

1. Regensburger Immobilienrechtstag

Am 20. 6. 2008 fand in Regensburg unter der Leitung des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Immobilienrecht (Prof. Dr. Jürgen Kühling) der 1. Regensburger Immobilienrechtstag zum Thema „Öffentlich-rechtliche Stellschrauben für mehr Investitionssicherheit in der Immobilienwirtschaft“ in Zusammenarbeit mit dem Regensburger Lehrbeauftragten Dr. Gernot Lissack (Kanzlei Wagensonner-Luhmann-Breitfeld-Helm, München) statt. Die Konferenz beleuchtete Probleme der Investitionssicherheit in der Immobilienwirtschaft aus verschiedenen Perspektiven und behandelte insbesondere aktuelle Entwicklungen im Vergabe- und Baurecht.

Michael Sauthoff, Vizepräsident des OVG Mecklenburg-Vorpommern, führte in die Thematik ein, indem er die Rolle des Richterrechts im Öffentlichen Immobilienrecht beleuchtete. Sauthoff definierte Richterrecht als Fälle, in denen der für den Normadressaten nicht eindeutig erkennbare Obersatz erst durch das Gericht nach Art einer Norm (nicht als Norm) gebildet werden müsse. Es sei stets genauestens zu untersuchen, ob ein neu zur Entscheidung anstehender Sachverhalt mit den Voraussetzungen, unter denen vermeintlich „einschlägige“ richterrechtliche Obersätze in anderen Fällen gebildet worden sind, tatsächlich vergleichbar ist. Sehr klar und anschaulich erläuterte Sauthoff verschiedene Beispiele bereits konsolidierten Richterrechts im Immobilienbereich. Insbesondere wurden die Konkretisierungen des planerischen Abwägungsgebots sowie des Rücksichtnahmegrundsatzes behandelt. Als „Richterrecht in Aktion“ beleuchtete Sauthoff sodann die Entscheidung des BVerwG vom 1. 8. 2002 (BVerwGE 117, 25 = NVwZ 2003, 86) zum Planungserfordernis für Einkaufszentren im Außenbereich (FOC Zweibrücken). Anhand weiterer aktueller Entscheidungen verdeutlichte Sauthoff, welche große praktische Bedeutung die richterrechtliche Kontinuität, ihre nachvollziehbare Fortentwicklung, aber auch die methodisch exakte Reflexion und dogmatische Einordnung wichtiger Gerichtsentscheidungen durch die Rechtswissenschaft haben. Dies wurde unter Heranziehung der Rechtsprechung zur bauplanungsrechtlichen Steuerung großflächigen Einzelhandels sowie dem künftig richterrechtlich noch auszufüllenden Element der „zentralen Versorgungsbereiche“ (§§ 1 VI Nr. 4, 2 II, 9 II a, 34 III, III a BauGB), das durch das Gesetz zur Erleichterung von Planungsvorhaben für die Innenentwicklung der Städte (BauGB 2007) eingeführt wurde, nochmals verdeutlicht.

Weiterer Referent war Prof. Dr. Martin Wentz, Honorarprofessor am Institut für Immobilienwirtschaft der Universität Regensburg (IREBS), der sich mit dem Thema „Rechtliche Hemmschuhe für die Projektverwirklichung aus ökonomischer Sicht“ befaßte. Anhand aktueller Planungsvorhaben vor allem im Raum Frankfurt a. M. arbeitete er die Bedeutung der Rechtssicherheit heraus. Dabei lag ein Schwerpunkt auf der Darstellung der durch die Entscheidungen des OLG Düsseldorf (NZBau 2007, 530, sowie die Nachfolgeentscheidungen NZBau 2008, 138, und NZBau 2008, 271) ausgelösten Unsicherheiten in Bezug auf Ausschreibungspflichten der öffentlichen Hand bei Grundstücksgeschäften im Rahmen von kommunalen stadtplanerischen Projekten.

Dr. Fridhelm Marx, Ministerialdirigent und Unterabteilungsleiter im Bundeswirtschaftsministerium, referierte daran anknüpfend zum Thema „Städtebauliche Entwicklungsaufträge im Gesetzentwurf zur Vergaberechtsmodernisierung“. Ausgehend von prinzipiellen Überlegungen zum Ziel des Vergaberechts gab Marx zunächst einen Überblick über die den Anwendungsbereich des Vergaberechts bedingenden Kriterien des öffentlichen Auftraggebers und der Beschaffung. Marx betonte dabei, dass aus Gründen der Transparenz und Diskriminierungsfreiheit eine europaweite Ausschreibung nach den Vorschriften des Vergaberechts in der Regel schon im Interesse der Gewährleistung



