

Das Bundesverwaltungsgericht als Umweltgericht

Prof. Dr. Kurt Faßbender, Arthur Koch, Frida Keil und Maximilian Dohrn*

Abstract: Die Rechtsprechung des BVerwG ist für die Auslegung und Durchsetzung des Umweltrechts von herausragender Bedeutung. Insofern ist das BVerwG jedenfalls faktisch auch ein Umweltgericht. Angesichts dessen sollte in einer Sonderausgabe des Leipzig Law Journal zum 70. „Geburtstag“ des Gerichts ein Beitrag zu diesem Thema nicht fehlen. Daher werden im Folgenden nach einer Einführung drei praktisch bedeutsame Beispiele aus der Rechtsprechung des BVerwG nachgezeichnet und kritisch analysiert.

A. Einführung

I. Zur Rolle und zum Verständnis des Umweltrechts – auch an der Juristenfakultät der Universität Leipzig

Das heutige Umweltrecht steht vor gewaltigen Herausforderungen, weil die Menschheit mit ihrer Art des Wirtschaftens und mit ihrem sonstigen Verhalten in zunehmendem Maße sowohl regional als auch global ökologische Belastungsgrenzen erreicht.¹ Dabei ist nicht nur das Umweltrecht im engeren Sinne gefordert. Denn bei der Lösung der hierdurch verursachten Probleme spielt das Planungsrecht, insbesondere in Deutschland, ebenfalls eine entscheidende Rolle. Das relevante Planungsrecht wird denn auch in einschlägigen Lehrbüchern zum Umweltrecht² und nicht zuletzt im traditionellen Rechtsprechungsbericht des Präsidenten bzw. der (früheren) Präsidentin des BVerwG bei der Tagung der Gesellschaft für Umweltrecht (GfU)³ wie selbstverständlich als dazugehörig mitbehandelt. Daher legt der umweltrechtliche Schwerpunktbereich 2 der Juristenfakultät der Universität Leipzig gleichfalls Wert darauf, in seinem Vorlesungsprogramm die Verbindungslinien zwischen dem Umwelt- und Planungsrecht sowie deren Zusammenwirken zu verdeutlichen.

* Der Autor *Faßbender* ist Inhaber der Professur für Öffentliches Recht, insbesondere Umwelt- und Planungsrecht sowie geschäftsführender Direktor des Instituts für Umwelt- und Planungsrecht (IUPR) an der Universität Leipzig und hat die Einführung unter A. sowie den Schlussteil unter E. verfasst. Der Autor *Koch* ist Student der Rechtswissenschaft an der Universität Leipzig und hat den Abschnitt B. gemeinsam mit dem Autor *Faßbender* verfasst. Die Autorin *Keil* ist Studentin der Rechtswissenschaft an der Universität Leipzig und hat den Abschnitt C. verfasst. Der Autor *Dohrn* ist Student der Rechtswissenschaft an der Universität Leipzig und hat den Abschnitt D. verfasst. Sämtliche Internetquellen wurden zuletzt am 14.07.2023 abgerufen.

¹ Siehe *Faßbender*, in: Köck/Markus/Reese (Hrsg.), *Zukunftsfähiges Umweltrecht I*, 2023, S. 186 f. m.w.N.

² Vgl. hier nur *Kloepfer/Durner*, *Umweltschutzrecht*, 3. Aufl. 2020, § 4 Rn. 4 ff.

³ Vgl. hier nur *Rennert*, in: GfU (Hrsg.), *Dokumentation zur 43. wissenschaftlichen Fachtagung*, 2020, S. 25 ff.

II. Hinweise zur Genese des vorliegenden Beitrags

In den zugehörigen Lehrveranstaltungen des Schwerpunktbereichs 2 spielt die einschlägige Rechtsprechung des BVerwG naturgemäß eine große Rolle. Vor diesem Hintergrund hat der Verfasser dieser Einführung die Hörer:innen seiner laufenden Vorlesung „Umweltrecht II“ gefragt, ob sich einzelne an einem Beitrag zu diesem Thema für die vorliegende Sonderausgabe beteiligen möchten. Er hat dabei sogleich die in den nachfolgenden Abschnitten B.-D. behandelten Themengebiete bzw. Judikate vorgeschlagen. Zu seiner Freude haben die drei Mitautor:innen des vorliegenden Aufsatzes nicht nur „angebissen“, sondern auch „geliefert“.

III. Hinweise zur Auswahl der behandelten Themen bzw. Judikate

Bei der Auswahl der behandelten Themengebiete bzw. Judikate ging es dem Verfasser dieser Einführung darum, die Vielgestaltigkeit der Rechtsprechung des BVerwG zum Umweltrecht in exemplarischer Weise aufzuzeigen und dabei nicht zu verschweigen, dass es hier – wie so oft im Leben – nicht nur Licht, sondern auch Schatten gibt.

1. Zum Beitrag „Von Janecek zu den Dieselfahrverboten“

So geht es im ersten Beitrag in der Sache um eines der ureigensten Anliegen des überkommenen Umweltrechts, nämlich den Schutz der Gesundheit des Menschen vor Luftverunreinigungen, die heutzutage vor allem in Städten in erheblichem Umfang vom motorisierten Straßenverkehr herrühren. Hierzu normiert das Umweltrecht der EU ambitionierte Grenzwerte, deren Einhaltung von den mitgliedstaatlichen Behörden durch eine Luftreinhalteplanung erreicht werden sollen. Nachdem in den 2000er Jahren v.a. die Feinstaubgrenzwerte trotz Ablaufs der Umsetzungsfristen immer noch vielfach überschritten wurden, stellte sich hierzulande zunächst einmal die Frage, ob Einzelne einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf eine Luftreinhalteplanung haben können, weil Ansprüche auf Planung dem deutschen Recht bis dahin eher fremd waren.⁴ Daher hat der 7. Senat des BVerwG gut daran getan, diese Frage im Fall Janecek dem EuGH vorzulegen.⁵ Dies gilt umso mehr, als auf diese Weise zugleich der Boden dafür bereitet wurde, dass ein Umweltverband zehn Jahre später vor dem 7. Senat des BVerwG trotz einer fast schon übermächtigen Autolobby die Anordnung von Dieselfahrverboten erstreiten konnte.⁶ Insofern ist die Rechtsprechung des BVerwG zur Luftreinhalteplanung ein aktuelles und positives Beispiel dafür, wie das BVerwG den Bürger:innen und Umweltverbänden bei der Durchsetzung des Umweltrechts helfen kann – wenngleich im nachfolgenden Beitrag auch die Grenzen der gerichtlichen Durchsetzung angesprochen werden.

⁴ Vgl. Faßbender, EuR 2009, 400 (403) m.w.N.

⁵ Vgl. BVerwGE 128, 278.

⁶ Vgl. BVerwGE 161, 201 und BVerwG, NVwZ 2018, 890.

