

Wirksamkeit von Konzentrationszonenplanungen in älteren Flächennutzungsplänen

RAe Dr. Jörn Bringewat und Dr. Andreas Hinsch*

A Einleitung

Seit der Einführung der Privilegierung der Windenergienutzung nach § 35 Abs. 1 (nun Nr. 5) BauGB im Jahr 1996¹ waren die Regionalplanungsträger und die Gemeinden als Träger der Flächennutzungsplanung gefordert, mit Konzentrationszonenplanungen eine Standortsteuerung zu betreiben. Hier bekommt die Flächennutzungsplanung aufgrund der angeordneten Folgen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB eine rechtlich allgemeinverbindliche Bedeutung. Die konzentrierenden Darstellungen, die in ihrer Grundform keine Außenwirkungen entfalten, erzeugen unmittelbare, nach außen gerichtete Rechtswirkungen.

Eine Standortsteuerung unter Nutzung dieses Instruments kann planerisch aufgrund örtlicher besonderer Umstände angezeigt sein. Daneben ist für die erfolgreiche Energiewende eine Dezentralisierung der Energieerzeugung und die Errichtung einer – im Vergleich zu konventionellen Großkraftwerken – Vielzahl von Erzeugungseinheiten erforderlich und essentiell, so dass einerseits ausreichend Flächen zur Aufnahme der Erzeugungseinheiten zur Verfügung stehen und andererseits diese Flächen zur Errichtung und zum Betrieb der Erzeugungseinheiten möglichst gut, jedenfalls aber überhaupt geeignet sein müssen². Darstellungen des Flächennutzungsplans für die Windenergie sind planerisch fraglos sinnvoll.

Die gerichtliche Kontrolle von Planungsentscheidungen mit den Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ist wegen ihrer rechtlich-qualitativen Reichweite durch die Folge negativer Planaussagen i.S. von Standortentscheidungen („Ausschlussflächen“) von besonderer Relevanz für die Rechtsschutzgewährung. Denn die Folgen der gesetzlichen Privilegierungsentscheidung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB können durch die negativ wirkende planerische Ausschlussentscheidung im Rahmen der Konzentrationszonenfestlegung korrigiert werden. In diesem Rahmen steht Betroffenen – allerdings in eingeschränktem Umfang – eine Antragsbefugnis für Normenkontrollanträge vor den Oberverwaltungsgerichten zu³. Die Gerichte sind verpflichtet, auch zu prüfen, ob beispielsweise durch Planungsentscheidungen im Bereich der Raum- und Bodennutzung der Windenergienutzung eine echte Chance eingeräumt oder eine Verhinderung planerischer Vorhaben wird⁴. Die Grenze zwischen denkbaren Szenarien der Planungskonzeption stellt sich vielfach als nicht mehr als ein schmaler Grat dar, da für die Windenergienutzung bereits vor Abzug weiterer einschränkender Faktoren nur wenig gut geeigneter Raum zur Verfügung steht⁵.

Umso wichtiger ist es, dass die Plangeber ihre Verantwortung bei der Planung von Konzentrationszonen für die Windenergienutzung erkennen, annehmen und in einer objektiv nachvollziehbaren Art umsetzen. Im Rahmen der Planung steht den Plangebern naturgemäß eine unabhängige, sach- und fachbezogene Darstellungsautonomie (=Planungsermessen) zu, ohne die die Individualität jeder Planung und die in ihr abgebildete (gewünschte) Wirklichkeit im Sinne der verfolgten Steuerungsfunktion nicht gewährleistet werden könnte. Begrenzt wird allerdings jede Planung durch Rechtspositionen und rechtliche Vorgaben, die aus verfassungsrechtlichen oder gesetzlichen Grundlagen folgen, sowie tatsächliche Umstände, die mal richtungsweisend, rahmend und gestaltend oder sogar begrenzend und zwingend auf die Planungsentscheidungen des Plangebers einwirken können⁶.

Im Rahmen der Konzentrationszonenplanung für die Windenergienutzung wurden von der Rechtsprechung verschiedene

Vorgaben entwickelt, so dass bei ihrer Anwendung auf einen zu prüfenden Sachverhalt im Rahmen einer Prüfungsroutine die Möglichkeit besteht, Planungsergebnisse hinsichtlich der ordnungsgemäßen Bewältigung einer sinnvollen und ausgewogenen Planung zur Windenergienutzung zu ermöglichen. So hat das Bundesverwaltungsgericht auf Grundlage seiner vorhergehenden Rechtsprechung⁷ sowie der weitergeführten obergerichtlichen Rechtsprechung⁸ „Planungsschritte“ konkretisiert. Diese Planungsschritte sind aber keine von der Rechtsprechung neu geschaffenen konstitutiven Planungsvorgaben, sondern schlicht die rechtlichen und tatsächlichen Anforderungen an die Planung von Konzentrationszonen, allerdings praktisch handhabbar konturiert⁹.

Die Rechtsprechung hat somit nichts anderes getan, als die rechtlich bestehenden Wegweiser, Rahmen und Grenzen der Planungsautonomie zu benennen (nicht etwa, diese zu entwickeln!). Insoweit ist es auch im Grundsatz unschädlich, wenn (wesentliche Teile von) Konzentrationszonenplanungen vor der begriffsprägenden Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts erfolgten, diese daher auch Duktus oder Bezeichnungen der bundesverwaltungsgerichtlichen Vorgaben nicht vorweisen, aber im Grundsatz den Anforderungen an wirksame Konzentrationszonenplanungen gerecht werden. Gemessen an der Vielzahl von Gemeinden in Deutschland¹⁰ und der, auch mit Blick auf besondere Zuständigkeitsregelungen in §§ 203 ff. BauGB, damit einhergehenden Anzahl von Flächennutzungsplanungen, dürften vielfach Konzentrationszonenplanungen aus Zeiten deutlich vor der prägenden Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahr 2012 nicht den rechtlichen Anforderungen genügen, so dass diese einer gerichtlichen Überprüfung nicht standhalten können.

Welche Rechtswirkung aber kommt jenen Planungen zu, wenn sie eigentlich einer gerichtlichen Kontrolle entzogen sind, weil die Fristen zur Einlegung einer Normenkontrolle gem. § 47 VwGO verstrichen sind und auch Inzidentprüfungen vor den Verwaltungsgerichten wegen Eingreifens der Planerhaltung gem. §§ 214 ff. BauGB (in der jeweils anwendbaren Fassung) scheinbar keinen Erfolg haben können? Je weiter die Zeit voranschreitet und je häufiger neue Konzentrationszonenplanungen gerichtlich aufgehoben werden, desto mehr reift möglicherweise in Gemeinden die Überzeugung, eine bestehende bestandskräftige Konzentrationszonenplanung ohne zwingendes Erfordernis nicht anzufassen und sich auf teils historische und sogar überholte Planaussagen zu berufen, möglicherweise alleine, um Risiken für die Rechtssicherheit einer neuen Planung zu vermeiden¹¹.

