AUFSÄTZE

DOI: 10.1007/s10357-004-0315-3

Planerische Steuerung von privilegierten Vorhaben im Außenbereich

Werden Flächennutzungspläne und Raumordnungspläne zu Rechtssätzen?

Von Rechtsanwalt und Notar Prof. Dr. Bernhard Stüer und Rechtsanwältin Dr. Eva Stüer, Münster/Osnabrück*

Durch das Europarechtsanpassungsgesetz (EAG Bau)[1] werden die planerischen Steuerungsmöglichkeiten von Außenbereichsvorhaben unter Übernahme des Darstellungsprivilegs in § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB um einen Teilflächennutzungsplan (§ 5 Abs. 2b BauGB) und Zurückstellungsmöglichkeiten (§ 15 Abs. 3 BauGB) ergänzt. Der Beitrag stellt die gesetzlichen Neuregelungen vor und behandelt die Frage, welche Verbindlichkeit die planerischen Ausweisungen für die Betroffenen haben und ob die Flächennutzungspläne und Raumordnungspläne (Gebietsentwicklungspläne) damit zu unmittelbar geltenden Rechtsnormen werden. Zugleich wird über die Rechtsprechung zu Windkraftanlagen berichtet.

Nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB stehen öffentliche Belange einem privilegierten Außenbereichsvorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB in der Regel auch dann entgegen, so weit hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist. Für Darstellungen des Flächennutzungsplans mit den Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB können nach § 5 Abs. 2b BauGB sachliche Teilflächennutzungspläne aufgestellt werden. Auf Antrag der Gemeinde hat die Baugenehmigungsbehörde die Entscheidung über die vorgenannten privilegierten Vorhaben für einen Zeitraum bis zu längstens einem Jahr auszusetzen, wenn die Gemeinde beschlossen hat, einen Flächennutzungsplan aufzustellen, zu ändern oder zu ergänzen (§ 15 Abs. 3 BauGB).

Die Regelungen sind nicht abschließend. Die Gemeinde kann vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung[2] auch in anderer Weise durch Darstellungen Belange zum Ausdruck bringen, die einem privilegierten, teilprivilegierten oder sonstigen Außenbereichsvorhaben entgegengehalten werden können. Die Darstellungen müssen allerdings durch städtebauliche Gründe gerechtfertigt sein und dürfen über die Grundzüge der Planung nicht hinausgehen (§ 5 Abs. 1 BauGB).

1. Planerische Steuerungsmöglichkeiten der Gemeinden bei Außenbereichsvorhaben

Das Darstellungsprivileg des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB gewährt den Gemeinden und Raumordnungsbehörden Steuerungsmöglichkeiten, die in den Vorschriften für die Regionalplanung in § 7 Abs. 4 ROG 1998 mit Vorrang-, Vorbehalts- und Eignungsflächen näher umschrieben werden. An sich privilegierte Vorhaben von gartenbaulichen Betrieben (§ 35 Abs. 1 Nr. 2 BauGB), des Fernmeldewesens, der öffentlichen Versorgung und der ortsgebundenen gewerblichen Betriebe (§ 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB), Vorhaben mit besonderen Anforderungen, Auswirkungen oder Zweckbestimmungen (§ 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB), von Anlagen der Wind- und Wasserenergie (§ 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB) und von Anlagen zur Gewinnung von Gas aus Biomasse (§ 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB) sind planungsrechtlich unzulässig, wenn öffentliche Belange als Darstellungen des Flächennutzungsplans oder als Ziele der Raumordnung entgegenstehen (§ 35 Abs. 3 S. 3 BauGB).

Für die Gemeinden und die Träger der Regionalplanung bestehen dabei vergleichbare Steuerungsmöglichkeiten. Es kann dabei vor allem zwischen Vorrangflächen, die für privilegierte Außenbereichsvorhaben vorrangig vorgesehen sind und andere raumbedeutsame Nutzungen in der Regel ausschließen, und Eignungsflächen, die für solche Vorhaben allgemein geeignet sind, ohne konkurrierende Nutzungen von vornherein auszuschließen[3], unterschieden werden. Das Darstellungsprivileg § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB bezieht sich allerdings nicht auf privilegierte land- oder forstwirtschaftliche Betriebe nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB, wobei der Begriff der Landwirtschaft in § 201 BauGB erweitert wird. Landwirtschaft ist danach insbesondere der Ackerbau, die Wiesen- und Weidewirtschaft einschließlich Tierhaltung, soweit das Futter überwiegend auf den vom landwirtschaftlichen Betrieb bewirtschafteten Flächen erzeugt werden kann, die gartenbauliche Erzeugung, der Erwerbsobstbau, der Weinbau, die berufsmäßige Imkerei und die berufsmäßige Binnenfischerei. Für derartige Betriebe und in sonstigen regelungsbedürftigen Fällen kann nur auf die allgemeinen Steuerungsmöglichkeiten in § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BauGB zurückgegriffen werden. Daneben können auch andere, nicht in einer Planung zum Ausdruck kommende öffentliche Belange einem privilegierten Vorhaben entgegenstehen[4]. Zu denken ist etwa an andere konkrete Standortfaktoren wie die Nähe zum Wald, die Lage in einem Naturschutz- oder Landschaftsschutzgebiet oder im Bereich einer Wasserschutzzone.

In § 15 Abs. 3 BauGB wird den Gemeinden in Anlehnung an § 245b BauGB 1996 eine neue Schonfrist eingeräumt. Auf Antrag der Gemeinde hat die Baugenehmigungsbehörde die Entscheidung über die Zulässigkeit von Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB bis längstens ein Jahr auszusetzen, wenn die Gemeinde beschlossen hat, einen Flächennutzungsplan aufzustellen, zu ändern oder zu ergänzen, mit dem die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB erreicht werden sollen, und zu befürchten ist, dass die Durchführung der Planung durch das Vorhaben unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert werden würde. Auf diesen Zeitraum ist die Zeit zwischen dem Eingang des Baugesuchs bei der zuständigen Behörde bis zur Zustellung des Baugesuchs nicht anzurechnen, soweit der Zeitraum für die Bearbeitung des Baugesuchs erforderlich ist. Der Antrag der Gemeinde ist nur innerhalb von sechs Monaten,

*) *Bernhard Stüer* lehrt an den Universitäten Münster und Osnabrück das Öffentliche Baurecht, Fachplanungsrecht, Raumordnungsrecht, Umweltrecht und Kommunalrecht und ist Richter im Nebenamt am Anwaltsgerichtshof des Landes NRW. *Eva Stüer* ist in anwaltlicher Beratung und Prozessvertretung mit Fragen der planungsrechtlichen Zulässigkeit von Außenbereichsvorhaben befasst, vgl. auch die Schrift der Verfasserin Außenbereichsbebauung: Entwicklung und geltendes Recht (§ 35 BauGB 1998), Beiträge zum Siedlungs- und Wohnungswesen und zur Raumplanung, Bd. 177, Münster 1997.

1) Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des BauGB an EU-Richtlinien, Drs. 15/2550 v. 15.10.2003 (Regierungsentwurf). Das Gesetz ist am 30. 4. 2004 vom Bundestag in zweiter und dritter Lesung verabschiedet worden, Drs. 15/2996 v. 28. 4. 2004. Diesen Stand bezieht der Beitrag ein. Mit der Anrufung des Vermittlungsausschusses ist nicht zu rechnen.

2) Grundlegend BVerwG, Urt. v. 22. 5. 1987 – 4 C 57.84, NuR 1989, 25 = BVerwGE 77, 300 (Köln); *Hoppe* BayVBl. 2002, 129; *ders.* BayVBl. 2002, 754; NVwZ 2004, 282; ders. DVBl. 2004, 478.

3) § 5 Abs. 2 Nr. 11 BauGB-Regierungsentwurf.

4) BVerwG, Beschl. v. 3. 6. 1998 – 4 B 6.98, NuR 1998, 484 = NVwZ 1998, 960.

nachdem die Gemeinde in einem Verwaltungsverfahren von dem Baugesuch förmlich Kenntnis erhalten hat, zulässig. Die Einleitung eines Änderungsverfahrens für den Flächennutzungsplan kann daher mit einer einjährigen Zurückstellung der privilegierten Vorhaben verbunden werden. Die Regelung lehnt sich an die Zurückstellungsmöglichkeiten bei der beabsichtigten Aufstellung oder Änderung eines Bebauungsplans an, ermöglicht aber nicht den Erlass einer Veränderungssperre, wie sie als Sicherungsinstrument für den Bebauungsplan ermöglicht wird. Eine allgemeine Sperre für künftige Vorhaben kann die Gemeinde daher nicht anordnen. Auch ist die Zurückstellung nur für ein Jahr möglich, während die Veränderungssperre für längstens 4 Jahre gelten kann. Die Gemeinden müssen daher ihre Flächennutzungspläne gegebenenfalls innerhalb eines Jahres anpassen. Das gilt auch für Windkraftanlagen, für die das Gesetz keine Sonderregelung enthält[5]. Eine Anpassung kann übrigens im Hinblick auf neu gestellte Anträge ohne Entschädigungsfolgen nach § 42 BauGB geschehen, weil die Siebenjahresfrist des § 42 Abs. 2 BauGB bereits Ende des Jahres 2003 abgelaufen ist[6].

