

Prof. Dr. Martin Dippel*

Das gemeindliche Einvernehmen, die Veränderungssperre und die planungsrechtliche Privilegierung in der Zulassungspraxis von Entsorgungsanlagen

Die Bedeutung einer gesicherten Abfallentsorgung als Teil des Wirtschaftskreislaufs liegt auf der Hand, wenn man sich verdeutlicht, dass in Deutschland ca. 400 Mio. Tonnen Abfälle jährlich entsorgt werden müssen. Das geschieht in etwa 15.000 Anlagen, die entweder nur der Abfallentsorgung dienen oder in denen Abfälle stofflich oder energetisch verwertet werden. Deutschland braucht seine Entsorgungsinfrastruktur. Die materiellen Standards, die solche Vorhaben im Genehmigungsverfahren erfüllen müssen, sind detailliert und anspruchsvoll. Gleichwohl sind Entsorgungsanlagen nicht beliebt, und in den letzten Jahren lässt sich in der Praxis von Genehmigungsverfahren zunehmend feststellen, dass solche Anlagenplanungen – sogar für einfache Anlagen wie z. B. Umladestationen, erst recht aber für komplexere Anlagen wie Abfallverbrennungsanlagen – auf Widerstand stoßen, der sich durchaus weit von der Wahrnehmung nachbarlicher Belange entfernen kann. Die Praxis solcher Genehmigungsverfahren zeigt, dass Standortkommunen und ihre politischen Mandatsträger für solchen Widerstand in vielen Fällen empfänglich sind. Das wiederum bleibt nicht ohne Einfluss auf die Mitwirkung der Gemeinde in solchen Verfahren. Der Beitrag geht den bauplanungsrechtlichen Fragen nach, die sich in verfahrensrechtlicher Hinsicht in diesen Fällen stellen. Er schildert kurz das Regelungssystem der §§ 36, 38 BauGB und befasst sich dann ausführlich mit dem Prüfungsrecht der Gemeinde im Zulassungsverfahren für Entsorgungsanlagen vor dem Hintergrund der Entscheidung über das gemeindliche Einvernehmen (§ 36 BauGB), der Ersetzung des Einvernehmens und der Möglichkeit einer Veränderungssperre (§ 14 BauGB). Der Verfasser plädiert hier für eine kritischere Sichtweise der Gerichte bei der sich in der gerichtlichen Normenkontrolle ggf. stellenden Frage, ob eine Planung nur „vorgeschoben“ ist, um ein Vorhaben zu verhindern, oder ob die Veränderungssperre zwar durch das Vorhaben ausgelöst ist, aber dahinter ein „echter“ Planungswille der Gemeinde steht. Im Anschluss daran befasst sich der Beitrag mit den Anwendungsfragen des § 38 BauGB. Er geht zunächst mit Blick auf Entsorgungsanlagen auf die Frage ein, was ein Vorhaben zu einem solchen von überörtlicher Bedeutung macht. Sodann kommt der Beitrag auf den nach Auffassung des Verfassers heute weitgehend leerlaufenden Begriff der „Abfallbeseitigungsanlage“ in § 38 BauGB zu sprechen; solche Anlagen sollen durch § 38 BauGB privilegiert werden. Hier wird eine Änderung des § 38 BauGB vorgeschlagen, wonach der Begriff der „Abfallbeseitigungsanlage“ in § 38 BauGB durch den Begriff der „Abfallentsorgungsanlage“ ersetzt werden sollte.

I. Einführung: Entsorgungsanlagen – benötigt, aber unerwünscht

In Deutschland fallen jährlich mehr als 400 Mio. Tonnen Abfälle an, die – lässt man einmal Abfallimporte und Abfallimporte außer Betracht – in knapp 15.000 Abfallentsorgungsanlagen in Deutschland verwertet oder beseitigt werden (müssen).¹

Die „Entsorgungslandschaft“ ist vielfältig: Abfälle werden stofflich verwertet (z.B. bei der Verarbeitung von Gebrauchtholz zu neuen Holzwerkstoffen, bei der Verarbeitung von Altglas oder Schrott zu entsprechenden Neuprodukten oder bei der Herstellung von Papier aus Altpapier), sie werden energetisch verwertet (z.B. bei der Mitverbrennung von Ersatzbrennstoffen in Zementwerken oder Kraftwerken – auch Ersatzbrennstoffheizkraftwerken) oder sie werden letztlich auch deponiert, soweit eine Verwertung nicht möglich ist (Deponien verschiedener Klassen). Zwischengeschaltet sind oft Sortier- und sonstige Behandlungsanlagen sowie Umschlagstationen und Zwischenlager. Diese Entsorgungsinfrastruktur entsteht nicht „einfach so“, sondern gründet sich auf Überlegungen öffentlicher oder privater Vorhabenträger, teilweise auf Abfallwirtschaftsplanungen, und in jedem Fall auf entsprechende Zulassungsverfahren, überwiegend solche nach dem BImSchG. Diese Verfahren sind in der Regel relativ aufwändig und beinhalten umfangreiche Prüfungen durch die vom Vorhabenträger oder der Genehmigungsbehörde (vgl. §§ 4 ff., § 13 der 9. BImSchV) beauftragten Gutachter und durch die im Ver-

* Prof. Dr. Martin Dippel ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht bei BRANDI Rechtsanwälte, Standort Paderborn. Der vorliegende Beitrag ist aus einem Vortrag hervorgegangen, den der Verfasser am 29.11.2019 anlässlich der Berliner Abfallrechtstage 2019 gehalten hat. Ähnliche Überlegungen hat der Verfasser mit etwas anderer Schwerpunktsetzung auch bereits in 2019 veröffentlicht, vgl. *Dippel*, Entsorgungsinfrastruktur im Regelungssystem der §§ 36, 38 BauGB, in: Schlacke/Beaucamp/Schubert, Infrastruktur-Recht, Festschrift für Wilfried Erbguth zum 70. Geburtstag, 2019, S. 379 ff.

¹ <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Umwelt/Abfallwirtschaft/Tabellen/liste-abfallentsorgungsanlagen.html> (Abruf am 14.2.2020); vgl. dazu übergreifend auch Kurth/Oexle/Faulstich, Praxishandbuch der Kreislauf- und Rohstoffwirtschaft, 2018.

fahren zu beteiligten Behörden. Man könnte deshalb meinen, dass die anspruchsvollen materiellen Genehmigungsvoraussetzungen sorgfältig geprüft werden und deren Einhaltung mit der Genehmigung und den Nebenbestimmungen auch sichergestellt wird.

Gerade in den letzten Jahren ist jedoch festzustellen, dass solche Projekte vor Ort durchaus nicht nur auf Gegenliebe stoßen. Sehr oft bilden sich auch Bürgerinitiativen, die die Ansiedlung eines solchen Projekts kritisch begleiten bzw. offen verhindern möchten. Solche Kritik betrifft nicht nur Automobilwerke in Brandenburg² oder Windenergieanlagen bundesweit (deren Akzeptanz vor Ort nach Meinung mancher durch Geldzahlungen erhöht werden sollte), Energieleitungen, konventionelle Kraftwerke oder sonstige Industrieanlagen, sondern eben auch jegliche Art von Entsorgungsanlagen. Es wird allerdings nicht immer nah am Sachverhalt argumentiert. So wird zum Beispiel unter der Überschrift „*Deponie in Steinbruch geplant – Bauschutt oder giftige Abfälle*“³ über Planungen für eine Bauschuttdeponie berichtet, in der ausschließlich mineralische Materialien wie Bauschutt, Straßenausbruch und Gleisschotter eingelagert werden sollen. Solche Anlagen sind regelmäßig zwar denkbar unspektakulär, dessen ungeachtet wird aber seitens der Gegner des Projekts behauptet, es würden „giftige“, „potenziell krebserregende Stoffe“, „Asbest“ oder „Schlacke“ eingelagert. Mit dem zur Genehmigung gestellten Vorhaben hat das nicht viel zu tun. Gegen die Bauschuttdeponie DK I bildet sich auch umgehend Widerstand ortsansässiger Ärzte, die die Errichtung und den Betrieb einer Deponie ohne nähere Befassung mit der Planung der Deponie oder den örtlichen Verhältnissen in einem Schreiben an den Oberbürgermeister der Standortkommune sofort mit einer Schadstofffreisetzung und einer „*Exposition gegenüber sich im Körper anreichernden Giften*“ gleichsetzen.⁴ In einem anderen Fall, in dem es ebenfalls um eine Deponie für Boden und Bauschutt geht, die in einem ehemaligen Kiestagebau eingerichtet werden soll, hält sich entgegen den zur Genehmigung gestellten Antragsunterlagen die Version einer Initiative „Nein zur Deponie!“, dass es im Kern um eine Art „*Hausmülldeponie*“ gehe.⁵ Auch das hat mit dem zur Genehmigung gestellten Antragsgegenstand nicht viel zu tun. Sogar die Planung einer simplen Bioabfall-Umladestation im Industriehafengebiet Bremen löst erheblichen Widerstand aus. Hier lässt sich ein Kommunalpolitiker zu der Äußerung hinreißen, auch wenn die Ansiedlung dieser Anlage „*nach der aktuellen Gesetzeslage möglich*“ sei, so sei es doch „*die Aufgabe der Politik, die Bürger zu schützen*“. Ein weiterer Kommunalpolitiker sekundiert, wenn die Anlage komme, so sei definitiv mit „*zivilem Ungehorsam*“ zu rechnen: „*Hier leben viele Ältere, die auch vormittags Zeit haben, um Straßen zu blockieren.*“⁶

