

schen Regierung hervor, dass die Erteilung der Konzessionen an die im Anschluss an das Auswahlverfahren zurückbehaltenen Bewerber durch mehrere Beschlüsse deutscher Gerichte im Rahmen von Eilanträgen vorläufig untersagt wurde. Daher wurde zur Zeit der Frau Ince zur Last gelegten Verhandlungen keinem privaten Anbieter erlaubt, in Deutschland Sportwetten zu veranstalten oder anzunehmen, und die oben in den Rdnr. 29 u. 30 dargestellte Rechtsprechung des BVerwG hatte gegenüber privaten Wirtschaftsteilnehmern weiter Bestand.

[90] Dagegen durften, wie vom AG Sonthofen ebenfalls im Rahmen der dritten Frage unter f) festgestellt, die staatlichen Anbieter, die im Besitz einer nach dem Glücksspielstaatsvertrag oder den Ausführungsgesetzen der Länder erteilten Erlaubnis für die Veranstaltung oder die Vermittlung von Sportwetten waren, nach der Übergangsbestimmung des § 29 GlüÄndStV solche Tätigkeiten während eines Jahres nach Erteilung der ersten Konzession weiterhin ausüben, ohne selbst über eine Konzession zu verfügen.

[91] Unter diesen Umständen ist das vorliegende Gericht der Ansicht, dass das nach dem Glücksspielstaatsvertrag und seinen Ausführungsgesetzen auf Landesebene vorgesehene staatliche Monopol auf die Veranstaltung und die Vermittlung von Sportwetten, das von den deutschen Gerichten für unionsrechtswidrig befunden worden sei, faktisch fortbesteht.

[92] Insoweit ist zu betonen, dass der Gerichtshof, wie oben in den Rdnr. 53 bis 55 in Erinnerung gerufen, im Urteil *Stanleybet International u.a.* (C-186/11 u. C-209/11, EU:C:2013:33, Rdnr. 38, 46 u. 47) entschieden hat, dass eine innerstaatliche Regelung über ein staatliches Sportwettenmonopol, die nach den Feststellungen eines nationalen Gerichts Beschränkungen mit sich bringt, die mit dem freien Dienstleistungsverkehr unvereinbar sind, nicht für eine Übergangszeit weiter angewandt werden darf. Die Versagung einer Übergangszeit verpflichtet den betroffenen Mitgliedstaat jedoch nicht zur Liberalisierung des Glücksspielmarkts, da er das bestehende Monopol auch reformieren kann, um es mit dem Unionsrecht in Einklang zu bringen, oder es durch ein System der vorherigen behördlichen Genehmigung ersetzen kann, das auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruht.

[93] In Anbetracht des Vorstehenden kann nicht davon ausgegangen werden, dass eine Legislativreform wie die aus der Einführung der in § 10a GlüÄndStV vorgesehenen Experimentierklausel für Sportwetten resultierende die Unvereinbarkeit eines staatlichen Monopols auf die Veranstaltung und die Vermittlung von Sportwetten wie desjenigen, das sich aus den Bestimmungen des Glücksspielstaatsvertrags und seiner Ausführungsgesetze ergibt, mit Art. 56 AEUV behebt, soweit das Monopol unter Berücksichtigung der im Rahmen der dritten Frage unter f) beschriebenen Umstände trotz des Inkrafttretens der besagten Reform in der Praxis weiter Bestand hat. Dabei kann im Übrigen dahinstehen, ob die einzelnen im Rahmen der dritten Frage unter a) bis e) angeführten Umstände, jeweils für sich oder zusammen genommen, die Vereinbarkeit des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Konzessionserteilungsverfahrens mit Art. 56 AEUV in Frage stellen können.

[94] Wie aber oben in Rdnr. 63 ausgeführt, darf ein Mitgliedstaat keine strafrechtlichen Sanktionen wegen einer nicht erfüllten Verwaltungsformalität verhängen, wenn er die Erfüllung dieser Formalität unter Verstoß gegen das Unionsrecht abgelehnt oder vereitelt hat.

[95] Somit ist auf die dritte Frage zu antworten, dass Art. 56 AEUV dahin auszulegen ist, dass er einen Mitgliedstaat daran hindert, die ohne Erlaubnis erfolgte Vermittlung von Sportwetten in seinem Hoheitsgebiet an einen Wirtschaftsteilnehmer, der in einem anderen Mitgliedstaat eine Lizenz für die Veranstaltung von Sportwetten innehat, zu ahnden,

- wenn die Erteilung einer Erlaubnis für die Veranstaltung von Sportwetten daran geknüpft ist, dass der genannte Wirtschaftsteilnehmer eine Konzession nach einem Konzessionserteilungsverfahren wie dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden erhält und das vorliegende Gericht feststellt, dass dieses Verfahren den Gleichbehandlungsgrundsatz, das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und das daraus folgende Transparenzgebot nicht beachtet, und

- soweit trotz des Inkrafttretens einer nationalen Bestimmung, nach der privaten Wirtschaftsteilnehmern eine Konzession erteilt werden kann, die von den nationalen Gerichten für unionsrechtswidrig befundenen Bestimmungen, mit denen ein staatliches Monopol auf die Veranstaltung und die Vermittlung von Sportwetten eingeführt wurde, faktisch weiter angewandt werden.

