

Urteil vom 12. 11. 2008¹⁶⁹ verschiedene Arbeitspapiere heran¹⁷⁰. Danach wird z. B. ein Mindestabstand von regelmäßig 500 m zu Gebieten des Europäischen ökologischen Netzes Natura 2000 empfohlen, soweit dies zum Schutz von Vogel- oder Fledermausarten erforderlich ist. Außerdem wird ein Tabubereich in einem Radius von 1 km um das FFH-Gebiet ab Gebietsgrenze bei Vorkommen von Fledermausarten des Anhangs II der FFH-Richtlinie genannt¹⁷¹. Für den Rotmilan geht das OVG Weimar in seinem Urteil vom 14. 5. 2007 von Abständen aus, die bezogen auf die Brutplätze des Vogels einen Tabu-Bereich von 1 000 m und einen Prüfbereich von 6 000 m vorsehen¹⁷². Das OVG Koblenz hat mit Urteil vom 28. 10. 2009 entschieden, dass – unabhängig davon, ob Schutzgebiete ausgewiesen sind oder nicht – ein bedeutender Vogelzugkorridor als öffentlicher Belang im Sinne von § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB der Genehmigung von Windenergieanlagen entgegenstehen kann¹⁷³. Kann hingegen durch entsprechende Auflagen (Abschaltzeiten) das Tötungsrisiko für geschützte Arten unter die Grenze der Signifikanz gesenkt werden, so ist nach Auffassung des OVG Weimar die Genehmigung unter diesen Auflagen zu erteilen¹⁷⁴.

Für den mit Urteil vom 3. 8. 2010 entschiedenen Fall hat das OVG Münster eine „erhebliche Beeinträchtigung“ i. S. des § 34 BNatSchG angenommen, weil die nicht auszuschließende Gefahr bestand, dass sich durch die Errichtung einer (weiteren) Windkraftanlage außerhalb des Vogelschutzgebiets der Flugweg der geschützten Vögel bei Pendelflügen zwischen den innerhalb des Schutzgebiets gelegenen Schlaf- und Nahrungsplätzen aufgrund von Ausweichbewegungen gegenüber der Windkraftanlage verlängert und es infolge des durch den Umweg erhöhten Energiebedarfs der Vögel zu Nahrungsengpässen und letztlich zu einer erhöhten Sterblichkeit kommt¹⁷⁵. Eine erhebliche Gebietsbeeinträchtigung von außerhalb nahm das OVG Münster in derselben Entscheidung auch an, wenn eine Windkraftanlage in einem so geringen Abstand (hier: 300 m) zur Grenze des Vogelschutzgebiets errichtet werden soll, dass es infolge eines nicht auszuschließenden Meideverhaltens der Vögel beim Äsen in einem in das Schutzgebiet hineinragenden Umkreis zur Windkraftanlage zu einem indirekten Verlust an Nahrungsfläche kommt¹⁷⁶.

V. Schlussbemerkung

Ziel des Gesetzgebers ist es, den Anteil an erneuerbarer Energie an der Stromversorgung bis zum Jahr 2020 bundesweit auf mindestens 30 % und danach kontinuierlich weiter zu erhöhen (§ 1

Abs. 2 EEG). Das Ziel der Förderung u. a. der Windkraftnutzung hat im Jahr 1997 auch zu der bauplanungsrechtlichen Privilegierung von Windkraftanlagen in § 35 Abs. 1 BauGB geführt. Begründet wurde dies damit, dass die Windenergie einen wichtigen positiven Beitrag zum Klimaschutz leisten und daher planungsrechtlich so gestellt werden müsse, dass sie an geeigneten Standorten auch eine Chance habe¹⁷⁷. In diesen gesetzgeberischen Zielen kommt das hohe öffentliche Interesse an der Verwirklichung von Windkraftnutzung zum Ausdruck¹⁷⁸. In Bayern hat die Staatsregierung mit dem „Klimaprogramm Bayern 2020“ ein umfassendes, auch die erneuerbaren Energien einschließendes Paket beschlossen, um nachhaltigen Klimaschutz sicherzustellen. Auch das Landesentwicklungsprogramm hat die erneuerbaren Energien zum Gegenstand, setzt aber auf einen „im Rahmen der ökologischen Verträglichkeit“ nachhaltigen Energiemix. Dies lässt Raum dafür, den Besonderheiten Bayerns mit seinen Mittelgebirgslandschaften, den bayerischen Alpen und dem Voralpenland in der Form Rechnung zu tragen, dass zum Schutz dieser sensiblen Bereiche vor optischen Beeinträchtigungen die Nutzung der Windenergie im Vergleich zu anderen Bundesländern eher restriktiv angestrebt werden sollte. In der Genehmigungspraxis liefert hierfür vor allem der öffentliche Belang der Landschaftsverunstaltung (§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB), der durch umfangreiche Rechtsprechung konkretisiert wurde, einzelfallbezogene Anknüpfungspunkte. Aufgrund des Planungsvorbehalts in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB haben es Gemeinden und regionale Planungsverbände in der Hand, mit einem schlüssigen gesamt-räumlichen Planungskonzept eine Steuerung zu erreichen.

