

Prof. Dr. iur. utr. et Dr. phil Jörg Berkemann
Richter am Bundesverwaltungsgericht i.R.
Universität Hamburg - Juristische Fakultät

Gutachterliche Stellungnahme

zur Beteiligung von Gemeinden im Regionalen Dialogforum (RDF) - Flughafen Frankfurt

(Main)

(Stand: Juli 2003)

| | |
|---|----|
| A. Ausgangssachverhalt | 3 |
| I. Sachlage | 3 |
| 1. Mediative Ausgangslage (Mediationspaket 2000) | 3 |
| 2. Planungsstand | 3 |
| 2.1 Landesentwicklungsplan Hessen 2000 (LEP) | 3 |
| 2.2 Regionalplan Südhessen 2000 | 4 |
| 2.3 Landesplanerische Beurteilung (Raumordnungsverfahren) | 5 |
| 3. Regionales Dialogforum (RDF) | 7 |
| 4. Stand der Planungen - Prozeßstände | 8 |
| 4.1 Landesentwicklungsplan Hessen 2000 | 8 |
| 4.2 Regionalplan Südhessen 2000 | 10 |
| 4.3 Flugrouten | 10 |
| 4.4 Luftverkehrsrechtliches Planfeststellungsverfahren | 11 |
| 4.5 Insbesondere: Nachtflugverbot | 12 |
| II. Gutachtenfrage | 14 |
| 1. Anlaß der Gutachtenfrage | 14 |
| 2. Inhalt des Gutachtenauftrages | 15 |
| B. Gutachterliche Stellungnahme | 16 |
| I. Rechtslage für einzelne Verfahren - Überblick | 16 |
| 1. Vielzahl von administrativen Verfahren | 16 |
| 2. Beteiligung: Landesentwicklungsplan Hessen | 19 |
| 3. Luftverkehrsrechtliche Zulassungsverfahren | 20 |
| 3.1 Genehmigungsverfahren (§ 6 LuftVG) | 21 |
| 3.2 Planfeststellungsverfahren (§§ 8, 10 LuftVG) | 22 |
| 3.2.1 Beteiligung: Gemeinde als Behörde | 23 |
| 3.2.2 Beteiligung: Gemeinde als Selbstverwaltungskörperschaft | 24 |

| | |
|--|----|
| 3.2.3 Beteiligung: Gemeinde als Grundstückseigentümerin | 24 |
| 4. Festlegung von Lärmschutzbereichen | 25 |
| 5. Flugrouten | 25 |
| 6. Betriebsgenehmigung - Nachtflugverbot | 26 |
| 7. Umweltverträglichkeitsprüfung | 27 |
| | |
| II. Nachteilige Auswirkungen durch Beteiligung am RDF | 27 |
| 1. Verwertung der "Arbeitsergebnisse" des RDF | 28 |
| 1.1 Die Auffassung des BUND | 28 |
| 1.2 Tatsächliche Verwertung von Mediationsergebnisse | 28 |
| 1.3 Begriff der "Arbeitsergebnisse" | 29 |
| 1.4 Kein verfahrensrechtliches Verwertungsverbot | 31 |
| 1.4.1 Empirische Erkenntnisse (Arbeitsergebnisse) | 31 |
| 1.4.2 Rechtliche Erkenntnisse (Arbeitsergebnisse) | 35 |
| 1.4.3 Eigenes Informationsverhalten im RDF | 36 |
| 2. Regionales Dialogforum als "Abwägungssubstitut"? | 36 |
| 2.1 Rechtsgrundlagen | 36 |
| 2.2 Regionales Dialogforum als "tatsächliches Abwägungssubstitut"? | 39 |
| 3. Beteiligung der Gemeinde am Regionalen Dialogforum | 40 |
| 3.1 Verlust von Rechtspositionen | 41 |
| 3.2 Annahme eines "Verzichts" | 41 |
| 3.2.1 Gegenstand eines Verzichts | 41 |
| 3.2.2 Rechtliche Voraussetzungen eines Verzichts | 42 |
| 3.2.3 "Unterliegen" der Gemeinde im Regionalen Dialogforum | 44 |
| 3.3 Annahme eines "Verwirkung" | 45 |
| 3.3.1 Verwirkung nach allgemeinen Grundsätzen | 45 |
| 3.3.1.1 Allgemeine Voraussetzungen einer Verwirkung | 45 |
| 3.3.1.2 Konkrete Feststellungen | 46 |
| 3.3.1.3 Venire contra factum proprium | 49 |
| 3.3.1.4 Exkurs: Beteiligung in der Fluglärnkommision | 50 |
| 3.3.2 Verwirkbarkeit öffentlich-rechtlicher Wahrnehmungsbefugnisse | 51 |
| 3.3.3. Zusammenfassendes Ergebnis | 53 |
| 4. Nichtbeteiligung der Gemeinde am Verwaltungsverfahren | 53 |
| 4.1 Verfahren mit Verwirkungspräklusion | 54 |
| 4.2 Verfahren ohne angeordnete Verwirkungspräklusion | 55 |
| | |
| III. Zusammenfassung und Empfehlungen | 57 |
| 1. Zusammenfassung der Ergebnisse | 57 |
| 2. Empfehlungen des Gutachters | 58 |
| 2.1 Konkrete Hinweise | 58 |
| 2.2 Formal offene Rechtslage | 61 |
| 3. Rechtliche oder taktische Folgen der Beteiligungsabstinenz | 62 |
| | |
| IV. Resümierende Bemerkung | 63 |

A.

I. Sachlage

1. Mediative Ausgangslage (Mediationspaket 2000)

(1) Zu Fragen des Ausbaus des Flughafens Frankfurt (M) fand im zeitlichen und sachlichen Vorfeld administrativer Entscheidungen ein Mediationsverfahren statt. Als dessen Ergebnis wurden Empfehlungen entwickelt (sog. Mediationspaket).¹ Diese enthalten als Gesamtpaket folgende als untrennbar miteinander verbunden angesehene Komponenten:

- * Optimierung des vorhandenen Systems
- * Kapazitätserweiterung durch Ausbau
- * Nachtflugverbot
- * Anti-Lärm-Paket
- * Regionales Dialogforum

2. Planungsstand

2.1 Landesentwicklungsplan Hessen 2000 (LEP)

(1) Der Landesentwicklungsplan Hessen 2000 (LEP) nimmt Bezug auf die Empfehlung der Mediationsgruppe.² Der Plan führt aus, daß das Mediationspaket Grundlage der politischen Debatte und Anknüpfungspunkt des gesetzlichen Prüfungs- und Entscheidungsprozesses sein werde (S.1, vgl. auch S.37 sub Nr.7.4).

(2) Der Landesentwicklungsplan Hessen 2000 (LEP) ist durch Rechtsverordnung vom 13. Dezember 2000 (GVBl. 2001 I S.2) festgestellt (vgl. oben). Die Rechtsverordnung ist am 9. Januar 2001 verkündet worden.³ Seine Rechtsgrundlage hat der Landesentwicklungsplan in § 5 Abs.4 des hessischen Landesplanungsgesetzes vom 29. November 1994 (GVBl I S.707).

¹ Bericht der Mediationsgruppe Flughafen Frankfurt a.M., 2. Aufl., 2000.

² Festgestellt durch Rechtsverordnung vom 13.12.2000 (GVBl. 2001 I S.2).

³ Vgl. allg. Wilfried Erbguth, Flughafenplanung in der Raumordnung, in: Hans-Joachim Koch (Hrsg.), Umweltprobleme des Luftverkehrs, 2003, S.81-96; Udo Steiner, Zur Standortfindung bei Verkehrsflughäfen, in: Planung - Recht - Rechtsschutz. Festschrift für Willi Blümel, 1999, S.549 ff.

Der Landesentwicklungsplan weist als Ziel der Raumordnung die Erweiterung des Flughafens Frankfurt (Main) über das bestehende Start- und Landebahnssystem aus. Für den Flughafen Frankfurt Main gibt der Plan unter Nr.7.4 (Luftverkehr - Grundsätze und Ziele) als Zielqualität (Z) im Sinne des Raumordnungsrechts an:

Der Flughafen Frankfurt/Main soll auch künftig den zu erwartenden Entwicklungen gerecht werden und seine Funktion als bedeutende Drehscheibe im internationalen Luftverkehr sowie als wesentliche Infrastruktureinrichtung für die Rhein-Main-Region erfüllen. Hierzu ist eine Erweiterung über das bestehende Start- und Landebahnssystem hinaus zu planen und zu realisieren. Die Verknüpfung mit dem Schienenfern- und -regionalverkehr ist auszubauen. Die Zusammenarbeit mit dem Flughafen Hahn in Rheinland-Pfalz ist zu vertiefen.

Bei der Erweiterung über das bestehende Start- und Landebahnssystem hinaus ist auf die Nachtruhe der Bevölkerung in besonderem Maße Rücksicht zu nehmen. Die verbindliche Festsetzung der Nachtflugbeschränkungen erfolgt im Verfahren nach dem Luftverkehrsgesetz.

Der Landesentwicklungsplan beschreibt seine Rechtswirkung dahin, daß er nur Bindungswirkung gegenüber den Behörden des Bundes und des Landes sowie gegenüber der Regionalplanung auslöse (S.3). Von der im Raumordnungsgesetz (ROG) vorgesehenen Bindung gegenüber den Kommunen habe der Landesgesetzgeber keinen Gebrauch gemacht. Er habe es dabei belassen, nur die Fachbehörden und die Regionalplanung zu binden.

2.2 Regionalplan Südhessen 2000

(1) Die Regionalversammlung Südhessen beschloß am 19. Dezember 1999 den Regionalplan Südhessen 2000 (RPS). Der Plan wurde durch die Hessische Landesregierung am 14. November 2000 genehmigt. Das Regierungspräsidium Darmstadt machte den Plan mit Verfügung vom 22. Dezember 2000 im Staatsanzeiger 6/2001 am 5. Februar 2001 bekannt. Die Genehmigung beruht auf § 8 Abs.1 des Hessischen Landesplanungsgesetzes (HLPG) in der Fassung vom 29. November 1994 (GVBl. I S. 707).⁴ Hinsichtlich des Luftverkehrs trifft der Regionalplan keine Festlegungen mit raumordnungsrechtlicher Zielqualität. Nr.7.4 RPS enthält folgenden Text:

7.4-1 Zur Sicherung der internationalen Anbindungsqualität der Rhein-Main-Region ist der Flughafen Frankfurt/Main in seiner Bedeutung als internationaler Großflughafen zu erhalten und zu stärken. Die genaue planerische Aussage für die erforderlichen Schritte und Maßnahmen lässt sich zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht treffen. Dies ist erst nach Abschluß des Mediationsverfahrens und der nachfolgenden Entscheidung der Hessischen Landesregierung und des Hessischen Land-

⁴ Hinweis: Aufgehoben durch § 26 des Hessischen Landesplanungsgesetzes (HLPG) vom 6.9.2002 (GVBl. I S. 548).

tages möglich. Eine eventuelle Kapazitätserweiterung des bestehenden Start- und Landebahnsystems für den Flughafen Frankfurt/Main setzt ein Raumordnungsverfahren voraus. Darin ist die Vereinbarkeit einer eventuellen Erweiterung mit den Erfordernissen der Raumordnung zu prüfen. Sollten sich daraus Siedlungs- und sonstige Flächenrestriktionen ergeben, sind diese im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang in einem Änderungsverfahren zum Regionalplan zu bearbeiten und verbindlich festzustellen. ...

...

Begründung zu 7.4

Eine hinreichend konkrete und begründete planerische Aussage zum Flughafen Frankfurt/Main lässt sich zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht treffen. Insofern ist planerisch von der im Zeitpunkt des beschlossenen Planentwurfs vorliegenden Kapazitätsprognose auszugehen (430.000 Flugbewegungen pro Jahr gemäß Generalausbauplan der FAG 1995). Die Planaussagen geben vorsorgend allen Möglichkeiten einer Weiterentwicklung des Flughafens Raum.

Der Regionalplan Südhessen 2000 enthält unter Nr.5.2-2 Zielvorgaben hinsichtlich Lärmeinwirkungen. Danach bedarf es bei einer eventuellen Kapazitätserweiterung des Start- und Landebahnsystems für den Flughafen Frankfurt/Main und/oder einer Erhöhung der Zahl der Flugbewegungen eines Änderungsverfahrens zum Regionalplan, in dem der Siedlungsbeschränkungsbereich neu festgestellt wird.

(2) Die Genehmigung des Regionalplans Südhessen 2000 durch die Hessische Landesregierung enthält folgenden als "Auflage" bezeichneten Zusatz:

Der Regionalplan Südhessen wird mit folgender Auflage versehen. "Gemäß Ziffer 7.4-1 wird der erforderliche Ausbau des Flughafens Frankfurt/Main in einem Änderungsverfahren zum Regionalplan erarbeitet und verbindlich festgelegt. Dabei sind die Vorgaben des Landesentwicklungsplans Hessen 2000 zu beachten": [Es folgt nachrichtlich der Text der oben wiedergegebenen Nr. 7.4 LEP.].

2.3 Landesplanerische Beurteilung (Raumordnungsverfahren)

(1) Die Fraport AG Frankfurt Airport Service Worldwide (FAG) hat mit Schreiben vom 8. Februar 2000 beim Hessischen Ministerium für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung gemäß § 45 Abs.2 LuftVZO die von ihr beabsichtigte bauliche und betriebliche Erweiterung des Flughafens Frankfurt/Main angezeigt.

Das Ministerium unterrichtete die FAG mit Bescheiden vom 10. April 2000 und vom 20. September 2000 dahin, daß nach Maßgabe des Hessischen Landesplanungsgesetzes ein Raumordnungsverfahren notwendig und das Vorhaben für alle Standortalternativen einer Umweltverträglichkeitsprüfung (raumordnerische UVP) zu unterziehen sei. Das Regierungspräsidium Darmstadt leitete mit öffentlicher Bekanntmachung im Staatsanzeiger vom 22. Oktober 2001 (StAnz.43/2001 S.3693) das Raumordnungsverfahren für den Ausbau des Flughafens Frankfurt/Main ein.⁵ Am Raumordnungsverfahren waren auch alle Kommunen beteiligt, die Repräsentanten in das Regionale Dialogforum entsandt hatten.

(2) Das Raumordnungsverfahren wurde mit der Landesplanerischen Beurteilung vom 10. Juni 2002 abgeschlossen. Drei von der FAG eingeführte Ausbauvarianten wurden auf ihre Raumverträglichkeit überprüft. Die sog. Südvariante wurde dabei als ungeeignet beurteilt. Die sog. Nordwestvariante wurde aufgrund der insgesamt geringeren zusätzlichen und gesamten Lärmauswirkungen der sog. Nordostvariante vorgezogen. Der Raumverträglichkeitsprüfung lag die Annahme zugrunde, daß keine planmäßigen Flugbewegungen in der Zeit von 23.00 bis 5.00 Uhr stattfinden. Im Raumordnungsverfahren wurde zudem eine sog. reduzierte Umweltverträglichkeitsprüfung vorgenommen.

Die Landesplanerische Beurteilung enthält zahlreiche Anforderungen an weitere Nachweise im luftverkehrsrechtlichen Planfeststellungsverfahren. Danach kann die Raumverträglichkeit hergestellt werden, wenn angegebene Bedingungen und aufgeführte Maßgaben erfüllt werden (Maßgaben Nr.II Nr.5):

Durch geeignete Maßnahmen ist sicherzustellen, daß die Lärmbelastung der Bevölkerung minimiert wird. Hierbei sind außer der Wohnbevölkerung auch besonders schutzbedürftige Bevölkerungsgruppen, die Beschäftigten, sowie Frei- und Erholungsräume zu berücksichtigen. Dem Schutz der Nachtruhe ist besonderes Gewicht beizumessen. Darüber hinaus sind alle möglichen Maßnahmen des aktiven und passiven Schallschutzes in die Überlegungen einzubeziehen; hierzu gehören unter anderem das "kontinuierliche Sinkflugverfahren (continuous descent approach)", eine Lärmkontingentierung und eine Beschränkung der Flugbewegungszahl sowie die sonstigen im "Anti-Lärm-Pakt" der Mediation enthaltenen Maßgaben.

Die Landesplanerische Beurteilung enthält ferner Hinweise für das nachfolgende Zulassungsverfahren. Ergänzt wird die Landesplanerische Beurteilung durch das Ergebnis der Verträglichkeitsprüfung nach Maßgabe des gemeinschaftsrechtlichen Habitatschutzrechtes.

⁵ Zum Raumordnungsverfahren vgl. Udo Steiner, Zur Standortfindung bei Verkehrsflughäfen, in: Festschrift für Willi Blümel, 1999, S.549

3. Regionales Dialogforum (RDF)

(1) Das Regionale Dialogforum beruht auf einem Beschluß der Hessischen Landesregierung vom 29. Juni 2000. Das Dialogforum soll in mediativer Weise **parallel** zu politischen Entscheidungsprozessen und dem gesetzlich vorgeschriebenen administrativen Verwaltungsweg ablaufen. Als derartige Verfahren wird auf das Raumordnungsverfahren und das Planfeststellungsverfahren verwiesen. Nach seinem Selbstverständnis ist das Regionale Dialogforum kein Entscheidungsgremium, sondern ein Beratungsgremium mit empfehlendem Charakter.

Die gesetzlich vorgeschriebenen Verwaltungsverfahren werden als nicht disponibel bezeichnet. Der Aufgabenbereich und die Handlungsfelder, welche dem Regionalen Dialogforum durch Beschluß der Hessischen Landesregierung thematisch zugewiesen worden sind, gehen teilweise über den Inhalt des sog. Mediationspaketes hinaus oder konkretisieren dieses.

(2) Das Regionale Dialogforum setzt sich weitestgehend nach Vorgaben der Hessischen Landesregierung aus einem interessenbezogenen Teilnehmerkreis zusammen. Das Dialogforum hat 31 Mitglieder. Darunter benennen und "entsenden" 13 Kommunen, nämlich Darmstadt, Dreieich, Frankfurt, Flörsheim, Hattersheim, Hochheim, Kelsterbach, Mainz, Mörfelden-Walldorf, Neu-Isenburg, Offenbach, Raunheim und Rüsselsheim, Mitglieder in das Regionale Dialogforum. Die Teilnahme ist sowohl persönlich wahrzunehmen als auch institutionell rückgebunden. Die Mitglieder des Regionalen Dialogforum werden durch den Ministerpräsidenten des Landes Hessen berufen.

(3) Das Regionale Dialogforum hat sich am 20. Oktober 2000 eine Geschäftsordnung gegeben. In dieser heißt es u.a.:

Abschn. II

3. Die Mitglieder des Regionalen Dialogforums sind zu einem differenzierten Umgang mit Transparenz und Vertraulichkeit verpflichtet.
- Sie haben ihre entsendende Institution zu informieren und sich mit dieser rückzukopeln. Über den Ablauf der Verhandlungen und die Beiträge einzelner Mitglieder in den Verhandlungen ist Vertraulichkeit zu wahren.

Abschnitt IV

1. Die Mitgliedschaft in dem Regionalen Dialogforum mit ihren Rechten und Pflichten wird grundsätzlich persönlich wahrgenommen.

2. Für jedes Mitglied des Regionalen Dialogforums kann ein persönlicher Stellvertreter benannt werden. Die Stellvertreter sollten nur in dringenden Fällen entsandt werden.

(4) Das Regionale Dialogforum äußert sich durch Vorschläge. Deren Adressat können die Genehmigungsbehörde, das Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen (BMVBW), die Fraport AG Frankfurt Airport Service Worldwide (FAG), die Deutsche Flugsicherung GmbH (DFS) und die Luftverkehrsgesellschaften sein. Die Hessische Landesregierung kann das Regionale Dialogforum um Vorschläge bitten. Für die Erledigung der Aufgaben gilt im übrigen der Grundsatz der Selbstorganisation.

Nach dem Selbstverständnis des Regionalen Dialogforums soll die äußere "Verbindlichkeit" der Beschlüsse oder Empfehlungen sich danach richten, mit welchem Grad an Konsens sie gefaßt wurden. Ein entsprechendes förmliches Quorum findet sich in der Geschäftsordnung des Regionalen Dialogforums dazu nicht.

4. Stand der Planungen - Prozeßstände

Der Stand der gesetzlich vorgesehenen und/oder möglichen administrativen Verfahren, welche nach ihrer Zielsetzung auch Gegenstände des sog. Mediationspaketes oder des Regionalen Dialogforums betreffen oder berühren, ist unterschiedlich. Im einzelnen ergibt sich derzeit (Juli 2003):

4.1 Landesentwicklungsplan Hessen 2000

(1) Mehrere Kommunen haben Nr.7.4 LEP im Verfahren der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle nach § 47 VwGO angegriffen. Der VGH Kassel hat mit Urteil vom 16. August 2002 - 4 N 87/02 - der Klage der Stadt Kelsterbach stattgeben und Nr.7.4 LEP teilweise für nichtig erklärt. Die Entscheidungsformel des Gerichtes lautet:

Der Landesentwicklungsplan Hessen 2000 ist nichtig, soweit er unter Nr.1.2. folgenden Satz enthält: "Deshalb hat der Landesgesetzgeber auch von der im ROG vorgesehenen Bindungswirkung gegenüber den Kommunen keinen Gebrauch gemacht und es dabei belassen, mit den Vorgaben des Landesentwicklungsplans nur die Fachbehörden und die Regionalplanung zu binden" und soweit er unter Nr.7.4. folgenden Satz enthält:

"Hierzu ist eine Erweiterung über das bestehende Start- und Landebahnssystem hinaus zu planen und zu realisieren".

Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

Die Entscheidung ist rechtskräftig. Dem Vernehmen nach arbeitet die Hessische Landesregierung gegenwärtig an einer Änderung des Landesentwicklungsplanes. Ob und ggf. in welcher Weise die klagenden oder andere Kommunen an der Änderung des Landesentwicklungsplanes beteiligt werden, ist dem Gutachter nicht bekannt.

(2) Nach der im Schrifttum wohl "noch" überwiegenden Auffassung kann die planfeststellende Behörde Ziele der Raumordnung im Rahmen der Abwägung mit anderen Belangen "überwinden".⁶ Nach anderer Ansicht sollen Ziele in einem Landesentwicklungsprogramm oder in einem Regionalplan "abwägungsfest" und damit für die planfeststellende Behörde verbindlich sein.⁷ Es spricht einiges dafür, daß frühere Meinungen im Hinblick auf die nunmehr in § 3 Nr.2 ROG 1998 dezidiert normierte Regelung überholt sind.⁸ Nach dem gegenwärtigen Rechtszustand gibt es hinsichtlich der Erweiterung des Flughafens Frankfurt/Main derzeit keine gemäß § 4 Abs.1 ROG in Verb. mit § 3 Nr.2 ROG bindende landesplanerische Zielvorgabe. Das Urteil des VGH Kassel vom 16. August 2002 - 4 N 87/02 - ist gemäß § 47 Abs.5 Satz 2 Halbs.2 VwGO allgemeinverbindlich.

Unverändert wird allerdings die Auffassung vertreten, daß die in § 6 Abs.2 Satz 1 LuftVG enthaltene Raumordnungsklausel als *lex specialis* die strikte Bindungswirkung des § 4 Abs.1 Satz 1 ROG relativiert.⁹ Das erscheint indes zweifelhaft. § 6 Abs.2 Satz 1 LuftVG spricht aus, daß § 4 Abs.1 bis 4 ROG 1998 "unberührt" bleibt. Das bedeutet in juristischer Sprache, daß die in Bezug genommenen Vorschriften gelten und damit auch die in § 4 Abs.1 Satz 1 ROG angeordnete Beachtungspflicht hinsichtlich der festgelegten "Ziele der Raumordnung". Die Raumordnungsklausel des § 6 Abs.2 Satz 1 LuftVG hat mithin ihre "erinnernde" Bedeutung hinsichtlich der Grundsätze und sonstigen Erfordernisse der Raumordnung.

⁶ So Max Hofmann/Edwin Grabherr, Luftverkehrsgesetz. Kommentar, Stand: Aug. 2001, § 6 Rn.43 m.w.N. aus der Rechtsprechung.

⁷ So VGH, Urteil vom 10.5.1996 - 20 B 95.3692 u.a. - UPR 1996, 360 (L), nachgehend BVerwG, Beschluß vom 7.11.1996 - 4 B 170.96-Buchholz 442.40 § 8 LuftVG Nr.13 = NVwZ-RR 1997, 523 (dort aus prozessualen Gründen unentschieden).

⁸ Vgl. dazu auch Reinhard Sparwasser/Andreas Voßkuhle, Rechtsgutachten über Rechtliche Fragestellungen zur Umsetzung eines "Nachtflugverbots", vorgelegt für das Regionale Dialogforum am Flughafen Frankfurt, Aug. 2002, S.303, 344; Volker Gronefeld, Rechtliche Stellungnahme zu dem Rechtsgutachten über Rechtliche Fragestellungen zur Umsetzung eines "Nachtflugverbots", erstattet zum Zweck der Qualitätssicherung im Auftrag des Regionalen Dialogforums Flughafen Frankfurt, vom 28.11.2002, S.39; vgl. auch Wilfried Erbguth, Luftverkehr und Raumordnung - am Beispiel der Flughafenplanung, in: NVwZ 2003, 144-148.

⁹ So Reinhard Sparwasser/Andreas Voßkuhle, (Fußn. 8), S. 345; ebenso - bemerkenswert übereinstimmend - die Qualitätssicherung nach Klaus-Martin Groth/Volker Gronefeld, Rechtliche Stellungnahme zu dem Rechtsgutachten über Rechtliche Fragestellungen zur Umsetzung eines "Nachtflugverbots", erstattet zum Zweck der Qualitätssicherung im Auftrag des Regionalen Dialogforums Flughafen Frankfurt, vom 28.11.2002, S.81/82. Hinzuweisen ist allerdings darauf, daß der Landesentwicklungsplan Hessen 2000 hinsichtlich des Nachtfluges sich einer Zielfestlegung enthält.

4.2 Regionalplan Südhessen 2000

(1) Mehrere Kommunen haben im Verfahren der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle nach § 47 VwGO Nr.7.4-1 des Regionalplans Südhessen 2000 einschließlich Nr.3 des Genehmigungsbeschlusses der Landesregierung angegriffen. Der VGH Kassel hat mit Urteil vom 16. August 2002 - 4 N 3272/01 - die Klage der Stadt Offenbach als im Normenkontrollverfahren nicht statthaft abgewiesen. Nach Ansicht des VGH Kassel ist ein Regionalplan nach hessischem Landesplanungsrecht kein zulässiger Gegenstand der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle.

(2) Das Bundesverwaltungsgericht hat auf Beschwerde der Kommune die Revision zugelassen (Verfahren BVerwG 4 CN 5.03). Die vom VGH Kassel als zulässig angenommene Feststellungsklage haben die klagenden Kommunen - soweit dem Gutachter bekannt - bislang nicht erhoben.

4.3 Flugrouten

(1) Das Luftfahrt-Bundesamt kann durch Rechtsverordnung gemäß § 27 a Abs.2 LuftVO die An- und Abflugstrecken zu und von Flugplätzen festlegen. Gegen die Festlegung können nach neuerer Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts betroffene Flughafenumwohner Rechtsschutz im Wege der Feststellungsklage erlangen.¹⁰

Ob dieser Weg auch Gemeinden im Hinblick auf ihre kommunale Planungshoheit offen steht, hat das BVerwG bislang nicht entschieden. Allerdings sind die Gemeinden vor Festlegung der Flugrouten zu unterrichten. Es ist ihnen Gelegenheit zu geben, zu den beabsichtigten Regelungen unter dem Gesichtspunkt ihrer kommunalen Entwicklungsinteressen und der sonstigen örtlichen Belange Stellung zu nehmen.¹¹ Das Land Hessen praktiziert insoweit wohl ein an § 28 VwVfG angelehntes Anhörungsverfahren.

