

Genehmigungsanspruch und Verfahrensdauer im Immissionsschutzrecht

Verfahrensfristen und Beurteilungszeitpunkte

Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechtswissenschaft der Fakultät für
Rechtswissenschaft der Universität Hamburg

Jan Niklas Gestefeld

2016

A.	Einleitung.....	4
B.	Grundproblematik: Zusammenfallen von Beurteilungs- und Entscheidungszeitpunkt	9
	I. Grundbegriffe.....	9
	II. Beurteilungszeitpunkt und Genehmigungsanspruch.....	12
	1. Allgemeine Grundsätze zur Wahl des Beurteilungszeitpunkts.....	13
	2. Zusammenfallen von Beurteilungs- und Entscheidungszeitpunkt in immissionsschutzrechtlichen Verpflichtungssituationen	17
	3. Auseinanderfallen von Beurteilungs- und Entscheidungszeitpunkt in immissionsschutzrechtlichen Drittanfechtungskonstellationen	18
	a) Grundregel: Maßgeblichkeit der letzten Behördenentscheidung.....	19
	b) Übertragbarkeit des baurechtlichen Begünstigungsgrundsatzes.....	20
	III. Entscheidungszeitpunkt und Genehmigungsanspruch	24
	1. Immissionsschutzrechtliche Verfahrensfristen	25
	2. Rechtscharakter der Verfahrensfristen und subjektives Recht auf Fristeinhaltung	27
	3. Anwendungsfragen.....	28
	a) Fristbeginn	28
	b) Fristende	31
	c) Fristverlängerung und Begründungserfordernis	31
	4. Rechtsfolgen einer Fristüberschreitung?	32
C.	Unzureichender Schutz des Genehmigungsanspruchs.....	34
	I. Vorbescheid	34
	1. Konzeption des Vorbescheids.....	35
	2. Ungeeignetheit des Vorbescheids als Schutzmöglichkeit	37
	a) Zeitmoment.....	38
	b) Überschreiten der Funktionsgrenzen des Vorbescheids.....	40
	3. Kein Verzicht auf das Erfordernis einer positiven vorläufigen Gesamtbewertung.....	41
	4. Ergebnis	43
	II. Vorläufige Genehmigung/vorläufige Zulassung.....	43
	1. Konzeption vorläufiger Genehmigungen	43
	2. Voraussetzungen und Grenzen vorläufiger Genehmigungen nach § 8a BImSchG	45
	3. Ergebnis	47
	III. Einstweiliger Rechtsschutz.....	47
	1. Statthaftigkeit einer Regulationsanordnung.....	48
	2. Voraussetzungen einer Regulationsanordnung.....	48
	a) Anordnungsanspruch.....	49
	b) Anordnungsgrund.....	50
	3. Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache.....	50

a)	Grundlagen und Inhalt.....	51
b)	Keine endgültige Genehmigung im vorläufigen Rechtsschutz	53
c)	Vorläufige Genehmigung im einstweiligen Rechtsschutz	54
4.	Unzureichende Investitionssicherheit vorläufiger Genehmigungen und Zulassungen	55
5.	Ergebnis	56
IV.	Genehmigungsfiktion	56
1.	Grundlagen	57
2.	Keine Genehmigungsfiktion im Immissionschutzrecht.....	59
3.	Ergebnis	60
V.	Folgenbeseitigungsanspruch.....	61
1.	Grundlagen	61
2.	Voraussetzungen	64
3.	Ungeeignetheit auf Rechtsfolgenseite	65
4.	Ergebnis	68
VI.	Folgenbeseitigungslast	68
1.	Grundlagen	69
2.	Schutz des Genehmigungsanspruchs nur in Ausnahmefällen	72
3.	Ergebnis	74
VII.	Allgemeiner Herstellungsanspruch	74
1.	Entwicklung im allgemeinem Verwaltungsrecht	75
2.	Entwicklung im Sozialrecht.....	76
3.	Ablehnung eines allgemeinen Herstellungsanspruchs	80
4.	Ergebnis	82
VIII.	Kein Primärrechtsschutz im Wege des Geldersatzes	83
D.	Auslegung der Verfahrensfristen zur Ermittlung des Beurteilungszeitpunkts bei Fristüberschreitungen	84
I.	Beurteilungszeitpunkt für die Rechtslage.....	86
1.	Einfachrechtliche Auslegung	86
a)	Wortlaut und Historie.....	86
b)	Systematische Auslegung	87
aa)	Systematik der dynamischen Betreiberpflichten	87
bb)	Drittrechtsschutz	88
c)	Ergebnis	90
2.	Auslegung im Lichte höherrangiger Vorgaben	90
a)	Auslegung im Lichte der Grundrechte	90
aa)	Betroffene Grundrechte.....	91
bb)	Grundrechtseingriff.....	103
cc)	Grundrechtliche Anforderungen an die Auslegung der Verfahrensfristen zur Ermittlung des Beurteilungszeitpunkts.....	114
b)	Auslegung im Lichte des gesetzgeberischen Steuerungsanspruchs..	123
aa)	Steuerungsanspruch des Gesetzgebers.....	123

bb)	Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers und Prüfungsmaßstab.....	124
cc)	Ausgestaltung des Steuerungsanspruchs im immissionschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren	124
dd)	Beeinträchtigung des Steuerungsanspruchs	126
ee)	Ergebnis.....	127
3.	Auslegungsergebnis Rechtslage: Vorverlagerung des Beurteilungszeitpunkts	128
II.	Beurteilungszeitpunkt für die Sachlage.....	130
1.	Einfachrechtliche Auslegung	130
2.	Auslegung im Lichte höherrangiger Anforderungen	131
a)	Auslegung im Lichte der Grundrechte	131
aa)	Betroffene Grundrechte.....	131
bb)	Eingriff	132
cc)	Auslegung im Lichte des gesetzgeberischen Steuerungsanspruchs	134
3.	Auslegungsergebnis Sachlage: Keine Vorverlagerung des Beurteilungszeitpunkts	136
E.	Auswirkungen auf den Sekundärrechtsschutz.....	138
I.	Sekundäransprüche bei Änderung der Sachlage.....	138
1.	Amtshaftung.....	138
a)	Handeln in Ausübung eines öffentlichen Amts	138
b)	Verletzung einer drittschützenden Amtspflicht	139
c)	Verschulden	140
d)	Schaden.....	141
e)	Ausschlussgründe.....	142
f)	Ergebnis	142
2.	Enteignungsgleicher Eingriff?	143
II.	Keine Sekundäransprüche bei Änderungen der Rechtslage	144
F.	Zusammenfassung	146
G.	Literaturverzeichnis	150

A. Einleitung

Der Ausgang eines immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens hängt von der Entwicklung zahlreicher Faktoren ab. Entwicklung und Zeit sind untrennbar verbunden, weil Entwicklungen in der Zeit geschehen.¹ In einem Genehmigungsverfahren kann daher dem Faktor Zeit und damit der Verfahrensdauer maßgebliche Bedeutung zukommen.

Die Dauer eines Genehmigungsverfahrens kann sich zunächst auf die Wirtschaftlichkeit eines Vorhabens auswirken. Für den Antragsteller ist Zeit in einem immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren regelmäßig Geld, da die Genehmigungserteilung Voraussetzung für die Vorhabendurchführung ist und Veränderungen der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen dazu führen können, dass sein Vorhaben im Laufe eines Genehmigungsverfahrens unrentabel wird. Die sich hieraus ergebenden wirtschaftlichen Anforderungen an die Dauer und Effizienz von Genehmigungsverfahren haben in den neunziger Jahren des letzten Jahrhunderts zu einer „Beschleunigungsdiskussion“ geführt, die sich in verschiedenen gesetzgeberischen Bemühungen zur Verfahrensbeschleunigung niedergeschlagen hat.²

Gegenstand dieser Untersuchung ist indes nicht der Zusammenhang zwischen Verfahrensdauer und wirtschaftlicher Realisierbarkeit, sondern der Zusammenhang zwischen Verfahrensdauer und rechtlicher Realisierbarkeit eines Vorhabens. Die Dauer eines Genehmigungsverfahrens kann darüber entscheiden, ob die Durchführung eines Vorhabens von der Rechtsordnung generell zugelassen werden kann, ob also die erforderliche Genehmigung erteilt wird. Der Grund liegt darin, dass Genehmigungsbehörden die Genehmigungsfähigkeit eines Vorhabens nach tradiertem Verständnis anhand der im Zeitpunkt der Genehmigungsentscheidung vorliegenden Sach- und Rechtslage beurteilen,³ also Beurteilungs- und Entscheidungszeitpunkt zusammenfallen. Dies bedeutet, dass sich Änderungen der Sach- und Rechtslage während des Genehmigungsverfahrens auf die Genehmigungsfähigkeit eines Vorhabens auswirken können. Für den Ausgang eines Genehmigungsverfahrens kann es deswegen entscheidend sein, ob die Genehmigungsbehörde ihre Entscheidung über einen Genehmigungsantrag vor oder nach dem Eintritt der Änderung der Sach- oder Rechtslage trifft.

¹ *Aristoteles*, Physikvorlesung, Buch IV, Kapitel 11, S. 111 f.

² Siehe etwa *Bullinger*, Beschleunigte Genehmigungsverfahren, S. 1 ff.; *ders.*, JZ 1991, S. 53 (53 ff.) und JZ 1994, S. 1129 (1129 ff.). Einen Überblick über die Diskussion und die gesetzgeberischen Aktivitäten bieten etwa *Fehling*, in: *Fehling/Grewlich*, Struktur und Wandel des Verwaltungsrechts, 2011, S. 43 ff. und *Biermann*, NordÖR 2009, S. 377 (378); kritisch in Hinblick auf Einschränkungen des Drittrechtsschutzes: *Erbguth*, DÖV 2009, S. 921 (921 ff.); zweifelnd in Hinblick auf die Notwendigkeit einer Beschleunigung: *Schmitz*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 10 Rn. 24; eine empirische Untersuchung der Verfahrensdauer in Genehmigungsverfahren und der Auswirkungen von Beschleunigungsgesetzen findet bei *Ziekow*, Zulassungsverfahren, VWA, Bd. 19, S. 1 (1 ff.).

³ Siehe S. 14.

Der Einfluss der Verfahrensdauer auf die Genehmigungsfähigkeit lässt sich als Zusammenhang von Verfahrensdauer und Genehmigungsanspruch formulieren, wenn die Rechtsordnung dem Antragsteller einen Anspruch auf die begehrte Genehmigung einräumt. Dies ist der Fall, wenn der Genehmigungsvorbehalt als präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ausgestaltet ist. Dann hat die Genehmigungsbehörde die Genehmigung zu erteilen, wenn die Genehmigungsvoraussetzungen vorliegen.⁴ Änderungen der Sach- und Rechtslage während des Genehmigungsverfahrens können in diesem Fall den Genehmigungsanspruch ausschließen. Die Verfahrensdauer kann mithin über den Bestand des Genehmigungsanspruchs entscheiden. Für die Wahl der Begrifflichkeit kommt es letztlich auf die Perspektive an: Aus der Perspektive der Genehmigungsbehörde geht es um die Frage der Genehmigungsfähigkeit, aus der Perspektive des Antragstellers um den Bestand seines Genehmigungsanspruchs.

Dieser Zusammenhang von Verfahrensdauer und Genehmigungsanspruch ist Ausgangspunkt der vorliegenden Arbeit. Untersucht wird er am Beispiel des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens. Hier räumt die Rechtsordnung dem Antragsteller einen Anspruch auf die begehrte Genehmigung ein, wenn die Genehmigungsvoraussetzungen des § 6 BImSchG erfüllt sind.⁵ Ob die Voraussetzungen für die Genehmigung gegeben sind, beurteilen die Genehmigungsbehörden wiederum auf der Grundlage der im Zeitpunkt der Genehmigungsentscheidung vorliegenden Sach- und Rechtslage.⁶ Die Verfahrensdauer kann also über den immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruch entscheiden. Verdeutlicht sei dies an je einem Beispiel für eine Änderung der Rechtslage und für eine Änderung der Sachlage:

Ein Antragsteller beantragt eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb eines Windparks an einem hierfür in dem maßgeblichen Bauleitplan ausgewiesenen Standort. Im Zeitpunkt der Antragstellung ist sein Vorhaben genehmigungsfähig. Steht nun das Inkrafttreten eines der Genehmigungsfähigkeit entgegenstehenden Bauleitplans bevor (und hat der Planungsträger nicht von den Plansicherungsinstrumenten einer Veränderungssperre und einer Zurückstellung nach den §§ 14 und 15 BauGB Gebrauch gemacht), kommt es entscheidend auf den Zeitpunkt an, in dem die Genehmigungsbehörde über den Genehmigungsantrag entscheidet: Entscheidet sie noch vor dem Inkrafttreten der neuen Bauleitplanung, ist sie verpflichtet, die Genehmigung zu erteilen. Entscheidet sie erst nach Inkrafttreten der neuen Bauleitplanung, wird sie die Genehmigung versagen.

Ein vergleichbarer Einfluss der Verfahrensdauer auf den Genehmigungsanspruch besteht im Fall einer sich im Laufe des Verfahrens verändernden Sachlage. So kann das

⁴ Siehe S. 92.

⁵ Siehe S. 92.

⁶ Siehe 17 ff.

Auftauchen einer besonders geschützten Tierart über den Erfolg eines genehmigungsbedürftigen Vorhabens entscheiden, wenn die in § 44 BNatSchG normierten Zugriffsverbote nunmehr einer Genehmigung des Vorhabens entgegenstehen. Zu einiger Berühmtheit hat es insoweit die Fledermausart „Kleine Hufeisennase“ gebracht, die einen zeitweisen Stopp des Baus der Dresdner Waldschlösschenbrücke bewirkt hat.⁷ Andere prominente „Baustopper“ sind der Juchtenkäfer (versus Stuttgart 21), der Feldhamster (versus verschiedene Industrieparks), oder auch die kleine Tellerschnecke (versus Bergedorfer Logistikpark).⁸

Die Beispiele verdeutlichen, dass im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren – wie in anderen Genehmigungsverfahren auch – der Antragsteller das Risiko einer Änderung der Sach- und Rechtslage während des Genehmigungsverfahrens trägt. Im Rahmen der Untersuchung wird diese Risikoverteilung in Genehmigungsverfahren nicht generell in Frage gestellt. Der immissionsschutzrechtliche Genehmigungsvorbehalt als solcher ist wegen der potentiell erheblichen Auswirkungen genehmigungsbedürftiger Vorhaben auf die Grundrechte Dritter und den in Art. 20 a GG verankerten Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen verfassungsrechtlich gerechtfertigt und Ausdruck der dem Gesetzgeber obliegenden Schutzpflichten.⁹ Zudem ist das Erfordernis eines mitunter zeitintensiven Genehmigungsverfahrens den Antragstellern vorab bekannt und die Risikoverteilung kann sich ebenso zu ihren Lasten wie zu ihren Gunsten auswirken.

An dieser Stelle darf die Betrachtung indes nicht stehen bleiben. Maßgeblich sind die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen. Für den Fall der Erstgenehmigung verpflichtet § 10 Abs. 6a BImSchG die Genehmigungsbehörden, über einen Genehmigungsantrag im normalen Genehmigungsverfahren innerhalb von sieben Monaten und im vereinfachten Verfahren innerhalb von drei Monaten ab Eingang der vollständigen Antragsunterlagen zu entscheiden. Für das Verfahren zur Erteilung einer Änderungsge-
nehmigung normiert § 16 Abs. 3 BImSchG eine Frist von sieben Monaten, die in Fällen, in denen eine Öffentlichkeitsbeteiligung nicht erforderlich ist, auf drei Monate verkürzt ist.¹⁰

Damit geben die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen den Genehmigungsbehörden den Zeitraum vor, innerhalb dessen sie über einen Genehmigungsantrag zu entscheiden haben und legen den Zeitpunkt fest, bis zu dem die Genehmigungsbehörden über den Genehmigungsantrag zu entscheiden haben. Der Regelungsgehalt der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen betrifft zugleich den maßgeblichen Beurtei-

⁷ Vgl. VG Dresden, ZUR 2007, S. 551 (553 f.).

⁸ Vgl. mit weiteren Beispielen Lütke, NVwZ 2008, S. 598 (598); Dziallas, NZBau 2008, S. 429 (429).

⁹ Feldhaus in: ders., BImSchG, § 4 Rn. 7; Dietlein in: Landmann/Rohmer, BImSchG, § 4 Rn. 1 und § 5 Rn. 43 – jeweils m.w.N.

¹⁰ Siehe 25 f.

lungszeitpunkt: Bei Einhaltung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen können von vornherein nur bis zum Fristablauf eintretende Änderungen der Sach- und Rechtslage, nicht aber nach Fristablauf eintretende Änderungen der Sach- und Rechtslage bei der Genehmigungsentscheidung Berücksichtigung finden. In diesem Sinne begrenzen die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen den Zeitraum, innerhalb dessen die Rechtsordnung den Antragstellern das Risiko eines Untergangs des Genehmigungsanspruchs durch während des Genehmigungsverfahrens eintretende Änderungen der Sach- und Rechtslage zuweist.

Der Regelungsgehalt der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen im Hinblick auf eine Berücksichtigung von Änderungen der Sach- und Rechtslage steht in einem Spannungsverhältnis zu der in der Rechtspraxis allgemein angewandten Grundregel, dass Beurteilungs- und Entscheidungszeitpunkt in Verpflichtungssituationen zusammenfallen. Denn bei einem ausnahmslosen Zusammenfallen von Beurteilungs- und Entscheidungszeitpunkt in Verpflichtungssituationen können auch nach Fristablauf eintretende Änderungen der Sach- und Rechtslage einen Untergang des Genehmigungsanspruchs bewirken, obwohl sie bei Einhaltung der Verfahrensfristen den Bestand des Genehmigungsanspruchs unberührt gelassen hätten. Diese Problematik ist Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

Den Ausgangspunkt der Untersuchung bildet die Wahl des Beurteilungszeitpunkts, weil der Untergang des Genehmigungsanspruchs auf der Wahl des Beurteilungszeitpunkts beruht. Von der Wahl des Beurteilungszeitpunkts hängt ab, ob eine Änderung der Sach- und Rechtslage bei der Genehmigungsentscheidung zu berücksichtigen ist. Anerkanntermaßen ist der maßgebliche Beurteilungszeitpunkt dem materiellen Recht im Wege der Auslegung zu entnehmen.¹¹ Hierauf aufsetzend ermittelt die vorliegende Arbeit den maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt für den Fall einer nach Ablauf der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen eintretenden Änderung der Sach- und Rechtslage im Wege einer Auslegung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen. Eine Auslegung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen nach ihrem Wortlaut, ihrer Historie, vor dem Hintergrund der Systematik des Bundesimmissionsschutzgesetzes sowie im Lichte höherrangiger Anforderungen aus den Grundrechten und dem gesetzgeberischen Steuerungsanspruch ergibt, dass eine Vorverlagerung des für die Rechtslage, nicht aber des für die Sachlage maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts als Reaktion auf eine Fristüberschreitung geboten ist. Die Arbeit gelangt zu dem Ergebnis, dass nicht die im rechtswidrig verzögerten Entscheidungszeitpunkt, sondern die bei Fristablauf vorliegende Rechtslage maßgeblich sein muss.

Der Untersuchung liegt folgender Aufbau zugrunde:

¹¹ Siehe S. 13 ff.

Der erste Teil erörtert den grundlegenden Zusammenhang zwischen Verfahrensdauer und Genehmigungsanspruch. Dabei ist einzugehen auf die allgemeinen Grundsätze zur Wahl des Beurteilungszeitpunkts, das Zusammenspiel von Beurteilungs- und Entscheidungszeitpunkt sowie auf Bedeutung und Anwendungsfragen der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen. Der zweite Teil legt dar, dass die Rechtsordnung keine hinreichenden Schutzmöglichkeiten bereitstellt, die einen Untergang des Genehmigungsanspruchs durch nach Fristablauf eintretende Änderungen der Sach- und Rechtslage verhindern könnten. Weder der immissionsschutzrechtliche Vorbescheid, eine vorläufige Genehmigung, eine einstweilige Anordnung, eine Genehmigungsfiktion, ein Folgenbeseitigungsanspruch, die Rechtsfigur einer Folgenbeseitigungslast noch ein allgemeiner Herstellungsanspruch sind geeignet, einem Untergang des Genehmigungsanspruchs wirksam zu begegnen. Vor diesem Hintergrund ermittelt der dritte Teil den zutreffenden Beurteilungszeitpunkt im Fall einer nach Fristablauf eintretenden Änderung der Sach- und Rechtslage im Wege einer umfassenden Auslegung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen. Der vierte Teil der Untersuchung stellt die Auswirkungen der verfassungsrechtlich gebotenen Auslegungsergebnisses für die Sekundärebene und damit die Frage nach etwaigen monetären Ersatzansprüchen als Reaktion auf eine Fristüberschreitung dar. Der fünfte Teil fasst die Ergebnisse der Untersuchung zusammen.

B. Grundproblematik: Zusammenfallen von Beurteilungs- und Entscheidungszeitpunkt

Der in der Einleitung skizzierte Zusammenhang zwischen Verfahrensdauer und Genehmigungsanspruch beruht auf dem Zusammenfallen von Beurteilungs- und Entscheidungszeitpunkt im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren. Dies meint nichts anderes, als dass die Genehmigungsbehörden (ebenso wie gegebenenfalls Widerspruchsbehörden und Verwaltungsgerichtsbarkeit) nach tradiertem Verständnis die Genehmigungsfähigkeit eines Vorhabens am Maßstab der im Zeitpunkt ihrer jeweiligen Entscheidung vorliegenden Sach- und Rechtslage beurteilen. Der Grundproblematik des Zusammenfallens von Beurteilungs- und Entscheidungszeitpunkt ist in diesem Kapitel vertieft nachzugehen.

I. Grundbegriffe

Zunächst sind für die Untersuchung zentrale Grundbegriffe zu klären.

Die Wahl des *Beurteilungszeitpunkts* betrifft die Frage, anhand der in welchem Zeitpunkt vorliegenden Sach- und Rechtslage die Genehmigungsfähigkeit eines Vorhabens zu beurteilen ist. Der Beurteilungszeitpunkt bezeichnet den Zeitpunkt, in dem die für die Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit maßgebliche Sach- oder Rechtslage vorliegen muss.¹²

Der *Entscheidungszeitpunkt* bezeichnet den Zeitpunkt, in dem die Entscheidung über die Genehmigungsfähigkeit eines Vorhabens getroffen wird. Der Entscheidungszeitpunkt steht in einem engen Zusammenhang mit der Verfahrensdauer: Beide sind in dem Sinne identisch, als die Verfahrensdauer (vorbehaltlich eines Rechtsbehelfsverfahrens) mit der Entscheidung über den Genehmigungsantrag endet.

Im Hinblick auf die Begriffe einer *Änderung der Sach- und Rechtslage* wird auf das im allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht entwickelte Begriffsverständnis zurückgegriffen. Nach § 51 Abs. 1 Nr. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes (VwVfG) hat die Verwaltung auf Antrag des Betroffenen über die Aufhebung oder Änderung eines unanfechtbaren Verwaltungsaktes zu entscheiden, wenn sich die dem Verwaltungsakt zugrunde liegende Sach- oder Rechtslage nachträglich zugunsten des Betroffenen ändert. Nach der allgemeinen Widerrufsvorschrift des § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 und Nr. 4 VwVfG sowie der spezialgesetzlichen Widerrufsvorschrift in § 21 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 BImSchG kann eine Änderung der Sach- oder Rechtslage die Verwaltung zum Widerruf eines Verwaltungsakts berechtigen.¹³

¹² Vgl. Wolff, in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 113 Rn. 90.

¹³ Im Rahmen der Widerrufsvorschriften hat der Gesetzgeber eine leicht abgewandelte Terminologie verwendet und spricht von „nachträglich eingetretenen Tatsachen“ und „einer geänderten Rechtsvorschrift“. Gemeint ist

Demnach bezeichnet der Begriff der *Sachlage* die tatsächlichen Gegebenheiten, die für die Anwendung einer Rechtsnorm relevant sind.¹⁴ Unter Tatsachen sind alle tatsächlichen inneren und äußeren Umstände unabhängig davon zu verstehen, ob sie auf einem menschlichen Verhalten oder äußeren Umständen beruhen.¹⁵ Die Bedeutung des Begriffs der Sachlage wird bei einem Blick auf die Grundlagen juristischer Arbeitsweise deutlich: Ihr Kernstück ist die Subsumtion eines Lebenssachverhalts unter eine Rechtsnorm. Der Begriff der Sachlage beschreibt den Ausschnitt der Lebenswirklichkeit, dem das Material für die Subsumtion zu entnehmen ist. Eine Änderung der Sachlage liegt vor, wenn sich der eine Norm ausfüllende Lebenssachverhalt ändert.¹⁶ Im immissionschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren bezeichnet die Sachlage mithin die tatsächlichen Umstände, die für das Vorliegen der in § 6 BImSchG und den diesen konkretisierenden Verordnungen normierten Genehmigungsvoraussetzungen relevant sind. Änderungen der Sachlage betreffen hier zumeist Änderungen der Anlagenumgebung. Dies kann etwa eine Änderung der Nutzung der Umgebung (beispielsweise weicht eine landwirtschaftliche Nutzung einer Wohnnutzung), eine Erhöhung der Immissionsbelastung aus anderen Quellen¹⁷ – oder eben das bereits in der Einleitung angesprochene Auftauchen einer besonders geschützten Tierart sein.

Schwierigkeiten kann die Einordnung nachträglich gewonnener Erkenntnisse bereiten: Einerseits ist im Ausgangspunkt anerkannt, dass ein bloßes Bekanntwerden unverändert gebliebener Umstände nicht als Änderung der Sachlage einzuordnen ist.¹⁸ Wird etwa eine naturschutzrechtlich besonders geschützte Art erst im Zuge einer im Rahmen eines Genehmigungsverfahrens erforderlichen Umweltverträglichkeitsprüfung entdeckt, liegt eine Änderung der Sachlage nicht vor. Andererseits kann ein wissenschaftlicher Erkenntnisfortschritt, d.h. die Gewinnung neuer naturwissenschaftlicher Erkenntnisse, als Änderung der Sachlage einzustufen sein.¹⁹ Dabei wird die „objektive Erkennbarkeit“ von tatsächlichen Umständen mit der „wirklichen“ Änderung der Sachlage gleichgesetzt.²⁰ Als Richtschnur für die Abgrenzung dient, dass es sich für die Annahme einer

im Wesentlichen dasselbe (so verweisen etwa die Kommentierungen von *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, zu § 49 und § 51 mehrfach aufeinander).

¹⁴ Vgl. *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 51 Rn. 94 und § 49 Rn. 58 ff.; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 49 Rn. 43.

¹⁵ BVerwG, NVwZ 1991, 577 (578); *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 49 Rn. 59; *Suerbaum*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, § 49 Rn. 88; *Ruffert*, in: Erichsen/Ehlers, Verwaltungsrecht, § 25 Rn. 739.

¹⁶ *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 51 Rn. 94; *Vogler*, Genehmigungsanspruch, S. 84; ähnlich auch BFH, NVwZ-RR 1990, S. 119 (119).

¹⁷ *Hansmann*, in: Landmann/Rohmer, BImSchG, § 21 Rn. 32 m.w.N.

¹⁸ BVerwG, NVwZ 1991, S. 577 (578) m.w.N. aus der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung; *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 51 Rn. 90 und § 49 Rn. 62; *Suerbaum*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, § 49 Rn. 89; *Kopp/Ramsauer*, § 49 Rn. 45; *Czajka*, in: Feldhaus, BImSchG, § 21 Rn. 29.

¹⁹ BVerwG, DVBl 1982, 1004 (1004 f.); BVerwGE 115, 274 (281); *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 51 Rn. 95 und § 49 Rn. 63; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 51 Rn. 29; kritisch: *Koch*, in: GK-BImSchG, § 21 Rn. 49; *Czajka*, in: Feldhaus, BImSchG, § 21 Rn. 29.

²⁰ BVerwGE 115, 274 (281).

Sachänderung um allgemein neue und nicht nur für die Genehmigungsbehörde neue Erkenntnisse handeln muss.²¹

Eine Änderung der *Rechtslage* liegt in jeder Änderung von Rechtsvorschriften, also von Gesetzen, Rechtsverordnungen oder Satzungen, aber auch in der Änderung von Gewohnheitsrecht oder allgemeinen Rechtsgrundsätzen.²² Der Änderungsbegriff erfasst den Erlass einer Rechtsvorschrift, ihre Aufhebung sowie ihre Abänderung.²³ Nicht zu den Änderungen der Rechtslage zählt es, wenn eine Rechtsnorm durch ein Gericht für nichtig erklärt wird. Denn gerichtliche Nichtigkeitsentscheidungen ändern die Rechtslage nicht konstitutiv, sondern stellen nur eine unverändert gebliebene Rechtslage klar.²⁴ Änderungen der Rechtsprechung sind ebenfalls keine Rechtsänderungen, weil sie nicht das Recht ändern, sondern allein seine Auslegung betreffen.²⁵ In jedem Fall ist erforderlich, dass dem geänderten Rechtssatz eine allgemeinverbindliche Außenwirkung zukommt.²⁶ Keine Änderungen der Rechtslage sind daher Änderungen der Verwaltungspraxis und – im Grundsatz – Änderungen von Verwaltungsvorschriften. Dies gilt auch, wenn eine mittelbare Selbstbindung der Verwaltung durch Verwaltungsvorschriften über den allgemeinen Gleichheitssatz eingetreten ist, da Art. 3 Abs. 1 GG einer Änderung der Verwaltungspraxis nicht entgegensteht.²⁷ Anders sind allerdings normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften zu beurteilen. Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften zeichnet aus, dass sie der Ausfüllung eines der Verwaltung eingeräumten Beurteilungsspielraums dienen und dessen Ausübung von der Einzelfallentscheidung in eine abstrakt-generelle Regelung teilweise vorverlagern.²⁸ Dementsprechend unterliegen normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften nur einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle.²⁹ In diesem Sinne kommt ihnen eine Außenwirkung zu, so dass ihre Änderung als Änderung der Rechtslage einzuordnen ist.³⁰ Im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren betrifft dies in erster Linie Änderungen der auf Grundlage von § 48 BImSchG erlassenen Verwaltungsvorschriften zu Emissions- und Immissi-

²¹ *Hansmann*, in: Landmann/Rohmer, BImSchG, § 21 Rn. 32.

²² *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 51 Rn. 96; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 49 Rn. 50.

²³ *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 49 Rn. 79.

²⁴ BSG, NVwZ 1989, S. 998 (999); *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 51 Rn. 100; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 51 Rn. 30 m.w.N.

²⁵ BVerwGE 95, 86 (89); *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 51 Rn. 104 ff.; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 51 Rn. 30 – jeweils m.w.N.

²⁶ Ausdrücklich: BVerwGE 95, 86 (89); *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 51 Rn. 96.

²⁷ Vgl. BVerwG, NVwZ-RR 1994, S. 119 (119); *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 51 Rn. 97; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 51 Rn. 30.

²⁸ BVerwGE 107, 338 (341); für eine nur mittelbare Außenwirkung über Art. 3 Abs. 1 GG demgegenüber etwa *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 24 Rn. 26 m.w.N.

²⁹ Siehe zu der Entwicklung der Rechtsprechung und den unterschiedlichen Begründungsansätzen im Schrifttum aus jüngerer Zeit eingehend: *Sauerland*, Die Verwaltungsvorschrift, S. 191 ff. und grundlegend *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 1 ff.

³⁰ *Czajka*, in: Feldhaus, BImSchG, § 21 Rn. 38; vgl. *Koch*, in: GK-BImSchG, § 21 Rn. 60.

onsgrenzwerten (Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft und Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm).³¹

Nicht jede dergestalt skizzierte Änderung der Sach- oder Rechtslage während eines Genehmigungsverfahrens kann sich auf den Genehmigungsanspruch auswirken. Zu einem Untergang des Genehmigungsanspruchs führen allein *erhebliche* Änderungen der Sach- und Rechtslage. Dies sind solche Änderungen, von deren Berücksichtigung die Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens abhängt.

II. Beurteilungszeitpunkt und Genehmigungsanspruch

Die Klärung der erforderlichen Grundbegriffe verdeutlicht die Bedeutung des Beurteilungszeitpunktes für den Genehmigungsanspruch: Die Wahl des Beurteilungszeitpunktes kann über den Bestand des Genehmigungsanspruchs entscheiden, wenn sich während des Genehmigungsverfahrens die Sach- oder Rechtslage in erheblicher Weise ändert. Wählt die Genehmigungsbehörde einen vor dem Eintritt der Änderung liegenden Beurteilungszeitpunkt, berücksichtigt sie die Änderung nicht bei der Genehmigungsentscheidung und die Änderung kann nicht zum Untergang des Genehmigungsanspruchs führen. Wählt die Genehmigungsbehörde einen nach dem Eintritt der Änderung liegenden Beurteilungszeitpunkt, findet die Änderung Berücksichtigung und kann einen Untergang des Genehmigungsanspruchs bewirken.

Die Frage nach dem zutreffenden Beurteilungszeitpunkt zählt zu den schwierigeren Fragen des Verwaltungsrechts.³² Die Problematik, welches Recht auf welche Fälle Anwendung zu finden und wer die Entscheidung hierüber zu treffen hat, berührt den Aspekt der Gewaltenteilung³³ und wirft Fragen nach der Funktion der Verwaltungsgerichtsbarkeit und ihres Verhältnisses zur Verwaltung³⁴ ebenso wie nach dem Verhältnis von Prozessrecht und materiellen Recht auf.³⁵ Darüber hinaus liegt der Wahl des Beurteilungszeitpunkts eine mitunter komplexe und vielpolige Interessenabwägung zugrunde, da die Wahl des Beurteilungszeitpunkts darüber entscheiden kann, zu wessen Gunsten und zu wessen Lasten sich eine Veränderung der Sach- oder Rechtslage auswirkt.³⁶ Ungeachtet verbleibender offener Fragen ist im Ausgangspunkt anerkannt, dass die

³¹ BVerwG, NVwZ 1988, 824 (825), NVwZ 1995, 994 (994 f.), NVwZ-RR 1996, 498 (499); BVerwGE 145, 145 (148).

³² Kopp, in: FS-Menger, S. 693 (693); Mager, Rechtswidrigkeit von Verwaltungsakten, S. 1; Kleinlein, VerwArch 81 (1990), S. 149 (149 f.); Kopp/Schenke, VwGO, § 113 Rn. 29.

³³ Siehe S. 122 ff.

³⁴ Schenke, NVwZ 1986, S. 522 (523); Kopp, in: FS-Menger, S. 693 (698); Schweiger, DVBl 1964, S. 205 (205); Mager, Rechtswidrigkeit von Verwaltungsakten, S. 19.

³⁵ Mager, Rechtswidrigkeit von Verwaltungsakten, S. 34 ff.; Bachof, JZ 1954, S. 416 (418); ders., JZ 1966, S. 140 (140); Schenke, NVwZ 1986, S. 522 (523). Nach h.M. ist der Beurteilungszeitpunkt dem materiellen Recht im Wege der Auslegung zu entnehmen. Näheres dazu unter II. 1.

³⁶ Vgl. Breuer, DVBl 1981, S. 300 (301 f.).

Antwort auf die Frage nach dem maßgeblichen Recht im materiellen Recht zu suchen ist. Im Einzelnen:

1. Allgemeine Grundsätze zur Wahl des Beurteilungszeitpunkts

Die Frage nach dem maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt stellt sich auf verschiedenen Ebenen eines verwaltungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahrens. Sowohl Ausgangsbehörden als auch Widerspruchsbehörden und die Verwaltungsgerichtsbarkeit haben bei der Entscheidungsfindung zu klären, welchen Beurteilungszeitpunkt und damit welche Sach- und Rechtslage sie ihrer Entscheidung zugrunde legen.

Unabhängig davon, auf welcher dieser Ebenen sich die Frage nach dem maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt stellt, ist der Ausgangspunkt ihrer Beantwortung gleich: Art. 20 Abs. 3 GG bindet die Exekutive und die Judikative an das geltende Recht. Verwaltung und Verwaltungsgerichte müssen daher stets das im Entscheidungszeitpunkt geltende Recht anwenden. Dem im Entscheidungszeitpunkt geltenden Recht ist wiederum die Antwort auf die Frage zu entnehmen, die zu welchem Zeitpunkt vorliegende Sach- und Rechtslage den Beurteilungsmaßstab für die Entscheidung bildet. Das geltende Recht kann im Wege eines Anwendungsbefehls eine frühere Sach- und Rechtslage für maßgeblich erklären. Dies ist heute als „*Maßgeblichkeit des materiellen Rechts*“ allgemein anerkannt.³⁷

Das Bundesverwaltungsgericht hat seine Rechtsprechung zu dem maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt in Verpflichtungskonstellationen vor dem Hintergrund einer sich ändernden Sach- oder Rechtslage wie folgt zusammengefasst:

„Der Senat hat entschieden, dass sich der Erfolg einer Klage, mit der ein Anspruch auf Erlass eines Verwaltungsakts oder auf eine erneute Entscheidung darüber geltend gemacht wird, nach dem materiellen Recht richtet, das zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung auf den Sachverhalt anzuwenden ist. Aufgrund der Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) haben die Gerichte bei der Beurteilung von Verpflichtungs- und Neubescheidungsbegehren Rechtsänderungen zu beachten, die während des behördlichen oder gerichtlichen Verfahrens in Kraft getreten sind, sofern das neue, zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung geltende Recht nichts anderes bestimmt. Durch seine Auslegung ist zu ermitteln, ob Verpflichtungs- und Neubescheidungsbegehren für bestimmte Fallkonstellationen noch nach dem aufgehobenen oder inhaltlich geänderten Recht zu beurteilen sind (stRspr; vgl. Urteil vom 31. März 2004 – BVerwGE 120, 246 [250] – und vom 24. Juni 2004 – BVerwGE 121, 140 [143 f.] –).“³⁸

³⁷ Wolff, in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 113 Rn. 94; Kopp/Schenke, VwGO, § 113 Rn. 41; Kothe, in: Redeker/v. Oertzen, VwGO, § 108 Rn. 16; Schmidt, in: Eyermann, VwGO, § 113 Rn. 45 ff. – jeweils m.w.N.

³⁸ BVerwGE 142, 59 (60 f.); nachfolgend auch BVerwG, Beschl. vom 4.7.2013, 2 B 49/13, Rn. 7, juris.

Ergebnis der Auslegung des geltenden Rechts kann sein, dass auf die in einem früheren Zeitpunkt vorliegende Sach- oder Rechtslage abzustellen ist. Das geltende Recht kann etwa in Gestalt einer Übergangsvorschrift die zu einem früheren Zeitpunkt geltende Rechtslage für anwendbar erklären oder im Rahmen eines Tatbestandmerkmals eine in der Vergangenheit liegende Sachlage für maßgeblich erklären. Oftmals lässt sich dem materiellen Recht eine explizite Aussage zum maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt allerdings nicht entnehmen. Fehlt es an einer expliziten Regelung, ist der Beurteilungszeitpunkt dem materiellen Recht im Wege der Auslegung zu entnehmen.

Welche Kriterien für die Auslegung des materiellen Rechts zur Ermittlung des Beurteilungszeitpunkts maßgeblich sein sollen, ist nicht befriedigend geklärt.³⁹ Die Praxis handhabt die Problematik letztlich durch die Bildung von Fallgruppen, innerhalb derer der maßgebliche Beurteilungszeitpunkt im Ergebnis weitgehend anerkannt ist.⁴⁰ Aus der Perspektive der Verwaltungsgerichte bildet die Grundregel den Ausgangspunkt, dass in Anfechtungskonstellationen auf den Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung und in Verpflichtungssituationen auf den Zeitpunkt der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung abzustellen sein soll.⁴¹ Dem Abstellen auf die prozessuale Konstellation kommt eine gewisse Berechtigung im materiellen Recht in dem Sinne zu, dass die Klagearten sich tendenziell in ihrer zeitlichen Stoßrichtung unterscheiden: Während bei der Anfechtungsklage der gerichtlichen Kontrollfunktion maßgebliche Bedeutung zukommt und sie in diesem Sinne in die Vergangenheit gerichtet ein bestimmtes Verwaltungshandeln auf seine Rechtmäßigkeit überprüft, ist das Verpflichtungsbegehren auf ein zukünftiges Verwaltungshandeln gerichtet und dient damit der zukünftigen Verwirklichung subjektiver Rechte.⁴² Vor diesem Hintergrund geht auch das Bundesverwaltungsgericht davon aus, es komme „tendenziell“ auf die prozessuale Situation an,⁴³ spricht von einem „Regelbestand“⁴⁴ oder lässt mitunter schlicht das Vorliegen einer Anfechtungs- oder Verpflichtungssituation als Begründung für den gewählten Beurteilungszeitpunkt ausreichen.⁴⁵ Letztlich ist die angesprochene Grundregel aber in erster Linie als eine „Regelvermutung im Sinne eines statistischen Erfahrungswerts“⁴⁶ zu begreifen. Maßgeblich

³⁹ Kopp/Schenke, VwGO, § 113 Rn. 29; Mager, Rechtswidrigkeit von Verwaltungsakten, S. 33; Sandler, in: FS Fröhler, S. 209 (219) spricht gerade in Bezug auf die Frage nach einem möglichen Ausschluss von Begünstigungsansprüchen durch Rechts- und Sachänderungen pointiert von einer „Sammlung von Widersprüchen und Ungereimtheiten, von systematischen Durcheinander und gelegentlich gefühlsgelenkter Billigkeitsjustiz“.

⁴⁰ Deutlich wird dies bei einem Blick in die einschlägigen Kommentierungen, die meist von einer Grundregel ausgehend verschiedene Ausnahmekonstellationen darstellen (etwa Wolff, in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 113 Rn. 97 ff.; Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 44 Rn. 20 ff.; vgl. auch Mager, Rechtswidrigkeit von Verwaltungsakten, S. 33).

⁴¹ Wolff, in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 113 Rn. 97 ff.; Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 44 Rn. 20 – jeweils m.w.N.

⁴² Schenke, NVwZ 1986, S. 522 (523 f.); Wolff, in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 113 Rn. 103; Schmidt, in: Eyer- mann, VwGO, § 113 Rn. 47; Polzin, JuS 2004, S. 211 (211).

⁴³ BVerwGE 78, S. 243 (244).

⁴⁴ BVerwG, NVwZ 1990, S. 653 (654).

⁴⁵ So etwa BVerwGE 74, 115 (118).

⁴⁶ Mager, Rechtswidrigkeit von Verwaltungsakten, S. 2.

bleibt – obgleich dies mitunter nicht hinreichend deutlich wird – stets das materielle Recht.

Ihre Orientierung an der prozessualen Situation einerseits und die Betonung der alleinigen Maßgeblichkeit des materiellen Rechts andererseits tragen der praktischen Handhabung der Problematik mitunter den Vorwurf der Systemlosigkeit und Kasuistik ein.⁴⁷ In der Tat darf die weitgehende Einigkeit über die im konkreten Fall zugrunde zu legende Sach- und Rechtslage nicht darüber hinwegtäuschen, dass es nach wie vor an einer umfassenden Dogmatik fehlt, auf welche Weise dem materiellen Recht zu entnehmen ist, auf welchen Beurteilungszeitpunkt abzustellen ist.⁴⁸ Eine solche Dogmatik zu entwickeln, ist indes nicht Anliegen dieser Untersuchung. Im Grundsatz gilt: Für die Ermittlung des maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts sind die allgemeinen Grundsätze zur Auslegung des materiellen Rechts, also die Auslegung nach dem Wortsinn, der Systematik, der Gesetzesgeschichte und dem Sinn und Zweck und Zweck sowie die Auslegung im Lichte des jeweils höherrangigen Rechts heranzuziehen. Die Auslegung von Rechtsverordnungen im Lichte der höherrangigen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage und von parlamentarischen Gesetzen im Lichte des höherrangigen Grundgesetzes (und ggf. im Lichte des Europarechts) wird insbesondere in den Fällen bedeutsam, in denen der Rechtsanwendungsbefehl unklar ist oder das anzuwendende materielle Recht zu der Frage des maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts schweigt. Namentlich wenn das (einfache) materielle Recht keine Aussage zum maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt trifft, ist zur Festlegung des maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts auf das jeweils höherrangige Recht zurückzugreifen.

Für die Zwecke dieser Untersuchung ist festzuhalten, dass die Wahl des maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts – mag sie auch einer gefestigten Praxis entsprechen – nicht als „in Stein gemeißelt“ vorzusetzen, sondern im Einzelfall kritisch zu hinterfragen ist.

Dass dies auch für das heute einem tradierten Verständnis entsprechende Zusammenfallen von Beurteilungs- und Entscheidungszeitpunkt in Verpflichtungssituationen gilt, zeigt ein Blick auf die Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts.

In den 1960er Jahren hat das Bundesverwaltungsgericht in einer Reihe von Entscheidungen aus dem Bereich des Berufszulassungsrechts eine Ausnahme vom Zusammenfallen von Beurteilungs- und Entscheidungszeitpunkt anerkannt,⁴⁹ die hier von besonderem Interesse ist, obgleich sich die dort vertretene Rechtsauffassung im Ergebnis

⁴⁷ Klein, NVwZ 1990, S. 633 (633 f.); Kopp, in: FS-Menger, S. 693 (694); Schenke, NVwZ 1986, S. 522 (523) und Mager, Rechtswidrigkeit von Verwaltungsakten, S. 18 m.w.N.

⁴⁸ Mager, Rechtswidrigkeit von Verwaltungsakten, S. 33.

⁴⁹ BVerwG, DVBl 1959, S. 775 (776); BVerwG, DVBl 1960, S. 778 (779); BVerwG, DVBl 1961, S. 447 (447); siehe hierzu: Sendler, in: FS Fröhler, S. 209 (210 ff.); kritisch: Papier, DÖV 1972, S. 845 (848); Ule, DVBl 1963, S. 475 (481); Czermak, BayVBl 1965, S. 93 (93 f.); Weyreuther, Gutachten, S. 119.

nicht durchgesetzt hat. Für die Fälle war kennzeichnend, dass die Verwaltung den Berufszulassungsanspruch der Kläger durch ein rechtswidriges Verhalten vereitelt hatte und die Kläger bei einem pflichtgemäßen Verwaltungshandeln die begehrte Zulassung hätten erhalten müssen. Insoweit weisen die Fälle eine strukturelle Parallele zu der hier interessierenden Konstellation auf, in der die Genehmigungsbehörde die immissionsschutzrechtliche Genehmigung bei Einhaltung der Verfahrensfristen hätte erteilen müssen.

In den Entscheidungen stellte sich das Bundesverwaltungsgericht zusammenfassend auf den Standpunkt, es sei mit „*rechtsstaatlichen Erwägungen*“⁵⁰ unvereinbar, den Klägern eine Begünstigung zu verweigern, in deren Besitz sie bei ordnungsgemäßen Verwaltungshandeln gewesen wären. In solchen Fällen könne der Betroffene verlangen, so gestellt zu werden, „*wie er bei einer richtigen Behandlung der Sache nach den seinerzeit geltenden Vorschriften stehen würde*“.⁵¹

Eine Übertragung dieser Rechtsprechungslinie auf das dem Immissionsschutzrecht nahestehende Baurecht hat das Bundesverwaltungsgericht allerdings abgelehnt⁵² und führt sie auch im Bereich des Berufszulassungsrechts nicht fort.⁵³ Dennoch zeigen die Entscheidungen, dass die Grundregel des Zusammenfallens von Beurteilungs- und Entscheidungszeitpunkt in Fällen, in denen die Verwaltung einen Anspruch auf eine Begünstigung rechtswidrig vereitelt, für sich genommen keine befriedigende Erklärung bietet und eine abweichende Wahl des Beurteilungszeitpunkts ernsthaft in Betracht kommt.

Dass das Zusammenfallen von Beurteilungs- und Entscheidungszeitpunkt nicht in jedem Fall als gegeben hinzunehmen ist, bestätigt die jüngere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu der Gewährung von Familienasyl. § 26 Abs. 2 Satz 1 des Asylverfahrensgesetzes (AsylVfG) sieht vor, dass Kindern eines unanfechtbar anerkannten Asylberechtigten (Stammberechtigten) Asyl zu gewähren ist, wenn sie im Zeitpunkt ihrer Asylantragstellung minderjährig und ledig sind. Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Urteil vom 17. Dezember 2002 entschieden, dass den Kindern eines Asylberechtigten auch dann Familienasyl zu gewähren ist, wenn sie ihre Asylanträge nach § 26 Abs. 2 Satz 1 AsylVfG wegen der Dauer des Verfahrens zur Anerkennung des Stammberechtigten erst nach dem Eintritt ihrer Volljährigkeit stellen konnten. Zur Begründung hat das Bundesverwaltungsgericht ausgeführt, dass die Verfahrensgestaltung und die Verfahrensdauer sich nach Sinn und Zweck der Regelung in § 26 Abs. 2 Satz 1

⁵⁰ BVerwG, DVBl 1961, S. 447 (447).

⁵¹ BVerwG, DVBl 1960, S. 778 (779).

⁵² BVerwG, DVBl 1962, S. 178 (179); DVBl 1964, S. 184 (185); DVBl 1974, S. 781 (782), gegen eine Übertragung auf das Baurecht auch Heise, DÖV 1972, S. 271 (272 f.).

⁵³ BVerwGE 29, 304 (305 f.); siehe zur weiteren Entwicklung der Rechtsprechung *Sendler*, in: FS Fröhler, S. 209 (210 ff.).

AsyIVfG nicht zu Lasten der Kinder des Stammberechtigten auswirken dürften.⁵⁴ In der Sache hat das Bundesverwaltungsgericht damit – letztlich aus vergleichbaren Gerechtigkeitserwägungen wie in den Berufszulassungsfällen – eine Vorverlagerung des Beurteilungszeitpunktes und eine Ausnahme vom Zusammenfallen von Beurteilungs- und Entscheidungszeitpunkt in Verpflichtungssituationen anerkannt.

2. Zusammenfallen von Beurteilungs- und Entscheidungszeitpunkt in immissionschutzrechtlichen Verpflichtungssituationen

Die Frage nach dem maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt stellt sich in verschiedenen Stadien eines immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens.

Auf der Ebene der Ausgangsentscheidung hat die Ausgangsbehörde ihrer Entscheidung über den Genehmigungsantrag anerkanntermaßen die im Entscheidungszeitpunkt vorliegende Sach- und Rechtslage zugrunde zu legen.⁵⁵ Hier fallen demnach Beurteilungs- und Entscheidungszeitpunkt zusammen.

Gleiches gilt auf Ebene der Widerspruchsentscheidung: Versagt die Ausgangsbehörde die Genehmigungserteilung und erhebt der Antragsteller Widerspruch gegen den Ablehnungsbescheid, hat die Widerspruchsbehörde nach allgemeiner Ansicht die im Entscheidungszeitpunkt vorliegende Sach- und Rechtslage zugrunde zu legen.⁵⁶ Der Grund wird im Charakter des Widerspruchsverfahrens als Verwaltungsverfahren und dem Umstand gesehen, dass gemäß § 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO Gegenstand der Anfechtungsklage der Ausgangsbescheid in Gestalt des Widerspruchbescheides ist, der ersterem seine endgültige Gestalt verleiht.⁵⁷ Die Widerspruchsbehörde überprüft nicht allein rückblickend die Entscheidung der Ausgangsbehörde auf ihre Rechtmäßigkeit, sondern trifft eine eigene Entscheidung mit eigenen Zweckmäßigkeitserwägungen, der sie – wie die Ausgangsbehörde – die im Zeitpunkt ihrer Entscheidung vorliegende Sach- und Rechtslage zugrunde legt. Auf Ebene der Widerspruchsentscheidung fallen mithin ebenfalls Beurteilungs- und Entscheidungszeitpunkt zusammen.

Entsprechendes gilt auf Ebene einer verwaltungsgerichtlichen Entscheidung: Erhebt der Antragsteller eine auf die Erteilung der Genehmigung gerichtete Verpflichtungsklage, legt das Verwaltungsgericht seiner Entscheidung anerkanntermaßen die im Entschei-

⁵⁴ BVerwGE 117, 283 (284); siehe hierzu auch *Wolff*, in: HK-AuslR, § 26 AsyIVfG Rn. 21.

⁵⁵ *Scheidler*, in: Feldhaus, BImSchG, § 6 Rn. 5; *Wasielewski*, in: GK-BImSchG, § 6 Rn. 100; *Dietlein*, in: Landmann/Rohmer, BImSchG, § 6 Rn. 1; *Kotulla*, in: ders., BImSchG, § 6 Rn. 42; *Jarass*, BImSchG, § 6 Rn. 5.

⁵⁶ *Scheidler*, in: Feldhaus, BImSchR, § 6 Rn. 5; *Dietlein*, in: Landmann/Rohmer, BImSchG, § 6 Rn. 64; *Kotulla*, in: ders., BImSchG, § 6 Rn. 42; *Jarass*, BImSchG, § 6 Rn. 60; *Sellner/Reidt/Ohms*, Immissionsschutzrecht und Altanlagen, 3. Teil Rn. 8. Allgemein zum VwVfG: *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 44 Rn. 36; *Kopp/Schenke*, VwGO, § 68 Rn. 15; *Kothe*, in: Redeker/v. Oertzen, VwGO, § 73 Rn. 15; *Rennert*, in: Eyermann, VwGO, § 68 Rn. 14 – jeweils m.w.N.

⁵⁷ *Ahrens*, in: Handbuch Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Teil F Rn. 134; vgl. *Wolff*, in: So-dan/Ziekow, VwGO § 113 Rn. 98.

dungszeitpunkt geltende Sach- und Rechtslage zugrunde.⁵⁸ In einem Berufungs- oder Revisionsverfahren kommt es hinsichtlich der Sachlage auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung an; in einem Revisionsverfahren sind Rechtsänderungen in dem Umfang zu beachten, in dem auch das Berufungsgericht sie zu beachten gehabt hätte, wenn es anstelle des Revisionsgerichts entscheiden würde.⁵⁹

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die Rechtspraxis in immissionsschutzrechtlichen Verpflichtungskonstellationen in allen Verfahrensstadien den jeweils spätesten denkbaren Beurteilungszeitpunkt zugrunde legt. Die dergestalt getroffene Wahl der Beurteilungszeitpunkte führt dazu, dass dem Antragsteller das gesamte Risiko einer sich verändernden Sach- und Rechtslage auferlegt wird. Diese Risikoverteilung kann sich für den Antragsteller nicht nur negativ, sondern auch positiv auswirken. So kann in Bezug auf Änderungen der Rechtslage etwa das Inkrafttreten einer veränderten Bauleitplanung für den einen Antragsteller zum Entfallen der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit führen, während es für einen anderen Antragsteller überhaupt erst die Genehmigungsfähigkeit bewirkt. Ebenso vermag auf tatsächlicher Ebene sowohl das Auftreten einer geschützten Tierart zum Entfallen der Genehmigungsfähigkeit führen als auch ihr Verschwinden diese erst herzustellen. Den Genehmigungsanspruch können freilich allein für den Antragsteller nachteilige Änderungen der Sach- oder Rechtslage ausschließen und nur diese sind im Rahmen der Untersuchung von Interesse.

3. Auseinanderfallen von Beurteilungs- und Entscheidungszeitpunkt in immissionsschutzrechtlichen Drittanfechtungskonstellationen

Um die Realisierung des Genehmigungsanspruchs geht es nicht allein in der prozessualen Verpflichtungssituation, in der ein Antragsteller den Erlass einer Genehmigung erstreiten möchte. Sein Interesse an der Genehmigung ist in vergleichbarer Weise tangiert, wenn Drittbetroffene sich gegen eine ihm bereits erteilte Genehmigung zur Wehr setzen. Denn sowohl in einer Drittanfechtungskonstellation als auch in einer Verpflichtungskonstellation geht es letztlich darum, ob dem Antragsteller die Durchführung seines Vorhabens gestattet wird. Aus Sicht des Antragstellers geht es in einer Verpflichtungssituation um sein Interesse an der Erteilung einer Genehmigung, in einer Drittanfechtungskonstellation dagegen um die Frage, ob ihm eine bereits erteilte Genehmigung wieder entzogen wird.

Während in immissionsschutzrechtlichen Verpflichtungskonstellationen nach einhelligem Verständnis Beurteilungs- und Entscheidungszeitpunkt auf allen Ebenen des Genehmigungsverfahrens zusammenfallen, besteht in Drittanfechtungskonstellationen kein

⁵⁸ *Wasielewski*, in: GK-BImSchG, § 6 Rn. 100; *Dietlein*, in: Landmann/Rohmer, BImSchG, § 6 Rn. 64; *Scheidler*, in: Feldhaus, BImSchG, § 6 Rn. 96; *Kotulla*, in: ders., BImSchG, § 6 Rn. 42; *Jarass*, BImSchG, § 6 Rn. 61; *Sellner/Reidt/Ohms*, Immissionsschutzrecht und Altanlagen, 3. Teil Rn. 8.

⁵⁹ *Wolff*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 113 Rn. 102 m.w.N.

vergleichbares Einvernehmen über die Frage, welcher Beurteilungszeitpunkt und damit welche Sach- und Rechtslage der Genehmigungsentscheidung zugrunde zu legen ist.

a) Grundregel: Maßgeblichkeit der letzten Behördenentscheidung

Greift ein Drittbetroffener eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung an, ist aus der Perspektive der Verwaltungsgerichtsbarkeit der Grundsatz anerkannt, dass der Entscheidung die im Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung vorliegende Sach- und Rechtslage zugrunde zu legen ist.⁶⁰ Dieser Grundsatz gilt auch im Umweltrecht.⁶¹ Das Bundesverwaltungsgericht führt zum Beurteilungszeitpunkt in immissionsschutzrechtlichen Drittanfechtungskonstellationen aus, es entspreche:

„ständiger Rechtsprechung des BVerwG, daß bei einer Anfechtungsklage, um die es hier geht, für die gerichtliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der angefochtenen Behördenentscheidung (ggf. in Gestalt des Widerspruchsbescheids) maßgebend ist, wenn sich nicht aus dem anzuwendenden materiellen Recht (ausnahmsweise) etwas anderes ergibt (vgl. zuletzt Beschluß des Senats vom 21. Dezember 1989 – BVerwG 7 B 21.89 – Buchholz 310 § 113 VwGO Nr. 214). Aus dem Bundes-Immissionsschutzgesetz ergibt sich nicht, daß bei der Anfechtung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung auf einen späteren Zeitpunkt abzustellen wäre. Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung ist insbesondere kein Dauerverwaltungsakt im Sinne etwa des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. Januar 1988 – BVerwG C 48.85 – (Buchholz 418.712 LMKV Nr. 2). Sie wird nicht rechtswidrig, wenn sich die Rechts- oder Sachlage nach Erteilung ändert. Vielmehr ermächtigt das Bundes-Immissionsschutzgesetz die Behörde, Änderungen der Rechts- und Sachlage durch nachträgliche Anordnungen oder durch Widerruf Rechnung zu tragen (§§ 17, 21 BImSchG). Wer als Nachbar einen Anspruch darauf zu haben meint, daß die Behörde in solcher Weise gegen eine aufgrund immissionsschutzrechtlicher Genehmigung betriebene Anlage einschreitet, ist darauf angewiesen, diesen Anspruch notfalls durch Erhebung einer Verpflichtungsklage geltend zu machen.“⁶²

⁶⁰ BVerwGE, NVwZ 2011, S. 613 (617) m.w.N. aus der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung; Wolff, in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 113 Rn. 97 ff.

⁶¹ Kloepfer, Umweltrecht, § 8 Rn. 58 m.w.N.

⁶² BVerwG, GewArch 1991, 276 (276); so auch BayVGH, Beschl. v. 14.9.2015, 22 ZB 15.1028, Rn. 8, juris. Das Schrifttum geht mitunter davon aus, das Bundesverwaltungsgericht stelle für die maßgebliche Rechtslage auf den Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung ab (Scheidler, in: Feldhaus, BImSchG, § 6 Rn. 102; Seller/Reidt/Ohms, Immissionsschutzrecht und Industrieanlagen, 3. Teil Rn. 85). Dabei wird auf bundesverwaltungsgerichtliche Entscheidungen Bezug genommen (BVerwGE 65, 313 (314 f.); 50, 49 (52)), die maßgeblich auf der speziellen Überleitungsvorschrift in § 67 Abs. 4 BImSchG beruhen und durch den oben zitierten Beschluss überholt sind.

Mithin ist aus der verwaltungsgerichtlichen Perspektive in immissionsschutzrechtlichen Drittanfechtungskonstellationen im Grundsatz auf den Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung abzustellen. Hieraus ergibt sich zugleich, dass aus der Perspektive einer Widerspruchsbehörde die im Zeitpunkt ihrer Entscheidung vorliegende Sach- und Rechtslage maßgeblich ist, weil ein Verwaltungsgericht die Ausgangsentscheidung in Gestalt der Widerspruchsentscheidung beurteilt.

Für die Auswirkungen von Änderungen der Sach- und Rechtslage, die nach der Genehmigungserteilung eintreten, folgt aus der Wahl der letzten Verwaltungsentscheidung als Beurteilungszeitpunkt: Änderungen der Sach- und Rechtslage, die zwischen der Genehmigungserteilung und der Entscheidung einer Widerspruchsbehörde eintreten, sind beachtlich und können den Untergang eines ursprünglich bestehenden Genehmigungsanspruchs bewirken. Änderungen der Sach- und Rechtslage, die zwischen der letzten Verwaltungsentscheidung und einer verwaltungsgerichtlichen Entscheidung eintreten, sind demgegenüber unbeachtlich und wirken sich nicht auf den Genehmigungsanspruch aus.

b) Übertragbarkeit des baurechtlichen Begünstigungsgrundsatzes

Bleibe es bei einer unmodifizierten Anwendung der Grundregel der Maßgeblichkeit der letzten Behördenentscheidung, könnten Änderungen der Sach- und Rechtslage, die nach der Erteilung der Genehmigung und vor der Entscheidung der Widerspruchsbehörde eintreten, zur Aufhebung einer ursprünglich rechtmäßig erteilten Genehmigung führen. Dem Genehmigungsinhaber würde innerhalb des Zeitraums zwischen der Ausgangs- und der Widerspruchsentscheidung das Risiko einer für ihn nachteiligen Änderung der Sach- oder Rechtslage aufgebürdet. Zugleich käme eine solche Änderung Drittbetroffenen selbst dann zugute, wenn ihr Rechtsbehelf ursprünglich unbegründet war.