2. Darstellungsprivileg in § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB (gesamträumliche Planung und Teilflächennutzungspläne)

Nach der Konzeption des Gesetzgebers soll zu der Erweiterung der privilegierten Außenbereichsvorhaben in § 35 Abs. 1 BauGB ein entsprechendes Gegengewicht durch planerische Steuerungsmöglichkeiten der Gemeinden und der Träger der Regionalplanung geschaffen werden[7]. Die in § 35 Abs. 1 BauGB genannten Vorhaben sind zwar vom Grundsatz her im Außenbereich privilegiert. Sie können aber an Standortfaktoren scheitern, die sich entweder unmittelbar aus der Örtlichkeit ergeben oder die in planerischen Konzepten der Flächennutzungs- oder Regionalplanung angelegt sind.

Dabei ist zwischen zwei Regelungsmodellen zu unterscheiden: Das traditionelle Modell der Bündelung privilegierter Vorhaben an bestimmten Standorten verbunden mit einem Ausschluss in allen anderen Bereichen des Planungsgebietes (gesamträumliche Planung) und das Modell der Teilflächennutzungspläne, das nur für Teilbereiche des Gemeindegebietes eine Ausschlusswirkung herbeiführt, es für die übrigen Bereiche jedoch bei der gesetzlichen Außenbereichsregelung belässt.

3. Ausschluss- und Zulassungswirkung als gesamträumliche Planung

Das in § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB geregelte traditionelle Modell des Darstellungsprivilegs ist auf eine Kombination von Zulassung und Ausschluss und damit auf eine das gesamte Plangebiet erfassende Planungskonzeption angelegt. Der Flächennutzungsplan enthält in einigen Teilen des Plangebietes durch Vorrang- oder Eignungsflächen positive Ausweisungen, während die übrigen Teile des Gemeindegebietes als Ausschlussflächen dargestellt werden. Auch die Regionalplanung hat für regionalplanerisch bedeutsame Anlagen vergleichbare Möglichkeiten (§ 7 Abs. 4 ROG).

a) Flächennutzungsplan

Im Flächennutzungsplan kann durch eine Kombination von Zulassung und Ausschluss eine Bündelung von privilegierten Anlagen erreicht werden. Die Ausweisung kann vergleichbar dem Modell des § 7 Abs. 4 ROG vor allem durch Vorrangflächen oder durch Eignungsflächen erfolgen[8]. Vorrangflächen geben den Anlagen eine besondere Bevorrechtigung. Bei Eignungsflächen können sich andere Nutzungsinteressen in der nachvollziehenden Abwägung noch eher behaupten. Die mit diesen Standortausweisungen verbundenen Ausschlusswirkungen für das übrige Gemeindegebiet sind allerdings nicht strikt, sondern gelten nur für den Regelfall. Auch in den Ausschlussbereichen kann daher ein privilegiertes Vorhaben zulässig sein, wenn es sich im Ausnahmefall gegenüber der gemeindlichen Planung durchsetzt. Dabei darf allerdings die Gesamtkonzeption des Flächennutzungsplans nicht in Frage gestellt werden.

Die negativen und die positiven Komponenten der Darstellungen bedingen einander[9]. Das Zurücktreten der Privilegierung in Teilen des Plangebiets lässt sich nach der Wertung des Gesetzgebers nur dann rechtfertigen, wenn die Gemeinde sicherstellt, dass sich die betroffenen Vorhaben an anderer Stelle gegenüber konkurrierenden Nutzungen durchsetzen. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB bietet der Gemeinde die Möglichkeit, privilegierte Vorhaben mit Ausnahme von land- und forstwirtschaftlichen Betrieben auf bestimmte Standorte zu konzentrieren. Der Gemeinde ist es aber verwehrt, eine vom Gesetzgeber privilegiert zugelassene Nutzung für das gesamte Gemeindegebiet auszuschließen und damit von der Gemeinde insgesamt fernzuhalten und in andere Planungsräume zu verweisen[10]. Sie darf jedoch öffentliche Belange formulieren, die einem an sich privilegierten Vorhaben in bestimmten Bereichen des Gemeindegebietes entgegenstehen können, wenn dies durch eine nachvollziehbare Konzeption gerechtfertigt ist[11].

b) Raumordnungsplan (Regionalplan)

Neben der kommunalen Flächennutzungsplanung kann auch die Regionalplanung standortbezogene Aussagen zu privilegierten Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB enthalten[12]. Bei der räumlichen Steuerung durch einen Regionalplan ist zwischen der Festlegung von Zielen und Grundsätzen der Raumordnung zu unterscheiden. Ziele der Raumordnung sind verbindliche Vorgaben in Form von räumlich und sachlich bestimmten und bestimmbaren, vom Träger der Landes- oder Regionalplanung abschließend abgewogenen textlichen oder zeichnerischen Festlegungen in Raumordnungsplänen zur Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Raumes (§ 3 Nr. 2 ROG). Ziele der Raumordnung entfalten gegenüber der kommunalen Bauleitplanung gem. § 1 Abs. 4 BauGB Bindungswirkung in Form einer Anpassungspflicht, die bei einem eindeutigen Verstoß auch im Wege der Kommunalaufsicht umgesetzt werden kann[13]. Grundsätze der Raumordnung sind hingegen allgemeine Aussagen zur Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Raums in oder auf Grund von § 2 ROG als Vorgaben für nachfolgende Abwägungs- oder Ermessensentscheidungen (§ 3 Nr. 3 ROG)[14]. Sie sind im Rahmen der kommunalen Bauleitplanung gem. § 1 Abs. 7 BauGB als öffentliche Belange in die Abwägung einzustellen und dort nach Lage des Einzelfalls durch andere Belange überwindbar[15].

In der Regionalplanung wird zwischen Vorrang-, Vorbehalts- und Eignungsgebieten unterschieden (§ 7 Abs. 4 ROG). Vorranggebiete sind für bestimmte, raumbedeutsame Funktionen oder Nutzungen vorgesehen und schließen andere raumbedeutsame Nutzungen aus, so weit diese mit den vorrangigen Funktionen, Nutzungen oder Zielen der Raumordnung nicht vereinbar sind (§ 7 Abs. 4 1 Nr. 1 ROG). Werden Vorranggebiete mit der Wirkung von Eignungsgebieten kombiniert (§ 7 Abs. 4 S. 2 BauGB), so entsprechen sie den Vorrangflächen des Flächennutzungsplans. In Vorbehaltsgebieten soll bestimmten, raumbedeutsamen Funktionen oder Nutzungen bei der Abwä-

5) Im Regierungsentwurf sollte die Zurückstellungsmöglichkeit auf ein Jahr nach Inkrafttreten des EAG Bau und damit bis zum 20. 7. 2005 begrenzt werden.
6) Das Gesetz zur Änderung des BauGB v. 30. 7. 1996 (BGBl. I 1189) ist zum 1. 1. 1997 in Kraft getreten; zu Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüchen im Zusammenhang mit Windkraftanlagen *Stüer* ZfBR 2004, 338.
7) *Stüer/Vildomec* BauR 1998, 427.
8) So § 5 Abs. 2 Nr. 11 BauGB-Regierungsentwurf.
9) BVerwG, Urt. v. 17. 12. 2002 – 4 C 15.01, NuR 2003, 365 = BVerwGE 117, 287(Feigenblatt).
10) BVerwG, Urt. v. 17. 12. 2002 – 4 C 15.01, NuR 2003, 365 = BVerwGE 117, 287.
11) BVerwG, Urt. v. 17 .12. 2002 – 4 C 15.01, NuR 2003, 365 = BVerwGE 117, 287.
12) *Krautzberger* in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 35 BauGB Rdnr. 78.
13) BVerwG, Urt. v. 17. 9. 2003 – 4 C 14.01, DVBl. 2004, 239 = NVwZ 2004, 220 (Mühlheim-Kärlich); *Stüer* NVwZ 2004, Heft 6.
14) *Runkel*, S. 4; Runderlass NRW, III. 2.1.
15) *Stüer/Vildomec* BauR 1998, 427.

gung mit konkreten raumbedeutsamen Nutzungen besonderes Gewicht beigemessen werden (§ 7 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 ROG). Eine Ausschlusswirkung für die übrigen Bereiche des Plangebietes kommt diesen Ausweisungen nicht zu. Diese Wirkung haben erst Eignungsgebiete, die für bestimmte, raumbedeutsame Maßnahmen im Außenbereich geeignet sind und die an anderer Stelle im Planungsraum ausgeschlossen werden (§ 7 Abs. 4 S. 1 Nr. 3 ROG)[16].

Bei der Regionalplanung ergeben sich allerdings einige Besonderheiten: Gem. § 35 Abs. 3 S. 2 BauGB dürfen raumbedeutsame Vorhaben nach § 35 Abs. 1 und 2 BauGB den Zielen der Raumordnung nicht widersprechen. Ein solcher Widerspruch bewirkt nicht etwa nur eine Beeinträchtigung öffentlicher Belange, sondern führt zur Unzulässigkeit des Vorhabens. Damit hat der Gesetzgeber den Zielen der Raumordnung eine grundsätzlich stärkere Wirkung gegenüber Außenbereichsvorhaben zugemessen als den Darstellungen des Flächennutzungsplans. Das Darstellungsprivileg in § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB stellt aber in seinem Anwendungsbereich gegenüber der Vorrangklausel in § 35 Abs. 3 S. 2 BauGB eine Sonderregelung dar. Die Ausweisung von Zielen der Raumordnung im Zusammenhang mit dem Darstellungsprivileg steht einem raumbedeutsamen privilegierten Außenbereichsvorhaben nur in der Regel entgegen[17], hat also keine ausnahmslose Ausschlusswirkung. Deshalb ist auch eine allgemeine Öffentlichkeitsbeteiligung oder auch eine Beteiligung der betroffenen Eigentümer und Nutzungsberechtigten nicht erforderlich[18]. In die Abwägung sind gleichwohl auch die privaten Belange der von der beabsichtigten Ausschlusswirkung betroffenen Grundstückseigentümer einzubeziehen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass eine entsprechende regionale Raumordnungsplanung private Grundeigentümer unmittelbar bindet, weshalb an die Abwägung hier höhere Anforderungen zu stellen sind, als sie üblicherweise an die Raumordnungsplanung gestellt werden[19].