¹⁰ Vgl. BVerwG, Urteil vom 28.6.2000 - 11 C 13.99 - BVerwGE 111, 276 = NJW 2000, 3584 = DVBl 2000, 1858 - Flughafen Köln/Bonn mit Anm. Alexander Kukuk, in: NVwZ 2001, 408-410; Detlef Czybulka, in: ZUR 2001, 268-271; Hans-Heinrich Rupp, Fluglärm: Rechtsschutz gegen die Festlegung von An- und Abflugwegen von und zu Flughäfen durch das Luftfahrt-Bundesamt, in: NVwZ 2002, 286-290; ebenso VGH Mannheim, Urteil vom 22.3.2002 - 8 S 1271/01 - DVBl 2002, 1129 = ZUR 2002, 415 - Warteverfahren Rilax; BVerfG [Kammer], Beschluß vom 2.4.1997 - 1 BvR 446/96 - NVwZ 1998, 169 = ZLW 1997, 376. Der VGH Kassel hat sich mit Urteil vom 11.2.2003 - 2 A 1569/01 (Taunusrouten) dieser Ansicht angeschlossen. Vgl. allg. Detlef Czybulka, Festlegung von Flugrouten und Flughafenplanung, in: Jan Ziekow (Hrsg.), Flughafenplanung - Planfeststellungsverfahren - Anforderungen an die Planungsentscheidung, 2002; Richard Pfaff/Torsten Heilshorn, Rechtsschutz der Gemeinden gegen Flugrouten des Luftverkehrs, in: BWGZ 2002, 514-517; Peter Wysk, Rechtsschutz für Kommunen, Verbände und Drittbetroffene, in: Hans-Joachim Koch (Hrsg.), Umweltprobleme des Luftverkehrsrechts, 2003, S.271-301.

¹¹ BVerfG, Beschluß vom 7.10.1980 - 2 BvR 584/76 - BVerfGE 56, 298 = NJW 1981, 1659 = DVBl 1981, 535; ebenso VGH Mannheim, Urteil vom 22.3.2002 - 8 S 1271/01 - DVBl 2002, 1129 = ZUR 2002, 415 - Warteverfahren Rilax.

(2) Gegen die Neuordnung der An- und Abflugverfahren zum und vom Flughafen Frankfurt/Main mit Wirkung vom 19. April 2001 haben sieben Kommunen (Bad Soden, Eppstein, Kelkheim, Königsstein, Glashütten, Schmitten und Niedernhausen) und mehrere Bürger Feststellungsklagen erhoben. Diesen hat der VGH Kassel mit Urteilen vom 11. Februar 2003 teilweise stattgegeben. Die Klagen der Stadt Bad Soden und Stadt Königsstein wurden in vollem Umfange abgewiesen. Die Entscheidungsformel des Gerichtes hinsichtlich der Klage der Bürger lautet (Verfahren 2 A 1569/01):¹²

§ 3 Abs.2 Nrn.1 und 3 der 13. Änderungsverordnung vom 13. März 2001 zu der 177. Durchführungsverordnung Luftverkehrs-Ordnung vom 28. Februar 1997 in der Fassung des § 4 Abs.2 Nrn.1 und 3 der 212. Durchführungsverordnung Luftverkehrs-Ordnung vom 13. November 2002 verletzt, soweit er die Flugverfahren ARP 9G, 2F und 3J, WRB 1G, 2Fund 3J, sowie SUGIT 2G, 2F und 2J festsetzt, die Kläger mit der Maßgabe in ihren Rechten, daß sie die Nutzung dieser Verfahren nach Ablauf von drei Monaten nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils nicht zu dulden haben.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die beklagte Bundesrepublik Deutschland und die beigeladene Fraport AG haben gegen die Nichtzulassung der Revision gemäß §§ 133, 132 VwGO Beschwerde eingelegt. Über diese ist bislang nicht entschieden (Verfahren BVerwG 4 B 40.03 und 4 B 41.03).

4.4 Luftverkehrsrechtliches Planfeststellungsverfahren

(1) Ein Planfeststellungsverfahren nach §§ 8, 10 LuftVG in der Fassung des Gesetzes vom 27. Juli 2001 (BGBl. I S. 1950) hat bislang nicht stattgefunden. Ein Antrag der FAG als Vorhabenträgerin liegt derzeit nicht vor. Dem Vernehmen nach beabsichtigt die FAG im Jahre 2003 einen entsprechenden Antrag zu stellen.

(2) Die FAG beantragte, ihr eine ökologische Bestandsaufnahme auf den für die Erweiterung des Flughafens in Aussicht genommenen Grundstücken gemäß § 7 Abs.1 LuftVG zu gestatten. Dem Antrag wurde mit Bescheid vom 9. März 2001 stattgegeben. Den Antrag zweier Kommunen auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage wies der VGH Kassel mit Beschluß vom 12. Juli 2001 - 2 Q 8777/01 - als unbegründet ab.¹³ Im Hauptsacheverfahren hat der VGH Kassel die Klage abgewiesen (Verfahren 2 A 246/02). Das BVerwG

¹² Die Entscheidungsformel im Verfahren 2 A 1062/01 (Klageverfahren der Kommunen) lautet entsprechend, soweit der Klage stattgegeben wurde.

¹³ DVBl 2001, 1863 = ESVGH 52, 63 (L) = NVwZ 2002, 231 (L), mit Anm. von Markus Deutsch, in: DVBl 2001, 1868-1872.

hat die Revision zur Klärung der Frage zugelassen, ob es § 7 Abs.1 LuftVG zulasse, dem Antragsteller nicht nur die zur Vorbereitung seines Antrages erforderlichen Vorarbeiten, sondern auch das vom Eigentümer zu duldende Betreten fremder Grundstücke zu diesem Zweck zu gestatten (Verfahren BVerwG 9 B 79.02 = 9 C 8.03).

(3) Das Regierungspräsidium Darmstadt hat im April 2003 einen Termin zum sog. Scoping gemäß § 5 UVPG bestimmt. Die betroffenen Kommunen waren dazu eingeladen. Die Kommunen haben in dem Termin u.a. gerügt, das Regierungspräsidium Darmstadt sei für die Durchführung des Scoping-Verfahrens unzuständig.

4.5 Insbesondere: Nachtflugverbot¹⁴

(1) Rechtsgrundlage für ein Nachtflugverbot oder die Einschränkung des Nachtfluges ist zum einen § 6 Abs.2 Satz 3 LuftVG (Genehmigungsfall).¹⁵ Eine Neubestimmung des Nachtflugbetriebes erfordert im Regelfall eine planerische Entscheidung.¹⁶ Auch § 8 Abs.1 LuftVG ist zum anderen eine geeignete Rechtsgrundlage (Planfeststellungsfall).¹⁷ Mögliche Vorgaben des Internationalen Rechts bleiben hier unberücksichtigt.

Die Planfeststellungsbehörde hat zunächst abwägend darüber zu befinden, ob sie nicht selbst im Rahmen ihrer Gestaltungsmöglichkeiten nach § 8 LuftVG die ihr aufgebene Problembewältigung im erforderlichen Umfang zu leisten vermag. Daraus folgt, daß auch betriebliche Regelungen Gegenstand der Planfeststellung sein können (vgl. § 8 Abs. 4 LuftVG n.F.). Als ein Mittel zur Bewältigung der anstehenden Lärmprobleme gibt § 9 Abs. 2 LuftVG der Planfeststellungsbehörde die rechtliche Grundlage, mit der Verpflichtung eines Dritten, also etwa des Vorhabenträgers, das Ziel einer umfassenden und gerechten planerischen Abwägung zu erreichen.¹⁸ Allerdings ist bislang die Kernfrage des fachplanungsrechtlichen Lärmschutzes

¹⁴ Vgl. dazu umfassend Stephan Hobe/Wilhelm Stoffel/Reinhard Sparwasser/Andreas Voßkuhle, Rechtsgutachten über Rechtliche Fragestellungen zur Umsetzung eines "Nachtflugverbots", vorgelegt für das Regionale Dialogforum am Flughafen Frankfurt, Aug. 2002; ferner Klaus-Martin Groth/Volker Gronefeld, (Fußn. 9).

¹⁵ BVerwG, Urteil vom 29.1.1991 - 4 C 51.89 - BVerwGE 87, 332 = NVwZ-RR 1991, 601 = DVBl 1991, 1143 - Flughafen München II; Gerichtsbescheid vom 21.5.1997 - 11 C 1.97 - Buchholz 442.40 § 6 LuftVG Nr.27 = NVwZ-RR 1998, 22 - Flughafen Köln/Bonn; ebenso BVerwG, Beschluß vom 20.2.1998 - 11 B 37.97 - Buchholz 442.40 § 6 LuftVG Nr.29 = NVwZ 1998, 850 - Flughafen Hannover.

¹⁶ Vgl. BVerwG, Beschluß vom 7.11.1996 - 4 B 170.96 - Buchholz 442.40 § 8 LuftVG Nr.13 = NVwZ-RR 1997, 523 = DVBl 1997, 435 zur Änderungsgenehmigung.

¹⁷ BVerwG, Urteil vom 27.10.1998 - 11 A 1.97 - BVerwGE 107, 313 = NVwZ 1999, 644 = DVBl 1999, 854 - Flughafen Erfurt; Urteil vom 29.1.1991 - 4 C 51.98 - BVerwGE 87, 332 = NVwZ-RR 1991, 601 = DVBl 1991, 1143 - Flughafen München II.

¹⁸ BVerwG, Urteil vom 29.1.1991 - 4 C 51.98 - BVerwGE 87, 332 [342] - NVwZ-RR 1991, 601 = DVBl 1991, 1143 - Flughafen München II; Urteil vom 27.10.1998 - 11 A 1.97 - BVerwGE 107, 313 = NVwZ 1999, 644 = DVBl 1999, 854 - Flughafen Erfurt; OVG Koblenz, Urteil vom 26.9.2000 - 7 C 10088/99 - DVBl 2001, 408 (L) - nachgehend BVerwG, Urteil vom 11.7.2001 - 11 C 14.00 - BVerwGE 114, 364 = NVwZ 2002, 350 = DVBl 2001, 1848 - NATO-Reserveflugplatz Bitburg; OVG Koblenz, Urteil vom 1.7.1997 - 7 C 11843/93 OVG - NVwZ-RR 1998, 225 (L) - Militärflugplatz Hahn; vgl. auch Martin Hermann, Schutz vor Lärm bei der Planung von Verkehrsflughäfen im

nicht beantwortet, welche Lärmwerte zu näheren Bestimmung dessen anzusetzen sind, was nach Maßgabe des § 9 Abs.2 LuftVG zur Vermeidung von Gefahren und Nachteilen "notwendig" ist. Es fehlen einheitliche, normativ verbindliche und subsumtionsfähige Standards.¹⁹ Erörtert wird in diesem Zusammenhang, ob den im Planfeststellungsbeschluß angeordneten Nachtflugbeschränkungen eine "Öffnungsklausel" für ein örtliches Listenverfahren hinzugefügt werden kann. Damit soll ein Anreiz für die Entwicklung und den Einsatz besonders lärmarmen Flugzeugtypen geschaffen werden. Das BVerwG hat diese Frage bislang offen gelassen.²⁰

Eine weitere rechtliche Möglichkeit der Steuerung der durch Nachtflug ausgelösten Lärmauswirkungen bietet die Betriebsgenehmigung (vgl. unten S. 26).²¹ Diese kann auch geändert werden. Dazu kann auch die sog. "Bonusliste" des Bundesministeriums für Verkehr berücksichtigt werden.²² Die Schwierigkeiten der Bewältigung der "Nachtflugfrage" liegen nicht zuletzt auch im empirischen Bereich. Die Grenzen der Gesundheitsschädigung oder nur der Gesundheitsgefährdung einerseits und die Abgrenzung nur "bloßen" und nicht mehr zumutbaren Belästigung andererseits sind problematisch.²³ Gefordert wird eine rechtliche Regelung durch eine immissionsschutzrechtliche Fluglärmschutzverordnung.²⁴ Nur die als geringfügig einzustufende Lärmbeeinträchtigung ist abwägungsirrelevant.²⁵ Die Kontingentierung von Fluglärm kann nach allgemeiner Ansicht nur im Planfeststellungsbeschluß festgelegt werden.²⁶ Über die logistischen und wirtschaftlichen Auswirkungen eines Nachtflugverbotes

Lichte des Verfassungsrechts. Zur Auslegung des § 9 Abs.2 LuftVG, 1994; allg. Johannes Dreier, Die normative Steuerung der planerischen Abwägung, 1995.

¹⁹ Vgl. Jörg Berkemann, Fluglärm - Offene, aber zu lösende Rechtsfragen, in: ZUR 2002, 202 ff.; ders., Verfassungsrechtlicher Schutzanspruch der Bürger versus Förderung des Luftverkehrs und Notwendigkeit der Verteidigung, in: ZfL 48 (2001), S. 134 ff. [141].

²⁰ BVerwG, Urteil vom 27.10.1998 - 11 A 1.97 - BVerwGE 107, 313 = NVwZ 1999, 644 - DVBl 1999, 854 - Flughafen Erfurt.

²¹ Peter Wysk, Ausgewählte Probleme zum Rechtsschutz gegen Fluglärm, in: ZLW 1998, 18-34.

²² Vgl. Markus Geisler, Die "Bonusliste" des Bundesministeriums für Verkehr als Grundlage für Nachtflugbeschränkungen auf deutschen Verkehrsflughäfen?, in: ZLW 1997, 307-319.

²³ Vgl. dazu u.a. Günter Halama/Bernhard Stüer, Lärmschutz in der Planung, in: NVwZ 2003, 137 ff.; Klaus-Peter Dolde, Rechtliche Aspekte des Fluglärmschutzes, in: in: Jan Ziekow (Hrsg.), Bewertung von Fluglärm - Regionalplanung - Planfeststellungsverfahren, 2003, S. 37-57; RSU, Umweltgutachten 2002, in: BTags-Dr. 14/8792 S.32 f., 271 ff.; Christian Maschke/Karl Hecht/Ute Wolf, Nächtliches Erwachen durch Fluglärm, in: Bundesgesundheitsblatt 2001, 1001 ff.; Jens Ortscheid/Heidemarie Wende, Fluglärmwirkungen, in: Umweltbundesamt Berlin, 2000, S. 1 ff., 31 f.; dies., Lärm - Erfassung und Bewertung, in: ZUR 2002, 185-189; dies., Fluglärm: Schutzziele aus der Sicht des Umweltbundesamtes, in: Jan Ziekow (Hrsg.), Bewertung von Fluglärm - Regionalplanung - Planfeststellungsverfahren, 2003, S. 9-26; S. Franke, Lärmgrenzwerte für die Planung von Verkehrsflughäfen, Diss. Würzburg, 2002; Barbara Griefahn/Gerd Jansen/Klaus Scheuch/Manfred Spreng, Erarbeitung von Fluglärmkriterien für ein Schutzkonzept bei wesentlichen Änderungen oder Neuanlagen von Flughäfen/Flugplätzen, Frankfurt am Main, 2002, vgl. dies., in: ZfL 2002, 171 ff.; Christian Maschke/Karl Hecht, Fluglärm und Gesundheitsbeeinträchtigung, in: Hans-Joachim Koch (Hrsg.), Umweltprobleme des Luftverkehrs, 2003, S. 21-43.

²⁴ Helmuth Schulze-Fielitz, Schutz vor Fluglärm ohne Fluglärmschutzverordnung?, in: Hans-Joachim Koch (Hrsg.), Umweltprobleme des Luftverkehrs, 2003, S.145-174.

²⁵ Vgl. BVerwG, Beschluß vom 5.10.1990 - 4 B 249.89 - Buchholz 442.40 § 9 LuftVG Nr.6 = NVwZ-RR 1991, 118 [125 f.] - Flughafen Stuttgart; Beschluß vom 5.10.1990 - 4 CB 1.90 - Buchholz 442.40 § 8 LuftVG Nr.10 = NVwZ-RR 1991, 129 [132] - Flughafen Stuttgart; BVerwG, Urteil vom 29.1.1991 - 4 C 51.89 - BVerwGE 87, 332 [341 f.] = NVwZ-RR 1991, 601 = DVBl 1991, 1143 - Flughafen München II; ebenso BVerwG, Urteil vom 27.3.1992 - 7 C 18.91 - BVerwGE 90, 96 [101] = NVwZ 1993, 364 = DVBl 1992, 1233 (abfallrechtliche Planfeststellung).

²⁶ Vgl. Helmuth Schulze-Fielitz, (Fußn. 24), S. 172 f.; S. Franke, (Fußn. 23), S. 218 f.

(Mediationsnacht) unterrichtet ein von der Fraport AG veranlaßtes Gutachten von Reinhardt Jünemann.²⁷

(2) Das Hessische Ministerium für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung hat im Jahre 2001 durch Bescheide vom 26. April 2001 und vom 24. September 2001 die Betriebsgenehmigung geändert. Durch den Bescheid vom 24. September 2001 ist für Nachtflüge ein Lärm-punktekonto eingeführt worden, um den nächtlichen Fluglärm zu prüfen und ggf. zu begrenzen.²⁸ Nach Ansicht des Hessischen Ministeriums für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung (HMWVL) überschreiten die Fluglärmimmissionen in bestimmten Gebieten in der Umgebung des Flughafens die Schwelle der Gesundheitsbeeinträchtigung. Als Maßnahmen sind der Einsatz lärmärmerer Flugzeuge und die Reduktion der Zahl der Nachtflüge vorgesehen.

(3) Einige Kommunen haben gegen die genannten Bescheide Klage erhoben, um eine Begrenzung des nächtlichen Lärms zu erreichen. Der VGH Kassel hat mit dem bereits erwähnten Urteil vom 2. April 2003 - 2 A 2646/01 - die Klage der Stadt Offenbach abgewiesen. In der Klage war u.a. vorgetragen worden, daß sämtliche Erweiterungen seit dem Bau der Startbahn West nicht planfestgestellt worden seien. Weitere Klagen sollen beim VGH Kassel derzeit anhängig sein. Die Revision ließ der VGH Kassel nicht zu. Über hiergegen gerichtete Nichtzulassungsbeschwerde ist noch nicht befunden worden.

II. Gutachtenfrage

1. Anlaß der Gutachtenfrage

(1) Zahlreiche Kommunen, die sich durch Entsendung von Mitgliedern an dem von der Hessischen Landesregierung eingerichteten Regionalen Dialogforum bislang beteiligt haben, äußern rechtliche Bedenken, ihre "Mitgliedschaft" im Regionalen Dialogforum könne sich in administrativen Verfahren als nachteilig herausstellen. Das könne außerdem zu einer Beeinträchtigung ihrer Rechtsposition in späteren gerichtlichen Verfahren führen. Dem Gutachter

²⁷ Reinhardt Jünemann, Verkehrliche Auswirkungen und mögliche Maßnahmen bei Einführung eines Nachtflugverbotes am Flughafen Frankfurt/Main, erstellt für die Fraport AG, Dezember 2001.

²⁸ Vgl. nähere Darstellung bei Reinhard Sparwasser/Andreas Voßkuhle, (Fußn. 8), S. 39 ff.

liegt eine rechtlich näher begründete Stellungnahme der anwaltlich beratenen Kommunen nicht vor.

(2) Die Kommunen haben vorerst das Regionale Dialogforum verlassen. Ob das Verlassen des Regionalen Dialogforums nur vorläufig oder endgültig ist, muß derzeit als offen angesehen werden. Die Rückkehr in die Arbeit des Regionalen Dialogforums soll nach Presseberichten teilweise davon abhängig sein, daß das Hessische Ministerium für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung in einer Vereinbarung zusichert, die "Mitgliedschaft" der Kommunen im Regionalen Dialogforum dürfe vor Gericht nicht "als Argument" verwendet werden. Eine entsprechende Vereinbarung mit der Fraport AG Frankfurt Airport Service Worldwide (FAG) und der Lufthansa AG wird insoweit als nicht hinreichend angesehen.

(3) Der Ministerpräsident des Landes Hessen hat sich in der Sitzung des Regionalen Dialogforums am 29. März 2003 zu der Frage der Teilnahme der Kommunen geäußert. Nach seiner Auffassung ist in der Konstruktion des Regionalen Dialogforums ausdrücklich festgehalten, daß das Regionale Dialogforum kein Entscheidungs-, sondern ein Beratungsgremium mit empfehlendem Charakter sei. Entscheidungen, Beschlüsse oder Empfehlungen des Regionalen Dialogforums hätten keine präkludierende Wirkung.

2. Inhalt des Gutachtauftrages

(1) Ziel der gutachterlichen Stellungnahme ist es, folgende Fragestellungen ergebnisorientiert zu untersuchen:

Inwieweit können sich die Komponenten

- * Mitgliedschaft im RDF
- * Teilnahme an RDF-Sitzungen / Sitzungen des Projektteams
- * Erarbeitung von Positionspapieren oder Formulierungen von gemeinsamen Schlußfolgerungen aus Ergebnissen z.B. von Gutachten
- * Gemeinsame Formulierung von Stellungnahmen zur Abgabe im förmlichen Verfahren
- * Abgabe von Stellungnahmen des Vorsitzenden des RDF im förmlichen Verfahren

in formeller oder materieller Hinsicht im Verwaltungsverfahren oder in einem späteren gerichtlichen Verfahren negativ auf Rechte von Anrainerkommunen auswirken?

Gegebenenfalls ist kurz darzustellen, ob sich zwischen den Zeitpunkten

- * vor/nach Auslegung der Unterlagen
- * vor/nach Ablauf der Fristen für Stellungnahmen und Einwendungen
- * vor/nach dem Erörterungstermin

Unterschiede ergeben.

Sollte festgestellt werden, dass eine Beeinträchtigung von Rechtspositionen nicht ausgeschlossen ist, sollen Vorschläge unterbreitet werden, ob und wie die Arbeitsformen im RDF so angepasst werden können, dass es nicht zu Beeinträchtigungen kommt.

Beispiel:

- * Gemeinsame Erklärung der RDF Mitglieder oder einzelner RDF Mitglieder, wie die Mitgliedschaft zu verstehen ist
- * Form der Protokolle
- * Protokollnotizen

(2) Der Gutachter hat die Ergebnisse seiner Begutachtung am 11. Juli 2003 bei einem "informellen" Treffen des Regionalen Dialogforums mündlich vorgestellt. Die in der anschließenden Diskussion vorgetragene Bemerkungen sind in der schriftlichen Fassung des Gutachtens berücksichtigt.

B.

I. Rechtslage für einzelne Verfahren - Überblick

1. Vielzahl von administrativen Verfahren

(1) Die Umlandgemeinden eines Flughafens verfolgen in aller Regel gemeinsame, aber auch unterschiedliche Interessen. Zumeist wird der Standortvorteil begrüßt, der mit einer Anbindung an ein nationales oder internationales Luftverkehrsnetz verbunden ist. Dem stehen indes Befürchtungen immissionsschutzrechtlicher Art entgegen. Neben einer Zunahme von Abgasimmissionen sind es vor allem die mit dem Betrieb eines Flughafens verbundenen Lärmimmissionen, welche in der Kommunalpolitik als nicht hinnehmbare Belastungen angesehen werden. Das spitzt sich zu in der Frage der Erforderlichkeit eines absoluten Nachtflugverbotes.

(2) Die materielle Rechtsposition der lärm betroffenen Umlandgemeinden zur Durchsetzung ihrer Interessen ist verhältnismäßig schwach.²⁹ § 38 Abs.2 BauGB begründet einen Vorrang der überörtlichen Fachplanung gegenüber städtebaulichen Belangen und reduziert diese auf einen abwägungsbezogenen "Berücksichtigungsbelang". Eine Verletzung kommunaler

²⁹ Vgl. Norbert Kämper, Beteiligungsrecht kommunaler Gebietskörperschaften in luftrechtlichen Genehmigungs- und Normsetzungsverfahren, in: Jan Ziekow (Hrsg.), Bewertung von Fluglärm - Regionalplanung - Planfeststellungsverfahren, 2003, S.,59-81; Michael Quaas, Die Stellung der Gemeinden in der luftverkehrsrechtlichen Fachplanung, in: NVwZ 2003, 649 ff.

Rechtspositionen ist erst gegeben, wenn das fachplanerische Vorhaben dazu führt, daß wesentliche Teile des Gemeindegebietes der gemeindeeigenen Planung entzogen werden oder der Gemeinde eine hinreichend gesicherte Planung unmöglich wird.³⁰ Die Gemeinde kann bei fachplanerischen Eingriffen in ihre Planungshoheit nur diese Eingriffslage, nicht aber auch andere öffentlichen Belange geltend machen.³¹ Die Gemeinde hat also keinen "Vollüberprüfungsanspruch".³²

Ferner ist ihr jedenfalls in rechtlicher Hinsicht versagt, allgemeine Gründe der Verkehrspolitik gegen den Bau oder die Erweiterung eines Flughafens ins Feld zu führen. Vielmehr kann sie nur geltend machen, der Betrieb eines Flughafens berühre oder verletze das ihr verfassungsrechtlich gewährleistete Selbstverwaltungsrecht im Sinne des Art. 28 Abs.2 Satz 1 GG.³³ Ob dieses Recht auch die kommunale Planungshoheit einschließt und was hierunter im einzelnen materiell zu verstehen ist, hat die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht bislang weitgehend unentschieden gelassen.³⁴ Auch die verwaltungsgerichtliche Judikatur ist eher zurückhaltend, den Gemeinden hinreichend konkrete materielle Rechtspositionen zuzuerkennen.³⁵ Zwar umfaßt die gesetzlich normierte Planungshoheit der Gemeinde als Teil der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft u.a. die Befugnis zur verbindlichen Planung und eigenverantwortlichen Regelung der baulichen oder sonstigen Nutzung auf dem eigenen Gebiet.³⁶ Die Rechtsprechung fordert indes als weitere Voraussetzung, daß der Betrieb des Flug-

³⁰ BVerwG, Urteil vom 27.3.1992 - 7 C 18.91 - BVerwGE 90, 96 = NVwZ 1993, 364 = DVBl 1992, 1233; BVerwG, Urteil vom 21.3.1996 - 4 C 26.94 - BVerwGE 100, 388 = NVwZ 1997, 169 = DVBl 1996, 914; Urteil vom 27.10.1998 - 11 A 10.98 - Buchholz 11 Art. 28 GG Nr.120 = NVwZ-RR 1999, 225 = UPR 1999, 146 - Ausbaustrecke Nürnberg/Hof; vgl. auch Michael Quaas, (Fußn. 29), S. 652; kritisch gegen die Begrenzung etwa Stefan Langer, Gemeindliches Selbstgestaltungsrecht und überörtliche Raumplanung, in: VerwArch 80 (1989), S. 352 ff. [376 ff.]; zustimmend dagegen Ingo Kraft, Kommunale Verhinderungsplanung gegen Fachplanung?, in: Jan Ziekow (Hrsg.), Flughafenplanung - Planfeststellungsverfahren - Anforderungen an die Planungsentscheidung, 2002, S. 389-406 [401 f.].

³¹ Vgl. zuletzt BVerwG, Beschluß vom 5.11.2002 - 9 VR 14.02 - Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr.171 = NVwZ 2003, 207 = DVBl 2003, 211; Urteil vom 26.2.1999 - 4 A 47.96 - Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr.148 = NVwZ 2000, 560; Urteil vom 11.1.2001 - 4 A 12.99 - Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr.161 = NVwZ 2001, 1160 = DÖV 2001, 692; Beschluß vom 17.4.2000 - 11 B 19.00 - Buchholz 11 Art.28 GG Nr.127 = NVwZ 2001, 88 = UPR 2000, 357 (Naturschutz); noch offen gelassen BVerwG, Urteil vom 26.11.1991 - 7 C 16.89 - Buchholz 451.22 AbfG Nr.45 = NVwZ 1992, 787; unentschieden auch BVerwG, Beschluß vom 3.9.1997 - 11 VR 20.96 - Buchholz 442.09 §18 AEG Nr.31 = NVwZ-RR 1998, 289.

³² Vgl. dazu Josef-Walter Kirchberg/Michaela Boll/Peter Schütz, Der Rechtsschutz der Gemeinden in der Fachplanung, in: NVwZ 2002, 550 [554]; Michael Quaas, (Fußn. 29), S. 653.

³³ BVerfG, Beschluß vom 7.10.1980 - 2 BvR 584/76 u.a. - BVerfGE 56, 298 [320] - DVBl 1981, 535 - Memmingen; vgl. dazu auch Felix Weyreuther, in: DÖV 1982, 173 [175 ff.]; zur Klagebefugnis vgl. insoweit BVerwG, Urteil vom 16.12.1988 - 4 C 40.86 - BVerwGE 81, 95 [108] = NVwZ 1989, 750 = DVBl 1989, 363; Urteil vom 15.12.1989 - 4 C 36.86 - BVerwGE 84, 209 [215] = NVwZ 1990, 464 = DÖV 1990, 479; vgl. ferner Josef-Walter Kirchberg/Michaela Boll/Peter Schütz, (Fußn. 32), S. 552; Jürgen Kühling/Nikolaus Hermann, Fachplanungsrecht, 2. Aufl., 2000, Rn. 661.