Diese – anhand der allgemein verfügbaren Presseberichterstattung nahezu wöchentlich beliebig vermehrbaren – Beispiele verdeutlichen, was auch der Beobachtung des Ver-

fassers aus dreißigjähriger Anwaltstätigkeit in Umweltangelegenheiten entspricht, dass es nämlich in Genehmigungsverfahren einen tendenziell zunehmenden Widerstand gibt, der sich durchaus sehr weit von der Wahrnehmung rein nachbarlicher Interessen lösen und sehr schnell auch in weltanschauliche Diskussionen münden kann. Dieser Beobachtung entspricht auch der Eindruck, dass nicht nur die Antragsunterlagen – also dasjenige, was zur Genehmigung gestellt wird und im Sinne des Vorhabenträgers dann auch nur maximal genehmigt werden kann – zunehmend recht pauschal in Zweifel gezogen werden oder deren Inhalt gänzlich ignoriert wird, sondern außerdem auch die Einschätzungen der Fachbehörden und erst recht die Gutachten, die der Vorhabenträger in ein solches Genehmigungsverfahren einzubringen hat (vgl. §§ 4 ff., § 13 der 9. BImSchV). Die Gutachter, die der Vorhabenträger beauftragt hat, werden oft kurzerhand für „*befangen*“ erklärt.⁷ Aus alledem lässt sich der Eindruck gewinnen, dass oftmals nicht einmal mehr „einfache“ Entsorgungsanlagen zur Genehmigung gestellt werden können, ohne dass sich Widerstand bildet.

Solcher Widerstand bleibt kommunalpolitisch erfahrungsgemäß nur selten ohne Einfluss auf die Willensbildung kommunaler Mandatsträger. Insofern können derartige Diskussionen, und seien sie auch noch so weit vom Antragsgegenstand entfernt, auch das Verhalten der kommunalen Körperschaft beeinflussen, in deren Gebiet eine Entsorgungsanlage zur Genehmigung gestellt wird. Welche Chancen auf Verwirklichung das Projekt einer Entsorgungsanlage vor dem Hintergrund solcher oder ähnlicher „Widerstandsszenarien“ dann jeweils noch hat, dafür ist das Regelungssystem der §§ 36, 38 BauGB von zentraler Bedeutung. Darin bildet sich die Mitwirkung der Gemeinde über das Einvernehmen (§ 36 BauGB) einerseits und über die privilegierten Fachplanungen (§ 38 BauGB) andererseits ab. Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden nach einer kurzen Darstellung des Regelungssystems der §§ 36, 38 BauGB speziell mit Blick auf die Zulassung von Entsorgungsanlagen eine Betrachtung der Einvernehmensregelung des § 36 Bau-

2 Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschlüsse vom 15.2. und 20.2.2020 – OVG 11 S 8/20 – „Tesla“.

3 faz.net vom 20.11.2019.

4 Allgemeine Zeitung Mainz vom 10.12.2019.

5 „Plan für Bauschuttdeponie – Investor spricht von ‚geordneter Entsorgung‘“, mz-web.de (Mitteldeutsche Zeitung) vom 20.8.2019.

6 weserkurier.de vom 10.4.2018 und vom 15.4.2018.

7 Siehe zu dieser Diskussion in umweltrechtlichem Kontext nur BVerwG, Urteil vom 11.10.2017 – 9 A 14/16, juris Rn. 141; BVerwG, Beschluss vom 7.2.2011 – 4 B 48/10, juris Rn. 9; OVG Bautzen, Beschluss vom 8.1.2018 – 4 B 102/17, juris Rn. 21; VG Mannheim, Beschluss vom 14.11.2011 – 8 S 1281/11, juris Rn. 33; VG Münster, Urteil vom 17.1.2020 – 10 K 435/17, juris Rn. 48; vgl. ferner zur Befangenheit von Amtsträgern und Gutachtern bei Großprojekten VGH Mannheim, Beschluss vom 2.10.2019 – 3 S 1470/19, juris Rn. 13 ff.

GB und sodann eine Betrachtung der privilegierten Vorhaben nach § 38 BauGB erfolgen.

II. Das Regelungssystem der §§ 36, 38 BauGB

Über die Zulässigkeit von Vorhaben nach den §§ 31, 33 bis 35 BauGB entscheidet die Baugenehmigungsbehörde im Einvernehmen mit der Gemeinde (§ 36 Abs. 1 S. 1 BauGB). Das Einvernehmenserfordernis besteht grundsätzlich auch im Genehmigungsverfahren nach dem BImSchG, denn auch das Genehmigungsverfahren nach dem BImSchG ist ein „*anderes Verfahren*“ im Sinne von § 36 Abs. 1 S. 2 BauGB, in dem über die Zulässigkeit eines Vorhabens nach den in § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB bezeichneten Vorschriften entschieden wird.⁸ Nach § 36 Abs. 2 S. 1 BauGB darf die Gemeinde ihr Einvernehmen nur aus den sich aus §§ 31, 33, 34 und 35 BauGB ergebenden Gründen versagen. Versagt sie das Einvernehmen nach diesen Maßgaben rechtswidrig, so kann die nach Landesrecht zuständige Behörde das Einvernehmen ersetzen (§ 36 Abs. 2 S. 3 BauGB). Im Grundsatz gilt diese Systematik auch für Entsorgungsanlagen, soweit diese nach dem BImSchG genehmigungspflichtig sind. Etwas anderes gilt allerdings bei Planfeststellungen für Vorhaben von „*überörtlicher Bedeutung*“ (das kann Deponien betreffen) und bei Genehmigungsverfahren nach dem BImSchG für die Errichtung und den Betrieb „*öffentlich zugänglicher Abfallbeseitigungsanlagen*“. Diese Vorhaben werden nämlich insofern privilegiert, als auf sie die §§ 29 bis 37 BauGB nicht anzuwenden sind (§ 38 S. 1 BauGB),⁹ womit auch die Einvernehmensregelung des § 36 BauGB keine Anwendung findet.

Mit dem in § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB enthaltenen Hinweis auf die Notwendigkeit des Einvernehmens bei der Prüfung der Zulässigkeit von Vorhaben nach den §§ 31, 33 bis 35 Bau-

GB macht das Gesetz deutlich, dass das Einvernehmenserfordernis solche Vorhaben betrifft, die sich entweder auf einen nicht (abschließend) beplanten Bereich beziehen oder die eine Abweichung vom Plan erforderlich machen. In beiden Fällen lässt sich nicht eindeutig feststellen, ob ein Vorhaben mit dem planerischen Willen der Gemeinde vereinbar ist. Insofern ist die Gemeinde mit der Entscheidung über ihr Einvernehmen jeweils zu einer individuellen, auf das jeweilige Vorhaben bezogenen Äußerung aufgerufen. Durch das Einvernehmenserfordernis wird die planerische Entscheidungsfreiheit der Gemeinde somit auf zwei Ebenen geschützt, nämlich einmal der vorhabenbezogenen und sodann der planbezogenen Ebene.¹⁰

1. Vorhabenbezogenes Prüfungsrecht, Ersetzung des Einvernehmens

a. Reichweite des gemeindlichen Prüfungsrechts

Vorhabenbezogen ist das Prüfungsrecht der Gemeinde so zu verstehen, dass sie die §§ 31, 33, 34 und 35 BauGB im Hinblick auf deren Voraussetzungen umfassend prüfen darf. Die früher in diesem Punkt uneinheitliche Rechtsprechung – teilweise wurde auch ein eingeschränktes Prüfungsrecht angenommen, nur soweit es dem Schutz der gemeindlichen Planungshoheit diene – ist insofern heute einheitlich der Auffassung, dass die Gemeinde bezüglich der Voraussetzungen der §§ 31, 33, 34 und 35 BauGB eine „*Vollprüfung*“ anstellen darf.¹¹ Dieses Prüfungsrecht der Gemeinde wirkt dabei als ein absolutes Verfahrensrecht, sodass die Gemeinde bei einer unterlassenen oder fehlerhaften Beteiligung die Aufhebung einer erteilten Genehmigung schon wegen der unterlassenen oder fehlerhaften Beteiligung verlangen kann, ohne dass es noch auf die materielle Rechtslage ankäme.¹² Versagt die Gemeinde ihr Einvernehmen hingegen, nachdem die Genehmigungsbehörde sie ordnungsgemäß beteiligt hat, so darf die Genehmigungsbehörde die Genehmigung grundsätzlich nicht erteilen, selbst wenn sie der Auffassung ist, das Vorhaben sei nach Maßgabe der §§ 31, 33, 34 und 35 BauGB bauplanungsrechtlich zulässig und die Versagung des Einvernehmens deshalb rechtswidrig.¹³

Versagt die Gemeinde ihr Einvernehmen rechtswidrig, so liegt darin nach neuerer Rechtsprechung des BGH in Amtshaftungsangelegenheiten keine Verletzung einer den Vorhabenträger schützenden Amtspflicht, wenn die Genehmigungsbehörde das Einvernehmen nach § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB in Verbindung mit landesrechtlichen Vorschriften ersetzen kann.¹⁴ Nach Auffassung des BGH liegt der maßgebliche Grund für die Annahme einer drittrichteten Amtspflicht gegenüber dem Vorhabenträger in der Bindungswirkung der Versagung des Einvernehmens für die Genehmigungsbehörde. Sobald die Genehmigungsbehörde allerdings die Befugnis habe, das versagte gemeindliche Einver-

8 Hofmeister, in: BeckOK BauGB, Stand 1.11.2019, § 36, Rn. 6. Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 14. Aufl. 2019, § 36, Rn. 2 f.; vgl. auch Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Stand 90. EL Juni 2019, § 10 BImSchG, Rn. 102; Jarass, BImSchG, 12. Aufl. 2017, § 6, Rn. 34.

