
aus: UPR 1988, 288 - 297

Wiederaufarbeitungsanlage ohne Bebauungsplan?

Zur Rechtslage nach dem Normenkontrollurteil des BayVGH vom 29. Januar 1988 – zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des § 183 VwGO –

Von RRef. und wiss. Mitarbeiter Dr. Ingo Kraft, Würzburg

I. Die Entscheidung des BayVGH

1. Zentrale Aussagen

Der BayVGH hat mit seinem Normenkontrollurteil vom 29. Januar 1988¹⁾ den konkret anlagenbezogenen Bebauungsplan „Westlicher Taxöldener Forst“, der den bisher erteilten Baugenehmigungen für Teile der Wiederaufarbeitungsanlage Wackersdorf (z. B. Brennelementeingangslager und Baugrube des Hauptprozeßgebäudes) zugrundelag, für nichtig erklärt. Diesen Bebauungsplan hatte das Landratsamt Schwandorf – nicht ohne aufsichtlichen Druck – nach Art. 10 a Abs. 5 Satz 1 BayGO erlassen²⁾, da zu diesem Zeitpunkt das Baugelände noch ausmärkisches Gebiet war.

Der BayVGH hat diesen Bebauungsplan wegen Verstoßes gegen das bauleitplanerische Abwägungsgebot für un-

gültig erachtet. Der Senat hat ein Abwägungsdefizit insoweit festgestellt, als die dem Vorhaben inhärenten Restrisiken aus ionisierender Strahlung vom Landratsamt als Normgeber im Rahmen des anlagenbezogenen Planungsprozesses zwar erkannt, aber nicht in die Abwägung eingestellt wurden.³⁾ Durch die Verweisung dieser radiologischen Probleme in das atomrechtliche Genehmigungsverfahren werde gegen das im Gebot der Konfliktbewältigung enthal-

¹⁾ 22 N 85 A.2635 – in diesem Heft, S. 276.

²⁾ Kritisch dazu *Zöllner*, Bauleitplanung im gemeindefreien Gebiet?, BayVBl 87, 549.

³⁾ So ausdrücklich die Begründung des Bebauungsplans „Westlicher Taxöldener Forst“ vom 14. Februar 1985 in der amtlichen Ausfertigung unter 2.7 (S. 29) und 2.8 (S. 30).

tene Verbot der Konfliktverlagerung verstoßen, da die sogenannten Restrisiken einer atomrechtlichen Genehmigung gerade nicht entgegenstehen können. Der Normgeber wäre also nach Ansicht des BayVGH verpflichtet gewesen, diesem Problembereich im Stadium der Bauleitplanung gerecht zu werden. Über die Restrisiken hinaus sind die radiologischen Problemfelder nach Ansicht des Senats nicht abwägungserheblich, da insoweit nach den Geboten der „Einheit der Rechtsordnung“ sowie der „Rechtsstaatlichkeit der Verwaltung“ de iure eine Konfliktbewältigung im atomrechtlichen Genehmigungsverfahren gewährleistet ist.

2. Aussichten einer Nichtvorlagebeschwerde

Aus der Tagespresse war zu entnehmen, daß im Staatsministerium des Inneren Überlegungen im Hinblick auf eine Nichtvorlagebeschwerde nach § 47 Abs. 7 Satz 1 VwGO n. F.⁴⁾ angestellt würden, die (jetzt) allerdings von der Gemeinde Wackersdorf oder der Landesanwaltschaft als Vertreterin des öffentlichen Interesses zu erheben wäre. Diese Gedanken werden wohl auch durch den im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes ergangenen Beschluß des BayVGH vom 10. Dezember 1985⁵⁾ genährt, in dem der Senat den Erlaß einer einstweiligen Anordnung für die jetzt entschiedene Hauptsache abgelehnt hatte. In den Gründen hatten die Richter selbst prognostiziert, daß im Hauptverfahren zur grundsätzlichen Klärung des entscheidungserheblichen Verhältnisses von Bauleitplanung und nachfolgendem Anlagengenehmigungsverfahren dem BVerwG nach § 47 Abs. 5 VwGO vorzulegen sei.⁶⁾ Somit scheinen die Erfolgchancen für dieses Rechtsmittel gar nicht so schlecht zu stehen.

a) Pflicht für Festsetzungen strahlenschutzrechtlicher Art?

Hinsichtlich der im Beschluß vom 10. Dezember 1985⁷⁾ aufgeworfenen Rechtsfrage nach dem Verhältnis von Bauleitplanung zu bau- und atomrechtlichem Anlagengenehmigungsverfahren hat sich der BayVGH seinerzeit auf die Parallelproblematik der Beziehungen Bauleitplanung – immissionsschutzrechtliches Genehmigungsverfahren bezogen.⁸⁾ Für diesen Bereich hatte das OVG Berlin in seiner Normenkontrollentscheidung vom 29. August 1983⁹⁾ den obligatorischen Regelungsbereich des Bebauungsplans auf Kosten des BImSchG-Genehmigungsverfahrens unter Berufung auf das Gebot der Konfliktbewältigung¹⁰⁾ stark ausgeweitet. Diese Verschiebung der Gewichte zwischen Bauleitplanung und Anlagengenehmigungsverfahren war unter anderem auch auf Kritik des BVerwG gestoßen¹¹⁾, und im Anschluß an dessen Stellungnahme wollte der BayVGH in seinem Beschluß vom 10. Dezember 1985 die eher restriktive Auffassung des BVerwG zum Gebot der planerischen Konfliktbewältigung auch für das Verhältnis von Bauleitplanung und atomrechtlichem Genehmigungsverfahren fruchtbar machen.

Indes sind diese beiden Problembereiche nicht kompatibel, und die Annahme der Verletzung des Gebotes der Konfliktbewältigung durch Konfliktverlagerung mangels bauleitplanerischer Festsetzungen strahlenschutzrechtlicher Art erweist sich als Scheinproblem. Übersehen wird bei der Aktivierung der genannten Topoi, daß die damit eröffnete Frage nach einer Festsetzungspflicht eine Festsetzungsmöglichkeit voraussetzt. Genau diese besteht aber in Bebauungsplänen hinsichtlich strahlenschutzrechtlicher Festsetzungen nicht. Das OVG Lüneburg hat in seinem Urteil vom 28. Oktober 1982¹²⁾ zur radiologischen Konfliktbewältigung

zumindest auf § 9 Abs. 1 Nr. 24, 3. Var. BBauG mit dem darin eröffneten Instrumentarium von „Vorkehrungen zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen im Sinne des Bundesimmissionsschutzgesetzes“ abgestellt. Dabei wurde allerdings übersehen, daß § 2 Abs. 2 BImSchG den Anwendungsbereich des Gesetzes auf nichtionisierende Strahlung beschränkt, so daß der Strahlenbegriff des § 3 Abs. 2 BImSchG die ionisierende Strahlung nicht umfaßt.¹³⁾ Demgegenüber hat der BayVGH in seinem zitierten Beschluß¹⁴⁾ gar nicht erst nach einer potentiellen Rechtsgrundlage gesucht, sondern unter vorschneller Bezugnahme auf die Parallelproblematik im Verhältnis von Bauleitplanung und BImSchG-Genehmigungsverfahren abgestellt und dabei nicht beachtet, daß im Bebauungsplan strahlenschutzrechtliche Festsetzungen überhaupt nicht getroffen werden können.¹⁵⁾ Wenn aber schon keine Festsetzungsmöglichkeit besteht, erübrigt sich die Frage nach einer Festsetzungspflicht.¹⁶⁾

b) Abwägungsrelevanz radiologischer Standortprobleme

Infolgedessen reduziert sich die Rechtsfrage auf das Problem, ob bei atomanlagenbezogenen Bebauungsplänen trotz des Mangels an spezifisch strahlenschutzrechtlichen Instrumenten im Bauplanungsrecht boden- und standortbezogene Problemfelder mit ihren radiologischen Implikationen in die Abwägung nach § 1 Abs. 6 BauGB einzustellen sind. Auch hier ist, wie bei der Parallelkonstellation des Verhältnisses von Bauleitplanung und immissionsschutzrechtlichem Genehmigungsverfahren¹⁷⁾, nach der Relevanz und Lösungsmöglichkeit der genannten Problembereiche im atomrechtlichen Genehmigungsverfahren zu fragen. Dazu ist primär abzuklären, welche Genehmigungserfordernisse für eine Wiederaufarbeitungsanlage bestehen.

(1) Für den Bereich des § 7 Abs. 1 AtG, dessen Anlagenbegriff jedenfalls durch das Hauptprozeßgebäude erfüllt

⁴⁾ Das Institut der Nichtvorlagebeschwerde wurde in die VwGO durch Gesetz vom 8. Dezember 1986, BGBl I, S. 2191 mit Wirkung vom 1. Juli 1987 an eingeführt. Diese Änderung der VwGO ist im Zusammenhang mit dem Baugesetzbuch ergangen, nachdem dem BVerwG ohne dieses Druckmittel allein aufgrund der Regelung des § 47 Abs. 5 VwGO so gut wie nie zur Entscheidung vorgelegt wurde; vgl. BVerwG, Beschluß vom 17. Februar 1984, DVBl 84, 343; Stich in: Festschrift für Menger, 1985, S. 847 (848 ff.). Zur Neuregelung vgl. v. Oertzen, DÖV 88, 296.

⁵⁾ DVBl 86, 688.

⁶⁾ A. a. O. S. 690 und 691.

⁷⁾ (Fn. 5).

⁸⁾ Vgl. dazu umfassend: *Verf.*, Immissionsschutz und Bauleitplanung. Ein Beitrag zur dogmatischen Harmonisierung der beiden Rechtsbereiche sowie zur Kritik der Typisierungsmethode, Schriften zum Umweltrecht Bd. 9, Berlin 1988, S. 59 ff., 92 ff. und passim.

⁹⁾ DVBl 84, 147 (148) mit ablehnender Anmerkung von *Gierke*.