In baurechtlichen Drittanfechtungskonstellationen wird diese Risikoverteilung allgemein als unbillig erachtet. Die Grundregel der Maßgeblichkeit der letzten Verwaltungsentscheidung wird in baurechtlichen Drittanfechtungskonstellationen zugunsten des Genehmigungsinhabers modifiziert und für ihn ein „Begünstigungsgrundsatz“ angewendet. Ficht ein Drittbetroffener eine Baugenehmigung an, entspricht es der ständigen Rechtsprechung⁶³ und der einhelligen Meinung im Schrifttum,⁶⁴ dass den Interessen des Genehmigungsinhabers bei der Wahl des Beurteilungszeitpunktes weitestgehend Rechnung zu tragen ist. Sowohl im Wi-

⁶³ BVerwG NJW 1970, S. 263 (263 f.); BVerwG, NJW 1979, S. 995 (995 f.); BVerwG, NVwZ 1998, S. 1179 (1179).

⁶⁴ Schmidt, in: Eyermann, VwGO, § 113 Rn. 53; Stuhlfauth, in: Bader, VwGO, § 113 Rn. 40; Kothe, in: Redeker/v. Oertzen, VwGO, § 108 Rn. 25; Kopp/Schenke, VwGO, § 113 Rn. 46 und 51; Rieger, in: Quaas/Zuck, Prozesse in Verwaltungssachen, § 3 Rn. 498.

derspruchsverfahren⁶⁵ als auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren⁶⁶ sind deshalb für den Bauherrn nachteilige Änderungen der Sach- und Rechtslage unbeachtlich. Insoweit schützt ihn die bereits erteilte Genehmigung. Hingegen finden für ihn vorteilhafte Änderungen der Sach- und Rechtslage bei den Entscheidungen der Widerspruchsbehörde und des Verwaltungsgerichts Berücksichtigung.

Angesichts des Umstands, dass das Erfordernis einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung in Abgrenzung zu demjenigen einer Baugenehmigung oftmals von marginalen Unterschieden – etwa in der Zahl der eingestellten Nutztiere⁶⁷ oder der Höhe einer Windenergieanlage⁶⁸ – abhängt, stellt sich die Frage nach einer Übertragbarkeit des baurechtlichen Meistbegünstigungsgrundsatzes auf immissionsschutzrechtliche Drittanfechtungskonstellationen.

Die Frage nach der Begünstigung des Genehmigungsinhabers in immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren ist nicht abschließend geklärt. Das Bundesverwaltungsgericht hatte bislang keine Veranlassung zu einer abschließenden Stellungnahme. Mit dem oben zitierten Beschluss⁶⁹ hat das Bundesverwaltungsgericht eine Übertragung des baurechtlichen Begünstigungsgrundsatzes auf das Immissionsschutzrecht jedenfalls nicht abgelehnt. In dem zugrunde liegenden Fall war ein Widerspruchsbescheid nicht ergangen und die klagenden Nachbarn machten mit ihrer Beschwerde geltend, es sei die im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung vorliegende Sach- und Rechtslage maßgeblich.⁷⁰ Die Frage nach der Anwendung des Begünstigungsgrundsatzes stellte sich daher nicht. Vielmehr steht das Bundesverwaltungsgericht einer Anwendung des Begünstigungsgrundsatzes außerhalb des Baurechts grundsätzlich aufgeschlossen gegenüber und hat seine Anwendung in einer gewerberechtlichen Konstellation ausdrücklich in Erwägung gezogen.⁷¹ Für eine Anwendung des Grundsatzes der Begünstigung des Genehmigungsinhabers in immissionsschutzrechtlichen Drittanfechtungskonstellationen haben sich das Oberverwaltungsgericht Münster und der Verwaltungsgerichtshof München ausgesprochen,⁷² der Verwaltungsgerichtshof Mannheim hat es demge-

⁶⁵ *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 44 Rn. 2; *Rieger*, in: Quaas/Zuck, Prozesse in Verwaltungssachen, § 3 Rn. 498.

⁶⁶ *Schmidt*, in: Eyermann, VwGO, § 113 Rn. 53; *Stuhlfauth*, in: Bader, VwGO, § 113 Rn. 40; *Kothe*, in: Redeker/v. Oertzen, VwGO, § 108 Rn. 25; *Kopp/Schenke*, VwGO, § 113 Rn. 46 und 51.

⁶⁷ Vgl. Nr. 7 des Anhangs 1 der 4. BImSchV.

⁶⁸ Vgl. Nr. 1.6 des Anhangs 1 der 4. BImSchV.

⁶⁹ BVerwG, GewArch 1991, S. 276 (276).

⁷⁰ Dies ergibt sich aus der Entscheidung der Vorinstanz (VGH München, Urt. v. 29.05.1990, 22 B 87.1469, S. 3 f. – unveröffentlicht).

⁷¹ BVerwG, DÖV 1995, S. 648 (648).

⁷² OVG Münster, GewArch 1979, S. 164 (165); vgl. auch OVG Münster, Beschlüsse v. 12.01.2006, 8 A 2285/03, Rn. 5 f. und v. 23.06.2010, 8 A 340/09, Rn. 18; VGH München, Beschl. v. 14.9.2015, 22 ZB 15.1028, Rn. 8 – jeweils juris.

genüber abgelehnt, den baurechtlichen Begünstigungsgrundsatz im Immissionsschutzrecht anzuwenden.⁷³ Im Schrifttum ist das Bild ebenfalls gespalten.⁷⁴

Zutreffend scheint, den baurechtlichen Begünstigungsgrundsatz auf das Immissionsschutzrecht zu übertragen. Die im Baurecht für seine Anwendung angeführten Gründe fordern zugleich seine Anwendung in immissionsschutzrechtlichen Drittanfechtungskonstellationen:

Der Grund für die Beachtlichkeit von Änderungen der Sach- und Rechtslage, die für den Genehmigungsinhaber vorteilhaft sind, ist im baurechtlichen Genehmigungsverfahren prozessökonomischer Natur: Es wäre unsinnig, eine Genehmigung aufzuheben, die umgehend wieder erteilt werden müsste.⁷⁵ Dieses Argument beansprucht im immissionsschutzrechtlichen ebenso wie im baurechtlichen Genehmigungsverfahren Geltung.⁷⁶

Der Grund für die Unbeachtlichkeit von für den Genehmigungsinhaber nachteiligen Änderungen der Sach- und Rechtslage liegt darin, dass der Genehmigungsinhaber bereits mit der Genehmigungserteilung eine durch die Eigentumsgewährleistung geschützte Rechtsposition erlangt hat, die ihm nicht ohne eine entsprechende Rechtsgrundlage wieder entzogen werden kann.⁷⁷ Gegen eine Übertragbarkeit des Begünstigungsgrundsatzes wird insoweit zwar angeführt, aufgrund der in § 17 BImSchG vorgesehenen Möglichkeiten zum Erlass nachträglicher Anordnungen vermittele die immissionsschutzrechtliche Genehmigung keine der Baugenehmigung vergleichbare schützenswerte Rechtsposition.⁷⁸ Im Ergebnis spricht die geringere Bestandskraft einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung im Vergleich zu einer Baugenehmigung allerdings gerade dafür, den baurechtlichen Begünstigungsgrundsatz auf das Immissionsschutzrecht zu übertragen. Zum einen wird es regelmäßig ein Gebot der Verhältnismäßigkeit sein, dass die Genehmigungsbehörden vorrangig von dem Instrument nachträglicher Anordnungen an-

⁷³ VGH Mannheim, BauR 2012, S. 1637 (1640 f.), NVwZ-RR 2015, S. 18 (19).

⁷⁴ Für ein Übertragung: *Wolff*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 113 Rn. 119 (wobei die angeführten bundesverwaltungsgerichtlichen Entscheidungen nur die Maßgeblichkeit der letzten Behördenentscheidung als Beurteilungszeitpunkt annehmen und keine Aussagen zur Anwendung des Meistbegünstigungsgrundsatzes treffen); *Schmidt*, in: Eyermann, VwGO, § 113 Rn. 58; dagegen: *Scheidler*, in: Feldhaus, BImSchG, § 6 Rn. 102; *Dolde/Porsch*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 68 Rn. 46; *Ahrens*, in: Brandt/Sachs, Handbuch Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Teil F Rn. 135; differenzierend: *Erbguth/Schlacke*, Umweltrecht, § 6 Rn. 19; *Jarass*, NJW 1983, S. 2844 (2849).

⁷⁵ BVerwG, NVwZ 1998, S. 1179 (1179); *Rieger*, in: Quaas/Zuck, Prozesse in Verwaltungssachen, § 3 Rn. 498; *Dolde/Porsch*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 68 Rn. 46.

⁷⁶ Vgl. *Erbguth/Schlacke*, Umweltrecht, § 6 Rn. 19; *Jarass*, NJW 1983, S. 2844 (2849).

⁷⁷ BVerwG, NJW 1979, S. 995 (996); *Dolde/Porsch*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 68 Rn. 46; *Ahrens*, in: Brandt/Sachs, Handbuch Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Teil F Rn. 135; *Rieger*, in: Quaas/Zuck, Prozesse in Verwaltungssachen, § 3 Rn. 498.

⁷⁸ VGH Mannheim, BauR 2012, S. 1637 (1640 f.); *Scheidler*, in: Feldhaus, BImSchG, § 6 Rn. 102; *Rieger*, in: Quaas/Zuck, Prozesse in Verwaltungssachen, § 3 Rn. 498.

stelle einer Genehmigungsversagung Gebrauch machen, um auf eine Änderungen der Sach- oder Rechtslage zu reagieren. Der Erlass nachträglicher Anordnungen ist für den Genehmigungsinhaber weniger belastend, da ihm so die Genehmigung nicht entzogen wird. Zum anderen spricht systematisch für eine Übertragung des baurechtlichen Begünstigungsgrundsatzes, dass der Gesetzgeber mit der Möglichkeit nachträglicher Anordnungen ein angemessenes Instrumentarium zur Berücksichtigung nachträglicher Änderungen der Sach- und Rechtslage bereitstellt. Dies bestätigt, dass der Gesetzgeber nachträgliche Änderungen der Sach- und Rechtslage nicht durch die Wahl eines späteren Beurteilungszeitpunkts in Drittwiderspruchsverfahren berücksichtigt wissen will. Zudem sprechen prozessökonomische Erwägungen dafür, von einer Genehmigungsaufhebung abzusehen, weil ein neues, auf die aktuelle Sach- und Rechtslage ausgerichtetes Genehmigungsverfahren vermieden wird. Mithin verringert die Möglichkeit zum Erlass nachträglicher Anordnungen nicht nur den Umfang der Bestandskraft der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung, sondern reduziert in gleichem Maße die Erforderlichkeit einer Genehmigungsaufhebung.

Die Anwendung des Begünstigungsgrundsatzes schränkt die Effektivität der Rechtsschutzmöglichkeiten Drittbetroffener auch nicht übermäßig ein. Drittbetroffenen steht die Möglichkeit offen, die Veränderung der Sach- oder Rechtslage im Rahmen eines auf den Erlass einer nachträglichen Anordnung gerichteten Antrags an die Genehmigungsbehörde oder, bei Ablehnung ihres Antrags eines Verpflichtungswiderspruchs und gegebenenfalls einer Verpflichtungsklage geltend zu machen.⁷⁹ Diesen prozessualen Weg zu beschreiten, ist Drittbetroffenen zumutbar.⁸⁰ Umgekehrt wäre eine Beachtlichkeit von nachteiligen Änderungen der Sach- oder Rechtslage im Laufe des Widerspruchs- und gegebenenfalls des gerichtlichen Verfahrens mit Gesichtspunkten einer „*nachbarrechtlicher Billigkeit*“⁸¹ unvereinbar. Denn die damit verbundene Verteilung des Risikos einer Änderung der Sach- oder Rechtslage würde es Drittbetroffenen ermöglichen, unbegründete Rechtsbehelfe in der Hoffnung einzulegen, im Zuge des regelmäßig langwierigen Rechtsstreits werde eine „passende“ Änderung der Sach- oder Rechtslage eintreten.⁸²

Die Argumentation entspricht weitgehend der Begründung des Bundesverwaltungsgerichts in dem oben zitierten Beschluss für die Maßgeblichkeit des Zeitpunkts der letzten Verwaltungsentscheidung in immissionsschutzrechtlichen Drittanfechtungskonstellationen. In dem Beschluss lehnte es das Bundesverwal-

⁷⁹ Vgl. zum Vorstehenden *Kloepfer*, Umweltrecht, § 8 Rn. 59.

⁸⁰ BVerwG, GewArch 1991, 276 (276); a.A. *Erbguth/Schlacke*, Umweltrecht, § 6 Rn. 19; *Jarass*, NJW 1983, S. 2844 (2849).

⁸¹ *Breuer*, DVBl 1981, S. 300 (305 f.).

⁸² *Kloepfer*, Umweltrecht, § 8 Rn. 59.

tungsgericht ab, einen nach der letzten Verwaltungsentscheidung liegenden Beurteilungszeitpunkt zu wählen, da das Bundesimmissionsschutzgesetz die Möglichkeit vorsieht, Änderungen der Sach- und Rechtslage durch den Erlass nachträglicher Anordnungen oder eines Widerrufs Rechnung zu tragen und es einem Drittbetroffenen zuzumuten ist, einen hierauf gerichteten Verpflichtungswiderspruch und gegebenenfalls eine Verpflichtungsklage zu erheben.⁸³ Die Anwendung des baurechtlichen Begünstigungsgrundsatzes in immissionsschutzrechtlichen Drittanfechtungskonstellationen entwickelt diese Rechtsprechung lediglich konsequent weiter.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der baurechtliche Grundsatz der Begünstigung des Genehmigungsinhabers richtigerweise auch in immissionsschutzrechtlichen Drittanfechtungskonstellationen Anwendung findet. Änderungen der Sach- und Rechtslage nach der Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung können demnach nicht zur Aufhebung einer ursprünglich rechtmäßig erteilten Genehmigung führen. Die Problematik eines möglichen Untergangs des Genehmigungsanspruchs durch Änderungen der Sach- und Rechtslage stellt sich deshalb in immissionsschutzrechtlichen Drittanfechtungskonstellationen nicht.

III. Entscheidungszeitpunkt und Genehmigungsanspruch

Im vorherigen Abschnitt wurde herausgearbeitet, dass die Genehmigungsbehörden im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren der Genehmigungsentscheidung die im Zeitpunkt ihrer Entscheidung vorliegende Sach- und Rechtslage zugrunde legen – dass also Beurteilungs- und Entscheidungszeitpunkt in Verpflichtungssituationen zusammenfallen. Die dergestalt getroffene Wahl des Beurteilungszeitpunktes entspricht dem tradierten Verständnis und wird von Genehmigungsbehörden und Verwaltungsgerichtsbarkeit einhellig zugrunde gelegt. Entscheidende Bedeutung kommt daher der Wahl des Entscheidungszeitpunkts zu. Weil die Wahl des Beurteilungszeitpunkts praktisch nicht hinterfragt wird, entscheidet letztlich die Wahl des Entscheidungszeitpunkts über den Beurteilungszeitpunkt. In diesem Sinne folgt in der Praxis der Beurteilungszeitpunkt aus der Wahl des Entscheidungszeitpunkts. Dem Entscheidungszeitpunkt kommt daher entscheidende Bedeutung für den Genehmigungsanspruch zu: Trifft die Genehmigungsbehörde die Genehmigungsentscheidung vor dem Eintritt der Änderung der Sach- oder Rechtslage, wirkt sich die Änderung nicht auf den Genehmigungsanspruch aus. Trifft die Genehmigungsbehörde die Genehmigungsentscheidung nach dem Eintritt der Änderung der Sach- oder Rechtslage, kann die Änderung den Genehmigungsanspruch ausschließen. Die Wahl des Entscheidungszeitpunkts kann mithin vor dem Hintergrund einer sich ändernden Sach- oder Rechtslage zur entscheidenden „Stellschraube“ für den Bestand des Genehmigungsanspruchs werden.

⁸³ BVerwG, GewArch 1991, 276 (276).

Angesichts der Bedeutung der Wahl des Entscheidungszeitpunkts sind die Regelungen, die die Wahl des Entscheidungszeitpunkts betreffen, von unmittelbarer Relevanz für den Genehmigungsanspruch. Im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren sind dies die in § 10 Abs. 6a und § 16 Abs. 3 BImSchG normierten Verfahrensfristen, die den Genehmigungsbehörden vorgeben, innerhalb welchen Zeitraums sie ein Genehmigungsverfahren abzuschließen haben.

1. Immissionsschutzrechtliche Verfahrensfristen

Der Gesetzgeber verfolgt verschiedene Ansätze zur Begrenzung der Verfahrensdauer. Auf Ebene des allgemeinen Verwaltungsrechts normieren etwa § 10 Satz 2 Var. 3 VwVfG und entsprechende Regelungen in den Verwaltungsverfahrensgesetzen der Länder ein allgemeines Beschleunigungsgebot, das die Verwaltung zur zügigen Durchführung von Verwaltungsverfahren verpflichtet. Ebenso hält die in § 75 VwGO vorgesehene Möglichkeit einer Untätigkeitsklage die Verwaltung zu einer zügigen Verfahrensdurchführung an. Im besonderen Verwaltungsrecht reichen die Regelungsansätze vom Fehlen besonderer Vorschriften (etwa im Waffenrecht) bis zum Eintritt einer Genehmigungsfiktion (etwa in § 6a GewO oder in zahlreichen Landesbauordnungen).⁸⁴

Im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren hat der Gesetzgeber einen Mittelweg beschritten. Dort erfolgt eine Begrenzung der Verfahrensdauer durch die Verfahrensfristen in § 10 Abs. 6a und § 16 Abs. 3 BImSchG. Mit diesem Ansatz geht der Gesetzgeber über den allgemeinen Beschleunigungsgrundsatz hinaus, da er den Genehmigungsbehörden eine konkrete Obergrenze für die Verfahrensdauer vorgibt.⁸⁵ Gleichzeitig normieren die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen keine unmittelbare Rechtsfolge für den Fall ihrer Missachtung, so dass der Ansatz hinter der Anordnung einer Genehmigungsfiktion zurückbleibt.

Im Verfahren zur erstmaligen Erteilung einer Genehmigung begrenzt die Regelung in § 10 Abs. 6a BImSchG die Verfahrensdauer:

„Über den Genehmigungsantrag ist nach Eingang des Antrags und der nach Absatz 1 Satz 2 einzureichenden Unterlagen innerhalb einer Frist von sieben Monaten, in vereinfachten Verfahren innerhalb einer Frist von drei Monaten, zu entscheiden. Die zuständige Behörde kann die Frist um jeweils drei Monate verlängern, wenn dies wegen der Schwierigkeit der Prüfung oder aus Gründen, die dem Antragsteller zuzurechnen sind, erforderlich ist. Die Fristverlängerung soll gegenüber dem Antragsteller begründet werden.“

⁸⁴ Siehe ausführlich zur Genehmigungsfiktion S. 56 ff.

⁸⁵ Vgl. Jarass, DVBl. 2009, S. 205 (206).

Demnach hat die Genehmigungsbehörde im normalen Verfahren grundsätzlich innerhalb einer Frist von sieben Monaten und im vereinfachten Verfahren von drei Monaten über den Genehmigungsantrag zu entscheiden.

Der Genehmigungsanspruch kann nicht nur im Verfahren der erstmaligen Genehmigungserteilung von der Verfahrensdauer abhängen. Ein entsprechender Zusammenhang zwischen Genehmigungsanspruch und Verfahrensdauer besteht in Fällen, in denen die Änderung einer bereits errichteten Anlage einer Genehmigung bedarf. Die Erforderlichkeit einer Änderungsgenehmigung ist in § 15 und § 16 BImSchG geregelt. Die Regelungen normieren ein gestuftes System, innerhalb dessen die rechtliche Behandlung der Änderungen an den Grad der zu erwartenden Auswirkungen anknüpft. Nach § 16 BImSchG bedürfen wesentliche Änderungen einer Genehmigung. Ausweislich der Vorschrift sind wesentlich solche Änderungen, die nachteilige Auswirkungen auf die in § 1 BImSchG genannten Belange haben können und für die Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen des § 6 Abs. 1 BImSchG erheblich sein können.⁸⁶ Unwesentliche Änderungen unterliegen demgegenüber lediglich einer Anzeigepflicht, die es der Genehmigungsbehörde ermöglicht, die Frage der Wesentlichkeit zu prüfen und die Genehmigungspflicht abzusichern.⁸⁷ Allein völlig unbedeutende Änderungen sind auch von der Anzeigepflicht freigestellt.⁸⁸ Zur Begrenzung der Verfahrensdauer hat der Gesetzgeber für das Verfahren zur Erteilung einer Änderungsgenehmigung in § 16 Abs. 3 BImSchG eine der Vorschrift des § 10 Abs. 6a BImSchG ähnliche Regelung getroffen:⁸⁹

„Über den Genehmigungsantrag ist innerhalb einer Frist von sieben Monaten, im Falle des Absatzes 2 in drei Monaten zu entscheiden. Im Übrigen gilt § 10 Abs. 6a Satz 2 und 3 entsprechend.“

Demnach haben die Genehmigungsbehörden im Verfahren zur Erteilung einer Änderungsgenehmigung innerhalb einer Frist von sieben Monaten über den Genehmigungsantrag zu entscheiden. Die Siebenmonatsfrist ist in den von § 16 Abs. 2 BImSchG geregelten Fällen, in denen eine Öffentlichkeitsbeteiligung entbehrlich ist, auf drei Monate verkürzt.⁹⁰

⁸⁶ Siehe eingehend zum Begriff der wesentlichen Änderung: *Martens*, Die wesentliche Änderung im Sinne des § 15 BImSchG, S. 1 ff.

⁸⁷ *Jarass*, BImSchG, § 15 Rn. 1, *Rebentisch*, in: *Feldhaus*, BImSchG, § 15 Rn. 10.

⁸⁸ *Führ*, in: *GK-BImSchG*, § 15 Rn. 132; *Czajka*, in: *Feldhaus*, BImSchG, § 16 Rn. 40; *Jarass*, BImSchG, § 15 Rn. 3.

⁸⁹ Auch wenn die Verweisungstechnik anderes vermuten ließe, war die Fristenregelung für das Verfahren der Änderungsgenehmigungen bereits in der ersten Fassung des Bundesimmissionsschutzgesetzes von 1974 enthalten (zur Entstehungsgeschichte: *Reidt/Schiller*, in: *Landmann/Rohmer*, BImSchG, § 16 Rn. 1 ff., insbesondere Rn. 5), während die Regelung zum Erstgenehmigungsverfahren 1993 durch das Investitionserleichterungs- und Wohnbaulandgesetz vom 22. April 1993 in das Bundesimmissionsschutzgesetz eingefügt wurde (BGBl I 1993, S. 466.).

⁹⁰ Nach dem Wortlaut gilt die Dreimonatsfrist in allen Fällen des § 16 Abs. 2 BImSchG. Nach Sinn und Zweck ist indes der Verweis in § 16 Abs. 2 Satz 4 auf § 19 Abs. 3 BImSchG nicht erfasst, da dann das förmliche Ge-

2. Rechtscharakter der Verfahrensfristen und subjektives Recht auf Fristeinhaltung

Für die Frage, ob und welche Konsequenzen aus einer Überschreitung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen – insbesondere für die Ermittlung des maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts – zu ziehen sind, ist der Rechtscharakter der Fristenregelungen maßgeblich. Für die Rechtsposition der Antragsteller ist entscheidend, ob die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen ihnen subjektiv-öffentliche Rechte einräumen.

Bei der rechtlichen Einordnung von Fristenregelungen wie den immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen stellt sich die Frage, ob es sich um reine Ordnungsvorschriften oder um zwingendes Recht handelt. Während eine Verletzung von Ordnungsvorschriften im Außenverhältnis folgenlos bleibt,⁹¹ führt eine Verletzung zwingenden Rechts stets zur Rechtswidrigkeit des Verwaltungshandelns.

Eine gesetzliche Definition, auf die zur Abgrenzung von Ordnungsvorschriften und zwingenden Verfahrensvorschriften abgestellt werden könnte, besteht nicht. Die Abgrenzung ist damit verknüpft, ob die Fristenregelung dem Einzelnen ein subjektiv-öffentliches Recht gewährt:⁹² Zumindest in den Fällen, in denen eine Verfahrensvorschrift ein subjektives Recht auf ihre Einhaltung schafft, kann es sich nicht um eine Ordnungsvorschrift handeln, die lediglich dem öffentlichen Interesse an einem geordneten Verfahren dient. Wenn die Verfahrensfrist dem Einzelnen ein subjektiv-öffentliches Recht vermittelt, kann dieser eine Verletzung der Frist mit einem Rechtsbehelf geltend machen. Verfahrensfristen, die dem Einzelnen ein subjektiv-öffentliches Recht vermitteln, sind mithin stets zwingende Fristen, deren Verletzung zur „Rechtsfolge Rechtswidrigkeit“ führt.

Eine reine Ordnungsvorschrift stellt nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts etwa die Fristenregelung in § 73 Abs. 2a Satz 1 AsylVfG dar, die die Verwaltung zur Überprüfung einer Anerkennung als Asylberechtigter und Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft innerhalb von drei Jahren nach Unanfechtbarkeit der Anerkennungsentscheidung verpflichtet. Eine Missachtung der Prüfungsfrist führt nicht zur Rechtswidrigkeit des Widerrufs der Anerkennungsentscheidung, weil die Dreijahresfrist Individualinteressen nicht zu dienen bestimmt ist.⁹³ Ausweislich der Gesetzesbegründung ist die Einführung einer obligatorischen Überprüfungspflicht nach Ablauf von drei Jahren vielmehr eine Maßnahme zur Verfahrensbeschleunigung, die den zuvor in der Praxis weitgehend leergelaufenen Aufhebungsvorschriften mehr Bedeutung verleihen

nehmigungsverfahren mit einer Öffentlichkeitsbeteiligung Anwendung findet (*Czajka*, in: Feldhaus, BImSchG, § 16 Rn. 82; *Frenz*, in: Kotulla, BImSchG, § 16 Rn. 80).

⁹¹ BVerwG, Urt. v. 27.9.2012, 2 WD 22/11, Buchholz 450.2 Nr. 40, juris Rn. 29.

⁹² BVerwG, NVwZ 2012, S. 1193 (1194); Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, § 37 Rn. 10.

⁹³ BVerwG, NVwZ 2012, S. 1193 (1194).

sollte.⁹⁴ Mithin dient die Fristenregelung in § 73 Abs. 2a Satz 1 AsylVfG öffentlichen und nicht den Interessen des Asylsuchenden.⁹⁵

Im Hinblick auf die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen liegen die Dinge anders. Die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen sind keine reinen Ordnungsvorschriften, deren Verletzung ohne Konsequenzen für den weiteren Fortgang des Verfahrens bliebe. Der Gesetzgeber hat die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen vielmehr als zwingendes Recht ausgestaltet und dem Antragsteller ein subjektives Recht auf Durchführung des Genehmigungsverfahrens innerhalb der gesetzlichen Fristen eingeräumt.⁹⁶ Für den Fall des § 10 Abs. 6a BImSchG ergibt sich dies ausdrücklich aus der Gesetzesbegründung, nach der die Fristenregelung dem „*berechtigten Interesse*“ des Antragstellers „*an einer zügigen Entscheidung im geltenden Recht*“ dient.⁹⁷ Obgleich die knappen Gesetzesmaterialien zu § 16 Abs. 3 BImSchG insoweit nur von dem Ziel der Verfahrensbeschleunigung sprechen,⁹⁸ gilt dort Entsprechendes: Es ist allgemein anerkannt, dass der allgemeine Beschleunigungsgrundsatz in § 10 Satz 2 Var. 3 VwVfG dem Antragsteller ein subjektives Recht auf eine zügige Verfahrensdurchführung einräumt.⁹⁹ Die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen konkretisieren und verschärfen den allgemeinen Beschleunigungsgrundsatz. Ebenso wie der allgemeine Beschleunigungsgrundsatz gewähren sie mithin dem Antragsteller ein subjektiv-öffentliches Recht und sind als zwingendes Recht einzuordnen.

Festzuhalten ist, dass die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen zwingendes Recht sind, auf dessen Einhaltung der Antragsteller einen Anspruch hat.

3. Anwendungsfragen

Damit stellen sich verschiedene Fragen zur Anwendung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen.

a) Fristbeginn

Der Fristbeginn ist unmittelbar relevant für den Zeitraum, innerhalb dessen sich nach der Konzeption der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen Änderungen der Sach- und Rechtslage auf den Genehmigungsanspruch auswirken.

Nach § 10 Abs. 6a Satz 1 in Verbindung mit § 10 Abs. 1 Satz 2 BImSchG beginnt die Frist im Verfahren der erstmaligen Genehmigungserteilung mit „*Eingang*“ der

⁹⁴ BT-Drs. 15/420, S. 107.

⁹⁵ BVerwG, NVwZ 2012, S. 1193 (1194).

⁹⁶ Frenz, in: Kotulla, BImSchG, § 10 Rn. 170; Storost, in: Ule/Laubinger/Repkewitz, BImSchG, § 10 Rn. J 6; Jarass, BImSchG, § 10 Rn. 118; OVG Münster, Beschl. v. 24.8.1995, 21 B 2339/95.AK, Feldhaus-ES § 10-13.

⁹⁷ BT-Drs. 12/3944, S. 54.

⁹⁸ BT-Drs. 7/1513 S. 3 und S. 5.

⁹⁹ Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 10 Rn. 21; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 10 Rn. 15a.

zur Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen erforderlichen vollständigen Antragsunterlagen zu laufen. Fristauslösend ist nur der Eingang bei der zuständigen Genehmigungsbehörde, da es in den Risikobereich des Antragstellers fällt, die Antragsunterlagen bei der zuständigen Behörde einzureichen.¹⁰⁰ Obgleich § 16 Abs. 3 BImSchG nicht auf § 10 Abs. 6a Satz 1 BImSchG verweist, gilt hier Entsprechendes.¹⁰¹ Es sind keine Gründe dafür ersichtlich, die Frage des Fristbeginns bei der Erstgenehmigung und der Änderungsgenehmigung unterschiedlich zu beantworten.

In Rechtsprechung und Schrifttum ist die Frage des Fristbeginns bislang nicht eindeutig geklärt. Die Unklarheiten betreffen die Frage, ob für den Fristbeginn allein auf die objektive Vollständigkeit der Unterlagen abzustellen ist und welche Bedeutung der in § 7 Abs. 2 der 9. BImSchV vorgesehenen Vollständigkeitsbescheinigung zuzumessen ist.¹⁰² Angesichts des Umstands, dass die Prüfung der Vollständigkeit schon nach der Regel des § 7 Abs. 1 der 9. BImSchV einen Monat in Anspruch nehmen kann – was im vereinfachten Genehmigungsverfahren immerhin ein Drittel der Entscheidungsfrist des § 10 Abs. 6a BImSchG ausmacht –, kann es durchaus erheblich sein, wann konkret die Frist zu laufen beginnt.

Ausgangspunkt der Bestimmung des Fristbeginns ist die objektive Vollständigkeit der Antragsunterlagen. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut, der auf den „Eingang“ der vollständigen Unterlagen abstellt. Hätte der Gesetzgeber auf den Zeitpunkt der Erteilung der Vollständigkeitsbescheinigung abstellen wollen, hätte er eine entsprechende Formulierung wählen können. Getan hat dies etwa der rheinland-pfälzische Gesetzgeber, der für den Beginn der baurechtlichen Verfahrensfristen explizit auf die „Feststellung der Vollständigkeit“ der Antragsunterlagen abstellt (§ 66 Abs. 4 Satz 1 LBauO). Diese Sicht bestätigt die Gesetzesbegründung, in der von der „Vorlage“ der erforderlichen Unterlagen die Rede ist.¹⁰³ Für die Maßgeblichkeit der objektiven Vollständigkeit spricht schließlich ein Vergleich mit der ähnlichen Regelung in § 42a Abs. 2 Satz 2 VwVfG, die den Beginn der Frist für den Eintritt einer Genehmigungsfiktion vom Vorliegen der vollständigen An-

¹⁰⁰ Vgl. *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 42a Rn. 74; *Uechtritz*, in: *Mann/Sennekamp/Uechtritz*, VwVfG, § 42a Rn. 57 – jeweils m.w.N.

¹⁰¹ *Führ*, in: *GK-BImSchG*, § 16 Rn. 302; *Czajka*, in: *Feldhaus*, BImSchG, § 16 Rn. 83; *Frenz*, in: *Kotulla*, BImSchG, § 16 Rn. 81; *Jarass*, BImSchG, § 16 Rn. 46.

¹⁰² Das Oberverwaltungsgericht Lüneburg stellt auf den Zeitpunkt des Vorliegens der Antragsunterlagen ab (NVwZ-RR 2004, S. 825 (825)). Das Hamburgische Oberverwaltungsgericht scheint auf den Zeitpunkt der Vollständigkeitsbescheinigung abzustellen (NordÖR 2009, S. 425 (426 f.)). In beiden Fällen kam es jedoch nicht auf den gewählten Zeitpunkt an. Das Schrifttum stellt (wohl) überwiegend auf die Vollständigkeit der Antragsunterlagen ab (*Rofnagel*, in: *GK-BImSchG*, § 10 Rn. 239 und 518; *Jarass*, DVBl 2009, S. 205 (206, dort Fn. 14); *Dietlein*, in: *Landmann/Rohmer*, BImSchG, § 10 Rn. 241). Mitunter wird die Frage offen gelassen und festgehalten, die Frist beginne „jedenfalls“ mit der Vollständigkeitsbestätigung (*Jarass*, BImSchG, § 10 Rn. 117; *Dietlein*, in: *Landmann/Rohmer*, BImSchG, § 10 Rn. 241).

¹⁰³ BT-Drs. 12/3944, S. 54.

tragsunterlagen abhängig macht. Auch dort ist anerkannt, dass es grundsätzlich auf den Zeitpunkt der objektiven Vollständigkeit der Antragsunterlagen ankommt.¹⁰⁴

Ist demnach im Ausgangspunkt die objektive Vollständigkeit der Antragsunterlagen maßgeblich, schließt sich die Frage an, welche Anforderungen an die Vollständigkeit der Antragsunterlagen zu stellen sind. Gemäß § 10 Abs. 6a in Verbindung mit § 10 Abs. 1 Satz 2 BImSchG hat der Antragsteller die zur Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen erforderlichen Unterlagen vorzulegen. Welche Unterlagen dies im Einzelnen sind, konkretisieren die §§ 4 ff. der 9. BImSchV. Gemeint ist keine „endgültige“ Vollständigkeit, sondern es ist ausreichend, dass sich die Unterlagen im Zeitpunkt der Entscheidung über die Vollständigkeit als vollständig darstellen.¹⁰⁵ Dies entspricht der Systematik des Bundesimmissionschutzgesetzes. Denn dieses geht davon aus, dass die weiteren Verfahrensschritte wie die Auslegung der Antragsunterlagen und die Öffentlichkeitsbeteiligung erst nach Vollständigkeit der Antragsunterlagen stattfinden, obgleich sich hierbei regelmäßig die Notwendigkeit ergibt, weitere Unterlagen vom Antragsteller nachzufordern.¹⁰⁶

Aus dem objektiven Maßstab für die Vollständigkeit der Antragsunterlagen folgt, dass die Frist auch zu laufen beginnt, wenn die Genehmigungsbehörde weitere Unterlagen nachfordert, obwohl bereits die bislang eingereichten Unterlagen objektiv vollständig waren.¹⁰⁷ Problematischer ist der umgekehrte Fall, in dem die Genehmigungsbehörde ungeachtet einer objektiven Unvollständigkeit der Antragsunterlagen eine Vollständigkeitsbescheinigung erteilt. Richtigerweise beginnt in dieser Konstellation die Frist ebenfalls mit der Vollständigkeitsbescheinigung zu laufen. Denn stellte man in diesem Fall allein auf die objektive Vollständigkeit ab, würde das Genehmigungsverfahren mit einer erheblichen zeitlichen Unsicherheit belastet, die mit Sinn und Zweck der Verfahrensfristen nicht zu vereinbaren wäre.¹⁰⁸ Für dieses Ergebnis streitet zudem der Grundsatz von Treu und Glauben: Die Genehmigungsbehörde würde widersprüchlich handeln, wenn sie sich unge-

¹⁰⁴ *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 42a Rn. 74; *Uechtritz*, in: *Mann/Sennekamp/Uechtritz*, VwVfG, § 42a Rn. 58; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 42a Rn. 26.

¹⁰⁵ *Jarass*, DVBl 2009, S. 205 (206).

¹⁰⁶ OVG Hamburg, NordÖR 2009, S. 425 (426); vgl. *Uechtritz*, in: *Mann/Sennekamp/Uechtritz*, VwVfG, § 42a Rn. 59; siehe *Jarass*, BImSchG, § 10 Rn. 43 zur Nachforderung von Unterlagen m.w.N.

¹⁰⁷ Vgl. OVG Hamburg, NordÖR 2009, S. 425 (427); *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 42a Rn. 75; *Uechtritz*, in: *Mann/Sennekamp/Uechtritz*, VwVfG, § 42a Rn. 62; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 42a Rn. 27a.

¹⁰⁸ Vgl. BVerwGE 122, 13 (21) für die Frist zur Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens in § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB; *Uechtritz*, in: *Mann/Sennekamp/Uechtritz*, VwVfG, § 42a Rn. 63.

achtet der von ihr selbst erteilten Vollständigkeitsbescheinigung auf eine Unvollständigkeit der Antragsunterlagen berufen wollte.¹⁰⁹

b) Fristende

Nach § 31 Abs. 1 VwVfG und den entsprechenden Vorschriften in den Verwaltungsverfahrensgesetzen der Länder in Verbindung mit § 188 Abs. 2 und § 187 Abs. 1 BGB endet die Frist mit Ablauf desjenigen Tages, der nach seiner Bezeichnung dem Tag entspricht, an dem die Unterlagen vollständig vorgelegen haben.

c) Fristverlängerung und Begründungserfordernis

Ebenso wie Fragen des Fristbeginns und des Fristablaufs wirken sich Fragen der Fristverlängerung unmittelbar auf die rechtmäßige Dauer eines Genehmigungsverfahrens aus. Verlängerungen der Verfahrensfristen verlängern den Zeitraum, innerhalb dessen nach der Konzeption der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen Änderungen der Sach- und Rechtslage bei der Genehmigungsentscheidung zu berücksichtigen sind und dementsprechend einen Untergang des Genehmigungsanspruchs bewirken können.

Nach § 10 Abs. 6a Satz 2 und Satz 3 BImSchG – im Änderungsgenehmigungsverfahren in Verbindung mit § 16 Abs. 3 Satz 2 BImSchG – kann die Genehmigungsbehörde die Frist um jeweils drei Monate verlängern, wenn die Schwierigkeit der Prüfung oder dem Antragsteller zuzurechnende Gründe es erfordern.

Ein dem Antragsteller zuzurechnender Grund liegt insbesondere vor, wenn er die Verfahrensverzögerung durch eine Änderung der Antragsunterlagen im Genehmigungsverfahren verursacht hat.¹¹⁰ Der die Fristverlängerung rechtfertigende Grund der Schwierigkeit der Prüfung ist eng zu verstehen, da nach dem Willen des Gesetzgebers die Fristverlängerung nur in „*besonders gelagerten Ausnahmefällen*“ in Betracht kommen soll.¹¹¹ Führt die Genehmigungsbehörde eine besondere Schwierigkeit der Prüfung an, muss diese in dem zu prüfenden Sachverhalt

¹⁰⁹ Vgl. OVG Hamburg, NordÖR 2011, S. 142 (144); *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 42a Rn. 27a.; a.A. *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs VwVfG*, § 42a Rn. 77.

¹¹⁰ *Jarass*, BImSchG, § 10 Rn. 117; *Dietlein*, in: *Landmann/Rohmer*, BImSchG, § 10 Rn. 242; *Roßnagel*, in: *GK-BImSchG*, § 10 Rn. 520; *Frenz*, in: *Kotulla*, BImSchG, § 10 Rn. 167. Ein dem Antragsteller zuzurechnender Grund könnte zudem vorliegen, wenn sich im späteren Verfahren herausstellt, dass weitere Unterlagen benötigt werden, für deren Bereitstellung der der Antragsteller Zeit benötigt (*Czajka*, in: *Feldhaus*, BImSchG, § 10 Rn. 78).

¹¹¹ BT-Drs. 12/3944, S. 54.

begründet sein.¹¹² Anerkanntermaßen kann sich die Genehmigungsbehörde nicht auf eine unzureichende personelle oder sachliche Ausstattung berufen.¹¹³

Eine nachträgliche Fristverlängerung kommt nicht in Betracht. Zwar sieht § 31 Abs. 7 Satz 2 VwVfG eine nachträgliche Fristverlängerung vor, doch findet die Regelung nur auf Fristen Anwendung, die die Behörde gesetzt hat.¹¹⁴ Die Fristen in § 10 Abs. 6a und § 16 Abs. 3 BImSchG sind demgegenüber gesetzliche Fristen, die die Genehmigungsbehörde binden. Für ihre nachträgliche Verlängerung fehlt es den Genehmigungsbehörden deshalb an der Dispositionsbefugnis.¹¹⁵

Eine rechtzeitige mehrfache Fristverlängerung ist nach dem Wortlaut des § 10 Abs. 6a Satz 2 BImSchG zulässig („*jeweils um drei Monate*“). Die Fristverlängerung „*soll*“ nach § 10 Abs. 6a Satz 3 BImSchG, d.h. ist im Regelfall gegenüber dem Antragsteller zu begründen.

4. Rechtsfolgen einer Fristüberschreitung?

Die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen sind, wie ausgeführt, keine reinen Ordnungsvorschriften, sondern zwingend zu beachtendes Recht. Mithin handeln die Genehmigungsbehörden rechtswidrig, wenn sie die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen überschreiten. Dementsprechend markiert der Ablauf der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen den Punkt, ab dem das Genehmigungsverfahren unter dem Gesichtspunkt seiner zeitlichen Dauer rechtswidrig wird. Mit Fristablauf liegt also eine rechtswidrige Verfahrensverzögerung vor.

Über die schlichte wie grundlegende „Rechtsfolge Rechtswidrigkeit“ hinaus ordnen die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen selbst unmittelbare Rechtsfolgen für den Fall ihrer Überschreitung nicht an. Eingeordnet werden die Fristbestimmungen daher als „*rechtlich verbindliche Verfahrensfristen ohne unmittelbare Sanktionsfolge*“.¹¹⁶ Nach allgemeiner Auffassung in Rechtsprechung und Literatur sollen sich die Rechtsfolge einer Fristüberschreitung auf die Möglichkeiten, eine Untätigkeitsklage zu erheben und bei einem Verschulden der Genehmigungsbehörde einen Amtshaftungsanspruch geltend zu machen, beschränken.¹¹⁷ Keine Konsequenzen werden demgegenüber aus einer Fristüberschreitung im Hinblick auf die Wahl des maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts und den damit verbundenen Untergang des Genehmigungsanspruchs durch nach Frist-

¹¹² Roßnagel, in: § 10 Rn. 520; Czajka, in: Feldhaus, BImSchG, § 10 Rn. 78.

¹¹³ Roßnagel, in: GK-BImSchG, § 10 Rn. 520; Dietlein, in: Landmann/Rohmer, BImSchG, § 10 Rn. 242; Czajka, in: Feldhaus, BImSchG, § 10 Rn. 79; Jarass, BImSchG, § 10 Rn. 117; ders. DVBl 2009, S. 205 (209).

¹¹⁴ Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 31 Rn. 45.

¹¹⁵ Vgl. OVG Hamburg, NordÖR 2009, S. 425 (427); Jarass, DVBl 2009, S. 205 (210).

¹¹⁶ Biermann, NordÖR 2009, S. 377 (378 ff.).

¹¹⁷ OVG Lüneburg, Beschl. v. 02.06.2004, 7 OB 97/04, Rn. 2; OVG Hamburg, Beschl. v. 05.08.2009, 5 E 10/09, Rn. 12 – jeweils juris; Roßnagel, in: GK-BImSchG, § 10 Rn. 522; Dietlein, in: Landmann/Rohmer, BImSchG, § 10 Rn. 244; Frenz, in: Kotulla, BImSchG, § 10 Rn. 170; Jarass, BImSchG, § 10 Rn. 118.

ablauf eintretende Änderungen der Sach- und Rechtslage gezogen. Dies ist zu hinterfragen.

C. Unzureichender Schutz des Genehmigungsanspruchs

Nach herkömmlichem Verständnis verbindet die Rechtsordnung mit einer Überschreitung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen nicht nur keine unmittelbaren Konsequenzen für die Wahl des maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts. Auch im Übrigen stellt die Rechtsordnungen keine hinreichenden Schutzmöglichkeiten bereit, die einem Untergang des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruchs durch eine rechtswidrige Verfahrensverzögerung im Zusammenspiel mit einer Änderung der Sach- und Rechtslage begegnen könnten.

Eingegangen wird zunächst auf den immissionsschutzrechtlichen Vorbescheid, vorläufige Genehmigungen und den einstweiligen Rechtsschutz. Gemeinsam ist diesen Optionen, dass sie zeitlich betrachtet vor der rechtswidrigen Verfahrensverzögerung, also vor Ablauf der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen eingreifen, und proaktiv den Genehmigungsanspruch schützen könnten. Anschließend werden in Gestalt der Genehmigungsfiktion, des Folgenbeseitigungsanspruchs, der Folgenbeseitigungslast, eines allgemeinen Herstellungsanspruchs sowie auf Geldersatz gerichteter Ersatzansprüche Schutzmöglichkeiten in den Blick genommen, die zeitlich betrachtet nach Ablauf der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen ansetzen und an die mit der Fristüberschreitung verbundene Rechtswidrigkeit anknüpfen.

I. Vorbescheid

Der für das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren in § 9 BImSchG normierte Vorbescheid ist eine klassische Möglichkeit, die die Rechtsordnung Vorhabenträgern zur Erhöhung ihrer Investitions- und Planungssicherheit zur Verfügung stellt. Der Vorbescheid dient ausweislich der Begründung des Bundesimmissionsschutzgesetzes in erster Linie dazu, das Investitionsrisiko des Vorhabenträgers zu reduzieren und zugleich den Rechtsschutz Dritter vorzuverlagern und zu stärken.¹¹⁸

Nach § 9 BImSchG soll die Genehmigungsbehörde auf Antrag durch Vorbescheid über einzelne Genehmigungsvoraussetzungen sowie den Anlagenstandort entscheiden, wenn sie die Auswirkungen der geplanten Anlage ausreichend beurteilen kann und der Antragsteller ein berechtigtes Interesse an der Erteilung eines Vorbescheids hat. Ein Vorbescheid kann im Verfahren zur erstmaligen Genehmigungserteilung und im Verfahren zur Erteilung einer Änderungsgenehmigung ebenso wie im normalen und im vereinfachten Genehmigungsverfahren ergehen.¹¹⁹ Von der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung unterscheidet ihn, dass „die Schranke des präventiven Verbots mit Erlaub-

¹¹⁸ BT-Drs. 7/179, S. 33 f.

¹¹⁹ Jarass, BImSchG, § 9 Rn. 3.

nisvorbehalt geschlossen bleibt“,¹²⁰ mithin seine fehlende Gestattungswirkung. Von der Zusicherung nach § 38 VwVfG unterscheidet den Vorbescheid, dass die Genehmigungsbehörde nicht die zukünftige Genehmigungserteilung zusagt, sondern bereits in dem Vorbescheid verbindlich über einzelne Genehmigungsvoraussetzungen entscheidet.¹²¹

Nach seiner Konzeption kann der Vorbescheid einem Vorhabenträger eine durchaus robuste Rechtsposition vermitteln, die grundsätzlich Bestand gegenüber nachträglichen Änderungen der Sach- und Rechtslage hat (hierzu unter 1). Gleichwohl ist das Instrument des Vorbescheids nicht geeignet, einem Untergang des Genehmigungsanspruchs infolge einer Änderung der Sach- oder Rechtslage nach einer rechtswidrigen Verfahrensverzögerung vorzubeugen (hierzu unter 2).

1. Konzeption des Vorbescheids

In den Worten des Bundesverwaltungsgerichts zeichnet den Vorbescheid aus, dass er *„mit verbindlicher Wirkung einen Ausschnitt aus dem feststellenden Teil einer etwaigen späteren Anlagengenehmigung vorwegnimmt“*.¹²² Konsequenterweise ist der Vorbescheid mit den damit verbundenen Folgen für die prozessualen Rechtsschutzfragen als ein feststellender Verwaltungsakt im Sinne des § 35 VwVfG einzuordnen.¹²³ Im Verhältnis zu Dritten folgt aus seiner Einordnung als feststellender Verwaltungsakt, dass er Dritten gegenüber unanfechtbar und damit bestandskräftig werden kann, sofern er diesen bekanntgegeben wurde. Nach Ablauf der für den Vorbescheid geltenden Rechtsbehelfsfristen ist es Dritten daher grundsätzlich verwehrt, in einem gegen die spätere Genehmigung gerichteten Verfahren das Fehlen derjenigen Genehmigungsvoraussetzungen zu rügen, über die mit dem Vorbescheid bereits abschließend entschieden wurde.¹²⁴ Zudem sind Dritte in einem gegen die Genehmigung gerichteten Verfahren nach § 11 BImSchG mit Einwendungen präkludiert, die auf Tatsachen beruhen, die im Vorbescheidsverfahren vorgebracht wurden oder hätten vorgebracht werden können.¹²⁵ Die Präklusionsregelung dürfte indes in Fällen, in denen vor Erteilung des Vorbescheids eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen ist, unanwendbar sein, nachdem der Europäische Gerichtshof mit Urteil vom 15. Oktober 2015 entschieden hat, dass materi-

¹²⁰ Wasielewski, in: GK-BImSchG, § 9 Rn. 9; vgl. Dietlein, in: Landmann/Rohmer, BImSchG, § 9 Rn. 2; Peschau, in: Feldhaus, BImSchG, § 9 Rn. 6; Kugelmann, in: Kotulla, BImSchG, § 9 Rn. 1 und 29; Jarass, BImSchG, § 9 Rn. 1.

¹²¹ Wasielewski, in: GK-BImSchG, § 9 Rn. 9; Dietlein, in: Landmann/Rohmer, BImSchG, § 9 Rn. 12; Peschau, in: Feldhaus, BImSchG, § 9 Rn. 6; Kugelmann, in: Kotulla, BImSchG, § 9 Rn. 21.

¹²² BVerwGE 121, 182 (189).

¹²³ Wasielewski, in: GK-BImSchG, § 9 Rn. 9; Dietlein, in: Landmann/Rohmer, BImSchG, § 9 Rn. 1.

¹²⁴ Vgl. BVerwGE 68, 241 (243 f.).

¹²⁵ Die Präklusionswirkung betrifft freilich nur Tatsachen, die die vorläufige Gesamtbeurteilung betreffen und sich nicht auf die zum Gegenstand des Vorbescheids gemachten Genehmigungsvoraussetzungen beziehen, da der Berücksichtigung letzterer bereits die Bestandskraft des Vorbescheids entgegensteht (Jarass, BImSchG, § 11 Rn. 4.).

elle Präklusionsregelungen gegen die UVP-Richtlinie und die Industrieemissionsrichtlinie verstoßen.¹²⁶

Der Gesetzgeber hat sich – anders als bei einer Zusicherung – dagegen entschieden, die feststellende Wirkung des Vorbescheids im Fall einer nachträglichen Änderung der Sach- oder Rechtslage auszuschließen. Stattdessen ordnet § 9 Abs. 3 BImSchG die sinngemäße Anwendung der Widerrufsvorschrift in § 21 BImSchG an.¹²⁷ Insofern gilt für den Vorbescheid als feststellenden Verwaltungsakt entsprechendes wie für andere Verwaltungsakte: Nach Erlass eintretende Änderungen der Sach- oder Rechtslage berühren nicht die Wirksamkeit, sondern können eine Widerrufsmöglichkeit begründen.¹²⁸ Mitunter wird insoweit irreführend von einer „*Bindungswirkung*“ des Vorbescheids gesprochen.¹²⁹ Soweit über eine Genehmigungsvoraussetzung im Rahmen des Vorbescheids entschieden wurde, findet eine weitere „gebundene“ Entscheidung bei der Genehmigungserteilung gerade nicht statt.¹³⁰ Die nachfolgende immissionsschutzrechtliche Genehmigung ist im Hinblick auf den Regelungsgehalt des Vorbescheids deklaratorischer Natur.¹³¹ In der Sache handelt es sich somit nicht um eine Bindungs-, sondern um eine Feststellungswirkung.

Die Änderungsresistenz eines Vorbescheids gegenüber nachträglichen Änderungen der Sach- und Rechtslage hängt davon ab, unter welchen Voraussetzungen die Genehmigungsbehörde einen einmal erlassenen Vorbescheid wegen einer nach seiner Erteilung eingetretenen Änderung der Sach- und Rechtslage widerrufen und damit seine Rechtswirkungen beseitigen kann.¹³² Der Widerruf eines Vorbescheids wegen einer Änderung der Sach- und Rechtslage ist nach dem Maßstab des § 21 Nr. 3 und Nr. 4 BImSchG nur unter engen Voraussetzungen möglich und entsprechend hoch seine Änderungsresistenz. Nach diesen Vorschriften ist der Widerruf wegen einer Änderung der Sach- und Rechtslage nur möglich, wenn zum einen die Genehmigungsbehörde nach der neuen Sach- und Rechtslage berechtigt wäre, die Erteilung der Genehmigung zu versagen und zum anderen ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet würde. Dem zusätzlichen Erfordernis für die Beachtlichkeit von Rechtsänderungen in § 21 Nr. 4 BImSchG, wonach der Widerruf wegen Rechtsänderungen nur solange möglich ist, wie der Genehmigungsinhaber von der Genehmigung noch keinen Gebrauch gemacht hat, dürfte im Rahmen der sinngemäßen Anwendung auf den Vorbescheid keine eigenständige Be-

¹²⁶ EuGH, Urt. v. 15.10.2015, C-137/14, juris; siehe dazu *Ruffert*, JuS 2015, S. 1138 (1138 ff.). Für eine Unanwendbarkeit von § 10 Abs. 3 Satz 5 BImSchG in Fällen, die von der Industrieemissionsrichtlinie oder UVP-Richtlinie erfasst sind, nach der EuGH-Entscheidung vom 15.10.2015: OVG Münster, BauR 2016, S. 1002 ff.

¹²⁷ Der Bundestag hat im Gesetzgebungsverfahren einen entsprechenden Vorschlag des Bundesrats zurückgewiesen (*Dietlein*, in: Landmann/Rohmer, BImSchG, § 9 Rn. 9).

¹²⁸ *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 43 Rn. 42 ff. m.w.N.

¹²⁹ So etwa *Jarass*, BImSchG, § 9 Rn. 16 ff.

¹³⁰ *Brüning*, Einstweilige Verwaltungsführung, S. 67.

¹³¹ *Brüning*, Einstweilige Verwaltungsführung, S. 67; *Ermisch*, NordÖR 2013, S. 49 (50 f.).

¹³² Siehe eingehend zu den Widerrufsvoraussetzungen: *Bronnenmeyer*, Der Widerruf rechtmäßiger begünstigender Verwaltungsakte nach § 49 VwVfG, S. 85 ff.

deutung zukommen, da von einem Vorbescheid aufgrund des Fehlens einer Gestattungswirkung nicht im Sinne der Vorschrift Gebrauch gemacht werden kann.¹³³

Nach diesem Maßstab kommt der Widerruf eines Vorbescheids wegen einer nachträglichen Änderung der Sach- oder Rechtslage nur in Ausnahmefällen in Betracht. Allein der Umstand, dass nach der neuen Sach- und Rechtslage die Genehmigungsfähigkeit nicht mehr vorliegt, kann den Widerruf nicht rechtfertigen. Damit wäre die Genehmigungsbehörde zwar berechtigt, die Genehmigung nicht mehr zu erteilen. Dies allein vermag aber noch keine Gefährdung öffentlicher Interessen zu begründen, da das Tatbestandsmerkmal eine Gefährdung öffentlicher Interessen ansonsten neben dem Tatbestandsmerkmal der nicht mehr bestehenden Genehmigungsfähigkeit überflüssig wäre.¹³⁴ Vielmehr ist an die Gefährdung öffentlicher Interessen ein strenger Maßstab anzulegen. Das Bundesverwaltungsgericht fordert im Rahmen der gleichlautenden Parallelvorschrift in § 49 Abs. 2 Nr. 3 und 4 VwVfG deswegen zu recht eine konkrete Gefährdung in dem Sinne, dass der Widerruf zur Beseitigung oder Verhinderung eines sonst drohenden Schadens für wichtige Gemeinschaftsgüter geboten ist.¹³⁵ Für den immissionschutzrechtlichen Vorbescheid gilt Entsprechendes. Mithin sind bereits die Voraussetzungen des Widerrufs wegen einer Änderung der Sach- oder Rechtslage auf Tatbestandsseite hoch.

Selbst wenn die Hürde einer konkreten Gefährdung des öffentlichen Interesses überwunden werden sollte, sind auf Rechtsfolgenrechtsseite im Rahmen der pflichtgemäßen Ermessensausübung Gesichtspunkte des Vertrauensschutzes des Vorhabenträgers zu berücksichtigen, die einem Widerruf entgegenstehen können.¹³⁶ Abhängig von der Art der Änderung der Sach- oder Rechtslage und den bereits vom Vorhabenträger im Vertrauen auf den Bestand des Vorbescheids getätigten Investitionen kann der Widerruf auch bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen unverhältnismäßig und damit ermessensfehlerhaft sein. Im Ergebnis kommt der Widerruf des Vorbescheids wegen einer Änderung der Sach- oder Rechtslage nur unter engen Voraussetzungen in Betracht.¹³⁷

2. Ungeeignetheit des Vorbescheids als Schutzmöglichkeit

Die mit seiner Grundkonzeption verbundene hohe Änderungsresistenz des Vorbescheids scheint es naheulegen, diejenigen Genehmigungsvoraussetzungen, die im Zuge einer absehbaren Änderung der Sach- oder Rechtslage zu entfallen drohen, noch vor

¹³³ Siehe zu den Anforderungen an das Gebrauchmachen von einer Genehmigung *Jarass*, BImSchG, § 21 Rn. 15 m.w.N.

¹³⁴ *Koch*, in: GK-BImSchG, § 21 Rn. 52; *Kühling*, in: Kotulla, BImSchG, § 21 Rn. 39.

¹³⁵ BVerwG, NVwZ 1992, S. 565 (565 f.) m.w.N. aus der eigenen Rechtsprechung; *Koch*, in: GK-BImSchG, § 21 Rn. 52 ff.; *Czajka*, in: Feldhaus, BImSchG, § 21 Rn. 33; *Kühling*, in: Kotulla, BImSchG, § 21 Rn. 39; in der Tendenz großzügiger: *Dietlein*, in: Landmann/Rohmer, BImSchG, § 9 Rn. 35.

¹³⁶ Vgl. BVerwGE 69, 1 (3) und allgemein *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 49 Rn. 28 ff. m.w.N.

¹³⁷ Vgl. *Ermisch*, NordÖR 2013, S. 49 (57).

Eintritt der Änderung zum Gegenstand eines Vorbescheids zu machen und durch dessen feststellende Wirkung vor Änderungen zu schützen.

Die Voraussetzung eines berechtigten Interesses wird regelmäßig erfüllt sein, weil bereits eine mögliche Verringerung des Investitionsrisikos¹³⁸ oder sonstige vernünftige Gründe für ein gestuftes Vorgehen ausreichen.¹³⁹ Hinsichtlich der Voraussetzung einer abschließenden Prüfung und Bejahung des Vorliegens der zur Entscheidung gestellten Genehmigungsvoraussetzungen gelten keine Besonderheiten – ihr Vorliegen ist wie bei einer Vollgenehmigung vom Antragsteller darzulegen und von der Genehmigungsbehörde abschließend zu prüfen.¹⁴⁰

Im Ergebnis bietet der Vorbescheid dennoch keine adäquate Reaktionsmöglichkeit der Rechtsordnung in der hier interessierenden Konstellation. Zum einen ist der Vorbescheid wegen der Dauer des Vorbescheidsverfahrens ungeeignet, einem Untergang des ursprünglich bestehenden Genehmigungsanspruchs wegen einer drohenden Änderung der Sach- oder Rechtslage zuvorzukommen (hierzu unter a)). Zum anderen würden die Funktionsgrenzen des Vorbescheids überschritten (hierzu unter b)).

a) Zeitmoment

Eine Eignung des Vorbescheids als „präventives“ Sicherungsmittel für den Genehmigungsanspruch würde voraussetzen, dass ein Vorbescheid im immissionsrechtlichen Genehmigungsverfahren schneller als die eigentliche Genehmigung und vor allem vor Eintritt der für den Antragsteller nachteiligen Änderung der Sach- oder Rechtslage erteilt werden könnte. Dies wird regelmäßig nicht möglich sein: Aufgrund des Erfordernisses einer positiven vorläufigen Gesamtbeurteilung, nimmt das Vorbescheidsverfahren zu viel Zeit in Anspruch, als dass der Vorbescheid als Schutzmöglichkeit in Betracht käme.