9 Siehe Dietlein, in: Landmann/Rohmer, oben Fn. 8, Rn. 102.

10 Vgl. BVerwG, NVwZ 2004, 858 (860).

11 Vgl. BVerwG, NVwZ 2010, 1561 (1565); aus der jüngeren Rechtsprechung siehe auch VGH München, Beschluss vom 5.8.2019 – 9 CS 19.581, juris Rn. 19 ff.; insgesamt dazu Hofmeister, in: BeckOK BauGB, oben Fn. 8, § 36, Rn. 22 m.w.N. und Dippel, Das gemeindliche Einvernehmen gemäß § 36 BauGB in der jüngeren Rechtsprechung, NVwZ 2011, 769 (771).

12 Siehe BVerwG, NVwZ 2008, 1347 (1348); OVG Saarland, Beschluss vom 18.6.2018 – 2 B 104/18, juris Rn. 10; OVG Lüneburg, Urteil vom 11.11.2013 – 12 LC 271/11 –, juris-Rn. 35; Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, oben Fn. 8, § 36, Rn. 24; Hofmeister, in: BeckOK BauGB, oben Fn. 8, § 36, Rn. 38.

13 BVerwG, KommJur 2015, 314 (316), m.w.N. aus der Rechtsprechung.

14 BGH, NVwZ 2011, 249; BGH, NVwZ 2013, 167 (168).

nehmen zu ersetzen, so sei diese Bindungswirkung aufgehoben und damit der Grund für die Haftungsverantwortlichkeit der Gemeinde entfallen. Dies ist wohl auch der Grund dafür, warum in der Literatur von der „*haftungsrechtlichen Folgenlosigkeit der rechtswidrigen Versagung des Einvernehmens*“ bzw. von der haftungsrechtlichen „*Alleinvertantwortlichkeit der Baugenehmigungsbehörde*“ gesprochen wird.¹⁵

Angesichts dieses Befundes setzt sich, gerade was Vorhaben für Entsorgungsanlagen betrifft, in der Praxis bei solchermaßen „ungeliebten“ Vorhaben in vielen Fällen eine eher „politische“ Sichtweise bei der Gemeinde durch: Aus Gründen, die den eingangs dargestellten Gründen häufig ähneln dürften, versagt sie schlichtweg das Einvernehmen und wartet ab, wie die für die Ersetzung zuständige Behörde damit umgeht.

b. Ersetzung des Einvernehmens

Nach § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB „*kann*“ die nach Landesrecht zuständige Behörde ein rechtswidrig versagtes Einvernehmen ersetzen. Es ist bisher in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung nicht abschließend geklärt, ob das „*kann*“ in § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB als ein „Ermessens-Kann“ oder ein „Befugnis-Kann“ zu verstehen ist. Die besseren Argumente sprechen dafür, die Regelung als Befugnisvorschrift zu verstehen. Der Wortlaut „*kann*“ ist bestenfalls ein Indiz für ein Ermessen, mehr aber auch nicht. Wenngleich das Wort „*kann*“ zwar in der Tat vielfach auf eine Ermessensvorschrift hindeutet, so ist dieser Schluss aber keinesfalls zwingend. Darauf wird in der Kommentarliteratur zu § 40 VwVfG hingewiesen, und auch das BVerwG hat „Kann-Vorschriften“ schon mehrfach als Befugnisvorschriften verstanden, so z.B. die Regelung des § 48 Abs. 2 S. 1 BBergG, wonach die für die Zulassung von Betriebsplänen zuständige Behörde in bestimmten Fällen eine Aufsuchung oder eine Gewinnung beschränken oder untersagen „*kann*“: Dies soll danach keine Ermessens-, sondern eine Befugnisnorm sein.¹⁶

Teleologische und systematische Gesichtspunkte sowie die Entstehungsgeschichte sprechen eindeutig dafür, die Ersetzensregelung in § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB als Befugnisvorschrift zu verstehen. Systematisch steht die Vorschrift im Zusammenhang mit Regelungen, die einen Genehmigungsanspruch enthalten, z.B. im Bauordnungs- oder Immissionschutzrecht. Vorhabenträger haben also, wenn die Genehmigungsvoraussetzungen erfüllt sind (vgl. z.B. § 6 Abs. 1 BImSchG, der unter anderem für Entsorgungsanlagen gilt), einen Genehmigungsanspruch. Dieser Anspruch des Vorhabenträgers würde abgewertet werden, wenn die zuständige Behörde nach Ermessen über die Ersetzung des rechtswidrig versagten Einvernehmens entscheiden könnte.¹⁷ Und auch die Entstehungsgeschichte bestätigt diesen Befund. Denn der Gesetzgeber hat sich, wie aus den Materialien abzulesen ist, hier offensichtlich eine Befugnisvorschrift und

keine Ermessensregelung vorgestellt. Mehrfach spricht der Gesetzgeber in den Entstehungsmaterialien von „*Ersetzungsbefugnis*“ und nimmt Bezug auf „*vergleichbare*“ Regelungen in den Bauordnungen der Länder, „z.B. Artikel 81 Bay-BauO vor 1989“, der sogar ausdrücklich als zwingende Regelung („[...] *ist zu ersetzen* [...]“) ausgestaltet war.¹⁸

Danach sind die für das Bestehen eines Ermessens bei der Ersetzung eines zu Unrecht versagten Einvernehmens angeführten Gründe insgesamt nicht überzeugend. Dieser Einsicht hat sich auch der BGH in seiner Amtshaftungsrechtsprechung nicht verschlossen. Der BGH führt aus, es spreche bereits vieles dafür, dass es sich bei § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB um eine bloße Befugnisnorm handle, bei der auf der Rechtsfolgenseite kein Ermessen bestehe, sondern eine gebundene Entscheidung zu treffen sei. Dennoch besteht in der Rechtsprechung und der Kommentarliteratur bisher noch keine Einigkeit über das Verständnis des § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB als Befugnisvorschrift.¹⁹

Die praktische Bedeutung dieser nach wie vor streitigen Frage hat allerdings etwas an Bedeutung verloren. Denn zahlreiche Regelungen zur Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens in den Bauordnungen der Länder sehen aus-

15 Siehe *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand 135. EL September 2019, § 36, Rn. 49, 49a.

16 BVerwG, NJW 1987, 1713 (1715); BVerwG, NVwZ 2005, 954 (955); siehe bereits BVerwG, Urteil vom 31.1.1956 – V C 34/55, NJW 1956, 644, zitiert nach juris, Rn. 13, zur Auslegung einer „Kann-Vorschrift“ im damaligen Bundesmietgesetz als „Muss-Vorschrift“; vgl. zur Auslegung von „Kann-Vorschriften“ als Ermessens- oder Befugnisnormen beispielsweise aus der Kommentarliteratur auch *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG*, 9. Aufl. 2018, § 40, Rn. 21 ff.; *Aschke*, in: *BeckOK VwVfG*, Stand 1.1.2020, § 40, Rn. 7; *Müller*, in: *Huck/Müller, VwVfG*, 2. Aufl. 2016, § 40, Rn. 8; *Schönenbroicher*, in: *Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG*, 2. Aufl. 2019, § 40, Rn. 30, jeweils m.w.N.

17 So bereits OVG Koblenz, Urteil vom 23.9.1998 – 1 B 11493/98, juris Rn. 4.

18 Vgl. die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BT-Drucks. 13/6392, S. 60.

19 Vgl. BGH, NVwZ 2011, 249 (250); für eine Auslegung als Befugnisnorm ausdrücklich OVG Koblenz, Beschluss vom 23.9.1998 – 1 B 11493/98, juris Rn. 4; so auch VG Halle, Urteil vom 20.9.2010 – 2 A 251/09, juris Rn. 30; VG Würzburg, Urteil vom 5.12.2017 – W 4 K 15.530, juris Rn. 94 ff.; so wohl auch OVG Saarland, Beschluss vom 18.6.2018 – 2 B 104/18, juris Rn. 10, VG Saarland, Beschluss vom 5.9.2018 – 5 L 2434/17, juris Rn. 43 ff. und VG Arnsberg, Urteil vom 5.12.2017 – 4 K 4632/16, juris Rn. 21, die von der Befugnis zur Ersetzung sprechen. Für das Verständnis als Befugnisnorm auch *Roeser*, in: *Berliner Kommentar zum BauGB*, § 36, Rn. 14; *Jarass/Kment*, *BauGB*, 2. Aufl. 2017, § 36, Rn. 18; *Dippel*, NVwZ 2011, 769 (774); so jetzt ausdrücklich auch unter Aufgabe der vorher vertretenen Rechtsauffassung *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, *BauGB*, oben Fn. 15, § 36, Rn. 41; offenlassend VGH Mannheim, Beschluss vom 2.8.2011 – 8 S 1516/11, juris Rn. 20 und *Schoch*, Schutz der gemeindlichen Planungshoheit durch das Einvernehmen nach § 36 BauGB, NVwZ 2012, 777 (783), jeweils m.w.N. zum Diskussionsstand; anderer Ansicht z.B. OVG Lüneburg, Urteil vom 23.6.2009 – 12 LC 136/07, juris Rn. 40; *Hofmeister*, in: *BeckOK BauGB*, oben Fn. 8, § 36, Rn. 32; *Reidt*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB*, oben Fn. 8, § 36, Rn. 15, jeweils m.w.N.

drücklich eine Ersetzungspflicht vor.²⁰ Dies gilt indes nicht in allen Ländern, sodass die streitige Frage zu § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB dort auch weiterhin praktische Bedeutung hat. Obwohl auf Dauer sicherlich nach allem damit zu rechnen sein wird, dass sich die Einsicht durchsetzen wird, § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB sei eine Befugnisvorschrift ohne Ermessensspielraum, und obwohl es zahlreiche – in diesem Sinne ausdrückliche – landesrechtliche Ersetzungsregelungen gibt, werden Vorhabenträger in vielen Fällen gerade bei kommunalpolitisch umstrittenen Vorhaben z.B. der Entsorgungsinfrastruktur auch künftig einem zu Unrecht versagten Einvernehmen „hinterherlaufen“ müssen.

