

Sachgebiet:

BVerwGE: nein  
Fachpresse: ja

Umweltschutzrecht, insbesondere Chemikalienrecht und Im-  
missionsschutzrecht

Rechtsquelle/n:

BauGB	§ 36 Abs.1 Satz 2
BBergG	§ 2 Abs. 1 Nr. 3, § 48 Abs. 2, § 51 Abs. 1 Satz 1
BlmSchG	§ 4 Abs. 1 und 2 Satz 1, § 6 Abs. 1 Nr. 2, § 10 Abs. 3 Satz 5, § 13

Titelzeile:

Erfordernis des gemeindlichen Einvernehmens für die immissionsschutzrechtliche  
Genehmigung einer der Bergaufsicht unterliegenden Anlage

Stichworte:

gemeindliches Einvernehmen; Planungshoheit; Bergaufsicht; Bergbaubetrieb; Bio-  
gasanlage; qualifiziertes Dienen; konkurrierende Zuständigkeit; immissionsschutz-  
rechtliche Genehmigung.

Leitsätze:

1. Ob eine Betriebsanlage im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 3 BBergG überwiegend berg-  
baulichen Tätigkeiten dient, ist anhand einer Gesamtwürdigung zu beurteilen, die  
neben quantitativen auch qualitative Gesichtspunkte berücksichtigt und danach fragt,  
ob die geplante Ausgestaltung und Dimensionierung der Anlage sich aus der Sicht  
eines vernünftigen Unternehmers in erster Linie an den Bedürfnissen des Berg-  
baubetriebs oder an anderen mit ihr verfolgten Zwecken orientiert.

2. Die Ausnahme vom Erfordernis des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36  
Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BauGB beschränkt sich auf Vorhaben, über deren baupla-  
nungsrechtliche Zulässigkeit in der bergrechtlichen Betriebsplanzulassung entschie-  
den wird.

Urteil des 7. Senats vom 28. September 2016 - BVerwG 7 C 18.15

- I. VG Aachen vom 4. Oktober 2011  
Az: VG 6 K 2332/09
- II. OVG Münster vom 20. Mai 2015  
Az: OVG 8 A 2662/11







# **BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

## **IM NAMEN DES VOLKES**

### **URTEIL**

BVerwG 7 C 18.15  
OVG 8 A 2662/11

Verkündet  
am 28. September 2016

...  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 7. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
auf die mündliche Verhandlung vom 28. September 2016  
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Nolte  
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Brandt, Dr. Keller, Dr. Schemmer  
und Böhmnn

für Recht erkannt:

Die Revisionen des Beklagten und der Beigeladenen gegen das Urteil des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 20. Mai 2015 werden zurückgewiesen.

Der Beklagte und die Beigeladene tragen die Kosten des Revisionsverfahrens je zur Hälfte; ihre außergerichtlichen Kosten tragen der Beklagte und die Beigeladene selbst.

G r ü n d e :

I

- 1 Die Klägerin wendet sich gegen eine der Beigeladenen erteilte immissionschutzrechtliche Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb einer Biogasanlage.
- 2 Die Beigeladene betreibt in M., Kreis E. auf der Grundlage von zugelassenen Betriebsplänen einen Klebsand- und Tontagebau. Die abgebauten Tone und Klebsande sowie Bauschutt werden auf dem Betriebsgelände unter Einsatz einer elektrisch betriebenen Brecheranlage aufbereitet.
- 3 Im Mai 2009 beantragte die Beigeladene bei der Bezirksregierung Arnsberg die immissionsschutzrechtliche Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb einer Trockenfermentationsanlage auf dem Tagebaugelände zur Erzeugung und Nutzung von Biogas, aus dem in einem Blockheizkraftwerk Strom erzeugt werden soll. Nach dem Antrag ist vornehmliches Ziel des Vorhabens, die bisher zur Stromerzeugung genutzten dieselbetriebenen Aggregate zu ersetzen und die notwendige thermische und elektrische Energie für den eigenen Betrieb zu gewinnen. Überschüssige elektrische Energie soll in das öffentliche Mittelspannungsnetz eingespeist werden. Bei der Verstromung entstehende Wärme soll für die Biogasanlage selbst und die Trocknung der im Betrieb anfallenden Stoffe genutzt werden. Für den verbleibenden Überschuss an Wärmeenergie ist die Einspeisung in ein Nahwärmenetz vorgesehen.
- 4 Im Rahmen der Behördenbeteiligung machte die Klägerin geltend, sie befürchte erhebliche Geruchsbelästigungen durch die geplante Biogasanlage, insbesondere für die in der Nähe gelegene Freizeitanlage der Ei. GmbH, deren einzige Gesellschafterin sie sei.
- 5 Mit Bescheid vom 2. November 2009 genehmigte der Beklagte die Errichtung und den Betrieb der Anlage. Nach der Nebenbestimmung 1 ist der Betrieb nur so lange zulässig, wie die Beigeladene über eine bergrechtliche Hauptbetriebs-

planzulassung für die Gewinnung und Trocknung von Ton und Klebsand verfügt.