³⁴ Vgl. auch Janberd Oebbecke, Die verfassungsrechtlich gewährleistete Planungshoheit der Gemeinden, in: Planung. FS Werner Hoppe, 2000, S.239; Bernd Widera, Zur verfassungsrechtlichen Gewährleistung gemeindlicher Planungshoheit, 1985, S.76.

³⁵ Vgl. dazu etwa BVerwG, Urteil vom 27.10.1998 - 11 A 10.98 - Buchholz 11 Art. 28 GG Nr.120 = NVwZ-RR 1999, 225 = DÖV 1999, 205; Urteil vom 30.5.1984 - 4 C 58.81 - BVerwGE 69, 256 [261] = NVwZ 1984, 718 = DVBl 1984, 1075.

³⁶ BVerwG, Urteil vom 11.4.1986 - 4 C 51.83 - BVerwGE 74, 124 [132] = NVwZ 1986, 837 = DVBl 1986, 1003; Urteil vom 15.12.1989 - 4 C 36.86 - BVerwGE 84, 209 [214] = NVwZ 1990, 464; Urteil vom 21.3.1996 - 4 C 26.94 - BVerwGE 100, 388 [394] = NVwZ 1997, 169 = DVBl 1996, 914; Urteil vom 26.2.1999 - 4 A 47.96 - Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr. 148 = NVwZ 2000, 560; Urteil vom 12.8.1999 - 4 C 3.98 - Buchholz 316 § 75 VwVfG Nr.18 = NVwZ 2000, 675 = DVBl 2000, 791; Urteil vom 14.4.2000 - 4 C 5.99 - Buchholz 406.11 § 35 BauGB Nr.342 = NVwZ 2000, 1048 = BauR 2000, 1312 [1313]; erweiternd auch BVerwG, Urteil vom 7.6.2001 - 4 CN 1.01 - BVerwGE 114, 301 = NVwZ 2001, 1280 [1281] = DVBl 2001.1845 (Normenkontrollverfahren).

platzes die kommunalen Belange jedenfalls nachhaltig berührt.³⁷ Soweit ein Verfahren der Planfeststellung für bestimmte Vorhaben vorgesehen ist, löst die kommunale Planungshoheit jedenfalls keine absolute Sperre aus.³⁸ Aus diesem Grunde können die Umlandgemeinden eine Überplanung des Gemeindegebietes etwa durch normative Festlegungen nicht verhindern.³⁹ Das gilt z.B. für die Festlegung eines Bauschutzbereiches, von Lärmschutzzonen nach dem FluglärmG oder durch Ziele der raumordnungsrechtlichen Landesentwicklungsplanung. Es ist den Gemeinden insbesondere versagt, die Rechtspositionen ihrer Bürger geltend zu machen.⁴⁰ Das gilt auch, soweit diese Rechtspositionen grundrechtlich begründbar sind.

(3) Angesichts der Schwäche materieller Rechtspositionen der Umlandgemeinden ist es um so bedeutsamer, in der Beteiligung an Entscheidungsverfahren kommunale Interessen problemorientiert geltend zu machen. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts ist hier für die Kommunen durchaus günstig.⁴¹ Werden die kommunalen Belange durch das geplante Vorhaben nachhaltig berührt, bedarf es einer effektiven, zielgerichteten Anhörung.⁴² Das Vorhandensein derartiger verfahrensbezogener Beteiligungsmöglichkeiten macht es zumindest verständlich, daß Umlandgemeinden in ihrer "Beteiligung" am Regionalen Dialogforum Nachteile befürchten.

Eine erhebliche Unübersichtlichkeit entsteht durch die Vielzahl von Verfahren, in denen unterschiedliche Problembereiche "abgearbeitet" werden. Damit geraten die Kommunen in die Gefahr, daß sie vorhandene Beteiligungsrechte ungenutzt lassen und ihnen dies in nachfolgenden Verfahrensabschnitten alsdann zum Nachteil geraten kann. Nachfolgend werden einzelne Verfahren dahin untersucht, ob und ggf. in welchem Maße sich eine Beteiligung der

³⁷ Vgl. BVerfGE 50, 195 [203]; 56, 298 [320]; 59, 216 [228]; Urteil vom 20.11.1987 - 4 C 39.84 - Buchholz 442.40 § 6 LuftVG Nr.17 = NVwZ 1988, 731 = DVBl 1988, 352; Urteil vom 3.5.1988 - 4 C 11.85 - Buchholz 442.40 § 6 LuftVG Nr.18; Urteil vom 14.12.2000 - 4 C 13.99 - BVerwGE 112, 274 = NVwZ 2001, 1030 = DVBl 2001, 395; vgl. auch Bernhard Stier, Planung von Großvorhaben, 1999, S.272.

³⁸ Vgl. zu konkurrierenden Planungsvorstellungen von Gemeinden und Fachplanungsbehörden BVerwG, Beschluß vom 5.11.2002 - 9 VR 14.02 - Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr.171 = NVwZ 2003, 207 = DVBl 2003, 211; vgl. allg. Mathias Finke, Die Privilegierung von Fachplanungen nach § 38 BauGB, 2001.

³⁹ Vgl. dazu Stefan Scherg, Beteiligungsrechte nach dem Luftverkehrsgesetz, 1982, S.165 ff.; Norbert Kämper, (Fußn. 29), S. 71.

⁴⁰ BVerwG, Urteil vom 12.9.1980 - 7 C 23.79 - Buchholz 442.071 § 2 FO Nr.1 = NJW 1981, 2075 = DVBl 1981, 218; Urteil vom 29.6.1983 - 7 C 102.82 - Buchholz 442.151 § 45 StVO Nr.13 = NVwZ 1983, 610 = DVBl 1984, 88; Urteil vom 15.12.1989 - 4 C 36.86 - BVerwGE 84, 209 = NVwZ 1990, 464; Beschluß vom 9.2.1996 - 11 VR 45.95 - NVwZ 1996, 1021 [1022] = DÖV 1996, 514 - Eisenbahnstrecke Boitzenberg-Lüneburg; Urteil vom 21.3.1996 - 4 C 26.94 - BVerwGE 100, 388 = NVwZ 1997, 169 = DVBl 1996, 914; Urteil vom 20.5.1998 - 11 C 3.97 - Buchholz 406.25 § 41 BImSchG Nr.18 = NVwZ 1999, 67; Urteil vom 12.4.2000 - 11 A 18.98 - BVerwGE 111, 108 = NVwZ 2001, 82 [85] = DVBl 2000, 1344; ebenso VGH Kassel, Urteil vom 11.2.2003 - 2 A 1062/01 - Klage der Stadt Soden u.a., UA S.12; Urteil vom 2.4.2003 - 2 A 2646/012 - Klage der Stadt Offenbach; a.A. Rudolf Steinberg, Verwaltungsgerichtlicher Schutz der kommunalen Planungshoheit gegenüber höherstufigen Planungsentscheidungen, in: DVBl 1982, 13 [19]; vgl. auch Josef-Walter Kirchberg/Michaela Boll/Peter Schütz, (Fußn. 32), S. 550 ff.

⁴¹ Vgl. allg. Stefan Scherg, (Fußn. 39); Peter Wysk, Ausgewählte Probleme zum Rechtsschutz gegen Fluglärm, Teil III, in: ZLW 1998, 456 ff.

⁴² Vgl. BVerfGE 50, 195 [203]; 56, 298 [320]; 59, 216 [228]; BVerwG, Urteil vom 29.6.1983 - 7 C 102.82 - Buchholz 442.141 § 45 StVO Nr. 13 = NVwZ 1983, 610 = DVBl 1984, 88 [89]; Urteil vom 20.11.1987 - 4 C 39.84 - Buchholz 442.40 § 6 LuftVG Nr.17 = NVwZ 1988, 731 = DVBl 1988, 352; Urteil vom 3.5.1988 - 4 C 11.85 - Buchholz 442.40 § 6 LuftVG Nr.18; Urteil vom 16.12.1988 - 4 C 40.86 - BVerw-

Umlandkommunen im Regionalen Dialogforum im Sinne der Gutachterfrage nachteilig auswirken kann.

2. Beteiligung: Landesentwicklungsplan Hessen

(1) Die Ziele der Raumordnung im Sinne des § 3 Nr.2 ROG binden die Gemeinden, aber auch die Planfeststellungsbehörde. Das ergibt sich bereits aus § 4 Abs.1 Satz 1 ROG. Die Ziele der Raumordnung wirken außerhalb des planerischen Abwägungsvorganges in ihrem raumordnerischen Gehalt im Sinne ihrer raumbeanspruchenden Letztentscheidung mithin strikt; sie sind insoweit abwägungsresistent.⁴³ Für die Bauleitplanung folgt diese Bindung darüber hinaus aus § 1 Abs.4 BauGB (vgl. § 4 Abs.5 ROG).

Angesichts dieser Bindung an Ziele der Raumordnung im Sinne einer planerischen Letztentscheidung ist eine Beteiligung der Gemeinde nach Maßgabe des hessischen Landesrechts zwingend (vgl. § 7 Abs.5 ROG).⁴⁴ Das ist in § 8 Abs.3 Nr.2 HLPG auch vorgesehen. Danach können die kommunalen Gebietskörperschaften innerhalb von drei Monaten zu einem Entwurf des Landesentwicklungsplans Stellung nehmen. Die Stellungnahme ist "zu berücksichtigen" (§ 8 Abs.4 Satz 1 HLPG). Der hessische Gesetzgeber bezeichnet dieses Verfahren selbst als "Anhörung" (vgl. § 8 Abs.4 HLPG).

(2) Ziel der Beteiligung der Gemeinden ist indes nicht die "Anhörung" zu einem mehr oder minder konkreten oder perfekten Entwurf.⁴⁵ Diese Annahme verbietet sich aus der gesamt-räumlichen Abwägungs- und Entscheidungslage, die ein Landesentwicklungsplan voraussetzt.⁴⁶ Demgemäß sieht § 8 Abs.4 Satz 2 HLPG eine erneute Anhörung nur bei "erheblichen Änderungen des Entwurfs" vor. Vielmehr soll den Gemeinden Gelegenheit gegeben werden, sich zu allgemeinen Zielvorstellungen zu äußern oder selbst allgemeine Zielvorstellungen zu entwickeln und vorzutragen.

GE 81, 95 = NVwZ 1989, 750 = DVBl 1989, 363; Urteil vom 14.12.2000 - 4 C 13.99 - BVerwGE 112, 274 = NVwZ 2001, 1030 = DVBl 2001, 395.

⁴³ Vgl. näher Peter Runkel, in: Walter Bielenberg/Peter Runkel/Willi Spannowsky, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht des Bundes und der Länder, K § 3 (1998), Rn.19 ff.; Wilfried Erbguth, (Fußn. 3), S. 89 ff.

⁴⁴ Deziert nunmehr VGH Kassel, Urteil vom 16.8.2002 - 4 N 87/02 - Klage der Stadt Kelsterbach betreffend LEP Hessen 2000); vgl. insoweit auch Peter Runkel, (Fußn. 43), § 4 ROG Rn. 6.

⁴⁵ Ebenso VGH Kassel, Urteil vom 16.8.2002 - 4 N 87/02 - (LEP Hessen 2000) - Klage der Stadt Kelsterbach.

⁴⁶ Vgl. zur Struktur dieser Planungsebene BVerwG, Beschluß vom 20.8.1992 - 4 NB 20.91 - BVerwGE 90, 329 = NVwZ 1993, 167 = DVBl 1992, 1438; vgl. auch Peter Runkel, (Fußn. 43), § 3 ROG Rn. 31 f.; Hans-Jürgen von der Heide, in: Cholewa/Dyong/von der Heide/Arenz, Raumordnung in Bund und Ländern, Komm. § 3 ROG Rn.14.

Die Besonderheiten der einzelnen Gemeinde für eine gesamträumliche Landesentwicklungsplanung zur Zielfindung gemäß § 3 Nr.2 ROG sind trotz des sog. Gegenstromprinzips nach § 2 Abs.4 HLPG nur von geringem Gewicht. Aus diesem Grunde ist es kaum vorstellbar, daß ein konkretes Vorbringen einer einzelnen Gemeinde im Verfahren nach § 8 Abs.3 und 4 HLPG überhaupt geeignet sein könnte, etwa dem Vorwurf des Rechtsmißbrauchs im Sinne einer Verwirkung ausgesetzt zu sein. Demgegenüber hat die im Regionalen Dialogforum erarbeitete Interessenanalyse auch der gebündelten kommunalen Belange der Umlandgemeinden einen deutlicheren "Mehrwert". § 8 Abs.3 HLPG sieht zwar keine Beteiligung des Regionalen Dialogforums an der Erarbeitung des Landesentwicklungsplanes vor. § 8 Abs.3 HLPG ist indes nicht abschließend. Es wäre zudem politisch kaum vermittelbar, wenn die Landesregierung in ihrer Beschlußfassung über den Landesentwicklungsplan vorgetragene Empfehlungen des Regionalen Dialogforums generell unbeachtet ließe, soweit und solange sich diese Empfehlungen auf einen umfassenden und "erarbeiteten" Konsens stützen kann.

3. Luftverkehrsrechtliche Zulassungsverfahren

Nach dem System der §§ 6, 8 LuftVG soll über die Anlage von Flughäfen und deren wesentliche Änderung aufgrund planerischer Erwägungen entschieden werden.⁴⁷ Die Doppelspurigkeit wirft auch für den Rechtsschutz der Gemeinden einige Fragen auf.⁴⁸ Diese können für den vorliegenden Zusammenhang vernachlässigt werden.

Es ist nicht zweifelhaft, daß die Erweiterung des Flughafens Frankfurt/Main durch eine weitere Start- und Landebahn planfeststellungsbedürftig ist. Das bedingt nach § 8 Abs.1 Satz 2 LuftVG eine Abwägung.⁴⁹ Ob es sich bei dem Feststellungsverfahren nach § 8 Abs.1 LuftVG tatsächlich nach allgemeinen Maßstäben um eine "echte" Planung oder nur um ein qualifiziertes Zulassungsverfahren handelt, wird im Schrifttum unterschiedlich beantwortet.⁵⁰ Die Frage bedarf für den vorliegenden Zusammenhang keiner Entscheidung. Es bestehen jedenfalls für die Zulassungsentscheidung planerische und abwägungsbezogene Elemente, die einer unterschiedlichen Beurteilung zugänglich sind.

⁴⁷ Zum Begriff der "wesentlichen" Änderung vgl. BVerwG, Beschluß vom 11.1.2001 - 11 VR 16.00 - Buchholz 442.40 § 8 LuftVG Nr.18 = NVwZ 2001, 566 = DVBl 2001, 402 [403] unter Verweis auf OVG Hamburg, Urteil vom 20.1.1997 - Bf III 54/95 P - HmbJVBl 1997, 81.

⁴⁸ Vgl. aktuell Michael Quaas, (Fußn. 29).

⁴⁹ So dezidiert BVerwG, Urteil vom 29.1.1991 - 4 C 52.89 - BVerwGE 87, 332 [341] = NVwZ-RR 1991, 601 = DVBl 1991, 1143; vgl. auch bereits BVerwG, Urteil vom 7.7.1978 - 4 C 79.76 u.a. - BVerwGE 56, 110 [115 f.] = NJW 1979, 64 = DVBl 1978, 845; Urteil vom 27.10.1998 - 11 A 1.97 - BVerwGE 107, 313 [321 f.] = NVwZ 1999, 644 = DVBl 1999, 854.

⁵⁰ Vgl. Mathias Finke, Die Privilegierung von Fachplanungen nach § 38 BauGB, 2001, S. 14 ff. m.w.N.; Wilfried Erbguth, Zum System der Fachplanungen, in: Planung. FS Werner Hoppe, 2000, S. 631 ff. [645]; vgl. auch Wilfried Erbguth, Anmerkungen zum administrativen

3.1 Genehmigungsverfahren (§ 6 LuftVG)

(1) Der Flughafen Frankfurt/Main gilt als genehmigt und/oder als planfestgestellt (vgl. auch § 71 Abs.2 LuftVG).⁵¹ Zu erörtern ist die Änderung der entsprechenden Verwaltungsbescheide, und zwar sowohl des Genehmigungsbescheides als auch des Planfeststellungsbeschlusses.

Auch die Erteilung einer Änderungsgenehmigung nach § 6 Abs.4 Satz 2 LuftVG stellt eine planerische Ermessensentscheidung dar. Entsprechend § 6 Abs.2 Satz 1 LuftVG ist daher z.B. abwägend zu entscheiden, ob das Vorhaben den Schutz vor Fluglärm angemessen berücksichtigt.⁵² Da insoweit keine strikte Rechtsbindung, sondern eine Ergebnisoffenheit besteht, kommt der über Beteiligungsbefugnisse zu erarbeitenden Informationslage eine erhebliche Bedeutung zu. Die bloß gesteigerte Ausnutzung der Kapazität eines genehmigten Flugplatzes (sog. Binnenerweiterung) ist allerdings keine nach § 6 Abs.4 Satz 2 LuftVG genehmigungsbedürftige Erweiterung oder Änderung.⁵³

Das Genehmigungsverfahren nach § 6 LuftVG sieht ausdrücklich eine Anhörung betroffener Umlandgemeinden nicht vor. Nach gesicherter Auffassung sind betroffene Gemeinden gleichwohl gemäß der allgemeinen Regelung des § 28 VwVfG anzuhören.⁵⁴ Das gilt insbesondere für Fragen, welche für die kommunale Planungshoheit bedeutsam sind oder sein könnten. Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichtes folgt dies auch unmittelbar aus Art.28 Abs.2 GG.⁵⁵ Die Anhörung dient nur der Sicherung der eigenen Planungshoheit, nicht den Interessen anderer Beteiligter, insbesondere nicht den Individualinteressen der Bürger.⁵⁶

Entscheidungsspielraum, in: DVBl 1992, 398 ff.; Hans D. Jarass, Die materiellen Voraussetzungen der Planfeststellung in neuer Sicht, in: DVBl 1998, 1202 [1204]; Rudolf Steinberg/Thomas Berg/Martin Wickel, Fachplanung, 3. Aufl., 2000, S.202 ff.

⁵¹ Vgl. auch obiter dictum in BVerwG, Urteil vom 28.6.2000 - 11 C 13.99 - BVerwGE 111, 276 [284] = NJW 2000, 3584 = DVBl 2000, 1858 - Flughafen Köln/Bonn; vgl. auch BVerwG, Beschluß vom 19.8.1997 - 11 B 2.97 - LKV 1997, 148 - Flughafen Berlin-Tegel.

⁵² BVerwG, Urteil vom 11.7.2001 - 11 C 14.00 - BVerwGE 114,364 = NVwZ 2002, 350 = DVBl 2001, 1848 - NATO-Reserveflugplatz Bitburg; vgl. auch BVerwG, Urteil vom 7.7.1978 - 4 C 79.76 - BVerwGE 56, 110 [135 f.] = NJW 1979, 64; Urteil vom 3.5.1988 - 4 C 11.85 - Buchholz 442.40 § 6 LuftVG Nr. 18 = NVwZ 1988, 1122 [1123] - Hubschrauberlandeplatz (Bad Kreuznach); Urteil vom 26.7.1989 - 4 C 35.88 - 82, 246 [249] = NVwZ 1990, 262 = DVBl 1989, 1097 - Flughafen München-Riem.

⁵³ BVerwG, Urteil vom 21.5.1997 - 11 C 1.97 - Buchholz 442.40 § 6 LuftVG Nr.27 = NVwZ-RR 1998, 22 - Flughafen Köln/Bonn - mit krit. Anm. Michael Terwiesche, in: ZLW 1998, 216-218; Urteil vom 15.9.1999 - 11 A 22.98 - Buchholz 442.40 § 8 LuftVG Nr.17 = UPR 2000, 166; Rudolf Steinberg/Henrik Müller, Zum Vorliegen einer zulassungspflichtigen Änderung von Betrieb oder Anlage eines Flughafens, in: NJW 2001, 3293-3296.; wie BVerwG auch Peter Wysk, Aktuelle Rechtsfragen des Ausbaus von Verkehrsflughäfen, in: Jan Ziekow (Hrsg.), Flughafenplanung - Planfeststellungsverfahren - Anforderungen an die Planungsentscheidung, 2002, S.72 ff. [32].

⁵⁴ BVerwG, Urteil vom 14.2.1969 - 4 C 82.66 - NJW 1969, 1133 = DVBl 1969, 362; Urteil vom 7.7.1978 - 4 C 79.76 u.a. - BVerwGE 59, 110 [134 ff.] = NJW 1979, 64; Urteil vom 11.12.1978 - 4 C 13.78 - Buchholz 442.40 § 6 LuftVG Nr.8 = DÖV 1979, 517 = ZLW 1979, 245; Beschluß vom 8.3.1983 - 4 B 190.82 - Buchholz 442.40 § 6 LuftVG Nr.14 = ZLW 1983, 276; Urteil vom 20.11.1987 - 4 C 39.84 - Buchholz 442.40 § 6 LuftVG Nr.17 = NVwZ 1988, 731 = DVBl 1988, 532; vgl. ferner Michael Quaas, (Fußn. 29), S. 650; Elmar Giemulla/Ronald Schmid, LuftVG, Bd. 1.1 § 6 Rn.55 ff.; vgl. auch Thomas Roeser, in: BerlKomm. zum BauGB, 3. Aufl., 2002, § 38 Rn.22 f.. Die teilweise gegenteilige Ansicht von Helmut Bäuml, Rechtsschutz gegen Flughafenplanungen, in: DÖV 1981, 43-50; Eberhard Schmidt-Aßmann, Konzentrierter oder phasenspezifischer Rechtsschutz?, in: DVBl 1981, 334 ff. hat sich nicht durchgesetzt.

⁵⁵ Vgl. bereits BVerwG, Urteil vom 14.2.1969 - 4 C 82.66 - NJW 1969, 1133 = DVBl 1969, 362; jüngst allg. BVerwG, Urteil vom 14.12.2000 - 4 C 13.99 - BVerwGE 112, 274 = NVwZ 2001, 1030 = DVBl 2001, 395 - Wittstocker Heide.

⁵⁶ BVerwG, Urteil vom 22.3.1974 - 4 C 42.73 - Buchholz 442.40 § 6 LuftVG Nr.6 = NJW 1974, 1961 = DVBl 1974, 562im Anschluß an BVerwG, Urteil vom 14.2.1969 - 4 C 82.66 - Buchholz 442.40 § 6 LuftVG Nr.2 = DVBl 1969, 362.

Die Verletzung der Beteiligungsbefugnis soll sogar unabhängig von der Verletzung materiel-
ler Rechte zur Kassation der angegriffenen Bescheide führen.⁵⁷ Das gilt alsdann sowohl für
das vorgelagerte Genehmigungsverfahren als auch für das nachfolgende Planfeststellungsver-
fahren.⁵⁸ Diese Rechtsprechung beruhte indes auf der Eigenart des Genehmigungsverfahrens
im Verhältnis zum Planfeststellungsverfahren.⁵⁹ Inzwischen ist durch § 8 Abs.6 LuftVG in-
soweit eine Änderung der Rechtslage eingetreten. Das dürfte zu einer Modifizierung der frü-
heren Judikatur zwingen.

(2) Die Beteiligungsbefugnis der Gemeinde umfaßt inhaltlich den Anspruch auf vorherige
Information, auf Anhörung und auf Berücksichtigung des Vorbringens. Da § 6 LuftVG eine
Regelung der Beteiligungsbefugnis nicht enthält, ist es nicht geboten, daß die Anhörung gera-
de in dem luftrechtlichen Genehmigungsverfahren durchgeführt wird. Sie kann auch in einem
anderen Verfahren vorgenommen werden. Entscheidend ist nur, daß die Gemeinde überhaupt
Gelegenheit zur angemessenen Stellungnahme enthält und daß dieses Vorbringen im Verfah-
ren der Genehmigung berücksichtigt wird.⁶⁰ Maßgebend ist mithin der Zweck der Anhö-
rungsbefugnis.⁶¹ So wird nach Ansicht des OVG Münster bei Änderung einer luftrechtlichen
Genehmigung die Beteiligung der Umlandgemeinden jedenfalls hinsichtlich der Lärmimmissi-
onen durch die Beteiligungsbefugnisse in der Fluglärnkommision nach § 32 b LuftVG
sichergestellt.⁶² Eine hierauf bezogene Entscheidung des BVerwG liegt nicht vor.

3.2 Planfeststellungsverfahren (§§ 8, 10 LuftVG)

Fluglärmbelastungen sind stets ein zentrales Element in der fachplanungsrechtlichen Abwä-
gung. Das gilt auch bei dem Neubau oder dem Ausbau eines Flughafens.⁶³ Das gilt nament-

⁵⁷ Vgl. BVerwG, Urteil vom 16.12.1988 - 4 C 40.86 - BVerwGE 81, 95 [106] = NVwZ 1989, 750 = DVBl 1989, 363 - Hubschrauberlande-
platz Minden; Urteil vom 22.6.1979 - 4 C 40.75 - Buchholz 442.40 § 6 LuftVG Nr.11 = NJW 1980, 718; Urteil vom 3.5.1988 - 4 C 11.85 -
Buchholz 442.40 § 6 LuftVG Nr. 18 = NVwZ 1988, 112 - Bad Kreuznach.

⁵⁸ Vgl. BVerwG, Urteil vom 7.7.1978 - 4 C 79.76 - BVerwGE 56, 110 [134 ff., 137] = NJW 1979, 64 = DVBl 1978, 845 - Startbahn West;
vgl. auch BVerwG, Urteil vom 20.11.1987 - 4 C 39.84 - Buchholz 442.40 § 6 LuftVG Nr.17 = NVwZ 1988, 731 = DVBl 1988, 532.

⁵⁹ Vgl. BVerwG, Beschluß vom 15.10.1991 - 7 B 99.91 - Buchholz 445.5 § 17 WaStrG Nr.2 = NJW 1992, 256 (Bundeswasserstraße); Urteil
vom 22.2.1980 - 4 C 24.77 - Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr.33 = NJW 1981, 239 = DVBl 1980, 996; Urteil vom 15.1.1982 - 4 C 26.78 -
Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr.47 = NJW 1982, 1546 = DVBl 1982, 359 (jeweils Fernstraßenrecht); vgl. auch Rüdiger Breuer, Verfahrens-
und Formfehler der Planfeststellung für raum- und umweltrelevante Großvorhaben, in: Festschrift für Horst Sendler, 1991, S. 357 ff. [387 f.];
Matthias Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, 1992, S.520 ff.

⁶⁰ BVerwG, Beschluß vom 13.9.1993 - 4 B 68.93 - Buchholz 442.40 § 25 LuftVG Nr.1 = NVwZ-RR 1994, 187 = ZLW 1994, 347; Urteil
vom 16.12.1988 - 4 C 40.86 - BVerwGE 81, 95 [106] = NVwZ 1989, 750 = DVBl 1989, 363 - Hubschrauberlandeplatz Minden; ebenso
OVG Münster, Urteil vom 23.1.1998 - 20 A 3642/91 - UA S.27, zitiert nach Norbert Kämper, (Fußn. 29), S. 67 mit Anm. 34.

⁶¹ BVerwG, Beschluß vom 13.9.1993 - 4 B 68.93 - Buchholz 442.40 § 25 LuftVG Nr.1 = NVwZ-RR 1994, 187 [188] = ZLW 1994, 347.

⁶² OVG Münster, Urteil vom 12.11.1984 - 20 A 440/83 - UA S.21 - zitiert nach Norbert Kämper, (Fußn. 29), S. 67 mit Anm. 39.