Auch wenn der Landesgesetzgeber bislang nicht verfahrensrechtlich sichergestellt hat, dass auf der Stufe der Regionalplanung die Privatpersonen ihre Eigentumsbelange geltend machen können, ist eine auch die privaten Grundeigentümer bindende Zielfestlegung nicht grundsätzlich ausgeschlossen, wenn deren Belange in der Abwägung tatsächlich berücksichtigt worden sind. Sofern im Einzelfall private Belange auf Grund der Tatsache unberücksichtigt bleiben, dass die Raumordnungsplanung in der Regel nicht derart detailgenau sein kann wie die Flächennutzungsplanung und der Bebauungsplan, ist das im Rahmen der Rechtsanwendung durch eine nachvollziehende Abwägung ausgleichbar. Dabei ist allerdings der Grundsatz der Planerhaltung zu beachten. Der Raumordnungsplanung kommt deshalb nur dann keine Ausschlusswirkung zu, wenn bei Berücksichtigung der – übersehenen – privaten Belange ein anderes Abwägungsergebnis nahe gelegen hätte[20].

Die gemeindliche Bauleitplanung hat sich gem. § 1 Abs. 4 BauGB den Zielen der Raumordnung anzupassen, sodass die verbindlichen Vorgaben eines Regionalplans nicht durch eine gemeindliche Flächennutzungsplanung überwunden werden können[21]. Auch ein Bauvorhaben, das der Regionalplanung widerspricht, ist nicht zwangsläufig, sondern gem. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB nur „in der Regel" unzulässig. Eine strikte Bindungswirkung der Ziele der Raumordnung ist ausnahmsweise zu verneinen, wenn bei ihrer Festsetzung maßgebliche Kriterien, die im Rahmen der gem. § 35 BauGB gebotenen Abwägung für oder gegen die Errichtung der beantragten Windenergieanlage sprechen, noch nicht in die Entscheidung eingeflossen sind oder die Abweichung aufgrund der Grobkörnigkeit der Regionalplanung möglich erscheint.

Die Vorgaben der Regionalplanung erfassen nur „raumbedeutsame Vorhaben" (§ 35 Abs. 3 S. 2 Halbs. 1 BauGB)[22]. Das sind Vorhaben, durch die Raum in Anspruch genommen oder die räumliche Entwicklung oder Funktion eines Gebietes beeinflusst wird, einschließlich des Einsatzes der hierfür vorgesehenen öffentlichen Finanzmittel. Mehrere Windenergieanlagen an einem Standort beispielsweise haben einen so großen Platzbedarf, dass in der Regel eine Raumbedeutsamkeit i. S. von § 3 Nr. 6 ROG angenommen werden kann. Die Raumbedeutsamkeit einer einzelnen Windenergieanlage kann sich etwa aus ihrer Größe (Höhe, Rotordurchmesser), aus ihrem Standort oder aus ihren Auswirkungen auf bestimmte Ziele der Raumordnung (Schutz von Natur und Landschaft, Erholung und Fremdenverkehr) ergeben. Maßgeblich hierfür ist die Größe der Anlage und die „Empfindlichkeit" des jeweiligen Standortes[23]. Sensibel sind beispielsweise Standorte in der Nähe von bedeutenden Naturdenkmälern, von Brut- und Rastplätzen seltener Vogelarten oder auf Bergkuppen, da die Anlagen in diesem Fall weithin sichtbar sind.[24]

Die Vorbildwirkung für weitere Anlagen allein bewirkt demgegenüber die Raumbedeutsamkeit noch nicht automatisch. Eine raumordnungsrechtliche Gesamtbetrachtung für sich genommen nicht raumbedeutsamer Windenergieanlagen kann gerechtfertigt sein, wenn mehrere Anlagen in einem engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhang errichtet werden sollen. Sie können zu einer raumbedeutsamen Einheit zusammenwachsen. Bestehen diese Voraussetzungen nicht, bietet § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB keine Handhabe, die Genehmigung einer nicht raumbedeutsamen Anlage allein wegen einer „Vorbildwirkung" für weitere Anlagen zu versagen. Es bleibt die Möglichkeit, die Anträge auf Genehmigung weiterer Anlagen mit der Begründung abzulehnen, dass sie zusammen mit der bereits genehmigten Anlage die Schwelle zur Raumbedeutsamkeit überschreiten und deshalb nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB unzulässig sind[25].

c) Gemeinsamkeiten und Unterschiede von Flächennutzungs- und Regionalplanung

Das Darstellungsprivileg des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB ist vom Ansatz her flächendeckend angelegt. Es lebt von seiner den Planungsraum grundsätzlich insgesamt umfassenden Darstellung[26]. In den Konzentrationsflächen sind privilegierte Vorhaben grundsätzlich zulässig, während in den anderen Teilen des Planungsraums die grundsätzliche Ausschlusswirkung greift[27]. Allerdings besteht die Ausschlusswirkung nur in der Regel und ist von dem Ergebnis einer nachvollziehenden Abwägung im Einzelfall abhängig.

Die Abwägung ist dabei gestuft: Die planerischen Ausweisungen müssen den Anforderungen an eine autonome planerische Abwägung entsprechen. Nur soweit das Abwägungsgebot die einzelne Ausweisung rechtfertigt, können sie öffentliche Belange nach § 35 Abs. 3 Nr. 1 BauGB erzeugen, die einem privilegierten Vorhaben entgegenstehen können[28]. Bei der Einzelprüfung ist sodann eine (nachvollziehende) Abwägung erfor-

16) *Krautzberger* in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 35 BauGB Rdnr. 78.
17) BVerwG, Urt. v. 13. 3. 2003 – 4 C 4.02, NuR 2003, 493 = BVerwGE 118, 33 = NVwZ 2003, 738 = DVBl. 2003, 1064 (Vorranggebiete).
18) BVerwG, Urt. v. 19. 7. 2001 – 4 C 4.00, NuR 2002, 49 = BVerwGE 115, 17 einerseits und Urt. v. 13. 3. 2003 – 4 C 4.02 – NuR 2003, 493 = BVerwGE 118, 33, andererseits.
19) OVG Koblenz, Urt. v. 20. 2. 2003 – 1 A 11406/01, NuR 2003, 556 = NVwZ-RR 2003, 619 = DVBl. 2003, 820 (Konzentrationszone).
20) OVG Koblenz, Urt. v. 20. 2. 2003 – 1 A 11406/01, NuR 2003, 556.
21) *Wagner* UPR 1996, 374. Für das Verfahren nach § 20 LandesplanungsG NW sind der kommunalen Planung bereits Ende 1996 auf dem Erlasswege die Kriterien der Landesplanung vorgegeben worden. Danach sind idR allgemeine Freiraum- und Agrarbereiche, Bereiche für die industrielle und gewerbliche Nutzung (Runderlass NRW, II. 3.2) sowie ehemalige Deponiegelände, Halden u. ä. (Runderlass NRW, II. 3.5) für die Windkraftnutzung geeignet. Ungeeignet sind i. d. R. Bereiche für den Schutz der Natur und Waldbereiche (Runderlass NRW, II. 3.3) 47.
22) *Krautzberger* in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 35 BauGB Rdnr. 73.
23) BVerwG, Urt. v. 13.3.2003 – 4 C 4.02, NuR 2003, 493 = BVerwGE 118, 33; OVG Koblenz, Urt. v. 20. 2. 2003 – 1 A 11406/01, NuR 2003, 556.
24) *Wagner* UPR 1996, 375 m. w. N.
25) BVerwG, Urt. v. 13. 3. 2003 – 4 C 4.02, NuR 2003, 493 = BVerwGE 118, 33.
26) BVerwG, Urt. v. 13. 3. 2003 – 4 C 3.02, BauR 2003, 1172 = NVwZ 2003, 1261; Urt. v. 13. 3. 2003 – 4 C 4.02, NuR 2003, 493 = BVerwGE 118, 33; Urt. v. 17. 12. 2002 – 4 C 15.01, NuR 2003, 365 = BVerwGE 117, 287.
27) BVerwG, Urt. v. 13. 3. 2003 – 4 C 4.02, NuR 2003, 493 = BVerwGE 118, 33.
28) BVerwG, Urt. v. 13. 3. 2003 – 4 C 3.02, BauR 2003, 1172 = NVwZ 2003, 1261; Urt. v. 13. 3. 2003 – 4 C 4.02, NuR 2003, 493 = BVerwGE 118, 33.

derlich. Denn die Ausweisungen im Flächennutzungsplan und Regionalplan stehen einem privilegierten Vorhaben nur „in der Regel" entgegen. In der nachvollziehenden Abwägung sind die planerischen Aussagen den gesetzlichen Wertungen und den Interessen des Vorhabenträgers an der Verwirklichung des (an sich) privilegierten Vorhabens[29] gegenüberzustellen.

Die Regionalplanung ist allerdings bei der Abwägung nicht auf das Gebiet einer Gemeinde begrenzt, sondern bezieht seine Festlegungen auf den gesamten regionalen Planungsraum. Im Gegensatz zur Gemeinde kann daher der Träger der Regionalplanung raumbedeutsame Vorhaben in einzelnen Gemeinden ganz ausschließen, wenn in anderen Bereichen des regionalen Planungsraums entsprechende Vorranggebiete ausgewiesen worden sind[30].

