

GTW · Benzenbergstraße 39-47 · 40219 Düsseldorf

LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
16. WAHLPERIODE

STELLUNGNAHME
16/3506

A18/1

Datum: 22.02.2016
Unser Zeichen: 440/15

Stellungnahme

Änderungsbedarf der Geschäftsordnungen der Schlichtungs- bzw. Anrufstellen in NRW und die Möglichkeit einer unabhängigen Schlichtungsstelle für alle vom Bergbau betroffenen Menschen

I. Änderungsbedarf der Geschäftsordnungen der beiden Schlichtungsstellen bzw. Anrufstelle

1. Änderungsbedarf der Geschäftsordnung der Anrufstelle Bergschaden Braunkohle NRW vom 22.06.2015

- a) In der Präambel im 4. Absatz sollte der 3. Satz („Zusätzlich besteht die Möglichkeit ... des Bergwerksunternehmens.“) gestrichen werden.

Der Hinweis auf den VBHG erweckt den falschen Eindruck, dass der VBHG die einzige Interessensvertretung für Bergbaubetroffene ist.

- b) In der Präambel im 5. Absatz sowie in § 1 sollte der Passus „zwischen Privatpersonen, kleinen und mittleren Handwerks- und Geschäftsbetrieben oder vergleichbaren Personen“ geändert werden in: „zwischen Immobilieneigentümern“.

Düsseldorf · Bukarest Grote-Terwiesche Rechtsanwälte PartGmbH

Jan-Marcel Grote
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Bankkaufmann

Dr. Michael Terwiesche LL.M.
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Lehrbeauftragter an der Hochschule Rhein-Waal für International Business Law

Prof. Dr. Falk Würfele
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Honorarprofessor an der Universität Siegen
Lehrbeauftragter für deutsches und internationales Baurecht
Lehrbeauftragter für internationales Wirtschaftsstrafrecht & Compliance

Dr. Karsten Prote
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Lehrbeauftragter an der TU Dortmund für Bau- und Architektenrecht

Jürgen F.-J. Mintgens
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Lehrbeauftragter an der FH Köln für Bau- und Architektenrecht
Dozent an der Universität Wuppertal für Real Estate Management und Construction Project Management

Ulf Prechtel
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Birte Loleit-Dittrich
Rechtsanwältin

Dr. Marco Boksteen
Rechtsanwalt

Dr. Radu Ghidău
Avocat, Baroul București
Lawyer, Member of the Bucharest Bar Association

Roland Maria Schäfer
Rechtsanwalt

Dr. Ira Janzen
Fachanwältin für Verwaltungsrecht
Mediatorin

Jan Horn
Rechtsanwalt

Johannes Kupfer
Rechtsanwalt

Ina Lompa
Rechtsanwältin

Dr. Christina Keune
Rechtsanwältin

Krefeld
Wenning-Röttges GbR

Thorsten Wenning
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht

Nils Röttges
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Nils Eich
Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht

Internet www.g-t-w.com
E-Mail mail@g-t-w.com
USt-ID-Nr. DE 214318296

Bankverbindung
HypoVereinsbank Düsseldorf
BLZ 302 201 90 · Konto 44 66 900
BIC HYVEDE33
IBAN DE 70 302 201 90 00 04 46 69 00

Es gibt keinen sachlichen Grund, warum große Gewerbe- oder Industrieunternehmen von der Schlichtung ausgeschlossen werden sollen.

- c) In § 2 Nr. 1 muss das Wort „Benehmen“ ersetzt werden durch: „Einvernehmen“. Problematisch ist in diesem Absatz das Wort „**Benehmen**“. Dabei handelt es sich um eine Form der Beteiligung. Die Mitwirkungsform des Benehmens ist einerseits vom (stärkeren) Einvernehmen und andererseits von der (schwächeren) Anhörung abzugrenzen. Spricht man von der Beteiligungsform des Benehmens, so bedeutet dies, dass die Entscheidung nicht notwendigerweise in Übereinstimmung mit der mitwirkungsberechtigten Stelle erfolgen muss; vielmehr kann von der Äußerung der beteiligten Stellen aus sachlichen Gründen abgewichen werden. Dadurch soll lediglich die Möglichkeit geschaffen werden, dass die Interessensvertretung der Betroffenen während des Verfahrens zur Bestellung eines neuen Vorsitzenden Stellung nehmen können.

Diese Mitwirkungsmöglichkeit stellt ein zu schwaches Instrument dar. Die Interessenvertretung der Betroffenen muss aktiv an der Bestellung des Vorsitzenden und seiner Stellvertreter beteiligt werden. Nur so kann sichergestellt werden, dass die Anrufungsstelle auch im Interesse der Betroffenen geleitet wird. Die Geschäftsordnung der Schlichtungsstelle Bergschaden NRW (Bergschadensersatzansprüche für Steinkohle) sieht bereits in § 2 Abs. 1 vor, dass die Bestellung des Vorsitzenden gemeinsam mit der Interessenvertretung der Betroffenen erfolgen muss. Genau diese Regelung sollte als Vorbild dienen und auch im Bereich der Anrufungsstelle Bergschaden Braunkohle NRW gelten.

Im Übrigen verweise ich auf das GTW-Rechtsgutachten vom 30.10.2015 (**Anlage 1**)

- d) In § 2 Nr. 1 sollte das Wort „Braunkohlenausschuss“ ersetzt werden durch die Worte „durch einen einstimmigen Beschluss des Unterausschusses Bergbau des Landtags“.

Der Braunkohlenausschuss ist gem. § 20 Abs. 1 LPIG das zuständige Gremium für die Braunkohlenplanung. Vertreter der Bergbaubetroffenen sind keine stimmberechtigten Mitglieder des Braunkohlenausschusses. Bergbaubetroffene sind daher durch den Braunkohlenausschuss strukturell benachteiligt. Im UA Bergbausicherheit sind auch die Betroffenen-Verbände Mitglied.

- e) In § 4 Nr. 8 S. 2 muss der Satz: „Eine Kostenerstattung findet nicht statt.“ geändert werden: „RWE Power trägt die notwendigen Kosten des Bergbaubetroffenen für die Rechtsberatung und für einen Sachverständigen.“

Auf Seiten der RWE Power AG treten in Regulierungsverhandlungen regelmäßig Markscheider, Bauingenieure und Juristen auf. Der rechtsstaatliche Grundsatz der Waffengleichheit gebietet daher, dass RWE diese Kosten für rechts- und sachverständigen Beistand auf Seiten des bergbaubetroffenen Grundeigentümers trägt.

- f) In § 6 Nr. 1 sollten die Worte: „... verbunden mit der Aufforderung, binnen einer Frist von 2 Wochen mitzuteilen, ob einem Anrufungsverfahren zugestimmt wird“, gestrichen werden.