⁶³ BVerwG, Urteil vom 29.1.1999 - 4 C 51.89 - BVerwGE 87, 332 [341 f.] = NVwZ-RR 1991, 601 = DVBl 1991, 1143 - Flughafen Mün-
chen II; Urteil vom 27.10.1998 - 11 A 1.97 - BVerwGE 107, 313 [322] = NVwZ 1999, 644 = DVBl 1999, 854 - Flughafen Erfurt; Beschluß
vom 5.10.1990 - 4 B 249.89 - Buchholz 442.40 § 9 LuftVG Nr. 6 = NVwZ-RR 1991, 118 [125] - Flughafen Stuttgart; vgl. auch Peter Badu-

lich auch dann, wenn die Frage der Lärmwirkung in der Öffentlichkeit breit diskutiert wird und die planerische Behandlung sich aufdrängt. Die teilweise vertretene These, es komme für ein anzuordnendes Nachtflugverbot nur eine Änderung des Genehmigungsbescheides in Betracht, teilt der Gutachter zwar nicht.⁶⁴ Die Frage ist indes für den vorliegenden Zusammenhang letztlich nicht bedeutsam. Der Ausbau des Flughafens Frankfurt/Main erfordert in jedem Falle ein Planfeststellungsverfahren und damit in dessen Rahmen auch eine Erörterung der nächtlichen Lärmimmissionen (vgl. § 8 Abs.6 LuftVG).⁶⁵

3.2.1 Beteiligung: Gemeinde als Behörde

(1) Die Gemeinde kann auch als "Behörde" handeln.⁶⁶ In dieser Eigenschaft ist sie im Planfeststellungsverfahren nach § 10 Abs.2 Satz 1 Nr.1 LuftVG anzuhören. Die Anhörung setzt voraus, daß die Planfeststellungsbehörde das mit der Anhörung Mitgeteilte in ihrer Entscheidung berücksichtigt. Bleibt das Vorbringen zu Unrecht unberücksichtigt, eröffnet dies der Gemeinde - soweit sie als Behörde gehandelt hat - keine Möglichkeit einer verwaltungsgerichtlichen Kontrolle.⁶⁷

(2) Da eine Behörde im Anhörungsverfahren nur eine sog. Wahrnehmungsfunktion, aber keine Rechtsposition verfolgt, läßt sich im rechtstechnischen Sinne nicht sagen, sie habe in irgendeinem Verfahrensstadium durch ein früheres Verhalten eine vermeintliche Rechtsposition "verwirkt". Befugnisse, die einer Behörde zugewiesen sind, können grundsätzlich nicht mit dem Ergebnis des Verlustes "verwirkt" werden (vgl. näher unten S. 51). Eine andere Frage ist es, wie die Planfeststellungsbehörde eine behördliche Stellungnahme bewertet, die im Widerspruch zu früherem Verhalten steht.

ra, Vorhabenplanung im Rechtsstaat, in: Planung. FS Werner Hoppe, 2000, S.167 ff. [175]; vgl. auch zusammenstellend Hermann Renziehausen, Lärmschutz bei Planung, Änderung und Betrieb von Flugplätzen unter besonderer Berücksichtigung des Gesetzes zum Schutz gegen Fluglärm, 1991.

⁶⁴ Wie hier Klaus-Martin Groth/Volker Gronefeld, (Fußn. 9), S. 43.

⁶⁵ Vgl. bereits BVerwG, Urteil vom 29.1.1991 - 4 C 51.89 - BVerwGE 87, 332 = NVwZ-RR 1991, 601 = DVBl 1991, 1143 - Flughafen München II - zur früheren Rechtslage; ebenso BVerwG, Beschluß vom 19.8.1997 - 11 B 2.97 - Buchholz 442.40 § 9 LuftVG Nr.8 = LKV 1998, 148 - Flughafen Berlin -Tegel; § 8 Abs.6 LuftVG in der Fassung des Planvereinfachungsgesetzes vom 17.12.1993 (BGBl. I S. 2123).

⁶⁶ Vgl. dazu allg. Thorsten Siegel, Die Verfahrensbeteiligung von Behörden und anderen Trägern öffentlicher Belange, 2001, S. 48 ff.

⁶⁷ Vgl. deutlich BVerwG, Urteil vom 29.4.1993 - 7 A 2.92 - BVerwGE 92, 258 = NVwZ 1993, 890 = DVBl 1993, 886 - Beteiligung der Landschaftsschutzbehörde nach § 9 BNatSchG a.F.; vgl. auch BVerwG, Urteil vom 14.4.1989 - 4 C 31.88 - BVerwGE 82, 17 [20] = NVwZ 1990, 561 = DVBl 1989, 1053.

3.2.2 Beteiligung: Gemeinde als Selbstverwaltungskörperschaft

Die Umlandgemeinden können durch ein luftrechtliches Vorhaben in ihren Rechten als Selbstverwaltungskörperschaft betroffen sein.⁶⁸ Das ist die zentrale, interessenbeherrschende Position. Hier besteht eine verfassungsrechtliche Rückbindung gemäß Art.28 Abs.2 GG.

Die Befugnis der Gemeinden, sich gegen Planungen und Maßnahmen zur Wehr zu setzen, kann sich unabhängig von der spezifischen Planungshoheit auch daraus ergeben, daß das gesamte Gemeindegebiet nachhaltig betroffen wird. Es müssen insoweit grundlegende Veränderungen der örtlichen Strukturen zu befürchten sein.⁶⁹ Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes stellt diese Betroffenheit einer allgemeinen Betroffenheit gemäß § 73 Abs.4 VwVfG gleich.⁷⁰ Daraus folgt, daß die Umlandgemeinden auch als Selbstverwaltungskörperschaften der materiellen Präklusion unterliegen (vgl. § 10 Abs.4 Satz 1 LuftVG).

3.2.3 Beteiligung: Gemeinde als Grundstückseigentümerin

Die Umlandgemeinden können durch ein luftrechtliches Vorhaben auch in ihren Rechten als private Grundeigentümer betroffen sein. Ihre Interessen sind insoweit als "private" Belange abwägungserheblich.⁷¹ Die Gemeinden haben dazu verfahrensrechtlich die Rechtspositionen, die sich aus § 73 Abs.4 VwVfG in Verb. mit § 10 LuftVG für jedermann ergeben. Besonderheiten bestehen für die Gemeinden nicht. Das bedeutet auch, daß die Umlandgemeinden als private Grundeigentümer ebenfalls der materiellen Präklusion unterliegen (vgl. § 10 Abs.4 LuftVG).

⁶⁸ Vgl. BVerwG, Urteil vom 16.12.1988 - 4 C 40.86 - BVerwGE 81, 95 [106] = NVwZ 1989, 750 = DVBl 1989, 363 - Hubschrauberlandeplatz Minden; Beschluß vom 13.3.1995 - 11 VR 2.95 - Buchholz 445.5 § 14 WaStrG Nr.13 = NVwZ 1995, 905 [907]; vgl. auch Willi Valendar, Rechtsschutz der Gemeinden gegen Fachplanungen, in: UPR 2003, 41 ff.

⁶⁹ Vgl. BVerwG, Urteil vom 16.12.1988 - 4 C 40.86 - BVerwGE 81, 95 = NVwZ 1989, 750 = DVBl 1989, 363 - Hubschrauberlandeplatz Minden; Urteil vom 14.12.1994 - 11 C 18.93 - BVerwGE 97, 203 = NVwZ 1995, 787 = DVBl 1995, 242 - Tieffluggebiet; Urteil vom 18.3.1987 - 7 C 28.85 - BVerwGE 77, 128 = NVwZ 1987, 791 = DVBl 1987, 845 (Breitbandkabel); Beschluß vom 23.3.1993 - 7 B 126.92 - Buchholz 11 Art.28 Nr.92 = NVwZ-RR 1993, 373; Beschluß vom 26.2.1996 - 11 VR 33.95 - Buchholz 442.09 § 18 AEG Nr.12 = UPR 1995, 443; VGH Mannheim, Gerichtsbescheid vom 7.4.1997 - 8 S 2550/96 - VBIBW 1997, 389; Urteil vom 22.4.1999 - 8 S 1284/98 - VBIBW 2000, 27 = ZLW 2000, 255 (Nachtflugpostflüge).

⁷⁰ Vgl. BVerwG, Urteil vom 9.6.1999 - 11 A 8.98 - Buchholz 316 § 73 VwVfG Nr.30 = LKV 2000, 39 = DVBl 1999, 1527 (L); dazu kritisch Rudolf Steinberg/Thomas Berg/Martin Wickel, Fachplanungsrecht. 3. Aufl., 2001, § 2 Rn.49; Thorsten Siegel, (Fußn. 50), S. 51.

⁷¹ Vgl. allg. BVerwG, Urteil vom 27.3.1992 - 7 C 18.91 - BVerwGE 90, 96 = NVwZ 1993, 364 = DVBl 1992, 1233 (abfallrechtliche Planfeststellung); Urteil vom 24.11.1994 - 7 C 25.93 - BVerwGE 97, 143 = NVwZ 1995, 598 = DVBl 1995, 238 (abfallrechtliche Planfeststellung); VGH Mannheim, Urteil vom 22.4.1999 - 8 S 1284/98 - VBIBW 2000, 27 = ZLW 2000, 255 (Nachtflugpostverkehr).

4. Festlegung von Lärmschutzbereichen

(1) Nach dem Fluglärmsgesetz sind für Verkehrsflughäfen, die dem Linienverkehr angeschlossen sind, Lärmschutzbereiche festzusetzen. Dazu sind Schutzzonen festzulegen. Die Festsetzung, die durch Rechtsverordnung umgesetzt wird, löst unmittelbar Bauverbote aus. Diesen Verboten ist ein an die Gemeinden gerichtetes Bauplanungsverbot immanent.⁷² Dieser Eingriff bedingt eine auf Art.28 Abs.2 GG gestützte Beteiligungsbefugnis der betroffenen Gemeinde.⁷³ In welcher Weise dem verfassungsrechtlichen Gebot allerdings genügt wird, bleibt offen. Es genügt jedenfalls, wenn sich die betroffenen Gemeinden im Rechtssetzungsverfahren zumindest mittelbar äußern können. Eine derartige mittelbare Äußerung wird durch die Teilnahme von "Vertretern" der Gemeinde im Regionalen Dialogforum nicht erreicht.

(2) Umstritten ist, ob es sich bei der Festlegung von Lärmschutzbereichen überhaupt um ein abwägungsbezogenes Verfahren handelt.⁷⁴ Das Bundesverwaltungsgericht scheint dies früher verneint zu haben.⁷⁵ Für die Frage der Beteiligungsbefugnis ist diese Frage weitgehend unerheblich. Auch wenn man die Festsetzung der Lärmschutzbereiche als einen Fall strikter Rechtsanwendung ansieht, so schließt dies einen möglichen Eingriff in die Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinde nicht aus. Die Beteiligungsbefugnis hat alsdann die Aufgabe einer verfahrensrechtlichen Sicherung der Selbstverwaltungsgarantie.

5. Flugrouten

(1) Die Festlegung von Flugrouten (Flugwege) ist nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichtes eine staatliche Aufgabe, die dem rechtsstaatlichen Abwägungsgebot unterliegt.⁷⁶ Dasselbe gilt für die Bestimmung der Flughöhen und der Meldepunkte (Warteschleifen).

Das als Verordnunggeber tätige Luftfahrt-Bundesamt ist bei der Festlegung allerdings auf eine Verteilung des entstehenden Fluglärms beschränkt. Das folgt aus seiner insoweit eingeschränkten Kompetenz. Als Zielvorgabe dient ihm Aufgabe, zum Schutz der Bevölkerung auf

⁷² Vgl. Hermann Soell, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, FluglärmG § 5 Rn.17.

⁷³ BVerfG, Beschluß vom 7.10.1980 - 2 BvR 584/76 u.a. - BVerfGE 56, 298 = NJW 1981, 1659 = DVBl 1981, 535 - Memmingen.

⁷⁴ Vgl. Felix Weyreuther, Abwägung der gemeindlichen Belange und Anhörung der Gemeinden bei der Festsetzung von Lärmschutzbereichen?, in: DÖV 1982, 173 ff.; Willi Blümel, Festsetzung von Lärmschutzbereichen und gemeindliche Selbstverwaltungsgarantie, in: VerwArch 79 (1982), S.329 ff.

⁷⁵ BVerwG, Beschluß vom 15.9.1981 - 4 B 117.81 - Buchholz 406.26 § 4 FluglärmG Nr.1 = DÖV 1982, 198; vgl. demgegenüber BVerwG, Urteil vom 11.7.2001 - 11 C 14.00 - BVerwGE 114, 364 = NVwZ 2002, 350 = DVBl 2001, 1848.

eine Minderung des unzumutbaren Lärms hinzuwirken. Die Aufgabe besteht also aus der Sicht der Betroffenen in einer Art Kontingentierung.⁷⁷ Die insoweit bestehenden Beschränkungen des Abwägungsmaterials werden durch eine umfassendere Prüfung im luftrechtlichen Planfeststellungsverfahren ausgeglichen.⁷⁸

Nähere Verfahrensbestimmungen für die Beteiligung der betroffenen Gemeinden bestehen nicht. Das wirft die Frage auf, ob die Umlandgemeinden an der Festsetzung der Flugrouten nach Maßgabe des Art.28 Abs.2 GG zu beteiligen sind. Dies wird in der Rechtsprechung zwar inzwischen bejaht.⁷⁹ Tatsächlich wird derzeit in der Praxis vielfach aber auf eine jeweils individuelle Anhörung der Gemeinden verzichtet oder sie wird nur punktuell vorgenommen. Die festzulegenden Flugrouten werden vielmehr von den örtlichen Fluglärmkommissionen beraten (vgl. § 32 b Abs.4 LuftVG). Diese Vorgehensweise führt indes zu keiner Minderung der Rechtsposition der Umlandgemeinden (vgl. auch unten S. 50). Denn die Mitberatung vermittelt eine deutlich stärkere Einflußnahme der Umlandgemeinden als eine bloße Anhörungsbechtigung.⁸⁰ Kritisch ist hingegen, ob und in welchem Maße das als Verordnunggeber tätige Luftfahrt-Bundesamt seine Abwägungsentscheidung der Deutschen Flugsicherung (DFS) überlassen hat und überlassen darf.⁸¹ Das ist hier nicht zu vertiefen.

6. Betriebsgenehmigung - Nachtflugverbot

Die Betriebsgenehmigung betrifft den aktuellen Flugbetrieb. Die Möglichkeit einer nachträglichen Einschränkung ist nicht ausgeschlossen. Als gesetzliche Ermächtigungsgrundlage wird hierzu auf § 6 Abs.2 Satz 4 LuftVG in Verb. mit § 29 b LuftVG verwiesen.⁸² Einzelheiten

⁷⁶ BVerwG, Urteil vom 28.6.2000 - 11 C 14.99 - BVerwGE 111, 276 = NJW 2000, 3585 = DVBI 2000, 1005; VGH Mannheim, Urteil vom 22.3.2002 - 8 S 1271/01 - DVBI 2002, 1129 = ZUR 2002, 415 - Warteverfahren RILAX - mit Anm. Reimar Buchner; ebenso VGH Kassel, Urteil vom 11.2.2003 - 2 A 1569/01 (Taunusrouten).

⁷⁷ BVerwG, Urteil vom 28.6.2000 - 11 C 14.99 - BVerwGE 111, 276 = NJW 2000, 3585 = DVBI 2000, 1005; ebenso VGH Kassel, Urteil vom 11.2.2003 - 2 A 1569/01 (Taunusrouten); vgl. auch Mediationsbericht, 2. Aufl., 2000, S.92; vgl. auch Alexander Kukuk, in: NVwZ 2001, 408-410.

⁷⁸ BVerwG, Urteil vom 28.6.2000 - 11 C 14.99 - BVerwGE 111, 276 = NJW 2000, 3585 [3586] = DVBI 2000, 1005; ebenso VGH Kassel, Urteil vom 11.2.2003 - 2 A 1569/01 (Taunusrouten).

⁷⁹ VGH Mannheim, Urteil vom 22.3.2002 - 8 S 1271/01 - DVBI 2002, 1129 = ZUR 2002, 415 - Warteverfahren RILAX - mit Anm. R. Buchner; vgl. auch Detlef Cyzbulka, Festlegung von Flugrouten und Flughafenplanung, in: Jan Ziekow (Hrsg.), Flughafenplanung, Planfeststellungsverfahren, Anforderungen an die Planungsentscheidungen, 2001, S.9 [17]; Hans-Heinrich Rupp, Fluglärm: Rechtsschutz gegen die Festlegung von An- und Abflugwegen von und zu Flughäfen durch das Luftfahrt-Bundesamt, in: NVwZ 2002, 286 ff.; umfassend auch Peter Wysk, Ausgewählte Probleme zum Rechtsschutz gegen Fluglärm, 2. Teil, in: ZLW 1998, 285 ff. [289 ff.]; zurückhaltend dagegen VGH Kassel, Urteil vom 11.2.2003 - 2 A 1061/01 - Klage der Stadt Bad Soden u.a., UA S. 14.

⁸⁰ Vgl. OVG Münster, Urteil vom 4.3.2002 - 20 D 120/97 - teilweise veröffentlicht in NZV 2002, 478; zitiert auch nach Norbert Kämper, (Fußn. 29) S. 80 mit Anm. 110; vgl. auch Peter Wysk, (Fußn. 80), S. 289; Johannes Bohl, Zum Rechtsschutz der Gemeinden gegen Flugroutenfestlegungen, in: NVwZ 2001, 764-765.

⁸¹ So zutreffend VGH Kassel, Urteil vom 11.2.2003 - 2 A 1569/01 (Taunusrouten); VGH Mannheim, Urteil vom 22.3.2002 - 8 S 1271/01 - DVBI 2002, 1129 = ZUR 2002, 415 - Warteverfahren RILAX - mit Anm. R. Buchner.

⁸² Vgl. auch Reiner Geulen/Remo Klinger, Rechtsschutz Dritter gegen Flughafenlärm, in: NJW 2001, 1038 ff.; vgl. auch VGH München, Urteil vom 25.2.1998 - 20 A 97.40017 - NVwZ-RR 1998.490, nachgehend BVerwG, Beschluß vom 12.6.1998 - 11 B 19.98 - Buchholz 442.40 § 6 LuftVG Nr.30 = DVBI 1998, 1184.

sind hier nicht darzustellen. In der rechtlichen Struktur handelt es sich um einen teilweisen Widerruf der Genehmigung und/oder des (auch fingierten) Planfeststellungsbeschlusses.⁸³ Das setzt allerdings nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes wohl eine Gesundheitsgefährdung voraus, nicht aber eine unterhalb der Gefährdung bestehende Unzumutbarkeit der Beeinträchtigung.⁸⁴ Einzelheiten sind umstritten.⁸⁵ Der Regelungsgehalt des § 29 b LuftVG ist wohl als kritisch zu beurteilen.⁸⁶ Ob die Vorschrift überhaupt eine eigenständige Eingriffsgrundlage enthält, wird bezweifelt.⁸⁷

7. Umweltverträglichkeitsprüfung

(1) Das nach § 5 UVPG bereits vorgenommene sog. Scoping-Verfahren kann von der zuständigen Behörde fakultativ auch als ein Verfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung ausgestaltet werden.⁸⁸ Das ist im vorliegenden Falle geschehen. Es ist nicht erkennbar, in welcher Hinsicht es insoweit zu einer Rechtsverkürzung der Umlandgemeinden gekommen sein kann. Das Scoping-Verfahren dient nicht der Durchsetzung materieller Rechtspositionen der Umlandgemeinden. Sie sind allerdings gut beraten, sich effektiv am Scoping-Verfahren zu beteiligen.

(2) Eine Öffentlichkeitsbeteiligung nach § 6 Abs.1 UVPG steht - soweit für den Gutachter ersichtlich - derzeit noch aus. Nach § 6 Abs.3 Satz 2 Halbs.2 UVPG bleibt die Verfolgung von Rechten im nachfolgenden Zulassungsverfahren unberührt.

II. Nachteilige Auswirkungen durch Beteiligung am RDF

Die Umlandkommunen äußern die Befürchtung, bereits ihre "Mitgliedschaft" im Regionalen Dialogforum könne sich in den geschilderten administrativen Verfahren als nachteilig herausstellen. Dies könne auch zu einer Beeinträchtigung ihrer Rechtsposition in späteren gerichtli-

⁸³ Vgl. BVerwG, Beschluß vom 19.8.1997 - 11 B 2.97 - Buchholz 442.40 § 9 LuftVG Nr.8 = LKV 1998, 148 - Flughafen Berlin-Tegel - unter Hinweis auf BVerwG, Urteil vom 21.5.1997 - 11 C 1.96 - BVerwGE 105, 6 [Endlager Morsleben]; BVerwG, Urteil vom 29.6.2000 - 11 C 13.99 - BVerwGE 111, 276 [284] = NJW 2000, 3584 = DVBl 2000, 1858; vgl. ferner Peter Wysk, (Fußn. 21), S. 34.

⁸⁴ Etwas anderes ergibt sich nicht aus BVerwG, Urteil vom 27.10.1998 - 11 A 1.97 - BVerwGE 107, 313 = NVwZ 1999, 644 = DVBl 1999, 854 - Flughafen Erfurt.

⁸⁵ So wohl Reinhard Sparwasser/Andreas Voßkuhle, (Fußn. 8), S. 265 mit Anm. 583; kontrovers die Darstellung in der Qualitätssicherung bei Klaus-Martin Groth/Volker Gronefeld, (Fußn. 9), S. 55 ff.

⁸⁶ Vgl. VGH München, Urteil vom 12.4.1994 - 20 A 93.40022 - NVwZ-RR 1995, 117 = BayVBl 1994, 661 [664] = ZWL 1995, 332; OVG Berlin, Urteil vom 2.5.1996 - 2 A 5.92 - DVBl 1997, 73 = ZLW 1997, 378 - Flughafen Berlin-Tegel; Max Hofmann/Edwin Grabherr, (Fußn. 6), § 29 b Rn.3 m.w.N.

⁸⁷ Vgl. BVerwG, Urteil vom 29.1.1991 - 4 C 51.89 - BVerwGE 87, 322 [368 f.] = NVwZ-RR 1991, 601 = DVBl 1991, 1143; Peter Wysk, (Fußn. 21), S. 28.

⁸⁸ Vgl. näher Rudolf Steinberg/Thomas Berg/Martin Wickel, (Fußn. 70), S. 112 ff.

chen Verfahren führen. Jedenfalls lasse sich - so dürfen ihre Überlegungen erweiternd verstanden werden - die Möglichkeit derartiger Nachteile nicht ausschließen.

Für die gutachterliche Beurteilung wird angenommen, daß die Umlandgemeinden die befürchteten Nachteile in einer Minderung ihrer bestehenden oder vermeintlich gegebenen Rechtspositionen in verfahrensrechtlicher oder materiell-rechtlicher Hinsicht erblicken. Gegenstand der gutachterlichen Beurteilung ist dagegen nicht die Frage, ob es sich für Umlandgemeinden aus taktischen Gründen empfiehlt, sich an der Tätigkeit des Regionalen Dialogforums nicht oder nur noch eingeschränkt zu beteiligen.

1. Verwertung der "Arbeitsergebnisse" des RDF

1.1 Die Auffassung des BUND

Der Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland (BUND) hat unter dem 11. Juni 2003 eine Pressemitteilung veröffentlicht, in der er seine Beurteilung seines oder des anderer Beteiligter Verbleibens im Regionalen Dialogforum darlegt. Der Mitteilung liegt die Auffassung zugrunde, daß die im Regionalen Dialogforum geführten Diskussionen in späteren Rechtsstreitigkeiten verwandt werden und daß sich dies - so darf man die Auffassung des BUND ergänzen - nachteilig für den jeweiligen Kläger auswirken kann. Als möglichen Kläger sieht sich ersichtlich auch der BUND selbst.

Die Auffassung des BUND darf dahin verschärft werden, daß neben den im Regionalen Dialogforum geführten Erörterungen auch gewonnene gutachterliche Erkenntnisse Eingang in die geschilderten administrativen Verfahren und auch in nachfolgende Gerichtsverfahren finden. Die Überlegungen, die den BUND zur Aufgabe seiner Beteiligung bewogen haben, können auch für das Verhalten der Umlandgemeinden von Bedeutung sein. Daher werden sie hier behandelt.

1.2 Tatsächliche Verwertung von Mediationsergebnisse

Die Annahme des BUND ist in der Aufnahme des tatsächlichen Befundes durchaus realistisch. In der Tat hat z.B. die Landesplanerische Beurteilung des Regierungspräsidiums Darmstadt vom 10. Juni 2002 bereits auf Ergebnisse des Regionalen Dialogforums Bezug genom-

men. Darauf verweist der BUND in seiner Stellungnahme 11. Juni 2003 mithin zu Recht. An der angegebenen Textstelle heißt es (S.31):

"Schließlich ist im Verfahren nicht der Nachweis erbracht worden, dass faktisch eine erheblich größere Zahl von Bewegungen unter Einhaltung der erforderlichen und zumutbaren Rahmenbedingungen (Flugsicherheit, Verspätungszeiten) machbar wäre. Die Aussagen der DFS im Erörterungstermin sowie mehrerer Gutachter im Rahmen des Regionalen Dialogforums lassen Bewegungszahlen von 900.000 und mehr als nicht ausreichend wahrscheinlich erscheinen."

Man kann noch weiter gehen. Auch der Landesentwicklungsplan Hessen 2000 hat für die hier interessierende Frage der Erweiterung des Flughafens Frankfurt/Main in starkem Maße auf die Ergebnisse des Mediationsverfahrens zurückgegriffen. Für die raumplanerischen Entscheidungen waren als Abwägungsmaterial die umfangreichen Gutachten und Untersuchungen erheblich, die im Rahmen des Mediationsprozesses mit einer Qualitätssicherung als "mediative" Arbeitsergebnisse erstellt worden waren.⁸⁹ Bemerkenswert ist allerdings, daß ein Teil der Umlandgemeinden gerade beklagt, daß die im Mediationsverfahren (Mediationspaket) im Konsens gewonnenen und aufgenommenen Ergebnisse und Erkenntnisse nicht deutlich genug in die Zielsetzungen des Landesentwicklungsplanes Hessen 2000 eingeflossen seien. Das deutet auf eine gewisse politische Ambivalenz kommunaler Zielsetzungen hin.

1.3 Begriff der "Arbeitsergebnisse"

(1) Der hier zunächst benutzte Ausdruck "Arbeitsergebnisse" des Regionalen Dialogforums ist rechtlich unscharf. Der BUND spricht in der erwähnten Stellungnahme vom 11. Juni 2003 von "Diskussionen" des Regionalen Dialogforums und verweist dazu auf "Umstände, Äußerungen und Erkenntnisse, die sich im Rahmen des Regionalen Dialogforums abgespielt" haben.

Einer näheren begrifflichen Präzisierung bedarf es für den vorliegenden Zusammenhang indes nicht, wenn man verschiedene Informationsebenen zum Zwecke ihrer rechtlichen Einordnung unterscheidet. Das Regionale Dialogforum entwickelt Konzepte der Problemlösung. Dies ist "eigene" intellektuelle Arbeit, die in ihren Ergebnissen selbst einen Informationswert besitzt und dadurch für andere "verwertungsfähig" wird. Auch das Zustandekommen dieser zielori-

entierten und zielorientierenden Ergebnisse - etwa im Konsens oder im (noch nicht ausgetragenen) Konflikt kann ohne Frage für andere einen verwertungsfähigen Informationswert besitzen. Das Regionale Dialogforum veranlaßt ferner in vielfältiger Weise gutachterliche Tätigkeiten Dritter, und zwar mit durchaus differenzierenden Zielen. Das ist gerade eine besondere Leistungsstärke des Forums, welche über die tatsächlichen Möglichkeiten vor allem der Umlandgemeinden deutlich hinausgeht.⁹⁰

Beispielsweise hat das Regionale Dialogforum für das zentrale Problem des "Nachtfluges" eine sog. Machbarkeitsstudie in Auftrag gegeben.⁹¹ Teilweise geschehen die insoweit erforderlichen "Erkundungen" über tatsächliche und rechtliche Verhältnisse durch die dem Forum nachgeordneten Projektgruppen. Die rechtliche, tatsächliche und auch politisch-bewertende Beurteilung derartiger extern gewonnener Ergebnisse durch das Regionale Dialogforum selbst und durch seine verschiedenen Mitglieder stellt ebenfalls einen verwertungsfähigen Informationswert dar. Auch der Vorgang der Meinungsbildung innerhalb des Regionalen Dialogforums und die Art und Weise der im Forum aufgenommenen und verfügbaren Informationen bilden - gleichsam auf einer Metaebene - verwertungsfähige Informationswerte ab.

(2) Stets geht es um Informationen und Erkenntnisgewinn, welche von anderen Informations- und Entscheidungsträgern aufgenommen und bewertend eingeordnet werden. Als Handlungsträger ist das Regionale Dialogforum zudem selbst Gegenstand beurteilungsfähiger Informationen. Für die Beantwortung der im vorliegenden Zusammenhang aufgeworfene n Frage der Verwertbarkeit genügt es, drei Bereiche jedenfalls analytisch zu trennen und nachfolgend zu beurteilen:

[1] Informationsgegenstände können sich auf tatsächliche Umstände beziehen, mithin auf empirisches Wissen. Es handelt sich um entscheidungserhebliche Sachverhalte. Im Rahmen der Planfeststellung stellt dies den maßgebenden Gesichtspunkt dar. Welchen Umfang und welche Intensität dieses Material für eine sachgerechte Entscheidung besitzen muß, richtet sich aufgrund der gesetzlichen Vorgaben einer Standardformel des Bundesverwaltungsgericht-

⁸⁹ Vgl. auch Werner Müller, Flughafenbau in der Landesplanung. Planungsstände in den Bundesländern, in: Hans-Joachim Koch (Hrsg.), Umweltprobleme des Luftverkehrs, 2003, S.97-103 [101]; vgl. ferner Thorsten Siegel, Mediation in der luftverkehrsrechtlichen Planfeststellung, in: Jan Ziekow (Hrsg.), Flughafenplanung - Planfeststellungsverfahren - Anforderungen an die Planungsentscheidung, 2002, S.77-116.