* Der Autor Dr. Bringewat ist Rechtsanwalt und leitet die Rechtsabteilung bei dem Grünstromversorger Greenpeace Energy in Hamburg. Ab 2018 übernimmt er in der Kanzlei von Bredow Valentin Herz in Berlin den öffentlich-rechtlich geprägten Geschäftsbereich „Bauen, Umwelt und Infrastruktur“. Der Autor Dr. Hinsch ist Rechtsanwalt und Partner der Kanzlei Blanke Meier Evers, Bremen/Hamburg und leitet dort das Team Öffentliches Recht.

1. BGBl. I 1996, S. 1189.
2. Vgl. bereits Spannowsky, ZfBR-Beil. 2012, 53 [60].
3. Vgl. dazu Bringewat, NVwZ 2013, S. 984 ff. mit Nachweisen.
4. Vgl. BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15/01.
5. Vgl. im Bereich der Rohstoffgewinnung BVerwG, Beschl. v. 22.05.2014 – 4 B 56/13.
6. Vgl. statt vieler Gierke, in: Brügelmann, BauGB, 103. EL 2017, § 1 Rz. 1562 ff.
7. Grundsätzlich zur Konzentration: BVerwGE 77, 300 ff.; zur Konzentration der Windenergie grundsätzlich: BVerwG, ZNER 2003, 37 ff.
8. Insbesondere OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 24.02.2011 – 2 A 2.09.
9. Vgl. BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 1.11; vgl. zu den Planungsvorgaben im Rahmen von Konzentrationszonenplanungen statt aller Tyczewski, BauR 2014, S. 934ff. Eine genaue Darstellung der Thematik unterbleibt im Rahmen dieses Beitrags.
10. Ca. 11.000; Quelle: Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch 2017.
11. Vgl. den gerichtlichen Appell an die Gemeinde, deren konzentrierender Flächennutzungsplan allein wg. der Planerhaltung nach § 215 BauGB war, „Am Ende empfahl der Richter dem Gemeinderat und Bürgermeister Mario Hecker dringend, die bereits begonnene Planung zur Änderung des neuen

B Rechtliche Grundlagen der Flächennutzungsplanung

Ein Flächennutzungsplan wird von den zuständigen Gemeinden regelmäßig vor dem Bebauungsplan aufgestellt und ist nach dem zweistufigen Planungsaufbau des BauGB der den Bebauungsplan vorbereitende Bauleitplan (§ 1 Abs. 2 BauGB). Der Flächennutzungsplan bildet ein weniger konkretes „gesamträumliches Entwicklungskonzept“ ab, das die Bodennutzung entsprechend voraussehbarer Bedürfnisse in den Grundzügen darstellt¹². Dem Flächennutzungsplan kommt im Gegensatz zum Bebauungsplan kein Rechtsnormcharakter zu¹³. Er ist daher nicht in der Lage, verbindliche Außenwirkung zu entfalten, vielmehr handelt es sich bei ihm um einen grundsätzlich nur innenrechtlich wirkenden Plan¹⁴, eine „klassische inneradministrative Norm“¹⁵. Der Gesetzgeber hat bisher keine Veranlassung gesehen, dem Flächennutzungsplan eine bestimmte Qualifikation als Rechtsnorm zuzuweisen. Im Anwendungsbereich des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ist jedoch nicht zuletzt wegen der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts¹⁶ eine differenzierte Betrachtung nötig: Mag es sich in jenen Fällen zwar noch nicht um eine außerordentliche Zuweisung des Rechtsnormcharakters¹⁷ für den Flächennutzungsplan handeln, so ist zumindest denkbar, die Fehlerfolgen in dem Bebauungsplan vergleichbarer Weise anzunehmen¹⁸. Dies folge auch daraus, dass die Funktion des Flächennutzungsplans als vorbereitender Bauleitplan im Anwendungsbereich des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB eine Bebauungsplanähnlichkeit aufweise¹⁹.

In der Abgrenzung zur Regionalplanung wird diese besondere Stellung des Flächennutzungsplans weiter deutlich. Denn Regionalpläne können nach der jeweiligen landesrechtlichen Ausgestaltung durchaus Rechtsnormen²⁰ sein, ihre Außenwirkung²¹ wird aber in § 4 ROG beschnitten oder situationsbezogen sogar ganz ausgeschaltet, bspw. gegenüber privaten Dritten. In bestimmten gesetzlichen Regelungen, den sog. Raumordnungsklauseln²², erwerben regionalplanerische Planaussagen allerdings unmittelbare Rechtswirkung auch gegenüber diesen, ein gesetzessystematisch durchaus interessantes Ping-Pong-Spiel, das im Rahmen dieses Beitrags allerdings nicht weiter vertieft werden soll²³.

C Wirkung von Konzentrationszonenplanungen in Flächennutzungsplänen

Die eingangs aufgeworfene Frage, wie mit Flächennutzungsplänen umzugehen ist, die eine Konzentrationszonenplanung für die Windenergienutzung verfolgen und insofern eine Ausschlusswirkung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erzielen sollen, allerdings aus einer Zeit lange vor der prägenden Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts stammen, macht handgreiflich, dass dringend eine Klärung erforderlich ist, welche „Qualität der Allgemeinverbindlichkeit“ diesen besonderen Planaussagen zukommen soll. Anschließend wird geprüft, ob mit vorhandenen Instrumenten ein sinnvoller Umgang erreicht werden kann (sog. „RegelAusnahme“).

I. Ansatz der qualitativen Planaufwertung

Als überwiegende Meinung dürfte gelten, dass Darstellungen, die die Rechtswirkungen von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erzeugen (sollen), eine unmittelbare Außenwirkung zukomme²⁴. Nach dieser Ansicht sollen flächennutzungsplanerische Darstellungen qualitativ aufgewertet werden²⁵. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB soll demnach eine Darstellung des Flächennutzungsplans abschließend von einer innenrechtlich wirkenden Planaussage in ein außenwirkendes Festsetzungäquivalent modifizieren²⁶.

Diese Position ist mindestens fragwürdig. Schon das Bundesverwaltungsgericht unterwirft diese modifizierte Planaussage des

Flächennutzungsplans nur analog einer Normenkontrollfähigkeit im Sinne des § 47 VwGO²⁷, daraus kann abgeleitet werden, dass § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht die Darstellungen eines Flächennutzungsplans generell zur Rechtsnorm aufwerten²⁸, sondern eine nicht näher bestimmte Normgleichwertigkeit der betreffenden Darstellungen begründen soll²⁹. Diese Folge der Planaufwertung soll im Übrigen unabhängig von der Frage eintreten, ob die Anforderungen an eine rechtmäßige Konzentrationszonenplanung, deren Anforderungen vom Bundesverwaltungsgericht geprägt wurden³⁰, tatsächlich eingehalten wurden oder nicht³¹. Unabhängig also davon, ob Gemeinden der eigenen Konzentrationszonenplanung ein überzeugendes und den rechtlichen Anforderungen entsprechendes Planungskonzept zugrunde legen, schlicht Zielfestlegungen der (planerisch) übergeordneten Regionalplanung übernehmen und in der eigenen Planung ohne Untersuchungen abbilden oder – über-

FNP in Kalletal zügig abzuschließen und darin der Windkraft mehr Raum zu geben, wie es die Rechtsprechung fordere. Seibert: Weder das Bundesgericht noch das OVG können jedoch sagen, wieviel Prozent einer Gemeindefläche für die Windkraft zu reservieren sind. Es kommt stets auf die Örtlichkeit und andere Kriterien an. Die Gemeinde muss jedoch sauber planen und darlegen, warum etwa bestimmte Flächen als Windzonen ausscheiden.“ (zitiert nach Wochenblatt für Landwirtschaft und Landleben 2016, Nr. 35, S. 91).