## Bundesverwaltungsgericht

### Fortentwicklung der Rechtsprechung kann zuvor verabschiedete Regionalpläne gefährden

§§ 13 Abs. 3 Satz 2, 28 Abs. 2 ROG; § 214 Abs. 3 Satz 2 BauGB

**Das Fehlen einer hinreichenden Differenzierung zwischen harten und weichen Tabuzonen kann auch dann offensichtlich im Sinne des § 12 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 28 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 ROG sein, wenn die Rechtsprechung die Anforderungen an die Ermittlung harter und weicher Tabuzonen erst nach der Beschlussfassung über den Regionalen Entwicklungsplan ausformuliert hat.**

**Der Begriff der »Offensichtlichkeit« in § 13 Abs. 3 Satz 2 ROG wird nicht ausgeschöpft, wenn er im Sinne einer »leichten Erkennbarkeit« verstanden wird. Der Begriff des offensichtlichen Mangels im Abwägungsvorgang unterscheidet vielmehr Mängel der »äußeren« Seite des Abwägungsvorgangs von Mängeln der »inneren« Seite dieses Vorgangs und kann auch äußere Umstände umfassen, die erst durch Beweiserhebung aufzuklären sind (BVerwG, Urt. v. 21.08.1981 – 4 C 57.80 – BVerwGE 64, 33 <36, 38> = DVBl 1982, 354). Gemessen hieran kann das Verfehlen der Anforderungen einer sich ausdifferenzierenden Rechtsprechung an den Abwägungsvorgang ein offensichtlicher Mangel sein.**

**Ein Mangel kann auch dann auf objektiv feststellbaren Gründen beruhen, wenn er in früheren gerichtlichen Verfahren oder vorangegangenen Instanzen nicht erkannt worden ist. Das gilt auch für eine die Nichtzulassungsbeschwerde zurückweisende Entscheidung des BVerwG.**

BVerwG, Beschl. v. 10.03.2016 – 4 B 7.16 – (Windpark Hermsdorf) (OVG LSA, Urt. v. 18.11.2015 – 2 L 1/13 – VG Magdeburg, Urt. v. 30.10.2012 – 2 A 140/12 –)

[1] Die auf § 132 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 VwGO gestützte Beschwerde bleibt ohne Erfolg. Sie ist jedenfalls unbegründet.

[2] **1.** Die Revision ist nicht wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache nach § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO zuzulassen.

[3] Grundsätzlich bedeutsam im Sinne von § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO ist eine Rechtssache, wenn in dem angestrebten Revisionsverfahren die Klärung einer bisher höchstrichterlich ungeklärten, in ihrer Bedeutung über den der Beschwerde zugrundeliegenden Einzelfall hinausgehenden, klärungsbedürftigen und entscheidungserheblichen Rechtsfrage des revisiblen Rechts (§ 137 Abs. 1 VwGO) zu erwarten ist. In der Beschwerdebeurteilung muss dargelegt (§ 133 Abs. 3 Satz 3 VwGO), also näher ausgeführt werden, dass und inwieweit eine bestimmte Rechtsfrage des Bundesrechts im allgemeinen Interesse klärungsbedürftig und warum ihre Klärung in dem beabsichtigten Revisionsverfahren zu erwarten ist (st. Rspr., BVerwG, Beschl. v. 02.10.1961 – 8 B 78.61 – BVerwGE 13, 90 (91) u. v. 09.04.2014 – 4 BN 3.14 – ZfBR 2014, 479 Rdnr. 2).

[4] **a)** Die Beschwerde hält für grundsätzlich klärungsbedürftig, ob bei der Beurteilung der Offensichtlichkeit eines Mangels i.S.d. § 12 Abs. 3 Satz 2 ROG auf den Zeitpunkt der Beschlussfassung über den Regionalplan und die damaligen Rechtserkenntnisse abzustellen ist und nachträgliche abweichende Rechtsgrundsätze nicht für die Beurteilung der Offensichtlichkeit sozusagen »rückwirkend« herangezogen werden dürfen, sowie, ob ein Prozess fortschreitender Rechtserkenntnis zur nachträglichen Annahme eines im Zeitpunkt des abschließenden Feststellungsbeschlusses nicht offensichtlichen Mangels führen kann, während eine nachträgliche Änderung der Rechtslage nach § 28 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 i.V.m. § 12 Abs. 3 Satz 1 ROG unbeachtlich ist.