169 OVG Lüneburg, Urt. v. 12. 11. 2008 12 LC 72/07, juris.

170 So z. B. „Tierökologische Abstandskriterien für die Errichtung von Windenergieanlagen in Brandenburg“ (Stand: 1. 6. 2003) des Ministeriums für Landwirtschaft, Umweltschutz und Raumordnung Brandenburg.

171 OVG Lüneburg, Urt. v. 12. 11. 2008 12 LC 72/07, juris RdNr. 68; s. auch die Abstandsvorschläge bei Gatz (Fußn. 7), RdNr. 230.

172 OVG Weimar, Urt. v. 14. 5. 2007, NuR 2007, 757/760; s. auch Gatz (Fußn. 7), RdNr. 230.

173 OVG Koblenz, Urt. v. 28. 10. 2009 1 A 10200/09, juris, für den Rotmilan.

174 OVG Weimar, Urt. v. 14. 10. 2009 1 KO 372/06, juris.

175 OVG Münster, Urt. v. 3. 8. 2010 8 A 4062/04, juris RdNr. 148.

176 OVG Münster, Urt. v. 3. 8. 2010 8 A 4062/04, juris RdNr. 157.

177 BT-Drs. 13/4978, S. 6.

178 BayVG, Urt. v. 28. 7. 2009, BayVBl. 2010, 47/50.

BERICHT

Effektiver Rechtsschutz im Verwaltungsprozess?

Ein Bericht von der Frühjahrstagung der ARGE für Verwaltungsrecht im DAV Landesgruppe Bayern

Von Rechtsanwältin und Fachanwältin für Verwaltungsrecht Anette Freitag, Straubing

Am 22. 4. 2010 fand die Frühjahrstagung der Arbeitsgemeinschaft für Verwaltungsrecht im Deutschen Anwaltsverein, Landesgruppe Bayern, im Verwaltungsgericht München statt.

Die geladenen Podiumsgäste Stephan Kersten, seinerzeit Vizepräsident des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs, nunmehr dessen Präsi-

dent, Oberlandesanwalt Maximilian Wiget, ständiger Vertreter des Generalanwalts, und Prof. Dr. Tillo Guber, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht, München, diskutierten unter der Moderation der Verfasserin über den effektiven Rechtsschutz im Verwaltungsprozess. Nach Begrüßung durch die Vizepräsidentin des Ver-

waltungsgerichts München, Birgit Walther und den 2. Vorsitzenden der ARGE für Verwaltungsrecht, Gunther Ederer, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht, setzte Vizepräsident BayVGH Stephan Kersten einen ersten Impuls mit einem Überblick zur Statistik.

Besonderes Interesse galt dabei seinen Ausführungen zur Verfahrensdauer vom Eingang bis zur rechtskräftigen Entscheidung, da der erste Themenkreis der Podiumsdiskussion die *Verfahrensdauer* zum Inhalt hatte. Die durchschnittliche Verfahrensdauer vor den bayerischen Verwaltungsgerichten betrug im Jahr 2009 bei Verwaltungsgerichten in Hauptsacheverfahren laut Statistik 7,5 Monate und in Eilverfahren 2,4 Monate; vor dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof dauerten im Jahr 2009 Hauptsacheverfahren 2. Instanz durchschnittlich 9,2 Monate und Eilverfahren 2. Instanz 3,0 Monate. Mit diesen Zeiten liegt Bayern vor dem Bundesdurchschnitt, wobei Vizepräsident BayVGH Kersten darauf hinwies, dass die Zeitschiene nur ein Aspekt des effektiven Rechtsschutzes sei und effektiver Rechtsschutz darüber hinaus auch bedeute, richtige Entscheidungen zu treffen. Auch gehe die Interessenslage aller Verfahrensbeteiligten nicht immer dahin, dass die Gerichte zügig entscheiden, man denke nur an baurechtliche Nachbarschaftsstreitigkeiten.