⁹⁰ Vgl. auch Bernd Holznagel/Ulrich Ramsauer, Konsensuale Sachverhaltsermittlung als Mediationsziel - Data-Mediation am Beispiel der Verhandlungen über den Hamburger Autobahndeckel. Forschungsjournal NSB (Neue Soziale Bewegungen), 1997, S.65 ff.

⁹¹ Vgl. Stephan Hobe/Wilhelm Stoffel/Reinhard Sparwasser/Andreas Voßkuhle, (Fußn. 14); Martin Groth/Volker Gronefeld, (Fußn. 9).

tes folgend "nach Lage der Dinge".⁹²[2] Informationsgegenstände können sich ferner auf Rechtsansichten beziehen, die eine bestehende oder auch künftige Rechtslage beurteilen. Das gilt etwa für die erwähnte Machbarkeitsstudie zur rechtlichen Umsetzung eines "Nachtflugverbotes". Derartige Wissensbestände über Rechtslagen sind indes nicht selbst Gegenstand eines (fachplanerischen) Abwägungsmaterials. Sie sind allein für die Beantwortung der Frage bedeutsam, ob das Verhalten eines Entscheidungsträgers rechtmäßig oder rechtswidrig ist. [3] Die zu erörternden Befürchtungen der Umlandgemeinden betreffen auch das eigene Informationsverhalten und damit tatsächliche Aspekte ihrer Mitwirkung im Regionalen Dialogforum. Die Umlandgemeinden nehmen an, sie würden durch ihre Mitwirkung Träger von Informationen und dies könne ihnen in administrativen und gerichtlichen Entscheidungsverfahren mit für sie nachteiligen Konsequenzen "vorgehalten" werden.

1.4 Kein verfahrensrechtliches Verwertungsverbot

Der skizzierten Ansicht des BUND und auch derjenigen Gemeinden, die sich dieser Auffassung angeschlossen haben, ist mittelbar die These zu entnehmen, tatsächliche oder rechtliche Erkenntnisse, die im Rahmen des Regionalen Dialogforums gewonnen worden seien, könnten in den gesetzlich vorgesehenen Verwaltungsverfahren - je "nach Lage der Dinge" - verwertet werden. Das könne den "wahren" eigenen Interessen widersprechen. Ein Ausschluß der Berücksichtigung der im Rahmen des Regionalen Dialogforums gewonnenen Erkenntnisse könnte indes in rechtlicher Hinsicht im Sinne eines Verwertungsverbotes nicht erreicht werden. Entsprechend der vorstehend vorgenommenen Aufteilung der Informationsbereiche ist zur Beurteilung dieser Sichtweise zu unterscheiden:

1.4.1 Empirische Erkenntnisse (Arbeitsergebnisse)

(1) Die vom BUND vertretene Ansicht, gesetzlich vorgesehene Verwaltungsverfahren könnten auch auf tatsächliche Erkenntnisse zurückgreifen, die im Rahmen des Regionalen Dialogforums gewonnen worden seien, trifft rechtlich zu. Das bezieht sich namentlich auf das Abwägungsmaterial, wie es "nach Lage der Dinge" im Planfeststellungsverfahren zu ermitteln ist. Alle gesetzlich vorgesehenen Verwaltungsverfahren und späteren gerichtliche Verfahren sind dem Grundsatz der Amtsermittlung verpflichtet (vgl. § 24 VwVfG, § 86 Abs.1 VwGO).

⁹² Vgl. etwa BVerwG, Beschluß vom 23.3.1992 - 4 B 218.91 - Buchholz 316 § 75 VwVfG Nr.6; Beschluß vom 26.8.1998 - 11 VR 4.98 - Buchholz 442.09 § 20 AEG Nr.22 = NVwZ 1999, 535; vgl. auch bereits BVerwG, Urteil vom 14.12.1975 - 4 C 21.74 - BVerwGE 48, 56

Von dieser gesetzlichen Pflicht könnte nur der Gesetzgeber selbst dispensieren. Das ist für das Regionale Dialogforum nicht geschehen und könnte - soweit es sich um bundesrechtlich geordnete Verfahren handelt - vom hessischen Landesgesetzgeber auch nicht erreicht werden. Ein außermediativer Zugriff läßt sich nicht ausschließen.

(2) § 24 Abs.1 und 2 in Verb. mit § 26 Abs.1 VwVfG überläßt es in den vom Verfahrensgegenstand gezogenen Grenzen grundsätzlich dem pflichtgemäßen Ermessen der Behörde, welche Mittel sie zur Erforschung des Sachverhaltes anwendet.⁹³ Der Planfeststellungsbehörde oder anderen administrativen Entscheidern ist es mithin rechtlich unbenommen, bei ihrer Entscheidung auch Gutachten zu berücksichtigen, die nicht von ihr, sondern von Verfahrensbeteiligten oder von anderen Behörden eingeholt worden sind.⁹⁴ Das gilt auch für private Gutachten.⁹⁵ Der Grundsatz des fairen Verfahrens steht dem nicht entgegen. Gleichwohl wirft diese Vorgehensweise naturgemäß die Frage nach der Parteilichkeit derartiger Gutachten auf. Verwertungsverbote bestehen indes nicht. Allerdings gilt der Vorbehalt trichterlicher Bewertung: Je unzweifelhafter ein derartiges externes behördliches oder auch privates Gutachten als Ausdruck der Sachkundigkeit, der Unparteilichkeit und der Objektivität zu qualifizieren ist, desto unbedenklicher eignet es sich als erhebliche Stütze für die gebotene administrative Entscheidung.⁹⁶

(3) Für den vorliegenden Zusammenhang bedeutet dies: Die geforderte Unparteilichkeit der gutachterlichen Stellungnahmen, die im Regionalen Dialogforum jedenfalls bislang initiiert wurden, kann kaum in Zweifel gezogen werden. Die bislang vom Konsens getragene Arbeitsweise des Regionalen Dialogforums begründet eine hinreichende Gewähr für die Zielsetzung der zu erreichenden Unparteilichkeit. Die vereinbarte Vorgehensweise der sog. Qualitätssicherung erhöht zudem den Grad der fachlichen Güte und der Objektivität. Aus dieser Sicht gibt es keinen erkennbaren inhaltlichen Grund, dem administrativen Entscheider den Zugriff auf Gutachten zu versagen, die zu erstellen das Regionale Dialogforum veranlaßt hat und dessen Ergebnisse darüber hinaus im Regionalen Dialogforum diskutierbar gemacht wurden. Vielmehr steht es gemäß § 26 Abs.1 VwVfG im pflichtgemäßen Ermessen des Entschei-

[63]; Urteil vom 7.7.1978 - 4 C 79.76 u.a. - BVerwGE 56, 110 [128] = NJW 1979, 64; vgl. auch Jan-Dirk Just, Ermittlung und Einstellung von Belangen bei der planerischen Abwägung, 1996.

⁹³ BVerwG, Beschluß vom 26.8.1998 - 11 VR 4.98 - Buchholz 442.09 § 20 AEG Nr. 22 = NVwZ 1999, 535 = UPR 1999, 145.

⁹⁴ Vgl. BVerwG, Beschluß vom 23.2.1994 - 4 B 35.94 - Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr.97 = NVwZ 1994, 688 = DVBl 1994, 763 unter Bezug auf BVerwG, Urteil vom 5.12.1986 - 4 C 13.85 - BVerwGE 75, 214 = NVwZ 1987, 578 - Flughafen München II; vgl. auch BVerwG, Urteil vom 8.6.1979 - 4 C 1.79 - Buchholz 310 § 86 Abs.1 VwGO Nr.120 = NJW 1980, 900; Beschluß vom 18.1.1982 - 7 B 254.81 - Buchholz 310 § 86 Abs.1 VwGO Nr.137 = NVwZ 1982, 309.

⁹⁵ Vgl. Werner Hoppe/Ralf Bleicher, Rechtsprobleme bei der Verfahrensprivatisierung von Standortauswahlverfahren im Abfallrecht, in: NVwZ 1996, 421 ff. (abfallrechtliches Standortauswahlverfahren).

ders, welcher Aufklärungsmittel er sich zur Ermittlung des maßgebenden Sachverhaltes bedienen will.

Tatsächliche Erkenntnisse, die im Rahmen des Regionalen Dialogforums gewonnen worden sind, sind in ihrer rechtlichen Erheblichkeit zudem ambivalent. Sie können für bestehende oder vermeintlich gegebene Rechtspositionen des BUND oder der Umlandgemeinden "positiv", aber selbstverständlich auch nachteilig sein. Sollte dies der BUND mit seiner Stellungnahme vom 11. Juni 2003 zum Ausdruck bringen, so trifft diese Auffassung ebenfalls zu. An der objektiven Rechtslage, wie sie im gesetzlichen vorgesehene Verwaltungsverfahren oder in einem Rechtsschutzverfahren jeweils von Amts wegen zu erkennen ist, ändert dies allerdings nichts. Die Erwägungen des BUND übersehen indes, daß Erkenntnisse, die im Rahmen des Regionalen Dialogforums gewonnen werden, sich in den gesetzlich vorgesehenen Verfahren auch positiv auswirken können. Das gilt auch für die Umlandgemeinden, indes noch um vieles mehr für die Belange betroffener Bürger, deren Rechtsinteressen die Gemeinden in den anstehenden formalisierten Verwaltungsverfahren nicht vertreten können. Das alles gilt erst recht, wenn man spätere gerichtliche Verfahren betrachtet. Unter diesen Voraussetzungen ist gerade der Verzicht der Bürgerinitiativen auf Teilnahme am Regionalen Dialogforum jedenfalls in rechtlicher Hinsicht kaum verständlich.

Ein weiteres kommt hinzu: Nach § 10 Abs.8 Satz 1 LuftVG sind Mängel bei der planerischen Abwägung nur erheblich, wenn sie offensichtlich und auf das Abwägungsergebnis von Einfluß gewesen sind.⁹⁷ Einen Schutz des Vertrauens dahin, daß sich ein "öffentlicher" Kläger in vorangegangenen Verfahrensabschnitten habe darauf verlassen können, noch im gerichtlichen Verfahren Fehler geltend zu machen, die nicht "offensichtlich" sind, gibt es zwar nicht.⁹⁸ Sind indes namentlich gutachterliche Erkenntnisse, die im Regionalen Dialogforum gewonnen wurden, allgemein zugänglich, so begründet dies gerade im gerichtlichen Verfahren die zu prüfende Offensichtlichkeit. Insoweit können sich die im Regionalen Dialogforum gewonnenen Erkenntnisse in ihrer Abwägungserheblichkeit gerade zugunsten der Rechtsposition der Umlandgemeinden auswirken.

⁹⁶ Vgl. BVerwG, Beschluß vom 23.2.1994 - 4 B 35.94 - Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr.97 = NVwZ 1994, 688 = DVBl 1994, 763.

⁹⁷ Nach VGH Mannheim, Urteil vom 22.6.2001 - 8 S 2225/00 - juris, nachfolgend und bejahend BVerwG, Beschluß vom 20.2.2002 - 9 B 63.01 - UPR 2002, 275 = NuR 2002, 410, auf Genehmigungen nach § 6 LuftVG entsprechend anwendbar; zu inhaltsgleichen § 17 Abs.6 c Satz 1 FStrG BVerwG, Beschluß vom 16.8.1995 - 4 B 92.95 - Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr.104 = NVwZ-RR 1996, 68 unter Bezug auf BVerwG, Beschluß vom 20.1.1992 - 4 B 71.90 - Buchholz 406.11 § 214 BauGB Nr.5 = NVwZ 1992, 663; Beschluß vom 29.1.1992 - 4 NB 22.90 - Buchholz 406.11 § 214 BauGB Nr.6 = NVwZ 1992, 662; Beschluß vom 20.1.1995 - 4 NB 43.93 - Buchholz 406.11 § 9 BauGB Nr.76 = NVwZ 1995, 692 = DVBl 1995, 518.

(4) Legt der administrative Entscheider seiner Entscheidung externe fachgutachterliche Stellungnahmen zugrunde, so kann dies auch in anderer Hinsicht von erheblicher prozessualer Bedeutung sein. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes kann ein behördliches Fachgutachten grundsätzlich nur unter denselben Voraussetzungen angegriffen werden wie ein gerichtliches Sachverständigengutachten.⁹⁹ Das Einholen zusätzlicher Sachverständigengutachten oder gutachterlicher Stellungnahmen liegt alsdann nach § 98 VwGO in Verb. mit §§ 404 Abs.1, 412 Abs.1 ZPO im Ermessen des Tatsachengerichtes.¹⁰⁰ Dazu gelten im Grundsatz die gleichen prozessualen Anforderungen, die auch erforderlich wären, um gegenüber einem gerichtlich veranlaßten Sachverständigengutachten ein "Obergutachten" zu erreichen. Das bedeutet zweierlei: Die Tatsacheninstanz ist verfahrensrechtlich nicht daran gehindert, auch die im Verwaltungsverfahren eingeholten Gutachten und Äußerungen im Wege des Urkundenbeweises bei der Urteilsfindung zu verwerten.¹⁰¹ Das Gericht darf gemäß § 98 VwGO in entsprechender Anwendung des § 412 ZPO grundsätzlich nach seinem tatrichterlichen Ermessen entscheiden, ob es im vorliegenden Verfahren zusätzliche Auskünfte und zusätzliche Sachverständigengutachten einholt.¹⁰²

Es liegt nicht von vornherein außerhalb der Betrachtung, daß ein Gutachten, welches im Rahmen des Regionalen Dialogforums erstellt und durch eine Qualitätssicherung beurteilt wurde, im gerichtlichen Verfahren nur unter den skizzierten "erschweren" Voraussetzungen angegriffen werden kann. Jedenfalls läßt sich diese Möglichkeit nicht ausschließen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes ist die Verwertung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens unzulässig, wenn [1] das Gutachten unvollständig, widersprüchlich oder aus anderen Gründen nicht überzeugend ist, oder wenn [2] das Gutachten von unzutreffenden tatsächlichen Voraussetzungen ausgeht, oder wenn [3] der Sachverständige erkennbar nicht über die notwendige Sachkunde verfügt oder Zweifel an seiner Unparteilichkeit bestehen, oder wenn [4] sich durch neuen entscheidungserheblichen Sachvortrag der Beteiligten oder durch eigene Ermittlungstätigkeit des Gerichts die Bedeutung der vom Sachverständigen

⁹⁸ BVerwG, Beschluß vom 11.4.1995 - 4 B 61.95 - Buchholz 316 § 73 VwVfG Nr.8 = NVwZ-RR 1997, 212.

⁹⁹ Vgl. BVerwG, Urteil vom 7.7.1978 - 4 C 79.76 u.a. - BVerwGE 56, 110 [127] = NJW 1979, 64 = DVBl 1978, 845; Urteil vom 17.10.1978 - 8 C 48.68 - Buchholz 310 § 86 Abs.1 VwGO Nr.79; Urteil vom 8.6.1979 - 4 C 1.79 - Buchholz 310 § 86 Abs.1 VwGO = NJW 1980, 900 = DVBl 1980, 593 [594]; Beschluß vom 18.1.1982 - 7 B 254.81 - Buchholz 310 § 86 Abs.1 VwGO Nr.137 = NVwZ 1982, 309; Urteil vom 5.12.1986 - 4 C 13.85 - BVerwGE 75, 214 = NVwZ 1987, 578 = DVBl 1987, 573; Beschluß vom 18.1.1989 - 2 B 177.88 - DokBer B 1989, 88; Beschluß vom 13.2.1992 - 4 B 39.92 - Buchholz 310 § 98 VwGO Nr.42 = NVwZ 1993, 268.

¹⁰⁰ Vgl. BVerwG, Beschluß vom 13.2.1992 - 4 B 39.92 - Buchholz 310 § 98 VwGO Nr.42 = NVwZ 1993, 268; Urteil vom 6.10.1987 - 9 C 12.87 - Buchholz 310 § 98 VwGO Nr.31; Urteil vom 15.10.1985 - 9 C 3.85 - Buchholz 402.245 § 1 AsylVfG Nr.36; Beschluß vom 23.4.1996 - 11 B 96.95 - Buchholz 310 § 132 Abs.2 Ziff.1 VwGO = NVwZ 1996, 1010.

¹⁰¹ BVerwG, Beschluß vom 4.12.1991 - 2 B 135.91 - Buchholz 310 § 86 Abs.1 VwGO Nr.238; Beschluß vom 18.1.1982 - 7 B 254.81 - Buchholz 310 § 86 Abs.1 VwGO Nr.137 = DÖV 1982, 410.

¹⁰² BVerwG, Beschluß vom 4.12.1991 - 2 B 135.91 - Buchholz 310 § 86 Abs.1 VwGO Nr. 238; Urteil vom 8.6.1979 - 4 C 1.79 - Buchholz § 86 Abs.1 VwGO Nr.120 = NJW 1980, 900; Beschluß vom 27.10.1987 - 7 B 64.87 - Buchholz 401.64 § 3 Hand- und Spanndienste Nr.1; vgl. hierzu auch "ermahnend" Peter Wysk, (Fußn. 10), S. 287 ff. zur "typischen" Gutachtenkritik.

digen zu klärenden Fragen verändert, oder wenn [5] ein anderer Sachverständiger über neue oder überlegenere Forschungsmittel oder über größere Erfahrung verfügt oder wenn [6] das Beweisergebnis durch substantiierten Vortrag eines der Beteiligten oder durch eigene Überlegungen des Gerichts ernsthaft erschüttert wird.¹⁰³ Angesichts dieser prozessualen Grenzen liegt es nahe, sich bereits im Stadium der Erstellung des Gutachtens zu beteiligen, um eigene Rechtspositionen gleichsam präventiv zu wahren.

1.4.2 Rechtliche Erkenntnisse (Arbeitsergebnisse)

Die durch das Regionale Dialogforum initiierten Informationsbestände können sich - wie erörtert - auch auf "bloße" Rechtsansichten beziehen. Diese können bestehende oder künftige Rechtslagen zum Gegenstand haben. Für eine Rechtsansicht gibt es ihrer Natur nach kein irgendwie geartetes Verwertungsverbot. Zwar ist der Umstand, wer eine bestimmte Rechtsansicht in welchem Zusammenhang äußert oder wer zu einer geäußerten Rechtsansicht Stellung bezieht oder dies gerade unterläßt, einer tatsächlichen Beurteilung zugänglich. Daran können sich auch Rechtsfolgen knüpfen. Der Inhalt einer Rechtsansicht selbst ist jedoch ein untaugliches Objekt, um darauf die Frage der zugelassenen Verwertung zu beziehen. Kurz gesagt: Es gibt kein Verbot rechtlichen Denkens.

Die mögliche Befürchtung der Umlandgemeinden, es werde im Regionalen Dialogforum zuviel, zu wenig oder gar nicht in rechtlichen Dimensionen gedacht, entzieht sich mithin rechtlicher Qualifizierung. Ob in den geschilderten administrativen Entscheidungsverfahren die jeweils maßgebenden rechtlichen Voraussetzungen sachgerechter Entscheidung "richtig" erkannt und angewandt werden, ist eine Frage der rechtlichen Qualität der Entscheidung selbst. Diese ist nicht davon abhängig, wer der Autor einer bestimmten rechtlichen Ansicht war oder wird. Es mag gewiß faktische Zusammenhänge in dem Prozeß der Meinungsbildung geben. Dies kann auch dazu führen, ob die eine Ansicht eher als "vertretbar" als die andere erscheint. Indes wird in unserer Rechtsordnung über die objektive Maßgeblichkeit einer Rechtsansicht weder aufgrund konsensualer Verfahren noch durch mehrheitsbildende Abstimmung entschieden. Deshalb gibt es aus Rechtsgründen auch keinen Kausalzusammenhang zwischen dem Inhalt und der objektiven Maßgeblichkeit einer Rechtsansicht und demjenigen, der die

¹⁰³ BVerwG, Beschluß vom 26.6.1992 - 4 B 1-11.92 - Buchholz 407.4 FStrG Nr.89 = DVBl 1992, 1435 zum gerichtlichen Sachverständigenbeweis; ebenso u.a. BVerwG, Urteil vom 6.10.1987 - 9 C 12.87 - Buchholz 310 § 98 VwGO Nr.31; Urteil vom 23.5.1989 - 7 C 2.87 - Buchholz 11 Art.4 GG Nr.45; Beschluß vom 4.12.1991 - 2 B 135.91 - Buchholz 310 § 86 Abs.1 VwGO Nr.238; Beschluß vom 21.9.1994 - 1 B 131.93 - Buchholz 310 § 98 VwGO Nr. 46; Beschluß vom 30.3.1995 - 8 B 167.94 - Buchholz 310 § 86 Abs.1 VwGO Nr.48; Beschluß vom 27.2.2001 - 1 B 206.00 - juris.

Ansicht geäußert hat. Die Maßgeblichkeit und auch die Kenntnis des anzuwendenden Rechts setzt die Gesetzesbindung des Art.20 Abs.3 GG als nicht weiter hinterfragbar voraus. Die "richtige" Ansicht ist als solches nicht verhandelbar.

1.4.3 Eigenes Informationsverhalten im RDF

Die hier zu erörternden Befürchtungen der Umlandgemeinden betreffen auch den tatsächlichen Aspekt ihrer Mitwirkung im Regionalen Dialogforum.

Das Verhalten jedes einzelnen Mitgliedes im Regionalen Dialogforum ist selbständiger Gegenstand empirischen Wissens. Sollte sich das Regionale Dialogforum als ein "informeller Gesprächskreis" ohne Außenwirkung verstehen, so wäre dies eine unzutreffende rechtliche Sichtweise, wenn mit dieser Beurteilung eine in jeder Hinsicht angenommene Unverbindlichkeit gemeint sein sollte. Alle gesetzlich vorgesehenen Verwaltungsverfahren und späteren gerichtlichen Verfahren sind - wie ausgeführt - dem Grundsatz der Amtsermittlung verpflichtet. Der Grundsatz der Untersuchungspflicht bezieht sich indes allein auf die Ermittlung des maßgebenden Sachverhaltes. Dazu hat die Behörde gemäß § 24 Abs.2 VwVfG alle für den Einzelfall bedeutsamen Umstände zu berücksichtigen. Der insoweit maßgebende Rahmen wird allein durch die rechtliche Beurteilung abgesteckt, welche die entscheidende Behörde in dem ihr vorgegebenen und konkreten Entscheidungsprogramm zugrunde zu legen hat. Diese Grenzen werden letztlich durch das maßgebende materielle Recht bestimmt.

2. Regionales Dialogforum als "Abwägungssubstitut"?

2.1 Rechtsgrundlagen

(1) Umlandgemeinden tragen als Befürchtung vor, das Regionale Dialogforum zeige eine Arbeitsintensität in der Zusammenstellung des entscheidungserheblichen Abwägungsmaterials, daß für ein eigenständiges Planfeststellungsverfahren kein Raum mehr bleibe. Zumindest stehe das Regionale Dialogforum in der Gefahr, das Planfeststellungsverfahren insoweit zu substituieren. Mit dieser vorgetragenen Befürchtung wird die Entscheidung motiviert, eine "Mitwirkung" am Regionalen Dialogforum jetzt oder demnächst aufzugeben. Die so gegebene Begründung erweist sich in rechtlicher Hinsicht als nicht durchgreifend.

(2) Das luftverkehrsrechtliche Entscheidungsverfahren - sei es etwa als Genehmigungsverfahren oder als Planfeststellungsverfahren - erfordert eine selbständige, autonome Entscheidung. Daraus hat das Bundesverwaltungsgericht u.a. die Folgerung abgeleitet, daß das gesamte Entscheidungsverfahren dem Grundsatz des fairen Verwaltungsverfahrens zu genügen hat¹⁰⁴ Das Bundesverwaltungsgericht verlangt für den hoheitlichen Entscheidungsträger die normative und tatsächliche Offenheit der planerischen Entscheidungslage.¹⁰⁵ Die Behörde darf sich ihre Verfahrensherrschaft nicht substantiell nehmen lassen. Sie darf sich mithin nicht in eine bloße "Ratifikationslage" abdrängen lassen.¹⁰⁶ Die zuständige Behörde hat die sachbezogene Abwägung selbst zu treffen. Sie darf den Abwägungsvorgang dabei nicht zu einem Aushandeln der zu beachtenden Belange degenerieren lassen.¹⁰⁷ Gleichwohl kann die zuständige Behörde sich der Hilfe Dritter, auch anderer Behörden, bedienen.¹⁰⁸ Von ihr kann also nicht gefordert werden, nur mit eigenen Fachkräften die maßgebenden Entscheidungsgrundlagen zu erarbeiten. Die Behörde muß jedoch auch dann noch "Herr" der von ihr zu verantwortenden Entscheidung im Sinne fachbezogener Integrität bleiben.

(3) Die entscheidende Behörde macht von der ihr zugewiesenen Ermächtigungsgrundlage dann fehlerhaften Gebrauch, wenn sie die allein ihr aufgetragene Entscheidungskompetenz nicht selbständig oder allenfalls nur äußerlich wahrnimmt. Das gilt insbesondere dann, wenn das materielle Entscheidungsprogramm autonome Elemente der Beurteilung, der Prognose und der konfliktbezogenen Abwägung privater und öffentlicher Belange enthält. Da hier in aller Regel gleichzeitig nur eine eingeschränkte gerichtliche Kontrolle gegeben ist, darf die Entscheidungsfindung mithin nicht "delegiert" werden. Anderenfalls fehlt es an der gebotenen Abwägungsbereitschaft. Ein derartiger Mangel stellt unzweifelhaft einen Rechtsfehler dar, der im gerichtlichen Verfahren als Abwägungsmangel erfolgreich geltend gemacht werden kann. Diese Möglichkeit setzt allerdings - soweit vorgesehen - eine Beteiligung des Betroffenen am Aufstellungs- und Entscheidungsverfahren voraus (vgl. dazu näher unten S. 53 ff.). Mit der Annahme selbst einer auch nur faktischen Bindung würde sich der Entscheider unweigerlich einem sehr hohen Risiko eines Rechtsfehlers aussetzen.¹⁰⁹

¹⁰⁴ BVerwG, Urteil vom 5.12.1996 - 4 C 13.85 - BVerwGE 75, 214 = NVwZ 1987, 578 = DVBl 1987, 573 - Flughafen München II.

¹⁰⁵ Vgl. BVerwG, Urteil vom 5.7.1974 - 4 C 50.72 - BVerwGE 45, 309 = NJW 1975, 70 - Flachglas; Urteil vom 5.12.1986 - 4 C 13.85 - BVerwGE 75, 214 [230] = NVwZ 1987, 578 = DVBl 1987, 573 - Flughafen München II.

¹⁰⁶ Vgl. Rainer Wahl, Die Einschaltung privatrechtlich organisierter Verwaltungseinrichtungen in den Straßenbau, in: DVBl 1993, 521 ff.

¹⁰⁷ So ausdrücklich BVerwG, Urteil vom 5.12.1986 - 4 C 13.85 - BVerwGE 75, 214 [231] = NVwZ 1987, 578 = DVBl 1987, 573 - Flughafen München II.

¹⁰⁸ Vgl. allg. Udo di Fabio, Verwaltungsentscheidung durch externen Sachverstand, in: VerwArch 1990, 193-227 (u.a. zum arzneimittelrechtlichen Zulassungsverfahren).