[5] Es mag offenbleiben, ob die Beschwerde den Darlegungsanforderungen genügt. Sie möchte, anknüpfend an die Ausführungen auf S. 28 des Urteils in der Sache geklärt wissen, ob das Fehlen einer hinreichenden Differenzierung zwischen harten und weichen Tabuzonen offensichtlich i.S.d. § 12 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 28 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 ROG sein kann, obwohl die Rechtsprechung die Anforderungen an die Ermittlung harter und weicher Tabuzonen erst nach der Beschlussfassung über den Regionalen Entwicklungsplan für die Planungsregion Magdeburg im Mai 2006 ausformuliert hat (vgl. BVerwG, Beschl. v. 15.09.2009 – 4 BN 25.09 – BRS 74 Nr. 112 Rdnr. 8; Urteile vom 13.12.2012 – 4 CN 1.11 – BVerwGE 145, 231 Rdnr. 11 ff. = DVBl 2013, 507 u. v. 11.04.2013 – 4 CN 2.12 – Buchholz 406.11 § 35 BauGB Nr. 391 Rdnr. 6 ff.).

[6] Es bedarf indes keiner Klärung in einem Revisionsverfahren, dass ein Mangel im Abwägungsvorgang auch in

einem solchen Fall offensichtlich sein kann. Offensichtlich ist ein Mangel, wenn er auf objektiv feststellbaren Umständen beruht und ohne Ausforschung der Entscheidungsträger über deren Planungsvorstellungen für den Rechtsanwender erkennbar ist (BVerwG, Urt. v. 11.04.2013 – 4 CN 2.12 – Buchholz 406.11 § 35 BauGB Nr. 391 Rdnr. 9). Der Begriff der »Offensichtlichkeit« wird also nach seinem Inhalt nicht ausgeschöpft, wenn er im Sinne einer »leichten Erkennbarkeit« verstanden wird. Der Begriff des offensichtlichen Mangels im Abwägungsvorgang unterscheidet vielmehr Mängel der »äußeren« Seite des Abwägungsvorgangs von Mängeln der »inneren« Seite dieses Vorgangs und kann auch äußere Umstände umfassen, die erst durch Beweiserhebung aufzuklären sind (BVerwG, Urt. v. 21.08.1981 – 4 C 57.80 – BVerwGE 64, 33 (36, 38) = DVBl 1982, 354). Gemessen hieran kann das Verfehlen der Anforderungen einer sich ausdifferenzierenden Rechtsprechung an den Abwägungsvorgang ein offensichtlicher Mangel sein. Hiervon ist der Senat schon bisher ausgegangen (vgl. BVerwG, Urt. v. 11.04.2013 – 4 CN 2.12 – Buchholz 406.11 § 35 BauGB Nr. 391 Rdnr. 9 zu einem im Jahr 2008 beschlossenen Regionalplan).

[7] Aus § 12 Abs. 3 Satz 1 ROG i.V.m. § 28 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 ROG folgt nichts Anderes. Die Beschwerde macht nicht geltend, Entwicklungen der Rechtsprechung zum Abwägungsvorgang seien eine Änderung der Rechtslage im Sinne von § 12 Abs. 3 Satz 1 ROG (vgl. zu der gleich gelagerten Frage bei § 51 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG BVerwG, Beschl. v. 07.07.2004 – 6 C 24.03 – BVerwGE 121, 226 (228 f.) und Urteile vom 22.10.2009 – 1 C 15.08 – BVerwGE 135, 121 Rdnr. 21 = DVBl 2010, 254 u. v. 22.10.2009 – 1 C 26.08 – BVerwGE 135, 137 = DVBl 2010, 261 Rdnr. 16). Solche Entwicklungen sind auch nicht wie eine Änderung der Rechtslage zu behandeln. Denn gerichtliche Entscheidungsfindung ist stets die rechtliche Würdigung eines Sachverhalts am Maßstab der vorgegebenen Rechtsordnung (BVerwG, Urt. v. 27.01.1994 – 2 C 12.92 – BVerwGE 95, 86 (89)). Hinzu kommt, dass vorliegend keine Änderung der Rechtsprechung in Rede steht, sondern eine Ausdifferenzierung, die mit den Begriffen »harte« und »weiche« Tabuzonen an die im Planungsrecht schon zuvor geläufige Unterscheidung zwischen zwingenden Anforderungen an die Planung und dem der Abwägung zugänglichen Bereich angeknüpft hat (vgl. BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 1.11 – BVerwGE 145, 231 = DVBl 2013, 507 Rdnr. 12).

