

Konfliktbewältigung und Konfliktmanagement im Genehmigungsverfahren

Matthias Dombert

1.	Verfahrensvorbereitungen	294
2.	Zur Notwendigkeit einer Standortanalyse und der Rolle der Gemeinde	297
3.	Instrumente der Konfliktvermeidung.....	298
4.	Zur Rolle der Mediation	299
5.	Die Gestaltung des Genehmigungsverfahrens.....	301
6.	Die Einhaltung von Zusagen	302
7.	Die Vorbereitung des immissionsschutzrechtlichen Erörterungstermins.....	302
8.	Zur Rolle des Vertragsrechts.....	305

Die Regelungsdichte in der Bundesrepublik Deutschland für Investitionsvorhaben ist geradezu sprichwörtlich, das zusammenwachsende Europa trägt mit Verordnungen oder Richtlinien der Europäischen Union das Seine dazu. Die Vorschriftenfülle wird oftmals dafür verantwortlich gemacht, dass Investitionsvorhaben verzögert, manchmal verhindert, in jedem Falle aber aus Sicht des Investors erschwert werden. Und doch belegen empirische Untersuchungen, dass der Prüfungsumfang bei der Zulassung von Investitionsvorhaben in den meisten Fällen keinesfalls die alleinige Ursache für Verzögerungen oder gar das Scheitern ist. Fest steht vielmehr, dass Investitionsvorhaben deswegen in Not geraten, weil das zu ihrer Verwirklichung erforderliche Genehmigungsverfahren nicht so professionell geführt wird, wie dies wünschenswert und – angesichts manchmal vorhandener politischer Widerstände – notwendig ist.

Politische Widerstände gehen auf die zunehmend kritische Einstellung der Bevölkerung zu immissionsträchtigen Investitionsvorhaben zurück. Dabei ist nicht selten die Tatsache zu beobachten, dass Mitbürger immer dann keine Probleme mit der Anlagenzulassung haben, wenn sie nicht vor der eigenen Haustür stattfindet. Investoren begegnen häufig Unverständnis, Ablehnung und lautstarke Empörung. Infrastrukturvorhaben, industrielle Anlagen, Anlagen der Tierhaltung, vermehrt auch Anlagen zum Zwecke erneuerbarer Energien stoßen auf Widerstand der Bevölkerung. Bürgerinitiativen werden von Umweltverbänden unterstützt, die Bevölkerung in den *betroffenen* Regionen zum Teil mit gezielten Fehlinformationen

verunsichert. Medien nehmen sich der vermeintlichen Problematik an. Den Antragsteller und die Vorbereitung des einzuleitenden Genehmigungsverfahrens stellt dies vor besondere Herausforderungen:

Dies lenkt den Blick zwangsläufig auf die mögliche Wege zu Konfliktbewältigung und das damit verbundene Konfliktmanagement.¹

1. Verfahrensvorbereitungen

Der Verfahrensvorbereitung kommt elementare Bedeutung für den erfolgreichen Verlauf des Genehmigungsverfahrens zu. Sie baut auf der Standortanalyse, der Klärung der rechtlichen wie sonstigen Rahmenbedingungen und der sorgfältigen Interessenanalyse für den Antragsteller auf: Es geht um die Klärung möglicher Schwachpunkte des Vorhabens, auch um die Frage, mit welchen Einwänden gerechnet werden muss. Derartige Verfahrensüberlegungen können bereits in dieser Phase das Ergebnis haben, den Umfang des Vorhabens zu reduzieren, um auf der einen Seite Einwänden vorzubeugen, auf der anderen Seite aber die Voraussetzung für ein Vorhaben zu schaffen, das nach seiner Errichtung anschließend – gegebenenfalls in einem weiteren Genehmigungsverfahren – erweitert wird.

Zur Klärung der Verfahrensvorbereitung gehört auch die personelle Komponente. Welche Gutachter werden benötigt? Ist die Einschaltung eines Rechtsanwaltes sinnvoll? Die Einrichtung einer Koordinierungsgruppe hat sich gerade in größeren Vorhaben bewährt. Die Schaffung einer derartigen Arbeitsgruppe hilft dabei, Verantwortlichkeiten zu benennen und Erledigungsfristen zu setzen. Regelmäßige Treffen von Antragsteller, beauftragtem Ingenieurbüro, möglicherweise hinzugezogenem Gutachter und/oder Rechtsanwalt bewirken auf diese Art und Weise eine straffe und damit zeitsparende Verfahrensvorbereitung.

Die Einschaltung von Gutachtern

Die professionelle Betreuung von Genehmigungsverfahren macht die Einschaltung eines spezialisierten Fachingenieurs oder Ingenieurbüros unabdingbar. Abgesehen davon, dass – etwa durch Vorgaben des Baurechts – die Einschaltung qualifizierter Berater gesetzlich vorgeschrieben ist, wird nur durch die Beauftragung eines spezialisierten Büros sicher gestellt, dass tatsächlich alle genehmigungserheblichen Umstände auch in die Antragsbearbeitung aufgenommen werden. Die Erfahrung mit vergleichbaren Vorhaben ist dabei von nicht zu unterschätzendem Gewicht. Von der Beauftragung eines Fachingenieurs ist die Einschaltung eines Gutachters streng zu trennen. Der Gutachter hat – vielfach auf Veranlassung des Fachingenieurs – die Aufgabe, im Rahmen einzelner Genehmigungstatbestände auf genehmigungsrelevante Einzelaspekte einzugehen. Gutachter kosten Geld.

¹ Zu alledem ausführlich Dombert u.a. In: aid infodienst/KTBL: Genehmigungs- und Konfliktmanagement für den Stallbau. 2008

Gleichwohl kann ihre Einschaltung Geld sparen – dann nämlich, wenn Gutachten zu dem Zwecke zum Bestandteil der Antragsunterlagen gemacht werden, um besonders sensible Genehmigungsvoraussetzungen nachvollziehbar und überzeugend darzulegen. Gutachten können zur Überzeugungsbildung nicht nur bei der Behörde, sondern auch bei betroffenen Nachbarn beitragen.