12. Vgl. Reidt in: Gelzer/Bracher/Reidt, Bauplanungsrecht, 7. Aufl. 2004, Rz. 100; Jäde in: Jäde/Dirmberger/Weiß, BauGB, 6. Aufl. 2010, § 5, Rz. 1; Taegen, in: FS für Otto Schlichter, 247 [247f.].

13. Vgl. Widera, Zur verfassungsrechtlichen Gewährleistung gemeindlicher Planungshoheit, S. 107 mit Nachweisen.

14. Vgl. BVerwG, Urt. v. 26.04.2007 – 4 CN 3/06 –, juris Rz. 22; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, § 56 Rz. 27; etwas abweichend Schröder in: Schröder, BauGB, 8. Aufl. 2016, § 10, Rz. 2, der den Flächennutzungsplan als „Plan sui generis“ bezeichnet; vgl. Reidt in: Gelzer/Bracher/Reidt, Bauplanungsrecht, 7. Aufl. 2004, Rz. 109, der darauf hinweist, dass es sich bei dem Flächennutzungsplan nicht um ein reines Verwaltungsinternum handle; vgl. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009, § 16, Rz. 24, „nur-formelle Satzung“.

15. Vgl. Schmidt-Aßmann, Die kommunale Rechtssetzung, 1981, S. 37.

16. Vgl. oben.

17. So aber Schenke, NVwZ 2007, 134 [136].

18. Wollenteit, NVwZ 2008, S. 1281ff.; Taegen, in: FS für Otto Schlichter, 247 [251].

19. So BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15/01, juris Rz. 52.

20. Vgl. die Situation in Niedersachsen, hier handelt es sich gem. § 5 Abs. 5 NROG um Satzungen oder in Schleswig-Holstein, hier handelt es sich gem. § 5 Abs. 9 LaPlaG um eine Verordnung.

21. Nach dem Bundesverwaltungsgericht kommt Zielfestlegungen auch bei fehlender Rechtssatzform der Charakter von Außenrechtsvorschriften zu, Urt. v. 20.11.2003 – 4 CN 6/03, juris Rz. 23.

22. Vgl. BVerwG, Urt. v. 16.03.2006 – 4 A 1991/04.

23. Vgl. dazu aber Schulte, NVwZ 1999, 942 ff.

24. Vgl. etwa BVerwG, Urt. v. 26.04.2007 – 4 CN 3/06, juris Rz. 16; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, 123. EL 2016, § 35 Rz. 123; Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 13. Aufl. 2016, § 35 Rz. 114; Schenke, NVwZ 2007, 134 [141].

25. Ausdrücklich BVerwG, Urt. v. 26.04.2007 – 4 CN 3/06, juris Rz. 19: „gesetzgeberische Aufwertung des Flächennutzungsplans zu einem [...] qualifizierten Instrument der gemeindlichen Standortplanung für privilegierte Außenbereichsvorhaben“.

26. Darstellungen eines Flächennutzungsplans komme im Anwendungsbereich von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB einem dem Bebauungsplan vergleichbare Wirkung zu, BVerwG, Urt. v. 26.04.2007 – 4 CN 3/06, juris Rz. 16.

27. Mit Blick auf die im Übrigen weite Auslegung des Anwendungsbereichs des § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO durchaus bemerkenswert, vgl. BVerwG Urt. v. 20.11.2003 – 4 CN 6/03, juris Rz. 23.

28. So aber wohl Schenke, NVwZ 2007, 134 [141] und Kment NVwZ 2003, 1047 [1055].

29. So auch Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, 123. EL 2016, § 35 Rz. 123; das Bundesverwaltungsgericht erläutert die rechtliche Qualität der durch § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB entstandenen modifizierten Darstellungen nicht.

30. Vgl. BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 1.11, vgl. oben Fn. 9.

31. Vgl. bspw. OVG Münster, Beschl. v. 18.12.2015 – 8 B 253/15, juris Rz. 13 ff.

spitzt – willkürlich Flächen für die vorrangige Windenergienutzung festlegen und den Rest zur Ausschlussfläche erklären, die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB sollen eine solche planerische Aussage zum Normäquivalent qualifizieren³². Entscheidend für die Wirkung der Darstellungen ist, ob der Erläuterungsbericht/die Begründung des Flächennutzungsplans für sich in Anspruch nimmt, die gesteuerte Nutzung zu konzentrieren³³. Die Absicht der Konzentration muss gerade nicht unmittelbarer Inhalt der Darstellungen sein. Das zeigt, dass die Konzentrationswirkung nicht aus den zur Rechtsnorm aufgewerteten Darstellungen folgt (die dazu nichts enthalten müssen), sondern nur aus dem Normbefehl des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Dass eine solche Darstellung einer gerichtlichen Normenkontrolle unterzogen werden kann, bedeutet in der Konsequenz, dass die Fristenregelung des § 47 Abs. 2 VwGO die zulässige Einlegung des Rechtsbehelfs bestimmt und dieser somit auch verfristet kann. Stellte man sich weiter auf Standpunkt, dass ebenfalls für die Frage der Wirksamkeit der Konzentrationszonenplanung die Vorschriften des §§ 214 ff. BauGB auch im Inzidentrechtsschutz greifen sollen³⁴, wären alte Konzentrationszonenplanungen unter Beachtung der Regelungen des § 233 BauGB vielfach wirksam, wenngleich vergleichsweise offensichtlich rechtswidrig.

II. Untersuchung der rechtlichen Grundlagen und Darstellung eines eigenen Ansatzes

Aus der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts lassen sich zwei grundsätzliche Themenstellungen extrahieren, einerseits die Zulässigkeit des Analogieschlusses und andererseits die Frage des Umgangs mit alten, nicht den etablierten Vorgaben an eine Konzentrationszonenplanung entsprechenden Flächennutzungsplanung aus praktischen Gesichtspunkten. Diese Anknüpfungspunkte erlauben die Darstellung eines gesetzssystematisch geprägten Ansatzes zum Umgang mit veralteten Konzentrationszonenplanungen in Flächennutzungsplänen.