Durch das Akzeptieren der Geschäftsordnung der Anrufungsstelle muss sich die RWE Power AG auch gleichzeitig immer dann einem Schlichtungsverfahren stellen, wenn ein Bergbaubetroffener einen entsprechenden Antrag stellt. Das jetzige „opt-out-Verfahren“ versetzt RWE in die Lage, nur den Verfahren zuzustimmen, in welchem RWE mit einem Obsiegen rechnet. Damit wird aber der Sinn einer Schlichtung, ein langwieriges und kostenintensives Gerichtsverfahren zu vermeiden, konterkariert.

2. Änderungsbedarf der Geschäftsordnung Schlichtungsstelle Bergschaden NRW

Bezüglich des Änderungsvorschlags der Geschäftsordnung Schlichtungsstelle Bergschaden NRW kann größtenteils auf 1. verwiesen werden.

II. Schaffung einer unabhängigen Schlichtungsstelle für alle vom Bergbau Betroffenen

Mit der Schaffung einer unabhängigen Schlichtungsstelle für alle vom Bergbau betroffenen Immobilieneigentümer sind viele Vorteile verbunden.

Zum einen würde durch eine einheitliche Schlichtungsstelle eine Gleichbehandlung zwischen allen Bergbaugeschädigten erreicht werden. Demnach wäre es irrelevant, ob die Bergschäden aufgrund des Abbaus von Steinkohle, Braunkohle und anderen Mineralien wie etwa Salz entstanden sind.

Eine Vielzahl von Immobilieneigentümer Bereich Alpen und Wesel ist vom Salzabbau der Cavity GmbH betroffenen. Die Cavity GmbH ist laut Auskunft des (inzwischen aufgelösten) Bergamtes Moers an die Landrätin des Kreises Wesel vom 08.07.2003 eine 100% Tochtergesellschaft der Solvay Deutschland GmbH. Weiterer aktiver Salzabbau erfolgte laut dieser Auskunft durch die European Salt Company, die zu 62% im Eigentum der Kali und Salz GmbH und zu 38% im Eigentum der Solvay GmbH stand. Bei einer Infoveranstaltung am 10.11.2015 in Wesel-Büderich waren ca. 300 Bergbaubetroffene anwesend. Viele Teilnehmer berichteten von einer schleppenden, unbefriedigenden Regulierungspraxis durch den Geschäftsführer der Cavity GmbH, Herrn Reinhard Maly.

Inzwischen haben diese Betroffenen die Bürgerinitiative „Salzbergbaugeschädigte“ gegründet (www.salzbergbaugeschaedigte.de)

Zum anderen ist diese Variante besonders „benutzerfreundlich“. Die Geschädigten wissen, an welche Stelle sie sich wenden müssen und müssen im Vorhinein nicht in einem aufwendigen Prozess herausfinden, welche Schlichtungsstelle für ihre Bergschäden zuständig ist.

Diese Schlichtungsstelle müsste zentral in NRW angesiedelt werden. Jedoch kann es in Einzelfällen dazu kommen, dass die Geschädigten in einer größeren Entfernung von der Schlichtungsstelle wohnen und es ihnen nur unter einem besonderen Aufwand möglich ist, Beratungsgespräche bei der Schlichtungsstelle wahrzunehmen. Aus diesem Grund müsste sichergestellt werden, dass es in den einzelnen Regionen, welche besonders stark vom Bergbau bzw. von Bergschäden betroffen sind, Geschäftsstellen geschaffen werden, in denen die Betroffenen beraten werden und erste Informationen erhalten.

Insgesamt befürworte ich die Schaffung einer einheitlichen Schlichtungsstelle, da es langfristig das Ziel sein muss, für alle Betroffenen eine faire und einheitliche Regelung zu schaffen.



Dr. Michael Terwiesche
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Anlage 1

GTW · Benzenbergstraße 39-47 · 40219 Düsseldorf

Düsseldorf · Bukarest
Grote-Terwiesche Rechtsanwälte PartGmbB

Jan-Marcel Grote
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Bankkaufmann

Dr. Michael Terwiesche LL.M.
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Lehrbeauftragter an der Hochschule
Rhein-Waal für International Business Law

Prof. Dr. Falk Würfele
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Honorarprofessor an der Universität Siegen
Lehrbeauftragter für deutsches und
internationales Baurecht
Lehrbeauftragter für internationales
Wirtschaftsstrafrecht & Compliance

Dr. Karsten Prote
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Lehrbeauftragter an der TU Dortmund für
Bau- und Architektenrecht

Jürgen F.-J. Mintgens
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Lehrbeauftragter an der FH Köln für
Bau- und Architektenrecht
Dozent an der Universität Wuppertal für
Real Estate Management und
Construction Project Management

Ulf Prechtel
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Birte Loleit-Dittrich
Rechtsanwältin

Dr. Marco Boksteen
Rechtsanwalt

Dr. Radu Ghidău
Avocat, Baroul București
Lawyer, Member of the Bucharest Bar Association

Roland Maria Schäfer
Rechtsanwalt

Dr. Ira Janzen
Fachanwältin für Verwaltungsrecht
Mediatorin

Jan Horn
Rechtsanwalt

Johannes Kupfer
Rechtsanwalt

Ina Lompa
Rechtsanwältin

Dr. Christina Keune
Rechtsanwältin

Krefeld
Wenning-Röttges GbR

Thorsten Wenning
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht

Nils Röttges
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Christian Spickermann
Rechtsanwalt

Internet www.g-t-w.com
E-Mail mail@g-t-w.com
USt-ID-Nr. DE 214318296

Bankverbindung
HypoVereinsbank Düsseldorf
BLZ 30220190 · Konto 44.66.900
BIC HYVEDE33414
IBAN DE 70 302201900004 4669 00

Datum: 30.10.2015
Unser Zeichen: 440/15

Rechtsgutachten zu Fragen im Zusammen- hang mit der Bestellung von Herrn Robert Del- ler zum Vorsitzenden der Anrufungsstelle Bergschäden im Juni 2015

A. Sachverhalt

I. Hintergrund

Bergbauschäden sind für betroffene Hauseigentümer (Privateigentümer, kleine und mittelständische Betriebe) mit der Problematik behaftet, dass wegen der aufwendigen Beweislage Bergschadensprozesse sehr kostenintensiv sind. Viele private Hauseigentümer können einen Bergschadensprozess nicht finanzieren. Angesichts der Häufigkeit von Bergbauschäden in den entsprechenden Regionen von NRW richtete die Landesregierung für den Steinkohlenbereich (RAG AG, EBV GmbH) im Jahr 2008 eine Schlichtungsstelle für Bergschadensbetroffene in Essen ein. Diese Schlichtungsstelle orientierte sich an der Schlichtungsstelle im Saarland, die dort schon

seit Jahren betrieben wird. Den Schlichtungsstellen ist gemein, dass sie von einem Volljuristen (bevorzugt von einem Richter a.D.) und zwei Beisitzern geleitet werden, wobei der Bergbaubetreiber als auch die Antragsteller jeweils einen Beisitzer benennen können. Damit soll ein ausgewogenes Kräfteverhältnis in der Schlichtungskommission gewährleistet werden. Das Schlichtungsverfahren ist für den Antragsteller kostenfrei; die laufenden Kosten für die Schlichtungsstelle trägt der Bergbauunternehmer. Die Schlichtungsstelle zielt darauf ab, in Streitfällen eine gütliche Einigung herbeizuführen.