Den Antragstellern ist zu raten, sich über die Person des Gutachters mit der Behörde zu verständigen. Es ist nicht ausgeschlossen, sich bei Behörden danach zu erkundigen, welche Gutachter für die eine oder andere Spezialfrage in Betracht kommen. Behörden führen zwar keine Listen über Gutachter, werden in einigen Fällen sich auch weigern, Gutachternamen zu benennen, beantworten aber aller Erfahrung nach die Frage bereitwillig, ob die Behörde mit dem in Aussicht genommenen Gutachter schon Erfahrungen habe oder er ihr bekannt sei: Eine derartige Nachfrage bedeutet nicht, dass man in die Gefahr gerät, Gutachter genannt zu bekommen, bei denen die Behörde leichtes Spiel hat. Sie stellt vielmehr sicher, dass der Antragsteller nicht Gefahr läuft, einen Gutachter zu beauftragen, dem die Behörde von vornherein fachliche Vorbehalte entgegen bringt.

Die Rolle des Rechtsanwaltes

Gegen die Beauftragung von Rechtsanwälten in Genehmigungsverfahren ist vielfach Widerstand zu spüren. Antragsteller assoziieren mit dem Rechtsanwalt den Streithansel, manchmal auch den Gebührenschinder. Die Auswertung von Genehmigungsverfahren zeigt jedoch, dass es sich in vielen Fällen um Fehlvorstellungen oder Vorurteile handelt. Aufgabe des Rechtsanwaltes in Genehmigungsverfahren ist es nicht, Probleme dort zu schaffen, wo in Wirklichkeit keine sind. Dem Rechtsanwalt ist vielmehr die Aufgabe zugewiesen, den rechtlichen Rahmen für das Genehmigungsverfahren rechtssicher zu bestimmen und – gemeinsam mit dem Fachingenieur – genehmigungssensible Punkte auf ihre Durchsetzbarkeit hin zu überprüfen. Neben dieser Aufgabe tritt ein zweiter Bereich fast noch wichtiger hinzu: Dem Rechtsanwalt obliegt es, gemeinsam mit dem Fachingenieur für den Antragsteller das Genehmigungsverfahren durchzuführen und zu gestalten: Nicht zu übersehen ist, dass gerade Erörterungstermine zumal unter Einbeziehung der Öffentlichkeit zu Auseinandersetzungen über verfahrensrechtliche Fragen genutzt werden. Bürgerinitiativen, Naturschutzverbände nutzen verfahrensrechtliche Anforderungen, um das Genehmigungsverfahren zu erschweren und die Genehmigungserteilung wenn nicht zu verhindern, so doch hinauszuzögern. Die Anwesenheit eines fachlich versierten Rechtsanwaltes etwa im immissionsschutzrechtlichen Erörterungstermin kann dazu beitragen, nicht nur dem Antragsteller Sicherheit zu geben, sondern auch zur Entlastung der Behörde beizutragen. Damit ist nicht gesagt, dass die anwaltliche Betreuung sich vor allem in Konfrontationssituationen bewährt. Rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten können vor allem dann im Genehmigungsverfahren segensreich wirken, wenn es – was nachstehend darzulegen sein wird – darum geht, einvernehmliche Regelungen zu erreichen. So können etwa mögliche Widerstände der von Kommunen durch Vorschläge, wie etwa den Abschluss eines städtebaulichen Vertrages ausgeräumt werden.

Öffentlichkeitsarbeit als Bestandteil eines professionellen Genehmigungsverfahrens²

Auch wenn für den Antragssteller zunächst fachliche, wirtschaftliche, planerische und rechtliche Aspekte im Vordergrund stehen, kann die Rolle der Öffentlichkeitsarbeit nicht ausgeblendet werden. Der Kommunikation und jedem öffentlichkeitswirksamen Handeln im Zusammenhang mit der Vorhabengestaltung und dem Planungsprozess ist von Anfang an genügend Aufmerksamkeit zu schenken. Spätestens nach der ersten *schlechten Presse* oder wenn in Vorgesprächen mit den kommunalen Gesprächspartnern Widerstände vor Ort gegen die Realisierung eines Vorhabens erkennbar werden, erweist sich ein solches Vorgehen ohnehin als notwendig.

Öffentlichkeitsarbeit ist von Werbung zu unterscheiden. Es geht nicht darum, ein Vorhaben zu *verkaufen*. Da die Realisierung von Investitionen in vielerlei Hinsicht von der Glaubwürdigkeit seiner Protagonisten abhängen, schadet jede einseitige, verharmlosende *Werbeflüge* im Zusammenhang mit den Vorhaben nachhaltig. Stattdessen ist Transparenz geschuldet. Auf befürchtete oder tatsächliche Nachteile ist offensiv und mit realistischen praktikablen Lösungsvorschlägen einzugehen. Ein Investor sollte also offensiv dazu stehen, dass z.B. eine bestimmte Betriebsgröße, Förderrichtlinien der EU, weitere Vorgaben usw. den Rahmen für eine wirtschaftliche Tragfähigkeit des geplanten Betriebes erst gewährleisten. Kritiker industrieller Anlagen werden zwar dadurch nicht grundsätzlich ihre Wertmaßstäbe und Positionen ändern, jedoch ggf. in anderen kritischen Fragen den Ausführungen des Vorhabenträgers eher Glauben schenken, wenn es z.B. um Maßnahmen zur Minderung von Geruchsemissionen geht.

Informationen zum Vorhaben sind in verständlicher Form zu präsentieren. Flächennutzungs- und Bauleitpläne, Pläne von technischen Anlagen und Gebäuden, die Inhalte von Gutachten usw. sind für diesen Zweck besonders aufzubereiten. Zu Plänen und textlichen Beschreibungen sollten zusätzlich allgemein verständlich formulierte Erläuterungen zum Mitnehmen beigefügt werden. Je nach Ausstattung der Beteiligten kann eine Internetseite zum Vorhaben mit ausgewählten Planungsunterlagen, einer Materialsammlung (Gutachten, Fachartikel, Beispiele für *gelungene Anlagen*, Links zu Organisationen und Verbänden usw.) und ggf. einem Gästebuch für Kommentare eingerichtet werden. Dieses Angebot setzt voraus, dass diese Internetseite tatsächlich gelesen und regelmäßig aktualisiert wird. Vertreterinnen und Vertreter des Gemeinderats und/oder anderer Interessengruppen können auch zu einer Exkursion zu einem Referenzbetrieb eingeladen werden.