1. Zur Analogiebegründung des Bundesverwaltungsgerichts

Hinsichtlich des Analogieschlusses kann angezweifelt werden, dass die Voraussetzungen, um eine Vergleichbarkeit der Interessenlagen oder eine Planwidrigkeit als Voraussetzungen einer Analogie anzunehmen, vorliegen. Gerade auch weil der Flächennutzungsplan eine vom Bebauungsplan stark abweichende städtebauliche Grundidee verfolgt, kann es an der Notwendigkeit der Rechtsfortbildung fehlen. Der Gesetzgeber ist ausweislich der verfügbaren Gesetzesmaterialien im Rahmen der Entwicklung des Wortlauts der Vorschrift augenscheinlich weder davon ausgegangen, dass die Regelung das Erfordernis einer eigenständigen Überprüfbarkeit begründete, noch dass die Qualität der Planaussagen eines Flächennutzungsplans dieses Erfordernis begründeten³⁵. Überdies wurde im Jahr 2006 die Vorschrift des § 47 Abs. 2a VwGO³⁶ eingeführt, nicht jedoch eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der gesamten Vorschrift auf Konzentrationszonenplanungen vorgenommen³⁷. Dieser Ansatz soll allerdings im Rahmen dieses Beitrages nicht weiter vertieft werden, ist jedoch argumentativ relevant.

2. Umgang mit überkommenen Konzentrationszonenplanungen

Wie allerdings stellt sich der praktische Umgang mit Planaussagen in Flächennutzungsplänen dar, die den Anwendungsbereich des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB eröffnen. Dieser ist im Rahmen von immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren respektive (einkonzentrierten) Baugenehmigungsverfahren geprägt durch Zurückhaltung und fehlende Entscheidungsfreude der Genehmigungsbehörden. Einen prägnanten Fall bilden dabei Situationen, in denen Standorte für die Errichtung von Windenergieanlagen in Gemein-

den dargestellt sind, und die Flächennutzungsplanung eine Konzentrationsabsicht verfolgt, die vom Bauherrn beantragten Standorte außerhalb der Sonderbauflächen liegen und die Planung vor der Jahrtausendwende oder in den darauf folgenden zehn Jahren in Kraft getreten ist und damit inhaltliche Mängel aufweist

a) Skizze eines typischen Sachverhalts

Prüft ein Bauwilliger nun die Vereinbarkeit seines Windenergievorhabens mit der vorhandenen Flächennutzungsplanung, stellt er regelmäßig fest, dass die Konzentrationszonenplanung nicht o.g., vom Bundesverwaltungsgericht geprägten Anforderungen³⁸ an Planungen dieser Art entspricht, die Konzentrationszonen hinsichtlich ihres Zuschnitts nicht mehr mit den Anforderungen heutiger Anlagentypen korrespondieren und ggf. auch sonstige relevante Fehler der Planung bestehen. Will der Bauwillige nunmehr seinen Standort realisieren, steht einer zu erteilenden immissionsschutzrechtlichen Genehmigung („in der Regel“³⁹) die Ausschlusswirkung der Planung gem. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB entgegen. Er kann also bei der Gemeinde für eine Planungsanpassung werben und ggf. die Kommunalaufsicht einschalten, diese möge die Gemeinde an ihre inzwischen bestehende Planungsanpassungspflicht erinnern (§ 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB)⁴⁰. Hat er hiermit keinen Erfolg⁴¹, besteht grundsätzlich nach der dargestellten herrschenden Ansicht⁴² die Möglichkeit, eine Normenkontrolle zu erheben oder einen Genehmigungs- respektive Vorbescheidsantrag zu stellen, um eine inzidente Prüfung der Planung erreichen oder jedenfalls vorbereiten zu können. Die Einlegungsfrist für eine Normenkontrolle wird (in analoger) Anwendung des § 47 VwGO in den hier zu betrachtenden Fallkonstellationen verstrichen sein. Bleibt also nur noch die Variante einer gerichtlichen Inzidentkontrolle, um ein positives Ergebnis für seinen Antrag herbeizuführen. Hier führt der Hinweis des Antragstellers gegenüber der Genehmigungsbehörde darauf, dass die Flächennutzungsplanung gemessen an den Vorgaben des Bundesverwaltungsgerichts unzulässig sei, in der Regel dazu, dass die Genehmigungsbehörde mitteilt, die Planung möge möglicherweise den rechtlichen Vorgaben nicht gerecht werden, ihr käme aber jedenfalls keine Verwerfungskompetenz zu⁴³. Eine offensichtliche Nichtigkeit sei auch mit Blick auf die Planerhaltungsvorschriften nicht zu erkennen. Die Frage der Wirksamkeit der Konzentrationszonenplanung müsse also gerichtlich geklärt werden.

Wird gerichtlicher Rechtsschutz gesucht, führt dies prognostisch zu der Feststellung, dass – soweit jedenfalls das Planungsziel der Ausschlusswirkung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB hinrei-

32. Vgl. bspw. auch VG Arnsberg, Beschl. v. 07.11.2016 – 4 L 1082/16, juris Rz. 19; Fielenbach, jurisPR-UmwR 3/2017 Anm. 3.

33. Vgl. OVG Schleswig, ZNER 2011, 548; VGH Mannheim, Urte. v. 23.01.2013 – 3 S 1409/11, juris Rz. 32.

34. Vgl. bspw. BVerwG, Urte. v. 20.05.2010 – 4 C 7/09, juris Rz. 32; VGH Kassel, Urte. v. 17.06.2009 – 6 A 630/08, juris Rz. 61; VG Minden, Urte. v. 28.09.2016 – 11 K 2120/15, juris Rz. 137 ff.

35. Vgl. zur Entwicklung der Formulierung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB und den jeweiligen Begründungen BT-Drs. 13/1733; 13/1736; 13/2208; 13/4978. 36. Vgl. BGBl. I S. 3316.

37. Dies wird vom Bundesverwaltungsgericht erkannt (vgl. BVerwG, Urte. v. 26.04.2007 – 4 CN 3/06, juris Rz. 22), jedoch die fehlende Änderung des § 47 VwGO in Bezug auf § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB so begründet, dass dies nach dem Wortlaut nicht gegen eine analoge Erstreckung spreche.

38. Vgl. oben Fn. 9.

39. Vgl. dazu noch unten.

40. Vgl. bspw. BVerwG, Urte. v. 17.09.2003 – 4 C 14/01, juris Rz. 46; OVG Koblenz, Beschl. v. 20.01.1998 – 1 B 10056/98, juris Rz. 26.

41. Wegen fehlender subjektiver Rechte, vgl. BVerwG, Beschl. v. 19.06.1972 – VII B 64.71, juris Rz. 2; VG Münster, Urte. v. 01.12.2009 – 1 K 1048/09, juris Rz. 15.