2. Planbezogenes Gestaltungsrecht, Veränderungssperre

Neben der vorhabenbezogenen Mitwirkung durch die Entscheidung über das gemeindliche Einvernehmen hat die Gemeinde auch auf planerischer Ebene Möglichkeiten, die Zulässigkeit von Vorhaben der Entsorgungsinfrastruktur zu beeinflussen, indem sie einen Bebauungsplan aufstellt oder gegebenenfalls ändert und dadurch Vorhaben zulässig oder unzulässig werden lassen kann. Wenn sie die Aufstellung bzw. Änderung eines Bebauungsplans und anschließend eine Veränderungssperre (§ 14 Abs. 1 BauGB) beschließt, so hat das zur Folge, dass nach dem Inkrafttreten der Veränderungssperre Vorhaben im Sinne des § 29 BauGB nicht mehr durchgeführt werden dürfen (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 BauGB), solange die Veränderungssperre gilt. Nimmt man einmal die eingangs zu I. geschilderten Beispiele – die aus einer größeren Anzahl ähnlicher Fälle, über die in der Presse berichtet worden ist, nur herausgegriffen sind –, so liegt der Gedanke nicht fern, dass eine Veränderungssperre auch genutzt werden kann, um politisch „missliebige“ Vorhaben wie Entsorgungsanlagen zunächst einmal zu verhindern.

Allerdings ist anerkannt, dass ein konkretes Vorhaben durchaus den Anlass dafür geben darf, eine Veränderungssperre zu erlassen. Die Gemeinde darf also im Grundsatz

sehr wohl anlässlich eines konkreten Vorhabens und auch zum Zwecke seiner Verhinderung planerisch tätig werden.²¹ Dabei ist sie auch nicht an einer Planung gehindert, wenn sie zuvor im konkreten Zulassungsverfahren ihr Einvernehmen erteilt hat. Denn die Gemeinde darf ihre Bauleitpläne immer dann aufstellen, wenn und soweit es für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist (§ 1 Abs. 3 BauGB), wobei es in erster Linie auf die planerische Sicht der Gemeinde selbst ankommt.²² Das BVerwG hat ausdrücklich darauf abgehoben, dass es die Gemeinde ist, die die städtebauliche Entwicklung in ihrem Gebiet bestimmen und sich dabei grundsätzlich auch von „gemeindepolitischen“ Motiven leiten lassen darf, die sich naturgemäß jederzeit ändern können.²³ An dieser Rechtsprechung ist vor dem Hintergrund der gesetzlichen Regelungssystematik ganz sicher nichts auszusetzen.

Rechtswidrig wird eine Veränderungssperre – wie es die ständige Rechtsprechung formuliert – nur dann, wenn sich die Planung darin erschöpft, einzelne Vorhaben bzw. Nutzungen auszuschließen, oder wenn die Planung nicht dem planerischen Willen entspricht, sondern nur vorgeschoben ist, um eine andere Nutzung zu verhindern.²⁴ Eine Negativplanung, die nur ein bestimmtes Vorhaben (z.B. eine Entsorgungsanlage) verhindern soll, bestimmt sich demnach in erster Linie nach der subjektiven Zwecksetzung der Gemeinde. Genau hier liegt aber die praktische Problematik in Genehmigungsverfahren (auch) für Entsorgungsanlagen begründet. Denn ob eine Planung nur vorgeschoben ist, um ein bestimmtes „missliebige“ Vorhaben zu verhindern, ist keine Rechtsfrage, sondern eine Frage des Sachverhalts und der Einzelfallumstände. Und was die Gemeinde wirklich mit ihrer Planung bezweckt, kann im konkreten Sachverhalt sehr schwierig festzustellen sein. Das gilt umso mehr, wenn Gemeinden versuchen, ihre eigentlichen – ggf. eher politisch als planerisch begründeten – Absichten durch vorgeschobene Planungsziele zu verschleiern. Insofern bleibt den Gerichten nichts anderes übrig, als von objektiv feststellbaren Anhaltspunkten auf eine subjektiv beabsichtigte Negativplanung zu schließen. Gewöhnlich sind die (Ober-)Verwaltungsgerichte aber auch in Fällen, in denen es um Veränderungssperren geht, die „gegen Entsorgungsanlagen“ gerichtet sind, recht großzügig mit den in diesem Stadium zwangsläufig noch nicht sehr konkreten Planungsabsichten der Gemeinden und greifen selbst bei – vermeintlich – eindeutigen Sachverhaltsentwicklungen der weiteren planerischen Konkretisierung nicht vor.

Dazu folgende Beispiele aus der Rechtsprechung zu Veränderungssperren, die jeweils durch ein Vorhaben der Entsorgungsinfrastruktur ausgelöst wurden, das – sofort oder auch nach zunächst positivem Echo innerhalb der Standortkommune bzw. Planungskörperschaft – auf Widerstand vor Ort gestoßen ist:

– Veränderungssperre wegen eines seinerzeit noch nach § 7 AbfG a.F. planfeststellungs- oder plangenehmigungspflichtigen „Autoschrottplatzes“ (die Veränderungssper-

20 Siehe z.B. § 73 Abs. 1 BauO NRW, § 54 Abs. 4 LBO BaWü, § 71 Abs. 1 LBauO MV oder § 71 Abs. 1 LBauO RH.-PF.; demgegenüber sieht § 70 ThürBO insoweit eine „Soll-Regelung“ vor, vgl. dazu z. B. VG Gera, Urteil vom 22.11.2018 – 4 K 236/17 Ge, juris Rn. 48 ff., das allein auf § 70 ThürBO abstellt und die Diskussion um den weiterhin anwendbaren § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB ausblendet.

21 Vgl. nur Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, oben Fn. 15, § 14, Rn. 65 m.w.N.

22 BVerwG, NVwZ 2004, 858 (859 f.); Hornmann, in: BeckOK BauGB, oben Fn. 8, § 14, Rn. 36 ff. (39).

23 BVerwG, NVwZ 2004, 858 (860); siehe auch VGH Kassel, Urteil vom 3.2.2009 – 3 A 1207/08, juris Rn. 70.

24 Siehe OVG Münster, Urteil vom 27.3.2009 – 7 D 103/08.NE, juris Rn. 67, bestätigt durch BVerwG, Beschluss vom 24.9.2009 – 4 BN 26/09; ähnlich VGH Mannheim, Urteil vom 18.3.2015 – 3 S 601/14, juris Rn. 56.

- re war wegen der damaligen Planfeststellungs- oder Plan- genehmigungspflicht nach früherem Abfallrecht noch kein zwingendes Zulassungshindernis)²⁵,
- Veränderungssperre wegen eines sog. Umwelttechnologie- zentrums mit Abfallbehandlungsanlage und Biogas- anlage (Veränderungssperre für nichtig erklärt),²⁶
 - Veränderungssperre wegen eines „Gewerbeparks und En- ergieparks“ zur Verhinderung eines Zwischenlagers für abgebrannte Brennstäbe aus Kernkraftwerken (Verände- rungssperre für nichtig erklärt),²⁷
 - Veränderungssperre wegen Bauantrags zur Umnutzung eines vorhandenen Gebäudes als Zwischenlager für ra- dioaktive Abfälle auf einer Konversionsfläche (Inzident- prüfung, Veränderungssperre hatte Bestand),²⁸
 - Veränderungssperre wegen einer Anlage zur thermi- schen Behandlung heizwertreicher Abfälle – Abfallver- brennungsanlage als Heizkraftwerk (Veränderungssper- re hatte Bestand),²⁹
 - Veränderungssperre wegen eines Zwischenlagers für ge- fährliche und nicht gefährliche Abfälle und einer Abfall- behandlungsanlage (Veränderungssperre hatte Bestand),³⁰
 - Veränderungssperre nach dem Ansiedlungswunsch ei- nes Entsorgungsunternehmens wegen einer Chemisch- physikalischen Abfallbehandlungsanlage auf einem bis dahin nicht beplanten, seit mehr als 100 Jahren genutz- ten Chemiestandort (Veränderungssperre hatte Be- stand),³¹
 - Veränderungssperre wegen des Ansiedlungswunsches eines Unternehmens für eine Anlage zur Zwischenlage- rung und Behandlung gefährlicher und nicht gefährli- cher mineralischer Abfälle (Veränderungssperre hatte Bestand).³²