² Zu alledem ausführlich Dombert u.a. In: aid infodienst./KTBL: Genehmigungs- und Konfliktmanagement für den Stallbau. 2008, S. 19 ff

2. Zur Notwendigkeit einer Standortanalyse und der Rolle der Gemeinde

Geht es um die Standortanalyse, stehen üblicherweise für die erfolgreiche Gestaltung des Genehmigungsverfahrens raumspezifische und planungsrechtliche Rahmenbedingungen im Vordergrund: Es geht um Abstände zu Wohnbebauungen, Abstände zu Schutzgebieten, die Eignung des Baugrundes, auch Erschließungsmöglichkeiten. Planungsrechtliche Rahmenbedingungen der Regionalplanung sind ebenso zu beachten, wie eine möglicherweise dem Vorhaben entgegenstehende Bauleitplanung. Im Zusammenhang mit den Stichworten der Konfliktbewältigung und des Konfliktmanagements aber tritt ein anderer Aspekt in den Vordergrund: Es geht um die Ermittlung möglicher Konfliktlagen mit Nachbarn, Gemeinden oder Behörden. Dabei spielt der *Nachbar* eine besondere Rolle. Der Begriff ist hier untechnisch gemeint und erfasst die Ermittlung all jener, bei denen mit einer – neutral formuliert – Einflussnahme, meistens Gegnerschaft zum Vorhaben zur rechnen ist. Hierbei sind Unterschiede nicht zu übersehen. Derjenige Einwender, der sich im Genehmigungsverfahren zu Wort meldet, weil er tatsächlich vom Vorhaben *betroffen* ist, wird anders anzusprechen sein, als derjenige, der aus gesellschaftspolitischen Gründen bestimmte Vorhaben ablehnt. Die Frage eines möglichen Rechtsmissbrauchs von Eigentümerbefugnissen stellt sich bei so genannten Sperrgrundstücken. Eine auf das Grundeigentum gestützte Antrags- wie Einwendungsbefugnis steht demjenigen nicht zu, der seine Eigentümerstellung rechtsmissbräuchlich begründet hat. Das ist dann der Fall, wenn er das Eigentum an Grundstücken innerhalb des Plangebiets nicht erworben hat, um die mit ihm verbundenen Gebrauchsmöglichkeiten zu nutzen, sondern lediglich als Mittel dafür, die formalen Voraussetzungen für eine auf das Eigentum gestützte Einwendungsbefugnis um Prozessführung zu schaffen³. Die Standortanalyse wird im Übrigen in Bezug auf Gemeinden oft auf ein kommunalpolitisches wie kommunalrechtliches Missverständnis treffen. Gemeindevertreter begreifen sich oft als Parlament im Kleinen. Man achte auf die vielfach verwendeten Begriffe in den Lokalzeitungen. Vom *Kommunalparlament*, von den *Abgeordneten* ist da die Rede. Damit wird das Selbstverständnis vieler Stadtverordneter und Gemeindevertreter deutlich, nämlich Mitglied eines Gremiums zu sein, das nur Wählerauftrag, politischer Zweckmäßigkeit oder einem ungeschriebenen und nicht näher definierten Gemeinwohl verpflichtet ist, nicht aber in rechtliche Strukturen und Verfahrensabläufe eingebunden ist. Tatsächlich geht die Rechtsprechung davon aus, dass Mitgliedern des Gemeinderates in dieser Funktion ein öffentliches Amt im Sinne des Art. 34 Grundgesetz (GG) anvertraut ist; sie gelten damit als *Beamte* im haftungsrechtlichen Sinne des § 839 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB).⁴ Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat zwar eingeräumt,⁵ dass die Rechtsetzungstätigkeit der Gemeinden in mancher Hinsicht legislatorischen Charakter aufweist, im System der staatlichen Gewaltenteilung (Gesetzgebung,

³ BVerfG, DVBl. 2001, 385; OVG Saarlouis, U. v. 30.08.2001 – 2 N 1/00 – juris, LS 2

⁴ BGH, VersR 1970, 1007; WM 1975,630; BGHZ 84,292

⁵ BVerfGE 65, 283

Verwaltung und Rechtsprechung) dem Bereich der Verwaltung zuzuordnen ist. Dementsprechend ist – gegebenenfalls unter Mitwirkung der Kommunalaufsicht – klarzumachen, dass ihr Gestaltungsauftrag eng begrenzt ist. Wie Beamte im funktionalen Sinn haben Gemeindevertreter nur eines zu gewährleisten, nämlich mit Blick auf Art. 20 Abs. 3 GG Recht und Gesetz zu vollziehen.⁶

Fehlvorstellungen der Gemeinde und ihrer Vertreter zeigen sich regelmäßig bei der Einvernehmenserteilung nach § 36 Baugesetzbuch (BauGB). Die Einvernehmensprüfung, die der Gemeinde überantwortet ist, ist eine reine Rechtmäßigkeitsprüfung, bei der Zweckmäßigkeitüberlegungen keinen Raum haben. Dementsprechend ist auch die Entscheidung des Einvernehmens bedingungsfeindlich ausgestaltet, d.h. das Einvernehmen kann nicht von Bedingungen der Gemeinde abhängig gemacht werden; das städtebauliche Kopplungsverbot ist zu beachten⁷. Überschreitet eine Gemeinde im Rahmen ihrer Mitwirkung im Baugenehmigungsverfahren ihre Befugnisse und versagt sie unberechtigt ihr Einvernehmen, obwohl das Bauvorhaben gemäß den §§ 33 bis 35 BauGB zulässig ist, so kann sie sich schadensersatzpflichtig machen.⁸