Nach § 9 BImSchG setzt die Erteilung eines Vorbescheids voraus, dass „die Auswirkungen der geplanten Anlage ausreichend beurteilt werden können“. Allgemein wird diese Voraussetzung ebenso verstanden wie die Voraussetzung einer positiven vorläufigen Gesamtbeurteilung für die in § 8 BImSchG normierten Teilgenehmigung.¹⁴¹ Nach § 8 Satz. 1 Nr. 3 BImSchG setzt eine vorläufige positive Gesamtbeurteilung voraus, dass der Genehmigungsfähigkeit der gesamten Anlage

¹³⁸ Wasielewski, in: GK-BImSchG, § 9 Rn. 44; Dietlein, in: Landmann/Rohmer, BImSchG, § 9 Rn. 48; Kugelman, in: Kotulla, BImSchG, § 9 Rn. 65; Jarass, BImSchG, § 9 Rn. 6.

¹³⁹ Peschau, in: Feldhaus, BImSchG, § 9 Rn. 13.

¹⁴⁰ Wasielewski, in: GK-BImSchG, § 9 Rn. 52; Peschau, in: Feldhaus, BImSchG, § 9 Rn. 14; Kugelman, in: Kotulla, BImSchG, § 9 Rn. 68.

¹⁴¹ Wasielewski, in: GK-BImSchG, § 9 Rn. 53; Peschau, in: Feldhaus, BImSchG, § 9 Rn. 15; Kugelman, in: Kotulla, BImSchG, § 9 Rn. 71; Jarass, BImSchG, § 9 Rn. 8; a.A. Dietlein, in: Landmann/Rohmer, BImSchG, § 9 Rn. 38 ff. (siehe hierzu Fn. 147).

keine von vornherein unüberwindlichen Hindernisse entgegenstehen.¹⁴² Entgegen dem ersten Anschein, stellt es hohe Anforderungen an den Antragsteller, das Fehlen unüberwindlicher Hindernisse für die Genehmigungsfähigkeit darzulegen. Mit der Vorläufigkeit der Prüfung ist eine Absenkung des Prüfungsmaßstabes nicht verbunden, sondern lediglich gemeint, dass die beizubringenden Unterlagen vorläufiger Natur sein können.¹⁴³ Für den Antragsteller bedeutet dies, dass er zwar den Gegenstand des Vorbescheids seiner Funktion entsprechend auf die besonders problematischen oder kostenintensiven Genehmigungsvoraussetzungen beschränken kann. Der Antragsteller muss darüber hinaus aber für alle anderen Genehmigungsvoraussetzungen darlegen, dass die Genehmigungsfähigkeit hinreichend wahrscheinlich ist. Auf Seiten des Antragstellers kann dies einen Darlegungs- und auf Seiten der Genehmigungsbehörde einen Prüfaufwand bedeuten, der demjenigen des Vollgenehmigungsverfahrens nahekommt.¹⁴⁴ Unterliegt das Vorhaben beispielsweise einer Pflicht zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung, sind nach § 13 UVPG bereits vor Erteilung des Vorbescheids eine vorläufige Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen und die zu diesem Zeitpunkt erkennbaren Auswirkungen auf die Schutzgüter des § 1a der 9. BImSchV darzustellen und zu bewerten.¹⁴⁵ Ebenso ist bereits im Rahmen der vorläufigen Gesamtbeurteilung zu beurteilen, ob dem Vorhaben arten- oder naturschutzrechtliche Vorschriften entgegenstehen – unabhängig davon, ob der Antragsteller dies zum Gegenstand des Vorbescheids gemacht hat.¹⁴⁶

Die Anforderungen der Voraussetzung einer positiven vorläufigen Gesamtbeurteilung ließen sich durch eine abweichende Auslegung reduzieren. Teilweise wird gefordert, das Tatbestandsmerkmal nicht wie im Rahmen der Teilgenehmigung zu verstehen, sondern im Rahmen des Vorbescheids geringere Anforderungen an die Prognoseentscheidung zu stellen.¹⁴⁷ Dem steht allerdings der Wille des Gesetzgebers entgegen, der in der Gesetzesbegründung zum Bundesimmissionsschutzgesetz ausdrücklich auf das Verständnis im Rahmen der Teilgenehmigung verweist.¹⁴⁸ Die Systematik der 9. BImSchV deutet ebenfalls auf ein gleichlaufendes Verständnis hin: Dort verweist die Regelung zum Vorbescheid in § 23 der 9. BImSchV auf die Regelung zur Teilgenehmigung in § 22 der 9. BImSchV.

¹⁴² Siehe allgemein zur Funktion vorläufiger Gesamturteile in abgestuften Genehmigungsverfahren: *Brüning*, *Einstweilige Verwaltungsführung*, S. 66 ff.

¹⁴³ BVerwGE 72, 300 (307 f.) zum atomrechtlichen Vorbescheid; *Wasielewski*, in: GK-BImSchG, § 8 Rn. 25 ff.; *Peschau*, in: *Feldhaus*, BImSchG, § 9 Rn. 16; *Jarass*, BImSchG, § 8 Rn. 12.

¹⁴⁴ *Ermisch*, NordÖR 2013, S. 49 (53).

¹⁴⁵ *Ermisch*, NordÖR 2013, S. 49 (53) m.w.N.

¹⁴⁶ Siehe etwa OVG Lüneburg, Urt. v. 12.11.2008, 12 LC 72/07, Rn. 44 ff., juris.

¹⁴⁷ Zu dieser Auffassung: *Dietlein*, in: *Landmann/Rohmer*, BImSchG, § 9 Rn.38 ff. Ihr liegt der Gedanke zugrunde, das Ergebnis der vorläufigen Gesamtbewertung nehme nicht an der Feststellungswirkung auf Rechtsfolgenseite Teil. Durch die geringere Bedeutung, die der Gesamtbewertung nach diesem Verständnis zukommen soll, können auch die Anforderungen an die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals reduziert werden.

¹⁴⁸ BT-Drs. 7/179, S. 34.

Weiter verschärft würden die Voraussetzungen an eine vorläufige positive Gesamtbeurteilung, wenn man der im Baurecht mitunter vertretenen Auffassung folgte, dass die Feststellungswirkung eines Vorbescheids nur eintritt, wenn sich der Vorbescheid auf die gesamte bauplanungsrechtliche Zulässigkeit bezieht („*Bebauungsgenehmigung*“).¹⁴⁹ Obgleich sich die Diskussion bislang auf das Baurecht beschränkt, liegt es zumindest nicht auf der Hand, weshalb eine Übertragung auf das Immissionsschutzrecht ausscheiden sollte. Konsequenz dieser Auffassung wäre, dass der Vorhabenträger bezüglich aller bauplanungsrechtlichen Genehmigungsvoraussetzungen endgültige Antragsunterlagen beibringen und die Genehmigungsbehörde ihr Vorliegen abschließend beurteilen müsste. Damit würde sich der Darlegungs- und Prüfungsumfang (noch) weiter erhöhen und der Bereich, in dem das Instrument des Vorbescheids sinnvollerweise zum Einsatz kommen kann (noch) weiter beschnitten.¹⁵⁰

Festzuhalten bleibt, dass sich der Darlegungs- und Prüfungsumfang im Vorbescheidsverfahren – unabhängig davon, ob die Erstreckung des Gegenstands des Vorbescheids auf die gesamte planungsrechtliche Zulässigkeit gefordert ist – dem Umfang des Vollgenehmigungsverfahrens angenähert hat. Regelmäßig wird ein Vorbescheid deshalb nicht rechtzeitig vor Eintritt der Änderung der Sach- und Rechtslage erteilt werden können. Mithin bietet der Vorbescheid bereits aufgrund der zu langen Verfahrensdauer keine angemessene Schutzmöglichkeit, drohenden Änderungen der Sach- und Rechtslage zu begegnen.

b) Überschreiten der Funktionsgrenzen des Vorbescheids

Der Vorbescheid scheidet zudem deshalb als Schutzmöglichkeit aus, weil eine Nutzung des Vorbescheids zur gezielten Sicherung einzelner Genehmigungsvoraussetzungen vor absehbaren Änderungen der Sach- und Rechtslage seine Funktionsgrenzen¹⁵¹ überschreiten würde.¹⁵²

¹⁴⁹ VGH München, BayVBl 2000, S. 314 (314); *Lemmel*, in: Berliner Kommentar BauGB, § 14 Rn. 24; *Rieger*, in: Schrödter, BauGB, § 14 Rn. 33; a.A. *Jäde*, BayVBl 2000, S. 314 (314 f.), der nachweist, dass die Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, auf die sich der VGH stützt, dessen Entscheidung nicht tragen; ablehnend auch *Ermisch*, NordÖR 2013, S. 49 (51).

¹⁵⁰ *Ermisch*, NordÖR 2013, S. 49 (51).

¹⁵¹ Allgemein anerkannt ist die Begrifflichkeit der Funktionsgrenzen im Kontext der Anerkennung von Beurteilungsspielräumen der Verwaltung, wenn eine vollständige Überprüfung die „Funktionsgrenzen“ der Rechtsprechung überschreiten würde. Siehe hierzu jüngst m.w.N. aus der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung BVerfG, EuGRZ 2013, S. 563 (568). In der Sache geht es um die Anerkennung nicht ausdrücklich, aber immanently aus dem Gesamtzusammenhang folgender Grenzen.

¹⁵² Die nachfolgend dargelegten Bedenken betreffen allein einen gezielten Einsatz eines Vorbescheids zur Sicherung des Genehmigungsanspruchs gegen absehbare Änderungen der Sach- und Rechtslage. Sie betreffen nicht den Fall, dass ein nicht im Hinblick auf eine Änderung der Sach- und Rechtslage beantragter Vorbescheid „zufällig“ eine Sicherungswirkung entfaltet. Unter dem Gesichtspunkt einer „zufälligen Sicherungswirkung“ kommt ein Vorbescheid als hinreichend effektive Sicherungsmittel allerdings von vornherein nicht in Betracht.

Es ist zweifelhaft, ob die Voraussetzung einer positiven vorläufigen Gesamtbeurteilung überhaupt in einer Situation erfüllt sein kann, in der bereits absehbar ist, dass eine der Genehmigungsfähigkeit entgegenstehende Änderung der Sach- und Rechtslage eintreten wird. Ein positives Ergebnis der Gesamtbeurteilung wäre in diesen Fällen nur denkbar, wenn die Genehmigungsbehörde bei ihrer Prognoseentscheidung bereits den Erlass des Vorbescheids antizipierte. Denn wenn die Änderung der Sach- oder Rechtslage bereits absehbar ist, kann das vorläufige Gesamturteil nur positiv ausfallen, wenn es bereits die Feststellungswirkung des Vorbescheids zugrunde legt und deshalb die Änderung der Sach- und Rechtslage nicht berücksichtigt.

Ein solches Verständnis der Voraussetzung einer vorläufigen positiven Gesamtbewertung wäre mit der Konzeption und Funktion des Vorbescheids aber nicht mehr vereinbar. Zwar dient der Vorbescheid den Interessen des Vorhabenträgers und soll ausweislich der Gesetzesbegründung die Funktion erfüllen, „*bei komplexen oder neuartigen Anlagen wichtige Vorfragen [...] vorab zu klären, um das Investitionsrisiko in angemessenem Umfang zu vermindern.*“¹⁵³ Der Vorbescheid soll den Vorhabenträger also davor bewahren, erhebliche Kosten für Detailplanungen aufzuwenden, bei denen sich im Nachhinein herausstellt, dass sie nicht hätten aufgewendet werden müssen, weil das Vorhaben bereits an anderen Genehmigungsvoraussetzungen scheitert.¹⁵⁴ Mithin ist der Vorbescheid für den Vorhabenträger ein Instrument zur Vermeidung unnötiger Planungskosten.

Dieser Funktionsrahmen des Vorbescheids würde verlassen, wenn der Vorbescheid zum Erhalt der Genehmigungsfähigkeit vor dem Hintergrund einer sich ändernden Sach- oder Rechtslage eingesetzt würde.¹⁵⁵ Letztlich würde dem Vorbescheid die Funktion zukommen, eine spätere Genehmigungserteilung überhaupt erst zu ermöglichen. Mit dem Vorbescheid würde nicht allein eine kostengünstige Vorabklärung problematischer Genehmigungsvoraussetzungen bewirkt, sondern der Vorbescheid würde für die spätere Genehmigungserteilung konstitutiv. Es würde nur scheinbar vorab über einzelne Genehmigungsvoraussetzungen, tatsächlich aber insgesamt über die Genehmigungserteilung als solche entschieden. Die dem Vorbescheid immanenten Funktionsgrenzen würden damit überschreiten.

3. Kein Verzicht auf das Erfordernis einer positiven vorläufigen Gesamtbewertung

Die einer Eignung des Vorbescheids als Reaktionsmöglichkeit entgegenstehende Verfahrensdauer und die dem Vorbescheid immanenten Funktionsgrenzen gehen auf die

¹⁵³ BT-Drs. 7/179, S. 34.

¹⁵⁴ Wasielewski, in: GK-BImSchG, § 9 Rn. 7; vgl. Peschau, in: Feldhaus, BImSchG, § 9 Rn. 15; *Er-misch*, NordÖR 2013, S. 49 (53)

¹⁵⁵ Vgl. Wasielewski, in: GK-BImSchG, § 9 Rn. 22 und 31.

Voraussetzung einer vorläufigen positiven Gesamtbewertung zurück. Ohne die Voraussetzung einer positiven vorläufigen Gesamtbeurteilung könnte der Vorbescheid als Reaktionsmöglichkeit der Rechtsordnung in der hier interessierenden Konstellation in Betracht kommen.

Dass der Erlass eines Vorbescheids auch ohne die Voraussetzung einer positiven vorläufigen Gesamtbeurteilung denkbar ist, zeigt das Baugenehmigungsverfahren. In den Landesbauordnungen ist die Voraussetzung einer positiven vorläufigen Gesamtbewertung nicht normiert.¹⁵⁶ Historisch erklärt sich das Erfordernis der positiven vorläufigen Gesamtbewertung im immissionsschutzrechtlichen Vorbescheidsverfahren dadurch, dass die Regelung in § 9 BImSchG unter anderen auf das Gewerberecht zurückgeht; dort bezog sich der von der Rechtsprechung entwickelte „*Zwischenbescheid*“ auf die Genehmigungsfähigkeit der Anlage als Ganzes.¹⁵⁷

Bis zu einem gewissen Grad können die geringere Komplexität und die generell geringeren Auswirkungen eines dem baurechtlichen Genehmigungsvorbehalt unterfallendem Vorhabens die unterschiedliche Handhabung rechtfertigen. Dennoch führen die unterschiedlichen Anforderungen im Baurecht einerseits und im Immissionsschutzrecht andererseits mitunter zu Ergebnissen, die schwerlich nachzuvollziehen sind. Etwa erschließt sich bei der Errichtung einer Windenergieanlage nicht, weshalb marginale Höhenunterschiede darüber entscheiden, ob der Vorbescheid eine positive vorläufige Gesamtbeurteilung erfordert und damit als Sicherungsinstrument vor einer Änderung der Sach- und Rechtslage in Betracht kommt. Beispielsweise hatte der Verwaltungsgerichtshof Mannheim der Klage auf Erlass eines Bauvorbescheids für die Errichtung einer über 50 Meter hohen Windenergieanlage nach alter Rechtslage stattzugeben, die sich nach neuer Rechtslage nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz gerichtet hätte und wegen einer fehlenden Beurteilbarkeit der naturschutzrechtlichen Vereinbarkeit abzuweisen gewesen wäre.¹⁵⁸

Der Vergleich mit dem baurechtlichen Genehmigungsverfahren offenbart Ungereimtheiten im Hinblick auf die Voraussetzung einer positiven vorläufigen Gesamtbeurteilung. Dennoch ist die Voraussetzung einer vorläufigen positiven Gesamtbewertung im Bundesimmissionsschutzgesetz normiert und mithin geltendes Recht. Vor diesem Hintergrund verwundert nicht, dass der Vorbescheid in der immissionsschutzrechtlichen Praxis eine nur geringe Bedeutung erlangt hat: Das Erfordernis einer vorläufigen positiven Gesamtbeurteilung stellt den Vorhabenträger vor das Dilemma, entweder einen dem Genehmigungsverfahren nahekommenden Aufwand bereits im Vorbescheidsverfahren

¹⁵⁶ Vgl. § 75 der Musterbauordnung.

¹⁵⁷ Wasielewski, in: GK-BImSchG, § 9 Rn. 7 ff.

¹⁵⁸ VGH Mannheim, NuR 2013, S. 56 ff.; siehe hierzu auch *Ermisch*, NordÖR 2013, S. 49 (54).

zu betreiben oder eine praktische Entwertung des Vorbescheids durch eine Vielzahl von Vorbehalten und Auflagen in Kauf zu nehmen.¹⁵⁹

4. Ergebnis

Festzuhalten ist, dass eine Nutzung des Vorbescheids als Instrument zur Sicherung einzelner Genehmigungsvoraussetzungen vor absehbaren Änderungen der Sach- und Rechtslage bereits aus praktischen Gründen ausscheidet, da die notwendige Beschleunigung im Vergleich zum Genehmigungsverfahren aufgrund des vergleichbaren Darlegungs- und Prüfaufwandes realistischer Weise nicht erreicht werden kann. Zudem würde eine solche Nutzung die dem Vorbescheid immanenten Funktionsgrenzen überschreiten, da mit ihm die eigentliche Genehmigungsentscheidung vorverlagert und ihm eine nicht vorgesehene konstitutive Wirkung für die spätere Genehmigungserteilung zukommen würde.

II. Vorläufige Genehmigung/vorläufige Zulassung

In der Situation einer sich abzeichnenden Änderung der Sach- und Rechtslage, die zu einem Untergang des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruch zu führen droht, könnte die Erteilung einer vorläufigen Genehmigung als Schutzmöglichkeit für den Genehmigungsanspruch grundsätzlich in Betracht kommen. Die Grundidee ist, dass zwar die Erteilung einer endgültigen Genehmigung vor Eintritt der Änderung der Sach- oder Rechtslage nicht mehr möglich sein mag, der Antragsteller seinen Genehmigungsanspruch über eine vorläufige Genehmigung aber zumindest vorläufig realisieren und das Genehmigungsverfahren innerhalb der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen zumindest zu einem vorläufigen Abschluss gebracht werden könnte. Im Ergebnis ist die Erteilung einer vorläufigen Genehmigung allerdings nicht geeignet, den immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruch vor seinem Untergang infolge einer Änderung der Sach- oder Rechtslage zu schützen. Im Einzelnen:

1. Konzeption vorläufiger Genehmigungen

In allgemeinen verwaltungsrechtlichen Kategorien sind vorläufige Genehmigungen vorläufige Verwaltungsakte.¹⁶⁰ Für vorläufige Verwaltungsakte ist kennzeichnend, dass ihr Regelungsgegenstand unter dem Vorbehalt einer endgültigen Entscheidung steht.¹⁶¹ Der Vorbehalt einer endgültigen Regelung bewirkt, dass die Verwaltung die vorläufige Regelung durch eine endgültige Regelung ersetzen kann, ohne an die Einschränkungen der

¹⁵⁹ Siehe hierzu die Zahlen bei *Wasielowski*, in: GK-BImSchG, § 9 Rn. 128; siehe auch *Dietlein*, in: Landmann/Rohmer, BImSchG, § 9 Rn. 5; *Peschau*, in: Feldhaus, BImSchG, § 9 Rn. 3.

¹⁶⁰ *Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 35 Rn. 244.

¹⁶¹ Ein Überblick über Anwendungsbeispiele und Begründungsansätze findet sich bei *Brining*, Einstweilige Verwaltungsführung, S. 217 ff.

§§ 48 und 49 VwVfG gebunden zu sein.¹⁶² Vorläufige Verwaltungsakte sind Verwaltungsakte im Sinne des § 35 VwVfG. Zwar hat sich die Bezeichnung „vorläufiger Verwaltungsakt“ eingebürgert. Präziser wäre es indes, schlicht von einem Verwaltungsakt, der eine vorläufige Regelung trifft, zu sprechen.¹⁶³

Es ist umstritten, ob vorläufige Verwaltungsakte stets zulässig sind oder einer gesonderten gesetzlichen Ermächtigung bedürfen.¹⁶⁴ Das Bundesverwaltungsgericht lässt es, jedenfalls für den Bereich des Subventionsrechts, genügen, dass der Erlass eines vorläufigen Verwaltungsaktes spezialgesetzlich nicht ausgeschlossen ist und ein sachlicher Grund die vorläufige Regelung rechtfertigt.¹⁶⁵ Auch ohne einen spezialgesetzlichen Ausschluss scheidet ein Erlass vorläufiger belastender Verwaltungsakte aus: Für belastende Verwaltungsakte fordert der Gesetzesvorbehalt nicht nur, dass eine gesetzliche Grundlage vorliegt, sondern auch, dass ihre Voraussetzungen (nachweislich) erfüllt sind.¹⁶⁶ Im Schrifttum wird zudem für den Erlass von vorläufigen Verwaltungsakten mit Drittwirkung – wie etwa bau- oder immissionsschutzrechtliche Genehmigungen – eine ausdrückliche gesetzliche Regelung gefordert.¹⁶⁷

Im Hinblick auf das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren kommt es auf die Frage nach dem Erfordernis einer spezialgesetzlichen Grundlage indes nicht an. In § 8a BImSchG sind die grundsätzliche Zulässigkeit, die Voraussetzungen und die Grenzen der Zulassung eines „vorzeitigen Beginns“ und damit in der Sache einer vorläufigen Genehmigung nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz geregelt.¹⁶⁸ Vor dem Hintergrund der Regelung in § 8a BImSchG ist einerseits eindeutig, dass eine vorläufige Genehmigung im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren im Grundsatz zulässig ist. Andererseits führt die spezialgesetzliche Regelung in § 8a BImSchG dazu, dass außerhalb des von der Regelung gesetzten Rechtsrahmens ein Rückgriff auf die Figur einer „allgemeinen“ vorläufigen Genehmigung ausgeschlossen ist.¹⁶⁹ Mithin ergeben sich Voraussetzungen und Grenzen vorläufiger Genehmigungen im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren abschließend aus § 8a BImSchG. Das gilt auch dann, wenn man in der vorläufigen Zulassung nach § 8a BImSchG keine vorläufige Genehmigung erblickt, sondern weniger, nämlich lediglich einen partiellen Verzicht auf das mit der grundsätzlichen Genehmigungsbedürftigkeit nach § 4 Abs. 1 BImSchG

¹⁶² Vgl. BVerwG, Urt. v. 19.11.2009, 3 C 7/09, Juris Rn. 16.

¹⁶³ BVerwG, Urt. v. 19.11.2009, 3 C 7/09, Juris Rn. 19.

¹⁶⁴ *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 35 Rn. 246 m.w.N..

¹⁶⁵ BVerwG, Urt. v. 19.11.2009, 3 C 7/09, Rn. 19 f., juris. Ein spezialgesetzlicher Ausschluss vorläufiger Verwaltungsakte findet sich etwa in § 15 Abs. 2 des Personenbeförderungsgesetzes, vgl. hierzu OVG Hamburg, NVwZ-RR 2007, S. 760 (760 ff.).

¹⁶⁶ *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 35 Rn. 246; *Beaucamp*, JA 2010, 247 (248) – jeweils m.w.N..

¹⁶⁷ *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 35 Rn. 246; *Beaucamp*, JA 2010, 247 (249).

¹⁶⁸ Vgl. zur Einordnung als vorläufige Genehmigung: *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 35 Rn. 244; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 35 Rn. 180.

¹⁶⁹ BVerwG, Urt. v. 25.3.2009, 6 C 3/08, Rn. 23, juris; *Beaucamp*, JA 2010, 247 (249); *Kemper*, DVBl 1989, 981 (985).

statuierte präventive Verbot. Ein solcher Verzicht wäre ein nur temporärer. Er bezöge sich allein auf den Zeitraum bis zu der Entscheidung über die endgültige Genehmigung. Unabhängig von dem Verständnis der Zulassungsentscheidung nach § 8a BImSchG als einer vorläufigen Genehmigung oder nur als Ausdruck eines bis zur endgültigen Genehmigungserteilung auflösend bedingten Verzichts auf das präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt gilt jedenfalls, dass § 8a BImSchG eine abschließende Regelung für eine vorläufige Zulassung beinhaltet.

2. Voraussetzungen und Grenzen vorläufiger Genehmigungen nach § 8a BImSchG

§ 8a BImSchG wurde durch das Gesetz zur Beschleunigung und Vereinfachung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungsverfahren vom 9. Oktober 1996¹⁷⁰ eingefügt und soll vor dem Hintergrund langwieriger Genehmigungsverfahren die Attraktivität der Bundesrepublik Deutschland als Wirtschaftsstandort fördern.¹⁷¹ Regelungsvorbild war die wasserrechtliche Zulassung eines vorzeitigen Beginns in § 9a WHG.¹⁷² Nach § 8a Abs. 1 BImSchG kann die Genehmigungsbehörde auf gesonderten Antrag in einem Verfahren zur erstmaligen Genehmigungserteilung nach § 4 BImSchG und in einem Änderungsgenehmigungsverfahren nach § 16 BImSchG zulassen, bereits vor der endgültigen Genehmigungserteilung mit der Errichtung der Anlage und einem Probebetriebs zu beginnen. Ob die endgültige Genehmigung im förmlichen oder im vereinfachten Verfahren zu erteilen ist, spielt keine Rolle.¹⁷³ Nach § 8a Abs. 3 BImSchG ist ein vorläufiger „regulärer“ Anlagenbetrieb nur in einem Änderungsgenehmigungsverfahren nach § 16 BImSchG zulässig, wenn die genehmigungsbedürftige Anlagenänderung der Erfüllung einer sich aus dem Bundesimmissionsschutzgesetz oder einer auf dessen Grundlage erlassenen Rechtsverordnung ergebenden Pflicht dient.

Voraussetzung für die Zulassung eines vorzeitigen Beginns ist nach § 8a Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 3 BImSchG, dass die endgültige Genehmigungserteilung wahrscheinlich ist (Nr. 1), ein öffentliches oder berechtigtes Interesse des Antragstellers vorliegt (Nr. 2) und der Antragsteller sich für den Fall einer endgültigen Genehmigungsversagung zum Ersatz etwaiger Schäden und zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands verpflichtet (Nr. 3). Liegen diese Voraussetzungen vor, „soll“ die Genehmigungsbehörde einen vorzeitigen Beginn zulassen. Die Genehmigungsbehörde darf mithin nur in Ausnahmefällen die Zulassung eines vorzeitigen Beginns versagen.

Ein berechtigtes Interesse des Antragstellers an der Zulassung eines vorzeitigen Beginns wird regelmäßig vorliegen, weil grundsätzlich jedes durch die besondere Sachlage ge-

¹⁷⁰ BGBl. I. S. 1498.

¹⁷¹ *Sellner*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, BImSchG, § 8a Rn. 2 m.w.N..

¹⁷² *Brüning*, Einstweilige Verwaltungsführung, S. 352.

¹⁷³ *Sellner*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, BImSchG, § 8a Rn. 12; *Jarass*, BImSchG, § 8a Rn. 2.

rechtfertigte Interesse ausreicht.¹⁷⁴ Im Ergebnis dürfte dem Erfordernis eines berechtigten Interesses eine eigenständige Bedeutung ohnehin nicht zukommen. Es sind kaum Fälle denkbar, in denen die übrigen Voraussetzungen vorliegen – mithin eine Genehmigungserteilung überwiegend wahrscheinlich ist und der Antragsteller die vorgesehene Risikübernahmeerklärung abgibt –, zugleich aber ein berechtigtes Interesse des Antragstellers zu verneinen ist.¹⁷⁵

Ob der Antragsteller zur Abgabe der nach § 8a Abs. 1 Nr. 3 BImSchG erforderlichen Verpflichtungserklärung bereit ist, ist nicht eine rechtliche, sondern eine kaufmännische Entscheidung in deren Rahmen der Antragsteller die wirtschaftlichen Vorteile einer vorzeitigen Errichtung mit den wirtschaftlichen Belastungen abwägt, die mit den übernommenen Verpflichtungen verbunden sind.

Schwierigkeiten bereitet dagegen das Erfordernis einer positiven Prognose für eine endgültige Genehmigungserteilung. Voraussetzung für die Zulassung eines vorzeitigen Beginns ist, dass die Erteilung einer endgültigen Genehmigung überwiegend wahrscheinlich ist.¹⁷⁶ An die positive Prognose im Rahmen des § 8a Abs. 1 Nr. 1 BImSchG werden zwar tendenziell geringere Anforderungen als an das Erfordernis einer positiven vorläufigen Gesamtbeurteilung im Rahmen des Vorbescheids nach § 9 BImSchG gestellt, weil die positive Prognose im Rahmen des § 8a BImSchG – anders als im Rahmen des § 9 BImSchG – nicht Teil der Regelungswirkung der Entscheidung ist.¹⁷⁷ Dennoch wird die Prognoseentscheidung vor dem Hintergrund einer bevorstehenden, die Genehmigungsfähigkeit ausschließenden Änderung der Sach- oder Rechtslage kaum positiv ausfallen können. Eine positive Prognoseentscheidung ist allein denkbar, wenn die Genehmigungsbehörde keine Kenntnis von der bevorstehenden Änderung der Sach- oder Rechtslage hat.

Selbst wenn die Prognoseentscheidung ausnahmsweise positiv ausfallen und die übrigen Voraussetzungen vorliegen sollten, vermag die Zulassung eines vorzeitigen Beginns den Genehmigungsanspruch gegenüber rechtswidrigen Verfahrensverzögerungen, die im Zusammenspiel mit einer Änderung der Sach- oder Rechtslage zu einem Untergang des Genehmigungsanspruchs zu führen drohen, nicht zu schützen.

Die Zulassung eines vorzeitigen Beginns böte nur dann ausreichend Schutz, wenn sie den Interessen des Antragstellers Rechnung tragen könnte. Dies ist nicht der Fall. Die Zulassung eines vorzeitigen Beginns nach § 8a BImSchG könnte von vornherein nur dann den Interessen des Antragstellers Rechnung tragen, wenn sie dem Antragsteller einen „regulären“ gewinnbringenden Anlagenbetrieb ermöglichte. Ein über einen Probe-

¹⁷⁴ *Sellner*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, BImSchG, § 8a Rn. 72; *Jarass*, BImSchG, § 8a Rn. 8.

¹⁷⁵ *Sellner*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, BImSchG, § 8a Rn. 73.

¹⁷⁶ BVerwG, Beschl. v. 22.3.2010, 2 VR 1/10, Rn. 16, juris; *Jarass*, BImSchG, § 8a Rn. 10.

¹⁷⁷ Vgl. *Jarass*, BImSchG, § 8a Rn. 10; *Sellner*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, BImSchG, § 8a Rn. 42 ff.

betrieb hinausgehender Anlagenbetrieb ist aber nur unter den engen Voraussetzungen des § 8a Abs. 3 BImSchG im Änderungs-genehmigungsverfahren möglich. Mithin scheiden Erstgenehmigungsverfahren nach § 4 BImSchG von vornherein aus. Änderungs-genehmigungsverfahren nach § 16 BImSchG kommen nur in Betracht, wenn die genehmigungsbedürftige Anlagenänderung zur zukünftigen Einhaltung der immissions-schutzrechtlichen Anforderungen erforderlich ist. Hieran wird es fehlen, wenn – wie in der hier interessierenden Konstellation – eine bevorstehende Änderung der Sach- und Rechtslage einer Genehmigungsfähigkeit der Änderung gerade entgegensteht.

3. Ergebnis

Eine vorläufige immissionsschutzrechtliche Genehmigung bzw. eine vorläufige Zulassung scheidet als Schutzmöglichkeit für den Genehmigungsanspruch gegenüber Änderungen der Sach- und Rechtslage, die zu einem Untergang des Genehmigungsanspruchs zu führen drohen, aus. Vorläufige Genehmigungen sind im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren allein im Rahmen der spezialgesetzlichen Regelung in § 8a BImSchG zur Zulassung eines vorzeitigen Beginns möglich. Die nach § 8a Abs. 1 Nr. 3 BImSchG erforderliche positive Prognose im Hinblick auf eine endgültige Genehmigungserteilung wird vor dem Hintergrund einer absehbaren, der Genehmigungsfähigkeit entgegenstehenden Änderung der Sach- oder Rechtslage regelmäßig negativ ausfallen. Zudem kann eine vorläufige Genehmigung nach § 8a BImSchG den Interessen des Antragstellers nicht Rechnung tragen, weil sie ihm einen regulären, auf eine Gewinnerzielung gerichteten Anlagenbetrieb, nicht ermöglicht.

III. Einstweiliger Rechtsschutz

Die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes ist „*kein Geschenk des Gesetzgebers*“, sondern verfassungsrechtliche Notwendigkeit.¹⁷⁸ In Verpflichtungssituationen fordert die in Art. 19 Abs. 4 GG verankerte Garantie effektiven Rechtsschutzes in den Worten des Bundesverfassungsgerichts

„jedenfalls dann vorläufigen gerichtlichen Rechtsschutz, wenn ohne solchen Rechtsschutz schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstünden, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre.“¹⁷⁹

Mit anderen Worten: Vorläufiger Rechtsschutz ist gefordert, wenn der Rechtsschutz in der Hauptsache zu spät käme, um schwere irreparable Nachteile zu verhindern.

So scheint es auch hier zu liegen. Der Hauptsacherechtsschutz in Gestalt einer immissionschutzrechtlichen Verpflichtungsklage kann nach herkömmlichem Verständnis einen

¹⁷⁸ Finkelnburg, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz, Rn. 1.

¹⁷⁹ BVerfGE 46, 166 (179).

Untergang des Genehmigungsanspruchs nicht revidieren, da auch bei einer gerichtlichen Entscheidung Beurteilungs- und Entscheidungszeitpunkt zusammenfallen. Die Situation zeichnet sich mithin durch ihre Dringlichkeit aus: Nimmt das Genehmigungsverfahren unverändert (nicht) seinen Lauf, droht ein endgültiger Untergang des Genehmigungsanspruchs.

Obleich eine auf die Erteilung einer vorläufigen Genehmigung gerichtete Regelungsanordnung grundsätzlich in Betracht kommt, scheidet die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes als Reaktionsmöglichkeit im Ergebnis aus, weil sie nicht geeignet ist, den wirtschaftlichen Interessen des Antragstellers Rechnung zu tragen. Im Einzelnen:

1. Statthaftigkeit einer Regelungsanordnung

Das Rechtsschutzinteresse des Vorhabenträgers ist darauf gerichtet, trotz der drohenden Änderung der Sach- oder Rechtslage die immissionsschutzrechtliche Genehmigung zu erhalten. Diesem Ziel entspricht eine auf den Erlass der Genehmigung gerichtete einstweilige Anordnung. Das einstweilige Anordnungsverfahren ist hier nicht nach § 123 Abs. 5 VwGO subsidiär zu dem Verfahren nach § 80 und § 80a VwGO, weil in der Hauptsache eine Verpflichtungsklage statthaft wäre.

Statthaft ist eine Regelungsanordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO und keine Sicherungsanordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO.¹⁸⁰ Im Kern kommt es für die Abgrenzung darauf an, ob die Sicherung einer bereits bestehenden Rechtsposition oder ihre Erweiterung begehrt wird.¹⁸¹ Hier begehrt der Antragsteller die Erweiterung seiner Rechtsposition, da er bislang über eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung nicht verfügt. Die Einordnung als Regelungsanordnung steht in Einklang mit der Struktur des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsvorbehalts als präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.¹⁸² Zwar wird dem Antragsteller mit der Genehmigungserteilung ein bereits grundrechtlich verbürgtes Verhalten ermöglicht. Die Rechtsordnung knüpft aber erst an die formale Genehmigungserteilung entscheidende Rechtsfolgen wie die Möglichkeit des Eintritts der Bestandskraft sowie insbesondere die Gestattungswirkung und damit die Aufhebung des präventiven Verbots der Vorhabendurchführung.

2. Voraussetzungen einer Regelungsanordnung

Gemäß § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO ist der Erlass einer einstweiligen Anordnung „zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zuläs-

¹⁸⁰ So auch für die Frage nach der Erteilung einer Baugenehmigung im vorläufigen Rechtsschutz: VGH Kassel, NVwZ-RR 2003, S. 814 (815); VGH Mannheim, VBIBW 1992, S. 179 (180); OVG Berlin, NVwZ 1991, S. 1198 (1198); OVG Berlin, BRS 49, Nr. 162; *Rolshoven*, BauR 2003, S. 646 (649 f.) m.w.N.; *Maaß*, NVwZ 2004, S. 572 (572).

¹⁸¹ *Schoch*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 123 Rn. 50; *Kopp/Schenke*, VwGO, § 123 Rn. 6.

¹⁸² Siehe S. 92.

sig, wenn diese Regelung, vor allem bei dauernden Rechtsverhältnissen, um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern oder aus anderen Gründen nötig erscheint.“ Dem wird allgemein als Voraussetzung für den Erlass einer einstweiligen Anordnung entnommen, dass der Antragsteller einen Anordnungsanspruch und einen Anordnungsgrund glaubhaft macht.¹⁸³

a) Anordnungsanspruch

Der Anordnungsanspruch fordert ein Streitiges Rechtsverhältnis, aus dem sich ein materieller Anspruch auf die begehrte Erweiterung einer bestehenden Rechtsposition ergibt.¹⁸⁴ Ein Rechtsverhältnis meint die rechtlichen Beziehungen, die sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer Norm des öffentlichen Rechts ergeben.¹⁸⁵ In Antragsverfahren wie dem Immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren liegt ein Rechtsverhältnis ab der Stellung eines Genehmigungsantrags vor.¹⁸⁶ Hier wird die Streitigkeit des Rechtsverhältnisses die Frage der Entscheidungsreife des Genehmigungsantrags betreffen, weil der Antragsteller die Erteilung der Genehmigung noch vor dem Eintritt der Änderung der Sach- oder Rechtslage von der Genehmigungsbehörde fordern wird.

Entscheidend kommt es auf die Glaubhaftmachung des materiellen Anspruches, hier des Immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruches, an.¹⁸⁷ Eine einstweilige Anordnung kann erst ergehen, wenn der Antragsteller das Vorliegen aller Genehmigungsvoraussetzungen glaubhaft gemacht hat und das Bestehen des Genehmigungsanspruches nach einer summarischen Prüfung überwiegend wahrscheinlich ist.¹⁸⁸ Die Anforderungen an den Grad der Wahrscheinlichkeit und damit die Prüfungsintensität steigen, je stärker die einstweilige Anordnung das –

¹⁸³ *Schoch*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 123 Rn. 62; *Kopp/Schenke*, VwGO, § 123 Rn. 23.

¹⁸⁴ *Schoch*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 123 Rn. 69; *Dombert*, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz, Rn. 119.

¹⁸⁵ BVerwGE 89, 327 (329 f.); BVerwGE 100, 262 (264); BVerwG, NZA 2010, S. 718 (719).

¹⁸⁶ VGH Mannheim, NVwZ-RR 1990, S. 566 (566); OVG Saarlouis, NVwZ-RR 1992, S. 247 (248); *Dombert*, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz, Rn. 121 m.w.N.

¹⁸⁷ Mitunter wird in diesem Zusammenhang von den Erfolgsaussichten der Hauptsache gesprochen (etwa *Schoch*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 123 Rn. 69). Streng genommen ist dies nur richtig, wenn man das Erfordernis nicht beim Worte nimmt. Denn stellte man tatsächlich auf die Erfolgsaussichten der Hauptsache ab, müsste man diese gerade in den Fällen verneinen, in denen die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes in besonderem Maße von Art. 19 Abs. 4 GG gefordert ist. Geht es etwa um die kurzfristige Zulassung zu einer einmaligen Veranstaltung, bringt die Durchführung der Veranstaltung regelmäßig die Erledigung und damit das Scheitern des Rechtsbehelfs in der Hauptsache mit sich. Entsprechendes gilt im hier interessierenden Fall, in dem eine Verpflichtungsklage in der Hauptsache aufgrund des Zusammenfallens von Beurteilungs- und Entscheidungszeitpunkt nach herkömmlichem Verständnis zum Scheitern verurteilt ist. Zutreffend wäre allein ein Abstellen auf die hypothetischen Erfolgsaussichten der Hauptsache, wenn diese im Zeitpunkt des Erlasses der einstweiligen Anordnung entschieden würde. Einfacher und vorzuzugswürdig ist dann aber, schlicht auf den materiell-rechtlichen Anspruch im Zeitpunkt der Beantragung der einstweiligen Anordnung abzustellen.

¹⁸⁸ *Schoch*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 123 Rn. 62; *Kopp/Schenke*, VwGO, § 123 Rn. 23 f.

noch zu erörternde – Vorwegnahmeverbot tangiert.¹⁸⁹ Im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren dürfte dem Antragsteller die Glaubhaftmachung des Genehmigungsanspruchs regelmäßig erst in einem relativ späten Stadium des Genehmigungsverfahrens gelingen, weil sich die Genehmigungsfähigkeit erst mit Vorliegen der wesentlichen Genehmigungsunterlagen ausreichend beurteilen lässt.

b) Anordnungsgrund

Ein Anordnungsgrund liegt vor, wenn es dem Antragsteller unter Berücksichtigung seiner Interessen sowie des öffentlichen und des Interesses Dritter nicht zumutbar ist, eine Entscheidung der Hauptsache abzuwarten.¹⁹⁰ Die demnach geforderte Dringlichkeit¹⁹¹ kann in dem drohenden Untergang des Genehmigungsanspruchs liegen. Allerdings ist die Wertung des Gesetzgebers zu berücksichtigen, dass dem Vorhabenträger grundsätzlich das Durchlaufen eines vollständigen immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens zuzumuten ist. Zum Ausdruck kommt diese Wertung in dem immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsvorbehalt des § 4 BImSchG sowie den das Genehmigungsverfahren betreffenden Regelungen in § 10 BImSchG und der diesen konkretisierenden 9. BImSchV. In einem gewerberechtlichen Kontext hat der Verwaltungsgerichtshof München dementsprechend die Erteilung einer vorläufigen Gaststättenerlaubnis abgelehnt, weil nach den Wertungen des Gesetzgebers ein Anordnungsgrund nicht angenommen werden kann, solange die Dauer des Erlaubnisverfahrens nicht unverhältnismäßig ist.¹⁹² Hier erlangen wiederum die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen entscheidende Bedeutung: Der Ablauf der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen markiert den Zeitpunkt, ab dem das Genehmigungsverfahren unter dem Gesichtspunkt seiner Dauer rechtswidrig wird. Nach der gesetzgeberischen Wertung ist die Verfahrensdauer dem Antragsteller mit Ablauf der Verfahrensfristen nicht mehr zumutbar. Ein nach Fristablauf drohender Untergang des Genehmigungsanspruchs begründet daher einen Anordnungsgrund im Rahmen des § 123 Abs. 1 VwGO.

3. Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache

Durch eine Genehmigungserteilung im Wege einer einstweiligen Anordnung würde dem Antragsteller dieselbe Rechtsposition eingeräumt, die er in einem Hauptsachever-

¹⁸⁹ BVerwGE 109, 258 (262); *Kopp/Schenke*, VwGO, § 123 Rn. 26; kritisch: *Schoch*, in: *Schoch/Schneider/Bier*, VwGO, § 123 Rn. 144 und 157c.

¹⁹⁰ VGH Kassel, NVwZ-RR 1993, S. 387 (388); *Kopp/Schenke*, VwGO, § 123 Rn. 26.

¹⁹¹ Vgl. *Schoch*, in: *Schoch/Schneider/Bier*, VwGO, § 123 Rn. 80a.

¹⁹² VGH München, GewArch 2004, S. 491 (491 f.) und Beschl. v. 01.03.2002, 22 CE 02.369, Rn. 8, juris; so auch VG Hamburg, Beschl. v. 18.10.2006, 2 E 2583/06, Rn. 4, juris; *Dombert*, in: *Finkelnburg/Dombert/Külpmann*, Vorläufiger Rechtsschutz, Rn. 131.

fahren in Gestalt einer Verpflichtungsklage erstreiten müsste. Vor diesem Hintergrund drängt sich die Frage nach der Vereinbarkeit einer Genehmigungserteilung im einstweiligen Rechtsschutz mit dem Vorwegnahmeverbot auf.

a) Grundlagen und Inhalt

In der Rechtsprechung ist das grundsätzliche Bestehen eines Verbotes der Vorwegnahme der Hauptsache anerkannt, obgleich sein Inhalt und seine Reichweite nicht immer einheitlich bestimmt werden.¹⁹³ Im Schrifttum wird dagegen die Berechtigung des Vorwegnahmeverbots als eigenständiges Kriterium für den Erlass einer einstweiligen Anordnung zunehmend in Frage gestellt.¹⁹⁴ Insbesondere *Schoch* weist darauf hin, dass auch eine vorläufige Regelung für den Zeitraum ihrer Geltung irreversible Tatsachen schafft und das Vorwegnahmeverbot in diesem Sinne auf etwas Unmögliches gerichtet ist.¹⁹⁵ Gleichwohl erkennen auch die Kritiker des Vorwegnahmeverbots an, dass den hinter dem Vorwegnahmeverbot stehenden Gedanken eine Berechtigung zukommt.¹⁹⁶ Eine zentrale Funktion des Verfahrens zum Erlass einstweiliger Anordnungen ist es, die Entscheidungsfähigkeit der Hauptsache offen zu halten. Diese Funktion fordert nicht nur den Erlass einer einstweiligen Anordnung, um dem Verlust der Rechtsposition des Antragstellers durch ein Abwarten der Hauptsache vorzubeugen. Beim Erlass einer einstweiligen Anordnung ist vielmehr zugleich sicherzustellen, dass nicht die einstweilige Anordnung selbst irreversible Tatsachen schafft und einer Entscheidungsfähigkeit der Hauptsache entgegensteht.

Die Annahme eines im Grundsatz geltenden Vorwegnahmeverbots ist – wenn man ein sachgerechtes Verständnis des Vorwegnahmeverbots zugrunde legt – berechtigt, weil das Vorwegnahmeverbot geeignet ist, sicherzustellen, dass die Entscheidungsfähigkeit der Hauptsache durch die einstweilige Anordnung nicht über Gebühr beeinträchtigt wird. Der Umstand, dass jeder vorläufigen Regelung für ihren Geltungszeitraum eine gewisse Endgültigkeit immanent ist, spricht nicht generell gegen das Vorwegnahmeverbot, sondern ist bei der Ermittlung seines Bedeutungsgehalts angemessen zu berücksichtigen. Dementsprechend gab das Bundesverfassungsgericht bereits im Jahr 1960 einem Antrag mehrerer Bundesländer auf den Erlass einer einstweiligen Anordnung statt und der Bundesregierung auf, bis

¹⁹³ Vgl. *Schoch*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 123 Rn. 141 ff.; *Hong*, NVwZ 2012, S. 468 (468 f.) und *Dombert*, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz, Rn. 183 (dort Fn. 46) – jeweils m.N. aus der Rechtsprechung.

¹⁹⁴ *Schoch*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 123 Rn. 146 ff.; *Puttler*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 123 Rn. 102 ff.; *Funke-Kaiser*, in: Bader, VwGO, § 123 Rn. 58.

¹⁹⁵ *Schoch*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 123 Rn. 147 f.; *Quaritsch* spricht in diesem Zusammenhang pointiert von einer „prozessualen Legende“ (VerwArch 51, S. 342 (349)).

¹⁹⁶ Siehe etwa *Schoch*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 123 Rn. 150, der dafür plädiert, die hinter dem Vorwegnahmeverbot stehende Problematik in die Prüfung von Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund zu integrieren.

zur Entscheidung in der Hauptsache eine Ausstrahlung von Fernsehsendungen durch die Deutschland-Fernsehen-GmbH zu verhindern. Das Vorwegnahmeverbot sah das Bundesverfassungsgericht nicht betroffen, weil es in der Natur der Sache liegt, „daß die vorläufige Regelung eines Zustands gewisse Wirkungen äußert, die sich nachträglich nicht ungeschehen machen lassen.“¹⁹⁷ In einer Reihe strafvollzugsrechtlicher Entscheidungen hat das Bundesverfassungsgericht bestätigt, dass das Vorwegnahmeverbot nicht berührt ist, wenn die Aussetzung einer belastenden Maßnahme bis zur Hauptsacheentscheidung als solche nicht wieder rückgängig gemacht werden kann.¹⁹⁸ Eine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache liegt vielmehr nur vor, „wenn die begehrte vorläufige Entscheidung faktisch keine vorläufige wäre, sondern einer endgültigen gleichkäme.“¹⁹⁹

Hiervon unbeeindruckt geht die verwaltungsgerichtliche Praxis mitunter allein deswegen von einem Verstoß gegen das Vorwegnahmeverbot aus, weil eine vorläufige Regelung bis zu einer Hauptsacheentscheidung Geltung beansprucht.²⁰⁰ Auch in der nicht einheitlichen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts wird mitunter ein bedenklich weites Verständnis des Vorwegnahmeverbots deutlich, wenn etwa die vorläufige Umsetzung eines Beamten ohne weiteres als unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache eingestuft wird.²⁰¹

Entscheidendes Kriterium des Vorwegnahmeverbots ist letztlich die Frage, ob der durch den Erlass der einstweiligen Anordnung bewirkte Zustand über die endgültige Entscheidung in der Hauptsache hinaus reversibel ist.²⁰² In der Terminologie des Bundesverfassungsgerichts entspricht diesem Reversibilitätskriterium das grundsätzliche Verbot, im einstweiligen Rechtsschutz eine Entscheidung zu treffen, die faktisch einer endgültigen Entscheidung gleichkommt. Deutlich wird dieser Gedanke bereits im Wortlaut des § 123 Abs. 1 VwGO, der von einer *einstweiligen* Anordnung ausgeht und im Fall der Regelungsanordnung von der Regelung eines *vorläufigen* Zustands spricht. Angesichts des klaren Gesetzeswortlauts gilt das Verbot einer nicht reversiblen endgültigen Vorwegnahme der Hauptsache richtigerweise sowohl für die Sicherungsanordnung wie für die hier interessieren-

¹⁹⁷ BVerfGE 12, 36 (42 f.); siehe zur grundsätzlichen Zulässigkeit der einstweiligen Aussetzung von Regelungen bis zur Hauptsacheentscheidung bereits BVerfGE 3, 41 (43); 117, 126 (140).

¹⁹⁸ BVerfG, Beschl. v. 09.12.2013, 2 BvR 2541/13; Beschl. v. 03.05.2012, 2 BvR 2355/10, 2 BvR 1443/11, Rn. 13 – jeweils juris; BVerfGK 1, 201 (204); 7, 403 (409); 11, 54 (60 f.); BVerfG, NVwZ 2003, S. 1112 (1112 f.) m.w.N.

¹⁹⁹ BVerfG, Beschl. v. 09.12.2013, 2 BvR 2541/13, Rn. 4, juris.

²⁰⁰ Siehe etwa OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 14.10.2009, 2 S 54/09, Rn. 8; VGH München, Beschl. v. 17.09.2009, 3 CE 09.1383, Rn. 44; OVG Lüneburg, Beschl. v. 09.02.2009, 12 ME 344/08, Rn. 23; OVG Münster, Beschl. v. 21.12.2004, 6 B 2662/04, Rn. 5 – jeweils juris und die w.N. bei *Hong*, NVwZ 2012, S. 468 (469 dort Fn. 7); *Schoch*, in: *Schoch/Schneider/Bier*, VwGO, § 123 Rn. 141a und *Kopp/Schenke*, VwGO, § 123 Rn. 14 (dort Fn. 44).

²⁰¹ BVerfG, Beschl. v. 14.12.1989, 2 ER 301/89, Rn. 3; ein weites Verständnis wird auch deutlich im Beschl. vom 06.06.2006, 4 VR 1/05, 4 VR 1/05, Rn. 4 – jeweils juris.

²⁰² *Schoch*, in: *Schoch/Schneider/Bier*, VwGO, § 123 Rn. 156; *Kopp/Schenke*, VwGO § 123 Rn. 14.

de Regelungsanordnung. Vor dem Hintergrund der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung fasst *Hong* den Inhalt des Vorwegnahmeverbots prägnant als „*Verbot der endgültigen Vorwegnahme und Gebot der vorläufigen Vorwegnahme der Hauptsache*“ zusammen.²⁰³

b) Keine endgültige Genehmigung im vorläufigen Rechtsschutz

Dem Interesse des Antragstellers würde die Erteilung einer endgültigen immissionsschutzrechtlichen Genehmigung im Wege der einstweiligen Anordnung am weitesten gerecht. Endgültig wäre die Genehmigungserteilung in dem Sinne, dass ihre Wirksamkeit nicht unter der auflösenden Bedingung eines für den Antragsteller negativen Ausgangs der Hauptsache stünde. Die Erteilung einer endgültigen Genehmigung würde allerdings zugleich die Hauptsache endgültig vorwegnehmen. Eine solche Entscheidung im Verfahren der einstweiligen Anordnung käme rechtlich und faktisch der Entscheidung in der Hauptsache gleich, da das Rechtsschutzziel im Verfahren der einstweiligen Anordnung und im Hauptsacheverfahren identisch wäre.²⁰⁴ Die endgültige Genehmigungserteilung wäre zudem in der Mehrzahl der Fälle über die Hauptsacheentscheidung hinaus irreversibel, da ein Widerruf der einmal erteilten Genehmigung nur unter den engen Voraussetzungen des § 21 BImSchG in Betracht kommen würde.²⁰⁵

Das Vorwegnahmeverbot schließt eine endgültige Vorwegnahme der Hauptsache zwar nicht absolut aus, lässt sie aber nur in Ausnahmefällen zu. Eine endgültige Vorwegnahme der Hauptsache ist in einigen Konstellationen außerhalb des Immissionsschutzrechts anerkannt. Beispielsweise kann die Zuteilung eines Standplatzes auf einem Weihnachtsmarkt im Wege der einstweiligen Anordnung zulässig sein, obwohl die Zuteilung irreversibel ist, wenn der Weihnachtsmarkt einmal stattgefunden hat.²⁰⁶ Ebenso kann die Verpflichtung eines Dienstherrn zur Erteilung einer Aussagegenehmigung für einen Beamten im Wege einer einstweiligen Anordnung zulässig sein, obgleich die mit der Aussage offenbarten Informationen mit der einmal getätigten Aussage irreversibel nach außen gedrungen sind.²⁰⁷ Gemeinsam ist diesen Konstellationen, dass die endgültige Vorwegnahme der Hauptsache die einzige Möglichkeit darstellt, den Anforderungen der Garantie eines effektiven Rechtsschutzes in Art. 19 Abs. 4 GG gerecht zu werden. Eine einstweilige Anordnung mit einem Inhalt, der die Hauptsache nicht endgültig

²⁰³ *Hong*, NvWZ 2012, S. 468 (468).

²⁰⁴ Vgl. *Dombert*, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz, Rn. 176 f.

²⁰⁵ Siehe S. 35 f.

²⁰⁶ VGH Kassel, NVwZ-RR 1994, S. 650 (650 ff.) und die weiteren Nachweise bei *Dombert*, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz, Rn. 199.

²⁰⁷ BVerwGE 109, 258 (261 f.).

vorwegnehmen würde und zugleich den Anforderungen des Art. 19 Abs. 4 GG gerecht würde, ist schlechterdings nicht denkbar.

Für den Fall der Erteilung einer endgültigen immissionsschutzrechtlichen Genehmigung im Wege einer einstweiligen Anordnung ist dies nicht in einem vergleichbaren Maß der Fall. Es fehlt an einem vergleichbaren, aus der Natur der Sache folgenden Umstand, der die Erteilung einer endgültigen Genehmigung als die einzig denkbare Möglichkeit erscheinen lässt, den Anforderungen des Art. 19 Abs. 4 GG Genüge zu tun. Denn hier kommt neben der Erteilung einer endgültigen auch die Erteilung einer nur vorläufigen Genehmigung in Betracht. Die gerichtliche Praxis und das Schrifttum teilen diese Bewertung: Die Diskussion einer Genehmigungserteilung im Wege einer einstweiligen Anordnung beschränkt sich praktisch auf die Möglichkeit der Erteilung vorläufiger Genehmigungen, die Möglichkeit der Erteilung einer endgültigen Genehmigung im Wege einer einstweiligen Anordnung wird implizit mit Recht abgelehnt.²⁰⁸

Festzuhalten ist, dass das Vorwegnahmeverbot einer endgültigen Genehmigungserteilung im Wege einer einstweiligen Anordnung entgegensteht.

c) Vorläufige Genehmigung im einstweiligen Rechtsschutz

Demgegenüber kommt eine analog § 158 Abs. 2 BGB unter der auflösenden Bedingung einer für den Antragsteller negativen Entscheidung der Hauptsache stehende vorläufige Genehmigungserteilung in Betracht.

Die Zulässigkeit der Erteilung einer vorläufigen Genehmigung im Wege einer einstweiligen Anordnung ist in Rechtsprechung und Schrifttum nicht abschließend geklärt. Das Bundesverfassungsgericht hat im Jahr 2009 zwar entschieden, dass die Garantie effektiven Rechtsschutzes eine einstweilige Anordnung zur vorläufigen *Duldung* des Schächtens fordern kann.²⁰⁹ Eine generelle Zulässigkeit vorläufiger *Genehmigungen* ist der Entscheidung aber nicht zu entnehmen. Das Bundesverwaltungsgericht hat Bedenken im Hinblick auf ein etwaiges Erfordernis einer gesonderten Gesetzesgrundlage geltend gemacht, konnte die Frage bislang aber offen lassen.²¹⁰ Die obergerichtliche Rechtsprechung²¹¹ ist ebenso wie das Bild im Schrifttum²¹² uneinheitlich.

²⁰⁸ Das OVG Lüneburg erwägt zwar die Verpflichtung zum Erlass eines endgültigen Vorbescheids durch eine einstweilige Anordnung, lehnt dies aber letztlich ab (BRS 52, Nr. 169). Das OVG Hamburg spricht zwar von der Erteilung einer „*endgültigen, aber zeitlich eng befristeten Genehmigung*“ (NVwZ-RR 2007, S. 760 (760) und Beschl. v. 03.11.2011, 3 Bs 182/11, Rn. 6 ff., juris). In der Sache dürfte es sich allerdings um eine vorläufige Genehmigung handeln (so auch OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2012, S. 602 (603)).

²⁰⁹ BVerfG, NVwZ-RR 2009, S. 945 (945 f.).

²¹⁰ BVerwG, MMR 2009, S. 531 (532).

Zutreffend scheint, von einer grundsätzlichen Zulässigkeit vorläufiger Genehmigungen im Wege einer einstweiligen Anordnung auszugehen. Nach § 123 Abs. 3 VwGO in Verbindung mit § 938 Abs. 1 ZPO bestimmt das Gericht „nach freiem Ermessen“ den Inhalt einer einstweiligen Anordnung. Der Gesetzgeber hat den Gerichten damit eine weitreichende Gestaltungsbefugnis eingeräumt, den Inhalt einer einstweiligen Anordnung auszugestalten.²¹³ Eine darüber hinausgehende gesetzliche Ermächtigung zum Erlass vorläufiger Genehmigungen ist nicht erforderlich. Andernfalls wären spezialgesetzliche Regelungen wie in § 15 Abs. 4 Alt. 1 des Personenbeförderungsgesetzes, die die Erteilung einer vorläufigen Genehmigung zur Personenbeförderung untersagen, überflüssig. Selbst wenn man eine gesonderte gesetzliche Ermächtigung zum Erlass einer vorläufigen Genehmigung forderte, läge eine solche für das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren vor: § 8a BImSchG sieht die Möglichkeit der Zulassung eines vorzeitigen Beginns der Errichtung, des Betriebs und der wesentlichen Änderung immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftiger Anlagen – und damit letztlich eine vorläufige Genehmigung vor.²¹⁴

4. Unzureichende Investitionssicherheit vorläufiger Genehmigungen und Zulassungen

Im Ergebnis wäre auch die Erteilung einer vorläufigen immissionsschutzrechtlichen Genehmigung wie auch einer vorläufigen Zulassung aber keine adäquate Schutzmöglichkeit vor einem drohenden Untergang des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruchs durch nach Fristablauf eintretende Änderungen der Sach- und Rechtslage. Denn als adäquate Schutzmöglichkeit könnte man die Erteilung einer vorläufigen Genehmigung oder vorläufigen Zulassung nur dann einordnen, wenn sie nicht nur recht-

²¹¹ Das OVG Lüneburg bejaht die Zulässigkeit einer vorläufigen Taxengenehmigung (NVwZ-RR 2012, S. 602 (602)). Das OVG Hamburg hält eine „zeitlich begrenzte endgültige Genehmigung“ für zulässig (NVwZ-RR 2007, S. 760 (760) und Beschl. v. 3.11.2011, 3 Bs/182/11, Rn. 6 ff., juris). Das OVG Bremen ist gegenüber einer vorläufigen Genehmigung aufgeschlossen (NVwZ 1990, S. 780 (780); NVwZ-RR 2006, S. 162 (163)). U.a. der VGH München (Beschl. v. 30.09.2002, 26 CE 02.667, Rn. 4, juris und bereits BayVBl 1976, S. 402 (402)) und das OVG Münster (BauR 2004, S. 313 (314)) lehnen eine vorläufige Baugenehmigung ab. Eine Analyse der Rechtsprechung zu der Frage der Zulässigkeit einer vorläufigen Baugenehmigung im Wege der einstweiligen Anordnung bis in das Jahr 2003 findet sich bei *Rolshoven*, BauR 2003, S. 646 ff. und *Maaß*, NVwZ 2004, S. 572.

²¹² Für die Zulässigkeit einer vorläufigen Genehmigung im einstweiligen Rechtsschutz etwa: *Schoch*, in: *Schoch/Schneider/Bier*, VwGO, § 123 Rn. 138; *Rolshoven*, BauR 2003, S. 646 (646 ff.); *Maaß*, NVwZ 2004, S. 572 (572 ff.). Dagegen etwa: *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 35 Rn. 246; *Happ*, in: *Eyermann*, VwGO, § 123 Rn. 66d). Vermittelnd: *Kopp/Schenke*, VwGO § 123 Rn. 14; *Kuhla*, in: *Kuhla/Hüttenbrink*, Der Verwaltungsprozess, K Rn. 8.