[8] **b)** Zur Zulassung der Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung führen auch nicht die Fragen, ob ein Fehler im Abwägungsvorgang auch dann offensichtlich sein kann, wenn er in einer rechtlichen Prüfung des Plans durch ein mit drei Richtern besetztes Tatsachengericht nicht erkannt worden ist, sowie ob ein Fehler im Abwägungsvorgang auch dann offensichtlich sein kann, wenn er in einer rechtlichen Prüfung des Plans durch ein mit jeweils drei Richtern besetztes Berufs- und Revisionsgericht nicht erkannt worden ist, obwohl die Rechtslage als auch die damals angewendeten Grundsätze sich nicht nachträglich geändert haben.

[9] Auch diese Fragen bedürfen keiner Klärung in einem Revisionsverfahren. Sie sind aus den bereits dargelegten Gründen zu bejahen: Ein Mangel kann auch dann auf objektiv feststellbaren Gründen beruhen und ohne Ausforschung der Entscheidungsträger über deren Planungsvorstellungen er-

kennbar sein, wenn er in früheren gerichtlichen Verfahren oder vorangegangenen Instanzen nicht erkannt worden ist.

[10] Dass es an der Offensichtlichkeit eines Fehlers im Abwägungsvorgang i.S.d. § 12 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 28 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 ROG nicht schon dann fehlt, wenn ein Tatsachengericht als Eingangs- oder Berufungsgericht mit drei Berufsrichtern einen solchen Fehler nicht erkannt hat, folgt auch aus der Aufgabe der Rechtsmittelgerichte (§ 128 Satz 1 VwGO, § 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO). Diese wären an der Aufgabe der Rechtskontrolle gehindert, wenn ein Fehler im Abwägungsvorgang, den die Vorinstanz nicht erkannt hat, stets mangels Offensichtlichkeit unerheblich i.S.d. § 12 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 28 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 ROG wäre, so dass die vorangegangene Entscheidung sich jedenfalls im Ergebnis als richtig erweisen müsste. Soweit die Fragestellung auf ein Revisionsgericht gemünzt ist, wirft der Fall sie nicht auf. Das BVerwG hat sich zu den hier aufgerufenen Fragen des Abwägungsvorgangs bei dem in Rede stehenden Regionalplan noch nicht geäußert, diese waren insbesondere nicht Gegenstand des Verfahrens um die Nichtzulassung der Revision zum Aktenzeichen 4 BN 65.09.

[11] **2.** Die Revision ist nicht nach § 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO zuzulassen.

[12] Zur Darlegung des Zulassungsgrundes der Divergenz ist gem. § 133 Abs. 3 Satz 3 VwGO erforderlich, dass die Beschwerde einen inhaltlich bestimmten, die angef. Entscheidung tragenden abstrakten Rechtssatz benennt, mit dem die Vorinstanz einem in der Rechtsprechung des BVerwG, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts aufgestellten, ebensolchen die Entscheidung tragenden Rechtssatz in Anwendung derselben Rechtsvorschrift widersprochen hat (st. Rspr., vgl. BVerwG, Beschl. v. 19.08.1997 – 7 B 261.97 – Buchholz 310 § 133 <n.F.> VwGO Nr. 26 S. 14).

[13] **a)** Das angegriffene Urteil weicht nicht in diesem Sinn von dem Senatsbeschluss vom 29.03.2010 – 4 BN 65.09 – (BRS 76 Nr. 104) ab. Die von der Beschwerde wörtlich wiedergegebene Passage des Beschlusses äußert sich zu der Frage, ob sich die Grenze zu einer Verhinderungsplanung, welche der Nutzung der Windenergie nicht mehr in substantieller Weise Raum verschafft, abstrakt und typisierend beantworten lässt. Das angegriffene Urteil weicht von den angeführten Rechtssätzen nicht ab. Denn es stützt die Unwirksamkeit des Regionalplans Magdeburg nicht auf die Annahme einer im Abwägungsergebnis fehlerhafte Verhinderungsplanung, sondern auf einen Fehler im Abwägungsvorgang, weil es an einer hinreichenden Differenzierung zwischen harten und weichen Tabuzonen fehle (UA S. 21).

[14] Dass der Senatsbeschluss vom 29.03.2010 – 4 BN 65.09 – (BRS 76 Nr. 104) denselben Regionalplan betraf wie das vorliegende Urteil, führt nicht zu einer Divergenz i.S.d. § 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO. Die Beschwerde übersieht, dass das BVerwG in einem Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde, wie es zu dem Beschl. v. 29.03.2010 – a.a.O. – geführt hat, auf die Prüfung der von der Beschwerde angeführten Zulassungsgründe beschränkt ist und die jeweils angegriffene Entscheidung nicht in vollem Umfang einer revisionsrechtlichen Kontrolle unterwirft (BVerwG, Beschl. v.

30.01.1985 – 9 B 10679/83 – Buchholz 310 § 132 VwGO Nr. 229 u.v. 11.09.1990 – 1 CB 6.90 – NJW 1990, 3102).