Vorbehaltsgebiete nach § 7 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 ROG können die Ausschlusswirkung für das übrige Plangebiet allerdings nicht erzeugen, wenn sie nicht zugleich mit einer ausdrücklichen Aussage zur Unzulässigkeit privilegierter Vorhaben im übrigen Plangebiet kombiniert werden, wie dies bei den Eignungsgebieten geschieht. Denn Vorbehaltsgebiete haben eine Aussagekraft nur hinsichtlich der Eignung des ausgewiesenen Gebietes, nicht jedoch zugleich eine negative Ausschusswirkung für andere Teile des Plangebietes[31].

Mit der Größe des Planungsgebietes wachsen allerdings auch die räumlichen Anforderungen an ein derartiges Gesamtkonzept. Dem Träger der Regionalplanung steht es zwar frei, ein so umfangreiches Abwägungsprogramm wie die erstmalige gesamträumliche Auswahl und Zuordnung der Standortbereiche für die Windenergienutzung in mehreren Planungsschritten zu bewältigen. Teilfortschreibungen, die (noch) kein vollständiges ausgewogenes Gesamtkonzept der Konzentrationsflächen („Positiv- und Negativflächen") im Plangebiet erkennen lassen, weil dieses noch in der Entwicklung begriffen ist, können die Ausschlusswirkung von Vorranggebieten jedoch nicht für sich in Anspruch nehmen. In diesem Fall bleiben festgelegte Vorranggebiete bis zur Erstellung einer gesamträumlichen Konzeption auf den innergebietlichen Vorrang der Windenergienutzung beschränkt[32]. Die planerische Steuerung von privilegierten Außenbereichsvorhaben gerät damit bildlich in die Nähe eines Luftballons, der bereits dann platzt, wenn er sich auch nur an einer einzigen Stelle irgendwie als löchrig erweist. So war jedenfalls früher die Rechtslage.

Die Träger der Regional- und Bauleitplanung ebenso wie die Baugenehmigungsbehörden tragen damit nach der bisherigen Rechtsprechung das Risiko für den Bestand einer den gesamten Planungsraum umfassenden Planungskonzeption. Erwies sie sich auch nur in einzelnen Teilräumen als nicht ausreichend abgewogen, stand damit die Wirksamkeit des gesamten Plans zur Disposition und zwar auch in Bereichen, in denen das Konzept nachvollziehbar und für sich betrachtet ausgewogen erscheint. Allein im Zuständigkeitsbereich des Kommunalen Schadensausgleichs Hannover hat diese Umkehr der Planungsgewichte bereits zu Entschädigungsforderungen der Windenergieanlagenbetreiber in einer Gesamthöhe von 870 Mio. Euro geführt, von denen etwa 150 Mio. Euro mit Amtshaftungsansprüchen und ca. 720 Mio. Euro mit Entschädigungsansprüchen nach § 42 BauGB oder § 80 NSOG begründet werden.

4. Teilflächennutzungspläne

Diesen aus der Sicht der Kommunen aber auch des Steuerzahlers nicht hinzunehmenden Entwicklungen will die Neuregelung zu den Teilflächennutzungsplänen entgegenwirken. Nach § 5 Abs. 2b BauGB können im Bereich des Darstellungsprivilegs sachliche Teilflächennutzungspläne aufgestellt werden. Damit ist offenbar gemeint, dass sich die sachlichen Aussagen des Flächennutzungsplans auf einen Teil des Gemeindegebiets beschränken können - etwa wenn nur für einen bestimmten Bereich des Gemeindegebietes die Windkraftanlagen oder Auskiesungsvorhaben ausgeschlossen werden. Die Gemeinden sind daher nicht mehr auf eine lückenlose Abwägung im gesamten Gemeindegebiet verpflichtet, sondern können sich auf Teilräume begrenzen, für den ein regelmäßiger Ausschluss bestimmter privilegierter Vorhaben angeordnet wird.

Daraus wird man zugleich folgern: Ergeben sich im Gesamtraum Abwägungslücken, etwa weil einige weiße Flächen aus dem Planungskonzept ausgenommen worden sind, muss dies nicht automatisch die Unwirksamkeit der gesamten Planung bewirken. Fehler in der Abwägung führen zur Unwirksamkeit von Darstellungen und Festlegungen nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB nur in dem Umfang, wie sie sich auf das Planungskonzept der Gemeinde oder des Trägers der Regionalplanung auswirken[33]. Die übrigen Planaussagen, in denen ein vernünftiges und nachvollziehbares Planungskonzept zum Ausdruck kommt, bleiben daher von einzelnen Abwägungsfehlern unberührt und bewirken nur eine Teilunwirksamkeit des Plans. Fehler in der Abwägung führen daher nur dann zu einer Gesamtunwirksamkeit des Planes, wenn sie sich auf das Gesamtkonzept der Planung auswirken und die übrigen Darstellungen oder Festlegungen des Plans isoliert betrachtet nicht mehr aussagekräftig sind. Im Übrigen können Fehler in der Abwägung nach § 214 Abs. 4 BauGB auch rückwirkend geheilt werden, wodurch etwaigen Amtshaftungsansprüchen in der Reichweite dieser Reparaturmöglichkeiten im Nachhinein die Grundlage entzogen werden kann.

5. Steuerung von Außenbereichsvorhaben durch Bebauungsplan

Die Gemeinde kann zur Steuerung privilegierter Außenbereichsvorhaben auch einen Bebauungsplan aufstellen. Daran wird sie auch durch die vorherige Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens zu bestimmten privilegierten Außenbereichsvorhaben nicht gehindert[34]. Allerdings ergeben sich für die verbindliche Bauleitplanung Grenzen. Der Bebauungsplans muss erforderlich sein (§ 1 Abs. 3 BauGB). Dies setzt ein planerisches Regelungsbedürfnis voraus, das über die Möglichkeiten eines Flächennutzungsplans hinausgeht. Ein solches Erfordernis kann etwa aus konkreten Festsetzungen abgeleitet werden, die den Standort der Anlagen oder dessen Ausführung betreffen. Zur allgemeinen Verhinderung privilegierter Vorhaben ist ein Bebauungsplan demgegenüber nicht erforderlich und damit unzulässig.

Der Bebauungsplan kann auch mit einer Veränderungssperre gesichert werden (§§ 14, 16 BauGB). So ist eine Veränderungssperre für ein 560 ha großes Vorranggebiet Windenergie gerechtfertigt, wenn der Regionalplan wegen Verfahrensfehlern bei der gemeindlichen Beteiligung oder wegen fehlender Aussageschärfe keine Zielbindung entfaltet[35]. Eine Veränderungssperre, die der Gemeinde allerdings erst Zeit für die Entwicklung eines bestimmten Planungskonzepts geben soll, ist nach Auffassung des BVerwG mangels beachtlichen Sicherungsbedürfnisses unwirksam[36]. Die Gemeinde wollte für den Bereich eines im Regionalplan ausgewiesenen Windfeldes prüfen, ob und in welchem Umfang sich die Windenergieanlagen mit den Interessen eines benachbarter Reiterhofes vertragen, der auf die Dressur hochsensibler Reitpferde der amerikanischen Olympiamannschaft spezialisiert war[37], und die Entscheidung von ein-

29) BVerwG, Urt. v. 20. 1. 1984 - 4 C 42.81, NuR 1985, 275 = BVerwGE 68, 311; Urt. v. 24. 8. 1979 - 4 C 3.77 - BauR 1979, 481; Urt. v. 22. 5. 1987 - 4 C 57.84, NuR 1989, 25 = BVerwGE 77, 300.

30) *Krautzberger* in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 35 BauGB Rdnr. 78.

31) BVerwG, Urt. v. 13. 3. 2003 - 4 C 4.02, NuR 2003, 493 = BVerwGE 118, 33.

32) BVerwG, Urt. v. 13. 3. 2003 - 4 C 4.02, NuR 2003, 493 = BVerwGE 118, 33.

33) OVG Lüneburg, Urt. v. 28. 1. 2004 - 9 LB 10/02, (Teilunwirksamkeit).

34) BVerwG, Urt. v. 19. 2. 2004 - 4 C 16.03, (Rosendahl); Urt. v. 19. 4. 2004 - 4 CN 13.03 -, (Steinau).

35) VGH Kassel, Urt. v. 20. 2. 2003 - 3 N 1557/02, (Vorranggebiet Windenergie) = NuR 2003, 434.

36) BVerwG, Urt. v. 19. 2. 2004 - 4 C 16.03, (Rosendahl); Urt. v. 19. 4. 2004 - 4 CN 13.03 -, (Steinau).

37) Zum Konflikt zwischen Windenergieanlagen und Pferdehaltung VG Minden, Urt. v. 10. 2. 2004 - 1 K 4137/02 , das von einer Verträglichkeit beider Nutzungen ausgeht.

zuholenden Sachverständigengutachten abhängig machen. Durch die Eingrenzung werden die Sicherungsmöglichkeiten der gemeindlichen Bauleitplanung allerdings stark dort eingeschränkt, wo sich aus der Sicht der planenden Gemeinde noch Ermittlungsbedarf ergibt und eine abschließende Aussage zu dem genauen Umfang der Ausweisungen am Anfang der Bauleitplanung redlicherweise noch nicht getroffen werden kann[38].