- 6 Mit Urteil vom 4. Oktober 2011 gab das Verwaltungsgericht der dagegen erhobenen Klage statt und hob den Genehmigungsbescheid auf. Die Genehmigung verstoße gegen das nach § 36 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Satz 2 Halbs. 1 BauGB auch im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren geltende Einvernehmenserfordernis zu Gunsten der Klägerin. Hiervon sei keine Ausnahme nach § 36 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BauGB zu machen, weil das Vorhaben nicht der Bergaufsicht unterliege. Die Anlage diene wegen des mit ihr erzeugten erheblichen Energieüberschusses, der in das öffentliche Netz eingespeist werde, nicht überwiegend der bergbaulichen Tätigkeit der Beigeladenen.
- 7 Mit Urteil vom 20. Mai 2015 hat das Oberverwaltungsgericht die Berufung der Beigeladenen zurückgewiesen. Der Beklagte habe es zu Unrecht unterlassen, das gemeindliche Einvernehmen der Klägerin einzuholen. Dies sei nicht deshalb ausnahmsweise entbehrlich, weil das Vorhaben der Bergaufsicht unterfalle. Es unterliege zwar nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 BBergG dem Bergrecht und damit formal der Bergaufsicht, weil es sich um eine Einrichtung handele, die überwiegend einer der in § 2 Abs. 1 Nr. 1 BBergG bezeichneten Tätigkeiten diene bzw. zu dienen bestimmt sei. Zur Prüfung dieser Voraussetzung reiche eine rein quantitative Betrachtung nicht aus. Es komme darauf an, auf welchem Anteil der Schwerpunkt des objektiv vernünftigen unternehmerischen Interesses liege. Die geplante Anlage sei integraler Bestandteil des bergbaulichen Betriebskonzepts der Beigeladenen, da mit ihr dauerhaft ein Energiebedarf des Betriebes gedeckt werden solle. Diesem Zweck komme gegenüber dem Zweck der Einspeisung von Energie in das öffentliche Netz das höhere Gewicht zu.
- 8 Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung werde gleichwohl nicht von der Ausnahmeregelung des § 36 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 BauGB erfasst. Die Vorschrift sei ihrem Normzweck nach nicht auf alle Verfahren anwendbar, die der Bergaufsicht unterfielen. Sie beziehe sich ausschließlich auf bergrechtliche Zulassungsverfahren (Betriebsplanzulassungen), in denen auch über die Vereinbarkeit des jeweiligen Vorhabens mit den §§ 31, 33 und 35 BauGB entschieden

werde. Nach Wortlaut und Systematik des § 36 Abs. 2 BauGB betreffe die Ausnahmeregelung des Satzes 2 Halbs. 2 nicht das Einvernehmen im Baugenehmigungsverfahren. Ihre Entstehungsgeschichte und ihre Funktion, die kommunale Planungshoheit abzusichern, geböten eine enge Auslegung.

- 9 Das Einvernehmen der Gemeinde sei schließlich nur dann erforderlich, wenn im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren und nicht im bergrechtlichen Zulassungsverfahren zu prüfen sei. Das treffe hier zu. Zwar sei das Vorhaben sowohl bergrechtlich betriebsplanpflichtig als auch immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftig, so dass potentiell in beiden Verfahren über die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens zu entscheiden wäre. Vorliegend werde darüber jedoch ausschließlich im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren und nicht im bergrechtlichen Betriebsplanzulassungsverfahren entschieden. Die Immissionsschutzbehörde sei die sach- und fachnähere Behörde und das immissionsschutzrechtliche Verfahren weise einen stärkeren fachlichen und rechtlichen Bezug zum Bauplanungsrecht auf als das bergrechtliche Verfahren.
- 10 Gegen dieses Urteil haben der Beklagte und die Beigeladene die vom Oberverwaltungsgericht zugelassene Revision eingelegt.
- 11 Der Beklagte macht zur Begründung geltend: Die Klage sei schon deshalb abzuweisen, weil die Klägerin im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren zwar als Behörde Stellung genommen, jedoch keine Einwendungen erhoben habe und damit gemäß § 10 Abs. 3 Satz 5 BImSchG präkludiert sei. Für die enge Auslegung der Ausnahmeregelung durch das Oberverwaltungsgericht ergebe sich weder aus der Entstehungsgeschichte noch aus der grammatikalischen oder systematischen Auslegung eine Notwendigkeit, noch sei diese zum Schutz des Selbstverwaltungsrechts der Klägerin verfassungsrechtlich erforderlich. Für eine Unterscheidung zwischen bergbaulichen Vorhaben, die ausschließlich über die Zulassung bergrechtlicher Betriebspläne genehmigt würden, und solchen, die zusätzlich einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung bedürften, sei kein Raum.