¹⁰⁾ Vgl. dazu *Hoppe* in: Festschrift für Ernst, 1980, S. 215 (218 f.); *Grob*, Konfliktbewältigung im Bauplanungsrecht, 1988, S. 50 ff. und passim; *Hoppel/Beckmann*, NuR 88, 6; zu Recht kritisch zu dem unreflektierten Umgang mit derartigen Begriffen in der Rechtsprechung der Instanzgerichte *Sendler*, WtVerw. 85, 211 ff. Vorsichtig jetzt auch BVerwG, Beschluß vom 28. August 1987, DVBl 87, 1273 (1275).

¹¹⁾ BVerwG, Beschluß vom 17. Februar 1984, DVBl 84, 343.

¹²⁾ BRS 39 Nr. 20, S. 38 (44 f.) = UPR 83, 205 (207).

¹³⁾ Da nach dem Urteil des BVerwG vom 24. April 1970, BRS 23 Nr. 6, S. 13 der in § 9 Abs. 1 BBauG aufgezählte Katalog bis auf die in § 9 Abs. 4 BBauG genannten Ausnahmen abschließend ist, kommt auch nicht etwa eine Analogie in Betracht.

¹⁴⁾ 10. Dezember 1985 (Fn. 5).

¹⁵⁾ Das übersieht auch *Grob* (Fn. 10), S. 111 ff.

¹⁶⁾ So schon *Verf.* (Fn. 8), S. 93 f.

¹⁷⁾ Dazu *Verf.* (Fn. 8), S. 94 f.

wird, gibt die Genehmigungsvoraussetzung in Absatz 2 Nr. 6 eine positive Antwort auf die Frage nach der Bedeutung radiologischer Standortprobleme.

(2) Nach Ansicht des BayVGH in seinem Urteil vom 2. April 1987¹⁸⁾ zur ersten Teilerrichtungsgenehmigung für die Wiederaufarbeitungsanlage erfüllt das Brennelementeingangslager *nicht* den atomrechtlichen Anlagenbegriff i. S. d. § 7 Abs. 1 AtG als „mit dem Anlagekern räumlich und betrieblich zusammenhängende Einrichtung, die unter nuklearspezifischen Gesichtspunkten einen gefahrlosen Betrieb überhaupt erst ermöglicht“. ¹⁹⁾ Dieser enge, auch vom BVerwG favorisierte Anlagenbegriff nach § 7 Abs. 1 AtG, der sich unmittelbar und ausschließlich am nuklearspezifischen Gefahrenschutz als im Zweifel prävalenten²⁰⁾ Normzweck des AtG orientiert, schließt das atomrechtliche Genehmigungserfordernis für die *Errichtung* eines Brennelementeingangslagers aus.²¹⁾ Das ist dann tragbar, wenn die standort- und gebäudebezogenen radiologischen Problemfelder und damit nuklearspezifische Sicherheitsmaßstäbe im Baugenehmigungsverfahren Berücksichtigung finden. Aber selbst das hat der BayVGH in einem fragwürdigen zweiten Argumentationsschritt verneint, indem er den nuklearen Nutzungszweck aus den Anforderungen des Art. 74 BayBO ausgeblendet hat und allein der zukünftigen *Nutzungserlaubnis* nach § 6 AtG vorbehalten will.²²⁾

Beide Momente zusammen bewirken, daß zur Zeit Teile der Wiederaufarbeitungsanlage allein aufgrund von mit Sofortvollzug ausgestatteten Baugenehmigungen ohne atomrechtliche Prüfung errichtet werden, zumal die noch streitbefangene erste Teilerrichtungsgenehmigung vom 24. September 1985 am 27. März 1987 teilweise zurückgenommen wurde, so daß momentan überhaupt kein die Gesamtanlage tragendes vorläufiges positives Gesamturteil die Teilerrichtungen stützt.²³⁾

Die durch diese Abschtung der Rechtsbereiche eröffnete Möglichkeit von Errichtung nach Baurecht und späterer Prüfung nach Atomrecht präkludiert de facto die nuklearspezifischen standort- und bodenbezogene Probleme. Diese könnten zwar noch einer positiven Entscheidung nach § 6 AtG entgegenstehen. Aber wer wird zu einem späteren Zeitpunkt angesichts des Baufortschritts, der durch die mit Sofortvollzug ausgestatteten Baugenehmigungen erreicht werden konnte, realistischere annehmen wollen, daß dies die Fortsetzung der Errichtung und die Inbetriebnahme der Anlage noch verhindern könnte? Infolge der hier vorgeführten Aufspaltung in zwei tatsächlich nacheinander ablaufende, nach Bau- und Atomrecht getrennte Verfahren wird erreicht, daß standort- und betriebsbezogene Rügen gegen die Baugenehmigung nicht vorgebracht werden können. Dieses Vorgehen untergräbt den Rechtsgedanken der Verfahrensstufung mit der Vorstellung des jeder Teilgenehmigung inhärenten vorläufigen positiven Gesamturteils. Durch die die sukzessiven Genehmigungen verklammernde vorläufige Gesamtbeurteilung berechtigen bei der echten Verfahrensstufung auch betriebsbezogene radiologische Aspekte zur Anfechtung einer (Teil-)Errichtungsgenehmigung²⁴⁾, so daß eine erfolgreiche Anfechtung auf jeder Stufe die Legalisierungswirkung hinsichtlich der Errichtung *total* beseitigt. Diese Aufbrechung der Verklammerung durch Verteilung des Rechtsstoffes auf zwei verschiedene aufeinanderfolgende Verfahren beeinträchtigt die Effektivität des Rechtsschutzes jedoch erheblich.

Die bereits verbauten Mittel erzeugen aber erfahrungsgemäß einen starken wirtschaftlichen Druck in Richtung auf

eine „Beurteilungs- und Ermessensreduktion auf Null“, eine erhebliche Selbstbindung der Verwaltung im nicht-normativen Sinn und damit einen gewichtigen faktischen Bestandsschutz.²⁵⁾ Angesichts dieser, der Anwendung des „Kartoffel-Theorems“²⁶⁾ durchaus zugänglichen Zwangslage erscheint der Hinweis des BayVGH²⁷⁾ auf das eigene Risiko des Bauherrn, mit seinen Errichtungsinvestitionen im Falle der durchaus denkbaren Nichterteilung der Genehmigung nach § 6 AtG „baden zu gehen“, eher hypothetisch, aber nicht nur, wie der Senat ausführt, wegen des normalerweise rationellen und ökonomischen Planungsverhaltens des Vorhabenträgers, sondern eventuell eben auch wegen relativierter rechtlicher Anforderungen infolge starker ökonomischer Zwänge.²⁸⁾ Im Hinblick auf die beschriebenen Gefahren der Verwaltungswirklichkeit könnte man sich eine Problemkompensation in dem Sinne vorstellen, daß die realistischere Entscheidung nach § 6 AtG nicht mehr steuerbare Standortfrage mit ihren radiologischen Implikationen durch Anwendung des Gebotes der Konfliktbewältigung in die Ebene der Bauleitplanung vorverlagert würde und obligatorische Abwägungsrelevanz besäße. Dadurch wäre auch der in seiner Effizienz erheblich beschnittene Rechtsschutz wiederhergestellt.

Eine adäquate, wenn nicht sogar vorzugswürdige Lösungsalternative ist jedoch die Übernahme des von

¹⁸⁾ Az.: 22 A 85 T. 7, 9, 19, 22 und 25; vgl. auch Beschluß vom 11. Dezember 1987, -22 AE 87.40012-, aml. Ausfertigung S. 5 f.

¹⁹⁾ So die Formulierung des BVerwG, Urteil vom 22. Dezember 1985 (Wyhl), DVBl 86, 190 (198).

²⁰⁾ Die gängige Formulierung vom „Vorrang des Schutz- vor dem Förderungszweck“ (vgl. nur BVerwG, Urteil vom 16. März 1972, DVBl 72, 678 [680]; BVerfG, Beschluß vom 20. Dezember 1979, BVerfGE 53, 30 [58]) entspricht, wie Hofmann, BayVBl 83, 33 (36) aufgezeigt hat, weder der in § 1 AtG zum Ausdruck kommenden legislatorischen Systematik, noch den Gesetzen der Logik. Da das Atomgesetz die Nutzung der Nukleartechnik erst konstitutiv eröffnet und keine vom Gesetzgeber vorgefundene privatwirtschaftliche Tätigkeit geregelt hat Hofmann a. a. O. S. 35 mit dem Hinweis auf das europäische und damit öffentliche Eigentum an Kernbrennstoffen), gründet der Schutz- auf dem die Kernenergienutzung ermöglichenden Förderungszweck. Das schließt natürlich nicht aus, und so ist wohl auch die gängige Formel gemeint, daß in Zweifelsfällen der Schutzzweck Präferenz genießt.

²¹⁾ Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Beigeladenen wurde die Revision gegen das Urteil des BayVGH nach § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO zugelassen, um „dem Senat Gelegenheit zu geben, den in § 7 Abs. 1 des Atomgesetzes verwendeten Begriff der Anlage zur Aufarbeitung bestrahlter Kernstoffe zu klären“. So BVerwG, Beschluß vom 29. September 1987, Az.: 7 B 161.87.

²²⁾ A. a. O. S. 14 des amtlichen Urteilsabdrucks; Beschluß vom 13. Mai 1987, DVBl 88, 151 (152); Beschluß vom 11. Dezember 1987, -22 AE 87.40012-, aml. Abdruck S. 7 ff.

²³⁾ BVerwG, Beschluß vom 29. September 1987, NVwZ 88, 151 im Rahmen der Nichtzulassungsbeschwerde gegen das Urteil des BayVGH vom 2. April 1987.

²⁴⁾ Das BVerwG stellt in diesem Zusammenhang zu Recht heraus, daß eine Anlage ja nur errichtet wird, um betrieben zu werden, und deshalb eine Anfechtbarkeit der Errichtungsgenehmigung mit betriebsbezogenen Argumenten zulässig ist. Vgl. BVerwG, Urteil vom 16. März 1972, DVBl 72, 678 (679); Urteil vom 22. Dezember 1985, DVBl 86, 190 (193); BVerfG, Beschluß vom 20. Dezember 1979, BVerfGE 53, 30 (50 f.). Dazu auch Hofmann, UPR 84, 73 (80). Die Identität der Interessenlage bei gestuften und parallelen Genehmigungsentscheidungen betont auch M. Wagner, Die Genehmigung umweltrelevanter Vorhaben in parallelen und konzentrierten Verfahren, 1987, S. 223 ff. für seinen Lösungsansatz zur Rechtslage bei parallelen Genehmigungsverfahren.