2. Zum Beitrag „Vom öffentlich-rechtlichen Entsorgungsmonopol zum Kampf um den Abfall“

Der zweite Beitrag adressiert einen gänzlich anderen Aspekt, mit dem sich das moderne Umweltrecht und im Streitfall das BVerwG mitunter auseinandersetzen müssen: die sachgerechte Rollenverteilung bei der Erfüllung von Aufgaben der umweltrechtlichen Daseinsvorsorge. Zu diesen Aufgaben zählt traditionell auch die Sorge um den Abfall⁷, die im modernen Umweltrecht „Abfallbewirtschaftung“ genannt wird und die gemäß § 3 Abs. 14 KrWG nicht lediglich die früher im Vordergrund stehende Beseitigung, sondern u.a. auch die Sammlung und Verwertung von Abfällen umfasst. Hier war lange Zeit ein öffentlich-rechtliches Entsorgungsmonopol vorherrschend, das der Bundesgesetzgeber erst im Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz (KrW-/AbfG) von 1996 gelockert hatte. In der Folge ist es v.a. im Bereich der gewerblichen Sammlung von Altpapier und Altkleidern zu einem regelrechten „Kampf um den Abfall“ gekommen.⁸ Daher hat das sog. Altpapier-Urteil des 7. Senats des BVerwG vom 18.06.2009 – wenig überraschend – eine lebhafte Diskussion ausgelöst, weil es nach Ansicht mancher das Monopol der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger für dauerhafte Abfallsammlungen zementiert hatte.⁹ Dabei ging es nicht zuletzt um die Vereinbarkeit der vom 7. Senat für richtig gehaltenen Auslegung mit dem Primärrecht der EU.¹⁰ Insofern zeigt das Altpapier-Urteil zugleich in paradigmatischer Weise auf, dass sich das moderne Umweltrecht insbesondere dann auch am Maßstab des europäischen Wirtschaftsrechts messen lassen muss, wenn es um monopolartige Strukturen geht. Aus diesem Grund legt der umweltrechtliche Schwerpunktbereich 2 der Juristenfakultät der Universität Leipzig ebenfalls Wert darauf, in seinem Vorlesungsprogramm die Verbindungslinien zwischen dem Umweltrecht und dem Öffentlichen Wirtschaftsrecht sichtbar zu machen.

3. Zum Beitrag „Konzentrationsflächenplanung in die Sackgasse?“

Der dritte Beitrag setzt sich kritisch mit den Anforderungen auseinander, die der 4. Senat des BVerwG, beginnend mit dem Urteil vom 17.12.2002¹¹, für die planerische Ausweisung von sog. Konzentrationsflächen für Windenergieanlagen aufgestellt hat, nachdem der Bundesgesetzgeber durch das Gesetz zur Änderung des Baugesetzbuchs vom 30.07.1996¹² einerseits Vorhaben zur Nutzung der Windenergie im bauplanungsrechtlichen Außenbereich privilegiert hatte, diese Privilegierung andererseits aber mit einem umfassenden Planvorbehalt¹³ zugleich wieder relativiert hatte. Diese Anforderungen haben sich als derart anspruchsvoll entpuppt, dass viele Planungsträger überfordert waren und bestehende Pläne in großer Zahl von den Verwaltungsgerichten aufgehoben wurden.¹⁴ Daher wurde im

⁷ Vgl. etwa *Doerfert*, JA 2006, 316 ff. und *Schmehl*, NVwZ 2009, 1262.

⁸ Vgl. etwa den Beitrag „Die Jagd nach dem Müll“ FAZ v. 25.10.2005, S. 13.

⁹ Vgl. dazu kurz und bündig *Kahl/Gärditz*, Umweltrecht, 12. Aufl. 2021, § 11 Rn. 72.

¹⁰ Vgl. BVerwGE 134, 154.

¹¹ Vgl. BVerwGE 117, 287.

¹² BGBl. I S. 1189.

¹³ Vgl. BT-Drs. 13/4978, S. 2.

¹⁴ So *Wegner*, ZfBR 2019, 230 (230).

Schrifttum nicht zu Unrecht der Vorwurf erhoben, die aus der Rechtsprechung des BVerwG resultierende „Überkomplexität der Konzentrationsflächenplanung“ sei die bedeutendste Ursache dafür, dass die Nutzung der Windenergie in eine „bauplanungsrechtliche Sackgasse“ geraten sei.¹⁵ Das ist insofern misslich, als der Erfolg der sog. Energie- und damit ein Stück weit der Erfolg der Klimaschutzpolitik auch vom Ausbau der Windenergie abhängt.¹⁶ Dabei sollte – zumal in einer Sonderausgabe des Leipzig Law Journal zum 70. „Geburtstag“ des Gerichts – freilich nicht verschwiegen werden, dass der notwendige Ausbau der Windenergie in der Vergangenheit auch aus anderen Gründen ins Stocken geraten ist, die außerhalb der Einflussmöglichkeiten der Judikatur des BVerwG liegen.¹⁷ Zudem hat sich richtigerweise der Gesetzgeber nunmehr der Problematik angenommen, wie im folgenden Abschnitt D. V. nachzulesen ist.

B. Von Janecek zu den Dieselfahrverboten

I. Einführung in die Problematik

Die unzureichende Luftqualität in zahlreichen deutschen und europäischen Städten gehört zu den zentralen umweltrechtlichen Problemen. Hier ist vor allem das Luftqualitätsrecht gefordert, das eng mit der europäischen Luftreinhaltepolitik und -gesetzgebung verbunden ist und in Deutschland als Teilgebiet des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (BImSchG) behandelt wird.¹⁸ Ein zentrales Instrument zur Verbesserung der Luftqualität ist die Luftqualitätsplanung, die unionsrechtlich durch die Richtlinie 2008/50/EG¹⁹ vorgeschrieben wird. Die Richtlinie normiert einen Rahmen für die Festlegung von Luftqualitätsnormen und -zielen in den Mitgliedstaaten, um die Luftqualität zu verbessern und die Auswirkungen von Luftverschmutzung auf die menschliche Gesundheit und die Umwelt zu verringern.²⁰ Sie zielt insbesondere auf die Reduzierung von Schadstoffen wie Feinstaub (PM₁₀ und PM_{2,5}), Stickstoffdioxid (NO₂) und Schwefeldioxid (SO₂) in der Luft ab, da diese Stoffe nachweislich gesundheitsschädlich sind und Atemwegsprobleme, Herz-Kreislauf-Erkrankungen und andere Gesundheitsprobleme verursachen können.²¹ Für diese und weitere Schadstoffe werden Grenzwerte und Alarmschwellen festgesetzt.²²

Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, Luftqualitätspläne und -programme zu erstellen, um die Einhaltung der Immissionsgrenzwerte sicherzustellen.²³ § 47 BImSchG unterscheidet im Einklang mit der Richtlinie 2008/50/EG innerhalb der Luftreinhalteplanung zwischen

¹⁵ Grigoleit/Engelbert/Strothe/Klanten, NVwZ 2022, 512 (513).

¹⁶ Siehe näher zu diesem Zusammenhang Faßbender, NuR 2021, 793 (797 f.).

¹⁷ Vgl. dazu etwa Sachverständigenrat für Umweltfragen (SRU), Klimaschutz braucht Rückenwind: Für einen konsequenten Ausbau der Windenergie an Land, 2022, S. 14 f., 27 ff., 35 ff. und 55 ff.

¹⁸ Instruktiv dazu Köck/Lehmann, ZUR 2013, 67.

¹⁹ Die Richtlinie 2008/50/EG ersetzt die Richtlinie 96/62/EG und eine Anzahl von Tochterrichtlinien.

²⁰ Vgl. Krämer/Winter, in: Schulze u.a. (Hrsg.), Europarecht. Handbuch für die Rechtspraxis, 4. Aufl. 2020, § 27, Rn. 209 f.