Aufgrund des öffentlichen Drucks gab es 2009 von Seiten der Landesregierung NRW Bestrebungen, auch für das Rheinische Braunkohlenrevier eine Schlichtungsstelle einzurichten. Auf Veranlassung des Wirtschaftsministeriums sowie des Landtags-Unterausschusses Bergbausicherheit wurde der Braunkohlenausschuss (im Sachverhalt im Folgenden: BKA), angesiedelt bei der Bezirksregierung Köln, im Jahr 2009/2010 mit der Umsetzung einer solchen Schlichtungsstelle betraut. Daran beteiligt waren das Land NRW, die RWE Power AG sowie die Bezirksregierung Köln. Auf Wunsch der RWE Power AG wurde die Schlichtungsstelle für das Rheinische Braunkohlenrevier als „Anrufungsstelle“ betitelt. Eingerichtet wurde diese Anrufungsstelle schlussendlich vom Braunkohlenausschuss, örtlich angesiedelt bei der Bezirksregierung Köln. Die inhaltliche Ausgestaltung für das Anrufungsverfahren ist in der Geschäftsordnung niedergelegt. Die Sach- und Personalkosten regelt ein Vertrag zwischen der RWE Power AG und der Bezirksregierung Köln.

Im Einzelnen:

II. Einrichtung der Anrufungsstelle 2009/2010

Ende 2009 war die RWE Power AG bemüht, durch Verfahrensbeschleunigungen und über einen ausgewiesenen Ansprechpartner für Bergbaufälle eine Verbesserung der Regulierungssituation für Bergbaubetroffene zu erwirken. Die RWE Power AG hat entsprechende Vorschläge mit Schreiben vom 16.11.2009 an die Bezirksregierung Köln übersandt (**Anlage 1**). Dieser Vorschlag wurde nicht weiter verfolgt, sondern mit Stand vom 19.02.2010 ein erster Entwurf für eine Geschäftsordnung der Anrufungsstelle vorgelegt (**Anlage 2**).

Zu dieser Zeit waren alle Beteiligten bemüht, im gegenseitigen Einvernehmen und unter Einbeziehung der Interessenverbände die Einzelheiten für die Anrufungsstelle abzustimmen. So lud der damalige Vorsitzende des Unterausschusses Bergbausicherheit, Herr Josef Hovenjürgen MdL, am 23.02.2010 *alle* Beteiligten inkl. Interessenverbände zu einer gemeinsamen Besprechung in den Landtag ein (**Anlage 3**). In dieser Besprechung konnten die Beteiligten ihre Einwände/Verbesserungsvorschläge zur Geschäftsordnung vorbringen.

Dies vorausgeschickt erstellte die Bezirksregierung Köln für den Braunkohlenausschuss mit Datum vom 22.03.2010 eine Beschlussvorlage (**Anlage 4**). Bei der Beschlussvorlage fällt auf, dass – entgegen dem Wortlaut in der Geschäftsordnung, dort wird nur das *Benennen* gefordert – als Vorsitzender der Anrufungsstelle der Präsident des OLG Hamm a.D. Herr Gero Debusmann im *Einvernehmen* mit der RWE Power AG und den Interessenvertretungen der Betroffenen bestellt werden sollte. Zur Begründung heißt es:

„Herr Debusmann führt den Vorsitz der Schlichtungsstelle Bergschäden NRW beim Regionalverband Ruhr und genießt sowohl das Vertrauen der Interessenvertretungen, der Betroffenenseite wie von RWE Power“.

Der Braunkohlenausschuss sollte dieser Beschlussvorlage in seiner Sitzung am 16.04.2010 zustimmen. Zu dieser Sitzung am 16.04.2010 wurden die Interessenverbände der Bergbaubetroffenen gemäß Schreiben vom 24.03.2010 (**Anlage 5**) eingeladen. Sodann erging in der Sitzung des Braunkohlenausschusses vom 16.04.2010 (**Anlage 6**) vorschlagsgemäß der Beschluss über die Einrichtung der Anrufungsstelle unter dem Vorsitz von Herrn Gero Debusmann.

Offensichtlich war zu diesem Zeitpunkt allen Beteiligten daran gelegen, sowohl die RWE Power AG als auch die Interessenverbände paritätisch in die Verfahrensvorgänge einzubeziehen.

III. Neuwahl des Anrufungsvorsitzenden 2015

Die „Wahlzeit“ des Ersten Anrufungsvorsitzenden, Herrn Gero Debusmann, lief Ende 2014 aus, da sich die Wahlzeit nach der Legislaturperiode richten soll. Dessen ungeachtet führte Herr Debusmann den Vorsitz bis zum 22.06.2015 weiter, ohne dass seine Tätigkeit von RWE Power, dem BKA oder der Landesregierung NRW mangels „Neuwahl“ beanstandet worden wäre. Im Gegenteil, während seiner fünfjährigen Tätigkeit bei der Anrufungsstelle hatte sich der Vorsitzende Herr Debusmann ein umfangreiches Fachwissen angeeignet. Er wurde für seinen Einsatz von allen Seiten gelobt.

Allerdings gab es von Seiten der Betroffenenverbände verschiedene Kritikpunkte, die im Wesentlichen die Abläufe und Inhalte des Anrufungsverfahrens betrafen. Vor diesem Hintergrund hatten die Interessenverbände, vornehmlich das Netzwerk Bergbaugeschädigter e.V., im Jahr 2014 verstärkt Verbesserungsvorschläge beim Wirtschaftsministerium und der Bezirksregierung Köln/Anrufungsstelle eingereicht. Wesentliche Punkte, die von den Interessenverbänden gefordert und von Herrn Debusmann unterstützt wurden, waren folgende:

- Verortung der Anrufungsstelle an eine andere Einrichtung, also nicht mehr bei der Bezirksregierung Köln;
- Wechsel in der Geschäftsführung der Anrufungsstelle: Der Geschäftsstellenleiter der Schlichtungsstelle in Essen – Herr von der Heide - sollte zugleich die Geschäfte der Anrufungsstelle führen.

Der Unterausschuss Bergbausicherheit hat diese Zielsetzungen gefördert. Dort waren sich die Fraktionen einig, dass die Anrufungsstelle ihren Sitz in eine andere Behörde/Institution verlegen und Herr von der Heide die Geschäftsstelle führen sollte. Zunächst war der LVR im Gespräch. Aus unbekanntem Gründen kam es jedoch nicht mehr dazu, dass die Anrufungsstelle an den LVR angegliedert wurde. Stattdessen verlangsamten sich die ohnehin schon schleppenden Anrufungsverfahren, weil die Bezirksregierung Köln sich für die Anrufungsstelle nicht mehr zuständig fühlte. Der diesbezügliche Vertrag (Miete, Kosten, Personal) zwischen der RWE Power und der Bezirksregie-

zung Köln lief zum 31.12.2014 aus. Nachdem dies Anfang 2015 bekannt geworden war, musste die Bezirksregierung Köln schließlich erklären, die Geschäfte faktisch weiter zu führen, bis eine verbindliche Neuregelung über die Verlegung der Anrufungsstelle getroffen worden sei.