¹⁰⁹ Vgl. auch Ferdinand O. Kopp/Ulrich Ramsauer, VwVfG, 7. Aufl., 2000, Einf.86, § 9 Rn.5; Eberhard Schmidt-Abmann, Konfliktmittlung in der Dogmatik der deutschen Verwaltungsrechts, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Abmann (Hrsg.), Konfliktbewältigung durch Verhandlung, Bd. II: Konfliktmittlung im Verwaltungsverfahren, 1990, S.9 ff. [27]; Bernhard Holznel, Konfliktlösung durch Ver-

Die Möglichkeit der rechtlich korrekten "Umsetzung" von Ergebnissen mediativer Verfahrensweisen in spätere formelle Entscheidungsabläufe ist allerdings im Schrifttum noch nicht abschließend geklärt.¹¹⁰ Jede Art eingeschränkter "Vorwirkung" des Mediationsergebnisses muß sich mit dem Außerachtlassen legitimer Belange der an einem "selektiven" Mediationsverfahren unbeteiligten Betroffenen auseinandersetzen. Dies bedarf hier indes keiner Vertiefung. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes setzt die Annahme einer auch nur faktischen Vorabbindung des formellen Entscheidungsverfahrens - wenn überhaupt - in jedem Falle voraus, daß die "vorab" gefundene Entscheidung inhaltlich nicht zu beanstanden ist und die bestehende Zuständigkeitsordnung wahrt.¹¹¹ Die zuletzt genannte Voraussetzung liegt hier nicht vor. Am Regionalen Dialogforum sind die administrativen Entscheider "absichtsvoll" nicht beteiligt. Damit entfällt die vom Bundesverwaltungsgericht für die Annahme einer denkbaren faktischen Bindung ausgesprochene Voraussetzung.

(4) Im Schrifttum ist die Frage der erforderlichen substantiellen Planungsentscheidung u.a. am Beispiel der Dienstleistung der Deutsche Einheit Fernstraßenplanungs- und Baugesellschaft mbH (DEGES) erörtert worden. Gefragt wird, ob sich einzelne "neuen" Bundesländer im Rahmen verkehrlicher Planfeststellung im Sinne einer "Verfahrensprivatisierung" in einem zu hohen Maße der DEGES bedient haben.¹¹² Das Bundesverwaltungsgericht hat die Frage bislang nicht aufgegriffen. Es hat aber für die Bauleitplanung die Zulässigkeit einer auch nur faktischen Vorwegentscheidung verneint und die verfahrensmäßige Einheit von Entscheidungskompetenz und autonomer Beurteilung des Abwägungsmaterials betont.¹¹³ Diese Sichtweise ist ohne weiteres auch fachplanerische Entscheidungsabläufe übertragbar. Zur Klarstellung ist zu betonen, daß die Arbeitsweise der DEGES keinen mediativen Ansatz verfolgt.

handlungen - Aushandlungsprozesse als Mittel der Konfliktverarbeitung ..., 1990, S.214; Helmuth Schulze-Fielitz, Kooperatives Recht im Spannungsfeld von Rechtsprinzip und Verfahrensökonomie, in: DVBl 1994, 657 ff.

¹¹⁰ Vgl. Edmund Brandt, Umsetzung von Ergebnissen informeller Aushandlungen in formelle Entscheidungen, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt -Aßmann (Hrsg.), Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, Bd.II: Konfliktmittlung in Verwaltungsverfahren, 1990, S. 239 ff.; Ulrich Beyerlein, Schutzpflicht der Verwaltung gegenüber dem Bürger außerhalb des formellen Verwaltungsverfahrens? Überlegungen zu Problemen der heutigen Verwaltungspraxis, in: NJW 1987, 2713 ff. [2719]. Geringere Bedenken gegen eine faktische Bindung bei Thorsten Siegel, (Fußn. 89), S. 110 ff mit Anm. 190.

¹¹¹ BVerwG, Urteil vom 5.7.1974 - 4 C 50.72 - BVerwGE 45, 309 = NJW 1975, 70 = DVBl 1974, 767 - Flachglas.

¹¹² Vgl. Volker Stehlin, Einschaltung privatrechtlich organisierter Verwaltungseinrichtungen in die Verkehrswegeplanung, 1997; Franz-Joseph Peine, Verfahrensprivatisierung in der Verkehrswegeplanung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/JensPeter Schneider (Hrsg.), Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht, 1996, S.95 ff. [109 f.]; Jörg Berkemann, Privatisierung der Verwaltungstätigkeit - Folgen für den Verwaltungsrechtsschutz, in: SächsVBl 2002, 279 ff. [285].

2.2 Regionales Dialogforum als "tatsächliches Abwägungssubstitut"?

(1) Die Arbeitsunterlagen und Arbeitsweisen des Regionalen Dialogforums - soweit sie dem Gutachter zugänglich waren - ergeben nicht, daß das Regionale Dialogforum in der Zielsetzung oder jedenfalls in seinem tatsächlichen Verhalten die inhaltlichen Voraussetzungen dafür schafft, um spätere eigenständige Entscheidungen der gesetzlich vorgesehenen Verfahren bereits faktisch "im Vorfeld" zu substituieren.

(2) Die Arbeitsweise des Regionalen Dialogforums ist umfassend angelegt (Interessenclearing). Das liegt in der für jedermann offenen Zielsetzung des Forums begründet, wie diese bereits im Mediationspaket vorgeschlagen worden war. Der Versuch der beabsichtigten breiten Problem- und Konsensfindung unter mediativen Gesichtspunkten verbietet dem Forum gerade eine enge, nur an späteren rechtlichen Entscheidungsgrenzen ausgerichtete Arbeitsweise. Die dem Gutachter zugänglichen Informationen im Internet und in der Presse und Protokollinhalte deuten für den Gutachter übrigens an, daß die im Regionalen Dialogforum bislang behandelten Themen eher im kommunalen Interesse lagen. Allerdings steht diese Einschätzung unter dem zu betonenden Vorbehalt, daß das Regionale Dialogforum seiner Arbeit - insoweit unverändert - die Rechtsverbindlichkeit der raumplanerischen Zielsetzung Nr.7.4 des Landesentwicklungsplans Hessen 2000 zugrunde legte.

Die demgemäß beabsichtigte und erkennbare offene Dialogstruktur soll gerade nicht primär der Umsetzung "angemeldeter" Forderungen dienen. Die z.B. in der angeführten Stellungnahme des BUND vom 11. Juni 2003 erkennbare andersartige Erwartung ist zwar immanent nicht zu kritisieren, stellt aber - wie der BUND auch nicht leugnet - die Zielsetzung des Regionalen Dialogforums grundsätzlich zur Disposition. Dies ist letztlich für den BUND eine Frage taktischer Vorgehensweise und politischer Bewertung im Hinblick auf eigene Zielvorgaben. Rechtsgründe können jedenfalls nicht angeführt werden.

(3) Das Regionale Dialogforum hat bislang mediativ und konsensual vermittelte Verfahrenswesen gezeigt, welche der befürchteten Annahme, ein späteres administratives Entscheidungsverfahren werde substituiert, entgegenzuwirken geeignet sind. Das ist z.B. durch die durchaus kontroverse anwaltliche Qualitätssicherung im Rahmen der Machbarkeitsstudie über

¹¹³ Vgl. aus dem Bauplanungsrecht BVerwG, Urteil vom 19.9.2002 - 4 CN 1.02 - BVerwGE 117, 58 = DVBl 2003, 204; Urteil vom 25.11.1999 - 4 CN 12.98 - BVerwGE 110, 118 = NVwZ 2000, 676 = DVBl 2000, 798; Beschluß vom 28.8.1987 - 4 N 1.86 - Buchholz 406.11 § 1 BBauG Nr.29 = NVwZ 1988, 351 = DVBl 1987, 1273 (Volksfürsorge).

die Umsetzung eines "Nachtflugverbots" geschehen. Hier liegt gerade kein abschließend gesichertes Abwägungsmaterial vor. Der Gutachter schlägt allerdings in seinen Empfehlungen vor, den zumindest verständlichen Befürchtungen der Umlandgemeinden in der weiteren Arbeitsweise des Regionalen Dialogforums Rechnung zu tragen. Das kann u.a. durch eine auch in Niederschriften erkennbare "offene" Kontroversität geschehen.

(4) Dem Entscheidungsvorgang ist ein Anhörungsverfahren "vorgeschaltet" (vgl. § 73 Abs.6 VwVfG). Hier soll eine hinreichend problembezogene Erörterung geführt werden. Es ist nicht auszuschließen, daß im Erörterungstermin mediativ zu beurteilende Arbeitsschritte entstehen, die Arbeitsergebnisse des Regionalen Dialogforums betreffen werden. Ein Rechtsnachteil für die betroffenen Umlandgemeinden entsteht dadurch nicht.

3. Beteiligung der Gemeinde am Regionalen Dialogforum

(1) Es ist oben erörtert worden, daß sich die betroffene Umlandgemeinde in den gesetzlich vorgesehenen Verfahren zur Verteidigung ihrer Rechtspositionen beteiligen kann. Die Breite ihrer Möglichkeiten ist unterschiedlich.

Nachfolgend wird unterstellt, daß die einzelne Umlandgemeinde von den ihr oben skizzierten Beteiligungsbefugnissen Gebrauch machen wird. Damit stellt sich die Frage, ob der administrative oder gerichtliche Entscheider das Vorbringen der Gemeinde deshalb als unerheblich zurückweisen darf, weil die Gemeinde im Rahmen des Regionalen Dialogforums bestimmte Auffassungen sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht vertreten hat, bereits über bestimmte, im Regionalen Dialogforum vermittelte Informationen verfügt oder sie in Bezug auf die sie berührenden Abwägungsbelange "Zugeständnisse" gemacht hat.

(2) Die so geäußerten Befürchtungen der Umlandgemeinden haben aus ihrer Sicht einen realen Ausgangspunkt. Den vorliegenden Pressemitteilungen ist dazu folgender Sachverhalt zu entnehmen:

Die Stadt Offenbach klagt - wie erwähnt - gegen das Land Hessen in mehreren Verfahren auf eine spürbare Reduzierung des Flugbetriebes und damit auf eine Minderung des Fluglärms. In der mündlichen Verhandlung vor dem Hessischen Verwaltungsgerichtshof am 26. März 2003 sei der durch Rechtsanwalt Dr. Reiner Geulen vertretenen Stadt durch den Prozeßbevollmäch-

tigten des Landes, Rechtsanwalt Dr. Volker Gronefeld, vorgehalten worden, sie habe als Mitglied der Fluglärmkommission von den Ausbauplänen für den Flughafen seit 1971 gewußt und könne sich auf Unkenntnis nicht berufen. Der VGH Kassel geht in seinem Urteil vom 2. April 2003 - 2 A 2646/01 - auf die Frage frühzeitiger Kenntnisse der klagenden Stadt nicht ein.

3.1 Verlust von Rechtspositionen

(1) Ob die Umlandgemeinden allein durch ihre "Mitwirkung" am Regionalen Dialogforum im rechtlichen Sinne Nachteile zu erwarten haben, ist in zweifacher Hinsicht zu erörtern:

Zum einen ist genauer zu untersuchen, wer im Rechtssinne am Regionalen Dialogforum "beteiligt" ist. Hierzu bedarf es ersichtlich gegenüber einer vordergründig politisch-mediativen Einordnung einer rechtlichen Präzisierung. Zum anderen sind die Voraussetzungen für den rechtlichen Verlust einer zunächst gegebenen Rechtsposition zu behandeln. Als derartige rechtsvernichtende Rechtsinstitute kommen der Verzicht und die Verwirkung in Betracht. Die nachfolgende Untersuchung verbindet einige rechtliche Gesichtspunkte.

(2) Zur Verdeutlichung wird bemerkt: Das Regionale Dialogforum beruht in rechtlicher Hinsicht nicht auf einer "vertragsähnlichen" Vereinbarung der am Dialog Beteiligten, sondern auf dem "Einsetzungsbeschluß" der Hessischen Landesregierung vom 20. Juni 2000. Insoweit liegt eine atypische Mediation vor. Aus diesem Grunde sind die "Beteiligten" auch nicht aufgrund einer selbstbindenden Vereinbarung über ein mediatives Verfahren an das Verhandlungsergebnis im Rechtssinne gebunden.¹¹⁴ Auch ein stillschweigender Konsens besteht insoweit nicht. Das Engagement erfolgt allseitig "ohne obligo".

3.2 Annahme eines "Verzichts"

3.2.1 Gegenstand eines Verzichts

Gegenstand eines Verzichts können nur Ansprüche oder Berechtigungen sein. Rechtliche oder tatsächliche Auffassungen, Bewertungen oder Einschätzungen können - für sich genommen -

¹¹⁴ Zur üblicherweise bestehenden Bindung in mediativen Verfahren vgl. Thorsten Siegel, (Fußn. 89), S. 85; Bernd Holznagel, Die Einschaltung Dritter in Verwaltungsverfahren, in: Jan Ziekow (Hrsg.), Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren, 1998, S. 279

kein tauglicher Gegenstand eines Verzichts im Rechtssinne sein. Demgemäß kann der Gemeinde in den gesetzlich vorgesehenen Entscheidungsverfahren nicht entgegengehalten werden, sie habe in einer bestimmten Frage früher eine andere rechtliche oder auch tatsächliche Auffassung vertreten oder eine andere Bewertung vorgenommen und damit auf die Darstellung einer abweichenden Auffassung "verzichtet". Eine durchaus andere Frage ist es, ob jemand gut beraten ist, seinen bewertenden Standpunkt zu wechseln. Dies ist indes keine rechtliche Frage, sondern eine solcher psychologischer Einsicht.

3.2.2 Rechtliche Voraussetzungen eines Verzichts

(1) Die Gemeinde kann grundsätzlich auf die Wahrnehmung von eigenen Rechtspositionen "verzichten".¹¹⁵ Ob dies für jede Rechtsposition rechtlich und zudem einseitig zulässig ist, mag kritisch sein.

Zweifelhaft ist insbesondere, ob die Gemeinde auf die ihr im Interesse des Allgemeinwohls eingeräumten Wahrnehmungsbefugnisse im Rechtssinne verzichten kann. Dies bedarf für den vorliegenden Zusammenhang keiner Vertiefung. Denn auch wenn man für die eine oder andere kommunale Rechtsposition oder auch nur wahrnehmbare Interessenlage überhaupt die Zulässigkeit des rechtlichen Verzichtes annimmt, setzt dies eine Erklärung gerade der Gemeinde als Trägerin der ihr zugeordneten Befugnisse oder des ihr zugeordneten Rechts voraus. Die Gemeinde wird rechtlich vertreten durch die nach der Gemeindeordnung - ggf. im Verbindung mit der kommunalen Hauptsatzung - zuständigen Vertreter. Nur diese können im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeit für die Gemeinde mit Wirkung "nach außen" handeln und somit mit Bindung für die Gemeinde rechtsverbindliche Erklärungen abgeben.

(2) An dieser Voraussetzung scheitert jedenfalls die Annahme eines rechtlich wirksamen Verzichts. Die Umlandgemeinden sind im Regionalen Dialogforum - vermutlich teilweise entgegen ihrer eigenen "rechtlichen" Wahrnehmung - nicht im Rechtssinne "vertreten". Sie haben vielmehr von der ihnen im Einsetzungsbeschluß der Hessischen Landesregierung vom 20. Juni 2000 eingeräumten Möglichkeit Gebrauch gemacht, sich an der Arbeit des Regionalen Dialogforums durch die von ihnen benannten Persönlichkeiten zu beteiligen. Die Umlandgemeinden entsenden - wie andere Beteiligte auch - mithin nur im faktischen Sinne einen

ff.[284]; Ulrich Ramsauer, Mediation im Umweltrecht, in: Stephan Breidenbach/Martin Henssler (Hrsg.), Mediation für Juristen - Konfliktbehandlung ohne gerichtliche Entscheidung, 1997, S.161 ff. [165].

"Repräsentanten" ihrer Interessen. Äußerungen dieser Repräsentanten im Rahmen des Regionalen Dialogforums sind mithin keine Erklärungen, die im Rechtssinne den Gemeinden zugerechnet werden können. Die Repräsentanten sind gleichsam kundige Wissens- und Problemvermittler für das, "was anliegt und was zu diskutieren ist".

Dieser Befund ergibt sich mit großer Deutlichkeit aus der vorgegebenen Strukturierung des Regionalen Dialogforums nach Maßgabe des Kabinettsbeschlusses vom 20. Juni 2000. Allerdings besteht ein Spannungsverhältnis. Aus Gründen der konsensschaffenden Effizienz des mediativen Ansatzes sollen die Repräsentanten der Institutionen "ungebundene", konfliktfreie Persönlichkeiten sein. Die Arbeitsweise erfordert ein Mindestmaß an Vertraulichkeit der gemeinsamen Erörterungen und damit eine Begrenzung der externen Informationsweitergabe. Die Zielsetzung des mediativen Ansatzes auch des Regionalen Dialogforums verlangt gleichwohl eine "Rückbindung" an die jeweils entsendenden Institutionen. Das ist jedoch nicht in dem Sinne zu verstehen, daß Äußerungen, Meinungen oder etwaige Zusicherungen der Repräsentanten für die "entsendenden" Institutionen rechtliche Verbindlichkeiten begründen sollen. Diese Annahme scheitert für die Umlandgemeinden bereits formal an innergemeindlichen Zuständigkeitsregelungen. Die Mitglieder des Regionalen Dialogforums werden im rechtlichen Sinne nicht "entsandt", sondern auf Vorschlag durch den Ministerpräsidenten des Landes Hessen berufen.¹¹⁶ Diese Berufung begründet ihren rechtlichen Status. Demgemäß kann z.B. ein Bürgermeister einer Umlandgemeinde als Mitglied des Regionalen Dialogforums durch einen Beschluß des Gemeinderates nicht im rechtlichen Sinne "abberufen" werden. Allerdings wirft ein derartiger politischer Beschluß naturgemäß die Frage einer noch möglichen "Rückbindung" auf.

Auch inhaltlich ist dies nicht anders zu beurteilen. Die Funktion der erwarteten "Rückbindung" besitzt eine andere Zielsetzung. Mit ihr soll in konsensbegründender Weise erreicht werden, daß die zum Teil sehr aufwendig projektierte Arbeit des Regionalen Dialogforums in ihrer politischen und öffentlichen Dimension nicht "im luftleeren Raum" stattfindet, sondern für die am Dialog beteiligten Institutionen der Region interessengerecht und grundsätzlich umsetzungsfähig stattfindet. Deutliches Merkmal der insoweit in der Tat bestehenden rechtli-

¹¹⁵ Vgl. Helmut Quaritsch, Der Verzicht im Verwaltungsrecht und auf Grundrechte, in: Peter Selmer/Ingo von Münch (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens, 1987, S.407 ff.

¹¹⁶ Vgl. Nr.5.3 Abs.1 Satz 4 des Einsetzungsbeschlusses der Hessischen Landesregierung vom 20.6.2000. Allerdings spricht der Einsetzungsbeschluß auch von einer "Beauftragung" durch die einzelnen Institutionen. Diese Wortwahl ist nicht im juristischen Sinne gemeint und betrifft zudem nur das "Innenverhältnis" zwischen Mitglied und der "entsendenden" Institution.

chen Unverbindlichkeit ist das Fehlen der administrativen Entscheidungsträger im Regionalen Dialogforum. Die Landesregierung besitzt lediglich einen Beobachterstatus.

Zwischen der Vertraulichkeit der dialoginternen Arbeitsweise und der informationsexternen "Rückbindung" besteht ein Spannungsverhältnis, das rechtlich nicht exakt auflösbar ist. Das Spannungsverhältnis ist struktureller Art und in der mediativen Zielsetzung begründet. Es sensibel auszutarieren, wird durch den erforderlichen Grundkonsens ermöglicht.

3.2.3 "Unterliegen" der Gemeinde im Regionalen Dialogforum

(1) Die mediative Zielsetzung des Regionalen Dialogforums öffnet sich unterschiedlichen, vor allem auch nicht rechtlich positionierten Interessenlagen. Das bedeutet naturgemäß nicht, daß eine konkrete Interessenlage einer Umlandgemeinde stets konsensuale Berücksichtigung findet. Der strukturierte Dialog ist auch insoweit ergebnisoffen.

(2) Die einzelne Umlandgemeinde, die über das von ihr "entsandte" Mitglied des Regionalen Dialogforums ihre Interessen einbringt oder auch nur verdeutlicht, kann mithin insoweit scheitern, als das Regionale Dialogforum für ihr Anliegen eine konsensbezogene Lösung nicht findet. Das mag im einzelnen unterschiedliche Gründe haben.

Dieses Scheitern stellt indes in rechtlicher Hinsicht keinen irgendwie gearteten Rechtsverlust dar. Durch das Verweisen auf bestimmte Interessen unterwirft sich im Regionalen Dialogforum niemand für sich oder andere einer Abstimmung, welche alsdann vermeintliche Rechtspositionen "vernichtet". Der jeweiligen Umlandgemeinde bleibt es daher unbenommen, ihre Auffassungen in den gesetzlich vorgesehenen Verwaltungsverfahren nach Maßgabe der jeweils bestehenden verfahrensrechtlichen Möglichkeiten geltend zu machen. Es wäre ein großes Mißverständnis der dem Regionalen Dialogforum gestellten Aufgaben, dem Regionalen Dialogforum neben der mediativen Zielsetzung zugleich die Aufgabe einer Art Vorprüfung legitimer kommunaler Interessen zuzuweisen. Das Regionalen Dialogforum besitzt weder eine rechtlich erhebliche Kompetenz zur Qualifizierung kommunaler Interessen noch eine Filter- oder Sperrfunktion im Verhältnis paralleler oder nachfolgender Verwaltungsverfahren.

(3) Dementsprechend steht auch in keiner Hinsicht zu befürchten, daß in einem gesetzlich vorgesehenen Verwaltungsverfahren ein Vorbringen einer Umlandgemeinde mit der Begrün-

dung zurückgewiesen wird, die Gemeinde habe sich mit ihrem Vorbringen bereits im Regionalen Dialogforum nicht durchzusetzen vermocht. Eine derartige Begründung wäre rechtsfehlerhaft. Es kann auch nicht angenommen werden, daß ein staatlicher Entscheidungsträger einen derart offensichtlichen Rechtsfehler begeht. Sollte der Fehler gleichwohl begangen werden, kann die Umlandgemeinde dies im gerichtlichen Verfahren nach Maßgabe des prozessualen und materiellen Rechts geltend machen.

3.3 Annahme einer "Verwirkung"

(1) Den vorliegenden Presseberichten ist zu entnehmen, daß einige Umlandgemeinden auch befürchten, sie könnten durch ihre weitere Teilnahme am Regionalen Dialogforum bestehende Rechtspositionen "verwirken". Für den vorliegenden Zusammenhang bedeutet der Hinweis auf eine befürchtete Verwirkung die Annahme, daß im administrativen Entscheidungsverfahren oder in einem nachfolgenden gerichtlichen Verfahren der Verweis auf eine gemeindliche Rechtsposition mit dem Hinweis auf eine rechtsvernichtende "Verwirkung" und damit als abwägungs- und entscheidungsunerheblich zurückgewiesen wird.

(2) Die Befürchtungen sind aus Rechtsgründen unbegründet. Die ungeschriebenen Grundsätze einer Verwirkung liegen nicht vor. Darüberhinaus ist sehr zweifelhaft, ob öffentlich-rechtliche Befugnisse überhaupt verwirkbar sind. Eine Anwendung der Verwirkung steht grundsätzlich mit dem verfassungsrechtlichen Prinzip der Gesetzmäßigkeit der vollziehenden Gewalt in Widerspruch (vgl. Art.20 Abs.3 GG).¹¹⁷

3.3.1 Verwirkung nach allgemeinen Grundsätzen

3.3.1.1 Allgemeine Voraussetzungen einer Verwirkung

(1) Gegenstand einer rechtsvernichtenden Verwirkung können verfahrensrechtliche oder materiell-rechtliche Rechtspositionen sein. Beides kann hier hinsichtlich der Beteiligung der Umlandgemeinden erwogen werden.

(2) Die Annahme einer Verwirkung einer Rechtsposition bedingt nach gesicherter Rechtsprechung eine Reihe von Voraussetzungen. Diese erfordern kumulativ, daß - erstens - ein Recht

längere Zeit nicht mehr geltend gemacht wurde, aber hätte geltend gemacht werden können, und daß - zweitens - das spätere Geltendmachen dieses Rechts gerade als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheint.¹¹⁸ Das Rechtsinstitut der Verwirkung wird der unzulässigen Rechtsausübung zugerechnet. Der Rechtsverlust tritt ipso iure ein, ohne daß es dazu einer ausübenden Erklärung des Rechtsverpflichteten bedarf. Das gilt auch für Klagebefugnisse einer Gemeinde.¹¹⁹

Ein Verstoß gegen Treu und Glauben als Voraussetzung für die Annahme einer Verwirkung sowohl verfahrensrechtlicher als auch materiell-rechtlicher Rechtspositionen ist nach gesicherter Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum dann gegeben,

[1] wenn der Verpflichtete aufgrund eines bestimmten Verhaltens des Berechtigten darauf vertrauen durfte, das bestehende Recht werde nicht mehr geltend gemacht werden (Vertrauensgrundlage),

[2] wenn der Verpflichtete tatsächlich darauf vertraut hat, daß das Recht nicht mehr ausgeübt wird (Vertrauenstatbestand) und

[3] wenn der Verpflichtete sich auf die "neue Lage" eingerichtet hat und ihm durch eine spätere Durchsetzung des Rechts ein unzumutbarer Nachteil entstünde (Vertrauensbetätigung).

Diese kumulierenden Voraussetzungen sind auf der Grundlage des unumstrittenen Sachverhaltes hier nicht einmal im Ansatz zum Nachteil der Umlandgemeinden gegeben.

3.3.1.2 Konkrete Feststellungen

(1) Gegenstand einer Verwirkung kann nur eine Rechtsposition sein. Inhalt einer derartigen Position ist ein (subjektiver) Anspruch, von einem anderen ein bestimmtes, von der Rechtsordnung vorgesehenes Verhalten zu fordern (vgl. § 194 Abs.1 BGB). Daher ist keine Rechts-

¹¹⁷ Vgl. allg. Hartmut Maurer, Kontinuität und Vertrauensschutz, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd.3: Das Handeln des Staates, 1988, S.211 ff.

¹¹⁸ BVerwG, Urteil vom 7.2.1974 - 3 C 115.71 - BVerwGE 44, 339 [343] = DÖV 1974, 346; Urteil vom 20.1.1977 - 5 C 18.76 - BVerwGE 52, 16 [25]; Urteil vom 15.5.1984 - 3 C 86.82 - BVerwGE 69, 227 [237]; Urteil vom 16.5.1991 - 4 C 4.89 - Buchholz 404.19 Nachbarschutz Nr.102 = NVwZ 1991, 1182 [1184]; Urteil vom 10.8.2000 - 4 A 11.99 - Buchholz 407.4 § 17 FStRG Nr.158 = NVwZ 2001, 206 = DVBl 2000, 1862; Beschluß vom 23.6.1989 - 4 B 100.89 - Buchholz 316 § 74 VwVfG Nr.8 = NVwZ 1990, 263; Beschluß vom 7.12.1998 - 11 B 46.98 - Buchholz 442.40 § 9 LuftVG Nr.11 = UPR 1999, 153 = ZLW 1999, 533; Beschluß vom 2.9.1998 - 6 BN 6.98 - juris; OVG Münster, Urteil vom 12.4.1989 - 3 A 1637/88 - NVwZ-RR 1990, 435 = NWVBl 1990, 63; BVerfGE 32, 305 = NJW 1972, 675 = DVBl 1973, 361 (zu Art.19 Abs.4 GG); vgl. ferner Günter Püttner, Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, in: VVDStRL 32 (1974) S.200 ff.; Beatrice Weber-Dürler, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, 1983; Hans Walter Dette, Venire contra factum proprium: zur Konkretisierung eines Rechtsinstituts, 1985; Andreas Menzel, Grundfragen der Verwirkung: dargestellt insbesondere anhand des öffentlichen Rechts, 1987; Rolf Blechschmidt, Die Verwirkung behördlicher Befugnisse unter besonderer Berücksichtigung des Gefahrenabwehrrechts, 1999.

¹¹⁹ OVG Münster, Urteil vom 29.4.1989 - 20 A 1853/87 - ZLW 1991, 61 unter Bezug BVerwG, Beschluß vom 15.12.1983 - 4 B 24.83 - juris.

position, die Gegenstand einer Verwirkung sein kann, das Äußern von Rechtsansichten und Erklärungen zur Rechtslage.¹²⁰ Dasselbe gilt grundsätzlich auch für Stellungnahmen zu empirischen Befunden. Soweit die Umlandgemeinden im Regionalen Dialogforum über die "Repräsentanten" bestimmte Meinungen vertreten oder diese ihnen zugerechnet werden, können diese daher von vornherein nicht Gegenstand einer "rechtsvernichtenden" Verwirkung sein.