12 Die Beigeladene führt zur Begründung an: Die Klägerin sei mit ihrem Vorbringen präkludiert. Sie habe im Genehmigungsverfahren keine Bedenken aus Gründen der kommunalen Planungshoheit geltend gemacht. Außerdem spreche bereits der Wortlaut des § 36 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BauGB gegen die restriktive Auslegung des Oberverwaltungsgerichts. Ihr stehe auch der Regelungszweck entgegen. Eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung für ein der Bergaufsicht unterstehendes Vorhaben könne nicht isoliert betrachtet werden. Im bergrechtlichen Genehmigungsverfahren sei das bergbauliche Vorhaben einschließlich aller Einrichtungen im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 3 BBergG in den Blick zu nehmen und auch auf seine Vereinbarkeit mit den bauplanungsrechtlichen Anforderungen hin zu prüfen. Vor diesem Hintergrund sei es sachdienlich und im Hinblick auf das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht ausreichend, die Gemeinde nur im Betriebsplanverfahren und im Rahmen der Behördenbeteiligung des immissionsschutzrechtlichen Verfahrens zu beteiligen. Eines zusätzlichen Einvernehmenserfordernisses bedürfe es nicht.

13 Der Beklagte und die Beigeladene beantragen jeweils,

das Urteil des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 20. Mai 2015 und das Urteil des Verwaltungsgerichts Aachen vom 19. September 2011 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

14 Die Klägerin beantragt,

die Revisionen des Beklagten und der Beigeladenen zurückzuweisen.

15 Sie verteidigt das angefochtene Urteil.

## II

16 Die zulässigen Revisionen sind nicht begründet. Das Berufungsurteil verstößt nicht gegen Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO). Das Oberverwaltungsgericht hat die Berufung der Beigeladenen gegen das der Klage stattgebende Urteil des Verwaltungsgerichts zu Recht zurückgewiesen.



- 17 Dem Erfolg der Klage steht nicht entgegen, dass die Klägerin im Genehmigungsverfahren keine Einwendungen als Betroffene erhoben hat (1.). Die mit der Klage angefochtene immissionsschutzrechtliche Genehmigung hätte nach § 36 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 BauGB nicht ohne das Einvernehmen der Klägerin erteilt werden dürfen, obgleich das genehmigte Vorhaben der Bergaufsicht unterliegt. Die Auslegung des Oberverwaltungsgerichts, wonach die Ausnahme vom Einvernehmensefordernis nach § 36 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BauGB nur für bergrechtliche Zulassungsverfahren (Betriebsplanzulassungen), nicht hingegen für immissionsschutzrechtliche Genehmigungen von Anlagen eines Bergbaubetriebes gilt, steht mit Bundesrecht jedenfalls insoweit in Einklang, als solche Genehmigungen - wie hier - kraft ihrer Konzentrationswirkung außerdem gebotene Baugenehmigungen einschließen (2.).
- 18 1. Die Klägerin ist nicht gemäß § 10 Abs. 3 Satz 5 BImSchG gehindert, sich gegenüber der angefochtenen Genehmigung auf ihr fehlendes Einvernehmen zu berufen. Dies gilt unabhängig davon, ob der Anwendungsvorrang, der Art. 11 der Richtlinie 2011/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten (ABl. EU L 26/1) und Art. 25 der Richtlinie 2010/75/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 über Industrieemissionen (integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung) (ABl. L 334/17) nach dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 15. Oktober 2015 (C-137/14 - [ECLI:EU:C:2015:683] Rn. 78 ff.) gegenüber den Regelungen zur Einwendungspräklusion zukommt, hier greift. Die Präklusionsregelung des § 10 Abs. 3 Satz 5 BImSchG findet nämlich schon nach nationalem Recht auf die Geltendmachung des Einvernehmensefordernisses keine Anwendung.
- 19 Einwendungen sind sachliches auf die Verhinderung oder Modifizierung eines Vorhabens gerichtetes Gegenvorbringen (BVerwG, Urteil vom 17. Juli 1980 - 7 C 101.78 - BVerwGE 60, 297 <300>). Sie sind in einem dafür vorgesehenen Beteiligungsverfahren vorzubringen und unterliegen besonderen Fristen und Darlegungsanforderungen. Das gemeindliche Einvernehmen ist hingegen

in einem gesonderten Verfahren einzuholen, für das die spezifischen Maßgaben des § 36 Abs. 2 BauGB gelten. Ungeachtet der Frage, ob § 36 BauGB für den Schutz der Planungshoheit der Standortgemeinde, dem das Einvernehmensefordernis dient, eine abschließende Regelung trifft oder ob eine Standortgemeinde daneben auch im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung Einwendungen zur Wahrung ihrer Planungshoheit erheben kann (verneinend OVG Münster, Urteil vom 30. September 2014 - 8 A 460/13 - DVBl 2015, 309), stehen beide Rechtsinstitute jedenfalls nicht in einem Stufenverhältnis; nach den einschlägigen gesetzlichen Regelungen ist die Verweigerung des gemeindlichen Einvernehmens nicht an die vorgängige Mitwirkung im Verfahren der Öffentlichkeitsbeteiligung geknüpft.