Das Wirtschaftsministerium wandte sich mit Schreiben vom **02.04.2015** an den Braunkohlenausschuss, um die vom Unterausschuss Bergbausicherheit mitgetragenen Veränderungen dort einzubringen (**Anlage 7**). Was die Verortung der Anrufungsstelle anbelangte, hatte die Landesregierung zwischenzeitlich veranlasst, dass die Bezirksregierung Köln zukünftig nicht mehr zuständig sein sollte.

Danach erhielt das Netzwerk Bergbaugeschädigter e.V. eine Einladung des Wirtschaftsministeriums für den **07.04.2015**, um inhaltliche Verbesserungsvorschläge für die Anrufungsstelle vorzutragen. Von einer Neuwahl des Anrufungsvorsitzenden war zu diesem Zeitpunkt gegenüber dem Netzwerk nicht die Rede.

Am **24.04.2015** fasste der Ältestenrat dann den vorläufigen Beschluss (**Anlage 8**), wonach der Sitz der Anrufungsstelle auf den Rhein-Kreis-Neuss übertragen werden sollte. Zudem wurde die Geschäftsstelle des Braunkohlenausschusses beauftragt, die erforderlichen Schritte für die Neubesetzung des Vorsitzenden der Anrufungsstelle für die Wahlzeit 2014 bis 2020 zu unternehmen.

Am **18.06.2015** fasste der Ältestenrat dann folgenden weiteren vorläufigen Beschluss (**Anlage 9**):

„Herr Oberstaatsanwalt a.D. Robert Deller wird zum Vorsitzenden der Anrufungsstelle Bergschäden Braunkohle NRW für die Wahlzeit 2015 bis 2020 bestellt. Die Geschäftsstelle wird beauftragt, das Benehmen mit den Interessenverbänden der Betroffenen-seite herzustellen (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Geschäftsordnung).“

Die Sitzung des Ältestenrates dauerte lediglich 30 Minuten. Es nahmen – neben den Vertretern des Ältestenrates des Braunkohlenausschusses – die nachfolgenden Personen teil:

- Kotzea, Udo (Bezirksregierung Köln)
- Hundenborn, Heribert (Bezirksregierung Köln)
- Kulik, Dr. Lars (RWE Power AG)
- Herbst, Alois (RWE Power AG)
- Deller, Robert (Oberstaatsanwalt a.D.)

Vertreter der Interessenverbände waren nicht anwesend oder geladen, ebenso wenig der bisherige Anrufungsvorsitzende.

Auf Basis dieser Sitzung des Ältestenrates verfasste die Bezirksregierung Köln bereits am nächsten Tag, den **19.06.2015**, eine Vorlage für die 151. Sitzung des Braunkohlenausschusses am 22.06.2015 (**Anlage 10**). Die Empfehlungen des Ältestenrates im Hinblick auf die Beschlüsse wurden übernommen.

Am **22.06.2015** beschloss der Braunkohlenausschuss in seiner 151. Sitzung formell über die Beschlussvorlagen. Zu dieser Sitzung am 22.06.2015 wurde der bisherige Anrufungsvorsitzende, Herr Gero Debusmann, bestellt. Von den vorangegangenen vorläufigen Beschlüssen des Ältestenrates hatte Herr Debusmann bis zum 22.06.2015 keine Kenntnis. Stattdessen wurde ihm innerhalb der Sitzung eröffnet, dass seine Abwahl zu beschließen sei (**Anlage 11**). Fälschlicherweise wurde ihm gesagt, dass die Interessenverbände dies mittragen würden. Vertreter der Interessenverbände waren nicht eingeladen oder vertreten. Stattdessen erfuhren sie, wie auch der Unterausschuss Bergbausicherheit, erst aus der Presse von diesen Vorgängen, das heißt von der Neuwahl des Vorsitzenden.

Mit Schreiben vom **25.06.2015** übernahm die Geschäftsstelle des Regionalrates und des Braunkohlenausschusses – wie in der Sitzung vom 22.06.2015 beschlossen – die Kontaktaufnahme mit den Interessenverbänden zur Herstellung des Benehmens (**Anlage 12**). So wurde unter anderem das Netzwerk Bergbaugeschädigter e.V. mit Schreiben vom 25.06.2015 – eingegangen beim Vorsitzenden des Netzwerkes am 27.06.2015 – zum **02.07.2015** in die neue Geschäftsstelle der Anrufungsstelle eingeladen. Dort sollte das geschäftsordnungsmäßig geforderte Benehmen mit den Interessenverbänden hergestellt werden.

Zu diesem Zeitpunkt waren aufgrund des Beschlusses des Braunkohlenausschusses vom 22.06.2015 bereits die Fakten zur Neuwahl des Vorsitzenden geschaffen. Da die nachträgliche Herstellung des Benehmens nicht mehr dazu dienen konnte, Einwände ergebnisoffen zu würdigen, sahen der LVBB e.V., der BGB e.V. sowie das Netzwerk Bergbaugeschädigter e.V. unter Protest von einer Teilnahme an der Herstellung des Benehmens ab. Diese Verbände stellen u.a. die Beisitzer für Anrufungsverfahren. Gemäß der Teilnehmerliste vom 02.07.2015 waren nur Vertreter des VBHG e.V., des Rhein-Kreis-Neuss sowie der Bezirksregierung Köln/BKA zugegen. Hinzu kamen die Herren Heinrich Spelthahn und Hans-Gerd Linneweber, die den Verein RIBS vertreten.

Gemäß dem offiziellen Protokoll über den Termin der Herstellung des Benehmens (**Anlage 13**), erstellt von der Geschäftsstelle des Regionalrates und des Braunkohlenausschusses Köln, gab es keine Einwände gegen den Vorsitzenden Herrn Robert Deller. Daher hat der Braunkohlenausschuss das Benehmen mit den Verbänden als hergestellt betrachtet. Die Teilnehmer Spelthahn und Linneweber haben allerdings bestritten, das Benehmen erklärt zu haben. Wann und wo das Benehmen mit RWE Power herbeigeführt wurde, ist unklar. Die Geschäftsstelle des BKA hat dieses Ereignis auf den 06.07.2015 festgesetzt.

