

## **Leitsätze**

- 1. Verwirkung eines Antrags auf Normenkontrolle**
- 2. Berücksichtigung des im jüdischen Glauben verankerten Gedankens der Totenruhe im Rahmen der Bauleitplanung**

## **Zum Sachverhalt**

Der Antragsteller wendet sich gegen den Bebauungsplan „M.-Straße (1. Änderung)“ der Ortsgemeinde W.. Er ist Eigentümer eines Grundstücks im Plangebiet. Der im Jahre 1992 beschlossene Bebauungsplan „M.-Straße“ sah für das Grundstück des Antragstellers die Festsetzung „MD“ (Dorfgebiet) vor.

Dem Ortsgemeinderat wurde im Jahre 2011 bekannt, dass im Bereich des Grundstücks des Antragstellers seit etwa 1690 ein jüdischer Friedhof existierte, der im Jahre 1840 geschlossen und in der NS-Zeit zerstört und abgeräumt worden war. Im Rathaus der Antragsgegnerin trat am 23.8.2011 nach vorheriger Ortsbesichtigung eine „Gesprächsrunde zur Situation jüdischen Friedhofs in W. im Bereich der M.-Straße“ zusammen, an der eine Vertreterin der jüdischen Gemeinde, drei Rabbiner, Vertreter der Kreisverwaltung und des rheinland-pfälzischen Ministeriums des Innern und für Sport, ein Vertreter der Ortsgemeinde W. und der Verbandsgemeinde, ferner der damalige Verfahrensbevollmächtigte des Antragstellers, Rechtsanwalt S., sowie die Mutter des Antragstellers teilnahmen. Laut Inhalt des vorliegenden Protokolls wurden u. a. folgende Ergebnisse der Gesprächsrunde festgehalten: Es wurde einstimmig vereinbart, die Existenz des alten jüdischen Friedhofs zu bewahren und die ewig geltende jüdische Totenruhe zu respektieren; Baumaßnahmen werden dort nicht stattfinden.

Am 12.9.2011 beschloss der Ortsgemeinderat der Antragsgegnerin, den Bebauungsplan „M.-Straße (1. Änderung)“ aufzustellen, mit dem das Grundstück des Klägers als öffentliche Grünfläche, Zweckbestimmung Friedhof, ausgewiesen werden sollte. Im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung teilte der Antragsteller der Antragsgegnerin per E-Mail v. 31.12.2011 die Ergebnisse seiner Ermittlungen zu der Geschichte des jüdischen Friedhofes mit und führte dazu unter anderem aus, er wolle der Gemeinde seine Ermittlungen zukommen lassen, „...damit der ehemalige jüdische Friedhof in seiner Ursprungsform als Stätte der Erinnerung wiederhergestellt werden kann...“. Weiter hieß es in der E-Mail: „Ich bitte Sie daher, die beigefügten Erkenntnisse zum Zweck der ursprünglichen Wiederherstellung der ehemaligen jüdischen Begräbnisse Rechnung zu tragen, um somit der religiösen Norm im Judentum, der Halacha, gerecht zu werden und die ewige Totenruhe wie im Ergebnisprotokoll vom 23.8.2011 niedergeschrieben zu respektieren...“. Dabei wies er insbesondere darauf hin, dass das ursprüngliche Friedhofsgrundstück 723 m<sup>2</sup> groß gewesen sei, während sein Grundstück heute nur die Größe von 708 m<sup>2</sup> aufweise.

Nach dem Inhalt der Niederschrift über die Sitzung des Ortsgemeinderates der Antragsgegnerin vom 23.4.2012 ließ sich dieser von folgenden Erwägungen leiten: „...Die Ortsgemeinde hat bisher nachweislich alles getan, um die in § 1 Abs. 6 Nr. 6 BauGB geforderte Berücksichtigung der ‚von den Kirchen und Religionsgemeinschaften des öffentlichen Rechts festgestellten Erfordernisse für Gottesdienst und Seelsorge‘, die ausdrücklich auch als städtebaulicher Belang geltend und daher in der Abwägung einzustellen sind, im vorliegenden Fall sehr hoch zu gewichten. Diese Erfordernisse wurden und werden im vorliegenden Fall vom Gemeinderat höher gewichtet als andere Belange, so u.a. gegenüber den ebenfalls in die Abwägung einzustellenden ‚Wohnbedürfnisse der Bevölkerung‘ (§ 1 Abs. 6 Nr. 1 BauGB). Diese werden damit (um ein vollerschlossenes Grundstück von 708 m<sup>2</sup> Größe) ebenso eingeschränkt, wie der (ebenso berechnete) private Belang eines hier bereits bauwilligen Grundstückseigentümers. Es erschien und erscheint dem Planungsträger unvertretbar,

eine Grabstätte einer Bebauung zuzuführen, womit die im jüdischen Glauben verankerte Totenruhe gestört würde; daher wurde die Bebauungsplanänderung beschlossen...“.