- 20 2. Die Genehmigung hätte nur im Einvernehmen mit der Klägerin erteilt werden dürfen. Die Ausnahmeregelung des § 36 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BauGB greift nicht ein. § 36 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BauGB nimmt Vorhaben im Sinne des § 29 Abs. 1 BauGB, über deren Vereinbarkeit mit dem Bauplanungsrecht in einem anderen als dem bauaufsichtlichen Verfahren entschieden wird, vom Einvernehmensefordernis aus, sofern sie der Bergaufsicht unterliegen. Zwar fällt die Errichtung der geplanten Biogasanlage unter die Bergaufsicht (a). Die Ausnahme vom Erfordernis des gemeindlichen Einvernehmens ist aber in einschränkender Auslegung nur auf solche Vorhaben zu beziehen, über deren bauplanungsrechtliche Zulässigkeit in der bergrechtlichen Betriebsplanzulassung entschieden wird. Die genehmigte Anlage ist kein solches Vorhaben (b).
- 21 a) Das genehmigte Vorhaben unterliegt der Bergaufsicht, die sich nach § 69 Abs. 1 Bundesberggesetz (BBergG) i.d.F. der Bekanntmachung vom 13. August 1980 (BGBl. I S. 1310), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 4. August 2016 (BGBl. I S. 1962) auf den Bergbau und damit auf die in § 2 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BBergG genannten Tätigkeiten sowie nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 BBergG auf die Einrichtungen erstreckt, die überwiegend diesen Tätigkeiten dienen oder zu dienen bestimmt sind. Im Einklang mit Bundesrecht hat das Berufungsgericht festgestellt, dass die Biogasanlage der Beigeladenen diese Voraussetzungen erfüllt.

- 22 Der Begriff des Dienens setzt eine funktionale Zuordnung der Einrichtung zu der bergbaulichen Tätigkeit voraus (vgl. Graf Vitzthum/Piens, in: Piens/Schulte/Graf Vitzthum, Bundesberggesetz, 2. Aufl. 2013, § 2 Rn. 51; Keienburg, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen, Bundesberggesetz, 2. Aufl. 2015, § 2 Rn. 10). Bergbau und Einrichtung müssen eine Funktionseinheit bilden. Nach den Feststellungen der Vorinstanz soll die Anlage den Energiebedarf des Tagebaubetriebs der Beigeladenen befriedigen. Daraus ergibt sich die funktionale Bezogenheit auf diesen Betrieb (vgl. BT-Drs. 8/1315 S. 188), die zusätzlich dadurch unterstrichen wird, dass nach der Nebenbestimmung 1 des Genehmigungsbescheides der Anlagenbetrieb nur solange zulässig ist, wie die Beigeladene über eine bergrechtliche Hauptbetriebsplanzulassung für die Gewinnung von Ton und Klebsand verfügt.
- 23 Der vom Berufungsgericht zur Beurteilung des "überwiegenden Dienens" angelegte Maßstab, wonach ein geringerer Anteil des Energieeinsatzes für den Bergbau noch nicht zwingend den Schluss auf eine Überdimensionierung der Anlage rechtfertigt, sondern es maßgeblich auf den Schwerpunkt des objektiv vernünftigen unternehmerischen Interesses ankommt, ist nicht zu beanstanden. Eine rein quantitative Betrachtung würde dem in dem Begriffspaar "dienen oder zu dienen bestimmt sein" enthaltenen finalen Element, das auf die mit der Einrichtung verfolgten Zwecke abstellt, nur unzureichend gerecht. Geboten ist eine Gesamtwürdigung, die neben quantitativen auch qualitative Gesichtspunkte berücksichtigt und danach fragt, ob die geplante Ausgestaltung und Dimensionierung der Einrichtung sich aus der Sicht eines vernünftigen Unternehmers in erster Linie an den Bedürfnissen des Bergbaubetriebs oder an anderen mit ihr verfolgten Zwecken orientiert. So können Gründe der Versorgungssicherheit des Betriebs oder ein schwankender betrieblicher Bedarf an Stoffen, die in der Anlage produziert werden, eine Anlagenkapazität rechtfertigen, die bei rein quantitativer Sichtweise als überdimensioniert erschiene.