[15] **b)** Die Beschwerde legt auch keine Divergenz zu dem Senatsbeschluss vom 09.11.1979 – 4 N 1.78 u.a. – (BVerwGE 59, 87 = DVBl 1980, 233) dar. Die Entscheidung äußert sich zum Begriff des Nachteils i.S.d. § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO in der Fassung vor dem 6. VwGO-Änderungsgesetz vom 01.11.1996 (BGBl. I S. 1626). Diese Norm spielt im angegriffenen Urteil keine Rolle.

#### Anmerkung zu BVerwG, Beschl. v. 10.03.2016 – 4 B 7.16 – (Windpark Hermsdorf)

**(Das Problem).** Wenn der Gesetzgeber spricht, muss der Rechtsanwender dies in aller Regel erst für künftige Entscheidungssituationen beachten. Der strafrechtliche Grundsatz einer generell verbotenen Rückwirkung (»nulla poena sine lege«) gilt regelmäßig auch im Verwaltungsrecht. Das rückwirkende Inkrafttreten eines Gesetzes ist nur in besonders begründeten Ausnahmefällen zulässig. Wenn etwa das Vertrauen des Bürgers nicht schutzwürdig ist, zwingende Gründe des Gemeinwohls eine rückwirkende Neuregelung erforderlich oder ein nichtiges Gesetz durch eine neue, die Vertrauensschutzgesichtspunkte einschließende Regelung ersetzt wird. Das alles sind Sonderfälle, die den Grundsatz bestätigen, dass der Gesetzgeber in aller Regel nur die Zukunft neugestalten kann und eine echte Rückwirkung, die einen abgeschlossenen Sachverhalt im Nachhinein anders bewertet, an enge rechtsstaatliche Voraussetzungen gebunden ist.

**(Förderung der Windenergie).** Bei der Windenergie ist das jetzt alles ganz anders, könnte man meinen (zu den konzeptionellen Ansätzen im Anschluss an BVerwG, Urte. v. 22.05.1987 – 4 C 57.84 – BVerwGE 77, 300 = DVBl 1987, 1008 – Kölner Auskiesungskonzentrationszone, Urte. v. 17.12.2002 – 4 C 15.01 – BVerwGE 117, 287 = DVBl 2003, 797; Urte. v. 13.03.2003 – 4 C 4.02 – BVerwGE 118, 33 – Luftballon; Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 2. Aufl. 2013; Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 5. Aufl. 2015, Rdnr. 2893 m.w.N.). Da kann auch durch neue Ideen des BVerwG, das Anforderungsprofil für die Begrenzung von Windenergieanlagen auf bestimmte Standorte fortzuentwickeln (BVerwG, Urte. v. 13.12.2012 – 4 CN 1.11, 2.11 – DVBl 2013, 507, m. Anm. Stüer, 509; Urte. v. 11.04.2013 – 4 CN 2.12 – NuR 2013, 489 = ZfBR 2013, 569) und neu zu strukturieren, eigenständiges Recht geschaffen werden. Und das Frappierende: Diese neuen vom BVerwG entwickelten Rechtsgrundsätze entfalten auch dann eine rückwirkende Kraft, wenn sie im Zeitpunkt der planerischen Erstentscheidung noch nicht entwickelt waren. Das ist schon eine beachtliche Meisterleistung eines »kleinen Revisionsurteils« (zu dieser Technik, ohne eine Revisionszulassung rechtsgrundsätzlich klärungsbedürftige Fragen zu entscheiden Sendler, DVBl 1992, 240), die dem BVerwG erwartungsgemäß wieder einmal hervorragend gelungen ist.

**(Windenergie-Rechtsprechung stand auf der Kippe).** Natürlich wäre eine gegenteilige Entscheidung aus der Sicht des BVerwG wohl nicht ganz unproblematisch gewesen. Denn eine Aufhebung des Berufungsurteils durch das BVerwG hätte dem später entwickelten Erkenntnisgewinn für die Vergan-

genheit seine Leuchtkraft genommen. Das konnte der 4. Revisionsssenat natürlich wohl nicht wollen. Herausgekommen ist so ein kleiner Scherbenhaufen. Flächennutzungspläne und Regionalpläne, die diesen neuen, vom BVerwG später entwickelten Anforderungen eines vierstufigen Prüfungssystems nicht entsprechen, sind auch dann unwirksam, wenn dies damals auch das BVerwG nicht so ausgesprochen hat. Die Rechtsprechung ist daher – so die Quintessenz des zurückweisenden Beschlusses gegenüber dem Gesetzgeber, der nur in Ausnahmefällen zu rückwirkenden Regelungen berechtigt ist, privilegiert.