eines möglichst breiten Wettbewerbs durchaus sinnvoll und im Zweifel anzuraten sei. Er wies jedoch andererseits darauf hin, dass auch Fälle denkbar seien, in denen eine Verpflichtung auf die Einhaltung der Vergaberechtsvorschriften von allen Betroffenen mehr als Belastung denn als Bereicherung für die beabsichtigte Beschaffung empfunden würden, da hiermit unter anderem ein Verlust an Flexibilität des öffentlichen Auftraggebers einhergehe, das Projekt nach seinen Vorstellungen zu verwirklichen. Unter Bezugnahme auf die neueren Entscheidungen des OLG Düsseldorf (NZBau 2007, 530, sowie die Nachfolgeentscheidungen NZBau 2008, 138, und NZBau 2008, 271) verdeutlichte Marx die Tendenzen in der Rechtsprechung, in Zweifelsfällen unter extensiver Auslegung des Begriffs der Beschaffung den öffentlichen Auftraggeber zur Beachtung des Vergaberechts zu verpflichten. Gleichzeitig legte er dar, dass die bestehenden gesetzlichen Grundlagen im GWB bislang nicht ausreichen, Konstellationen wie beispielsweise die vom OLG Düsseldorf ins Visier genommenen zweckgebundenen Grundstücksverkäufe als vergaberechtliche Baukonzessionen zu erfassen. In einem letzten Teil des Vortrags wurde schließlich erläutert, wie der Gesetzgeber mit seinem Entwurf eines Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes die in diesem Bereich auftretenden Fragestellungen durch Modifikation der Begriffe „öffentlicher Auftrag“ in § 99 I GWB, „Bauftrag“ in § 99 III GWB sowie durch die Hinzufügung einer umfassenden Definition des Begriffs der Baukonzession zu den Regelungen des § 99 GWB einer sachgerechten Lösung zuführen wird.

Dr. Thorsten Siegel, Forschungsreferent am Deutschen Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung in Speyer, thematisierte die Auslegungsmittelung der Europäischen Kommission zu institutionalisierten Öffentlich-Privaten Partnerschaften (IÖPP-Mitteilung). Siegel stellte hierbei anhand zahlreicher Beispiele aus der neueren Rechtsprechung die Gründe heraus, die zur Entstehung der Auslegungsmittelung führten. Er betonte dabei die ursprüngliche Absicht der Kommission, Kooperationen der öffentlichen Hand mit privaten Partnern möglichst erschöpfend zu erfassen und für die hierdurch aufgeworfenen Problemstellungen einen sachgerechten Lösungsansatz anzubieten. Er wies jedoch gleichzeitig auf Konstellationen hin, die entgegen dieser ursprünglichen Zielsetzung nicht in die Auslegungsmittelung aufgenommen wurden, wie beispielsweise die so genannten In-State-Geschäfte, also Beschaffungsvorgänge ausschließlich zwischen Verwaltungsträgern. Insgesamt bewertete Siegel die IÖPP-Mitteilung positiv. Zwar führe deren fehlende Verbindlichkeit für die Mitgliedstaaten dazu, dass im Bereich Öffentlich-Privater Partnerschaften keine endgültige Rechtssicherheit hergestellt werde. Dennoch leiste die IÖPP-Mitteilung einen maßgeblichen Beitrag dazu, die gegenwärtigen gemeinschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen und die bereits ergangene Rechtsprechung des EuGH in sinnvoller Weise zusammenzufassen und damit vor allem dem Rechtsanwender ein Instrumentarium an die Hand zu geben, an dem dieser sich im Falle von Unsicherheiten bei der vergaberechtlichen Einordnung öffentlich-privater Kooperationsformen orientieren könne. Insgesamt sei es jedoch Aufgabe des EuGH, durch seine Rechtsprechung weitere Rechtssicherheit zu generieren.

Am Nachmittag folgte ein baurechtlicher Themenblock, der sowohl auf bereits vollzogene als auch auf gewünschte gesetzgeberische Reformen im Immobilienbereich einging. Rechtsanwalt Dr. Gernot Lissack widmete sich der „Bestandskraft“ von Bauleitplänen. Allgemein bemängelte Lissack die systemimmanent bereits angelegte große Fehleranfälligkeit von Bebauungsplänen, die durch die Planerhaltungsvorschriften in §§ 214 ff. BauGB vom Gesetzgeber selbst eingeräumt werde. Anschaulich arbeitete er so dann die denkbaren Reaktionsmöglichkeiten auf diese unbefriedigende Situation heraus. Er kritisierte, dass die mittlerweile auf ein Jahr verkürzte Antragsfrist im Verfahren der prinzipalen Normenkontrolle (§ 47 II 1 VwGO) aus Sicht der Investitionssicherheit noch immer viel zu