Es gibt also eine ganze Reihe von Beispielen aus der Recht- sprechung, die sich mit Veränderungssperren in Fällen ge- planter Entsorgungsanlagen befassen. Dabei ist auffällig, dass sich solche Entscheidungen in den letzten Jahren durch- aus verstärkt feststellen lassen. In vielen Fällen lässt sich den Entscheidungen entnehmen, dass ein „Planungs- wunsch“ der Kommune, der zu einer Veränderungssperre führte, durch Bürgerproteste ausgelöst wurde, die in direk- tem Zusammenhang mit dem Ansiedlungswunsch eines Entsorgungsunternehmens standen. Solch ein direkter zeit- licher und kausaler Zusammenhang zwischen einem Gene- higungsantrag für eine Entsorgungsanlage bzw. dessen Be- kanntwerden im Zuge der Beteiligung der Öffentlichkeit, der Bildung einer Bürgerinitiative und Formierung öffent- lichen Protests gegen das Vorhaben, der Einflussnahme auf kommunale Mandatsträger und letztlich dem Erlass einer Veränderungssperre zeigt sich in der Praxis immer wieder. Nur die wenigsten dieser Fälle, so entspricht es zumindest der Beobachtung des Verfassers in seiner anwaltlichen Pra- xis, münden in ein prinzipales oder inzidentes Normenkon- trollverfahren, z.B. weil Vorhabenträger in solchen Fällen dann aus unternehmenspolitischen Gründen von ihrem

Vorhaben an dem jeweiligen Standort Abstand nehmen. Wird aber über die Gültigkeit eines Bebauungsplans oder einer Veränderungssperre, aufgrund derer eine Entsor- gungsanlage bauplanungsrechtlich unzulässig wird, ge- richtlich entschieden, so lassen sich in den Entscheidungen immer wieder Sätze finden wie dieser: „Eine unzulässige Ne- gativplanung liegt nur dann vor, wenn die Planung sich da- rin erschöpft, einzelne Vorhaben bzw. Nutzungen auszuschlie- ßen, oder wenn sie nicht dem planerischen Willen entspricht, sondern nur vorgeschoben ist, um eine andere Nutzung zu verhindern“,³³ was oft verneint wird. Wie oben ausgeführt, ist das als rechtlicher Obersatz zweifellos zutreffend. Ob ein planerischer Wille aber nur „vorgeschoben“ ist, ist keine Rechtsfrage, sondern dafür muss der Sachverhalt ausgewer- tet werden.

Ein prägnantes Beispiel dafür, dass ein Verwaltungsge- richt im Rahmen einer inzidenten Überprüfung einer Ver- änderungssperre den Sachverhalt gerade im Hinblick auf die „typischen“ Entwicklungen (Bekanntwerden des Vorha- bens, Bildung einer Bürgerinitiative gegen das Vorhaben, Bürgerprotest, Einflussnahme auf kommunale Mandatsträ- ger, Erlass einer Veränderungssperre) „lebensnah“ bewer- tet hat und von der Unwirksamkeit einer Veränderungs- sperre als bloße Negativplanung ausgegangen ist, bietet das VG Augsburg in zwei Entscheidungen aus dem Jahre 2017 und 2018. Ausgangspunkt beider Entscheidungen war der Antrag eines Entsorgungsfachbetriebs auf Erteilung einer Anlagengenehmigung nach dem BImSchG für die Errich- tung und den Betrieb einer Anlage zur zeitweiligen Lage- rung und Behandlung nicht gefährlicher Abfälle in einer geschlossenen Lagerhalle. Dazu hatte die Gemeinde das er- forderliche Einvernehmen zunächst erteilt. Etwa zwei Mo- nate später ging beim Landratsamt (Genehmigungsbehör- de) ein Schreiben einer Anwohnerinitiative ein. Die Anwoh- ner machten geltend, mit dem Vorhaben gehe eine Geruchs- belastung bzw. eine Entwertung ihrer Immobilien einher. Nur wenige Tage später beschloss die Gemeinde die Auf- stellung eines Bebauungsplans und zur Sicherung dieser Planung eine Veränderungssperre. Ziel der Planung sei es,

25 VGH Mannheim, Urteil vom 5.12.1985 – 10 S 1716/84, juris (nur Leit- sätze).

26 OVG Bautzen, Urteil vom 12.4.2000 – 1 D 1/00, juris.

27 VGH München, Urteil vom 3.3.2003 – 15 N 02.593, juris.

28 VGH Kassel, Urteil vom 3.2.2009 – 3 A 1207/08, juris; nachgehend BVerwG, Beschluss vom 12.5.2009 – 4 B 34/09, juris.

29 OVG Münster, Urteil vom 27.3.2009 – 7 D 103/08.NE, juris.

30 OVG Bremen, Beschluss vom 9.1.2013 – 1 B 258/12, juris; vgl. zum selben Sachverhalt auch VG Bremen, Beschluss vom 23.8.2012 – 5 V 987/12, juris.

31 VGH Mannheim, Urteil vom 18.3.2015 – 3 S 601/14, juris.

32 OVG Münster, Urteil vom 8.5.2018 – 2 D 44/17.NE, juris.

33 Siehe z.B. OVG Münster, Urteil vom 27.3.2009 – 7 D 103/08, juris Rn. 76; VGH Mannheim, Urteil vom 18.3.2015 – 3 S 601/14, juris Rn. 56.

das Plangebiet von gewerblichen Nutzungen freizuhalten, die mit der Lagerung von Müll verbunden seien, um eine Sicherung der vorhandenen, lebensmittelbezogenen gewerblichen Nutzungen zu gewährleisten. Das später beklagte Landratsamt lehnte dann den Antrag auf Erteilung der Anlagengenehmigung nach dem BImSchG ab, weil dem Vorhaben nun bauplanungsrechtliche Gründe entgegenständen.

Das VG Augsburg war gleich zweimal mit der Angelegenheit befasst, nämlich zunächst im Wege einer auf die Verpflichtung zur Genehmigungserteilung gerichteten Klage des Vorhabenträgers und – nachdem diese Genehmigung sodann erteilt war – mit einer dagegen gerichteten Anfechtungsklage der Gemeinde. Die Sachverhaltsgestaltung ist insofern durchaus „typisch“ und entspricht dem, was bei der Lektüre vieler Presseberichte in ähnlichen Fällen festzustellen ist: Zunächst nimmt eine Gemeinde zu einem Vorhaben – hier: eine Abfallbehandlungsanlage – positiv Stellung und erteilt ggf. sogar auch ihr Einvernehmen. Sodann bildet sich Widerstand in der Bevölkerung und die kommunalpolitischen Mandatsträger ändern ihre zuvor positive Auffassung, was das Vorhaben betrifft. In der Folge wird dann eine Veränderungssperre erlassen.

Diesen durchaus „typischen“ Geschehensablauf hatte auch das VG Augsburg vorgefunden. In der Begründung beider Entscheidungen findet sich dazu die bemerkenswerte, auf der Bewertung des Sachverhalts beruhende Ausführung:

*„Für die Kammer ist klar, dass die Veränderungssperre einzig auf die Verhinderung des Vorhabens der Beigeladenen wegen öffentlichen Widerstands abzielte“.*³⁴

Die dogmatisch ausgereifte und in sich stimmige Rechtsprechung, wonach die Gemeinde durchaus ein konkretes Vorhaben zum Anlass für einen Bebauungsplanaufstellungsbeschluss und eine Veränderungssperre nehmen darf und wonach sie auch durch ein zuvor erteiltes Einvernehmen an einem solchen Schritt nicht grundsätzlich gehindert ist, hat das VG Augsburg dabei nicht infrage gestellt – man wird sie mit vernünftigen Gründen auch nicht infrage stellen können. Da es hier aber darum geht, das Vorliegen einer bloßen Negativplanung mit letztlich vorgeschobenen Planungszielen zu beurteilen, handelt es sich um eine Sachverhaltsfrage. Hier muss das Gericht – wie der vom VG Augsburg entschiedene Fall zeigt – sehr genau hinsehen.

Es geht dabei auch um die Bewertung typischer Geschehensabläufe und äußerer Umstände, aus denen auf eine bloße Negativplanung zu schließen ist. Notwendig ist es, den äußeren Umständen, die aus der Sicht eines objektiven Betrachters die Gemeinde zur Änderung ihrer Planung veranlassen, eine besonders starke Indizwirkung beizumessen und die erkennbar gemachten positiven Planungsziele vor diesem Hintergrund einer besonderen Kontrolle – auch Plausibilitätskontrolle – zu unterziehen. Für die Entsorgungsvorhaben, die ja unabhängig von der Vorhabenträgerschaft letztlich – ähnlich wie Vorhaben zur Nutzung regenerativer Energien – immer auch im öffentlichen Interesse stehen, wäre viel gewonnen, wenn die Gerichte an dieser Stelle kritischer hinsähen und den Kommunen im Fall der Überprüfung von Veränderungssperren mehr Darlegung abverlangen würden, dass ihre Willensbildung nicht von dem Ziel bestimmt wird, nur ein ganz bestimmtes „missliebige“ Vorhaben zu verhindern.