²¹ Vgl. Umweltbundesamt (UBA), Luftschadstoffe im Überblick v. 15.03.2017; siehe zum Ganzen auch Faßbender, NJW 2017, 1995 (1996).

²² Vgl. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Richtlinie 2008/50/EG.

²³ Krämer/Winter, in: Schulze u.a. (Hrsg.), Europarecht. Handbuch für die Rechtspraxis, 4. Aufl. 2020, § 27, Rn. 212.

Luftreinhalteplänen (Abs. 1 und 3) und Plänen für kurzfristig zu ergreifende Maßnahmen (Abs. 2), die in der zuvor geltenden Richtlinie 96/62/EG noch Aktionspläne hießen.

II. Der Fall Janecek

Der Fall Janecek gegen den Freistaat Bayern markiert den Beginn einer intensiven gerichtlichen Auseinandersetzung um die notwendigen planerischen Maßnahmen zur Verbesserung der Luftqualität, die in der Folge auch erhebliche Auswirkungen auf den Verkehrssektor hatte. Dieter Janecek, der seit 2013 Mitglied des Deutschen Bundestages ist, forderte im Jahr 2005 als Bewohner von München die unverzügliche Erstellung eines Aktionsplans zur Luftreinhaltung, um die Überschreitung der zulässigen Immissionsgrenzwerte für Feinstaubpartikel einzudämmen.²⁴ Obwohl die Messergebnisse nahe seiner Wohnung zeigten, dass der Grenzwert für PM₁₀ in den Jahren 2005 und 2006 weit mehr als 35-mal überschritten wurde, wurde seine Klage beim Verwaltungsgericht München als unbegründet abgewiesen. Nach einer nur teilweise erfolgreichen Berufung beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof (BayVGH) legten sowohl der Kläger als auch der beklagte Freistaat Bayern Revision beim BVerwG ein.

Dieses war der Auffassung, dass Herr Janecek allein auf der Grundlage des nationalen Rechts keinen Anspruch auf die Erstellung eines Aktionsplans geltend machen kann. In Anbetracht von anderslautenden Auffassungen in der Literatur²⁵ und in Teilen der Rechtsprechung²⁶ hat der 7. Senat des BVerwG aber dem EuGH mit Vorlagebeschluss vom 29.03.2007 unter anderem die Frage gestellt, ob eine Einzelperson nach dem einschlägigen Europarecht von den nationalen Behörden verlangen kann, einen Aktionsplan zu erstellen, wenn eine Gefahr der Grenzwert- oder Alarmschwellenüberschreitung besteht.²⁷ Der EuGH hat die Frage in seinem viel beachteten Urteil vom 25.07.2008 im Ergebnis bejaht.²⁸

Hieraus hat das BVerwG dann in seinem Urteil vom 05.09.2013 im Ergebnis zu Recht die Konsequenz gezogen, dass für nach § 3 Umweltrechtsbehelfsgesetz (UmwRG) anerkannte Umweltvereinigungen nichts anderes gelten kann. In diesem Urteil hat der 7. Senat den Umweltverbänden eine „prokuratorische“ Rechtsstellung zur Durchsetzung des europäischen Luftreinhaltungsrechts zugesprochen²⁹, die der Gesetzgeber mit der Aufnahme von Luftreinhalteplänen in den Anwendungsbereich des UmwRG letztlich kodifiziert hat.³⁰

III. Die Urteile vom 27.02.2018 zu den Dieselfahrverboten

Auf diese Weise hat das BVerwG ein Stück weit auch den Boden für zwei ebenfalls viel beachtete Urteile vom 27.02.2018 bereitet, in denen es um die Klagen zweier Umweltvereinigungen auf Fortschreibung der Luftreinhaltepläne für die Städte Stuttgart und Düsseldorf ging, um die Einhaltung der Immissionsgrenzwerte für Stickstoffdioxid

²⁴ Vgl. VGH München, NVwZ 2007, 233.

²⁵ Vgl. z.B. *Klinger/Löwenberg*, ZUR 2005, 169; *Krohn*, ZUR 2005, 371; *Rehbinder*, NuR 2005, 493; *Calliess*, NVwZ 2006, 1; *Jarass*, VerwArch 97 (2006), 429 (449).

²⁶ Vgl. VGH München, NVwZ 2007, 233.

²⁷ Vgl. BVerwGE 128, 278.

²⁸ Vgl. EuGH, Slg. I 2008, 6223.

²⁹ Vgl. BVerwGE 147, 312, Rn. 46.

³⁰ Vgl. BVerwG, NVwZ 2020, 1191, Rn. 24.

sicherzustellen.³¹ Diese Klagen sind vor dem Hintergrund zu sehen, dass in der jüngeren Vergangenheit zwar v.a. bei den Feinstaubwerten beachtliche Erfolge erzielt wurden. Demgegenüber bestand bei NO₂ bis vor wenigen Jahren ein hoher Handlungsbedarf, weil hier der vorgeschriebene Grenzwert in zahlreichen Städten teilweise (z.B. in Stuttgart und München) um das Doppelte überschritten wurde. Dies liegt in allererster Linie am Straßenverkehr, und hier namentlich an den Dieselfahrzeugen.³²

Angesichts dessen war es von herausragender Bedeutung für die Verbesserung der Luftqualität, dass das BVerwG in seinen Urteilen vom 27.02.2018 klargestellt hat: „Erweist sich ein Verkehrsverbot für Dieselfahrzeuge mit schlechterer Abgasnorm als Euro 6 sowie für Kraftfahrzeuge mit Ottomotoren unterhalb der Abgasnorm Euro 3 innerhalb einer Umweltzone als die einzig geeignete Maßnahme zur schnellstmöglichen Einhaltung der Stickstoffdioxid-Grenzwerte, verlangt Art. 23 Abs. 1 UAbs. 2 der Richtlinie 2008/50/EG, diese Maßnahme zu ergreifen.“³³ Ferner hat der 7. Senat im Grundsatz zu Recht betont, dass bei der Anordnung von Dieselfahrverboten der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet werden muss. Demgegenüber kann man die daraus abgeleitete konkrete Forderung, dass ein Verkehrsverbot „mithin“ zeitlich gestaffelt nach dem Alter und Abgasverhalten der betroffenen Fahrzeuge einzuführen sei, kritisch sehen, soweit dabei einzig auf die Zuordnung zu den o.g. Abgasnormen abgestellt wird, weil diese wegen des sog. Dieselskandals gerade keinen Rückschluss auf das konkrete Abgasverhalten der betroffenen Kfz zulassen.³⁴ Entscheidend ist aber, dass das BVerwG die bis dahin immer wieder vorgebrachten grundsätzlichen Bedenken gegen die Zulässigkeit von Dieselfahrverboten verworfen hat.

IV. Die weitere Entwicklung

Bedauerlicherweise weigerten sich manche Behörden, z.B. bei den Luftreinhalteplänen für München und Stuttgart, auch in der Folgezeit Verkehrsverbote für Dieselfahrzeuge anzuordnen, was im Schrifttum nicht zuletzt auf den „Druck der KFZ-Lobby“ zurückgeführt wird.³⁵ Insofern muss man nüchtern konstatieren, dass die historisch überkommene Metapher vom „Staat als Ehrenmann“, der nach seiner Pflicht handelt, sobald er sie erkannt hat, die Wirklichkeit nicht (mehr) zutreffend beschreibt.³⁶ Auf diesem – für den deutschen Rechtsstaat höchst unrühmlichen – Weg ist jedenfalls die bislang eher vernachlässigte Vollstreckung gegen den Staat in einem bis dahin nicht gekannten Maße in den Fokus gerückt. In der Folge wurden mehrfach Zwangsgelder nach § 167 VwGO i.V.m. § 888 ZPO und nach § 172 VwGO gegen die öffentliche Hand angeordnet, die ebenfalls erfolglos blieben.³⁷

³¹ Vgl. BVerwGE 161, 201 und BVerwG, NVwZ 2018, 890.