Der Bebauungsplan „M.-Straße (1. Änderung)“ wurde durch den Gemeinderat am 13.8.2012 beschlossen und am 23.8.2012 öffentlich bekannt gemacht. Am 16.8.2013 hat der Antragsteller den Normenkontrollantrag bei Gericht eingereicht. Er macht im Wesentlichen geltend, die Antragsgegnerin habe nicht geprüft, ob vorliegend tatsächlich die von ihr in Anspruch genommene und dem jüdischen Glauben verankerte ewige Totenruhe gestört werde. Unter bestimmten Umständen dürfe nach jüdischer Überzeugung auch ein bereits stillgelegtes Grab verlegt werden. Ein Ermittlungsdefizit bestehe auch deshalb, weil die Antragsgegnerin die Größe des Friedhofs nicht ermittelt habe. Sie sei davon ausgegangen, dass der Friedhof parzellenscharf auf seinem Grundstück verlaufen sei. Aus den historischen Lageplänen ergebe sich aber, dass der ehemalige jüdische Friedhof ein größeres Areal umfasste, als sein nunmehr betroffenes Grundstück.

## **Aus den Gründen**

Der Normenkontrollantrag bleibt ohne Erfolg.

1. Der Normenkontrollantrag ist bereits unzulässig. Das Recht, einen Normenkontrollantrag zu stellen, kann, wie andere prozessuale Rechte, die zum Schutz subjektiver Rechte geschaffen sind, der Verwirkung unterliegen. Eine Verwirkung greift unter anderem in solchen Fällen ein, in denen der Antragsteller dadurch, dass er zur Durchsetzung eines geltend gemachten Rechts das Gericht anruft, sich zu seinem eigenen früheren Verhalten in einen mit Treu und Glauben unvereinbaren Widerspruch setzt (vgl. BVerwG Beschl. v. 18.12.1989 4 NB 14/89, NVwZ 1990, 554 f.). In einem Normenkontrollverfahren ist eine solche treuwidrige und rechtsmissbräuchliche Prozessführung insbesondere dann anzunehmen, wenn der Antragsteller gegenüber der normerlassenden Stelle durch sein Verhalten zu erkennen gegeben hat, dass er die Gültigkeit der Norm keineswegs in Frage stellen wolle (vgl. Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 47, Rn. 38). Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Ausweislich des Inhalts des Protokolls über das Gespräch vom 26.8.2011, an dem auch der damalige Verfahrensbevollmächtigte des Antragstellers, Rechtsanwalt S., teilgenommen hatte, war „einstimmig vereinbart“ worden, die Existenz des alten jüdischen Friedhofs zu bewahren und von Baumaßnahmen auf diesem Grundstück abzusehen (vgl. die im Tatbestand zitierten Ergebnisse, erster Spiegelstrich). Da der Antragsteller im Rahmen der mündlichen Verhandlung die inhaltliche Richtigkeit des Ergebnisprotokolls des Gesprächs vom 26.8.2011 bestätigt hat, steht danach fest, dass der Antragsteller, vertreten durch seinen damaligen Verfahrensbevollmächtigten, seine Zustimmung für die Einrichtung eines jüdischen Friedhofes auf seinem Grundstück ausdrücklich erklärt hat. Darüber hinaus wurde, abermals im Einverständnis mit dem damaligen Verfahrensbevollmächtigten des Antragstellers, die Antragsgegnerin gebeten, den Bebauungsplan dahingehend zu ändern, dass die fragliche Fläche künftig nicht mehr als Bauland, sondern als jüdischer Friedhof ausgewiesen wird. Danach hat der Antragsteller sein Einverständnis mit eben dieser Regelung erklärt, die er nunmehr mit dem Normenkontrollantrag angreift.

Ferner hat der Antragsteller auch später, im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung, nicht nur sein Einverständnis mit der in den Blick genommenen Überplanung seines Grundstücks als öffentliche Grünfläche erklärt, sondern die Antragsgegnerin ausdrücklich aufgefordert, zum Zwecke der Wiederherstellung der ehemaligen jüdischen Begräbnisstätte entsprechend dem Protokoll vom 23.8.2011 zu verfahren.

Aufgrund dieser keinen Zweifel zulassenden Erklärungen des Antragstellers konnte die Antragsgegnerin davon ausgehen, dass er die Planung unterstützt und einen Antrag auf Normenkontrolle nicht stellen wird. Mit dem nunmehr geltend gemachten Normenkontrollantrag setzt sich der Antragsteller treuwidrig in einen Widerspruch zu seinen eigenen früheren Erklärungen. Den hier aufgetretenen Widerspruch vermochte er auch im Rahmen der mündlichen Verhandlung nicht aufzulösen. Im Gegenteil hat der Antragsteller in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat eingeräumt, dass er nach wie vor die erfolgte Überplanung seines Grundstücks zur Respektierung der

ewigen Totenruhe für erforderlich halte; den Normenkontrollantrag habe er lediglich erhoben, um sein Anliegen auf angemessene Entschädigung zu unterstützen.