- 24 Hiervon ausgehend begegnet die Auffassung, das Vorhaben diene trotz eines nach Abzug der im Bergbaubetrieb der Beigeladenen eingesetzten elektrischen Energie verbleibenden Überschusses von 86 % der elektrischen Jahresgesamtleistung überwiegend diesem Betrieb, keinen durchgreifenden Bedenken. Nach den vom Berufungsgericht getroffenen, nicht mit Verfahrensrügen angegriffenen tatsächlichen Feststellungen ist das geplante Vorhaben geeignet, anstelle der bisher praktizierten Behelfslösungen in Gestalt mobiler Aggregate den Bergbaubetrieb dauerhaft und sicher mit Elektrizität zu versorgen. Das Vorhaben trägt damit dem gewichtigen betrieblichen Bedürfnis an einer verlässlichen und autarken Energieversorgung Rechnung. Für die Kapazitätsbemessung sind vor allem zwei vom Obergericht festgestellte Aspekte wesentlich: zum einen der stark schwankende Energiebedarf des Tagebaus, der es notwendig macht, die Anlage am nur punktuell auftretenden, über das öffentliche Stromnetz nicht zu deckenden Spitzenbedarf auszurichten, zum anderen die verfahrensbedingt beträchtlichen Schwankungen unterliegende Energieerzeugung einer Trockenfermentationsanlage. Dass die Vorinstanz unter diesen Umständen im Rahmen ihrer Sachverhaltswürdigung angenommen hat, die Dimensionierung der Anlage erweise sich bezogen auf den Energiebedarf des Tagebaus als angemessen, überschreitet nicht die Grenzen richterlicher Überzeugungsbildung und trägt zugleich die Bewertung, im Vordergrund des unternehmerischen Interesses stehe die Versorgung des Bergbaubetriebs.
- 25 b) Obwohl das Vorhaben danach der Bergaufsicht unterliegt, bedarf die Genehmigungserteilung nach § 36 Abs. 1 Satz 2 BauGB des gemeindlichen Einvernehmens.
- 26 aa) Vorbehaltlich der Ausnahmeregelung des § 36 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BauGB findet das Einvernehmenserfordernis gemäß § 36 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 BauGB auch Anwendung in Verfahren, in denen über die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit eines Vorhabens der in § 29 Abs. 1 BauGB bezeichneten Art zu entscheiden ist. Das immissionsschutzrechtliche Verfahren, in dem die angefochtene Genehmigung ergangen ist, ist ein solches Verfahren.

- 27 (1) Über die Zulassung der geplanten Biogasanlage, die als bauliche Anlage dem Vorhabenbegriff des § 29 Abs. 1 BauGB unterfällt, ist zu Recht im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren entschieden worden. Der Genehmigungsbedürftigkeit der Anlage nach § 4 Abs. 1 BImSchG i.V.m. Nr. 8.1 des Anhangs der 4. BImSchV steht neben § 4 Abs. 2 Satz 1 BImSchG auch § 4 Abs. 2 Satz 2 BImSchG nicht entgegen. Danach bedürfen unter anderem Tagebaue und die zum Betrieb eines Tagebaus erforderlichen Anlagen keiner immissionsschutzrechtlichen Genehmigung. Diese Ausnahmeregelung ist eng auszulegen und auf solche Anlagen zu beschränken, die unmittelbar dem Aufsuchen und Gewinnen von Bodenschätzen im Wege des Tagebaus dienen (vgl. Jarass, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 4 Rn. 38 m.w.N.).
- 28 An der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbedürftigkeit ändert nichts, dass das Vorhaben nach § 51 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 3 BBergG der bergrechtlichen Betriebsplanpflicht unterliegt. Das Bundesberggesetz enthält - abgesehen von den hier nicht einschlägigen Bestimmungen über die bergrechtliche Planfeststellung (§ 52 Abs. 2a, § 57a BBergG) - keine dem § 13 BImSchG oder dem § 75 Abs. 1 VwVfG vergleichbare Konzentrationsvorschrift der Art, dass die Zulassung des Betriebsplans andere Genehmigungen ersetzt oder einschließt. Die Zuständigkeit anderer Behörden bleibt unberührt (BVerwG, Urteil vom 4. Juli 1986 - 4 C 31.84 - BVerwGE 74, 315 <317>).
- 29 (2) Die Prüfungszuständigkeit der Genehmigungsbehörde im immissionsschutzrechtlichen Verfahren umfasst auch die Prüfung der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit des Vorhabens. Das ergibt sich aus der Genehmigungsvoraussetzung des § 6 Abs. 1 Nr. 2 BauGB, wonach andere öffentlich-rechtliche Vorschriften der Errichtung und dem Betrieb der zu genehmigenden Anlage nicht entgegenstehen dürfen, lässt sich aber, sofern die Anlage nach der maßgeblichen Landesbauordnung einer Baugenehmigung bedarf, auch aus § 13 BImSchG ableiten. Nach dieser Vorschrift umfasst die immissionsschutzrechtliche Anlagengenehmigung unter anderem andere öffentlich-rechtliche Genehmigungen und somit auch die Baugenehmigung, die ihrerseits die Entscheidung über die bauplanungsrechtliche Unbedenklichkeit des Vorhabens enthält.