²⁵⁾ Vgl. dazu Degenhart, AÖR 103 (1978), 163 (178 ff.).

²⁶⁾ „Jetzt stehen die Kartoffeln schon auf dem Tisch, jetzt müssen sie auch gegessen werden.“

²⁷⁾ Beschluß vom 13. Mai 1987, DVBl 88, 151 (152); Beschluß vom 11. Dezember 1987, -22 AE 87.40012-, S. 10 f.

²⁸⁾ An dieser Stelle erscheint ein Hinweis auf die wirtschaftliche Verflechtung und den streckenweisen Gleichlauf der Interessen von Staat und Vorhabenträgern nicht unangebracht; vgl. Hofmann, UPR 84, 73 (76); Hoffmann-Riem, VVDStRL 40 (1982), 187 (211 ff. und 204 f. zur Gefahr der Relativierung rechtlicher Anforderungen); dazu auch Bohne, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 224 f. Jetzt aber auch sehr deutlich BVerfG, Beschluß vom 26. Januar 1988, DVBl 88, 342 (343).

Gaentzsch²⁹⁾ entwickelten Modells zu den Konkurrenzproblemen administrativer Genehmigungsverfahren infolge mehrfacher Berücksichtigung identischer materiellrechtlicher Gesichtspunkte.³⁰⁾ Dabei wird in den Bereichen, für die keine Konzentrationswirkung angeordnet ist, streng zwischen Genehmigungs- als Tatbestandsvoraussetzungen und Regelungsgehalt der Genehmigung als Rechtsfolge unterschieden.³¹⁾ Primär ist der Blick auf die Rechtsfolge des Genehmigungstatbestandes zu richten: Was kann überhaupt Output des administrativen Verfahrens sein? An dieser Stelle ist vom Regelungsgehalt her zwischen materiell feststellenden und verfügenden Genehmigungen zu differenzieren (vgl. z. B. Art. 74 BayBO und § 4 GastG); nur bei den Erstgenannten bildet die Feststellung der Genehmigungsvoraussetzungen gleichzeitig den Regelungsgehalt, während sie bei den Letztgenannten lediglich als Vorfrage nicht zur bindungsauslösenden Regelung gehört.³²⁾ Somit kann sich bei einem derartigen Nebeneinander von feststellenden und verfügenden Genehmigungen keine echte Konkurrenzsituation einstellen, da sich nur die Tatbestandsvoraussetzungen, nicht aber die Regelungsinhalte überschneiden können. Eine echte Gemengelage ist nur zwischen mehreren Genehmigungen feststellenden Charakters denkbar (Art. 74 BayBO und § 7 AtG), wo dann die exklusiven Regelungsgehalte der Genehmigungen anhand von Kompetenzuntersuchungen durch Normzweckanalysen sowie Erwägungen speziellerer administrativer Sachnähe und Fachkunde zu bestimmen sind.³³⁾

Letzteres braucht hier hingegen nicht vertieft zu werden, da bei Anwendung des engen, ein Brennelementeingangslager von der Genehmigungspflicht nach § 7 Abs. 1 AtG ausschließenden Anlagenbegriffes nur die Genehmigungserfordernisse des Art. 65 Satz 1 BayBO und des § 6 Abs. 1 AtG nebeneinanderstehen. Vom Charakter her ist § 6 AtG aber nur eine *Nutzungs*genehmigung, so daß sie wegen ihres rein gestattenden Inhalts ohne feststellenden Regelungsgehalt nicht mit der Baugenehmigung konkurrieren kann und hinsichtlich der *Errichtung* kein Art. 74 BayBO verdrängendes Prüfungsmonopol im Bezug auf atomrechtliche Fragestellungen beansprucht. Mangels eines speziellen Genehmigungstatbestandes im Atomgesetz für die Errichtung eines Brennelementeingangslagers gehört zu den in Art. 74 BayBO genannten öffentlich-rechtlichen Vorschriften auch materielles Atomrecht, d. h. die baurechtlichen Anforderungen werden durch die nuklearspezifischen Sicherheitsmaßstäbe ausgefüllt, denn jedem Bauvorhaben ist doch ein bestimmter Nutzungszweck inhärent.³⁴⁾ Von diesem kann für die baurechtliche Prüfung nicht abstrahiert werden, denn er determiniert insbesondere die bauplanungsrechtliche, aber auch die bauordnungsrechtliche Zulässigkeitsprüfung eines Vorhabens. Somit ist die Vorstellung des BayVGH einer quasi zweckfreien Beurteilung des Brennelementeingangslagers im Rahmen des Baugenehmigungsverfahrens verfehlt, und vor Erteilung einer Baugenehmigung sind auch die standort- und gebäudebezogenen radiologischen Fragen zu prüfen. Wenn man dem folgt, kann aber die oben konstatierte Rechtsschutzlücke für Standortprobleme aus ionisierender Strahlung infolge faktischen Bestandsschutzes nicht auftreten.

Somit ist im Rahmen der Nichtvorlagebeschwerde die Beantwortung der offenen Rechtsfrage nach der Reichweite des Gebots der Konfliktbewältigung für boden- und standortbezogene radiologische Problemfelder in der Abwägung nach § 1 Abs. 6 BauGB abhängig von der Garantie frühzeiti-

ger Steuerungsmöglichkeit dieser Aspekte bei der Errichtungsgenehmigung. Wenn dies entweder bei weitem Anlagenbegriff in der Entscheidung nach § 7 AtG oder bei engem Anlagenbegriff im Baugenehmigungsverfahren gelingt, erscheint eine umfassende Berücksichtigungspflicht im Stadium der Bauleitplanung nicht zwingend notwendig und kann, wie es im Normenkontrollurteil des BayVGH zum Ausdruck kommt, auf die sogenannten Restrisiken reduziert werden. Nur der vom BayVGH im Urteil vom 2. April 1987 eingeschlagene Mittelweg, das Genehmigungserfordernis nach § 7 AtG auszuschließen und die radiologischen Problemfelder aus Art. 74 BayBO auszublenden ist m. E. nicht gangbar und würde eine umfassende Konfliktbewältigung im Bebauungsplan erfordern.

II. Auswirkungen auf die erteilten Baugenehmigungen

1. Materielle Seite – Änderung des planungsrechtlichen Beurteilungsmaßstabes

Nach der Nichtigkeitfeststellung des qualifizierten Bebauungsplans richtet sich die planungsrechtliche Beurteilung der Zulässigkeit des Vorhabens für die nicht mehr anfechtbaren Baugenehmigungen nach § 35 BBauG und für die noch nicht bestandskräftigen Bauerlaubnisse nach § 35 BauGB³⁵⁾; denn das Baugrundstück ist dem Außenbereich im Sinne des § 19 Abs. 1 Nr. 3 BauGB zuzuordnen.

a) Privilegiertes Vorhaben?

(1) § 35 Abs. 1 Nr. 4 BBauG und BauGB

Dieser Privilegierungstatbestand stellt darauf ab, daß das Vorhaben „... der öffentlichen Versorgung mit Elektrizität... dient...“. Wegen der ebenfalls in der Nr. 4 genannten *ortsgebundenen* gewerblichen Betriebe wertet das BVerwG das Merkmal der räumlichen Fixierung als Spezifikum aller unter dieser Nummer zusammengefaßten Anlagen.³⁶⁾ Die dadurch ausgelöste Kontroverse um diese nicht sehr überzeugende Einschränkung³⁷⁾ ist aber für eine Wiederaufarbei-

²⁹⁾ NJW 86, 2787 (2789 ff.).

³⁰⁾ Dazu schon Kolb, BayVBl 67, 151; Ebner, GewArch 78, 48; Henseler, DVBl 82, 390; Upmeyer, NuR 86, 309; Orloff, NJW 87, 1665 und umfassend Jarass, Konkurrenz, Konzentration und Bindungswirkung von Genehmigungen, 1984, passim; M. Wagner (Fn. 24), S. 190 ff. und passim.

³¹⁾ So auch BVerwG, Urteil vom 22. Dezember 1985 (Wyhl), DVBl 86, 190 (198); Urteil vom 18. September 1987, UPR 88, 102 f.

³²⁾ Das erinnert stark an die prozeßrechtliche Parallele, daß die Rechtskraft des Urteils sich nicht auf Vorfragen erstreckt, wenn nicht auf Antrag ein Zwischenfeststellungsurteil ergeht; vgl. nur BVerwG, Urteil vom 28. Januar 1959, DVBl 59, 398.

³³⁾ Ausführlich zu dem Gesagten Gaentzsch, NJW 86, 2787 (2790 ff.). Sein Lösungsweg ist eine gestufte Kombination der bisher als Fachbindung und Separation bezeichneten Ansätze. Durch diese Verbindung der beiden Modelle werden die bei M. Wagner (Fn. 24), S. 198 angeführten Kritikpunkte gegenüber der Separationskonzeption weitgehend ausgeräumt.

³⁴⁾ So auch der 7. und der 4. Senat des BVerwG in ihrer Äußerung vom 20. Oktober 1987 und 5. November 1987, betreffend das anhängige Verfahren der Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG (1 BvR 852/87) gegen den Beschluß des BayVGH vom 13. Mai 1987 - 22 AS 87.40008 und 40009-; OVG Münster, Beschluß vom 22. Oktober 1987, DVBl 88, 155 (157). Vgl. auch M. Wagner (Fn. 24), S. 75.

³⁵⁾ Vgl. die Überleitungsvorschrift des § 236 Abs. 1 BauGB.

³⁶⁾ Urteil vom 21. Januar 1977, DVBl 77, 526 (528).