Diese Vorgänge ohne Information oder vorherige Anhörung der Interessenverbände hat in der Politik hohe Wellen geschlagen. Insbesondere im Unterausschuss Bergbausicherheit führten die fragwürdigen Vorgänge zur Neuwahl des Vorsitzenden zu Unmut. Eine Aufklärung der Vorgänge fand im Wesentlichen nicht statt. Allerdings wurde die Regierungspräsidentin der Bezirksregierung Köln, Frau Walsken, in der Sitzung des Unterausschusses vom 18.06.2015 zur Erörterung geladen. Auf Vorhalt einiger Unterausschussmitglieder hat Frau Walsken die Ansicht vertreten, die Neuwahl des Vorsitzenden Deller sei formal rechtmäßig erfolgt. Auch das erforderliche Benehmen sei hergestellt worden.

B. Fragestellung

Frage 1:

Leidet die Bestellung des neuen Vorsitzenden der Anrufungsstelle Bergschäden Braunkohle NRW, Herrn Robert Deller, unter einem Verstoß gegen § 2 Nr. 1 der Geschäftsordnung der Anrufungsstelle Bergschäden Braunkohle NRW (GO ABB NRW)?

Frage 2:

Sollte Frage 1 mit ja zu beantworten sein: Führt dieser Verstoß zur Rechtswidrigkeit der Bestellung von Herrn Deller?

C. Antworten

I. Zu Frage 1:

Die Bestellung des neuen Vorsitzenden der Anrufungsstelle Bergschäden Braunkohle NRW, Herrn Robert Deller, leidet unter einem Verstoß gegen § 2 Nr. 1 GO ABB NRW. Es hat keine Herstellung des Benehmens stattgefunden. Eine Heilung ist nicht möglich.

II. Zu Frage 2:

Dieser Verstoß führt nicht zur Rechtswidrigkeit der Bestellung von Herrn Deller.

D. Rechtliche Würdigung

I. Allgemeines zu den Begriffen „Benehmen“ bzw. „Herstellung des Benehmens“

Bei der „Herstellung des Benehmens“ handelt es sich um eine Form der Beteiligung.¹ Die Mitwirkungsform des Einvernehmens ist einerseits vom (stärkeren) Einvernehmen und andererseits von der (schwächeren) Anhörung abzugrenzen. Schreibt das Gesetz vor, dass eine Entscheidung „im Einvernehmen“ mit einer anderen Stelle zu treffen ist, so bedarf es der Zustimmung der mitwirkungsberechtigten Stelle. Dagegen bedeutet das Benehmen, dass die Entscheidung nicht notwendigerweise in Übereinstimmung mit der mitwirkungsberechtigten Stelle erfolgen muss; vielmehr kann von der Äußerung der beteiligten Stelle aus sachlichen Gründen abgewichen werden. Gleichwohl handelt es sich bei dem „Benehmen“ um eine stärkere Beteiligungsform als eine bloße Anhörung.² Eine Entscheidung im „Benehmen“ verlangt im Gegensatz zu einer solchen im „Einvernehmen“ keine Willensübereinstimmung. „Im Benehmen“ bedeutet die (gutachtliche) Anhörung der (z. B.) anderen Behörde, die dadurch Gelegenheit erhält, ihre Vorstellungen in das Verfahren einzubringen.³

¹ Zu § 6 ROG: *Goppel*, in: *Spannowski/Runkel/Goppel*, Kommentar zum Raumordnungsgesetz, 1. Auflage 2010, § 6 Rn. 54.

² Zu § 21 Abs. 4 DSchG NRW: *Davydov*, in: *ders./Hönes/Otten/Ringbeck*, Kommentar zum DSchG NRW, 3. Auflage 2012, § 21 Rn. 4.3.1.

³ Zu § 9 BNatSchG a. F.: BVerwG, Urteil vom 29.04.1993 - 7 A 2/92, NVwZ 1993, 890 (891). In einem anderen Zusammenhang: VG Würzburg, Urteil vom 20.01.2003 - W 8 K 02.29, BeckRS 2005, 30143.

II. Die Begriffe „Benehmen“ bzw. „Herstellung des Benehmens“ in den unterschiedlichen Rechtsmaterien

Die Begriffe „Benehmen“ bzw. „Herstellung des Benehmens“ finden sich in den unterschiedlichsten Rechtsmaterien des öffentlichen Rechts. Im Folgenden zeigen wir einige dieser Vorschriften auf und legen dar, mit welchem Inhalt Rechtsprechung und Literatur diese Begriffe gefüllt haben.

1. § 8 Abs. 5 BNatSchG a. F.

Nach § 8 Abs. 5 einer alten Fassung des BNatSchG wurden bei Eingriffen in Natur und Landschaft die Entscheidungen und Maßnahmen „*im Benehmen mit den für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörde getroffen*“.

Das *Bundesverwaltungsgericht*⁴ hat hierzu entschieden:

„[D]enn eine Entscheidung im ‚Benehmen‘ verlangt im Gegensatz zu einer solchen im ‚Einvernehmen‘ keine Willensübereinstimmung. Es bedeutet nicht mehr als die (gutachtliche) Anhörung der anderen Behörde, die dadurch Gelegenheit erhält, ihre Vorstellungen in das Verfahren einzubringen.“ (Hervorhebung durch uns)

Das *Bundesverwaltungsgericht* macht mit diesen Ausführungen deutlich, dass die mitwirkungsrechtliche Stelle „ihre Vorstellungen in das Verfahren“ einbringen können muss. Danach erfordert die Vorgabe „im Benehmen“ eine Beteiligung der mitwirkungsrechtlichen Stelle **während und nicht nach Abschluss** des entsprechenden Verfahrens.

2. § 17 Abs. 1 BNatSchG

§ 17 Abs. 1 BNatSchG lautet wie folgt:

*„Bedarf ein Eingriff nach anderen Rechtsvorschriften einer behördlichen Zulassung oder einer Anzeige an eine Behörde oder wird er von einer Behörde durchgeführt, so hat diese Behörde zugleich die zur Durchführung des § 15 erforderlichen Entscheidungen und Maßnahmen **im Benehmen mit der für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörde zu treffen** [...]“* (Hervorhebung durch uns)

In diesem Zusammenhang ist für die Beteiligungsform „im Benehmen“ anerkannt, dass es ausreichend aber auch erforderlich ist, wenn der Naturschutzbehörde **im Verfahren** Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt wird, mit der sich die Fachbehörde sachlich auseinander zu setzen hat, an die sie aber nicht gebunden ist.⁵

Somit ist auch hinsichtlich der derzeit gültigen Fassung des BNatSchG anerkannt, dass die Vorgabe „im Benehmen“ eine Beteiligung der mitwirkungsrechtlichen Stelle **während und nicht nach Abschluss** des entsprechenden Verfahrens erforderlich macht.

⁴ Zu § 9 BNatSchG a. F.: BVerwG, Urteil vom 29.04.1993 - 7 A 2/92, NVwZ 1993, 890 (891).

⁵ *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer, Kommentar zum Umweltrecht, Band 2, Stand: 57. EL März 2010, § 17 BNatSchG Rn. 7.