Denn die von der Rechtsprechung betonte planerische Freiheit der Gemeinde kann natürlich im Zusammenhang mit einem sich gegen ein Anlagenvorhaben der Entsorgungswirtschaft bildenden „Widerstand“ in der Kommunalpolitik dazu führen, dass die Gemeinde die Genehmigung und Ansiedlung eines solchen Vorhabens selbst dann zu verhindern sucht, wenn sie zuvor positive Signale hinsichtlich einer Ansiedlung an den Vorhabenträger gesendet, Gespräche über die Ansiedlung des Vorhabens geführt und möglicherweise sogar auch schon ihr Einvernehmen erteilt und in sonstiger Weise (z.B. hinsichtlich der gesicherten Abwasserentsorgung über die kommunale Kläranlage) positiv zu dem Vorhaben Stellung genommen hat. Das ist insofern für einen Vorhabenträger äußerst unbefriedigend, als dass sein Vorhaben in solchen Fällen nach Antragstellung bis zur Erteilung der Genehmigung doch noch unzulässig werden kann und er zu diesem Zeitpunkt im Regelfall bereits erhebliche Ausgaben getätigt hat, z.B. für den Grundstückserwerb oder für die Planung einer solchen Anlage bzw. die Zusammenstellung des Genehmigungsantrags mit den erforderlichen Fachgutachten, in vielen Fällen auch bereits für die Durchführung des eigentlichen Genehmigungsverfahrens. Die mit einer solchen Unsicherheit verbundenen finanziellen Einbußen können durch Entschädigungsansprüche nach § 39 BauGB zwar unter Umständen kompensiert werden (nicht aber in Gebieten nach § 34 BauGB, weil es kein geschütztes Vertrauen in einen Bebauungsplan geben kann, wenn es gar keinen Bebauungsplan gibt).³⁵

Viel schwerer noch wiegt allerdings, dass durch eine solche – möglicherweise späte – Meinungsänderung auf kommunaler Ebene nicht nur die unternehmerische Handlungsfreiheit im Einzelfall stark beeinträchtigt wird, indem ein nach fachrechtlichen Maßstäben regelmäßig genehmigungsfähiges Entsorgungsvorhaben nicht umgesetzt werden kann, sondern dass durch solche Vorgehensweisen nicht selten auch die Entsorgungssicherheit der öffentlich-

³⁴ VG Augsburg, Urteil vom 26.4.2017 – Au 4 K 16.1015, juris Rn. 57; VG Augsburg, Urteil vom 7.3.2018 – Au 4 K 17.869, juris Rn. 55; zu einer ähnlichen Konstellation, in der eine Gemeinde eine nach Auffassung des Verwaltungsgerichts unzulässige Verhinderungsplanung/Negativplanung betrieb (es ging um die Errichtung eines Krematoriums in einem durch Bebauungsplan festgesetzten Industriegebiet gemäß § 9 BauNVO), vgl. bereits VG Würzburg, Urteil vom 30.6.2005 – W 5 K 04.884, juris.

³⁵ Vgl. nur *Runkel*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, oben Fn. 15, § 39, Rn. 12.

rechtlichen Entsorgungsträger oder der gewerblichen Wirtschaft eingeschränkt wird.

III. Die privilegierten Vorhaben nach § 38 BauGB

Nach § 38 S. 1 BauGB sind auf Planfeststellungsverfahren und sonstige Verfahren mit den Rechtswirkungen der Planfeststellung für Vorhaben von überörtlicher Bedeutung sowie auf die aufgrund des BImSchG für die Errichtung und den Betrieb öffentlich zugänglicher Abfallbeseitigungsanlagen geltenden Verfahren die §§ 29 bis 37 BauGB nicht anzuwenden (also auch nicht § 36 BauGB mit dem Einvernehmenserfordernis), wenn die Gemeinde beteiligt wird. Hierdurch wird für die genannten Vorhaben das Verhältnis zwischen Bauleitplanung und Fachplanung geregelt.³⁶ Indem § 38 S. 1 BauGB die bauplanungsrechtlichen Vorschriften der §§ 29 bis 37 BauGB für nicht anwendbar erklärt, räumt er dem Fachplanungsrecht unter Einschränkung der gemeindlichen Planungshoheit den Vorrang ein. Das von der Gemeinde beeinflussbare Planungsrecht verliert im selben Umfang bei der Entscheidung über die Zulässigkeit überörtlich bedeutsamer Vorhaben – oft sind dies dann eben Anlagen der Entsorgungsinfrastruktur – an Bedeutung.

1. Vorhaben von überörtlicher Bedeutung

Was „Vorhaben von überörtlicher Bedeutung“ sind, lässt sich danach bestimmen, ob ein Vorhaben einen überörtlichen Koordinierungsbedarf auslöst.³⁷ In der Abgrenzung zu nur örtlich bedeutsamen Vorhaben, die von § 38 S. 1 BauGB nicht erfasst sind, hat ein Vorhaben nach der Rechtsprechung des BVerwG dann überörtliche Bedeutung, „wenn es aufgrund seiner überörtlichen Bezüge bei typisierender Betrachtungsweise einen gemeindeübergreifenden Koordinierungsbedarf hervorruft. Das setzt nicht voraus, dass das Vorhaben als solches das Gebiet von mindestens zwei Gemeinden berührt“.³⁸ In der hier genannten Entscheidung ging es um einen Quarzsandtagebau, für den ein Raumordnungsverfahren erforderlich war. Das BVerwG hat – mit Recht – eine überörtliche Bedeutung dieses Vorhabens angenommen. Zwar setzt die überörtliche Bedeutung nicht voraus, dass das Gebiet mehrerer Gemeinden durch das Vorhaben betroffen ist. Allerdings indiziert die flächenmäßige Betroffenheit mehrerer Gemeinden die überörtliche Bedeutung. Vergleichbares gilt bei einer infrastrukturellen Betroffenheit mehrerer Gemeinden. Jedenfalls aber – und das ist auch für KrWG-planfeststellungspflichtige Deponien von maßgeblicher Bedeutung – hat ein Vorhaben eine überörtliche Bedeutung, wenn es in eine überörtliche Planung eingebettet werden muss.³⁹ Für Deponien gilt dies beispielsweise im Hinblick auf die Raumordnungs- oder Regionalplanung (siehe für Entsorgungsinfrastruktur § 13 Abs. 5 S. 1 Nr. 3 lit. b) ROG) oder für die Ab-

fallwirtschaftsplanung (siehe für Deponien § 30 Abs. 1 S. 3 Nr. 2, S. 4 KrWG). Ebenfalls indiziert eine vom jeweils einschlägigen Fachplanungsgesetz angeordnete überörtliche Planungszuständigkeit die überörtliche Bedeutung eines Vorhabens. Bei Deponien ist deshalb regelmäßig von deren überörtlicher Bedeutung auszugehen.⁴⁰

Gleichsam als Ausgleich dafür, dass die §§ 29 bis 37 BauGB bei den nach § 38 S. 1 BauGB privilegierten Vorhaben nicht anzuwenden sind, bestimmt § 38 S. 1, 2. Hs. BauGB, dass städtebauliche Belange zumindest „berücksichtigt“ werden müssen. Man erkennt schon an dem Wortlaut im Vergleich zu „beachten“, dass „berücksichtigen“ eine weniger strenge Bindung an die städtebaulichen Belange meint. Gemeint ist, dass städtebauliche Belange als öffentliche Belange in die fachplanerische Abwägung im Zulassungsverfahren einbezogen werden müssen.⁴¹ Eine Abwägung hat auch dann zu erfolgen, wenn die Zulassungsentscheidung im Rahmen einer gebundenen Entscheidung getroffen wird, der eine Abwägung ja grundsätzlich fremd ist.⁴² Deshalb wird auch die Zulassungsentscheidung bei öffentlich zugänglichen Abfallbeseitigungsanlagen nach dem BImSchG um eine Abwägung „angereichert“. In diese sind aber nicht sämtliche Belange einzustellen, die in irgendeiner Weise aus Sicht der kommunalen Planungskörperschaft relevant sein können, sondern nur solche mit städtebaulichem Bezug.⁴³ Zu berücksichtigen sind sogar auch städtebauliche Belange der benachbarten Gemeinden.⁴⁴ Auch bloße Planungsabsichten der Gemeinde können als städtebauliche Belange berücksichtigungsfähig und berücksichtigungspflichtig sein, wenn sie schon hinreichend konkret verfestigt sind.⁴⁵ Im Verhältnis von Bauleit- und Fachplanung gilt, dass die zeitlich nachfolgende Planung auf die bereits konkretisierte Pla-

36 Siehe *Reidt*, in: Batts/Krautzberger/Löhr, BauGB, oben Fn. 8, § 38 Rn. 2; *Runkel*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, oben Fn. 15, § 38 Rn. 1.

37 Siehe BVerwG, NJW 1989, 242 (242).

38 BVerwG, Urteil vom 30.3.2017 – 7 C 17/15, juris; *Kraft*, in: BeckOK BauGB, oben Fn. 8, § 38, Rn. 12 ff., 14, mit zahlreichen weiteren Nachweisen; *Dippel*, Alte und neue Anwendungsprobleme der §§ 36, 38 BauGB, NVwZ 1999, 921 (926).

39 Vgl. nur *Kraft*, in: BeckOK BauGB, oben Fn. 8, § 38, Rn. 14.

40 Siehe OVG Lüneburg, Urteil vom 31.7.2018 – 7 KS 17/16 (Mineralstoffdeponie Haschenbrok), juris Rn. 210.

41 Siehe OVG Weimar, Beschluss vom 22.2.2006 – 1 EO 707/05, juris Rn. 101; *Runkel*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, oben Fn. 15, § 38, Rn. 83; *Dippel*, NVwZ 1999, 921 (928).

42 *Jarass*, BImSchG, oben Fn. 8, § 6, Rn. 38, 45.