**(Grundsätzlich auf Zukunftsgestaltung beschränkter Gesetzgeber – rückwirkende Rechtsprechung kein Problem)?**

Ob das Alles die Praxis überzeugt, ist noch nicht abschließend ausgelotet. Die Windkraftgegner haben einen herben Rückschlag erlitten, weil sie sich auf den Bestand eines in einen Flächennutzungs- oder Regionalplan gegossenen Windkraftkonzept noch weniger als bisher verlassen können. Die Gemeinden aber auch die Träger der Regionalplanung werden enttäuscht sein, wenn auch alte Pläne weiterhin in Frage gestellt werden können. Auf der anderen Seite wird es die Windkraftbetreiber gewiss freuen, wenn Flächennutzungs- und Regionalpläne auch rückwirkend an neuen Prüfungserfordernisse der Rechtsprechung scheitern können und es bei der allgemeinen gesetzlichen Privilegierung der Windenergie in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB verbleibt. Immerhin könnte aber auch als bedenkenswert empfunden werden, warum eine sich ändernde bzw. in den Worten des BVerwG »weiter ausdifferenzierende« Rechtsprechung in einem größeren Umfang eine rückwirkende Geltungskraft für sich in Anspruch nehmen kann als der Gesetzgeber, der im Falle einer Rückwirkung erhöhten verfassungsrechtlichen Anforderungen unterliegt und dies nicht einfach voraussetzungslos, sondern nur unter Berücksichtigung auch des Vertrauensschutzes der Normunterworfenen anordnen kann. Aber vielleicht genießt die Rechtsprechung ja einen Sonderstatus, der es ihr ermöglicht, sich nicht an die strengen für den Gesetzgeber geltende, aus Art. 20 Abs. 3 GG abgeleiteten Voraussetzungen einer Rückwirkung halten zu müssen. Über die Steuerung der Windenergie hinaus hat das BVerwG zugleich den Geltungsbereich der Unbeachtlichkeitsvorschrift in § 214 Abs. 3 Satz 2 BauGB nicht unerheblich eingeschränkt.

**(Ist alles, was man mit einer juristischen Lupe sehen kann, zugleich offensichtlich – auch wenn man es erst später in das Bild einfügt)?**

Vor allem ging es in dem Gerichtsverfahren um die Frage, ob der bei einer rückwirkenden Betrachtung eingetretene Fehler des mehrstufigen, vom BVerwG später entwickelten Prüfungsverfahrens auf den Zeitpunkt der Verabschiedung des Plans, der grundsätzlich für die Abwägung entscheidend ist (§ 13 Abs. 1 Satz 1 ROG), zurückbezogen werden kann und ebenso zentral, ob es sich um einen offensichtlichen Abwägungsmangel handelt. Das hat das BVerwG angenommen. Offensichtlich ist ein Abwägungsmangel auch dann, wenn er in der ersten gerichtlichen Prüfungsrunde von zwei Normenkontrollinstanzen besetzt mit insgesamt 6 Berufsrichtern nicht aufgefallen ist, einige von ihnen ihn aber bei längerem Nachdenken in der zweiten Runde erkannt haben, meinen die Leipziger Richter. Offensichtlich kann ein Mangel auch dann sein, wenn ihn damals keiner sehen konnte. Nur innere Vorstellungen der Verfahrensbeteiligten,

die sich nicht nach außen hin dokumentieren, sondern in ihren Köpfen bleiben, sollen da lediglich unbeachtlich sein. Die bereits durch eine Selbstkorrektur der Rechtsprechung (*Schlichter*, ZfBR 1979, 53) eingeleitete Mahnung des BVerwG, sich nicht ungefragt auf die Suche nach Fehlern zu begeben (BVerwG, Urt. v. 07.09.1979 – IV C 7.77 – BauR 1980, 40 = DVBl 1980, 230), der zugleich den Charme eines undogmatischen, vielleicht sogar unbürokratischen Vorgehens zum Ausdruck bringt, wird da wohl wieder eine halbe Drehung zurückgeschraubt.

Das OVG Sachsen-Anhalt hat dieses Problem durchaus gesehen und mit einer Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung beantwortet, indem es ausführt: »Soweit der Senat in den Urteilen vom 14.05.2009 – 2 L 255/06 – u. v. 30.07.2009 – 2 K 371/06, 2 K 93/08, 2 K 141/08 und 2 L 183/07 – davon ausgegangen ist, dass der REP Magdeburg auf einem schlüssigen Gesamtkonzept beruhe und keine Abwägungsfehler erkennen lasse, hält er an dieser Auffassung nicht mehr fest. Der Senat hat in diesen Entscheidungen noch nicht das in der Rechtsprechung des BVerwG erst später für die Regionalplanung als zwingend anerkannte Erfordernis beachtet, dass sich der Plangeber zur Vermeidung eines Fehlers im Abwägungsvorgang den Unterschied zwischen harten und weichen Tabuzonen bewusst machen und ihn dokumentieren muss (vgl. BVerwG, Beschl. v. 15.09.2009 – 4 BN 25.09 – BauR 2010, 82 Rdnr. 8; Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 1.11 – BVerwGE 145, 231; Urt. v. 11.04.2013 – 4 CN 2.12 – NuR 2013, 489 = ZfBR 2013, 569 Rdnr. 6). Insoweit handelt es sich nicht um eine für die Abwägung gemäß § 28 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 i.V.m. § 12 Abs. 3 Satz 1 ROG unbeachtliche nachträgliche Änderung der Rechtslage, sondern um einen Prozess der fortschreitenden Rechtserkenntnis. Die Unterscheidung zwischen harten und weichen Tabukriterien hätte daher bereits im Zeitpunkt der Beschlussfassung über den REP Magdeburg am 17.05.2006 beachtet werden müssen.«