3. § 59 Abs. 1 S. 1 Sächsisches Hochschulgesetz – SächsHSG

§ 59 Abs. 1 S. 1 SächsHSG lautet wie folgt:

*„Das Rektorat legt die Stellen für Hochschullehrer **im Benehmen** mit dem Fakultätsrat durch Funktionsbeschreibungen inhaltlich fest.“ (Hervorhebung durch uns)*

Das *Oberverwaltungsgericht Bautzen*⁶ führt zum Inhalt des Begriffs „Benehmen“ Folgendes aus:

*„Wie vom Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt, bedeutet ‚Benehmen‘ weniger als ‚Einvernehmen‘. Während beim Einvernehmen eine Zustimmung des Fakultätsrates notwendig ist, verbleibt beim Benehmen die letzte Entscheidung beim Rektorat. **Erforderlich ist aber, dass das Rektorat dem Fakultätsrat Gelegenheit gibt, zur vorgesehenen Funktionsbeschreibung Stellung zu nehmen, und dessen Stellungnahme zur Kenntnis nimmt und in Erwägung zieht.**“ (Hervorhebung durch uns)*

Nach den Ausführungen des *Oberverwaltungsgerichts Bautzen* macht die Vorgabe „im Benehmen“ eine Beteiligung der mitwirkungsberechtigten Stelle **während und nicht nach Abschluss** des entsprechenden Verfahrens erforderlich. Nur bei einer Mitwirkung **während des Verfahrens, also vor dem Treffen der Sachentscheidung** macht es Sinn, die Stellungnahmen Dritter in Erwägung zu ziehen.

4. § 74 Abs. 6 S. 1 Nr. 2 VwVfG

§ 74 Abs. 6 S. 1 Nr. 2 VwVfG lautet wie folgt:

*„An Stelle eines Planfeststellungsbeschlusses kann eine Plangenehmigung erteilt werden, wenn mit den Trägern öffentlicher Belange, deren Aufgabenbereich berührt wird, das **Benehmen** hergestellt worden ist.“ (Hervorhebung durch uns)*

Das Benehmen im Sinne dieser Vorschrift wird hergestellt, indem die zuständige Behörde den in ihrem Aufgabenbereich betroffenen anderen Behörden **im Verfahren** Gelegenheit zur Stellungnahme gibt und gegenläufige Standpunkte abwägend berücksichtigt.⁷

Somit gilt auch im Verwaltungsverfahrensgesetz, dass die Vorgabe „im Benehmen“ eine Beteiligung der mitwirkungsberechtigten Stelle **während und nicht nach Abschluss** des entsprechenden Verfahrens, **also zeitlich vor der Sachentscheidung**, erforderlich macht.

⁶ OVG Bautzen, Beschluss vom 13.09.2011 - 2 B 41/11, BeckRS 2011, 54992 (Rn. 13).

⁷ Kopp/Ramsauer, Kommentar zum VwVfG, 11. Auflage 2010, § 74 Rn. 166.

5. Zusammenfassung

Nach alledem kann festgehalten werden, dass die Begriffe „Benehmen“ bzw. „Herstellung des Benehmens“ in den unterschiedlichen Rechtsmaterien einheitlich dahingehend verstanden werden, dass sie eine Beteiligung der mitwirkungsberechtigten Stelle **während und nicht nach Abschluss** des entsprechenden Verfahrens, **also zeitlich vor der Sachentscheidung**, erforderlich machen.

III. Übertragung auf die Bestellung von Herrn Deller

Gemäß § 2 Nr.1 GO ABB NRW⁸ gilt:

„Der Vorsitzende und sein(e) Stellvertreter werden im Benehmen mit dem Bergwerksunternehmen und den Interessenvertretungen der Betroffenen-Seite durch den Braunkohlenausschuss für die jeweilige Wahlzeit bestellt. Der Vorsitzende und sein(e) Stellvertreter müssen die Befähigung zum Richteramt haben.“

Der Braunkohlenausschuss hat in seiner Sitzung am 22.06.2015 folgenden Beschluss gefasst:

„Der Braunkohlenausschuss bestellt Herrn Oberstaatsanwalt a.D. Robert Deller zum Vorsitzenden der Anrufungsstelle Bergschaden Braunkohle NRW für die Wahlzeit 2015 – 2020. Die Geschäftsstelle wird beauftragt, das Benehmen mit den Interessenvertretungen der Betroffenen-Seite herzustellen.“

Nach dem unter **I.** und **II.** Dargelegten hat der Braunkohlenausschuss Herrn Deller **nicht** im Benehmen mit den Interessenverbänden bestellt. Für die Herstellung des Benehmens hätte der Braunkohlenausschuss die Interessenverbände darüber in Kenntnis setzen müssen, dass sein Ältestenrat am 18.06.2015 den vorläufigen Beschluss gefasst hat, Herrn Robert Deller zum Vorsitzenden der Anrufungsstelle Bergschaden Braunkohle NRW für die Wahlzeit 2015 – 2020 zu bestellen. In Verbindung mit dem In-Kennntnis-Setzen hätte der Braunkohlenausschuss den Interessenverbänden die Gelegenheit zur Stellungnahme geben müssen. In einem weiteren Schritt hätte der Braunkohlenausschuss die gegenläufigen Standpunkte der Interessenverbände abwägend berücksichtigen müssen. Der Braunkohlenausschuss hätte sich mit Argumenten, die gegen die Bestellung des Herrn Deller vorgebracht worden wären, sachlich auseinander setzen müssen.

Ein anderes Ergebnis ergibt sich entgegen den Ausführungen von Frau Regierungspräsidentin Walsken auch nicht daraus, dass im Braunkohlenausschuss Vertreter aller Parteien sitzen und daher von einer Information innerhalb der dort vertretenen Parteien ausgegangen werden könne.⁹

Die Zusammensetzung des Braunkohlenausschusses ergibt sich aus § 20 Abs. 2 S. 1 Landesplanungsgesetz NRW (LPIG). Danach gilt:

⁸ Geschäftsordnung der Anrufungsstelle Bergschaden Braunkohle NRW, Stand: 22.06.2015.

⁹ Diese Aussage von Frau Walsken haben wir der „Chronologie der Ereignisse um die Zentralisierung der Schlichtungsstellen Bergschäden NRW“ entnommen.

Im Braunkohlenausschuss sind stimmberechtigte Mitglieder der Kommunalen Bank (§ 21 Absatz 1), der Regionalen Bank (§ 21 Absatz 3) und der Funktionalen Bank (§ 21 Absatz 6) sowie beratende Mitglieder (§ 22) vertreten.

Die Interessenverbände entsenden **keine** stimmberechtigten Mitglieder in den Braunkohlenausschuss. Dementsprechend sind in der auf der Internetseite der Bezirksregierung Köln veröffentlichten Mitgliederliste des Braunkohlenausschusses keine Vertreter der Interessenverbände aufgeführt. Die Herstellung des Benehmens konnte daher in der Sitzung des Braunkohlenausschusses am 22.06.2015 nicht stattfinden.