²¹³ *Schoch*, in: *Schoch/Schneider/Bier*, VwGO, § 123 Rn. 133.

²¹⁴ Siehe S. 42 ff. Die Zulässigkeit einer im Wege einer einstweiligen Anordnung erteilten vorläufigen Genehmigung bestätigt der Blick auf § 8a BImSchG auch dann, wenn in der vorläufigen Zulassung lediglich ein zeitlich bis zur endgültigen Genehmigungsentscheidung auflösend bedingter Verzicht auf das präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt in § 4 Abs. 1 BImSchG erblickt wird. Jedenfalls eröffnet § 8a BImSchG die Möglichkeit einer Zulassung des Anlagenbetriebs vor einer endgültigen Genehmigung und damit auch einer vorläufigen Genehmigung im Wege einer einstweiligen Anordnung.

lich möglich, sondern auch geeignet wäre, den Interessen des Antragstellers in tatsächlicher Hinsicht hinreichend Rechnung zu tragen. Letzteres ist bei der Errichtung, dem Betrieb und der wesentlichen Änderung immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftiger Anlagen regelmäßig nicht der Fall, weil hiermit in der Regel erhebliche Investitionskosten verbunden sind. Mit der Höhe der zu tätigen Investitionen steigt generell das Bedürfnis nach Investitionssicherheit. Die Investitionssicherheit muss sich überdies auf einen ausreichend langen Betriebszeitraum beziehen, innerhalb dessen die Investitionskosten amortisiert werden können.

Unter dem Gesichtspunkt der Investitionssicherheit ist die Erteilung einer vorläufigen Genehmigung oder vorläufigen Zulassung generell problematisch, da ihre rechtliche Existenz und damit die rechtliche Grundlage für den gesamten Anlagenbetrieb mit der Unsicherheit der auflösenden Bedingung eines negativen Ausgangs des Hauptsacheverfahrens behaftet ist. In der Situation einer sich abzeichnenden Änderung der Sach- oder Rechtslage, die einen Untergang des Genehmigungsanspruchs zu bewirken droht, stellt sich dieses Problem in noch verschärfter Weise. Denn hier steht aufgrund des Zusammenfallens von Beurteilungs- und Entscheidungszeitpunkt in Verpflichtungssituationen für den Antragsteller bereits im Zeitpunkt des Antrags auf Erlass der einstweiligen Anordnung und damit auch der vorläufigen Genehmigung fest, dass die vorläufige Genehmigung wahrscheinlich keinen endgültigen Bestand haben wird. Da bei einer dem erfolglosen Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz nachfolgenden Verpflichtungsklage die veränderte, der Genehmigungsfähigkeit entgegenstehende Sach- und Rechtslage zugrunde gelegt wird, ist absehbar, dass die Klage keinen Erfolg haben und die auflösende Bedingung eintreten wird. Dennoch erhebliche Investitionen für einen nur begrenzten Zeitraum zu tätigen, dürfte nur in wenigen Ausnahmefällen den Interessen des Antragstellers entsprechen.

5. Ergebnis

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die Erteilung einer endgültigen immissionsschutzrechtlichen Genehmigung im Wege einer einstweiligen Anordnung wegen des Verbotes der Vorwegnahme der Hauptsache ausscheidet. Rechtlich grundsätzlich möglich ist dagegen die Erteilung einer vorläufigen immissionsschutzrechtlichen Genehmigung im Wege der einstweiligen Anordnung. Eine vorläufige Genehmigung kann indes den Interessen des Antragstellers nicht in ausreichendem Maße Rechnung tragen, da sie ihm keine ausreichende Investitionssicherheit zu vermitteln vermag. Die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes scheidet mithin als Schutzmöglichkeit in der hier interessierenden Konstellation aus.

IV. Genehmigungsfiktion

Die am weitesten reichende Reaktionsmöglichkeit der Rechtsordnung auf ein Überschreiten von Verfahrensfristen in Genehmigungsverfahren ist die Anordnung des Ein-

tritts einer Genehmigungsfiktion.²¹⁵ Mitunter wird die Genehmigungsfiktion pointiert als „*Hammerlösung*“ bezeichnet,²¹⁶ worin bereits grundlegende Stärken wie auch Schwächen des Regelungsinstituts anklingen. Das Rechtsinstitut der Genehmigungsfiktion führt dazu, dass die beantragte Genehmigung mit Ablauf der Verfahrensfrist als erteilt gilt, wenn ein hinreichend bestimmter Genehmigungsantrag vorliegt.²¹⁷ Allein der Fristablauf bewirkt mithin, dass der Antragsteller die beantragte Rechtsposition erlangt. Der Antragsteller wird unabhängig davon, ob die Genehmigungsbehörde die Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens abschließend beurteilt hat, so gestellt, als habe die Genehmigungsbehörde seinen Antrag positiv beschieden.²¹⁸

Gewendet auf den Fall einer Überschreitung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen würde eine Anwendung des Rechtsinstituts der Genehmigungsfiktion dazu führen, dass der Antragsteller grundsätzlich so zu behandeln wäre, als sei ihm tatsächlich eine Genehmigung innerhalb der Verfahrensfristen erteilt worden.

1. Grundlagen

Genehmigungsfiktionen zählen zu den fiktiven Verwaltungsakten.²¹⁹ Das Rechtsinstitut der Genehmigungsfiktion dient in erster Linie der Beschleunigung des Genehmigungsverfahrens.²²⁰ Durch den drohenden Eintritt der Genehmigungsfiktion wird die Genehmigungsbehörde unter erheblichen Druck gesetzt, den Genehmigungsantrag fristgerecht zu bescheiden, da ihr andernfalls mit dem Eintritt der Fiktionswirkung die Prüfungs- und Entscheidungskompetenz aus der Hand genommen ist. Aus der Sicht eines Antragstellers bietet die Genehmigungsfiktion ein hohes Maß an Planungssicherheit hinsichtlich der Verfahrensdauer, da er – vorbehaltlich einer etwaigen Widerrufsentscheidung – sicher sein kann, dass entweder sein Antrag vor Ablauf der Verfahrensfristen abgelehnt wird oder er eine tatsächliche Genehmigung erhält oder er nach Fristablauf über eine fingierte Genehmigung verfügt. In Einzelfällen kann das Rechtsinstitut der Genehmigungsfiktion aber auch zu Verfahrensverzögerungen führen, wenn die Genehmigungsbehörde in Anbetracht des drohenden Fiktionseintritts vorsorglich den Antrag ablehnt, woraus sich wiederum langwierige Rechtsstreitigkeiten ergeben können.²²¹

Ogleich die Genehmigungsfiktion darauf ausgerichtet ist, den Antragsteller so zu stellen, als wäre ihm tatsächlich eine Genehmigung erteilt worden, ist die dem Antragsteller

²¹⁵ *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 42a Rn. 4; vgl. auch *Guckelberger*, DÖV 2010, S. 109 (111).

²¹⁶ *Bullinger*, Beschleunigte Genehmigungsverfahren für eilbedürftige Vorhaben, S. 55.

²¹⁷ Siehe die Legaldefinition in § 42a Abs. 1 Satz 1 VwVfG; *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 42a Rn. 7.

²¹⁸ *Guckelberger*, DÖV 2010, S. 109 (116).

²¹⁹ Siehe grundlegend zur Entstehung und Systematisierung fiktiver Verwaltungsakte: *Caspar*, AöR 125 (2000), S. 131 ff. und allgemein zu Fiktionen im öffentlichen Recht: *Jachmann*, Die Fiktion im öffentlichen Recht, S. 1 ff.

²²⁰ *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 42a Rn. 11; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 42a Rn. 4.

²²¹ *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 42a Rn. 11; *Peine*, JA 2004, S. 417 (418).

durch die Genehmigungsfiktion vermittelte Rechtsposition in der Praxis dadurch geschwächt, dass fingierte Genehmigungen den Aufhebungsregelungen in § 48 und § 49 VwVfG unterfallen. Weil fingierte Genehmigungen naturgemäß einem im Vergleich zu tatsächlich erteilten Genehmigungen erhöhtem Rechtswidrigkeitsrisiko unterliegen, ist ihre Bestandskraft vor allem durch die Rücknahmemöglichkeiten nach § 48 VwVfG eingeschränkt.²²²

Das Rechtsinstitut der Genehmigungsfiktion ist in verschiedenen Fachgesetzen seit langem verankert.²²³ Inspiriert war die Einführung von Genehmigungsfiktionen in das deutsche Verwaltungsrecht vom Vorbild Frankreichs, Spaniens aber auch des Staates New York, deren Rechtsordnungen traditionell das Rechtsinstitut der Genehmigungsfiktion kannten.²²⁴ Auf Bundesebene finden sich Genehmigungsfiktionen etwa in § 7f Abs. 2 Satz 1 und § 11 Abs. 3 des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (Fiktion der Betriebserlaubnis und Fiktion der Stilllegungsgenehmigung), in § 15 Abs. 1 Satz 5 des Personenbeförderungsgesetzes (Fiktion der Personenbeförderungsgenehmigung), in § 23 Abs. 4 Satz 2 des Energiewirtschaftsgesetzes (Fiktion der Entgeltgenehmigung) oder in § 6 Abs. 4 Satz 4 und § 10 Abs. 2 Satz 2 des Baugesetzbuches (Fiktion der Genehmigung von Bauleitplänen).²²⁵ An prominentester Stelle unter den Genehmigungsfiktionen auf Landesebene ist die in zahlreichen Landesbauordnungen vorgesehene Genehmigungsfiktion für Baugenehmigungen im vereinfachten Verfahren zu nennen.²²⁶

Ein Aufmerksamkeitsschub ist dem Rechtsinstitut der Genehmigungsfiktion im Zusammenhang mit dem Erlass der Dienstleistungsrichtlinie und ihrer Umsetzung in das deutsche Recht zuteilgeworden.²²⁷ Die Dienstleistungsrichtlinie sieht in ihrem Art. 13 Abs. 4 im Rahmen ihres Anwendungsbereichs den Eintritt einer Genehmigungsfiktion als Regelfall für den Fall einer Überschreitung von Verfahrensfristen vor, sofern nicht zwingende Gründe des Allgemeininteresses einschließlich berechtigter Interessen Dritter eine Ausnahme rechtfertigen. Dementsprechend verpflichtet die Dienstleistungsrichtlinie die Mitgliedsstaaten zur Prüfung aller Genehmigungsverfahren auf die Frage, ob die Einführung einer Genehmigungsfiktion möglich ist.²²⁸ Vor diesem Hintergrund

²²² Caspar, AöR 125 (2000), S. 131 (142 f.); Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, VwVfG, § 42a Rn. 60 ff. m.w.N.

²²³ BT-Drs. 16/10493; Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, § 42a Rn. 5.

²²⁴ Bullinger, Beschleunigte Genehmigungsverfahren für eilbedürftige Vorhaben, S. 49 ff. und 57 ff.

²²⁵ Siehe auch die weiteren Beispiele bei Guckelberger, DÖV 2010, S. 109 (113), Weidemann/Barthel, JA 2011, S. 221 (222) und Kluth, Jus 2011, S. 1078 (1079).

²²⁶ Siehe zur Rechtslage in den Ländern Saurer, DVBl 2006, S. 605 (605 ff.) und zu den Anwendungsproblemen Hullmann/Zorn, NVwZ 2009, S. 756 (756 ff.).

²²⁷ Siehe zum Umsetzungsbedarf aufgrund der Dienstleistungsrichtlinie Ramsauer, NordÖR 2008, S. 417 (417 ff.).

²²⁸ BT-Drs. 16/10493, S. 13.

wird dem Rechtsinstitut der Genehmigungsfiktion eine generell zunehmende Bedeutung prognostiziert.²²⁹

Im Zuge der Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie wurde mit dem Vierten Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften vom 11. Dezember 2008²³⁰ das Rechtsinstitut der Genehmigungsfiktion im allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht verankert. Zu diesem Zweck hat der Gesetzgeber in das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes den heutigen § 42a eingefügt und über den Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie hinaus ein vollständiges Regelungskonzept für das Rechtsinstitut der Genehmigungsfiktion geschaffen,²³¹ das sowohl auf nach dem Regelungserlass geschaffene Genehmigungsfiktionen als auch auf bereits zuvor bestehende Genehmigungsfiktionen Anwendung findet.²³²

2. Keine Genehmigungsfiktion im Immissionsschutzrecht

Nach § 42a VwVfG kann eine Genehmigungsfiktion nur eintreten, „*wenn dies durch Rechtsvorschrift angeordnet [...] ist*“. Angesichts dieser eindeutigen gesetzgeberischen Entscheidung zum Erfordernis einer fachgesetzlichen Rechtsgrundlage für den Eintritt der Fiktionswirkung scheidet eine analoge Anwendung gesetzlicher Anordnungen einer Fiktionswirkung auf nicht unmittelbar erfasste Fälle aus.²³³

Für das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren fehlt es an einer gesetzlichen Anordnung des Eintritts einer Genehmigungsfiktion. Für den Fall einer Überschreitung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen in den §§ 10 Abs. 6a und 16 Abs. 3 BImSchG sieht der Gesetzgeber keinen Eintritt einer Genehmigungsfiktion vor. Nach allgemeiner Auffassung beschränkt sich die Rechtsfolge des Fristablaufs im Wesentlichen auf die Möglichkeit, eine Untätigkeitsklage nach § 75 VwGO zu erheben und gegebenenfalls auf Geldersatz gerichtete Ersatzansprüche geltend zu machen.²³⁴ Gleiches gilt für die 9. BImSchV, die Einzelheiten des Genehmigungsverfahrens normiert, aber keinen Eintritt einer Genehmigungsfiktion vorsieht. Im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren kann daher de lege lata keine Genehmigungsfiktion eintreten.

²²⁹ BT-Drs. 16/10493, S. 15; *Biermann*, NordÖR 2009, S. 377 (380); *Kluth*, Jus 2011, S. 1078 (1078). Zu den im Rahmen der Richtlinienumsetzung neu geschaffenen Genehmigungsfiktionen zählen etwa die Regelungen in § 6a der Gewerbeordnung und § 10 Abs. 2 der Handwerksordnung (*Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 42a Rn. 33).

²³⁰ BGBl. I 2008, 2418.

²³¹ Dies war auch das Ziel der Einführung des § 42a VwVfG (BT-Drs. 16/10493, S. 15).

²³² *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 42a Rn. 31 f.; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 42a Rn. 7; *Guckelberger*, DÖV 2010, S. 109 (113).

²³³ *Uechtritz*, in: *Mann/Sennekamp/Uechtritz*, VwVfG, § 42a Rn. 7 und 20; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG § 42a Rn.

8.

²³⁴ Siehe S. 32.

Gleichwohl ist der Eintritt einer Fiktionswirkung für den Fall einer Fristüberschreitung dem Bundesimmissionsschutzgesetz nicht fremd. So sieht die Regelung in § 15 Abs. 2 Satz 2 Alt. 2 BImSchG für das Anzeigeverfahren bei Änderungen genehmigungsbedürftiger Anlagen vor, dass der Vorhabenträger die mit einem vollständigen Antrag angezeigte Änderung vornehmen darf, wenn die zuständige Behörde nicht innerhalb eines Monats eine Entscheidung über die Genehmigungsbedürftigkeit getroffen hat. Hierbei handelt es sich aber nicht um eine Genehmigungsfiktion, da die Entscheidung über die Genehmigungsbedürftigkeit, nicht aber die Genehmigung selbst fingiert wird.²³⁵ Rechtsfolge des Fristablaufs ist der Eintritt einer Freistellungsfiktion, nicht einer Genehmigungsfiktion.²³⁶ Auf den ersten Blick scheint dieser Unterscheidung keine große praktische Relevanz zuzukommen, da sowohl die Freistellungsfiktion als auch die Genehmigungsfiktion immissionsschutzrechtlich die Durchführung des Vorhabens erlauben. Während aber die Genehmigungsfiktion der tatsächlich erteilten Genehmigung weitgehend gleichsteht und aufgrund ihrer Konzentrationswirkung auch baurechtlich zur Durchführung des Vorhabens berechtigt, wird mit der Freistellungsfiktion nur aus Sicht des Immissionsschutzrechts die Durchführung des Vorhabens freigegeben. Denn der Entscheidung über die immissionsschutzrechtliche Genehmigungsbedürftigkeit eines Vorhabens kommt keine Konzentrationswirkung zu.²³⁷ Erst recht kommt der Freistellungsfiktion keine Konzentrationswirkung zu. Dies bedeutet, dass der Eintritt der Freistellungsfiktion nach § 15 Abs. 2 Satz 2 Alt. 2 BImSchG nichts an dem baurechtlichen Genehmigungsvorbehalt ändert. Das Vorhaben darf daher trotz einer immissionsschutzrechtlichen Freistellungsfiktion erst dann durchgeführt werden, wenn die zuständigen Baugenehmigungsbehörden eine Baugenehmigung erteilt haben.²³⁸ Dabei dürfte die baurechtliche Genehmigungsbedürftigkeit der Anlagenänderung den Regelfall darstellen und nur marginale Änderungen gänzlich genehmigungsfrei sein.²³⁹

3. Ergebnis

Die Anordnung des Eintritts einer Genehmigungsfiktion ist die schärfste der zur Verfügung stehenden Reaktionsmöglichkeiten der Rechtsordnung auf eine Überschreitung von Verfahrensfristen. Als Reaktion auf eine Überschreitung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen scheidet eine Genehmigungsfiktion aber aus, weil es an der zwingend erforderlichen gesetzlichen Anordnung des Fiktionseintritts fehlt.

²³⁵ *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 42a Rn. 21; vgl. *Uechtritz*, in: *Mann/Sennekamp/Uechtritz*, VwVfG, § 42a Rn. 3.

²³⁶ *Jarass*, BImSchG, § 15 Rn. 44 und 47; *Führ*, in: *GK-BImSchG*, § 15 Rn. 194.

²³⁷ *Führ*, in: *GK-BImSchG*, § 15 Rn. 194 und 225.

²³⁸ BVerwGE 122, S. 117 (121), *Führ*, in: *GK-BImSchG*, § 15 Rn. 194 und 225; *Rebentisch*, in: *Feldhaus*, BImSchG, § 15 Rn. 101 f.; *Guckelberger*, in: *Kotulla*, BImSchG, § 15 Rn. 70 i.V.m. Rn. 85; *Jarass*, BImSchG, § 15 Rn. 47.

²³⁹ *Führ*, in: *GK-BImSchG*, § 15 Rn. 226; vgl. auch *Jarass*, BImSchG, § 15 Rn. 47.

V. Folgenbeseitigungsanspruch

Damit fällt der Blick auf die Frage, ob die Rechtsordnung mit dem Folgenbeseitigungsanspruch ein geeignetes Instrument zur Verfügung stellt, auf die Folgen einer Überschreitung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen zu reagieren.

Der Folgenbeseitigungsanspruch ist eine der klassischen Antworten, die die Rechtsordnung auf die Frage nach den Folgen rechtswidrigen Verwaltungshandelns bereithält.²⁴⁰ Obgleich die Tatbestandsvoraussetzungen in der hier interessierenden Konstellation erfüllt sein können, scheidet der Folgenbeseitigungsanspruch als Reaktion der Rechtsordnung im Ergebnis aus, weil er keine zur Problembewältigung geeignete Rechtsfolge bereitstellt. Im Einzelnen:

1. Grundlagen

Das in den fünfziger Jahren des letzten Jahrhunderts entwickelte und maßgeblich auf *Bachof*²⁴¹ zurückgehende Rechtsinstitut des Folgenbeseitigungsanspruchs beschränkte sich zunächst auf die Beseitigung der Folgen der Vollziehung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes. Mit seiner Hilfe sollten die durch die Wohnungsnot der Nachkriegszeit bedingten Fälle mitunter rechtswidriger Wohnungseinweisungen bewältigt werden, in denen allein die Aufhebung der Einweisungsverfügung nicht geeignet war, die tatsächliche rechtswidrige Wohnungsbelegung zu beenden.²⁴² In der Folgezeit wurde sein Anwendungsbereich zunehmend erweitert. Heute fallen anerkanntermaßen auch die Folgen faktischen Verwaltungshandelns – wie einer Fristüberschreitung – in seinen Anwendungsbereich.²⁴³

Die wesentliche Gestalt des Folgenbeseitigungsanspruches wird noch immer durch zwei grundlegende Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts bestimmt.²⁴⁴ Im „Böschungswinkelurteil“ aus dem Jahr 1971 hat das Bundesverwaltungsgericht den Folgenbeseitigungsanspruch grundsätzlich anerkannt, dem Bundesrecht entnommen (und damit der Überprüfungskompetenz des Bundesverwaltungsgerichts zugeführt), über den klassischen Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch hinaus auf die Folgen tatsächlichen Verwaltungshandelns erweitert sowie die Relevanz eines Mitverschuldens im Sinne des § 254 BGB herausgearbeitet.²⁴⁵ Im „Bardepoturteil“ aus dem Jahr 1984 hat das Bundesverwaltungsgericht vor allem den Anspruchsinhalt und Anspruchsumfang präzisiert und

²⁴⁰ Vgl. den Titel „*Empfiehl es sich, die Folgen rechtswidrigen hoheitlichen Verwaltungshandelns gesetzlich zu regeln?*“ des Gutachtens *Weyreuthers* zum 47. Deutschen Juristentag 1968.

²⁴¹ *Bachof*, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, S. 98 ff.

²⁴² *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, S.353; *Schoch*, Jura 1993, S. 478 (479).

²⁴³ *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, S.354 f. m.N. und Beispielen.

²⁴⁴ *Schoch*, DV 44 (2011), S. 397 (397).

²⁴⁵ BVerwG, DVBl 1971, S. 858 (858 ff.).

auf die Beseitigung der unmittelbaren Folgen einer rechtswidrigen Amtshandlung begrenzt.²⁴⁶

Innerhalb des Staatshaftungsrechts füllt der Folgenbeseitigungsanspruch Lücken, die der Amtshaftung, der Eigentumsentschädigung und dem Aufopferungsanspruch immanent sind.²⁴⁷ Während der allgemeine Aufopferungsanspruch nach heutigem Verständnis eine Verletzung von Leben und körperlicher Unversehrtheit voraussetzt und die Ansprüche aus enteignendem, enteignungsgleichem Eingriff und Enteignung eine Beeinträchtigung der Eigentumsgewährleistung erfordern, stellt der Folgenbeseitigungsanspruch einen Schutzanspruch für grundsätzlich jedes subjektive Recht dar.²⁴⁸ Auf Rechtsfolgenseite sind Ansprüche aus Amtshaftung, Eigentumsbeeinträchtigungen und allgemeiner Aufopferung auf Geldersatz beschränkt. Demgegenüber ist der Folgenbeseitigungsanspruch auf eine Wiederherstellung des im Zeitpunkt des Zustands vor dem rechtswidrigen Verwaltungshandeln gerichtet („status quo ante“).²⁴⁹

Unklarheiten bestehen nach wie vor im Hinblick auf die Rechtsgrundlage des Folgenbeseitigungsanspruches. § 113 Abs. 1 Satz 2 VwGO regelt allein die prozessuale Durchsetzung des Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruches. Die Regelung setzt mithin einen Folgenbeseitigungsanspruch voraus, begründet ihn aber nicht.²⁵⁰ In Betracht kommen als Rechtsgrundlagen in erster Linie der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, ein Analogle zu den zivilrechtlichen Vorschriften in den §§ 12, 862 und 1004 BGB sowie eine Verankerung in der Abwehrfunktion der Grundrechte.²⁵¹

Das Bild in der Rechtsprechung zu der Frage der zutreffenden Rechtsgrundlage des Folgenbeseitigungsanspruches ist uneinheitlich. Das Bundesverwaltungsgericht neigte in dem „Böschungswinkelurteil“ dazu, den Anspruch primär in den Grundrechten zu verankern.²⁵² Im „Bardepoturteil“ verortete das Gericht den Folgenbeseitigungsanspruch demgegenüber im Grundsatz der Gesetzesbindung der Verwaltung.²⁵³ In jüngerer Zeit verzichtet das Bundesverwaltungsgericht zunehmend gänzlich auf eine Festlegung und wendet die Rechtsgrundlagen nebeneinander an²⁵⁴ oder spricht dem Anspruch gewohnheitsrechtliche Geltung zu.²⁵⁵ Im süddeutschen Raum verorten Verwaltungsge-

²⁴⁶ BVerwGE 69, 366 (366 ff.).

²⁴⁷ Siehe zu den Lücken im staatshaftungsrechtlichen System: *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art 34 Rn. 63; *Schoch*, Jura 1993, S. 478 (478 f.); *ders.* VerwArch 79 (1988), S. 1 (13 ff.).

²⁴⁸ *Schoch*, DV 44 (2011), S. 397 (400); *Brugger*, JuS 1999, S. 625 (627).

²⁴⁹ *Schoch*, DV 44 (2011), S. 397 (406); *Brugger*, JuS 1999, S. 625 (627) – jeweils m.w.N.

²⁵⁰ *Kopp/Schenke*, VwGO, § 113 Rn. 81 m.w.N.

²⁵¹ Siehe zu den verschiedenen Meinungen: *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, S. 360 ff.; *Grzeszick*, in: Erichsen/Ehlers, Verwaltungsrecht, § 45 VII 1 (S. 993 f.); *Schoch*, Jura 1993, S. 478 (480 f.).

²⁵² BVerwG, DVBl 1971, S. 858 (859).

²⁵³ BVerwGE 69, 366 (370).

²⁵⁴ BVerwG, NJW 1989, S. 2272 (2277).

²⁵⁵ BVerwGE 94, 100 (103).

richtshöfe den Folgenbeseitigungsanspruch oftmals in einer Analogie zu zivilrechtlichen Vorschriften.²⁵⁶

Das Schrifttum verankert den Folgenbeseitigungsanspruch ganz überwiegend und zutreffend primär in den Freiheitsgrundrechten.²⁵⁷ Gegen eine primäre Verortung im Rechtsstaatsprinzip spricht, dass sich dem Gesetzmäßigkeitsprinzip als Bestandteil des objektiven Rechts zwar ein „Sollensgebot“ entnehmen lässt, nicht aber ohne weiteres die Antwort auf die Frage, welche Rechtsfolgen sich aus einem Verstoß ergeben.²⁵⁸ Das maßgeblich auf *Bettermann*²⁵⁹ zurückgehende Verständnis des Folgenbeseitigungsanspruchs als quasinegatorischen Unterlassungsanspruch und die Bildung einer Analogie zu § 1004 BGB überzeugen ebenfalls nicht. Die Interessenlage ist nicht vergleichbar. Einerseits darf der Staat in Rechtspositionen Privater von vornherein nur eingreifen, wenn ihm eine entsprechende Rechtsgrundlage dazu berechtigt. Andererseits haben Private – wenn dem Staat eine Rechtsgrundlage zur Seite steht – staatliches Einwirken aufgrund des staatlichen Vollstreckungsprivilegs deutlich weitergehend hinzunehmen als Beeinträchtigungen durch andere Private. Demgegenüber überzeugt eine primäre Verortung des Folgenbeseitigungsanspruches in den Freiheitsgrundrechten. Anerkanntermaßen gewähren die Freiheitsgrundrechte dem Bürger einen Anspruch auf das Unterlassen von Grundrechtsbeeinträchtigungen.²⁶⁰ Dieser Unterlassungsanspruch wandelt sich nach erfolgter Rechtsverletzung in einen Beseitigungsanspruch.²⁶¹ Bei dem grundrechtlichen Unterlassungsanspruch und dem grundrechtlichen Beseitigungsanspruch handelt es sich letztlich um zwei Seiten einer Medaille: Der an die Rechtsverletzung anknüpfende Beseitigungsanspruch lässt sich ohne weiteres als eine Fortsetzung des Unterlassungsanspruchs verstehen, der nach der Rechtsverletzung auf ein Unterlassen der Aufrechterhaltung des rechtswidrigen Zustands gerichtet ist.²⁶² Der Folgenbeseitigungsanspruch ist mithin „*ein umgewandelter, ein der geschehenen Rechtsverletzung angepasster Unterlassungsanspruch*“.²⁶³ Mithin sind der Anspruch auf das Unterlassen von Rechtsbeeinträchtigungen und der Anspruch auf deren Beseitigung letztlich Ausdruck eines einheitlichen grundrechtlichen Schutzanspruchs.²⁶⁴

In der Form, in der der Folgenbeseitigungsanspruch als anerkannt gelten kann, lässt er sich wie folgt zusammenfassen: Auf Tatbestandsseite setzt der Anspruch einen hoheitli-

²⁵⁶ Siehe etwa VGH Mannheim, VBIBW 1993, S. 337; VGH München, BayVBl 1990, S. 627 und BayVBl 2001, S. 115 sowie die w.N. bei *Schoch*, DV 44 (2011), S. 397 (398, dort Fn. 7).

²⁵⁷ *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 34 Rn. 62 m.w.N.; *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, S. 364; *Schoch*, DV 44 (2011), S. 397 (398), *ders.* Jura 1993, S. 478; *ders.* VerwArch 79 (1988), S. 1 (34 ff.); *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 30 Rn. 5 f.; *Grzeszick*, in: Erichsen/Ehlers, Verwaltungsrecht, § 45 Rn. 118.

²⁵⁸ *Schoch*, DV 44 (2011), S. 397 (398); *Kraft*, BayVBl 1992, S. 456 (457); *Faber*, NVwZ 2003, S. 159 (161).

²⁵⁹ *Bettermann*, DÖV 1955, S. 528 (insbesondere 534 ff.).

²⁶⁰ Siehe bereits *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 103.

²⁶¹ Vgl. *Weyreuther*, Gutachten, S. 84 ff.; *Vofßkuhle/Kaiser*, JuS 2012, S. 1079 (1080).

²⁶² Vgl. *Baumeister*, Der Beseitigungsanspruch, S. 427 f.

²⁶³ *Weyreuther*, Gutachten, S. 85.

²⁶⁴ Vgl. *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, S. 364 ff.; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 30 Rn. 6.

chen Eingriff voraus, der den Betroffenen in einem subjektiven Recht verletzt und einen andauernden rechtswidrigen Zustand begründet. Auf Rechtsfolgenseite ist der Anspruch auf Wiederherstellung des Zustands gerichtet, der im Zeitpunkt des rechtswidrigen Eingriffs bestand, wobei die Wiederherstellung zum status quo ante der Verwaltung rechtlich und tatsächlich möglich sowie zumutbar sein muss.²⁶⁵

2. Voraussetzungen

Die Tatbestandsvoraussetzungen eines Folgenbeseitigungsanspruchs liegen im Fall einer zum Untergang des Genehmigungsanspruchs führenden rechtswidrigen Verfahrensverzögerung vor.

Die rechtswidrige Verfahrensverzögerung verletzt den Antragsteller in subjektiven Rechten, weil die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen dem Antragsteller ein subjektives Recht auf eine Durchführung des Genehmigungsverfahrens innerhalb der Verfahrensfristen einräumen.²⁶⁶ Die rechtswidrige Verfahrensverzögerung ist zudem als Eingriff in das subjektive Recht auf ein fristgerechtes Genehmigungsverfahren einzuordnen. In einem Überschreiten der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen liegt kein positives Handeln, sondern ein Unterlassen. In dem „Bardepot-Urteil“ hatte das Bundesverwaltungsgericht die Möglichkeit eines Eingriffs durch Unterlassen beiläufig vorausgesetzt²⁶⁷ und später präzisiert, ein Eingriff durch Unterlassen sei im Fall einer Rechtspflicht zum Handeln anzunehmen.²⁶⁸ Dies entspricht allgemeinen Grundsätzen, nach denen ein Unterlassen einem aktiven Handeln gleichzusetzen ist, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln besteht. So liegt es hier: Da die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen die Genehmigungsbehörde zu einer fristgerechten Genehmigungsentscheidung verpflichten, ist eine Missachtung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen ein Eingriff in das subjektive Recht auf ein fristgerechtes Genehmigungsverfahren.²⁶⁹

Näherer Betrachtung bedarf dagegen das Erfordernis eines andauernden rechtswidrigen Zustandes. Anzuknüpfen ist hierfür nicht an die Rechtswidrigkeit des Eingriffs, sondern es muss der durch den Eingriff geschaffene Zustand rechtswidrig sein. Dies entspricht der Funktion des Folgenbeseitigungsanspruchs.²⁷⁰ Denn der Folgenbeseitigungsanspruch soll in den Worten des Bundesverwaltungsgerichts „den andauernden rechtswid-

²⁶⁵ Schoch, DV 44 (2011), S. 397 (399); Hain, VerwArch 95 (2004), S. 498 (501) – jeweils m.w.N.

²⁶⁶ Siehe S. 26 ff.

²⁶⁷ BVerwGE 69, 366 (367).

²⁶⁸ BVerwG, DVBl 2001, S. 726 (732); so auch VGH Mannheim, VBIBW 1993, S. 337 (338); VGH München, NVwZ-RR 1991, S. 57 (58); Schoch, DV 44 (2011), S. 397 (402).

²⁶⁹ Teilweise wird im Schrifttum unter dem Topos des Eingriffs eine Anwendung des Folgenbeseitigungsanspruchs auf Fälle der Vorenthaltung staatlicher Leistungen verneint (*Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, S. 377 f.; Schoch, DV 44 (2011), S. 397 (402)). Die Bedenken betreffen im Kern die Geeignetheit des Folgenbeseitigungsanspruchs auf Rechtsfolgenseite, auf die hier auf S. 66 ff. eingegangen wird.

²⁷⁰ Vgl. Schoch, DV 44 (2011), S. 397 (403).

*rigen Zustand mit der rechtsnormativen Lage in der Weise in Deckung bringen, dass der ursprüngliche rechtmäßige Zustand wiederhergestellt und dadurch die Fortdauer des rechtswidrigen Zustandes beendet wird“.*²⁷¹ Dies bedeutet für die Konstellation einer rechtswidrigen Verfahrensverzögerung, in deren Zuge eine Änderung der Sach- oder Rechtslage den Genehmigungsanspruch ausschließt, dass nicht ohne weiteres von der in der Fristüberschreitung liegenden Rechtswidrigkeit des Eingriffs auf die Rechtswidrigkeit des hierdurch geschaffenen Zustands geschlossen werden kann. Denn die hier interessierende Konstellation zeichnet sich dadurch aus, dass nach Fristablauf eine Änderung der Sach- oder Rechtslage eintritt, bei deren Berücksichtigung das Vorhaben nicht genehmigungsfähig ist. Insofern könnte man annehmen, der durch die rechtswidrige Verfahrensverzögerung geschaffene Zustand sei durch den Eintritt der Änderung der Sach- oder Rechtslage legalisiert worden. So wird teilweise davon ausgegangen, dass mit dem Untergang des primären Leistungsanspruchs stets die Rechtsbeeinträchtigung ihr Ende finde.²⁷² In der hier interessierenden Konstellation wäre dieser Schluss aber verfehlt, da er mit einer in gefährlicher Nähe zum Zirkulären stehenden Argumentation das Bestehen der Problematik an sich verneinte. Denn die Änderung der Sach- und Rechtslage legalisiert die Versagung der Genehmigung nur auf der Grundlage einer Wahl des Beurteilungszeitpunkts, bei der Entscheidungs- und Beurteilungszeitpunkt zusammenfallen. Insofern würde die Wahl des Beurteilungszeitpunktes sowohl als Grund als auch als Rechtfertigung für den Untergang des Genehmigungsanspruchs herangezogen. Richtigerweise liegt daher auch nach Eintritt der Änderung der Sach- oder Rechtslage ein fortdauernder rechtswidriger Zustand vor.

3. Ungeeignetheit auf Rechtsfolgenseite

Auf der Rechtsfolgenseite steht nicht bereits die Begrenzung des Folgenbeseitigungsanspruchs auf eine rechtlich mögliche Wiederherstellung seiner Anwendung entgegen. Die Annahme, eine nachträgliche Änderung der Sach- und Rechtslage begründe eine rechtliche Unmöglichkeit der Genehmigungserteilung in diesem Sinne, greift zu kurz.²⁷³ Wie bereits im Rahmen der Frage nach dem Vorliegen eines andauernden rechtswidrigen Zustands dargelegt, würde mit einer solchen Argumentation in einer gefährlichen Nähe zum Zirkelschluss das Zusammenfallen von Beurteilungs- und Entscheidungszeitpunkt als Grund und als Rechtfertigung für den Untergang des Genehmigungsanspruchs herangezogen.

Die eigentliche Problematik einer Anwendung des Folgenbeseitigungsanspruchs in der hier interessierenden Konstellation liegt in seiner Struktur: Der Folgenbeseitigungsanspruch ist nicht auf Leistungskonstellationen zugeschnitten. Heute ist allgemein aner-

²⁷¹ BVerwG, DVBl 2001, S. 726 (732) m.w.N. aus der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung.

²⁷² *Papier*, DÖV 1972, S. 845 (850).

²⁷³ So aber *Papier*, DÖV 1972, S. 845 (850).

kannt, dass der Folgenbeseitigungsanspruch auf Rechtsfolgenseite auf die Wiederherstellung des status quo ante begrenzt und gerade kein allgemeiner Wiedergutmachungsanspruch ist.²⁷⁴ In der Form, in der der Folgenbeseitigungsanspruch anerkannt ist, kann mit seiner Hilfe daher nur die Einräumung einer Rechtsposition verlangt werden, die der Anspruchsteller im Zeitpunkt des rechtswidrigen Eingriffs in sein subjektives Recht bereits innegehabt hat. Dies bedeutet, dass der Folgenbeseitigungsanspruch in Fällen, in denen es um die Vorenthaltung einer staatlichen Leistung beziehungsweise um die Nichterfüllung eines Leistungsanspruchs geht, bereits auf Grund seiner Struktur nicht geeignet ist, dem in der erstmaligen Einräumung der vorenthaltenen Rechtsposition liegenden Rechtsschutzziel des Antragstellers gerecht zu werden.²⁷⁵

In den sechziger Jahren des letzten Jahrhunderts wurde dies mitunter anders gesehen und versucht, über den Folgenbeseitigungsanspruch Fälle zu lösen, in denen nach einer rechtswidrigen Leistungsverweigerung eine Änderung der Sach- oder Rechtslage die Ablehnung der Begünstigung legalisierte.²⁷⁶ Angestoßen wurde die Diskussion durch die bereits im Abschnitt über die allgemeinen Grundsätze der Wahl des Beurteilungszeitpunktes erörterte Rechtsprechungslinie des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Bereich des Berufszulassungsrechts, in der das Gericht aus allgemeinen rechtsstaatlichen Erwägungen den Beurteilungszeitpunkt vorverlagerte, um die Kläger so zu stellen, wie sie bei einem rechtmäßigem Verwaltungshandeln gestanden hätten.²⁷⁷

Im Ergebnis konnte sich der Lösungsansatz einer Anwendung des Folgenbeseitigungsanspruchs mit Recht nicht durchsetzen.

Der Grund für die Beschränkung der Rechtsfolgen des Folgenbeseitigungsanspruchs auf die Wiederherstellung des status quo ante liegt zunächst in seiner historischen Entwicklung. Entwickelt wurde der Folgenbeseitigungsanspruch zur Bewältigung klassischer Eingriffskonstellationen, wie etwa der eingangs erwähnten Fälle rechtswidriger Wohnungseinweisungen. Zudem setzte der Folgenbeseitigungsanspruch in seiner ursprünglichen Ausprägung als Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch bereits denklogisch einen vollziehbaren Verwaltungsakt und damit eine Eingriffskonstellation voraus.²⁷⁸ Hinzu

²⁷⁴ *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 34 Rn. 63; *ders.*, in: MünchKomm-BGB, § 839 Rn. 81; *Gerhard*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Vorb. § 113 Rn. 6; *Schoch*, DV 44 (2011), S. 397 (407); *Weyreuther*, Gutachten, S. 63 ff.; *Hain*, VerwArch 2004, S. 498 (506); *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 30 Rn. 11 – jeweils m.w.N.; *Schoch*, DV 44 (2011), S. 397 (407) spricht von einem „*ehernen Dogma des Staatshaftungsrechts*“.

²⁷⁵ *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, S. 377; *Schoch*, DV 44 (2011), S. 397 (402); *Papier*, DÖV 1972, S. 845 (846); *Sendler*, in: FS Fröhler, S. 209 (224 f.) m.w.N.

²⁷⁶ OVG Münster, DVBl 1962, S. 63 (65) und DVBl 1962, S. 206 (207); *Tietgen*, in: FS Deutscher Juristentag, S. 325 (346 ff.); *Wilhelm*, BayVBl 1964, S. 350 (353); *Czermak*, BayVBl 1965, S. 93 (93 f.); *Rüfner*, DVBl 1967, S. 186 (188 f.) sowie die weiteren Nachweise bei *Papier*, DÖV 1972, S. 845 (846, dort Fn. 7).

²⁷⁷ Siehe S. 15 f.

²⁷⁸ *Papier*, DÖV 1972, S. 845 (847); *Weyreuther*, Gutachten, S. 51 und 76; *Rösslein*, Der Folgenbeseitigungsanspruch, S. 86.

kommt, dass in den meisten Fällen, in denen es um eine Nichterfüllung eines Leistungsanspruchs geht, kein Bedürfnis für eine Anwendung des Folgenbeseitigungsanspruchs besteht, da der primäre Erfüllungsanspruch noch durchgesetzt werden kann.²⁷⁹ Wird etwa eine Baugenehmigung rechtswidrig versagt, bleibt der Genehmigungsanspruch hiervon meist unberührt und ist durch einen Verpflichtungswiderspruch oder eine Verpflichtungsklage durchzusetzen. Anders verhält es sich freilich in der hier interessierenden Konstellation, da die Änderung der Sach- und Rechtslage aufgrund des Zusammenfallens von Beurteilungs- und Entscheidungszeitpunkt in Verpflichtungssituationen einer Genehmigungserteilung entgegensteht. In diesem Fall kann allein der historische Ursprung des Folgenbeseitigungsanspruchs aus der heutigen Perspektive die Rechtsfolgenbeschränkung des Folgenbeseitigungsanspruchs nicht rechtfertigen, zumal der Anwendungsbereich des Folgenbeseitigungsanspruchs im Laufe seiner Entwicklung auf Tatbestandsseite kontinuierlich erweitert wurde.²⁸⁰

Der eigentliche Grund für die Rechtsfolgenbeschränkung des Folgenbeseitigungsanspruchs hängt eng mit der Frage nach der Verortung seiner gesetzlichen Grundlage zusammen. Es besteht ein grundsätzlicher Zusammenhang zwischen der Grundlage eines Anspruchs und der Reichweite seiner Rechtsfolgen.²⁸¹ Letztlich ergibt sich die Rechtsfolgenbeschränkung des Folgenbeseitigungsanspruchs auf die Wiederherstellung des status quo ante aus seiner Verankerung in der Abwehrfunktion der Grundrechte. Versteht man den Folgenbeseitigungsanspruch in erster Linie als Ausprägung eines grundrechtlichen Unterlassungsanspruchs und damit als Ausprägung der Abwehrfunktion der Grundrechte, geht es bei dem Anspruch um den Schutz bestehender Rechtspositionen. Wenn aber der Anknüpfungspunkt des Folgenbeseitigungsanspruchs der Schutz einer bestehenden Rechtsposition ist, ist es konsequent, auch die Rechtsfolge des Anspruches auf die *Wiederherstellung* eben dieser Rechtsposition zu beschränken.²⁸² Das Verlangen nach der Einräumung einer neuen, also bisher noch nicht innegehabten Rechtsposition stellt sich demgegenüber als Ausprägung der Leistungsfunktion der Grundrechte dar. An die Statuslehre *Jellineks* anknüpfend,²⁸³ folgt aus der Verankerung des Folgenbeseitigungsanspruchs im negativen Status der Grundrechte, dass er nicht zu Rechtsfolgen führen kann, die sich als Ausprägung des positiven Status darstellen.

Die Begrenzung der Rechtsfolgen des Folgenbeseitigungsanspruchs auf die Wiederherstellung des status quo ante steht auch in der hier interessierenden Konstellation seiner Anwendung entgegen. Denn führt eine rechtswidrige Verfahrensverzögerung im Zu-

²⁷⁹ *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, S. 377; *Schoch*, DV 34 (2001), S. 261 (268); *Papier*, DÖV 1972, S. 845 (845 f.).

²⁸⁰ Vgl. *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, S. 353 f.

²⁸¹ *Grzeszick*, in: Erichsen/Ehlers, Verwaltungsrecht, § 45 Rn. 114 ff.; *Schoch*, DV 44 (2011), S. 397 (399 und 407 ff.).

²⁸² *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, S. 378; *Schoch*, DV 44 (2011), S. 397 (406).

²⁸³ *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 89 ff. zum status negativus und S. 109 ff. zum status positivus; *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 229 ff.

sammenspiel mit einer Änderung der Sach- oder Rechtslage zu einem Untergang des Genehmigungsanspruchs, liegt das Rechtsschutzziel des Antragstellers darin, trotz der Änderung der Sach- oder Rechtslage die begehrte immissionsschutzrechtliche Genehmigung zu erhalten. Da der Antragsteller in dieser Konstellation aber zu keinem Zeitpunkt Inhaber der beantragten Genehmigung gewesen ist, würde er im Rahmen des Folgenbeseitigungsanspruchs die erstmalige Einräumung einer neuen Rechtsposition verlangen.

Dies steht in Einklang mit der Einordnung des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsvorbehalts als präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.²⁸⁴ Hier gilt das im Rahmen der Statthaftigkeit der Regelungsanordnung in Abgrenzung zur Sicherungsanordnung Ausgeführte entsprechend.²⁸⁵ Obgleich dem Antragsteller mit der Genehmigungserteilung ein bereits grundrechtlich abgesichertes Verhalten ermöglicht wird, knüpft die Rechtsordnung erst an die formale Genehmigungserteilung entscheidende Rechtsfolgen wie die Möglichkeit des Eintritts der Bestandskraft sowie insbesondere die Gestattungswirkung und damit die Aufhebung des präventiven Verbots der Vorhabendurchführung. In diesem Sinne wäre ein auf die Genehmigungserteilung gerichteter Folgenbeseitigungsanspruch auf die „Herstellung eines Zustands, der vorher niemals bestanden hat“²⁸⁶ gerichtet – und damit auf ein von ihm gerade nicht erfasstes Ziel.

4. Ergebnis

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass der Folgenbeseitigungsanspruch aufgrund seiner Verankerung in der Abwehrfunktion der Grundrechte in seinen Rechtsfolgen auf die Wiederherstellung der grundrechtlichen Integrität beschränkt ist. Daher können seine Rechtsfolgen nicht über die Wiederherstellung des status quo ante hinausgehen. Im Fall einer rechtswidrigen Verfahrensverzögerung, die im Zusammenspiel mit einer Änderung der Sach- oder Rechtslage zu einem Untergang des Genehmigungsanspruchs führt, kann er keine Anwendung finden, da der Antragsteller mit der Genehmigungserteilung eine Rechtsposition begehrt, die er zuvor nicht innehatte.

VI. Folgenbeseitigungslast

In bestimmten Konstellationen wird die Rechtsfolgenbeschränkung des Folgenbeseitigungsanspruchs auf eine Wiederherstellung des status quo ante als unbillig erachtet und durch eine Anwendung der Rechtsfigur einer Folgenbeseitigungslast überwunden. In Sonderfällen vermag die Folgenbeseitigungslast zwar einen endgültigen Untergang des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruchs durch eine rechtswidrige Verfahrensverzögerung im Zusammenspiel mit einer Änderung der Sach- und Rechtslage zu

²⁸⁴ Siehe S. 92.

²⁸⁵ Siehe S. 47.

²⁸⁶ BVerwG, DVBl 1986, S. 641 (644).

verhindern. In der Regel ist die Figur der Folgenbeseitigungslast aber nicht geeignet, dem Untergang des Genehmigungsanspruchs durch nach Fristablauf eintretende Änderungen der Sach- oder Rechtslage zu begegnen. Im Einzelnen:

1. Grundlagen

Die Rechtsfigur der Folgenbeseitigungslast geht maßgeblich auf *Weyreuther* zurück, der sie in seinem Gutachten zum 47. Deutschen Juristentag 1965 zu der Frage „*Empfiehl* es sich, die Folgen rechtswidrigen Verwaltungshandelns gesetzlich zu regeln?“ als Reaktion auf verbleibende Unzulänglichkeiten des Folgenbeseitigungsanspruchs entwickelte.²⁸⁷ Ihre Grundidee ist, dass ein rechtswidriges Vorverhalten der Verwaltung diese als Folgenbeseitigungslast verpflichtet, rechtlich bestehende Spielräume bei einer nachfolgenden Entscheidung für eine Kompensation des rechtswidrigen Vorverhaltens zu nutzen.²⁸⁸ Im Kern geht es mithin um die „*Wiedergutmachung von Verwaltungsunrecht*“.²⁸⁹ Die Rechtsfigur der Folgenbeseitigungslast ist heute in der Rechtsprechung²⁹⁰ ebenso wie im Schrifttum²⁹¹ anerkannt.

Nach der Konzeption *Weyreuthers* dient die Folgenbeseitigungslast zum einen dazu, die Anwendung des Folgenbeseitigungsanspruchs in Dreieckskonstellationen zu stärken, die dadurch begrenzt ist, dass der Folgenbeseitigungsanspruch keine Eingriffsgrundlage im Verhältnis zu Dritten begründet.²⁹² Zum anderen soll die Folgenbeseitigungslast dem fehlenden Zuschnitt des Folgenbeseitigungsanspruchs auf Leistungskonstellationen Rechnung tragen. Diese Funktion der Folgenbeseitigungslast ist in der hier interessierenden Konstellation von Interesse. *Weyreuther* erblickt gerade in den Fällen, in denen die Verwaltung eine Vergünstigung rechtswidrig ablehnt und eine nachfolgende Änderung der Sach- und Rechtslage den Anspruch auf die Begünstigung ausschließt, einen Anwendungsfall der Folgenbeseitigungslast.²⁹³ *Schenke* erblickt in den Fällen einer rechtswidrigen Vorenthaltung von Leistungen sogar den eigentlichen Anwendungsbereich der Folgenbeseitigungslast.²⁹⁴

Die Folgenbeseitigungslast ist gesetzlich nicht geregelt. Es kann dahinstehen, ob die in der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts²⁹⁵ anerkannte Folgenbe-

²⁸⁷ *Weyreuther*, Gutachten, S. 106 ff.; *Ivo*, Folgenbeseitigungslast, S. 15.

²⁸⁸ *Gerhard*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 114 Rn. 21.

²⁸⁹ *Ivo*, Folgenbeseitigungslast, S. 18.

²⁹⁰ BVerwG, NJW 1968, S. 2350 (2351); BVerwG, NVwZ 1988, S. 155 (156); BVerwG, DVBl 1993, S. 109 (111); BVerwG, NVwZ-R 1993, S. 65 (66); die Folgenbeseitigungslast explizit als ständige Rechtsprechung bezeichnend: BVerwGE 142, S. 59 (61); BVerwG, Beschl. v. 04.07.2012, 2 B 49/13, Rn. 8, juris.

²⁹¹ *Gerhard*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 114 Rn. 21; *Wolff*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 114 Rn. 186; *Kopp/Schenke*, VwGO, § 113 Rn. 229; *Grzeszick*, in: Erichsen/Ehlers, Verwaltungsrecht, § 45 Rn. 133 f.

²⁹² *Weyreuther*, Gutachten, S. 106 ff.

²⁹³ *Weyreuther*, Gutachten, S. 118 ff.

²⁹⁴ *Schenke*, DVBl 1990, S. 328 (332).

²⁹⁵ BVerwGE 142, S. 59 (61); BVerwG, Beschl. v. 04.07.2012, 2 B 49/13, Rn. 8, juris und die w.N. in Fn. 290.

seitigungslast mittlerweile eine gewohnheitsrechtliche Geltung erlangt hat, weil eine gesetzliche Regelung nicht erforderlich ist. Die Folgenbeseitigungslast gewährt dem Betroffenen keinen eigenständigen Anspruch auf die Beseitigung der Folgen rechtswidrigen Verwaltungshandelns. Sie verpflichtet die Verwaltung lediglich, ein rechtswidriges Vorverhalten bei der Ausübung eines ihr bereits durch Gesetz eingeräumten Entscheidungsspielraums zu berücksichtigen. In diesem Sinne handelt es sich bei der Figur einer Folgenbeseitigungslast im Ergebnis um eine Ermessensdirektive,²⁹⁶ die als solche den Vorbehalt des Gesetzes nicht berührt.²⁹⁷ Abgeleitet wird die Rechtsfigur der Folgenbeseitigungslast ähnlich wie der Folgenbeseitigungsanspruch zum einen aus den Grundrechten, daneben aber auch aus dem Rechtsstaatsprinzip und dem allgemeinen, in den §§ 142 und 162 BGB zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken, dass sich niemand zu seinem Vorteil auf ein selbst begangenes Unrecht berufen können soll.²⁹⁸

Die Voraussetzungen der Folgenbeseitigungslast ähneln denen des Folgenbeseitigungsanspruchs. Eine Folgenbeseitigungslast setzt zunächst ein vorheriges rechtswidriges Verhalten der Verwaltung voraus, das den Betroffenen in einem subjektiven Recht beeinträchtigt. Weiterhin ist erforderlich, dass die Verwaltung die Folgen ihres rechtswidrigen Vorverhaltens im Rahmen eines ihr eingeräumten Spielraums bei der Folgeentscheidung berücksichtigen kann. Schließlich muss zwischen dem rechtswidrigen Vorverhalten und der Folgeentscheidung ein sachlicher Zusammenhang bestehen.²⁹⁹

Auf Rechtsfolgenseite verpflichtet die Folgenbeseitigungslast die Verwaltung zur Berücksichtigung ihres rechtswidrigen Vorverhaltens bei der Ausübung eines ihr eingeräumten Ermessens. Dabei kann das rechtswidrige Vorverhalten nach verbreiteter Ansicht bis hin zu einer Ermessensreduzierung auf Null führen, sofern keine sonstigen öffentlichen Belange entgegenstehen.³⁰⁰ Richtigerweise verpflichtet die Folgenbeseitigungslast die Verwaltung im Regelfall nur, ihr rechtswidriges Vorverhalten im Rahmen der Ermessensausübung zu berücksichtigen, ohne ihr Ermessen auf Null zu reduzieren. Die Annahme einer regelhaften Ermessensreduzierung auf Null würde den der Verwaltung durch den Gesetzgeber zugewiesenen Ermessensspielräumen nicht gerecht. Eine weitere Begrenzung ihrer Relevanz erfährt die Folgenbeseitigungslast in Drittkonstellationen, weil sie eine Ermessensdirektive darstellt und als solche keine Grundlage zum Eingriff in Rechte Dritter begründet.

In der Praxis hat die Rechtsfigur der Folgenbeseitigungslast gerade in Fällen einer rechtswidrigen Ablehnung einer Vergünstigung und einer nachfolgenden Änderung der

²⁹⁶ *Gerhard*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 114 Rn. 21; *Wolff*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 114 Rn. 186.

²⁹⁷ *Ivo*, Folgenbeseitigungslast, S. 59.

²⁹⁸ *Weyreuther*, Gutachten, S. 128 ff.; *Kopp/Schenke*, VwGO, § 113 Rn. 229; *Ivo*, Folgenbeseitigungslast, S. 59 ff.

²⁹⁹ Siehe zu den Voraussetzungen *Gerhard*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 114 Rn. 21; *Wolff*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 114 Rn. 186; *Ivo*, Folgenbeseitigungslast, S. 70 ff.

³⁰⁰ BVerwG, DÖV 1969, S. 146 (146); BVerwG, DÖV 1993, S. 875 (876); *Ivo*, Folgenbeseitigungslast, S. 97 ff.

Sach- oder Rechtslage, die den Anspruch auf die Begünstigung ausschließt, Bedeutung erlangt. In einem Beschluss aus dem Jahr 1968 hatte sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Fall einer rechtswidrigen Versagung einer Baugenehmigung zu befassen, in dem die beklagte Gemeinde während des gerichtlichen Verfahrens eine Veränderungssperre nach § 14 Abs. 1 BauGB erlassen hatte. Das Bundesverwaltungsgericht führte vor dem Hintergrund des rechtswidrigen Vorverhaltens der Gemeinde hierzu aus:

„Maßgebend ist im vorliegenden Fall, daß der Kläger im Zeitpunkt seines ursprünglichen Antrags einen Anspruch auf die Baugenehmigung gehabt hat [...]. Dieser Anspruch war auch nach Erlass der Veränderungssperre durchsetzbar. [...]. Bei dieser Sachlage war, da auch sonst durchgreifende Gegengründe nicht ersichtlich sind, das der Beklagten in § 14 Abs. 2 BBauGB eingeräumte Ermessen auf Grund der rechtswidrigen Versagung der Baugenehmigung und der sie als Folge ihres rechtswidrigen Verwaltungshandelns treffenden Folgenbeseitigungslast in der Weise gebunden und auf Null reduziert, daß sie nur die Genehmigung hätte erteilen können, eine jede andere Ermessensausübung hingegen rechtsfehlerhaft gewesen wäre.“³⁰¹

Seine Rechtsprechung zur Folgenbeseitigungslast hat das Bundesverwaltungsgericht in der Folgezeit über den Bereich des Baurechts hinaus auf weitere Rechtsgebiete ausgedehnt.³⁰² In einem ausländerrechtlichen Fall führte das Bundesverwaltungsgericht im Zusammenhang mit einer vorherigen rechtswidrigen Ablehnung eines Einbürgerungsbegehrens allgemeingültig aus:

„Im Falle einer rechtswidrigen Ablehnung vor der Rechtsänderung kann die Behörde eine Folgenbeseitigungslast treffen, die sie verpflichtet, im Rahmen einer ihr möglichen Ermessensentscheidung zu berücksichtigen, daß sie einen Anspruch durch rechtswidriges Verhalten vereitelt hat, und die ihr Ermessen „auf Null“ reduzieren kann.“³⁰³

Demnach scheint die Rechtsfigur der Folgenbeseitigungslast zunehmend das Stichwort zu sein, unter dem die Rechtsprechung Fälle behandelt, in denen die Verwaltung Ansprüche auf eine Begünstigung durch ein rechtswidriges Verhalten vereitelt. In der hier interessierenden Konstellation könnte die Folgenbeseitigungslast einen endgültigen Untergang des Genehmigungsanspruchs verhindern: Die Folgenbeseitigungslast könnte die Genehmigungsbehörden verpflichten, bei der Genehmigungsentscheidung ihr rechtswidriges Vorverhalten – die Überschreitung der immissionsschutzrechtlichen Verfah-

³⁰¹ BVerwG, DÖV 1969, S. 146 (146); so auch BVerwG, DÖV 1993, S. 875 (876).

³⁰² BVerwG, NVwZ 1988, S. 155 (156) – Zivildienstrecht; Beschl. v. 06.01.2012, 2 B 113/11, Rn. 13, juris – Beamtenernennung; Beschl. v. 26.03.2012, 2 B 26/11, Rn. 8, juris und Beschl. v. 04.07.2013, 2 B 49/13, Rn. 7 ff., juris. – Altersgrenze für Verbeamtung.

³⁰³ Buchholz 310 § 8 RuStAG Nr 49, LS 1.

rensfristen – zu berücksichtigen und die Genehmigung ungeachtet der nach Fristablauf eingetretenen Änderung der Sach- oder Rechtslage zu erteilen.

Die Voraussetzung eines rechtswidrigen Vorverhaltens, das den Betroffenen in einem subjektiven Recht beeinträchtigt, liegt vor: Die Überschreitung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen ist ein rechtswidriges Vorverhalten. Da die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen dem Antragsteller ein subjektives Recht auf eine Durchführung des Genehmigungsverfahrens innerhalb der vorgegebenen Fristen einräumen, liegt eine Beeinträchtigung in einem subjektiven Recht ebenfalls vor.³⁰⁴ Schließlich ist auch ein sachlicher Zusammenhang zwischen dem rechtswidrigen Vorverhalten und der Genehmigungsentscheidung gegeben, da das rechtswidrige Vorverhalten in der Überschreitung der gerade das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren aus gestaltenden Verfahrensfristen liegt.

2. Schutz des Genehmigungsanspruchs nur in Ausnahmefällen

Allerdings unterliegt der Anwendungsbereich der Folgenbeseitigungslast einer wesentlichen Restriktion: Die Folgenbeseitigungslast kann nur dort Anwendung finden, wo das Gesetz der Verwaltung einen Spielraum für ihre Berücksichtigung einräumt. Der Grund liegt darin, dass die Folgenbeseitigungslast – wie im Rahmen der Frage nach dem Erfordernis ihrer gesetzlichen Regelung erörtert – keine eigene Rechtsgrundlage für einen Anspruch auf die Begünstigung begründet.³⁰⁵ Erforderlich ist daher stets, dass der Gesetzgeber der Verwaltung einen Entscheidungsspielraum zugesteht, an den eine Folgenbeseitigungslast angeknüpft werden kann.

Exemplarisch ist ein vom Bundesverwaltungsgericht entschiedener Fall, in dem die Beklagte Gemeinde zunächst einen Bauvorbescheid für ein Vorhaben im Außenbereich rechtswidrig versagt hatte, im Laufe des gerichtlichen Verfahrens aber eine dem Vorhaben entgegenstehende Bebauungsplanung soweit konkretisierte, dass sie die Versagung des Vorbescheids nunmehr rechtfertigte. Nach dem in dem Fall maßgeblichen § 35 Abs. 2 BauGB können nicht privilegierte Vorhaben im Einzelfall zugelassen werden, wenn sie keine öffentlichen Belange beeinträchtigen und die Erschließung gesichert ist. Vor dem Hintergrund, dass die konkretisierte Bauleitplanung einen durch das Vorhaben beeinträchtigten öffentlichen Belang darstellte, führte das Bundesverwaltungsgericht aus:

„§ 35 Abs. 2 BauGB enthält [...] eine zweifache Regelung. Erstens gestattet er nichtbeeinträchtigende Vorhaben (und begründet zu ihren Gunsten einen Genehmigungsanspruch), und zweitens schließt er beeinträchtigende Vorhaben aus, und zwar dies ohne Rücksicht darauf,

³⁰⁴ Siehe S. 63.