Fehler, die keine der beiden Normenkontrollinstanz im ersten Prüfungsdurchgang erkannt haben und die auch das VG Magdeburg im erneuten Durchgang nicht gesehen hat, können – so sollte man meinen – nicht nur deshalb offensichtlich sein, weil sie von einer von der Revisionsinstanz erst später entwickelten geläuterten Rechtsprechung getragen werden und im Zeitpunkt der damaligen Beschlussfassung von niemandem gesehen werden konnten.

Das BVerwG hatte sich sogar in seinem die Nichtzulassungsbeschwerde zurückweisenden Beschluss bereits ausdrücklich mit seiner neueren weiter ausdifferenzierten Rechtsprechung auseinandergesetzt und auch insoweit keine Fehler des OVG-Normenkontrollurteils ausmachen können, wenn es ausführt:

*»Wie sich aus der von der Beschwerde zitierten Rechtsprechung des Senats ergibt, 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 (Urteile vom 17.12.2002 – 4 C 15.01 – BVerwGE 117, 287 <298>; vom 13.03.2003 – 4 C 3.02 – Buchholz 406.11 § 35 BauGB Nr. 356 sowie – 4 C 4.02 – BVerwGE 118, 33 <37>; vom 21.10.2004 – 4 C 2.04 – BVerwGE 122, 109 <111> u. v. 24.01.2008 – 4 CN 2.07 – Buchholz 406.11 § 35 BauGB Nr. 376 Rdnr. 10 f.; Beschl. v. 12.07.2006 – 4 B 49.06 – ZfBR 2006, 679 <680>; vom 23.07.2008 – 4 B 20.08 – BauR 2008, 2009 Rdnr. 9 u. v. 15.09.2009 – 4 BN 25.09 – ZfBR 2010, 65 <66>). ... Wann*

*diese Grenze überschritten ist, kann erst nach einer Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse im jeweiligen Planungsraum beurteilt werden. Die Entscheidung, anhand welcher Kriterien sich beantworten lässt, ob eine Konzentrationsplanung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB der Nutzung der Windenergie in substantieller Weise Raum verschafft, obliegt grundsätzlich dem Tatsachengericht. An diesen Grundsätzen hat sich das OVG Magdeburg orientiert.*«

**(Hat die Bestandskraft von Windenergieplänen weitgehend ausgedient)?** Natürlich ist diese Sicht etwas einseitig. Vielleicht ist die Annahme realistischer, dass die Bestandskraft des Regionalplans sich nur deshalb nicht durchgesetzt hat, weil ansonsten das inzwischen durch harte und weiche Kriterien kunstvoll gegliederte Gebäude des BVerwG zur Windenergieplanung zwar nicht einsturzgefährdet gewesen wäre, wohl aber einen Teil seiner breiten Durchsetzungskraft eingebüßt hätte. Aber war es nicht eigentlich die Absicht, den kommunalen und regionalen Planungsträgern durch das Stufensystem eine Hilfestellung zu geben, an der die Praxis sich orientieren kann? Ist nicht durch die rückwirkende Anlegung der ausdifferenzierten Prüfungsmaßstäbe, die sich für die Rechtsanwender geradezu als Prokrustesbett entwickeln, genau das Gegenteil von dem erreicht, das im Interesse einer rechtssicheren Planung eigentlich beabsichtigt war? Und werden die Hürden für ein Gelingen des autonomen planerischen Entscheidungsprozesses so hoch aufgebaut, dass ein Scheitern auch der aktuellen Planungen in aller Regel vorprogrammiert ist? Wäre es dann nicht für die Praxis hilfreicher, die leuchtenden Edelsteine einer ausdifferenzierten Windenergieplanung einfach in der juristischen Biotonne in nährstoffreichen Humus zu verwandeln, mit dem die kommunalen und regionalen Planungsträger wertvolle Anregungen für ihre Windenergiekonzeption erhalten, ohne sie daran scheitern zu lassen?