- 30 bb) Die Voraussetzungen für eine Ausnahme vom Einvernehmensefordernis gemäß § 36 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BauGB liegen nicht vor. Das Berufungsgesicht hat die Vorschrift einschränkend dahin ausgelegt, dass sie sich nur auf solche der Bergaufsicht unterstehende Vorhaben bezieht, über deren bauplanungsrechtliche Zulässigkeit in einem bergrechtlichen Zulassungsverfahren entschieden wird. Dem ist zu folgen. Über die Vereinbarkeit des Vorhabens der Beigeladenen mit dem Bauplanungsrecht ist demgegenüber nicht im bergrechtlichen Zulassungsverfahren, sondern allein im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren zu entscheiden.
- 31 (1) Dem Wortlaut des § 36 Abs. 1 BauGB lassen sich allerdings keine Anhaltspunkte für ein restriktives Verständnis der Ausnahmeregelung entnehmen. Aus ihm ergibt sich zwar, zumal in der Zusammenschau mit der inneren Systematik der Bestimmung, dass die Ausnahmeregelung in Satz 2 Halbs. 2 nicht auf den Satz 1, sondern allein auf den Halbs. 1 des Satzes 2 zu beziehen ist. Dass die Ausnahme nicht für alle der Bergaufsicht unterliegenden Vorhaben gilt, kommt hingegen im Normtext nicht zum Ausdruck.
- 32 (2) Die Systematik der Norm deutet jedoch bereits auf ein engeres Verständnis der Ausnahme hin. Dass § 36 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BauGB sich nicht auf Satz 1 der Vorschrift bezieht, bedeutet, dass für der Bergaufsicht unterliegende Vorhaben, deren Vereinbarkeit mit dem Bauplanungsrecht in einem Baugenehmigungsverfahren zu beurteilen ist, keine Ausnahme vom Einvernehmensefordernis gilt. Damit wäre es wertungsmäßig schwerlich in Einklang zu bringen, wenn für immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige Vorhaben Abweichendes gelten würde, obwohl derartige Vorhaben typischerweise ein höheres Störungspotenzial aufweisen und dementsprechend stärker die gemeindliche Planungshoheit berühren.
- 33 (3) Für eine enge Auslegung spricht auch die Entstehungsgeschichte der Ausnahmeregelung. Sie zeigt, dass der Gesetzgeber mit ihr nur die in § 29 Abs. 1 BauGB genannten Aufschüttungen und Abgrabungen größeren Umfangs sowie Ausschachtungen und Ablagerungen einschließlich Lagerstätten vom Einvernehmensefordernis ausnehmen wollte, nicht dagegen Vorhaben, die die Errich-

tung, Änderung oder Nutzungsänderung von baulichen Anlagen zum Inhalt haben.

- 34 Eine erste Vorgängerregelung hatte § 36 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BauGB in § 29 Satz 4 BBauG i.d.F. des Gesetzes zur Änderung des Bundesbaugesetzes vom 18. August 1976 (BGBl. I S. 2221). Nach § 29 Satz 3 BBauG dieser Fassung galten die §§ 30 bis 37 entsprechend für Aufschüttungen und Abgrabungen größeren Umfangs sowie für Ausschachtungen, Ablagerungen einschließlich Lagerstätten, die nicht unter Satz 1 (Vorhaben zur Errichtung, Änderung oder Nutzungsänderung von baulichen Anlagen) fielen. Nach Satz 4 fand § 36 auf Vorhaben im Sinne des Satzes 3, die der Bergaufsicht unterliegen, keine Anwendung.
- 35 Demgegenüber sollten nach § 29 Satz 3 des ursprünglichen Regierungsentwurfs vom 22. August 1974 die §§ 30 bis 37 und somit auch § 36 sinngemäß auch für Aufschüttungen und Abgrabungen größeren Umfangs sowie Ausschachtungen gelten (BT-Drs. 7/2496 S. 11). Damit sollte Belangen des Landschafts- und des Umweltschutzes Rechnung getragen werden (BT-Drs. 7/2496 S. 47). Der Bundesrat hielt diese Regelung für zu weitgehend und regte eine Ausnahme von § 36 für Vorhaben des § 29 Satz 3, die der Bergaufsicht unterliegen, an (BT-Drs. 7/2496 S. 75). Dem schloss sich der Ausschuss für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau in einer Beschlussempfehlung an. Danach sollten lediglich die Verfahrensvorschriften des § 36 nicht zur Anwendung kommen (BT-Drs. 7/4793 S. 34). Dem folgte der Gesetzgeber.
- 36 Mit dem Gesetz zur Beschleunigung von Verfahren und zur Erleichterung von Investitionsvorhaben im Städtebaurecht vom 6. Juli 1979 (BGBl. I S. 949) wurde in § 36 Abs. 1 Satz 2 BBauG ein erster Halbsatz eingefügt, nach dem das Einvernehmen der Gemeinde auch erforderlich ist, wenn in einem anderen Verwaltungsverfahren über die Zulässigkeit nach den §§ 33 bis 35 entschieden wird. Nach dem zweiten Halbsatz blieb unter anderem § 29 Satz 4 unberührt. Mit der Änderung reagierte der Gesetzgeber auf die - das Einvernehmenserfordernis in immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren verneinende - Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Urteil vom 11. Februar 1977

- 4 C 9.75 - Buchholz 406.25 § 4 BImSchG Nr. 2) und legte das Einvernehmensefordernis insbesondere für immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren fest. Zugleich stellte er klar, dass sich an der Ausnahmeregelung in § 29 Satz 3 für Vorhaben, soweit sie der Bergaufsicht unterliegen, auch nach Einfügung des ersten Halbsatzes nichts ändern sollte (vgl. BT-Drs. 8/2451 S. 24). Damit sollten also weiterhin nur Aufschüttungen und Abgrabungen größeren Umfangs sowie Ausschachtungen und Ablagerungen einschließlich Lagerstätten, soweit sie der Bergaufsicht unterliegen, vom Einvernehmensefordernis ausgenommen bleiben.