3. Instrumente der Konfliktvermeidung

Die nachstehende Übersicht ist nicht repräsentativ, wissenschaftlich nicht einmal gesichert, sondern gibt die – durchaus subjektiv empfunden – Erfahrungen vieler Genehmigungsverfahren wieder. Gleichwohl dürfte die Beachtung folgender Maßgaben am ehesten in der Lage sein, das Entstehen unnötiger Konflikte – beispielsweise durch Fehlinformationen – zu verhindern. Stichwortartig sind zu gewährleisten:

- vollständige Information, z.B. Ankündigung von möglichen Belastungen, Wartungszyklen, Bauaktivitäten, ungewöhnliche Verkehrsbelastungen,
- Transparenz über Fakten und Verfahren,
- Erwartungsmanagement: Was ist verhandelbar?,
- Aufklärung über Methoden und Bewertungen (Stichwort: GIRL),
- Klärung von Konfliktursachen,
- Identifikation der Meinungsbildner,
- Gestaltungsbeteiligung im Verfahren,
- kooperative Auswahl des Gutachters,
- Benennung von Ansprechpartnern und Gewährleistung schneller Rückmeldung bei Anfragen.

⁶ Zum Prüfungsumfang bei § 36 BauGB vgl. BVerwG, U.v. 17.2010 – 4 C 4.08 – Rdn. 32; B.v. 20.3.2010 – 4 C 7.09 – Rdn. 34; B.v. 24.6.2010 – 4 B 60.09 – Rdn. 10

⁷ BVerwG, NJW 1981, 1747

⁸ BGHZ 65, 182; BGH VersR 1982 S. 498, OLG Brandenburg, VersR 1999, 14, 15

4. Zur Rolle der Mediation

Die politischen Rahmenbedingungen, denen sich Antragsteller in immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren gegenübersehen, führen dazu, dass Konflikte zwischen Vorhabenträgern, Genehmigungsbehörden, Umweltverbänden und betroffenen Bürger schnell in erbitterte Diskussionen und Streitereien abdriften. Persönliche Angriffe, öffentliche Meinungsmache und langjährige Gerichtsverfahren sind an der Tagesordnung. Notwendige Investitionen werden dadurch blockiert, die Fronten verhärten sich, keiner redet mehr sachlich über die Hintergründe. Die Folge: Es entsteht eine unbefriedigende Situation für alle Beteiligten, die Zeit und Geld investieren, ohne dass das Problem selbst gelöst wird. Im Gegenteil: Oftmals ist nach einem überstandenen Gerichtsverfahren die ganze Angelegenheit noch viel verfahrener als zuvor, gleich wer als *Sieger* oder *Verlierer* daraus hervorgegangen ist.

Im Zusammenhang mit solchen und ähnlichen Situationen, die das Geflecht zwischen immissionsschutzrechtlicher und damit wirtschaftlicher Betätigung, öffentlicher Verwaltung, Umwelt und Bürger betreffen, versucht man seit einigen Jahren in Deutschland durch die Hinzuziehung von allparteilichen Dritten die zugrunde liegenden Konflikte zu entschärfen und die Streitparteien auf eine sachliche Diskussion zurückzuführen. Der Begriff der Mediation stammt aus dem Lateinischen und bedeutet *Vermittlung*.

Das Konzept der Mediation in seiner heutigen Form wurde Ende der sechziger/Anfang der siebziger Jahre entwickelt und wissenschaftlich untermauert. Zunächst in den USA (z.B. im so genannten *Harvard-Konzept*), später auch in Europa, griff man die alte Idee der Mediation zur Lösung von Konflikten auf. Inzwischen findet sie bei der Regelung von Konflikten in vielen gesellschaftlichen Bereichen Anwendung. Mediationsverfahren sind strukturierte Verhandlungsverfahren, die idealerweise Lösungen für Konflikte hervorbringen, die von allen Beteiligten akzeptiert werden. Sie unterscheiden sich in vielerlei Aspekten von anderen Formen der Konfliktregelung, insbesondere von Gerichtsverfahren. Sie versuchen, durch die Anwendung verschiedener Methoden neue Wege zu gehen, um Konflikte anders als gewohnt – streitig – zu lösen. Die Mediation lässt sich vor allem durch die Einhaltung bestimmter Prinzipien und eines strukturierten Verfahrensablaufes beschreiben, die nachfolgend vorgestellt werden.

Mediationsverfahren sind strukturierte Verhandlungsverfahren, die idealerweise Lösungen für Konflikte hervorbringen, die von allen Beteiligten akzeptiert werden.⁹ Sie unterscheiden sich in vielerlei Aspekten von anderen Formen der Konfliktregelung, insbesondere von Gerichtsverfahren. Sie versuchen, durch die Anwendung verschiedener Methoden neue Wege zu gehen, um Konflikte anders als gewohnt – streitig – zu lösen. Die Mediation lässt sich vor allem durch die Einhaltung bestimmter Prinzipien und eines strukturierten Verfahrensablaufes beschreiben. Mediation ist im Grundsatz eine bestimmte Verhandlungsmethode. Um Mediation handelt es sich bei Verhandlungen, wenn – als Grundmerkmale –

⁹ Näher Risse, NJW 2000, 1614; Groth/Bubnoff: NJW 2001, 338; Hehn/Rüssel: NJW 2001, 347; zur Mediation im Verwaltungsrecht Voß, in: Johlen/Oerder, Verwaltungsrecht, 2. Auflage, 2003, § 3

an den Verhandlungen ein allparteilicher Dritter als Vermittler teilnimmt, möglichst alle betroffenen Parteien teilnehmen, die Teilnahme freiwillig erfolgt, die Verhandlungen ergebnisoffen geführt werden und die Konfliktparteien ihre Verhandlungen selbstbestimmt und auf der Basis der notwendigen Informationen führen. Die Konfliktparteien bestimmen den Ausgang ihrer Verhandlungen und damit die Lösung des entstandenen Konflikts selbst. Sie geben ihre eigene Entscheidungsgewalt nicht an Dritte ab, sondern verfolgen das Ziel der Problemlösung im Rahmen eines auf Freiwilligkeit beruhenden Verfahrens. Das kann im Extremfall auch bedeuten, dass sich eine Konfliktpartei für den Abbruch dieser Art von Verhandlung entscheidet. Während des Aushandlungsprozesses bietet sich die Möglichkeit des wechselseitigen Auslotens von Handlungsspielräumen bei der Suche nach einer konsensualen, zukunftssträchtigen Lösung des Konflikts. Daraus ergibt sich die Chance, neue, bislang unbeachtete Lösungswege zu entdecken, die möglicherweise weit über die ursprünglichen Positionen der beteiligten Konfliktparteien hinausgehen.