lang sei und schlug vor, diese de lege ferenda auf einen Monat zu reduzieren. Als misslungen bewertete *Lissack* die seit 2007 geltende Vorschrift zur prozessualen Präklusion (§ 47 IIa VwGO), die vor dem Hintergrund der sprachlichen Inkonsistenz mit der zeitgleich eingeführten Hinweispflicht in § 3 II BauGB „praktisch nicht existiere“. Während § 3 II BauGB die Gemeinden verpflichte, einen Hinweis zu geben, der das Einwendungsprinzip zum Inhalt habe („soweit“), funktioniere § 47 IIa VwGO nach dem Kopfprinzip, demzufolge eine prozessuale Präklusion nur dann eintritt, wenn während des Auslegungsverfahrens überhaupt keine Einwendungen vorgebracht wurden („nur“). *Lissack* forderte eine gesetzgeberische Nachbesserung. Alternativ schlug er die Einführung einer echten materiellen Präklusion in § 3 II 2 BauGB vor. Im Anschluss an seinen Vortrag wurde schließlich sein Vorschlag eines Rechtsformwechsels des Bebauungsplans von der Satzung zum Verwaltungsakt (Allgemeinverfügung) diskutiert. Der Vorteil dieser – in naher Zukunft freilich eher unwahrscheinlichen – Lösung läge in der Anwendbarkeit der im VwVfG vorgesehenen Regelungen zur Behandlung formeller und materieller Mängel sowie der Angreifbarkeit von Verwaltungsakten im Wege des Widerspruchs bzw. der Anfechtungsklage. Daraus, so *Lissack*, würde eine höhere Bestandsicherheit für Bebauungspläne folgen und daher mehr Investitionssicherheit in der Immobilienwirtschaft.

Anknüpfend an den Beitrag von *Lissack* zog *Cornelius Mager*, Leiter der Lokalbaukommission München, eine insgesamt recht kritische Zwischenbilanz zu der mit der BayBO 2008 verwirklichten Deregulierung im Bauordnungsrecht. Er zeigte auf, dass die Bedeutung der 1962 noch als „umfassende Unbedenklichkeitsbescheinigung“ ausgestalteten Baugenehmigung seit 1994 durch eine Aushöhlung des Genehmigungsverfahrens systematisch reduziert wurde. Der Abbau präventiver Kontrollen sei anscheinend auf Grundlage einer eher diffus ausgestalteten gesteigerten Eigenverantwortung der Bauherren verwirklicht worden. Investoren, Projektentwickler, Architekten und nicht zuletzt die Behörden selbst kämpften seit der Reform mit Planungsunsicherheiten, die durch das früher viel häufiger anwendbare Baugenehmigungsverfahren gerade vermieden werden konnten. *Mager* betonte, dass die behördliche Belastung durch die Reform auf Grund des erhöhten Beratungsbedarfs im Vorfeld und am Rande von Genehmigungsverfahren sogar deutlich gestiegen sei. Die eigentliche Aufgabe der Bauaufsichtsbehörden, durch Kooperation mit den Bauherren eine Legalität im Rahmen des Zulässigen zu ermöglichen (gegebenenfalls durch Erteilung von Befreiungen oder Ausnahmen), sei diesen nunmehr praktisch aus der Hand geschlagen. Die Schaffung eines bislang immer im Vordergrund stehenden „Baurechtskompromisses“ werde künftig durch die Beteiligung einer Vielzahl privater Gutachter und Prüfer eindeutig erschwert. Wie die auf Grund der präventiven Deregulierung notwendig zu erweiternde repressive Aufsicht praktisch zu organisieren sei, habe der Gesetzgeber nicht hinreichend durchdacht. Unklar sei auch, wie behördlicherseits mit evidenten Verstößen außerhalb des Prüfungsprogramms umzugehen sei. Als wünschenswert stimmte *Mager* dem bereits von *Lissack* vorgebrachten Modell zu, das die Optionseinräumung zum Genehmigungsverfahren auch bei freigestellten Verfahren eröffne. Andere Bundesländer, wie zum Beispiel Baden-Württemberg, Hamburg oder Nordrhein-Westfalen sehen eine entsprechende (sinnvolle) Möglichkeit vor. Letztlich konnten alle Tagungsteilnehmer *Mager* nur zustimmen, als dieser von einer „Sehnsucht des Markts nach Rechts- und Investitionssicherheit“ sprach, die sich ihre (notfalls eigenen) Wege suche. Damit wurde die Tagung insgesamt harmonisch abgerundet.

*Wissenschaftliche Mitarbeiterin Sonja Lehmborg,
und Akademischer Rat Florian Pfeifle, Regensburg*