³⁷⁾ Vgl. dazu insbesondere Dolde, NJW 83, 792 mit umfassenden Nachweisen auf den Streitstand; Hoppe in: Ernst/Hoppe, Das öffentliche Bau- und Bodenrecht, Raumplanungsrecht, 2. Auflage 1981, Rdnr. 402; Dyong in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, Baugesetzbuch (1987), § 35, Rdnr. 55; Krautzberger in: Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch, 2. Auflage 1987, § 35, Rdnr. 36.

tungsanlage nicht entscheidungserheblich, da m. E. jedenfalls die Voraussetzung des „Dienens“ abzulehnen ist. Dieses normative Tatbestandsmerkmal fordert zwar keine Unentbehrlichkeit oder zwingende Notwendigkeit der Anlage für den genannten Zweck, aber es ist andererseits auch anerkannt, daß bloße Zweckförderung nicht ausreicht.³⁸⁾ Stillschweigend ist man jedoch bisher davon ausgegangen, daß ein „Mindestmaß an Unmittelbarkeit“ der Finalbeziehung³⁹⁾, wie sie beispielsweise bei Kraftwerken im Verhältnis zum Zweck der Energieversorgung vorliegt, vorauszusetzen ist. Dies ist aber gerade bei einer Wiederaufarbeitungsanlage nicht der Fall, da hier nur eine mittelbare Finalität zur Energieversorgung besteht; denn dieser Anlagentypus liefert selbst keine Energie und erscheint zur Energieversorgung auch nicht erforderlich. Eine auch derart vermittelte Finalbeziehungen umfassende Ausweitung des „Dienens“ würde aber zu einer unerwünschten Auflösung der legislatorisch konturierten Ausnahmen vom Gebot der grundsätzlichen Freihaltung des Außenbereichs führen.

(2) § 35 Abs. 1 Nr. 5 BBauG

Die zweite Alternative der Nr. 5 privilegiert ein Vorhaben, das „...wegen seiner nachteiligen Wirkung auf die Umgebung... nur im Außenbereich ausgeführt werden soll.“ Das BVerwG hat im Wyhl-Urteil, der ganz h. M.⁴⁰⁾ folgend, unter diesen Tatbestand auch Kernkraftwerke „...wegen ihres eigenen Gefahrenpotentials und im Hinblick auf die mit ihrem Betrieb verbundenen Emissionen radioaktiver Stoffe...“ subsumiert.⁴¹⁾ Mit dieser Argumentation ist zweifellos erst recht eine Wiederaufarbeitungsanlage als privilegiertes Vorhaben i. S. d. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BBauG anzusehen.

(3) § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB

Die noch nicht bestandskräftigen Genehmigungen sind planungsrechtlich nach den Normen des Baugesetzbuches zu beurteilen, das für kerntechnische Anlagen einen neuen Privilegierungstatbestand zur Verfügung stellt. Die Gesetz gewordene Fassung lautet:

„Im Außenbereich ist ein Vorhaben nur zulässig, ...wenn es 1.-5....

6. der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Kernenergie zu friedlichen Zwecken oder der Entsorgung radioaktiver Abfälle dient.“

Diese Novellierung tauchte im Gesetzgebungsverfahren zuerst in der Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Gesetzes über das Baugesetzbuch als modifizierte Nr. 4 auf. „Rechtliche Zweifel, ob es sich bei kerntechnischen Anlagen, ...und bei Anlagen zur Entsorgung radioaktiver Abfälle um privilegierte Vorhaben i. S. des Absatzes 1 handelt, sollen ausgeräumt werden.“⁴²⁾ In der Gegenäußerung der Bundesregierung wurde dieser Vorschlag des Bundesrates aufgenommen und redaktionell als eigene Nr. 6 gefaßt. Wegen des inzwischen bekanntgewordenen Wyhl-Urteils des BVerwG wurde dieser Änderung aber nur deklaratorische Bedeutung zugemessen.⁴³⁾ Der 16. Ausschluß schloß sich dieser „Klarstellung“ „mit Rücksicht auf die höchstrichterliche Rechtsprechung“ an.⁴⁴⁾

Der erste Halbsatz deckt eine Wiederaufarbeitungsanlage nicht, denn das Vorhaben ist keine Forschungsanlage und liefert selbst keine Energie.⁴⁵⁾ Was die sowohl Wiederaufarbeitung, als auch Zwischen- und Endlagerung umfassende atomare Entsorgung⁴⁶⁾ angeht, erscheint der zweite Halbsatz als *lex specialis* auch vorrangig. Er scheidet als Privilegierungstatbestand einer Wiederaufarbeitungsanlage aber

ebenfalls aus, da er durch den verwendeten Terminus der „radioaktiven Abfälle“ als Entsorgungsobjekt nur Vorhaben im Zusammenhang mit der Endlagerung privilegiert.

Nach der authentischen Vorgabe des Gesetzgebers in § 9 a Abs. 1 AtG werden radioaktive Stoffe, die der Verwertung durch Wiederaufarbeitung (Nr. 1) zuzuführen sind, als radioaktive *Reststoffe* bezeichnet. Der Begriff der radioaktiven Abfälle baut auf dem Reststoffbegriff auf, denn radioaktive *Abfälle* im Sinne des Gesetzes sind radioaktive Reststoffe, bei denen die in Nr. 2 genannten Verwertungsvoraussetzungen nicht gegeben sind, und die deshalb durch Endlagerung zu beseitigen sind.⁴⁷⁾ Zum primären Entsorgungspfad der Wiederaufarbeitung gehört also als Objekt der Begriff der radioaktiven Reststoffe, während die subsidiäre Endlagerung auf die Beseitigung radioaktiver Abfälle ausgerichtet ist. Gemäß diesem vom Gesetzgeber selbst entwickelten Begriffssystem sind also lediglich Zwischen- und Endlagerstätten nach § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB privilegiert, nicht aber Wiederaufarbeitungsanlagen.

Gegenüber diesem Ergebnis grammatikalischer und systematischer Interpretation hilft auch die subjektive Auslegung nicht weiter, denn zum einen ist auch hier nur von der Entsorgung radioaktiver *Abfälle* die Rede, und zum anderen wird, erkennbar durch die Berufung auf das Wyhl-Urteil des BVerwG, nur auf kerntechnische Anlagen in Form von Kernkraftwerken abgestellt.⁴⁸⁾

Wegen des sowohl Endlagerung als auch Wiederaufarbeitung umfassenden Entsorgungsbegriffs in § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB ist aber der Rückgriff auf die oben geprüften Nummern 4 und 5 ausgeschlossen, da insoweit die Kodifikationswirkung der Nr. 6 eingreift.⁴⁹⁾ Mangels einer erkennbaren Gesetzeslücke scheidet auch eine analoge Anwendung aus, so daß nach der Rechtslage im Baugesetzbuch eine Wiederaufarbeitungsanlage nicht als privilegiertes Vorhaben zu

³⁸⁾ BVerwG, Urteil vom 7. Mai 1976, BVerwGE 50, 346 (349); Urteil vom 24. August 1979, DÖV 79, 905 (906); Gelzer, Bauplanungsrecht, 4. Auflage 1984, Rdnrn. 1127 ff. und 1183; Dyong in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg (Fn. 37), § 35 BauGB, Rdnr. 56; Krautzberger in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 37), § 35 BauGB, Rdnr. 40.

³⁹⁾ Vgl. BVerwG, Urteil vom 21. Januar 1977, DVBl 77, 526 (528); BayVGh, Urteil vom 20. Dezember 1972, BRS 27, Nr. 61, S. 94; Weyreuther, Bauen im Außenbereich, 1979, Stichwort „Dienen“ sub 9.

⁴⁰⁾ OVG Lüneburg, Beschluß vom 29. Dezember 1981, NVwZ 82, 257 (259); Dolde, NJW 83, 792 (793) m. w. N.; Ottmann, BauR 78, 298; Kröncke, UPR 82, 10; Gelzer (Fn. 38), Rdnrn. 1180 und 1185, A. A. Hoppe, NJW 78, 1229 (1232); ders. DVBl 82, 913 (915 ff.). Vgl. auch BayVGh, Urteil vom 24. Mai 1984, BayVBl 84, 659 (659 f.) zur Privilegierung einer Sammelstelle für schwach- und mittelradioaktive Abfälle nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BBauG.

⁴¹⁾ Urteil vom 19. Dezember 1985, DVBl 86, 190 (198).

⁴²⁾ BT-Drucks. 10/5027, S. 9 (Nr. 34).

⁴³⁾ BT-Drucks. 10/5111, S. 6 (Zu 34.).

⁴⁴⁾ BT-Drucks. 10/6166, S. 132 (sub III. 2. e) und S. 155 (sub IV. Zu Art. 1 Nr. 34 [§ 35]).

⁴⁵⁾ A. A. Krautzberger in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 37) § 35 BauGB, Rdnr. 43; Dyong in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg (Fn. 37) § 35 BauGB, Rdnr. 71 ohne weitere Begründung. Zum Ausschluß vermittelter Finalbeziehungen vgl. oben sub (1).

⁴⁶⁾ Atomare Entsorgung ist kein durch das Atomgesetz abgedeckter Rechtsbegriff, hat sich aber als umfassender Begriff der Verwertung und Beseitigung radioaktiver Reststoffe eingebürgert. Vgl. Hofmann, Rechtsfragen der atomaren Entsorgung, 1981, S. 43.

⁴⁷⁾ Vgl. Hofmann (Fn. 46), S. 104, S. 117, S. 202; H. Wagner, DVBl 83, 574 (575); M. Wagner (Fn. 24), S. 70; OVG Lüneburg, Beschluß vom 29. Dezember 1981, NVwZ 82, 256 (257 f.); BayVGh, Urteil vom 7. Februar 1985, NVwZ 85, 761 (762 f.).

⁴⁸⁾ Zu teleologischen Gesichtspunkten siehe unten sub b) (2) a. E.

⁴⁹⁾ Vgl. auch Krautzberger in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 37) § 35 BauGB, Rdnr. 43, der allenfalls einen hilfsweisen Rekurs zulassen will.

würdigen ist, und sich ihre planungsrechtliche Zulässigkeit nach § 35 Abs. 2 BauGB richtet.⁵⁰⁾

b) Abwägung mit entgegenstehenden bzw. beeinträchtigenden öffentlichen Belangen

Als privilegiertes Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BBauG und als sonstiges Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB ist eine Wiederaufarbeitungsanlage nur zulässig, wenn öffentliche Belange nicht entgegenstehen bzw. beeinträchtigt werden. In beiden Varianten ist eine „nachvollziehende“ Abwägung durchzuführen⁵¹⁾, wobei natürlich einem privilegierten Vorhaben ein der legislatorischen Privilegierung entsprechendes Gewicht zuzumessen ist.⁵²⁾ Als öffentliche Belange lassen sich zum einen radiologische Risiken und zum anderen ein Planungserfordernis denken.