Die Struktur und die Grundprinzipien des Verwaltungsrechts scheinen einer Konfliktlösung durch Mediation auf den ersten Blick entgegenzustehen.¹⁰ Während bei zivilrechtlichen Auseinandersetzungen – und daher auch in den dortigen Mediationsverfahren – die Beteiligten infolge der Geltung der Dispositionsmaxime grundsätzlich frei über den Streitgegenstand verfügen können, ist dies im Verwaltungsrecht wegen des hier geltenden Untersuchungsgrundsatzes nicht der Fall. Die Verwaltung hat den ihrer Entscheidung zu Grunde zu legenden Sachverhalt selbst zu ermitteln. Damit ist der Entscheidungsspielraum in verwaltungsrechtlichen Auseinandersetzungen von vorneherein geringer als im Zivilrecht. Dies bedeutet aber nicht, dass Mediation im Verwaltungsrecht grundsätzlich ausgeschlossen ist.¹¹ Es besteht kein *numerus clausus* der administrativen Handlungsformen, so dass es im Ermessen der Behörde steht, die einfachste, zweckmäßigste und zügigste Handlungsform auszuwählen (vgl. z.B. § 10 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)).

Genehmigungs- und Fachbehörden sollten nach Möglichkeit am Verfahren beteiligt werden, weil nur auf diese Weise sichergestellt werden kann, dass der gefundene Kompromiss tatsächlich umsetzbar und zudem auch politisch gewollt ist. Zumindest sollte in Erwägung gezogen werden, die Behörde ergänzend, nämlich insoweit als es um die Realisierbarkeit bestimmter in Aussicht stehender Kompromisse geht, zu den Verhandlungen hinzuzuziehen. Allerdings darf Mediation nicht zur Umgehung gesetzlicher Vorgaben führen; denn die Verwaltung ist nach Art. 20 GG an Gesetz und Recht gebunden. Absprachen sind demnach nur dort zulässig, wo das Recht entsprechende Spielräume lässt. Auch muss die Verwaltung sicherstellen, dass betroffene Allgemein- und Drittinteressen angemessen berücksichtigt werden. Regelmäßig wird das Mediationsergebnis *nur* als Empfehlung an die Verwaltung und die dort zuständigen Organe ergehen können. Wenn die Mediation allerdings sorgfältig durchgeführt wurde, dürfte die damit verbundene faktische und politische Bindung erheblich und eine Ablehnung des Mediationsergebnisses zumindest sehr schwierig (wenn nicht gar unmöglich) sein.

¹⁰ Nachstehend Wagner/Engelhardt: NVwZ 2001, 370, 372

¹¹ Zur Zulässigkeit Erichsen. In: Erichsen (Hrsg.): Allg. VerwR, 11. Aufl. (1998), § 32; Maurer, Allg. VerwR, 13. Aufl. (2000), § 15 Rdn. 14ff

Folgende Anmerkungen sind geboten:

- **Trennung zwischen Person und Sache**

Regelmäßig spielen sich Konflikte gleichzeitig auf einer Sach- und auf einer zwischenmenschlichen Ebene – der so genannten Beziehungsebene – ab. Konflikte auf der Beziehungsebene (z.B. enttäushtes Vertrauen) werden meist von den Parteien nicht ausdrücklich benannt, obwohl sie oftmals die entscheidende Konfliktursache sind. Unlösbar wird der Konflikt, wenn sich in der Auseinandersetzung Sach- und Beziehungsebene überlagern.

- **Konzentration auf zu Grunde liegende Interessen statt auf Positionen**

Interessen gehen über (Rechts-)Positionen hinaus. Eine Rechtsposition stellt meist nur eine von mehreren denkbaren Lösungen dar, die Interessen einer Partei zu verwirklichen. Die Ermittlung der Interessen soll immer auch zukunftsorientiert erfolgen. Dies gilt gleichermaßen für die (vermuteten) Interessen der Gegenseite.

- **Entwicklung von Lösungsoptionen – Grenzen**

Es gilt, möglichst viele Lösungsoptionen zu entwickeln. Allerdings:

Mediation setzt Freiwilligkeit aller Beteiligten voraus. Es geht um Interessen, nicht Positionen. Diese Vorgaben werden in vielen Fällen dann nicht anzutreffen sein, wenn es für den Einwender darum geht, sich nicht gegen ein konkretes, sondern jedes Vorhaben dieser Art zu wenden. Erfolgt die Beteiligung im Genehmigungsverfahren nicht aus konkreten objektbezogenen Gründen, sondern aus gesellschaftspolitischen Motiven – fehlt es an den Voraussetzungen für eine Mediation. Dementsprechend finden sich für Genehmigungsverfahren so genannte institutionalisierte Einwender – wie manche Umwelt- oder Naturschutzverbände – nicht bereit, an derartigen Verfahren mitzuwirken. In einem solchen Fall scheiden die Instrumente der Mediation aus.

Zu bedenken ist zudem, dass das Verfahren der Mediation den Kritikern des Vorhabens eine verfahrensmäßig stärkere Stellung zuweist, als dies bei bloßer Vorab-Information oder sonstigen Gesprächsrunden der Fall ist, weil die Kritiker echte Beteiligte des Mediationsverfahrens sind. Das birgt die Gefahr, dass sie das Verfahren zur Umsetzung einer Verzögerungstaktik verwenden und die Lösung des Konflikts auf diese Weise verschleppen. Dem kann u.a. dadurch begegnet werden, dass der Verhandlungsdruck, der auf den Kritikern lastet, hinreichend groß ist. Das Vorhaben muss also zum Zeitpunkt des Beginns der Mediation zumindest einigermaßen konkrete Formen angenommen haben. Einem effektiven Mediationsverfahren sind demnach in beide Richtungen zeitliche Grenzen gesetzt.