- 37 Durch das Gesetz über das Baugesetzbuch vom 8. Dezember 1986 (BGBl. I S. 2191) wurde § 29 Satz 4 gestrichen und in § 36 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 - den heutigen Standort - übernommen. Durch die Neufassung des § 36 Abs. 1 sollten die bisher in § 29 Satz 4, § 31 und § 36 Abs. 1 BBauG enthaltenen Regelungen über die Beteiligung der Gemeinde und der höheren Verwaltungsbehörde zusammengefasst werden (BR-Drs. 575/85 S. 91). Eine inhaltliche Änderung war erkennbar nicht beabsichtigt.
- 38 Mit den Änderungen der §§ 29 und 36 BauGB im Gesetz zur Änderung des Baugesetzbuchs und zur Neuregelung des Rechts der Raumordnung (Bau- und Raumordnungsgesetz 1998 - BauROG) vom 18. August 1997 (BGBl. I S. 2081) ist die Bezugnahme der Ausnahnevorschrift des § 36 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BauGB auf Aufschüttungen und Abgrabungen größeren Umfangs sowie auf Ausschachtungen und Ablagerungen einschließlich Lagerstätten weggefallen. In § 29 BauGB wurden die bisherigen Sätze 1 und 3 sprachlich zusammengefasst und in § 36 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BauGB wurde die Angabe "§ 29 Satz 3" durch die Angabe "§ 29 Abs. 1" ersetzt.
- 39 Durch die Neufassung von § 29 Abs. 1 BauGB sollte das materielle Bauplanungsrecht von den Genehmigungs-, Zustimmungs- oder Anzeigeverfahren in den Landesbauordnungen abgekoppelt werden. Die §§ 30 bis 37 BauGB sollten künftig unabhängig von einem landesrechtlich geregelten Verfahren für alle Vorhaben gelten, die die Errichtung, Änderung oder Nutzungsänderung von baulichen Anlagen zum Gegenstand haben. Die Vorschrift sollte damit in Bezug



auf bauliche Anlagen der fortgeltenden Regelung für Aufschüttungen und Abgrabungen größeren Umfangs sowie für Ausschachtungen und Ablagerungen einschließlich Lagerstätten angeglichen werden, für die die §§ 30 bis 37 BauGB schon vorher ohne Anknüpfung an ein besonderes landesrechtliches Verfahren galten (vgl. BT-Drs. 13/6392 S. 55). Die Änderung des § 36 BauGB wurde ausdrücklich als eine redaktionelle Folgeänderung zu den Änderungen in den §§ 29 und 38 BauGB verstanden (vgl. BT-Drs. 13/6392 S. 60).

- 40 Mit dem Bau- und Raumordnungsgesetz 1998 war daher keine inhaltliche Änderung der Ausnahmeregelung des § 36 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BauGB beabsichtigt. Die Regelung sollte erkennbar weiterhin nur für Aufschüttungen und Abgrabungen größeren Umfangs sowie Ausschachtungen und Ablagerungen einschließlich Lagerstätten, soweit diese Vorhaben der Bergaufsicht unterliegen, und nicht für die übrigen in § 29 Abs. 1 BauGB genannten Vorhaben gelten (so auch Reidt, in Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 13. Aufl. 2016, § 29 Rn. 24 unter Berufung auf die angefochtene Entscheidung; Roeser, in: Berliner Kommentar zum BauGB, Stand Dezember 2011, § 36 Rn. 21). Das ist zwar noch nicht gleichbedeutend mit der Auslegung des Oberverwaltungsgerichts, wonach sich die Ausnahme vom Einvernehmenserfordernis ausschließlich auf bergrechtliche Zulassungsverfahren (Betriebsplanzulassungen) beziehen soll (UA S. 21) und nicht auf immissionsschutzrechtliche Verfahren, in denen der Bergaufsicht unterliegende Vorhaben auf ihre Vereinbarkeit mit dem Bauplanungsrecht geprüft werden. Bei "Aufschüttungen und Abgrabungen größeren Umfangs sowie ... Ausschachtungen, Ablagerungen einschließlich Lagerstätten" handelt es sich aber um Vorhaben, die regelmäßig bei einem Bergbaubetrieb im Tagebau anfallen (vgl. BVerwG, Beschluss vom 16. März 2001 - 4 BN 15.01 - Buchholz 406.11 § 1 BauGB Nr. 107 Rn. 5) und in einem bergrechtlichen Betriebsplanverfahren zugelassen werden müssen, ohne zugleich einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigungspflicht zu unterliegen. Damit stützt auch die Entstehungsgeschichte die Auffassung des Oberverwaltungsgerichts, dass der Gesetzgeber mit der Ausnahmeregelung des § 36 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BauGB nur diese Konstellation vor Augen hatte.