³⁰⁵ BVerwG, Beschl. v. 06.01.2012, 2 B 113/11, Rn. 7, juris; Ivo, Folgenbeseitigungslast, S. 59 und 96.

ob nach einer früher gegebenen Rechts- oder Sachlage die Genehmigung hätte erteilt werden müssen. § 35 Abs. 2 BBauGB läßt demnach keinen Raum, irgendwelche „alten“ Genehmigungsansprüche noch nachträglich zu honorieren und ein Vorhaben zuzulassen, das jetzt öffentliche Belange beeinträchtigt.“³⁰⁶

In einer anschließenden Entscheidung brachte das Bundesverwaltungsgericht diesen Gedanken auf den Punkt:

„Eine Pflicht zur Folgenbeseitigung erlaubt nicht, sich über gesetzliche Bindungen hinwegzusetzen.“³⁰⁷

Mithin kann eine Folgenbeseitigungslast nur dort entstehen, wo der Gesetzgeber der Verwaltung einen Spielraum eingeräumt hat, der es der Verwaltung ermöglicht, ihr rechtswidriges Vorverhalten bei einer Folgeentscheidung zu berücksichtigen. Für die Anwendbarkeit der Folgenbeseitigungslast in der hier interessierenden Konstellation führt dies zu ganz erheblichen Einschränkungen. Abermals erlangt die Struktur des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsvorbehalts Bedeutung: Die Entscheidung der Genehmigungsbehörde über den Genehmigungsantrag ist anerkanntermaßen eine gebundene Entscheidung. Damit geht einerseits einher, dass dem Antragsteller ein Anspruch auf die begehrte Genehmigung zukommt, wenn die Genehmigungsvoraussetzungen vorliegen. Andererseits ist damit verbunden – und dies ist die Kehrseite der Medaille –, dass die Genehmigungsvoraussetzungen zwingend vorliegen müssen, damit die Genehmigungsbehörde die Genehmigung erteilen darf. Führt eine Änderung der Sach- oder Rechtslage dazu, dass die Genehmigungsvoraussetzungen nicht mehr vorliegen, bleibt kein Raum für das Entstehen einer Folgenbeseitigungslast. Denn nach § 6 Abs. 1 BImSchG muss sichergestellt sein, dass alle Genehmigungsvoraussetzungen im Entscheidungszeitpunkt vorliegen. Insofern gilt hier nichts anderes als in dem oben angeführten vom Bundesverwaltungsgericht zu der Vorschrift des § 35 Abs. 2 BauGB entschiedenen Fall.³⁰⁸

Im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren kann eine Folgenbeseitigungslast nur entstehen, wenn bei der Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen inzi-dente Entscheidungsspielräume der Genehmigungsbehörde entstehen. Praktisch kann die Folgenbeseitigungslast daher vor allem im Rahmen der Erteilung von Ausnahmen und Befreiungen Bedeutung erlangen.³⁰⁹ Dies kann etwa dann der Fall sein, falls bei der Prüfung der Genehmigungsfähigkeit nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG im Rahmen der zu überprüfenden anlagenbezogenen „anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften“ die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit durch die Erteilung einer im Ermessen stehenden

³⁰⁶ BVerwG, DÖV 1974, S. 565 (565 f.).

³⁰⁷ BVerwG, NVwZ 1988, S. 155 (156); siehe nachfolgend auch BVerwG, Beschl. v. 06.01.2012, 2 B 113/11, Rn. 7, 12, juris.

³⁰⁸ BVerwG, DÖV 1974, S. 565 (565 f.).

³⁰⁹ Wolff, in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 114 Rn. 186 m.w.N.

Ausnahme oder Befreiung nach § 31 BauGB hergestellt werden kann oder eine Ausnahme von einer Veränderungssperre nach § 14 Abs. 2 BauGB in Betracht kommt.³¹⁰ Dies wird nur ausnahmsweise der Fall sein, weil das Prüfprogramm bei einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsentscheidung typischerweise zwingendes Umweltschutzrecht umfasst.

3. Ergebnis

Festzuhalten bleibt damit, dass die Rechtsfigur der Folgenbeseitigungslast keine befriedigende Antwort der Rechtsordnung auf die Konstellation eines Untergangs des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruchs durch eine Änderung der Sach- oder Rechtslage im Zuge einer rechtswidrigen Verfahrensverzögerung bereitzustellen vermag. Allein in Fällen, in denen die Genehmigungsbehörden bei der Genehmigungsentscheidung über ihr inzident eröffnete Entscheidungsspielräume verfügen, kann sie überhaupt Anwendung finden. Die Mehrzahl der Fälle dürfte demgegenüber Änderungen der Sach- oder Rechtslage betreffen, die eine zwingend erforderliche Genehmigungsveroraussetzung entfallen lassen. In diesen Fällen fehlt es an der nach der ständigen Praxis und einhelligen Meinung erforderlichen gesetzlichen Grundlage. Das Entstehen einer Folgenbeseitigungslast scheidet dann aus, da die Folgenbeseitigungslast den Genehmigungsbehörden keine ausreichende Grundlage bietet, um sich über gesetzliche Bindungen hinwegzusetzen.³¹¹

VII. Allgemeiner Herstellungsanspruch

Hingegen wäre die Anerkennung eines allgemeinen Herstellungsanspruches geeignet, der Gefahr eines Untergangs des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruchs durch Änderungen der Sach- und Rechtslage nach rechtswidrigen Verfahrensverzögerungen zu begegnen.

Ein allgemeiner Herstellungsanspruch wäre auf seiner Rechtsfolgenseite auf die Schaffung des hypothetischen Zustandes gerichtet, der ohne das rechtswidrige Verwaltungshandeln bestünde. Damit würde die Anerkennung eines allgemeinen Herstellungsanspruches das staatshaftungsrechtliche System weit über seine bestehenden Grenzen ausweiten. Mit dem Anspruchsziel einer Herstellung des hypothetischen Zustandes, der ohne das rechtswidrige Verwaltungshandeln bestünde, entfielen die bereits angesprochenen Lücken im Staatshaftungsrecht: Anders als im Rahmen der Amtshaftung und der Aufopferungs- und Eigentumsentschädigung bestünde keine Beschränkung auf Gelder-

³¹⁰ BVerwG, DÖV 1993, S. 875 (876). Auch insoweit bestehen aber enge Grenzen, wenn die Ausnahme oder Befreiung in die Rechts Dritter eingreift, weil die Folgenbeseitigungslast gegenüber Dritten keine Eingriffsgrundlage bietet und eine Ermessensreduzierung auf Null vor dem Hintergrund der beider Ermessensausübung zu berücksichtigenden Drittinteressen nicht vorschnell aufgrund einer Folgenbeseitigungslast angenommen werden darf.

³¹¹ BVerwG, NVwZ 1988, S. 155 (155).

satz. Anders als im Rahmen des Folgenbeseitigungsanspruches könnte nicht nur eine Wiederherstellung des status quo ante verlangt werden, sondern darüber hinaus die Einräumung einer Rechtsposition, die der Betroffene zuvor nicht innegehabt hat. Aus dem Folgenbeseitigungsanspruch als *Wiederherstellungsanspruch* würde ein *Herstellungsanspruch*. Schließlich würde die tatbestandliche Beschränkung der Rechtsfigur der Folgenbeseitigungslast auf Fälle überwunden, in denen an einen ausreichenden Spielraum der Verwaltung angeknüpft werden kann.

Gewendet auf den Fall einer rechtswidrigen Verfahrensverzögerung, in deren Zuge eine Änderung der Sach- oder Rechtslage den immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruch ausschließt, könnte mit einem allgemeinen Herstellungsanspruch ungeachtet der veränderten Sach- und Rechtslage die Erteilung der Genehmigung erlangt werden. Denn ohne die Pflichtwidrigkeit der Behörde, also bei einer Einhaltung der immissionsschutzrechtlichen Fristenbestimmungen, wäre die Änderung der Sach- oder Rechtslage im Entscheidungszeitpunkt noch nicht eingetreten und bei der Genehmigungsentscheidung nicht zu berücksichtigen. Kurzum: Ohne die rechtswidrige Verfahrensverzögerung bestünde der immissionsschutzrechtliche Genehmigungsanspruch fort.

Allerdings wird ein allgemeiner Herstellungsanspruch – im Ergebnis mit Recht – von der ständigen Rechtsprechung und der weit überwiegenden Ansicht im Schrifttum abgelehnt. Jedenfalls kann ein allgemeiner Herstellungsanspruch es nicht rechtfertigen, eine nach dem der Entscheidung über die Genehmigung zugrunde zu legenden materiellen Recht nicht genehmigungsfähige Anlage zu genehmigen.

Im Einzelnen:

1. Entwicklung im allgemeinem Verwaltungsrecht

Die Forderung nach einem Herstellungsanspruch wurde erstmals in den fünfziger Jahren des letzten Jahrhunderts von *Haas*³¹² und *Menger*³¹³ erhoben und nachfolgend insbesondere von *Redeker*³¹⁴ wiederaufgegriffen. *Menger* formulierte den allgemeinen Herstellungsanspruch prägnant als „*Grundnorm des öffentlichen Wiedergutmachungsanspruches*“³¹⁵, auf die sich das gesamte System des Staatshaftungsrechts zurückführen lasse:

„*Wenn der Staat oder ein anderer Hoheitsträger durch einen Organwaller in Ausübung öffentlicher Amtstätigkeit jemanden in seiner Rechtsstellung widerrechtlich beeinträchtigt, hat er den Zustand her-*

³¹² *Haas*, System der öffentlich-rechtlichen Entschädigungspflichten, S. 59 ff.

³¹³ *Menger*, in: GS Jellinek, S. 347 (350 ff.).

³¹⁴ *Redeker*, DÖV 1987, S. 198 (198).

³¹⁵ *Menger*, in: GS Jellinek, S. 347 (350).

*zustellen, der bestehen würde, wenn die Beeinträchtigung nicht eingetreten wäre.*³¹⁶

Die Rechtfertigung dieser Grundnorm erblickt *Menger* im Wesentlichen in einer Parallele zu den im Grundsatz auf eine vollumfängliche Naturalrestitution gerichteten zivilrechtlichen Ausgleichsansprüchen, die auf öffentlich-rechtliche Ersatzpflichten zu übertragen seien.³¹⁷

Die Frage nach der Anerkennung eines allgemeinen Herstellungsanspruchs ist eng verwandt mit der bereits angesprochenen Frage nach einer Überwindung der Rechtsfolgenbeschränkung des Folgenbeseitigungsanspruchs. Letztlich kommt es auf die Perspektive an: Ausgehend vom Folgenbeseitigungsanspruch stellt sich die Frage nach der Erweiterung seiner Rechtsfolgen. Wählt man nicht den Folgenbeseitigungsanspruch als Ausgangspunkt der Betrachtung, stellt sich die generelle Frage nach der Anerkennung eines allgemeinen Herstellungsanspruchs. Letztlich geht es aber stets darum, ob ein rechtswidriges Verwaltungshandeln durch eine vollumfängliche Naturalrestitution zu kompensieren ist. Angesichts dessen verwundert nicht, dass die Anerkennung eines allgemeinen Herstellungsanspruchs von der ganz herrschenden Meinung ebenso abgelehnt wird, wie eine Überwindung der Rechtsfolgenbeschränkung des Folgenbeseitigungsanspruchs.³¹⁸ Der Grund wird im Wesentlichen darin erblickt, dass mit der Anerkennung eines allgemeinen Herstellungsanspruchs eine massive Ausweitung des bestehenden staatshaftungsrechtlichen Anspruchssystems verbunden wäre, die die Grenzen des Staatshaftungsrechts und der richterlichen Rechtsfortbildung sprengen würde.³¹⁹

2. Entwicklung im Sozialrecht

Dass die Idee eines auf eine vollumfängliche Naturalrestitution gerichteten Herstellungsanspruches nicht so fernliegend ist, wie man es angesichts der weitgehenden Ablehnung eines allgemeinen Herstellungsanspruches annehmen könnte, zeigt ein Blick in den Bereich des Sozialrechts. Dort entspricht ein Anspruch auf die Herstellung des Zustandes, der ohne das rechtswidrige Verwaltungshandeln bestünde, als sozialrechtlicher

³¹⁶ *Menger*, in: GS Jellinek, S. 347 (350).

³¹⁷ *Menger*, in: GS Jellinek, S. 347 (352).

³¹⁸ BVerwGE 28, 155 (168 ff.); 79, 192 (194); *Gerhard*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Vorb. § 113 Rn. 6; *Schoch*, VerwArch 79 (1988), S. 1 (39 und 55); *Pietzner/Müller*, VerwArch 85 (1994), S. 603 (611); *Kallerhoff*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 25 Rn. 21; *Vogler*, Genehmigungsanspruch, S. 144; *Schmidt*, Staatshaftung für verzögertes Amtshandeln, S. 176; *Bettermann*, DÖV 1955, S. 528 (536); *Scheuner*, DÖV 1955, S. 545 (549 f.); *Mangoldt*, DVBl 1974, S. 825 (828 f.); *Luhmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, S. 91 ff.; *Weyreuther*, Gutachten, S. 34 ff.; *Rösslein*, Der Folgenbeseitigungsanspruch, S. 43 ff. und die w.N. bei *Schoch*, VerwArch 79 (1988), S. 1 (19, dort Fn. 112).

³¹⁹ *Gerhard*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Vorb. § 113 Rn. 6; *Schoch*, VerwArch 79 (1988), S. 1 (insbesondere 64 ff.); *Mangoldt*, DVBl 1974, S. 825 (828 f.).

Herstellungsanspruch der ständigen Rechtsprechung³²⁰ und findet im Schrifttum weitgehend Zustimmung.³²¹

Die unterschiedliche Handhabung im allgemeinen Verwaltungsrecht im Unterschied zum Sozialrecht ist bemerkenswert.³²² Letztlich liegt der Rechtsfolgenbeschränkung des Folgenbeseitigungsanspruchs und der Ablehnung eines allgemeinen Herstellungsanspruchs auf der einen Seite und der Anerkennung eines sozialrechtlichen Herstellungsanspruches auf der anderen Seite die identische Frage nach den Folgen rechtswidrigen Verwaltungshandelns zugrunde. Die unterschiedlichen Antworten, die in den verschiedenen Rechtsgebieten auf die gleiche Frage gegeben werden, zeigen, dass die grundsätzliche Frage nach den Rechtsfolgen rechtswidrigen Verwaltungshandelns tatsächlich nicht in dem Maße geklärt ist, wie man es angesichts der jeweils bereichsspezifisch gesicherten Rechtspraxis annehmen könnte.

Eingang in die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts fand der Anspruch unter ausdrücklicher Berufung auf *Menger* erstmals im Jahr 1962.³²³ In der Folgezeit erlebte die Begründung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs in der bundessozialgerichtlichen Rechtsprechung über eine Nebenpflichtverletzung³²⁴, den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben³²⁵ und den allgemeinen Folgenbeseitigungsanspruch³²⁶ einen bemerkenswerten und nicht immer konsistenten Wandel.³²⁷ Heute hat sich der sozialrechtliche Herstellungsanspruch soweit verfestigt, dass ihm gewohnheitsrechtliche Geltung zugesprochen wird.³²⁸

Zunächst fand der Anspruch überwiegend in Fällen Anwendung, in denen die Verwaltung ihr gegenüber dem Antragsteller obliegende Betreuungspflichten wie etwa Auskunft- oder Beratungspflichten verletzt hatte und darauf zurückgehend der Antragsteller es versäumt hatte, eine Verfahrenshandlung vorzunehmen.³²⁹ Über den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch wurde in diesen Fällen letztlich die versäumte Verfahrens-

³²⁰ BSGE 104, 245 (254) und die Nachweise ab Fn. 319.

³²¹ *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 34 Rn. 69; *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, S. 392 f.; *Grzeszick*, in: Erichsen/Ehlers, Verwaltungsrecht, § 45 Rn. 136 ff.; umfassend zum sozialrechtlichen Herstellungsanspruch: *Schmidt-De Caluwe*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch, S. 1 ff.; *Adolf*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch, S. 1 ff.; kritisch: *Schoch*, VerwArch 79 (1988), S. 1 (54 ff.); *Ebsen*, DVBl 1987, S. 389 (389 ff.).

³²² *Schoch*, VerwArch 79 (1988), S. 1 (30 f.).

³²³ BSG, MDR 1962, S. 1022 (1022 f.).

³²⁴ BSG, MDR 1962, S. 1022 (1022 f.).

³²⁵ BSGE 57, S. 288 (290).

³²⁶ BSGE 34, S. 124 (126).

³²⁷ Siehe zu der Entwicklung etwa: *Pietzner/Müller*, VerwArch 85 (1994), S. 603 (604 f.); *Schoch*, VerwArch 79 (1988), S. 1 (26 f.); *Schmidt-De Caluwe*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch, S. 85 ff. und 153 ff. zu den wechselnden dogmatischen Begründungen.

³²⁸ BSGE 104, 245 (254); *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, S. 394; *Schmidt/Schmidt*, Jura 2005, S. 372 (373).

³²⁹ *Pietzner/Müller*, VerwArch 85 (1994), S. 603 (606); *Schmidt-De Caluwe*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch, S. 143 f.

handlung zu Gunsten des Antragstellers fingiert.³³⁰ Später erweiterte das Bundessozialgericht den Anwendungsbereich des sozialrechtlichen Herstellungsanspruches zunehmend und heute kann grundsätzlich jede Pflichtwidrigkeit einen sozialrechtlichen Herstellungsanspruch begründen,³³¹ sofern der Gesetzgeber keine speziellere Rechtsfolge vorgesehen hat.³³²

In Fällen, in denen die Verwaltung rechtswidrig einen Anspruch auf eine Begünstigung vereitelt hat, könnte demnach der sozialrechtliche Herstellungsanspruch dem Betroffenen eine Möglichkeit bieten, die begehrte Begünstigung doch noch zu erlangen. Dies gilt auch in Konstellationen wie der hier interessierenden, in denen zwischenzeitlich eine Änderung der Sach- oder Rechtslage den Anspruch auf die Begünstigung ausgeschlossen hat. Zwar können im Rahmen eines sozialrechtlichen Herstellungsanspruches nur rechtlich zulässige Amtshandlungen verlangt werden.³³³ Allerdings wird das Erfordernis der rechtlichen Zulässigkeit weit verstanden und schließt nur solche Amtshandlungen aus, für die es überhaupt an einer Grundlage fehlt oder die generell verboten sind.³³⁴ Allein der Umstand, dass nach der aktuellen Sach- oder Rechtslage kein Anspruch auf die Begünstigung besteht, schließt demnach einen auf die Begünstigung gerichteten sozialrechtlichen Herstellungsanspruch nicht aus. Denn bei einem solch engen Verständnis würde das Instrument des Herstellungsanspruches seines Sinnes beraubt: Wäre die Amtshandlung auch nach der aktuell vorliegenden Sach- und Rechtslage ohnehin uneingeschränkt rechtlich zulässig, bedürfte es schon keines Herstellungsanspruches, sondern der ursprüngliche Anspruch könnte ohne Modifikationen durchgesetzt werden.³³⁵

Zusammenfassend kann der sozialrechtliche Herstellungsanspruch wie folgt umrissen werden: Erforderlich sind auf Tatbestandsseite des verschuldensunabhängigen Anspruches erstens das Bestehen einer sozialrechtlichen Sonderbeziehung, zweitens ein rechtswidriges Handeln der Behörde und drittens ein hierdurch kausal entstandener rechtlicher Nachteil des Betroffenen.³³⁶ Auf Rechtsfolgenseite kann grundsätzlich die Einräumung der Rechtsposition verlangt werden, die der Betroffene ohne das pflichtwidrige Verwaltungshandeln innegehabt hätte.³³⁷

³³⁰ *Adolf*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch, S. 53 f.

³³¹ *Pietzner/Müller*, VerwArch 85 (1994), S. 603 (606); *Schmidt-De Caluwe*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch, S. 144.

³³² BSGE 60, S. 158 (164); *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 34 Rn. 69 m.w.N.

³³³ *Schmidt-De Caluwe*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch, S. 149 f.; *Adolf*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch, S.54.

³³⁴ BSGE 49, 76; 106, 296; *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 1. SGB vor §§ 38-47 Rn. 204.

³³⁵ *Adolf*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch, S. 54 f.; *Ebsen*, DVBl 1987, S. 389 (391); *Schoch*, VerwArch 79 (1988), S. 1 (29).

³³⁶ *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 1. SGB vor §§ 38-47, Rn. 141 ff.; *Schmidt-De Caluwe*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch, S. 141 ff.; *Adolf*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch, S. 53 f.

³³⁷ *Schmidt-De Caluwe*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch, S. 147; *Adolf*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch, S. 42 ff.; *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 34 Rn. 69 m.w.N.

Nachdem die Entwicklung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruches lange Zeit relativ unbemerkt von den Diskussionen im Kontext des allgemeinen Verwaltungsrechts verlaufen war, hat die Frage seiner Übertragbarkeit auf das allgemeine Verwaltungsrecht in jüngerer Zeit eine vermehrte Aufmerksamkeit erfahren.³³⁸ In der Sache geht es bei der Frage der Übertragbarkeit des sozialrechtlichen Herstellungsanspruches um die gleichen Fragen, die sich auch bei der Bewertung der auf *Menger* zurückgehenden Forderung nach einem allgemeinen Herstellungsanspruch und der Forderung nach einer Überwindung der Rechtsfolgenbegrenzung des Folgenbeseitigungsanspruches stellen. Allein aufgrund des bemerkenswerten Eigenlebens, das der Gedanke eines Herstellungsanspruches im Bereich des Sozialrechts entwickelt hat, wird die Frage nach der Anerkennung eines allgemeinen Herstellungsanspruches heute zunehmend unter dem Gesichtspunkt einer Verallgemeinerung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruches aufgeworfen.

Das Bundesverwaltungsgericht zeigt sich offen für eine Anwendung der Grundsätze des vom Bundessozialgericht entwickelten sozialrechtlichen Herstellungsanspruches in „sozialrechtlich geprägten *Verwaltungsverfahren*“.³³⁹ Mehrmals lehnte das Bundesverwaltungsgericht die Anwendung des Herstellungsanspruches allein aufgrund des Fehlens einzelner Anspruchsvoraussetzungen ab³⁴⁰ oder ließ die Frage offen.³⁴¹ In einem Fall zum Beruflichen Rehabilitierungsgesetz wandte es die Grundsätze des sozialrechtlichen Herstellungsanspruches ausdrücklich an.³⁴² In Fällen ohne Bezug zum Sozialrecht verweigerte das Bundesverwaltungsgericht demgegenüber die Übertragung der Grundsätze des sozialrechtlichen Herstellungsanspruches. Eine Übertragung auf das Gebiet des allgemeinen Verwaltungsrechts lehnt das Bundesverwaltungsgericht ab, denn dort könne „*unrechtmäßiges Verwaltungshandeln oder Unterlassen nur im Rahmen zulässigen Verwaltungshandelns ausgeglichen werden*“.³⁴³ In einem Beschluss aus dem Jahr 2010 nahm das Gericht hierauf Bezug und sah es als „*in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts geklärt*“ an, dass im allgemeinen Verwaltungsrecht – anders als im Sozialrecht – im Rahmen der Folgenbeseitigung kein über die Wiederherstellung des ursprünglichen, durch hoheitlichen Eingriff veränderten Zustandes hinausgehender Anspruch bestünde.³⁴⁴

³³⁸ *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 30 Rn. 25 m.w.N.; insbesondere *Olbertz*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch im Verwaltungsrecht, S. 144 ff.

³³⁹ BVerwGE 140, S. 103 (107).

³⁴⁰ Buchholz 239.1 § 15 BeamtVG Nr 1; Buchholz 454.71 § 27 WoGG Nr 2.

³⁴¹ Buchholz 436.36 § 36 BaföG Nr 17.

³⁴² BVerwGE 140, S. 103 (107 ff.).

³⁴³ BVerwGE 79, S. 192 (194) m.w.N.

³⁴⁴ BVerwG, Beschl. v. 14.07.2010, 1 B 13/10, Rn. 3, juris.

Das Schrifttum lehnt die Forderung nach einer Verallgemeinerung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs überwiegend ab,³⁴⁵ wobei es auch zustimmende³⁴⁶ und sich für eine Übertragung offen zeigende Stimmen gibt.³⁴⁷

3. Ablehnung eines allgemeinen Herstellungsanspruchs

Letztlich überzeugt die Ablehnung eines allgemeinen Herstellungsanspruches durch gerichtliche Praxis und die überwiegende Auffassung im Schrifttum. Dies gilt jedenfalls im Hinblick auf das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren.

Betrachtet man die Problematik zunächst unter dem Gesichtspunkt einer Übertragbarkeit des sozialrechtlichen Herstellungsanspruches auf das allgemeine Verwaltungsrecht, so gewinnt die Frage an Bedeutung, ob das Sozialrecht Besonderheiten aufweist, die einer Verallgemeinerung der Grundsätze des sozialrechtlichen Herstellungsanspruches entgegenstehen. Diese Frage hängt eng zusammen mit der Frage nach der zutreffenden Begründung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruches. Dass das Bundessozialgericht für diese Frage eine überzeugende Begründung bislang schuldig geblieben ist, wird mit Recht kritisiert.³⁴⁸ In der Tat entsteht durch die erörterten wechselnden Begründungsansätze der Eindruck, dass der Verweis auf die allgemeine Anerkennung und gewohnheitsrechtliche Geltung tatsächlich bestehende Unklarheiten über den Geltungsgrund lediglich verdeckt. Trotz der dogmatisch unbefriedigenden Herleitung des Geltungsgrundes lassen sich sozialrechtliche Besonderheiten ausmachen, die bis zu einem gewissen Grad die weitreichenden Rechtsfolgen des sozialrechtlichen Herstellungsanspruches rechtfertigen. Dies ist vor allem die besondere Fürsorgepflicht, die der Verwaltung im Bereich des Sozialrechts gegenüber dem Bürger obliegt, der sich regelmäßig in einer besonders schwachen und schutzbedürftigen Situation befindet. Überdies kommt den sozialrechtlichen Ansprüchen oftmals eine existenzielle Bedeutung für den Einzelnen zu.³⁴⁹ Schon aufgrund der Nähe dieser Aspekte zum Sozialstaatsprinzip sollte der sozialrechtliche Herstellungsanspruch nicht ohne weiteres als „Billigkeitsanspruch“ verworfen werden.³⁵⁰ Denn mit der besonderen Schutzbedürftigkeit des Bürgers im Sozialrecht geht eine besonders ausgeprägte Fürsorgepflicht der Verwaltung einher, die

³⁴⁵ Gerhard, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Vorb. § 113 Rn. 6; Schoch, VerwArch 79 (1988), S. 1 (39 und 55); Brugger, AöR 112, S. 389 (436 ff., insbesondere 444 ff.); Pietzner/Müller, VerwArch 85 (1994), S. 603 (611); Kallerhoff, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 25 Rn. 21; Vogler, Genehmigungsanspruch, S. 144; Bettermann, DÖV 1955, S. 528 (536); Scheuner, DÖV 1955, S. 545 (549 f.); Mangoldt, DVBl 1974, S. 825 (828 f.); Luhmann, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, S. 91 ff.; Weyreuther, Gutachten, S. 34 ff.; Rösslein, Der Folgenbeseitigungsanspruch, S. 43 ff. und die w.N. bei Schoch, VerwArch 79 (1988), S. 1 (19 dort Fn. 112).

³⁴⁶ Redeker, DÖV 1987, S. 194 (198); Wallerath, DÖV 1987, S. 505 (505 ff.); ders. DÖV 1994, S. 757 (757 ff.); Olbertz, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch im Verwaltungsrecht, S. 144 ff.

³⁴⁷ Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 30 Rn. 24 m.w.N.

³⁴⁸ Schoch, VerwArch 79 (1988), S. 1 (28, 54).

³⁴⁹ Vgl. Brugger, AöR 112, S. 389 (434 f.); Schmidt, Staatshaftung für verzögertes Amtshandeln, S. 172.

³⁵⁰ So aber Schoch, VerwArch 79, S. 1 (58).

zumindest bis zu einem gewissen Grad das mit dem sozialrechtlichen Herstellungsanspruch erreichte Ergebnis rechtfertigt.

Diese Rechtfertigung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs ist gleichzeitig Argument gegen seine Übertragung auf weitere Gebiete des Verwaltungsrechts und insbesondere das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren.³⁵¹ Denn auch wenn dem allgemeinen Verwaltungsrecht Betreuungs- und Informationspflichten nicht fremd sind,³⁵² kommt ihnen in der Regel eine geringere Bedeutung als im Sozialrecht zu, da der Grad der Schutzbedürftigkeit des Betroffenen meist nicht vergleichbar ist. Dies gilt jedenfalls im Bereich des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens. Denn dort verfolgt der Antragsteller typischerweise wirtschaftliche Interessen in einem professionellen Kontext und das Verhältnis zwischen Verwaltung und Antragsteller ist von einem hohen Maß an Eigenverantwortlichkeit geprägt. Zum Ausdruck kommt dies unter anderem in den weitreichenden Beibringungspflichten im Rahmen des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens. Ähnliche Überlegungen dürften auch der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zugrunde liegen, wenn das Gericht den Anwendungsbereich des sozialrechtlichen Herstellungsanspruches auf „*sozialrechtlich geprägte Verfahren*“ beschränkt.³⁵³

Nähert man sich der Problematik losgelöst von den Entwicklungen im Sozialrecht und stellt sich die allgemeine Frage nach der Anerkennung eines allgemeinen Herstellungsanspruch, so greift freilich der Einwand der fehlenden Verallgemeinerungsfähigkeit der dem Sozialrecht eigenen besonderen Schutzwürdigkeit nicht. Dennoch ist ein allgemeiner Herstellungsanspruch auch aus dieser Perspektive abzulehnen. Zwar wäre ein allgemeiner Herstellungsanspruch geeignet, die verbleibenden Lücken im Staatshaftungsrecht zu schließen und damit verschiedene bislang als unbefriedigend empfundene Konstellationen – unter ihnen auch die hier interessierende – einer Lösung zuzuführen. Gerade die weitgehenden Rechtsfolgen und der potenziell sehr weite Anwendungsbereich eines allgemeinen Herstellungsanspruches sprechen aber, zumindest auf Basis des geltenden Rechts, zugleich gegen seine Anerkennung. Mit der Anerkennung eines allgemeinen Herstellungsanspruches würde das bestehende und historisch gewachsene System der staatlichen Ersatzleistungen grundlegend umgestaltet. Der in der Überwindung der Grenzen des Staatshaftungsrechts liegende Vorteil eines allgemeinen Herstellungsanspruches würde gleichzeitig eben diese Grenzen sprengen. Aufgeworfen ist damit die Frage, ob ohne ein Tätigwerden des Gesetzgebers ein solcher Anspruch im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung begründet werden kann. Maßgeblich ist im Kern eine Frage der Gewaltenteilung. Gegen die Zulässigkeit eines richterrechtlich geschaffenen allgemeinen Herstellungsanspruches spricht, dass der Gesetzgeber seinen Willen zu der

³⁵¹ Vgl. *Schmidt*, Staatshaftung für verzögertes Amtshandeln, S.172.

³⁵² *Kallerhoff*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 25 Rn. 5 ff.

³⁵³ BVerwGE 140, S. 103 (107); ähnlich auch *Brugger*, AöR 112, S. 389 (444 ff.).

Frage eines allgemeinen Herstellungsanspruch in dem Staatshaftungsgesetz vom 26. Juni 1981³⁵⁴ zum Ausdruck brachte. Dessen § 3 als „Grundnorm“ der Folgenbeseitigung sah eine Rechtsfolgenbeschränkung auf die *Wiederherstellung* des früheren Zustandes vor und suchte insoweit lediglich die bisherige Rechtsprechung zu kodifizieren.³⁵⁵ Trotz der späteren Nichtigerklärung durch das Bundesverfassungsgericht aufgrund der fehlenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes durch Urteil vom 19. Oktober 1982³⁵⁶ hat sich der Gesetzgeber mit dem Staatshaftungsgesetz eindeutig gegen einen allgemeinen Herstellungsanspruch ausgesprochen. Vor diesem Hintergrund würde eine richterliche Anerkennung eines solchen Anspruches die verfassungsmäßigen Grenzen der Rechtsfortbildung überschreiten und dem Grundsatz der Gewaltenteilung zuwiderlaufen.³⁵⁷

Rechtspolitisch ist gegen einen allgemeinen Herstellungsanspruch einzuwenden, dass er eine zu pauschale Antwort auf eine zu vielschichtige Problematik darstellt. Eine vollständige Kompensation ist nicht in jedem Fall eine adäquate Reaktion der Rechtsordnung auf ein rechtswidriges Verwaltungshandeln. So kann etwa die Kompensation eines rechtswidrigen Verwaltungshandelns mitunter erheblich höhere Kosten als das ursprüngliche Richtighandeln verursachen oder eine vollständige Kompensation mit berechtigten Interessen Dritter kollidieren, die auf die Richtigkeit des tatsächlich fehlerhaften Verwaltungshandelns vertrauen durften. Vor diesem Hintergrund ist die Reaktion der Rechtsordnung nicht pauschal, sondern „*unter Einbeziehung des Fehlers, seiner Gründe und seiner Folgen*“ zu ermitteln.³⁵⁸

4. Ergebnis

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass durch die Anerkennung eines allgemeinen Herstellungsanspruches die Problematik eines Untergangs des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruches durch eine Änderung der Sach- oder Rechtslage im Zuge einer rechtswidrigen Verfahrensverzögerung theoretisch zwar einer umfassenden Lösung zugeführt werden könnte. Allerdings scheidet ein allgemeiner Herstellungsanspruch aus, weil er die Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung überschreiten und den Gewaltenteilungsgrundsatz verletzen würde. Rechtspolitisch ist ein allgemeiner Herstellungsanspruch ebenfalls abzulehnen, weil er eine zu pauschale Antwort auf die komplexe Frage nach den Folgen rechtswidrigen Verwaltungshandelns ist.

³⁵⁴ BGBl. I, S 554.

³⁵⁵ *Bender*, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl., Rn. 431 und 561 ff.

³⁵⁶ Mit Ur. v. 19.10.1982, BVerfGE 61, 149.

³⁵⁷ *Seewald* warf bereits 1980 vor dem Hintergrund des damals bevorstehenden Inkrafttretens des Staatshaftungsgesetzes die Frage auf, ob danach das „System des öffentlich-rechtlichen Nachteilsausgleichs“ noch gleichermaßen der richterrechtlichen Fortbildung zugänglich sei, Sgb. 1980, S. 549 (549). Kritisch aus diesem Grund auch *Schoch*, VerwArch 79 (1988), S. 1 (66).

³⁵⁸ *Luhmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, S. 92.

VIII. Kein Primärrechtsschutz im Wege des Geldersatzes

Im Rahmen der bislang erörterten Schutzmöglichkeiten der Rechtsordnung vor einem Untergang des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruchs durch eine rechtswidrige Verfahrensverzögerung im Zusammenspiel mit einer Änderung der Sach- oder Rechtslage ist deutlich geworden, dass diese entweder bereits nicht geeignet sind, den Untergang des Genehmigungsanspruches zu verhindern oder aber (im Falle eines allgemeinen Herstellungsanspruches) so weitgehend sind, dass sie unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung derart bedenklich sind, dass die gerichtliche Praxis und der überwiegende Teil des Schrifttums sie mit Recht ablehnen. Allein die Rechtsfigur der Folgenbeseitigungslast kann für einen Teilbereich der Problematik, nämlich für die Fälle, in denen der Genehmigungsbehörde ein inzident eröffneter Ermessensspielraum eröffnet und Drittinteressen nicht entgegenstehen, einen Lösungsansatz bieten.

Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Rechtsordnung den Antragsteller in den außerhalb des Anwendungsbereichs der Folgenbeseitigungslast liegenden Fällen gänzlich schutzlos lässt.

Anerkanntermaßen können im baurechtlichen Genehmigungsverfahren eine rechtswidrige Genehmigungsversagung und eine rechtswidrig verzögerte Genehmigungserteilung monetäre Ersatzansprüche in Gestalt eines Amtshaftungsanspruches nach Art. 34 GG und § 839 BGB und eines Entschädigungsanspruches aus enteignungsgleichem Eingriff begründen.³⁵⁹ Entsprechendes wird im Fall einer Überschreitung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen in § 10 Abs. 6a und § 16 Abs. 3 BImSchG angenommen.³⁶⁰ Auf Geldersatz gerichtete Ansprüche sind aber, abgesehen von einem gewissen Abschreckungspotenzial, nicht geeignet, einen Schutz des Genehmigungsanspruches auf der Primärebene zu bewirken. Als Schutzmöglichkeit vor einem Untergang des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruches durch nach Fristablauf eintretende Änderungen der Sach- und Rechtslage reichen sie nicht aus. Sie werden im Abschnitt E zu den Sekundäransprüchen näher zu betrachten sein.

³⁵⁹ BGH, WM 1992, S. 1858 (1859); BGH, NJW 1994, S. 2091 (2092 ff.); BGH, BauR 2001, S. 1884 (1885 f.); BGHZ 170, 260 (266).

³⁶⁰ *Roßnagel*, in: GK-BImSchG, § 10 Rn. 522; *Dietlein*, in: Landmann/Rohmer, BImSchG, § 10 Rn. 244; *Frenz*, in: Kotulla, BImSchG, § 10 Rn. 170; *Jarass*, BImSchG, § 10 Rn. 118; vgl. auch *Rohlfing*, BauR 2006, S. 847 (947 ff.).

D. Auslegung der Verfahrensfristen zur Ermittlung des Beurteilungszeitpunkts bei Fristüberschreitungen

Als Zwischenfazit hat sich ergeben: Nach herkömmlichem Verständnis zieht die Rechtsordnung aus einer Überschreitung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen nicht nur keine Konsequenzen im Hinblick auf die Wahl des maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts, sondern stellt auch im Übrigen keine hinreichenden Schutzmöglichkeiten bereit, die einen Untergang des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruchs durch eine rechtswidrige Verfahrensverzögerung verhindern würden. Die dem herkömmlichen Verständnis entsprechende Wahl des Beurteilungszeitpunkts lässt demnach den ursprünglich bestehenden Genehmigungsanspruch regelmäßig durch nach Fristablauf eintretende erhebliche und nachteilige Änderungen der Sach- und Rechtslage untergehen.

Der Befund ist unbefriedigend: Obgleich die Genehmigungsbehörden die Genehmigung hätten erteilen müssen, wenn sie das Genehmigungsverfahren rechtmäßig, d.h. innerhalb der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen, zu einem Abschluss gebracht hätten, soll die rechtswidrige Vereitelung des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruchs auf der Primärebene folgenlos bleiben. Im Folgenden ist daher der Frage nachzugehen, ob der Zwischenbefund Bestand haben kann, wenn er an den anerkannten Grundsätzen zur Wahl des maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts gemessen wird.

Anerkanntermaßen haben Gerichte und Verwaltung aufgrund ihrer Gesetzesbindung nach Art. 20 Abs. 3 GG stets das im Entscheidungszeitpunkt geltende Recht anzuwenden und der zutreffende Beurteilungszeitpunkt ist dem im jeweiligen Entscheidungszeitpunkt geltenden materiellen Recht zu entnehmen. Das im Entscheidungszeitpunkt geltende materielle Recht kann wiederum im Wege eines Anwendungsbefehls eine andere als die im Entscheidungszeitpunkt vorliegende Sach- und Rechtslage für maßgeblich erklären. Oftmals trifft das materielle Recht allerdings keine explizite Aussage zum maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt. In diesen Fällen ist der maßgebliche Beurteilungszeitpunkt dem materiellen Recht im Wege der Auslegung zu entnehmen.³⁶¹

So liegt es auch hier: Eine explizite gesetzliche Regelung zum maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren existiert nicht und ein Verweis auf das einem tradiertem Verständnis entsprechende Zusammenfallen von Beurteilungs- und Entscheidungszeitpunkt vermag als Erklärung für einen Anspruchsuntergang nicht zu befriedigen, weil die Grundregel eines Zusammenfallens von Beurteilungs- und Entscheidungszeitpunkt in Verpflichtungssituationen in erster Linie einen empirischen Befund widerspiegelt, für sich genommen aber keine normative

³⁶¹ Siehe zu den Grundsätzen zur Wahl des Beurteilungszeitpunkts S. 13 ff.

Überzeugungskraft besitzt.³⁶² Es entspricht daher anerkannten Grundsätzen, den maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren für den Fall einer rechtswidrigen Verfahrensverzögerung dem materiellen Recht im Wege der Auslegung zu entnehmen. Das soll im Folgenden geschehen.

Den methodischen Ansatzpunkt bilden dabei die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen in § 10 Abs. 6a und § 16 Abs. 3 BImSchG, die Teil des materiellen Rechts sind, dem der maßgebliche Beurteilungszeitpunkt im Wege der Auslegung zu entnehmen ist. Die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen geben den Genehmigungsbehörden vor, innerhalb welchen Zeitraums die Genehmigungsbehörden Genehmigungsverfahren zum Abschluss zu bringen haben, indem sie den spätesten Zeitpunkt für eine rechtmäßige Genehmigungsentscheidung festlegen. Damit betreffen die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen zugleich Fragen des maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts. Denn bei Einhaltung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen können von vornherein nur bis zum Fristablauf eintretende Änderungen der Sach- und Rechtslage, nicht aber nach Fristablauf eintretende Änderungen der Sach- und Rechtslage bei der Genehmigungsentscheidung Berücksichtigung finden. Bei Einhaltung der Verfahrensfristen können also nach Fristablauf eintretende Änderungen der Sach- und Rechtslage einen ursprünglich bestehenden Genehmigungsanspruch nicht untergehen lassen.

Auf diese Regelungswirkung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen aufsetzend, ist der Frage nachzugehen, welche Konsequenzen den immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen für den Fall ihrer Überschreitung für die Wahl des maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts zu entnehmen sind. Die Frage ist im Wege einer umfassenden Auslegung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen zur Ermittlung des maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts zu beantworten. Dazu werden die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen in einem ersten Schritt einfachrechtlich nach Wortlaut, Historie und vor dem Hintergrund der Systematik des Bundesimmissionsschutzgesetz ausgelegt. In einem zweiten Schritt werden die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen im Lichte höherrangiger Anforderungen in Gestalt der Grundrechte und des gesetzgeberischen Steuerungsanspruchs ausgelegt, um den maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt im Fall einer Fristüberschreitung zu ermitteln. Weil die bei der Auslegung zu berücksichtigenden Anforderungen ebenso wie das Auslegungsergebnis im Fall einer Änderung der Rechtslage (hierzu unter I.) und im Fall einer Änderung der Sachlage (hierzu unter II.) divergieren, sind beide Fälle getrennt zu erörtern.

³⁶² Siehe S. 13 ff.

I. Beurteilungszeitpunkt für die Rechtslage

1. Einfachrechtliche Auslegung

a) Wortlaut und Historie

Dem Wortlaut der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen in § 10 Abs. 6a und § 16 Abs. 3 BImSchG ist keine Aussage zu entnehmen, welcher Beurteilungszeitpunkt im Fall einer Fristüberschreitung maßgeblich sein soll. Bei Einhaltung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen können zwar von vornherein nur bis zum Fristablauf eingetretene Änderungen der Sach- und Rechtslage, nicht aber nach Fristablauf eingetretene Änderungen der Sach- und Rechtslage bei der Genehmigungsentscheidung Berücksichtigung finden. Dem Wortlaut der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen ist aber nicht zu entnehmen, welche Rechtsfolgen an eine Fristüberschreitung im Hinblick auf die Wahl des maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts zu knüpfen sind.

Weiter führt eine Auslegung nach der Historie der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen. Die Gesetzesbegründung zu § 10 Abs. 6a BImSchG erkennt ein berechtigtes Interesse des Antragstellers „*an einer zügigen Entscheidung im geltenden Recht*“³⁶³ (Unterstreichung nur hier) ausdrücklich an und legt damit nahe, dass dem Antragsteller ein Anspruch auf eine Genehmigungsentscheidung „im geltenden Recht“ im Sinne einer Genehmigungsentscheidung am Maßstab der bei Fristablauf vorliegenden Rechtslage zukommt. Obgleich die Gesetzesmaterialien zu § 16 Abs. 3 BImSchG insoweit nur von dem Ziel der Verfahrensbeschleunigung sprechen,³⁶⁴ dürfte nach dem Willen des Gesetzgebers für das Änderungs-genehmigungsverfahren entsprechendes wie für das Erstgenehmigungsverfahren gelten. Vor dem Hintergrund der insoweit eher knappen Gesetzgebungsmaterialien zu den immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen sollte die Bedeutung der Gesetzesbegründung indes nicht überbewertet werden, zumal die Anerkennung eines Anspruchs auf eine Genehmigungsentscheidung „im geltenden Recht“ nicht zweifelsfrei entnommen werden kann, auf welches Anspruchsziel der Anspruch im Fall einer Fristüberschreitung gerichtet ist. Dennoch spricht die ausdrückliche Anerkennung eines berechtigten Interesses des Antragstellers an einer Genehmigungsentscheidung „im geltenden Recht“ im Ergebnis gegen eine Berücksichtigung von nach Fristablauf eingetretenen Rechtsänderungen bei der Genehmigungsentscheidung, auch wenn diese Schlussfolgerung nicht zwingend ist.

³⁶³ BT-Drs. 12/3944, S. 54.

³⁶⁴ BT-Drs. 7/1513 S. 3 und S. 5.

b) Systematische Auslegung

Eine systematische Auslegung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen spricht ebenfalls dagegen, dass nach Fristablauf eingetretene Änderungen der Rechtslage generell bei der Genehmigungsentscheidung zu berücksichtigen sind und einen ursprünglich bestehenden Genehmigungsanspruch untergehen lassen können. Maßgeblich ist das für das Bundesimmissionsschutzgesetz charakteristische System dynamischer Betreiberpflichten (hierzu unter aa)) und die Ausgestaltung des Rechtsschutzsystems, das das Bundesimmissionsschutzgesetz für Drittbetroffene vorsieht (hierzu unter bb)).

aa) Systematik der dynamischen Betreiberpflichten

Die Dynamik der immissionsschutzrechtlichen Betreiberpflichten kommt darin zum Ausdruck, dass die Betreiberpflichten kontinuierlich an einen fortschreitenden Erkenntnisstand über Umweltauswirkungen und einen sich weiterentwickelnden Stand der Technik anzupassen sind, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass eine „statische“ Anlagengenehmigung einen ausreichenden Schutz von Menschen und Umwelt vor schädlichen Einwirkungen über einen längeren Betriebszeitraum nicht sicherstellen kann.³⁶⁵

Zur Durchsetzung der dynamischen Betreiberpflichten stehen die Instrumente des Verbots des Anlagenbetriebs (§ 20 BImSchG), der Aufhebung der Genehmigung (§ 21 BImSchG und § 48 VwVfG) und des Erlasses nachträglicher Anordnungen (§ 17 BImSchG) zur Verfügung.³⁶⁶ Dabei ist aus Gründen der Verhältnismäßigkeit vorrangig auf den Erlass nachträglicher Anordnungen zurückzugreifen, weil sie den Genehmigungsinhaber regelmäßig am wenigsten belasten. Nachträgliche Anordnungen stellen demnach das vom Bundesimmissionsschutzgesetz in erster Linie vorgesehene Instrument dar, um nachträglichen Änderungen der Rechtslage Rechnung zu tragen. Dies bedeutet, dass Änderungen der Rechtslage, die nach Fristablauf eintreten, nach der Konzeption der dynamischen Betreiberpflichten primär durch den Erlass nachträglicher Anordnungen, nicht aber durch eine Berücksichtigung bei der Genehmigungsentscheidung Rechnung getragen werden kann.

Unter diesem Gesichtspunkt besteht eine Parallele zu einem anderen Kontext des besonderen Verwaltungsrechts: Im gewerberechtlichen Untersagungsverfahren begründet das in § 35 Abs. 6 GewO vorgesehene Wiedergestattungsverfahren eine Vorverlagerung des bei der Anfechtung von Dauer-

³⁶⁵ Dietlein, in: Landmann/Rohmer, BImSchG, § 5 Rn. 6 m.w.N.

³⁶⁶ Vgl. Jarass, BImSchG, § 17 Rn. 1.

verwaltungsakten ansonsten maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts. In Anfechtungskonstellationen ist in der Regel auf die im Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung vorliegende Sach- und Rechtslage abzustellen.³⁶⁷ Von dieser Grundregel wird bei der Anfechtung von Dauerverwaltungsakten wie der Gewerbeuntersagung eine Ausnahme gemacht und auf die im Entscheidungszeitpunkt vorliegende Rechtslage abgestellt.³⁶⁸ Für den Fall der Anfechtung einer Gewerbeuntersagungsverfügung durch deren Adressaten ist wiederum eine Rückausnahme dergestalt anerkannt, dass der Wegfall der Untersagungs Voraussetzungen nach Erlass der Untersagung unberücksichtigt bleibt. Es wird mithin der Beurteilungszeitpunkt vorverlagert. Die Rückausnahme vom Zusammenfallen von Beurteilungs- und Entscheidungszeitpunkt wird im Kern damit begründet, dass der Veränderung der Sach- oder Rechtslage im Rahmen des Wiedergestattungsverfahrens Rechnung zu tragen ist.³⁶⁹ Dem gewerberechtlichen Wiedergestattungsverfahren entspricht in der Systematik des Bundesimmissionsschutzgesetzes die Möglichkeit zum Erlass nachträglicher Anordnungen.

Vor diesem Hintergrund ist festzuhalten, dass das Bundesimmissionsschutzgesetz mit den dynamischen Betreiberpflichten und namentlich der Möglichkeit zum Erlass nachträglicher Anordnungen ein differenziertes Instrumentarium bereitstellt, mit dem nach Fristablauf eingetretene Rechtsänderungen angemessen berücksichtigt werden können. Eine generelle Berücksichtigung nachträglicher Rechtsänderungen bei der Genehmigungsentscheidung und ein damit verbundener genereller Untergang eines ursprünglich bestehenden immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruchs würde daher nicht der Systematik der dynamischen Betreiberpflichten entsprechen.

bb) Drittrechtsschutz

Eine generelle Berücksichtigung von nach Fristablauf eingetretenen Änderungen der Rechtslage und der damit verbundene Untergang eines ursprünglich bestehenden immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruchs würde zudem nicht im Einklang mit dem Rechtsschutzsystem stehen, das das Bundesimmissionsschutzgesetz für Drittbetroffene vorsieht.

³⁶⁷ Siehe S. 14.

³⁶⁸ *Wolff*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 113 Rn. 116; *Kothe*, in: Redeker/v. Oertzen, VwGO, § 108 Rn. 19; *Schmidt*, in: Eyermann, VwGO, § 113 Rn. 48; *Kopp/Schenke*, VwGO, § 113 Rn. 44 – jeweils m.w.N.

³⁶⁹ BVerwGE 65, 1 (2 ff.); *Marks*, in: Landmann/Rohmer, GewO, § 35 Rn. 21; *Ennuschat*, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, § 35 Rn. 130 – jeweils m.w.N.

Ansatzpunkt ist wiederum das für das Bundesimmissionsschutzgesetz charakteristische System dynamischer Betreiberpflichten, namentlich der Möglichkeit zum Erlass nachträglicher Anordnungen. Auf der Ebene des Drittrechtsschutzes bedeutet das System dynamischer Betreiberpflichten, dass den Drittbetroffenen ein differenziertes Rechtsschutzsystem zur Verfügung steht, innerhalb dessen Drittbetroffene auch nach Genehmigungserteilung eingetretene Rechtsänderungen geltend machen können.

Dies entspricht der Begründung des Bundesverwaltungsgerichts für den maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt in immissionsschutzrechtlichen Drittanfechtungskonstellationen, in denen Drittbetroffene sich nicht auf nachträgliche Änderungen der Sach- oder Rechtslage berufen können. Das Bundesverwaltungsgericht folgert aus den im Bundesimmissionsschutzgesetz vorgesehenen Instrumenten des Verbots des Anlagenbetriebs (§ 20 BImSchG), der Aufhebung der Genehmigung (§ 21 BImSchG und § 48 VwVfG) und vor allem des Erlasses nachträglicher Anordnungen (§ 17 BImSchG):

„Wer als Nachbar einen Anspruch darauf zu haben meint, daß die Behörde in solcher Weise gegen eine aufgrund immissionsschutzrechtlicher Genehmigung betriebene Anlage einschreitet, ist darauf angewiesen, diesen Anspruch notfalls durch Erhebung einer Verpflichtungsklage geltend zu machen.“³⁷⁰

Die Argumentation des Bundesverwaltungsgerichts kann auf den Beurteilungszeitpunkt für den Fall einer Überschreitung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen übertragen werden. Danach ist der Untergang eines ursprünglich bestehenden immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruchs durch nach Fristablauf eingetretene Änderungen der Rechtslage nicht aus Gründen eines hinreichend effektiven Drittrechtsschutzes geboten. Im Gegenteil: Das Bundesimmissionsschutzgesetz stellt mit dem System der dynamischen Betreiberpflichten ein differenziertes Rechtsschutzsystem für Drittbetroffene bereit, das eine angemessene Berücksichtigung von nach Fristablauf eingetretenen Rechtsänderungen ermöglicht. Danach sind Drittbetroffene grundsätzlich darauf verwiesen, nach Fristablauf eingetretene Rechtsänderungen im Rahmen der Erhebung eines Verpflichtungswiderspruchs oder einer Verpflichtungsklage, gerichtet auf den Erlass einer nachträglichen Anordnung oder gegebenenfalls eines Widerrufs der Genehmigung, geltend zu machen.

³⁷⁰ BVerwG, NVwZ-RR 1991, S. 236 (236).

Aufgrund des im Bundesimmissionsschutzgesetz für Drittbetroffene vorgesehenen Rechtsschutzsystems besteht daher unter dem Gesichtspunkt, dass ein hinreichend effektiver Rechtsschutz für Drittbetroffene zu gewährleisten ist, keine Notwendigkeit, nach Fristablauf eingetretene Änderungen der Rechtslage bei der Genehmigungsentscheidung zu berücksichtigen und den damit verbundenen Untergang eines ursprünglich bestehenden Genehmigungsanspruchs hinzunehmen.

c) Ergebnis

Eine einfachrechtliche Auslegung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen zur Ermittlung des maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts nach der Historie und vor dem Hintergrund der Systematik des Bundesimmissionsschutzgesetzes spricht nach dem oben Ausgeführten dagegen, nach Fristablauf eingetretene Änderungen der Rechtslage bei der Genehmigungsentscheidung generell zu berücksichtigen und einen sich daraus ergebenden Anspruchsuntergang hinzunehmen. In Anbetracht des unergiebigsten Wortlauts ist aber zugleich zu konstatieren, dass eine einfachrechtliche Auslegung nicht zu einem zwingenden Ergebnis führt. In Anbetracht des Umstands, dass das grundsätzliche Zusammenfallen von Beurteilungs- und Entscheidungszeitpunkt einer gefestigten Rechtsanwendungspraxis entspricht, kann den immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen allein aufgrund einer einfachrechtlichen Auslegung kein hinreichend klarer Rechtsanwendungsbefehl entnommen werden, dass eine andere als die im (auch rechtswidrig verzögerten) Entscheidungszeitpunkt vorliegende Rechtslage den Maßstab für die Genehmigungsentscheidung bilden soll.

2. Auslegung im Lichte höherrangiger Vorgaben

Erforderlich ist daher eine Auslegung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen zur Ermittlung des maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts im Lichte höherrangiger Anforderungen. Denn in Betracht kommt allein eine Wahl des Beurteilungszeitpunkts, die höherrangigen Anforderungen entspricht. Im Fall einer Überschreitung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen ergeben sich die höherrangigen Anforderungen aus den Grundrechten (hierzu unter a)) und dem gesetzgeberischen Steuerungsanspruch als Ausprägung des Gewaltenteilungsgrundsatzes (hierzu unter b)).

a) Auslegung im Lichte der Grundrechte

Die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen sind von erheblicher Grundrechtsrelevanz, weil sie den zeitlichen Rahmen des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens ausgestalten und der Ausgestaltung von Genehmigungsverfahren eine erhebliche Grundrechtsrelevanz zukommt. Zwar ist das Schlagwort des Grundrechtsschutzes durch Verfahren traditionell aus Drittanfecht-

tungskonstellationen geläufig, doch muss die Ausgestaltung von Genehmigungsverfahren ebenso den Grundrechten des Antragstellers hinreichend Rechnung tragen. Denn die genehmigungsbedürftigen Tätigkeiten sind regelmäßig eine Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten. Beispielsweise ist der erlaubnispflichtige Betrieb einer Spielhalle Ausfluss der in Art. 12 Abs. 1 GG verbürgten Berufsfreiheit oder die eine Baugenehmigung erfordernde Grundstücksnutzung Ausfluss der durch die Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Baufreiheit. Entsprechendes gilt für das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren. Hier sind die Errichtung und der Betrieb einer immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen Anlage die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten, namentlich der Eigentumsgewährleistung und der Berufsfreiheit.

Der grundrechtlichen Dimension hat die Auslegung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen zur Ermittlung des maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts Rechnung zu tragen. Die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen sind so auszulegen, dass ein Beurteilungszeitpunkt gewählt wird, der den Grundrechten des Antragstellers hinreichend Rechnung trägt.

aa) Betroffene Grundrechte

(i) Eigentumsgewährleistung

Die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen begrenzen die Dauer des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens. Sie sind damit Teil der verfahrensrechtlichen Ausgestaltung des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruchs. Der immissionsschutzrechtliche Genehmigungsanspruch unterfällt dem Schutz des Eigentums aus Art. 14 Abs. 1 GG. Als Ausgestaltung des eigentumsrechtlich geschützten Genehmigungsanspruchs sind die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen Inhaltsbestimmungen des Eigentums. Indem der Gesetzgeber mit den immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen in § 10 Abs. 6a und § 16 Abs. 3 BImSchG dem Eigentümer einen Anspruch auf eine Genehmigungsentscheidung innerhalb der Verfahrensfristen gewährt, bezieht er im Wege der Inhaltsbestimmung die von ihm geschaffenen Verfahrensfristen in den Inhalt des Eigentums ein. Eine Ermittlung des Regelungsgehalts der Verfahrensfristen im Hinblick auf die für den Bestand des Genehmigungsanspruchs maßgebliche Wahl des Beurteilungszeitpunkts hat daher im Lichte der Vorgaben des Art. 14 Abs. 1 GG zu erfolgen. Im Einzelnen:

Es ist allgemein anerkannt, dass die Anlagenerrichtung und der Anlagenbetrieb auf Grundlage einer bereits erteilten immissionsschutzrechtlichen Genehmigung dem Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG unterfallen.³⁷¹ Die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen gestalten den Genehmigungsanspruch aus, regeln allerdings den Zeitraum vor einer Genehmigungserteilung. Ihre Einordnung als Inhaltsbestimmungen des Eigentums setzt daher voraus, dass nicht allein die erteilte immissionsschutzrechtliche Genehmigung, sondern bereits der Genehmigungsanspruch als solcher von der Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG geschützt ist.

Die Frage, ob der immissionsschutzrechtliche Genehmigungsanspruch in den Schutzbereich der Eigentumsgewährleistung fällt, ist eng verwandt mit der Frage, ob Art. 14 Abs. 1 GG die immissionsschutzrechtliche Genehmigung als solche schützt. Denn ein Eigentumsschutz des Genehmigungsanspruchs hat einen Eigentumsschutz der Genehmigung zur Voraussetzung.

(1) Eigentumsschutz der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung

Der eigentumsrechtliche Schutz einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung als solcher ist umstritten. Die Frage wird im Kontext der Problematik aufgeworfen, ob sich aus einer erteilten, aber noch nicht verwirklichten Genehmigung ein Bestandsschutz gegenüber erhöhten Anforderungen aus einer veränderten Sach- oder Rechtslage ergeben kann.³⁷² Das Bundesverfassungsgericht hat diese Frage offen gelassen.³⁷³

Mitunter wird der Eigentumsschutz der noch nicht verwirklichten Genehmigung mit dem Argument verneint, die Genehmigung als solche stelle keine durch eigene Leistung erworbene Rechtsposition dar.³⁷⁴ Diese Auffassung vermag aus zwei Gründen nicht zu überzeugen.

Zum einen trifft die Annahme nicht zu, eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung stelle keine durch eigene Leistung er-

³⁷¹ BVerfG, NVwZ 2010, S. 771 (772); *Sach*, Genehmigung als Schutzschild, S. 100; *Sundermann*, Bestandsschutz, S. 9; *Wickel*, Bestandsschutz im Umweltrecht, S. 33; *Führ*, in: GK-BImSchG, § 1 Rn. 39; *Jarass*, BImSchG, § 6 Rn. 51a.

³⁷² Vgl. *Sach*, Genehmigung als Schutzschild, S. 100 f.

³⁷³ BVerfG, NVwZ 2010, S. 771 (772).

³⁷⁴ *Sach*, Genehmigung als Schutzschild, S. 100 f.; *Sundermann*, Bestandsschutz, S. 9.

worbene Rechtsposition dar. Das Durchlaufen eines immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens ist regelmäßig mit einem erheblichen wirtschaftlichen Aufwand verbunden. Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung stellt bereits für sich genommen einen die Leistung des Vorhabenträgers widerspiegelnden wirtschaftlichen Wert dar. Nicht umsonst ist die Vorhabenplanung und Durchführung eines immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens, die von vornherein auf eine anschließende Veräußerung des Vorhabens abzielt, ein gängiges Geschäftsmodell.³⁷⁵ Die Rechtsprechung erkennt den wirtschaftlichen Eigenwert einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung ebenfalls an. Dementsprechend gehen noch nicht ausgenutzte immissionsschutzrechtliche und baurechtliche Genehmigungen – im Unterschied zu bereits ausgenutzten Genehmigungen – nicht automatisch mit einer Grundstücksübertragung auf den neuen Grundstückseigentümer über, sondern es ist ein rechtsgeschäftlicher Übertragungsakt erforderlich.³⁷⁶ Das Erfordernis einer rechtsgeschäftlichen Übertragung noch nicht ausgenutzter Genehmigungen trägt letztlich dem wirtschaftlichen Eigenwert einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung Rechnung.