(1) Radiologische Risiken

Die vom BayVGH in seinem Normenkontrollurteil nach § 1 Abs. 5 Nr. 7 Absatz 6 BauGB als abwägungserheblich konstatierten radiologischen Risiken der Wiederaufarbeitungsanlage stellen auch einen öffentlichen Belang im Sinne des § 35 Abs. 3 BBauG/BauGB dar. Da die Baugenehmigungsbehörde jedoch zur bauplanungsrechtlichen Prüfung der beantragten Baugenehmigungen nach § 30 BBauG vorgegangen ist, ja vorgehen mußte, da sie durch den Bebauungsplan gebunden war und bei erkannter Nichtigkeit der Norm zur Wahrung der Rechtssicherheit ein Aufhebungsverfahren hätte durchführen müssen⁵³⁾, hat eine Abwägung der privaten Interessen des Bauwerbers mit den öffentlichen Belangen überhaupt nicht stattgefunden, ja durfte überhaupt nicht durchgeführt werden. Wegen dieses zwingenden Abwägungsausfalls sind die erteilten Baugenehmigungen materiell rechtswidrig.

(2) Planungserfordernis

Die von der Literatur zum Teil sehr weit gefaßte Einschränkung der Planersatztatbestände durch Kreation eines Planungsbedürfnisses als entgegenstehendem öffentlichen Belang⁵⁴⁾ ist die Rechtsprechung nur für Teilgebiete ausdrücklich gefolgt. Die dogmatische Entwicklung soll an dieser Stelle nicht nachgezeichnet werden. Vielmehr sind nur die für unser Thema relevanten Aspekte zu beleuchten.

Bezüglich der Außenkoordination ist sowohl für privilegierte, als auch für sonstige Vorhaben kein Planungserfordernis anzuerkennen.⁵⁵⁾ Insoweit werden die Planersatztatbestände des § 35 BBauG/BauGB dem Regelungsbedarf gerecht. Mit der grundsätzlichen Entscheidung für die Freihaltung des Außenbereichs und der Genehmigungsfähigkeit als Ausnahme hat der Gesetzgeber ein geschlossenes System geschaffen, mit dem die Integration eines konkreten Vorhabens in die großflächige Raumgestaltung gelingen kann. Insoweit sind keine Problemfelder ersichtlich, die strukturell nicht mit dem Raster des § 35 bewältigt werden könnten.

Anders ist dies jedoch hinsichtlich der Binnenkoordination eines Vorhabens. § 35 BBauG/BauGB ist von vornherein nur auf die Abstimmung mit Blickrichtung nach außen angelegt und versagt dann, wenn das Vorhaben selbst vom Umfang her eine gewisse Größe überschreitet. Sobald ein Vorhaben wie die in Wackersdorf geplante Wiederaufarbeitungsanlage auf ca. 120 ha dimensioniert ist und mehr als 20 bauliche Anlagen umfaßt, die untereinander aus Sicherheitsgründen in spezifischer Weise gestaffelt werden müssen, helfen Plansubstitutionsvorschriften nicht mehr weiter. Je größer ein sich aus Einzelkomponenten zusammensetzen

des Vorhabens ist, desto intensiver wird das Bedürfnis nach parzellenscharfer Gestaltung innerhalb des Vorhabens in Form einer administrativ verantworteten Abwägungsentscheidung. Für dieses durch Größe und Struktur eines Vorhabens hervorgerufene Binnenkoordinationserfordernis ist aber die in § 35 BBauG/BauGB angelegte Dichotomie „privilegierte – sonstige Vorhaben“ ohne Bedeutung.⁵⁶⁾ Das BVerwG hat es aber dennoch erst für sonstige Vorhaben anerkannt⁵⁷⁾, wohl aus der Befürchtung, daß es als Widerspruch zu werten sei, einer legislatorischen Privilegierung für die Errichtung im Außenbereich eine quasi entprivilegierende Pflicht zur Bauleitplanung entgegenzustellen. Wenn man aber bedenkt, daß das Planungserfordernis die klare Ausnahme darstellt, und die in § 35 Abs. 1 BBauG/BauGB aufgezählten Vorhabentypen nicht abstrakt als solche, sondern nur eine in Dimensionierung und Struktur vom Normalfall abweichende Teilmenge daraus betrifft, dann wird die gesetzgeberische Privilegierungsentscheidung nicht unterlaufen. Dennoch wird an dieser Stelle deutlich, warum die Nichtprivilegierung einer Wiederaufarbeitungsanlage nach § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB sinnvoll ist, da sie als Anlagentyp wohl kaum ohne Bebauungsplan auskommen kann.

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß der planungsrechtlichen Zulässigkeit der Wiederaufarbeitungsanlage im Außenbereich, unabhängig von ihrer Einordnung als privilegiertem oder sonstigem Vorhaben, ein Planungserfordernis als öffentlicher Belang entgegensteht.⁵⁸⁾

2. Formelle Seite: Erfordernis des gemeindlichen Einvernehmens

Nach § 35 BBauG/BauGB zu beurteilende Vorhaben bedürfen für die Baugenehmigung nach § 36 Abs. 1 Satz 1 BBauG/BauGB des Einvernehmens der Gemeinde, in deren Sprengel das Vorhaben realisiert werden soll. Nun war das

⁵⁰⁾ Ein möglicher Einwand soll an dieser Stelle antezipiert werden: Wenn gegenüber dem herausgearbeiteten Ergebnis gesagt werden sollte, daß der Gesetzgeber eine Entprivilegierung von Wiederaufarbeitungsanlagen doch sicher nicht gewollt habe (wobei offenbleibt, woraus sich das ergeben sollte), so ist dazu anzumerken, daß methodisch die grammatikalische Interpretation Ausgangspunkt und Grenze (!) jeder Auslegung bildet. Erst wenn die semantische und die systematische Interpretation eine Alternative offenlassen, kommt die historisch-teleologische Auslegung zum Zug. Vgl. *Larenz, Methodenlehre*, 5. Aufl. 1983, S. 328 f.

⁵¹⁾ BVerwG, Urteil vom 6. Dezember 1968, DVBl 69, 256 (257); Urteil vom 25. Oktober 1967, BVerwGE 28, 148 (151); Urteil vom 16. Februar 1973, BVerwGE 42, 8 (14 ff.); Urteil vom 24. August 1979, DÖV 79, 905 (907); *Hoppe* in: *Ernst/Hoppe* (Fn. 37), Rdnr. 395 f.; *Weyreuther* (Fn. 39), Stichwort „Abwägung“ (S. 18 f.).

⁵²⁾ BVerwG, Urteil vom 14. März 1975, BVerwGE 48, 109 (114 f.).

⁵³⁾ So neuerdings das BVerwG, Urteil vom 21. November 1986, UPR 87, 188 (189).

⁵⁴⁾ Vgl. dazu umfassend *Schmidt-Aßmann*, Das bauaufsichtliche Planungserfordernis bei §§ 34 und 35 BBauG, 1982, passim.

⁵⁵⁾ *Dolde*, NJW 83, 792 (796 f.); vom BVerwG bisher nur für die privilegierten Vorhaben ausdrücklich entschieden: BVerwG, Beschluß vom 27. Juni 1983, ZfBR 83, 284 (285) = DÖV 84, 294 (295); vgl. auch BVerwG, Beschluß vom 3. April 1987, NVwZ 88, 144 (145).

⁵⁶⁾ So zu Recht OVG Lüneburg, Beschluß vom 29. Dezember 1981, NVwZ 82, 256 (259 f.); *Dolde*, NJW 83, 792 (795 und 797); *ders.*, NVwZ 84, 158; *Krautzberger* in: *Battis/Krautzberger/Löhr* (Fn. 37), § 35 BauGB, Rdnr. 71.

⁵⁷⁾ Urteil vom 26. November 1976, BauR 77, 104 (106 f.); Urteil vom 24. Oktober 1980, BauR 81, 48 (50). Etwas anderes kann auch nicht aus der pauschalen Formulierung in der Wyhl-Entscheidung vom 22. Dezember 1985, DVBl 86, 190 (197 f.) entnommen werden, da die dort aufgeführten Argumente nur die Außenkoordination betreffen und auch der dort zitierte Beschluß des BVerwG vom 27. Juni 1983, ZfBR 83, 284 (285) = NVwZ 84, 169 (170) sich explizit nur mit der Rüge fehlender Außenkoordination auseinandergesetzt hat.

⁵⁸⁾ Zu diesem Ergebnis ist anzumerken, daß das StMI selbst bisher von der Notwendigkeit einer Bauleitplanung ausgegangen ist und den Erlaß des Bebauungsplans mit aufsichtlichem Druck durchgesetzt hat.

Baugelände zum Zeitpunkt der Erteilung der Baugenehmigungen für das Brennelementeingangslager und die Baugrube des Hauptprozeßgebäudes (11. November 1985) noch ausmärkisches Gebiet, denn die Eingliederung in den Gemeindegrenzen von Wackersdorf erfolgte mit Wirkung vom 1. Mai 1986, so daß wegen der Identität des Rechtsträgers von potentiell Planungssubjekt und Baugenehmigungsbehörde kein förmliches Einvernehmen erteilt werden mußte.⁵⁹⁾ Fraglich ist aber schon, ob die Anwendung des § 36 BBauG/BauGB auf diese Fallkonstellation der Vorhabenerrichtung im ausmärkischen Gebiet sinnvoll ist, da ja die hinter dieser Regelung stehende gemeindliche Planungshoheit keinesfalls tangiert werden kann. Bedeutung erlangt demnach das Erfordernis des gemeindlichen Einvernehmens nur, wenn man bei den noch streitbefangenen Baugenehmigungen im Rahmen der Anfechtungsklage für die Rechtmäßigkeitsbeurteilung auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung abstellen würde.⁶⁰⁾ Nur unter dieser Prämisse wären die Baugenehmigungen auch formell rechtswidrig.