³² Vgl. zum Ganzen Faßbender, NJW 2017, 1995 (1996) m.w.N.

³³ So der 1. Leitsatz BVerwGE 161, 201 und BVerwG, NVwZ 2018, 890.

³⁴ Vgl. näher dazu Faßbender, NJW 2017, 1995 (1996) m.w.N.

³⁵ Krämer/Winter, in: Schulze u.a. (Hrsg.), Europarecht. Handbuch für die Rechtspraxis, 4. Aufl. 2020, § 27, Rn. 216.

³⁶ Siehe Michl, in: Holterhus/Michl/Hrsg.), Die schwache Gewalt? – Zur Behauptung judikativer Autorität, 2022, S. 73 (74 und 89) in seinem lesenswerten Beitrag zum Thema.

³⁷ Siehe dazu und zum Folgenden den pointierten Beitrag des früheren Richters am BVerwG Berke-
mann, Mit Mut und Dogmatik die Luftreinhaltung durchsetzen, Verfassungsblog v. 26.01.2020.

Vor diesem Hintergrund hat der BayVGH im Verfahren nach Art. 267 AEUV den EuGH gefragt, ob ein nationales Gericht, vereinfacht gesprochen, verpflichtet ist, zur Durchsetzung der Fahrverbote den Ministerpräsidenten oder den zuständigen Minister in Zwangshaft zu nehmen.³⁸ So weit wollte der EuGH verständlicherweise nicht gehen und hat die Anordnung von Zwangshaft gegen Amtsträger der Behörde u.a. davon abhängig gemacht, dass es in den Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts eine hinreichend präzise und in ihrer Anwendung vorhersehbare Rechtsgrundlage für den Erlass einer solchen Zwangsmaßnahme gibt.³⁹ Schon das ist derzeit zumindest nach Ansicht des BayVGH nicht der Fall.⁴⁰

V. Fazit und Ausblick

Mittlerweile hat sich die Lage insofern gebessert, als der geltende Jahresmittelwert für NO₂ im Jahr 2022 „nur“ noch an zwei Messstationen in München und Essen überschritten wurde.⁴¹ Daher kann man konstatieren, dass die Rechtsprechung des BVerwG am Ende doch zu einer merklichen Verbesserung der Luftqualität beigetragen hat. Es ist allerdings schon jetzt darauf hinzuweisen, dass seit Oktober 2022 ein Vorschlag der EU-Kommission für eine Neufassung der Luftqualitätsrichtlinie vorliegt, der auf eine Angleichung der Grenzwerte an die Empfehlungen der Weltgesundheitsorganisation (WHO) abzielt. Danach soll u.a. der Grenzwert für NO₂ halbiert werden.⁴² Sollte sich dieser – begrüßenswerte – Vorschlag durchsetzen, könnte das BVerwG wieder verstärkt gefordert sein, den Bürger:innen und Umweltvereinigungen bei der Durchsetzung dieser Grenzwerte zu helfen.

C. Vom öffentlich-rechtlichen Entsorgungsmonopol zum Kampf um den Abfall

I. Einführung

Ein Kampf um den Abfall – dieser Ausdruck klingt zunächst eher wie ein Paradoxon. In einer Konsumgesellschaft wie der deutschen ist doch regelmäßig allen daran gelegen, ihren Müll schnellstmöglich und kostengünstig loszuwerden. Und auch die Zahlen zeigen, dass in Deutschland eigentlich mehr als genug Abfall existieren sollte: Im Jahr 2021 erreichte das Abfallaufkommen der privaten Haushalte in Deutschland erneut ein Rekordhoch. Laut Statistischem Bundesamt stieg die Menge erstmals auf über 40 Millionen Tonnen, wobei die Pro-Kopf-Menge bei 483 Kilogramm lag.⁴³

Da die Müllproduktion schon jetzt immense Auswirkungen auf den Planeten hat – wie beispielsweise die gewaltigen Müllstrudel in den Ozeanen zeigen⁴⁴ – möchte die EU die Vermeidung und Verwertung von Müll sowie die Wiederverwendung von Produkten

³⁸ Vgl. VGH München, ZUR 2019, 108.

³⁹ Vgl. EuGH, NJW 2020, 977.

⁴⁰ Insoweit a.A. [Berkemann, Mit Mut und Dogmatik die Luftreinhaltung durchsetzen, Verfassungsblog v. 26.01.2020.](#)

⁴¹ Vgl. [Umweltbundesamt \(UBA\), Städte mit NO₂-Grenzwertüberschreitungen v. 07.07.2023.](#)

⁴² Vgl. den Vorschlag v. 26.10.2022, COM(2022) 542 final.

⁴³ [Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. 546 v. 19.12.2022.](#)

⁴⁴ [Hoffmann, Die fünf Müllstrudel der Ozeane, Geolino.](#)

bestmöglich fördern.⁴⁵ Deutschland hat zur Umsetzung der neuen EU-Abfallrahmenrichtlinie (AbfRRL)⁴⁶ am 10.02.2012 das neue Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG)⁴⁷ verabschiedet. Bei dieser Gelegenheit kam es auch zu einer Neuregelung der kommunalen Überlassungspflichten und der gewerblichen Sammlung. Diese Neuregelung erschien vor allem mit Blick auf das Altpapier-Urteil des BVerwG vom 18.06.2009 notwendig, in dem sich das Gericht mit dem Konflikt zwischen öffentlich und privatwirtschaftlich getragenen Systemen auseinandersetzte.⁴⁸ Dies soll im Folgenden näher beleuchtet werden.

II. Normativer Hintergrund

Das Abfallrecht geht schon seit dem Inkrafttreten des KrW-/AbfG im Jahr 1996 vom Grundsatz der Eigenentsorgung durch Erzeuger und Besitzer von Abfällen aus.⁴⁹ Dies soll dem Verursacherprinzip Rechnung tragen und Anreize schaffen, Abfälle von vornherein zu vermeiden.⁵⁰ Da eine vollumfängliche Selbstverwertung der Abfälle jedoch häufig nicht möglich ist, bestimmte § 13 Abs. 1 S. 1 KrW-/AbfG, dass die Besitzer von Abfällen aus privaten Haushalten diese der entsorgungspflichtigen Körperschaft zu überlassen haben, soweit sie dazu selbst nicht in der Lage sind oder diese nicht beabsichtigen (Überlassungspflicht).⁵¹ Damit stellte sich die in der Literatur und auch in der Rechtsprechung umstrittene Frage, ob Betroffene die Abfälle selbst verwerten müssen oder ob sie diese zur Verwertung einem Dritten überlassen können.⁵²

Zudem bestimmte § 13 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 KrW-/AbfG, dass die Überlassungspflicht nicht für Abfälle besteht, die durch gewerbliche Sammlung einer ordnungsgemäßen und schadlosen Verwertung zugeführt werden, soweit dies den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern nachgewiesen wird und nicht überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen.⁵³ Dabei wurden sowohl der Begriff der gewerblichen Sammlung als auch die Frage, wann überwiegende öffentliche Interessen einer gewerblichen Sammlung entgegenstehen, in Ermangelung näherer gesetzlicher Konkretisierung unterschiedlich beurteilt.