6. Windenergieanlagen

Auf diesen allgemeinen Grundlagen hat sich zur planungsrechtlichen Zulässigkeit von Windenergieanlagen eine umfangreiche Rechtsprechung entwickelt[39]. Die Gemeinden haben keine besondere Pflicht zur Förderung der Windenergie. Sie sind auch nicht verpflichtet, einen wirtschaftlich optimalen Ertrag der Windenergienutzung sicherzustellen[40]. Die Ermittlung und Festlegung von Vorrangzonen für Windenergieanlagen setzt allerdings auf der Grundlage des Darstellungsprvilegs ein schlüssiges, hinreichend städtebaulich motiviertes Plankonzept für das gesamte Gemeindegebiet voraus[41]. Dieses kann an global und pauschalierend festgelegten Kriterien für die Ungeeignetheit der von der Ausschlusswirkung erfassten Bereiche ausgerichtet werden. Bei der Festlegung von Tabu-Zonen aus Gründen des Immissionsschutzes können pauschale Abstände zu jeder schützenswerten Wohnbebauung angesetzt werden. Diese Abstände können zulässigerweise auch auf einen vorbeugenden Immissionsschutz ausgerichtet werden und konkret für weitere Entwicklungen in den Blick genommene potenzielle Siedlungserweiterungsflächen mitberücksichtigen. Auch aus Gründen des Naturschutzes und der Landschaftspflege[42] einschließlich der Erholungsfunktion der Landschaft können bestimmte „Tabu-Flächen" aus der weiteren Prüfung ausgesondert werden[43].

Mehrere Teilfortschreibungen eines Regionalplans, die jeweils Vorranggebiete für Windenergieanlagen festlegen, können die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB erst entfalten, wenn sie sich zu einer schlüssigen gesamträumlichen Planungskonzeption zusammenfügen. Die Standortplanung von Windenergieanlagen ist nicht schon deshalb abwägungsfehlerhaft, weil bei einer großzügigen Ausweisung von Standorten völker- oder europarechtliche Klimaschutzziele schneller zu erreichen wären[44]. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB verbietet es, in der Bilanz der Positiv- und Negativflächen Vorbehaltsgebiete im Sinne von § 7 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 ROG als Positivausweisungen zu werten. Dem Träger der Regionalplanung ist es nicht verwehrt, die raumbedeutsame Windenergienutzung im gesamten Außenbereich einer Gemeinde auszuschließen[45]. Ist in einem Standorte für Windenergieanlagen ausweisenden Raumordnungsplan für bestimmte Flächen noch keine abschließende raumordnerische Entscheidung getroffen und fehlt es daher an einem schlüssigen gesamträumlichen Planungskonzept, kann der Raumordnungsplan die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB für Windkraftanlagen nicht entfalten[46]. Entwürfe von Regionalplänen und Flächennutzungsplänen sind keine auf die Zulässigkeit von privilegierten Außenbereichsvorhaben einwirkende Rechtsänderungen[47].

Unterliegt die Wirksamkeit der Änderung eines Flächennutzungsplanes der Inzidentprüfung, hat der Planbetroffene Anspruch darauf, dass nicht nur die von ihm geltend gemachten eigenen Belange, sondern auch sonstige öffentliche und private Belange gerecht abgewogen werden. Reduziert die Gemeinde zwei dargestellte Flächen für Windenergie durch Änderung des Flächennutzungsplanes auf einen Standort, wird der umfassende Anspruch auf Abwägung nach der bisherigen Rechtsprechung nicht dadurch in Frage gestellt, dass nach dem Beschluss über die Änderung des Flächennutzungsplans die Windenergieanlagen an dem dargestellten Standort nach Erteilung bestandskräftiger Baugenehmigungen bereits errichtet wurden[48].

Stellt die Gemeinde nach Abwägung der beachtlichen Belange zwei Gebiete für die Windenergienutzung dar, muss sie im Falle der beabsichtigten Aufhebung eines Standortes erneut in die Abwägung der für und gegen die beiden Flächen sprechenden Belange eintreten. Im Einzelfall kann dabei die hohe avifaunistische Wertigkeit eines Standorts von besonderem Gewicht sein. Nach Ansicht des OVG Lüneburg ist es fraglich, ob eine vorübergehend als Spülfeld für Hafenschlick dienende Fläche, die gegenwärtig als Nahrungsplatz für einzelne schützenswerte Vogelarten geeignet ist, zu den „zahlen- und flächenmäßig geeignetsten Gebieten" im Sinne von Art. 4 Vogelschutz-Richtlinie zählt[49]. Einem in einer Konzentrationszone für Windenergie geplanten Vorhaben der Errichtung von zwei Windenergieanlagen kann der öffentliche Belang des Vogelschutzes als Unterfall des Naturschutzes gemäß § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB entgegenstehen[50]. Nach Auffassung der Lüneburger Richter unterliegt die dem Flächennutzungsplan zugrunde liegende Abwägung im Nachhinein auch dann noch der vollen gerichtlichen Kontrolle, wenn in dem ausgewiesenen Windfeld inzwischen bereits zahlreiche Windenergieanlagen errichtet worden sind, mit deren Beseitigung nicht gerechnet werden kann. Auch in diesem Fall soll sich ein Antragsteller für Windkraftanlagen an einem anderen Standort noch darauf berufen können, dass die damalige Auswahlentscheidung fehlerhaft war und hierdurch der ursprünglich ausgeschlossene Standort für Windkraftanlagen wieder geöffnet wird. Ein solches Ergebnis würde aber die Grundsatzentscheidung der Gemeinde missachten, die Windkraftanlagen nur auf einen der beiden Standorte zu konzentrieren, und an der Tatsache vorbeigehen, dass die Entscheidung der Gemeinde bereits durch den Bau von Windkraftanlagen umgesetzt ist. In derartigen Fällen muss die inzwischen eingetretene Kraft des Faktischen bei der Beurtei-

---

38) Folgerichtig daher OVG Münster, Urt. v. 5. 5. 2003 – 7a D 1/02.NE.

39) Zu Windenergieanlagen BVerwG, Urt. v. 19. 7. 2001 – 4 C 4.00, NuR 2002, 49 = BVerwGE 115, 17; Beschl. v. 15. 10. 2001 – 4 B 69.01, BauR 2002, 1052 (Verunstaltung); Urt. v. 13. 12. 2001 – 4 C 3.01, NuR 2002, 63 = DVBl. 2002, 706; Beschl. v. 2. 8. 2002 – 4 B 36.02, BauR 2003, 837; Urt. v. 19. 9. 2002 – 4 C 10.01, NuR 2003, 283 = BVerwGE 117, 44 = DVBl. 2003, 201 (Wangerland); Urt. v. 17. 12. 2002 – 4 C 15.01, NuR 2003, 365 = BVerwGE 117, 287; Urt. v. 13. 3. 2003 – 4 C 3.02, BauR 2003, 1172 = NVwZ 2003, 1261 (Entwürfe von Regional- und Flächennutzungsplänen); Urt. v. 13. 3. 2003 – 4 C 4.02, NuR 2003, 493 = BVerwGE 118, 33; Beschl. v. 18. 3. 2003 – 4 B 7.03 – Buchholz 406.11 § 35 BauGB Nr. 358 (Verunstaltung des Landschaftsbildes); Beschl. v. 22. 10. 1993 – 4 B 84.03, NVwZ 2004, 343 = BauR 2004, 262 (Konzentrationszone); OVG Münster, Urt. v. 30. 11. 2001 – 7 A 4857/00, NuR 2002, 431 = BauR 2002, 886 (Tabuflächen); OVG Lüneburg, Urt. v. 24. 3. 2003 – 1 LB 3571/01, RdL 2003, 234 = BauR 2003, 1443 (Windpark Borsum); Urt. v. 19. 2. 2004 – 4 C 16.03, (Rosendahl); Urt. v. 19. 4. 2004 – 4 CN 13.03 –, (Steinau); OVG Koblenz, Urt. v. 20. 2. 2003 – 1 A 11406/01, NuR 2003, 556; VGH Kassel, Urt. v. 20. 2. 2003 – 3 N 1557/02, NuR 2003, 434 = ZfBR 2003, 482 (Vorranggebiet); *Stüer*, DVBl. 2003, 1030.

40) BVerwG, Urt. v. 17. 12. 2002 – 4 C 15.01, NuR 2003, 365 = BVerwGE 117, 287.

41) OVG Koblenz, Urt. v. 20. 2. 2003 – 1 A 11406/01, NuR 2003, 556; *Krautzberger* in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 35 BauGB Rdnr. 75.

42) Zur Zulässigkeit einer Windenergieanlage in einem Landschaftsschutzgebiet BVerwG, Beschl. v. 2. 2. 2000 – 4 B 104.99, ZfBR 2000, 428 = BauR 2000, 1311; zum Klagerecht einer Nachbargemeinde VG Koblenz, Beschl. v. 24. 7. 2000 – 1 L 1756/00, BauR 2000, 1714; zu den (mangelnden) Beurteilungsgrundlagen für Störungen durch Windenergieanlagen für Personen in der freien Landschaft OVG Hamburg, Beschl. v. 28. 8. 2000 – 2 Bs 180/00, NuR 2001, 52 = NVwZ 2001, 98 .

43) OVG Münster, Urt. v. 30. 11. 2001 – 7 A 4857/00, NuR 2002, 431.

44) Im Anschluss an BVerwG, Urt. v. 17. 12. 2002 – 4 C 15.01, NuR 2003, 365 = BVerwGE 117, 287.

45) BVerwG, Urt. v. 13. 3. 2003 – 4 C 4.02, NuR 2003, 493 = BVerwGE 118, 33.