42. Vgl. oben.

43. Vgl. zum Thema der Verwerfungskompetenz von Planungsnormen umfangreich Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 123. EL 2016, § 10 Rz. 381 ff. mit Nachweisen.

chend deutlich der Planung entnehmbar sei und kein sog. Ewigkeitsfehler⁴⁴ vorliegt – die angegriffene Planung wegen §§ 214f. BauGB jedenfalls aber nicht angreifbar sei, wenn nicht eine fristgerechte Rüge (§ 215 Abs. 1 BauGB) nachgewiesen werden könne⁴⁵. Anders als eine parzellenscharfe Bebauungsplanung kann also nach derzeit etabliertem praktischem Umgang eine alte, rechtlich „objektiv unwirksame“ Flächennutzungsplanung ein komplettes Gemeindegebiet für eine privilegierte Außenbereichsnutzung dauerhaft steuern. Es drängt sich auf, dass dieses Ergebnis nicht, wie es insbesondere Fristenregelungen in § 47 VwGO und §§ 214f. BauGB verfolgen⁴⁶, verfassungsrechtlich unproblematisch für Rechtsfrieden, Vertrauen und Rechtssicherheit sorgen kann.

b) Rechtliche Bewertung

Ein großes rechtliches Missverständnis offenbart sich an dem neuralgischen Punkt der Bedeutung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB für eine Konzentrationszonenplanung verfolgende Darstellungen in einem Flächennutzungsplan. Anders als vereinzelt in der Literatur vertreten⁴⁷, erhalten eine solche Darstellungen durch § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zunächst gerade keinen Rechtsnormcharakter, sondern eine gesetzliche tatbestandliche Anwendungsaufwertung, wie es das Bundesverwaltungsgericht richtig dargestellt hat⁴⁸. Sie bleibt Planaussage „sui generis“, erwirbt also nicht die besonderen Qualitäten einer materiellen Rechtsnorm, zu der auch die Ausschaltung einer exekutiven „Nichtanwendungsbefugnis“ gehört⁴⁹. Diese Darstellungen können – erkennt man die Voraussetzungen der vom Bundesverwaltungsgericht gebildeten Analogie an – in einem objektiven gerichtlichen Normenkontrollverfahren der Prüfung unterzogen werden, ob die jeweilige Planung insoweit beanstandungsfrei ist, dass sie den Tatbestand des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erfüllt. Dies hat sodann zwei ganz wesentliche Folgen, die – soweit ersichtlich – bisher nicht problematisiert werden: Für die Flächennutzungsplanung gelten zwar die Planerhaltungsvorschriften des §§ 214f. BauGB, aber nicht dergestalt, dass diese „instrumentalisiert“ werden, um die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB einer einzelnen Darstellung zu konservieren, sondern alleine, um die Planung in Wirksamkeit zu halten. Die Planerhaltung kann mit anderen Worten nicht herangezogen werden, um die Erfüllung des Tatbestandes des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zu sichern⁵⁰. Und eine nicht den Anforderungen an eine wirksame Konzentrationszonenplanung entsprechende Darstellung im Flächennutzungsplan muss nicht verworfen werden, damit diese nicht länger die Rechtsfolge des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB auslöst, sondern die Rechtswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB tritt schlicht nicht ein – denn der Tatbestand des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, der die Auslösung der Rechtsfolge der Anwendungsaufwertung einer grundsätzlich nicht außenwirkenden Darstellung begründet, liegt nicht vor⁵¹. Letzteres ist eine Frage der Rechtsanwendung, deren Richtigkeit im Einzelfall zwar der gerichtlichen Überprüfung vorbehalten bleibt, aber keine ausschließliche Kompetenz der Gerichte ist⁵².

Dies hängt mit Folgendem zusammen: Besonders mit Blick auf die von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB begründeten Rechtswirkungen einer Planungsaussage ist zu beachten, dass nicht die Reichweite der Rechtswirkungen einer Vorschrift bestimmt, welcher Rechtsquellengattung bzw. Rechtsform sie zuzuordnen ist, sondern es folgt umgekehrt aus ihrer Zugehörigkeit, welche Rechtswirkung sie entfalten kann⁵³. Das bedeutet also, dass der Flächennutzungsplan einschließlich seiner Darstellungen nicht eine Rechtsnorm werden kann, auch im Anwendungsbereich des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB gilt nichts anderes. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ist eine tatbestandliche Anwendungsqualifizierung⁵⁴. Diese Folge wirkt auch für Ziele der Raumordnung, die jedenfalls für private Dritte aufgrund von § 4 ROG keine Außenwirkung entfalten und darf insoweit als etabliert gelten. Hier nimmt die Anwendungsqualifizierung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB konkret die Gestalt einer Raumordnungsklausel an: der Gesetzgeber befiehlt die Anwendung einer raumordnerischen

Planaussage im Einzelfall und lässt sie bodenrechtlich wirken⁵⁵. Es steht dem Gesetzgeber auch frei, in Kenntnis der fehlenden Rechtsnormqualität einer Planaussage dieser im Einzelfall gesetzlich eine besondere Rechtsfolge zuzuordnen. Allerdings wird auch ihr Rang in der Planungshierarchie dadurch nicht verändert⁵⁶. Diese Situation ist vergleichbar mit dem gesetzlichen Erfordernis einer nachvollziehenden Abwägung mit den öffentlichen Belangen des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BauGB bei der Zulassung eines privilegierten Vorhabens im Sinne des § 35 Abs. 1 BauGB⁵⁷. Hier erhalten im Gegensatz zu der Vorschrift des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB die Darstellungen des Flächennutzungsplans lediglich eine geringere Wirkungsintensität⁵⁸. Die nachvollziehende Abwägung zwischen einem privilegierten Vorhaben mit den Darstellungen eines Flächennutzungsplans zur Klärung der Frage, ob dem Vorhaben öffentliche Belange entgegenstehen, ist zunächst ergebnisoffen. Die öffentlichen Belange enthalten grundsätzlich keine negative Bindungswirkung, sie sind lediglich Bestandteil einer wertenden Entscheidung⁵⁹. Das Gesetz ordnet insoweit die Voraussetzungen an, die bei der Entscheidung zu werten sind. Im Rahmen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB tritt im Grunde genommen ein weiterer Tatbestand zur Klärung der Frage der Zulässigkeit eines Vorhabens in den Prüfungskanon ein: Es ist zu untersuchen, ob Darstellungen des Flächennutzungsplans die privilegierte Nutzung, die zugelassen werden soll, an anderer Stelle zugeordnet haben. Ist dies der Fall, bildet dieser Umstand eine Zulassungsgrundregel, die das Abwägungsergebnis bestimmt. Unrichtig ist es nach dem Wortlaut der Vorschrift allerdings, § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB tatbestandlich der von § 35 Abs. 1 BauGB geforderten Abwägungsentscheidung zu entkoppeln⁶⁰, denn der Gesetzgeber hat ausdrücklich erklärt, dass bei anderweiter Darstellung diese dem Vorhaben „dann (in der Regel) entgegensteht“. Er hat also an das tatbestandliche „Entgegenstehen“ des § 35 Abs. 1 BauGB terminologisch angeknüpft. Es wird daraus deutlich, dass kein neuer Zulassungstatbestand geschaffen wurde, sondern eine abwägungsbestimmende Regel. Da-

44. Vgl. dazu statt aller Berkemann, Jm 2015, S. 470ff. mit Nachweisen.

45. Vgl. bspw. OVG Lüneburg, Urt. v. 03.12.2015 – 12 KN 216/13, juris Rz. 28 und OVG Koblenz, Urt. v. 16.05.2013 – 1 C 11003/12, juris Rz. 54.