5. Die Gestaltung des Genehmigungsverfahrens

Für das Immissionsschutzrecht legt § 2 Abs. 2 S. 3 9. Bundes-Immissionsschutzverordnung (BImSchV) – nicht abschließend und hier vereinfacht dargestellt – fest, welche Unterlagen bei der Antragstellung vorgelegt werden müssen (Nr. 1),

welche voraussichtlichen Auswirkungen das Vorhaben auf die Allgemeinheit und die Nachbarschaft haben kann und welche Folgerungen sich daraus für das Verfahren ergeben (Nr. 2), welche Gutachten voraussichtlich erforderlich und wie doppelte Gutachten vermieden werden können (Nr. 3), wie der zeitliche Ablauf des Genehmigungsverfahrens ausgestaltet werden kann und welche sonstigen Maßnahmen zur Vereinfachung und Beschleunigung des Genehmigungsverfahrens vom Antragsteller und von der Genehmigungsbehörde getroffen werden können (Nr. 4). Der Rahmen für notwendige Untersuchungen sollte nicht zu eng gesteckt sein. Modernes Verfahrensmanagement bezieht auch die Tatsache mit ein, dass gerade Kritiker des Vorhabens – vielfach Naturschutzverbände, aber auch Gemeinden und anderen Vorhabensgegner – in einer Art Überzeugungsbildung angesprochen werden müssen. Diese Überzeugungsbildung ist regelmäßig dann erschwert, wenn sich im laufenden Genehmigungsverfahren herausstellt, dass der eine oder andere maßgebliche Aspekt nicht mit in die Betrachtung einbezogen worden ist.

6. Die Einhaltung von Zusagen

Es wird gerade bei Beachtung der vorstehenden Ratschläge nicht ausbleiben, dass der Antragssteller Zusagen machen muss, sei es in Bezug auf die technische Herrichtung der Anlage, sei es etwa bei Gelegenheit des immissionsschutzrechtlichen Erörterungstermins. Auch im Genehmigungsverfahren gilt: Zusagen sind einzuhalten. Nichts schädigt die Seriosität, das Bild des Antragstellers in der Öffentlichkeit so sehr wie Versprechen, die sich als bloße Ankündigungen erweisen und nicht eingehalten werden.

7. Die Vorbereitung des immissionsschutzrechtlichen Erörterungstermins

Der Anlagenbetreiber muss im Genehmigungsverfahren regelmäßig mit institutionalisierten Einwendern rechnen. Es handelt sich um Verfahrensbeteiligte wie Umwelt-, Natur- oder Tierschutzverbände, die sowohl vom Anliegen wie von ihrer Organisation her nicht auf das konkrete Zulassungsverfahren bezogen tätig werden, sondern in Verbindung mit einer gesellschaftspolitischen Ausrichtung anlassübergreifend in Bezug auf die durch jedes Anlagenverfahren ausgelösten Fragestellungen tätig werden. Ihre besondere Rolle kann sich vor allem im Erörterungstermin zeigen. Er konfrontiert den Anlagenbetreiber wie die Genehmigungs- und Fachbehörden regelmäßig mit der Erkenntnis, dass sie – bildlich und vom verfahrensrechtlichen Rollenverständnis her gesprochen nicht ganz zutreffend – in einem Boot sitzen. Beide werden insbesondere durch den Erörterungstermin nämlich mit einer hochspezialisierten, vielfach ideologisierten, jedenfalls aber professionalisierten Öffentlichkeit konfrontiert. Aus der Öffentlichkeitsbeteiligung im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren sind die institutionalisierten Einwender, die Verbände mit ehrenamtlichen, aber eben auch hauptamtlichen Mitarbeitern, verfahrensrechtlich spezialisierten Anwälten und thematisch fixierten Gutachtern nicht mehr wegzudenken. Sie treffen mit der Antragstellerseite wie Behördenvertretern auf Verfahrensbeteiligte, denen

im Regelfall die Erörterung fachtechnischer Fragen im Wirtshaussaal, Turnhalle oder Gemeindehaus fremd ist und die dementsprechend zurückhaltend, um nicht zu sagen: verstört auf Plakate, Informationsstände von Bürgerinitiativen oder lautstarke Beifallskundgebungen reagieren. Sie werden auch mit dem teilweise energisch vorgetragenen Verlangen konfrontiert, Aspekte des Genehmigungsverfahrens zu erörtern, die vielfach nicht oder jedenfalls nicht so im Rahmen der Offenlage nach § 10 9. BImSchV vorgetragen worden sind. Die Präklusion ist im Verfahrensrecht vorgeschrieben und in § 14 9. BImSchV vorgesehen, dass der Erörterungstermin nur der Erörterung fristgerecht vorgetragener Anregungen und Einwendungen dienen soll. Die Erfahrung zeigt freilich, dass der Erörterungstermin trotz seiner rechtlich vorgegebenen Struktur nicht den intellektuellen Anstandsregeln des rechtswissenschaftlichen Kolloquiums folgt. Der Erörterungstermin hat eigene Gesetze. Er dient aus Einwendersicht oftmals weniger der objektiven Entscheidungsfindung oder sachlichen Erörterung, sondern vielmehr dem Versuch, Verfahrensfehler wenn nicht anzuprangern und aufzuspüren, so doch zu schaffen. Aus Antragstellersicht ist das Ziel des Erörterungstermins leicht zu beschreiben: *Durchkommen* heißt die Parole. Situationen, in denen es zu den mittlerweile üblichen Befangenheitsanträgen gegenüber Verhandlungsleitung und mitwirkenden Bediensteten kommt, sind zu vermeiden, in jedem Fall aber in die eigene Vorbereitung mit aufzunehmen. Dabei verwischen sich gerade angesichts massiven Drucks vielmals auch die Rollenverteilungen. Es ist keine Seltenheit, dass gerade die vom Antragsteller benannten und zur Erörterung bereitstehenden Gutachter und Anwälte auch Unterstützungsfunktion für unsicher gewordene – oder schlecht vorbereitete – Behördenvertreter haben. An der psychologischen und inhaltlichen Vorbereitung der Behördenmitarbeiter im Erörterungstermin hapert es manchmal. Fachgutachten müssen klar, präzise, verständlich – und kurz gefasst sein. Der Erörterungstermin ist kein Beitrag zur Überzeugungsbildung kritisch denkender Mitbürger und keine Fortbildungsveranstaltung für die Präsentation neuer Rechenmodelle zu Emissionsbewertung. Behördenvertreter haben sich hierauf einzustellen. *Sprechproben* für die von Antragstellerseite vorgesehenen Gutachter sollten zwingend und nach Möglichkeit auch von Genehmigungs- wie Fachbehörden vorgesehen sein.