46) Im Anschluss an BVerwG, Urt. v. 17. 12. 2002 – 4 C 15.01, NuR 2003, 365 = BVerwGE 117, 287; Urt. v. 13. 3. 2003 – 4 C 4.02, NuR 2003, 493 = BVerwGE 118, 33.

47) BVerwG, Urt. v. 13. 3. 2003 – 4 C 3.02, BauR 2003, 1172 (weiße Flächen).

48) OVG Lüneburg, Urt. v. 24. 3. 2003 – 1 LB 3571/01, RdL 2003, 234 = BauR 2003, 1443 (Windpark Borsum).

49) Zum hohen Schutz faktischer Vogelschutzgebiete BVerwG, Urt. v. 1. 4. 2004 – 4 C 2.03, (Hochmoselbrücke); zur Vorinstanz OVG Koblenz, Urt. v. 9. 1. 2003 – 1 C 10392/01, NuR 2003, 438 (B 50n – Abschnitt 1); Urt. v. 9. 1. 2003 – 1 C 10187/01, NuR 2003, 441 (B 50n Abschnitt 2 Hochmoselbrücke).

50) OVG Lüneburg, Urt. v. 24. 3. 2003 – 1 LB 3571/01, RdL 2003, 234 = BauR 2003, 1443 (Windpark Borsum).

lung der Planausweisungen berücksichtigt werden[51]. Zudem ist wegen der Neuregelung von Teilflächennutzungsplänen (§ 5 Abs. 2b BauGB) jeweils zu prüfen, ob sich der festgestellte Fehler in seinen Auswirkungen räumlich begrenzen lässt, sodass der übrige Teil des Flächennutzungsplans wirksam bleibt.

Grundsätzlich zulässig im Rahmen der Abwägung ist die Festlegung von „Tabuflächen", für die von vornherein feststeht, dass sie aus städtebaulichen Gründen als Standorte für Windenergieanlagen nicht in Betracht kommen. Dem Plangeber steht hier ein Gestaltungsspielraum zu. Allerdings muss die Abgrenzung derartiger „Tabuflächen" städtebaulich begründbar sein[52].

Nach § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB ist ein privilegiertes Außenbereichsvorhaben unzulässig, wenn das Vorhaben das Orts- und Landschaftsbild verunstaltet. Gegenstand der Beurteilung und Genehmigung ist dabei die Bausubstanz und ihre vorgesehene Nutzung. Diese umfassende rechtliche Betrachtungsweise ist auch dann geboten, wenn es zu klären gilt, ob eine Windkraftanlage dem Orts- und Landschaftsbild in ästhetischer Hinsicht grob unangemessen ist und auch von einem für ästhetische Eindrücke offenen Betrachter als belastend empfunden wird. Auch die anlagentypische Drehbewegung der Rotorblätter als Blickfang muss berücksichtigt werden[53]. Bei der Einzelfallentscheidung ist die grundsätzliche Privilegierung der Windkraftanlagen in die nachvollziehende Abwägung einzustellen. Eine zur Verunstaltung führende Wirkung von Windenergieanlagen ist nur anzunehmen, wenn es sich bei dem optisch betroffenen Bereich um eine wegen ihrer Schönheit und Funktion besonders schutzwürdige Umgebung handelt oder wenn ein besonders grober Eingriff in das Landschaftsbild ansteht[54]. Eine Verunstaltung des Landschaftsbildes durch Windenergieanlagen ist daher nur im Ausnahmefall anzunehmen[55].

Gegenüber der Vollstreckung aus einem rechtskräftigen Verpflichtungsurteil auf Erteilung eines Bauvorbescheides für eine Windenergieanlage kann die Behörde die Vollstreckungsabwehrklage darauf stützen, dass nach Rechtskraft des Urteils durch eine Änderung des Flächennutzungsplans die Voraussetzungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB geschaffen wurden[56].

7. Planerische Steuerung durch Einzeldarstellungen

Das Darstellungsprivileg in § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB ist nicht abschließend[57]. Die Gemeinden können auch durch andere Darstellungen Belange formulieren, die einem Außenbereichsvorhaben entgegenstehen[58]. Der Flächennutzungsplan darf dabei auch konkrete und differenzierende Darstellungen enthalten und vor allem auch öffentliche Belange formulieren, die speziell einem privilegierten Vorhaben entgegenstehen können, wenn es sich dabei um die Grundzüge der Planung handelt (§ 5 Abs. 1 BauGB). Denn die Darstellungen des Flächennutzungsplans sind für Außenbereichsvorhaben nach der Konzeption des Gesetzgebers und der Rechtsprechung[59] gerade auf konkrete Rechtswirkungen angelegt. Wird etwa in bestimmten Bereichen des Gemeindegebietes eine Abgrabung ausgeschlossen, so hat das konkrete Auswirkungen für einzelne Vorhaben, die dann in der Regel planungsrechtlich unzulässig sind.

a) Ergänzung zum Darstellungsprivileg des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB

Derartige Darstellungen beruhen auf dem allgemeinen Konzept, das in den gesetzlichen Außenbereichsregelungen zum Ausdruck kommt. Ein privilegiertes Außenbereichsvorhaben ist danach planungsrechtlich zulässig, wenn öffentliche Belange nicht entgegenstehen (§ 35 Abs. 1 S. 1 BauGB). Dazu können auch die Darstellungen des Flächennutzungsplans zählen, wenn sie eine genügende Konkretheit und einen entsprechenden Detaillierungsgrad aufweisen. Diese Steuerungsmöglichkeiten des Flächennutzungsplans bestehen unabhängig von dem Darstellungsprivileg in § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB. Sie sind daher weder auf flächendeckende Aussagen zum gesamten Gemeindegebiet verpflichtet noch ist es bei derartigen Darstellungen ausgeschlossen, dass sie sich auf privilegierte land- oder forstwirtschaftliche Betriebe nach § 35 Abs. 1 S. 1 BauGB beziehen. Denn das Darstellungsprivileg in § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB regelt die Steuerungsmöglichkeiten des Flächennutzungsplans nicht abschließend und schließt insbesondere nicht aus, dass die Gemeinde in anderer geeigneter Weise im Flächennutzungsplan öffentliche Belange formuliert, die bei der nachvollziehenden Abwägung im Rahmen der Einzelfallprüfung zu berücksichtigen sind.

b) Belastungsflächen

In der Praxis besteht Bedarf auch für die Steuerung von Konfliktlagen zwischen unterschiedlichen Nutzungen im Außenbereich aber auch im Verhältnis zu beplanten oder nicht beplanten Innenbereichslagen. Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens wurde hierzu die Darstellung von Belastungsflächen vorgeschlagen[60]. Begründet wurde dies vor allem mit den nachteiligen Auswirkungen der Intensivtierhaltung. Denn die Aufzucht und das Halten von Nutztieren in großen Stallanlagen, insbesondere von Geflügel und Schweinen, haben die Entwicklungsmöglichkeiten in einzelnen Gemeinden für Siedlungszwecke, aber auch die Funktionen des Außenbereichs nachhaltig gestört. Da den öffentlichen Belangen im Bezug auf schädliche Umwelteinwirkungen zumeist kein weiter gehender Umgebungsschutz als nach den entsprechenden Vorschriften des Immissionsschutzrechts zukommt, wurde die Ausweitung der gemeindlichen Steuerungsmöglichkeiten durch die Ausweisung von Belastungsgebieten vorgeschlagen. Auf eine ausdrückliche Regelung von Belastungsgebieten ist jedoch am Ende mit der Begründung verzichtet worden, dass die Gemeinden bereits auf der Grundlage der bestehenden gesetzlichen Regelungen ausreichende Möglichkeiten haben, durch Darstellungen des Flächennutzungsplans auf den immissionsschutzrechtlichen Konflikt zwischen privilegierten Außenbereichsvorhaben und anderen Nutzungen im Innen- und Außenbereich einzuwirken. Zugleich wird damit die Erwartung verbunden, das die Praxis stärker als bisher die Möglichkeiten nutzt, die sich aus Darstellungen nach § 5 Abs. 2 Nr. 6 BauGB ergeben. Danach können Flächen für Nutzungsbeschränkungen oder für Vorkehrungen zum Schutz gegen schädliche Umwelteinwirkungen im Sinne des BImSchG im Flächennutzungsplan dargestellt werden. Das bestehende Recht gibt daher bereits die Möglichkeit, Belastungsflächen auszuweisen, die Nutzungsbeschränkungen unterliegen oder zum Schutz anderer Nutzungen entsprechende immissionsschutzrechtliche Vorkehrungen erforderlich sind.

Der Flächennutzungsplan kann somit bei der planerischen Steuerung von Einzelanlagen auch differenzierende Regelungen enthalten. So muss die Gemeinde in der Lage sein, privilegierte Vorhaben nur in einer bestimmten Größe oder in einem bestimmten Abstand von schutzbedürftigen anderen Nutzungen auszuweisen und im Übrigen auszuschließen. Das gilt auch für detailliertere Regelungen etwa im Bereich der Intensivtierhaltung. So kann die Gemeinde zur Sicherung der Fremdenverkehrsfunktionen innerhalb von Belastungsgebieten ein bestimmtes Konzept zulässiger und unzulässiger Nutzungen entwickeln und vorschreiben, dass bestimmte Geruchsschwellen oder Staubemissionen in bestimmten Abständen zum Emis-

51) Zum umgekehrten Fall der Funktionslosigkeit der Planung durch von der Planung abweichende tatsächliche Entwicklungen BVerwG, Urt. v. 29.4.1977 – IV C 39.75, BVerwGE 54, 5; Urt. v. 3. 12. 1998 – 4 C 3.97, NuR 1999, 299 = BVerwGE 108, 71.