Zum anderen scheint der einen Eigentumsschutz der noch nicht ausgenutzten Genehmigung verneinenden Auffassung ein unzutreffendes Verständnis der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung zugrunde zu liegen, das die Genehmigung in erster Linie als eine von der Verwaltung „freiwillig“ gewährte Rechtsposition begreift.³⁷⁷ Bei dem immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsvorbehalt handelt es sich anerkanntermaßen aber um ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.³⁷⁸ Damit geht einher, dass die Genehmigungsbehörde dem Antragsteller mit der Genehmigung keine im eigentlichen Sinne originäre Befugnis verleiht. Vielmehr hat der Gesetzgeber lediglich aus präventiven Gründen die Ausübung einer originär aus den Grundrechten fließenden Freiheit von einer vorherigen Kontrolle in Gestalt

³⁷⁵ Vgl. *Dietlein*, in: Landmann/Rohmer, BImSchG, § 10 Rn. 33.

³⁷⁶ OVG Hamburg, Beschl. v. 7.1.2013, 2 Bf 98/12.Z, juris; VGH München, NVwZ 2006, S. 1201 (1201) und Beschluss v. 15.2.2006, Au 4 S 05.2021, juris.

³⁷⁷ Dies kritisiert auch *Dolde*, NVwZ 1986, S. 874 (874, dort Fn. 15).

³⁷⁸ *Böhm*, in: GK-BImSchG, § 4 Rn. 20; *Dietlein*, in: Landmann/Rohmer, BImSchG, § 4 Rn. 1; *Scheidler*, in: Feldhaus, BImSchG, § 6 Rn. 11; *Jarass*, BImSchG, § 4 Rn. 42.

eines Genehmigungsvorbehalts abhängig gemacht.³⁷⁹ Zur Verdeutlichung wird mitunter das Bild einer Schranke bemüht, die zu öffnen ist, wenn die vorherige Kontrolle keine Einwände ergibt.³⁸⁰ Dementsprechend ist die immissionsschutzrechtliche Genehmigung Ausdruck des grundrechtlich verbürgten Eigentums.³⁸¹

(2) Eigentumsschutz des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruchs

Nichts anderes gilt für den Anspruch auf eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung: Aus der Einordnung des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungserfordernisses als präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt folgt, dass dem Antragsteller im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren ein grundrechtlich fundierter Anspruch auf die begehrte Genehmigung zukommt, wenn die Genehmigungsvoraussetzungen vorliegen.³⁸²

Zudem bestätigt ein Vergleich mit dem baurechtlichen Genehmigungsverfahren den Eigentumsschutz des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruchs. Es ist anerkannt, dass die Baufreiheit des Grundstückseigentümers Ausfluss der grundrechtlichen Eigentumsgewährleistung ist und dementsprechend Art. 14 Abs. 1 GG den baurechtlichen Genehmigungsanspruch schützt.³⁸³ Entsprechendes gilt für den immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruch. Denn für die Betroffenheit des Schutzbereiches des Eigentumsgrundrechts macht es keinen Unterschied, ob das Vorhaben dem baurechtlichen oder dem immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsvorbehalt unterfällt. Andernfalls würde der Schutzbereich der Eigentumsgewährleistung nach der 4. BImSchV mitunter von marginalen Unterschieden etwa in der Zahl der eingestellten Nutztiere³⁸⁴ oder der Hö-

³⁷⁹ Vgl. BVerfGE 58, 300 (346 f.); 20, 150 (154 f.); siehe eingehend zum präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt *Gromitsaris*, DÖV 1997, S. 401 (401 ff.).

³⁸⁰ *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9 Rn. 51.

³⁸¹ So auch *Wickel*, Bestandsschutz im Umweltrecht, S. 33.

³⁸² Vgl. *Hillgruber*, in: Isensee/Kirchhof, HStrR IX, § 200 Rn. 82; *Schmidt-Kötters*, in: BeckOK, BImSchG, § 4 Rn. 8.

³⁸³ *Kimminich*, in: BK-GG, Art. 14 Rn. 244 ff.; *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 57. m.w.N.; *ders.*, Eigentum in der Planung in: FS Hoppe, S. 213 (221 ff.); *Krautzberger*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 1 Rn. 7.

³⁸⁴ Vgl. Nr. 7 des Anhangs 1 der 4. BImSchV.

he einer Windenergieanlage³⁸⁵ abhängen. Obgleich sich die Eigentumsgewährleistung durch ihren normgeprägten Schutzbereich auszeichnet, würde eine solche Schutzbereichsbestimmung durch die Exekutive im Verordnungswege den Rahmen der zulässigen Ausgestaltung des Eigentums durch den Gesetzgeber sprengen. Der Umstand, dass der Bestandsschutz einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung hinter demjenigen einer baurechtlichen Genehmigung zurückbleibt,³⁸⁶ stellt die Betroffenheit des Schutzbereiches nicht in Frage. Denn der Bestandsschutz einer Genehmigung betrifft allein die Reichweite und damit das „Wie“ des Grundrechtsschutzes, nicht aber die Frage der Schutzbereichseröffnung und damit das „Ob“ des Grundrechtsschutzes.

Ebenso vermag der denkbare Einwand nicht zu überzeugen, allein die bereits erteilte immissionsschutzrechtliche Genehmigung (nicht aber der Genehmigungsanspruch) unterfalle dem Eigentumsschutz, weil sie auf einer im Zuge des Genehmigungsverfahrens erbrachten eigenständigen Leistung des Antragstellers beruhe, hingegen setze der Genehmigungsanspruch eine solche Leistung nicht voraus. Denn der immissionsschutzrechtliche Genehmigungsanspruch entsteht erst mit der Einreichung der vollständigen Antragsunterlagen, die die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen in Gang setzen. Vor Einreichung der Antragsunterlagen besteht kein Genehmigungsanspruch, weil der Genehmigungsanspruch eine Beurteilbarkeit der Genehmigungsvoraussetzungen zur Voraussetzung hat. Eben in der regelmäßig aufwändigen Erstellung der Antragsunterlagen liegt zusammen mit der Bereitstellung des Vorhabengrundstücks eine erhebliche eigene Leistung des Antragstellers, die den Eigentumsschutz des Genehmigungsanspruchs als solchen rechtfertigt. Insoweit besteht kein (maßgeblicher) Unterschied zu der Genehmigung selbst, deren Erteilung dieselben Leistungen des Antragstellers voraussetzt.

Der Eigentumsschutz des Genehmigungsanspruchs steht auch damit im Einklang, dass der Genehmigungsanspruch im einfachen Recht ausgestaltet ist und dem Gesetzgeber bei der Ausge-

³⁸⁵ Vgl. Nr. 1.6 des Anhangs 1 der 4. BImSchV.

³⁸⁶ Siehe zur Reichweite des immissionsschutzrechtlichen Bestandsschutzes: *Koch*, Umweltrecht, § 4 Rn. 202 ff.; *Dolde*, NVwZ 1986, S. 873 ff. – jeweils m.w.N.

staltung von Art. 14 Abs. 1 GG ein Gestaltungsspielraum zukommt. Der Gesetzgeber ist nicht gehalten, insbesondere nicht wegen der Garantie des Instituts des Eigentums, den immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruch durch Verfahrensfristen aufzuwerten. Deswegen hätte der Gesetzgeber grundsätzlich davon absehen dürfen, dem Antragsteller einen Anspruch auf Genehmigung innerhalb der Verfahrensfristen in § 10 Abs. 6a und § 16 Abs. 3 BImSchG zu gewähren. Da der Gesetzgeber aber den eigentumsrechtlich geschützten Genehmigungsanspruch im Interesse des Antragstellers mit den Verfahrensfristen gestärkt hat, hat er die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen als Inhaltsbestimmungen des Eigentums ausgestaltet und damit in den grundrechtlichen Eigentumsschutz einbezogen. Das Bundesverfassungsgericht formuliert:

„Gegenstand und Umfang der Eigentumsgewährleistung werden durch Art. 14 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 GG bestimmt. Zunächst ist es Aufgabe des Gesetzgebers, Inhalt und Schranken des Eigentums unter Beachtung der Grundsatzentscheidung des Verfassungsgebers festzulegen. Macht der Gesetzgeber hiervon in verfassungsmäßiger Weise Gebrauch, so liegt darin keine Einschränkung des Grundrechts (vgl. BVerfGE 21, 92 [93]). Nur das durch die Gesetze ausgeformte Eigentum bildet den Gegenstand der Eigentumsgewährleistung und ist verfassungsrechtlich geschützt (BVerfGE 20, 351 [356]).“³⁸⁷

Demnach bildet das durch die (einfachen) Gesetze ausgeformte Eigentum den Schutzgegenstand der Eigentumsgewährleistung in Art. 14 Abs. 1 GG. Weil der Gesetzgeber das Eigentum in den Regelungen zum immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren ausgestaltet und sich dabei entschieden hat, den immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruch durch Verfahrensfristen zu stärken, ist der immissionsschutzrechtliche Genehmigungsanspruch – in seiner durch die Verfahrensfristen gestärkten Ausgestaltung – von Art. 14 Abs. 1 GG geschützt.

³⁸⁷ BVerfGE 24, 367 (386).

(3) Antragsteller und Eigentümerstellung

Als Inhaltsbestimmungen des Eigentums sind die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen freilich nur in den Fällen einzuordnen, in denen der Genehmigungsanspruch tatsächlich Ausdruck des Eigentumsrechts des Antragstellers ist.

Im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren kann sich nur derjenige Antragsteller auf die Eigentumsgewährleistung berufen, der mit der Errichtung der Anlage tatsächlich von seinem Eigentumsrecht Gebrauch macht.

Im Verfahren der erstmaligen Genehmigungserteilung kann sich jedenfalls ein Antragsteller auf Art. 14 Abs. 1 GG berufen, der zugleich Eigentümer des jeweiligen Vorhabengrundstücks ist. Im Verfahren zur Erteilung einer Änderungsgenehmigung macht der Eigentümer einer bestehenden Anlage mit der Anlagenänderung von seiner Eigentumsgewährleistung Gebrauch. Handelt es sich bei der zu ändernden Anlage um einen wesentlichen Bestandteil des Vorhabengrundstücks im Sinne des § 94 BGB,³⁸⁸ kommt es im Ergebnis wiederum auf das Eigentum an dem Vorhabengrundstück an.

Ein Antragsteller, der nicht zugleich Eigentümer des Vorhabengrundstücks oder der bestehenden Anlage ist, kann sich nicht mit dem Argument auf die Eigentumsgewährleistung berufen, dass seine Rechtsposition aus einer schuldrechtlichen Vereinbarung mit dem Grundstückseigentümer (beispielsweise Miet- oder Pachtvertrag) eigentumsrechtlich geschützt sei. Zwar können grundsätzlich auch obligatorische Rechtspositionen, wie die Rechtsposition des Mieters, unter Art. 14 Abs. 1 GG fallen.³⁸⁹ Dies gilt allerdings nicht absolut, sondern es sind stets die konkret vermittelten Nutzungsbefugnisse maßgeblich.³⁹⁰

Im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren ist die Rechtsposition eines obligatorisch berechtigten Antragstellers danach regelmäßig nicht von Art. 14 Abs. 1 GG geschützt. Ge-

³⁸⁸ Siehe etwa zu der Frage des Eigentums an Windenergieanlagen, die auf fremden Grundstücken errichtet wurden: *Peters*, WM 2002, S. 110 (110 ff.).

³⁸⁹ BVerfGE 89, 1 (7 ff.); *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 201 ff.; *Kimminich*, in: BK-GG, Art. 14 Rn. 33 – jeweils m.w.N.

³⁹⁰ BVerwG, DÖV 1983, S. 344 (344); DVBl. 1983, S. 898 (898).

genstand der vertraglichen Vereinbarung zwischen Antragsteller und Grundstückseigentümer ist nicht die öffentlich-rechtliche Befugnis zur beabsichtigten Grundstücksnutzung. Die vertragliche Vereinbarung begründet keinen entsprechenden Anspruch und könnte es auch nicht, weil sich der immissionsschutzrechtliche Genehmigungsanspruch nach zwingenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften richtet. Dementsprechend berücksichtigen schuldrechtliche Vereinbarungen zwischen Antragstellern und Grundstückseigentümern die Genehmigungserteilung oder Genehmigungsversagung als ein „äußeres Ereignis“ in Gestalt eines Rücktrittsrechts oder einer aufschiebenden Bedingung. Vor diesem Hintergrund hat der Antragsteller mit dem Miet- oder Pachtvertrag regelmäßig keine Rechtsposition erlangt, in die die Versagung der begehrten immissionsschutzrechtlichen Genehmigung eingreifen könnte.

Ein Antragsteller, der nicht zugleich Eigentümer des Vorhabengrundstücks oder der bestehenden Anlage ist, könnte sich allenfalls in Ausnahmefällen unter dem Gesichtspunkt des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb auf die Eigentumsgewährleistung berufen. Das Bundesverfassungsgericht hat bislang offen gelassen, ob das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb überhaupt dem Schutzbereich der Eigentumsgewährleistung unterfällt.³⁹¹ Selbst wenn man mit dem Bundesgerichtshof dieses Recht als „*alles das, was in seiner Gesamtheit den wirtschaftlichen Wert des konkreten Betriebs ausmacht*“ unter Art. 14 Abs. 1 GG fasst,³⁹² folgt daraus regelmäßig nichts anderes.³⁹³ Denn der Schutzbereich des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs erfasst nur bestehende Rechtspositionen, nicht aber Betriebserweiterungen.³⁹⁴ Daher fällt die Versagung einer Genehmigung grundsätzlich nicht in seinen Schutzbereich.³⁹⁵ Der Schutzbereich des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs könnte nur eröffnet sein, wenn die Genehmigung zur Fortsetzung des bisherigen Betriebs zwingend erforderlich ist.³⁹⁶ Möglich kann dies mitunter bei einer für die

³⁹¹ Zuletzt BVerfG, NVwZ 2009, S. 1426 (1428); *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 95 m.w.N.

³⁹² BGHZ 23, 157 (163); siehe auch die w.N. bei *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 95.

³⁹³ Siehe eingehend zum Bild in der Rechtsprechung: *Boujong*, in: FS Nirk, S. 61 ff.

³⁹⁴ BGHZ 132, 181 (186 f.); *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 100.

³⁹⁵ BGHZ 34, 188 (190 f.); *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 100; *Schmidt*, Staatshaftung für verzögertes Amtshandeln, S. 106.

³⁹⁶ Vgl. BGH, WM 1972, S. 1157 (1159); *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 100.

Betriebsfortführung unverzichtbaren Anlagenmodernisierung sein, die eine Änderungsgenehmigung nach § 16 BImSchG erfordert. Regelmäßig werden sich daher nur Antragsteller, die Eigentümer des Vorhabengrundstücks oder der bestehenden Anlage sind, auf die Eigentumsgewährleistung berufen können.

Festzuhalten ist, dass die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen in Fällen, in denen die Antragsteller Eigentümer des Vorhabengrundstücks oder der bestehenden Anlage sind, als Inhaltsbestimmungen des Eigentums einzuordnen und ihr Regelungsgehalt im Hinblick auf den maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt im Lichte der Eigentumsgewährleistung auszulegen ist.

(ii) Berufsfreiheit

Eigentümerstellung und Antragstellung können auseinanderfallen. Beispielsweise werden größere Windparks oftmals auf Grundlage privatrechtlicher Pacht- oder Mietverträge mit den Eigentümern der Vorhabengrundstücke errichtet und betrieben.³⁹⁷ In diesen Fällen sind die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen regelmäßig nicht im Lichte der Eigentumsgewährleistung, sondern der in Art. 12 Abs. 1 GG verbürgten Berufsfreiheit auszulegen.

Der immissionsschutzrechtliche Genehmigungsanspruch findet seine Grundlage nicht allein in Art. 14 Abs. 1 GG, sondern ebenfalls in der Berufsfreiheit; er ist mithin von Art. 12 Abs. 1 GG geschützt.³⁹⁸ Die den immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruch ausgestaltenden Verfahrensfristen sind daher zugleich eine Ausgestaltung der Berufsfreiheit, in deren Lichte ihr Regelungsgehalt zur Ermittlung des maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts zu ermitteln ist.

Der immissionsschutzrechtliche Genehmigungsanspruch ist von der Berufsfreiheit geschützt, weil die Errichtung, der Betrieb und die wesentliche Änderung einer immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen Anlage dem Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG unterfallen:

³⁹⁷ Peters, WM 2002, S. 110 (110); vgl. auch Dietlein, in: Landmann/Rohmer, BImSchG, § 5 Rn. 28; Jarass, BImSchG, § 3 Rn. 83.

³⁹⁸ Vgl. Führ, in: GK-BImSchG, § 1 Rn. 39; Jarass, BImSchG, § 6 Rn. 51a.

Der Gewährleistungsumfang der Berufsfreiheit umfasst die Freiheit der Berufswahl und der Berufsausübung sowie die Freiheit der Wahl des Ausbildungs- und Arbeitsplatzes.³⁹⁹

Allerdings schützt die Berufsfreiheit nach der ständigen Rechtsprechung nur vor Beeinträchtigungen, die eine „berufsregelnde Tendenz“ aufweisen. Eine berufsregelnde Tendenz weisen Beeinträchtigungen auf, wenn sie „im Schwerpunkt Tätigkeiten betreffen, die typischerweise beruflich ausgeübt werden“.⁴⁰⁰ Dahinter steht die zutreffende Überlegung, dass praktisch jede Norm oder ihre Anwendung mittelbar Rückwirkungen auf die Berufsfreiheit entfalten kann. Deshalb drohte das Grundrecht der Berufsfreiheit ohne die Einschränkung über das Erfordernis einer berufsregelnden Tendenz konturlos zu werden.⁴⁰¹

Die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen sind dementsprechend nur dann eine Ausgestaltung der Berufsfreiheit und in ihrem Lichte auszulegen, wenn die Regelungen des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens eine berufsregelnde Tendenz im beschriebenen Sinne aufweisen.

Hieran könnte man zweifeln, weil das Erfordernis einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung an die zu erwartenden Auswirkungen der Anlage, nicht aber daran anknüpft, ob die Errichtung, der Betrieb oder die wesentliche Änderung einer Anlage eine berufliche Tätigkeit darstellen. Im Ergebnis liegt dennoch ein hinreichender Bezug zur Berufsfreiheit vor. Zwar unterfallen auch Anlagen dem Regelungsregime des Bundesimmissionsschutzgesetzes, die im nicht gewerblichen Bereich betrieben werden und dementsprechend keine Ausübung der Berufsfreiheit darstellen.⁴⁰² Allerdings bedürfen in aller Regel nur Anlagen, die gewerblichen Zwecken dienen, tatsächlich einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung.

Denn zum einen schränkt § 4 Abs. 1 Satz 2 BImSchG den immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsvorbehalt für Anlagen ein, die nicht gewerblichen Zwecken dienen und nicht im Rahmen wirtschaftlicher Unternehmungen Verwendung finden. Der Begriff der gewerblichen Zwecke knüpft an den Gewerbebegriff der Gewerbeordnung an

³⁹⁹ Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12 Rn. 1.

⁴⁰⁰ BVerfGE 97, S. 228 (254); Mann, in: Sachs, GG, Art. 12 Rn. 95 m.w.N.; Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12 Rn. 300 f.; Röckinghausen, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Vorb. §§ 37 a bis 37 f BImSchG Rn. 8; kritisch: Manssen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. I, Art. 12 Abs. 1 Rn. 74 ff.

⁴⁰¹ BVerfGE 97, S. 228 (254).

⁴⁰² Dietlein, in: Landmann/Rohmer, BImSchG, § 4 Rn. 41; Jarass, BImSchG, § 4 Rn. 6.

und erfasst (mit Ausnahme der Urproduktion und bestimmter geistiger Tätigkeiten) Anlagen, die einer selbstständigen, auf Dauer angelegten Tätigkeit mit Gewinnerzielungsabsicht dienen.⁴⁰³ Der Begriff der wirtschaftlichen Unternehmung ist weit zu verstehen und erfasst jede wirtschaftliche Tätigkeit, bei der unter „*technisch-industriellen Gesichtspunkten*“⁴⁰⁴ wirtschaftliche Leistungen erbracht werden.⁴⁰⁵ Da der Begriff der wirtschaftlichen Unternehmung den Gewerbebegriff umfasst, ist eine Abgrenzung von beruflichen und gewerblichen Tätigkeiten entbehrlich.⁴⁰⁶ Die Regelung in § 4 Abs. 1 Satz 2 BImSchG ist Folge der eingeschränkten konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 und Nr. 24 GG,⁴⁰⁷ die allgemein das Recht der Wirtschaft (Nr. 11) sowie die Abfallwirtschaft, die Luftreinhaltung und den Lärmschutz (Nr. 24) umfasst. Mit Ausnahme von Abfallentsorgungsanlagen bedürfen deswegen nach § 4 Abs. 1 S. 2 BImSchG nicht gewerbliche Anlagen nur dann einer Genehmigung, wenn Zwecke der Luftreinhaltung oder des Lärmschutzes es erfordern. Dies konkretisierend normiert § 1 Abs. 1 der 4. BImSchV für eine Reihe von Anlagen, bei denen Luftverunreinigungen und Lärmimmissionen eine untergeordnete Rolle spielen, eine Ausnahme von der Genehmigungspflicht.⁴⁰⁸

Zum anderen werden auch Anlagen, für die der immissionsschutzrechtliche Genehmigungsvorbehalt formal betrachtet unabhängig von ihrer wirtschaftlichen Nutzung eingreift, in aller Regel tatsächlich im Rahmen wirtschaftlicher Unternehmungen genutzt. Denn regelmäßig werden nur gewerbliche Vorhaben die Schwelle der zu erwartenden Auswirkungen überschreiten, an die der Genehmigungsvorbehalt anknüpft. Deutlich wird dies bei einem Blick auf den Katalog genehmigungsbedürftiger Anlagen in dem 1. Anhang der 4. BImSchV. Beispielsweise wird eine privaten Zwecken dienende Windkraftanlage nur in Ausnahmefällen die den Genehmigungsvorbehalt auslösende Höhe von 50 Metern überschreiten (Nr. 1.) und eine private Haltung oder Aufzucht von mehr als 15.000 Hennen (Nr. 7.1.1.2) oder 1500 Mastschweinen (Nr. 7.1.7.2.) ist schlicht ausgeschlossen. Insoweit besteht ein wesentlicher Unterschied zum baurechtlichen Genehmi-

⁴⁰³ *Feldhaus*, in: ders., BImSchG, § 4 Rn. 11; *Kotulla*, in: ders. BImSchG, § 4 Rn. 34.

⁴⁰⁴ BVerfGE 41, 344.

⁴⁰⁵ Vgl. *Feldhaus*, in: ders., BImSchG, § 4 Rn. 12; *Kotulla*, in: ders. BImSchG, § 4 Rn. 35.

⁴⁰⁶ *Kotulla*, in: ders. BImSchG, § 4 Rn. 37.

⁴⁰⁷ *Dietlein*, in: Landmann/Rohmer, BImSchG, § 4 Rn. 41; *Feldhaus*, in: ders., BImSchG, § 4 Rn. 12; *Kotulla*, in: ders., BImSchG, § 4 Rn. 33; *Jarass*, BImSchG, § 6 Rn. 6.

⁴⁰⁸ *Hansmann/Röckinghausen*, in: Landmann/Rohmer, 4. BImSchV, § 1 Rn. 12 f.; *Jarass*, BImSchG, § 6 Rn. 34.

gungsvorbehalt, der ohne Weiteres private Grundstücksnutzungen erfasst.

Festzuhalten ist, dass der immissionsschutzrechtliche Genehmigungsvorbehalt typischer Weise nur Anlagen im Kontext einer gewerblichen Tätigkeit erfasst und dementsprechend eine hinreichende berufsregelnde Tendenz aufweist. Als das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren ausgestaltende Regelungen weisen demnach auch die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen eine berufsregelnde Tendenz auf und ihr Regelungsgehalt zur Ermittlung des maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt ist im Lichte des Art. 12 Abs. 1 GG zu ermitteln.

(iii) Verhältnis Eigentums- und Berufsfreiheit

Zu klären bleibt die Frage, wann die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen im Lichte der Eigentumsgewährleistung und wann sie im Lichte der Berufsfreiheit auszulegen sind. Maßgeblich ist das Verhältnis der beiden Grundrechte.

In Fällen, in denen der Antragsteller nicht zugleich Eigentümer des Vorhabengrundstücks oder der zu ändernden Anlage ist, ist der Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG regelmäßig nicht betroffen. In diesen Fällen ergibt sich die grundrechtliche Dimension allein aus der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG. In den Fällen, in denen der Antragsteller zugleich Eigentümer des Vorhabengrundstücks oder der zu ändernden Anlage ist, sind beide Grundrechte betroffen und es stellt sich die Frage nach der Grundrechtskonkurrenz.

Zur Klärung des Verhältnisses beider Grundrechte stellt das Bundesverfassungsgericht darauf ab, dass „Art. 14 Abs. 1 GG das Erworbene, das Ergebnis der Betätigung, Art. 12 Abs. 1 GG dagegen den Erwerb, die Betätigung selbst“⁴⁰⁹ schützt. Es kommt darauf an, welches Grundrecht „sachnäher“⁴¹⁰ ist, beziehungsweise auf welchem Grundrecht der „Schwerpunkt“⁴¹¹ der Betätigung liegt. Die Anwendung dieser Abgrenzungskriterien ist mit nicht unerheblichen Unsicherheiten verbunden und oftmals wird sich ein klarer Vorrang eines der beiden Grundrechte nicht feststellen lassen. In solchen Fällen stehen die Ei-

⁴⁰⁹ BVerfGE 30, 292 (335); *Breuer*, in: Isensee/Kirchhof, HStR IV, § 170 Rn. 130 m.w.N.

⁴¹⁰ BVerfGE 102, 26 (40).

⁴¹¹ BVerfGE 121, 317 (345).

gentums- und die Berufsfreiheit im Verhältnis der Idealkonkurrenz,⁴¹² sind also nebeneinander anzuwenden.⁴¹³ So liegt es im Fall des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsvorbehalts: Einerseits legt der Bezug zur Baufreiheit einen eigentumsrechtlichen Schwerpunkt nahe, andererseits sind in erster Linie gewerbliche Nutzungen betroffen und der immissionsschutzrechtliche Genehmigungsvorbehalt geht historisch auf die Gewerbeordnung als einfachgesetzliche Ausformung der grundrechtlichen Berufsfreiheit zurück.⁴¹⁴

Soweit der Schutz des Eigentums und der Berufsfreiheit greifen, scheidet ein Rückgriff auf die in Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete allgemeine Handlungsfreiheit aus. Die spezielleren Grundrechte aus Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG verdrängen in ihrem Regelungsbereich die allgemeine Handlungsfreiheit.⁴¹⁵

bb) Grundrechtseingriff

Die Anforderungen, die sich aus der Eigentumsgewährleistung und der Berufsfreiheit an die Ermittlung des maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt für den Fall einer Überschreitung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen ergeben, hängen von dem Maß der Grundrechtsrelevanz ab. Maßgebliche Bedeutung kommt damit der Frage zu, ob ein Grundrechtseingriff vorliegt. Denn der Eingriff in eine grundrechtlich geschützte Freiheit markiert den Punkt, ab dem das staatliche Handeln einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedarf, um keine Grundrechtsverletzung zu bewirken.⁴¹⁶ In diesem Sinne ist das Vorliegen eines Eingriffs Grundlage einer Auslegung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen zur Ermittlung des maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts im Lichte grundrechtlicher Vorgaben. Zu klären ist daher, unter welchen Voraussetzungen ein Untergang des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruchs durch Änderungen der Rechtslage während des Genehmigungsverfahrens einen Grundrechtseingriff beinhaltet.

⁴¹² *Breuer*, in: Isensee/Kirchhof, HStR IV, § 170 Rn. 130; vgl. auch *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12 Rn. 130.

⁴¹³ *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12 Rn. 121.

⁴¹⁴ *Jarass*, BImSchG, § 4 Rn. 1; siehe eingehend zur Historie: *Dietlein*, in: Landmann/Rohmer, BImSchG, Vorb. §§ 4-21, Rn. 1 ff und *Feldhaus*, in: ders., BImSchG, § 4 Rn. 1.

⁴¹⁵ Die seltenen Fälle, in denen nur obligatorisch Berechtigte, die an dem Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG keinen Anteil haben, eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung beantragen, ohne dabei den Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG zu genießen, sind in der Praxis nicht relevant, weil der immissionsschutzrechtliche Genehmigungsvorbehalt regelmäßig nur Vorhaben in einem gewerblichen Kontext erfasst (siehe Ausführungen zur berufsregelnden Tendenz). Deshalb wird von der Untersuchung abgesehen, ob und in welcher Weise in diesen raren Fallgestaltungen die Verfahrensfristen im Lichte des Art. 2 Abs. 1 GG auszulegen sind.

⁴¹⁶ *Hillgruber*, in: Isensee/Kirchhof, HStR IX, § 200 Rn. 102.

- (i) Eingriffsgegenstand: Der grundrechtlich geschützte Genehmigungsanspruch

Vorab zu klären ist die Frage, ob der Untergang des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruchs durch Rechtsänderungen nach Fristablauf beziehungsweise die darauf gestützte Genehmigungsversagung einen Eingriff in den immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruch und/oder in die hinter dem Genehmigungsanspruch stehenden Grundrechte des Art. 14 Abs. 1 GG und des Art. 12 Abs. 1 GG darstellt. Aufgeworfen ist damit die Frage nach dem Eingriffsgegenstand.

Für die Bestimmung des Eingriffsgegenstands ist die Rechtsnatur des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsvorbehalts entscheidend. Bei dem immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsvorbehalt handelt es sich anerkanntermaßen um ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.⁴¹⁷ Die Genehmigungserteilung stellt daher keine originäre Erweiterung der Freiheitssphäre des Antragstellers dar, sondern der Gesetzgeber hat die Grundrechtsausübung lediglich aus präventiven Gründen von der Durchführung eines Genehmigungsverfahrens abhängig gemacht.⁴¹⁸ Insoweit beschränkt der Genehmigungsvorbehalt bereits als solcher die grundrechtliche Freiheit und die Genehmigungserteilung stellt die grundrechtliche Freiheit wieder her.⁴¹⁹ Dabei kommt der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung eine gewisse Zwitterstellung zu: Sie ist sowohl Anspruchsinhalt als auch Voraussetzung der Grundrechtsausübung.⁴²⁰ Rechtstechnisch gestaltet der immissionsschutzrechtliche Genehmigungsvorbehalt das Grundrecht als Anspruch aus, der auf Gestattung dessen gerichtet ist, was dem Antragsteller ohnehin verfassungsrechtlich zusteht.⁴²¹ Für die Bestimmung des Eingriffsgegenstands – Grundrecht und/oder Genehmigungsanspruch – folgt daraus, dass Recht und Anspruch bei dem als präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ausgestalteten immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsvorbehalt im Ergebnis zusammenfallen.

⁴¹⁷ *Böhm*, in: GK-BImSchG, § 4 Rn. 20; *Dietlein*, in: Landmann/Rohmer, BImSchG, § 4 Rn. 1; *Scheidler*, in: Feldhaus, BImSchG, § 6 Rn. 11; *Jarass*, BImSchG, § 4 Rn. 42.

⁴¹⁸ Vgl. BVerfGE 58, 300 (346 f.); 20, 150 (154 f.); siehe eingehend zum präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt *Gromitsaris*, DÖV 1997, S. 401 (401 ff.).

⁴¹⁹ Siehe eingehend zur Einordnung von Ablehnungsbescheiden bei grundrechtlich fundierten Ansprüchen: *Baumeister*, Beseitigungsanspruch, S. 98 ff.

⁴²⁰ *Vogler*, Genehmigungsanspruch, S. 153.

⁴²¹ Siehe eingehend zum Genehmigungsanspruch als Eingriffsgegenstand: *Vogler*, Genehmigungsanspruch, S. 151 ff. m.w.N.

Damit steht im Einklang, dass der immissionsschutzrechtliche Genehmigungsanspruch seine Ausgestaltung auf Ebene des einfachen Rechts erfahren hat. Ein denkbarer Einwand wäre, dass der immissionsschutzrechtliche Genehmigungsanspruch seine Ausgestaltung im einfachen Recht erfahren hat und deswegen als tauglicher Gegenstand eines Grundrechtseingriffs ausscheidet. Im Ergebnis dringt dieser Einwand aber nicht durch. Es ist bereits dargelegt worden, dass das durch die (einfachen) Gesetze ausgeformte Eigentum den Schutzgegenstand der Eigentumsgewährleistung in Art. 14 Abs. 1 GG bildet und der immissionsschutzrechtliche Genehmigungsanspruch – in seiner durch die Verfahrensfristen gestärkten Ausgestaltung – von Art. 14 Abs. 1 GG geschützt ist.⁴²² Der Einordnung des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruchs als tauglichen Eingriffsgegenstand entspricht es, dass beispielsweise die rechtswidrige Versagung einer Baugenehmigung allgemein als Grundrechtseingriff eingeordnet wird, ohne dass danach differenziert würde, ob die verletzte einfachrechtliche Vorschrift verfassungsrechtlich zwingend geboten oder der Gesetzgeber auch eine andere einfachrechtliche Ausgestaltung hätte wählen können. Dementsprechend formuliert *Papier* zum Baugenehmigungsanspruch treffend (Unterstreichung nur hier):

„Der verwaltungsrechtliche Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung ist Bestandteil der verfassungskräftigen (Grund)Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG. Die rechtswidrige Nicht- oder Späterfüllung dieses Anspruchs durch die öffentliche Gewalt ist ein Eingriff in das Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG [...].“⁴²³

Eine rechtswidrige Nicht- oder Späterfüllung des baurechtlichen Genehmigungsanspruch greift danach in die Eigentumsgarantie ein, weil der Genehmigungsanspruch von der Eigentumsgarantie geschützt ist. Entsprechendes gilt für den immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruch: Grundrecht und Anspruch fallen im Ergebnis zusammen. Der grundrechtlich geschützte Genehmigungsanspruch bildet mithin den Eingriffsgegenstand.⁴²⁴

⁴²² Dass dem Gesetzgeber auch für Art. 12 Abs. 1 GG eine weitgehend entsprechende Ausgestaltungsbefugnis zukommt, wird sogleich erörtert.

⁴²³ *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 90.

⁴²⁴ Vgl. *Hillgruber*, in: Isensee/Kirchhof, HStrR IX, § 200 Rn. 82; *Schmidt-Kötters*, in: BeckOK, BImSchG, § 4 Rn. 8.

(ii) Eingriffsmaßstab: Ausgestaltung des Genehmigungsanspruchs

Ein Grundrechtseingriff im klassischen Sinne liegt vor, wenn die Beeinträchtigung „*unmittelbar und gezielt durch ein vom Staat verfügbares, erforderlichenfalls zwangsweise durchzusetzendes Ge- oder Verbot, also imperativ, zu einer Verkürzung grundrechtlicher Freiheiten führt*“.⁴²⁵ Darüber hinaus ist anerkannt, dass „*der Abwehrgehalt der Grundrechte auch bei faktischen und mittelbaren Beeinträchtigungen betroffen sein*“⁴²⁶ und ein Eingriff vorliegen kann. Maßgeblich ist damit im Kern, ob eine Verkürzung grundrechtlicher Freiheiten vorliegt.

Ob ein Untergang des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruchs durch Rechtsänderungen während des Genehmigungsverfahrens eine Verkürzung grundrechtlicher Freiheiten und damit einen Eingriff beinhaltet, hängt wiederum von der Ausgestaltung ab, die der immissionsschutzrechtliche Genehmigungsanspruch in den Regelungen des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens erfahren hat.

Eine (ihrerseits verfassungskonforme) Grundrechtsausgestaltung durch den Gesetzgeber beinhaltet keinen Grundrechtseingriff.⁴²⁷ Die Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers ist für die Eigentumsgewährleistung allgemein anerkannt.⁴²⁸ Der Rechtsfigur einer Ausgestaltungsbefugnis liegt der zutreffende Gedanke zugrunde, dass eine Verwirklichung grundrechtlicher Freiheiten oftmals erst im Rahmen des einfachen Rechts möglich ist (sog. normgeprägte Grundrechte);⁴²⁹ das einfache (verfassungsmäßige) Recht greift dann, selbst wenn es eine beschränkende Wirkung hat, nicht in die grundrechtliche Freiheit ein, sondern gestaltet sie aus.⁴³⁰

⁴²⁵ BVerfGE 105, 279 (299 f.); *Jarass*, in: Merten/Papier, HGR II, § 38 Rn. 19 m.w.N.

⁴²⁶ BVerfGE 116, 202 (222); *Jarass*, in: Merten/Papier, HGR II, § 38 Rn. 19 m.w.N.; *Ramsauer*, die faktischen Beeinträchtigungen des Eigentums, S. 1 ff.; *Roth*, Verwaltungshandeln mit Drittbetroffenheit und Gesetzesvorbehalt, S. 1 ff.

⁴²⁷ *Jarass*, in: Merten/Papier, HGR II, § 38 Rn. 58; *ders.*, AöR 120 (1995), S. 345 (367); *Lerche*, in: Isensee/Kirchhof, HStR V (2. Aufl.), § 121 Rn. 38 verwendet insoweit den Begriff der Grundrechtsprägung; siehe zum Spannungsverhältnis von Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeeinträchtigung: *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 300 ff.; *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, S. 104 ff.; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, S. 104 ff.

⁴²⁸ auch von den generell der Rechtsfigur kritisch gegenüberstehenden Stimmen, etwa *Hillgruber*, in: Isensee/Kirchhof, HStR IX (3. Aufl.), § 200 Rn. 63 ff.; *Kahl*, Der Staat 43 (2004), S. 167 (167 ff.).

⁴²⁹ Grundlegend zur Ausgestaltungsfunktion: *Häberle*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, S. 180 ff.; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn 303 ff.

⁴³⁰ Vgl. *Lerche*, in: Isensee/Kirchhof, HStR V (2. Aufl.), § 121 Rn. 38; *Jarass*, in: Merten/Papier, HGR II, § 38 Rn. 58; *ders.*, AöR 120 (1995), S. 345 (367); *Hoffmann-Riem*, Der Staat 43 (2004), S. 203 (224); kritisch: *Hillgruber*, in: Isensee/Kirchhof, HStR IX (3. Aufl.), § 200 Rn. 63 ff.; *Kahl*, Der Staat 43 (2004), S. 167 (167 ff.).

Im Rahmen der Eigentumsgewährleistung ergibt sich die Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers unmittelbar aus dem Grundgesetz: Nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG ist es Aufgabe des Gesetzgebers, Inhalt und Schranken der Eigentumsgewährleistung durch Gesetz zu bestimmen. Im Rahmen der Eigentumsgewährleistung kommt dem Gesetzgeber im besonderen Maß die Aufgabe und die Befugnis zu, den grundrechtlichen Gewährleistungsgehalt auf der Ebene des einfachen Rechts zu bestimmen. Denn im Unterschied zu den meisten Grundrechten, die an einen natürlichen im Sinne eines „vorgefundenen“ Schutzbereich anknüpfen (Leben, Glauben, Meinung, Wohnung u.a.), ist das Eigentum als „*rechtlich strukturiertes Zuordnungsverhältnis*“⁴³¹ letztlich eine Schöpfung der Rechtsordnung, ohne deren Vermittlung es ein Eigentum nicht gibt.⁴³² Hinzu kommt, dass der Grund und Boden, den der Gesetzgeber des Grundgesetzgesetzes in erster Linie im Blick hatte, „*unvermehrbar und unentbehrlich*“ ist und deshalb die grundrechtliche Eigentumsgewährleistung in besonderem Maße einer Ausgestaltung durch den (einfachen) Gesetzgeber bedarf.⁴³³ Mit der besonderen gesetzgeberischen Gestaltungsbefugnis geht einher, dass die Eigentumsgewährleistung von vornherein nur im Rahmen ihrer verfassungskonformen Ausgestaltung im einfachen Recht gewährleistet ist. Das Bundesverfassungsgericht (Unterstreichung nur hier):

„Gegenstand und Umfang der Eigentumsgewährleistung werden durch Art. 14 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 GG bestimmt. Zunächst ist es Aufgabe des Gesetzgebers, Inhalt und Schranken des Eigentums unter Beachtung der Grundsatzentscheidung des Verfassungsgebers festzulegen. Macht der Gesetzgeber hiervon in verfassungsmäßiger Weise Gebrauch, so liegt darin keine Einschränkung des Grundrechts (vgl. BVerfGE 21, 92 [93]). Nur das durch die Gesetze ausgeformte Eigentum bildet den Gegenstand der Eigentumsgewährleistung und ist verfassungsrechtlich geschützt (BVerfGE 20, 351 [356]).“⁴³⁴

Mithin ergeben sich die einem Eigentümer zustehenden Befugnisse aus „*der Gesamtheit der verfassungsgemäßen Gesetze, die den Inhalt des Eigentums bestimmen*“.⁴³⁵ Namentlich für die von Art. 14 Abs. 1

⁴³¹ BVerfGE 58, 300 (330).

⁴³² Schoch, Jura 1989, S. 113 (116) m.w.N.

⁴³³ BVerfGE 21, 73 (82 ff.).

⁴³⁴ BVerfGE 24, 367 (386).

⁴³⁵ BVerfGE 58, 300 (336).

GG gewährleistete Baufreiheit gilt daher, dass sie von vornherein nur als „*Befugnis des Eigentümers, sein Grundstück im Rahmen der Gesetze zu bebauen*“ definiert ist.⁴³⁶

Für die Frage, wann ein Untergang des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruchs durch Rechtsänderungen während des Genehmigungsverfahrens einen Eingriff in die Eigentumsgewährleistung beinhaltet, ist demnach die Ausgestaltung des Genehmigungsanspruchs durch die Regelungen des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens, namentlich die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen, entscheidend.⁴³⁷

Entsprechendes gilt in den Fällen, in denen der Antragsteller nicht zugleich Eigentümer des Vorhabengrundstücks ist und allein von seiner Berufsfreiheit, nicht aber von seiner Eigentumsgewährleistung Gebrauch macht.

Die Befugnis des (einfachen) Gesetzgebers zur Grundrechtsausgestaltung ist nicht auf die Eigentumsgewährleistung beschränkt.⁴³⁸ Ob und inwieweit dem Gesetzgeber eine Befugnis zur Ausgestaltung der Berufsfreiheit zukommt, deren Ausübung einen Grundrechteingriff nicht beinhaltet, ist im Einzelnen umstritten.⁴³⁹

Gemäß Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG hat der Gesetzgeber die Befugnis (und Aufgabe), die Berufsausübung zu regeln. Bereits im Apothekenurteil hat das Bundesverfassungsgericht darauf hingewiesen, dass der Ausdruck „regeln“ auf eine „*Bestimmung der Grenzen von innen her*“ im Sinne von „*im Wesen des Grundrechts selbst angelegten Grenzen*“ hinweist.⁴⁴⁰ Vor dem Hintergrund des Zitiergebots hat das Bundesverfassungsgericht zudem wiederholt entschieden, dass Vorschriften zur Berufsausübung nicht ohne weitere Einschränkungen i.S.d. Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG sind, weil die Berufsfreiheit notwendigerweise einer

⁴³⁶ BVerfGE 35, 263 (276); *Kimminich*, in: BK-GG, Art. 14 Rn. 244 m.w.N.

⁴³⁷ Siehe eingehend *Kimminich*, in: BK-GG, Art. 14 GG Rn. 322 ff. und insb. Rn. 325 zur Einordnung umweltschutzrechtlicher Regelungen als Inhaltsbestimmungen des Eigentums i.S.d. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG.

⁴³⁸ *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 303; *Jarass*, AöR 120 (1995), S. 345 (368); *Hoffmann-Riem*, Der Staat 43 (2004), S. 203 (224); *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, S. 104 ff. und 180 ff.; – jeweils m.w.N.; vgl. auch BVerfGE 73, 118 (166.f.); 103, 44 (59 ff.) zur Rundfunkfreiheit; BVerfGE 50, 290 (354 f.); 58, 233 (247) zur Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit und BVerfGE 81, 1 (6 f.) zur Freiheit von Ehe und Familie; kritisch zur Ausgestaltungsbefugnis: *Hillgruber*, in: Isensee/Kirchhof, HStR IX (3. Aufl.), § 200 Rn. 63 ff.

⁴³⁹ *Lerche*, in: Isensee/Kirchhof, HStR V (2. Aufl.), § 121 Rn. 39 m.w.N.; siehe zur Doppelnatur des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 als Regelungs- und Schrankenvorbehalt *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12 Rn. 313 ff.

⁴⁴⁰ BVerfGE 7, 377 (404).

gesetzlichen Ausgestaltung bedarf.⁴⁴¹ In die Richtung einer Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers für die Berufsfreiheit weist auch der Glykol-Beschluss aus dem Jahr 2002,⁴⁴² in dem das Bundesverfassungsgericht entschieden hat, dass der Gewährleistungsbereich der Berufsfreiheit durch sachliche und zutreffende marktbezogene Informationen des Staates von vornherein nicht betroffen ist.⁴⁴³ Zur Begründung hat das Bundesverfassungsgericht u.a. ausgeführt, dass

„die Reichweite des Freiheitsschutzes auch durch die rechtlichen Regeln mitbestimmt [wird], die den Wettbewerb ermöglichen und begrenzen.“⁴⁴⁴

Die Anerkennung einer über die Eigentumsgewährleistung hinausreichenden Ausgestaltungsbefugnis ist eng verwandt mit der grundrechtsdogmatischen Frage, ob die grundrechtlichen Schutzbereiche im Ausgangspunkt eng oder weit zu fassen sind.⁴⁴⁵ Namentlich in der Osho-⁴⁴⁶ und der Glykollentscheidung⁴⁴⁷ wird eine Tendenz in der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung erkennbar, die grundrechtlichen Gewährleistungsgehalte wieder präziser (d.h. in der Regel enger) zu bestimmen, um einer Entgrenzung der Grundrechte vorzubeugen, die bei einer weiten Schutzbereichsbestimmung im Zusammenspiel mit dem modernen (weiten) Eingriffsbegriff droht.⁴⁴⁸

Ausgangspunkt einer präziseren Schutzbereichsbestimmung ist, dass der Schutzbereich eines Grundrechts nicht bereits eröffnet ist, wenn ein Verhalten in den grundrechtlich erfassten Sach- und Lebensbereich fällt. Erforderlich ist darüber hinaus, dass das Verhalten von dem Schutzgehalt im Sinne einer „*normativ strukturierten Gewährleistung*“⁴⁴⁹ bzw. dem „*Gewährleistungsinhalt*“⁴⁵⁰ erfasst ist. Konkret bedeutet dies, dass allein aus dem Umstand, dass ein immissions-

⁴⁴¹ BVerfGE 13, 97 (122); BVerfGE 64, 72 (80); *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12 Rn. 318.

⁴⁴² BVerfGE 105, 252.

⁴⁴³ Siehe eingehend: *Bunke*, DV 37 (2004), S. 3 ff.

⁴⁴⁴ BVerfGE 105, 252 (265).

⁴⁴⁵ *Hoffmann-Riem*, Der Staat 43 (2004), S. 203 (224 f.); eine ausführliche Darstellung des Streitstands findet sich bei *Henning*, Der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff, S. 176 ff.

⁴⁴⁶ BVerfGE 105, 279.

⁴⁴⁷ BVerfGE 105, 252.

⁴⁴⁸ *Murswiek* stellt die Frage „*Grundrechtsdogmatik am Wendepunkt?*“, Der Staat 45 (2006); gegen eine enge Schutzbereichsbestimmung: *Kahl*, Der Staat 43 (2004), S. 167 (167 ff.); dafür in Erwiderung auf *Kahl*: *Hoffmann-Riem*, Der Staat 43 (2004), S. 203 (203 ff.); *ders.* in: Kolloquium Bryde, S. 53 ff.; *Böckenförde*, Der Staat 42 (2003), S. 165 ff. – jeweils m.w.N. Für eine Schutzbereichsbegrenzung bereits *Ramsauer*, VerwArch 72 (1981), S. 89 (89 ff.), der sich für eine Anwendung der im Zivilrecht entwickelten Normzwecklehre ausspricht, um eine Schutzbereichsbegrenzung gegenüber faktischen Beeinträchtigungen zu gewährleisten.

⁴⁴⁹ *Hoffmann-Riem*, Der Staat 43 (2004), S. 203 (215 und 226 ff.).

⁴⁵⁰ *Böckenförde*, Der Staat 42 (2003), S. 165 (174 ff.).

schutzrechtlich genehmigungsbedürftiges Vorhaben eine berufliche Tätigkeit im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG ist, nicht ohne weiteres folgt, dass jede Beschränkung der Vorhabendurchführung in den Regelungen des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens einen Eingriff beinhaltet. Maßgeblich ist vielmehr, inwiefern die Vorhabendurchführung im Sinne einer „*Tiefenwirkung*“⁴⁵¹ grundrechtlich abgesichert ist. In diesem Zusammenhang weist *Hoffmann-Riem* zutreffend darauf hin, dass insbesondere in multipolaren und -dimensionalen Konfliktlagen zunächst eine präzise Klärung des Gewährleistungsgehalts der einzelnen Grundrechte erforderlich ist, damit eine sachgerechte Abwägung auf der Rechtfertigungsebene gelingen kann.⁴⁵² Insofern spricht die für immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren kennzeichnende multipolare Konfliktlage dafür, die Regelungen des Genehmigungsverfahrens nicht vorschnell als einen Eingriff in die Berufsfreiheit, sondern – auch wenn der Genehmigungsanspruch im konkreten Fall auf der Berufs- und nicht der Eigentums-gewährleistung fußt – als Grundrechtsausgestaltung einzuordnen.

Vor diesem Hintergrund erscheint es zutreffend, von einer Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers nicht nur für die Eigentums-garantie, sondern auch für die Berufsfreiheit auszugehen. Für die Ausgestaltung ist es dabei unerheblich, ob der Antragsteller von der Eigentums-gewährleistung oder der Berufsfreiheit Gebrauch macht. Denn unabhängig von der Eigentümerstellung des Antragstellers sind immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige Vorhaben stets eine Nutzung des Grund und Bodens, auf dem sie durchgeführt werden sollen. Die Nutzung des Grund und Bodens ist, wie ausgeführt, von vornherein allein im Rahmen der verfassungsgemäßen einfachrechtlichen Ausgestaltung gewährleistet. Die grundrechtlich gewährleistete Ausnutzbarkeit des Grund und Bodens wird nicht dadurch erweitert, dass der Grundstückseigentümer eine schuldrechtliche Vereinbarung mit einem Dritten trifft, für den der immissionsschutzrechtliche Genehmigungsanspruch nicht Ausfluss der Eigentums-, sondern der Berufsfreiheit ist. Dementsprechend hat der immissionsschutzrechtliche Genehmigungsanspruch eine einheitliche – von der Eigentümerstellung des An-

⁴⁵¹ vgl. *Hoffmann-Riem*, Der Staat 43 (2004), S. 203 (227).

⁴⁵² *Hoffmann-Riem*, Der Staat 43 (2004), S. 203 (228 f.): „Das Potenzial der Grundrechtsdogmatik zur argumentativen Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs [...] würde verschleudert, wenn es auf der ersten Stufe der Grundrechtsprüfung ausreichen sollte, den betroffenen Lebensbereich zu benennen, auf der zweiten Stufe irgendetwas Benachteiligungen festzustellen und alles Weitere in die Einzelabwägung der dritten Stufe zu schieben.“

tragstellers unabhängige – Ausgestaltung in den Regelungen des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens erfahren.

Entscheidend für das Vorliegen eines Grundrechtseingriffs ist demnach unabhängig von der Eigentümerstellung des Antragstellers, ob die Ausgestaltung, die der immissionsschutzrechtliche Genehmigungsanspruch in den Regelungen des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens erfahren hat, einen Untergang des Genehmigungsanspruchs durch Änderungen der Rechtslage während des Genehmigungsverfahrens vorsieht.

- (iii) Kein Grundrechtseingriff durch Untergang des Genehmigungsanspruchs innerhalb der Verfahrensfristen

Nach diesem Maßstab beinhaltet ein Untergang des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruchs durch Änderungen der Rechtslage, die innerhalb der Verfahrensfristen eintreten, keinen Grundrechtseingriff.

Dass der immissionsschutzrechtliche Genehmigungsanspruch durch Änderungen der Rechtslage innerhalb der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen untergehen kann, entspricht im Gegenteil seiner Ausgestaltung in den Regelungen des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens. Der Untergang des Genehmigungsanspruchs ist Konsequenz des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsvorbehalts und des Umstands, dass die Genehmigungsbehörden aufgrund ihrer Gesetzesbindung das im Entscheidungszeitpunkt geltende Recht anzuwenden haben.

Der immissionsschutzrechtliche Genehmigungsvorbehalt ist „*Kern-element des immissionsschutzrechtlichen Anlagenzulassungsrechts*“⁴⁵³ und zentraler Bestandteil der Ausgestaltung der Eigentumsgewährleistung und der Berufsfreiheit durch das Bundesimmissionsschutzgesetz. In ihrer immissionsschutzrechtlichen Ausgestaltung gewährleisten Art. 14 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG die Durchführung genehmigungsbedürftiger Vorhaben von vornherein allein unter dem Vorbehalt einer Genehmigungserteilung. Einen grundrechtlichen Anspruch, ein dem immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsvorbehalt unterfallendes Vorhaben durchzuführen, ohne vorab eine Genehmigung einzuholen, gibt es nicht. Anderes würde allein dann gelten können,

⁴⁵³ Kotulla, in: ders., BImSchG, § 4 Rn. 1.

wenn der immissionsschutzrechtliche Genehmigungsvorbehalt nicht verfassungsgemäß wäre. Dem ist aber nicht so. Im Gegenteil: Der immissionsschutzrechtliche Genehmigungsvorbehalt ist wegen der potentiell erheblichen Auswirkungen genehmigungsbedürftiger Vorhaben auf die Grundrechte Dritter und den in Art. 20 a GG verankerten Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen im Grundsatz (wenn auch nicht in Bezug auf jede einzelne nach der 4. BImSchV genehmigungsbedürftige Anlage) verfassungsrechtlich vorgegeben und Ausdruck der dem Gesetzgeber obliegenden Schutzpflichten.⁴⁵⁴

Mit dem immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsvorbehalt geht einher, dass der immissionsschutzrechtliche Genehmigungsanspruch durch Änderungen der Rechtslage während des Genehmigungsverfahrens untergehen kann. Weil die Genehmigungsbehörden aufgrund der Gesetzesbindung stets das im Entscheidungszeitpunkt geltende Recht anzuwenden haben, haben sie grundsätzlich Rechtsänderungen, die bis zum Zeitpunkt ihrer Entscheidung in Kraft getreten sind, zu beachten.

Den Zeitraum, innerhalb dessen sich Änderungen der Rechtslage auf den Bestand des Genehmigungsanspruchs auswirken, beschränken wiederum die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen, in dem sie die rechtmäßige Dauer des Genehmigungsverfahrens begrenzen. Dabei kommt dem Gesetzgeber ein weiter Gestaltungsspielraum zu, ob und wie weit er die Verfahrensdauer durch den Erlass von Verfahrensfristen begrenzt. Dem Gesetzgeber hätte es freigestanden, auf den Erlass von Verfahrensfristen im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren gänzlich zu verzichten. In diesem Fall würde der allgemeine Beschleunigungsgrundsatz in § 10 Satz 2 VwVfG zur Anwendung kommen, nach dem Verwaltungsverfahren „zügig“ zu führen sind. Der Gesetzgeber hätte die Verfahrensfristen grundsätzlich auch kürzer⁴⁵⁵ oder auch länger ausgestalten dürfen. Im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren hat sich der Gesetzgeber für die in § 10 Abs. 6a und § 16 Abs. 3 BImSchG normierten Verfahrensfristen entschieden. Die vom Gesetzgeber in § 10 Abs. 6a und § 16 Abs. 3 BImSchG gewählte Ausgestaltung des grundrechtlich geschützten immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruchs ist Gegenstand dieser Arbeit.

⁴⁵⁴ *Feldhaus*, in: ders., BImSchG, § 4 Rn. 7; *Dietlein*, in: Landmann/Rohmer, BImSchG, § 4 Rn. 1 und § 5 Rn. 43 – jeweils m.w.N.

⁴⁵⁵ wobei sich bei einer Verkürzung der mitunter geltenden Dreimonatsfrist Praktikabilitätsfragen stellen dürften.

Tritt eine nachteilige Änderung der Rechtslage vor Ablauf der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen ein, entspricht der Untergang des Genehmigungsanspruchs demnach von vornherein seiner Ausgestaltung. Anders ausgedrückt: Der Genehmigungsanspruch richtet sich von Anfang an nur auf eine Genehmigung vor Ablauf der Verfahrensfristen zu dem danach maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt. Dem Antragsteller ist dies vorab bekannt, so dass er sich auf das Risiko einstellen kann. Eine unverhältnismäßige Belastung ist damit nicht verbunden, zumal Änderungen der Rechtslage sich nicht nur zu Lasten des Antragstellers, sondern ebenso zu seinen Gunsten auswirken können.

Insofern steht die Verwirklichung der durch die Eigentumsgewährleistung und der Berufsfreiheit geschützten Betätigung von Anfang an unter dem Vorbehalt, dass die Genehmigungsvoraussetzungen im (rechtmäßigen) Entscheidungszeitpunkt noch vorliegen. Ein Untergang des Genehmigungsanspruchs durch bis zum Fristablauf eintretende Rechtsänderungen greift mithin weder in die Eigentums- und Berufsfreiheit ein, noch in den Genehmigungsanspruch selbst.

(iv) Grundrechtseingriff durch Untergang des Genehmigungsanspruchs nach Ablauf der Verfahrensfristen

Anders liegen die Dinge nach Fristablauf: Ein Untergang des auf eine fristgerechte Entscheidung gerichteten immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruchs durch Änderungen der Rechtslage, die nach Ablauf der Verfahrensfristen eintreten, beinhaltet einen Grundrechtseingriff. Denn ein Untergang des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruchs durch nach Fristablauf eintretende Rechtsänderungen steht nicht im Einklang mit der Ausgestaltung, die die Eigentums- und Berufsfreiheit durch die Regelungen des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens erfahren haben. Er verletzt den Anspruch auf Genehmigung innerhalb der Verfahrensfristen.

Die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen sind Teil der verfahrensrechtlichen Ausgestaltung des grundrechtlich verbürgten Genehmigungsanspruchs. Als Ausgestaltung grundrechtlicher Freiheiten vermitteln sie dem Antragsteller ein subjektives Recht auf eine Genehmigungsentscheidung innerhalb der Verfahrensfristen. Insofern sind die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen Ausdruck eines grundrechtlich verbürgten Anspruchs auf eine zügige Verfahrensdurchführung. Der subjektiv-rechtliche Gehalt der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen ist dabei nicht auf eine Verfahrensbe-

schleunigung im Sinne eines bloßen Zeitgewinns für den Antragsteller beschränkt, sondern spricht dafür, dass immissionsschutzrechtliche Genehmigungsanspruch nicht durch Änderungen der Rechtslage untergeht, die nach Fristablauf eintreten. Nach der Konzeption der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen – d.h. bei ihrer Einhaltung – sollen Änderungen der Rechtslage bei der Genehmigungsentscheidung nur zu berücksichtigen sein, wenn sie vor Ablauf der Verfahrensfristen in Kraft treten; Rechtsänderungen, die nach Fristablauf eintreten, bleiben demgegenüber unberücksichtigt, weil die Genehmigungsbehörden sie bei Einhaltung der Verfahrensfristen nicht hätten berücksichtigen können.

Mithin hat der Gesetzgeber in den immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen eine Risikoverteilung im Hinblick auf den Eintritt von Rechtsänderungen im Genehmigungsverfahren vorgenommen. Nach dieser Risikoverteilung ist dem Antragsteller das Risiko einer Rechtsänderung im Genehmigungsverfahren bis zum Fristablauf, nicht aber darüber hinaus zugewiesen. Dass die Verfahrensfristen dem Antragsteller insoweit ein subjektives Recht einräumen, bestätigt die Gesetzesbegründung, nach der die Verfahrensfristen dem „*berechtigten Interesse*“ des Antragstellers an einer Genehmigungsentscheidung (Unterstreichung nur hier) „*im geltenden Recht*“ zu dienen bestimmt sind.⁴⁵⁶

Besteht somit ein von einer Inhaltsbestimmung des Eigentums, nämlich den immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen, begründetes Recht auf Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung innerhalb der Verfahrensfristen, so führt eine Versagung der Genehmigung nach Fristablauf, die wegen einer nach Fristablauf eingetretenen Änderung der Rechtslage erfolgt, zu einem Eingriff in den grundrechtlich geschützten Genehmigungsanspruch.

- cc) Grundrechtliche Anforderungen an die Auslegung der Verfahrensfristen zur Ermittlung des Beurteilungszeitpunkts

Weil die Versagung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung bzw. ein Untergang des Genehmigungsanspruchs durch nach Fristablauf eintretende Änderungen der Rechtslage einen Grundrechtseingriff beinhaltet, müsste eine Auslegung der den immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruch aus gestaltenden Verfahrensfristen, die stets zu einem An-

⁴⁵⁶ BT-Drs. 12/3944, S. 54; siehe auch oben S. 26 ff.

spruchsuntergang führt, den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen genügen. Dies ist nicht der Fall.