IV. Rechtsfolge des Unterlassens der Herstellung des Benehmens

Die Herstellung des Benehmens ist gemäß § 2 Nr. 1 GO ABB NRW notwendiger Bestandteil des Verfahrens zur Bestellung des Vorsitzenden der Anrufungsstelle Bergschaden Braunkohle NRW. Findet die Bestellung ohne die Herstellung des Benehmens statt, so ist sie unter Verletzung der Verfahrensvorschrift der GO ABB NRW zustande gekommen. Mit anderen Worten, sie ist „**geschäftsordnungswidrig**“.

V. Rechtsfolge des geschäftsordnungswidrigen Verhaltens

Damit stellt sich die Frage, ob das geschäftsordnungswidrige Verhalten des Braunkohlenausschusses zur Rechtswidrigkeit der Bestellung von Herrn Deller geführt hat.

§ 45 VwVfG NRW enthält Regelungen zur Heilung von Verfahrens- und Formfehlern. Auf die Fälle, in denen die vorgeschriebene Mitwirkungshandlung einer anderen Stelle nicht vorliegt, findet § 45 Abs. 1 Nr. 5 VwVfG NRW Anwendung.¹⁰ Dieser lautet wie folgt:

„Eine Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften, die nicht den Verwaltungsakt nach § 44 nichtig macht, ist unbeachtlich, wenn die erforderliche Mitwirkung einer anderen Behörde nachgeholt wird.“

1. Rechtslage bei unmittelbarer Anwendung des VwVfG NRW

a) Allgemeines

Der folgenden Prüfung legen wir zugrunde, dass § 45 Abs. 1 Nr. 5 VwVfG NRW anwendbar ist. Wir setzen also voraus, dass der Braunkohlenausschuss eine Behörde im Sinne des § 1 Abs. 2 VwVfG NRW ist und die Bestellung des Vorsitzenden der Anrufungsstelle einen Verwaltungsakt gemäß § 35 Abs. 1 S. 1 VwVfG darstellt. Denn der in Rede stehende, zur Heilung von Verfahrensfehlern einschlägige § 45 (Abs. 1 Nr. 5) VwVfG NRW findet ausweislich seines Wortlauts auf Verfahrens- und Formfehler beim Erlass von Verwaltungsakten Anwendung.

b) Heilung von Verfahrensfehlern durch nachträgliche Herstellung des Benehmens

¹⁰ Für Entscheidungen im Zielabweichungsverfahren nach § 6 ROG: Goppel, in: Spannowski/Runkel/ders., Kommentar zum Raumordnungsgesetz, 1. Auflage 2010, § 6 Rn. 54; Kopp/Ramsauer, Kommentar zum VwVfG, 11. Auflage 2010, § 45 Rn. 31; Peuker, in: Knack/Henneke, Kommentar zum VwVfG, 10. Auflage 2014, § 45 Rn. 45.

§ 45 Abs. 1 Nr. 5 VwVfG NRW findet zwar Anwendung auf die Fälle, in denen die vorgeschriebene Mitwirkungshandlung einer anderen Stelle nicht vorliegt.¹¹

Die Möglichkeit der Heilung nach § 45 Abs. 1 Nr. 5 VwVfG NRW besteht jedoch nicht grenzenlos. Voraussetzung der Heilung ist, dass die Nachholung der Beteiligung ihren Zweck noch erfüllen kann. Dies ist nicht der Fall, wenn die federführende Behörde (hier: der Braunkohlenausschuss) die Ergebnisse der Beteiligung nicht zum Anlass nimmt, den Verwaltungsakt (hier: Bestellung von Herrn Deller) kritisch zu überprüfen oder zu überdenken.¹²

Es stellt sich also die Frage, welchem Zweck die Beteiligung der Interessenverbände dient. Der GO ABB NRW ist hierfür nichts zu entnehmen.

Der Entstehungsgeschichte zur Einrichtung der Anrufungsstelle und der Stellung der Interessenverbände ist hinsichtlich des Zwecks der Mitwirkung zu entnehmen, dass hierdurch die Interessen der Bergbaubetroffenen gehört und berücksichtigt werden sollen. So war die RWE Power AG Ende 2009 bemüht, durch Verfahrensbeschleunigungen und über einen ausgewiesenen Ansprechpartner für Bergbaufälle eine Verbesserung der Regulierungssituation für Bergbaubetroffene zu erwirken. Für die Richtigkeit dieses Ergebnis spricht zudem, dass die Herstellung des Benehmens mit den Interessenverbänden, wollte man ihr den o. g. Zweck absprechen, „zwecklos“ wäre. Ein anderer Zweck, als den Interessen der Bergbaubetroffenen im Verfahren der Bestellung Gehör zu verleihen, ist nicht ersichtlich. Hauptaufgabe der Interessenverbände ist es, die Interessen der Bergbaubetroffenen zu vertreten. In dieser Funktion hätten sie im Rahmen der Herstellung des Benehmens z. B. die Möglichkeit gehabt,

- Nachfragen an den Braunkohlenausschuss hinsichtlich des oder der Kandidaten zu stellen,
- Informationen bezüglich des oder der Kandidaten einzuholen (bisherige Tätigkeit; eventuelle Verbindungen zum Bergbau) oder
- Argumente für oder gegen einen oder mehrere Kandidaten gegenüber dem Braunkohlenausschuss vorzutragen.

Somit kann festgehalten werden, dass **Zweck** der Herstellung des Benehmens mit den Interessenverbänden ist,

- den Interessen der Bergbaubetroffenen im Verfahren der Bestellung Gehör zu verleihen und,
- dass der Braunkohlenausschuss die Ergebnisse der Beteiligung zum Anlass nimmt, die angedachte Bestellung eines Vorsitzenden kritisch zu überprüfen oder zu überdenken.

Somit ist in einem zweiten Schritt zu fragen, ob die Nachholung der Beteiligung (der Herstellung des Benehmens) diesen Zweck noch erfüllen kann.

¹¹ Für Entscheidungen im Zielabweichungsverfahren nach § 6 ROG: Goppel, in: Spannowski/Runkel/ders., Kommentar zum Raumordnungsgesetz, 1. Auflage 2010, § 6 Rn. 54; Kopp/Ramsauer, Kommentar zum VwVfG, 11. Auflage 2010, § 45 Rn. 31; Peuker, in: Knack/Henneke, Kommentar zum VwVfG, 10. Auflage 2014, § 45 Rn. 45.

¹² Kopp/Ramsauer, Kommentar zum VwVfG, 11. Auflage 2010, § 45 Rn. 32.

Dies ist nicht der Fall. Die Bestellung von Herrn Deller fand bereits am 22.06.2015 statt. Damit stand die Entscheidung hinsichtlich des neuen Vorsitzenden fest. Ein Vortrag der Interessenverbände nach diesem Termin gegenüber dem Braunkohlenausschuss könnte bzw. konnte der Braunkohlenausschuss nicht mehr zum Anlass nehmen, die Bestellung kritisch zu überprüfen oder zu überdenken.