Der Erörterungstermin muss vorbereitet werden:

- Der Erörterungstermin dient nach § 14 Abs. 1 S. 1 9. BImSchV dazu, *die rechtzeitig erhobenen Einwendungen zu erörtern, soweit dies für die Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen von Bedeutung sein kann*. Rechtzeitig sind Einwendungen, die innerhalb der Einwendungsfrist bei den in § 12 Abs. 1 genannten Behörden eingegangen sind (§ 14 Abs. 2 9. BImSchV). Insbesondere die Bestimmung in § 14 Abs. 1 S. 2 9. BImSchV soll nicht hierüber hinwegtäuschen, dass es nicht darum geht, das Vorbringen der Einwender passiv entgegen zu nehmen; von Gesetz wie Verordnung gefordert ist eine Diskussion. Nur eine hinreichend objektive Erörterung kann zu der intendierten höheren Akzeptanz des Vorhabens durch die Bevölkerung führen.¹²

¹² Dietlein. In: Landmann/Rohmer: Umweltrecht, Bd. II, § 14 9. BImSchV Rn. 4

- Darauf eingestellt sein muss ein Antragsteller, dass Personen die Teilnahme am Erörterungstermin begehren, die entweder nicht rechtzeitig Einwendungen erhoben haben, oder keine Betroffenheit in eigenen Rechten geltend machen. Auch sie sind zur Teilnahme berechtigt. Die Frage ihrer Teilnahme sollte in keinem Falle problematisiert werden. Ebenso wie bei der Frage der Erörterung nicht rechtzeitig vorgebrachter Einwendungen sollte der Antragsteller eher auf eine gewisse Großzügigkeit eingestellt sein, um nicht unnötige Verfahrensdiskussionen – die im Termin manchmal zu Unsicherheiten führen können – hervorzurufen oder aber den Eindruck allzu starrer Verfahrenshandhabung zu schaffen.
- Die Antragsteller müssen darauf eingestellt sein, dass gerade institutionalisierte Einwender – wie beispielsweise Naturschutzverbände – nicht nur die Erörterung solcher Einwendungen begehren, die – wie § 14 Abs. 1 S. 1 9. BImSchV dies fordert – für die Prüfung der Genehmigungsvoraussetzung von Bedeutung sind. Institutionalisierte Einwender neigen dazu, Genehmigungsverfahren zur Darstellung gesellschaftspolitischer Veränderungswünsche zu nutzen. Auch hier gilt es, die notwendige Balance zwischen einem möglichst zügigen Erörterungstermin und der Vermeidung konfrontativer Strategien zu wahren.
- Aller Erfahrung nach prägen institutionalisierte Einwender das Bild von Erörterungsterminen mehr und mehr. Dies ungeachtet, nehmen gleichwohl auch Einwender am Termin teil, die tatsächlich keine gesellschaftspolitische Veränderung, sondern pragmatische Lösungsmöglichkeiten anstreben. Auf diese Einwender zielt das Bestreben, Akzeptanz zu gewinnen. Hierauf ist insbesondere zu achten, wenn es zur Erläuterung bestimmter sachlicher Genehmigungsvoraussetzungen durch Gutachter auf Antragstellerseite kommt: Die Erfahrung zeigt, dass allzu wissenschaftliche Formulierungen oftmals Unruhe hervorrufen. Gutachter sollten in der Lage sein, ihren Sachbeitrag klar, präzise und allgemeinverständlich zu formulieren.
- Am Erörterungstermin ist nicht nur die *Anhörungs- und/oder Genehmigungsbehörde*, sondern auch die jeweilige Fachbehörde beteiligt. Soweit dies technisch möglich ist, sollte der Antragsteller durch vorhergehende Abstimmungsrunden mit der Genehmigungsbehörde sicherstellen, dass auch tatsächlich die mit der Sache befassten Mitarbeiter zum konkreten Zeitpunkt der Erörterung anwesend sind. Zu achten ist auch darauf, dass durch Beiträge der Fachbehörde nicht ihrerseits neue Angriffspunkte geschaffen werden.
- Kommt es – was zur besseren Visualisierung und Darstellung durchaus anzuraten ist – zum Einsatz technischer Hilfsmittel (Overheadprojektor, Beamer), ist darauf zu achten, dass die Erläuterungen durch Gutachter in Kurzreferaten oder Stellungnahmen nicht dazu führen, dass bei der Präsentation neue Informationen, Grafiken, Charts oder Daten Eingang in den Vortrag finden, die in den Antragsunterlagen nicht enthalten sind oder über sie hinausgehen.

Bei der Einwanderseite führt dies oftmals zum Verlangen nach nochmaliger Offenlage und Beteiligung: Dies sollte im Interesse straffen Genehmigungsverfahren vermieden werden.