III. Das Altpapier-Urteil des BVerwG

Im Altpapier-Urteil des BVerwG vom 18.06.2009 ging es in der Sache um die Klage eines privaten Wirtschaftsunternehmens gegen eine abfallrechtliche Verfügung, welche diesem die Erfassung, Entsorgung und Verwertung von Altpapier aus privaten Haushalten im Stadtgebiet der Beklagten untersagte. Nachdem diese Klage in zweiter Instanz beim OVG

⁴⁵ Europäisches Parlament, Abfallwirtschaft in der EU: Zahlen und Fakten v. 09.04.2018, aktualisiert am 18.01.2023.

⁴⁶ Richtlinie 2008/98/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 19.11.2008 über Abfälle und zur Aufhebung bestimmter Richtlinien (ABIEU Nr. L 312 v. 22.11.2008, S. 3, Nr. L 127 v. 26.05.2009, S. 24).

⁴⁷ Das KrWG ist als Art. 1 des Gesetzes zur Neuordnung des Kreislaufwirtschafts- und Abfallrechts vom 24.2.2012 am 29.02.2012 verkündet worden (BGBl I, S. 212).

⁴⁸ *Schmehl*, NVwZ 2009, 1262.

⁴⁹ Vgl. etwa *Gärditz/Kahl*, Umweltrecht, 12. Aufl. 2021, § 11 Rn. 67.

⁵⁰ Vgl. zum Verursacherprinzip im Abfallrecht auch EuGH, ZUR 2009, 608; BVerwG, NJW 1998, 1004 (1005).

⁵¹ Eine parallele Regelung findet sich im derzeit geltenden § 17 Abs. 1 S. 1 KrWG.

⁵² Vgl. etwa die Darstellungen bei *Koch/Reese*, AbfallR 2009, 58 und *Wenzel*, ZUR 2008, 411.

⁵³ Eine parallele Regelung findet sich im derzeit geltenden § 17 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 KrWG.

Schleswig erfolgreich war⁵⁴, hob das BVerwG das Urteil des OVG im Revisionsverfahren auf und verwies die Sache zurück an das OVG. Dabei stellte das BVerwG seinem Altpapier-Urteil folgende Leitsätze voran⁵⁵:

„1. Private Haushaltungen müssen ihren Hausmüll einschließlich seiner verwertbaren Bestandteile (wie z.B. das Altpapier) grundsätzlich den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern überlassen und sind nicht befugt, mit der Verwertung solcher Bestandteile Dritte zu beauftragen.

2. Der Begriff der gewerblichen Sammlung im Sinne von § 13 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 KrW-/AbfG schließt alle Tätigkeiten aus, die nach Art eines Entsorgungsträgers auf der Grundlage vertraglicher Bindungen zwischen dem sammelnden Unternehmen und den privaten Haushalten in dauerhaften Strukturen abgewickelt werden.

3. ‚Überwiegende öffentliche Interessen‘ stehen einer gewerblichen Sammlung nicht erst bei einer Existenzgefährdung des öffentlich-rechtlichen Entsorgungssystems, sondern schon dann entgegen, wenn die Sammlungstätigkeit nach ihrer konkreten Ausgestaltung mehr als nur geringfügige Auswirkungen auf die Organisation und die Planungssicherheit des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers nach sich zieht.“

Das BVerwG entschied außerdem, dass die Ausnahme von der Überlassungspflicht sich lediglich auf Hausmüllbestandteile beschränke, die die Erzeuger und Besitzer selbst – also ohne Beauftragung eines Dritten – verwerten können. „Mit dem verstärkten Akzent der Eigenverantwortlichkeit und der Verpflichtung zur Eigen- bzw. Selbstentsorgung durch das Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz verbindet sich jedoch keine grundsätzliche Aufgabe der tradierten dualen Abfallentsorgung“, so der 7. Senat.⁵⁶

Das Altpapier-Urteil führte sogleich zu intensiven Auseinandersetzungen, da durch dieses regelrecht ein Monopol der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger zementiert wurde.⁵⁷ Die Entscheidung führte daher zu erheblichen Spannungen zwischen Privatwirtschaft und öffentlicher Hand.⁵⁸ Aus dem Kampf gegen den Abfall ist in Deutschland daraufhin ein Kampf um den Abfall entstanden. Immerhin steckt hinter dem deutschen Entsorgungsmarkt auch ein Milliardengeschäft. Schon 2005 lag der Gesamtumsatz schätzungsweise bei 40 Milliarden Euro pro Jahr.⁵⁹ Kurze Zeit nach dem Altpapier-Urteil des BVerwG wurde überdies klar, dass die Entscheidung auch in der Verwaltungsgerichtsbarkeit heftig umstritten war. Verschiedene Oberverwaltungsgerichte hatten starke EU-rechtliche Zweifel an dem Urteil und verweigerten dem BVerwG quasi die Gefolgschaft.⁶⁰

⁵⁴ Vgl. OVG Schleswig-Holstein, ZUR 2008, 422.

⁵⁵ BVerwGE 134, 154.

⁵⁶ BVerwGE 134, 154 (Rn. 21).

⁵⁷ So *Kahl/Gärditz*, Umweltrecht, 12. Aufl. 2021, § 11 Rn. 72.

⁵⁸ *Schmehl*, NVwZ 2009, 1262.

⁵⁹ Vgl. den Beitrag „Die Jagd nach dem Müll“ FAZ v. 25.10.2005, S. 13.

⁶⁰ Vgl. OVG Hamburg, ZUR 2011, 480 = BeckRS 2011, 49601; OVG Münster, DVBl 2011, 964 = BeckRS 2011, 51412; OVG Sachsen, Beschl. v. 10. 6. 2011 – 4 B 355/10, BeckRS 2011, 51955; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 13. 10. 2011 – OVG 11 S 67/10, BeckRS 2011, 55280.

IV. Neuregelung der gewerblichen Sammlung

Um auch den unionsrechtlichen Anforderungen an eine wettbewerbliche Öffnung gerecht zu werden, regelt § 17 KrWG die Überlassungspflichten seit 2012 neu und normiert zudem in § 18 KrWG ein detailliertes Anzeigeverfahren für gewerbliche Sammlungen.⁶¹ Zu erwähnen ist auch die weite Definition des Begriffs der gewerblichen Sammlung in § 3 Abs. 18 KrWG, die ausdrücklich die vertragliche Vereinbarung zwischen Unternehmen und Privathaushalten mitumfasst. Diese Änderungen wurden jedoch schon im Gesetzgebungsverfahren überaus kontrovers diskutiert und fanden erst im Vermittlungsverfahren ihre endgültige Ausgestaltung.⁶² Und auch die EU-Kommission beanstandete die enge Auslegung des BVerwG in Bezug auf die Zulassungsanforderungen gewerblicher Sammler.⁶³ Verbleibende Eingriffe in die Warenverkehrs- und Wettbewerbsfreiheit können aber in vertretbarer Weise mit der primärrechtlichen Regelung in Art. 106 Abs. 2 AEUV gerechtfertigt werden, der die Normierung einer kommunalen Überlassungspflicht grundsätzlich ermöglicht, wenn die Erfüllung der kommunalen Entsorgungsaufgabe andernfalls „rechtlich oder tatsächlich verhindert“ würde.⁶⁴