(i) Keine verfassungsunmittelbare Rechtfertigung durch Art. 20 Abs. 3 GG

Eine zum Untergang des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruchs durch nach Fristablauf eintretende Änderungen der Rechtslage führende Auslegung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen kann nicht mit der Bindung der Exekutiven und Judikativen an das Gesetz gemäß Art. 20 Abs. 3 GG gerechtfertigt werden. Die Gesetzesbindung verpflichtet die Exekutive und Judikative nicht generell, nach Fristablauf eintretende Rechtsänderungen bei der Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit zu berücksichtigen, sondern die konkrete Ausgestaltung des materiellen Rechts im Hinblick auf den maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt ist entscheidend.

Richtig ist zwar, dass die Exekutive und Judikative aufgrund ihrer Gesetzesbindung stets zur Anwendung des im Entscheidungszeitpunkt geltenden Rechts verpflichtet sind. Hiervon ist aber die Frage zu unterscheiden, welche Sach- und Rechtslage den Beurteilungsmaßstab für die Genehmigungsentscheidung bildet, mithin welcher Beurteilungszeitpunkt zu wählen ist. Anerkanntermaßen ist vor dem Hintergrund des Art. 20 Abs. 3 GG der maßgebliche Beurteilungszeitpunkt dem im Entscheidungszeitpunkt geltenden Recht im Wege der Auslegung zu entnehmen.⁴⁵⁷ Die Gesetzesbindung der Exekutiven und Judikativen fordert aber nicht, dass als Auslegungsergebnis des im Entscheidungszeitpunkt geltenden Rechts stets das im Entscheidungszeitpunkt geltende Recht den materiellen Beurteilungsmaßstab für die Genehmigungsentscheidung zu bilden hat. Wenn dem im Entscheidungszeitpunkt geltenden Recht ein in der Vergangenheit liegender Beurteilungszeitpunkt zu entnehmen ist, steht dies der Gesetzesbindung nicht entgegen, sondern ist gerade Ausdruck von Art. 20 Abs. 3 GG.

(ii) Gesetzesvorbehalt

Der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes fordert, dass jeder Grundrechtseingriff auf eine ausreichende gesetzliche Grundlage zu stützen

⁴⁵⁷ Siehe S. 13 ff.

ist.⁴⁵⁸ Weil der Untergang eines ursprünglich bestehenden immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruchs durch nach Fristablauf eintretende Änderungen der Rechtslage in Grundrechte des Antragstellers (Art. 14 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 GG) eingreift, würde eine Wahl des Beurteilungszeitpunkt, die stets zum Untergang des Genehmigungsanspruchs durch nach Fristablauf eintretende Änderungen der Rechtslage führte, dem grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt nur genügen, wenn sich der Untergang des Genehmigungsanspruchs auf eine ausreichende gesetzliche Grundlage stützen ließe.

Die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen selbst enthalten keine gesetzliche Grundlage für einen Untergang des Genehmigungsanspruchs durch nach Fristablauf eintretende Änderungen der Rechtslage, sondern legen den spätesten rechtmäßigen Entscheidungszeitpunkt fest und bei ihrer Einhaltung können von vornherein nur vor Fristablauf eintretende Änderungen der Rechtslage einen ursprünglich bestehenden Genehmigungsanspruch untergehen lassen.

Den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts ist in den Fällen genügt, in denen der Untergang eines ursprünglich bestehenden Genehmigungsanspruchs vom Gesetzgeber ausdrücklich angeordnet ist. Das kann etwa dann der Fall sein, wenn der Gesetzgeber zu einer Neuregelung eine Überleitungsvorschrift mit einer Stichtagsregelung erlassen hat, aus der sich ergibt welche Genehmigungsverfahren nach der alten und welche nach der neuen Gesetzeslage zu Ende zu führen sind.

Fehlt es an einer solchen gesetzgeberischen Entscheidung, ist zweifelhaft, ob der mit dem Untergang eines ursprünglich bestehenden Genehmigungsanspruchs einhergehende Grundrechtseingriff auf eine ausreichende gesetzliche Grundlage gestützt ist. In dem Abschnitt zu den Grundsätzen der Wahl des maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts wurde herausgearbeitet, dass sich der Beurteilungszeitpunkt aus einer Auslegung des materiellen Rechts ergibt.⁴⁵⁹ Das materielle Recht kommt als gesetzliche Eingriffsermächtigung zwar grundsätzlich in Betracht. Allerdings lässt sich der maßgebliche Beurteilungszeitpunkt nur in seltenen Fällen in eindeutiger Weise an Vorschriften des materiellen Rechts festmachen.⁴⁶⁰ In der Regel – und so auch in der Rechtsanwendungspraxis in immissionsschutzrechtlichen Verpflicht-

⁴⁵⁸ Siehe allgemein zum grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt *Hillgruber*, in: Isensee/Kirchhof, HStrR IX, § 201 Rn. 27 ff; *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Grundrechte, § 6 Rn. 279 ff.

⁴⁵⁹ Siehe S. 13 ff.

⁴⁶⁰ Im Wege expliziter Auslegung erfolgte dies etwa in BVerwGE 84, S. 278 (282 ff.).

tungskonstellationen – ist die Wahl des Beurteilungszeitpunkts vielmehr das Ergebnis einer gefestigten Handhabung anhand von Fallgruppen, deren materielle Begründung zweifelhaft ist. Regelmäßig bleibt bereits unklar, welche Vorschriften des materiellen Rechts für die Wahl des Beurteilungszeitpunkts maßgeblich sein und den Untergang des Genehmigungsanspruchs anordnen sollen. Die oftmals die alleinige Begründung für den gewählten Beurteilungszeitpunkt bildende Grundregel des Zusammenfallens von Entscheidungs- und Beurteilungszeitpunkt in Verpflichtungssituationen bietet keine den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts genügende Eingriffsgrundlage, weil es sich im Kern um eine „*Regelvermutung im Sinne eines statistischen Erfahrungswerts*“⁴⁶¹ handelt, der für sich genommen keine normative Überzeugungskraft zukommt.

Festzuhalten bleibt, dass sich bei einer konsequenten Anwendung der Anforderungen des Gesetzesvorbehalts der Untergang eines ursprünglich bestehenden immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruchs auf eine ausreichende gesetzliche Grundlage stützen lassen müsste. Eine solche gesetzliche Grundlage ist aber regelmäßig nicht ersichtlich. Insofern spricht der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes gegen eine Auslegung der Verfahrensfristen in § 10 Abs. 6a und § 16 Abs. 3 BImSchG, die den Beurteilungszeitpunkt auf den Zeitpunkt der Genehmigungsentscheidung festlegt (Zusammenfallen von Beurteilungs- und Entscheidungszeitpunkt) und deshalb hinnimmt, dass nach Fristablauf eintretende Änderungen der Rechtslage den Genehmigungsanspruch untergehen lassen.

(iii) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen sind im Hinblick auf den maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt in einer dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügenden Weise auszulegen, der ein zentrales Element des Rechtfertigungserfordernisses für staatliche Eingriffe in grundrechtlich geschützte Freiheiten ist.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist maßgeblich vom Bundesverfassungsgericht im Apotheken-Urteil herausgestellt worden⁴⁶² und stellt Anforderungen an die Relation zwischen dem Zweck eines Eingriffs und der Schwere der mit ihm verbundenen Beeinträchtigung.⁴⁶³

⁴⁶¹ Mager, Rechtswidrigkeit von Verwaltungsakten, S. 33; siehe auch oben S. 14.

⁴⁶² BVerfGE 7, 377 (410 ff.).

⁴⁶³ Vgl. Hillgruber, in: Isensee/Kirchhof, HStR IX, § 201 Rn. 51.

Unterteilen lässt er sich in drei Untergrundsätze: Den Grundsatz der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.⁴⁶⁴

Eine Wahl des Beurteilungszeitpunkts, die zu einem generellen Untergang des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruchs durch nach Fristablauf eintretende Änderungen der Rechtslage führt, wäre mit den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht vereinbar.

Eine solche Wahl des Beurteilungszeitpunkts diene zwar einem legitimen Zweck⁴⁶⁵ und wäre zur Zielerreichung geeignet,⁴⁶⁶ weil eine Berücksichtigung von nach Fristablauf eintretenden Änderungen der Rechtslage dazu führte, dass ein genehmigungsbedürftiges Vorhaben im Zeitpunkt der Genehmigungsentscheidung stets den aktuellsten (und im Umweltrecht regelmäßig zugleich den strengsten) Anforderungen zu genügen hätte. Mithin würde der Schutz der in Art. 20a GG und § 1 BImSchG genannten Schutzgüter gefördert. Eine Berücksichtigung von nach Fristablauf eintretenden Änderungen der Rechtslage wäre zudem zur Zielerreichung geeignet, da sie stets die Einhaltung der aktuellsten Anforderungen sicherstellen würde.

Eine Wahl des Beurteilungszeitpunkts, die zu einem generellen Untergang des zuvor bestehenden immissionsschutzrechtlichen Anspruchs auf Genehmigung innerhalb der Verfahrensfristen durch nachträgliche Änderungen der Rechtslage führte, wäre aber nicht ohne weiteres mit den Anforderungen der Erforderlichkeit vereinbar. Der Grundsatz der Erforderlichkeit verlangt, dass der Eingriff nicht über das zur Verfolgung seines Zwecks notwendige Maß hinausgeht. Er ist verletzt, wenn ein „gleich wirksames, aber das Grundrecht nicht oder doch fühlbar weniger einschränkendes Mittel“ zur Verfügung gestanden hätte.⁴⁶⁷

Ein in diesem Sinne milderer Mittel, um auf nach Fristablauf eintretende Änderungen der Rechtslage zu reagieren, steht im Grundsatz mit der in § 17 BImSchG vorgesehenen Möglichkeit zum Erlass nachträglicher Anordnungen zur Verfügung. Die Vorschrift berechtigt die Ge-

⁴⁶⁴ Siehe etwa *Alexy*, Grundrechte und Verhältnismäßigkeit, in: FS für Edzard Schmidt-Jortzig, S. 3 (4).

⁴⁶⁵ Vgl. zum legitimen Zweck: BVerfGE 124, 300 (301); *Merten*, in: Merten/Papier, HGR III, § 68 Rn. 53 ff.; *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 20 Rn. 116 f. – jeweils m.w.N.

⁴⁶⁶ Vgl. zur Geeignetheit: *Hillgruber*, in: Isensee/Kirchhof, HStR IX, § 201 Rn. 62 m.w.N.

⁴⁶⁷ BVerfGE 68, 193 (219); *Merten*, in: Merten/Papier, HGR III, § 68 Rn. 66 ff.; *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 20 Rn. 118 – jeweils m.w.N.

nehmigungsbehörden, nach Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes die Erfüllung der sich aus dem Bundesimmissionsschutzgesetz und den auf seiner Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen im Wege des Erlasses nachträglicher Anordnungen zu verlangen. Die Möglichkeit, auf nachträgliche Änderungen der Rechtslage durch den Erlass nachträglicher Anordnungen zu reagieren, ist Ausdruck des dem Bundesimmissionsschutzgesetz eigenen Ansatzes dynamischer Betreiberpflichten⁴⁶⁸ und begründet den im Vergleich zu einer Baugenehmigung geringeren Bestandsschutz einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung. Im Vergleich zu einem generellen Untergang des Genehmigungsanspruches ist der Erlass einer nachträglichen Anordnung aus der Perspektive des Antragstellers regelmäßig eine weniger belastende Maßnahme, da ihm die Durchführung eines neuen – auf die geänderte Rechtslage ausgerichteten – Genehmigungsverfahrens erspart bleibt. Ob der Erlass nachträglicher Anordnungen ein im Vergleich zur Genehmigungsversagung milderes Mittel darstellt, ist davon abhängig, ob der Rechtsänderung im konkreten Fall durch den Erlass nachträglicher Anordnungen Rechnung getragen werden kann.

Vor dem Hintergrund des Grundsatzes der Erforderlichkeit ist daher im Einzelfall begründungsbedürftig, weshalb der Erlass einer nachträglichen Anordnung kein milderes Mittel im Vergleich zur Genehmigungsversagung darstellt, mit dem der veränderten Rechtslage hinreichend Rechnung getragen werden kann. Diesen Anforderungen würde eine Auslegung von § 10 Abs. 6a und § 16 Abs. 3 BImSchG nicht genügen, die generell den Beurteilungszeitpunkt ohne Rücksicht auf den Fristablauf auf den rechtswidrig verzögerten Entscheidungszeitpunkt festlegte.

Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn (Angemessenheit) als dritter Untergrundsatz des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verlangt, dass *„bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht sowie der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit [...] gewahrt“*⁴⁶⁹ ist. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im engeren Sinn verlangt zunächst, dass überhaupt

⁴⁶⁸ Vgl. Jarass, BImSchG, § 17 Rn. 1 und § 5 Rn. 2.

⁴⁶⁹ BVerfGE 90, 145 (173); Hillgruber, in: Isensee/Kirchhof, HStR IX, § 201 Rn. 72 m.w.N. Die Berechtigung und die Notwendigkeit Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne neben den Untergrundsätzen der Geeignetheit und Erforderlichkeit werden im Schrifttum mitunter in Frage gestellt. Siehe hierzu etwa Schlink, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: FS 50 Jahre BVerfG, Bd. II, S. 445 (446); Hillgruber, in: Isensee/Kirchhof, HStR, IX, § 201 Rn. 78 ff.

eine Abwägung vorgenommen wird. Eine Wahl des Beurteilungszeitpunkts, die einen Untergang des Genehmigungsanspruch als unumgänglich hinnimmt, wäre damit nicht zu vereinbaren. Ein Abwägungsergebnis, dass unter Berufung auf die Grundregel eines Zusammenfallens von Beurteilungs- und Entscheidungszeitpunkt in Verpflichtungssituationen den Untergang des Genehmigungsanspruch durch nach Fristablauf eintretende Änderungen der Rechtslage zu rechtfertigen suchte, würde die die von der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne gesetzten Grenzen überschreiten. Die Grundregel eines Zusammenfallens von Beurteilungs- und Entscheidungszeitpunkt spiegelt in erster Linie einen empirischen Befund wider, ist aber nicht geeignet, den mit einem Untergang des Genehmigungsanspruch verbundenen Grundrechtseingriff zu rechtfertigen.⁴⁷⁰

(iv) Vorrang des Primärrechtsschutzes

Allerdings stellt der Gesetzgeber den Antragsteller nicht gänzlich schutzlos, sondern räumt ihm als Reaktion auf eine Überschreitung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen unter Umständen einen auf Geldersatz gerichteten Sekundäranspruch in Gestalt eines Amtshaftungsanspruch und eines Anspruchs aus enteignungsgleichem Eingriff ein.⁴⁷¹ Daher ist in Betracht zu ziehen, ob der Gesetzgeber eine ausschließlich sekundärrechtliche Sanktionierung einer Überschreitung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen, nicht aber Rechtsfolgen im Hinblick auf den maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt gewollt haben kann. Zu berücksichtigen ist dabei, dass Sekundäransprüche von vornherein nicht geeignet sind, eine tatsächliche Verwirklichung grundrechtlicher Freiheiten zu gewährleisten und dementsprechend nur bedingt zur Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen angeführt werden können. Grundrechtliche Freiheiten sind vielmehr auf ihre tatsächliche Verwirklichung gerichtet; dies ist unter dem Schlagwort des Vorrangs des Primärrechtsschutzes geläufig. Aufgrund des Vorrangs des Primärrechtsschutzes ist nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber es bei einer allein sekundärrechtlichen Sanktionierung von Verstößen gegen die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen hat belassen wollen. Im Einzelnen:

⁴⁷⁰ Siehe S. 14 f. Auch insoweit gilt, dass der Gesetzgeber wohl eine andersartige Fristenregelung hätte treffen und das Prinzip hätte verankern können, dass das aktuelle Recht uneingeschränkt, also auch eine Rechtsänderung nach Fristablauf, zur Geltung zu bringen ist. Untersuchungsgegenstand sind die immissionsschutzrechtlichen verfahrensfristen, wie der Gesetzgeber sie in § 10 Abs. 6a und § 16 Abs. 3 BImSchG ausgestaltet hat.

⁴⁷¹ Siehe S. 82 f.

In Fällen, in denen der Antragsteller im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren von seiner Eigentumsgewährleistung Gebrauch macht, sind die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen als Inhaltsbestimmungen des Eigentums einzuordnen. Inhaltsbestimmungen des Eigentums sind in einer auf die tatsächliche Verwirklichung der Eigentumsgarantie ausgerichteten Weise auszulegen, weil die Eigentumsgarantie in besonderem Maße ihren Schutz auf Primärebene verlangt.

Bei der Auslegung von Inhaltsbestimmungen der Eigentumsgewährleistung ist dem allgemein anerkannten Grundsatz des Vorrangs des Primärrechtsschutzes Rechnung zu tragen. Der Grundsatz des Vorrangs des Primärrechtsschutzes geht zurück auf das Deichordnungs-Urteil des Bundesverfassungsgerichts,⁴⁷² in dem das Gericht herausarbeitete, dass die Eigentumsgewährleistung in erster Linie eine Bestandsgarantie und ein Rechtsschutz in Gestalt von Entschädigungsleistungen grundsätzlich nachrangig ist. Weiter präzisiert wurde der Grundsatz in dem Nassauskiesungsbeschluss,⁴⁷³ in dem das Bundesverfassungsgericht auf dem Deichordnungs-Urteil aufbauend den Schluss zog, auf Grund des Vorrangs des Primärrechtsschutzes sei es dem Eigentümer grundsätzlich verwehrt, rechtswidrige Eingriffe in sein Eigentum zunächst zu dulden und anschließend hierfür eine Entschädigung zu beanspruchen.⁴⁷⁴ Der Abschied von dem vom Grundsatz eines „Dulde und Liquidiere“ im Nassauskiesungsbeschluss spricht zugleich dafür, dass der Eigentumsgewährleistung auf Primärebene tatsächlich ein effektiver Schutz zuzukommen hat. Vor diesem Hintergrund kommt der Eigentumsgewährleistung im besonderen Maß ein leistungsrechtlicher Aspekt zu, der zu einem „*Recht auf tatsächliche Grundrechtsdurchsetzung kraft des Verfahrensrechts*“⁴⁷⁵ führt.

Als Inhaltsbestimmungen des Eigentums sind die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen daher im Lichte des Vorrangs des Primärrechtsschutzes zur Ermittlung des maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts so auszulegen, dass eine tatsächliche Verwirklichung der Eigentumsgewährleistung sichergestellt ist. Ein genereller Untergang des Genehmigungsanspruchs könnte vor dem Hintergrund der vorrangigen Bedeutung der Eigentumsgewährleistung als Bestandsgarantie

⁴⁷² BVerfGE 24, 367.

⁴⁷³ BVerfGE 58, 300.

⁴⁷⁴ Siehe zur Einordnung und den Folgen des Nassauskiesungsbeschluss etwa *Lege*, JZ 2011, S. 1084 (1084 ff.).

⁴⁷⁵ *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 45.

insbesondere nicht mit einem Verweis auf etwaige auf Geldersatz gerichtete Ersatzansprüche begründet werden.

Die Berufsfreiheit fordert ebenfalls einen Schutz auf Primärebene. Die auf eine tatsächliche Wirksamkeit der Grundrechte abzielenden Grundsätze eines Grundrechtsschutzes durch Verfahren sind vom Bundesverfassungsgericht zwar maßgeblich im Kontext des Eigentumsgrundrechts entwickelt, aber im Grundsatz auf die übrigen Grundrechte zu übertragen.⁴⁷⁶ Das Verfahrensrecht ist generell in einer auf die tatsächliche Verwirklichung der Grundrechte abzielenden Weise auszulegen.⁴⁷⁷ Das Bundesverfassungsgericht:

„Dem Verfahrensrecht kommt hierbei [beim Grundrechtsschutz] eine wesentliche Rolle zu. Es dient nicht nur dem Ziel, einen geordneten Verfahrensgang zu sichern, sondern ist im grundrechtlich relevanten Bereich auch das Mittel, im konkreten Fall dem Grundrechtsträger zu seinem verfassungsmäßigen Recht zu verhelfen. Demgemäß muß das Verfahrensrecht im Blick auf die Grundrechte ausgelegt und angewendet werden.“⁴⁷⁸

Dies gilt auch für die den immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruch ausgestaltenden Verfahrensfristen. Eine Auslegung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen zur Ermittlung des maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts ist auf das Ziel auszurichten, dem Antragsteller eine tatsächliche Verwirklichung seines grundrechtlich geschützten Genehmigungsanspruchs zu ermöglichen.

Mithin hat eine Auslegung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen zur Ermittlung des maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts der Funktion des Verfahrensrechts, eine tatsächliche Verwirklichung der grundrechtlichen Freiheiten abzusichern, zu entsprechen. Eine Auslegung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen, die einen Beurteilungszeitpunkt wählt, der stets zum Untergang eines ursprünglich bestehenden immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruchs durch nach Fristablauf eintretende Änderungen Rechtslage führt, wäre mit diesen Anforderungen nicht vereinbar.

⁴⁷⁶ *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 47; *Steiner*, NZS 2002, S. 113, 113 f.

⁴⁷⁷ siehe allgemein zum Grundrechtsschutz durch Verfahren: *Schmidt-Assmann*, in: Liber Amicorum Erichsen, S. 207 ff.

⁴⁷⁸ BVerfGE 49, S. 252 (257).

b) Auslegung im Lichte des gesetzgeberischen Steuerungsanspruchs

Bei der Bestimmung des maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts ist zu berücksichtigen, dass die Entscheidung, welche Sach- und Rechtslage den Maßstab einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsentscheidung bildet, im Grundsatz dem Gesetzgeber zugewiesen und die vom Gesetzgeber getroffene Entscheidung auf Ebene der Rechtsanwendung zu respektieren ist. Die Entscheidung über die für eine Genehmigungsentscheidung maßgebliche Sach- und Rechtslage ist Ausdruck des gesetzgeberischen Steuerungsanspruchs. Die Bestimmung des maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts im Wege der Auslegung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen hat daher im Lichte des Steuerungsanspruchs des Gesetzgebers zu erfolgen, wie er in den immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen zum Ausdruck kommt. Mit den sich daraus ergebenden Anforderungen wäre es nicht zu vereinbaren, den immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen einen Beurteilungszeitpunkt zu entnehmen, der den Genehmigungsanspruch stets durch nach Fristablauf eintretende Änderungen der Rechtslage untergehen lässt. Im Einzelnen:

aa) Steuerungsanspruch des Gesetzgebers

Die Gestaltung und Steuerung von Lebenswirklichkeit ist eine Kernfunktion der Gesetzgebung: Das Gesetz ist als zentrales Steuerungsinstrument des demokratischen Rechtsstaats Ausdruck und Mittel des dem Gesetzgeber zukommenden Steuerungsanspruchs.⁴⁷⁹ Für die Wahrnehmung der Steuerungsfunktion ist die Entscheidung wesentlich, auf welche Lebenssachverhalte ein Gesetz Anwendung finden soll. Diese Entscheidung gilt es nicht allein in sachlicher Hinsicht durch die Normierung eines Tatbestands zu treffen. Die Steuerungsfunktion des Gesetzes erfordert zugleich eine Entscheidung, auf welche Lebenssachverhalte ein Gesetz in zeitlicher Hinsicht angewendet werden soll.⁴⁸⁰ Die Entscheidung des Gesetzgebers, welche Rechtslage den Beurteilungsmaßstab für eine Genehmigungsentscheidung bilden soll, ist Teil der legislativen Steuerungsbefugnis zur Gestaltung und Ordnung von Lebenssachverhalten.⁴⁸¹ Das Bundesverfassungsgericht formuliert:

⁴⁷⁹ Siehe eingehend zum Steuerungsanspruch des Gesetzgebers: *Schuppert*, Symposium anlässlich des 60. Geburtstages von Christian Starck, S. 105 (105 ff.); *Klein*, in: Isensee/Kirchhof, HStR III, § 50 Rn. 20; *Reimer*, Funktionen und Facetten des Parlamentsgesetzes, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVWR Bd. I, § 9 Rn. 1.

⁴⁸⁰ *Schneider*, Gesetzgebung, § 15 Rn. 517 f.

⁴⁸¹ *Schuppert*, Symposium anlässlich des 60. Geburtstages von Christian Starck, S. 105 (105 ff.); vgl. auch *Schmidt-Aßmann*; *Klein*, in: Isensee/Kirchhof, HStR III, § 50 Rn. 20.

„Da die Bestimmung des Gesetzesinhalts ausschließlich den demokratischen Gesetzgebungsorganen vorbehalten ist [...], kann die Bestimmung des Inkrafttretens nur durch den Gesetzgeber selbst erfolgen.“⁴⁸²

Es obliegt demnach in erster Linie dem Gesetzgeber, den zeitlichen Anwendungsbereich der von ihm erlassenen Gesetze und damit den im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren für die Rechtslage maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt zu bestimmen.

bb) Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers und Prüfungsmaßstab

Bei der Ausübung seiner Steuerbefugnis kommt dem Gesetzgeber ein weiterer Gestaltungsspielraum zu. Dem Gesetzgeber steht es – im Grundsatz – frei zu entscheiden, welches Maß an Steuerung er verwirklichen möchte. Seine Grenze findet der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Hinblick auf das Maß der Steuerung letztlich in der Wesentlichkeitslehre, nach der der Gesetzgeber insbesondere im Kernbereich grundrechtlicher Betätigung die wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen hat.⁴⁸³

Für die Zwecke dieser Untersuchung ist allerdings nicht entscheidend, ob der Gesetzgeber unter dem Blickwinkel der Wesentlichkeitslehre verpflichtet gewesen wäre, bei Rechtsänderungen, die den immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsmaßstab verändern, über die Bestimmung des Inkrafttretens der Neuregelung hinaus von seiner Steuerbefugnis Gebrauch zu machen. Maßgeblich ist vielmehr, wie der Gesetzgeber im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren, namentlich in den in § 10 Abs. 6a und § 16 Abs. 3 BImSchG enthaltenen Verfahrensfristen, tatsächlich von seiner Steuerbefugnis Gebrauch gemacht hat und welche Konsequenzen sich daraus für die Wahl des maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts ergeben. Die vom Gesetzgeber im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren gewählte Ausgestaltung seines Steueranspruchs bildet daher den Prüfungsmaßstab für die folgenden Ausführungen.

cc) Ausgestaltung des Steueranspruchs im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren

Nach diesem Maßstab gilt: Eine Wahl des Beurteilungszeitpunkts, die eine Überschreitung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen unberücksichtigt lässt und zu einem Untergang des Genehmigungsanspruchs durch nach Fristablauf eintretende Änderungen Rechtslage führt, würde dem

⁴⁸² BVerfGE 42, 263 (283)

⁴⁸³ BVerfGE 77, 170 (230 f.); Hillgruber, in: Isensee/Kirchhof, HStR IX, § 201 Rn. 31 m.w.N.

gesetzgeberischen Steuerungsanspruch, wie er in den immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen zum Ausdruck kommt, zuwiderlaufen. Die vom Gesetzgeber getroffene Entscheidung, welche Rechtslage einer Genehmigungsentscheidung zugrunde zu legen ist, würde im Ergebnis umgehen.

Für das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren hat der Gesetzgeber die Entscheidung, ob im Fall einer Änderung der Rechtslage während des Genehmigungsverfahrens die alte oder die neue Rechtslage den Beurteilungsmaßstab der Genehmigungsentscheidung bilden soll, auf zwei Wegen getroffen:

Der erste Weg ist die Bestimmung des Zeitpunkts des Inkrafttretens einer Neuregelung. Mit seinem Inkrafttreten wird die Neuregelung Teil der Rechtsordnung und entfaltet ihre Regelungswirkung.⁴⁸⁴ Präzisiert wird die gesetzgeberische Entscheidung zum Zeitpunkt des Inkrafttretens eines Gesetzes mitunter durch den Erlass von Überleitungsvorschriften. Mit der Bestimmung des Zeitpunkts des Inkrafttretens fixiert der Gesetzgeber den Zeitpunkt, ab dem anhängige Verwaltungsverfahren nicht mehr nach der alten, sondern nach der neuen Rechtslage zu beurteilen sind.⁴⁸⁵ Für den Fall einer Rechtsänderung während eines immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens bedeutet dies Folgendes: Sofern der Gesetzgeber in der Neuregelung keine abweichende Übergangsbestimmung getroffen hat, entspricht es seinem Willen, dass die Neuregelung auf alle Genehmigungsverfahren angewendet wird, über die nach ihrem Inkrafttreten entschieden wird.

Im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren hat der Gesetzgeber es indes nicht dabei belassen, seine Steuerungsbefugnis durch die Bestimmung des Inkrafttretens einer Neuregelung, ggf. flankiert durch den Erlass von Überleitungsvorschriften, auszuüben. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber in § 10 Abs. 6a und § 16 Abs. 3 BImSchG die Verfahrensdauer begrenzt, indem er den spätesten rechtmäßigen Entscheidungszeitpunkt festgelegt hat. Die Begrenzung der Verfahrensdauer ist der zweite Weg, auf dem der Gesetzgeber im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren von seiner Steuerungsbefugnis im Hinblick auf die maßgebliche Rechtslage Gebrauch gemacht hat.

Die Steuerung durch Verfahrensfristen ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass aufgrund des auf Ebene der Rechtsanwendung praktisch nicht hinter-

⁴⁸⁴ BVerfGE 42, 263 (283).

⁴⁸⁵ Guckelberger, Vorwirkung von Gesetzen im Tätigkeitsbereich der Verwaltung, S. 132.

fragten Zusammenfallens von Beurteilungs- und Entscheidungszeitpunkt in Verpflichtungssituationen die Verwaltung mit der Wahl des Entscheidungszeitpunkts in der Praxis zugleich den Beurteilungszeitpunkt festlegt. Damit entscheidet die Verwaltung (vorbehaltlich etwaiger Überleitungsvorschriften) letztlich über die Anwendung einer Neuregelung im konkreten Fall.

Diese „Stellschraube Verfahrensdauer“ begrenzen die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen. Denn bei Einhaltung von § 10 Abs. 6a und § 16 Abs. 3 BImSchG können von vornherein nur bis zum Fristablauf eingetretene, nicht aber nach Fristablauf eingetretene Rechtänderungen bei der Genehmigungsentscheidung Berücksichtigung finden. Dieser Regelungsgehalt der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen ist kein bloßer Rechtsreflex der Festlegung des Entscheidungszeitpunkts, sondern die Gesetzesbegründung zu § 10 Abs. 6a BImSchG erkennt ausdrücklich an (Unterstreichung nur hier), „*daß der Antragsteller ein berechtigtes Interesse an einer zügigen Entscheidung im geltenden Recht*“⁴⁸⁶ hat.

Nach alledem lässt sich der gesetzgeberische Wille wie folgt zusammenfassen: Eine gesetzliche Neuregelung soll – vorbehaltlich etwaiger Übergangsbestimmungen – auf alle Genehmigungsverfahren Anwendung finden, über die erstens innerhalb der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen und zweitens nach Inkrafttreten der Neuregelung entschieden wird.

dd) Beeinträchtigung des Steuerungsanspruchs

Vor dem Hintergrund dieser Ausgestaltung des Steuerungsanspruchs im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren gilt: Eine Wahl des Beurteilungszeitpunkts, die eine Überschreitung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen unberücksichtigt lässt und stets zu einem Untergang des Genehmigungsanspruchs durch nach Fristablauf eintretende Änderungen Rechtslage führt, würde den gesetzgeberischen Steuerungsanspruch beeinträchtigen. Die vom Gesetzgeber getroffene Entscheidung, welche Rechtslage einer Genehmigungsentscheidung zugrunde zu legen ist, würde umgangen. Mit der rechtswidrigen Verfahrensverzögerung würden die Genehmigungsbehörden den zeitlichen Anwendungsbereich der Neuregelung erweitern, eine dem Gesetzgeber zugewiesene und vom Gesetzgeber getroffene Entscheidung umgehen⁴⁸⁷ und damit den gesetzgeberische Steuerungsanspruch beeinträchtigen.

⁴⁸⁶ BT-Drs. 12/3944, S. 54.

⁴⁸⁷ Guckelberger, Vorwirkung von Gesetzen im Tätigkeitsbereich der Verwaltung, S. 132; vgl. auch Konzen, FS zum 125jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, S. 349 (353), der von einem unzulässigen

Dem kann nicht entgegengehalten werden, die Genehmigungsbehörde ver helfe durch eine Berücksichtigung von nach Fristablauf eingetretenen Rechtsänderungen nur dem in der Neuregelung zum Ausdruck kommenden Willen des Gesetzgebers zu einer möglichst weitgehenden Geltung.⁴⁸⁸ Das Gesetz kennt eine solche Form des „vorausseilenden Gehorsams“ nicht. Der Gesetzgeber hat die Fälle, in denen die Verwaltung berechtigt ist, die Entscheidung in einem (immissionsschutzrechtlichen oder baurechtlichen) Genehmigungsverfahren wegen einer bevorstehenden Änderung der Rechtslage herauszuschieben, in § 14 und § 15 BauGB (Veränderungssperre und Zurückstellung von Baugesuchen) geregelt. Für eine allgemeine Befugnis der Verwaltung, eine Neuregelung durch eine Verfahrensverzögerung zur Anwendung zu bringen, ist daneben kein Raum. Dies gilt insbesondere dann, wenn – wie hier – Verfahrensfristen eine Befugnis der Verwaltung, das Verfahren „liegen zu lassen“, begrenzen. Vielmehr hat der Gesetzgeber mit der Widerrufsmöglichkeit wegen Rechtsänderungen nach § 21 Abs. 1 Nr. 4 BImSchG und der Möglichkeit nachträglicher Anordnungen nach § 17 BImSchG das Instrumentarium vorgegeben, mit dem Rechtsänderungen nach Fristablauf zu berücksichtigen sind. Dementsprechend ist auch nicht entscheidend, ob die Verwaltung die Genehmigungsentscheidung absichtlich verzögert, um in den „Genuss“ des neuen Rechts zu gelangen, oder ob sie lediglich versehentlich die Verfahrensfristen verstreichen lässt. Die Verwaltung darf den Steuerungsanspruch des Gesetzgebers und den Genehmigungsanspruch des Antragstellers weder absichtlich noch versehentlich verletzen.

Schließlich liegt der Entscheidung des Gesetzgebers über den Zeitpunkt des Inkrafttretens einer Norm und den Erlass etwaiger Übergangsvorschriften eine Abwägung zwischen dem Interesse, eine Neuregelung möglichst umfassend zur Geltung zu bringen, und Gesichtspunkten des Vertrauensschutzes Betroffener zugrunde, die auf der Ebene der Rechtsanwendung zu respektieren ist.

ee) Ergebnis

Vor diesem Hintergrund ist festzuhalten, dass der gesetzgeberische Steuerungsanspruch in der Ausgestaltung, die er in dem immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren erfahren hat, eine Auslegung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen zur Bestimmung des für die Rechtslage

„Abstreifen der Gesetzesbindung und Korrektur des Gesetzes“ durch eine verzögerte gerichtliche Entscheidung spricht.

⁴⁸⁸ So aber wohl, jedenfalls für Neuregelungen, die sich eine Rückwirkung beimessen, *Kloepfer*, Vorwirkung von Gesetzen, S. 56 ff.

maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt fordert, bei der nach Fristablauf eintretende Änderungen der Rechtslage unberücksichtigt bleiben und einen ursprünglich bestehenden Genehmigungsanspruch nicht untergehen lassen.

3. Auslegungsergebnis Rechtslage: Vorverlagerung des Beurteilungszeitpunkts

Eine einfachrechtliche Auslegung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen zur Ermittlung des maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts spricht dagegen, dass nach Fristablauf eingetretene Änderungen der Rechtslage bei der Genehmigungsentscheidung generell zu berücksichtigen sind und einen ursprünglich bestehenden Genehmigungsanspruch untergehen lassen können. Die Gesetzesbegründung der Verfahrensfristen legt vielmehr einen Anspruch des Antragstellers auf eine Genehmigungsentscheidung am Maßstab der bei Fristablauf vorliegenden Rechtslage nahe, weil sie das berechtigte Interesse des Antragstellers an einer Entscheidung „*im geltenden Recht*“ ausdrücklich anerkennt.⁴⁸⁹ Die Systematik des Bundesimmissionsschutzgesetzes spricht ebenfalls gegen eine Berücksichtigung von nach Fristablauf eingetretenen Rechtsänderungen, weil ihre Berücksichtigung nicht im Einklang mit dem für das Bundesimmissionsschutzgesetz charakteristischen System dynamischer Betreiberpflichten und dem im Bundesimmissionsschutzgesetz für Drittbetroffene vorgesehenen Rechtsschutzsystem stünde. In Anbetracht des unergiebigsten Wortlauts und des Umstands, dass das grundsätzliche Zusammenfallen von Beurteilungs- und Entscheidungszeitpunkt einer gefestigten Rechtsanwendungspraxis entspricht, kann den immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen allein aufgrund einer einfachrechtlichen Auslegung kein hinreichend klarer Rechtsanwendungsbefehl entnommen werden, dass eine andere als die im (auch rechtswidrig verzögerten) Entscheidungszeitpunkt vorliegende Rechtslage den Maßstab für die Genehmigungsentscheidung bilden soll.

Weiter führt eine Auslegung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen im Lichte höherrangiger Anforderungen. Sie ergibt, dass eine Wahl des Beurteilungszeitpunkts, die einen ursprünglich bestehenden Genehmigungsanspruch durch die Berücksichtigung von nach Fristablauf eingetretenen Rechtsänderungen untergehen lässt, nicht in Betracht kommt: Ein Untergang des Genehmigungsanspruchs durch nach Fristablauf eintretende Änderungen der Rechtslage würde in die Eigentums- und Berufsfreiheit eingreifen und regelmäßig die aus dem Gesetzesvorbehalt, dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und dem Vorrang eines grundrechtlichen Primärrechtsschutz fließenden Anforderungen verletzen. Ein Untergang des Genehmigungsanspruchs würde zudem dem gesetzgeberischen Steuerungsanspruch zuwiderlaufen, wie er in den in § 10 Abs. 6a und § 16 Abs. 3 BImSchG geregelten Verfahrensfristen zum Ausdruck kommt, weil eine andere als die vom Gesetzgeber vorgesehene Rechtslage der Genehmigungsentscheidung zugrunde gelegt würde. Eine unbesehene Anwendung der Grundregel, dass in

⁴⁸⁹ BT-Drs. 12/3944, S. 54.

Verpflichtungssituationen Beurteilungs- und Entscheidungszeitpunkt zusammenfallen, scheidet damit im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren aus.

Erforderlich ist vielmehr eine Auslegung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen zur Ermittlung des für die Rechtslage maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts, die den verfassungsrechtlichen Anforderungen Rechnung trägt und sich in die Systematik des Bundesimmissionsschutzgesetzes einfügt. Eine Auslegung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen zur Ermittlung des maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts im Lichte der verfassungsrechtlichen Anforderungen und der Systematik des Bundesimmissionsschutzgesetzes streitet für eine Vorverlagerung des Beurteilungszeitpunkts, nach der nicht die im rechtswidrig verzögerten, sondern die im Zeitpunkt des Fristablaufs vorliegende Rechtslage maßgeblich ist:

Maßgeblich sollte danach nicht die im tatsächlichen Entscheidungszeitpunkt, sondern die im letzten rechtmäßigen Entscheidungszeitpunkt, mithin die bei Ablauf der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen vorliegende Rechtslage sein. Der dergestalt vorverlagerte Beurteilungszeitpunkt für die Rechtslage ist auf der Ebene einer Ausgangsentscheidung, einer Widerspruchsentscheidung und einer verwaltungsgerichtlichen Entscheidung zu beachten. Wird die nachteilige Rechtsänderung auf der Ebene der Ausgangsentscheidung dennoch berücksichtigt, kann der Antragsteller dies im Rahmen der auch sonst einschlägigen Rechtsbehelfe des Verpflichtungswiderspruchs und der Verpflichtungsklage geltend machen. Die Vorverlagerung des Beurteilungszeitpunkts ist ebenso in Drittanfechtungskonstellationen vorzunehmen, weil es weder prozessökonomisch noch im Interesse des Antragstellers wäre, eine Genehmigung zu erteilen, die auf eine Drittanfechtung hin umgehend wieder aufgehoben werden müsste. Auf ein Verschulden kommt es dabei nicht an: Die Verwaltung darf den Steuerungsanspruch des Gesetzgebers und den Genehmigungsanspruch des Antragstellers weder absichtlich noch versehentlich verletzen.

Eine Ausnahme von der grundsätzlich gebotenen Vorverlagerung des Beurteilungszeitpunkts für die Rechtslage ist jedoch in den Fällen anzuerkennen, in denen die Genehmigungsbehörden verpflichtet wären, die Genehmigung aufgrund der Änderung der Rechtslage nach § 21 Abs. 1 Nr. 4 BImSchG zu widerrufen, weil auch im öffentlichen Recht die Ausprägung des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben gilt, dass niemand etwas verlangen kann, was er umgehend wieder zurückzugewähren hätte.⁴⁹⁰ Ein zwingender Widerruf wird allerdings nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen, weil die Anforderungen auf Tatbestandsseite hoch sind und regelmäßig der vorrangige Erlass nachträglicher Anordnungen ein Gebot der Verhältnismäßigkeit sein wird.⁴⁹¹

⁴⁹⁰ *Baumeister*, Der Beseitigungsanspruch, S. 249 und eingehend S. 332 ff.

⁴⁹¹ Siehe S. 34 ff. und S. 116 ff.

Die Vorverlagerung des für die Rechtslage maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts ist letztlich Ausdruck der Gesetzesbindung, der nach Art. 20 Abs. 3 GG die Exekutive und Judikative unterliegen. Die Gesetzesbindung verlangt, dass die Exekutive und die Judikative stets das geltende Recht anwenden. Die Vorverlagerung des für die Rechtslage maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts ist das Ergebnis einer Anwendung des allgemein anerkannten Grundsatzes, dass der maßgebliche Beurteilungszeitpunkt dem im Entscheidungszeitpunkt geltenden materiellen Recht im Wege der Auslegung zu entnehmen ist. Die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen sind Teil des im Entscheidungszeitpunkt geltenden materiellen Rechts, dem der maßgebliche Beurteilungszeitpunkt im Wege der Auslegung zu entnehmen ist. Die Auslegung des im Entscheidungszeitpunkt geltenden Rechts in Gestalt der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen hat ergeben, dass eine Vorverlagerung des für die Rechtslage maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts geboten ist. Dementsprechend ist die Vorverlagerung des für die Rechtslage maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts im Ergebnis Ausdruck der Gesetzesbindung nach Art. 20 Abs. 3 GG.

II. Beurteilungszeitpunkt für die Sachlage

Änderungen der Sachlage sind – legt man die Grundregel eines Zusammenfallens von Beurteilungs- und Entscheidungszeitpunkt in Verpflichtungssituationen zugrunde – ebenso wie Änderungen der Rechtslage geeignet, den Untergang eines ursprünglich bestehenden Genehmigungsanspruchs herbeizuführen. Eine besonders geschützte Tierart kann, taucht sie während eines immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens im Vorhabengebiet auf, einen ursprünglich bestehenden Genehmigungsanspruch ebenso wie eine Rechtsänderung untergehen lassen. Auf den ersten Blick schiene es daher konsequent, die Vorverlagerung des Beurteilungszeitpunkts auf nach Ablauf der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen eintretende Änderungen der Sachlage ebenso wie auf nach Fristablauf eintretende Änderungen der Rechtslage zu beziehen und den Antragsteller in Gänze so zu stellen, wie er bei Einhaltung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen stünde.

Im Ergebnis ist eine Vorverlagerung des Beurteilungszeitpunkts im Hinblick auf die maßgebliche Sachlage dennoch nicht geboten. Im Einzelnen:

1. Einfachrechtliche Auslegung

Der Wortlaut der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen ist im Hinblick auf eine Berücksichtigung von nach Fristablauf eingetretenen Änderungen der Sachlage ebenso unergiebig wie im Hinblick auf eine Berücksichtigung von nach Fristablauf eingetretenen Änderungen der Rechtslage.

Bei einer Auslegung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen vor dem Hintergrund der Systematik des Bundesimmissionsschutzgesetzes ergeben sich ebenfalls

keine Unterschiede: Nach dem für das Bundesimmissionsschutzgesetz charakteristischen System dynamischer Betreiberpflichten sind nach der Genehmigungserteilung eingetretene Änderungen der Sachlage ebenso wie Änderungen der Rechtslage grundsätzlich durch die Instrumente des Verbots des Anlagenbetriebs (§ 20 BImSchG), der Aufhebung der Genehmigung (§ 21 BImSchG und § 48 VwVfG) und vor allem des Erlasses nachträglicher Anordnungen (§ 17 BImSchG) zu berücksichtigen. Das System dynamischer Betreiberpflichten und das damit einhergehende Rechtsschutzsystem für Drittbetroffene würde daher nicht nur für eine Vorverlagerung des für die Rechtslage maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts, sondern ebenso für eine Vorverlagerung des Beurteilungszeitpunkts für die Sachlage sprechen.

Unterschiede ergeben sich dagegen bei einer Auslegung nach der Historie der Verfahrensfristen: Die Gesetzesbegründung legt einen Anspruch des Antragstellers auf eine Genehmigungsentscheidung am Maßstab der bei Fristablauf vorliegenden Rechtslage nahe, indem sie das berechtigte Interesse des Antragstellers an einer Entscheidung „*im gelten Recht*“⁴⁹² ausdrücklich anerkennt. Für einen entsprechenden Anspruch im Hinblick auf die Sachlage enthält die Gesetzesbegründung demgegenüber keinen Anhaltspunkt.

In der Konstellation einer Änderung der Sachlage spricht eine einfachrechtliche Auslegung der Verfahrensfristen zur Ermittlung des maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts daher in geringerem Maße als bei einer Änderung der Rechtslage dafür, dass nach Fristablauf eingetretene Änderungen bei der Genehmigungsentscheidung unberücksichtigt bleiben und einen ursprünglich bestehenden Genehmigungsanspruch unangetastet lassen.

2. Auslegung im Lichte höherrangiger Anforderungen

a) Auslegung im Lichte der Grundrechte

aa) Betroffene Grundrechte

Im Hinblick auf die betroffenen Grundrechte ergeben sich keine Unterschiede zwischen Änderungen der Rechtslage und Änderungen der Sachlage: Unabhängig davon, ob sich die Sachlage oder die Rechtslage während eines immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens ändert, sind die dem Genehmigungsvorbehalt unterfallenden Vorhaben im Grundsatz stets eine Ausübung der Eigentums- und Berufsfreiheit.

⁴⁹² BT-Drs. 12/3944, S. 54.

bb) Eingriff

Unterschiedlich ist aber das Vorliegen eines Eingriffs bei einem Untergang des Genehmigungsanspruchs durch nach Fristablauf eintretende Änderungen der Sachlage zu beurteilen.

Der Eingriffsmaßstab ist identisch: Maßgeblich für das Vorliegen eines Grundrechtseingriffs ist die Ausgestaltung des Genehmigungsanspruchs in den Regelungen des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens. Entscheidend kommt es darauf an, ob ein Untergang des Genehmigungsanspruchs durch nach Fristablauf eintretende Änderungen der Sachlage seiner Ausgestaltung in den immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen entspricht oder nicht. Zu klären ist demnach der Regelungsgehalt der Verfahrensfristen im Hinblick auf eine Berücksichtigung von nach Fristablauf eingetretenen Änderungen der Sachlage.

Auf den ersten Blick scheint es nahezuliegen, dass die Ausgestaltung des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruchs in den Verfahrensfristen einem Untergang des Genehmigungsanspruchs durch nach Fristablauf eingetretene Änderungen der Sachlage entgegensteht. Denn bei Einhaltung der Verfahrensfristen können die Genehmigungsbehörden nach Fristablauf eingetretene Änderungen der Sachlage naturgemäß nicht berücksichtigen und diese auch nicht zu einem Untergang des Genehmigungsanspruchs führen. Doch entgegen dem ersten Anschein räumen die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen dem Antragsteller keinen Anspruch darauf ein, dass der Genehmigungsanspruch von nach Fristablauf eingetretenen Änderungen der Sachlage unberührt bleibt.

Entscheidend ist eine Auslegung der Verfahrensfristen nach ihrem Sinn und Zweck. Die Verfahrensfristen dienen maßgeblich der Beschleunigung des Genehmigungsverfahrens.⁴⁹³ Die Verfahrensfristen sind so auszulegen, dass ihrer Beschleunigungsfunktion Rechnung getragen wird. Bei einer Auslegung der Verfahrensfristen im Lichte ihrer Beschleunigungsfunktion sind Änderungen der Sachlage, selbst wenn sie nach Fristablauf eintreten, bei der Genehmigungsentscheidung zu berücksichtigen. Umgekehrt liefe eine Auslegung der Verfahrensfristen, nach der nach Fristablauf eingetretene Änderungen der Sachlage unberücksichtigt blieben, mithin der Beurteilungszeitpunkt für die Sachlage vorverlagert würde, der Beschleunigungsfunktion der Verfahrensfristen zuwider.

⁴⁹³ BT-Drs. 12/3944, S. 54; *Dietlein*, in: Landmann/Rohmer, BImSchG, § 10 Rn. 241.

Eine Vorverlagerung des maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts würde eine zuverlässige Feststellung voraussetzen, welche Sachlage zu einem bestimmten Zeitpunkt in der Vergangenheit, nämlich bei Ablauf der immissionschutzrechtlichen Verfahrensfristen, vorgelegen hat. Diese Feststellung ginge, wenn sie denn überhaupt möglich ist, mit einem erheblichen Ermittlungsaufwand einher, der seinerseits das Genehmigungsverfahren (noch) weiter in die Länge ziehen würde.

Steht beispielsweise nach Ablauf der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen ein im Vorhabengebiet nistendes Rotmilanpäarchen der Genehmigungsfähigkeit eines Windparks entgegen, würde eine Vorverlagerung des Beurteilungszeitpunkts für die Sachlage eine gesicherte Feststellung voraussetzen, dass das Rotmilanpäarchen erstmals nach Ablauf der immissionschutzrechtlichen Verfahrensfristen im Vorhabengebiet aufgetaucht ist. Oftmals wird sich aber rückblickend nicht feststellen lassen, ob überhaupt eine Änderung der Sachlage vorliegt oder allein die Entdeckung der Rotmilane im Zuge einer durch das Genehmigungsverfahren auf das Vorhabengebiet gebündelten Aufmerksamkeit den neuen Umstand darstellt. Ließe sich eine Änderung der Sachlage feststellen, wäre weiter aufzuklären, wann genau diese stattgefunden hat. Denn wenn die Rotmilane zwar während des Genehmigungsverfahrens, aber noch vor Ablauf der Verfahrensfristen im Vorhabengebiet aufgetaucht sind, hätten die Genehmigungsbehörde die Rotmilane auch bei Einhaltung der Verfahrensfristen bei der Genehmigungsentscheidung rechtmäßiger Weise berücksichtigt. In diesem Fall würde sich in dem Untergang des Genehmigungsanspruchs lediglich das allgemein dem Antragstellers zugewiesene Risiko einer Änderung der Sachlage während der (rechtmäßigen) Dauer des Genehmigungsverfahrens realisieren.

Die demnach erforderliche Feststellung, dass und wann eine Änderung der Sachlage eingetreten ist, würde, wenn sie denn überhaupt möglich ist, mit einem erheblichen Ermittlungsaufwand verbunden sein und regelmäßig in die Vergangenheit gerichtete Sachverständigengutachten erfordern. Die damit verbundene (weitere) Verfahrensverzögerung wäre mit der Beschleunigungsfunktion der Verfahrensfristen nicht vereinbar.

Unabhängig von der Beschleunigungsfunktion der Verfahrensfristen ist generell zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber im Zweifel keine Ausgestaltung des Genehmigungsanspruchs gewählt hat, die in der Rechtspraxis mit vorhersehbaren und erheblichen Anwendungsschwierigkeiten verbunden wäre, wie sie mit einer Vorverlagerung des für die Sachlage maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts einhergingen. Gestützt wird dieses Verständnis zu-

dem von der Gesetzesbegründung der Verfahrensfristen, in der es heißt, die Verfahrensfristen dienen dem Interesse des Antragstellers an einer Entscheidung (Unterstreichung nur hier) „*im geltenden Recht*“,“⁴⁹⁴ die aber keinen Anhaltspunkt für einen Anspruch auf eine Genehmigungsentscheidung am Maßstab der bei Fristablauf vorliegenden Sachlage enthält.

Schließlich spricht gegen die Annahme eines Grundrechtseingriffs, dass bei einem Untergang des Genehmigungsanspruchs durch nach Fristablauf eintretende Änderungen der Sachlage – anders als bei einem Untergang durch Änderungen der Rechtslage – oftmals ein voluntatives Element fehlen wird. Während tatsächliche Veränderungen regelmäßig schlicht stattfinden, beruhen Veränderungen der Rechtslage auf einem voluntativen gesetzgeberischen Handeln. Obgleich auch nicht intendierte faktische Grundrechtsbeeinträchtigungen einen Eingriff begründen können, sind erhöhte Anforderungen an die Erheblichkeit im Sinne einer Eingriffsschwelle zu stellen, um einer Entgrenzung des Eingriffsbegriffs vorzubeugen.⁴⁹⁵ Dementsprechend spricht das bei Änderungen der Sachlage regelmäßig fehlende voluntative Element zwar nicht zwingend, aber doch in der Tendenz gegen das Vorliegen eines Grundrechtseingriffs.

Im Ergebnis entspricht es der Ausgestaltung des Genehmigungsanspruchs in den Regelungen des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens, namentlich den Verfahrensfristen, dass der Genehmigungsanspruch durch nach Fristablauf eintretende Änderungen der Sachlage untergehen kann. Ein Grundrechtseingriff liegt in diesem Fall nicht vor. Ein Untergang des Genehmigungsanspruchs durch nach Fristablauf eintretende Änderungen der Sachlage muss sich daher von vornherein nicht an den verfassungsrechtlichen Anforderungen für eine Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen messen lassen.

cc) Auslegung im Lichte des gesetzgeberischen Steuerungsanspruchs

Nicht nur aus der Perspektive der Grundrechte, sondern ebenso aus der Perspektive des gesetzgeberischen Steuerungsanspruchs ist ein Untergang des Genehmigungsanspruchs durch nach Fristablauf eintretende Änderungen der Sachlage weniger problematisch als ein Untergang des Genehmigungsanspruchs durch nach Fristablauf eintretende Änderungen der Rechtslage.

Der Steuerungsanspruch des Gesetzgebers als Ausdruck der legislativen Kernbefugnis zur Gestaltung und Ordnung von Lebenssachverhalten erfasst

⁴⁹⁴ BT-Drs. 12/3944, S. 54.

⁴⁹⁵ Jarass, in: Merten/Papier, HGR II, § 38 Rn. 21 m.w.N.

zwar im Grundsatz nicht nur die Entscheidung, welche Rechtslage, sondern ebenso die Entscheidung, die zu welchem Zeitpunkt vorliegende Sachlage den Maßstab für die Genehmigungsentscheidung im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren bilden soll. Im Hinblick auf die für die Genehmigungsentscheidung maßgebliche Sachlage kommt der gesetzgeberische Steuerungsanspruch in den immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen zum Ausdruck, bei deren Einhaltung Änderungen der Sachlage bei der Genehmigungsentscheidung nur berücksichtigt werden können, wenn sie vor Ablauf der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen eintreten, naturgemäß aber nicht, wenn sie erst nach Fristablauf eintreten. Indes beeinträchtigt eine Berücksichtigung von nach Fristablauf eintretenden Änderungen der Sachlage den gesetzgeberischen Steuerungsanspruch in geringerem Maße als eine Berücksichtigung von nach Fristablauf eintretenden Rechtsänderungen:

Erstens hat der Gesetzgeber die Entscheidung zu der jeweils maßgeblichen Sachlage nicht in der Deutlichkeit wie diejenige zur maßgeblichen Rechtslage getroffen. Während der gesetzgeberische Wille zur maßgeblichen Rechtslage zweifach zum Ausdruck kommt, nämlich sowohl über Bestimmungen zum Inkrafttreten der Neuregelung als auch über die Begrenzung der Verfahrensdauer, wird er in der Konstellation einer Veränderung der Sachlage allein in den immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen deutlich. Hier fehlt es an einer mit der expliziten Regelung zum Inkrafttreten einer Neuregelung vergleichbaren gesetzgeberischen Entscheidung.

Zweitens unterscheiden sich beide Konstellationen im Grad der Vorhersehbarkeit der Änderung. Während tatsächliche Veränderungen vereinfacht gesagt schlicht stattfinden, beruhen Veränderungen der Rechtslage auf einem voluntativen Akt und ihnen geht ein formalisiertes, durch seine Öffentlichkeit gekennzeichnetes Verfahren zur Änderung des Gesetzes oder der Verordnung oder der normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften (z.B. der TA Lärm) voran. Dies bedeutet, dass für die Genehmigungsbehörden Änderungen der Rechtslage regelmäßig in höherem Maße als Änderungen der Sachlage absehbar sind. Während etwa das Auftauchen der Rotmilane im Vorhabengebiet während eines Genehmigungsverfahrens für die Genehmigungsbehörde im Vorfeld oftmals nicht vorhersehbar sein wird, wird man davon ausgehen dürfen, dass die für die Erteilung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungen zuständigen Fachbehörden über den Stand zentraler, ihren Aufgabenbereich betreffenden Gesetzgebungsvorhaben Kenntnis haben. Hängt die Genehmigungsfähigkeit eines Vorhabens von der Anwendung der bevorstehenden Neuregelung ab, besteht daher die Gefahr, dass die „Stellschraube Verfahrensdauer“ gezielt eingesetzt wird, um die Genehmi-

gungsentscheidung zu beeinflussen. Ohne unterstellen zu wollen, dass Genehmigungsbehörden die „Stellschraube Verfahrensdauer“ in der Praxis systematisch einsetzen,⁴⁹⁶ bleibt die Möglichkeit als strukturelles Problem bestehen und ein solcher intendierter Übergriff der Verwaltung in die Befugnisse des Gesetzgebers wäre von erheblichem Gewicht.

Vor diesem Hintergrund ist festzuhalten, dass die Folgen einer Fristüberschreitung im Fall einer Änderung der Rechtslage gravierender als im Fall einer Änderung der Sachlage sind: Während in der Konstellation einer Änderung der Rechtslage eine Vorverlagerung des Beurteilungszeitpunkts geboten ist, ist unter dem Gesichtspunkt des gesetzgeberischen Steuerungsanspruchs eine Berücksichtigung von nach Fristablauf eintretenden Änderungen der Sachlage noch hinzunehmen.

3. Auslegungsergebnis Sachlage: Keine Vorverlagerung des Beurteilungszeitpunkts

Eine einfachrechtliche Auslegung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen spricht in der Konstellation einer nach Fristablauf eingetretenen Änderung der Sachlage in geringerem Maße als in der Konstellation einer Änderung der Rechtslage für eine Vorverlagerung des maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts, weil die Gesetzesbegründung zwar einen Anspruch auf Genehmigungsentscheidung am Maßstab der bei Fristablauf vorliegenden Rechtslage nahe legt, aber keinen Anhaltspunkt für einen entsprechenden Anspruch für den Fall einer Änderung der Sachlage enthält. Zwar würde die Systematik der dynamischen Betreiberpflichten mit ihren Implikationen für das für Drittbetroffene vorgesehene Rechtsschutzsystem für eine Vorverlagerung des Beurteilungszeitpunkts sprechen. Die Systematik des Bundesimmissionsschutzgesetzes ist allerdings nur einer der für die Ermittlung des maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts für den Fall einer Überschreitung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen maßgeblichen Faktoren. Wie vorstehend dargelegt, beinhaltet der Untergang eines ursprünglich bestehenden Genehmigungsanspruchs durch nach Fristablauf eintretende Änderungen der Sachlage keinen Grundrechtseingriff, sondern entspricht der Ausgestaltung, die der immissionsschutzrechtliche Genehmigungsanspruch in den immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen erfahren hat. Zudem ist der Anspruchsuntergang unter dem Gesichtspunkt des gesetzgeberischen Steuerungsanspruchs hinzunehmen und eine Vorverlagerung des für die Sachlage maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts würde zu erheblichen Schwierigkeiten auf der Ebene der Rechtsanwendung führen. Den immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen kann vor diesem Hintergrund ein hinreichend bestimmter Rechtsanwendungsbefehl, dass eine andere als die im (auch rechtswidrig verzögerten) Entscheidungszeitpunkt vorliegende Sachlage den Genehmigungsmaßstab

⁴⁹⁶ *Kloepfer* spricht von einem „weit verbreiteten Verhalten rechtsanwendender Organe“ (Vorwirkung von Gesetzen, S. 56).

bilden soll, nicht entnommen werden. Eine Vorverlagerung des für die Sachlage maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts ist nicht geboten.

E. Auswirkungen auf den Sekundärrechtsschutz

Die verfassungsrechtlich gebotene Vorverlagerung des maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts für die Rechtslage, nicht aber für die Sachlage, wirkt sich auf die Sekundärebene und damit auf die Frage aus, ob dem Antragsteller als Reaktion auf eine Überschreitung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen monetäre Ersatzansprüche zustehen. Während dem Antragsteller im Fall einer nach Fristablauf eintretenden Änderung der Sachlage ein Amtshaftungsanspruch als Ausgleich für den Untergang seines ursprünglich bestehenden Genehmigungsanspruchs zustehen kann (hierzu unter I.), ist er im Fall einer nach Fristablauf eintretenden Änderung der Rechtslage darauf verwiesen, die verfassungsrechtlich gebotene Vorverlagerung des Beurteilungszeitpunkts auf Primärebene durchzusetzen (hierzu unter II).

I. Sekundäransprüche bei Änderung der Sachlage

Die Rechtsordnung stellt den Antragsteller im Fall eines Untergangs des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruchs durch nach Ablauf der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen eintretende Änderungen der Sachlage nicht gänzlich schutzlos. Dem Antragsteller kann als Ausgleich für den Anspruchsuntergang ein auf Geldersatz gerichteter Amtshaftungsanspruch zustehen (hierzu unter 1.). Ein Entschädigungsanspruch aus enteignungsgleichem Eingriff scheidet demgegenüber aus (hierzu unter 2.).