2. Der Normenkontrollantrag ist im Übrigen aber auch unbegründet.

a) Entgegen den Überlegungen des Antragstellers ist die objektive Gewichtigkeit der von der Planung berührten öffentlichen und privaten Belange nach Maßgabe des § 2 Abs. 3 BauGB ordnungsgemäß ermittelt und zutreffend bewertet worden. Die Antragsgegnerin hat das Gewicht und die Bedeutung des im jüdischen Glauben verankerten Grundsatzes der ewigen Totenruhe zutreffend ermittelt und bewertet. Gemäß § 1 Abs. 6 Nr. 6 BauGB sind bei der Aufstellung der Bauleitpläne insbesondere die von den Kirchen- und Religionsgemeinschaften des öffentlichen Rechts festgestellten Erfordernisse für Gottesdienst und Seelsorge zu berücksichtigen. Mit der Wortfolge „...von den Kirchen- und Religionsgesellschaften des öffentlichen Rechts festgestellten...“ weist das Gesetz den Religionsgemeinschaften ein Recht autonomer Bedarfsfeststellung zu (vgl. Söfker in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 1, Rn. 139 ff.; VGH Mannheim, Urt. v. 11.3.1999 – 3 S 1524/96, NVwZ-RR 99, 625; OVG Bremen Urt. v. 10.3.1981, BRS 38, S. 94). Da der objektive Gehalt und das Gewicht des Gedankens der Totenruhe im jüdischen Glauben somit nicht von der politischen Gemeinde selbst festgestellt werden kann, muss die planende Gemeinde dazu die Stellungnahme der zuständigen Religionsgemeinschaft, hier diejenige der zuständigen jüdischen Gemeinde, einholen. Dies ist vorliegend geschehen. Zwar befindet sich bei den Planaufstellungsakten keine schriftliche Stellungnahme der jüdischen Gemeinde (...). Da aber hinsichtlich der Ermittlung der Bedeutung und des Gewichts eines in der Planung zu berücksichtigenden Belangs keine bestimmte Form vorgeschrieben ist, kann sich die Gemeinde auch auf ein Protokoll über die Anhörung von Betroffenen, Sachverständigen etc. stützen. Die hier gewählte Verfahrensweise, die Erfordernisse der Totenruhe im Rahmen eines Gesprächs mit Vertretern der jüdischen Gemeinde und Rabbinern zu ermitteln und in einem Ergebnisprotokoll festzuhalten, begegnet daher keinen rechtlichen Bedenken.

b) Der Senat kann sich auch nicht dem Vortrag des Antragstellers anschließen, soweit er geltend macht, nach den Erfahrungen im sogenannten Hamburger Friedhofskonflikt habe der Plangeber der Frage näher nachgehen müssen, ob möglicherweise auch mit einer Bebauung seines Grundstücks ohne eine Unterkellerung dem Gedanken der Totenruhe hätte Rechnung getragen werden können. Wie bereits ausgeführt, hat das Gesetz nämlich der jeweiligen Religionsgemeinschaft das Recht autonomer Bedarfsfeststellung zugewiesen. Soweit – wie hier – eine derartige Bedarfsfeststellung erfolgt ist, muss die planende Gemeinde dies in aller Regel akzeptieren. Hier kommt hinzu, dass nach dem unstrittigen Vortrag der Beteiligten im Rahmen der Gesprächsrunde vom 26.8.2011 auch und gerade die Frage erörtert worden war, ob der Totenruhe auch dann Rechnung getragen würde, wenn eine Überbauung ohne Erdarbeiten durchgeführt würde. Dem waren aber die anwesenden Rabbiner entgegengetreten.