3. Heilungsmöglichkeit?

a) Nachschieben von Gründen

Wenn man von dem in keiner Weise heilbaren Planungserfordernis als entgegenstehendem öffentlichen Belang absieht, erhebt sich die Frage, ob die Abwägung der Belange nach § 35 BauGB nachgeholt und in die laufenden Prozesse eingebracht werden kann. Zu denken wäre hier an die von der Rechtsprechung eröffnete praeterlegale (vgl. Art. 45 Abs. 1 Nr. 2, Absatz 2 BayVwVfG) Möglichkeit des Nachschiebens von Gründen im Prozeß. Selbst wenn man dieser, mit dem VwVfG nur noch schwer zu vereinbarenden Judikatur folgt, und sogar in gewissem Umfang eine Begründungsauswechslung zuläßt⁶¹⁾, wären jedoch die von der Rechtsprechung selbst gezogenen Grenzen hier überschritten. Den Baugenehmigungen würde eine Abwägung nach § 35 BBauG/BauGB unterlegt, die im Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung durch das gewählte procedere nach § 30 BBauG nicht möglich war. Der Weg über § 35 BauGB wurde erst nach der administrativen Sachentscheidung eröffnet, so daß diese Alternativbegründung ein echtes novum ist, das im Genehmigungszeitpunkt (noch) nicht berücksichtigungsfähig war. Die Zulassung derartiger objektiv neuer Gesichtspunkte wird aber auch durch die recht großzügige Judikatur des BVerwG nicht gedeckt.⁶²⁾

b) Umdeutung

Eine Umdeutung der Baugenehmigungen nach Art. 47 BayVwVfG entfällt eigentlich schon von vornherein, da eine diesem Institut eigene Identitätsveränderung⁶³⁾ des ursprünglichen Verwaltungsaktes hier nicht gegeben ist. Eine Baugenehmigung bleibt unabhängig von ihrer planungsrechtlichen Rechtsgrundlage eine Baugenehmigung. Im übrigen liegen auch die Umdeutungsvoraussetzungen des Art. 47 Abs. 1, 3. Var. BayVwVfG nicht vor, weil die der ursprünglichen Baugenehmigung zugrundeliegenden Erwägungen für die Stützung der Rechtmäßigkeit des „neuen“ Verwaltungsaktes nicht ausreichen, da ja gerade eine Abwägung der Belange nicht stattgefunden hat und auch nicht stattfinden durfte. Insoweit fehlt es, wenn nicht noch ein Widerspruchsverfahren läuft, an einem noch anhängigen Verwaltungsverfahren zur Vornahme dieser administrativen Abwägung, so daß daran eine Umdeutung scheitert.⁶⁴⁾

III. Konsequenzen

1. Angefochtene Baugenehmigungen

Die angefochtenen rechtswidrigen Baugenehmigungen sind aufzuheben, soweit die Kläger durch sie in ihren Rechten verletzt sind.⁶⁵⁾ Eine Rechtsverletzung wird durch die mißachteten, rein objektivrechtlichen⁶⁶⁾ Belange allein nicht bewirkt und ließe sich allenfalls durch das im Einzelfall eventuell eingreifende drittschützende Gebot der Rücksichtnahme bejahen. Ob dessen Voraussetzungen des „qualifizierten und zugleich individualisierenden Betroffenseins“⁶⁷⁾ erfüllt sind, kann nicht pauschal, sondern nur von Fall zu Fall beurteilt werden. Demnach ist folgendes Alternativergebnis denkbar: Wenn eine Anfechtungsklage infolge subjektiver Rechtsverletzung Erfolg hat, ist die Baugenehmigung (ex tunc) zu kassieren; anderenfalls wird sie nach Klageabweisung unanfechtbar. Fraglich ist aber, ob sie trotz Unanfechtbarkeit den Weiterbau auch pro futuro legalisiert.

2. Unanfechtbare Baugenehmigungen

Problematisch sind die Konsequenzen für die unanfechtbaren⁶⁸⁾ Baugenehmigungen. § 47 Abs. 6 Satz 3 VwGO verweist auf § 183 VwGO. Zwingend ist diese Verweisung in unserer Fallkonstellation der Nichtigerklärung eines Bebauungsplanes durch ein Oberverwaltungsgericht/Verwaltungsgerichtshof *nicht*. Diesen Vorschriften liegt die Annahme der automatischen Rechtswidrigkeit von Verwaltungsakten zugrunde, die aufgrund einer später für nichtig erklärten Norm erlassen worden sind. Wegen der spezifisch bauplanungsrechtlichen Sondersituation der Existenz von subsidiären Plansubstitutionsnormen (§§ 34 und 35 BBauG/BauGB), die im Fall der Nichtigerklärung des Bebauungs-

⁵⁹⁾ BVerwG, Urteil vom 6. Dezember 1967, BVerwGE 28, 268 (271 f.); Urteil vom 21. Juni 1974, BVerwGE 45, 207 (212).

⁶⁰⁾ A. A. BVerwG, Urteil vom 28. November 1980, BVerwGE 61, 200 (209 m. w. N.) und zuletzt Urteil vom 3. November 1987, DÖV 88, 168 (169); eventuellen materiell-rechtlichen Vorgaben wird demgegenüber natürlich Vorrang eingeräumt, vgl. BVerwG, Urteil vom 25. November 1981, BVerwGE 64, 218 (221 f.); Urteil vom 18. Mai 1982, BVerwGE 65, 313 (315). Vgl. zu diesem stark umstrittenen Problem, das im Rahmen dieses Aufsatzes nicht näher behandelt werden kann, die umfangreichen Nachweise bei Kopp, VwGO, 7. Auflage 1986, § 113, Rdnrn. 23 ff.; ders. in: Festschrift für Menger (1985), S. 693 (699 ff.). Demgegenüber stellen Eyer mann/Fröhler, VwGO, 8. Auflage 1980, § 113, Rdnrn. 2 ff. allein auf den durch den klägerischen Antrag bestimmten Zeitpunkt ab; differenzierend Redeker/v. Oertzen, VwGO, 8. Auflage 1986, § 108, Rdnrn. 17 ff. m. w. N.

⁶¹⁾ So z. B. das BVerwG, Urteil vom 28. November 1980, BVerwGE 61, 200 (210).

⁶²⁾ BVerwG a. a. O., wo ausdrücklich herausgestellt wird, daß die Begründung objektiv schon im Erlaßzeitpunkt des Verwaltungsaktes vorgelegen haben muß; vgl. auch Bedeker/v. Oertzen (Fn. 60), § 108, Rdnr. 28; Eyer mann/Fröhler (Fn. 60), § 113, Rdnr. 15.

⁶³⁾ Vgl. den Wortlaut des Art. 47 Abs. 1 BayVwVfG: „Ein... Verwaltungsakt kann in einen anderen Verwaltungsakt umgedeutet werden, ...“. Dazu Prutsch, DÖV 81, 941 (943).

⁶⁴⁾ BayVGH, Urteil vom 12. März 1982, BayVBl 82, 628 (630).

⁶⁵⁾ Von einer Aufhebungspflicht der erlassenden Behörde mit korrelierendem Aufhebungsanspruch der Betroffenen außerhalb des Rechtsbehelfsverfahrens unter Verzicht auf jegliche Rechtsverletzung gehen Scheuener, BB 60, 1253 (1255); Eyer mann/Fröhler (Fn. 60), § 47, Rdnr. 39 und Redeker/v. Oertzen (Fn. 60), § 47, Rdnr. 37 aus.

⁶⁶⁾ Krautzberger in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 37), § 35 BauGB, Rdnr. 111 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

⁶⁷⁾ Grundlegend in der Judikatur: BVerwG, Urteil vom 25. Februar 1977, BVerwGE 52, 122 (130 f.).

⁶⁸⁾ Die Unanfechtbarkeit kann zwei Ursachen haben: Zum einen die gerade geschilderte endgültige Abweisung der Anfechtungsklage, zum anderen das Verstreichen der Rechtsmittelfrist bzw. die Verwirkung der Klage mangels Zustellung der Baugenehmigung, vgl. BVerwG, Urteil vom 25. Januar 1974, BVerwGE 44, 294; vgl. auch BVerwG, Entscheidung vom 28. August 1987, DVBl 87, 1276.

plans selbst die planungsrechtliche Beurteilungsgrundlage bilden, ist aber mit der Nichtigkeitsfeststellung des Bebauungsplans die Rechtswidrigkeit der auf seiner Grundlage erteilten Baugenehmigungen nicht präjudiziert. Da aber, wie oben festgestellt, § 35 BBauG die erteilten Baugenehmigungen nicht deckt, kann wegen der konkret festgestellten Rechtswidrigkeit der Normvollzugsakte die Verweisung auf § 183 VwGO greifen.

In der Literatur ist umstritten, ob die Nichtigkeitsklärung einer Rechtsnorm eine nachträgliche Änderung der Rechtslage i. S. d. Art. 51 Abs. 1 Nr. 1 BayVwVfG darstellt, die zu einem Anspruch auf Wiederaufgreifung des Verfahrens führen würde.⁶⁹⁾ Die m. E. vorzugswürdige ablehnende Ansicht fußt weniger auf dem Argument, daß infolge des herrschenden ipso jure Nichtigkeitsdogmas keine *nachträgliche* Änderung der Rechtslage vorliege, als auf dem Gedanken, daß eine Emanzipation des Einzelakts vom Schicksal der Norm für die Vergangenheit sinnlos wäre, wenn in jedem Fall ein Wiederaufnahmegrund bestünde. Diese Abschirmfunktion des § 183 VwGO ist trotz der Erkenntnis zu bejahen, daß Art. 51 Abs. 1 BayVwVfG wegen der Zweistufigkeit des Wiederaufnahmeverfahrens einen rein verfahrensrechtlichen Anspruch ohne präjudizierende Sachentscheidung normiert. Darüber hinaus steht es natürlich der Behörde frei, im Wege einer formellen Ermessensentscheidung das Verfahren aufzunehmen und dann in einer materiellen Ermessensentscheidung nach Art. 48 BayVwVfG die Baugenehmigungen zurückzunehmen.⁷⁰⁾ Aber auch ohne Wiederaufgreifen des Verfahrens bleibt die Nichtigkeitsklärung einer Norm nach §§ 47 Abs. 6 Satz 3, 183 VwGO nicht ohne Einfluß auf die unanfechtbaren Baugenehmigungen. § 183 ist wie § 79 BVerfGG ein Versuch des Gesetzgebers, die Konsequenzen der herrschenden Lehre von der ipso-jure Nichtigkeit rechts- bzw. verfassungswidriger Normen im Interesse administrativer Praktikabilität aufzufangen. Die Grundthese der rein deklaratorischen Entscheidungswirkung von Normenkontrollurteilen ist in neuerer Zeit angegriffen worden⁷¹⁾, und die Vernichtbarkeitslehre ist insbesondere durch das vom BVerfG mittlerweile ausdifferenzierte flexible Spektrum möglicher Tenorierungen auf begründete Normenkontrollen, das z. B. mit „Verfassungswidrigerklärung“ und „Appellentscheidung an den Gesetzgeber“ bewußt von §§ 78 bzw. 95 Abs. 3 Satz 1 BVerfGG abweicht⁷²⁾, hoffähig geworden. Diese Aspekte können aber hier nicht vertieft werden. Im folgenden soll deshalb allein auf den Regelungsgehalt des § 183 VwGO eingegangen werden.