1. Amtshaftung

Ein Amtshaftungsanspruch nach Art. 34 GG in Verbindung mit § 839 BGB setzt voraus, dass jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes schuldhaft eine drittschützende Amtspflicht verletzt, dadurch einen Schaden verursacht und kein Haftungsausschluss eingreift.⁴⁹⁷ Diese Voraussetzungen können im Fall eines Untergangs des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruchs durch eine Änderung der Sachlage im Zuge einer rechtswidrigen Verfahrensverzögerung vorliegen.

a) Handeln in Ausübung eines öffentlichen Amtes

Eine rechtswidrige Verzögerung im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren ist ein Handeln in Ausübung eines öffentlichen Amtes, weil die Durchführung eines immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens und die Entscheidung über den Genehmigungsantrag zu den klassischen hoheitlichen Verwaltungsaufgaben zählen.⁴⁹⁸ Dementsprechend sind die Sachbearbeiter der zuständi-

⁴⁹⁷ *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, S. 14; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 26 Rn. 11 – jeweils m.w.N.

⁴⁹⁸ Vgl. *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, S. 28 ff.; *Papier*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 34 Rn. 120 ff.

gen Genehmigungsbehörde unabhängig von der konkreten Ausgestaltung ihres Anstellungsverhältnisses Beamte im haftungsrechtlichen Sinne.⁴⁹⁹ Ein pflichtwidriges Unterlassen, hier einer fristgerechten Genehmigungsentscheidung, reicht für die Annahme der Ausübung eines öffentlichen Amtes aus.⁵⁰⁰

b) Verletzung einer drittschützenden Amtspflicht

Eine Amtspflichtverletzung ist ebenfalls gegeben. Im Ausgangspunkt ist die Amtspflicht an das Verhältnis des Beamten im haftungsrechtlichen Sinne zu seinem Dienstherrn anzuknüpfen, weil durch die Amtshandlung selbst unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen Amtswalter und Bürger noch nicht entstehen.⁵⁰¹ Gemeinsamer Anknüpfungspunkt der Amtspflichten ist das Leitbild einer ordnungsgemäßen Verwaltung.⁵⁰² Demzufolge besteht eine allgemeine Amtspflicht zu rechtmäßigen Amtshandeln als Ausfluss des in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.⁵⁰³ Im Hinblick auf den allgemeinen Beschleunigungsgrundsatz nach § 10 Satz 3 Var. 3 VwVfG trifft in den Worten des Bundesgerichtshofs *„jede Behörde die Amtspflicht, Anträge mit der gebotenen Beschleunigung zu bearbeiten und, sobald ihre Prüfung abgeschlossen ist, ungesäumt zu bescheiden.“*⁵⁰⁴ Im Hinblick auf die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen gilt Entsprechendes, zumal diese – anders als der allgemeine Beschleunigungsgrundsatz – konkret festlegen, ab welchem Zeitpunkt eine rechtswidrige Verfahrensverzögerung vorliegt. Eine rechtswidrige Verfahrensverzögerung, die im Zusammenspiel mit einer Änderung der Sachlage zum Untergang des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruchs führt, begründet mithin eine Amtspflichtverletzung.

Die in § 10 Abs. 6a und § 16 Abs. 3 BImSchG normierte Amtspflicht zur fristgerechten Durchführung des Genehmigungsverfahrens ist überdies drittschützend. Die Drittgerichtetheit der Amtspflicht erfordert, *„dass die Amtspflicht neben der Erfüllung allgemeiner Interessen und öffentlicher Zwecke auch den Zweck verfolgt, die Interessen einzelner wahrzunehmen.“*⁵⁰⁵ Der Geschädigte muss zu einem individualisierbaren Personenkreis gehören, dessen subjektive Belange durch die Amtspflicht geschützt werden sollen.⁵⁰⁶ Insofern besteht eine Parallele zu dem

⁴⁹⁹ Vgl. *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, S. 15; *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 34 Rn. 10 und 123.

⁵⁰⁰ Vgl. *Pieper*, in: Schmidt/Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 34 Rn. 13; *Schmidt*, Staatshaftung für verzögertes Amtshandeln, S. 40 f.

⁵⁰¹ *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, S. 44 f.; *Pieper*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 34 Rn. 26.

⁵⁰² v. *Danwitz*, in: v. Mangold/Klein/Starck, GG, Art. 34 Rn. 71.

⁵⁰³ *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, S. 46 f.; *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 34 Rn. 161 ff.

⁵⁰⁴ BGHZ 30, 19 (26); BGH NJW 2007, S. 830 (831).

⁵⁰⁵ BGHZ 162, 49 (55); vgl. auch BGHZ 140, 380 (383) m.w.N.; *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 34 Rn. 180; *Pieper*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 34 Rn. 25.

⁵⁰⁶ BGH, NJW 2013, S. 3370 (3371); *Bonk/Detterbeck*, in: Sachs, GG, Art. 34 Rn. 72.

subjektiven Recht als Dreh- und Angelpunkt der Garantie effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG.⁵⁰⁷ Eine Amtspflicht ist jedenfalls dann drittschützend, wenn mit ihr ein subjektives Recht des Einzelnen korrespondiert.⁵⁰⁸ So liegt es hier, weil die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen dem Antragsteller ein subjektives Recht auf eine fristgerechte Durchführung des Genehmigungsverfahrens einräumen.⁵⁰⁹

c) Verschulden

Die Frage des Verschuldens ist naturgemäß eine solche des Einzelfalls. Tendenziell wird das Verschuldenserfordernis einem Amtshaftungsanspruch selten entgegenstehen, weil es in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zunehmend objektiviert und entindividualisiert und damit in die Nähe einer „*originären objektiven Staatshaftung*“ gerückt ist.⁵¹⁰ Die Anforderungen des Verschuldenserfordernisses sind heute mithin eher gering.

Bei einer Überschreitung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen sind verschiedene Anknüpfungspunkte für ein Verschulden denkbar. Zunächst kann der Fehler auf der Ebene der Rechtsanwendung liegen und die Genehmigungsbehörde von einem falschen Zeitpunkt des Fristbeginns oder zu Unrecht von der Rechtmäßigkeit einer Fristverlängerung ausgegangen sein. Ein Verschulden ist in einem solchen Fall aufgrund des objektivierten Sorgfaltsmaßstabes in aller Regel gegeben, denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss „*jeder Beamte die für sein Amt erforderlichen Rechts- und Verwaltungskennntnisse besitzen oder sich verschaffen*“⁵¹¹ sowie die Rechtslage „*unter Zuhilfenahme der ihm zu Gebote stehenden Hilfsmittel sorgfältig und gewissenhaft prüfen*“.⁵¹²

Weiterhin kann die Amtspflichtverletzung darin liegen, dass die Genehmigungsbehörde aufgrund einer unzureichenden personellen oder sachlichen Ausstattung tatsächlich zu einer fristgerechten Antragsbescheidung außer Stande ist. Hier mag dem einzelnen Beamten kein individueller Vorwurf zu machen sein. Der Annahme eines Verschuldens steht dies aufgrund der allgemein anerkannten Rechtsfigur eines Organisationsverschuldens aber nicht entgegen.⁵¹³ Im Falle einer durch

⁵⁰⁷ Vgl. v. Danwitz, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 34 Rn. 85.

⁵⁰⁸ Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 34 Rn. 181.

⁵⁰⁹ Siehe S. 26 ff.

⁵¹⁰ Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 75; Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 34 Rn. 221.; v. Danwitz, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 34 Rn. 95.

⁵¹¹ BGHZ 117, 240 (249); BGH, NJW 2011, S. 2586 (2587) und die w.N. bei Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, S. 76.

⁵¹² BGHZ 119, 365 (369); BGH, NJW 2011, S. 2586 (2587) und die w.N. bei Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 76.

⁵¹³ BGH, DVBl 2007, S. 908 (908); Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 79; Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 34 Rn. 221 – jeweils m.w.N.

mangelhafte Personal- oder Sachausstattung verursachten Verfahrensverzögerung greift nach dem Bundesgerichtshof eine Beweislastumkehr.⁵¹⁴ Im Schrifttum wird mitunter noch weitergehend das Eingreifen einer unwiderleglichen Schuldvermutung angenommen.⁵¹⁵

Schließlich ist denkbar, dass die Genehmigungsbehörde bewusst das Verfahren verzögert und erst nach Eintritt einer Änderung der Sachlage entscheidet, um einen Untergang des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruchs herbeizuführen. In einem solchen Fall wäre ein Verschulden in Vorsatzform gegeben.

d) Schaden

Der Schaden liegt im Untergang des Genehmigungsanspruchs durch eine nach Fristablauf eintretende Änderung der Sachlage und dem damit verbundenem Verlust der Möglichkeit, das Vorhaben in der beantragten Form zu realisieren.

Nach allgemeinen Beweislastgrundsätzen obliegt dem Antragsteller die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass ein Schaden eingetreten und durch die schuldhaftige Amtspflichtverletzung verursacht worden ist.

Der Nachweis eines kausalen Schadens wird für den Antragsteller regelmäßig mit einem erheblichen Aufwand verbunden sein. Der Antragsteller hat nachzuweisen, dass sein ursprünglich bestehender Genehmigungsanspruch gerade durch die Überschreitung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen untergegangen ist. Dafür hat der Antragsteller nachzuweisen, dass sämtliche Genehmigungsvoraussetzungen vor Ablauf der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen noch vorlagen und nach Ablauf der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen durch eine Änderung der Sachlage entfallen sind. Auf die hiermit verbundenen Schwierigkeiten wurde bereits im Zusammenhang mit der Erörterung der Frage, ob ein Untergang des Genehmigungsanspruchs durch nach Fristablauf eintretende Änderungen der Sachlage einen Grundrechtseingriff beinhaltet, eingegangen. In dem dort angeführten Beispiel eines im Vorhabengebiet brütenden Rotmilanpärchens hätte der Antragsteller nachzuweisen, dass die Rotmilane nach Ablauf der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen erstmals im Vorhabengebiet aufgetaucht sind. Regelmäßig wird dieser Nachweis dem Antragsteller nur durch Sachverständigengutachten gelingen, in denen ggf. mit einem erheblichen Aufwand die bei Fristablauf vorliegende Sachlage zu ermitteln wäre.

Weiterhin obliegt dem Antragsteller die Darlegungs- und Beweislast im Hinblick auf die konkrete Schadenshöhe. Der Antragsteller hat dementsprechend den ihm

⁵¹⁴ BGHZ 170, 260 (269); BGH, DVBl 2007, S. 908 (908); zustimmend: *Thiel*, JR 2008, S. 68 (68).

⁵¹⁵ *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, S. 80; *Ossenbühl*, JZ 2007, S. 690 (691).

durch den Untergang des Genehmigungsanspruchs entgangenen Gewinn zu beziffern, was nicht immer einfach sein dürfte. Bei der Ermittlung der Schadenshöhe wäre zudem zu berücksichtigen, dass die Genehmigungsbehörden der nach Fristablauf eingetretenen Änderung der Sachlage ggf. durch einen Erlass nachträglicher Anordnungen Rechnung getragen hätten, die, wie etwa Abschaltzeiten für Windkraftanlagen oder technische Nachrüstungsspflichten, den entgangenen Gewinn mindern können.

e) Ausschlussgründe

Ein den Amtshaftungsanspruch ausschließender Grund wird regelmäßig nicht vorliegen. Denkbar wäre im Einzelfall, dass ein Mitverschulden den Amtshaftungsanspruch reduziert oder gänzlich ausschließt.⁵¹⁶ Dies könnte etwa der Fall sein, wenn der Antragsteller eine Änderung der Sachlage, die seinen Genehmigungsanspruch ausschließt, selbst zu verantworten oder wenn er die Verzögerung des Genehmigungsverfahrens selbst hervorgerufen hat. Eine schuldhaftes Rechtsmittelversäumung gemäß § 839 Abs. 3 BGB scheidet in der Regel aus. Wie im Rahmen der Darstellung der fehlenden Schutzmöglichkeiten der Rechtsordnung herausgearbeitet wurde, fehlt es auf Primärebene an einer hinreichend effektiven Schutzmöglichkeit für den Genehmigungsanspruch.

f) Ergebnis

Demnach kommt ein auf Geldersatz gerichteter Schadensersatzanspruch aus Amtshaftung grundsätzlich in Betracht. Auch das Schrifttum geht davon aus, dass ein Verstoß gegen die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen einen Amtshaftungsanspruch begründen kann.⁵¹⁷ Soweit ersichtlich gibt es bislang keine Rechtsprechung zu der Frage, ob ein Verstoß gegen die immissionsschutzrechtlichen Fristenbestimmungen einen Amtshaftungsanspruch nach sich ziehen kann. Allerdings entspricht es der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass eine Verfahrensverzögerung in einem Baugenehmigungsverfahren einen Amtshaftungsanspruch begründen kann.⁵¹⁸ Es liegt nahe, dass der Bundesgerichtshof rechtswidrige Verfahrensverzögerungen im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren ebenso wie in einem baurechtlichen Genehmigungsverfahren beurteilen und einen Amtshaftungsanspruch bejahen würde. Die größte praktische Hürde bei der Geltendmachung eines Amtshaftungsanspruch wird regelmäßig der Nachweis eines kausalen Schadens sein, für den konkret darzulegen

⁵¹⁶ *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, S. 90 ff. m.w.N.

⁵¹⁷ *Roßnagel*, in: GK-BImSchG, § 10 Rn. 522; *Dietlein*, in: Landmann/Rohmer, BImSchG, § 10 Rn. 244; *Frenz*, in: Kotulla, BImSchG, § 10 Rn. 170; *Jarass*, BImSchG, § 10 Rn. 118; vgl. auch *Rohlfing*, BauR 2006, S. 847 (947 ff.).

⁵¹⁸ BGH, WM 1992, S. 1858 (1859); BGH, NJW 1994, S. 2091 (2092 ff.); BGH, BauR 2001, S. 1884 (1885 f.); BGHZ 170, 260 (266).

und ggf. zu beweisen ist, dass der Genehmigungsanspruch durch eine nach Fristablauf eingetretene Änderung der Sachlage untergegangen ist.

2. Enteignungsgleicher Eingriff?

Neben einem Schadensersatzanspruch aus Amtshaftung könnte im Fall eines Untergangs des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruchs durch eine nach Fristablauf eintretende Änderung der Sachlage ein Entschädigungsanspruch unter dem Gesichtspunkt des enteignungsgleichen Eingriffs in Betracht kommen. Ansprüche unter dem Gesichtspunkt des enteignenden Eingriffs scheiden demgegenüber aus, da diese ein rechtmäßiges Verwaltungshandeln voraussetzen würden,⁵¹⁹ die hier interessierende Konstellation sich jedoch gerade durch eine Überschreitung der immissionsschutzrechtlichen Fristenbestimmungen und damit durch die Rechtswidrigkeit des Verwaltungshandelns auszeichnet.

Die Frage nach der Möglichkeit eines Entschädigungsanspruchs aus einem enteignungsgleichen Eingriff ist nicht rein akademischer Natur. Denn während der Amtshaftungsanspruch ein Verschulden des handelnden Beamten im haftungsrechtlichen Sinne voraussetzt, begründet der Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff eine unmittelbare und verschuldensunabhängige Haftung des Staates.⁵²⁰ Fehlt es an einem Verschulden, kann es daher entscheidend auf das Bestehen eines Anspruchs aus enteignungsgleichem Eingriff ankommen.

Der Entschädigungsanspruch aus enteignungsgleichem Eingriff setzt in seiner in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannten Form voraus, dass eine hoheitliche Maßnahme unmittelbar in eine durch die Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Rechtsposition eingreift⁵²¹ und das negative Tatbestandsmerkmal der Subsidiarität seiner Anwendung nicht entgegensteht.⁵²²

Geht allerdings der immissionsschutzrechtliche Genehmigungsanspruch durch eine nach Fristablauf eingetretene Änderung der Sachlage unter, fehlt es an einem Eingriff in eine von der Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Rechtsposition. Im Abschnitt über die grundrechtlichen Anforderungen ist herausgearbeitet worden, dass ein Untergang des Genehmigungsanspruchs durch nach Fristablauf eintretende Änderungen der Sachlage keinen Grundrechtseingriff beinhaltet. Der Grund liegt darin, dass von vornherein nur das durch die Gesetze ausgeformte Eigentum den Gegenstand

⁵¹⁹ BGHZ 90, 17 (29 ff.); *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, S. 325.

⁵²⁰ *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 34 Rn. 34 f.

⁵²¹ BGHZ 117, 240 (252); *Grzeszick*, in: Erichsen/Ehlers, Verwaltungsrecht, § 45 Rn. 67; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 27 Rn. 88; ausführlich zu den Voraussetzungen im Einzelnen: *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, S. 291 ff.; siehe zu bestehenden Ungereimtheiten etwa *Engelhardt*, NVwZ 1985, 621 (628) und *Ossenbühl*, NJW 1983, S. 1.

⁵²² BGHZ 90, 17 (31); *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, S. 315.

der Eigentumsgewährleistung bildet und verfassungsrechtlich geschützt ist,⁵²³ der Untergang des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruchs durch nach Fristablauf eintretende Änderungen der Sachlage aber seiner Ausgestaltung in den Regelungen des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens entspricht.

Weil es mithin an einem Eingriff in eine von Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Rechtsposition fehlt, kann ein Untergang des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruchs durch nach Fristablauf eintretenden Änderung der Sachlage einen Entschädigungsanspruch aus enteignungsgleichem Eingriff nicht begründen.

II. Keine Sekundäransprüche bei Änderungen der Rechtslage

Während dem Antragsteller bei einem Anspruchsuntergang durch nach Fristablauf eintretende Änderungen der Sachlage ein Amtshaftungsanspruch zustehen kann, ist er im Fall einer nach Fristablauf eintretenden Änderung der Rechtslage darauf verwiesen, die verfassungsrechtlich gebotene Vorverlagerung des Beurteilungszeitpunkts auf Primärebene durchzusetzen.

Amtshaftungsansprüche sind nach § 839 Abs. 3 BGB ausgeschlossen, wenn es „*der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden*“. Der Ausschlussgrund einer schuldhaften Rechtsmittelausschlusses sollte ursprünglich den typischerweise leistungsschwachen einzelnen Beamten schützen. Heute wird die Vorschrift als Ausdruck des Vorrangs eines verwaltungsrechtlichen Primärrechtsschutzes verstanden. Aufgrund des Vorrangs verwaltungsgerichtlichen Primärrechtsschutzes hat sich derjenige, dem durch ein hoheitliches Handeln ein Schaden entsteht, unmittelbar gegen den schädigenden Hoheitsakt zu wenden, soweit ihm dies möglich und zumutbar ist. Der Geschädigte hat kein Wahlrecht, ob er Rechtsschutz auf der Primärebene oder der Sekundärebene in Anspruch nehmen möchte; ein „Dulde und liquidiere“ ist im Rahmen der Amtshaftung unzulässig.⁵²⁴

Entsprechendes gilt anerkanntermaßen für Entschädigungsansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff. Das negative Tatbestandsmerkmal der Subsidiarität trägt dem mit dem Nassauskiesungsbeschluss des Bundesverfassungsgerichts etablierten Vorrang des Primärrechtsschutzes Rechnung. In einer entsprechenden Anwendung des § 254 BGB ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein Entschädigungsanspruch für solche Nachteile ausgeschlossen, die der Betroffene durch das ihm zumutbare Einlegen eines Rechtsbehelfs auf Primärebene hätte vermeiden können.⁵²⁵ Im Schrifttum wird

⁵²³ BVerfGE 24, 367 (386).

⁵²⁴ Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, S. 93 f. m.w.N.

⁵²⁵ BGHZ 90, 17 (31 ff.); 110, 12 (14 ff.) und die w.N. bei Papier, in: Maunz/Dürig, GG Art. 14 Rn. 713 (dort Fn. 1).

demgegenüber eine entsprechende Anwendung des § 839 Abs. 3 BGB favorisiert,⁵²⁶ ohne dass sich daraus nennenswerte Unterschiede ergeben dürften.

Aufgrund der verfassungsrechtlich gebotenen Vorverlagerung des Beurteilungszeitpunkts steht dem Antragsteller eine Rechtsschutzmöglichkeit auf Primärebene zur Verfügung, wenn die Genehmigungsbehörde ungeachtet der rechtswidrigen Verfahrensverzögerung von einem Zusammenfallen von Beurteilungs- und Entscheidungszeitpunkt ausgeht und die Genehmigung wegen einer nach Fristablauf eingetretenen Änderung der Rechtslage versagt. Der Antragsteller kann die verfassungsrechtlich gebotene Vorverlagerung des Beurteilungszeitpunkts auf Primärebene im Wege eines Verpflichtungswiderspruchs und einer Verpflichtungsklage, jeweils gerichtet auf die Genehmigungserteilung, durchsetzen. Wenn er von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch macht, stehen ihm wegen des Vorrangs des Primärrechtsschutzes auch keine monetären Ersatzansprüche auf Sekundärebene zu.

⁵²⁶ *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 712 und Art. 34 Rn. 50; *Schoch*, Jura 1990, S. 140 (150); *Ipsen*, DVBl 1983, S. 1029 (1037 f.).

F. Zusammenfassung

Nach tradiertem Verständnis beurteilen Genehmigungsbehörden und Verwaltungsgerichte die Genehmigungsfähigkeit eines Vorhabens in Verpflichtungssituationen anhand der im Entscheidungszeitpunkt vorliegenden Sach- und Rechtslage; es fallen mithin Beurteilungs- und Entscheidungszeitpunkt zusammen. Mit dem Zusammenfallen von Beurteilungs- und Entscheidungszeitpunkt geht einher, dass Änderungen der Sach- und Rechtslage während des Genehmigungsverfahrens den Untergang eines ursprünglich bestehenden Genehmigungsanspruchs bewirken können. Für den Bestand des Genehmigungsanspruchs kann daher maßgeblich sein, ob die Genehmigungsentscheidung vor oder nach dem Eintritt der Änderung der Sach- oder Rechtsänderung fällt. Mit anderen Worten: Die Verfahrensdauer kann über den Genehmigungsanspruch entscheiden.

Auch im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren fallen nach herkömmlichen Verständnis Beurteilungs- und Entscheidungszeitpunkt zusammen, so dass Änderungen der Sach- und Rechtslage während des Genehmigungsverfahrens den Untergang eines ursprünglich bestehenden Genehmigungsanspruchs bewirken können. Blicke es bei einer unbesehenen Anwendung der Grundregel eines Zusammenfallens von Beurteilungs- und Entscheidungszeitpunkt in Verpflichtungssituationen, würden auch Änderungen der Sach- und Rechtslage, die nach Ablauf der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen eintreten, einen ursprünglich bestehenden Genehmigungsanspruch untergehen lassen. Weil die Rechtsordnung dem Antragsteller in dieser Situation keine hinreichend effektiven Schutzmöglichkeiten bereitstellt, die einen Untergang des Genehmigungsanspruchs verhindern könnten, würde der Genehmigungsanspruch im Ergebnis durch eine rechtswidrige Verfahrensverzögerung vereitelt.

Bei einer Anwendung der allgemeinen Grundsätze der Wahl des maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts kann dieses Ergebnis keinen Bestand haben. Anerkanntermaßen ist der maßgebliche Beurteilungszeitpunkt dem materiellen Recht im Wege der Auslegung zu entnehmen. Zu dem materiellen Recht, dem der Beurteilungszeitpunkt im Wege der Auslegung zu entnehmen ist, zählen die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen in § 10 Abs. 6a und § 16 Abs. 3 BImSchG, bei deren Einhaltung nach Fristablauf eintretende Änderungen der Sach- und Rechtslage von vornherein keine Berücksichtigung bei der Genehmigungsentscheidung finden können.

Maßgeblich für die Auslegung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen zur Ermittlung des Beurteilungszeitpunkts für den Fall einer Fristüberschreitung sind auf Ebene der einfachrechtlichen Auslegung vor allem das für das Bundesimmissionsschutzgesetz charakteristische System der dynamischen Betreiberpflichten und seine Implikationen für den Rechtsschutz Drittbetroffener. Zudem sind bei der Auslegung die höherrangigen Anforderungen zu berücksichtigen, die sich aus den Grundrechten und dem gesetzgeberischen Steuerungsanspruch als Ausprägung des Gewaltenteilungsgrundsatzes ergeben, weil allein eine Wahl des Beurteilungszeitpunkts, die mit höher-

rangigen Anforderungen vereinbar ist, in Betracht kommt. Dabei ist zwischen Änderungen der Rechtslage auf der einen und Änderungen der Sachlage auf der anderen Seite zu unterscheiden:

Eine einfachrechtliche Auslegung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen spricht dafür, dass nach Fristablauf eingetretene Änderungen der Rechtslage bei der Genehmigungsentscheidung nicht zu berücksichtigen sind und einen ursprünglich bestehenden Genehmigungsanspruch nicht untergehen lassen. Die Gesetzesbegründung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen legt nahe, dass dem Antragsteller ein Anspruch auf Genehmigungsentscheidung am Maßstab der bei Fristablauf vorliegenden Rechtslage zukommt, weil sie sein berechtigtes Interesse an einer Entscheidung „*im geltenden Recht*“⁵²⁷ ausdrücklich anerkennt. Zudem würde eine Berücksichtigung von nach Fristablauf eingetretenen Rechtsänderungen bei der Genehmigungsentscheidung nicht im Einklang mit der dem Bundesimmissionsschutzgesetz eigenen Systematik der dynamischen Betreiberpflichten und dem im Bundesimmissionsschutz vorgesehen Rechtsschutzsystem für Drittbetroffene stehen.

Eine Auslegung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen im Lichte höherrangiger Anforderungen ergibt, dass eine Auslegung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen zur Ermittlung des maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt, die stets zu einem Untergang des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruchs durch nach Fristablauf eingetretene Änderungen der Rechtslage führt, nicht in Betracht kommt: Ein Untergang des Genehmigungsanspruchs durch nach Fristablauf eintretende Änderungen der Rechtslage würde in die Eigentums- und Berufsfreiheit eingreifen und regelmäßig die aus dem Gesetzesvorbehalt, dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und dem Vorrang eines grundrechtlichen Primärrechtsschutz fließenden Anforderungen verletzen. Ein Untergang des Genehmigungsanspruchs würde zudem dem gesetzgeberischen Steuerungsanspruch zuwiderlaufen, wie er in den in § 10 Abs. 6a und § 16 Abs. 3 BImSchG geregelten Verfahrensfristen zum Ausdruck kommt. Bei einer Auslegung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen im Lichte verfassungsrechtlicher Vorgaben ist daher eine Vorverlagerung des für die Rechtslage maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts geboten: Als Reaktion auf eine Überschreitung der Verfahrensfristen ist nicht die im rechtswidrig verzögerten Entscheidungszeitpunkt, sondern die bei Ablauf der Verfahrensfristen vorliegende Rechtslage maßgeblich.

Anders liegen die Dinge im Fall einer nach Fristablauf eingetretenen Änderung der Sachlage: Ein Untergang des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruchs durch nach Fristablauf eintretende Änderungen der Sachlage beinhaltet keinen Grundrechtseingriff, weil der Anspruchsuntergang der Anspruchsausgestaltung in den Regelungen des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens entspricht. Der ge-

⁵²⁷ BT-Drs. 12/3944, S. 54.

gesetzgeberische Steuerungsanspruch wird durch eine Berücksichtigung von nach Fristablauf eintretenden Änderungen der Sachlage weniger beeinträchtigt als durch eine Berücksichtigung von Rechtsänderungen; die Beeinträchtigung des gesetzgeberischen Steuerungsanspruchs ist (noch) hinzunehmen. Das für das Bundesimmissionsschutzgesetz charakteristische System dynamischer Betreiberpflichten spricht zwar ebenso für eine Vorverlagerung des für die Rechtslage wie des für die Sachlage maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts. Vor dem Hintergrund der erheblichen Rechtsanwendungsschwierigkeiten, die mit einer Vorverlagerung des Beurteilungszeitpunkts für die Sachlage verbunden wären, vermag die Systematik der dynamischen Betreiberpflichten für sich genommen eine Vorverlagerung des Beurteilungszeitpunkts für die Sachlage aber nicht zu begründen. Sie liefere dem Beschleunigungszweck der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen entgegen. Den immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen kann daher kein Rechtsanwendungsbefehl entnommen werden, dass eine andere als die im (auch rechtswidrig verzögerten) Entscheidungszeitpunkt vorliegende Sachlage den Genehmigungsmaßstab bilden soll.

Auf Sekundärebene ergibt sich daraus folgendes: Die Vorverlagerung des Beurteilungszeitpunkts für die Rechtslage, nicht aber für die Sachlage, bedeutet, dass dem Antragstellern im Fall einer nach Fristablauf eintretenden Änderung der Sachlage ein Amtshafungsanspruch als Ausgleich für den Untergang seines ursprünglich bestehenden Genehmigungsanspruchs zustehen kann, er aber im Fall einer nach Fristablauf eintretenden Änderung der Rechtslage darauf verwiesen ist, die verfassungsrechtlich gebotene Vorverlagerung des Beurteilungszeitpunkts auf Primärebene durchzusetzen.

Die Vorverlagerung des für die Rechtslage maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts mag von einem tradierten Verständnis entsprechenden Grundregel abweichen, dass Beurteilungs- und Entscheidungszeitpunkt in Verpflichtungssituationen zusammenfallen. Dass Genehmigungsbehörden und gegebenenfalls Verwaltungsgerichte in immissionsschutzrechtlichen Verpflichtungssituationen die im Entscheidungszeitpunkt vorliegende Sach- und Rechtslage anwenden, ist auf der Ebene der Rechtsanwendung gängige Praxis. Forderungen nach einer abweichenden Handhabung einer gefestigten Rechtsanwendungspraxis haben generell einen schweren Stand. Im Hinblick auf die Wahl des Beurteilungssätze sollte aber die weitgehende Einigkeit über die innerhalb der einzelnen Fallgruppen zugrunde zu legende Sach- und Rechtslage nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Grundregel eines Zusammenfallens von Beurteilungs- und Entscheidungszeitpunkt nicht mehr als eine „*Regelvermutung im Sinne eines statistischen Erfahrungswerts*“⁵²⁸ ist, der für sich genommen eine normative Überzeugungskraft nicht zukommt.⁵²⁹

⁵²⁸ Mager, Rechtswidrigkeit von Verwaltungsakten, S. 33.

⁵²⁹ Dass dies insbesondere für Fälle gilt, in denen die Verwaltung Ansprüche auf eine Begünstigung durch ein rechtswidriges Verhalten vereitelt, zeigt die Rechtsprechungslinie des Bundesverwaltungsgerichts aus den 1960er Jahren, in der das Bundesverwaltungsgericht im Ergebnis eine Vorverlagerung des maßgeblichen Beur-

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Vorverlagerung des für die Rechtslage maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts als eine konsequente Anwendung der allgemein anerkannten Grundsätze zur Wahl des Beurteilungszeitpunkts dar. Ungeachtet aller verbleibenden Unsicherheiten und ungeachtet des Fehlens einer überzeugenden „*Dogmatik des maßgeblichen Zeitpunkts*“⁵³⁰ ist als Ausgangspunkt allgemein anerkannt, dass der maßgebliche Beurteilungszeitpunkt dem materiellen Recht im Wege der Auslegung zu entnehmen ist. Eben diesem Grundsatz trägt die Vorverlagerung des Beurteilungszeitpunkts für die maßgebliche Rechtslage als Reaktion auf eine Überschreitung der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen Rechnung: Eine Auslegung des materiellen Rechts in Gestalt der immissionsschutzrechtlichen Verfahrensfristen, die den Anforderungen der Eigentums- und Berufsfreiheit sowie des gesetzgeberischen Steuerungsanspruchs Rechnung trägt, gebietet, auf eine Überschreitung der Verfahrensfristen mit einer Vorverlagerung des für die Rechtslage maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts zu reagieren.

teilungszeitpunkts vorgenommen hatte, um die Kläger aus rechtsstaatlichen Erwägungen so zu stellen, wie sie bei rechtmäßigen Verwaltungshandeln gestanden hätten (BVerwG, DVBl 1961, S. 447 (447); DVBl 1960, S. 778 (779). Aus der jüngeren Zeit sei erinnert an die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Familienasyl, mit der das Bundesverwaltungsgericht mit vergleichbaren Erwägungen eine Vorverlagerung des Beurteilungszeitpunktes in Verpflichtungssituationen anerkannt hat (BVerwGE 117, 283; siehe eingehend S. 16 dieser Untersuchung).

⁵³⁰ Mager, Rechtswidrigkeit von Verwaltungsakten, S. 33.

G. Literaturverzeichnis

Adolf, Hans-Peter: Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch, Baden-Baden 1991.

Alexy, Robert: Theorie der Grundrechte, Baden-Baden 1994.

–: Grundrechte und Verhältnismäßigkeit, in: Schliesky, Ute/Ernst, Christian/Schulz, Sönke E. (Hrsg.), Die Freiheit des Menschen in Kommune, Staat und Europa, Festschrift für Edzard Schmidt-Jortzig, Heidelberg, München, Landsberg u.a. 2011, S. 3 ff.

Aristoteles: Physikvorlesung, nach: Aristoteles Werke in deutscher Übersetzung, begründet von Grumach, Ernst, hrsg. v. Flashar, Hellmut, Band 11, 5. Aufl., Berlin 1995.

Bachof, Otto: Der maßgebende Zeitpunkt für die gerichtliche Beurteilung von Verwaltungsakten, JZ 1954, S. 416 ff.

–: Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage, JZ 1966, S. 140 f.

–: Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung. Zugleich eine Untersuchung über den öffentlichrechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch nach Aufhebung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes, 2. Aufl., Tübingen 1968.

Bader, Johann/Funke-Kaiser, Michael/Stuhlfauth, Thomas/Albedyll, Jörg von: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 6. Aufl., Heidelberg, München, Landsberg u.a. 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Bader, VwGO, §... Rn. ...).

Battis, Ulrich/Krautzberger, Michael/Löhr, Rolf-Peter: Baugesetzbuch, Kommentar, 13. Aufl., München 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, §... Rn. ...).

Baumeister, Peter: Der Beseitigungsanspruch als Fehlerfolge des rechtswidrigen Verwaltungsaktes, Tübingen 2006.

Beaucamp, Guy: Zur Notwendigkeit vorläufiger Verwaltungsakte, JA 2010, S. 247 ff.

Beck'scher Online-Kommentar Umweltrecht, hrsg. v. Giesberts, Ludger/Reinhardt, Michael, Losebl., München, Stand April 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOK, Gesetz, § ... Rn. ...).

Bender, Bernd: Staatshaftungsrecht, 3. Aufl., Karlsruhe 1981.

Berliner Kommentar zum Baugesetzbuch, hrsg. v. Schlichter, Otto/Stich, Rudolf/Driehaus, Hans-Joachim/Paetow, Stefan, Bd. I, Losebl., 3. Aufl., Köln 2002, Stand Dezember 2015 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Berliner Kommentar BauGB, § ... Rn. ...).

Bettermann, Karl August: Zur Lehre vom Folgenbeseitigungsanspruch, DÖV 1955, S. 528 ff.

Biermann, Henning: Verfahrens- und Verfahrensfristen – Sinnvolle Instrumente zur Beschleunigung von Verwaltungsverfahren oder „Irrweg der Fiktionen“?, NordÖR 2009, S. 377 ff.

Bonner Kommentar zum Grundgesetz, hrsg. v. Kahl, Wolfgang von/Waldhoff, Christian/Walter, Christian, Losebl., Heidelberg, München, Landsberg u.a., Stand Mai 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: BK-GG, Art. ... Rn. ...).

Boujong, Karlheinz: Zu den enteignungsrechtlichen Schutzgrenzen des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes nach der Rechtsprechung, in: Bruchhausen, Karl/Hefermehl, Wolfgang/Hommelhoff, Peter u.a. (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Nirk zum 70. Geburtstag, München 1992, S. 61 ff.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik, *Der Staat* 42 (2003), S. 165 ff.

Brandt, Jürgen/Sachs, Michael (Hrsg.): Handbuch Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, 3. Aufl., Heidelberg, München, Landsberg u.a. 2009 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Brandt/Sachs, Handbuch Verwaltungsverfahren, Teil ... Rn. ...).

Breuer, Rüdiger: Der maßgebende Zeitpunkt für die gerichtliche Kontrolle atom- und immissionsschutzrechtlicher Genehmigungen, *DVB1* 1981, S. 300 ff.

Bronnenmeyer, Helmut: Der Widerruf rechtmäßiger begünstigender Verwaltungsakte nach § 49 VwVfG, Berlin 1994.

Brugger, Winfried: Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch – Wildwuchs oder Baustein im System der Staatshaftung für rechtswidriges Verwaltungshandeln?, *AöR* 112, S. 389 ff.

–: Gestalt und Begründung des Folgenbeseitigungsanspruchs, *JuS* 1999, S. 625 ff.

Brüning, Christoph: Einstweilige Verwaltungsführung, Tübingen 2003.

Bullinger, Martin: Beschleunigte Genehmigungsverfahren für eilbedürftige Vorhaben. Ein Beitrag zur zeitlichen Harmonisierung von Verwaltung, Wirtschaft und Gesellschaft, Baden-Baden 1991.

–: Verwaltung im Rhythmus von Wirtschaft und Gesellschaft – Reflexionen und Reformen in Frankreich und Deutschland, *JZ* 1991, S. 53 ff.

–: Investitionsförderung durch nachfragegerechte und kooperative Beschleunigung von Genehmigungsverfahren, *JZ* 1994, S. 1129 ff.

Bumke, Christian: Der Grundrechtsvorbehalt, Baden-Baden 1998.

–: Publikumsinformationen. Erscheinungsformen, Funktionen und verfassungsrechtlicher Rahmen einer Handlungsform des Gewährleistungsstaates, *DV* 37 (2004), S. 3 ff.

Caspar, Johannes: Der fiktive Verwaltungsakt. Zur Systematisierung eines aktuellen verwaltungsrechtlichen Instituts, *AöR* 125 (2000), S. 131 ff.

Czermak, Fritz: Nochmals: Zum Beurteilungszeitpunkt beim verwaltungsgerichtlichen Verfahren, *BayVBl* 1965, S. 93 f.

Dolde, Klaus-Peter: Bestandsschutz von Altanlagen im Immissionsschutzrecht, *NVwZ* 1986, S. 873 ff.

Dziallas, Olas: Artenschutz in der Bauleitplanung, *NZBau* 2008, S. 429 ff.

Ebsen, Ingwer: Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch – ein Beispiel geglückter richterlicher Rechtsfortbildung?, *DVB1* 1987, S. 389 ff.

Engelhardt, Hanns: Die neueste Entwicklung der Rechtsprechung zum Staatshaftungsrecht, NVwZ 1985, S. 621 ff.

Erbguth, Wilfried/Schlacke, Sabine: Umweltrecht, 6. Aufl., Baden-Baden 2016.

Erbguth, Wilfried: Abbau des Verwaltungsrechtsschutzes. Eine Bestandsaufnahme anhand des Fachplanungs- und Immissionsschutzrechts, DÖV 2009, S. 921 ff.

Erichsen, Hans-Uwe/Ehlers, Dirk (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., Berlin 2010 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Erichsen/Ehlers, Verwaltungsrecht, §... Rn. ...).

Ermisch, Hans-Jürgen: Bau- und immissionsschutzrechtlicher Vorbescheid – taugliche Instrumente zur Rechtssicherung für den Vorhabenträger?, NordÖR 2013, S. 49 ff.

Eyermann: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, hrsg. v. *Geiger, Harald/Happ, Michael/Kraft, Ingo/Rennert, Klaus*, 14. Aufl., München 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Eyermann, VwGO, § ..., Rn. ...).

Faber, Martina: Folgenbeseitigungsanspruch nach ehrverletzenden Meinungsäußerungen, NVwZ 2003, S. 159 ff.

Fehling, Michael: Beschleunigung von Genehmigungsverfahren in der Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie, in: ders./Grewlich, Klaus W. (Hrsg.), Struktur und Wandel des Verwaltungsrechts. Symposium zum 80. Geburtstag von Prof. Dr. Dr. h.c. Martin Bullinger, Baden-Baden 2011, S. 43 ff.

Feldhaus, Gerhard (Hrsg.): Bundesimmissionsschutzrecht, Kommentar, Bd. I Teil I, Umwelt-Verfassungsrecht, EU-Recht, VwVfG, Bundes-Immissionsschutzgesetz §§ 1 bis 21, Losebl., Heidelberg, München, Landsberg u.a., Stand Juni 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Feldhaus, BImSchG, § ... Rn. ...).

Finkelnburg, Klaus/Dombert, Matthias/Jank, Klaus-Peter: Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 6. Aufl., München 2011 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Finkelnburg/Dombert/Jank, Vorläufiger Rechtsschutz, Rn. ...).

Gromitsaris, Athanasios: Die Unterscheidung zwischen präventivem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und repressivem Verbot mit Befreiungsvorbehalt, DÖV 1997, S. 401 ff.

Guckelberger, Annette: Vorwirkung von Gesetzen im Tätigkeitsbereich der Verwaltung, Berlin 1996

–: Die Rechtsfigur der Genehmigungsfiktion, DÖV 2010, S. 109 ff.

Haas, Diether: System der öffentlichrechtlichen Entschädigungspflichten, Heidelberg 1955.

Häberle, Peter: Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, 3. Aufl., Heidelberg 1983.

Hain, Karl-E.: Folgenbeseitigung und Folgenentschädigung, VerwArch 95 (2004), S. 498 ff.

Heise, Detlef: Verpflichtungsklage und rechtsverschärfende Änderung der Rechtslage im Baurecht, DÖV 1972, S. 271 ff.

Henning, Annelene: Der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff, Baden-Baden 2014.

Hesse, Konrad: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neu-
druck 20. Aufl., Heidelberg 1999.

Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.): Grundla-
gen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. München 2012 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Hoffmann-
Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVwR Bd. I, § ... Rn. ...)

Hoffmann-Riem, Wolfgang: Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte, in:
Bäuerle, Michael/Hanebeck, Alexander/Hausotter, Carola u.a. (Hrsg.): Haben wir wirklich
Recht?, Beiträge zum Kolloquium anlässlich des 60. Geburtstags von Brun-Otto Bryde, Ba-
den-Baden 2004.

–: Grundrechtsanwendung und Rationalitätsanspruch. Eine Erwiderung auf Kahls Kritik an
neuen Ansätzen in der Grundrechtsdogmatik, *Der Staat* 43 (2004), S. 203 ff.

Hofmann, Rainer M./Hoffmann, Holger (Hrsg.): Ausländerrecht, Handkommentar, 2. Aufl.
Baden-Baden 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: HK-AuslR, § ... Rn. ...).

Hong, Mathias: Verbot der endgültigen und Gebot der vorläufigen Vorwegnahme der Haupt-
sache im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren, *NVwZ* 2012, S. 468 ff.

Hullmann, Christian/Zorn, Mirko: Probleme der Genehmigungsfiktion im Baugenehmi-
gungsverfahren, *NVwZ* 2009, S. 756 ff.

Ipsen, Jörn: Enteignung, enteignungsgleicher Eingriff und Staatshaftung, *DVB1* 1983, S.
1029 ff.

Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik
Deutschland, Bd. V, Allgemeine Grundrechtslehren, 2. Aufl., Heidelberg 2000; Bd. II, Ver-
fassungsstaat, 3. Aufl., Heidelberg 2004; Bd. IV, Aufgaben des Staates, 3. Aufl., Heidelberg
2006; Bd. VII, Grundrechte: Wirtschaft, Verfahren, Gleichheit, 3. Aufl., Heidelberg 2010;
Bd. IX, Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Aufl., Heidelberg 2011 (jeweils zitiert: *Bearbeiter*,
in: Isensee/Kirchhof, HStR II – IX, § ... Rn. ...).

Ivo, Malte: Die Folgenbeseitigungslast, Berlin 1996.

Jachmann, Monika: Die Fiktion im öffentlichen Recht, Berlin 1998.

Jäde, Henning: Vorbescheid – eine Baugenehmigung im Sinne des BVerwG?, Anm. zu VGH
München v. 29.11.1999, 1 B 97.3762, *BayVBl* 2000, S. 314 f.

Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommen-
tar, 14. Aufl., München 2016.

Jarass, Hans D.: Der Rechtsschutz Dritter bei der Genehmigung von Anlagen am Beispiel
des Immissionsschutzrechts, *NJW* 1983, S. 2844 ff.

–: Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik, *AöR* 120 (1995), S. 345 ff.

–: Probleme um die Entscheidungsfrist der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung,

DVB1 2009, S. 205 ff.

–: Bundesimmissionsschutzgesetz, Kommentar, 10. Aufl., München 2013.

Jellinek, Georg: System der subjektiven öffentlichen Rechte, Freiburg 1892.

Kahl, Wolfgang: Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt, *Der Staat* 43 (2004), S. 167 ff.

Kemper, Klaus: Der vorläufige Verwaltungsakt, DVB1 1989, S. 981 ff.

Klein, Karl Heinz: Zum maßgebenden Zeitpunkt für die Sach- und Rechtslage im Verwaltungsprozess, *NVwZ* 1990, S. 633 ff.

Kleinlein, Kornelius: Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Verwaltungsakten, *VerwArch* 81 (1990), S. 149 ff.

Kloepfer, Michael: Vorwirkung von Gesetzen, München 1974.

–: Umweltrecht, 3. Aufl., München 2004.

Kluth, Winfried: Die Genehmigungsfiktion des § 42a VwVfG – Verfahrensrechtliche und prozessuale Probleme, *JuS* 2011, S. 1078 ff.

Koch, Hans J./Pache, Eckard/Scheuing, Dieter (Hrsg.): Gemeinschaftskommentar zum Bundes-Immissionsschutzgesetz, Losebl., Köln, Bd. I, Gesetzestexte, Kommentierung §§ 1-10a, Bd. II, Kommentierung §§ 11-31a, Stand Juni 2014, (zitiert: *Bearbeiter*, in: GK-BImSchG, §... Rn. ...).

Koch, Hans-Joachim (Hrsg.): Umweltrecht, 4. Aufl., Köln, Berlin, München 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Koch, Umweltrecht, § ... Rn ...).

Konzen, Horst: Gesetzentwurf und Revisionsurteil, in: Wilke, Dieter (Hrsg.), Festschrift zum 125jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Berlin 1984, S. 349 ff.

Kopp, Ferdinand/Ramsauer, Ulrich: Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 16. Aufl., München 2015.

Kopp, Ferdinand/Schenke, Wolf-Rüdiger: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 20. Aufl., München 2016.

Kopp, Ferdinand: Der für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage maßgebliche Zeitpunkt bei verwaltungsgerichtlichen Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen, in: Erichsen, Hans-Uwe/Hoppe, Werner/Mutius, Albert von (Hrsg.), System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburtstag, S. 693 ff.

Kotulla, Michael (Hrsg.): Bundes-Immissionsschutzgesetz, Kommentar und Vorschriften-sammlung, Losebl., Stuttgart, Stand Januar 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Kotulla, BImSchG, § ... Rn. ...).

Kraft, Ingo: Folgenbeseitigung in dreipoligen Rechtsverhältnissen, *BayVBl* 1992, S. 456 ff.

Landmann/Rohmer: Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften, hrsg. v. *Marcks, Peter/Neumann, Dirk/Bleutge, Peter u.a.*, Bd. I, Gewerbeordnung, Kommentar, Losebl., Mün-

chen, Stand August 2015 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Landmann/Rohmer, GewO, § ... Rn. ...).

Landmann/Rohmer: Umweltrecht, Kommentar, hrsg. v. *Beckmann, Martin/Durner, Wolfgang/Mann, Thomas/Röckinghausen, Marc*, Bd. I, UVPG, UmweltHG, UIG, USchadG, WHG u.a., Bd. III, BimSchG, Losebl., München, Stand März 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Landmann/Rohmer, Gesetz, § ... Rn. ...).

Lege, Joachim: 30 Jahre Nassauskiesung – Wie das BVerfG die Dogmatik zum Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG revolutioniert hat, JZ 2011, S. 1084 ff.

Leitherer, Stephan (Hrsg.): Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, Bd. I, Losebl., München, Stand März 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Kasseler Kommentar, SGB. ... §... Rn. ...).

Luhmann, Niklas: Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, Berlin 1965.

Lütkes, Stefan: Artenschutz in Genehmigung und Planfeststellung, NVwZ 2008, S. 598 ff.

Maaß, Frank: Baugenehmigung durch einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO, NVwZ 2004, S. 572 ff.

Mager, Ute: Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit von Verwaltungsakten, Berlin 1994.

Mangoldt, Hans von: Folgenbeseitigung und Störungsbeseitigung, DVBl 1974, S. 825 ff.

Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.): Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2: Art. 20 bis 82, 6. Aufl., München 2010 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. ... Rn. ...).

Mann, Thomas/Sennekamp, Christoph/Uechtritz, Michael: Verwaltungsverfahrensgesetz, Großkommentar, 1. Aufl., Baden-Baden 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, § ... Rn. ...).

Martens, Claus-Peter: Die wesentliche Änderung im Sinne des § 15 BImSchG, Berlin 1993.

Maunz/Dürig: Grundgesetz Kommentar, hrsg. v. *Herzog, Roman/Herdegen, Matthias/Scholz, Rupert/Klein Hans H. u.a.*, Bd. I, II und III, München, Losebl., Stand Dezember 2015 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. ... Rn. ...).

Maurer, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., München 2011.

Menger, Christian-Friedrich: Über die Identität des Rechtsgrundes der Staatshaftungsklagen und einiger Verwaltungsstreitsachen, in: Bachof, Otto/Drath, Martin/Gönnewein, Otto u.a. (Hrsg.), Forschungen und Berichte aus dem öffentlichem Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 2. Aufl. München 1974, S. 347 ff.

Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen: Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. II, Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren I, Heidelberg, München, Landsberg u.a. 2006, Bd. III, Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren II, Heidelberg, München, Landsberg u.a. 2009, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Merten/Papier, HGR II, §... Rn. ...).

Münchener Kommentar zum BGB, hrsg. v. *Säcker, Jürgen/Rixecker, Roland*, Bd. 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., München 2016, Bd. 5, Schuldrecht, Besonderer Teil III, 6. Aufl., München 2013 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *MünchKomm-BGB*, § ... Rn. ...).

Murswiek, Dietrich: Grundrechtsdogmatik am Wendepunkt?, *Der Staat* 45 (2006), S. 473 ff.

Olbertz, Susanne: Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch im Verwaltungsrecht. Vom sozialrechtlichen zum öffentlich-rechtlichen Herstellungsanspruch?, Frankfurt a.M. 1995.

Ossenbühl, Fritz/Cornils, Matthias: Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., München 2013.

Ossenbühl, Fritz: Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, Bad Homburg, Berlin, Zürich 1968.

–: Abschied vom enteignungsgleichen Eingriff?, *NJW* 1983, S. 1 ff.

–: Verzögertes Amtshandeln, Anm. zu BGH v. 11.01.2007, III ZR 302/05, *JZ* 2007, S. 690 f.

Papier, Hans-Jürgen: Öffentlich-rechtlicher Folgenbeseitigungsanspruch bei Nichterfüllung?, *DÖV* 1972, S. 845 ff.

–: Eigentum in der Planung, in: *Erbguth, Wilfried/Oebbecke, Jan Bernd/Rengeling, Hans-Werner u.a. (Hrsg.)*, Planung, Festschrift für Werner Hoppe zum 70. Geburtstag, München 2000.

Peine, Hans-Joseph: Sonderformen des Verwaltungsakts, *JA* 2004, S. 417 ff.

Peters, Bernd: Wem gehören die Windkraftanlagen auf fremden Grund und Boden?, *WM* 2002, S. 110 ff.

Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard/Kingreen, Thorsten/Poscher, Grundrechte Staatsrecht II, 31. Aufl. Heidelberg, München, Landsberg u.a. 2015.

Pietzner, Rainer/Müller, Judith: Herstellungsanspruch und Verwaltungsgerichtsbarkeit, *VerwArch* 85 (1994), S. 603 ff.

Polzin, Carsten: Der maßgebliche Zeitpunkt im Verwaltungsprozess, *JuS* 2004, S. 211 ff.

Quaas, Michael/Zuck, Rüdiger (Hrsg): Prozesse in Verwaltungssachen, 2. Aufl., Baden-Baden 2011 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Quaas/Zuck*, Prozesse in Verwaltungssachen, § ... Rn. ...).

Quaritsch, Helmut: Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß, *VerwArch* 51 (1960), S. 342 ff.

Ramsauer, Ulrich: Die faktischen Beeinträchtigungen des Eigentums, Berlin 1980.

–: Die Bestimmung des Schutzbereichs von Grundrechten nach dem Normzweck, *VerwArch* 72 (1981), S. 89 ff.

–: Änderungsbedarf im Verwaltungsverfahrenrecht aufgrund der Dienstleistungsrichtlinie, *NordÖR* 2008, S. 417 ff.

Redeker, Martin: Was beseitigt der Folgenbeseitigungsanspruch?, DÖV 1987, S. 194 ff.

Redeker/Oertzen von, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, fortgeführt v. *Redeker, Martin/Kothe, Peter/Nicolai, Helmut von*, 16. Aufl., Stuttgart 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Redeker/v. Oertzen*, VwGO, §... Rn. ...).

Rohlfing, Bernd: Amtshaftung bei rechtswidriger Versagung/Verzögerung von Genehmigungen, BauR 2006, S. 947 ff.

Rolshoven, Michael: Baugenehmigung im Eilverfahren, BauR 2003, S. 646 ff.

Rösslein, Thomas: Der Folgenbeseitigungsanspruch, Berlin 1968.

Roth, Andreas: Verwaltungshandeln mit Drittbetroffenheit und Gesetzesvorbehalt, Berlin 1991.

Ruffert, Matthias: Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Tübingen 2001

–: Europa-, Verwaltungs- und Verwaltungsprozessrecht: Verbandsklage und Individualrechtsschutz im EU-Umweltrecht. Voraussetzungen der Begründetheit einer umweltrechtlichen Verbandsklage, JuS 2015, S. 1138 ff.

Rüfner, Wolfgang: Der Folgenbeseitigungsanspruch – ein materiellrechtlicher oder prozessualer Anspruch?, DVBl 1967, S. 186 ff.

Sach, Karsten: Genehmigung als Schutzschild? Die Rechtsstellung des Inhabers einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung, Berlin 1994.

Sachs, Michael (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar, 7. Aufl., München 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Sachs*, GG, Art. ... Rn. ...).

Sauerland, Thomas: Die Verwaltungsvorschrift im System der Rechtsquellen, Berlin 2005.

Saurer, Johannes: Die Fiktionstatbestände im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren, DVBl 2006, S. 605 ff.

Schenke, Wolf-Rüdiger: Die Bedeutung einer nach Abschluss des Verfahrens eintretenden Veränderung der Rechts- oder Sachlage für die Anfechtung eines Verwaltungsaktes, NVwZ 1986, S. 522 ff.

–: Der Folgenbeseitigungsanspruch bei Verwaltungsakten mit Drittwirkung, DVBl 1990, S.328 ff.

Scheuner, Ulrich: Probleme der staatlichen Schadenshaftung nach deutschem Recht, DÖV 1955, S. 545 ff.

Schlink, Bernhard: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: *Badura, Peter/Dreier, Horst* (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. II, Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts, Tübingen 2001, S. 445 ff.

Schmidt-De Caluwe, Reimund: Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch, Berlin 1992.

Schmidt, Jens Peter, Staatshaftung für verzögertes Amtshandeln, Köln, Berlin, Bonn u.a. 2001.

Schmidt, Sylvia/Schmidt, Benjamin: Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch, Jura 2005, S. 372 ff.

Schmidt-Assmann, Eberhard: Grundrechtsschutz durch Verfahrensgestaltung – Perspektive oder nur Erinnerungsposten?, in: Krebs, Walter (Hrsg.), Liber Amicorum Hans-Uwe Erichsen, Zum 70. Geburtstag am 15. Oktober 2004, Köln, Berlin, München 2004, S. 207 ff.

Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz: GG Kommentar zum Grundgesetz, hrsg. v. Hofmann, Hans/Henneke, Hans-Günther, 13. Aufl., Köln 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. ... Rn. ...).

Schneider, Hans: Gesetzgebung: Ein Lehr- und Handbuch, 3. Aufl., Heidelberg 2002.

Schoch, Friedrich/Schneider, Jens-Peter/Bier, Wolfgang: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Bd. II, Losebl., München, Stand Februar 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, §... Rn. ...).

Schoch, Friedrich: Folgenbeseitigung und Wiedergutmachung im Öffentlichen Recht, VerwArch 79 (1988), S. 1 ff.

–: Die Eigentumsgewährleistung des Art. 14 GG, Jura 1989, S. 113 ff.

–: Der Folgenbeseitigungsanspruch, Jura 1993, S. 478 ff.

–: Rechtsprechungsanalyse. Effektivierung des Sekundärrechtsschutzes. Zur Überwindung des Entwicklungsrückstands des deutschen Staatshaftungsrechts, DV 34 (2001), S. 261 ff.

–: Der Folgenbeseitigungsanspruch im Spiegel der Rechtsprechung der letzten 25 Jahre, DV 44 (2011), S. 397 ff.

Schrödter, Hans (Hrsg.): Baugesetzbuch, Kommentar, 8. Aufl., München 2015 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schrödter, BauGB, §... Rn. ...).

Schuppert, Gunnar Folke: Das Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument des Rechtsstaates, in: ders. (Hrsg.), Das Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument des Rechtsstaates, Symposium anlässlich des 60. Geburtstages von Christian Starck, Baden-Baden 1998, S. 105 ff.

Schweiger, Karl: Der für die Entscheidung über die verwaltungsgerichtliche Klage maßgebliche Zeitpunkt, DVBl 1964, S. 205 ff.

Seewald, Otfried: Anm. zu BSG v. 12.10.1979, 12 RK 47/77, Sgb. 1980, S. 549 ff.

Sellner, Dieter/Reidt, Olaf/Ohms, Martin J.: Immissionsschutzrecht und Industrieanlagen, 3. Aufl., München 2006.

Sendler, Horst: Rechtswidrige Antragsablehnung und verschlechternde Rechtsänderung, in: Verwaltung im Dienste von Wirtschaft und Gesellschaft, Festschrift für Ludwig Fröhler zum 60. Geburtstag, Berlin 1980, S. 209 ff.

Sodan, Helge/Ziekow, Jan (Hrsg.): Verwaltungsgerichtsordnung, Großkommentar, 4. Aufl.,

Baden-Baden 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, §... Rn. ...).

Steiner, Udo: Verwaltungsverfahren und Grundrecht, NZS 2002, S. 113 ff.

Stelkens, Paul/Bonk, Heinz Joachim/Sachs, Michael (Hrsg.): Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 8. Aufl., München 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, §... Rn. ...)

Stern, Klaus: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung, 2. Aufl., München 1984.

Sundermann, Andrea: Der Bestandsschutz genehmigungsbedürftiger Anlagen im Immissionsschutzrecht, Berlin 1986.

Tettinger, Peter J./Wank, Rolf/Ennuschat, Jörg (Hrsg.): Gewerbeordnung, Kommentar, 8. Aufl., München 2011 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, § ... Rn. ...).

Thiel, Markus: Die Überlastung der Behörden, die Verteilung der Organisationsverantwortung in der Verwaltung und der Anspruch aus der Staatshaftung, Anm. zu BGH v. 11. Januar 2007, III ZR 302/05, JR 2008, S. 68 f.

Tietgen, Walter: Der Zugang zu den Ämtern des öffentlichen Dienstes: Eine Studie des Rechtsschutzes, in: Caemmerer, Ernst von/Friesenhahn, Ernst/Lange, Richard (Hrsg.), Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages 1860 – 1960, Karlsruhe 1960, S. 325 ff.

Ule, Carl Hermann: Zur Bedeutung des Rechtsstaatsbegriffs in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, DVBl 1963, S. 475 ff.

Vogler, Bernd: Der Genehmigungsanspruch: Über die Rechtsbeständigkeit des Anspruchs auf behördliche Erlaubnis, Berlin 2000.

Voßkuhle, Andreas/Kaiser, Anna-Bettina: Grundwissen öffentliches Recht: Der Folgenbeseitigungsanspruch, JuS 2012, S. 1079 ff.

Wallerath, Maximilian: Herstellung und Folgenbeseitigung im Recht der Leistungsverwaltung, DÖV 1987, S. 505 ff.

–: Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch und die Herrschaft des Rechts – Zur Bewältigung von Herstellungslagen in sozialen Hilfs- und Förderungssystemen, DÖV 1994, S. 757 ff.

Weidemann, Holger/Barthel, Thorsten: Die Genehmigungsfiktion und das 4. VwVfÄndG, JA 2011, S. 221 ff.

Weyreuther, Felix: Empfiehlt es sich, die Folgen rechtswidrigen hoheitlichen Verwaltungshandelns gesetzlich zu regeln (Folgenbeseitigung, Folgenentschädigung)? Gutachten für den 47. Deutschen Juristentag, München 1968 (zitiert: *Weyreuther*, Gutachten, S. ...).

Wickel, Martin: Bestandsschutz im Umweltrecht, Baden-Baden 1996.

Wilhelm, Bernhard: Die maßgebliche Sach- und Rechtslage bei der Verpflichtungsklage, BayVBl 1964, S. 350 ff.

Wolff, Hans J./Bachof, Otto/Stober, Rolf: Verwaltungsrecht Band 1, 11. Aufl., München 1999.

Ziekow, Jan/Oertel, Martin-Peter/Windoffer, Alexander: Dauer von Zulassungsverfahren – Eine empirische Untersuchung zu Implementation und Wirkungsgrad von Regelungen zur Verfahrensbeschleunigung, Verwaltungswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 19, Köln 2005 (zitiert: *Ziekow*, Zulassungsverfahren, VWA, Bd. 19, S. ...)

Ziekow, Jan: Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 2. Aufl., Stuttgart 2010.