43 Siehe VGH München, ZUR 2014, 116 (117).

44 OVG Lüneburg, Urteil vom 22.1.2009 – 12 KS 228/07, juris Rn. 25.

45 Siehe BVerwG, NVwZ 1997, 169 (170) m.w.N.; vgl. auch *Runkel*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, oben Fn. 15, § 38, Rn. 85 ff.; nach dem OVG Weimar, Beschluss vom 22.2.2006 – 1 EO 707/05, juris, sollen auch noch nicht hinreichend verfestigte Planungsabsichten in der nach § 38 S. 1, 2. Hs. BauGB gebotenen Abwägung zu berücksichtigen sein, wobei ihnen ein relativ geringes Gewicht beizumessen sein soll.

nung Rücksicht zu nehmen hat. Die bereits konkretisierte Planung hat also jeweils Priorität.⁴⁶

2. Öffentlich zugängliche Abfallbeseitigungsanlagen

Durch § 38 BauGB werden nicht nur Planfeststellungsverfahren und sonstige Verfahren mit den Rechtswirkungen der Planfeststellung für Vorhaben von überörtlicher Bedeutung privilegiert, sondern auch Verfahren, die aufgrund des BImSchG für öffentlich zugängliche Abfallbeseitigungsanlagen geführt werden. Die Anwendung dieser Regelung, die für Entsorgungsanlagen schon dem Wortlaut nach von einer gehobenen Bedeutung ist (oder sein könnte), macht in der Praxis nicht unerhebliche Probleme.

a. „Abfallbeseitigungsanlagen“

Es richtet sich zwar die Erteilung der Genehmigung – und auch das Genehmigungsverfahren – nach den Vorschriften des Immissionsschutzrechts (§ 35 Abs. 1 KrWG i.V.m. §§ 4, 6 BImSchG i.V.m. § 1 der 4. BImSchV und den Nrn. 8.1 ff. des Anhangs der 4. BImSchV). Jedoch bestimmt sich der Begriff der Abfallbeseitigungsanlage, der regelmäßig eine Abgrenzung zu dem Begriff der Abfallverwertungsanlage erforderlich macht, nach den Vorschriften des Abfallrechts.⁴⁷ Nach der Legaldefinition in § 28 Abs. 1 S. 1 KrWG sind Abfallbeseitigungsanlagen solche Anlagen oder Einrichtungen, in denen Abfälle zum Zweck der Beseitigung behandelt, gelagert oder abgelagert werden. Nach dem eindeutigen Wortlaut dieser Vorschrift kommt es nicht auf die Zweckbestimmung des Abfalls, sondern auf die der Entsor-

gungshandlung an.⁴⁸ Insofern folgt aus § 28 Abs. 1 S. 1 KrWG i.V.m. § 3 Abs. 26 S. 1 und § 3 Abs. 23 S. 1 KrWG, dass eine Abfallbeseitigungsanlage eine Anlage oder Einrichtung ist, in der ein Behandeln, Lagern oder Ablagern von Abfällen zum Zweck der Beseitigung erfolgt, also nicht mit dem Hauptergebnis oder dem Hauptzweck, sie innerhalb der Anlage oder in der weiteren Wirtschaft einem sinnvollen Zweck zuzuführen.⁴⁹ Der Begriff der „Abfallbeseitigungsanlage“ dürfte heute dazu führen, dass der Anwendungsbereich des § 38 BauGB erheblich verkürzt ist. In der bis zum 31.12.1997 geltenden Fassung sprach § 38 S. 1 BauGB nämlich noch von „Abfallentsorgungsanlagen“ – ein Begriff, der nach heutigem Verständnis sowohl Abfallverwertungs- als auch Abfallbeseitigungsanlagen erfasst. Die neue Terminologie des KrWG/AbfG war dann der Auslöser dafür, dass durch das Bau- und Raumordnungsgesetz (BauROG) vom 18.8.1997 der Begriff der Abfallentsorgungsanlage in § 38 S. 1 BauGB durch den der Abfallbeseitigungsanlage ersetzt wurde. Der Gesetzgeber wollte damit verhindern, „dass [...] das Privileg des § 38 BauGB über die ‚klassischen‘ Abfallbeseitigungsanlagen (z.B. Müllverbrennungsanlagen) hinaus auch für alle immissionsschutzrechtlich genehmigungsbefürhtigen Anlagen gilt, in denen mit Abfällen zur Verwertung [...] umgegangen wird“.⁵⁰

Das erweist sich heute als nicht mehr sachgerecht und führt gerade vor dem Hintergrund wachsender Proteste gegen Anlagen der Entsorgungsinfrastruktur dazu, dass die Wirkungen des § 38 BauGB in der Praxis der Genehmigungsverfahren nach dem BImSchG so gut wie nicht mehr zum Tragen kommen. Denn das Verständnis von dem, was eine „typische Abfallbeseitigungsanlage“ ist, hat sich mittlerweile gewandelt. Die vom Gesetzgeber des BauROG im Jahr 1996 noch als „klassische Abfallbeseitigungsanlage“ bezeichnete Müllverbrennungsanlage entspricht diesem Bild heute nicht mehr. In den Genehmigungen solcher Anlagen ist die Festlegung des Anlagenzwecks (Verwertung oder Beseitigung) nicht vorgesehen, wie sich aus der Beschreibung des Anlagentyps in Anhang 1 der 4. BImSchV, Nr. 8.1 ergibt.⁵¹ Müllverbrennungsanlagen werden heute auch nicht mehr mit dem Hauptzweck betrieben, Abfall zu beseitigen. Im Vordergrund steht vielmehr die Funktion als (Heiz-)Kraftwerk. Nach den Ermittlungen der Interessengemeinschaft der thermischen Abfallbehandlungsanlagen in Deutschland (ITAD) e.V. dienen die 69 „klassischen“ Müllverbrennungsanlagen in Deutschland längst dem Zweck, aus dem Abfall elektrische und/oder thermische Energie zu erzeugen.⁵² Erst recht gilt das für industrielle Feuerungsanlagen zur Erzeugung von Prozessdampf und Strom unter Einsatz auch von Abfällen aus der öffentlichen Entsorgung als Brennstoff. Auch diese Anlagen sind regelmäßig „Verwertungsanlagen“.

Das bestätigt auch das OVG Schleswig in zwei Entscheidungen aus 2010, in denen es sich mit der Abgrenzung von Abfallverwertungs- und Abfallbeseitigungsanlagen auseinanderzusetzen hatte. Die dort streitgegenständliche „klassische“ Müllverbrennungsanlage, in der die durch Abfallver-

46 Siehe nur BVerwG, NVwZ 2003, 207 (Ls.); BVerwG, NVwZ 1997, 169 (170); eingehend dazu Kraft, Kommunale Verhinderungsplanung gegen Fachplanung?, UPR 2001, 294 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

47 Vgl. nur Runkel, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, oben Fn. 15, § 38, Rn. 42; Kraft, in: BeckOK BauGB, oben Fn. 8, § 38, Rn. 15, 16; etwas unklar, aber wohl im Ergebnis ebenso Rieger, in: Schrödter, BauGB, 9. Aufl. 2019, § 38, Rn. 32.

48 Siehe nur Spoerr, in: Jarass/Petersen, KrWG, 2014, § 28 Rn. 37; so wohl auch OVG Schleswig, Urteil vom 2.2.2010 – 1 KS 3/07, juris Rn. 47 ff.

49 Das Kriterium des Hauptergebnisses und das des Hauptzwecks, auf welches der EuGH bei der Abgrenzung zwischen Verwertung und Beseitigung abgestellt hat (Rs. C-6/00-ASA, Slg. 2002, I-1961), sind im Wesentlichen deckungsgleich, vgl. Reese, in: Jarass/Petersen, KrWG, § 3 Rn. 314; ferner Schomerus, in: Versteyl/Mann/Schomerus, KrWG, 4. Aufl. 2019, § 28, Rn. 10 ff. (16); Klages, in: Schink/Versteyl, KrWG, 2. Aufl. 2016, § 28, Rn. 7.

50 Siehe BT-Drucks. 13/6392, S. 113.

51 Zutreffend Rieger, in: Schrödter, oben Fn. 47, § 38, Rn. 32.

52 Danach laufen 50 Anlagen im Kraft-Wärme-Kopplungsbetrieb (KWK), zehn Anlagen erzeugen nur Strom, neun Anlagen erzeugen nur Fernwärme oder Prozessdampf, vgl. <https://www.itad.de/ITAD/klimaenergie/...327.html> (Abruf am 7.8.2018), vgl. auch den Jahresbericht 2018 der ITAD, <https://www.itad.de/ueber-uns/mehr/jahresbericht/itad-jahresbericht-2018.pdf>.

brennung erzeugte Energie als Verbrennungswärme und Elektrizität genutzt wird, sei als Abfallverwertungsanlage zu qualifizieren – und § 38 BauGB deshalb nicht anwendbar.⁵³ Insofern mag man zwar mit guten Gründen der Auffassung sein, dass das OVG hier den Regelungszweck des § 38 S. 1 BauGB und der Privilegierung „öffentlich zugänglicher Abfallbeseitigungsanlagen“ gründlich verkannt und unnötig eingeschränkt habe. Da aber der Begriff „Abfallbeseitigungsanlagen“ nun einmal in § 38 S. 1 BauGB enthalten ist und dieser auch eindeutig definiert ist (Beseitigung ist selbst nach dem äußersten möglichen Wortsinn keine Verwertung, schon gar nicht in Anbetracht der durch das BauROG vorgenommenen Einschränkung in § 38 BauGB), ist es problematisch, § 38 S. 1 BauGB gegen seinen Wortlaut auszulegen⁵⁴ und auch solche Anlagen der Privilegierung zu unterstellen, in denen es nach heutigem Verständnis um Abfallverwertung geht, selbst wenn diese Entsorgungsanlagen in die öffentliche Entsorgung eingebunden sind.