46. Vgl. zu § 47 VwGO BT-Drs. 13/3993, S. 10; zur Planerhaltung BT-Drs. 7/296, S. 62.

47. Vgl. Schenke NVwZ 2007, 134 [136].

48. Sehr deutlich auch schon der Entscheidung zur Abgrabungskonzentration (BVerwG, Urt. v. 22.05.1987, 4 C 57.84, juris Rz. 32), die zwischen Wirksamkeit der Planung und Unzulässigkeit der gesteuerten Nutzung (Entgegenstehen der öffentlichen Belange) unterscheidet. Und trotz der konzentrierenden Wirkung festhält: „... der Flächennutzungsplan hat gerade keine rechtssatzmäßige Wirkung, sondern konkretisiert allenfalls öffentliche Belange, die sich nur nach Maßgabe einer noch gebotenen Gewichtung im Einzelfall durchsetzen können.“

49. Dieses wird bspw. auch von Fielenbach, jurisPR-UmwR 3/2017 Anm. 3 übersehen.

50. Vgl. dazu noch unten.

51. In diese Richtung vielleicht BVerwG Urt. v. 27.01.2005 – 4 C 5/04, juris Rz. 30: „... dass die [...] Ausschlusswirkung [...] einem Außenbereichsvorhaben erst dann entgegengehalten werden kann, wenn der Planungsträger die abschließende Abwägungsentscheidung getroffen hat [...], dass eine Zielfestlegung entsteht, die die in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB genannten Merkmale aufweist.“

52. So bereits auch Redeker, in: FS für Werner Hoppe, 329 [337].

53. Kunig, Das Rechtsstaatsprinzip, 1986, S. 423.

54. Vgl. Schidlowski, NVwZ 2001, 388 [390], der von „Vermutungswirkung“ spricht.

55. Vgl. BVerwG Urt. v. 16.03.2006 – 4 A 1001/04; vgl. zum Planungsrecht grundsätzlich etwa Stürer, in: Stürer, Bau- und Fachplanungsrecht, 5. Aufl. 2015, Rz. 1445.

56. Vgl. Durner, Konflikte räumlicher Planungen, 2005, S. 399 mit Nachweisen.

57. Vgl. dazu auch Uechtritz, ZUR 2017, 479 [487], der hier auch einen Vergleich mit der Entwicklung der Rechtsprechung im Raumordnungsrecht zieht.

58. Vgl. BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15/01, juris Rz. 27.

59. Vgl. Redeker in: FS für Werner Hoppe, 329 [332].

60. So aber scheinbar Redeker, FS für Werner Hoppe, 329 [335].

mit sprechen auch Wortlaut und Systematik des § 35 Abs. 3 BauGB gegen ein Verständnis, wonach Darstellungen, die die Wirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB in Anspruch nehmen, unmittelbar Rechtsnormcharakter erlangen. Überdies ergibt sich aus den Gesetzesmaterialien, dass die Frage der Richtigkeit einer Planaussage, die die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB entfalten soll, auf Ebene der Vorhabenzulassung zu klären sei, nicht zwingend durch gerichtliche Entscheidung⁶¹.

Daraus folgt, dass die Darstellungen eines Flächennutzungsplans zur Konzentrationszonenplanung, die die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB verfolgen, nicht den Charakter der Planaussage selbst verändern und diese auf eine andere qualitative Stufe heben, sondern, wenn die Voraussetzungen eines schlüssigen Plankonzeptes im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts vorliegen, der Tatbestand einer unmittelbaren Anwendbarkeit der Planaussage erfüllt ist. Positiv formuliert: Steht die Frage der Anwendbarkeit einer Konzentrationszonenplanung im Einzelfall im Raum, ist zu prüfen, ob die Tatbestandsvoraussetzungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 vorliegen, also ein schlüssiges Plankonzept vom Plangeber im Rahmen der Konzentrationszonenplanung verfolgt wurde und diese somit wirksam ist. Das Bundesverwaltungsgericht⁶² führt dazu treffend aus: „Nach der Rechtsprechung des Senats vermag die Darstellung einer Konzentrationszone die Rechtsfolge des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nur auszulösen, wenn ihr ein schlüssiges Plankonzept zugrunde liegt, das sich auf den gesamten Außenbereich erstreckt.“

Das Vorliegen eines schlüssigen Plankonzeptes und damit die Tatbestandsmäßigkeit der Konzentrationszonenplanung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB (das Vorliegen der Darstellung im Sinne der Norm) ist durch exekutive Normanwendung zu klären, nicht etwa durch Normverwerfung⁶³. Denn ohne das Eingreifen der tatbestandlichen Aufwertung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB hinsichtlich einer Darstellung eines Flächennutzungsplans existierte schon keine relevante Planaussage, die einem Streit über Verwerfungskompetenzen unterzogen und/oder überhaupt verworfen werden könnte⁶⁴. Eine solche Planaussage kann einer Vorhabenzulassung nicht als normäquivalentes Hindernis entgegenstehen. Aufgrund dieser Begründung können auch Planerhaltungsvorschriften nicht zur Erhaltung der Rechtsfolge des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB eingreifen. Einerseits kann im Rahmen eines fehlerhaften Plankonzeptes zur Konzentrationszonenplanung die Vorschrift des § 1 Abs. 3 BauGB verletzt sein, die als sog. Ewigkeitsfehler nicht der Planerhaltung unterliegen⁶⁵. Andererseits aber fingiert die Planerhaltung nicht den materiellen Tatbestand eines gesetzlichen Anwendungsbefehls (hier: § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB), sondern erhält lediglich die Planaussage in ihrem Bestand. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB setzt als abwägungsbestimmende Regel voraus, dass „durch Darstellungen im Flächennutzungsplan eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt“ ist. Insoweit wird, wie auch in § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BauGB, nicht auf tatsächliche Umstände, sondern auf einen Rechtsakt abgestellt, nämlich auf die Inhalte des Flächennutzungsplans. Rechtsakte können allerdings nicht verbindlich sein oder durch den Gesetzgeber für verbindlich erklärt werden, wenn die Anforderungen, die die Rechtsordnung an ihren Inhalt und ihr Zustandekommen stellt, nicht eingehalten wurden⁶⁶. Liegt einer Konzentrationszonenplanung in einem Flächennutzungsplan eine fehlerhafte Plankonzeption zugrunde, die deren Rechtswirksamkeit begründet, durchbrechen die Planerhaltungsvorschriften der §§ 214 ff. BauGB zwar das „Nichtigkeitsdogma“⁶⁷, und erhalten diese Darstellungen in der Rechtswirksamkeit, sie können allerdings keine abwägungsbestimmende Kraft mehr entwickeln.