Eröffnet wurde die sich anschließende Diskussion mit der Frage an Vizepräsident BayVGH Kersten, ob er den Gesetzesentwurf des Bundesministeriums der Justiz vom 15. 3. 2010 über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren¹, welcher bei Überlänge des Verfahrens Entschädigungsansprüche gegenüber dem Staat vorsehe – erstreckt auf alle gerichtlichen Verfahren – und welcher eine Rechtsschutzlücke schließen solle, begrüße. Mit einem eindeutigen „Ja“ beantwortete Herr Kersten die Frage und setzte sich im Weiteren mit den wesentlichen Inhalten des Entwurfes, der sich als 17. Titel im Gerichtsverfassungsgesetz wiederfinden soll, auseinander. Er hätte es für sinnvoll erachtet, wenn der Entwurf eine Mindestfrist festgelegt hätte, vor deren Ablauf ein Gerichtsverfahren jedenfalls noch nicht unangemessen lange dauert. Die Erhebung einer Verzögerungsrüge als Anspruchsvoraussetzung für die Entschädigung, frühestens nach Beendigung des Vorverfahrens, sei unausgegoren, da das Vorverfahren Bestandteil des Verfahrens sei. Soweit der Entwurf das Oberlandesgericht als das für die Klage auf Entschädigung zuständige Gericht vorsehe, sei dies nicht sachgerecht, da die jeweiligen Fachgerichte die Sach- und Rechtslage besser beurteilen könnten. Anderer Auffassung hierzu war Prof. Dr. Guber, der die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts gerade wegen dessen Distanz zur Verwaltungsgerichtsbarkeit bevorzugte.

Die nächste Frage, ob die Verfahrensdauer auch davon abhängig sei, wie schnell und gut die Exekutive den Sachverhalt ermittelt habe, richtete sich an OLA Wiget. Natürlich sei die Verfahrensdauer kürzer, wenn die Ausgangsbehörde den Sachverhalt gut ermittelt habe, wobei nicht die Frage der rechtlichen Beurteilung die Verfahrensdauer beeinflusse, sondern die ordentliche behördliche Dokumentation entscheidend sei, meinte OLA Wiget. Aus seiner forensischen Erfahrung heraus konnte Prof. Dr. Guber bestätigen, dass die gemäß Art. 24 BayVwVfG behördliche Sachverhaltsermittlungspflicht teilweise in das gerichtliche Verfahren verlagert wird, der Rechtsanwalt bei früher Beauftragung allerdings eine gute Möglichkeit habe, im Vorfeld auf die Sachverhaltsermittlung Einfluss zu nehmen, und dies im gerichtlichen Verfahren schwieriger sei. Ergänzend stellte VizePräsVGH Kersten fest, dass die Ausgangsbehörden seit der Abschaffung des Widerspruchsverfahrens tendenziell genauer arbeiten würden.

Der zweite Themenkreis der Diskussion widmete sich der *Beweiserhebung*. Laut Vizepräsident BayVGH Kersten werde in Bayern in 6,2 % aller Verwaltungsgerichtsprozesse Beweis erhoben, bundesweit läge die Beweiserhebung bei 2 % in verwaltungsgerichtlichen Hauptsacheverfahren bezogen auf das Jahr 2008. Auf die Frage, inwieweit der Rechtsanwalt bzw. die Rechtsanwältin durch das Stellen von Beweisanträgen den Ausgang des gerichtlichen Verfahrens beeinflussen könne bzw. wie viele der gestellten Beweisanträge erfolgreich seien, schätzte Prof. Dr. Guber, dies seien 5 – 10 %, und führte aus, dass die meisten Beweisanträge abgelehnt würden, jedoch dennoch bei manchen Gerichten ein

„Umdenken als Reflex“ ergeben würden. Auch befürwortete er, schriftsätzlich gestellte Beweisanträge ausreichen zu lassen, analog zum Zivilprozessrecht. Denn § 86 Abs. 2 VwGO verpflichte das Gericht, nur über die in der mündlichen Verhandlung gestellten unbedingten Beweisanträge durch einen zu begründenden Beschluss zu entscheiden. OLA Wiget bekundete, in seiner Eigenschaft als Vertreter der Landesanstaltschaft noch keine Beweisanträge gestellt zu haben, und fügte erklärend hinzu, dies läge an den vielen Augenscheinterminen im Planungsrecht.