- 41 (4) Vor allem aber streiten Sinn und Zweck des Einvernehmenserfordernisses und der Ausnahmeregelung für die einschränkende Auslegung des Oberverwaltungsgerichts. Die Einvernehmensregelung dient dem Schutz der kommunalen Planungshoheit. Mit ihr wird der Gemeinde zum einen die Möglichkeit eröffnet, in noch unbeplanten Bereichen Planungsabsichten in die Wege zu leiten und so die bauplanungsrechtlichen Anforderungen an die Zulässigkeit von Vorhaben nachzujustieren; zum anderen zielt sie darauf ab, die Gemeinde in Gebieten, in denen diese noch nicht geplant hat, an der Beurteilung der bebauungsrechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen von Vorhaben mitentscheidend zu beteiligen (BVerwG, Urteil vom 7. Februar 1986 - 4 C 43.83 - Buchholz 406.11 § 36 BBauG Nr. 35 S. 10). Die Ausnahmeregelung des § 36 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BauGB geht auf die Erwägung zurück, im Rahmen des bergrechtlichen Betriebsplanverfahrens werde hinsichtlich der zuzulassenden Vorhaben den in § 35 BBauG/BauGB angesprochenen öffentlichen Belangen ohnehin in vollem Umfang Rechnung getragen; sie soll doppelte Prüfungen und die Gefahr divergierender Entscheidungen vermeiden (BT-Drs. 7/2496 S. 75). Diese Zielsetzungen können nur zum Tragen kommen, wenn und soweit tatsächlich im Betriebsplanzulassungsverfahren unter Beteiligung der Standortgemeinde nach § 54 Abs. 2 BBergG eine bauplanungsrechtliche Prüfung erfolgt und so die gemeindlichen Planungsbelange berücksichtigt werden.
- 42 (5) Im Ergebnis zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Ausnahmeregelung nach § 36 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BauGB danach nicht eingreift, weil über die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens der Beigeladenen ausschließlich im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren zu entscheiden ist.
- 43 Die Frage der Vereinbarkeit eines Vorhabens mit dem Bauplanungsrecht kann zwar auch zum Prüf- und Entscheidungsprogramm im bergrechtlichen Betriebsplanverfahren gehören. § 48 Abs. 2 BBergG eröffnet der Bergbehörde in Ergänzung des § 55 Abs. 1 BBergG die Möglichkeit, eine Aufsuchung oder Gewinnung zu beschränken oder zu untersagen, soweit ihr überwiegende Interessen entgegenstehen (BVerwG, Urteile vom 4. Juli 1986 - 4 C 31.84 - BVerwGE 74, 315 <322 f.> und vom 16. März 1989 - 4 C 25.86 - Buchholz 406.27 § 48

BBergG Nr. 3 S. 21). Diese Möglichkeit besteht aber nur "unbeschadet anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften", ist also dann zu verneinen, wenn andere öffentlich-rechtliche Vorschriften eine spezielle Behörde mit der Wahrnehmung der zu schützenden öffentlichen Interessen betraut haben (BVerwG, Urteil vom 4. Juli 1986 - 4 C 31.84 - BVerwGE 74, 315 S. 323 f.; Beschluss vom 5. Juli 2016 - 7 B 43.15 - juris Rn. 20). Das ist hier der Fall. Die Immissionsschutzbehörde konnte sich im durchgeführten immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren auf eine gegenüber der Auffangzuständigkeit nach § 48 Abs. 2 BBergG vorrangige Zuständigkeit zur bauplanungsrechtlichen Prüfung und Entscheidung stützen. Diese Zuständigkeit lässt sich aus der Konzentrationswirkung ableiten, die die immissionsschutzrechtliche Anlagengenehmigung gemäß § 13 BImSchG im Verhältnis zu der - für das Vorhaben der Beigeladenen nach den Feststellungen der Vorinstanz (UA S. 30) erforderlichen - Baugenehmigung entfaltet. Zur originären Zuständigkeit der Baugenehmigungsbehörde gehört die bauplanungsrechtliche Beurteilung eines Vorhabens. Diese Zuständigkeit hat die Immissionsschutzbehörde im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren aufgrund der Konzentrationswirkung der Anlagengenehmigung mit wahrzunehmen. Dahinter tritt die Auffangzuständigkeit der Bergbehörde zurück, ohne dass es noch auf die vom Obergericht thematisierte Abgrenzung zwischen den Auffangzuständigkeiten der Bergbehörde nach § 48 Abs. 2 BBergG einerseits und der Immissionsschutzbehörde nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG andererseits ankommt.

- 44 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2, § 159 Satz 1 VwGO, § 100 Abs. 1 ZPO.

Dr. Nolte

Brandt

Dr. Keller

Dr. Schemmer

Böhmman