Denn eine mit Darstellungen des Flächennutzungsplans verfolgte Konzentrationszonenplanung – auch im Falle von Fehlern, die „nur“ unter Gesichtspunkten der Planerhaltung unbeachtlich wurden – kann mit Blick auf ihre städtebaulichen Aussagen und die nachfolgende Bebauungsplanung im Rahmen der Funktion eines Flächennutzungsplans weiterhin Relevanz haben. Sie erfüllt nur eben nicht den Tatbestand des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB und kann

somit nicht länger als funktionales Äquivalent einer Festsetzung oder sonstigen abstrakt-generelleren Regelung angewendet werden.

c) Regelausnahme

Selbst wenn man das zuvor aufgezeigte Ergebnis, dass rechtswidrige Darstellungen den Tatbestand des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht ausfüllen können, nicht teilen will, stellt sich die Frage, wie auf der Rechtsfolgenreise mit mangelhaften Darstellungen umzugehen ist.

Die von der steuernden Gemeinde beabsichtigte Konzentration der geplanten Nutzung wirkt nicht absolut. Vielmehr sieht § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB vor, dass die Ausschlusswirkung nur regelmäßig gilt. Das heißt, in Ausnahmefällen ist eine Zulassung der gesteuerten Nutzung auch außerhalb der dafür vorgesehenen Darstellungen zulässig. Das Bundesverwaltungsgericht macht dazu sehr plakativ deutlich, dass dies bei Besonderheiten der beabsichtigten Nutzung vorliegen bzw. in den Besonderheiten des in Anspruch genommenen Raumes⁶⁸ vor dem Hintergrund der planerischen Vorstellung der Gemeinde liegen kann⁶⁹. Es führt aus⁷⁰:

„Während der Gesetzgeber mit dem Tatbestandsmerkmal „entgegenstehen“ die besondere Bedeutung der Privilegierung hervorhebt, die tendenziell zu Gunsten des Vorhabens zu Buche schlägt, bringt er mit der Regel-Ausnahme-Formel in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zum Ausdruck, dass außerhalb der Konzentrationsflächen dem Freihalteinteresse grundsätzlich der Vorrang gebührt. Diese Wertung darf nicht im Zulassungsverfahren konterkariert werden. Eine Abweichung im Einzelfall ist zwar möglich, sie steht aber unter dem Vorbehalt, dass die Konzeption, die der Planung zugrunde liegt, als solche nicht in Frage gestellt wird. Das mit der Ausweisung an anderer Stelle verfolgte Steuerungsziel darf nicht unterlaufen werden.“

Entscheidend bleibt letztlich, dass sich mit veränderten Vorzeichen die Abwägung des § 35 Abs. 3 BauGB wiederholen muss, wobei eine Berührung städtebaulicher Vorstellungen der Gemeinde durch das Vorhaben zu vermeiden ist. Diese Regelausnahme dient als eigentumsrechtliches Ventil, um sicherzustellen, dass die grobe Abwägung, auf der der Flächennutzungsplan beruht, tragbar bleibt⁷¹. Dieser Umstand ist entscheidend für die Dogmatik der Konzentrationsplanung und für die Normanwendung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Nur wenn eine Entscheidung über die Ausnahme möglich ist, funktioniert das gesetzliche Konstrukt. Ist eine Anwendung

61. Vgl. BT-Drs. 13/4978, S. 7: „die von ihr [der Gemeinde] getroffene Einschätzung, daß im Gemeindegebiet keine geeigneten Flächen für die Windenergienutzung vorhanden sind, wird im Rahmen der nach § 31 Abs. 1 und 3 gebotenen Prüfung durch die Baugenehmigungsbehörde, ob öffentliche Belange entgegen stehen, eine Rolle spielen.“

62. BVerwG, Urt. v. 15.09.2009 – 4 BN 25/09 –, juris Rz. 8

63. So auch Schidlowski, NVwZ 2001, 388 [390]; Normverwerfung meint insoweit den Gegenakt der Normsetzung, vgl. BVerwG, BVerwG, Urt. v. 21.11.1986 – 4 C 22/83, juris Rz. 11.

64. In diesem Sinne auch zur Frage der Funktionslosigkeit eines Plans, vgl. Bringewat, Geltungsverlust von Normen und Verfügungen des öffentlichen Baurechts, 2012, S. 45.

65. Vgl. BVerwG, Beschl. v. 11.05.1999 – 4 BN 15/99; § 214 Abs. 4 BauGB steht allerdings auch hier zur Verfügung, vgl. dazu statt aller Berkemann, jM 2015, S. 470 [481]; vgl. weiter BVerwG, Beschl. v. 15.09.2009 – 4 BN 25/09, wonach der Fehler der fehlenden Unterscheidung zwischen harten und weichen Tabuzonen auf Ebene der Abwägung angesiedelt wird.

66. So auch Redeker, in FS für Werner Hoppe, 329 [334].

67. Vgl. Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB 13. Aufl. 2016, Vorb. §§ 214-216 Rz. 1.

68. Vgl. dazu OVG Lüneburg, Beschl. v. 12.10.2011 – 12 LA 219/10, juris Rz. 12.

69. Vgl. BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15.01, juris Rz. 49.

70. Vgl. BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15.01, juris Rz. 48.

71. Hinsch, NordÖR 2009, 477 [484]; Schmidt-Eichstaedt, NordÖR 2016, 233 [236]; ausführlich Reidt, BauR 2017, 1293 [1298f].

der Regelausnahme nicht möglich, weil sich planerische Vorstellungen aus dem Erläuterungsbericht/der Begründung des Flächennutzungsplans nicht ergeben oder nicht extrahieren lassen, ist der normanwendenden Behörde eine Entscheidung über die Ausnahme praktisch verwehrt. Die Rechtsprechung behilft sich in solchen Fällen damit, dass sie andeutet, dass dann die Entscheidung über die Ausnahme vereinfacht sei⁷². Ob das der richtige Weg ist, erscheint fraglich, vielmehr dürfte es dann bereits an dem grundsätzlichen Normanwendungsbefehl, nämlich der Konzentration, mangeln. Falsch ist es jedenfalls, in eine eigene planerische Bewertung, abgehoben von den Vorstellungen der Gemeinde, einzutreten und selbst Belange aus dem Katalog § 1 Abs. 6 BauGB gegen die Ausnahme zu bestimmen⁷³.

Jedenfalls gilt es zu differenzieren. Sind die Darstellung des Flächennutzungsplans grundsätzlich fehlerhaft, weil ihnen ein Ewigkeitsfehler anhaftet, führt dies unmittelbar dazu, dass auch die Planerhaltungsvorschriften nicht gelten; ohne wirksame Darstellung fehlt jede Basis für die Anwendung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Aber diese eindeutigen Fehler der Planung sind hier nicht Thema. Auch die häufig anzutreffenden Detailfehler der Planung, die beispielsweise vorliegen, wenn die Abgrenzung der sog. harten und weichen Tabukriterien für die Planungsträger nicht detailliert begründet oder deren Vorliegen nicht sachgerecht geprüft wurde, aber sonst das Konzept der Steuerung der Nutzung erkennbar ist, sind hier nicht angesprochen. Auch die Anwendung der Regelausnahme dürfte dann auf dieser Basis „funktionieren“.