Im Anschluss daran wurde der dritte Themenkomplex – *Rechtsmittel, eine Frage der Zulassung?* zur Diskussion gestellt. Vizepräsident BayVGH Kersten konnte mit einem Blick in die Statistik darlegen, dass vor Einführung der Zulassungsberufung mit Einführung des 6. VwGO – Änderungsgesetzes mit Wirkung zum 1. 1. 1997² in den Jahren 1994 13,4 %, 1995 11,9 %, 1996 10,8 % der eingelegten Berufungen erfolgreich waren. Im Jahr 2009 seien 5,4 % der Berufungen von bayerischen Verwaltungsgerichten zugelassen worden und 21,1 % vom BayVGH, wobei der Erfolg der von den Verwaltungsgerichten zugelassenen Berufungen bei 16,6 % und der vom BayVGH zugelassenen Berufungen bei 34,1 % gelegen habe. Nach Ansicht von Prof. Dr. Guber stellt das Zulassungsverfahren selbst schon eine Rechtsschutzerschwerung dar, verlängere die Verfahrensdauer und müsse vom Gesetzgeber nicht beibehalten werden. Hingegen ist OLA Wiget der Meinung, die Zulassungsberufung habe als „Filter“ ihre Berechtigung und würde eine gewisse Entlastung von Verwaltungsgerichtsbarkeit und Landesanstaltschaft bringen, auch wenn die Gerichte unterschiedlich lange brauchten, um über die Zulassung zu entscheiden.

Über einen vierten Themenkreis – *Kostenentscheidungen, Streitwert und -katalog* (2004)³ – wurde die Diskussion fortgeführt und an Prof. Dr. Guber die Frage gestellt, ob er es als problematisch ansehe, dass Kostenentscheidungen nicht isoliert anfechtbar seien, insbesondere Kostenentscheidungen nach § 161 Abs. 2 VwGO bei Erledigung der Hauptsache. Nachdem es bei der übereinstimmenden Erledigungserklärung keine rechtskräftige Entscheidung gäbe, auf welche Rücksicht zu nehmen sei und im Zivilverfahren die Möglichkeit der Anfechtbarkeit bestünde, sehe er keinen sachlichen Differenzierungsgrund. VizePräsVGH Kersten konnte das Auditorium über die Absicht informieren, dass eine Überarbeitung des Streitwertkatalogs noch im Jahr 2010 in Angriff genommen werden solle, wobei erstmals die Rechtsanwaltschaft mit einbezogen werden solle. Seiner Kenntnis nach habe es im Jahr 2009 beim BayVGH ca. 70 Streitwertbeschwerden gegeben. OLA Wiget konnte mitteilen, dass im Jahr 2009 der Freistaat Bayern in 169 Verfahren die Kostenersatzung vornahm, betragsmäßig 220 000 Euro.

Bevor die Diskussion an das Auditorium freigegeben wurde, erhielten die Podiumsgäste Gelegenheit, den Satz „Effektiver Rechtsschutz im Verwaltungsprozess ist meiner Meinung nach...“ zu vervollständigen. Folgende Statements wurden abgegeben: Prof. Dr. Guber: „Effektiver Rechtsschutz im Verwaltungsprozess ist meiner Meinung nach nicht schon einfach da und vorgegeben, sondern etwas, worum wir uns alle bemühen müssen“. Vizepräsident BayVGH Kersten: „Effektiver Rechtsschutz im Verwaltungsprozess ist meiner Meinung nach unabdingbar für das Funktionieren des demokratischen Rechtsstaats“. OLA Wiget: „Effektiver Rechtsschutz im Verwaltungsprozess ist meiner Meinung nach rechtzeitiger Rechtsschutz bei angemessener Verfahrensdauer, dessen Wirksamkeit gegeben sein muss“.

Dies waren zugleich die offiziellen Schlussworte der Podiumsgäste; es schloss sich eine rege Diskussion mit den Teilnehmern aus Anwaltschaft, Gerichtsbarkeit und Hochschulen an.

1 Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, Referentenentwurf vom 15. 3. 2010 (www.bundesjustizministerium.biz/Referentenentwurf).

2 Das 6. Gesetz zur Änderung der VwGO (BGBl. I S. 1626) wurde am 1. 11. 1996 beschlossen und trat am 1. 1. 1997 in Kraft.

3 Streitwertkatalog für die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Fassung der am 7./8. 7. 2004 in Leipzig beschlossenen Änderungen.