V. Fazit

Das KrWG zielt mit seiner Neuregelung der gewerblichen Sammlungen darauf ab, das weite Monopol der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger beim Hausmüll, welches durch das Altpapier-Urteil des BVerwG nochmals verstärkt wurde, wieder einzugrenzen und somit den europarechtlichen Vorgaben zu entsprechen. Der notwendige Schutz der kommunalen Daseinsvorsorge ist somit insgesamt über die Zulässigkeitsanforderungen der gewerblichen Sammlung sichergestellt.⁶⁵ Eine Gefährdung des öffentlich-rechtlichen Versorgungsträgers besteht nach der Konkretisierung im KrWG erst, wenn entgegenstehende überwiegende Interessen vorhanden sind und es dadurch zu einer Gefährdung der Funktionsfähigkeit des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers kommt.⁶⁶

Das Altpapier-Urteil bestätigt einmal mehr, wie eng auch das deutsche Umweltrecht heutzutage mit dem EU-Recht verflochten ist. Ob die Privatwirtschaft es zukünftig schaffen wird, die mit der Kreislaufwirtschaft einhergehenden Verpflichtungen ordnungsgemäß zu erfüllen, oder ob doch wieder stärker auf die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger zurückgegriffen werden muss, bleibt abzuwarten.

D. Konzentrationsflächenplanung in die Sackgasse?

I. Einführung

Der Ausbau der erneuerbaren Energien ist in jüngerer Zeit stark in den klimaschutzpolitischen sowie seit dem 24.02.2022 auch in den (energie-)sicherheitspolitischen Fokus

⁶¹ Vgl. zum neuen KrWG den Überblick bei *Petersen/Doumet/Stöhr*, NVwZ 2012, 521 ff.

⁶² *Petersen/Doumet/Stöhr*, NVwZ 2012, 521 (525).

⁶³ Auskunftersuchen der Kommission zu den deutschen Haushaltsabfällen (COMP/B-1/39734) v. 09.04.2010.

⁶⁴ Vgl. näher dazu *Gärditz/Kahl*, Umweltrecht, 12. Aufl. 2021, § 11 Rn. 70 m.w.N.

⁶⁵ *Petersen/Doumet/Stöhr*, NVwZ 2012, 521 (527).

⁶⁶ *Petersen/Doumet/Stöhr*, NVwZ 2012, 521 (526 f.).

gerückt.⁶⁷ Eine zentrale Säule der erneuerbaren Energien ist die Windenergie.⁶⁸ Allerdings ist festzustellen, dass der Windenergieausbau seit mehreren Jahren ins Stocken geraten⁶⁹ und hinter dem Ausbaupfad zurückgeblieben ist.⁷⁰ Dies hat nicht zuletzt mit der Konzentrationsflächenplanung als wesentlichem bauplanungs- und raumordnungsrechtlichem Element der Windenergieplanung zu tun. Die Anforderungen an die Konzentrationsflächenplanung wurden maßgeblich durch die Rechtsprechung des BVerwG entwickelt und geprägt.⁷¹ Diese Rechtsprechung und deren Folgen für die Praxis zu beleuchten, ist Ziel dieses Beitrags.

II. Anforderungen des BVerwG an die Konzentrationsflächenplanung

Die jüngere Entwicklung der Windenergieplanung begann – wie hätte es anders sein können – mit dem Bundesverwaltungsgericht. Der 4. Senat des BVerwG lehnte 1994 die Außenbereichsprivilegierung einer Windenergieanlage auf der Insel Föhr ab.⁷² Dadurch sah sich der Gesetzgeber auf den Plan gerufen und führte die Privilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich ein.⁷³ Als Ausgleich wurde gleichzeitig der heutige § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB eingeführt, wonach für gem. § 35 Abs. 1 Nr. 2-6 BauGB privilegierte Vorhaben sog. Konzentrationsflächen ausgewiesen werden können, jenseits derer die öffentlichen Belange diesen Vorhaben in der Regel entgegenstehen. Damit stellte sich die Frage, welche rechtlichen Anforderungen an eine solche Ausweisung durch eine Konzentrationsfläche zu stellen sind.⁷⁴

Ausgangspunkt der vom BVerwG entwickelten Anforderungen ist, dass die Darstellung von Konzentrationsflächen mit der Rechtsfolge des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB erfordert, dass ein schlüssiges gesamtträumliches Planungskonzept vorhanden ist.⁷⁵ Für die Prüfung, ob ein solches vorliegt, hat das BVerwG in seiner Rechtsprechung zur Konzentrationsflächenplanung einen Vierschritt entwickelt:⁷⁶ Zuerst muss der Planungsträger sogenannte „harte Tabuzonen“ lokalisieren. Dabei handelt es sich um solche Flächen, auf denen eine

⁶⁷ Exemplarisch hierfür insbesondere das „Osterpaket“ zum Ausbau erneuerbaren Energien, siehe dazu *Schlacke/Wentzien/Römling*, NVwZ 2022, 1577; *Zenke*, EnWZ 2022, 147.

⁶⁸ *Kümper*, DÖV 2021, 1056 (1056); Sachverständigenrat für Umweltfragen (SRU), Klimaschutz braucht Rückenwind: Für einen konsequenten Ausbau der Windenergie an Land, 2022, S. 5; im Jahr 2022 entfiel auf Windkraft ca. 51 % der Netzeinspeisung durch erneuerbare Energieträger (vgl. Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. 090 v. 09.03.2023).

⁶⁹ Vgl. *Bovet/Dross/Kindler*, NVwZ 2020, 754: der Ausbau sei „faktisch zum Erliegen gekommen“; Sachverständigenrat für Umweltfragen (Fn. 68), S. 8 ff.

⁷⁰ Sachverständigenrat für Umweltfragen (Fn. 68), S. 10.

⁷¹ *Schmidt-Eichstaedt*, ZfBR 2019, 434.

⁷² BVerwGE 96, 95.

⁷³ Sog. „Windenergienovelle 1996“ (Gesetz zur Änderung des Baugesetzbuchs vom 30.07.1996, BGBl. I S. 1189, damals in § 35 Abs. 1 Nr. 7 BauGB, heute § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB; vgl. *Külpmann*, DVBl. 2019, 608 (609)).

⁷⁴ Vgl. *Külpmann*, DVBl. 2019, 608 (609); *Stüer/Stüer*, BauR 2021, 1735 (1735 f.).

⁷⁵ So bereits in der Sache BVerwGE 77, 300 (Kölner Nassauskiesung); dieser Gedanke wurde vom Gesetzgeber bei der Einführung von § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB aufgegriffen, vgl. BT-Drs. 13/4978, S. 7.

⁷⁶ *Marquard*, ZUR 2020, 598 (600 ff.); Sachverständigenrat für Umweltfragen (Fn. 2), S. 46 ff.; *Stüer/Stüer*, BauR 2021, 1735; eine frühe Darstellung findet sich bei *von Nicolai*, ZUR 2004, 74.