Selbst wenn man aber unterstellen wollte, dass die Ermittlungen der Antragsgegnerin insoweit nicht ausreichend gewesen wären und somit gegen das Ermittlungsgebot des § 2 Abs. 3 BauGB verstoßen worden wäre, wäre dieser Fehler aber unter Anwendung der Planerhaltungsvorschriften unbeachtlich. Nach § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB ist eine Verletzung der Verfahrensvorschrift des § 2 Abs. 3 BauGB neben weiteren Voraussetzungen nur beachtlich, wenn dieser Mangel offensichtlich und auf das Ergebnis des Verfahrens von Einfluss gewesen ist. Diese Voraussetzungen sind aber vorliegend nicht erfüllt. Von Einfluss gewesen wäre der angenommene Mangel nämlich nur dann, wenn eine konkrete Möglichkeit besteht, dass ohne den Mangel die Planung anders ausgefallen wäre. Eine solche konkrete Möglichkeit besteht immer dann, wenn sich anhand der Planunterlagen oder sonst erkennbarer oder naheliegender Umstände die Möglichkeit abzeichnet, dass der Mangel von Einfluss auf das Abwägungsergebnis gewesen sein kann (BVerwG Urt. v. 9.4.2008 4 CN 1.07, DVBl. 2008, 859). Da hier aber die Gemeinde von Anfang an bemüht war, dem Gedanken der Totenruhe durch die Ausweisung einer öffentlichen Grünfläche Rechnung zu tragen, wäre auch bei weitergehenden Ermittlungen ein anderes Abwägungsergebnis nicht zu erwarten gewesen.

c) Ein Verstoß gegen das Ermittlungsgebot des § 2 Abs. 3 BauGB ergibt sich ferner auch nicht hinsichtlich der Feststellungen der planenden Gemeinde bezüglich der (zentimeter-)genauen Lage und Größe des etwa im Jahre 1690 angelegten ehemaligen jüdischen Friedhofs. Nach den vorliegenden Unterlagen war zwar nicht auszuschließen, dass der ursprüngliche Friedhof etwa 15 m<sup>2</sup> größer gewesen war als das nunmehr überplante, 708 m<sup>2</sup> große Grundstück. Ungeklärt bleibt aber, an welcher Seite bzw. an welchen Seiten der frühere jüdische Friedhof sich über die Grenzen des vorhandenen Grundstücks hinaus ausgedehnt haben könnte und wo somit im Rahmen von später durchgeführten Vermessungsarbeiten die fraglichen 15 m<sup>2</sup> „verloren“ gegangen sein mögen. Der Verzicht auf eine weitere Ermittlung hinsichtlich der zentimetergenauen Lage und Ausdehnung des früheren jüdischen Friedhofs führt aber, wenn sie überhaupt noch möglich wäre, nicht zur Annahme eines Ermittlungsfehlers. Dies wäre nur dann der Fall, wenn der hier betroffene private Belang in seiner objektiven Gewichtigkeit unzutreffend ermittelt oder bewertet worden wäre.

Nichts anderes gilt hinsichtlich der Abwägung selbst. Das in § 1 Abs. 7 BauGB geregelte Abwägungsgebot ist dann verletzt, wenn entweder eine (sachgerechte) Abwägung überhaupt nicht stattfindet, wenn in die Abwägung an Belangen nicht eingestellt wird, was nach Lage der Dinge eingestellt werden muss, wenn die Bedeutung der betroffenen privaten Belange verkannt wird oder wenn der Ausgleich zwischen den von der Planung berührten öffentlichen Belangen in einer Weise vorgenommen wird, der zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht (ständige Rechtsprechung des BVerwG, vgl. Urt. v. 12.12.1969 4 C 105.66, BVerwGE 34, 301, 309 ff., und v. 5.7.1974 4 C 50.72, BVerwGE 45, 309, 314, 315). Hingegen ist das Abwägungsgebot nicht verletzt, wenn sich die Gemeinde innerhalb dieses Rahmens in der Kollision zwischen verschiedenen Belangen für die Bevorzugung des einen und damit notwendig für die Zurückstellung eines anderen Belanges entscheidet. Das Vorziehen und Zurücksetzen bestimmter Belange innerhalb des vorgegebenen Rahmens ist die „elementare planerische EntschlieÙung“ der Gemeinde über die städtebauliche Entwicklung und Ordnung und kein aufsichtlich oder gerichtlich nachvollziehbarer Vorgang.

Danach ist nicht ersichtlich, inwiefern die Entscheidung der Antragsgegnerin, das Grundstück des Antragstellers als öffentliche Grünfläche auszuweisen, fehlerhaft sein sollte. Die Überlegungen der Antragsgegnerin laufen letztlich darauf hinaus, es bei den durch das Kataster vorgegebenen Abmessungen zu belassen, weil die Einbeziehung weiterer Flächen wegen der bestehenden Ungewissheiten nicht begründbar sei. Dies stellt eine pragmatische Überlegung dar, die sich im Rahmen der Planungsbefugnisse der Gemeinde hält.

Selbst wenn aber insoweit eine fehlerhafte Ermittlung oder eine fehlerhafte Abwägung vorliegen sollte, wäre der insoweit aufgetretene Mangel nach § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB bzw. § 214 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 BauGB unbeachtlich, da ein solcher Mangel, wie bereits vorstehend in anderem Zusammenhang dargestellt, auf das Ergebnis des Verfahrens bzw. der Abwägung ohne Einfluss geblieben wäre.