Nach § 183 Satz 1 VwGO bleiben mangels bayerischer Sonderregelung die auf der für ungültig erklärten Norm beruhenden verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen unberührt⁷³⁾, aber gemäß Satz 2 sind sie keine tauglichen Vollstreckungstitel mehr. Demnach betrifft § 183 Satz 1 VwGO alle Urteilstypen wie Gestaltungs-, Feststellungs- und Leistungs- bzw. Unterlassungsurteile i. w. S., während Satz 2 in seiner Anwendbarkeit auf die hinsichtlich der Vollstreckung in der Hauptsache überhaupt nur vollstreckungsfähigen Leistungs- bzw. Unterlassungsurteile i. w. S. beschränkt ist. Satz 2 wird *ex nunc*-Wirkung beigemessen, so daß er auf bereits erfolgte Vollstreckungshandlungen keinen Einfluß hat.⁷⁴⁾ Somit kann nicht gesagt werden, die zwangsweise Umsetzung der auf der für nichtig erklärten Norm beruhenden Entscheidungen sei vom Gesetzgeber generell nicht intendiert gewesen, denn eine Rückabwicklungsmöglichkeit wird gerade nicht eröffnet.⁷⁵⁾ Im Ergebnis besteht

die ratio des § 183 Satz 2 VwGO auf einer ersten Ebene in der Bildung einer temporalen Schranke hinsichtlich der erzwungenen Urteilsursetzung zur Fixierung des Status quo im Zeitpunkt der Normkassation.⁷⁶⁾

Die Regelung des § 183 VwGO wird als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens überwiegend auch auf Verwaltungsakte angewendet⁷⁷⁾, da wegen des administrativen Selbsttitulierungs- und Vollstreckungsrechts kein grundsätzlicher Unterschied zur Rechtslage bei Urteilen besteht und sich auch hier die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vollstreckungsschutzes gegenüberstehen.

Zu untersuchen ist nun weiter, ob das Normtelos des § 183 VwGO von der Verwaltungsvollstreckung als *zwangsweiser* Realisierung einer ge- oder verbotenden Regelung durch Verwaltungsakt getrennt, und wie es auf die Baugenehmigung als materiellrechtlich feststellenden und verfahrensrechtlich gestaltenden Verwaltungsakt (vgl. Art. 74 Abs. 8 BayBO) übertragen werden kann.

Interessant ist für unser Problem nur der letztgenannte prozedural konstitutive Regelungsgehalt der Baugenehmigung. In diesem Bereich kann es mangels Ge- bzw. Verbot einer Handlung keine aus behördlicher Initiative stammende Umsetzung des rechtlichen Gehalts mittels Befehl und Zwang in Form administrativer Vollstreckung geben, sondern die Regelung der Baugenehmigung beschränkt sich auf die reine Legalisierung des Verhaltens eines Privatsub-

⁶⁹⁾ Bejahend *Stelkens*, NVwZ 82, 492 (494); *Redeker/v. Oertzen* (Fn. 60), § 42, Rdnr. 128 und § 47, Rdnr. 37; verneinend *Sachs*, JuS 82, 264 (266); *Kopp*, VwVfG, 4. Auflage 1986, § 51, Rdnr. 19 m. w. N.; *Steiner*, Festgabe BVerfG, 1976, S. 628 (645) und *Ipsen*, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980, S. 278 ff. (281 und 284) zu § 79 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG. Fraglich ist, inwieweit die Entscheidung des BVerwG vom 28. August 1987, DVBl 87, 1276 für diese Frage herangezogen werden kann. Das Gericht verneint darin das Rechtsschutzbedürfnis für einen Normenkontrollantrag gegen einen Bebauungsplan, wenn dieser schon durch unanfechtbare Baugenehmigungen realisiert worden ist, und für den Antragsteller durch eine Normkassation eine Verbesserung seiner Rechtsstellung nicht ersichtlich ist. Auf § 51 VwVfG geht der Senat in der Entscheidung nicht ein.

⁷⁰⁾ Diese fakultative Vorgehensweise wird der Exekutive nicht durch § 183 VwGO abgeschnitten; so zu § 79 BVerfGG *Steiner* (Fn. 69), S. 628 (646 f.); *Ipsen* (Fn. 69), S. 281 und 284. Vgl. auch BVerwG, Beschluß vom 25. Mai 1981, NJW 81, 2595.

⁷¹⁾ *Götz*, NJW 60, 1177 (1178 f.); *Hoffmann*, JZ 61, 193 (196 ff.); *Ch. Böckenförde*, Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, 1966, passim mit einem verfassungsvergleichenden Überblick über Alternativlösungen (S. 36 ff.); dazu *Ipsen* (Fn. 69), S. 75 ff.

⁷²⁾ Zu diesen Alternativtenorierungen ausführlich statt aller *Ipsen* (Fn. 69), S. 95 ff. m. w. N.

⁷³⁾ Diese Regelung läßt sich eigentlich nur dadurch erklären, daß es dem Kläger offengestanden hätte, schon durch verfassungsgerichtliche Rechtsbehelfe gegen die Norm selbst oder gegen die letztinstanzliche Entscheidung eine inzidente Normenkontrolle durch ein Verfassungsgericht zu erreichen. Auf diesem Weg hätte er mit Rügen gegen die Norm vollends durchdringen können, so daß, weil er diesen Weg nicht gewählt hat, eine Einschränkung in den Auswirkungen der sukzessiven Normenkontrolle zu rechtfertigen ist. So ausdrücklich *Ch. Böckenförde* (Fn. 71), S. 95 zu § 79 BVerfGG mit Hinweis auf die Gesetzesmaterialien; BVerfG, Beschluß vom 11. Oktober 1966, BVerfGE 20, 230 (235); *Steiner* (Fn. 69), S. 628 (632).

⁷⁴⁾ *Kopp* (Fn. 60), § 183, Rdnr. 5.

⁷⁵⁾ Vgl. auch § 79 Abs. 2 Satz 4 BVerfGG. Dazu *Kneser*, AÖR 89 (1964), 129 (205 ff.).

⁷⁶⁾ Ähnlich *Steiner* (Fn. 69), S. 628 (637) und *Ipsen* (Fn. 69), S. 280 und 307 zu § 79 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG.

⁷⁷⁾ BVerwG, Urteil vom 14. Juli 1978, BVerwGE 56, 172 (176); BGH, Urteil vom 27. Januar 1983, DVBl 83, 628; *Redeker/v. Oertzen* (Fn. 60), § 47, Rdnr. 37; *Berg*, DÖV 81, 889 (892). Die bei *Kopp* (Fn. 60), § 183, Rdnr. 5 als Gegenmeinung zitierte Judikatur des BVerwG, Urteil vom 25. Mai 1967, DÖV 67, 756 (756 f.) und des OVG Münster, Urteil vom 20. Januar 1965, DÖV 66, 102 (104) kann nicht als Gegenargument herangezogen werden, da in den zugrundeliegenden Fällen die Nichtigkeitsfeststellung der Norm jeweils nur im Wege der *inzidenten* Normenkontrolle mit inter partes Wirkung von statten gegangen war, auf die sich Dritte berufen wollten. Daß für die Anwendung des § 183 VwGO eine inter omnes Wirkung erforderlich ist, sollte eigentlich selbstverständlich sein.

jekts. Ihm obliegt die Initiative der Realisierung des Vorhabens.

Es wäre jedoch zu kurz gegriffen, Gestaltungsurteil und gestaltenden Verwaltungsakt gleichzusetzen, lediglich auf § 183 Satz 1 VwGO abzustellen und mangels Vollstreckungsfähigkeit der Baugenehmigung die Regelung des § 183 Satz 2 VwGO beiseite lassen zu wollen. Die oben erkannte ratio dieser Norm, nämlich die Fixierung des Status quo im Zeitpunkt der Normkassation ist auch auf den verfahrensrechtlich gestaltend gestaltenden Teil der Baugenehmigung anwendbar. Das soll im Folgenden erläutert werden.

Der Gesetzgeber brauchte für die Gestaltungsklage der VwGO keine spezielle, von § 183 Satz 1 VwGO abweichende Regelung zu treffen, da die VwGO im wesentlichen nur die kassatorische Gestaltungsklage in Form der Anfechtungsklage kennt. Wegen ihres rein „destruktiven“ Charakters erübrigte sich aber eine die Vollstreckung bzw. Realisierung verhindernde Regelung. Demnach kann die Aussage des § 183 Satz 1 VwGO auch ohne Bedeutungsverlust auf den Parallellfall eines rein kassatorisch gestaltenden Verwaltungsaktes übertragen werden, wie z. B. einen widerrufenen Verwaltungsakt gemäß § 49 Abs. 2 VwVfG. Auch hier besteht kein Bedarf nach einer über § 183 Satz 1 VwGO hinausgehenden Anordnung, denn die mit der späteren Normenkontrollentscheidung geschaffene Lage wird durch den Widerrufsverwaltungsakt wegen seines ausschließlich destruktiven Wesens nicht in Frage gestellt.