Windenergienutzung aus tatsächlichen⁷⁷ oder rechtlichen⁷⁸ Gründen unmöglich ist.⁷⁹ Im zweiten Schritt muss der Planungsträger „weiche Tabuzonen“ identifizieren.⁸⁰ Dies sind Flächen, auf denen es aus städtebaulichen⁸¹ oder raumordnerischen⁸² Gründen keine Windenergienutzung geben soll.⁸³ Hiernach verbleiben die sog. „Potentialflächen“. Bei ihnen muss der Planungsträger im dritten Schritt eine Abwägung der konkurrierenden Raumnutzungsinteressen vornehmen, um die Flächen festzulegen, die schlussendlich die Konzentrationsfläche für die Windenergie bilden soll.⁸⁴ Im vierten und letzten Schritt müssen die dann für die Windenergienutzung verbleibenden Flächen darauf überprüft werden, ob sie dem Substanzgebot genügen. Dies erfordert, dass der Windenergie „in substantzieller Weise“⁸⁵ Raum verschafft wird.

III. Hintergründe der Rechtsprechung

Die Idee hinter der Konzentrationsflächenplanung war, die bauplanerische bzw. raumordnerische Hoheit zu schützen.⁸⁶ Durch die Sperrwirkung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB jenseits der Konzentrationsflächen sollte eine unerwünschte „Verspargelung“⁸⁷ der Landschaft verhindert werden. Zahlreiche Planungsträger erkannten dies aber als Möglichkeit, eine „NIMBY“-Politik⁸⁸ zu betreiben und mittels der Konzentrationsflächenplanung den Bau von Windenergieanlagen zu verhindern.⁸⁹ Damit konfrontiert, formulierte das BVerwG das Substanzgebot, um solche Verhinderungsplanungen zu verhindern.⁹⁰

Hintergrund der Unterscheidung von harten und weichen Tabuzonen war, dass aus Sicht des BVerwG für beide ganz unterschiedliche Rechtsregime anzuwenden waren: Für harte Tabuzonen § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB, da es dabei um nicht der Abwägung unterliegende Planungshindernisse gehe und für weiche Tabuzonen § 1 Abs. 7 BauGB bzw. § 7 Abs. 2 S. 1 ROG, da es um eine planerische Abwägung gehe.⁹¹

⁷⁷ Z.B. Flächen mit fehlender Windhöflichkeit.

⁷⁸ Z.B. Naturschutzgebiete; Flächen, die zur Einhaltung der TA Lärm erforderlich sind; weitere Beispiele: *Marquard*, ZUR 2020, 598 (601 f.).

⁷⁹ BVerwG, ZfBR 2010, 65 (66); BVerwGE 145, 231 (233 f.); BVerwG, ZfBR 2013, 569 (569); noch ohne die Differenzierung harter und weicher Tabuzonen: BVerwGE 117, 287; BVerwG, NVwZ 2008, 559 (560).

⁸⁰ BVerwG, ZfBR 2010, 65 (66); BVerwGE 145, 231 (234); BVerwG, ZfBR 2013, 569 (569).

⁸¹ Bei Darstellung im Flächennutzungsplan.

⁸² Bei Darstellung in Raumordnungsplänen, i.d.R. Regionalplänen.

⁸³ BVerwG, ZfBR 2010, 65 (66); BVerwGE 145, 231 (233 f.); BVerwG, ZfBR 2013, 569 (569 f.).

⁸⁴ BVerwG, ZfBR 2010, 65 (66); BVerwGE 145, 231 (232 f.); BVerwG, ZfBR 2013, 569 (569).

⁸⁵ BVerwGE 117, 287 (295); BVerwGE 118, 33 (37); BVerwG, NVwZ 2003, 1261 (1261); BVerwG, NVwZ 2008, 559 (560); BVerwGE 122, 109 (111); BVerwG, ZfBR 2010, 65 (66); BVerwGE 145, 231 (234); BVerwG, NVwZ 2015, 1452 (1455); BVerwGE 164, 74 (80 f.).

⁸⁶ Vgl. BT-Drs. 13/4978, S. 7.

⁸⁷ BVerwGE 117, 287 (293).

⁸⁸ Abkürzung für Englisch „not in my backyard“ (Deutsch: „Nicht in meiner Nachbarschaft“); in Deutschland wird dieses Phänomen auch „Sankt-Florians-Prinzip“ genannt.

⁸⁹ Das BVerwG spricht dabei von einer „Feigenblatt-Planung“; vgl. BVerwGE 117, 287 (295).

⁹⁰ BVerwGE 117, 287 (295).

⁹¹ BVerwGE 145, 231 (233 f.); BVerwG, ZfBR 2013, 569 (569 f.); BVerwG, NVwZ 2013, 1017.

IV. Folgen, Probleme, Kritik

Die vom BVerwG entwickelten Anforderungen wurden oft⁹² und zum Teil hart⁹³ kritisiert. Im Wesentlichen wurden sie als zu hoch angesehen, da aus ihnen ein hoher Planungsaufwand⁹⁴ und eine hohe Rechtsunsicherheit⁹⁵ erwachse. Damit sei einher gegangen, dass die Planung erhebliche Ressourcen in Anspruch nahm und viel Zeit kostete.⁹⁶ Bezüglich der Rechtsunsicherheit war ein besonderer Kritikpunkt, dass das BVerwG eine strikte Abgrenzung von harten und weichen Tabuzonen forderte,⁹⁷ die in der Praxis kaum einwandfrei vornehmbar gewesen sei.⁹⁸ Zur Rechtsunsicherheit habe auch beigetragen, dass sich alte Pläne an Maßstäben messen lassen mussten, die es zum Zeitpunkt ihrer Aufstellung noch gar nicht gab.⁹⁹ Im Ergebnis führte all dies dazu, dass kaum ein angegriffener Plan eine gerichtliche Prüfung überstand.¹⁰⁰

Insgesamt ist festzuhalten, dass die Rechtsprechung des BVerwG im Ergebnis zu langen Verfahren unter hoher Rechtsunsicherheit führte, was die Investitionsanreize zum Ausbau der Windenergie negativ beeinflusst haben dürfte.

V. Ausblick

Hinsichtlich der Windenergie ist die Konzentrationsflächenplanung und mit ihr die vom BVerwG entwickelten Anforderungen ein Stück weit¹⁰¹ Rechtsgeschichte geworden. § 249 Abs. 1 BauGB wurde im Juli 2022 neu gefasst, so dass § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB nun nicht mehr auf Windenergieanlagen anwendbar ist.¹⁰²

⁹² Bspw.: *Grigoleit/Engelbert/Strothe/Klanten*, NVwZ 2022, 512 (513 f.); *Hendler/Kerkmann*, DVBl 2014, 1369 (1376); *Kment*, NVwZ 2022, 1153 (1153); *Kment*, Sachdienliche Änderungen des Baugesetzbuchs zur Förderung von Flächenausweisungen für Windenergieanlagen. Rechtswissenschaftliches Gutachten im Auftrag der Stiftung Klimaneutralität, 2020, S. 39 ff.; *Kümper*, DVBl. 2021, 1591 (1592 ff.); *Schmidt-Eichstaedt*, ZfBR 2019, 434 (435 ff.); *Stüer/Stüer*, BauR 2021, 1735 (1736); *Tyczewski*, BauR 2014, 934 (945 f.).

