergabeverfahren grundsätzlich jederzeit auch ohne Aufhebungsgrund aufheben kann: Aus den Vergabe- und Vertragsordnungen folge nicht, dass er gezwungen wäre, ein Vergabeverfahren mit Zuschlagserteilung abzuschließen, wenn keiner der zur Aufhebung berechtigenden Tatbestände erfüllt ist. Vielmehr bleibe es dem Auftraggeber unbenommen, von einem Beschaffungsvorgang auch dann Abstand zu nehmen, wenn dafür kein anerkannter Aufhebungsgrund vorliegt. Der Auftraggeber habe aufgrund einer umfassenden, alle für die Aufhebungsentscheidung maßgeblichen Umstände berücksichtigende Interessenabwägung zu entscheiden. Hierbei könne ein zur Aufhebung der Ausschreibung Anlass gebendes Fehlverhalten des öffentlichen Auftraggebers aber grundsätzlich nicht als Aufhebungsgrund herangezogen werden, denn – so der BGH – ansonsten hätte es der Auftraggeber in der Hand, nach freier Entscheidung durch Verstöße gegen das Vergaberecht den bei der Vergabe öffentlicher Aufträge bestehenden Bindungen zu entgehen. Dies gelte unabhängig von Fragen des Verschuldens. Mit seiner Entscheidung betont der BGH den in Bezug auf den Vertragsschluss auch für öffentliche Auftraggeber geltenden Grundsatz der Privatautonomie. Allerdings kann ein Bieter im Falle einer nicht vergaberechtskonformen Aufhebung die Feststellung beantragen, dass er durch das Verfahren in seinen Rechten verletzt ist und Anspruch auf Schadensersatz geltend machen. Die Anwaltskanzlei Quaas & Partner berät und vertritt laufend verschiedene Kommunen in vergaberechtlichen Angelegenheiten.

Weitere Informationen bei: Rechtsanwalt Dr. Moritz Quaas

XI.

Verwaltungsprozessrecht

16. Keine Präklusionswirkung nach § 47 Abs. 2a VwGO bei Fehlern der ortsüblichen Bekanntmachung der öffentlichen Auslegung

§ 47 Abs. 2a VwGO bestimmt, dass der Normenkontrollantrag gegen einen Bebauungsplan oder eine Reihe von Satzungen nach dem BauGB unzulässig ist, wenn der Antragsteller nur Einwendungen geltend macht, die er im Rahmen der öffentlichen Auslegung bzw. im vereinfachten und beschleunigten Verfahren im Rahmen der Beteiligung der betroffenen Öffentlichkeit nicht oder verspätet geltend gemacht hat. Voraussetzung ist, dass diese Einwendungen hätten geltend gemacht werden können und dass auf diese Rechtsfolge im Rahmen der Beteiligung hingewiesen worden ist.

Der **VGH Baden-Württemberg** hat diese Vorschrift in seinem Urteil vom 09.08.2013 – 8 S 2145/12 – NVwZ-RR 2014, 17 dahingehend eingeengt, dass die prozessuale **Präklusionswirkung** nur eintrete, wenn **bei der ortsüblichen Bekanntmachung ordnungsgemäß angegeben wurde, welche Arten umweltbezogener Informationen verfügbar** sind: „Die Unzulässigkeit eines Normenkontrollantrags nach § 47 Abs.2a VwGO setzt allerdings voraus, dass auch die öffentliche Auslegung des Planentwurfs (§ 3 Abs. 2 Satz 1 BauGB) und die ortsübliche Bekanntmachung ihres Ortes und ihrer Dauer (§ 3 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 1 BauGB) ordnungsgemäß erfolgt sind (BVerwG, Urt. v. 18.11.2010 – 4 CN 3.10 – BVerwGE 138, 181 Rn. 14 f.; Senatsurteil vom 03.02.2011 – 8 S 435/09 – VBIBW 2011, 280; OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 07.07.2011 – 2 D 137/09.NE – juris Rn. 36; zweifelnd: OVG Niedersachsen, Urt. v. 19.05.2011 – 1 KN 138.10 – NVwZ-RR 2011, 834, juris Rn. 44). Soweit § 47 Abs. 2a VwGO hiernach die Ordnungsmäßigkeit der ortsüblichen Bekanntmachung der öffentlichen Auslegung nach § 3 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 1 BauGB voraussetzt, gilt das auch für die Beachtung der Pflicht, in dieser Bekanntmachung anzugeben, welche Arten umweltbezogener Informationen verfügbar sind. Denn auch diese Angaben tragen zur ‚Anstoßwirkung‘ bei, die die öffentliche Bekanntmachung bezweckt ... und die einer Unzulässigkeit des Normenkontrollantrags wegen Nichterhebung von Einwendungen nach § 47 Abs. 2a VwGO rechtfertigt“.

Zugleich hat der VGH dargelegt, dass für die Beurteilung der Präklusion nach § 47 Abs. 2a VwGO unerheblich sei, insoweit maßgebliche Mangel mangels rechtzeitiger Rüge nach § 215 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB unbeachtlich geworden sei. Die **prozessuale Präklusion und die materielle Unbeachtlichkeit nach §§ 214, 215 BauGB** mit ihrer Zielsetzung auf die gerichtliche Kontroll- und Verwerfungskompetenz seien zu **unterscheiden**. Die Anforderungen an die Ordnungsmäßigkeit der Angaben, welche Arten umweltbezogener Informationen verfügbar sind, sind hoch (vgl. Newsletter der Anwaltskanzlei Quaas & Partner, Öffentliches Recht II/2013, I. 1.). Das Urteil wird daher zur Folge haben, dass der Anwendungsbereich der prozessualen Präklusion nach § 47 Abs. 2a VwGO weiter schrumpft.

Eine Präzisierung der Anforderungen gibt es allerdings bei erneuter Auslegung des Bebauungsplans oder der Satzung: Mit Urteil vom 20.02.2014 – 4 CN 1/13 – NVwZ 2014, 786 hat das **Bundesverwaltungsgericht** ausgeführt, dass bei einer **mehrfachen öffentlichen Auslegung** eines Bebauungsplanentwurfes ein späterer Antragsteller im Normenkontrollverfahren während der Auslegung jedenfalls dann im Rahmen einer weiteren öffentlichen Auslegung **Einwendungen erhoben haben muss**, soweit eine Umplanung erfolgte, „um den Eigentümerinteressen des Antragstellers angemessen Rechnung zu tragen“. Hat der Antragsteller dies unterlassen, tritt zu Lasten des Antragstellers eine Präklusion nach § 47 Abs. 2 a VwGO ein, so dass er mit einem Normenkontrollantrag gegen den Bebauungsplan ausgeschlossen ist. Bei (mehreren) öffentlichen Auslegungen von Bebauungsplanentwürfen muss daher darauf geachtet werden, dass die Frist zur Stellungnahme nicht ungenutzt verstreicht.

*Weitere Informationen bei: Rechtsanwalt Dr. Alexander Kukk
und Rechtsanwältin Dr. Ulrike Bernhardt*

**Ihre Partner für öffentliches Recht und Gesundheitsrecht
Anwaltskanzlei Quaas & Partner**

Standort Stuttgart
Möhringer Landstr. 5
70563 Stuttgart
Tel.: 0711/9 01 32-0
Fax: 0711/9 01 32-99
info@quaas-partner.de

Standort Dortmund
Märkische Str. 115
44141 Dortmund
Tel.: 0231/22 24 28-30
Fax: 0231/22 24 28-31
info-do@quaas-partner.de

www.quaas-partner.de