Folglich war eine Heilung nicht möglich.

Dem Braunkohlenausschuss war auch nicht daran gelegen, das Benehmen in der oben beschriebenen Weise herzustellen. Es ging ihm nicht darum, die Interessenverbände vorab zu hören, um Informationen oder Anregungen zu erhalten, die er bei der Entscheidung über die Bestellung hätte berücksichtigen können. Dies wird daran deutlich, dass der Braunkohlenausschuss von Anfang an plante, das Benehmen *nachträglich* herzustellen. Hiermit hat der Braunkohlenausschuss die anerkannten Anforderungen an die Herstellung des Benehmens außer Acht gelassen.

c) **Bedürfnis einer Heilung?**

Da nach den obigen Ausführungen die Anforderungen an eine Heilung gemäß § 45 Abs. 1 Nr. 5 VwVfG NRW nicht vorliegen, gilt es zu klären, ob es einer Heilung überhaupt bedurfte hätte.

Hinsichtlich der Beteiligung anderer Behörden bzw. die Rechtsfolgen eines Unterlassens, ist Folgendes anerkannt: Nur die *durch Rechtsvorschriften* gebotene Beteiligung wird von § 45 Abs. 1 Nr. 5 VwVfG NRW erfasst. Die Verletzung einer lediglich durch verwaltungsinterne Anordnung (Verwaltungsvorschrift) vorgeschriebene Beteiligung einer anderen Behörde ist für die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts ohne Bedeutung und bedarf daher auch keiner Heilung.¹³

Bei § 2 Nr. 1 GO ABB NRW handelt es sich nicht um eine Rechtsvorschrift. Es handelt sich noch nicht einmal um eine Verwaltungsvorschrift. In Abgrenzung zu einer Verwaltungsvorschrift handelt es sich bei einer Geschäftsordnung um eine Regelung von Kollegialorganen (Gemeindevertretung, Ausschüsse und dergleichen), die die Organisation und den Verfahrensablauf innerhalb dieser Organe betreffen und nur die Mitglieder der jeweiligen Organe binden. Es handelt sich um organisatorisches Recht. Die Geschäftsordnung ist daher ein Regelungstyp eigener Art.¹⁴ Dieses Ergebnis gilt umso mehr, als es sich bei der Anrufungsstelle noch nicht einmal um einen Ausschuss oder ähnliches handelt. Wenn schon die Geschäftsordnung eines Ausschusses nicht die Qualität einer Verwaltungsvorschrift erreicht, gilt dies umso mehr für die Geschäftsordnung der Anrufungsstelle.

Somit kann als Ergebnis festgehalten werden, dass das geschäftsordnungswidrig unterlassene Benehmen mit den Interessenverbänden bei Anwendung des VwVfG NRW nicht zur Rechtswidrigkeit der Bestellung von Herrn Deller führen würde.

¹³ Kopp/Ramsauer, Kommentar zum VwVfG, 11. Auflage 2010, § 45 Rn. 32.

¹⁴ Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage 2011, § 24 Rn. 12.

2. Gleiches Ergebnis unabhängig von der direkten Anwendung der Vorschriften des VwVfG NRW

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Vorschriften des VwVfG NRW direkt anzuwenden sind. Denn der Grundgedanke des § 45 Abs. 1 Nr. 5 VwVfG NRW ist auch dann anzuwenden, wenn man davon ausgeht, dass eine direkte Anwendung ausscheidet. Es handelt sich § 45 Abs. 1 Nr. 5 VwVfG um einen allgemeinen Grundsatz des Verfahrensrechts.

Im Einzelnen:

Die Begriffe „Benehmen“ bzw. „Herstellung des Benehmens“ entstammen dem Verwaltungsverfahrensrecht. Wie dargestellt, werden sie in den unterschiedlichsten Materien des besonderen Verwaltungsrechts verwendet. Die Anforderungen, die an eine ordnungsgemäße Herstellung des Benehmens gestellt werden, sind (verwaltungs-)rechtsgebietenübergreifend dieselben. So ist anerkannt, dass die Herstellung des Benehmens während und nicht nach Abschluss des Verfahrens erfolgen muss und eine Heilung nur möglich ist, wenn die Nachholung der Beteiligung ihren Zweck noch erfüllen kann (siehe hierzu oben). Wenn eine Behörde sich dazu entscheidet, einen im Verwaltungsverfahrensrecht anerkannten Begriff zu verwenden, dann muss davon ausgegangen werden, dass sie diesen mit dem gleichen Inhalt wie sonst üblich verwenden wollte. Es existieren keine Anhaltspunkte dafür, dass die Behörde „Braunkohlenausschuss“ den Begriff „Benehmen“ anders verstanden wissen wollte als in der weiteren Behördenpraxis.

Daraus folgt, dass der Braunkohlenausschuss der Herstellung des Benehmens in § 2 Nr. 1 GO ABB NRW keine weitergehende/strengere Funktion zukommen lassen wollte als im übrigen Verwaltungsverfahrensrecht. Dies bedeutet, dass die Rechtswidrigkeit der Entscheidung (Bestellung) nur angenommen werden kann, wenn sich die Pflicht der Herstellung des Benehmens aus einer Rechtsnorm ergibt. Ließe man für die Rechtswidrigkeit der Entscheidung genügen, dass sich die Pflicht zur Herstellung des Benehmens aus einer Geschäftsordnung ergibt, so würde es sich bei § 2 Nr. 1 GO ABB NRW um eine deutlich strengere Verfahrensvorschrift handeln als in all den oben beispielhaft dargestellten Vorschriften aus den einzelnen Gebieten des besonderen Verwaltungsrechts.

Es kommt also nicht darauf an, ob man die Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes direkt anwendet oder nicht. Eine Rechtswidrigkeit kann sich nur ergeben, wenn eine Rechtsnorm die Herstellung des Benehmens vorschreibt. Das ist bei § 2 GO ABB NRW nicht der Fall. Bei dieser Norm handelt es sich lediglich um eine interne Geschäftsordnung.

3. Parallelen zu einer Zuschlagsentscheidung

Gemäß § 114 Abs. 2 S. 1 GWB kann ein wirksam erteilter Zuschlag nicht aufgehoben werden. Wenn also die Zuschlagsentscheidung nicht an einem Unwirksamkeitsgrund des § 101b GWB leidet, bleibt es beim Abschluss des zivilrechtlichen Vertrags, auch wenn das Vergabeverfahren rechtswidrig abgelaufen ist.¹⁵ Für die Bestellung von Herrn Deller folgt daraus: Selbst wenn dessen Bestellung geschäftsordnungswidrig war, führt dieser Umstand nicht zur Unwirksamkeit seiner Bestellung.



Dr. Michael Terwiesche LL.M.
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht



Johannes Kupfer
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

¹⁵ Siehe zu den Einzelheiten *Terwiesche*, in: ders. (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2012, Kapitel 42, Rn. 451- 475.