⁹³ Exemplarisch folgende Bezeichnungen: „Misere“ (*Hendler/Kerkmann*, DVBl. 2014, 1369 [1369]); „Irrlehre“ (*Schmidt-Eichstaedt*, ZfBR 2019, 434 [437]); „20 Jahre verkrustete Dogmatik“ (*Schmidt-Eichstaedt*, ZfBR 2019, 434 [440]); „grenzt an ein Fiasko“ (*Stüer/Stüer*, BauR 2021, 1735 [1736]); „schwerwiegender dogmatischer Grundfehler“ (*Wagner*, VerwArch 2020, 2020 [221]); „Kardinalsfehler“ (*Wagner*, VerwArch 2020, 220 [222]).

⁹⁴ *Erbguth*, DVBl. 2015, 1346 (1350); Sachverständigenrat für Umweltfragen (Fn. 68), S. 48, 51.

⁹⁵ *Hendler/Kerkmann*, DVBl. 2014, 1369 (1370); *Kment*, Gutachten (Fn. 92), S. 40; Sachverständigenrat für Umweltfragen (Fn. 68), S. 49 ff.; *Tyczewski*, BauR 2014, 934 (934, 947).

⁹⁶ Sachverständigenrat für Umweltfragen (Fn. 68), S. 48 f.

⁹⁷ Dies grundsätzlich kritisierend: *Erbguth*, DVBl. 2015, 1346 (1352); *Kment*, DÖV 2013, 17 (19); *Kment*, Gutachten (Fn. 92), S. 41 ff.; *Schmidt-Eichstaedt*, ZfBR 2019, 434 (442); *Wagner*, VerwArch 2020, 220 (222) bezeichnet dies sogar als „Kardinalsfehler“.

⁹⁸ Vgl. *Erbguth*, DVBl. 2015, 1346 (1350); *Kment*, Gutachten (Fn. 92), S. 40 f.; Sachverständigenrat für Umweltfragen (Fn. 68), S. 48; *Schmidt-Eichstaedt*, ZfBR 2019, 434 (436); a.A.: BVerwGE 145, 231 (234), „dem Plangeber wird [...] nichts Unmögliches abverlangt“.

⁹⁹ *Stüer/Stüer*, BauR 2021, 1735 (1739).

¹⁰⁰ So habe bis 2014 kein einziger Plan „überlebt“ (vgl. *Hendler/Kerkmann*, DVBl. 2014, 1369 [1370]); *Marquard*, ZUR 2020, 598 (604); sie wurden „in großer Zahl gerichtlich aufgehoben“ (*Wegner*, ZfBR 2019, 230 [230]).

¹⁰¹ Für bestehende Pläne und solche die bis zum 24.01.2024 wirksam werden enthält § 245e Abs. 1 BauGB eine Übergangsvorschrift für die Anwendbarkeit von § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB.

¹⁰² Durch Art. 2 des Gesetzes zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land (WindBGEG) vom 20.07.2022 (BGBl. I S. 1353).

In der Retrospektive ist die Konzentrationsflächenplanung beispielhaft dafür, wie durch Entwicklungen in der Realität die Prämissen von Recht und Rechtsprechung überholt werden können. Mag im Ausgangspunkt die Judikatur des BVerwG hinsichtlich der damaligen Interessenslage¹⁰³ passend gewesen sein, so hat sich diese in den letzten Jahren stark gewandelt. Unter den veränderten Bedingungen der Umwelt-, Klima- und Energiesicherheitspolitik ist die Förderung der erneuerbaren Energien ein überragend wichtiger Belang geworden. Allerdings verpasste das BVerwG es, diesen Umständen Rechnung zu tragen, wodurch die Konzentrationsflächenplanung mit den Anforderungen des BVerwG in eine Sackgasse geriet.¹⁰⁴ Diese Sackgasse musste schließlich der Gesetzgeber aufbrechen.

In der näheren Zukunft ist – gerade hinsichtlich des Klimawandels – von einer Zunahme der Veränderungsdynamik hinsichtlich der Prämissen von Recht und Rechtsprechung auszugehen. Insofern wäre zu wünschen, dass das BVerwG bei der Aufstellung und gegebenenfalls Anpassung eigener Maßstäbe¹⁰⁵ solche Veränderungen stärker beachtet und aus sich heraus vermeidet, dass die Rechtsprechung in eine Sackgasse führt.

E. Schluss

Nach diesem eher kritischen Beitrag soll zum guten Schluss auf ein „topaktuelles“ Urteil hingewiesen werden, das eher aus einer Sackgasse herausführt und so noch einmal die insgesamt eindeutig positive Rolle der Rechtsprechung des BVerwG für den Umweltschutz unterstreicht. Denn die Abfallvermeidung steht zwar schon seit langem in der sog. Abfallhierarchie an der Spitze.¹⁰⁶ Wie die Zahlen im vorstehenden Abschnitt C. I. zeigen, schlägt sich diese rechtliche Ausgangslage indessen nicht in der Realität nieder. Dessen ungeachtet hat das BVerwG im Jahre 1998 eine Satzung der Stadt Kassel zur Einführung einer kommunalen Verpackungssteuer u.a. wegen Verstoßes gegen einen – so erstmalig postulierten – „Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung“ für nichtig erklärt, weil die Satzung, so das BVerwG, dem im damaligen Abfallrecht – angeblich – zwingend angelegten Kooperationsprinzip widerspreche.¹⁰⁷

Diese Entscheidung wurde zwar vielfach kritisiert¹⁰⁸, hat aber faktisch die Bemühungen der Kommunen, durch Steuersatzungen auf eine Abfallvermeidung hinzuwirken, weitestgehend zum Erliegen gebracht. Angesichts dessen war die Erleichterung auf kommunaler Seite groß, als der 9. Senat des BVerwG am 24.05.2023 entschieden hat, dass die Stadt Tübingen nunmehr aufgrund der veränderten rechtlichen Rahmenbedingungen eine Verpackungssteuer erheben darf.¹⁰⁹ Das ist nachdrücklich zu begrüßen, weil der 9. Senat auf

¹⁰³ Bei der es in erster Linie um den Ausgleich von Außenbereichsprivilegierung und Planungshoheit ging, vgl. BT-Drs. 13/4978, S. 7; *Stier/Stier*, BauR 2021, 1735 (1735).

¹⁰⁴ Die Benutzung des Begriffs „Sackgasse“ ist an *Grigoleit/Engelbert/Strothe/Klanten*, NVwZ 2022, 512 (513) angelehnt.

¹⁰⁵ So ist die Konzentrationsflächenplanungsproblematik auch ein gesetzgeberisches Problem, vgl. *Kümper*, DVBl. 2021, 1591 (1593 ff.); *Marquard*, ZUR 2020, 598 (604); ausführlich: *Kment*, Gutachten (Fn. 92).

¹⁰⁶ Vgl. nunmehr Art. 4 Abs. 1 der Abfallrahmenrichtlinie 2008/98/EG und § 6 Abs. 1 KrWG.

¹⁰⁷ Vgl. BVerfGE 98, 106.

¹⁰⁸ Vgl. hier nur den Beitrag des damaligen Präsidenten des BVerwG *Sendler*, NJW 1998, 2875.

¹⁰⁹ Vgl. die Pressemitteilung des BVerwG Nr. 40/2023 vom 24.05.2023. Die Entscheidungsgründe lagen zum Zeitpunkt der Veröffentlichung noch nicht vor.

diese Weise einen wertvollen Beitrag zur Stärkung des – auch für den Klimaschutz bedeutsamen – Grundsatzes der Abfallvermeidung geleistet hat.