52) OVG Koblenz, Urt. v. 20. 2. 2003 – 1 A 11406/01, NuR 2003, 556.

53) BVerwG, Beschl. v. 15. 10. 2001 – 4 B 69.01.

54) BVerwG, Beschl. v. 15. 10. 2001 – 4 B 69.01, BauR 2002, 1052 = ZfBR 2002, 597 (Verunstaltung); OVG Münster, Urt. v. 30. 11. 2001 – 7 A 4857/00, NuR 2002, 431.

55) BVerwG, Beschl. v. 18. 3. 2003 – 4 B 7.03, (Verunstaltung).

56) BVerwG, Urt. v. 19. 9. 2002 – 4 C 10.01, NuR 2003, 283 = BVerwGE 117, 44 (Wangerland), Fortführung von BVerwG, Urt. v. 26. 10. 1984 – 4 C 53.80, BVerwGE 70, 227 = DVBl. 1985, 392 (Vollstreckungsabwehrklage).

57) So ausdrücklich die Begründung der Drs. 15/2996 v. 28. 4. 2004.

58) BVerwG, Urt. v. 22. 5. 1987 – 4 C 57.84, NuR 1989, 25 = BVerwGE 77, 300; vgl. bereits Urt. v. 20. 1. 1984 – 4 C 43 u. 70.79, NuR 1984, 237 = BVerwGE 68, 311.

59) BVerwG, Urt. v. 22. 5. 1987 – 4 C 57.84, NuR 1989, 25 = BVerwGE 77, 300.

60) § 5 Abs. 2 Nr. 12 BauGB-Regierungsentwurf.

sionsschwerpunkt in der Regel nicht überschritten werden dürfen[61]. Dabei könnte die Gemeinde auch zwischen der Erweiterung vorhandener landwirtschaftlicher und gewerblicher Betriebe einerseits und der Neuansiedlung von Gewerbebetrieben andererseits unterscheiden. Die Differenzierungen müssen allerdings nach dem Grundsatz der Erforderlichkeit an einem plausiblen Beurteilungskonzept ausgerichtet sein. Dies kann vor allem für diejenigen privilegierten Außenbereichsvorhaben geboten sein, bei denen ein vollständiger Ausschluss der jeweiligen Nutzung nicht sachgerecht wäre, sondern der Maßstab der Erforderlichkeit eine differenzierende Betrachtung geradezu verlangt[62].

Für die Flächennutzungsplanung bestehen daher zwei Darstellungsmöglichkeiten: Die Eignungsfläche und die Belastungsfläche. Weist die Gemeinde in einem Flächennutzungsplan eine Eignungsfläche etwa für Intensivtierhaltung aus, wird darin zum Ausdruck gebracht, dass diese Fläche grundsätzlich für solche Vorhaben geeignet ist. Zugleich hat diese Darstellung im Außenbereich in der Regel den Ausschluss für Vorhaben der Intensivtierhaltung außerhalb der Eignungsfläche zur Folge. Stellt die Gemeinde im Flächennutzungsplan auf der Grundlage des § 5 Abs. 2 Nr. 6 BauGB eine Belastungsfläche Intensivtierhaltung dar, steht dies einem entsprechenden Vorhaben auf dieser Fläche in der Regel als öffentlicher Belang entgegen. Gleiche Rechtswirkungen wie durch die Darstellung im Flächennutzungsplan werden auch erzielt, wenn entsprechende Festlegungen als Ziele der Raumordnung erfolgt sind.

Zudem erweitert § 201 BauGB den Begriff der Landwirtschaft auch auf solche Betriebe, die das Futter überwiegend auf den bewirtschafteten Flächen erzeugen können und schließt daher auch bisher als gewerbliche Nutzungen geltende Betriebe ein. Die Regelung soll in Anpassung an die geänderten landwirtschaftlichen Produktionsbedingungen die konkrete Betrachtungsweise einer auch tatsächlichen Verfütterung des auf den eigenen Flächen gewonnenen Bodenertrags durch eine abstrakte Betrachtung ersetzen. Es reicht danach aus, wenn genügend zum Betrieb gehörende landwirtschaftlich genutzte Flächen zur überwiegenden Futtererzeugung vorhanden sind. Auf die unmittelbare Verfütterung des erzeugten Futters an die Tiere kommt es für den baurechtlichen Begriff der Landwirtschaft demgegenüber nicht an. Damit werden auch Nutzungsformen unter den Begriff der Landwirtschaft gefasst, die bisher als gewerbliche Betriebe nur unter den Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB wegen ihrer besonderen nachteiligen Auswirkungen auf die Umgebung privilegiert sein konnten.

8. Grundzüge der Planung

Die Darstellungen des Flächennutzungsplans müssen sich auf die Art der Bodennutzung und deren allgemeines Maß sowie auf die Grundzüge der Planung beschränken (§ 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BauGB, § 16 BauNVO). Über die Ausweisung von Flächen hinaus können textlichen Darstellungen etwa verschiedene Zonen unterscheiden, für die ein Grundkonzept zulässiger Immissionen von landwirtschaftlichen Betrieben und Gewerbebetrieben dargestellt wird. Dabei können auch Geruchsschwellenwerte und Schwebstoffkonzentrationen aufgeführt werden, die in bestimmten Entfernungen von dem Emissionsschwerpunkt eingehalten werden sollen. Es handelt sich dabei im Grunde um die nähere Ausgestaltung des Gebotes der nachbarlichen Rücksichtnahme für Nutzungen in einer Konfliktlage vor dem Hintergrund einer städtebaulichen Planung, die auf der einen Seite von der grundsätzlichen Privilegierung der landwirtschaftlichen Betriebe (§ 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB) und bestimmter Gewerbebetriebe (§ 35 Abs. 1 Nr. 3 und 4 BauGB) sowie einer Teilprivilegierung der Erweiterung von Gewerbebetrieben (§ 35 Abs. 4 Nr. 6 BauGB) ausgeht, zugleich aber auch die städtebaulichen Vorstellungen einer fremdenverkehrlichen Schwerpunktzone mit dem notwendigen Gewicht in die Abwägung einstellt.

Dabei kommt der Gemeinde auch zugute, dass die Darstellungsmöglichkeiten im Flächennutzungsplan in § 5 Abs. 2 BauGB nicht abschließend aufgeführt sind, sondern dort nur beispielhaft bestimmte Darstellungsmöglichkeiten erwähnt werden. Hierin liegt ein wichtiger Unterschied zum Bebauungsplan, dessen Festsetzungsmöglichkeiten in § 9 BauGB i. V. mit der BauNVO abschließend aufgeführt werden. Immerhin werden in § 5 Abs. 2 Nr. 6 BauGB Flächen für Nutzungsbeschränkungen oder für Vorkehrungen zum Schutz gegen schädliche Umwelteinwirkungen im Sinne des BImSchG ausdrücklich erwähnt. Der Gesetzgeber sieht damit entsprechende Darstellungen für durchaus zulässig an. Die Gemeinde wird auch nicht etwa durch die Erwähnung dieser Darstellungsmöglichkeiten in § 5 Abs. 2 Nr. 6 BauGB daran gehindert, weitere Konkretisierungen oder Detaillierungen vorzunehmen, wenn dies nach Lage der Dinge aus städtebaulichen Gründen gerechtfertigt ist.

Die Gemeinde ist auch bei den Darstellungen des Flächennutzungsplans im Hinblick auf Regelungen zu privilegierten Außenbereichsvorhaben nicht an die Baugebietskategorien der BauNVO und die dort jeweils genannten Vorhaben gebunden. Vielmehr sind hier Regelungen zulässig, die sich nach Abwägung als sachgerecht erweisen, diese Steuerungsfunktion zu übernehmen[63]. Soweit der Grundsatz der Erforderlichkeit zu einem abgestuften Konzept zwingt, muss die Gemeinde in der Lage sein, für ein solches abgestuftes Konzept entsprechende Belange zu formulieren, die bei der Baugenehmigung zu berücksichtigen sind[64].

9. Darstellungen haben keine rechtssatzmäßige Wirkung

Die Darstellungen des Flächennutzungsplans und die Festlegungen des Raumordnungsplans werden trotz ihrer ggf. konkreten und detaillierten Aussagen nicht zu Rechtssätzen, sondern behalten ihren Charakter als Rahmen bildende Vorgaben. Nach der Konzeption des BVerwG werden im Flächennutzungsplan öffentliche Belange ausgedrückt, die in der nachvollziehenden Abwägung im Rahmen der jeweiligen Zulassungsentscheidung von Bedeutung sind. Diese Belange werden nicht rechtssatzmäßig festgelegt. Damit ist zugleich eine gewisse Freiheit des Plangebers verbunden, der gerade nicht wie beim Bebauungsplan auf bestimmte Festsetzungen und entsprechende Förmlichkeiten verpflichtet ist. Es kann daher auch nicht um die Frage gehen, ob die Bezeichnung der Belange im Flächennutzungsplan zu konkret oder zu detailliert ist, sondern nur darum, ob diese Belange sich in der nachvollziehenden Abwägung im einzelnen Zulassungsverfahren durchsetzen. Da es sich immer um Darstellungen handelt, können diese Ausweisungen keine rechtssatzmäßigen Bindungswirkungen entfalten, sondern nur Belange thematisieren, die in der nachvollziehenden Abwägung im Zulassungsverfahren Bedeutung entfalten können.