(2) Auch die weiteren Voraussetzungen für die Annahme einer Verwirkung sind nicht gegeben. Ebenso wie bei einem Verzicht muß bei der Verwirkung der Rechtsinhaber selbst ein vertrauensbegründendes Verhalten gezeigt haben. Die in das Regionale Dialogforum "entsandten" Mitglieder sind im Verhältnis zur Umlandgemeinde, soweit diese verfahrensrechtliche oder materiell-rechtliche Rechtspositionen in Verfahren geltend machen will, als Repräsentanten nur sog. "Dritte" im Rechtssinne. Das hier nur unterstellte mißbräuchliche Verhalten eines Dritten muß sich der Berechtigte grundsätzlich nicht zurechnen zu lassen.¹²¹ Das gilt nur dann nicht, wenn die Voraussetzungen einer "Anscheinsvollmacht" gegeben sind. Das ist nicht der Fall. Es ist für jedermann offenkundig, daß das Regionale Dialogforum nicht am "allgemeinen Rechtsverkehr" teilnimmt und daß die "entsandten" Mitglieder ausschließlich die Aufgabe haben, an der mediativen Zielsetzung zugunsten eines allgemeinen regionalen Interessenausgleichs mitzuwirken.

(3) Die Annahme einer rechtsvernichtenden Verwirkung scheidet noch aus anderen Gründen. Die Umlandgemeinden lassen keinen Zweifel darüber aufkommen, daß sie sich trotz der "Beteiligung" am Regionalen Dialogforum alle Rechte vorbehalten, um in späteren administrativen oder gerichtlichen Verfahren ihre Rechtspositionen nachdrücklich zu vertreten. Das Regionale Dialogforum verschleiert diese Ausgangslage auch nicht. Im Einsetzungsbeschluß der Hessischen Landesregierung vom 20. Juni 2000 wird vielmehr hervorgehoben, daß das Regionale Dialogforum parallel zu politischen Entscheidungsprozessen und dem gesetzlich vorgeschriebenen administrativen Verwaltungsweg besteht. Ausdrücklich wird betont, daß das Regionale Dialogforum nur ein Beratungsgremium mit empfehlendem Charakter sei. Insbesondere wird erklärt, daß die vorgesehenen Verwaltungsverfahren nicht disponibel seien. Der Einsetzungsbeschluß der Landesregierung hat damit selbst jede etwaige Annahme zerstört, die vom Regionalen Dialogforum erarbeiteten Vorschläge würden eine irgendwie geartete rechtliche Bindungswirkung gegenüber den Beteiligten auslösen oder anderweitig begründen

¹²⁰ Vgl. OVG Münster, Urteil vom 12.4.1989 - 3 A 1637/88 - NVwZ-RR 1990, 435 = NWVBl 1990, 63; Paul Stelkens, in: ders./Joachim Bonk/Michael Sachs, VwVfG, 6. Aufl., 2001, § 53 Rn. 15.

können. Daß seine Tätigkeit gleichwohl von erheblichem Gewicht für die Beteiligten sein kann, beruht nicht auf rechtlichen Vorgaben oder Bindungen, sondern ausschließlich auf der Qualität seiner Arbeitsweise und der damit verbundenen Akzeptanz der (regionalen) Öffentlichkeit. Das haben die Umlandgemeinden seinerzeit nicht anders gesehen.¹²²

Es ist auch nicht erkennbar, in welcher Hinsicht ein im Regionalen Dialogforum gezeigtes Verhalten in den vorgesehenen Verwaltungsverfahren gegenüber dem staatlichen Entscheider "vertrauensbegründend" sein könnte. Handelnder ist das Regionale Dialogforum selbst. Dieses ist im Rechtssinne kein Beteiligter eines späteren Verwaltungsverfahrens. Es ist ferner nicht ersichtlich, daß das Regionale Dialogforum für sich Anspruch nimmt, für eine oder gar alle beteiligten Umlandgemeinden zu handeln. Dies ist nach Ausgestaltung und tatsächlicher Durchführung des Regionalen Dialogforums alles so offenkundig, daß es sowohl an der vorauszusetzenden Vertrauensgrundlage als auch an dem Vertrauenstatbestand offensichtlich fehlt. Daß sich auch die staatlichen Entscheidungsträger bislang nicht darauf eingerichtet haben, die Umlandgemeinden würden von ihren verfahrensrechtlichen materiell-rechtlichen Befugnissen keinen Gebrauch machen, liegt offen zutage.

Hinzu kommt: Betroffene Umlandgemeinden und öffentliche Entscheidungsträger lassen beidseitig keinen Zweifel daran aufkommen, daß sie mit der Möglichkeit einer intensiven rechtlichen Auseinandersetzung rechnen und sie teilweise längst begonnen haben. Der Einsetzungsbeschluß der Hessischen Landesregierung vom 20. Juni 2000 will zu Gunsten aller Beteiligter herausstellen, daß die gewünschte und durchaus angestrebte Beteiligung im Regionalen Dialogforum für niemanden zu einem irgendwie gearteten Rechtsnachteil führen soll. Diese Reservatio ist so deutlich formuliert, daß sie erkennbar als allseitige Geschäftsgrundlage des mediativen Verfahrens gemeint ist. Sie verhindert apriori das Entstehen eines gegenläufigen Vertrauenstatbestandes und einer darauf aufsetzenden Vertrauensbetätigung durch welchen Beteiligten des Regionalen Dialogforums auch immer. Sollte es dennoch einen verbleibenden Zweifel geben, haben die Umlandgemeinden diesen durch ihr jetziges Verhalten beseitigt.

3.3.1.3 Venire contra factum proprium

¹²¹ Vgl. OVG Münster, Beschluß vom 22.6.1990 - 7 B 740/90 - NVwZ-RR 1991, 269 = NWVB1 1990, 417; vgl. bereits RGZ 132, 81 [87]; BGHZ 44, 367 [369]; BGH NJW 1973, 1604 [1605].

¹²² So wird z.B. in einer Verlautbarung der Stadt Flörsheim vom 23.7.2002 (Koordination Flughafen Andrea Eder) ausgeführt, daß es dem Regionalen Dialogforum zwar an Entscheidungskompetenz mangle, über seine Beratungsergebnisse könne das Forum aber "großen Druck

(1) Schrifttum und Rechtsprechung kennen neben den soeben erörterten allgemeinen Voraussetzungen einer Verwirkung auch die unzulässige Rechtsausübung durch widerspruchsvolles Verhalten (*venire contra factum proprium*).¹²³ Dieses wird in seinen Auswirkungen ebenfalls als grob treuwidrig, ja als sittenwidrig angesehen.¹²⁴

Das Verhältnis der "allgemeinen" Verwirkung zum "*venire contra factum proprium*" ist allerdings dogmatisch umstritten. Das bedarf hier keiner Vertiefung. Die Treuwidrigkeit des "*venire contra factum proprium*" wird in einem spezifisch widersprüchlichen eigenen Verhalten gesehen.¹²⁵ Das Berufen auf eine "formale" Rechtsposition erscheint nunmehr als treuwidriges Verhalten (*protestatio facto contraria*). Als grob treuwidrig wird der offene Selbstwiderspruch im gezeigten Verhalten gewertet. Dieser Widerspruch ermöglicht dem anderen Teil keine eigene, die Handlungsweise und die Motive des an sich Berechtigten für die eigene Verhaltensweise zu berücksichtigen. Die äußeren Verhalten gezeigte Irreführung ist der innere Grund, der als Verstoß gegen Treu und Glauben gilt. Der Verstoß liegt in der von der Rechtsordnung als Minimum verlangten Orientierungssicherheit.

(2) Der erkennbare Sachstand der "Beteiligung" im Regionalen Dialogforum gibt nicht im geringsten Anlaß für die Annahme, die spätere Rechtsverfolgung der Umlandgemeinden könne in diesem Sinne als widersprüchliches Verhalten beurteilt werden. Erneut ist zu betonen, daß nicht die Umlandkommunen handeln, sondern einzelne Persönlichkeiten, welche die Kommunen zum Zwecke der mediativen Problemlösung "entsandt" haben. Nochmals ist hervorzuheben, daß im System des Regionalen Dialogforums eine auf Konsens ausgerichtete Meinungsbildung erfolgen soll, welche keine Änderung der vorhandenen objektiven Rechtslage bewirken kann, vielmehr Entscheidungsräume im allseitigen Interesse verdeutlichen soll. Dieser mediative Ansatz stellt sich für die Beteiligten als ein Versuch dar, der eben auch ganz oder teilweise scheitern kann. Dabei definieren die Beteiligten ihre jeweilige Interessenlage autonom. Das ist ihnen auch bewußt und wird vielfältig erklärt. Dies alles steht der Annahme eines widersprüchlichen Verhaltens der Umlandgemeinden deutlich entgegen.

auf die öffentliche Meinung ausüben und helfen, die Forderungen, Ideen und Erwartungen der Betroffenen in das Verfahren einzubinden" (www.floersheim-main.de).

¹²³ Vgl. allg. Reinhard Singer, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, 1993; Hans Joachim Wieland, *Venire contra factum proprium* und Verschulden gegen sich selbst, in: AcP 176 (1976) S.334 ff.

¹²⁴ Vgl. VGH München, Urteil vom 7.8.2001 - 8 A 01.40004 - NVwZ-RR 2002, 426 = UPR 2002, 76; Urteil vom 25.1.1993 - 20 CS 92.3111 - NVwZ 1994, 85; OVG Weimar, Beschluß vom 28.7.1993 - 1 EO 1/93 - LKV 1994, 110; BVerwG, Urteil vom 18.4.1996 - 4 C 22.94 - BVerwGE 101, 58 = NVwZ 1996, 892 = DVBl 1996, 920.

¹²⁵ Vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 7.2.1974 - 3 C 115.71 - BVerwGE 44, 339 [343] = DÖV 1974, 346; Urteil vom 29.7.1992 - 3 C 69.89 - Buchholz 451.512 MGVO Nr.58 = RdL 1992, 272; BSG, Urteil vom 21.7.1981 - 7 RAr 37/80 - DBIR 2486a, AFG/§ 119 = juris; Urteil vom 23.10.1975 - 11 RA 152/74 - BSGE 40, 279; Günther H. Roth, in: Münchener Kommentar, BGB § 242 Rn.360.

3.3.1.4 Exkurs: Beteiligung in der Fluglärmkommission

Im Hinblick auf den oben skizzierten Sachverhalt im Klageverfahren der Stadt Offenbach sei ergänzend bemerkt: Die Beteiligung einer Umlandgemeinde an der Fluglärmkommission ist mit einer "Beteiligung" am Regionalen Dialogforum nicht vergleichbar.

Die Beteiligung der Gemeinde an der Fluglärmkommission ist formalisiert (vgl. § 32 b LuftVG). Die Gemeinde selbst ist in der Fluglärmkommission "vertreten". Allerdings ist die Mitgliedschaft in der Kommission gemäß § 32 b Abs.4 Satz 4 LuftVG nur personal ausgestaltet. Gleichwohl handelt es sich bei der personenbezogenen Mitgliedschaft um eine öffentlich-rechtlich normierte Zuordnung. Die Fluglärmkommission nimmt gemäß § 32 b Abs.1 Satz 1 LuftVG in ihrer beratenden Funktion eine staatliche Aufgabe wahr. Diese Aufgabe ist der Tätigkeit der Genehmigungsbehörde oder der für die Flugsicherung zuständigen Stelle kraft Gesetzes verfahrensrechtlich zugeordnet. Dem steht die Annahme des Gesetzes nicht entgegen, daß es innerhalb der Fluglärmkommission zu einem Meinungs-austausch kommen soll, dem auch mediative Ansätze nicht fremd sein werden.

Daraus allein folgt aber noch nicht zwingend, daß Kenntnisse, welche eine in der Fluglärmkommission "vertretene" Gemeinde erfährt, bereits die Grundlage bilden können, den Vorhalt der Verwirkung - wenn dies überhaupt im Rechtssinne gemeint gewesen sein sollte - zu erheben. Eine Beteiligung, welche den Anforderungen des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG genügen soll, setzt mehr voraus, als daß eine Gemeinde in beliebiger Weise über bestimmte Absichten staatlicher Entscheidungsträger informiert wird und damit allenfalls faktisch Gelegenheit erhält, Erklärungen zur Wahrnehmung eigener Belange abzugeben.¹²⁶ Erforderlich ist vielmehr, daß die Gemeinde förmlich beteiligt und ihr ferner ein zeitlicher Rahmen zugebilligt wird, der es ihr ermöglicht, sich nach einer der Materie angemessenen Prüfung und Würdigung zu den aus ihrer Sicht maßgeblichen Punkten sachgemäß zu äußern.

Die Arbeitsweise des Regionalen Dialogforums hat von vornherein eine andere Zielsetzung als die "Beteiligung" einer Gemeinde in der Fluglärmkommission. Seine Tätigkeit ist einem bestimmten gesetzlich vorgesehenen Verfahren nicht verfahrensrechtlich zugeordnet. Das Forum bestimmt vielmehr im Rahmen des Einsetzungsbeschlusses vom 23. Juni 2000 grund-

sätzlich mediativ und autonom, welche Problemzusammenhänge erarbeitet und einer möglichst konsensualen Lösung zugeführt werden sollen.

3.3.2 Verwirkbarkeit öffentlich-rechtlicher Wahrnehmungsbefugnisse

Der Annahme einer Verwirkung hoheitlicher Befugnisse steht grundsätzlich mit dem verfassungsrechtlichen Prinzip der Gesetzmäßigkeit der vollziehenden Gewalt in Widerspruch (vgl. Art.20 Abs.3 GG).¹²⁷ Für kommunale Mitwirkungsbefugnisse kann es insoweit keinen Unterschied geben, wenn und soweit diese gerade im Interesse der Allgemeinheit eingeräumt sind. Die Rechtslage ist in Ermangelung ausdrücklicher Regelung allerdings im Detail nicht einfach zu beurteilen.

Das Bundesverwaltungsgericht (4. Senat) hat im Jahre 1996 die Annahme einer Verwirkung hinsichtlich behördlicher Eingriffsbefugnisse verneint.¹²⁸ Dem hat sich der 6. Senat im Jahre 1998 für die Frage angeschlossen, ob die Ausübung einer Verordnungsermächtigung verwirkbar sei.¹²⁹ Das Gericht hat im Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde bereits die Klärungsbedürftigkeit der Rechtsfrage verneint. Die Wahrnehmung der Ermächtigung erfolge im Interesse des Allgemeinwohls. Auch der disziplinäre Verfolgungsanspruch ist nicht verwirkbar.¹³⁰ In einer Entscheidung aus dem Jahre 1991 erachtet das Bundesverwaltungsgericht (4. Senat) allerdings eine Verwirkung öffentlich-rechtlicher Befugnisse angesichts eines extrem langen Zeitablaufs für möglich.¹³¹ Die Instanzrechtsprechung verneint ganz überwiegend für die bauaufsichtlichen Eingriffsbefugnisse eine Verwirkung.¹³² Auch das Schrifttum nimmt

¹²⁶ Vgl. BVerwG, Urteil vom 14.12.2000 - 4 C 13.99 - BVerwGE 112, 274 = NVwZ 2001, 1030 = DVBl 2001, 395 - "Bombodrom" Wittstocker Heide.

¹²⁷ Vgl. allg. Hartmut Maurer, Kontinuität und Vertrauensschutz, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd 3: Das Handeln des Staates, 1988, S.211 ff.; Paul Stelkens, (Fußn. 120), § 53 Rn.1 (Verjährung); vgl. weiterführend Gabriele Wolfstlast, Staatlicher Strafanspruch und Verwirkung, 1995.

¹²⁸ BVerwG, Urteil vom 4.6.1996 - 4 C 15.95 - Buchholz 406.19 Nachbarschutz Nr. 133 = NVwZ-RR 1997, 271 = ZfBR 1997, 48 [49]; vgl. kritisch auch bereits BVerwG, Beschluß vom 20.8.1990 - 4 B 146.89 - Buchholz 442.40 § 8 LuftVG Nr.9 = NVwZ-RR 1991, 8.

¹²⁹ BVerwG, Beschluß vom 2.9.1998 - 6 BN 6.98 - nur in juris veröffentlicht; Vorinstanz: OVG Lüneburg, Urteil vom 24.11.1997 - 3 K 2327/97 - UPR 1998, 274.

¹³⁰ BVerwG, Beschluß vom 6.7.1984 - 1 DB 21.84 - BVerwGE 76, 176 = NVwZ 1985, 116 = DVBl 1984, 962. Etwaige Zusagen, disziplinäre Maßnahmen nicht einzuleiten, sind unbeachtlich, vgl. BVerwG, Urteil vom 3.12.1980 - 1 D 86.79 - BVerwGE 73, 97 = DVBl 1981, 50.

¹³¹ BVerwG, Beschluß vom 5.8.1991 - 4 B 130.91 - Buchholz 407.17 Nr.35.

¹³² Vgl. VGH München, Urteil vom 4.12.1969 - 133 II 66 - BRS 22 Nr.210 = BayVBl 1970, 103; Urteil vom 29.10.1970 - 29 II 68 - BayVBl 1971, 349; Beschluß vom 21.11.1995 - 2 CS 95.3597 - NVwZ-RR 1996, 387 [389] = BayVBl 1996, 634; OVG Berlin, Urteil vom 7.11.1969 - II B 98/68 - DVBl 1970, 519 = BRS 22 Nr.209; Urteil vom 20.9.1974 - II B 69/72 - BRS 28 Nr.169; NVwZ 1990, 176; VGH Kassel, Urteil vom 29.4.1982 - IV OE 40/79 - NJW 1984, 318 = HessVGRspr. 1982, 89; Beschluß vom 29.4.1985 - 3 TH 815/85 - NVwZ 1985, 664 = DÖV 1986, 79 = BRS 44 Nr. 206; Beschluß vom 12.7.1985 - 4 TH 530/85 - BRS 44 Nr.198; Beschluß vom 2.4.1987 - III OE 174/82 - UPR 1988, 74; Urteil vom 20.2.1992 - 3 UE 4020/88 - juris; OVG Schleswig, Beschluß vom 6.12.1994 - 1 M 70/94 - juris; ebenso Hans-Uwe Erichsen, Das Verwaltungshandeln, in: ders. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 1995, § 11 Rn. 51; Paul Stelkens, in: VwVfG, 6. Aufl., § 53 Rn.16; Karsten-Michael Orloff, in: Finkelnburg/Orloff, Öffentliches Baurecht, Bd.II: Bauordnungsrecht, Nachbarschutz, Rechtsschutz, 4. Aufl. 1998 S.186; Ulrich Große-Suchsdorf/Hans Karsten Schmaltz/Reinald Wiechert, NBauO, 6. Aufl., 2002, § 89 Rn.52; Gerhard Boeddinghaus/Dittmar Hahn/Bernd H. Schulte, Die neue Bauordnung in Nordrhein-Westfalen, Handkommentar, 2. Aufl. 2000, § 61 Rn.12 (regelmäßig); a.A. VGH Mannheim, Urteil vom 12.9.1977 - III 1145/75 - BRS 32 Nr.182; Urteil vom 29.9.1982 - 3 S

überwiegend an, daß jedenfalls nichtvermögensrechtliche Rechtspositionen öffentlich-rechtlicher Rechtsträger oder hoheitliche Wahrnehmungsbefugnisse keiner "rechtsvernichtenden" Verwirkung unterliegen.¹³³ Allerdings gab es im Anschluß an eine Entscheidung des VG Köln aus dem Jahre 1994 zu einer Zustandshaftung hinsichtlich kontaminierter Flächen auch Gegenstimmen.¹³⁴ Vielfach wird der Unterscheidung Bedeutung beigemessen, ob es sich um die Beurteilung früherer Sachverhalte handelt oder ob eine Störung der öffentlichen Ordnung fort dauert.

Faßt man die Rechtsprechung zusammen, wird die Möglichkeit einer Verwirkung nichtvermögensrechtlicher Positionen oder Befugnisse grundsätzlich abgelehnt. Das bedeutet umgekehrt, daß der Vorbehalt einer "Ausnahme" offenbar nur für eine extreme, allgemeinen Gerechtigkeit vorstellungen deutlich widerstreitende Sachlage für denkbar gehalten wird. In welcher Hinsicht zudem derartige besondere Fallgestaltungen verallgemeinerungsfähig sind, läßt sich kaum typologisch und abschließend beurteilen. Die vorhandenen gerichtlichen Entscheidungen betrachten die Frage einer Verwirkung öffentlich-rechtlicher Wahrnehmungsbefugnisse grundsätzlich verneinend, jedenfalls äußerst restriktiv. In keinem Falle ist das Rechtsinstitut der Verwirkung eine "kleine Münze", die man ohne weiteres einsetzen kann. Die Annahme der Verwirkung auch öffentlich-rechtlicher Wahrnehmungsbefugnisse erfordert jedenfalls, daß ein grob treuwidriges, ja "schandbares" Verhalten des Trägers öffentlicher Belange gegeben ist, dem ein Vertrauen des Adressaten gegenüber steht, das korrektes staatliches Verhalten annehmen durfte und sich in seinen Dispositionen entsprechend eingerichtet hatte. Dann allerdings ist die Annahme der Verwirkung nicht nur zulässig, sondern vielmehr geboten. Ein "schandbares" Verhalten kann die Rechtsordnung auch bei einem Träger öffentlicher Belange - sei es eine Gemeinde, sei es ein staatlicher Entscheidungsträger - nicht billigen.

Die bislang gezeigte Offenheit der Arbeitsweise des Regionalen Dialogforums bietet in keinerlei Hinsicht einen Anknüpfungspunkt für die Annahme eines "schandbaren" Verhaltens. Die Umlandgemeinden bekunden ihre teilweise gegenläufige Interessenlage öffentlich und

71/82 - BRS 39 Nr.61; VGH Mannheim BRS 40 Nr.228 (ohne weitere Begründung); kritisch Jäde, in: ders. u.a., SächsBO, 2000, § 77 Rn.35; ders., Bauaufsichtliche Maßnahmen, 2. Aufl., 2001 S.65 Rn.112.

¹³³ Vgl. näher Albrecht Randelzhofer/Dieter Wilke, Die Duldung als Form flexiblen Verwaltungshandelns, 1981, S.69 f.; Georg Hermes/Joachim Wieland, Die staatliche Duldung rechtswidrigen Verhaltens, 1988, S.27 ff., 50 ff.

¹³⁴ Vgl. Fritz Ossenbühl, Verzicht, Verwirkung und Verjährung als Korrektive einer polizeilichen Ewigkeitshaftung, in: NVwZ 1995, 547 ff.; Peter Kothe, in: Die Verantwortlichkeit bei der Altlastensanierung - Ein Beitrag aus anwaltlicher Sicht, in: VerwArch 88 (1997), S.456 ff. [484]; vgl. VG Köln, Urteil vom 12.4.1994, NVwZ 1994, 927 ff.; vgl. auch die ausführliche Diskussion bei Rolf Blechschmidt, Die Verwirkung behördlicher Befugnisse unter besonderer Berücksichtigung des Gefahrenabwehrrechts, 1999. Die durch das VG Köln ausgelöste Erörterung dürfte durch BVerfGE 102, 1 (Zustandshaftung für Altlasten) weitgehend auch seine "dogmatische" Erledigung gefunden haben.

damit für jedermann erkennbar. Aus diesem Grunde ist es schlechterdings ausgeschlossen, daß ihnen später der Vorwurf eines treuwidrigen "Doppelspiels" gemacht werden kann.

3.3.3. Zusammenfassendes Ergebnis

(1) Die rechtlichen Voraussetzungen für die Annahme, die Umlandgemeinden würden durch ihre "Teilnahme" am Regionalen Dialogforum ausdrücklich oder stillschweigend auf eine spätere Wahrnehmung von bestimmten Rechtspositionen "verzichten", bestehen nicht.

(2) Die rechtlichen Voraussetzungen für die Annahme, die Umlandgemeinden würden durch ihre "Teilnahme" am Regionalen Dialogforum die spätere Wahrnehmung von bestimmten Rechtspositionen "verwirken", besteht nicht. Dieser rechtliche Befund steht unter dem Vorbehalt, daß sich die Umlandgemeinden auch weiterhin nicht dolus verhalten.

(3) Ergänzend sei bemerkt: Vieles deutet darauf hin, daß es sich bei den auf vermeintliche Verwirkung gestützte Befürchtungen der Umlandgemeinden eher um eine psychologische Beurteilung handelt, ob man sich durch einen Wechsel vorgetragener Argumentation der eigenen Glaubwürdigkeit begibt. Diese Befürchtung ist im Hinblick auf die Professionalität jedenfalls der entscheidenden Richter unbegründet. Diese können zwischen zu beachtenden rechtlichen Inhalten und politisch-taktischem Verhalten der am Konflikt beteiligten Kommunen durchaus unterscheiden.

4. Nichtbeteiligung der Gemeinde am Verwaltungsverfahren

(1) Die erörterte Befürchtung der Umlandgemeinden hat gedanklich zur Voraussetzung, daß sich die Kommunen an den skizzierten unterschiedlichen Verfahren im Rahmen der verfahrensrechtlichen Möglichkeiten überhaupt beteiligen.

Beteiligen sich die betroffenen Umlandgemeinden trotz gegebener Beteiligungsbefugnis nicht, können sie gerade dadurch rechtliche Nachteile erleiden. Diese Nachteile können vor allem darin bestehen, daß die jeweilige administrative Entscheidung tatsächlich vorhandene Interessen oder Belange und darauf bezogene Informationen unbeachtet läßt. Das gilt insbesondere für diejenigen Verfahren, in denen eine unzureichende Zusammenstellung des Abwä-

gungsmaterials das Ergebnis der Abwägung zum Nachteil der Umlandgemeinden beeinflussen kann.

(2) Nach dem derzeitigen Problemstand ist es zwar wenig wahrscheinlich, daß die betroffenen Umlandgemeinden die ihnen eröffneten verfahrensrechtlichen Einwirkungsmöglichkeiten ungenutzt lassen. Gleichwohl ist zu prüfen, ob und in welcher Hinsicht ein rechtlicher Zusammenhang zwischen einer "Beteiligung" der Gemeinden am Regionalen Dialogforum und einer unterlassenen Wahrnehmung gegebener Beteiligungsbefugnis besteht.

4.1 Verfahren mit Verwirkungspräklusion

(1) Die Nichtbeteiligung der Umlandgemeinde führt in solchen Verfahren, für die eine sog. Verwirkungspräklusion besteht, zu der endgültigen Unbeachtlichkeit der vorhandenen und an sich auch entscheidungserheblichen Belange. Die Präklusion ist von materiell-rechtlicher Art.¹³⁵

Das bedeutet: Der Betroffene, der sich nicht oder nicht fristgerecht am Verwaltungsverfahren beteiligt, ist mit seinem Vorbringen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ausgeschlossen.¹³⁶ Dieser Ausschluß ist endgültig, wenn bestehende Einwendungsfristen schuldhaft versäumt wurden. Der zuständige Entscheidungsträger kann die Äußerungsfristen weder verlängern noch anderweitig auf ihre Beachtung verzichten.¹³⁷ Wird das Vorbringen wegen materieller Präklusion zurückgewiesen, stellt sich die gutachterliche Frage nicht, ob sich eine Mitwirkung am Regionalen Dialogforum auf das Entscheidungsverfahren auswirken kann.

§ 10 Abs.4 LuftVG in Verb. mit § 73 Abs.4 Satz 3 VwVfG sieht für den Bereich der sog. Betroffenenbeteiligung eine Verwirkungspräklusion für das luftrechtliche Planfeststellungsver-

¹³⁵ BVerwG, Urteil vom 24.5.1996 - 4 A 38.95 - Buchholz 407.4 § 17 FStRG Nr.119 = NVwZ 1997, 489 = DVBl 1997, 51 (zu § 17 Abs.4 S.1 FStRG); Beschluß vom 19.3.1995 - 11 VR 2.95 - Buchholz 445.5 § 14 WaStRG Nr.3 = NVwZ 1995, 905 (zu § 17 Nr.5 WaStRG); Beschluß vom 13.3.1995 - 11 VR 2.95 - Buchholz 445.5 § 14 WaStRG Nr.3 = NVwZ 1995, 905 (zu § 20 Abs.2 AEG); Urteil vom 16.3.1998 - 4 A 31.97 - Buchholz 316 § 73 VwVfG Nr.27 = NuR 1998, 647; Urteil vom 23.4.1997 - 11 A 7.97 - BVerwGE 104, 337 = NVwZ 1998, 847 = DVBl 1997, 1119; Urteil vom 3.7.1996 - 11 A 64.95 - Buchholz 442.09 § 20 AEG Nr.7 = NVwZ 1997, 391; OVG Hamburg, NordÖR 2002, 253.

¹³⁶ Vgl. auch Edmund Brandt, Präklusion im Verwaltungsverfahren, in: NVwZ 1997, 233 ff.; Thomas v. Danwitz, Umweltrechtliche Präklusionsnormen zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzgarantie, in: UPR 1996, 323 ff.