Genau darin liegt aber der Unterschied zum in positiver Richtung gestaltenden Verwaltungsakt, nachdem ein Drittbetroffener im Normenkontrollverfahren Recht bekommen hat. Im Gegensatz zum im Anfechtungsverfahren ergehenden Gestaltungsurteil mit seiner rein destruktiven Natur und zum rein kassatorischen Verwaltungsakt liegt hier ein konstruktiv gestaltender (Art. 74 Abs. 8 BayBO) Verwaltungsakt vor, dessen positive Gestaltungswirkung bei abschließlichem Abstellen auf § 183 Satz 1 VwGO noch fortwirken würde. Somit können bei der Übertragung der Regelung des § 183 VwGO auf Verwaltungsakte Gestaltungsurteil und gestaltender Verwaltungsakt nicht einfach gleichgesetzt werden, denn die die Rechtsfolgen einer Normkassation regelnden Bestimmungen der §§ 79 BVerfGG und 183 VwGO gehen eben in ihrem Zweck der Einfrierung des Status quo zur Zeit der Normenkontrollentscheidung über die lediglich zwangsweise Realisierung hinaus.⁷⁸⁾ Um dem auch bei konstruktiv gestaltenden Verwaltungsakten gerecht zu werden, muß der Gedanke des § 183 Satz 2 VwGO herangezogen werden. Im Hinblick auf diese Gattung von Verwaltungsakten ist § 183 Satz 2 VwGO folgendermaßen zu lesen: „Die Umsetzung einer solchen Entscheidung ist unzulässig.“⁷⁹⁾

Damit ist geklärt, daß mit ex nunc-Wirkung die Legalisierungswirkung der Baugenehmigung nach Art. 74 Abs. 8 BayBO entfällt und eine Fortsetzung der Bauarbeiten rechtmäßigerweise nicht möglich ist.⁸⁰⁾ Andererseits werden aber auch die im Zeitpunkt der Normenkontrollentscheidung schon errichteten Gebäude-(teile) von den Baugenehmigungen gedeckt, da insoweit die unanfechtbaren Verwaltungsakte einen Rückgriff auf das materielle Baurecht verhindern, so daß diesbezüglich eine Beseitigung nach Art. 82 BayBO ausscheidet.

3. Korrektur des Ergebnisses aus Vertrauensschutzgesichtspunkten?

Dem oben entwickelten Ergebnis könnte entgegengehalten werden, daß ein Baustopp „auf halbem Weg“ evident sinnlos sei und der Bauwillige durch die seitens der Verwaltung erteilte Baugenehmigung schutzwürdiges Vertrauen genieße, so daß er die erteilte Bauerlaubnis jedenfalls nach Baubeginn voll ausschöpfen dürfe.

Problematisch ist bei diesem denkbaren Gegeneinwand gerade die Schutzwürdigkeit des Vertrauens des Bauwerbers. Insoweit gibt uns die Regelung des Art. 50 BayVwVfG einen legislatorischen Anhalt.⁸¹⁾ Danach sind die Rücknahmebeschränkungen aus Gründen des Dispositionsschutzes während des noch laufenden Rechtsbehelfsverfahrens ausgeschlossen. Die ratio dieser Norm gebietet also, zwischen folgenden zwei Fallgruppen zu differenzieren:

– Das Normenkontrollurteil ergeht *nach* Unanfechtbarkeit der Bauerlaubnis. Wenn der Bauwerber aufgrund des Sofortvollzuges schon einen gewissen Baufortschritt erreichen konnte, so läßt sich in diesem Fall Vertrauensschutz für ihn durchaus bejahen, denn Art. 50 BayVwVfG würde eine Rücknahme der Bauerlaubnis nur unter den Einschränkungen des Art. 48 Abs. 1 Satz 2, Absatz 3 BayVwVfG erlauben. Hier könnte man daran denken, den Bauwerber den Bau vollenden zu lassen, wenn die Behörde nicht den liquidationspflichtigen Weg der Rücknahme gehen will.

– Die Normenkontrollentscheidung ergeht *vor* Unanfechtbarkeit der Baugenehmigung. In dieser Fallvariante genießt der die Anordnung sofortiger Vollziehung ausnützende

⁷⁸⁾ Vgl. BVerwG, Urteil vom 29. März 1968, BVerwGE 29, 276 (278), wo im Anwendungsbereich des § 79 BVerfGG nicht nur auf zwangsweise Rechtswirkungen, sondern ganz pauschal auf Wirkungen des Verwaltungsaktes pro futuro abgestellt wird. So auch Scheuner, BB 60, 1253 (1255 und explizit 1256); Steiner (Fn. 69), 628 (637); Ipsen (Fn. 69), S. 280. A. A. Kneser, AÖR 89 (1964), 129 (201 ff.), der dieses Ergebnis nur bei für Vollstreckungstiteln präjudiziellen Feststellungs- und Gestaltungsentscheidungen bejaht.

⁷⁹⁾ Ein verwandtes Problem taucht beim vorläufigen Rechtsschutz in mehrpoligen Verwaltungsrechtsverhältnissen im Rahmen des § 80 VwGO auf. Der Suspensiv-effekt macht nach der herrschenden Ansicht (vgl. dazu BVerwG, Urteil vom 1. März 1978, BVerwGE 55, 280 (287) und BVerfG, Beschluß vom 19. Juni 1973, BVerfGE 35, 263 (277 ff.); Erichsen/Klenke, DÖV 76, 833 (834 ff.); Eyermann/Fröhler (Fn. 60), § 80, Rdnr. 4) unabhängig von ihrer Bezeichnung als „vorläufige Wirksamkeitstheorie“ oder „erweiterte Vollziehbarkeitstheorie“ (vgl. dazu Pietzner/Ronellenfisch, Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht, 6. Aufl. 1987, § 46, Rdnrn. 7 ff.) dem Begünstigten die Ausnutzung der von Drittsseite angefochtenen Erlaubnis unmöglich, auch wenn das Gebrauchmachen von einer Erlaubnis etwas anderes als die (behördliche) Vollziehung eines Verwaltungsaktes ist, von der § 80 VwGO spricht. Auch hier setzt man sich über den engen, allein auf die administrative Initiative zur Realisierung abstellenden Wortlaut des Gesetzes hinweg und gewährt dem sich auf Suspensiv-effekt berufenden Dritten, der sich gegen die Mißachtung der aufschiebenden Wirkung seines Rechtsbehelfes durch den Begünstigten wendet, vorläufigen Rechtsschutz nach § 80 Abs. 5 VwGO. So z. B. BayVGH, Beschluß vom 28. Juli 1982, NJW 83, 835 (836 ff.); Redeker/v. Oertzen (Fn. 60), § 80, Rdnrn. 10 und 32; Schenke, DVBl 86, 9 (10 ff., 14); a. A. noch BayVGH, Beschluß vom 6. August 1975, BayVBl 75, 562 (563) und Beschluß vom 24. März 1977, BayVBl 77, 340; Kopp, JuS 83, 673 (675 ff.).

⁸⁰⁾ Im Ansatz ihres Ergebnisses ähnlich Eyermann/Fröhler (Fn. 60), § 47, Rdnr. 39, die „den weiteren Vollzug des noch nicht vollzogenen Verwaltungsaktes für unzulässig“ halten, denn „Vollzug“ beschränkt sich nicht auf Vollstreckung. Sie modifizieren diesen Ausgangspunkt jedoch dann für die hier einschlägige Fallgruppe von „Verwaltungsakten, die einem Dritten eine Begünstigung gewähren, und bei denen der Vollzug lediglich diese Begünstigung verwirklicht; denn dem Dritten kann diese Rechtsposition nicht entzogen werden“. Eine Unterausnahme postulieren sie für den Fall, daß „der Verwaltungsakt dem Dritten gegenüber widerrufen werden kann“. In diesen Fällen handelt es sich rechtstechnisch um eine Rücknahme nach § 48 VwVfG, da ja die Rechtswidrigkeit des Vollzuges Regelungs-motiv des § 183 VwGO ist. Die Baugenehmigungen sind aber nach Art. 48 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Art. 50 BayVwVfG (dazu im Text unter 3.) sogar ohne Liquidation des Vermögensnachteils durchaus rücknahmefähig, so daß auch Eyermann/Fröhler konsequenterweise zu einem Vollzugsstopp kommen müßten.

⁸¹⁾ Zur Verallgemeinerungsfähigkeit des dieser Norm zugrundeliegenden Rechtsgedankens Kopp (Fn. 69), § 50, Rdnr. 2.

Bauwerber nach Art. 50 BayVwVfG keinen Dispositionsschutz. Angesichts der uneingeschränkten administrativen Rücknahmemöglichkeit erscheint der durch § 183 angeordnete Entfall der Legalisierungswirkung der Baugenehmigung pro futuro nicht unangemessen.

In Wackersdorf haben wir es mit der zweiten Fallgruppe zu tun, denn die Baugenehmigungen für das Brennelementeingangslager und die Baugrube des Hauptprozeßgebäudes waren im Zeitpunkt des Normenkontrollurteils noch Gegenstand von Rechtsbehelfsverfahren. Somit ist ein Baustopp auch angesichts von Vertrauensschutzerwägungen möglich. Dies um so mehr, da es sich doch nicht um eine peremptorische, sondern nur um eine dilatorische Maßnahme handelt. Nach umfassender Klärung der Rechtslage durch Erlass eines rechtmäßigen Bebauungsplans könnte die Errichtung unmittelbar fortgesetzt werden.

IV. Abschlußbemerkung

Zusammenfassend ist festzustellen, daß de jure gegenwärtig in Wackersdorf nur eine Baueinstellung in Betracht kommt. Selbst wenn man dem nicht folgen sollte, ist es m. E. aber ein Gebot des politischen Stils, an dem Normenkontrollurteil nicht einfach so vorbeizugehen, als ob nichts geschehen wäre. Die darin zum Ausdruck kommende Vollzugsmentalität „um jeden Preis“ beschwört die Gefahr eines politischen Gesichts- und Legitimationsverlustes der Verwaltung auch bei prinzipiell konsensbereiten und dem Staat aufgeschlossen gegenüberstehenden Bürgern herauf. Ist das die Sache wert?