**(Weiterer Klärungsbedarf).** Vielleicht könnte am Horizont doch noch ein kleiner juristischer Sonnenstrahl zur Stärkung der Bestandskraft alter Flächennutzungs- und Regionalpläne erscheinen. Beachtliche Mängel des Abwägungsvorgangs werden nach § 12 Abs. 5 ROG unbeachtlich, wenn sie nicht innerhalb eines Jahres unter Darlegung des Sachverhalts gerügt werden. Dasselbe gilt für die Bauleitplanung (§ 215 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BauGB). Jene Vorschrift war allerdings für den REP Magdeburg nicht anwendbar, weil dieser noch auf einer alten landesrechtlichen Grundlage erlassen worden war (zum Übergangsrecht § 28 Abs. 2 ROG mit Hinweis auf § 12 Abs. 1 bis 4 ROG). Und das damalige Landesplanungsgesetz Sachsen-Anhalt enthielt eine solche Unbeachtlichkeitsregelung nicht. Für Pläne zur Steuerung der Windkraft, die auf der Grundlage des ROG oder des BauGB erlassen worden sind, sind nach § 12 Abs. 5 Satz 1 Nr. 3 ROG und § 215 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BauGB demgegenüber nicht gerügte Mängel des Abwägungsvorgangs unbeachtlich, wenn sie nicht innerhalb eines Jahres nach Planerlass gerügt worden sind. Für inhaltliche Abwägungsmängel gilt dieses Rügeerfordernis allerdings nicht.

Dieses Trostpflaster für die doch etwas lädierten kommunalen und regionalen Planungsträger könnte jedenfalls dann ein probates Heilmittel sein, wenn es sich bei den vom BVerwG aufgestellten Prüfungsmaßstäben (nur) um Anforderungen an das Abwägungsverfahren handelt und dieselben nicht auf das Abwägungsergebnis durchschlagen. Ob man das überhaupt

voneinander abschichten kann und welche Kriterien hierfür anzulegen sind (das VG Hannover, Urt. v. 24.11.2011 – 4 A 4927/09 – und wohl auch OVG Lüneburg, Beschl. v. 16.05.2013 – 12 LA 49/12 – BRS 81 Nr. 121 (213) – Barnstorf, sehen nur die Frage der substantiellen Nutzung der Windenergie als Gegenstand des Abwägungsergebnisses an; nicht behandelt von BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 1.11, 2.11 – DVBl 2013, 507, m. Anm. Stüer, 509), wird vielleicht erst in einem anderen gerichtlichen Schlagabtausch abschließend geklärt werden können. »Was wären wir ohne den Gesetzgeber und die Gerichte«, freut sich in solchen Situationen die dankbare Zunft der juristischen Berater und Literaten.

Rechtsanwalt und Notar Prof. Dr. Bernhard Stüer und  
Rechtsanwältin Dr. Eva-Maria Stüer, Fachanwälte für  
Verwaltungsrecht, Münster\*

\* Die Verfasser waren an den verwaltungsgerichtlichen Verfahren auf der Seite der beigeladenen Regionalen Planungsgemeinschaft beteiligt. Sie danken für jahrelange Mitwirkung dem Leitenden Planer Eckhard Groß von der Regionalen Planungsgemeinschaft Magdeburg.

## Oberverwaltungsgerichte und Verwaltungsgerichtshöfe

### Anordnung der sofortigen Vollziehung trotz Unanwendbarkeit von Präklusionsregeln

§ 80 Abs. 7, § 80a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 VwGO; § 4a Abs. 3 UmwRG; § 5 Abs. 1 Nr. 1, § 10 Abs. 3 Satz 5 BImSchG; § 201 BauGB

**1. Der Beteiligte eines abgeschlossenen gerichtlichen Eilverfahrens kann einen »veränderten Umstand«, der gem. § 80 Abs. 7 Satz 2 VwGO die Abänderung der getroffenen Eilentscheidung rechtfertigt, geltend machen, wenn sich eine entscheidungserhebliche Vorschrift des nationalen Rechts aufgrund einer nachträglich ergangenen Entscheidung des EuGH als unanwendbar erweist.**

**2. Der Einwendungsausschluss nach § 10 Abs. 3 Satz 5 BImSchG ist unionsrechtswidrig und nicht mehr anzuwenden, soweit es um Vorhaben geht, die in den Anwendungsbereich der Industrieemissions-RL oder der UVP-RL fallen (Fortführung von EuGH, Urt. v. 15.10.2015 – C-137/14 –, Kommission/Bundesrepublik Deutschland, NJW 2015, 3495).**

**3. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist auch unter Berücksichtigung der Unanwendbarkeit der Präklusionsregelung aufrecht zu erhalten.** (Nichtamtl. Leitsatz)

OVG NRW, Beschl. v. 31.03.2016 – 8 B 1341/15 –  
(VG Düsseldorf, Beschl. v. 30.10.2015 – 3 L 3570/15 –)

Die Beigl. beehrten im Verfahren nach §§ 80a Abs. 3 Satz 2, 80 Abs. 7 Satz 2 VwGO die Abänderung einer gerichtlichen Entscheidung, mit der die sofortige Vollziehung einer der Ast. erteilten im-