Eine Entscheidung des OVG Münster bestätigt diesen Befund: Das OVG Münster hatte über eine Anlage zu entscheiden, in der Stoffe zur Rekultivierung einer Tagebaufläche in Poldern in Rede standen. Diese Polder waren deponierechtlich zugelassen. Die Standortgemeinde wehrte sich dagegen mit dem Argument, die Genehmigungsbehörde habe ihr Einvernehmen nicht eingeholt – es sei aber erforderlich gewesen, weil die von der Genehmigungsbehörde angenommene Privilegierung dieser Polder als Abfallbeseitigungsanlage nach § 38 S. 1 BauGB nicht zum Tragen komme. Dem ist das OVG Münster gefolgt und hat ausgeführt, es handle sich um eine Verwertungsmaßnahme (Rekultivierung einer Tagebauoberfläche). Die Polder seien keine Abfallbeseitigungsanlage. Deshalb sei das Einvernehmen erforderlich und § 38 BauGB nicht anwendbar.⁵⁵ Zwar hat der VGH München in einem anderen Fall insofern etwas „großzügiger“ entschieden und eine Anlage zur zeitweiligen Lagerung von Abfällen, zur Lagerung von Schrotten inkl. Autowracks und zur Behandlung von Abfällen – die zweifellos im Hauptzweck eine „Verwertungsanlage“ war – als öffentlich zugängliche Abfallbeseitigungsanlage angesehen. Die gebotene Abgrenzung zwischen Abfallbeseitigungs- und Abfallverwertungsanlagen hat der VGH München in dieser Entscheidung allerdings überhaupt nicht problematisiert.⁵⁶ Ob die Entscheidung genauso ausgefallen wäre, auch wenn der VGH München das Problem wirklich erkannt hätte, ist deshalb völlig offen.

Deutlich wird also, dass die Regelung des § 38 S. 1 BauGB nach ihrem Wortlaut auf Abfallentsorgungsanlagen, die nicht planfeststellungspflichtig, sondern nach dem BImSchG genehmigungspflichtig sind, so gut wie gar nicht mehr anwendbar ist. Damit hat § 38 BauGB – was sich in der Praxis immer wieder bestätigt – seine Bedeutung für Abfallentsorgungsanlagen, die nicht als Vorhaben von überörtlicher Bedeutung planfeststellungspflichtig sind, nahezu völlig verloren. Das steht mit den Notwendigkeiten in der abfallwirtschaftlichen Praxis in keiner Weise in Übereinstimmung.

Durch § 38 BauGB sollen öffentlich zugängliche Abfallbeseitigungsanlagen vom gemeindlichen Planungsrecht und vom Einvernehmen dispensiert werden, weil deren geplante Errichtung und Betrieb typischerweise auf Widerstand – auch bei Kommunen – stößt. Für die Akzeptanz einer Anlage ist es aber in der Regel überhaupt nicht von Bedeutung, ob in ihr die Abfälle vornehmlich verwertet oder beseitigt werden, zumal der Entsorgungsvorgang (etwa die Verbrennung) derselbe ist. Auch vor dem Hintergrund umweltpolitischer Erwägungen kann die Privilegierung nur eines mittlerweile kaum noch erkennbaren Kreises von Abfallbeseitigungsanlagen nicht überzeugen. Abfallverwertungsanlagen, nicht jedoch Abfallbeseitigungsanlagen, tragen einer funktionierenden Kreislaufwirtschaft Rechnung. Dasjenige, was insofern für Abfallverbrennungsanlagen gilt, gilt in gleicher Weise auch für andere Abfallverwertungsanlagen wie z.B. Sortieranlagen oder Kompostwerke, für deren Zulassung § 38 BauGB ebenfalls grundsätzlich anwendbar sein müsste.

Die durch technische und rechtliche Entwicklungen überholte Begrifflichkeit der „Abfallbeseitigungsanlagen“ ist also als Voraussetzung für eine Privilegierung nach § 38 BauGB nicht mehr zeitgemäß. Maßgebliches Abgrenzungskriterium sollte deshalb sein, ob die fragliche Entsorgungsanlage – jenseits der Abgrenzung zwischen Beseitigung und Verwertung – öffentlich zugänglich ist oder nicht. Der Gesetzgeber sollte erwägen, den Begriff der „Abfallbeseitigungsanlage“ in § 38 BauGB wieder durch den Begriff der „Abfallentsorgungsanlage“ zu ersetzen.

b. „Öffentlich zugänglich“

Zu einer konturenlosen Aufweitung der Privilegierung führt das nicht, wenn als Abgrenzungskriterium das Merkmal der öffentlichen Zugänglichkeit dient. Für die öffentliche Zugänglichkeit einer Anlage im Sinne des § 38 BauGB kommt es entscheidend darauf an, dass der Benutzerkreis nicht von vornherein begrenzt ist, sondern vielmehr privaten Einzelpersonen ebenso wie Unternehmen zugänglich ist.⁵⁷ Für das Merkmal der öffentlichen Zugänglichkeit ist es nicht von Bedeutung, welcher Rechtsform sich der Betreiber bedient hat oder wie der Betrieb der Anlage ausgestaltet ist. Beides kann sowohl öffentlich-rechtlicher als auch

53 OVG Schleswig, Urteile vom 2.2.2010 – 1 KS 3/07, Rn. 47 ff. und 1 KS 4/07, Rn. 16 ff.

54 Die Auslegung eines Gesetzes gegen seinen Wortlaut ist nur dann nicht von vornherein ausgeschlossen, wenn andere Indizien deutlich belegen, dass der Sinn einer Vorschrift im Text nicht hinreichend Ausdruck gefunden hat, vgl. BVerfG, Beschluss vom 27.1.1998 – 1 BvL 22/93, juris Rn. 34; gegen den erkennbaren Willen des Gesetzgebers kommt sie nicht in Betracht, vgl. BFH, Beschluss vom 11.5.2006 – II B 120/05, juris Rn. 6.

55 OVG Münster, Urteil vom 24.9.2014 – 2 A 2013/12, juris Rn. 37 ff.

56 VGH München, Beschluss vom 4.9.2013 – 22 AS 13.40052, juris Rn. 12.

57 Siehe VGH München, NVwZ-RR 2014, 36; OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2006, 25.

privatrechtlicher Natur sein.⁵⁸ Sofern die Anlage durch einen privaten Anlagenbetreiber betrieben wird, dürfte es aber erforderlich sein, dass dieser zumindest als beauftragter Dritter im Sinne des § 22 KrWG in die öffentliche Abfallentsorgung eingebunden ist.⁵⁹

Umstritten ist, ob auch öffentlich zugängliche „Abfallbeseitigungsanlagen“ für eine Privilegierung gemäß § 38 BauGB das Merkmal der überörtlichen Bedeutung erfüllen müssen. Dies wird teils aus teleologischen, systematischen und entstehungsgeschichtlichen Gründen für erforderlich gehalten. Nach dem Wortlaut der Vorschrift bezieht sich das Merkmal der überörtlichen Bedeutung nur auf Vorhaben, die im Rahmen eines Planfeststellungsverfahrens oder sonstigen Verfahrens mit den Rechtswirkungen der Planfeststellung zugelassen werden. Allerdings hat die durch den Wortlaut der Vorschrift an dieser Stelle keineswegs ausgeschlossene Deutung, das Erfordernis der überörtlichen Bedeutung solle auch für öffentlich zugängliche Abfallbeseitigungsanlagen gelten, aus den genannten teleologischen, systematischen und entstehungsgeschichtlichen Gründen einiges für sich.⁶⁰

58 Vgl. VG Aachen, Urteil vom 29.6.2012 – 9 K 855/11, juris Rn. 80.

59 Dies wird allerdings im Schrifttum nicht einheitlich beantwortet. Siehe zum Streitstand *Kraft*, in: BeckOK BauGB, oben Fn. 8, § 38, Rn. 17 m.w.N.

60 Siehe dazu *Kuchler*, Keine Privilegierung von Abfallbeseitigungsanlagen ohne überörtliche Bedeutung gemäß § 38 BauGB, NuR 1999, 259 ff.; dem folgend *Runkel*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, oben Fn. 15, § 38, Rn. 45a; *Rieger*, in: Schrödter, BauGB, oben Fn. 47, § 38, Rn. 32 sowie *Reidt*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, oben Fn. 8, § 38 Rn. 17.

IV. Fazit

Ohne eine Gesetzesänderung lässt sich für die Zulassung von Entsorgungsanlagen bereits viel erreichen, wenn die Regelung über das gemeindliche Einvernehmen und dessen Ersetzung bei rechtswidriger Versagung durch die zuständigen Behörden konsequent (und ohne vermeintlich bestehendes Ermessen) sowie ohne unnötige Zeitverluste gehandhabt wird. Notwendig wäre es außerdem, dass Veränderungssperren, die sich letztlich mit kommunalpolitischen Hintergründen in der Praxis immer wieder als Genehmigungshindernis erweisen, von den Gerichten sehr genau darauf geprüft werden, ob nicht in Wirklichkeit ausschließlich eine Negativ- oder Verhinderungsplanung vorliegt. Die Sachverhaltsgestaltung, die dem in diesem Beitrag geschilderten Fall des VG Augsburg zugrunde lag, stellt sich in gleicher oder sehr ähnlicher Weise in sehr vielen Fällen. Für die bislang tendenziell vielleicht noch festzustellende Zurückhaltung der Normenkontrollgerichte sollte es in solchen Fällen eigentlich keinen Anlass geben.

Eine Gesetzesänderung wäre bei § 38 BauGB ratsam. Der aus den Gesetzesmaterialien erkennbare Zweck, „Abfallbeseitigungsanlagen“ nicht zu weit zu fassen, lässt die Regelung für öffentlich zugängliche Anlagen zur Abfallentsorgung in der Praxis heute weitgehend leerlaufen. Da die Auslegung des § 38 BauGB gegen seinen ausdrücklichen Wortlaut rechtlich problematisch ist, mindestens aber die Genehmigungsbehörden in der Praxis überfordert, sollte unter Beibehaltung des Merkmals der „öffentlichen Zugänglichkeit“ dieser Begriff wieder durch den Begriff der „Abfallentsorgungsanlage“ ersetzt werden.