Vor allem werden noch so konkrete und detaillierte Darstellungen des Flächennutzungsplans oder des Regionalplans nicht zugleich zu Festsetzungen, wie sie mit ihren rechtssatzmäßigen Wirkungen für den Bebauungsplan kennzeichnend sind. In welchem Umfang die Belange konkret und detailliert formuliert werden, muss sich nach den Erfordernissen der jeweils betroffenen Belange und der mit der Planung verfolgten Zielvorstellungen bestimmen. Ein größerer Konkretisierungs- und Detaillierungsumfang der Darstellungen ist unschädlich, weil die von

61) Die textlichen Darstellungen können etwa wie folgt gefasst sein: „In der fremdenverkehrlichen Schutzzone müssen vorhandene Betriebe (Gewerbebetriebe und landwirtschaftliche Betriebe) folgende Nutzungsbeschränkungen einhalten: In 200 m Entfernung zum Emissionsschwerpunkt des Betriebes darf die Geruchsschwelle von (1 Geruchseinheit/cbm Luft) nur in maximal 3 % der Jahresstunden (Gesamtbelastung) überschritten werden. In 50 m Entfernung zum Emissionsschwerpunkt des Betriebes darf der 1-h-Mittelwert der Schwebstaubkonzentration von maximal 500 Mikrogramm/cbm Luft (MIK-Wert gemäß VDI 2310 Blatt 19) nicht überschritten werden" – Wangerland.

62) Ablehnend OVG Lüneburg, Urt. v. 8. 6. 2003 – 1 LB 143/02 (Wangerland), BVerwG 4 C 13.04.

63) BVerwG, Urt. v. 22. 5. 1987 – 4 C 57.84, NuR 1989, 25 = BVerwGE 77, 300.

64) Die Darstellungen dürfen allerdings nicht zu einer Verhinderungsplanung werden, so BVerwG, Urt. v. 17. 12. 2002 – 4 C 15.01, NuR 2003, 365 = BVerwGE 117, 287; *Krautzberger* in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 35 BauGB Rdnr. 77.

der Gemeinde im Flächennutzungsplan oder die in der Regionalplanung formulierten Belange ohnehin nur durch eine nachvollziehende Abwägung in die jeweilige Zulassungsentscheidung eingehen.

10. „Darstellungsüberschuss" führt nur zur Teilunwirksamkeit des Flächennutzungsplans

Selbst wenn entsprechende Darstellungen im Flächennutzungsplan über die Grundzüge der Planung hinausgehen würden, folgt daraus nicht die Gesamtunwirksamkeit der Planausweisung. Die Planänderung wäre dann insoweit wirksam, als sie die Grundzüge der Planung zum Ausdruck bringt. Denn es handelt sich für diesen unterstellten Fall eines „Darstellungsüberschusses" um einen wirksamen Kernbereich von planerisch zulässigen Aussagen, die bei der Zulassungsentscheidung im Einzelfall berücksichtigt werden müssen. Dies kann auch dem Wertungskonzept entnommen werden, das hinter der Unbeachtlichkeitsregelung des § 214 BauGB steht. So ist etwa nach § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BauGB für die Wirksamkeit des Flächennutzungsplans unbeachtlich, wenn im Verfahren der Planaufstellung bei Planänderungen ein vereinfachtes Beteiligungsverfahren durchgeführt worden ist, obwohl die Grundzüge der Planung betroffen waren (§§ 3 Abs. 3, 13 BauGB). Dasselbe gilt für das Beteiligungsverfahren bei der vereinfachten Änderung von Planungen (§ 13 BauGB). Aus diesen Regelungen kann der allgemeine Grundsatz abgeleitet werden, dass die Gemeinde bei der Bestimmung der Grundsätze der Planung einen Entscheidungsspielraum hat und die Überschreitung dieses Entscheidungsspielraums nicht zur Unwirksamkeit der Planung führt.

11. Gleichgewicht zwischen Vorhabenprivilegierung und planerischer Steuerung

Durch die Änderungen des Außenbereichsparagrafen ist der Katalog der privilegierten Vorhaben gegenüber der ursprünglichen Gesetzesfassung in § 35 BBauG 1960 in fast jeder der inzwischen neun Novellen erweitert worden. Zugleich sind die planenden Gemeinden und die Träger der Regionalplanung ermächtigt worden, durch Darstellungen im Flächennutzungsplan und im Raumordungsplan im Interesse entgegenstehender öffentlicher Belange gegenzusteuern. Die planerische Steuerung durch Windfelder und Belastungsgebiete erfordert daher ein effektives Planungsinstrumentarium. Die notwendige Beschränkung wird dadurch gewahrt, dass die planerischen Steuerungsinstrumente dem Abwägungsgebot verpflichtet sind und keine rechtssatzmäßigen Bindungen erzeugen, sondern bei der planungsrechtlichen Zulässigkeit von Vorhaben nur als öffentliche Belange in die das Planungskonzept nachvollziehende und örtliche Besonderheiten berücksichtigende Einzelfallbeurteilung eingehen.

DOI: 10.1007/s10357-004-0288-2

Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu Natura-2000-Gebieten

Von Rechtsanwalt Privatdozent Dr. Ulrich Hösch

Der nachfolgende Rechtsprechungsbericht stellt die Rechtsprechung des BVerwG zu den Natura-2000-Gebieten gemäß Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 92/43/EWG des Rates zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen (FFH-Richtlinie, FFH-RL)[1] dar. Zu den Natura-2000-Gebieten gehören gemäß Art. 3 Abs. 1 UAbs. 2 FFH-RL auch die besonderen Schutzgebiete, die auf der Grundlage der Richtlinie 79/409/EWG der Kommission über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten (Vogelschutzrichtlinie, VRL)[2] auszuweisen sind. Der Bericht belegt, dass die FFH-Richtlinie dem Naturschutz in der Rechtsprechung des BVerwG stärkeres Gewicht verliehen hat.

I. Ausweisung von Schutzgebieten

Die Ausweisung von Natura-2000-Gebieten ist gekennzeichnet durch die zögerliche Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Richtlinien in nationales Recht. Nach den zeitlichen Vorgaben des Art. 4 Abs. 3 FFH-RL hätte(n) die Gebietsmeldungen der Mitgliedstaaten bis zum 10. 6. 1995 abgeschlossen und die Gemeinschaftsliste bis zum 10. 6. 1998 vorliegen sollen. Der EuGH hat die „schleichende" Umsetzung des Gemeinschafts- in nationales Recht missbilligt. Er hat 1997 und 2001 festgestellt, dass die Bundesrepublik Deutschland durch die Nichtumsetzung der FFH-Richtlinie gegen ihre Verpflichtung aus Art. 23 Abs. 1 FFH-RL, bis zum 10. 6. 1994 die erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften zur Umsetzung der Richtlinie zu erlassen bzw. gemäß Art. 4 Abs. 1 FFH-RL der Kommission eine Liste möglicher Natura-2000-Gebiete zu übermitteln, verstoßen habe[3]. Diese Urteile beeinflussen auch die Rechtsprechung des BVerwG. Das BVerwG hat nicht über den Auswahlprozess von Natura-2000-Gebieten zu entscheiden. Vielmehr befassen sich seine Entscheidungen mit der Frage, ob ein Vorhaben im Hinblick auf seine Auswirkungen auf ein (potenzielles oder faktisches) Natura 2000-Gebiet zulässig ist. Da es aber an einer form- und fristgerechten Ausweisung von FFH-Gebieten fehlt, betreffen die bislang ergangenen Entscheidungen „nur" faktische Vogelschutz- und potenzielle FFH-Gebiete. In diesen Entscheidungen beschäftigt sich das BVerwG zwangsläufig auch mit der Gebietsauswahl, insbesondere damit, ob es einen Beurteilungsspielraum bei der Auswahl der Gebiete und ihres Zuschnitts gibt und welche Folge die Nichtausweisung eines Gebiets auf die Zulassung eines Vorhabens hat[4].

1. Vogelschutzgebiete

Die Vogelschutzrichtlinie ist für die Behörden - auch ohne Umsetzung in nationales Recht - unmittelbar rechtlich verbindlich[5]. Die Verbindlichkeit hat der EuGH bereits wiederholt festgestellt[6]. Die Mitgliedstaaten haben zwar nicht sämtliche Gebiete unter Schutz zu stellen, in denen vom Aussterben oder sonst bedrohte Vogelarten vorkommen. Sie müssen aber die Gebiete auswählen, die im Verhältnis zu anderen Landschaftsteilen am besten die Gewähr für die Verwirklichung der Ziele der Richtlinie bieten.

1) ABl. EG 1992 Nr. L 206, 7.
2) ABl. EG 1979 Nr. L 103, 1.
3) EuGH, Urt. v. 11. 12. 1997 - Rs. C-38/97, NuR 1998, 194; Urt. v. 11. 9. 2001, Rs. C-71/99, NuR 2002, 151.
4) Zu der Terminologie bei nicht ausgewiesenen Gebieten vgl. *Gellermann*, Was sind faktische bzw. potenzielle Natura-2000-Gebiete, NVwZ 2002, 1202 ff.
5) BVerwG, Urt. v. 19. 5. 1998 - 4 A 9.97, BVerwGE 107, 1/18 (= NuR 1998, 649).
6) EuGH, Urt. v. 28. 2. 1991 - Rs. C-57/89, NuR 1991, 249 - *Leybucht*; Urt. v. 2. 8. 1993 - Rs. C 355/90, NuR 1994, 521 - *Santoña*; Urt. 11. 7. 1996 - Rs. C-44/95, NuR 1997, 36 - *Lappel Bank*.