Probleme bereiten aber häufig anzutreffende Flächennutzungspläne, in denen die Begründung für die Flächenauswahl und den ausschluss gesamtträumlich kaum oder gar nicht nachzuvollziehen ist. Diesen Darstellungen fehlt die für die Planaufstellung geforderte Transparenz und Nachvollziehbarkeit⁷⁴. Es handelt sich um Fälle, in denen beispielsweise eine Gemeinde die Flächen aus der Raumordnungsplanung übernommen hat, aber keinerlei weitere *eigene* Erwägungen angestellt hat, warum die Darstellung des Flächennutzungsplans selbst Konzentrationswirkungen haben könnten. Gerade alte Pläne sind häufig mehr auf die bloße Flächenfindung ausgerichtet und es lässt sich zwar erkennen, warum die Gemeinde konkret diese Flächen in Anspruch genommen hat, aber häufig nicht, warum der andere Planungsraum der Gemeinde von der Windenergienutzung ausgeschlossen ist. Eine planerische Erläuterung für den Ausschluss fehlt folglich. In diesen Fällen dürfte letztlich eine sachgerechte Anwendung der Regelausnahme ausscheiden, weil der normanwendenden Behörde dafür die Maßstäbe fehlen.

Abseits der Unwirksamkeit der Darstellungen kann in einem solchen Fall auch der primäre Normbefehl des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, die Ausschlusswirkung, nicht greifen. Das rechtliche Konstrukt, dem die Ausschlusswirkung zugrunde liegt, funktioniert dann insgesamt nicht. Folgende Argumente treten dann neben jene, die oben bereits erörtert wurden: Ist keine Entscheidung über die Ausnahme von der Ausschlusswirkung möglich, kann auch die Ausschlusswirkung selbst nicht wirksam sein, denn eine solche Planung führt die Anforderungen, die die Normanwendung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB stellt, nicht aus. Vergleichbar den Plansicherungsinstrumenten ist das Bauverbot in den durch die Regelwirkung ausgeschlossen Bereichen nur haltbar, wenn ein Mindestmaß an Klarheit darüber besteht, welche Absichten und Zwecke mit der Planung verfolgt werden⁷⁵. Nur wenn die in welchem Sinn gesamtträumliche Planung ihr Gesicht zeigt, ist sie rechtlich in Anwendung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB operabel. Auch Darstellungen, die die Wirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB in Anspruch nehmen, sind allein Konkretisierungen öffentlicher Belange, die von der planenden Gemeinde in dem vorbereitenden Bauleitplan beschrieben sind und sich sowohl in der Wirklichkeit als auch der (zukünftigen) geordneten städtebaulichen Entwicklung wiederfinden müssen. Es ist so möglich, dass die Darstellungen ihre Funktion im Rahmen des § 35 Abs. 3 BauGB einbüßen⁷⁶. Ohnehin haben Darstellungen eines Flächennutzungsplans dann keine Relevanz als öffentlicher

Belang im Sinne des § 35 Abs. 3 BauGB, wenn die zugewiesene Bedeutung als Konkretisierung öffentlicher Belange fehlt und sie zu einer geordneten städtebaulichen Entwicklung nichts beitragen können⁷⁷. Dieser Mangel an Funktion kann sich nicht nur aus einer zeitlichen Erledigung ergeben, sondern wegen des Fehlens der Planungsgrundlage von Anfang an vorliegen⁷⁸.

Aus den planerischen Erwägungen des Flächennutzungsplans zur Konzentration muss sich ergeben, welche öffentlichen Belange der Errichtung der Windenergie in den Ausschlussflächen entgegengehalten werden können. Wenn sich diese Bezüge zur geordneten städtebaulichen Entwicklung nicht (mehr) herstellen lassen und damit öffentliche Belange nicht zu ermitteln sind, muss auch ihre abwägungsbestimmende Wirkung entfallen. Dieses Ergebnis zeigt, dass es nicht darum geht, für die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der Konzentrationsplanung zu entscheiden, sondern darum, ob die Konzentrationsplanung, sprich die Darstellungen im Flächennutzungsplan und die sie tragenden städtebaulichen Erwägungen ein Maß dafür bilden, die Wirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zu aktivieren.

Ohne eine nachvollziehbare Konzentrationsplanung ist eine Ausnahmeentscheidung nicht möglich, ohne diese gibt es aber schon keine die Rechtsfolge des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB Darstellungen.

D Fazit

In der Planungs- und Genehmigungspraxis ist ein Umdenken erforderlich. Die bisher häufig anzutreffende Praxis von Genehmigungsbehörden, überkommene Flächennutzungsplanungen, die eine Nutzungskonkretisierung mit den Wirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB verfolgen schlicht als wirksam anzuwenden, ist rechtswidrig. Die Rechtsfolge und damit die abwägungsbestimmende Regel des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, dass die Darstellung einer Konzentrationszone einem entsprechenden Außenbereichsvorhaben außerhalb dieser Fläche (in der Regel) entgegensteht, kann nur eintreten, wenn die der Planung zugrundeliegende Konzeption rechtlich den entsprechenden planerischen Anforderungen genügt, die vom Bundesverwaltungsgericht geprägt wurden. Planerhaltungsvorschriften sind hier nicht behilflich, da diese einen rechtswidrigen Plan in Bestand halten, nicht aber die Erfüllung des Tatbestandes des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB begründen können.

72. Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 19.11.2008 – 11 S 10.08, juris Rz. 16 „... eine Begründung für die diese Fläche ausschließende Grenzziehung des im Flächennutzungsplan ausgewiesenen Sondergebietes ... im insoweit maßgeblichen Erläuterungsbericht nicht ersichtlich ist.“

73. So wohl VGH Mannheim (Urt. v. 06.11.2006 – 3 S 2115/04, juris Rz. 47), der eine Ausnahme von der Konzentrationswirkung mit dem Schutz des Landschaftsbildes vor Überlastung ablehnt. Jedenfalls aus den Gründen der Entscheidung ist nicht ersichtlich, dass es sich insoweit um eine für das Konzentrationskonzept des Planungsträgers relevanten Gesichtspunkt handelte, oder ob der erkennende Senat die „Mindestdistanz von 5 km zwischen einzelnen Anlagengruppen“ selbst entwickelt hat.

74. Vgl. OVG Lüneburg, Urt. v. 31.03.2011 – 12 KN 187/08, juris Rz. 22, es ist nicht ausreichend, wenn es ein Konzept gibt, aber nicht ersichtlich wird, wie sich daraus die gefundenen Konzentrationszonen ableiten lassen.

75. Vgl. OVG Saarlouis, Beschl. v. 17.11.2016 – 2 B 283/16, juris Rz. 10, 76. BVerwG, Beschl. v. 06.09.1993 – 4 B 32.93, BeckRS 1993, 31228466, beck-online.

77. BVerwG, Beschl. v. 01.04.1997 – 4 B 11.97.

78. BVerwG, Beschl. v. 17.02.1997 – 4 B 16.97, juris Rz. 5.