¹³⁷ BVerwG, Beschluß vom 18.9.1995 - 11 VR 7.95 - Buchholz 316 § 73 VwVfG Nr.13 = NVwZ 1996, 399; Urteil vom 24.5.1996 - 4 A 38.95 - Buchholz 407.4 § 17 FStRG Nr.119 = NVwZ 1997, 489 = DVBl 1997, 51; Beschluß vom 17.2.1997 - 4 VR 17.96 - Buchholz 407.4 § 17 FStRG Nr.127 = LKV 1997, 328; Gerichtsbescheid vom 30.7.1998 - 4 A 1.98 - Buchholz 407.4 § 17 FStRG Nr.140 = NVwZ-RR 1999, 162 = UPR 1999, 66.

fahren vor.¹³⁸ Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes erfaßt die Verwirkungspräklusion auch die Gemeinde, wenn diese Einwendungen gegen Eingriffe in ihr Grundeigentum oder ihre Planungshoheit geltend machen will.¹³⁹

(2) Zu den Betroffenen im Sinne des § 10 Abs.4 LuftVG in Verb. mit § 73 Abs.4 Satz 3 VwVfG zählt auch die Umlandgemeinde, soweit sie Rechte als Grundeigentümerin oder als kommunale Selbstverwaltungskörperschaft geltend machen will. Der eingetretene Nachteil der Verwirkungspräklusion beruht auf dem Verhalten der Umlandgemeinde selbst, weil sie von der ihr möglichen verfahrensrechtlichen Beteiligung keinen Gebrauch gemacht hat. In aller Regel wird die Gemeinde in einem derartigen Falle nicht einmal ihre Klagebefugnis schlüssig darlegen können. Sie kann sich auch nicht auf Arbeitsergebnisse des Regionalen Dialogforums berufen, soweit diese ihr zur Durchsetzung ihrer Belange günstig zu sein scheinen.

4.2 Verfahren ohne angeordnete Verwirkungspräklusion

(1) Administrative Entscheidungsverfahren ohne gesetzlich angeordnete Präklusionswirkung führen nicht ohne weiteres zu einem endgültigen Rechtsverlust, wenn ein Betroffener sich nicht äußert. Allerdings gibt es auch hier deutliche Einschränkungen. Die Rechtsprechung hat seit längerem für den Fall einer an sich möglichen, jedoch nicht wahrgenommenen Beteiligung eine mittelbare "materielle" Präklusion entwickelt. Dem liegt folgender Gedankengang zugrunde:

Für die Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit einer vor allem planerischen Entscheidung ist der Zeitpunkt maßgebend, zu dem die Entscheidung getroffen wurde (vgl. auch § 214 Abs.3 Satz 1 BauGB). Auf diesen Zeitpunkt ist die Informationslage des Entscheiders zu beziehen. Berücksichtigt der Entscheider im Zeitpunkt seiner Entscheidung einen tatsächlichen Umstand nicht, so leidet die Entscheidung nur dann an einem abwägungsbezogenen Rechtsfehler, wenn sich gerade ihm die Ermittlung und die Berücksichtigung tatsächlicher Umstände nach

¹³⁸ BVerwG, Urteil vom 27.10.1998 - 11 A 1.97 - BVerwGE 107, 313 = NVwZ 1999, 644 = DVBl 1999, 854 - Flughafen Erfurt; Urteil vom 8.7.1998 - 11 A 53.97 - BVerwGE 107, 142 = DVBl 1998, 1188; OVG Hamburg, NordÖR 2002, 253; ebenso Max Hoffmann/Edwin Grabherr, (Fußn. 6), § 10 Rn. 156, 19; a. A. wohl nur Elmar Giemulla/Ronald Schmid, (Fußn. 54), § 10 Rn.19.

¹³⁹ BVerwG, Gerichtsbescheid vom 27.12.1995 - 11 A 24.95 - Buchholz 442.09 § 20 AEG Nr.4 = NVwZ 1996, 895; Beschluß vom 13.3.1995 - 11 VR 2.95 - Buchholz 445.5 § 14 WaStrG Nr.3 = NVwZ 1995, 905; Urteil vom 12.12.1997 - 11 A 62.95 - BVerwGE 104, 79 = NVwZ 1997, 997 = DVBl 1997, 725.

Lage der Dinge "aufdrängen" mußte.¹⁴⁰ Drängte sich dem Entscheider eine weitere, ggf. auch vertiefende Ermittlung des Abwägungsmaterials mangels fehlender Beteiligung eines von der Entscheidung Betroffenen nicht auf, so kann dieses objektiv bestehende Defizit im gerichtlichen Verfahren mithin nicht mehr ausgeglichen werden.¹⁴¹

Ein Betroffener, der eine für ihn bestehende Anhörungsmöglichkeit nicht wahrnimmt, kann danach eine erhebliche Rechtsminderung erleiden. Die Rechtsprechung ist sehr zurückhaltend mit der Annahme, ein tatsächlicher, aber nicht von einem Betroffenen vorgetragener Umstand habe sich dem Entscheider aufdrängen müssen. Weil die Verfahrensbeteiligung im Hinblick auf die Ergebnisoffenheit eines Abwägungsvorganges kompensatorische Bedeutung besitzt, sieht die Rechtsprechung in der Wahrnehmung eingeräumter verfahrensrechtlicher Positionen eine mitwirkungsbelastete Obliegenheit. Deren Mißachtung wird gleichsam durch einen Rückeverlust sanktioniert. Für eine in ihren Belangen betroffene Gemeinde gilt dasselbe.¹⁴²

(2) Damit stellt sich die Frage, ob ein Verhalten der Umlandgemeinde außerhalb des jeweiligen Entscheidungsverfahrens seinerseits ein Umstand sein kann, der mit darüber entscheidet, ob sich dem Entscheider die nähere Ermittlung und Berücksichtigung tatsächlicher Umstände aufdrängen mußte. Das wird man nicht von vornherein verneinen können. Denn der Entscheider hat alles zu berücksichtigen, was für seine Entscheidung "nach Lage der Dinge" von Bedeutung sein kann. Von Bedeutung ist alles, was die Qualität der Entscheidung objektiv zu verbessern geeignet ist. Dazu zählen auch Arbeitsergebnisse, die im Regionalen Dialogforum gewonnen wurden (vgl. oben S. 31 ff.).

Dem Entscheider kann ein Informations- oder Bewertungsdefizit und damit ein Abwägungsmangel als rechtlich erheblich nur vorgeworfen werden, wenn er Umstände, die die Umlandgemeinde betreffen, ohne näheren Grund unberücksichtigt ließ. Gemeinden, die in ihrer "Beteiligung" am Regionalen Dialogforum verfahrensmäßige oder prozessuale Nachteile befürchten, müßten in dem hier behandelten Zusammenhang annehmen, daß eine bestimmte Informationslage, die im Rahmen des Regionalen Dialogforums erarbeitet wurde, oder eine bestimmte Forderung, die sie im Rahmen des Regionalen Dialogforums aufgestellt haben, dazu führen

¹⁴⁰ Vgl. BVerwG, Beschluß vom 9.1.1979 - 4 N 1.78 - BVerwGE 59, 87 [104] = NJW 1980, 1061; Urteil vom 13.9.1985 - 4 C 64.80 - NVwZ 1986, 740; Beschluß vom 14.9.1987 - 4 B 179.87 - Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr.68 = NVwZ 1988, 363; Beschluß vom 23.6.1989 - 4 B 100.89 - NVwZ 1990, 263 = DVBl 1989, 1065; Urteil vom 23.8.1995 - 4 A 30.95 - Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr.122 (Berliner Autobahnring); Rudolf Steinberg/Thomas Berg/Martin Wickel, Fachplanungsrecht, 3. Aufl., 2000, S.229 f.

¹⁴¹ Vgl. BVerwG, Urteil vom 27.7.1990 - 4 C 26.87 - Buchholz 442.08 § 36 BBahnG Nr.18 = NVwZ 1991, 781 [784] = UPR 1991, 67.

¹⁴² Zur Darlegungslast der Gemeinde vgl. BVerwG, Urteil vom 21.3.1996 - 4 C 26.04 - BVerwGE 100, 388 [304] = NVwZ 1997, 169 = DVBl 1996, 914.

kann, daß sich die Berücksichtigung eines tatsächlichen Umstandes nicht mehr aufdrängt. Das kann indes schwerlich der Fall sein. Eine verbesserte Informationslage oder eine erhobene Forderung führt gerade dazu, daß sich der Entscheider mit derartigen Umständen auseinandersetzen hat, wenn er hiervon erfährt und wenn diese Informationen abwägungsbezogen sind.

Eine andere Lage könnte dann gegeben sein, wenn eine Umlandgemeinde im Rahmen des Regionalen Dialogforums ihr zurechenbare "Zugeständnisse" gemacht haben sollte. Das Regionale Dialogforum ist - insoweit dem vorangegangenen Mediationsverfahren ähnlich - zumindest auch dahin ausgerichtet, im Wege des Kompromisses nach Lösungen zu suchen, die ihrerseits der Sache nach abwägungsbezogen sein und zudem politischen Kompromißcharakter haben können. Die Umlandgemeinde kann hier befürchten, daß entsprechende konsensuale Ergebnisse ihr in späteren Verfahren in der Frage, ob sich eine weitere Sachverhaltsaufklärung "aufdrängte", nachteilig entgegengehalten werden könnten.

Diese Befürchtung ist als solche zwar verständlich. In rechtlicher Hinsicht fehlt es indes - wie ausgeführt - an der Zurechenbarkeit der Tätigkeit im Regionalen Dialogforum zu Lasten der Umlandgemeinden. Zudem stehen etwaige "Zugeständnisse" offensichtlich - wie bei jeder mediativen Erörterung - unter dem ausdrücklichen oder aber stillschweigenden Vorbehalt einer Gesamtlösung. In jedem Falle hat es die Umlandgemeinde selbst in der Hand, durch eine aktive Beteiligung an den Entscheidungsverfahren der Gefahr zu begegnen, daß maßgebende Belange unberücksichtigt bleiben.

III. Zusammenfassung und Empfehlungen

1. Zusammenfassung der Ergebnisse

(1) Die gesetzlich vorgesehenen Verwaltungsverfahren und die sich anschließenden gerichtlichen Verfahren können auf die Arbeitsergebnisse, die das Regionale Dialogforum initiiert oder selbst erarbeitet hat, zurückgreifen. Das folgt aus dem Grundsatz der Amtsermittlung.

(2) Die "Mitgliedschaft" im Regionalen Dialogforum führt - als solche - nicht zu einer irgendwie gearteten Minderung bestehender verfahrensrechtlicher oder materiell-rechtlicher

Rechtspositionen der "beteiligten" Umlandkommunen. Das gleiche gilt für die Teilnahme an Sitzungen des Regionalen Dialogforums oder an Sitzungen eingerichteter Projektgruppen. Die Voraussetzungen für einen "Verzicht" oder für eine "Verwirkung" sind nicht gegeben.

(3) Die Erarbeitung von Positionspapieren oder Formulierungen gemeinsamer, auch einstimmiger, Schlußfolgerungen aus Ergebnissen führt ebenfalls zu keiner irgendwie gearteten Minderung bestehender verfahrensrechtlicher oder materiell-rechtlicher Rechtspositionen der Umlandkommunen. Dasselbe gilt für initiierte Gutachten.

(4) Gemeinsame, auch einstimmige Formulierungen von Stellungnahmen zur Abgabe in förmlichen Verfahren binden die "beteiligten" Umlandgemeinden in den gesetzlichen vorgesehenen Verwaltungsverfahren nicht. Fehlt es an dieser Bindung im Verwaltungsverfahren, so tritt auch im gerichtlichen Verfahren keine irgendwie geartete Bindung ein. Diese Rechtsfolge ergibt sich kraft objektiven Rechts. Einer hierauf gerichteten Vereinbarung bedarf es dazu nicht. Dasselbe gilt für die Abgabe von Stellungnahmen durch den Vorsitzenden des Regionalen Dialogforums.

(5) Die Arbeit im Regionalen Dialogforum berührt die einzelnen Verfahrensabschnitte eines gesetzlichen vorgesehenen Verwaltungsverfahrens nicht. Demgemäß ist es unerheblich, zu welchem Zeitpunkt Unterlagen ausgelegt werden, welche Fristen für Stellungnahmen bestehen oder ob und wie das Regionale Dialogforum vor oder nach einem etwaigen Erörterungstermin tätig wird. In welcher Weise sich eine Umlandkommune in einem gesetzlich vorgesehenen Verwaltungsverfahren beteiligt, ist vielmehr allein ihre eigene Entscheidung. Diese Entscheidung wird durch die Arbeit des Regionalen Dialogforums mithin in keiner Richtung rechtlich präjudiziert.

2. Empfehlungen des Gutachters

2.1 Konkrete Hinweise

Die vorstehenden Ergebnisse schließen es nicht aus, aus Gründen der Rechtsklarheit und der wechselseitigen Rechtsgewißheit in den Arbeitsformen des Regionalen Dialogforums herauszustellen, daß es mit dem mediativen Ansatz des Regionalen Dialogforums nicht vereinbar ist,

aus der Beteiligung am Forum Rechtsnachteile - in welcher Hinsicht auch immer - abzuleiten. Das kann in unterschiedlicher Weise geschehen:

(1) Nützlich ist eine gemeinsame, klarstellende Erklärung als Gesamttakt, wie die Mitgliedschaft des Einzelnen im Regionalen Dialogforum unter gleichzeitiger Rückbindung an die entsendende Institution mediativ zu verstehen ist. Dazu ist es auch nützlich, die Zielsetzung des seinerzeitigen "Mediationspaketes", nämlich einen umfassenden Problemlösungsanspruch, erneut herauszustellen.

(2) Die bislang erörterte und vorgesehene Vereinbarung zwischen einzelnen Mitgliedern des Regionalen Dialogforums ist -jedenfalls in ihrem "externen" Ansatz - nicht ratsam. Die Zielsetzung und die mit der Arbeit im Regionalen Dialogforum verbundenen Rechtspositionen sind nicht zwischen den einzelnen Mitgliedern verhandelbar. Die Mitglieder des Dialogforums müssen sich im Rahmen des Forums verständigen.

Die nach Presseberichten von einzelnen Umlandkommunen aufgestellte Forderung, eine angestrebte Vereinbarung müsse die Zustimmung des zuständigen Ministeriums finden, stellt die Validität des Einsetzungsbeschlusses der Landesregierung vom 20.Juni 2000 in Zweifel. Es erscheint zudem fraglich, ob sich das zuständige Ministerium in einer derartigen Vereinbarung überhaupt rechtlich binden kann. Ebenso wie die Umlandgemeinden selbst kann - wie erörtert - auch ein staatlicher Entscheidungsträger grundsätzlich nicht auf die Wahrnehmung öffentlicher Belange "verzichten". Die besseren Gründe sprechen sogar gegen die rechtliche Verbindlichkeit einer derartigen Vereinbarung.

Ob eine entsprechende Vereinbarung überhaupt politisch sinnvoll und auf ihren Abschluß zu drängen ist, müssen die Umlandgemeinden in eigener politischer Verantwortung entscheiden. Eine verhandlungsexterne Vereinbarung kann jedenfalls die bislang erreichte autonome und mediative Stellung des Regionalen Dialogforums schwächen. Daran sollte den Umlandgemeinden nach Einschätzung des Gutachters in ihrem wohlverstandenen Interesse und zugunsten der Bürger, die sie "vertreten", nicht gelegen sein.

(3) Der Gutachter sieht keinen Anlaß, eine grundsätzliche Änderung der äußeren Form der Protokolle zu empfehlen. Es empfiehlt sich allerdings bei aufzunehmenden Stellungnahmen Einzelner im Sitzungsprotokolle des Regionalen Dialogforums oder eingerichteter Projekt-

gruppen - wenn erforderlich - die Zuordnung deutlicher als vielleicht bislang interessenbezogen vorzunehmen. Damit kann verdeutlicht werden, daß die Meinungsbildung im Regionalen Dialogforum trotz gewußter und gewollter Rückbindung in der Verantwortung der jeweiligen Persönlichkeit erfolgt.

Da der Gutachter an einer Sitzung des Regionalen Dialogforums nicht teilgenommen hat, kann er die ihm nur teilweise bekannten Protokolltexte lediglich immanent bewerten. Eine gewisse Beurteilung läßt sich auch aus den Pressemitteilungen des Regionalen Dialogforums gewinnen. Danach scheinen die Protokolltexte oder die Pressemitteilungen nicht immer den vorhandenen Konfliktgehalt hinreichend deutlich wiederzugeben. Ratsam wäre es daher - bei aller erforderlichen Vertraulichkeit der Erörterungen -, deutlicher als bisher bestehende Interessengegensätze anzugeben.¹⁴³ Das ist auch abstrakt möglich. Gerade die Umlandgemeinden müssen sich in den Niederschriften mit ihren Interessen gleichsam "wiederfinden" können. Das würde - so darf vermutet werden - die externe Akzeptanz des Verfahrens insgesamt erhöhen. Der Hinweis auf die gebotene Vertraulichkeit in der Geschäftsordnung des Regionalen Dialogforums ist genügend hervorgehoben (vgl. dort Abschn. IV). Maßgebend bleibt der Grundkonsens, auf dem jeder mediative Ansatz beruht.

(4) Es sollte nochmals verdeutlicht werden, daß im Regionalen Dialogforum keineswegs nur über legitime Belange und Rechtspositionen der "beteiligten" Umlandgemeinden verhandelt wird. In einer derartigen Begrenzung liegt gerade der Nachteil formalisierter Entscheidungsverfahren.¹⁴⁴

Vielmehr sollte - auch gesondert - herausgestellt werden, daß jenseits einer kommunalen Rechtsposition individuelle Bürgerinteressen akzentuiert werden und werden müssen. Gerade diese Interessen, welche die Umlandgemeinden aus Rechtsgründen nicht in förmlichen Verfahren geltend machen können, sind in der mediativen Arbeit des Regionalen Dialogforums besonders erörterungs- und beurteilungsfähig. Sie haben damit eine faktisch erhöhte Chance ihrer Berücksichtigung. In diesem Sinne sollten die "Vertreter" der Umlandgemeinden zugleich ihre Ombudsfunktion verstehen.

¹⁴³ Vgl. weiterführend Klaus-Martin Groth/Daniela von Bubnoff, Gibt es "gerichts feste" Vertraulichkeit bei der Mediation?, in: NJW 2001, 338-342.

¹⁴⁴ Vgl. Wolfgang Hoffmann-Riem, Konfliktbewältigung in einer angebotsorientierten Rechtsordnung, in: ZRP 1997, 190 ff. [194]; Hans-Heiner Gotzen, Mediation, in: VR 1998, 245 ff.; vgl. Bernd Holznagel, (Fußn. 109), S. 84 ff.

(5) Die Effektivität der mediativen Arbeitsweise des Regionalen Dialogforums kann ohne Frage durch eine externe Politisierung gestört werden. Die Geschäftsordnung des Regionalen Dialogforums vom 20. Oktober 2000 vermittelt bereits, daß eine externe Politisierung in Widerspruch zum vertrauensbildenden Gesprächs- und Verhandlungsstil führen kann.

Man darf annehmen, daß dies den am Regionalen Dialogforum allseitig und damit auch den "beteiligten" Umlandgemeinden gegenwärtig ist. Insoweit ist indes eine lediglich textliche Ergänzung der Geschäftsordnung nicht geeignet, eine Aufkündigung des mediativen Grundansatzes des Regionalen Dialogforums zu verhindern.

(6) Mediative Arbeitsweisen bedingen ein Mindestmaß an Vertraulichkeit und Verschwiegenheit. Dazu gehört auch eine Zurückhaltung in der Information der Medien.¹⁴⁵ Hier zu tragfähigen Verhaltensregeln zu gelangen, erweist sich als schwierig. Dem steht mutmaßlich ein auch politisch verständlicher Erwartungsdruck entgegen, dem sich offenbar vor allem die Repräsentanten der Umlandgemeinden und diese selbst ausgesetzt sehen. Eine Lösung wird kaum über einen wechselseitigen Appell der Beteiligten an die gebotene Zurückhaltung hinausgehen können. Eine formale Verfahrensübereinkunft erscheint dem Gutachter weniger sinnvoll.

(7) Die Arbeit des Regionalen Dialogforums wird nur produktiv und erfolgreich sein, wenn sie von einem fortdauernden Grundkonsens der Beteiligten getragen wird. Der Bestand eines derartigen Konsenses läßt sich letztlich nur durch ein "offenes" Arbeitsklima erreichen. Änderungen der Geschäftsordnung können nützlich sein, bleiben aber letztlich peripher.

2.2 Formal offene Rechtslage

(1) Die politisch-strategische Grundsatzfrage des "Ob" einer Flughafenerweiterung hat bereits das vorherige Mediationsverfahren im positiven Sinne beantwortet. Auch der Einrichtung des Regionalen Dialogforums lag die entsprechende landesplanerische Entscheidung zugrunde. Rechtlich umgesetzt wurde dies allerdings erst durch das als letztverbindlich anzusehende Ziel der Raumordnung (Nr.7.4 LEP 2000). Der Gutachter muß anhand der ihm zugänglichen Presseberichte zweifeln, ob diese landesraumordnungsrechtliche Entscheidung der

¹⁴⁵ Vgl. Bernd Holznel, (Fußn. 114), S. 285 f.; Ulrich Ramsauer, Stephan Breidenbach/Martin Hensler (Hrsg.), Mediation für Juristen: Konfliktbehandlung ohne gerichtliche Entscheidung, 1997, S.167 f.; Thorsten Siegel, (Fußn. 89), S. 87.

hessischen Bevölkerung in der Region und damit den "beteiligten" Umlandgemeinden mit der erforderlichen politischen Klarheit vermittelt worden ist.

(2) Das Regionale Dialogforum hat seiner bisherigen Arbeit Nr.7.4 LEP 2000 als innere Geschäftsgrundlage zugrunde gelegt. Formal ist durch das Urteil des VGH Kassel vom 16. August 2002 - 4 N 87/02 - indes eine andere Rechtslage eingetreten. Das Gericht hat das in Nr.7.4 LEP Hessen 2000 festgelegte Ziel der Raumordnung in dem hier maßgebenden Teil für nichtig erklärt. Diese Entscheidung hat gemäß § 47 Abs.5 VwGO Rechtswirkung für jedermann. Damit besteht derzeit in einer Kernfrage des Forums eine offene Rechtslage. Das Regionale Dialogforum sollte dies in seiner Arbeit zumindest thematisieren. Das beabsichtigte Planfeststellungsverfahren über eine Flughafenerweiterung ist verfahrensrechtlich allerdings nicht davon abhängig, ob erneut eine entsprechende landesplanerische Zielfestlegung im Verfahren nach § 8 HLPG vorgenommen wird.

3. Rechtliche oder taktische Folgen der Beteiligungsabstinenz

(1) Die vom BUND und möglicherweise von einigen Umlandgemeinden vertretene Ansicht reduziert sich nach dem Ergebnis der hier vorgelegten rechtlichen Analyse auf eine Frage des zu empfehlenden taktisch-politischen Vorgehens in der Auseinandersetzung um den Flughafen Frankfurt/Main. Die Angemessenheit und den strategischen Erfolg einer derartigen Vorgehensweise zu beurteilen, ist nicht Aufgabe des Gutachters. Die Einsichten in taktisches Vorgehen der Konfliktvermeidung oder gerade der Konfliktverschärfung verlangen letztlich Bewertungen, die sich außerhalb der dem Gutachter aufgetragenen rechtlichen Untersuchung vollziehen. Das wirft zugleich die Frage der politischen Verantwortbarkeit auf.

In rechtlicher Hinsicht ist ein entsprechendes taktisches Konzept der "Abstinenz" allerdings nur schlüssig, wenn das Regionale Dialogforum sich generell als unfähig erweist, verwertbare tatsächliche oder rechtliche Erkenntnisse überhaupt (noch) zu gewinnen. Das kann durch eine Politik der "leeren Stühle" indes schwerlich erreicht werden. Weder die Arbeitsweise noch die Empfehlungen des Regionalen Dialogforums sind trotz Abschn. VII seiner Geschäftsordnung vom 20. Oktober 2000 letztlich von bestimmten Quoren abhängig.

(2) Der Gutachter muß die naheliegende Frage verneinen, ob die am Regionalen Dialogforum beteiligten Institutionen durch Aufgabe ihrer "Mitwirkung" tatsächlich oder rechtlich verhin-

dem können, daß "verwertbare" Erkenntnisse, die im Rahmen des Forums gewonnen worden sind, im Verwaltungsverfahren oder in einem späteren gerichtlichen Verfahren verwertet werden. Soweit bereits Gutachten erstellt wurden, liegt dies auf der Hand. So bleiben z.B. die für die Frage der Umsetzung eines Nachtflugverbotes vom Regionalen Dialogforum veranlaßten Gutachten in administrativen oder gerichtlichen Verfahren - wie erörtert - verwertbar. Es gibt auch kein Verbot, daß das Regionale Dialogforum weitere Gutachten initiiert. Eine Abstinenz versagt sich mithin der möglichen Einflußnahme auf die fachliche Begutachtung.

Kurz gesagt: Erst wenn das Regionale Dialogforum seine Tätigkeit einstellt oder in erkennbarer Weise seinen mediativen Ansatz auch strukturell verläßt, wird es keine verwertungsfähigen Arbeitsergebnisse mehr geben.

IV. Resümierende Bemerkung

Die mit dem Regionalen Dialogforum verfahrensmäßig eröffnete und partieII formalisierte Chance des mediativen Verfahrens beruht auf der Voraussetzung, daß ein Grundkonsens vorhanden ist und bleibt.¹⁴⁶ Darin liegt die Stärke des zu behandelnden Interessenausgleichs und zugleich die Schwäche. Denn der Konsens kann jederzeit sowohl rechtlich als auch tatsächlich aufgekündigt werden. Das geschieht dann, wenn Beteiligte durch ein anderes Verhalten für sich größere "Gewinne" (Verhandlungsanreize) erhoffen.¹⁴⁷ Es liegt auf der Hand: Wer das Regionale Dialogforum "instrumentalisieren" will, muß einschätzen, wann ihm dieses Instrument seiner Interessenverfolgung nicht mehr zur Verfügung stehen wird.

Daß dieses Denken in Handlungsalternativen die Labilität mediativer Verfahren ausmacht, wissen die Beteiligten und machen dies möglicherweise ihrerseits zum Gegenstand gezielter Interessenverfolgung. Kann der erreichbare oder auch der zunächst nur erhoffte "multipolare" Mehrwert mediativen Vorgehens nicht hinreichend einsichtig gemacht werden, kann dem jedenfalls mit Rechtserwägungen nicht wirksam begegnet werden.

¹⁴⁶ Vgl. allg. Stephan Breidenbach, *Mediation. Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt*, 1995; Stephan Breidenbach/Martin Henssler (Hrsg.), *Mediation für Juristen: Konfliktbehandlung ohne gerichtliche Entscheidung*, 1997; Fritjof Haft, *Verhandlung und Mediation. Die Alternative zum Rechtsstreit*, 2. Aufl., 2000; Ferdinand Kopp/Ulrich Ramsauer, *VwVfG*, 7. Aufl., 2000, Einf. Rn.87 ff.; Fritjof Haft/Katharina von Schlieffen (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, 2002; Karsten-Michael Orloff, *Neue Methoden des Verhandeln: Über den Einfluß der Mediation auf den Verwaltungsprozeß*, in: *FG BVerwG*, 2003, S.727 ff.; ders., *Richterauftrag und Mediation*, in: Stephan Breidenbach/Martin Henssler, *Mediation für Juristen: Konfliktbehandlung ohne gerichtliche Entscheidung*, 1997, S. 111 ff.

¹⁴⁷ Vgl. Thorsten Siegel, (Fußn. 89), S. 85, 97; Bernd Holznapel, (Fußn. 114), S. 284; Ulrich Ramsauer, (Fußn. 145), S. 164 f.; Hartmut Gaßner/Bernd Holznapel/Uwe Lahl, *Mediation - Verhandlungen als Mittel der Konsensfindung bei Umweltstreitigkeiten*, 1992, S.53 f.

Um es aus der Sicht des Gutachters auf den Punkt zu bringen: Wer für sich den mediativen Zusammenhang von Ausbau und Nachtflugverbot und damit eine Grundannahme des Mediationspaketes aufgegeben hat, wird mutmaßlich die mediative Zielsetzung insgesamt in Frage stellen.

Hamburg/Leipzig, den 30. Juli 2003