8. Zur Rolle des Vertragsrechts

Eine Rolle kann auch das Vertragsrecht spielen. Hier sind aber Grenzen zu beachten:

- **Einwirkungen des Vertragsrechts auf Belange**

Auf den Schutz öffentlicher Belange können Dritte nicht wirksam verzichten. Öffentliche Belange – wie der öffentliche Belang schädlicher Umwelteinwirkungen ebenso wie der (weitergehende) öffentlicher Belang gebotener Rücksichtnahme – sind privaten Verzichtserklärungen nicht zugänglich¹³. Öffentliche Belange können in ihrem Gewicht allerdings mittelbar beeinflusst werden. Denn öffentliche Belange setzen stets das Vorhandensein eines Schutzgutes voraus¹⁴. Auf dieses Schutzgut kann das Vertragsrecht Einfluss nehmen. Geht es etwa um die Frage, ob eine Belästigung im Sinne des § 3 Abs. 1 BImSchG *erheblich* ist, ist in diesem Zusammenhang ein vertraglich ausbedingener Verzicht von Einwendern durchaus beachtlich¹⁵. Vertragliche Bindungen und Duldungspflichten können zudem dinglich gesichert werden. Hat ein Eigentümer wegen der auf seinem Grundstück lastenden beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (§ 1090 BGB) die Immissionen eines benachbarten Betriebes zu dulden, so hindert ihn die Duldungspflicht, eine für diesen Betrieb erteilte Genehmigung unter Berufung auf immissionsbedingte Nachteile anzufechten¹⁶.

- **Vertragsrecht und Rechtsmittelrücknahme**

Keine Bedenken bestehen dagegen, vertraglich gegenüber Einwendern das Unterbleiben von Rechtsbehelfen oder die Rücknahme von Rechtsmitteln zu vereinbaren. Ein Vertrag, durch den ein betroffener Anwohner sich verpflichtet, seinen Rechtsbehelf gegen eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung gegen Zahlung eines Entgeltes zurückzunehmen, verstößt weder gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) noch ohne weiteres gegen die guten Sitten (§ 138 BGB)¹⁷.

¹³ BVerwG, U. v. 28.04.1978 – IV C 53.76 – zitiert nach Juris Rn. 30

¹⁴ BVerwG, a.a.O.

¹⁵ BVerwG, a.a.O., – LS 2 –; dem folgend Bodanowitz: NJW 1997, 2352; Jarass: Bundes-Immissionsschutzgesetz, 6. Auflage, 2005, § 3 Rdn. 61; einschränkend, Koch: GK § 3 Rn. 76

¹⁶ OVG Münster: NVwZ-RR 1989, 638

¹⁷ dazu ausführlich BGH: Urt. v. 11.12.1980 – III ZR 38/79, BGHZ 79, 131-145

- **Genehmigungsverfahren und städtebauliche Verträge**

§ 11 Abs.1 Satz 1 BauGB ermächtigt die Gemeinden zum Abschluss städtebaulicher Verträge. Gegenstand eines städtebaulichen Vertrages kann nach § 11 Abs.1 Satz 2 Nr. 3 BauGB die Übernahme von Kosten oder sonstigen Aufwendungen sein, die der Gemeinde für städtebauliche Maßnahmen entstehen oder entstanden sind und die Voraussetzung oder Folge des geplanten Vorhabens sind. Der Kosten- bzw. Kostenübernahmevertrag (Folgekostenvertrag) muss sich auf das beschränken, was von einem bestimmten Vorhaben an Folgen ausgelöst wird oder Voraussetzung für seine Verwirklichung ist. Die Wirksamkeit eines solchen Vertrages hängt davon ab, dass ein Kausalzusammenhang zwischen der städtebaulichen Maßnahme und dem Vorhaben besteht.¹⁸ In einem städtebaulichen Vertrag nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BauGB darf vereinbart werden, dass der Vertragspartner auch die verwaltungsinternen Kosten (Personal- und Sachkosten) zu tragen hat, die der städtebaulichen Planung einer Gemeinde zurechenbar sind. Ausgenommen hiervon sind Kosten für Aufgaben, die die Gemeinde nicht durch Dritte erledigen lassen dürfte, sondern durch eigenes Personal wahrnehmen muss.

¹⁸ BVerwG: U. v. 29.01.2009 – 4 C 15/07 – juris; U. v. 25.05.2005 – 4 C 15/04 – juris

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Immissionsschutz, Band 1

– **Planung, Genehmigung und Betrieb von Anlagen** –

Karl J. Thomé-Kozmiensky, Michael Hoppenberg

– Neuruppin: TK Verlag Karl Thomé-Kozmiensky, 2010

ISBN 978-3-935317-59-7

ISBN 978-3-935317-59-7 TK Verlag Karl Thomé-Kozmiensky

Copyright: Professor Dr.-Ing. habil. Dr. h. c. Karl J. Thomé-Kozmiensky

Alle Rechte vorbehalten

Verlag: TK Verlag Karl Thomé-Kozmiensky • Neuruppin 2010

Redaktion und Lektorat: Professor Dr.-Ing. habil. Dr. h. c. Karl J. Thomé-Kozmiensky,

Dipl.-Ing. Ernst Thomé, Elisabeth Thomé-Kozmiensky, M.Sc. und Dr.-Ing. Stephanie Thiel

Erfassung und Layout: Nicole Bäker, Janin Burbott, Petra Dittmann, GINETTE Teske

Druck: Mediengruppe Universal Grafische Betriebe München GmbH, München

Foto auf dem Buchdeckel: Nicole Bäker, Molchow

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, des Vortrags, der Entnahme von Abbildungen und Tabellen, der Funksendung, der Mikroverfilmung oder der Vervielfältigung auf anderen Wegen und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Eine Vervielfältigung dieses Werkes oder von Teilen dieses Werkes ist auch im Einzelfall nur in den Grenzen der gesetzlichen Bestimmungen des Urheberrechtsgesetzes der Bundesrepublik Deutschland vom 9. September 1965 in der jeweils geltenden Fassung zulässig. Sie ist grundsätzlich vergütungspflichtig. Zuwiderhandlungen unterliegen den Strafbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürfen.

Sollte in diesem Werk direkt oder indirekt auf Gesetze, Vorschriften oder Richtlinien, z.B. DIN, VDI, VDE, VGB Bezug genommen oder aus ihnen zitiert worden sein, so kann der Verlag keine Gewähr für Richtigkeit, Vollständigkeit oder Aktualität übernehmen. Es empfiehlt sich, gegebenenfalls für die eigenen Arbeiten die vollständigen Vorschriften oder Richtlinien in der jeweils gültigen Fassung hinzuzuziehen.